



Vergabeguide

Handreichung für Zuwendungsempfänger zur Durchführung von Auswahlverfahren im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes

Version 1.0 vom 01.03.2024

Eine Handreichung der Projektträger für das
Bundesförderprogramm Breitband

PricewaterhouseCoopers GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft (Projektgebiet A)
und aconium GmbH (Projektgebiet B)

Im Auftrag des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr

Projektträger aconium GmbH

Ansprechpartner für
Bremen, Hamburg, Hessen,
Mecklenburg-Vorpom-
mern, Niedersachsen,
Nordrhein-Westfalen,
Rheinland-Pfalz, Saarland
und Schleswig-Holstein

Beratungshotline: 030/233249777
(Mo-Fr: 9 bis 17 Uhr)

E-Mail: projektraeger@aconium.eu

Website: www.aconium.eu

Zentrale Online-Plattform:
www.projektraeger-breitband.de



Projektträger PwC GmbH WPG

Ansprechpartner für
Baden-Württemberg,
Bayern, Berlin, Bran-
denburg, Sachsen,
Sachsen-Anhalt und
Thüringen

Beratungshotline: 030/26365050
(Mo-Fr: 9 bis 17 Uhr)

E-Mail: kontakt@gigabit-pt.de

Website: www.gigabit-projektraeger.de

Zentrale Online-Plattform:
<https://portal.gigabit-pt.de/>

Inhalt

1	Einleitung – Zweck und Inhalt des Dokuments	5
2	Rechtlicher Rahmen	5
2.1	Rechtsgrundlagen	5
2.2	Grundsätze der Vergabe	6
2.3	Vorbereitung des Auswahlverfahrens	6
2.4	Durchführung des Auswahlverfahrens	8
2.5	Dokumentation	10
3	Beratungsleistungen	10
3.1	Grundsätzliches	10
3.2	Vorbefassung des Beraters	10
3.3	Vorbereitung des Auswahlverfahrens	11
3.4	Durchführung des Auswahlverfahrens	13
4	Auswahlverfahren im Wirtschaftlichkeitslückenmodell (Nr. 3.1 der Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0)	14
4.1	Grundsätzliches	14
4.2	Vorbereitung des Auswahlverfahrens	14
4.3	Durchführung des Auswahlverfahrens	16
5	Auswahlverfahren im Betreibermodell	17
5.1	Grundsätzliches	17
5.2	Beschleunigungsmöglichkeit im Betreibermodell	18
5.3	Vorbereitung und Durchführung der Auswahlverfahren	19
5.3.1	Planungsleistungen	19
5.3.1.1	Besonderheiten bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens zur Planung	20
5.3.2	Bauleistungen	20
5.3.2.1	Besonderheiten bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens zum Bau	21
5.3.3	Netzbetrieb	22
5.3.3.1	Besonderheiten zur Gestaltung des Auswahlverfahrens zum Netzbetrieb	22
5.3.4	Modelle zur Bemessung der Pacht	23
5.3.4.1	Fixe Pacht	23
5.3.4.2	Variable Pacht	23
5.3.4.3	Hybride Pacht	24
5.3.4.4	Umsetzbarkeit der Pachtmodelle	24
6	Zu berücksichtigende Besonderheiten im Auswahlverfahren	24
6.1	Schwer erschließbare Einzellagen	24
6.2	Berücksichtigung von „Wholesale-only“-Modellen	25
6.3	Stoffpreisgleitklauseln	27

6.4	Open Access.....	27
6.5	Mitnutzung vorhandener Infrastrukturen	29
6.6	Berücksichtigung der Musterverträge	30
7	Aktuelles – Hinweise zum Zuschlags- und Vertragserfüllungsverbot im Rahmen russischer Beteiligung am Auswahlverfahren	30

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1:	Vergabegrundsätze.....	6
Abbildung 2:	Vorgehen zur Vorbereitung des Auswahlverfahrens	8
Abbildung 3:	Infobox Beginn bzw. Einleitung des Auswahlverfahrens.....	8
Abbildung 4:	Infobox Stellungnahme externer Wirtschaftsprüfer	9
Abbildung 5:	Beispielhafter Verfahrensablauf eines Auswahlverfahrens in Form des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb	9
Abbildung 6:	Übersicht über mögliche Beratungsleistungen	10
Abbildung 7:	Infobox Freiberufliche Leistungen	12
Abbildung 8:	Beispielhafter Ablauf eines Auswahlverfahrens für Beratungsleistungen durch eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb.....	13
Abbildung 9:	Infobox Losbildung	15
Abbildung 10:	Beispielhafte Aufzählung wirtschaftlicher und technischer Gründe.....	16
Abbildung 11:	Beispielhafter Ablauf eines Auswahlverfahrens im Wirtschaftlichkeitslückenmodell in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb	17
Abbildung 12:	Zeitstrahl zur Möglichkeit der zeitlichen Beschleunigung der Auswahlverfahren zum Ausbau und Betrieb der Netzinfrastruktur.....	18
Abbildung 13:	Übersicht zur Förderfähigkeit einzelner Leistungsphasen in Anlehnung an die HOAI.....	20
Abbildung 14:	Beispielhafte Synergiepotentiale zur Generierung von Kostenersparnissen für den Zwendungsempfänger.....	20
Abbildung 15:	Zusammenfassung möglicher Pachtmodelle nebst deren Vor- und Nachteile.....	24
Abbildung 16:	Open Access-Verpflichtung	29

1 Einleitung – Zweck und Inhalt des Dokuments

Diese Handreichung mit ihren Mustern dient als Hilfestellung der Bewilligungsbehörde für die Zuwendungsempfänger bei der Vorbereitung und Durchführung der Auswahlverfahren im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes des Bundesministeriums für Digitales und Verkehr (nachfolgend: „BMDV“). Die Zuwendungsempfänger sollen durch die Handreichung möglichst einfach, verständlich und transparent in die Lage versetzt werden, ihre Auswahlverfahren rechtssicher und zielführend vorzubereiten und durchzuführen. Der Aufbau der Handreichung orientiert sich deshalb am Ablauf des Auswahlverfahrens und dem empfohlenen Vorgehen für die Zuwendungsempfänger.

Einleitend werden die rechtlichen Grundlagen für die Auswahlverfahren kompakt dargestellt. Nachfolgend führt die Handreichung konkret durch die jeweiligen Auswahlverfahren in den Fördergegenständen der Beratungsleistung, des Wirtschaftlichkeitslückenmodells und des Betreibermodells. Es werden dabei sowohl Optionen skizziert, die im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes möglich und zulässig sind, als auch Empfehlungen, Orientierungshilfen und Hinweise anhand von Präzisierungen und Auslegungen der Regelwerke sowie des Vergaberechts gegeben. Abschließend werden den Zuwendungsempfängern unverbindliche Muster und Werkzeuge als Anlage zur Verfügung gestellt.

Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass diese Handreichung keine Beratung im Einzelfall ersetzt. Für die Angaben der Handreichung wird keine Gewähr der Vollständig- und Richtigkeit übernommen. Die beigefügten Muster/Anlagen sind vom Zuwendungsempfänger entsprechend seiner individuellen Ausgangslage/Situation anzupassen. Die Bewilligungsbehörde weist in diesem Zusammenhang ausdrücklich darauf hin, dass sich der Inhalt dieser Handreichung vorrangig auf förder- und zuwendungsspezifische Sachverhalte und Konstellationen beschränkt und demnach keine allgemeingültige Handlungsanleitung bzw. Checkliste zum Vergabeverfahren darstellt. Daher kann durch die Berücksichtigung bzw. Verwendung dieser Handreichung kein Ausschluss möglicher späterer Rügen oder Überprüfungen vor einer Vergabekammer oder einer anderweitigen gerichtlichen Instanz gewährt werden. Darüber hinaus hat der Zuwendungsempfänger zu beachten, dass er für die Einhaltung des Vergaberechts einschließlich der besonderen Vorgaben aus dem für ihn geltenden Bescheid über eine Zuwendung in vorläufiger Höhe nebst Nebenbestimmungen selbst verantwortlich bleibt. Insbesondere besteht weiterhin die Pflicht des Zuwendungsempfängers, bei Änderungen des Verfahrens, die eine Beteiligung der Bewilligungsbehörde erfordern, jene umgehend zu informieren. Zudem wird auf die Dynamik von Rechtsprechung und Praxis hingewiesen. Diese Handreichung wird fortlaufend bei Bedarf aktualisiert, sodass eine Veröffentlichung¹ als „lebendes“ Dokument erfolgt.

2 Rechtlicher Rahmen

2.1 Rechtsgrundlagen

Die von der Europäischen Kommission genehmigte „Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des flächendeckenden Aufbaus von Gigabitnetzen in „grauen Flecken“ (nachfolgend:

¹ Die Veröffentlichung erfolgt auf den Internetseiten sowie Online-Plattformen der Projektträger:
aconium GmbH: www.aconium.eu und Online-Plattform: www.projekttraeger-breitband.de
PwC GmbH WPG: www.gigabit-projekttraeger.de und Online-Plattform: <https://portal.gigabit-pt.de/>

„Gigabit-RR“) ist die beihilfenrechtliche Grundlage für die Gewährung einer Beihilfe zur Errichtung und den (anschließenden) Betrieb von gigabitfähigen Hochleistungsnetzen. Die Umsetzung des auf der Gigabit-RR basierenden Gigabitförderung des Bundes erfolgt durch die am 26.04.2021 in Kraft getretene Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ (im Folgenden „Gigabit-RL vom 26.04.2021“) sowie der am 31.03.2023 in Kraft getretenen Richtlinie „Förderung zur Unterstützung des Gigabitausbaus der Telekommunikationsnetze in der Bundesrepublik Deutschland“ (nachfolgend: „Gigabit-RL 2.0“). Die Anwendungspflicht des Vergaberechts resultiert aus dem Erfordernis, die staatliche Beihilfe und die damit einhergehenden potenziellen Wettbewerbsverzerrungen auf das erforderliche Minimum zu beschränken.

2.2 Grundsätze der Vergabe

Der Zuwendungsempfänger muss für die Förderung ein offenes, transparentes, wirtschaftliches und diskriminierungsfreies Auswahlverfahren durchführen; die Auswahlverfahren müssen dabei insbesondere mit den Grundsätzen des EU-Vergaberechts in Einklang stehen (vgl. § 5 Abs. 2 Gigabit-RR, Nr. 4.4 Gigabit-RL vom 26.04.2021/Nr. 5.8 Gigabit-RL 2.0). Diese Grundsätze spielen in verschiedenen Situationen im Auswahlverfahren eine Rolle und werden durch weitere vergaberechtliche Regelungen konkretisiert. Nachfolgende Übersicht soll den Zuwendungsempfängern die im Rahmen der im Auswahlverfahren zu beachtenden Grundsätze des Vergaberechts und deren konkreten Ausprägungen näherbringen:

Grundsätze der Vergabe	
 <p>Transparenzgebot Eine ausreichende Bestimmtheit der Auswahlverfahren muss von vornherein gegeben sein (Veröffentlichungspflicht/ Bekanntmachung). Ebenso muss eine vollständige Dokumentation des Auswahlverfahrens erfolgen → Sicherstellung der Chancengleichheit aller Unternehmen.</p>	 <p>Wirtschaftlichkeitsgrundsatz Der Auftraggeber muss den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilen.</p>
 <p>Grundsatz der Berücksichtigung Die Qualität, Innovationen sowie sozialen und umweltbezogenen Aspekte sind zu berücksichtigen.</p>	 <p>Gleichbehandlungsgrundsatz Gleiche Chancen im Wettbewerb und beim Zugang zum Wettbewerb.</p>
 <p>Wettbewerbsgrundsatz Verwirklichung der Marktfreiheit → dient dem Interessenschutz von in der EU niedergelassenen Wirtschaftsteilnehmern. Sicherstellung eines sparsamen und effizienten Einsatzes öffentlicher Mittel.</p>	 <p>Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Vergaberechtliche Maßnahmen dürfen nicht darüber hinausgehen, was erforderlich ist, um das angestrebte Ziel zu erreichen. Gewährleistet Schutz vor überzogenen Anforderungen.</p>
	 <p>Mittelstandsschutz Grds. Aufteilung der Leistungen in der Menge (Teillöse) und nach Art (Fachlöse).</p>

Abbildung 1: Vergabegrundsätze

2.3 Vorbereitung des Auswahlverfahrens

Wesentlicher Erfolgsfaktor für ein erfolgreiches Auswahlverfahren ist im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes die sorgfältige Vorbereitung des Auswahlverfahrens. Die Vorbereitung des Verfahrens dient der Ermittlung aller relevanten Verfahrensgrundlagen und trägt nicht nur frühzeitig zur Wirtschaftlichkeit und Rechtssicherheit der Auswahlentscheidung, sondern ebenfalls zur Einhaltung der Anforderungen / Förderbedingungen der Gigabitförderung des Bundes bei. Zuwendungsempfänger sollten bei der Vorbereitung des Auswahlverfahrens stets einen Blick auf den Gesamtprojektzeitplan haben. Eine unvollständige Vorbereitungsphase kann zu Fehlern oder Mängeln führen, die nachträglich nicht oder nur mit erheblichem Zeitaufwand korrigiert werden können.

Die Vorbereitung des Auswahlverfahrens setzt sich daher aus einigen zentralen Weichenstellungen zusammen, welche chronologisch in dem nachfolgenden Schaubild dargestellt werden. Dabei kann im Einzelfall der Schwerpunkt variieren.

	Hinweise
Auftragswert-schätzung	<p>Aufgrund objektiver Kriterien ist eine realistische und nachvollziehbare Prognose des größtmöglichen Auftragswertes unter Einbeziehung etwaiger Optionen abzugeben. Hierzu sind eigene Erfahrungssätze aus vergangenen Auswahlverfahren oder Ergebnisse aus Markterkundungen heranzuziehen. Die Wertermittlung ist ausschlaggebend dafür, ob ein Auswahlverfahren im Ober- oder Unterschwellenbereich durchzuführen ist. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Schätzung des Auftragswerts ist der Tag der Absendung der Bekanntmachung.</p> <p>Das Kartell-Vergaberecht findet nur für Aufträge/Beschaffungen Anwendung, deren geschätzter Nettoauftragswert folgende Schwellenwerte erreicht oder überschreitet (EU-Verfahren): Schwellenwerte ab 01.01.2024</p> <ul style="list-style-type: none"> • 5.538.000 Euro für Bauaufträge und Konzessionsvergaben • 221.000 Euro für Dienst- und Lieferaufträge sonstiger öffentlicher Auftraggeber <p>Bei Vergaben unterhalb dieser Schwellenwerte (nationale Vergaben) findet das Haushaltsrecht Anwendung.</p>
Vergabereife	<p>Eine vollständige und gewissenhafte Zusammenstellung der Auswahlunterlagen ist notwendig. Alle tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen sind zu berücksichtigen damit innerhalb der in den Auswahlunterlagen genannten Fristen mit der ausgeschriebenen Leistung begonnen werden kann. Die Auswahlunterlagen bestehen aus:</p> <ul style="list-style-type: none"> • dem Anschreiben, • den Bewerbungsbedingungen (Leistungsbeschreibung, Angabe der Eignungs- und Zuschlagskriterien nebst Gewichtung) und • den Vertragsunterlagen (insb. Mustervertrag). <p>Aufträge sollen erst ausgeschrieben werden, wenn auch tatsächlich davon ausgegangen werden kann, dass diese vergeben werden.</p>
Art des Auftrags	<p>Die Art des Auftrags bzw. der Beschaffung entscheidet über die (rechtliche) Einordnung und den Ablauf des Auswahlverfahrens. Abzugrenzen ist danach, ob es sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags oder einer Konzession handelt und ob der Gegenstand eine Bauleistung oder eine Liefer- oder Dienstleistung ist.</p>
Verfahrenswahl	<p>Es besteht häufig Wahlfreiheit in der Verfahrensart, welche je nach Beschaffungsgegenstand Vor- und Nachteile bieten. Grundsätzlich wird zwischen Unterschwellenbereich und Oberschwellenbereich unterschieden:</p> <p>Unterschwellenbereich</p> <ul style="list-style-type: none"> • Öffentliche Ausschreibung • Beschränkte Ausschreibung • Freihändige Vergabe/Verhandlungsvergabe <p>Im Unterschwellenbereich gibt es keine festen Teilnahme- und Angebotsfristen. Die Frist muss ausreichend und angemessen sein. Diese Bewertung obliegt der Vergabestelle bzw. dem Zuwendungsempfänger als öffentlichen Auftraggeber. Üblicherweise werden mind. 10 Kalendertage als ausreichend angenommen.</p> <p>Oberschwellenbereich</p> <ul style="list-style-type: none"> • Offenes Verfahren • Nicht-offenes Verfahren • Verhandlungsverfahren <p>Im Oberschwellenbereich beträgt die Teilnahme- und Angebotsfrist 30 bzw. 35 Tage.</p>

Losbildung	Leistungen sind grds. in der Menge aufzuteilen (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben (Losaufteilung). Entsprechend dem Grundsatz des Mittelstandsschutzes ist eine Abweichung (bspw. Generalübernehmer) lediglich aufgrund wirtschaftlicher oder technischer Gründe zulässig und stichhaltig zu begründen. Die Losaufteilung muss sowohl aus der Bekanntmachung bzw. aus den veröffentlichten Auswahlunterlagen hervorgehen. Zur Abweichung der Losaufteilung wird auf Kapitel 4.2. verwiesen.
Eignungs- und Zuschlagskriterien nebst Gewichtung	<p>Die Kriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. Die Beurteilung der Eignung erfolgt durch Eignungskriterien. Diese sind unternehmensbezogen und können unterschieden werden in Kriterien zur</p> <ul style="list-style-type: none"> • Befähigung und Erlaubnis der Berufsausübung, • wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit, • technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit. <p>Das wirtschaftlichste Angebot wird auf Grundlage der veröffentlichten und gewichteten Zuschlagskriterien festgelegt. Diese beziehen sich auf den Leistungsgegenstand und können unterschieden werden in</p> <ul style="list-style-type: none"> • preisrelevante Faktoren und • qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte. <p>Die Kriterien sind anbieter- und technologieneutral auszugestalten (vgl. § 5 Abs. 7 Gigabit-RR).</p> <p>Sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien inklusive deren Gewichtung sind als Bewerbungsbedingungen in den Auswahlverfahren zugrundeliegenden Unterlagen zu veröffentlichen. Weiterführende Hinweise und Beispiele zu den einzelnen Beschaffungsgegenständen werden in den Kapiteln 3 bis 5 gegeben.</p>

Abbildung 2: Vorgehen zur Vorbereitung des Auswahlverfahrens

2.4 Durchführung des Auswahlverfahrens

Das Auswahlverfahren beginnt regelmäßig mit der Bekanntmachung. Die Veröffentlichung des Auswahlverfahrens muss auf der zentralen Online-Plattform der zuständigen Bewilligungsbehörde erfolgen (vgl. § 5 Abs. 2 Gigabit-RR). Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass bei Auswahlverfahren im Oberschwellenbereich die Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung (im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union – TED <https://ted.europa.eu>) zu beachten ist.²

Beginn bzw. Einleitung des Auswahlverfahrens

Das Ergebnis der Markterkundung darf zu Beginn des Auswahlverfahrens nicht älter als 12 Monate sein (§ 4 Abs. 7 Gigabit-RR).

- Zur Fristwahrung kann auf die Bekanntmachung des Auswahlverfahrens auf der Online-Plattform bzw. im Einzelfall auf die Zeichnung eines internen Einleitungsvermerks zum Auswahlverfahren abgestellt werden.
- Der Eingang des Einleitungsvermerks hat bei der Bewilligungsbehörde innerhalb der 12-Monatsfrist zu erfolgen.

Inhalt des Einleitungsvermerks:



- bspw. Angabe zum bisherigen Stand des Verfahrens und etwaiger Verzögerungsgründe, Angabe zum geplanten Bekanntmachungsdatum
- Unterzeichnung vom Zuwendungsempfänger (nebst Angabe der eAktenummer)

Hinweis: Von der Bewilligungsbehörde wird stets eine zügige Projektumsetzung – ohne nennenswerte Verzögerungen – gewünscht.

Abbildung 3: Infobox Beginn bzw. Einleitung des Auswahlverfahrens

² Ferner sind etwaige landesspezifische Fördervorgaben zu Veröffentlichungspflichten zu berücksichtigen.

Mit der Veröffentlichung läuft die Teilnahme-/Angebotsfrist, währenddessen etwaige Bieterfragen gestellt werden können und durch den Zuwendungsempfänger beantwortet werden müssen. Nach Ablauf der Teilnahme-/Angebotsfrist erfolgt die Teilnahmeantrags-/Angebotsöffnung durch mindestens zwei Vertreter des Zuwendungsempfängers, welche die eingegangenen Teilnahmeanträge/Angebote prüfen und werten. Nach der Prüfung der Eignung³ der beteiligten Bieter und der anschließenden Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt die Zuschlagserteilung während der Zuschlagsfrist⁴. Im sog. Verhandlungsverfahren können Verhandlungen mit den beteiligten (geeigneten) Bietern geführt werden, auf Basis derer ein zweites (verbindliches) Angebot eingereicht wird. Vor Zuschlagserteilung hat der Zuwendungsempfänger die nicht berücksichtigten beteiligten Bieter über die Entscheidung zu informieren (Vorabinformation). Nach Vertragsschluss mit dem ausgewählten Bieter hat der Zuwendungsempfänger den vergebenen Auftrag in der Online-Plattform (Ergebnismeldung) sowie ggf. auf weiteren Portalen – bspw. bei EU-weiten Verfahren innerhalb von 48 Kalendertagen nach Zuschlagserteilung in TED – bekannt zu geben.



Bei Vorliegen von weniger als drei (finalen) Angeboten innerhalb des Auswahlverfahrens zum Netzbetrieb bedarf es der Stellungnahme der Bewilligungsbehörde oder eines externen unabhängigen Wirtschaftsprüfers zur Prüfung des Angebotes, das den Zuschlag erhalten soll. Maßgeblich ist hierfür eine entsprechende Fachkunde, d.h. ein entsprechendes Marktwissen des Prüfers, dass ihn zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebotes befähigt (vgl. § 5 Abs. 9 Gigabit-RR, Nr. 6.5 der Gigabit-RL vom 26.04.2021/Nr. 6.11 Gigabit-RL 2.0). Zur Unterstützung des Zuwendungsempfängers stellt die Bewilligungsbehörde ein Formular zur Stellungnahme auf der Internetseite (vgl. Fn. 1) zur Verfügung.

Abbildung 4: Infobox Stellungnahme externer Wirtschaftsprüfer

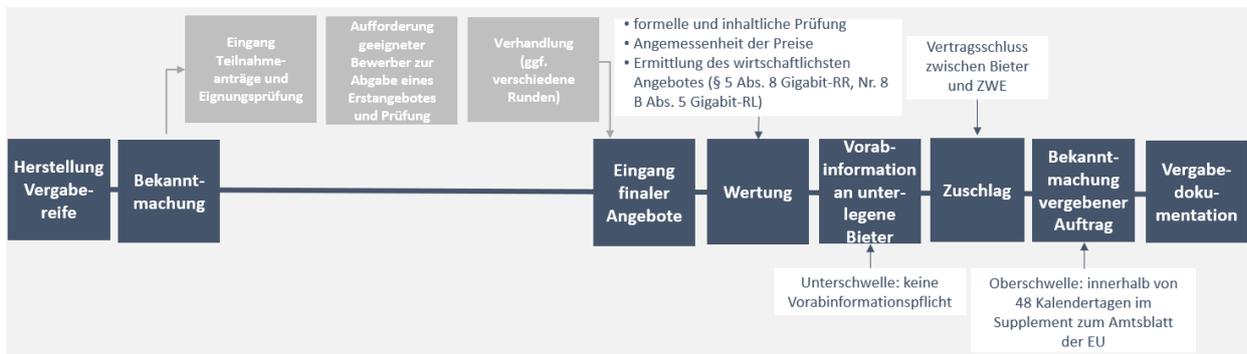


Abbildung 5: Beispielhafter Verfahrensablauf eines Auswahlverfahrens in Form des Verhandlungsverfahrens mit vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb

³ Anhand der in den Unterlagen zum Auswahlverfahren festgelegten Eignungskriterien. Auch zu beachten: Das bundesweite Wettbewerbsregister (elektronische Datenbank) beim Bundeskartellamt stellt öffentlichen Auftrag- und Konzessionsgebern Informationen zur Verfügung, mit Hilfe derer überprüft werden kann, ob Bieter wegen bestimmter Wirtschaftsdelikte vom Vergabeverfahren auszuschließen sind. Ab dem 01.12.2021 sind Strafverfolgungs- und Bußgeldbehörden zur Mitteilung registerrelevanter Entscheidungen an das Bundeskartellamt verpflichtet (vgl. § 4 Abs. 1 WRegG) und Auftrag-/Konzessionsgeber können bereits auf deren Ersuchen das Wettbewerbsregister abfragen. Die Abfragepflicht bei bestimmten Auftrags-/Schwellenwerten (öffentl. Auftraggeber ab einem geschätzten Auftragswert von 30.000 EUR ohne USt. bzw. Konzessionsgeber ab Erreichen der Schwellenwerte des § 106 GWB) gilt ab dem 01.06.2022. Liegen Eintragungen vor, wird dies vom Auftrag-/Konzessionsgeber bei seiner Entscheidung über das Vorliegen von Ausschlussgründen (§§ 123, 124 GWB) berücksichtigt. Weitergehende Informationen finden Sie unter: https://www.bundeskartellamt.de/DE/Aufgaben/Wettbewerbsregister/Wettbewerbsregister/wettbewerbsregister_node.html und unter <https://www.bmw.de/Redaktion/DE/Artikel/Wirtschaft/wettbewerbsregister.html> (jeweils Stand: 01.03.2024).

⁴ Zeitspanne, innerhalb dessen der Auftraggeber die Prüfung und Wertung der Angebote und letztlich die Entscheidung zur Zuschlagerteilung treffen muss. Die Zuschlagsfrist beginnt mit dem Eröffnungs-/Submissionstermin (Öffnung, Verlesung und Dokumentation eingegangener Angebote) und endet mit dem Ablauf der Angebotsbindefrist. Die Zuschlagsfrist soll so kurz wie möglich gehalten werden, da Bieter in dieser Zeit gemäß der Bindefrist an ihr Angebot gebunden sind. In der Regel sollte die Frist von 30 Kalendertagen nicht überschritten werden.

2.5 Dokumentation

Aus dem Vergaberecht ergibt sich die Pflicht öffentlicher Auftraggeber, die maßgeblichen Grundlagen und die wesentlichen Entscheidungen des Auswahlverfahrens schriftlich zu dokumentieren. Die Dokumentation gewährleistet ein transparentes und wettbewerbliches Verfahren, erleichtert der Vergabestelle bzw. dem Zuwendungsempfänger in einem späteren Rechtsstreit ggf. die Beweisführung und macht umgekehrt die Entscheidungen für Bieter, Nachprüfungsinstanzen (Vergabekammern, Gerichte) und Zuwendungsgeber nachvollziehbar und überprüfbar. Eine entsprechende Vorlage zu dem im Rahmen des bei der Bewilligungsbehörde einzureichenden Ergebnisvermerks, aus welchem die Wertung der finalen Angebote anhand der zuvor festgesetzten Zuschlagskriterien (Bewertungsmatrix) sowie die Vergabeempfehlung/Zuschlagserteilung hervorgehen muss, finden Sie in Kapitel 6. b) und c) der Anlage zur Handreichung.

3 Beratungsleistungen

3.1 Grundsätzliches

Zur Unterstützung etwaiger Fragestellungen des Zuwendungsempfängers im Rahmen des geförderten Gigabit-Infrastrukturausbaus kann sich dieser eines externen Beraters bedienen. Hierbei sind mehrere Arten von Beratungsleistungen im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes förderfähig (s. Abbildung 6).

Im Rahmen der Auswahl des Beraters ist das nationale Vergaberecht zu beachten (vgl. Nr. 3.1. des Leitfadens zur Umsetzung der Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0). Bei Vergaben unterhalb der Schwellenwerte sind die nach den einschlägigen haushaltsrechtlichen Bestimmungen des Zuwendungsempfängers anzuwendenden Vergabegrundsätze zu beachten (vgl. Nr. 3 ANBest-Gk).

Die gängigsten Leistungen werden mithilfe des nachfolgenden Schaubildes dargestellt, welches sich chronologisch an den Phasen des Förderprozesses orientiert.

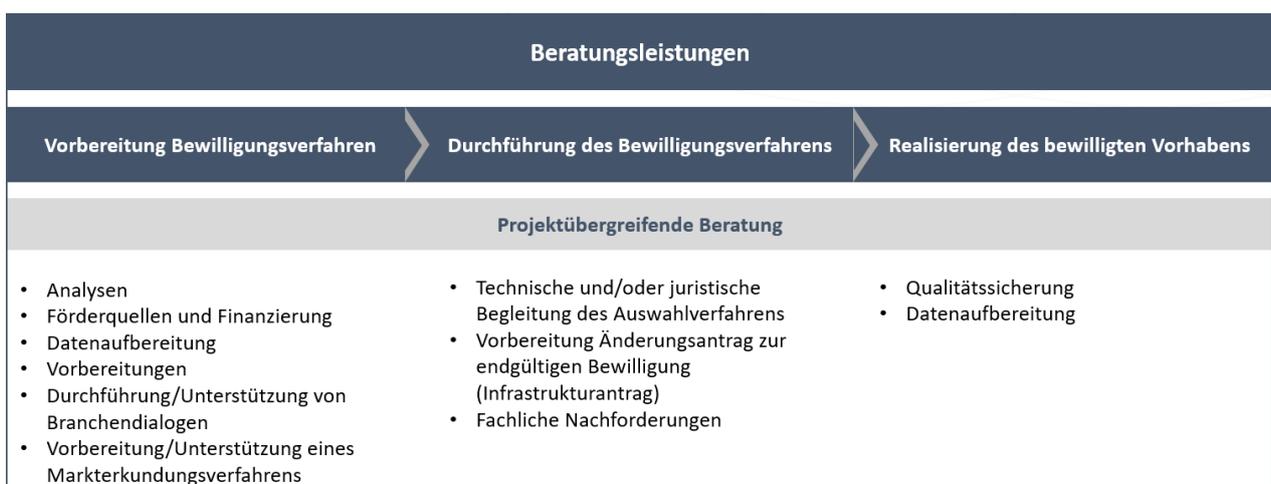


Abbildung 6: Übersicht über mögliche Beratungsleistungen

3.2 Vorbefassung des Beraters

Im Fall, dass sich der Zuwendungsempfänger ggf. vor und während des Auswahlverfahrens zu den

Beratungsleistungen durch einen externen Berater unterstützen lässt, ist sicherzustellen, dass der ihn unterstützende externe Berater nicht selbst am Auswahlverfahren zu den Beratungsleistungen teilnimmt. Aufgrund des Informationsvorsprungs bzw. der Vorbefasstheit des externen Beraters würden andernfalls Wettbewerbsverzerrungen entstehen.

3.3 Vorbereitung des Auswahlverfahrens

Im Rahmen des geförderten Gigabit-Infrastrukturausbaus durch die Gigabitförderung des Bundes ergeben sich die nachfolgenden Besonderheiten, die durch den Zuwendungsempfänger zu beachten sind. So ergibt sich mit Blick auf die obligatorische Auftragswertschätzung durch den Zuwendungsempfänger, dass aufgrund der maximalen Förderhöhe von 50.000 EUR pro Gemeinde (bzw. 200.000 EUR für Landkreisprojekte) i.d.R. eine Unterschwellenvergabe stattfinden kann. Ein Auswahlverfahren im Oberschwellenbereich wird ab dem Schwellenwert von 221.000 EUR erforderlich. Während der Herstellung der Vergabereife hat der Zuwendungsempfänger ausdrücklich darauf hinzuweisen, dass die Erbringung der Beratungsleistungen nach wissenschaftlichem Standard unter Beachtung der einschlägigen Förderbedingungen zu erfolgen hat. Ausgenommen hiervon sind lediglich reine administrative Tätigkeiten.

Aufgrund der i.d.R. durchzuführenden Unterschwellenvergabe kommen die Verfahrensarten der Öffentlichen Ausschreibung, der Beschränkten Ausschreibung (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) und der Freihändigen Vergabe bzw. der Verhandlungsvergabe (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb)⁵ in Betracht. Dem Auftraggeber stehen die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung (mit Teilnahmewettbewerb) nach seiner Wahl zur Verfügung. Im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes kann die Vergabe der Beratungsleistungen in der Beschränkten Ausschreibung (ohne Teilnahmewettbewerb) oder als Verhandlungsvergabe (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) in einem begründeten Ausnahmefall angewandt werden, bspw. wenn:

- der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst;
- der Auftrag aufgrund konkreter Umstände, die mit der Art, der Komplexität oder dem rechtlichen oder finanziellen Rahmen oder den damit einhergehenden Risiken zusammenhängen, nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann;
- die Leistung nach Art und Umfang, insbesondere ihre technischen Anforderungen, vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können;
- die Bedürfnisse des Auftraggebers nicht ohne die Anpassung bereits verfügbarer Lösungen erfüllt werden können;
- dies durch Ausführungsbestimmungen eines Bundes- oder Landesministeriums bis zu einem bestimmten Höchstwert (Wertgrenze) zugelassen ist.⁶

⁵ Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) löst den bisherigen 1. Abschnitt der VOL/A für die Vergabe von Dienst- und Lieferaufträgen des Bundes unterhalb der Schwellenwerte ab. Zum Stand 18.12.2023 wurde in 15 von 16 Bundesländern (Sachsen ausstehend) die UVgO bereits eingeführt. Daher werden in dieser Handreichung die Regelungen der UVgO aufgegriffen.

⁶ Diese Aufzählung ist nicht abschließend und stellt nur einen Auszug möglicher Begründungen dar.

Bei einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sowie einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb fordert der Zuwendungsempfänger grds. mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots (oder zur Teilnahme an Verhandlungen) auf.



Sonderregelung zur Vergabe Freiberuflicher Leistungen

Öffentliche Aufträge über Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht oder im Wettbewerb mit freiberuflich Tätigen angeboten werden sind grds. im Wettbewerb zu vergeben (vgl. § 50 UVgO). Dabei ist ohne Bindung an die übrigen Vorschriften der UVgO so viel Wettbewerb zu schaffen, wie dies nach der Natur des Geschäfts oder nach den besonderen Umständen möglich ist. Der Auftraggeber ist grds. frei, wie er einen Wettbewerb gestaltet; ein vernünftiger/angemessener und der Aufgabe angepasster Wettbewerb reicht aus.

Abbildung 7: Infobox Freiberufliche Leistungen

Um den Anforderungen einer angemessenen Angebotsfrist gerecht zu werden, sollte der Zuwendungsempfänger diese auf mindestens 10 Kalendertage festlegen (siehe hierzu Abbildung 2 – Hinweise zur Verfahrenswahl).

Auch bei den Beratungsleistungen gilt der Grundsatz der Losbildung, trotz geringer Auftragssumme.⁷ Während die Aufteilung in Gebietslose insbesondere bei der Betrachtung von Einzelkommunen dem Gegenstand der Beratungsleistung möglicherweise widerspricht, kann eine Aufteilung in Fachlose im Einzelfall sinnvoll erscheinen. Bspw. die Aufteilung von technischer Beratung zu Geoinformationsleistungen oder juristischer Begleitung. Grds. gilt auch im Rahmen des Auswahlverfahrens zu den Beratungsleistungen, dass ein größtmöglicher Wettbewerb zu ermöglichen ist.

Insbesondere im Fall, dass ein Landkreis oder Zweckverband mehrere Anträge auf Beratungsleistungen stellt oder auch mehrere Kommunen parallel Beratungsförderung beantragt haben, ist ein gemeinsames Auswahlverfahren zu den Beratungsleistungen grds. nur insoweit zulässig, sofern eine entsprechende antragsbezogene Losaufteilung erfolgt.

Hinsichtlich der Eignungskriterien hat der Zuwendungsempfänger die Besonderheit zu beachten, dass die Gigabitförderung des Bundes obligatorische Eignungskriterien vorsieht:

- Zum einen muss der Berater seine Unabhängigkeit und Neutralität vor Beginn der Beratungsleistungen gegenüber dem Zuwendungsempfänger versichern. Zur Unterstützung des Zuwendungsempfängers stellt die Bewilligungsbehörde das Formular „Erklärung zur Unabhängigkeit und Neutralität“ auf der Internetseite (vgl. Fn. 1) zur Verfügung.
- Zum anderen hat der Berater seine Fachkunde durch einschlägige Qualifikationen vorzuweisen. Die Fachkunde kann entweder durch Vorlage von Referenzen oder durch entsprechende Schulungsnachweise nachgewiesen werden. Zur Unterstützung des Zuwendungsempfängers stellt die Bewilligungsbehörde das Formular „Erklärung zur Fachkunde des Beraters“ auf der Internetseite (vgl. Fn. 1) zur Verfügung.

Bei dem Nachweis der Fachkunde durch Vorlage von Referenzen hat der Berater mindestens drei vergleichbare Referenzen über früher ausgeführte Beratungs- oder Planungsaufträge in Form einer Liste

⁷ Von dieser Verpflichtung kann es Ausnahmen geben, vgl. Nr. 3.1 ANBest-P. Darüber hinaus können auch voneinander getrennte Auswahlverfahren zu einzelnen Beratungsleistungen in fachlicher und zeitlicher (je nach Phase des Förderprozesses) Sicht durchgeführt werden.

der in den letzten höchstens fünf Jahren erbrachten wesentlichen Beratungs- oder Planungsleistungen mit Angabe zum Auftragswerts, des Erbringungszeitraums sowie Angaben zum Leistungsempfänger (öffentlich oder privat) vorzulegen.

Alternativ zu den Referenzen kann der Berater zum Nachweis seiner Fachkunde mindestens drei Schulungsnachweise auf dem Gebiet des Zuwendungsrechts oder zu den Grundlagen des Breitbandausbaus vorlegen. Entsprechende Schulungsangebote werden durch die Bewilligungsbehörde für technische und juristische Berater angeboten. Durch das Schulungsangebot wird eine transparente Bewertungsgrundlage für Zuwendungsempfänger geschaffen und ein einheitlicher Qualitätsstandard gesichert.

Es ist eine Gesamtanzahl von mindestens drei Nachweisen, bestehend aus Referenzen und/oder Schulungsnachweisen erforderlich. Darüber hinaus hat der Zuwendungsempfänger verpflichtende Mindestanforderungen bei der Beauftragung von Beratungsleistungen zu fordern. Hierzu gehören:

- die Aufnahme der Ist-Situation (inklusive der förderfähigen Adressen) im potenziellen Fördergebiet,
- die Leistungserbringung nach wissenschaftlichem Standard unter Beachtung der einschlägigen Förderbedingungen und
- die überprüfbare und transparente Leistungserbringung des Beraters.

Gleichzeitig ist der Zuwendungsempfänger verpflichtet, auf – vor der individuellen Beratungsleistung – existente oder bereits gefundene Ergebnisse hinzuweisen und diese bereitzustellen.

3.4 Durchführung des Auswahlverfahrens

Die Durchführung des Auswahlverfahrens erfolgt entsprechend der zuvor dargestellten Verfahrensarten. Im Rahmen einer Verhandlungsvergabe hat der Zuwendungsempfänger zu beachten, dass während der Verhandlungsphase über den gesamten Angebotsinhalt, ausgenommen der in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien, verhandelt werden darf. Der Zuwendungsempfänger kann den Zuschlag – auch ohne vorherige Verhandlung – auf ein Angebot erteilen, wenn er sich dieses Recht in der Auftragsbekanntmachung, den Vergabeunterlagen oder bei der Aufforderung zur Abgabe des Angebots vorbehalten hat und die Bindefrist für den Bieter noch nicht abgelaufen ist.



Abbildung 8: Beispielhafter Ablauf eines Auswahlverfahrens für Beratungsleistungen durch eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb

Es wird darauf hingewiesen, dass der Zuwendungsempfänger im Rahmen der Beantragung von Beratungsleistungen nach Nr. 3.3 der Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0 gleichzeitig einen separaten Antrag auf vorzeitigen Maßnahmebeginn stellen kann. Als Maßnahmebeginn gilt hier der Abschluss eines Vertrags des Zuwendungsempfängers mit dem Beratungsunternehmen. Daher kann eine

Beratungsleistung, die bereits vor Erhalt des Zuwendungsbescheides oder der Beantragung eines vorzeitigen Maßnahmebeginns erfolgt, seitens der Bewilligungsbehörde nicht abgerechnet werden. Zudem sind Beratungsleistungen nur förderfähig, wenn sie innerhalb des Bewilligungszeitraums erbracht worden sind.⁸

Schließlich kann die Durchführung eines Auswahlverfahrens auch entbehrlich sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Zuwendungsempfänger mit dem Beratungsunternehmen bereits innerhalb des Weiße-Flecken-Förderprogramms (nachfolgend: „WFP“) eine Rahmenvereinbarung abgeschlossen hat, welche zugleich Beratungsleistungen in der Gigabitförderung des Bundes abdeckt. Vorsorglich wird darauf hingewiesen, dass eine Beratung im Rahmen des WFP nicht automatisch bedeutet, dass die Beauftragung des Beratungsunternehmens auch eine Beratung in der Gigabitförderung des Bundes abdeckt. Dies ist stets im Einzelfall zu prüfen. Mit dem Abschluss einer Rahmenvereinbarung werden noch keine konkreten Leistungen beauftragt, sondern nur die Bedingungen festgelegt, die für die jeweiligen Einzelabrufe gelten. Die Beauftragung konkreter Leistungen erfolgt erst über den Einzelabruf, womit die entsprechende Maßnahme beginnt.

4 Auswahlverfahren im Wirtschaftlichkeitslückenmodell (Nr. 3.1 der Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0)

4.1 Grundsätzliches

Der Netzausbau und -betrieb im Rahmen des Wirtschaftlichkeitslückenmodells wird als einheitliches transparentes, wettbewerbliches Verfahren ausgeschrieben. Das ausgewählte Unternehmen erhält das Recht bzw. übernimmt die Verpflichtung, die Breitbandinfrastruktur unter Nutzung der gewährten Investitionsbeihilfen zu errichten, das Gigabit-Netz in Betrieb zu nehmen und für mindestens sieben Jahre zu betreiben.

4.2 Vorbereitung des Auswahlverfahrens

In Vorbereitung des Auswahlverfahrens hat der Zuwendungsempfänger den Auftragswert entsprechend der vergaberechtlichen Vorgaben zu schätzen (vgl. dazu insb. auch § 6 Gigabit-RR). Dabei sind auch etwaige Optionen, Vertragsverlängerungen oder im Fall der Losbildung der Gesamtwert aller Lose zu berücksichtigen. Die Auftragswertschätzung umfasst die zur Projektumsetzung notwendigen Investitionskosten auf Basis des zu erwartenden Nachfragepotentials prognostizierter Einnahmen. Auf Basis der Auftragswertschätzung kann der Zuwendungsempfänger sodann die Entscheidung der Verfahrenswahl (vgl. Abbildung 2) treffen.

Das Auswahlverfahren ist zwingend – ungeachtet des zuvor Gesagten – nach den vergaberechtlichen Grundsätzen durchzuführen (siehe § 5 Gigabit-RR). Unter Einhaltung der allgemeinen Vergabegrundsätze kann das Auswahlverfahren frei ausgestaltet werden. Das Auswahlverfahren kann bspw. an den Vorschriften der Vergabeverordnung (nachfolgend: „VgV“) zum Ablauf des zweistufigen Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb ausgerichtet werden. Dieses Verfahren wird häufig in der Praxis gewählt, um die Möglichkeit zu erhalten, in gewissem Rahmen

⁸ Weitergehende Informationen und Voraussetzungen zum vorzeitigen Maßnahmebeginn können Nr. 8 des Leitfadens zur Umsetzung der Gigabit-RL vom 26.04.2021/ Nr. 10 des Leitfadens zur Umsetzung der Gigabit-RL 2.0), Nr. 7.2 Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0 entnommen werden.

Verhandlungen über die Bedingungen des Angebots zur Optimierung zu führen und offene Fragen zu klären (siehe dazu auch Kapitel 4.3).

Hinweis:

- Sollten mehrere Förderprojekte mit gleichen Fördergegenständen von koordinierender Stelle administrativ verwaltet werden (bspw. Landkreis für kreisangehörigen Kommunen) kann zur Verwaltungsvereinfachung die für die einzelnen Förderverfahren durchzuführenden Auswahlverfahren in einem Verfahren mit entsprechenden Teillosen (ein Los = ein Förderprojekt) zusammengefasst werden, stets unter Beachtung vergaberechtlicher Grundsätze (insb. Nichtdiskriminierung).
- Ein Gesamtangebot über alle Lose kann unter folgenden Voraussetzungen angenommen werden:
 - Gesamtangebot ist im Vergleich zur Angebotssumme der Einzellöse wirtschaftlicher bzw. geringer oder auf einzelne Lose gingen keine Angebote ein, jedoch liegt ein Gesamtangebot über alle Lose vor.
 - Für jedes Einzellos erfolgt eine separate Kalkulation der Gesamtfinanzierung.
 - Es darf kein Zuschlagskriterium angesetzt werden, wonach im Falle der Abgabe eines Gesamtangebotes eine bessere Bewertung gegenüber der Abgabe von Einzellöse erfolgt.



Losaufteilung

- In der Praxis im Bundesförderprogramm ist folgende Losaufteilung denkbar:
- Fachlose nach Fachgebieten oder Gewerbebezweigen; bspw. Tiefbauleistungen, Einziehung von Glasfasern, Planungsleistungen.
- Teillose nach räumlichem Zuschnitt oder Auftragsgröße; bspw. gebietsweise Clusterung, verschiedenen Bau- lastträger.

Abbildung 9: Infobox Losbildung

Da der vergaberechtliche Grundsatz des Mittelstandsschutzes (Losaufteilung) zu beachten ist, hat der Zuwendungsempfänger die Leistungen in der Menge (Teillose) aufzuteilen und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Lediglich im Einzelfall und aufgrund einer Abwägung wirtschaftlicher oder technischer Gründe kann eine Gesamt-/Generalübernehmer (GÜ)-Vergabe ausnahmsweise zulässig sein.

Die Gründe für eine Ausnahme der Losbildung sind anhand der besonderen Umstände des Einzelfalls konkret und nachprüfbar darzulegen sowie aus Nachweiszwecken zu dokumentieren. Das Abstellen auf allgemeine Vorteile einer Gesamt-/GÜ-Vergabe, die bei jedem Auswahlverfahren auftreten können, genügt zur Begründung nicht aus. Vielmehr müssen überwiegende Gründe für eine Gesamt-/GÜ-Vergabe sprechen.⁹ Eine solche Sachlage kann vorliegen, wenn die Aufteilung unverhältnismäßige Kostennachteile mit sich bringen oder zu einer starken Verzögerung des Vorhabens führen würde. Die Entlastung des Auftraggebers vor Koordinierung, der Vorzug, nur einen Vertragspartner zu haben oder die einfachere Durchsetzung von Gewährleistungsansprüchen sind nicht ausreichend einen Ausnahmefall zu begründen. Eine größere Wirtschaftlichkeit der Gesamt-/GÜ-Vergabe ist für den konkreten Einzelfall nachzuweisen. Technische Gründe für eine Gesamt-/GÜ-Vergabe können gegeben sein, wenn das angestrebte Qualitätsniveau nur mithilfe einer Bündelung von Teilleistungen zu erreichen ist. Sofern die ausgeschriebene Leistung in Lose aufgeteilt wird, kann vom Zuwendungsempfänger festgelegt werden,

⁹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss des Senats vom 08.09.2004, VII Verg 38/04, VergabeR 2005, 107, 110; Byok in Byok/Jaeger, VergabeR, § 97 Rdnr. 222; Stickler in Kapellmann/Messerschmidt, VOB, § 4 Rdnr. 40; Müller-Wrede, NZBau 2004, 645.

ob die Angebote lediglich für ein Los, mehrere Lose oder für alle Lose oder eine Höchstzahl eingereicht werden dürfen.

Wirtschaftliche Gründe

- Eine getrennte Vergabe ist ökonomisch ineffektiv.
- Die Einschaltung verschiedener Unternehmen führt zu höheren Kosten, da bspw. das Teillos zu klein würde oder einzelne Bestandteile des Auftrags eng zusammenhängen.

Technische Gründe

- Das angestrebte Qualitätsniveau ist nur mithilfe einer Bündelung von Teilleistungen zu erreichen.



Technische und wirtschaftliche Gründe ergänzen sich regelmäßig und müssen jeweils einen Auftragsbezug aufweisen.

Abbildung 10: Beispielhafte Aufzählung wirtschaftlicher und technischer Gründe

Weiterhin hat der Zuwendungsempfänger zur Vorbereitung des Auswahlverfahrens die Eignungs- und Zuschlagskriterien nebst Gewichtung wie auch Mindestanforderungen (zwingend umzusetzende Vorgaben aus dem Bescheid über eine Zuwendung in vorläufiger Höhe, bspw. ist der Bieter zur Beachtung und Einhaltung des Materialkonzeptes zu verpflichten, um eine hohe Qualität und Nachhaltigkeit der Netzinfrastruktur zu gewährleisten) festzulegen und in der Bekanntmachung bzw. in den Unterlagen zum Auswahlverfahren zu veröffentlichen. Beispielhaft heranzuziehende Musterkriterien und Mindestanforderungen können Kapitel 3. bis 5. der Anlage zur Handreichung entnommen werden. Jene Eignungs- und Zuschlagskriterien nebst Gewichtung wie auch Mindestanforderungen sind dabei aus vergaberechtlichen Gründen nicht verhandelbar.

4.3 Durchführung des Auswahlverfahrens

Auch im Rahmen des Wirtschaftlichkeitslückenmodells erfolgt das Auswahlverfahren entsprechend der vom Zuwendungsempfänger gewählten Verfahrensart. Wie bereits in Kapitel 3.4 dargestellt, kann etwa der Zuwendungsempfänger bei der Vergabe durch ein Verhandlungsverfahren während der Verhandlungsphase über den gesamten Angebotsinhalt, ausgenommen der in der Leistungsbeschreibung festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien, verhandeln.

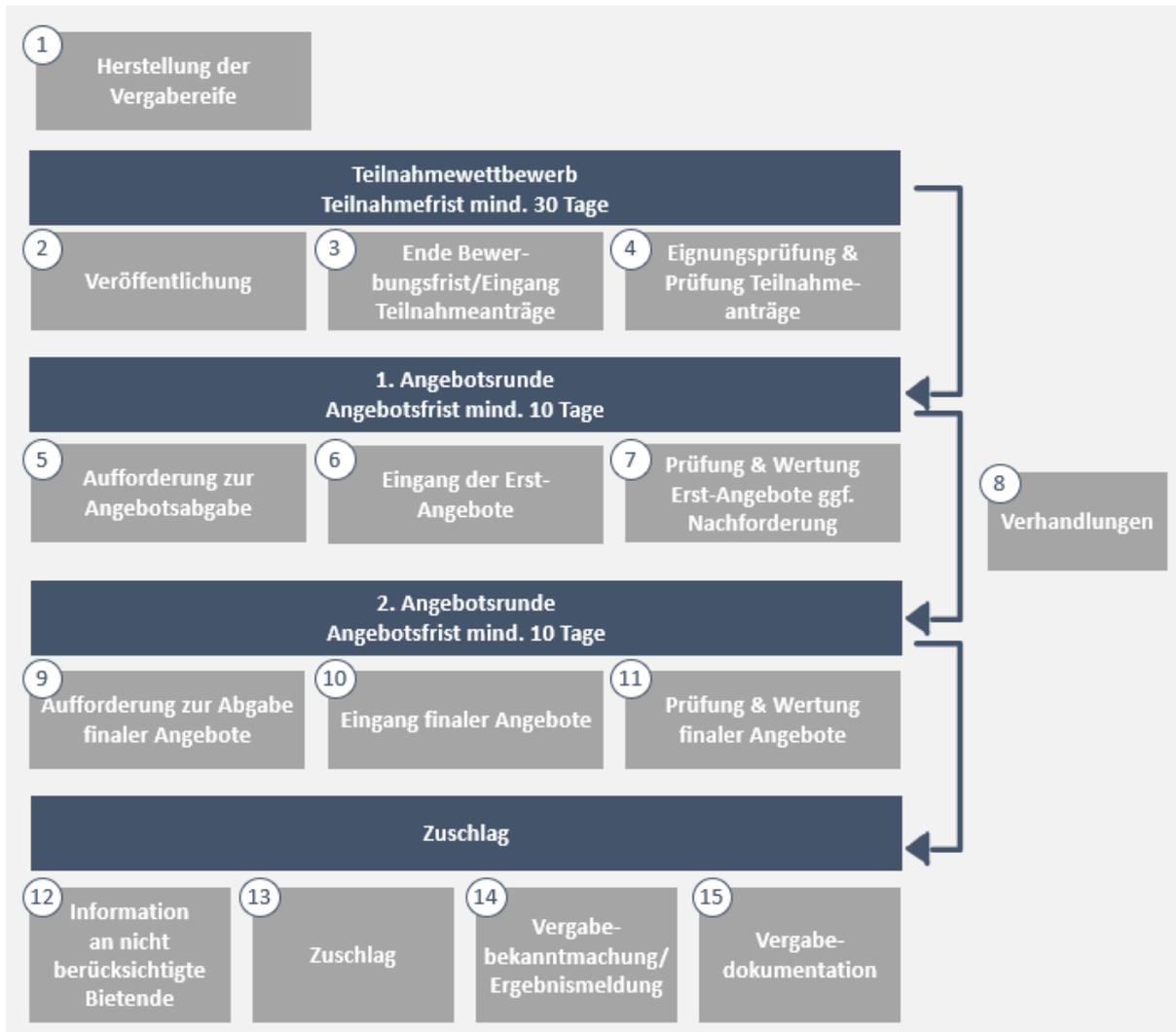


Abbildung 11: Beispielhafter Ablauf eines Auswahlverfahrens im Wirtschaftlichkeitslückenmodell in Form eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb

5 Auswahlverfahren im Betreibermodell

5.1 Grundsätzliches

Im Rahmen des Betreibermodells trägt der Zuwendungsempfänger – im Gegensatz zum Wirtschaftlichkeitslückenmodell – als Infrastruktureigentümer mehr Verantwortung für den Erfolg des Projekts und hat mehrere Auswahlverfahren vorzubereiten und durchzuführen. Ein „gemeinsames“ Auswahlverfahren zur Errichtung des kommunalen passiven Netzes (Planung und Bau) einerseits und zum Betrieb andererseits ist mit beihilfen-, sowie zuwendungs-/haushaltsrechtlichen Vorgaben nicht vereinbar.

Es sind mindestens zwei verschiedene Auswahlverfahren im Betreibermodell durchzuführen:

- ein Auswahlverfahren zum Bau (ggf. einschließlich der (Bau-)Planung oder separates Auswahlverfahren zu den Planungsleistung) und
- ein Auswahlverfahren zum Betrieb.

Daher sind im Betreibermodell die Auswahlverfahren zum Bau und zum Betrieb wie auch zur (Bau-)Planung und zum Betrieb getrennt voneinander durchzuführen. Anders verhält es sich mit der (Bau-)Planung und dem Bau an sich. Diese können grds. in einem Auswahlverfahren zusammen ausgeschrieben werden, weil diese in Anlehnung an die Leistungsphasen der HOAI und der Natur der Sache nach zusammenhängende, untrennbare Gegenstände der Fördermaßnahme darstellen.

5.2 Beschleunigungsmöglichkeit im Betreibermodell

Die Ausgestaltung der einzelnen Auswahlverfahren im Rahmen des Betreibermodells obliegt dem Zuwendungsempfänger als öffentlichen Auftraggeber.

Zur Beschleunigung des Prozesses bzw. der Ausgestaltung im Betreibermodell gem. Nr. 3.2 Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0 wird jedoch auf die Möglichkeit hingewiesen, dass es zulässig ist, die zu trennenden Auswahlverfahren (nahezu) gleichzeitig/parallel durchzuführen (vgl. Nr. 3.2 Satz 3 Gigabit-RL 2.0). Dies ist grds. mit der beihilfenrechtlich geforderten Anbieter- sowie Netz- und Technologieutralität vereinbar.

Es bedarf lediglich zur Wahrung des Zuwendungszwecks und demnach zur Vermeidung von „Förderruinen“ einen zeitlichen Versatz bzw. Mindestabstand zwischen dem Vertragsabschluss mit dem künftigen Betreiber und dem Beginn des Baus durch den bereits ausgewählten Bauunternehmer. Der Betreiber muss daher spätestens vor Baubeginn vertraglich feststehen. Dies hat ggf. zur Folge, dass die Auftrags-/Zuschlagerteilung des im Rahmen des durchgeführten Auswahlverfahrens zum Bau ausgewählten Bauunternehmers bereits erfolgt ist. Im Auswahlverfahren zum Bau ist in der Bekanntmachung selbst oder in den dazugehörigen Unterlagen (bspw. Leistungsbeschreibung) der Hinweis aufzunehmen, dass der Baubeginn unter der Bedingung des zeitlich vorgelagerten Vertragsabschlusses mit dem künftigen Betreiber erfolgt. Der zeitliche Versatz sollte mindestens die für das Auswahlverfahren zum Betrieb einschlägigen Rügefristen umfassen.

Abstellen auf den Baubeginn

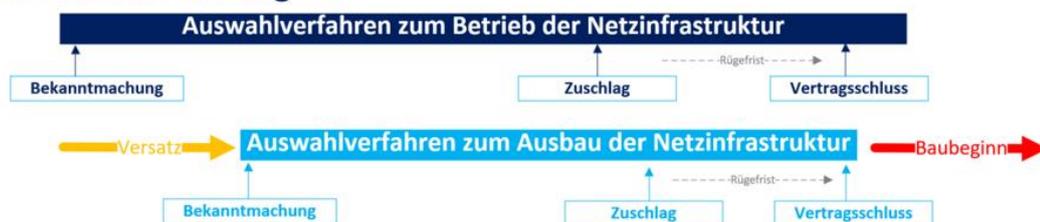


Abbildung 12: Zeitstrahl zur Möglichkeit der zeitlichen Beschleunigung der Auswahlverfahren zum Ausbau und Betrieb der Netzinfrastruktur

In der möglichen Konstellation, in welcher der Zuwendungsempfänger **drei getrennte Auswahlverfahren** zum Betrieb, zur Planung und zum Bau durchführen will, können die separaten Auswahlverfahren zum Betrieb und zur Planung parallel ausgeführt, mittels Zuschlagserteilung/Vertragsabschluss abgeschlossen und im Nachgang das Auswahlverfahren zum Bau begonnen werden.¹⁰

¹⁰ Der zeitliche Versatz zwischen dem Beginn des Auswahlverfahrens zum Betrieb sowie zur Planung und dem Auswahlverfahren zum Bau ist auf die zu berücksichtigenden Rügefristen sowie der Dauer der gewählten Verfahrensarten zurückzuführen. Da das ausgewählte Planungsunternehmen das Auswahlverfahren zum Bau vorbereitet (bspw. Erstellung des Leistungsverzeichnisses) kann erst nach Zuschlagserteilung/Vertragsabschluss das Auswahlverfahren zum Bau begonnen werden.

In der weiteren denkbaren Konstellation von **zwei getrennten Auswahlverfahren** zum Betrieb sowie zur gemeinsamen Planung und zum Bau (General-/Totalübernehmer) können diese Auswahlverfahren auch grds. (nahezu) parallel durchgeführt werden. In dieser Konstellation kann ggf. die Auftrags-/Zuschlagerteilung des General-/Totalübernehmers unabhängig vom Vertragsabschluss des künftigen Betreibers bereits erfolgt sein und dieser demnach zeitnah mit der Planung des anschließenden Baus beginnen. Lediglich der Baubeginn durch den General-/Totalübernehmer steht unter der Maßgabe des zeitlich zuvor erfolgten Vertragsabschlusses mit dem künftigen Betreiber, sodass ggf. der Gesamtprojektstatus zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses mit dem künftigen Betreiber fortgeschritten ist und daran anknüpfend umgehend mit der Umsetzung des Baus begonnen werden kann.¹¹

Zur Vollständigkeit wird darauf hingewiesen, dass mit einem gemeinsamen Auswahlverfahren zur Planung und zum Bau (GÜ-Ausschreibung) nicht nur Vorteile (bspw. reduzierter Koordinierungsbedarf, konkreter Ansprechpartner für den Zuwendungsempfänger), sondern auch Nachteile einhergehen können.¹² Bei der Durchführung eines gemeinsamen Auswahlverfahrens zur Planung und zum Bau können etwaige Rügen sowie Nachprüfungsverfahren nicht ausgeschlossen werden. Eine mögliche zeitliche Einsparung – in Folge eines gemeinsamen Auswahlverfahrens im Gegensatz zur Durchführung getrennter Auswahlverfahren – würde durch eine Rüge oder ein Nachprüfungsverfahren in Bezug auf das gemeinsame Auswahlverfahren ausgehebelt werden und der Fortgang bzw. das Voranschreiten des Projektes wäre bis zum Abschluss des Rüge- bzw. Nachprüfungsverfahrens gehemmt.

5.3 Vorbereitung und Durchführung der Auswahlverfahren

Im Rahmen des Betreibermodells hat der Zuwendungsempfänger die Leistungen der Netzplanung, des Netzausbaus und des Netzbetriebs durch ein wettbewerbliches Auswahlverfahren zu vergeben. Während es sich bei der Netzplanung um eine (freiberufliche) Dienstleistung handelt, ist der Beschaffungsgegenstand des Netzausbaus als Bauleistung bzw. Bauauftrag¹³ einzuordnen.

Auch im Rahmen der Vorbereitung des Auswahlverfahrens im Betreibermodell ist dem aktuellen Umstand der Lieferengpässe und Preissteigerungen entsprechend Rechnung zu tragen. Insbesondere gilt es im Betreibermodell mögliche Bauverzögerungen und die Festsetzung längerer Vertragslaufzeiten für Bauleistungen auch entsprechend im Netzbetriebsvertrag einzuplanen bzw. festzuhalten.

5.3.1 Planungsleistungen

Planungsleistungen im Betreibermodell werden oberhalb der Schwellenwerte auf Grundlage der VgV vergeben, während unterhalb der geltenden Schwellenwerte die UVgO zu beachten ist. Planungsleistungen sind grds. im Wettbewerb zu vergeben. Im Gegensatz zum Oberschwellenbereich sind die Vorgaben im Unterschwellenbereich weniger strikt. Demnach kann eine Vergabe im Wettbewerb durch Anwendung der Grundsätze des Haushaltsrechts – insbesondere des Gebots der Wirtschaftlichkeit

¹¹ Der zeitliche Versatz zwischen dem Beginn des Auswahlverfahrens zum Betrieb und dem gemeinsamen Auswahlverfahren zur Planung und zum Bau ist auf die zu berücksichtigende Rügefristen sowie der Dauer der gewählten Verfahrensarten zurückzuführen.

¹² Zum Grundsatz der Losaufteilung und seinen Ausnahmen wird auf Kapitel 4.2. verwiesen.

¹³ Ein Bauauftrag ist ein Vertrag über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung von in Anhang II der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten Bauleistungen/Bauwerken für den öffentlichen Auftraggeber, die Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten sind und eine wirtschaftliche oder technische Funktion erfüllen sollen.

und Sparsamkeit – durchgeführt werden. Bei der Beschränkten Ausschreibung bzw. Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb sind mehrere, grds. mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern. Die Planungsleistungen dienen der Vorbereitung des Baus bzw. der Erstellung der Leistungsbeschreibung bzw. des Leistungsverzeichnisses.

5.3.1.1 Besonderheiten bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens zur Planung

Eine wichtige Weichenstellung für das Auswahlverfahren zur Planung stellt zunächst die korrekte Auftragswertschätzung dar. Sollten die Planungsleistungen in mehrere Teilaufträge/-lose aufgeteilt worden sein, sind sie bei der Ermittlung des geschätzten Auftragswertes zu addieren.

Leistungsphasen nach HOAI	Projektkosten	Beratungsleistungen
1. Grundlagenermittlung		X
2. Vorplanung mit Kostenschätzung		X
3. Entwurfsplanung und Kostenberechnung		X
4. Genehmigungsplanung	X	
5. Ausführungsplanung	X	
6. Vorbereitung der Vergabe	X (für Bau)	X (für Betreiber)
7. Mitwirkung bei der Vergabe inklusive Kostenanschlag	X (für Bau)	X (für Betreiber)
8. Objektüberwachung - Bauüberwachung und Dokumentation	X (≠Dokumentation)	
9. Objektbetreuung		

Abbildung 13: Übersicht zur Förderfähigkeit einzelner Leistungsphasen in Anlehnung an die HOAI

Im Rahmen der Verfahrensgestaltung kann der Zuwendungsempfänger entweder das Auswahlverfahren zu den Planungsleistungen separat durchführen. Ihm obliegt aber auch die Möglichkeit ein gemeinsames Auswahlverfahren für die Netzplanung und den Netzausbau und somit eine GÜ-Vergabe durchzuführen (vgl. zur Zulässigkeit der GÜ-Vergabe in Kapitel 5.2.).

Darüber hinaus sind nachfolgende infrastrukturelle Rahmenbedingungen zu beachten, die zum einen den Leistungsgegenstand der Planung beeinflussen/vorprägen können, zum anderen aber auch Synergiepotentiale mit sich bringen, die insbesondere im Rahmen der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden sollten:

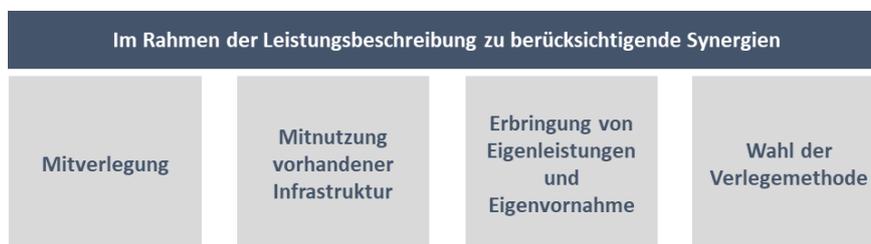


Abbildung 14: Beispielhafte Synergiepotentiale zur Generierung von Kostenersparnissen für den Zuwendungsempfänger.

5.3.2 Bauleistungen

Die Bauleistungen im Betreibermodell werden weitgehend als öffentlicher Auftrag im Oberschwellenbereich auf Grundlage der VOB/A-EU und im Unterschwellenbereich auf Grundlage der

VOB/A vergeben. Für die Vergabe von Bauleistungen kann die Verfahrensart des Offenen Verfahrens angedacht werden, wenn lediglich der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium angesetzt wird. Denkbar wäre aber auch die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens, in welchem der Zuwendungsempfänger die Möglichkeit hat, mit dem Bieter über den Angebotsinhalt zu verhandeln bzw. die zu erbringende Leistung während der Verhandlung(en) zu konkretisieren. Dies ist dann vorteilhaft, wenn die zu erbringende Leistung nicht erschöpfend beschrieben werden kann.

Des Weiteren hat der Zuwendungsempfänger die Auftragswertschätzung auch hier stets korrekt und nach den Maßgaben des Vergaberechts durchzuführen. Der Auftragswert bemisst sich dabei nach dem Gesamtwert aller Bauleistungen.

Da auch im Rahmen der Bauleistungen der Grundsatz des Mittelstandsschutzes (durch Losaufteilung) zu beachten ist, sind die Leistungen in der Menge (Teillose – Baucluster) aufzuteilen und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben (vgl. hierzu Kapitel 4.2.).

5.3.2.1 Besonderheiten bei der Gestaltung des Auswahlverfahrens zum Bau

Im Rahmen der Ausgestaltung des Auswahlverfahrens zum Bau hat der Zuwendungsempfänger – zur Gewährleistung einer hohen Qualität und Nachhaltigkeit der Netzinfrastruktur – den bezuschlagten Bieter zur Beachtung und Einhaltung des Materialkonzeptes¹⁴ zu verpflichten. Dies sollte durch Benennung bzw. Vorgabe in der Netz- bzw. Leistungsbeschreibung erfolgen. Der Zuwendungsempfänger hat darüber hinaus auch die Möglichkeit, die Verpflichtung zur Einhaltung des Materialkonzeptes zusätzlich als Mindestanforderung zu fordern und auf diese Weise einen Qualitätsstandard bezüglich der errichtenden Infrastruktur festzulegen (vgl. Beispiele in Kapitel 5. zur Anlage der Handreichung).

Im Kontext der Synergieerzeugung ist vor allem die Mitverlegung, die Mitnutzung bereits vorhandener Netzinfrastruktur und die Erbringung von Eigenleistungen durch den Zuwendungsempfänger von Bedeutung und sollten in der Netz- bzw. Leistungsbeschreibung als auch in den Eignungs- und Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Die Mitnutzung vorhandener Infrastrukturen – bspw. durch Anpachtung bereits bestehender Leerrohre – bietet die Möglichkeit, dass weniger ggf. im Einzelfall sogar keine Tiefbauleistungen in der Netz- bzw. Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden müssen. Dies hätte nicht nur eine Kostenreduktion zur Folge, sondern ermöglicht einen ressourcenschonenden und nachhaltigen Umgang mit Materialien und Infrastrukturen. Das Kosteneinsparungspotenzial ist durch den Zuwendungsempfänger bei der Auftragswertschätzung entsprechend zu berücksichtigen.

Darüber hinaus kann die Mitnutzung auch im Rahmen der Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden. Ebenso kann der Zuwendungsempfänger Eigenleistungen und Eigenvornahme bspw. durch einen kommunalen Bauhof, durch einen Eigenbetrieb oder andersartige Eigenleistungen vornehmen. Jene sind in der Netz- bzw. Leistungsbeschreibung deutlich kenntlich zu machen und auch im Rahmen der Auftragswertermittlung zu berücksichtigen.

Des Weiteren kann sich die Besonderheit der Übernahme eines im Rahmen des WFP geschlossenen Bauleistungsvertrags in die Gigabitförderung des Bundes ergeben. Eine solche Übernahme kann im

¹⁴ Einheitliches Materialkonzept und Vorgaben für die Dimensionierung passiver Infrastruktur im Rahmen des geförderten Breitbandausbaus (Version 5.0).

Einzelfall zulässig sein, wenn entsprechende vergaberechtliche Instrumente (Bedarfs-/Eventual- oder Wahlpositionen, Optionen/Nachträgliche Auftragsänderung oder Rahmenvereinbarung) in zulässigerweise angewendet wurden (nähere Ausführungen zur Zulässigkeit solcher Übernahmen in Kapitel 5 c) „Netzbetrieb“).

5.3.3 Netzbetrieb

Im Rahmen des Auswahlverfahrens zum Netzbetrieb, dessen Auftragswert in der Regel über den EU-Schwellenwerten (vgl. Abbildung 2) liegt, sind die Grundsätze des EU-Vergaberechts und mithin grds. des GWB anzuwenden.

Im Auswahlverfahren zum Netzbetrieb kann sich die Verfahrensart des Verhandlungsverfahrens anbieten, wenn der Zuwendungsempfänger aufgrund einer etwaigen Komplexität des Verfahrens und der langjährigen Leistung des Netzbetriebs (mind. sieben Jahre) in Verhandlungen und damit in den Austausch mit den beteiligten Bietern zur Klärung offener Fragen und zur Optimierung der Angebote treten möchte.

5.3.3.1 Besonderheiten zur Gestaltung des Auswahlverfahrens zum Netzbetrieb

Aufgrund des Aufbaus eines eigenen Netzes durch den Zuwendungsempfänger steht die Auswahl des Betreibers im Betreibermodell unter anderen Vorzeichen als im Wirtschaftlichkeitslückenmodell – regelmäßig wird der Zuwendungsempfänger Wert auf eine größtmögliche Homogenität des Netzes legen. Dies kann in der Praxis dazu führen, dass der Zuwendungsempfänger bestrebt ist, insgesamt nur einen Betreiber auszuwählen – unabhängig von den unterschiedlichen Förderprogrammen (WFP, Gigabitförderung des Bundes). D.h. aus beihilfenrechtlicher Sicht stellt sich indes für das Auswahlverfahren zum Netzbetrieb regelmäßig die Frage, ob diejenigen Zuwendungsempfänger von der Verpflichtung befreit sein können den Netzbetrieb im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes erneut auszuschreiben, soweit die „grauen Flecken“ bereits in das Auswahlverfahren zum WFP einbezogen wurden.

Es wird darauf hingewiesen, dass es grds. vergaberechtliche Instrumente gibt, auf Grundlage derer der Zuwendungsempfänger im konkreten Einzelfall den Netzbetrieb im WFP derart ausgeschrieben hat, dass im Rahmen der Gigabitförderung des Bundes ggf. kein weiteres Auswahlverfahren zum Netzbetrieb erforderlich ist. Dabei handelt es sich insbesondere um folgende Instrumente, die im Auswahlverfahren zum Netzbetrieb im WFP anzulegen waren und entsprechend im geschlossenen Betreibervertrag vereinbart wurden:

- Rahmenvertrag/Rahmenvereinbarung,¹⁵
- Optionen/Nachträgliche Auftragsänderung bzw. Vertragsänderung¹⁶ und
- Bedarfs-/Eventual- oder Wahlpositionen¹⁷

¹⁵ Sind hinreichend transparent bekannt zu machen (insb. ordnungsgemäße Schätzung der Abrufmenge); ebenso sind die Regelungen zu Einzelabrufen aus dem Rahmenvertrag/der Rahmenvereinbarung detailliert zu gestalten.

¹⁶ Sind hinreichend transparent bekannt zu machen (insb. Angaben zu Art und Umfang der Option); es darf keine Änderung des Gesamtcharakters des Auftrags erfolgen. Hinsichtlich der nachträglichen Auftrags-/Vertragsänderungen sind die vergaberechtlichen Grenzen zu berücksichtigen.

¹⁷ Sind hinreichend transparent bekannt zu machen; ebenso sind ist die Einhaltung der Zulässigkeitsgrenzen (Richtwert: max. 15 % des Gesamtauftragswertes) einzuhalten.

Entscheidende Prüfkriterien neben den in zulässigerweise verwendeten vergaberechtlichen Instrumenten sind in diesem Zusammenhang:

- die hinreichende und transparente Aufnahme der „grauen Flecken“ in die ursprünglichen Auswahlunterlagen zum WFP,
- die vergabe-, beihilfen- und zuwendungsrechtliche Anlegung der Beauftragung des im Rahmen des WFP ermittelten Netzbetreibers für die „grauen Flecken“,
- die Festlegung des Pachtangebots in „grauen Flecken“ zu normalen Marktbedingungen und
- die Einhaltung der Open Access-Verpflichtung.

5.3.4 Modelle zur Bemessung der Pacht

Im Rahmen des Auswahlverfahrens zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Netzbetreibers ist das wesentliche Zuschlagskriterium (kein Randkriterium) die Höhe der Pacht/des Pachtzinses, die der avisierte Netzbetreiber über den Zeitraum der Zweckbindungsfrist an die öffentliche Hand zu zahlen bereit ist (siehe Kapitel 4.c) zur Anlage der Handreichung). Im Mittelpunkt bei der Ausgestaltung steht dabei die Wahl des Pachtmodells. Die einschlägigen Vorschriften (insbesondere die Gigabit-RR und die Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0) legen nicht konkret fest, wie sich die Pacht zusammensetzt bzw. zusammensetzen darf. Es existieren in der privatwirtschaftlichen Praxis unterschiedliche Modelle und Möglichkeiten, die Höhe der Pacht zu bemessen. Der Mustervertrag lässt dem Zuwendungsempfänger in diesem Zusammenhang Raum zur eigenen sachgerechten Ausgestaltung. Im Wesentlichen lassen sich diese in fixe, variable und beides berücksichtigende (kombinierende oder hybride) Ausgestaltungen kategorisieren:

5.3.4.1 Fixe Pacht

Bei einer fixen Pacht zahlt der Netzbetreiber der öffentlichen Hand einen festen, pauschalen Pachtzins, der unabhängig von sich nach der Inbetriebnahme bzw. im Zweckbindungszeitraum dynamisch entwickelnden Parametern ist. Das kann entweder ein fester Betrag für den gesamten Geltungszeitraum des Netzbetriebsvertrags sein oder ein periodisch anteilig (bspw. jährlicher oder monatlich) fällig werdender, jeweils feststehender Betrag.

5.3.4.2 Variable Pacht

Bei einer variablen Pacht zahlt der Netzbetreiber der öffentlichen Hand einen Pachtzins, der von sich nach der Inbetriebnahme bzw. im Zweckbindungszeitraum dynamisch entwickelnden Parametern abhängt. Derartige Parameter können bspw. die Anzahl angeschlossener Grundstücke, Gebäude oder Haushalte sein oder die Anzahl der Kunden, die einen Endkundendienst- oder Vorleistungsvertrag abgeschlossen haben. In diesen Fällen kann je zusätzlicher Einheit bspw. ein bestimmter Festbetrag fällig werden. Häufig wird in der Praxis auch ein prozentualer Anteil an den Einnahmen des Netzbetreibers aus Vorleistungen und/oder Endkundendiensten etc. vereinbart. Ebenso sind verschiedene Kombinationen aus den genannten und weiteren Parametern denkbar. Es existieren auch Ausgestaltungen, nach denen ein variabler Pachtanteil insgesamt erst ab dem Erreichen einer bestimmten Marktdurchdringungsquote durch den Netzbetreiber fällig wird oder bei denen mit zunehmender Marktdurchdringung die Pacht prozentual abgesenkt wird.

5.3.4.3 Hybride Pacht

Ein „hybrides“ Pachtmodell zeichnet sich dadurch aus, dass es die beiden vorgenannten Ansätze kombiniert, d. h. der vom Netzbetreiber insgesamt zu zahlende Pachtzins zu einem Teil feststeht („Sockelbetrag“), zu einem anderen Teil von variablen Parametern abhängig ist. Bei der Bemessung variabler Pachtbestandteile kann zudem auch auf die fixe Pacht referenziert werden, d. h. dass im Falle sich ändernder Parameter nicht ein fester Betrag oder bspw. ein Prozentsatz der generierten Einnahmen, sondern ein gewisser Prozentsatz der fixen Pacht zusätzlich fällig wird.

		Fixe Pacht	Variable Pacht	Hybride Pacht
		Die Pachthöhe richtet sich sowohl pauschal für die überlassene Infrastruktur als auch pro Mengeneinheit.	Die Pachthöhe richtet sich nach einer zuvor festgelegten Messgröße (bspw. pro abgeschlossenem Haushalt, mit Dienst versorgten Kunden).	Kombination der beiden Modelle (Fix- und variable Pacht).
Zuwendungs-empfänger	Vorteile	<ul style="list-style-type: none"> Gute Vergleichbarkeit der Angebote. Gleichbleibende und kontinuierliche Pachtzahlung. Kein Aufwand bei Überprüfung der Höhe der Pachtbemessung. Eigenmittelbeitrag erhöht sich nicht bei unveränderten Kosten. 	<ul style="list-style-type: none"> Bei erfolgreicher Vermarktung durch Netzbetreiber kann aufgrund erhöhter Rückflüsse an Fördermittelgeber auch der Eigenmittelbeitrag sinken. 	<ul style="list-style-type: none"> Kann bei sinnvollem Verhältnis fixer zu variabler Pachtbestandteile die Vorteile beider Modelle zur Geltung kommen lassen.
	Nachteile	<ul style="list-style-type: none"> Kein anteiliges Profitieren im Falle sehr hoher Vermarktungserfolge des Netzbetreibers (Eigenmittelbeitrag bleibt bestehen). 	<ul style="list-style-type: none"> Angebote der Netzbetreiber im Auswahlverfahren beinhalten im Umfang der variablen Pachtanteile Unsicherheiten und bieten Netzbetreibern ggf. gewisses Manipulationspotenzial. Eigenmittelbeitrag kann sich u.U. erhöhen, wenn Pachteinnahmen ausbleiben und sich dadurch Finanzierungslücke erhöht. 	<ul style="list-style-type: none"> Nachteile beider Modelle kommen anteilig zum Tragen. Auswertungsprobleme bzw. Vergleichbarkeit der Angebote schwierig, wenn Bieter „0 EUR-Angebote“ bspw. für fixen Anteil angeben und dafür variablen Anteil besonders hoch bemessen, andere Bieter zugleich gegenteilig verfahren.
Pächter / Netzbetreiber	Vorteile	<ul style="list-style-type: none"> Fällige Pacht steht von vornherein fest und kann besser geplant werden. Chance auf vom RFM ausgeklammerte Gewinne bei frühzeitig hoher Vermarktungsquote. 	<ul style="list-style-type: none"> Bietet Spielraum bei der Abgabe des Angebots. Geringer Vermarktungsdruck. 	<ul style="list-style-type: none"> Kann bei sinnvollem Verhältnis fixer zu variabler Pachtbestandteile die Vorteile beider Modelle zur Geltung kommen lassen.
	Nachteile	<ul style="list-style-type: none"> Wenig Spielraum im Auswahlverfahren. hoher Vermarktungsdruck zu Projektbeginn. 	<ul style="list-style-type: none"> Erhöhter Verwaltungsaufwand für kontinuierlichen Nachweis der den Bemessungsparametern zugrundeliegenden Zahlen und Daten. 	<ul style="list-style-type: none"> Nachteile beider Modelle kommen anteilig zum Tragen.

Abbildung 15: Zusammenfassung möglicher Pachtmodelle nebst deren Vor- und Nachteile

5.3.4.4 Umsetzbarkeit der Pachtmodelle

Im Kern muss ein Modell zur rechtskonformen Bemessung des Netzpachtentgelts so ausgestaltet sein, dass es möglichst weder zu einer beihilfenrechtlich problematischen übergebührliehen Begünstigung des Netzbetreibers noch zu einer nachträglichen Erhöhung des Finanzierungsbedarfs kommen kann. Zudem sollte es nicht zu übermäßigem Aufwand bei der Auswertung von Angeboten und bei der konkreten Berechnung des Entgelts und bei der Nachweisführung sowie bei der späteren Überprüfung durch die Bewilligungsbehörden führen.

6 Zu berücksichtigende Besonderheiten im Auswahlverfahren

6.1 Schwer erschließbare Einzellagen

Im Rahmen der Gigabit-RL 2.0 sind die gesonderten Regelungen zur Förderung von Schwer erschließbaren Einzellagen (nachfolgend: „SEE“) entfallen, die in Nrn. 5.2 und 5.3 der Gigabit-RL vom 26.04.2021 enthalten waren. Bisher war vorgesehen, dass die Förderung auf den Trassenabschnitt oder auf das Zweieinhalbfache der durchschnittlichen Kosten pro Adresspunkt im Projektgebiet begrenzt wird, wenn die Distanz der Trassenmeter mehr als 400 Meter vom letztmöglichen Anschlusspunkt bis zu diesem

Anschluss beträgt (Nr. 5.2 Gigabit-RL vom 26.04.2021). Alle Grundstückseigentümer in SEE sollten ein Angebot erhalten, aus dem der erforderliche Eigenbetrag für einen gigabitfähigen Anschluss hervorgeht. Der Wegfall dieser Regelungen ermöglicht in bestehenden Projekten nach der Gigabit-RL vom 26.04.2021, dass die enthaltenen SEE als reguläre Adresspunkte ohne die genannten Einschränkungen förderfähig sind (Upgrade SEE)¹⁸. Ein Upgrade der SEE auf eine vollständige Anschlussförderung bietet Zuwendungsempfängern damit die Option, dass alle geförderten Adressen – ohne weitere Eigenbeteiligung der Grundstückseigentümer (oder Dritter) – gleichermaßen erschlossen werden und die Kosten vollständig in die Berechnung der Förderung einfließen.

Wenn und soweit der Zuwendungsempfänger keinen Gebrauch vom Upgrade SEE macht, ist die **Wirtschaftlichkeitslücke** der SEE bei der Auftragswertermittlung zu berücksichtigen.¹⁹ Darüber hinaus ist der Zuwendungsempfänger verpflichtet, die Bereitstellung von Eigenleistungen, die Bereiterklärung zur (anteiligen) Übernahme der Eigenleistungsbeiträge und/oder anderweitige Finanzierungs- und Fördermöglichkeiten für den Anschluss der SEE zu evaluieren und – wenn bereits bekannt – in den Unterlagen zum Auswahlverfahren zu berücksichtigen sowie offen und transparent kenntlich zu machen.

Der Zuwendungsempfänger hat das Auswahlverfahren derart auszugestalten, dass die in seinem jeweiligen Projektgebiet befindlichen SEE in die Angebotswertung mit einfließen und in diesem Rahmen klar als solche erkennbar aus den Unterlagen zum Auswahlverfahren hervorgehen. Infolge der Transparenzverpflichtung haben Bieter sowohl die auf den förderfähigen Teil entfallenden als auch die auf den nicht förderfähigen Teil bzw. die den Eigenbeitrag betreffenden Kosten für jede SEE einzeln in ihren Angeboten zu definieren.

Ein Zuschlag erfolgt schließlich unter dem Vorbehalt, dass es ferner der Annahme des Angebots zum Eigenanteil durch den Grundstückseigentümer in SEE bedarf.

Im Rahmen von **Betreibermodellen** können verschiedene Lose (Gebietslose oder Fachlose – unterschiedliche Gewerke bspw. Ausführung des Tiefbaus, Einblasen von Glasfasern) ausgeschrieben werden. Soweit im Hinblick auf den nicht förderfähigen Teil einer Zuleitungsstrecke zur SEE mehrere Angebote hinsichtlich der verschiedenen Lose/Gewerke vorliegen, sind diese durch die Zuwendungsempfänger zusammenführen, damit den Grundstückseigentümern in den SEE nur ein einheitliches Angebot übermittelt werden. Auch im Betreibermodell fließen die SEE in die Angebotswertung mit ein.²⁰

6.2 Berücksichtigung von „Wholesale-only“-Modellen

Die Unterlagen zum Auswahlverfahren, insbesondere die mit den Telekommunikationsunternehmen (nachfolgend „TKU“) zu schließenden Musterverträge, ermöglichen „Wholesale-only“-Modelle.

Im Wirtschaftlichkeitslückenmodell vergeben die Gebietskörperschaften den Aufbau der erforderlichen Netzinfrastruktur und deren Betrieb einschließlich Erbringung von Endkundendiensten gemeinsam in einem wettbewerblichen Auswahlverfahren. Im Betreibermodell errichtet die Gebietskörperschaft die

¹⁸ Vgl. „Hinweisblatt zum Upgrade schwer erschließbarer Einzellagen in Förderprojekten vom 15.06.2023“

¹⁹ Hervorzuheben ist hierbei die Besonderheit des Zahlungsflusses der Eigenleistung des Grundstückseigentümers der SEE (Vertragsverhältnis als Dreiecksverhältnis: Grundstückseigentümer, Zuwendungsempfänger, ausgewähltes TKU).

²⁰ Nachfolgende Differenzierung zeigt nur beispielhafte Aufteilung der Auswahlverfahren im Betreibermodell (unabhängig von einer etwaigen Losaufteilung). Die Ausgestaltung weiterer Auswahlverfahren obliegt dem Zuwendungsempfänger.

passive Infrastruktur selbst und verpachtet diese an Unternehmen, welche die aktive Infrastruktur einbringen und die Erbringung der Endkundendienste übernehmen. In beiden Modellen wird das Ziel verfolgt, die wirtschaftlichsten Lösungen für den Aufbau und den Betrieb der Netzinfrastruktur zu ermitteln.

Bei der förderrechtlichen Betrachtung sind drei Wertschöpfungsstufen zu differenzieren:

1. Der Auf- bzw. Ausbau der passiven Infrastruktur;
2. die Nutzung/Anmietung der passiven Infrastruktur/des Netzes sowie Installation und Betrieb der aktiven Komponenten und
3. das Erbringen, Vermarkten und Abwickeln von digitalen Endkundendiensten (Internet, Telefonie, Fernsehen).

Es ist denkbar, dass Bieter bzw. spätere Betreiber bspw. aus wirtschaftlichen oder strategischen Gründen selbst keine Endkundendienstleistungen anbieten. Solche von der Endkundendienste-Ebene entkoppelten Geschäftsmodelle werden allgemein als „Wholesale-(only)“-Modelle bezeichnet. Die von den Zuwendungsempfängern bezuschlagten Unternehmen beauftragen (als „Wholeseller“) weitere TKU, welche (als „Wholebuyer“) Vorleistungen des Wholesellers beziehen und sodann auf der geförderten Netzinfrastruktur die Endkundendienstleistungen erbringen.

Für alle Wholesale-Modelle gilt, dass grds. jede „Entkoppelung“ der Wertschöpfungsstufen durch vertragliche Vereinbarungen „kompensiert“ werden muss, soweit die beihilfen- und förderrechtlichen Vorgaben es notwendig machen. Es ist von grundlegender Bedeutung, dass auch im Rahmen eines Wholesale-Modells ein offener und diskriminierungsfreier Netzzugang auf allen Wertschöpfungsstufen der Vorleistungsebene gewährleistet werden kann.

Im Rahmen der Auswahlverfahren ist sicherzustellen, dass – unabhängig von der modellbedingten Trennung von Wertschöpfungsstufen – jede der Wertschöpfungsstufen tatsächlich und effektiv über den gesamten Zweckbindungszeitraum abgedeckt wird. Bspw. muss gewährleistet sein, dass über den gesamten Zweckbindungszeitraum stets mindestens ein Wholebuyer effektiv Dienstangebote im jeweiligen Fördergebiet anbietet. Zudem ist durch den Wholeseller sicherzustellen, dass die ihm gegenüber seitens des Wholebuyers angegebenen Endkundenpreise im Ergebnis auch effektiv Endkunden im Fördergebiet angeboten werden. In beiden Fördermodellen wird dies durch die Verwendung des Mustervertrags sichergestellt.

Zudem ist es wichtig, dass die Zuwendungsempfänger als kommunale Auftraggeber die verschiedenen Angebote untereinander objektiv vergleichen und beurteilen können.

Die Bewilligungsbehörden stellen ein Hinweisblatt zur Förderung von Wholesale-Modellen in der Gigabitförderung des Bundes bereit, das auch eine Übersicht über gängige Wholesale-Modelle bietet und darstellt, ob und unter welchen Voraussetzungen eine Integration des Wholesale-Modells in die Gigabitförderung des Bundes möglich und sinnvoll ist.

6.3 Stoffpreisgleitklauseln

Aufgrund der Kriegssereignisse in der Ukraine kommt es vermehrt zu Lieferengpässen und zu hohen Preisschwankungen bzw. Preissteigerungen für viele Baustoffe, Energie sowie Kraftstoffe. Im Rahmen des Bundesförderprogramms können etwaige Lieferengpässe und Preissteigerungen Auswirkungen in Form einer Verlängerung des Bewilligungszeitraumes sowie der Notwendigkeit der Erhöhung von Fördermitteln in Folge des Mehrbedarfs entfalten.

Der Umgang mit krisenbedingten Kostensteigerungen ist in laufenden Förderprojekten von zentraler Bedeutung.

Die Musterverträge des BMDV sehen keine Preisgleitklauseln²¹ vor. Ursprünglich zwischen Zuwendungsempfänger und TKU vereinbarte Entgelte bleiben im Grundsatz erhalten, können aber infolge eines Änderungsantrages des Zuwendungsempfängers bei der Bewilligungsbehörde angepasst werden.

Wenn ein Zuwendungsempfänger eine Preisgleitklausel freiwillig vertraglich vereinbaren möchte oder aufgrund landesrechtlicher Vorgaben dazu verpflichtet ist, besteht die Möglichkeit (wie auch für alle sonstigen Abweichungen des Mustervertrags gem. Nr. 7.6 Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0) einen Entwurf bzw. den abgeänderten Mustervertrag bei der zuständigen Bewilligungsbehörde zur Ausnahmegenehmigung (Verfahren zur Abweichung vom Mustervertrag) vorzulegen.

Bei etwaigen Kostensteigerungen haben in der Regel beide Seiten – Kommune und TKU – Interesse daran, dass darüber während der laufenden Ausbaumaßnahme Transparenz hergestellt wird. So wird sichergestellt, dass der Zuwendungsempfänger im gemeinsamen Interesse einen Antrag auf Erhöhung der Zuwendung bei der zuständigen Bewilligungsbehörde stellt.

Die Rechtssicherheit ist für die Vertragspartner dadurch gesteigert, dass das BMDV den Bewilligungsbehörden ein transparentes an Nr. 6.7 Gigabit-RL vom 26.04.2021/Nr. 6.13 Gigabit-RL 2.0 angelehntes Prüfprogramm für Änderungsanträge an die Hand gibt, wonach zu prüfende Tatbestandsmerkmale, die Ermessensausübung und Art und Weise der Erfüllung von Nachweispflichten konkretisiert und kalkulierbar werden.

Änderungen, die mit Lieferengpässen/Materialpreissteigerungen einhergehen (bspw. bezüglich der Förderhöhe und demnach des Finanzierungsplans, des Bewilligungszeitraums, des Meilenstein- und Zahlungsplans), sind auch im Rahmen der Beantragung des Bescheides über die abschließende Höhe der Zuwendung bzw. im Rahmen der Stellung eines Änderungsbescheides (nach endgültiger Bewilligung) zu berücksichtigen und entsprechend vom Zuwendungsempfänger zu begründen. Die zuständige Bewilligungsbehörde entscheidet nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der verfügbaren Haushaltsmittel sowie in Abstimmung mit den Ländern mit Blick auf die Sicherstellung der Gesamtfinanzierung im Einzelfall über etwaige Erhöhungen der Fördermittel.

6.4 Open Access

²¹ Preisgleitklauseln sehen eine Erstattung von Materialmehr- oder Minderkosten aufgrund von Materialpreisänderungen vor, welche im Angebotspreis nicht berücksichtigt sind und zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht bekannt waren. Dabei wird die Differenz zwischen dem ursprünglich im Vertrag festgesetzten Marktpreis und dem Preis zum Zeitpunkt des Einbaus, der Lieferung bzw. der Verwendung berücksichtigt.

Die Unterlagen zum Auswahlverfahren, insbesondere die mit den TKU zu schließenden Musterverträge, berücksichtigen umfassend die EU-beihilfen- und telekommunikationsrechtlichen Anforderungen an die Gewährleistung von Open Access. In den Musterverträgen erfolgte u.a. der Einbezug der Grundsätze zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs der Bundesnetzagentur gemäß § 155 Abs. 4 TKG sowie die ausdrückliche Ermöglichung von Wholesale-Modellen.

Ziel des Open Access (offener Netzzugang) ist die Förderung von Wettbewerb auf mit staatlicher Beihilfe errichteten Netzen. Endnutzern soll eine vergleichbare Auswahl an Produkten unterschiedlicher Anbieter, Qualitäten und Preise zur Verfügung stehen wie in privatwirtschaftlich erschließbaren Gebieten. So ist das im Rahmen eines durchgeführten Auswahlverfahrens ausgewählte TKU nach § 8 Abs. 1 und 2 Gigabit-RR sowie § 155 Abs. 1 TKG dazu verpflichtet, anderen Betreibern öffentlicher Telekommunikationsnetze auf Antrag einen effektiven, diskriminierungsfreien und offenen Zugang zu Telekommunikationslinien und -netzen im Sinne von § 3 Nr. 64 und 65 TKG, die unter Inanspruchnahme öffentlicher Fördermittel errichtet worden sind, zu gewähren. Insbesondere hat das TKU dabei die Anforderungen zu Vorleistungsprodukten, Vorleistungspreisen und zum effektiven Zugang von Dritten zum geförderten Netz auf Vorleistungsebene aus § 8 Gigabit-RR und den Grundsätzen zu Art, Umfang und Bedingungen des offenen Netzzugangs gemäß § 155 Abs. 4 TKG der Bundesnetzagentur einzuhalten und die in § 11 Gigabit-RR skizzierten Veröffentlichungsverpflichtungen zu wahren, soweit diese das TKU betreffen.

Der ausgewählte Bieter muss entsprechend § 8 Abs. 1 der Gigabit-RR im Rahmen des Auswahlverfahrens verpflichtet werden, im geförderten Netz einen offenen und diskriminierungsfreien Zugang zu den errichteten Infrastrukturen zu gewährleisten, insbesondere Zugang zu Leerrohren sowie zum Kabelverzweiger bzw. vorzusehenden Kollokationsflächen, Zugang zur unbeschalteten Glasfaser, Bitstromzugang sowie vollständig physisch entbündelter Zugang zur Teilnehmeranschlussleitung (vgl. dazu weiter Anhang II der Breitbandbeihilfen-Leitlinien 2013/2014 der EU-Kommission).

Im Hinblick auf den Einsatz öffentlicher Gelder bei der Errichtung der Infrastruktur fordert die EU-Kommission im Zweifel sogar eine größere Produktauswahl. Grds. ist der Zugang so anzubieten, dass er für einen Zugangsnachfrager objektiv wirtschaftlich tragfähig ist.

Vor dem Hintergrund, dass gemäß den beihilfen- und zuwendungsrechtlichen Vorgaben ein offener und diskriminierungsfreier Zugang über die gesamte Projektlaufzeit – im Hinblick auf passive Infrastruktur nach § 8 Abs. 2 Gigabit-RR auf unbegrenzte Dauer – gewährleistet sein muss, hat der Zuwendungsempfänger bereits im Rahmen des Auswahlverfahrens die Erfüllung dieser sowohl Verpflichtungen durch entsprechende Ausgestaltung der Vertrags- und Vergabeunterlagen sicherzustellen. Eine Voraussetzung ist dabei, dass die Open Access-Verpflichtung in dem an das Auswahlverfahren anschließenden Vertragsverhältnis vollständig und effektiv durchsetzbar ist. Der Zuwendungsempfänger hat folglich zu fordern und zu beachten, dass in den Angeboten der jeweiligen Bieter Angaben zur Verpflichtung bezüglich der Herstellung eines offenen und diskriminierungsfreien Zugangs auf Vorleistungsebene, zur geplanten Art und Weise der Erfüllung dieser Verpflichtung sowie indikative Angaben zu Vorleistungsprodukten und -preisen (vgl. § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 1 Gigabit-RR) enthalten sind. Zur vollumfänglichen Sicherstellung der Open Access-Verpflichtung wird dem Zuwendungsempfänger die Verwendung des Mustervertrags vorgegeben, wodurch dem bezuschlagten TKU insbesondere die folgenden Mitwirkungs- bzw. Erfüllungspflichten auferlegt werden:

-  Abgeschlossene Verträge mit Zugangsnachfragern müssen seitens des Telekommunikationsunternehmens gemäß § 155 Abs. 3 TKG innerhalb von zwei Monaten nach deren Abschluss (inkl. der vereinbarten Preise) der Bundesnetzagentur zur Kenntnis gegeben werden.
-  Der Netzzugang ist so früh wie möglich, spätestens aber sechs Monate vor Markteinführung von Endkundendiensten zu gewährleisten.
-  Die Einhaltung des zu gewährleistenden rechtzeitigen Zugangs für andere Anbieter muss gegenüber der Gebietskörperschaft auf Verlangen nachgewiesen werden.
-  Es sind faire und angemessene Vorleistungspreise zu vereinbaren, welche es Wettbewerbern ermöglichen, auf der Endkundenebene mit dem geförderten Telekommunikationsunternehmen in den Wettbewerb zu treten.
-  Im gesamten geförderten Netz müssen dieselben offenen und diskriminierungsfreien Zugangsbedingungen gelten, auch in den Teilen des Netzes, in denen bestehende Infrastrukturen durch das Telekommunikationsunternehmen genutzt werden.

Abbildung 16: Open Access-Verpflichtung

Der Zuwendungsempfänger hat Angebote, welche die Open Access-Verpflichtung nicht in der Weise berücksichtigen, wie sie anhand der vorgenannten Kriterien aus förderrechtlicher und gesetzlicher Sicht erforderlich sind, vom Auswahlverfahren auszuschließen. Von der Vorlage des Vertragsentwurfs bei der Bundesnetzagentur (vgl. § 8 Abs. 4 Satz 5 Gigabit-RR) kann abgesehen werden, wenn der genutzte Vertrag, dem mit der Bundesnetzagentur abgestimmten Mustervertrag entspricht (vgl. Nr. 7.6 Abs. 2 Gigabit-RL 2.0).

6.5 Mitnutzung vorhandener Infrastrukturen

Um den Ausbau von Netzen mit sehr hoher Kapazität zu erleichtern und voranzubringen sowie vorhandene Synergiepotenziale auszuschöpfen, sieht das TKG die Möglichkeit vor, passive Netzinfrastrukturen der öffentlichen Versorgungsnetze für den Einbau von Komponenten von Netzen mit sehr hoher Kapazität mitzunutzen (vgl. § 3 Abs. 4 Gigabit-RR). Detaillierte Informationen über diese passiven Netzinfrastrukturen können in dem Infrastrukturatlas (ISA), welcher von der zentralen Informationsstelle des Bundes betrieben wird und Lagedaten zu Infrastrukturen von Netzbetreibern enthält, eingesehen werden. Für die Nutzung des Infrastrukturatlases muss ein Antrag bei der Bundesnetzagentur über das ISA-Portal gestellt werden. Die Berechtigung zur Einsichtnahme wird durch die Bundesnetzagentur gemäß den geltenden Einsichtnahmebedingungen erteilt.

Seitens des Zuwendungsempfängers ist im Auswahlverfahren in Sicht auf Mitnutzungsmöglichkeiten sicherzustellen, dass Informationen über vorhandene – insbesondere eigene – Infrastrukturen, welche lediglich aus zeitlichen oder prozessualen Gründen noch nicht im ISA erfasst worden sind, allen Teilnehmern des Auswahlverfahrens vorliegen. Erst auf Basis dieser Informationen können Bieter der Verpflichtung aus § 5 Abs. 3 Gigabit-RR nachkommen, vorhandene Infrastrukturen – soweit wirtschaftlich sinnvoll – in ihre Angebote miteinzubeziehen. Es ist zwingend zu vermeiden, dass bezüglich der Bestandsinfrastrukturen im Projektgebiet Informationsasymmetrien zwischen verschiedenen Bietern im Auswahlverfahren bestehen. Andernfalls wären das vergaberechtliche Transparenzgebot und der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt und mithin die Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Verfahrensdurchführung nicht gewährleistet.

Vor diesem Hintergrund ist seitens des Zuwendungsempfängers im Rahmen des ihm Möglichen zu gewährleisten, dass alle Bieter die relevanten Informationen zu einem Zeitpunkt erhalten, der es ihnen

ermöglicht, die betreffende Infrastruktur in ihr Angebot einzubeziehen und entsprechend das Angebot zu kalkulieren.

6.6 Berücksichtigung der Musterverträge

Nach Abstimmung mit den relevanten Verbänden und Stakeholdern auf Seiten der Kommunen und der TKU hat das BMDV Musterverträge zur Unterstützung der Zuwendungsempfänger herausgegeben. Diese stehen auf der Internetseite der Bewilligungsbehörde (vgl. Fn. 1) bereit.

Bei diesen Vertragsentwürfen handelt es sich

- um den Muster-Zuwendungsvertrag im Wirtschaftlichkeitslückenmodell zwischen dem Zuwendungsempfänger und TKU sowie
- um den Muster-Netzbetriebsvertrag im Betreibermodell zwischen dem Zuwendungsempfänger und dem Netzbetreiber.

Die vorliegenden Musterverträge sind von den Zuwendungsempfängern zwingend zu verwenden (im Rahmen des Wirtschaftlichkeitslückenmodells soweit die Weiterleitung der Zuwendung nicht in anderer Form gemäß Nr. 5.7 BNBest-Gigabit erfolgt). Durch die Verwendung bzw. Vorgabe des Mustervertrages kann im Rahmen der Vertragsverhandlungen erheblich Zeit eingespart werden. So kann u.a. auf die Vorlage des Mustervertragsentwurfs bei der Bundesnetzagentur verzichtet werden.

Der Mustervertrag ist in das Auswahlverfahren zum Bau und Betrieb (Wirtschaftlichkeitslückenmodell) bzw. in das Auswahlverfahren zum Betrieb (Betreibermodell) zu integrieren und als Bestandteil der Vergabeunterlagen frühzeitig allen Bietern transparent zu machen. Die Musterverträge lassen den Zuwendungsempfängern die notwendigen Spielräume für individuelle Anpassungen gemäß den Erfordernissen vor Ort: In den Entwürfen gelb markiert sind Stellen, in denen es einer individuellen Entscheidung des Zuwendungsempfänger bedarf, was im konkreten Anwendungsfall in den Vertrag einzusetzen ist. Grau markiert sind vollständig fakultative Regelungen, welche der Zuwendungsempfänger nach eigenem Ermessen zum Gegenstand seines Vertragsentwurfs machen kann. Ziel ist, den Zuwendungsempfängern so wenig wie möglich Prüfaufwand bei der Vorbereitung der Auswahlverfahren zu bereiten. Die Gigabit-RL vom 26.04.2021/2.0 eröffnet die Möglichkeit, auch darüberhinausgehende Änderungen vorzunehmen; hierfür bedarf es einer Abstimmung mit der Bewilligungsbehörde.

7 Aktuelles – Hinweise zum Zuschlags- und Vertragserfüllungsverbot im Rahmen russischer Beteiligung am Auswahlverfahren

Auf Basis der Sanktions-VO²² gilt im Bereich öffentlicher Aufträge und Konzessionen nach Artikel 5k der Sanktions-VO ein seit dem 09.04.2022 geltendes Zuschlagsverbot für noch nicht abgeschlossene Vergabeverfahren und das Verbot, bereits vor dem 09.04.2022 vergebene Aufträge und Konzessionen ab dem 11.10.2022 weiter zu erfüllen (Vertragserfüllungsverbot). Mithin sind Verträge, die vor dem 09.04.2022 geschlossen wurden, bis zum 10.10.2022 von diesem Verbot nicht erfasst (sechsmonatige Übergangsfrist). Damit dürfen Verträge über den 10.10.2022 hinaus nicht weiter erfüllt werden. Laufende Verträge sind

²² Verordnung (EU) 2022/576 des Rates vom 8. April 2022 zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 833/2014 über restriktive Maßnahmen angesichts der Handlungen Russlands, die die Lage in der Ukraine destabilisieren.

aufzuheben bzw. zu beenden/zu kündigen.²³ Artikel 5k der Sanktions-VO verbietet es, öffentliche Aufträge oder Konzessionen an russische Staatsangehörige oder an in Russland niedergelassene natürliche oder juristische Personen, Organisationen oder Einrichtungen zu vergeben. Dieses Verbot gilt auch in Bezug auf Unternehmen, die zu über 50 % von solchen Personen, Organisationen oder Einrichtungen gehalten werden oder die im Namen oder auf Anweisung solcher Personen, Organisationen oder Einrichtungen handeln. Das Verbot erstreckt sich auf solche Personen und Unternehmen, die unmittelbar als Bewerber, Bieter oder Auftragnehmer auftreten oder mittelbar als Unterauftragnehmer, Lieferanten und Eignungsverleiher mit mehr als 10% gemessen am Auftragswert an dem in Rede stehenden Auftrag beteiligt sind.

Diese Verbote gelten auch im Rahmen des aktuell beschlossenen 12. Sanktionspakets gegen Russland fort.²⁴ Indessen sollten Zuwendungsempfänger als öffentliche Auftraggeber in den Auswahlverfahren prüfen, ob es sich bei den Bewerbern/Bietern bzw. bereits ausgewählten Personen/Unternehmen (damit Vertragspartnern) um „verbotene“ Personen/Unternehmen im Sinne des Artikels 5k der Sanktions-VO handelt. Um als Zuwendungsempfänger und damit öffentlichen Auftraggeber sicherzustellen, dass keine Angebote von Personen/Unternehmen mit Russland-Bezug bezuschlagt werden, empfiehlt sich die Aufnahme einer entsprechenden Eigenerklärung²⁵ in den Unterlagen zum Auswahlverfahren verbunden mit dem Erfordernis der zwingenden Vorlage bei Angebotsabgabe (Ausschlusskriterium). Bei Fehlen dieser Eigenerklärung (ggf. trotz erfolgter Nachforderung) kann das Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden (vgl. § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV).

²³ Eine mit der Vertragslösung einhergehende Schadensersatzpflicht gegenüber den in Art. 5k genannten Personen/Unternehmen mit Bezug zu Russland wird in Art. 1 Ziffer 25 der EU-Verordnung Nr. 2022/576 in Verbindung mit Art. 11 der EU-Verordnung Nr. 833/2014 unmittelbar ausgeschlossen.

²⁴ Verordnung (EU) 2023/2878 des Rates vom 18. Dezember 2023 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=OJ:L_202302878

²⁵ Ein Muster einer Eigenerklärung zur Vorlage durch Bewerber, Bieter bzw. sämtlichen Mitgliedern einer Bietergemeinschaft steht Ihnen unter <https://www.bmwk.de/Redaktion/DE/Downloads/A/anlage-zum-bmwk-rundschreiben-vom-15112022-muster-eigenerklärung.html> (Stand: 01.03.2024).