



## UPDATE VERGABERECHT

### VERGABEFREIE KONZESSION FÜR BREITBANDNETZE

#### VK Mecklenburg-Vorpommern, Beschluss vom 13.12.2018 – 3 VK 9/18

Die Vergabestelle schrieb europaweit den Bau und Betrieb eines flächendeckenden Breitbandnetzes im Wege eines Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb aus. Zusätzlich zu den Einnahmen aus dem Betrieb des Netzes sollte der Auftragnehmer einen einmaligen Zuschuss vom Auftraggeber erhalten (sog. „Wirtschaftlichkeitslückenförderung“ i.S.d. Nr. 3.1 der Förderrichtlinie des Bundes für den Breitbandausbau). Nach einer wesentlichen Änderung der Auftragsparameter war ein Bewerber der Ansicht, auch die Wertungskriterien müssten angepasst werden und stellte nach erfolgloser Rüge einen Nachprüfungsantrag.

Die VK wies diesen als unzulässig zurück, da sie den Rechtsweg zu den Vergabekammern als nicht eröffnet ansah. Vielmehr liege hier eine Konzession im Sinne des § 149 Nr. 8 GWB vor. Nach dieser Vorschrift ist das GWB-Vergaberecht nicht auf Konzessionen anwendbar, die hauptsächlich dazu dienen, dem Konzessionsgeber die Bereitstellung oder den Betrieb öffentlicher Kommunikationsnetze für die Öffentlichkeit zu ermöglichen. Eine Konzession sei hier anzunehmen, weil das Betriebsrisiko des Auftragnehmers durch die Zuwendungen nicht ausgeglichen werde. Dies liege insbesondere daran, dass statt einer wiederkehrenden Ausgleichszahlung eine einmalige Finanzierung vorgesehen sei. Die Konzession diene auch dazu, das Bereitstellen eines Kommunikationsnetzes zu ermöglichen. Die Bereichsausnahme des § 149 Nr. 8 GWB verlange nicht, dass der Auftraggeber das Netz selbst bereitstellt oder betreibt.

#### Bedeutung für die Praxis

Die VK hat sich in der Frage, ob § 149 Nr. 8 GWB nur dann gilt, wenn der Konzessionsgeber selbst die Kommunikationsnetze bzw. -dienste bereitstellt oder betreibt, klar positioniert. Insofern ist die Entscheidung nachvollziehbar, da es zum Wesen einer Konzession gehört, dass der Konzessionsnehmer den Betrieb selbst übernimmt. Bei der Frage, ob überhaupt eine Konzession vorliegt, wird indes nicht ganz deutlich, warum die VK es für entscheidend hält, dass statt wiederkehrenden Ausgleichszahlungen ein einmaliger Zuschuss gezahlt wird. Die VK Westfalen hat in einem ähnlichen Fall eine Konzession verneint, da der Schwerpunkt des Auftrags auf den erforderlichen Baumaßnahmen lag (Beschluss v. 25.01.2018 – VK 1-43/17). Das Betriebsrisiko hingegen war nicht so hoch, dass der Auftragnehmer den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt war. Solche Überlegungen zum Verhältnis der Baumaßnahme zum Betrieb fehlen hier völlig. Auftraggebern sei daher geraten, sich nicht zu voreilig auf die Ausnahme des § 149 Nr. 8 GWB zu stützen, sondern stets sorgfältig das Vorliegen einer Konzession zu prüfen bzw. den Auftrag so auszugestalten, dass der Auftragsgegenstand auch im Streitfalle als Konzession qualifiziert wird.