

Vergabekammer Baden-Württemberg zum Verhandlungsverfahren ohne Bekanntmachung

# Hausschwamm erfordert keine Eilvergabe

Im Zuge von baulichen Sanierungsmaßnahmen eines Museums hatte sich herausgestellt, dass historische Balken des Museumsgebäudes vom echten Hausschwamm befallen waren. Der öffentliche Auftraggeber wollte das Museum bis zu seinen Feierlichkeiten zum Stadtgründungsjubiläum sanieren und entschloss sich deshalb, das Gewerk Trockenausbauarbeiten erneut zu vergeben und leitete mit drei Unternehmen ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A ein. Einer der Bauunternehmer monierte unter anderem die Verfahrenswahl als rechtswidrig und beantragte die Nachprüfung. Die zuständige Vergabekammer Baden-Württemberg (Beschluss vom 16. Mai 2018 - 1 VK 13/18) gab dem Bauunternehmer recht.

Gemäß § 3a EU Abs. 3 Nr. 4 VOB/A ist ein nicht europaweit bekanntgemachtes Verhandlungsverfahren zulässig, wenn wegen äußerster Dringlichkeit der Leistung aus zwingenden Gründen infolge von Ereignissen, die der öffentliche Auftraggeber nicht verursacht hat und voraussehen konnte, die vergaberechtlich vorgeschriebenen Angebots- und Teilnahmefristen nicht eingehalten werden können. Von einer äußersten Dringlichkeit aus zwingenden Gründen ist dann auszugehen, wenn akute Gefahrensituationen und höhere Gewalt vorliegen, die zur Vermeidung von Schäden für Leib und Leben der Allgemeinheit ein sofortiges, die Einhaltung von Fristen ausschließendes Handeln erfordern. Ebenso hohe Anforderungen sind an die Unvorhersehbarkeit des Ereignisses zu stellen, wie dies



Um die Sanierung von Hausschwamm gab es Streit.

FOTO: DPA / JENS WOLF

etwa bei Terrorgefahr der Fall sein kann.

Außerdem dürfen die dringlichkeitsverursachenden Ereignisse der Vergabestelle nicht zuzurechnen sein, es sei denn, es handelt sich um einen Fall der Daseinsvorsorge. Zwar kann im Bereich der Daseinsvorsorge der Aspekt der Zurechenbarkeit und Vorhersehbarkeit hinter die Notwendigkeit der Kontinuität der Daseinsvorsorgeleistung zurücktreten. Allerdings ist die oben genannte Ausnahmevorschrift eng auszulegen und darf nicht überspannt werden. Es muss sich letztlich um einen besonders schwerwiegenden Aspekt handeln, etwa wenn Leib und Leben bedroht oder zumindest die Gesundheit ernsthaft gefährdet ist.

Die Feststellung des echten Hausschwamms konnte hier keine äußerste Dringlichkeit der Bauleistungen aus zwingenden Gründen rechtfertigen. Ob der öffentliche Auftraggeber im Rahmen seiner Feierlichkeiten zum Stadtgründungsjubiläum über ein modernisiertes Museum verfügen konnte, stellt nach Ansicht der baden-württembergischen Vergabekammer kein Ereignis dar, das über Wohl und Wehe Einzelner oder großer Teile der Stadtbevölkerung entscheidet. Vielmehr standen für die Jubiläumsfeierlichkeiten touristische und Imagegründe im Vordergrund. Damit trat ein eventuell auch zu berücksichtigender Aspekt der Daseinsvorsorge ohnehin so stark in den Hintergrund, dass der Verzicht auf ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren nicht gerechtfertigt war.

&gt; HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Fachanwalt für Vergaberecht bei Rödl & Partner in Nürnberg.

Versteigerung von 5G-Mobilfunkfrequenzen

## Erbitterter Streit vor Gericht

Bei der Versteigerung von 5G-Mobilfunkfrequenzen haben die Klagen von Netzbetreibern aus Sicht eines Experten kaum Chancen auf Erfolg. „Die Bundesnetzagentur hat ihre Vergaberegeln gut austariert und gerichtsfest gestaltet – da ist keinerlei Willkür erkennbar“, sagte der Telekommunikationsexperte Torsten Gerpott von der Universität Duisburg-Essen der Deutschen Presse-Agentur. Ähnliche Klagen anderer Firmen bei einer Frequenzauktion 2015 seien ebenfalls gescheitert.

Die Deutsche Telekom, Vodafone und Telefónica sowie andere Firmen hatten Klagen vor dem Kölner Verwaltungsgericht eingereicht. Aus ihrer Sicht wurden die

Vergaberegeln unfair gestaltet. Professor Gerpott argumentiert hingegen, dass die Regulierungsbehörde ihren Ermessensspielraum vertretbar genutzt habe.

Die Vergaberegeln schreiben gewisse Ausbaupflichten vor. Neueinsteigern ohne eigenes Netz – in diesem Falle die Firma 1&1 Drillisch (United Internet) – bekommen aber umfassende Ausnahmen. Dies wiederum ist den drei bisherigen Netzbetreibern ein Dorn im Auge. Zudem warnen sie vor einer Öffnung ihrer Netze gegenüber Wettbewerbern, weil dadurch eigene Investitionen entwertet würden.

Die Vergaberegeln sehen zwar keine Öffnungspflicht – ein soge-

nanntes Nationales Roaming – vor, aber ein sogenanntes Verhandlungsgebot: Die Firmen müssen miteinander sprechen. Wenn sich ein Platzhirsch der Kooperation mit einem Konkurrenten weigert, könnte die Bundesnetzagentur als Schiedsrichter des Streits einschreiten. Dies geht den Netzbetreibern schon zu weit. Mit 5G – das Kürzel steht für die 5. Mobilfunkgeneration – soll Deutschlands Industrie wettbewerbsfähig bleiben. Der Mobilfunkstandard spielt eine zentrale Bedeutung für autonomes Fahren, die Telemedizin oder vernetzte Fabriken. Für Privatpersonen ist 5G hingegen weniger wichtig, weil der Vorgänger-Standard 4G/LTE

für die meisten mobilen Anwendungen ausreicht.

Auch eine Verzögerung der für Ende März geplanten Auktion wird es nach Einschätzung des Professors nicht geben. Zwar haben Telefónica und Vodafone Anträge auf Eilrechtsschutz beim Kölner Verwaltungsgericht eingereicht – nun muss das Gericht rasch entscheiden, ob ihre Klagen eine aufschiebende Wirkung haben. Dadurch wiederum würde sich die Auktion wesentlich verzögern. Doch das Verwaltungsgericht werde sehr wahrscheinlich keine „Eilbedürftigkeit“ erkennen, es werde also keine aufschiebende Wirkung geben, sagte Gerpott. Wie die übrigen Verfahren

würden auch die Einsprüche von Telefónica und Vodafone vermutlich ganz regulär verhandelt. Letztlich seien alle Klagen wenig erfolgversprechend, meint der Professor für Unternehmens- und Technologieplanung.

Sollten sich die Netzbetreiber doch durchsetzen und die Vergaberegeln kippen, würde die Auktion rückwirkend für unwirksam erklärt. Das halte er angesichts der ausgewogenen Vergaberegeln aber für wenig wahrscheinlich, sagte der Telekommunikationsexperte.

Es wäre die vierte große Auktion von Mobilfunkfrequenzen. Im Jahr 2000 zahlten Telekommunikationskonzerne umgerechnet gut 50 Milliarden Euro für

UMTS(3G)-Blöcke, rückwirkend gilt dieser Betrag als viel zu hoch – Grund war der damalige Hype um das Zukunftsthema mobiles Internet, welches die Telekommunikationsbranche als Goldgrube und damit unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu positiv bewertete. 2010 zahlten die Firmen für Mobilfunkfrequenzen 5,1 Milliarden Euro, 2015 waren es 4,4 Milliarden Euro für Frequenzen. Und diesmal? Wegen relativ strenger Ausbaupflichten und damit verbundener hoher Investitionszwänge werde es weniger werden als zuvor, sagte Gerpott – er rechnet mit drei bis vier Milliarden Euro Einnahmen für den Staat.

&gt; WOLF VON DEWITZ, DPA

Ausgestaltung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften

## Mittelstandsgerechte Vergabe

In der Kleinen Anfrage der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen geht es den Fragestellern um die mittelstandsfreundliche „Ausgestaltung von Öffentlich-Privaten-Partnerschaften (ÖPP)“ und konkret darum, welche entsprechenden Maßnahmen und Projekte die Bundesregierung seit 2013 auf den Weg gebracht hat.

Laut Antwort des Bundesverkehrsministeriums (BMVI) wurde zunächst im Auftrag des BMVI die Studie „Alternative Geschäfts- und Finanzierungsmodelle bei ÖPP-Projekten im Bundesfernstraßenbau“ erstellt. In der Folge und unter Einbeziehung weiterer Überlegungen wurden sodann das Erhaltungsmodell und der erweiterte Funktionsbauvertrag als besonders mittelstandsgerechte ÖPP-Modelle entwickelt. Forfaitierungsmodelle, auch als Sonderform des Mogendorfer Modells, in denen eine Einredeverzichtserklärung vorgesehen ist, sind aus Sicht des BMVI hingegen nicht zielfüh-

rend, da die mit der anteiligen Finanzierung verbundene Kontrollfunktion der Kapitalgeber verloren gehe und dies zu einer erheblichen Reduzierung der durch die Finanzierung geschaffenen Anreize für eine leistungsorientierte Projektumsetzung führen würde.

Demgegenüber hätten die Herauslösung des Betriebsdienstes und ein maximales Projektvolumen von 160 Millionen Euro, die von anderer Seite als Kriterien für mittelstandsfreundliche ÖPP-Projekte wurden, bereits bei mehreren Bundesstraßen- und Erhaltungsprojekten Berücksichtigung gefunden.

Auf die Frage, inwiefern die Bundesregierung seit 2013 eine Standardisierung der Vertragsunterlagen für ÖPP-Projekte im Bereich der Straßeninfrastruktur vorangetrieben hat, ist zu erfahren, dass die Vertragsstrukturen bei dem aktuell vorrangig verfolgten Verfügbarkeitsmodell seit der Entwicklung dieses Modells in den je-

weiligen Ausschreibungen weitgehend unverändert Verwendung finden. Nach Auffassung des BMVI gewährleistet der Standard eine ausgewogene Vertragsgestaltung mit einer angemessenen Verteilung der Verantwortlichkeiten zwischen den Projektpartnern.

Aus der Antwort gehen zudem die ausgeschriebenen und die fertiggestellten Streckenlängen, die Vertragslaufzeiten sowie der Umfang der Projektvolumina der seit 2013 ausgeschriebenen ÖPP-Projekte hervor. Zudem gibt die Antwort Auskunft darüber, wie hoch die pauschalen Entschädigungsbeträge der jeweiligen ÖPP-Projekte für Bewerber sind, die ein bedingungsgemäßes (erstes) Angebot eingereicht haben, aber nicht als bevorzugte Bieter ausgewählt worden sind sowie für den unterlegenen bevorzugten Bieter, mit dem Verhandlungen geführt worden sind beziehungsweise der ein bedingungsgemäßes endgültiges Angebot eingereicht hat. > FV

## Ausschreibungen in Bayern

### Das eVergabe-Portal

DER eSERVICE FÜR AUSSCHREIBER UND BEWERBER



www.staatsanzeiger-eservices.de

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

#### Für Ausschreiber

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

#### Für Bewerber

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



**Staatsanzeiger**  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATZEITUNG