

## NEWSLETTER: ÖFFENTLICHER SEKTOR – MÄRZ 2021

3 MARCH 2021 • ARTICLE



**Willkommen zu unserer zweiten Ausgabe des Öffentlichen Sektor Newsletters von Watson Farley & Williams.**

### THEMA DES MONATS

#### **Novellierung des Telekommunikationsgesetzes und Auswirkungen auf den (geförderten) Breitbandausbau**

Mit Beschluss des Bundeskabinetts wurde am 16. Dezember 2020 der Referentenentwurf des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes (TKMoG) in der Fassung vom 14. Dezember 2020 verabschiedet. Ziel der Novellierung ist die Modernisierung des Telekommunikationsrechts. Die Novelle des Telekommunikationsmodernisierungsgesetzes soll im Sommer 2021 in Kraft treten.

Im Folgenden wird ein Überblick (1.) über die wesentlichen Eckpunkte der Novellierung des Telekommunikationsgesetzes und (2.) über die Änderungen für den geförderten Breitbandausbau im Besonderen gegeben.

#### **1. Das Telekommunikationsmodernisierungsgesetz (TKMoG)**

Mit der TKG-Novelle werden wichtige Impulse für den schnellen und flächendeckenden Ausbau von Gigabitnetzen gesetzt. Um gezielte Anreize für Investitionen und Innovationen zu setzen und den marktgetriebenen Ausbau der digitalen Infrastruktur voranzubringen, sieht die Novelle u.a. eine Regulierungsfreistellung für Ko-Investitions- und Kooperationsmodelle vor.

Zur Umsetzung des Ziels eines schnellen Breitbandausbaus sieht die TKG-Novelle die Einrichtung einer zentralen Informationsstelle für die Darstellung der Breitbandverfügbarkeit und der mitnutzbaren passiven Infrastrukturen einschließlich der für den Mobilfunkausbau geeigneten öffentlichen Liegenschaften in einem Datenportal vor. Für eine transparentere und genauere Datengrundlage für Bund, Länder und Kommunen zur Identifizierung von weißen und grauen Flecken und zielgenauen Fördermaßnahmen besteht eine gesetzliche Datenlieferungspflicht für Unternehmen zum künftigen Mobilfunkausbau.

Der Bereich der Frequenzregulierung wird modernisiert z.B. durch eine mindestens 20-jährige Laufzeit von Mobilfunknutzungsrechten oder eine stärkere zeitliche Abstimmung der Zuteilung von Mobilfunkfrequenzen innerhalb der EU. Ziel ist eine höhere Planungs- und Investitionssicherheit für Unternehmen.

Im Zuge der angestrebten Vollharmonisierung des Verbraucherschutzes wird es bei den Vertragslaufzeiten im Mobilfunk und im Festnetz Anpassungen zugunsten der Verbraucher geben. Geregelt werden soll die Dauer vereinbarter Mindestvertragslaufzeiten bei Endkundenverträgen. Der Lösungsansatz sieht vor, dass weiterhin eine Mindestvertragslaufzeit von 24 Monaten zulässig bleibt, unter der Voraussetzung, dass für das gleiche Produkt ein Vertrag mit einer Mindestlaufzeit von 12 Monaten angeboten wird, dessen Preis den Monatsdurchschnitt des Produkts um nicht mehr als 25 % übersteigt. Rechtsbehelfe der Verbraucher werden um ein Minderungsrecht für Fälle ergänzt, in welchen die tatsächlich zur Verfügung gestellte Datenübertragungsrate von der vertraglich vereinbarten abweicht

Der Gesetzentwurf sieht zudem vor, die Umlagefähigkeit von Fernsehkabel – und sonstigen Breitbandanschlüssen – das so genannten Nebenkostenprivileg – abzuschaffen. Dem Vermieter von Wohnraum bleibt es damit zukünftig verwehrt Gebühren für den Anschluss von Kabelfernsehen und sonstigen breitbandigen Internetdiensten als Betriebskosten zu behandeln und in Form von Nebenkosten an den Mieter weiterzugeben. Zumindest im Bereich der Wohnraummiete steht den Mietern die Wahl ihres Telekommunikationsanbieters damit zukünftig frei.

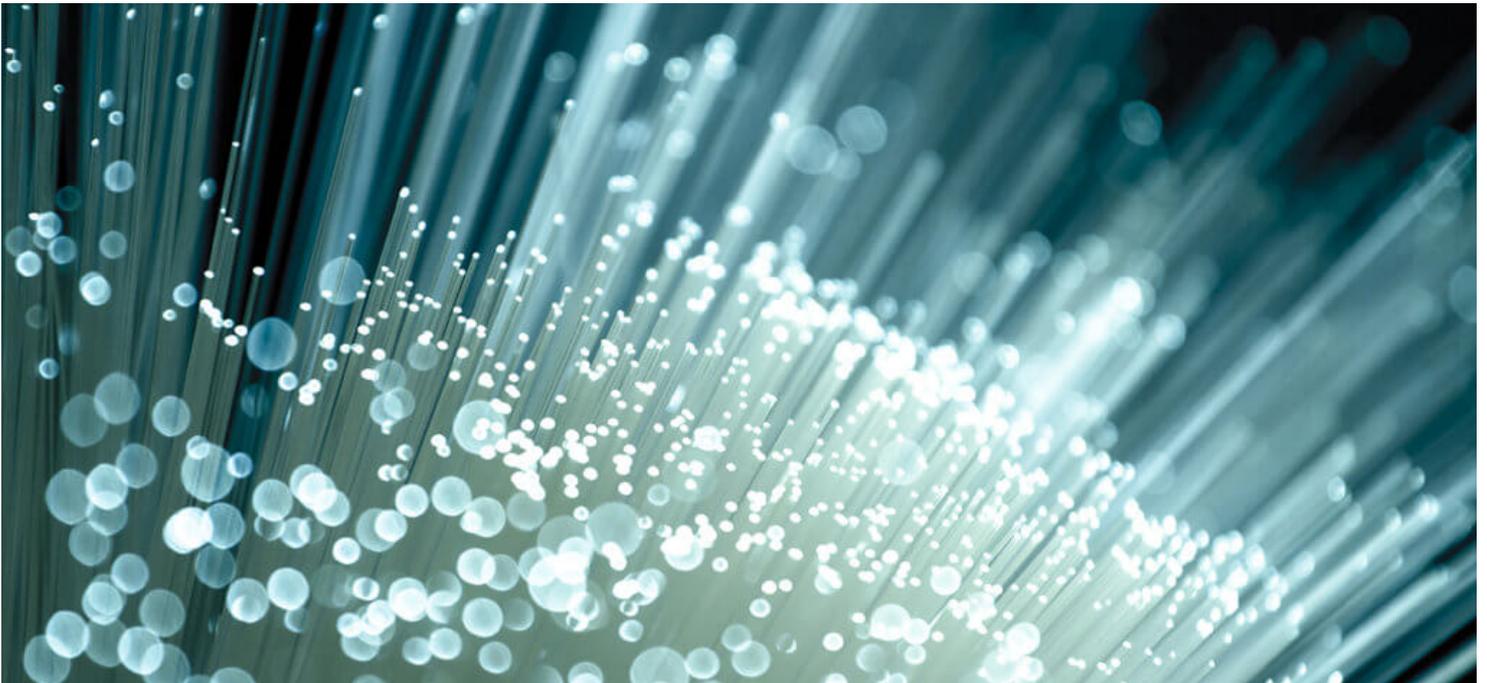
Zur Absicherung der wirtschaftlichen und sozialen Teilhabe wird ein rechtlich abgesicherter

Anspruch für alle Bürgerinnen und Bürger auf Versorgung mit Telekommunikationsdiensten einschließlich der Nutzung von Videostreaming-Diensten sowie Home-Office geschaffen. Der Anspruch soll insbesondere für besonders schwer erschließbare Randlagen greifen, die mittelfristig nicht von Förderprojekten erreicht werden.

## 2. Auswirkungen auf den geförderten Breitbandausbau

Die auf das Gesetz zur Erleichterung des Ausbaus digitaler Hochgeschwindigkeitsnetze (DigiNetz-Gesetz) zurückgehende Möglichkeit der Mitnutzung passiver Infrastruktur wird durch die Novellierung weiter vereinfacht und überarbeitet. Der Ausbau von Mobilfunk und Festnetz soll durch die Anwendung alternativer Verlegetechniken wie Trenching und oberirdische Verlegung, durch die Vereinfachung der Genehmigungserfordernisse z.B. bei geringfügigen Baumaßnahmen und Bündelung von Genehmigungserfordernissen durch einheitliche Ansprechpartner auf Landes- und/oder kommunaler Ebene sowie durch Nutzung von Forst- und Wirtschaftswegen sowie von Bahngrundstücken beschleunigt werden.

Um zukünftig Kollisionen zwischen gefördertem und eigenwirtschaftlichem Ausbau flächendeckender Hochgeschwindigkeitsnetze und die damit einhergehende Verzögerung des Breitbandausbaus zu verhindern, sieht die TKG-Novelle die Stärkung der Verbindlichkeit von Markterkundungsverfahren im Rahmen von Förderprojekten vor. Demnach haben Richtliniengeber für die öffentliche Förderung von Telekommunikationslinien oder Telekommunikationsnetzen die Möglichkeit in der jeweiligen Förderrichtlinie vertraglich verbindliche Ausbautzusagen im Markterkundungsverfahren zu fordern. Ziel ist, den geförderten Ausbau nicht mehr durch Zusagen eines privatwirtschaftlichen Ausbaus, die letztlich nicht eingehalten werden, zu verhindern. Wie aus der Gesetzesbegründung im Referentenentwurf zum TKMoG vom 14. Dezember 2020 auf Seite 412 hervorgeht, soll dadurch vermieden werden, dass Unternehmen rein strategische Ausbautzusagen treffen, um die Förderung in einem bestimmten Gebiet zu verhindern, ohne dass dies mit ihrer Finanzierungs- und Planungskapazität in Einklang steht und folglich der Ausbau innerhalb des gesetzten Zeitrahmens nicht durchgeführt wird. Im geförderten Breitbandausbau hat die Bewilligungsbehörde bereits nach § 4 Abs. 10 Rahmenregelung der Bundesrepublik Deutschland zur Unterstützung des Aufbaus einer flächendeckenden Next Generation Access (NGA)-Breitbandversorgung (NGA-RR) die Befugnis eine entsprechende Ausbautzusage vom privaten Investor zu verlangen, bevor sie die staatlichen Maßnahmen zurückstellt. Darüber hinaus kann sie vom Betreiber eine vertragliche Verpflichtung zur Umsetzung der geplanten Baumaßnahme in Form eines Meilensteinplans verlangen. Bei Breitbandprojekten, die mit Bundesmitteln gefördert werden, soll damit neben den bestehenden förderrechtlichen Vorgaben zur Durchführung des Markterkundungsverfahrens nach § 4 NGA-RR ein weiteres gesetzliches Instrument zur Durchsetzung der eigenwirtschaftlicher Ausbautzusage geschaffen werden, welches den Bestimmungen des Förderrechts Nachdruck verleiht.



Im ungeförderten Bereich wird ein Zugangsanspruch zu baulichen Anlagen (z.B. Leerrohre) marktmächtiger Unternehmen eingeführt. Im Gegensatz zur bestehenden Rechtslage können nach der Novelle durch die sog. symmetrische Zugangsregulierung nunmehr auch Unternehmen ohne beträchtliche Marktmacht unter bestimmten Voraussetzungen zur Bereitstellung ihrer Netzzugänge (Open-Access) verpflichtet werden. Die BNetzA kann Unternehmen in diesen Bereichen eine Zugangsverpflichtung auferlegen, beispielsweise in Bezug auf Unternehmen, die den Zugang zu Endnutzern oder zu schwer replizierbaren Netzelementen kontrollieren.

Darüber hinaus soll die symmetrische Zugangsregulierung nach dem Entwurf auch im geförderten Bereich für anwendbar erklärt werden. Dies stellt eine tiefgreifende Änderung der bisherigen Regulierungssystematik dar, denn die Zugangsverpflichtung besteht selbst dann, wenn der Netzbetreiber bereits „tragfähige Zugangsalternativen zu fairen, nichtdiskriminierenden und angemessenen Bedingungen anbietet“ und deshalb eigentlich von der Zugangsverpflichtung ausgenommen ist. Damit werde die Befugnisse der Bundesnetzagentur dahingehen ausgeweitet, den offenen Netzzugang (Open Access) im Rahmen der Förderung durchzusetzen. Die Regelung dient der Umsetzung von Art. 61 Abs. 3 Uabs. 4 EU- Richtlinie 2018/1972 in nationales Recht umgesetzt.

Für den geförderten Breitbandausbau wird dadurch ein weiteres Instrument zur Durchsetzung der Verpflichtung zum offenen Netzzugang geschaffen. Wesentliche Voraussetzung der durch staatliche Unterstützung errichteten Breitbandinfrastruktur ist nämlich die Verpflichtung des ausgewählten Netzbetreibers zur Gewährung eines offenen und diskriminierungsfreien Zugangs auf Vorleistungsebene nach Maßgabe von § 7 Abs. 2 NGA-RR.

Die für den geförderten Bau und Betrieb von Glasfasernetzen einschlägigen Vorschriften ändern sich nicht nur im Rahmen der Novellierung der TKG-Novelle, sondern auch durch die Ausweitung des Bundesförderprogramms selbst. Im Herbst 2020 wurde die Ausweitung des Förderprogramms auf sogenannte „graue Flecken“ durch die Notifizierung der EU-Kommission eingeleitet. Dadurch können erstmals auch zumeist dichter besiedelte Gebietskörperschaften von der Förderung profitieren, die bisher über der Aufgreifschwelle lagen. Die novellierte Bundesförderung sieht vor, dass alle Adresspunkte, die bislang mit einer Bandbreite von über 30 Mbit/s und weniger als 100 Mbit/s im Download versorgt werden, zukünftig förderfähig sind.

## AKTUELLE ENTWICKLUNGEN

### **Inkrafttreten der HOAI 2021**

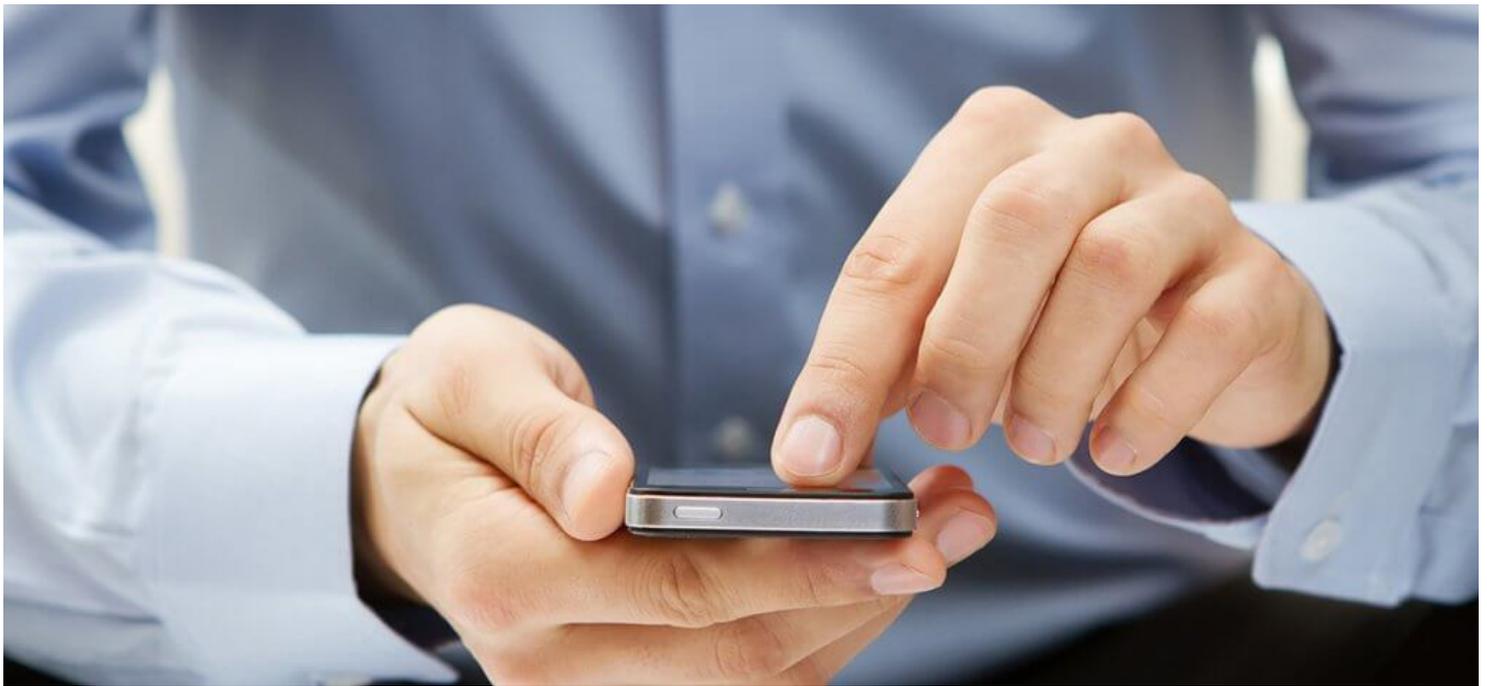
Aufgrund verschiedener gerichtlicher Entscheidungen in den Jahren 2019 und 2020 ist der Gesetzgeber tätig geworden und zum 1. Januar 2021 ist die novellierte HOAI in Kraft getreten.

Maßgeblich ist dabei, dass die HOAI kein verbindliches Preisrecht mehr enthält. In § 1 Satz 2 HOAI n. F. ist daher festgelegt, dass die Regelungen der HOAI zum Zwecke der Honorarberechnung einer Honorarvereinbarung zugrunde gelegt werden können. Die Vertragsparteien können die Honorare frei verhandeln und vereinbaren. Zwar sieht die HOAI auch weiterhin Maßstäbe und Grundlagen für die Berechnung von Honoraren vor. Insbesondere wurden auch die bisherigen Honorartafeln beibehalten. Diese Kalkulationsregeln sind aber unverbindlich. Sie können den Vertragsparteien zur Honorarorientierung dienen, müssen aber nicht genutzt werden. Hieraus ergeben sich für das Vergaberecht zweierlei Konsequenzen: Sofern die HOAI mit ihren Orientierungswerten als Berechnungsgrundlage herangezogen wird, wird hierdurch eine Transparenz und Vergleichbarkeit von Angeboten hergestellt. Deshalb ist davon auszugehen, dass Auftraggeber die HOAI weiterhin als Berechnungsgrundlage nutzen, um die vergaberechtlichen Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit darlegen zu können.

Dies ergibt sich auch im Hinblick auf den neu gefassten § 76 Abs. 1 Satz 2 VgV, wonach auf die zu erbringende Leistung anwendbare Gebühren- oder Honorarordnungen unberührt bleiben. Damit ist gemeint, dass die HOAI auf die zu erbringende Leistung anwendbar sein kann, aber nicht muss. Aus der früheren Verbindlichkeit wurde mithin eine Empfehlung. Dies führt dazu, dass Angebote unterhalb der Basishonorarsätze (früher „Mindestsätze“) nicht zu einem zwingenden Ausschluss führen dürfen.

## **Anpassungen Wertgrenzenregelungen der Bundesländer**

Aufgrund der anhaltenden Covid-19-Pandemie haben mehrere Bundesländer Erleichterungen für die Durchführung von Vergabeverfahren beschlossen. Dabei wurden insbesondere befristete Erhöhungen der Wertgrenzenregelungen für Vergaben im Unterschwellenbereich verlängert. Dies soll dazu beitragen, die Beschaffung von Liefer-, Dienst- und Bauleistungen zu vereinfachen. Entsprechende Verlängerungen wurden in Bayern, im Saarland, in Sachsen-Anhalt, Mecklenburg-Vorpommern, Thüringen, Nordrhein-Westfalen und Rheinland-Pfalz beschlossen. So ist es beispielsweise in Bayern nunmehr möglich bei Beschaffungen, die bis zum Ablauf des 31. Dezember 2021 begonnen werden Liefer- und Dienstleistungsaufträge mit einem Auftragswert bis zu EUR 214.000 im Wege der Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder durch Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb zu vergeben.



## **Wettbewerbsregister ab Anfang 2021**

Bereits zum 29. Juli 2017 trat das Gesetz zur Einrichtung und zum Betrieb eines Registers zum Schutz des Wettbewerbs um öffentliche Aufträge und Konzessionen (Wettbewerbsregistergesetz – WRegG) in Kraft. Wie sich u. a. schon aus dem Titel ergibt, insbesondere aus 6 Abs. 1 Satz 1 WRegG, verpflichtet das Gesetz öffentliche Auftraggeber, vor der Erteilung des Zuschlags beim Bundeskartellamt abzufragen, ob im Wettbewerbsregister Eintragungen zu demjenigen Bieter gespeichert sind, an den der Auftrag vergeben werden soll. Dies betrifft Aufträge mit einem geschätzten Auftragswert von über 30.000,00 Euro (brutto).

Eine Verpflichtung zur Abfrage bestand bisher indes nicht, da die technischen und organisatorischen Voraussetzungen für den Betrieb des Registers – auch in rechtlicher Hinsicht – noch nicht geschaffen waren (Stand 4. Februar 2021). Dies wird sich jedoch im Laufe der kommenden Wochen oder Monat ändern, wenn zum einen die technischen Maßnahmen zum Betrieb des Wettbewerbsregisters vom Aufbaustab beim Bundeskartellamt abgeschlossen sind und die Wettbewerbsregisterverordnung in Kraft tritt. Diese regelt die in § 10 WRegG genannten Einzelheiten, insbesondere die Meldepflichten der Verfolgungsbehörden, etwa der Staatsanwaltschaften, an die Registerbehörde und der Abfragepflichten der Auftraggeber sowie die Anforderungen zur Selbstreinigung von Unternehmen.

Sobald die Wettbewerbsregisterverordnung in Kraft tritt, werden wir Sie in unserem Newsletter über weitere Einzelheiten informieren.

## AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

### **„Wettbewerb light“ auch bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Notvergabe (OLG Rostock, Beschluss vom 09.12.2020 – 17 Verg 4/20)**

Öffentliche Auftraggeber müssen auch in den gesetzlichen Fällen einer Notvergabe gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV zumindest mehrere Angebote einholen und damit wenigstens einen „Wettbewerb light“ eröffnen. Ist die „konzurrenzlose“ Direktbeauftragung eines von vornherein exklusiv angesprochenem Unternehmen ermessensfehlerhaft, so ist der Vertrag nach Maßgabe des § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB unwirksam.

### **Proportionale Wertung von Honoraren nach Punkten (VK Lüneburg, Beschluss vom 11.08.2020 – VgK-16/2020)**

Hat ein öffentlicher Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegt, dass die Angebote mit vollen Punkten zu bewerten sind, ist eine Bewertung mit halben Punkten unzulässig. Dabei ist eine Wertung von Honoraren nach Punkten zwar grundsätzlich möglich. Ein Wertungssystem bei dem das preislich teuerste Angebot lediglich nur einen Punkt erhält verzerrt den Wettbewerb und ist unzulässig.

### **Teststellungen bei der Wertung von Angeboten (VK Bund, Beschluss vom 11.11.2020 – VK 1-84/20)**

Bei der Wahl der Bewertungsmethode steht dem öffentlichen Auftraggeber ein weiter Ermessenspielraum zu. Es muss jedoch gewährleistet sein, dass die Angebotswertung transparent, willkürfrei und nachvollziehbar durchgeführt wird. Dabei steht es dem Auftraggeber auch frei zu entscheiden, ob er ein Angebot daraufhin testet, ob es die ausgeschriebenen Anforderungen tatsächlich erfüllt, oder ob ihm das vertragliche Erfüllungsversprechen des Bieters ausreicht. Dem Auftraggeber steht es jedoch nicht frei, auf die Durchführung eines „praktischen Machbarkeitstest“ zu verzichten, wenn eine transparente Wertung aufgrund insbesondere sachgerechter und willkürfreier Erwägungen nicht gewährleistet ist.

## VERANSTALTUNGEN

Veranstaltungen	Datum	Referent/in
<b>Alcatel: Rahmenvereinbarungen – Möglichkeiten des flexiblen Leistungsabrufs</b>	03.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Annabelle Forster, LL.M.
<b>Bildungszentrum der Bundeswehr: Anwendung der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)</b>	10.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M.

Veranstaltungen	Datum	Referent/in
<b>Alcatel: Markterkundung – Von der Idee zur Leistungsbeschreibung</b>	17.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Annabelle Forster, LL.M.
<b>IHK Auftragsberatungsstelle Baden-Württemberg: Effizientes Beschaffungsmanagement – 10 Aspekte für eine erfolgreiche Bewerbung als Bieterunternehmen um öffentliche Aufträge</b>	18.03..2021	Dr. Felix Siebler, LL.M.
<b>Führungskräfte Forum des Behörden Spiegel: Beschaffung von Personaldienstleistungen – Vergabe- und vertragsrechtliche Aspekte für eine erfolgreiche Umsetzung (Teil I)</b>	23.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Dr Philipp Byers
<b>DOK Systeme: Krankenhauszukunftsgesetz (KHZG) – Praxishinweise von der Antragstellung bis zur digitalen Welt</b>	25.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M.
<b>Führungskräfte Forum des Behörden Spiegel: Beschaffung von Personaldienstleistungen – Vergabe- und vertragsrechtliche Aspekte für eine erfolgreiche Umsetzung (Teil II)</b>	30.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Dr Philipp Byers
<b>Alcatel: Bedarfsbündelung – Gemeinsam beschaffen und ausschreiben</b>	31.03.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Annabelle Forster, LL.M.

## KEY CONTACTS



**DR FELIX SIEBLER LL.M.**

PARTNER • GERMANY

T: +49 89 237 086 155

[fsiebler@wfw.com](mailto:fsiebler@wfw.com)

### DISCLAIMER

Watson Farley & Williams is a sector specialist international law firm with a focus on the energy, infrastructure and transport sectors. With offices in Athens, Bangkok, Dubai, Dusseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Hong Kong, London, Madrid, Milan, Munich, New York, Paris, Rome, Seoul, Singapore, Sydney and Tokyo our 700+ lawyers work as integrated teams to provide practical, commercially focussed advice to our clients around the world.

All references to 'Watson Farley & Williams', 'WFW' and 'the firm' in this document mean Watson Farley & Williams LLP and/or its affiliated entities. Any reference to a 'partner' means a member of Watson Farley & Williams LLP, or a member, partner, employee or consultant with equivalent standing and qualification in WFW Affiliated Entities. A list of members of Watson Farley & Williams LLP and their professional qualifications is open to inspection on request.

Watson Farley & Williams LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC312252. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and its members are solicitors or registered foreign lawyers.

The information provided in this publication (the "Information") is for general and illustrative purposes only and it is not intended to provide advice whether that advice is financial, legal, accounting, tax or any other type of advice, and should not be relied upon in that regard. While every reasonable effort is made to ensure that the Information provided is accurate at the time of publication, no representation or warranty, express or implied, is made as to the accuracy, timeliness, completeness, validity or currency of the Information and WFW assume no responsibility to you or any third party for the consequences of any errors or omissions. To the maximum extent permitted by law, WFW shall not be liable for indirect or consequential loss or damage, including without limitation any loss or damage whatsoever arising from any use of this publication or the Information.

This publication constitutes attorney advertising.