

Vergaberecht und Zuwendungsrecht

14. Deutscher Vergaberechtstag
Donnerstag, 6. Juni 2019

Prof. Dr. Martin Burgi

Leiter der Forschungsstelle für Vergaberecht
und Verwaltungskooperationen
Ludwig-Maximilians-Universität München



Gliederung

- I. Anwendbarkeit des Vergaberechts:
Auftragsvergabe oder Zuwendungsvergabe?
- II. Vergaberechtspflichten aufgrund des
Zuwendungsbescheids
- III. Neue Entwicklungen beim Rechtsschutz



I. Anwendbarkeit des Vergaberechts: Auftragsvergabe oder Zuwendungsvergabe?

Beispiel: Die Stadt D. betreibt Flüchtlingsunterkünfte. Die soziale Betreuung der Flüchtlinge überlässt sie örtlichen Wohlfahrtsorganisationen und fördert diese finanziell. In den Zuwendungsbescheiden ist eine „Verpflichtung“ des Empfängers zur bestimmungsgemäßen Mittelverwendung vorgesehen.

Ausschreibungspflicht?

(vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2018 – VII-Verg 1/18)



- **Ausgangspunkt:** Maßgeblich für die Abgrenzung zwischen einer ausschreibungspflichtigen Auftragsvergabe und einer vergaberechtsfreien Zuwendung ist allein der in § 106 Abs. 1 GWB niedergelegte, unionsrechtlich determinierte **vergaberechtliche Auftragsbegriff**.
- **Nicht** relevant ist demgegenüber schon aus normhierarchischen Gründen das (bei verständiger Würdigung im Übrigen nicht abweichende) Verständnis der Zuwendungs- und Auftragsbegriffe nach dem deutschen **Haushaltsrecht** (a.A. offenbar *Lipinsky/Plauth*, VergabeR 2019, 1, 2 f.).



- **Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU:** „Auftragsvergabe im Sinne dieser Richtlinie bezeichnet den im Wege eines öffentlichen Auftrags erfolgenden **Erwerb** von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen durch einen oder mehrere öffentliche Auftraggeber von Wirtschaftsteilnehmern, die von diesen öffentlichen Auftraggebern ausgewählt werden, **unabhängig** davon, ob diese Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen für einen **öffentlichen Zweck** bestimmt sind oder nicht.“



- **Erwägungsgrund 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU:** „Der Begriff ‚Erwerb‘ sollte in einem weiteren Sinne verstanden werden als Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen, was nicht unbedingt den Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber voraussetzt. Des Weiteren gelten die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe in der Regel nicht für die bloße Finanzierung, insbesondere durch Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.“



- Erforderlich für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags ist ein **Beschaffungselement**. Demgegenüber spielt es **keine Rolle**, ob ein (u.U. zwingendes) **öffentliches Interesse** an der betreffenden Leistung besteht (z.B. aufgrund einer kommunalen Pflichtaufgabe; unzutreffend daher etwa die Begründung von OLG München, Beschl. v. 19.1.2012 – Verg 17/11, das auf die Aufgabe der Breitbandversorgung verweist).
- „Erlangung des Nutzens“ setzt eine „einklagbare Erfüllungspflicht“ des Auftragnehmers voraus (so auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11.7.2018, II-Verg 1/18, unter Verweis auf EuGH, Urteil Helmut Müller, C-451/08, EU:C:2010:168, Rn. 62, 84). **Nicht** ausreichend ist die bloße Verpflichtung, die Zuwendung für den Fall der nicht bestimmungsgemäßen Verwendung **zurückzuzahlen**.



II. Vergaberechtspflichten aufgrund des Zuwendungsbescheids

- **Ausgangspunkt:** Zuwendungsbescheide werden nach Maßgabe der VV zum Haushaltsrecht stets mit **Allgemeinen Nebenbestimmungen (ANBest)** versehen. Diese verpflichten die Zuwendungsempfänger aus Wirtschaftlichkeitsgründen zur Beachtung der **Vergabevorschriften**.
- Das Vergaberecht ist in solchen Fällen nicht unmittelbar anwendbar, sondern mittelbar über eine **Auflage** im Sinne von **§ 36 Abs. 2 Nr. 4 VwVfG** (vgl. OVG Münster, Beschl. v. 22.6.2006, 4 A 2134/05, Rn. 2 ff.; teils umstritten, wenn die ANBest vorsehen, dass „weitergehende Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten ... unberührt“ bleiben; vgl. für Bayern klarstellend BayVGh, Beschl. v. 9.2.2015, 4 B 12.2326, Rn. 19).



- **Beispiel:** Auf Bundesebene ist zu **unterscheiden** zwischen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur
 - **institutionellen Förderung:** „ANBest-I“ (als Anlage 1 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO)
 - **Projektförderung:** „ANBest-P“ (als Anlage 2 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO)
 - **Projektförderung an Gebietskörperschaften** und Zusammenschlüsse von Gebietskörperschaften: „ANBest-Gk“ (als Anlage 3 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO)
 - **Projektförderung auf Kostenbasis:** „ANBest-P-Kosten“ (als Anlage 4 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO)



- **Beispiel: Anlage 2 zur VV Nr. 5.1 zu § 44 BHO – ANBest für Zuwendungen zur Projektförderung (ANBest-P)**
„Nr. 3.1: Wenn die Zuwendung (...) mehr als 100 000 Euro beträgt, sind bei der Vergabe von Aufträgen folgende Regelungen anzuwenden:
 - für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO). (...)“
- **Achtung:** Zum Teil wird in den entsprechenden VV der Bundesländer noch auf **ältere** Vergabevorschriften verwiesen (so verweist z.B. VV Nr. 5.1 zu Art. 44 BayHO in der Fassung vom 1.1.2017 in Ziff. 3.2 noch immer auf die Vorschriften des Abschnitts 1 der VOL/A).



- In der Konsequenz kommen die Vergabevorschriften somit auch **unterhalb** der ansonsten einschlägigen **Schwellenwerte** zur Anwendung.
- Auch wenn der Zuwendungsempfänger als **Auftraggeber** im Sinne des **Vergaberechts** zu qualifizieren ist und das Vergaberecht somit auch **eigenständig** zur Anwendung kommt, bleibt die Unterwerfung unter das Vergaberegime mittels Nebenbestimmung (vgl. zu den für den Fall der eigenständigen Anwendbarkeit des Vergaberechts vielfach nicht ganz eindeutig formulierten ANBest oben Folie 8 sowie beispielhaft für das damalige bayerische Zuwendungsrecht BayVGH, Beschl. v. 9.2.2015, 4 B 12.2326, Rn. 19) praktisch höchst relevant: Das **Zuwendungsrecht** fungiert dann als **zusätzliches Sanktionsregime**.



- **Nichtbeachtung** der Vergabevorschriften ist ein **Auflageverstoß** nach **§ 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 VwVfG** und berechtigt den Zuwendungsgeber zum **(Teil-)Widerruf** des Bescheids. Mit Blick auf einen möglichen Widerruf mit Neufestsetzung (Kürzung) ist zu differenzieren zwischen
 - **schweren Vergabeverstößen**, für die die einschlägigen VV in den Bundesländern im Regelfall (!) eine Kürzung zwingend vorgeben, und
 - **minderschweren Verstößen**; für diese enthalten nicht alle VV ermessenslenkende Vorgaben (so aber z.B. das bayerische Zuwendungsrecht), d.h. der Widerruf liegt dann im (ungelenkten) Ermessen der Behörde (vgl. zu dessen Handhabung etwa VG Münster, Urt. v. 23.1.2014, 7 K 1808/11, Rn. 78 ff.).



- Als **schwere Verstöße** werden regelmäßig gewertet (z.B. im bayerischen Recht nach Ziffer 4 der Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen, FMBek v. 23.11.2006):
 - **freihändige Vergaben** ohne die dafür notwendigen vergaberechtlichen Voraussetzungen
 - ungerechtfertigte **Einschränkungen des Wettbewerbs**
 - grob vergaberechtswidrige **Wertung**
 - Vorsätzliche Verstöße gegen **Vergabegrundsätze**
 - Vergabe an einen **Generalübernehmer**, sofern nicht zugelassen; ein schwerer Verstoß ist daher die Verletzung des Gebots der **Losbildung**, vgl. etwa BayVGH, Beschl. v. 22.5.2017, 4 ZB 16.577



- Auch im Falle schwerer Verstöße im Sinne der VV muss der Zuwendungsgeber etwaige **atypische Sachverhaltsaspekte** ggf. in die Ermessenserwägung einstellen (vgl. BayVGh, Beschl. v. 20.1.2016, 21 ZB 14.1428, Rn. 44 ff.).
- Andererseits muss der Zuwendungsgeber einen durch den Verstoß verursachten **Schaden** im Sinne einer Unwirtschaftlichkeit **im Einzelfall nicht** feststellen, denn es entspricht „gerade dem Sinn der Einbeziehung vergaberechtlicher Vorschriften in den Zuwendungsbescheid, hypothetischen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen mittels Durchführung eines **formalisierten Verfahrens zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots** vorzubeugen“ (so etwa BayVGh, Urt. v. 9.2.2015, 4 B 12.2325, Rn. 24).



- **Umfang** der Kürzung:

- Nach einigen VV sollen **grundsätzlich** die Kosten für die jeweilige **Auftragseinheit** (z.B. Teillos oder Fachlos), bei der der Verstoß ermittelt wurde, von der Förderung ausgeschlossen werden.
- **Ausnahmsweise** soll die Kürzung – ohne zusätzliche Ermessens-erwägung bezüglich des genauen Prozentsatzes (BayVGH, Beschl. v. 22.5.2017, 4 ZB 16.577, Rn. 24) – auf **20 bis 25 %** des Gesamtbetrags begrenzt werden können, wenn andernfalls ein vollständiger oder sehr weitgehender Förderausschluss vorgenommen werden müsste (mit erheblicher Härte für den Zuwendungsempfänger).
- Dieser Rahmen soll bei Vorliegen „**besonderer Gründe**“ sowohl über- als auch unterschritten werden können.



- Andere Regeln gelten für Zuwendungen aus **EU-Mitteln** (Überblick):
 - **Beschluss** der **EU-Kommission** vom 19.12.2013 (C (2013) 9527 final) über die Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen bei Verstößen gegen die Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der EU im Rahmen der geteilten Mittelverwaltung finanzierte Ausgaben (gilt für **Verstöße zwischen 2014 und 2020**)
 - Benennung der **wichtigsten Arten** von Unregelmäßigkeiten und Festlegung der **Kürzungssätze** (5%, 10%, 25% und 100%)
 - **Unregelmäßigkeiten** sind Verstöße gegen **oberschwelliges** Vergaberecht sowie unterhalb der Schwellenwerte Verstöße gegen Vorgaben des **AEUV** (Gleichbehandlung, Transparenz) und gegen **ationale Rechtsvorschriften**.



- **Rechtsfolgen:** Entweder Kürzung bzw. Streichung der betreffenden Zuwendung nach den **EU-Leitlinien** oder – falls die Vorgaben der einschlägigen VV strengere Rechtsfolgen vorsehen – Anwendung der **nationalen Sanktionsregel**. Im Ergebnis kommt somit praktisch stets das **jeweils strengere Sanktionsregime** zur Anwendung.



III. Neue Entwicklungen beim Rechtsschutz

- **Grundsätzlich** besteht für im Sinne der VV schwere Verstöße gegen Vergabevorschriften somit ein **sehr strenges**, seit BVerwG, Beschl. v. 13.2.2013, 3 B 58.12, auch höchstgerichtlich abgesegnetes **Rechtsfolgenregime**.
- Die Rechtsschutzperspektive von Zuwendungsempfängern stellt sich daher jedenfalls **nach Eintritt der Bestandskraft** der betreffenden Auflagen in aller Regel als sehr düster dar; **Angriffspunkte** sind dann nur noch die **Schwere** des Vergabeverstößes, die Geltendmachung **atypischer Umstände** sowie eine mögliche **Mitverantwortung** des Zuwendungsgebers (vgl. etwa VGH Mannheim, Urt. v. 17.10.2013, 9 S 123/12, Rn. 70 ff.).



- **Überlegenswert** ist allerdings die Anfechtung der Auflagen in Zuwendungsbescheiden, da m.E. **erhebliche Zweifel** an deren **Rechtmäßigkeit** bestehen:
 - Den Zuwendungsempfänger treffen mit der Pflicht zur Beachtung des (nicht unkomplexen) Vergaberechts **erhebliche finanzielle und rechtliche Lasten**, die tatbestandlich nicht nach der Reichweite des Auflagenzwecks (d.h. der Wirtschaftlichkeit) differenzieren und damit m.E. **unverhältnismäßig** sind.
 - Zudem gerät der **Wirtschaftlichkeitszweck der Auflagen** durch eine pauschale Sanktionierung aller Vergabeverstöße – auch solcher gegen Vorgaben, die (wie z.B. das Gebot der Losvergabe) der Wirtschaftlichkeit eher zuwiderlaufen – **aus dem Blick**.



Lesehinweis:

Martin Burgi, Vergaberecht – Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, Verlag C.H. Beck, 2. Aufl. 2018, § 22

Die bereitgestellten Tagungsunterlagen sind urheberrechtlich geschützt. Es gelten die bei Buchung der Veranstaltung akzeptierten AGB der EUROFORUM Deutschland SE.