



Positionspapier

Angemessene Anforderungen an die Umsetzung der ANBest P und I durch Zuwendungsempfänger

Ein Beitrag der BAGFW zu mehr Rechtssicherheit und Angemessenheit bei der Umsetzung von Vergaberecht durch Zuwendungsempfänger

Im Zuge der vom BMWK initiierten Vergabetransformation kamen immer wieder die Anliegen von Zuwendungsempfängern zur Sprache, dass die Auflagen und Nebenbestimmungen betr. die Anwendung von Vergaberecht eine erhebliche Hürde bei der Umsetzung der geförderten Vorhaben darstellen. Wir teilen die Überzeugung, dass öffentliche Haushaltsmittel wirtschaftlich und sparsam zum Einsatz kommen müssen. Wir erkennen an, dass sowohl die in den ANBest übliche Höchstgrenze von 100.000,00 € als auch die dort vorgesehenen Modifikationen des Vergaberechts Zuwendungsempfänger vor unangemessenen Belastungen schützen sollen. Die praktischen Erfahrungen sozialer Unternehmen zeigen aber, dass diese Schritte noch nicht ausreichen. Tatsächlich verursacht selbst die modifizierten UVGO-Ausschreibungen bei den Zuwendungsempfängern einen Bürokratieaufwand, der oft außer jedem Verhältnis zu den tatsächlich einsetzbaren Haushaltsmitteln steht. Insofern sehen wir hier die Zuwendungsempfänger übermäßig belastet und halten eine Abhilfe für dringend geboten.

Verschärfend tritt hinzu, dass gerade soziale Träger, die auf Zuwendungen angewiesen sind, vorwiegend in ehrenamtlichen Strukturen arbeiten. Neben diesen gibt es nur sehr wenige hauptamtlichen Mitarbeitenden, die überwiegend fachliche Aufgaben wahrnehmen. Es fehlt damit die notwendige Manpower, um neben den komplexen Regelungen des Zuwendungsrechts auch noch die ebenso komplexen Vergabevorschriften rechtssicher anzuwenden. Gerade der Vergleich von freien Trägern, die in der Größenordnung eines KMU operieren, mit kleinen Gebietskörperschaften macht die überproportionale Belastung der freien Träger deutlich. Während sich kleine Gemeinden zusammenschließen und die korrekte Durchführung an eine zentrale Vergabestelle delegieren können, steht den nicht staatlichen Zuwendungsempfängern dieser Weg nicht offen. Sie tragen damit in weitaus größerem Maß das Risiko für die Rechtmäßigkeit ihrer Beschaffungsprozesse und einer verzinlichen Rückforderung der Förder-summe.

Die zuwendungsrechtliche Rechtsprechung zeigt deutlich, dass gerade die Unsicherheit über die Anwendbarkeit von Verhandlungsvergabeverfahren groß ist. Fehler bei der Anwendung von Vergaberecht werden hier in der Regel pauschal als schwerwiegend gewertet und führen nach wie vor häufig zum Widerruf der Förderung. Unter diesen Umständen sehen mittlerweile viele Träger davon ab, sich um bereitgestellte Mittel zu bewerben und die damit verbundenen Compliance-Risiken einzugehen. Die mit der Bereitstellung verbundenen Förderziele der öffentlichen Hand bleiben damit ebenfalls

unerreicht. Mit seinem Urteil vom 23.8.2022 (Az: 5 LB 9/20) hat das Oberverwaltungsgericht Schleswig-Holstein Weichen für eine Kurskorrektur gestellt. Indem es die Rechtsfolgen eines Vergaberechtsverstößes am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ausrichtet, leistet es einen Beitrag dazu, die Lasten für die Folgen von Vergabefehlern gerechter zu verteilen.

Die nachfolgenden Vorschläge möchten dazu beitragen,

1. mit widerspruchsfreien Vorgaben Zuwendungsempfängern mehr **Rechtssicherheit** bei der Durchführung von Ausschreibungen zu verschaffen;
2. mit **weiteren angemessenen Modifikationen des Vergaberechts** die transparente und chancengleiche Beschaffung mit Mitteln sicherstellen, denen Zuwendungsempfänger nachkommen können.

Dass solche Erleichterungen für Zuwendungsempfänger zulässig sind, zeigen bereits die ANBest-P in Abschnitt III 3.1: dort verbindet sich der Verweis auf die Unterschwellenvergabeverordnung unmittelbar mit Modifikationen des Vergaberechts. Allerdings laufen viele dieser Erleichterungen ins Leere, weil Mittelgeber ihrerseits die Zuwendungsbescheide durch Nebenbestimmungen ergänzen, die Vorgaben der UVgO sogar noch verschärfen. Mit unseren Vorschlägen möchten wir deshalb zu mehr Transparenz, Rechtssicherheit und einer angemessenen Reduzierung der Belastungen für die Zuwendungsempfänger beitragen. Die im Folgenden vorgeschlagenen Erleichterungen kommen auch den Mittelgebern zugute, die so unnötige Rechtsunsicherheit und spätere Rechtsstreite über die Folgen von Vergabefehlern für den Bestand der Förderung vermeiden.

Forderung 1: Verzicht auf die Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts, stattdessen grundsätzliche Auftragsvergabe im Wettbewerb sichergestellt durch das Anfordern von mindestens drei Angeboten

Das Zuwendungsrecht stellt Zuwendungsempfänger, die nicht selbst öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 GWB sind, von der grundsätzlichen Bindung an die Vergabepaxis der öffentlichen Hand frei. Der Verzicht auf die Anwendung von Vergaberecht durch Zuwendungsempfänger würde den Verwaltungsaufwand deutlich reduzieren. Nicht nur auf Seiten des Zuwendungsempfängers, sondern auch aufseiten des Zuwendungsgebers könnten die Beteiligten finanzielle und personelle Ressourcen einsparen. Zudem könnten die Zuwendungsempfänger notwendige Beauftragungen zügiger vornehmen, gingen weniger Haftungsrisiken ein und auch die aufwändigen Rückabwicklungen wären rückläufig.

Empfehlung: Um den Vorgaben aus §§ [7](#), [23](#) und [44](#) der Bundeshaushaltsordnung nachzukommen, werden Zuwendungen, die in Summe das Volumen von 100.000 € überschreiten, mit der Auflage versehen, dass Einzelaufträge **mit einem Auftragswert von mehr als 5.000 Euro** grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben sind. Um diesen Anforderungen zu genügen, reicht es aus, dass die Zuwendungsempfänger

- mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes auffordern,
- den Auftrag an den wirtschaftlichsten Bieter vergeben und
- die Auswahlkriterien wie auch die Auswahlentscheidung dokumentieren.

Für Aufträge mit einem **Wert bis zu 5.000,00 €** finden die Regelungen für den Direktauftrag nach [§ 14 UVgO](#) Anwendung.

Die Vorgabe grundsätzlich im Wettbewerb zu vergeben, ist § 50 der Unterschwellenvergabeverordnung entlehnt. Die amtliche Erläuterung hierzu sieht vor, „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.“ Die Anforderung von mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebotes, ist in jedem Fall einzuhalten. Ob die Zuwendungsempfänger freiwillig, z. B. auf der Grundlage ihrer eigenen betriebsinternen Beschaffungsrichtlinien darüber hinausgehen, bleibt ihnen überlassen.

Sollte die öffentliche Hand dieser Forderung nicht nachkommen, fordern wir hilfsweise

Forderung 2: angemessene Beratung und Unterstützung bei der Anwendung des Vergaberechts

Bei der Verpflichtung zur Anwendung von Vergaberecht besteht zwischen den Fördermittelgebern, die in der Regel selbst öffentliche Auftraggeber i.S.v. § 99 GWB sind und den geförderten Freien Trägern ein deutliches Gefälle hinsichtlich praktischer Erfahrung mit der Anwendung von Vergaberecht. Da die Mittelgeber in der Regel auch diejenigen sind, die über die zweckentsprechende Verwendung der Fördermittel entscheiden, besteht seitens der Freien Träger die berechnete Erwartung, dass die Fördermittelgeber sie bei der fehlerfreien Anwendung des Vergaberechts unterstützen.

Entsprechende Beratungen zur Rechtslage und einer rechtssicheren Mitwirkung an einzuhaltenden Verfahren sind im Sozialrecht gang und gäbe (s. [§ 14 SGB I](#) et al). Sie gleicht ein Ungleichgewicht an relevantem Fachwissen aus und trägt im Interesse aller Beteiligten zur Rechtssicherheit bei. Ein solches Ungleichgewicht liegt auch in den hier beschriebenen Fällen vor. Auch wenn sich diese Träger (gelegentlich) als Bieter an Ausschreibungen beteiligen, lässt sich diese Rolle in keiner Weise mit der eines verfahrensverantwortlichen Auftraggebers vergleichen.

Das Landesrecht von NRW greift dieses Bedürfnis nach rechtssicherer Information auf und hat in § 22 Abs. 3 Kulturgesetzbuch NRW folgende Verpflichtung der Zuwendungsgeber verankert: „Die bewilligenden Stellen beraten bei der Antragstellung. Sie sollen regelmäßig Informationsveranstaltungen für Zuwendungsempfängerinnen und Zuwendungsempfänger zum Zuwendungsverfahren anbieten.“

Empfehlung: Die Pflicht der Zuwendungsgeber zur Unterstützung und Beratung für Zuwendungsnehmer sollte für alle Zuwendungen und auf allen Verwaltungsebenen zum Tragen kommen. Insbesondere muss sie kleinen und mittleren Vereinen und Unternehmen als Zuwendungsempfänger zugutekommen, die weder über die finanziellen noch über die personellen Ressourcen verfügen, um sich eigenständig in das Vergaberecht einzuarbeiten. Die Beratungs- und Unterstützungsleistung sollte für alle Phasen des Zuwendungsverfahrens gelten. Das umfasst die Beantragung, Verausgabung und die Nachweise. Ein wichtiger Bereich dieser Informationspflicht betrifft folgerichtig auch die Anwendung des Vergaberechts. Die Beratung und Unterstützung sollten möglichst frühzeitig und umfassend erfolgen.

Alternativ zur Beratung durch den Zuwendungsgeber sollten die Kosten einer externen Rechtsberatung bzw. (ab definierten Wertgrenzen) einer externen Durchführung des

Vergabeverfahrens als förderfähige Projektausgaben außerhalb von Overhead-Pauschalen anerkannt werden. Auf diese Weise ließe sich (auch im Falle einer Prüfung durch übergeordnete Stellen) das Haftungsrisiko sowohl für die den Zuwendungsnehmer als auch für den Zuwendungsgeber minimieren.

Forderung 3: Festbetragsfinanzierte mehrjährige Zuwendungen

In der Regel werden Zuwendungen nur für ein Jahr bewilligt. Der damit verbundene Verwaltungsaufwand für Zuwendungsempfänger und Zuwendungsgeber wirkt sich bei der Auftragsvergabe besonders belastend aus: Denn der einjährigen Förderturnus verhindert den Abschluss längerfristiger Liefer- oder Werkaufträge. Vielmehr müssen Zuwendungsempfänger benötigte Waren und Dienstleistungen im Jahresturnus neu vergeben. Insbesondere kommt dies im Rahmen der jährlichen Fehlbedarfsfinanzierung zum Tragen, wenn am Ende des Zuwendungszeitraums durch Einzelbelege die Nachweise für die ordnungsgemäße Verausgabung der Mittel nachzuweisen sind.

Der Aufwand steht bei diesen einjährigen Auftragsvergaben in keinem Verhältnis zum Nutzen. Nicht nur fällt jährlich der Aufwand für die Verfahrensdurchführung an. Den Zuwendungsempfängern entgehen günstigere Vertragsgestaltungen, die eine längerfristige Bindung prämiieren. Zudem obliegt ein Zuwendungsempfänger damit strengeren Anforderungen als ein öffentlicher Auftraggeber. Für diesen gibt es eine gesetzliche Laufzeitbegrenzung für einen vergebenen Auftrag nur bei Rahmenverträgen (oberhalb der EU-Schwellenwerte: 4 Jahre, § 21 Abs. 6 VgV ; sonst 6 Jahre nach § 15 Abs. 4 UVGO). Im Übrigen muss die Laufzeit nur den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Verhältnismäßigkeit entsprechen (<https://www.heuking.de/de/news-events/newsletter-fachbeitraege/artikel/keine-gesetzliche-laufzeitobergrenze-bei-leistungsvertraegen.html>).

Empfehlung: Die Zuwendungszeiträume sollten mindestens auf zwei Jahre oder länger ausgedehnt werden. Zudem ist eine Festbetragsfinanzierung deutlich günstiger in der Abwicklung als eine Fehlbedarfs- oder Anteilsfinanzierung.

Forderung 4: Stimmige Sondervorgaben im Zuwendungsbescheid

Die Allgemeinen Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid verweisen Zuwendungsempfänger, die selbst keine öffentlichen Auftraggeber sind, in Abschnitt III auf die Unterschwellenvergabeordnung. Die ANBest-P ergänzen diese Verweisung mit weiteren Modifikationen des Vergaberechts (III.3.1), um die Belastung dieser gelegentlichen Auftraggeber auf ein angemessenes Maß zu reduzieren. Oft bleibt es allerdings nicht bei diesen Modifikationen. Vielmehr ergänzen die Fördermittelgeber in ihren Zuwendungsbescheiden die Modifikationen der ANBest-P durch weitere eigene Modifikationen. Anstatt mit solchen Ergänzungen die Zuwendungsempfänger zu entlasten, verursachen diese immer wieder gravierende Unklarheiten. Denn häufig widersprechen diese von den Fördermittelgebern ausbedungenen Modifikationen den Bestimmungen der UVGO und verschärfen diese sogar weiter. Damit schaffen diese ergänzenden Bestimmungen erhebliche Risiken für die rechtssichere Durchführung von Ausschreibungen, die allein die Zuwendungsempfänger zu tragen haben.

Beispiel:

§ 12 Abs. 2 UVgO schreibt für Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb vor, dass „grundsätzlich mindestens drei Unternehmen zur Angebotsabgabe oder (unmittelbar) zur Teilnahme an Verhandlungen **aufzufordern**“ sind. Demgegenüber findet sich etwa in Zuwendungsbescheiden für KJP-Mittel die Anforderung, „mindestens drei Vergleichsangebote **einzuholen sind**“.

Einige Zuwendungsgeber verstehen den Begriff „einholen“ nicht synonym zu „auffordern“. Vielmehr verlangen diese von den Zuwendungsempfängern, dass in jedem Fall 3 Angebote **zur Auswahl vorliegen müssen**. Diese Auslegung und Anwendung verschärft über die Zuwendungsbescheide die UVgO erheblich und in einer Weise, die die Zuwendungsempfänger kaum steuern können. Denn es liegt nicht bei diesen, ob die angeschriebenen Unternehmen sich tatsächlich am Wettbewerb beteiligen und ein Angebot abgeben.

Unbestritten ist es sinnvoll, bei einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb eine Bandbreite möglicher interessierter Angebotsabgabe aufzufordern und so Wettbewerb zu generieren. Wenn aber eine rechtmäßige Verhandlungsvergabe und damit auch die zweckmäßige Mittelverwendung davon abhängt, ob sich tatsächlich 3 Angebote für einen zu erteilenden Auftrag einfinden, bürdet dies den Zuwendungsempfängern ein unverhältnismäßig großes Risiko auf. Diese Einschätzung entspricht der einschlägigen Rechtsprechung, s. zuletzt OLG Düsseldorf Beschluss vom 13.9.2017 VII-Verg 25/17 oder das [VG Köln Urteil vom 1.7.2015 16 K 6872/14](#).

Empfehlung: Verzicht auf Formulierungen, die u.U. als eine Verschärfungen des Vergaberechts durch die Mittelgeber ausgelegt werden können. Stattdessen sollten diese ergänzenden Modifikationen den Zuwendungsempfängern Wege öffnen, um die Finanzmittel unter Wahrung der Vergabegrundsätze von Transparenz und Chancengleichheit unkompliziert einsetzen und so den Förderzweck verwirklichen zu können.

Forderung 5: Anwendung der Höchstbetragsregelung aus ANBest III. 1 nur auf die Sachkostenanteile einer Fördersumme

Üblicherweise schreiben die ANBest III.1 die Verpflichtung zur Ausschreibung vor, wenn die Zuwendung den Betrag von 100.000,00 € übersteigt. Dies gilt unabhängig davon, wofür diese Fördergelder bestimmt sind. Das Vergaberecht selbst definiert in § 107 GWB einen Katalog von Rechtsgeschäften, die von vornherein nicht dem Vergaberecht unterfallen. Insbesondere zählen dazu Arbeitsverträge (§ 107 Abs. 1 Nr. 3 GWB) aber auch Miet- und Pachtverträge (§ 107 Abs. 1 Nr. 2 GWB). Gerade bei Förderungen, die in erster Linie die Beschäftigung von Fachpersonal refinanzieren, ist die Höchstgrenze aus III.1 ANBest schnell überschritten und die UVgO anzuwenden, auch wenn das durch Sachkosten abgedeckte Beschaffungsvolumen deutlich unter 100.000,00 € liegt.

Bei Weiterleitungen von Mitteln sollte zudem klar benannt werden, dass sich die Anwendung der Höchstbetragsregelung auf den Weiterleitungsanteil je Letztempfänger bezieht.

Beispiel 1: geringer Anteil der Sachkosten am Gesamtvolumen

Förderprogramm XX: Fördervolumen	260.000 €
Anteil Personalkosten 70 %	→ 180.000 €
Anteil Gebäudemiete 11 %	→ 30.000 €
Anteil Sachkosten 19 %	→ 50.000 €

Beispiel 2: Anteile der Weiterleitungssumme je Letztempfänger

Förderprogramm YY: Fördervolumen	5 Mio. €
Anteil Weiterleitung: 60 Träger á 82.500,-€	4,95 Mio €
Anteil Zentralstelle: Personalkosten	50 T€

Beispiel 3:

Ein weiteres Beispiel ist die [KJP-Förderung](#), bei der die Personalkosten bis zu 90% der Gesamtförderung betragen können.

Empfehlung: Das Merkblatt des BMFSFJ „[Vergabe von Leistungen \(für Zuwendungsempfänger, deren Zuwendung - oder bei Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung - über 100.000,00 € beträgt](#)“, kommt in der Maßgabe zur Anwendung, dass für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht der Gesamtbetrag sondern allein der Sachkostenanteil des Letztempfängers der Zuwendung maßgeblich ist. Erst wenn dieser Anteil der Fördersumme Höchstgrenze von 100.000,00 € überschreitet, sind die Zuwendungsempfänger zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet. Unterhalb dieser Grenze kommen die jeweils trügereigenen Beschaffungsrichtlinien zur Anwendung.

Forderung 6: Anforderung an die elektronische Vergabe durch Zuwendungsempfänger

Gerade hinsichtlich der Anforderungen an die technische Gestaltung der e-Vergabe bedeutet die Verpflichtung zur Ausschreibung im Wege der e-Vergabe eine erhebliche Belastung. Gerade wenn der Auftragswert die Wertgrenze zur Direktvergabe nur knapp überschreitet, stehen die Aufwendungen, die dem Auftraggeber für den Zugang zu den einschlägigen Vergabepattformen und deren korrekte Bedienung entstehen, außer Verhältnis zu einem insgesamt niedrigen Auftragswert. Dies gilt umso mehr im Rahmen der gegenwärtigen Regelungen, wenn auch ein Förderprogramm mit einem sehr geringen Sachkostenanteil gleichwohl zur Anwendung der UVgO und der elektronischen Vergabe führt.

Beispiel:

Förderprogramm XX: institutionelle Förderung, Fördervolumen	150.000 €
Anteil Personalkosten 70 %	→ 105.000 €
Anteil Sachkosten 30 %	→ 45.000 €
Auftragsvolumina zw.	5.000 - 10.000 €
Aufwand für die e-Vergabe:	je nach Plattform ca. 50 € je Verfahren

Insoweit weisen wir auch auf wichtige Weichenstellungen hin, die Baden-Württemberg zugunsten einer niedrighschwelligigen Kommunikation im Wege von E-Mails sogar für die öffentliche Verwaltung in die Wege leitet (s. dazu [hier](#)). Konsequenterweise sind sinnvolle Ansätze zur Entbürokratisierung erst recht auf Zuwendungsempfänger zu übertragen, die nicht selbst öffentlicher Auftraggeber sind.

Empfehlung: Anlehnend an den [ANBest der Kulturförderung NRW Private](#) (dort 3.3.3) ist bei folgenden Beschaffungen der Verzicht auf die e-Vergabe und stattdessen die Angebotseinholung/übersendung per E-Mail zulässig:

- Verhandlungsvergabe bis zu einem Auftragswert in Höhe von 25.000 €
- Freihändige Vergabe bis zu einem Auftragswert in Höhe von 25.000 €
- Vergaben nach § 12 Abs. 3 i.V.m. § 8 Abs. 4 Nr. 9 bis 12 UVgO (insb. die Fälle der besonders eilbedürftigen Beschaffung, nur ein Auftragnehmer kommt in Betracht, besonders günstige Gelegenheit)

Berlin, 21.08.2024

Bundesarbeitsgemeinschaft
der Freien Wohlfahrtspflege e. V.

Evelin Schulz
Geschäftsführerin

Kontakt:
Dr. Friederike Mußgnug (friederike.mussgnug@diakonie.de)