



Zuwendungen – Einhaltung des Vergaberechts und Rückforderungen

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 09.10.2018 in Kassel**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Zuwendungen und die Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts

Rechtsanwalt Dr. Daniel Thomas Laumann, K+S Aktiengesellschaft, Kassel

- Zuwendungen erfolgen zweckgebunden, weswegen der Zuwendungsempfänger die zweckentsprechende Verwendung immer nachweisen können muss.
- Die Nebenbestimmungen ANBest-P gelten nur, wenn sie Bestandteil des Förderbescheides sind.
- Die Vorgaben der ANBest-P sind auch dann einzuhalten, wenn haushaltsrechtlich andere Vorschriften zu beachten wären. Der Bescheid ist für die richtige Verwendung der Zuwendungen immer vorrangig maßgeblich.
- Bei nur teilweise geförderten Vorhaben sind im Zweifel alle Leistungen auszuschreiben. Nur bei Leistungen, die ausdrücklich nicht gefördert werden, besteht keine Pflicht zur Anwendung des Vergaberechts. Maßgeblich für die Abgrenzung ist immer der Förderbescheid.
- Bei der Anwendung des Vergaberechts ist der Auftragsgegenstand eindeutig und erschöpfend zu beschreiben.
- Bei der Schätzung des Auftragswertes sollte stets besonders sorgfältig vorgegangen werden.
- Dem Fördermittelempfänger stehen die gleichen Verfahrensarten wie dem öffentlichen Auftraggeber zur Verfügung. Bei Abweichungen von Regelverfahren kommt es besonders auf die Dokumentation an.
- Insbesondere die Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb wegen besonderer Dringlichkeit ist mit besonderer Vorsicht anzuwenden. Die Nachweislast für die Voraussetzungen liegen beim Zuwendungsempfänger, sie dürfen nicht von diesem selber verschuldet sein.

- Bei einer Eigenvornahme von Leistungen ist grundsätzlich keine Ausschreibung notwendig.
- Eine Inhouse-Vergabe ist nach den allgemeinen Grundsätzen zulässig, wobei die Voraussetzungen sorgfältig zu dokumentieren sind.

2. Die Anwendung der UVgO durch Zuwendungsempfänger

Rechtsanwalt Dr. Jan Peter Scharf, GÖRG Rechtsanwälte, Hamburg

- Voraussetzung für die Anwendung der UVgO ist deren Vorgabe in den Nebenbestimmungen zum Förderbescheid.
- Bei Widersprüchen des Förderbescheides zu anderen rechtlichen Verpflichtungen, etwa aus dem Haushaltsrecht, sollte mit dem Fördermittelgeber gesprochen werden.
- Die Dokumentation hat bei der Verwendung von Fördermitteln eine besondere Bedeutung. Sie muss in sich stimmig sein. Ein Vergabevermerk wird in der UVgO nicht gefordert, aber eine fortlaufende Dokumentation.
- Bei der Durchführung mehrerer geförderter Projekte erleichtert eine möglichst einheitliche Dokumentation die Prüfung.
- Formelhafte Begründungen sollten unbedingt vermieden werden.
- Bei der Beschränkung auf ein mögliches Produkt ist zu beachten, ob möglicherweise ein Wettbewerb zwischen Händlern möglich ist.
- Vorgaben für Ablage und Archivierung der Unterlagen finden sich nicht in der UVgO, sondern in den ANBest-P. Weitergehende Vorgaben von Steuerrecht und Datenschutz sind gegebenenfalls zu beachten.
- Nach der UVgO ist die Kommunikation grundsätzlich mit elektronischen Mitteln durchzuführen. Bieterfragen sind regelmäßig im Zweifel an alle Bieter in gleicher Weise zu beantworten. Ortsbesichtigungen sollten nur jeweils mit einzelnen Bietern vorgenommen werden.
- Bei der Anwendung der Vorschriften über den Direktkauf ist darauf zu achten, dass kein Wildwuchs entsteht und dass keine Umgehungen der Vergabepflicht stattfinden. Insbesondere Stückelungen größerer Aufträge und nachträgliche Überschreitungen können förderrechtlich problematisch sein.
- Bei der Verhandlungsvergabe empfiehlt sich die Einholung von mindestens drei Angeboten.
- Bei der Vorbereitung des Vergabeverfahrens sind Fördermittelempfänger nach den ANBest-P von der Anwendung der Vorschriften über die Losvergabe ausgenommen.

- Auch die Vorschriften der §§ 44, 46 UVgO sind von Fördermittelempfängern nicht anzuwenden.
- Bei der Vergabe von freiberuflichen Leistungen muss die Vergabe grundsätzlich im Wettbewerb erfolgen, wobei sich das Anfragen von drei Angeboten empfiehlt. Weitere Vorschriften der UVgO gelten für diese Vergaben nicht.
- Bei der Dokumentation gilt § 6 UVgO nicht, aber die Dokumentation ist für den Nachweis der zweckentsprechende Verwendung unerlässlich.
- Kann ein Fördermittelempfänger bestimmte amtliche Verzeichnisse nicht abfragen, sollte er den Fördermittelgeber bitten, ihm diese Möglichkeit zu eröffnen.

3. Rückforderung von Zuwendungen bei Vergabeverstößen – Ermessen und Rechtsfolgen

Frank Albrecht, Ministerium für Kultur und Wissenschaft des Landes NRW

- Der Runderlass des Finanzministerium NRW v. 18.12.2003 – I 1 – 0044-3/8 – ist nicht nur für Zuwendungsempfänger in NRW interessant, sondern wird auch anderweitig in der Rechtsprechung berücksichtigt.
- Ausgangspunkt ist der Grundsatz, dass ein schwerer Verstoß gegen das Vergaberecht grundsätzlich zur Rückforderung führen soll. In solchen Fällen überwiegt im Zweifel das öffentliche Interesse an der Rückforderung das Interesse an dem geförderten Projekt.
- Regelbeispiele für schwere Verstöße sind die Wahl der falschen Vergabeart, das Fehlen einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibungen und der unberechtigte Ausschluss des eigentlich wirtschaftlichsten Angebotes.
- Die Entscheidung für eine von den Regelverfahren abweichende Vergabeart muss stets einzelfallbezogen erfolgen und setzt im Zweifel, insbesondere bei einer geplanten direkten Beauftragung, eine Markterkundung voraus.
- Dabei ist streng zu trennen zwischen einer Verengung auf bestimmte Leistungsvorgaben und der Einschränkung von Bezugsmöglichkeiten. Die hierfür wesentlichen Gesichtspunkte sind zu ermitteln und vor allem auch zu dokumentieren.
- Nicht ausreichend für die Alleinstellung eines Lieferanten ist eine Vorgabe durch den Zuwendungsgeber. Diese Fälle sind kritisch zu sehen. Im Zweifel ist es jedoch wohl ermessensfehlerhaft, wenn in einem solchen Fall eine Rückforderung erfolgt.

- Die Anwendung von Wertgrenzen des Landeshaushaltsrechts gelten im Zweifel nur ausnahmsweise für Zuwendungsempfänger.
- Eine Rückforderung kommt auch bei weiteren, nicht benannten schweren Verstößen in Frage. Dies können sein Verstöße gegen den Grundsatz der fairen Vergabe sowie Verflechtungen und Interessenkonflikte. Auch eine (überhaupt) nicht vorhandene Dokumentation kann einen solchen schweren Verstoß darstellen.
- Ausgangspunkt für eine Rückforderung ist der Verstoß gegen eine Auflage des Förderbescheides. Es kommt dann zu einem Widerruf der Bewilligung und zur Rückforderung.
- Die Rückforderung steht grundsätzlich im Ermessen des Zuwendungsgebers. In Fällen des Runderlasses gibt es ein intendierte Ermessen und der Widerruf ist grundsätzlich angezeigt. Liegen keine besonderen oder außergewöhnlichen Umstände vor, kann die Rückforderung in diesen Fällen ohne weitere Begründung erfolgen.
- Umstritten ist es zu, wie vorzugehen ist, wenn durch einen schweren Verstoß tatsächlich kein wirtschaftlicher Schaden verursacht wurde. Die Tendenz scheint so zu sein, dass die Wirtschaftlichkeit bei der Entscheidung derzeit stärker berücksichtigt wird.
- Kennt der Zuwendungsgeber den Vergabeverstoß von Anfang an, wäre es wohl ermessensfehlerhaft, wenn es zu einer Rückforderung kommt. Es kann daher nur eine umfassende und frühzeitige Abstimmung mit dem Zuwendungsgeber empfohlen werden.
- Wird der Zuwendungsempfänger von Dritten beraten, können sich diese bei fehlerhafter Beratung schadensersatzpflichtig machen.
- Der Widerruf ist in der Regel bezogen auf den jeweiligen vom Fehler betroffenen Auftrag zu erklären.
- Eine erhebliche Härte, die einer Rückforderung entgegenstehen könnte, kann angenommen werden bei durch den Widerruf verursachter Existenzgefährdung oder ernsthaften Zahlungsschwierigkeiten. Das Interesse des Zuwendungsgebers an der Maßnahme ist aber nicht zu berücksichtigen.

4. Finanzkorrekturen von Vergaberechtsverstößen bei Verwendung von EU-Fördermitteln

Mechthild von Maydell, Staatskanzlei und Ministerium für Kultur, Sachsen-Anhalt

- Die Leitlinien der Kommission zur Festsetzung von Finanzkorrekturen sind eine wesentliche Informationsquelle für den Umgang mit EU-Fördermitteln und das Vermeiden von Vergaberechtsverstößen.

- Die EU erlaubt einen relativ geringen Fehler-Prozentsatz, der sogar unter vergleichbaren Werten der Wirtschaft liegt.
- Von insgesamt 78 in der Leitlinie aufgezählten möglichen Fehlern entfallen 26 auf mögliche Vergaberechtsfehler.
- Die Prüfung erfolgt bei dem zwischengeschalteten Bundesland. Diesem gegenüber macht die Kommission auch ihre Einwendungen gelten, beispielsweise durch Rückforderung oder durch den Stopp von Förderprogrammen. Dem kann sich eine Rückforderung beim Zuwendungsempfänger anschließen.
- Die Prüfung nimmt einen inzwischen erheblichen Umfang in Anspruch, mit bis zu 16 Manntagen ist dabei durchaus zu rechnen.
- Je einfacher und nachvollziehbarer die Dokumentation ist, desto besser ist dies im Hinblick auf die Prüfung der Kommission. Bereits bei Aufstellen der Dokumentation sollten die unterschiedlichen Ansprechpartner berücksichtigt werden.
- Ermessensentscheidungen sind erfahrungsgemäß besonders problematisch. Diese sind besonders sorgfältig zu dokumentieren.
- Auch bei Vertragsänderungen ist eine sorgfältige Dokumentation unverzichtbar, insbesondere wenn sich der Auftraggeber auf die Unvorhersehbarkeit oder die Dringlichkeit eines Zusatzauftrages stützen will.
- Häufige Fehler sind das Unterlassen eines Vergabeverfahrens, die falsche Vergabeart, das Fehlen einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, das Fehlen einer Dokumentation und einer Begründung, die Vermischung von Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie die Bevorzugung eines anderen Angebotes gegenüber dem eigentlich wirtschaftlichsten Angebots.
- Bei Identifizierung eines groben Verstoßes, zum Beispiel bei Verstoß gegen Bekanntmachungspflichten, kommt es zu einer vollständigen Rückforderung. Die Höhe der Rückforderung erfolgt sehr grob gestaffelt in wenigen Stufen.