Anlage 13-1

Ermessensleitende Leitlinie der EFRE-Verwaltungsbehörde nach Feststellung von Verstößen gegen die zuwendungsrechtliche Auflage zur Anwendung des Vergaberechts, ergänzt nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 19.12.2013 (C(2013) 9527 final)

I. Anlass

1. Gesetzliche Vorschriften und ggf. das Zuwendungsrecht im Wege der Auflage fordern von Begünstigten in vielen Fällen die Anwendung des Vergaberechtes. Dieses ist kompliziert und führt zu vielfachen Fehlern. Dies gilt insbesondere dann, wenn die zur Einhaltung des Vergaberechts Verpflichteten nur kraft Auflage in einem Zuwendungsbescheid der Rechtspflicht unterliegen. Im Rahmen der Verwaltungsprüfung ist die Einhaltung des Vergaberechts zu prüfen.

   Mit nachfolgenden ermessensleitenden Leitlinien wird den die Verwendungsnachweise prüfenden Stellen eine Handreichung geboten, wie sie bei einem Verstoß gegen die Pflicht, Vergaberecht korrekt anzuwenden, ihr Ermessen vor einer Rückforderung ausüben können.

II. Folge von Vergabeverstößen

Die nachfolgenden Leitlinien gelten nur, wenn die Zuwendungsempfänger gemäß gesetzlicher Vorschriften oder bei institutioneller Förderung nach dem diesbezüglichen Zuwendungsbescheid das Vergaberecht anwenden müssen.

1. Bis 1.000 Euro je Auftrag

Nr. 6.6 der VwV Beschaffung vom 17.03.2015 erlaubt bis zu einer Wertgrenze von 1.000 Euro einen Direktkauf.

Diese Wertgrenze unterstellt, dass bei Aufträgen bis zu dieser Grenze ein Vergabeverfahren unwirtschaftlich wäre und keine beachtenswerten Vorteile für den Wettbewerb bringt. Daher verzichtet der Normgeber auf ein Vergabeverfahren. Damit entfällt eine Vergabeprüfung. Diese Abwägung gilt gleichermaßen auch für Bauaufträge nach VOB. Daher wird die Einhaltung des Vergaberechts auch bei Bauaufträgen bis 1.000 Euro nicht geprüft.

2. Bis zur untersten Wertgrenze

Bauleistungen nach VOB und Leistungen nach VOL/A

Bei Verträgen nach VOL/A und VOB, die oberhalb der Bagatellgrenze von 1.000 Euro oder einer vom Gesetzgeber für den Direktkauf höher fixierten Untergrenze und unterhalb der niedrigsten Wertgrenzen des Vergaberechts liegen, derzeit 10.000 € (§ 3a letzter Satz VOB 2016 bzw. § 3 Absatz 5 letzter Satz VOB 2012 Wertgrenze für freihändige Vergabe), beschränkt sich

das Interesse des Zuwendungsgebers auf die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Fördermittel. Das Interesse an Transparenz und Wettbewerbsneutralität ist allenfalls formal, da ein Konkurrent nicht in der Lage ist, effektiv Rechtschutz zu erlangen. Erklärt der Zuwendungsempfänger demnach, dass der Auftrag wirtschaftlich und sparsam abgewickelt wurde und er kann dies auch belegen, so kann ein Verstoß gegen das Gebot eines förmlichen Vergabeverfahren ohne Konsequenzen bleiben, da dem wesentlichen Interesse an Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genüge getan ist.

3. Bis zum EU-Schwellenwert

a) Bauleistungen und Leistungen im Rahmen der VOL/A

Die Grundsätze des Vergaberechts sind Transparenz, Wettbewerbsneutralität und Nichtdiskriminierung, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. In Grenznähe ist angesichts der Auftragswerte zusätzlich ein grenzüberschreitendes Interesse und ein Interesse an einem effektiven Wettbewerb nicht in jedem Fall zu verneinen. Ein Zuwendungsempfänger hat die Auflage, oberhalb der niedrigsten nationalen Wertgrenze, aber unterhalb des EU-Schwellenwerts nachzuweisen, dass er entweder das Vergabeverfahren vollständig durchgeführt hat. Oder wenigstens muss er die o.g. Grundsätze der Transparenz, Wettbewerbsneutralität und Nichtdiskriminierung, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten haben. Gelingt ihm dies nicht, werden wegen Verstößen gegen die Auflage zur Einhaltung des Vergaberechts je nach Schwere des Verstoßes 10 bis 25 % der Zuwendung, die auf die Gewerke bzw. Lose mit Vergabeverstößen entfallen, gekürzt.

b) Leistungen, die im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit oder in Konkurrenz zu freiberuflich Tätigen erbracht werden.

Vergaberechtliche Vorgaben beschränken sich auf das Binnenrecht des Landes bzw. der Kommunen und regeln keine Verfahren. Daher gilt für Leistungen unterhalb des EU-Schwellenwertes, die im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit erbracht werden oder erbracht werden können, dass der Zuwendungsempfänger nachvollziehbar darlegen muss, warum er den Auftrag in der von ihm durchgeführten Art vergeben konnte, womit der Nachweis der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der Zuwendung erbracht wird. Kommt nach Wertung des Zuwendungsempfängers nur ein Bewerber in Frage, weil nur er die Bewertungskriterien vollständig erfüllt, sind mithin alle anderen Bewerber ungeeignet, ist die Auswahl des einzigen geeigneten Bewerbers stets wirtschaftlich und sparsam, da notwendig.

Für die Vergabe eines Auftrags, die der Auftraggeber ab dem 01.04.2015 eingeleitet hat, sollte er gem. VwV Beschaffung grundsätzlich mindestens drei geeignete Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert haben, soweit kein öffentliches Preisregelwerk besteht. Dies gilt jedoch nur für die von der VwV Beschaffung erfassten Körperschaften, Anstalten

und Stiftungen, nicht für die Kommunen, die mangels Ermächtigung des Wirtschaftsministeriums und spezieller über Empfehlungen hinausgehender, verbindlicher Vorgaben des Innenministeriums nicht von der VwV Beschaffung betroffen sind.

4. Ab dem EU-Schwellenwert

Oberhalb der EU-Schwellenwerte sollen Zuwendungen, auf die sich die Vergabeverstöße beziehen, um 2 bis 100 % gekürzt werden. Zur Orientierung wird auf die als Anlage beigefügten Leitlinien verwiesen, die für die Kürzung einzelner fehlerhaft vergebener Gewerke/Lose herangezogen werden können.

5. Missbrauchsklausel

Die oben genannten Werte, bis zu denen Vergabefehler vom Zuwendungsgeber nicht mit zuwendungsrechtlichen Konsequenzen geahndet werden, gelten nur, wenn nicht erkennbar ist, dass der Auftraggeber durch künstliche Spaltung eines Projekts in Kleinst- und Kleinaufträge versucht hat, missbräuchlich die Vergaberegeln zu umgehen. Soweit sich dieser Verdacht allerdings förmlich aufdrängt, sind die offensichtlich missbräuchlich gesplitteten Auftragswerte zu addieren und dann der oben genannten Wertbeurteilung zu unterziehen.