



MARTINI·MOGG·VOGT
RECHTSANWÄLTE · WIRTSCHAFTSPRÜFER · STEUERBERATER

Zuwendungs- und Vergaberecht im Kontext von Energieprojekten

7. Fachtagung Energiewende und Klimaschutz in Kommunen

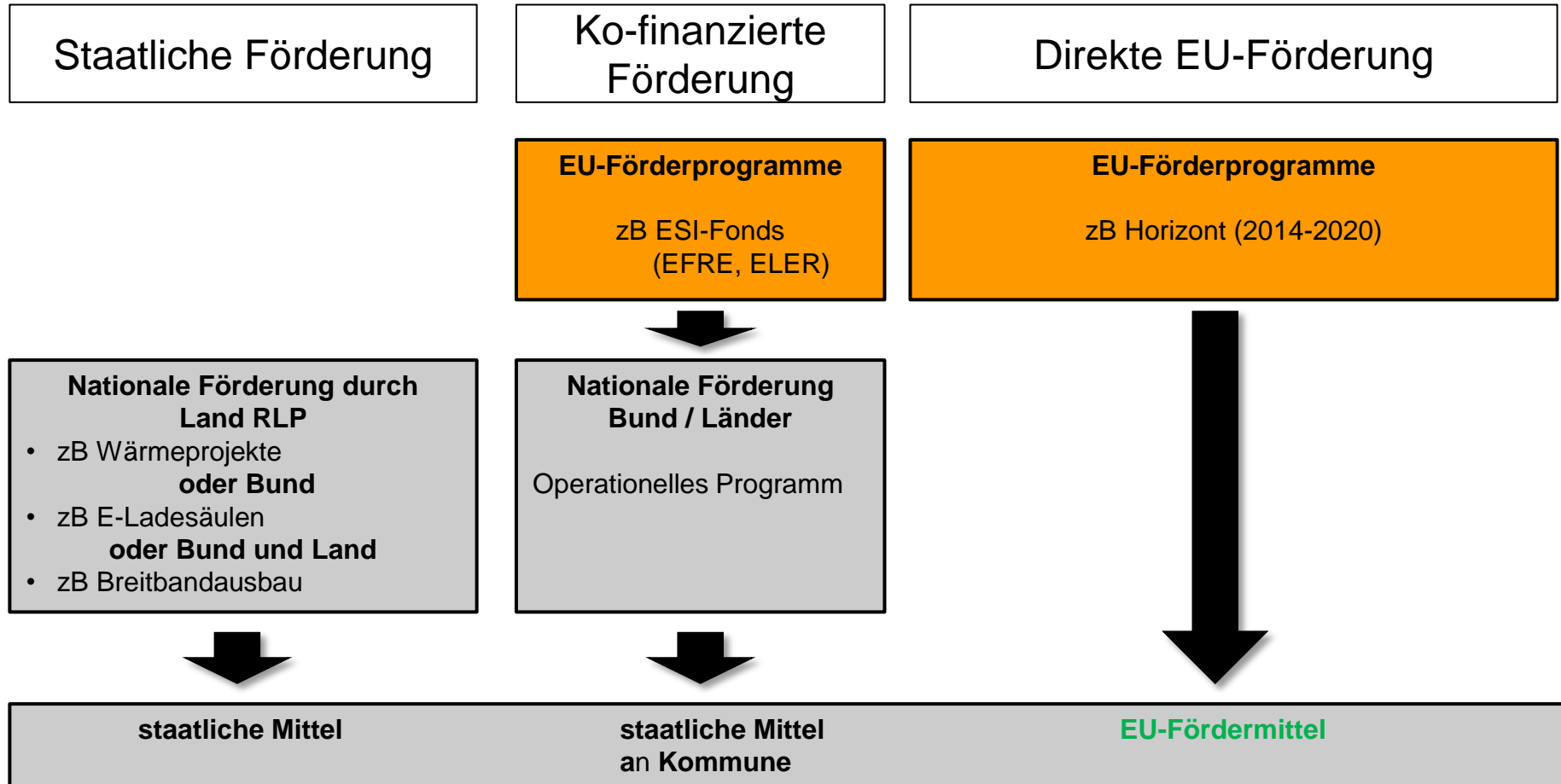
Bingen, 8. November 2018

... mehr als Recht

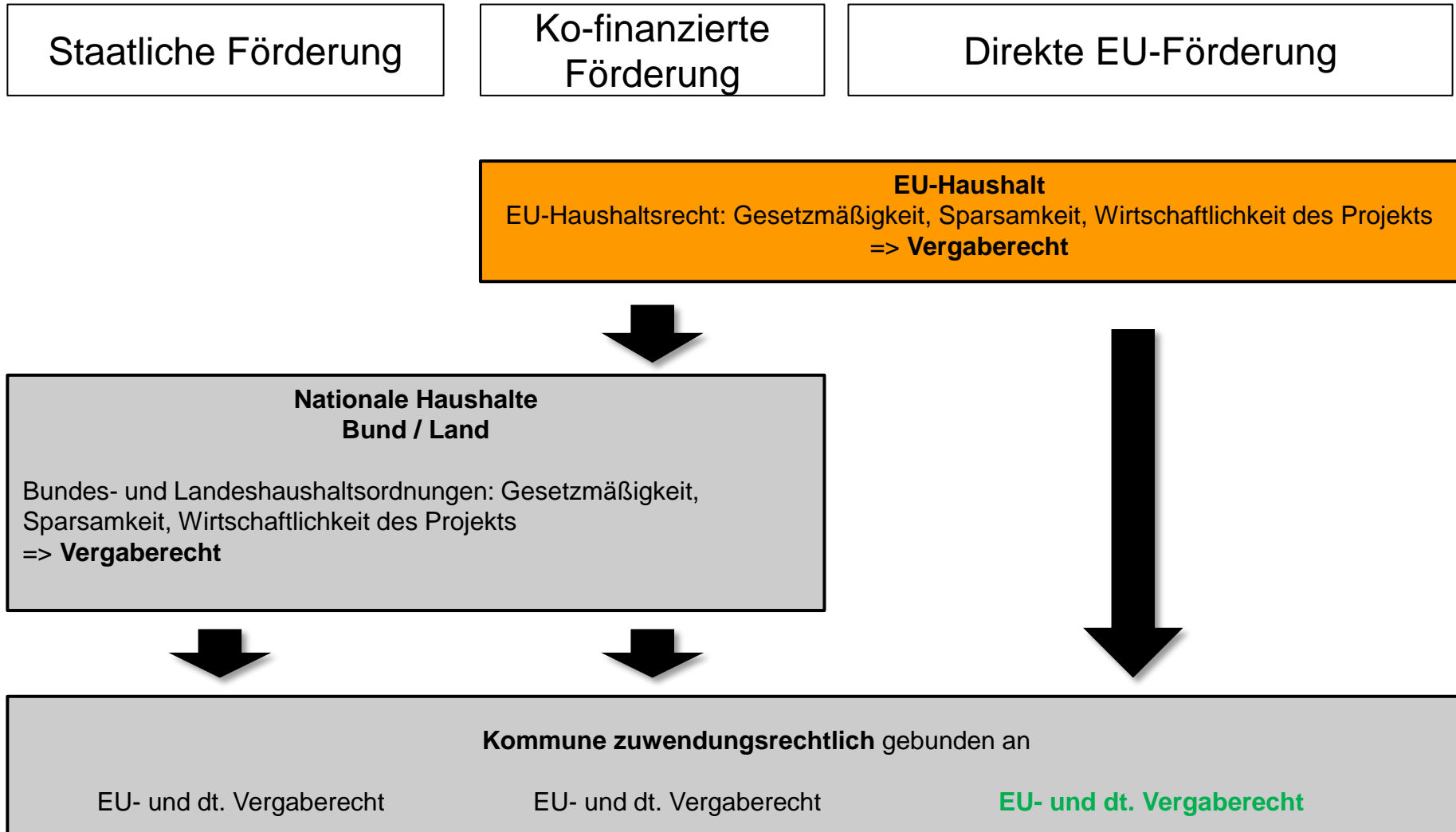
Warum Vergabe- und Zuwendungsrecht?



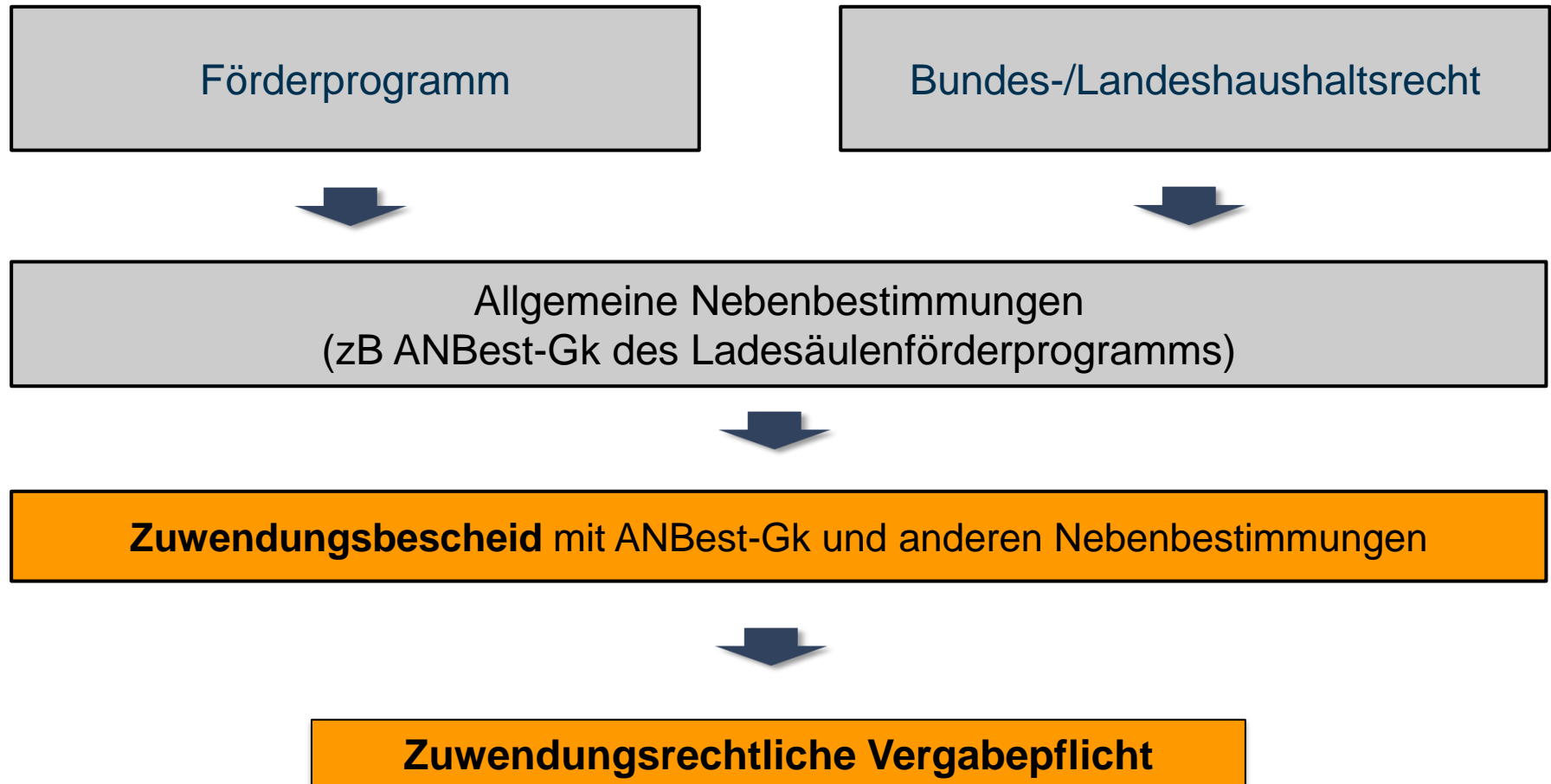
Vergabepflicht wegen Zuwendung - Warum?



Vergabepflicht wegen Zuwendung - Warum?



Vergabepflicht wegen Zuwendung - Warum?



Vergabepflicht wegen Zuwendung - Warum?



Bestandskraft Zuwendungsbescheid (VA)

selbst wenn ANBest-Gk mit vergaberechtlichen Auflagen **sachlich unrichtig!**

z.B. Anwendung VOL/A statt UVgO (ab 2018), „VOF“ unterhalb des Schwellenwerts



auf Rechtmäßigkeit prüfen

Unklarheit zu Lasten Förderempfänger! Widerspruchsfrist !

Nur ausnahmsweise Nichtigkeit

VV-Landeshaushaltsordnung – Anlage 3

„3. Vergabe von Aufträgen, Ausführung von Baumaßnahmen

3.1 Wenn die Zuwendung oder bei der Finanzierung durch mehrere Stellen der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als 100 000 EUR beträgt, sind anzuwenden

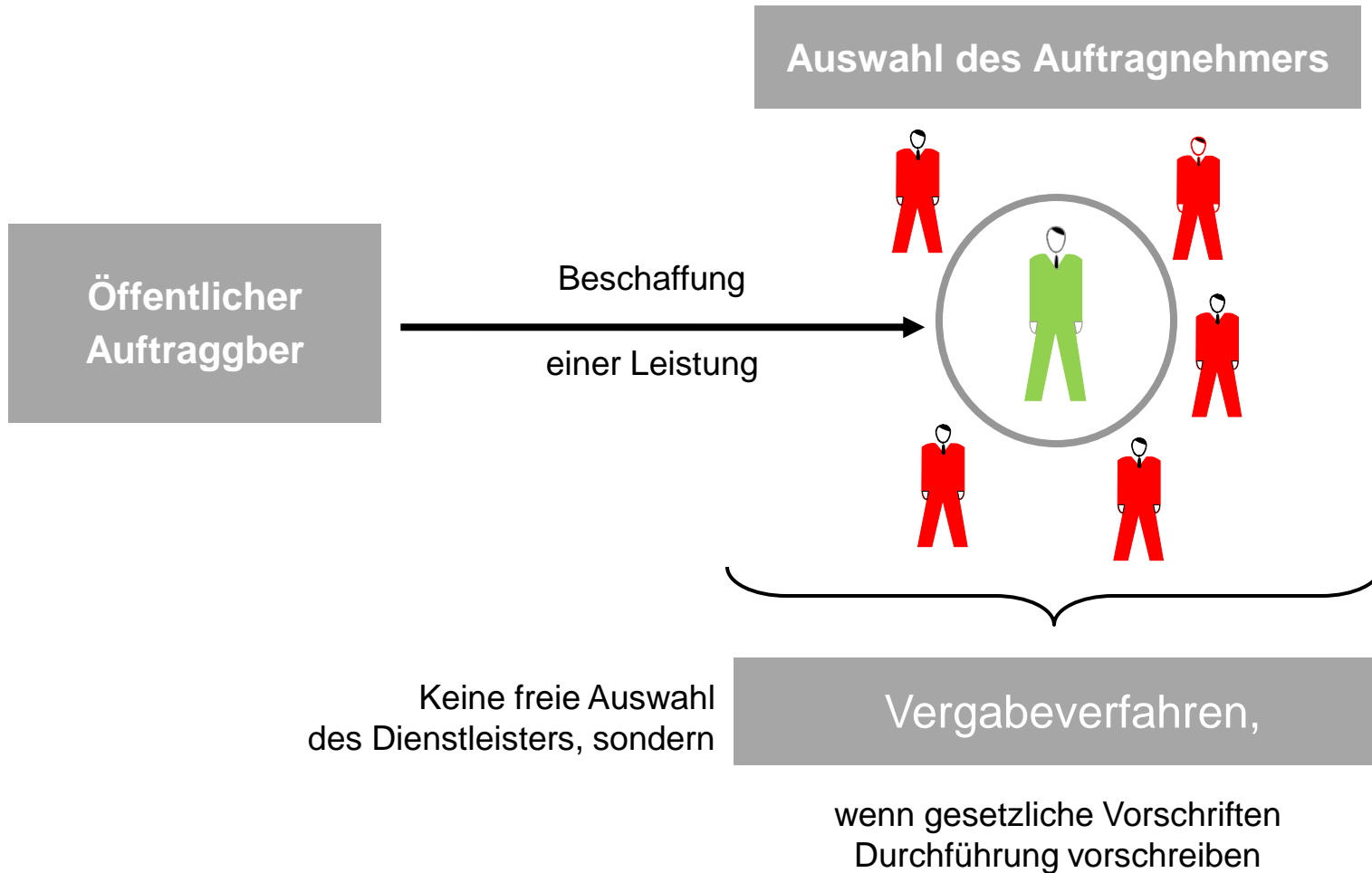
3.1.1 bei der Vergabe von Aufträgen für Bauleistungen Teil A Abschnitt 1 der Verdingungsordnung für Bauleistungen (VOB),

3.1.2 bei der Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Dienstleistungen Teil A Abschnitt 1 der Verdingungsordnung für Leistungen – ausgenommen Bauleistungen – (VOL).

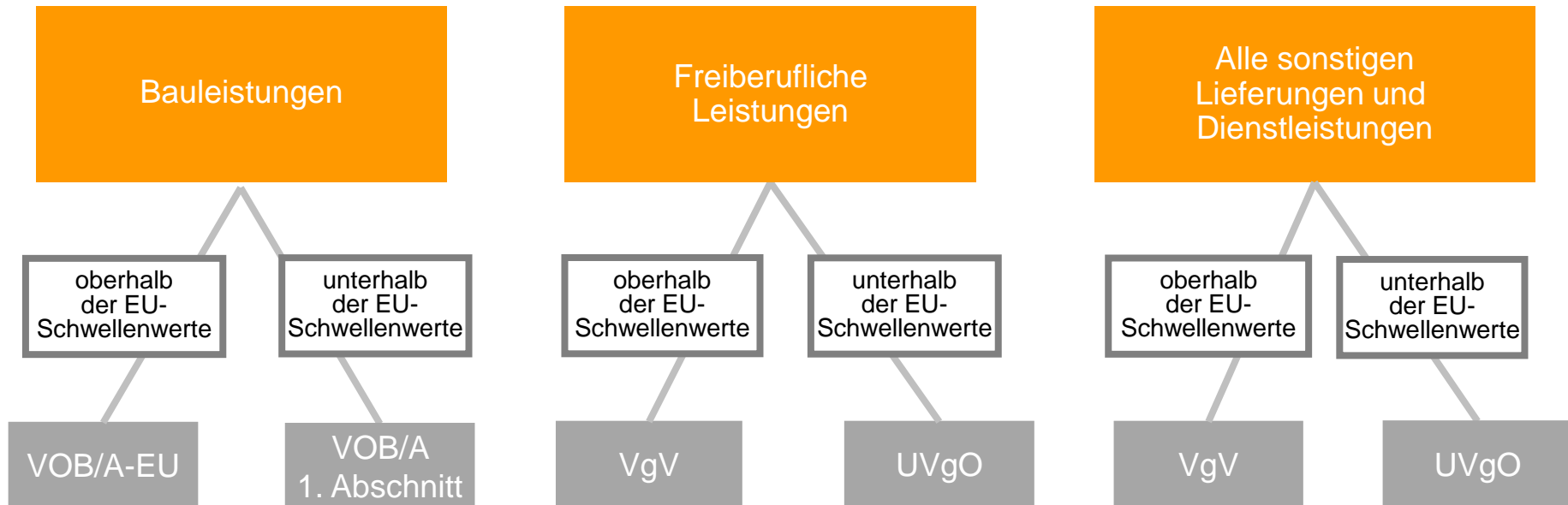
3.2 Verpflichtungen des Zuwendungsempfängers aufgrund des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) die Abschnitte 2 ff. der VOB/A bzw. VOL/A anzuwenden oder weitere Vergabebestimmungen einzuhalten, bleiben unberührt.

(...)“

Praktische Auswirkungen des Vergaberechts



Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 99 GWB - Auftragsarten



im Zusammenhang mit Sektorentätigkeit:

§ 1 SektVO → Sektorenverordnung

Subjektiver Anwendungsbereich des Vergaberechts

Oberhalb der EU-Schwellenwerte
(vgl. § 106 Abs. 1 S 1 GWB)



**Kartellvergabe-
recht**

- §§ 97 ff. GWB
- RL 2014/24
- RL 2014/25
- VgV
- Sektorenverordnung
- Konzessionsverordnung

Unterhalb der EU-Schwellenwerte
(vgl. § 106 Abs. 1 S. 1 GWB)



**Vergaberecht als Teil
des Haushaltsrechts**

- § 55 Bundeshaushaltsordnung
- Verwaltungsrichtlinien
- UVgO
- VOB/A 1. Abschnitt

Allgemeines

Schwellenwerte und Berechnung des Auftragsvolumens

§ 106 II GWB i.V.m. EU-Richtlinien i.V.m. delegierten VO (EU) 2015/2170 (Aufträge) & 2015/2171 & 2015/2172

Schwellenwerte für europaweite Vergaben	
Bauleistungen	5.548.000,- EUR
Liefer- und Dienstleistungen	221.000,- EUR
Liefer- und Dienstleistungen im Sektorenbereich	443.000,- EUR
Liefer- und Dienstleistungen von obersten und oberen Bundesbehörden	144.000,- EUR
Soziale und persönliche Dienstleistungen	750.000,- EUR
Konzessionsvergaben	5.548.000,- EUR

Die wichtigsten Regeln

Optionen

müssen voll
berücksichtigt
werden

Nettopreise
(ohne USt.)

Kein
„Kleinrechnen“
(Umgehungs-
verbot)

Lose
werden
zusammen-
gerechnet

§ 3 Abs. 1
Satz 2 VgV

§ 3 Abs. 1
Satz 1 VgV

§ 3 Abs. 2
Satz 1 VgV

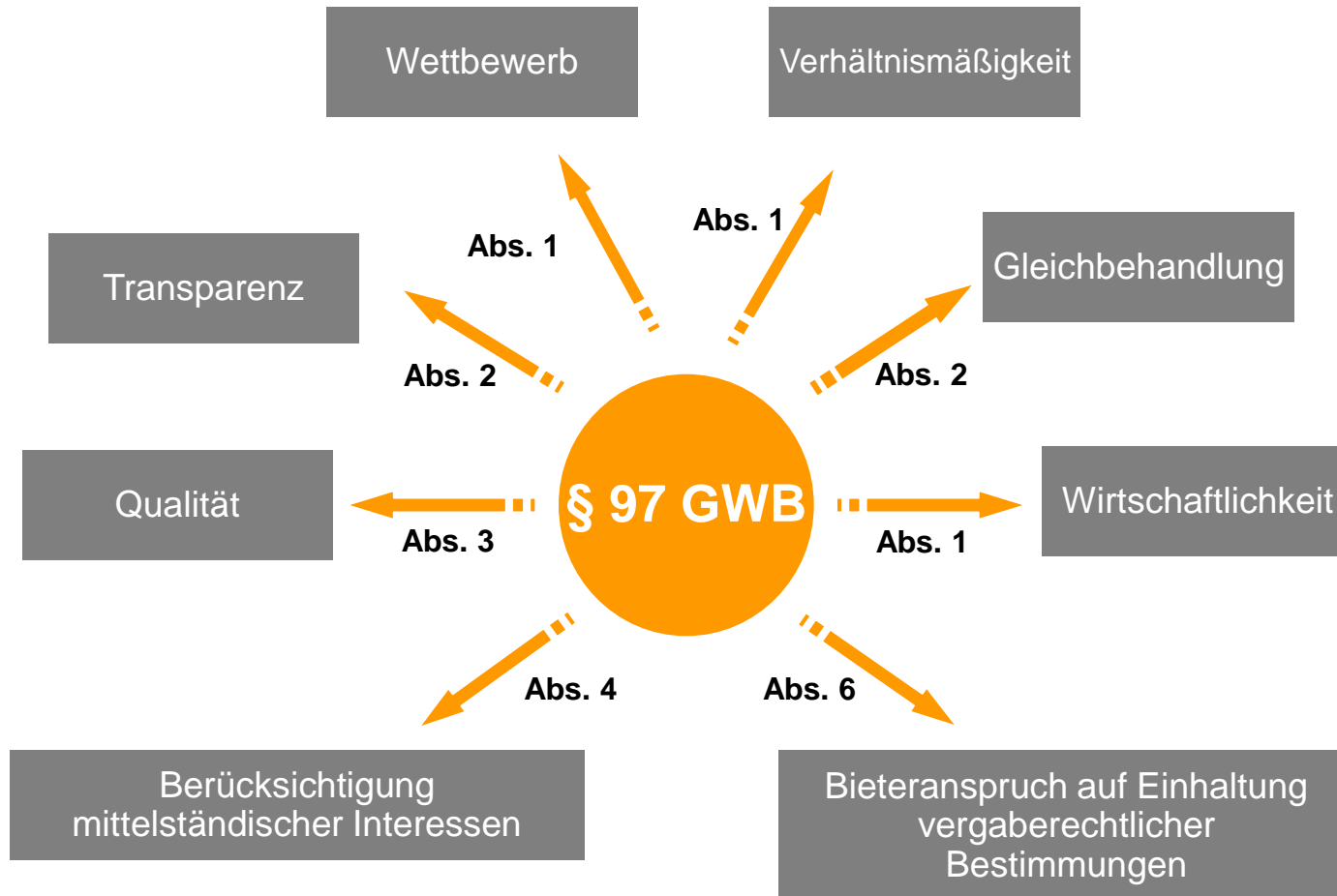
§ 3 Abs. 7
VgV

Schätzung Auftragswert: Sonderfall Freiberufliche Leistungen

- § 3 Abs. 1 VgV – entspricht weitgehend der bisherigen Regelung.
- Freiberufliche Leistungen: Addition von „gleichartigen“ Planungsleistungen; als erstes deutsches Gericht hat das OLG München in dem Beschluss vom 13.03.2017, Verg 15/16 entschieden, dass sämtliche Planungsleistungen für ein Bauvorhaben, also z.B. die Objektplanung, die Tragwerksplanung, die Technische Gebäudeausrüstung etc., für die Bestimmung des Auftragswertes zu addieren sind.
- OLG München...: *Die Planungsleistungen für Tragwerksplanung, die technische Ausrüstung, die thermische Bauphysik und die Objektplanung für ein Verwaltungsgebäude sind zumindest dann als gleichartige Leistungen zu addieren, wenn diese Planungsleistungen - wie im vorliegenden Fall - eine Einheit bilden.*
- BMWi (Begr. zu § 3 Abs. 7 Satz 2 VgV): Für die Gleichartigkeit kommt es auch auf die wirtschaftliche und technische Funktion der Planungsleistungen an.

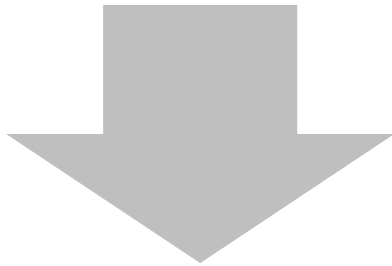
Vertragsverletzungsverfahren (Nr. 2015/4228) gegen BRD
durch KOM eingeleitet, aber eingestellt

Grundsätze des Vergaberechts - § 97 GWB



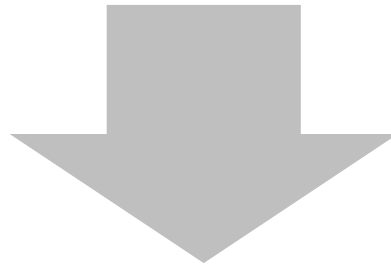
Strategieentscheidungen

Wer – will – was – von – wem – auf welche Weise?



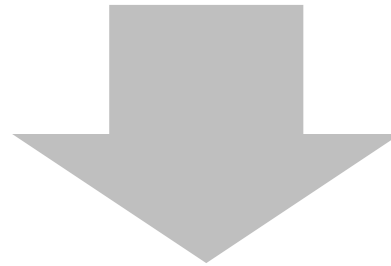
Ausschreibungspflichtig?

- Inhouse
- Interkommunale Zusammenarbeit
- Konzessionen



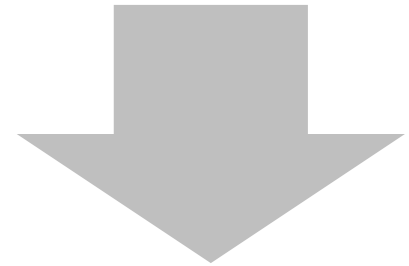
Beschaffungsgegenstand?

- VOB/A
- UVgO/ VgV
- UVgO/ VgV



Marktübersicht?

- Vielzahl an Bietern
- Alleinstellungsmerkmale
- Losweise Vergabe



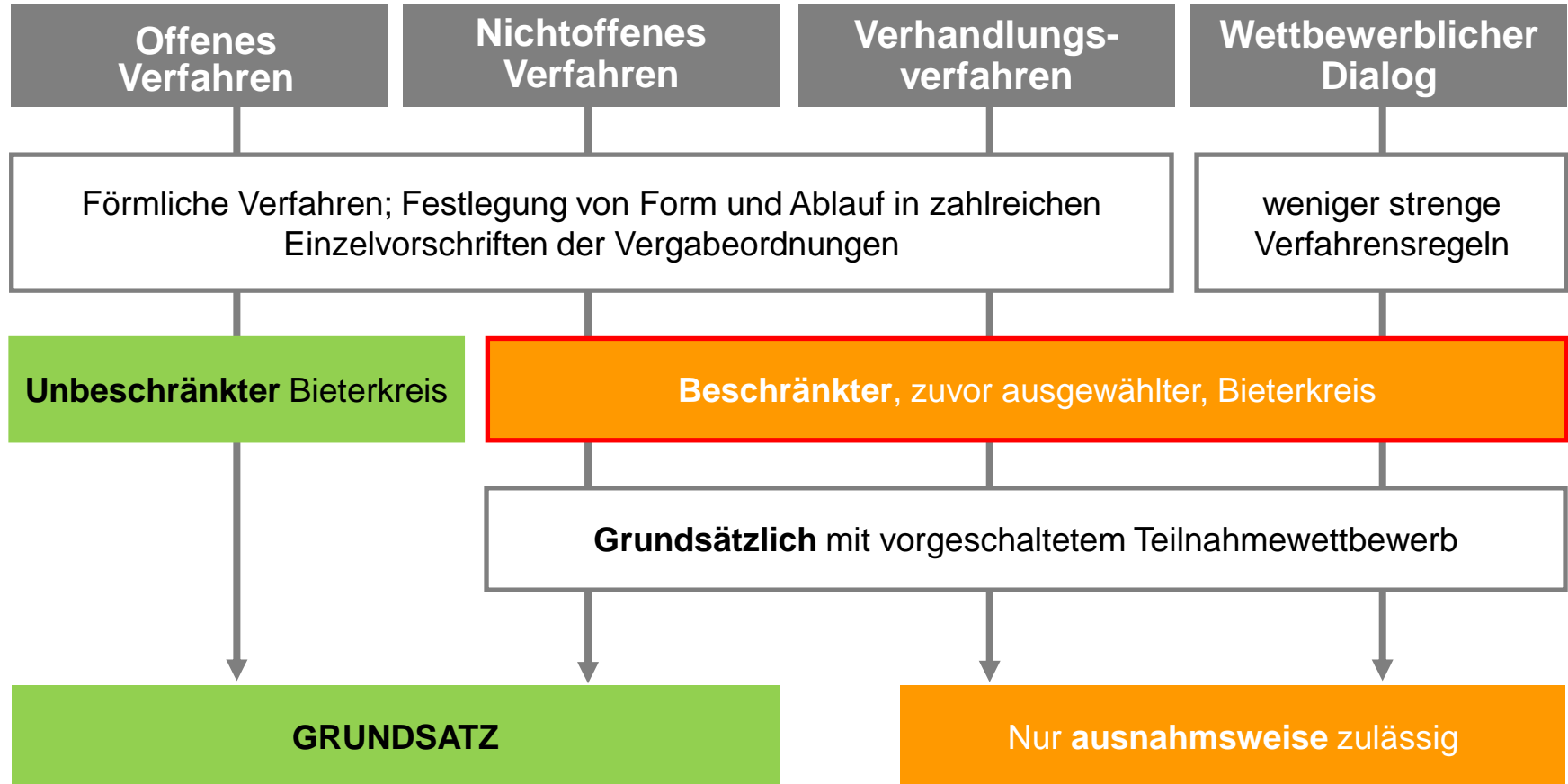
Verfahrenswahl?

- Rahmenvereinbarung
- Verfahrenswahl
- Liefervertrag

Verfahrensarten für nationale und europaweite Ausschreibungen



Arten der Vergabe - Zusammenfassung



Anforderungen

eindeutig

Erschöpfend

ohne
ungewöhnliches
Wagnis

Diskriminierungs-
frei

Grds. sind „**produktscharfe**“
Ausschreibungen verboten



Diskriminierungsverbot, vgl. § 31 Abs. 6 VgV

1

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in der Leistungsbeschreibung **nicht auf eine bestimmte Produktion** oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf **gewerbliche Schutzrechte**, Typen oder einen bestimmten Ursprung **verwiesen werden**, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Solche Verweise sind **ausnahmsweise zulässig, wenn der Auftragsgegenstand anderenfalls nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann**; die Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

2

Auswahl „wirtschaftlichstes Angebot“

§ 58 VgV Zuschlag und Zuschlagskriterien

- (1) Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.
- (2) Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:
 1. die Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des Designs für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,
 2. **die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder**
 1. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen. Der öffentliche Auftraggeber kann auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, so dass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien nach Satz 1 bestimmt wird.

NEU

Rechtsgrundlagen Widerruf / Rückforderung

Voraussetzungen und Rechtsfolgen des Widerrufs

- Begünstigter (Kommune) hat Auflage (zB Vergaberecht anzuwenden) aus Zuwendungsbescheid nicht erfüllt



- **Widerruf** des Zuwendungsbescheids, **auch für die Vergangenheit**
- **Ermessensbindung** durch **Richtlinien** (des Bundes / der Länder / der KOM) **zur Rückforderung** bei Vergabeverstößen
- **Verjährung W-Recht nach 3 Jahren; Beginn ab Kenntnis der Zuwendungsstelle von W-Grund**
- **Anhörung** zu/ **Anfechtungsklage** gegen Widerruf fristgebunden

Leitentscheidungen der Rechtsprechung

EuGH, 21.12.2011 – Rückforderungspflicht aus EU-Recht

*„Hat ein öffentlicher Auftraggeber Zuschüsse des [...] EFRE erhalten und **vergift** dann **entgegen den [...] Vergaberichtlinien öffentliche Aufträge**, so handelt es sich dabei grundsätzlich um Unregelmäßigkeiten [...], die – **ohne dass es einer Ermächtigungsgrundlage im nationalen Recht bedarf** – eine Pflicht der Mitgliedstaaten zur **Rückforderung** der Zuschüsse begründen“*



Rückforderungspflicht betreffend EU-Mittel **unmittelbar aus EU-Recht**, ohne Rückgriff auf Zuwendungsbescheid

Leitentscheidungen der Rechtsprechung

EuGH, 26.05.2016 – Rückforderungspflicht bei Verstoß gegen nationales Vergaberecht, unterhalb der Schwellenwerte

Auch Verstöße gegen nationales Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte

- Dienstleistung: Auditierung 19.410 Euro
- Bauleistung: Straßensanierung 2,82 Mio. Euro

können Widerruf/Rückforderung begründen.

Leitentscheidungen der Rechtsprechung

➤ **BGH, 17.11.2013 – Software Factory**

- Schwere Vergabeverstöße **nicht** Voraussetzung für Rückforderung
- Grundsätzlich **bei jedem Verstoß** (teilweise) Rücknahme und Rückforderung möglich.
- **Besonderheit schwerer Verstoß: Rückforderung die Regel.** Dessen ungeachtet auch bei minderschweren Verstößen zulässig, die Zuschussbeträge (teilweise) zurückzuverlangen.

Leitentscheidungen der Rechtsprechung

- **VGH Mannheim, 28.09.2011**
- **und 17.10.2013 – trimodaler Containerumschlag**

- Rückforderung von Zuwendungen, auch wenn Vergabeverstoß **ohne Auswirkung** auf das Ausschreibungsergebnis
- Zweck der vergaberechtlichen Auflagen nicht nur Wirtschaftlichkeit der Mittelverwendung, sondern auch **Sicherstellung eines transparenten und fairen Bieterwettbewerbs**
- **Unzulässige freihändige Vergabe** ist **regelmäßig** ein **schwerer Vergabeverstoß**, auch nach langjähriger solcher Verwaltungspraxis

Konstitutives Element der europäischen Rechtsordnung ist das Verbot wettbewerbsverzerrender staatlicher Beihilfen (Art. 107 – 109 AEUV)

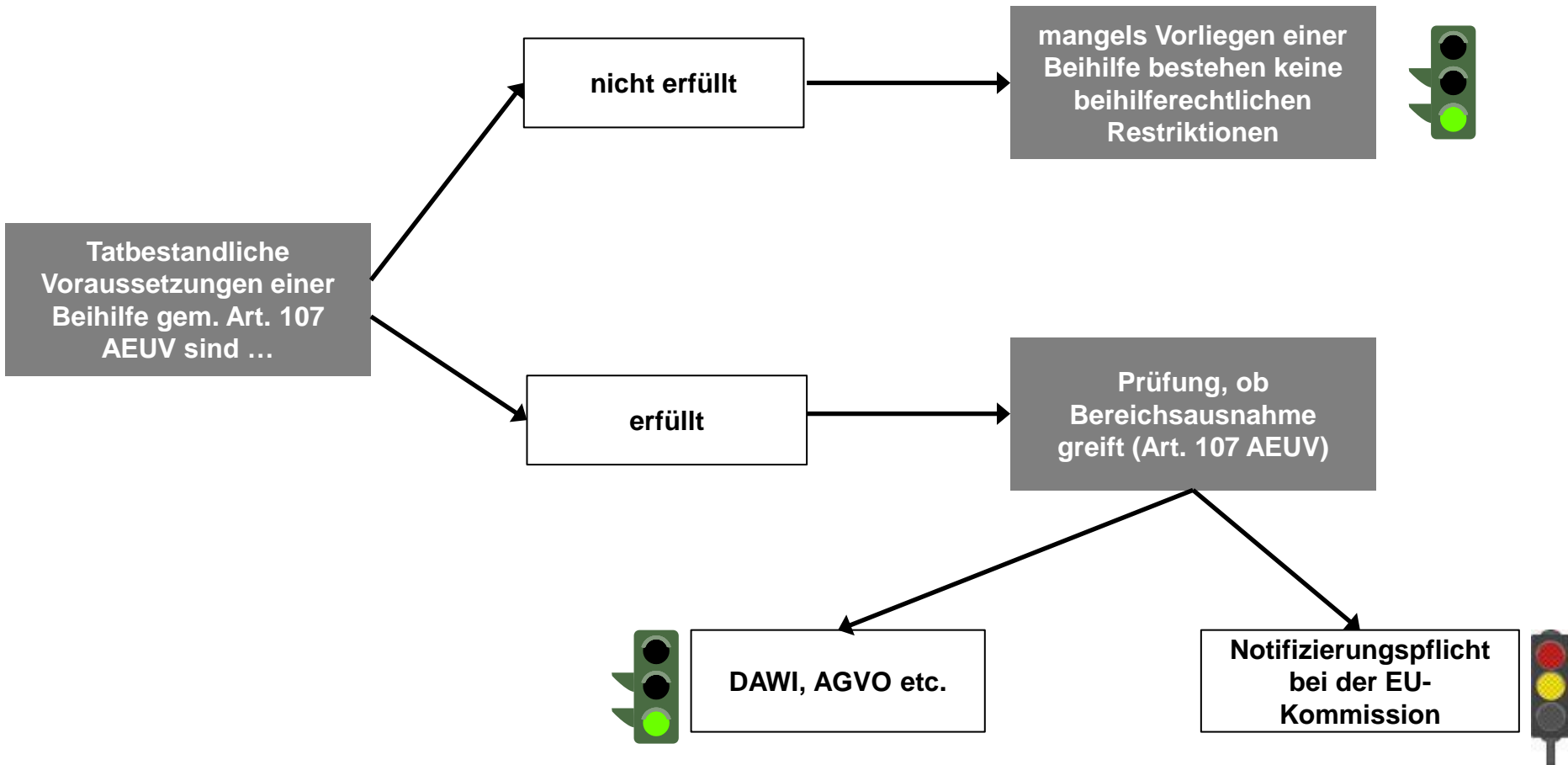


- Art. 107 Abs. 1 AEUV lautet:

Soweit in den Verträgen nicht etwas anderes bestimmt ist, sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen.

- Wesentliche Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 107 bis 109 AEUV
 - Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten
 - Begünstigung
 - aus staatlichen Mitteln
- Ggfls. Freistellung einer etwaigen Beihilfe gem. Art. 109 AEUV über Gruppenfreistellungsverordnung (bspw. AGVO, DAWI-Beschluss)

Beihilferechtliches Prüfungsschema:



Voraussetzung der **De-minimis-VO (VO 1407/2013)**:

- Gesamtsumme der gewährten Beihilfen max. 200 T€ in 3 Steuerjahren
 - Zusammenfassung von „verbundenen Unternehmen“
 - Kumulierungsverbot zu beachten
- Abgabe Eigenerklärung / Erteilung von De-minimis-Bescheinigungen

Fällt nicht in Anwendungsbereich Art. 107 AEUV und damit weder Notifizierung, noch Betrauung/öDA erforderlich

Viel Erfolg bei Ihrem Förderprojekt!



Rechtsanwalt Martin Schumm, LL.M.

Fachanwalt für Vergaberecht

Joseph-Schumpeter-Allee 23

53227 Bonn

Tel.: 0228/ 1843798 - 13

Fax: 0228/ 1843798 - 71

m.schumm@mmv-recht.de