

# Fallstricke bei der Anwendung von Fördermittelvergaberecht 23.09.2022

Tobias Jordan, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht  
Jonas Sommer, Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

# Inhalt:

1. Einführung – Was ist Fördermittelvergaberecht?
2. Wer ist wozu verpflichtet?
3. Was geschieht bei Verstößen?
4. Best Practice – Fallstricke und deren Vermeidung
5. Fallbeispiele aus der Praxis

# 1. Einführung

## 1.1. Ausgangssituation

Fördermittelgeber identifiziert Aufgabe

Fördermittelgeber gewährt einem Dritten eine Zuwendung, damit dieser die Aufgabe in eigenem Namen erfüllt

Interessen Fördermittelgeber und Gesetzgeber:

- Aufgabe soll zuverlässig erfüllt werden
- Aufgabe soll wirtschaftlich erfüllt werden (Förderquote)
- Keine Umgehung des Vergaberechts

# 1. Einführung

## 1.2. Regelungssystematik

Aus Sicht des Fördermittelgebers...

Haushaltsordnung

VV zur Haushaltsordnung

ANBest-P/I/K

Nebenbestimmung zum  
Zuwendungsbescheid

Zuwendungsbescheid

Nr. 3 ANBest-P/I/K  
Fördermittelvergaberecht

Aus Sicht des Förderempfängers...

## 2. Wer ist wozu verpflichtet?

### 2.1. WER ist verpflichtet?

Verpflichteter ist der Empfänger des Zuwendungsbescheids!

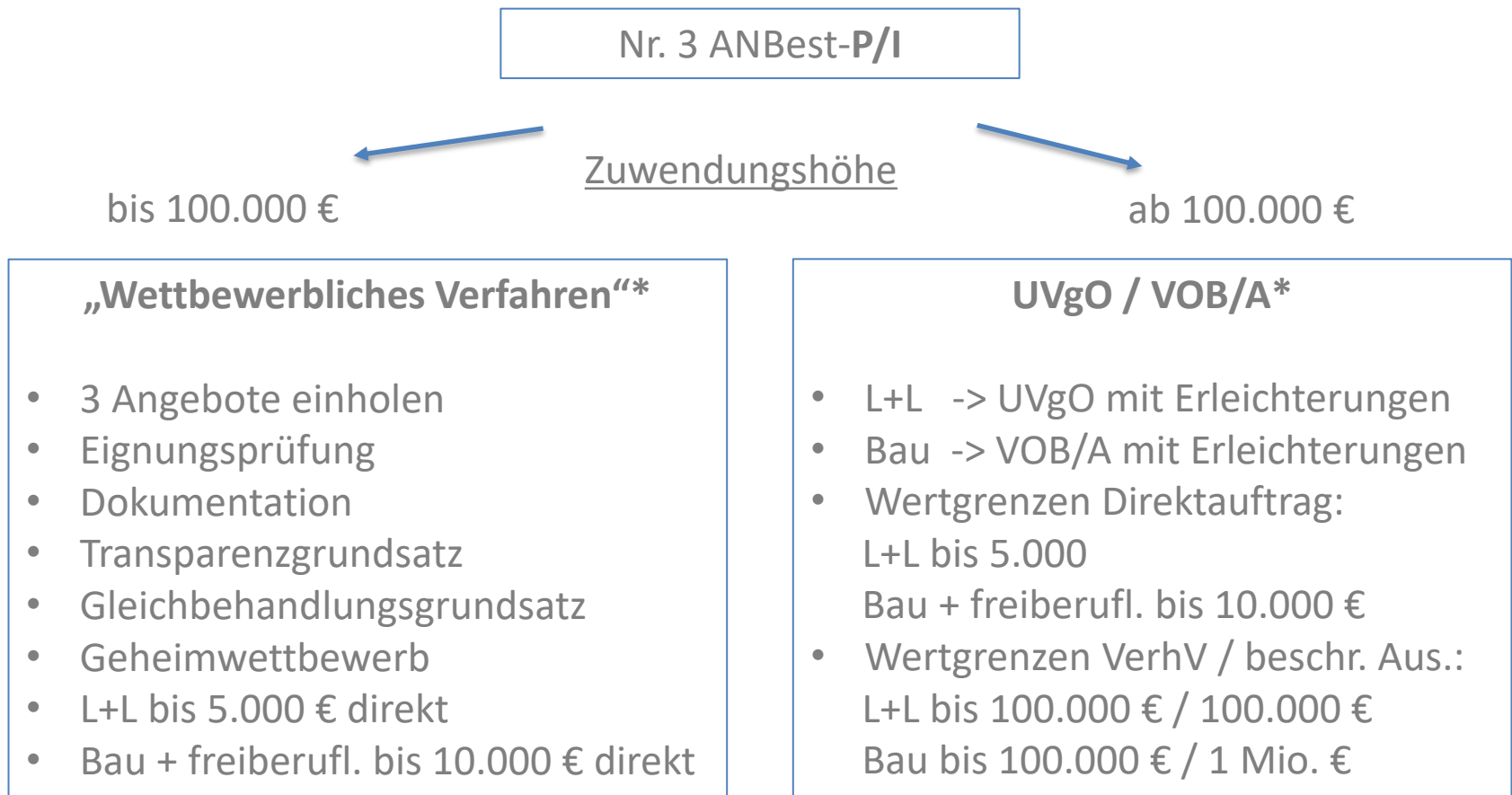
Nicht verpflichtet sind...

- der Berater
- der Projektsteuerer
- sonstige Dienstleister
- Tochterunternehmen

... unabhängig davon, ob der Zuwendungsempfänger ein öffentlicher Auftraggeber ist!

## 2. Wer ist wozu verpflichtet?

### 2.2. WOZU verpflichtet – Private?



\*Auswahl an Voraussetzungen – keine vollständige Aufzählung

## 2. Wer ist wozu verpflichtet?

### 2.2. WOZU verpflichtet – Kommunen – Lieferung + Leistung?

Nr. 3 ANBest-K

← Wahlrecht unabhängig von  
Zuwendungshöhe →

#### „Verfahren nach IMBek“\*

- Eigene Verfahrensarten – entsprechen weitestgehend UVgO
- Eignungsprüfung
- Dokumentation
- Transparenzgrundsatz
- Gleichbehandlungsgrundsatz
- Geheimwettbewerb
- L+L bis 5.000 € direkt
- freiberufl. bis 10.000 € direkt

#### UVgO\*

- Anwendung der UVgO „empfohlen“
- L+L -> UVgO mit Erleichterungen
- Wertgrenzen Direktauftrag:  
L+L bis 5.000  
Bau + freiberufl. bis 10.000 €
- Wertgrenzen VerhV / beschr. Aus.:  
L+L bis 100.000 € / 100.000 €

## 2. Wer ist wozu verpflichtet?

### 2.2. WOZU verpflichtet – Kommunen – Bauleistung?

Nr. 3 ANBest-K

unabhängig von  
Zuwendungshöhe

#### **VOB/A\***

- Anwendung der VOB/A vorgeschrieben
- VOB/A mit Erleichterungen
- Wertgrenzen Direktauftrag:  
Bau bis 10.000 €
- Wertgrenzen VerhV / beschr. Aus.:  
Bau bis 100.000 € / 1. Mio. €



## 2. Wer ist wozu verpflichtet?

### 2.2. WOZU verpflichtet – öAG nach § 97 GWB?

Öffentliche Auftraggeber nach § 97 GWB sind bei Vergabe von Aufträgen über dem Schwellenwert

immer

zur Einhaltung des Kartellvergaberechts verpflichtet!

... unabhängig davon, wie hoch die Zuwendung ist!

## 3. Was geschieht bei Verstößen?

### 3.1. Vergaberechtliche Folgen

- Rüge
- Nachprüfungsverfahren
- Zurückversetzung / Aufhebung

## 3. Was geschieht bei Verstößen?

### 3.2. Fördermittelrechtliche Folgen

Allgemeines Verwaltungsrecht:

- Widerruf des Zuwendungsbescheids
- Rückzahlungsverpflichtung
- Vollstreckung

## 3. Was geschieht bei Verstößen?

### 3.2. Fördermittelrechtliche Folgen

#### Rückforderungsrichtlinie:

#### 1. „Normaler“ Vergabeverstoß

- Jeder Vergabefehler
- Keine Förderung von „feststellbaren vermeidbaren Mehrausgaben wegen Nichtbeachtung oder fehlerhafter Anwendung der Vergabegrundsätze“

#### 2. Schwerer Vergabeverstoß

- Besondere Vergabefehler
- Keine Förderung von Mehrausgaben
- „Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung“

## 3. Was geschieht bei Verstößen?

### 3.2. Fördermittelrechtliche Folgen

Bay. Rückforderungsrichtlinie – schwere Vergabeverstöße:

- a) Direktaufträge, Freihändige Vergaben oder Verhandlungsvergaben ohne die dafür notwendigen vergaberechtlichen Voraussetzungen
- b) ungerechtfertigte Einschränkung des Wettbewerbs sowie Unterlassen einer erforderlichen europaweiten Bekanntmachung
- c) Übergehen oder Ausscheiden des wirtschaftlichsten Angebots durch grob vergaberechtswidrige Wertung
- d) vorsätzliche Verstöße gegen vergaberechtliche Grundsätze:  
Wettbewerb, Transparenz, Wirtschaftlichkeit, Nichtdiskriminierung
- e) unzulässige Vergabe an einen Generalübernehmer
- f) fehlender/fehlerhafte Dokumentation, so dass Ordnungsgemäßheit des Vergabeverfahrens nicht nachgewiesen werden kann

## 4. Best Practice – Fallstricke und deren Vermeidung

### Typische Ausgangssituation:

- Auftraggeber möchte bei einer Beschaffung von einem Förderprogramm profitieren
- Förderprogramm enthält keine oder nur rudimentäre Vorgaben hinsichtlich des einzuhaltenden Vergaberechts
- Der Fördermittelbescheid liegt noch nicht vor.
- Es ist (noch) nicht ganz klar, welches Volumen die Beschaffung haben wird
- Beschaffung sollte bestenfalls letzte Woche durchgeführt werden...

## 4. Best Practice – Fallstricke und deren Vermeidung

### Fallstrick:

- Vorzeitiger Maßnahmebeginn  
Verstoß gegen Art. 23 BayHO: "Zuwendung nicht erforderlich"  
Kein Vertragsabschluss vor Erteilung des Fördermittelbescheids  
(VGH Bayern, Urt. v. 06.12.2016 - 22 ZB 16.2037)

### Vermeidung:

- Fördermittelbescheid abwarten oder
- Antrag auf vorzeitigem Maßnahmebeginn (auch nachträglich möglich?)

### Bei Verstoß:

- Möglicherweise nur einige abgrenzbare Teile (Lose) der Ausschreibung betroffen (Aufhebung der Ausschreibung, Vertrags-Kündigung, § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB iVm § 132 GWB – wesentliche Änderung)
- Höhe: Ermessen bei der Rücknahme des Fördermittelbescheides

## 4. Best Practice – Fallstricke und deren Vermeidung

### Fallstrick:

- Fehlende/Unzureichende Auftragswertschätzung

### Vermeidung:

- Schätzung anhand von Kennzahlen
- Unverbindl. Marktabfrage
- Großzügige Schätzung, im Zweifel Überschwellenausschreibung



## 4. Best Practice – Fallstricke und deren Vermeidung

### Fallstrick:

- Falsches Vergabeverfahren

### Vermeidung:

- Sicheres (=in jedem Fall zulässiges) Verfahren
- Dokumentation in Vergabeakte, falls abweichende Verfahrenswahl
- Vorherige Abstimmung mit der Fördermittelstelle

## 5. Fallbeispiele aus der Praxis

### Fall:

- Schulzweckverband, Schulsanierung, Planervergabe unterschwellig, Voruntersuchungen mit Asbestfund (akute Gesundheitsgefahr)
- Sanierung wird zu Generalsanierung, Architektenleistung wird überschwellig
- Bauleistung nach FAG gefördert, Planerleistung nicht
- (Fall aus der Zeit vor der Geltung des § 132 GWB – Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit)

## 5. Fallbeispiele aus der Praxis

### Fazit:

- Wesentliche Auftragsänderung führt zu Neuausschreibungspflicht ( § 132 Abs. 1 S. 1 GWB)
- Hier aber: Gefahr im Verzug: Wettbewerbsfrei Auftragsänderung ( § 132 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 GWB): Gesamtcharakter des Auftrags unverändert? – Wohl nicht + Erhöhung über 50 %-Schwelle ( § 132 Abs. 2 S. 2 GWB)
- Lösung: Wettbewerbsfreie Notvergabe ( § 14 Abs. 4 Nr. 3 VgV: dringliche, zwingende Gründe, nicht vorhersehbar)?
- Abstimmung mit Fördermittelbehörde erforderlich! – Hier unterlassen, deshalb Verlust der Förderung auf Planerverträge.

## 5. Fallbeispiele aus der Praxis

### Fall:

- Kreisangehörige Stadt, „einfache“ Rathaussanierung, Planerleistungen nur zum Teil EU-weit ausgeschrieben
- Aus „einfacher Sanierung“ von Büroflächen wird auf Grund denkmalschützerischer Befunde die Errichtung eines Kultur- und Begegnungszentrums („Denkmal nationalen Ranges“)
- Umbau- und Planungskosten vervielfacht
- Zusätzliche EU-Förderkulisse

## 5. Fallbeispiele aus der Praxis

### Fazit:

- „Bayerische Rechtslage“: Keine Addition der Auftragswerte der verschiedenen Planerleistungen bei „**durchschnittlicher Komplexität**“, VK Nordbay., B. v. 09.05.2018 – RMF-SG21-3194-3-10)
- Bei Einbeziehung von EU-Fördermitteln:  
**Funktionale Betrachtung** = in der Regel Addition aller Auftragswerte der Planerleistungen (EuGH, Urt. v. 15. 3. 2012 – C-574/10 - Autalhalle N.)
- Um EU-Fördermittel zu sichern waren Planerleistungen neu und europaweit auszuschreiben

## 5. Fallbeispiele aus der Praxis

### Fall:

- Stiftung des kirchlichen Rechts und Trägerin einer Schule
- Ausschreibung von Tablets im Förderprogramm Digitalpakt
- „Model XY oder vergleichbar“

### Fazit:

- Keine produktneutrale Ausschreibung, sondern Vorgabe eines Leitfabrikates = Schwerer Vergabeverstoß (Widerruf Förderbescheid, Rückforderung der Fördermittel)
- Vermeidung durch Begründung in Vergabeakte (Warum dieses Produkt?), auch nachträglich zulässig (Heilung, BGH, B. v. 08.02.2011, X ZB 4/10)

## 5. Fallbeispiele aus der Praxis

### Fall:

- Kommunal getragene Bildungseinrichtung in Rechtsform eines e.V.
- Nachträgliche Auftragsänderung (Sitze mit Lederbezügen durch Stoffbezüge ersetzt, Tische rund statt eckig)
- Keine hinreichende Dokumentation

### Fazit:

- Wettbewerbsfreie Auftragsänderung ( § 132 Abs. 3 GWB)? – Änderung des „Gesamtcharakters des Auftrags“? = Grundlegende Änderung des Auftrags? – Wohl nicht, Frage des Einzelfalls.
- Dokumentation nachholbar.

# Kontakt

Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung!

## **Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB**

Im Sebalder Pfarrhof  
Füll 1  
90403 Nürnberg

Telefon: 0911 255865-0  
Telefax: 0911 255865-29

E-Mail: [info@buehner-rae.de](mailto:info@buehner-rae.de)  
Internet: [www.buehner-rae.de](http://www.buehner-rae.de)

