

## **Ermessensleitlinie der NBank bei Verstößen gegen das Vergaberecht durch einen Zuwendungsempfänger**

Vorbemerkung:

Zuwendungsempfänger werden in der NBank durch die Regelungen des Zuwendungsbescheides und den beigefügten Allgemeinen Nebenbestimmungen zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet. So haben die Zuwendungsempfänger den Abschnitt 1 der VOL/A und VOB/A zu beachten. Sofern diese auch öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sind, besteht zudem die Pflicht zur Anwendung der Regelungen für Vergabe oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Die Verpflichtung, vergaberechtliche Bestimmungen einzuhalten, erfolgt mittels einer verwaltungsrechtlichen Auflage im Rahmen des Zuwendungsbescheides. Die Nichtbeachtung bzw. die fehlerhafte Anwendung des Vergaberechts stellt folglich einen Auflagenverstoß dar. Ein solcher berechtigt nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG grundsätzlich zum Widerruf des Zuwendungsbescheides.

Das der NBank eingeräumte Ermessen ist in Einklang mit dem Zweck der Grundnorm auszuüben. Bezogen auf einen Widerruf nach § 49 Abs. 3 Nr. 2 VwVfG ist der Normzweck darin zu sehen, die wirtschaftliche und haushaltsgerechte Verwendung von Haushaltsmitteln, die die Landeshaushaltsordnung verlangt, zu gewährleisten und Verstöße gegen Auflagen zu sanktionieren.

Das BVerwG hat den Ermessensspielraum bei Zuwendungen deutlich eingeschränkt. Der Grundsatz sparsamer und wirtschaftlicher Haushaltsführung gebietet in der Regel, dass bei Vorliegen von Widerrufsgründen auch tatsächlich widerrufen wird. Das Ermessen wird so zu einem intendierten Ermessen (NZBau 2/2009, S. 98-102).

Die Frage, ob der vermeintliche Verstoß gegen vergaberechtliche Auflagen zu einer unnötigen Mehrausgabe von öffentlichen Mitteln geführt hat, wird nicht mehr erörtert. Im Ergebnis führt danach ein Verstoß gegen vergaberechtliche Auflagen, z.B. Wahl der falschen Verfahrensart, ohne weiteres zu der Vermutung, dass die Fördergelder nicht wirtschaftlich eingesetzt wurden. Diese Vermutung verdichtet das behördliche Ermessen und führt danach zumindest zu einer jedenfalls teilweisen Rückforderung der Fördergelder.

Die Bewilligungsbehörde braucht also nicht nachzuweisen, dass der Zuwendungsempfänger im konkreten Fall des Vergaberechtsverstoßes unwirtschaftlich gehandelt hat. Dies ergibt sich daraus, dass die Verweisung der Auflagen auf die Vergabe- und Vertragsordnungen unbeding und ausnahmslos ist. Die wirtschaftliche Relevanz eines Verstoßes ist, wenn überhaupt, nur in hypothetischen Kategorien feststellbar.

Ob ein Vergaberechtsverstoß zu einem vollständigen Widerruf des Zuwendungsbescheides führt, ist damit jedoch noch nicht beantwortet. Bei der Ausübung des Ermessens ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass der Zuwendungsempfänger ein Projekt im Interesse des Landes Niedersachsen durchgeführt hat und dieses in jedem Fall Ausgaben verursacht hätte. Auch die Durchführung eines formal korrekten Vergabeverfahrens hätte nicht zu einer kostenlosen Durchführung eines Projektes geführt.

Der Landesrechnungshof hat in seinem Rechnungsbericht für das Haushaltsjahr 1998 vom 10.05.2000 festgehalten, dass er bei einem schwerwiegenden Verstoß gegen das Vergaberecht eine pauschale Kürzung von 20 % bis 25 % oder einen Ausschluss des betroffenen Teilloses von der Förderung für angemessen hält. Der Landesrechnungshof

verweist dabei auf eine entsprechende Erlasslage in den Ländern Bayern und Nordrhein-Westfalen hin.

Dem Präventions- und Sanktionsgedanken eines Widerrufs würde mit einem solchen Vorgehen auch genügt.

In Anbetracht der zunehmenden Bedeutung des Vergaberechts im Rahmen der durchzuführenden Prüfungen (u.a. Handbuch der Verwaltungsbehörde zur Strukturfondsperiode) und dem Gebot einer einheitlichen Verwaltungspraxis in der NBank ist es geboten, einheitliche Leitlinien im Umgang mit Vergaberechtsverstößen in der NBank festzuschreiben.

Ermessensleitlinie:

1.

Liegt ein schwerer Verstoß gegen die VOB/A und VOL/A vor, ist grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheides und die Neufestsetzung der Zuwendung angezeigt. Dabei ist davon auszugehen, dass im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung das öffentliche Interesse an einem Widerruf überwiegt.

Im Interesse eines einheitlichen Vorgehens innerhalb der NBank und zur gebotenen Gleichbehandlung der Zuwendungsempfänger sind bei schweren Verstößen gegen die VOB/A und VOL/A im Regelfall förderrechtliche Konsequenzen dergestalt zu ziehen, dass die Ausgaben für die jeweils betroffene Auftragseinheit (z.B. Teillos oder Fachlos), bei der der Verstoß ermittelt wurde, von der Förderung ausgeschlossen werden.

Würde die Anwendung dieses Grundsatzes zu einem völligen Widerruf oder sehr weitgehenden Förderausschluss für die Gesamtmaßnahme führen, kann der Kürzungsbetrag auf 25 % der Gesamtzuwendung beschränkt werden. Es handelt sich hierbei um einen Rahmen, der bei Vorliegen besonderer Gründe sowohl über- als auch unterschritten werden kann.

2.

Ein vollständiger Widerruf des Zuwendungsbescheides ist zwingend dann vorzunehmen, wenn der Zuwendungsempfänger einen schweren Verstoß gegen die VOB/A bzw. VOL/A **vorsätzlich** begangen hat.

3.

Als schwere Verstöße gegen die VOB/A und VOL/A kommen insbesondere folgende Tatbestände in Betracht:

a)

Verstoß gegen die Vergabeart, ohne Vorliegen der in den Vergabe- und Vertragsordnungen vorgesehenen Sachgründe

b)

Fehlende eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung

c)

Bevorzugung des Angebots eines regionalen Anbieters gegenüber dem wirtschaftlichsten Angebot

d)

Ausscheiden oder teilweises Ausscheiden des wirtschaftlichsten Angebots

- aus sonstigen vergabefremden Erwägungen,
- durch nachträgliche Verhandlungen über Angebote oder Preise
- durch nachträgliche Herausnahme von Leistungen aus den Angeboten
- durch Zulassung eines Angebotes welches nach der VOB/A bzw. VOL/A auszuschließen gewesen wäre
- durch fehlende oder mangelnde Wertung von zugelassenen Nebenangeboten
- durch die nachträgliche Losaufteilung

e)

Nach der VOB/A und VOL/A unzulässige Beschränkung des Wettbewerbs/Bieterkreises

f)

Vergabe von Bauleistungen an einen Generalübernehmer (der faktisch an die Stelle des Auftraggebers tritt), wenn die Wirtschaftlichkeit nicht nachweisbar ist

g)

Vergabe von Leistungen an einen Generalunternehmer (Alleinunternehmer gegenüber dem Auftraggeber), wenn die Wirtschaftlichkeit der Gesamtleistung nicht nachweisbar ist

h)

Gänzlichliches Fehlen von Vergabeunterlagen gilt als schwerwiegender Verstoß, soweit der Zuwendungsempfänger die wesentlichen Schritte des Vergabeverfahrens nicht anderweitig nachvollziehbar machen kann.

Bei Vorliegen dieser Sachverhalte ist im Regelfall, soweit nicht Umstände des Einzelfalls eine mildere Beurteilung erfordern, förderrechtlich nach Maßgabe der Ziffer 1 zu verfahren. Sofern vorstehende Verstöße vorsätzlich begangen worden sind, ist nach Maßgabe der Ziffer 2 zu verfahren

4.

Die obigen Regelungen sind bei Verstößen gegen die VOF entsprechend anzuwenden, sofern der Zuwendungsempfänger zu deren Anwendung verpflichtet ist.