

Ermessensleitende Leitlinie der EFRE-Verwaltungsbehörde nach Feststellung von Verstößen gegen die zuwendungsrechtliche Auflage zur Anwendung des Vergaberechts

1 Anlass

- 1.1 Gesetzliche Vorschriften und gegebenenfalls Auflagen im Zuwendungsbescheid erfordern von der oder dem Begünstigten in vielen Fällen die Anwendung des Vergaberechtes. Die Anwendung des Vergaberechtes ist oft fehleranfällig. Dies gilt insbesondere dann, wenn die zur Einhaltung des Vergaberechtes Verpflichteten nur kraft Auflage in einem Zuwendungsbescheid der vergaberechtlichen Rechtspflicht unterliegen.
- 1.2 Mit nachfolgenden ermessensleitenden Leitlinien wird den die Verwendungsnachweise prüfenden Stellen eine Handreichung geboten, wie sie bei einem Verstoß gegen die Pflicht zur korrekten Anwendung des Vergaberechtes ihr Ermessen vor einer Rückforderung ausüben können.

2 Geltungsbereich

- 2.1 Die nachfolgenden Leitlinien gelten nur, wenn das Vergaberecht aufgrund gesetzlicher Vorschriften oder institutioneller Förderung nach dem diesbezüglichen Zuwendungsbescheid angewendet werden muss.
- 2.2 Im Unterschwellenbereich sind die Kommunen bei Bauleistungen über § 31 der Gemeindehaushaltsverordnung (GemHVO) hinaus durch die Verwaltungsvorschrift des Innenministeriums über die Vergabe von Aufträgen im kommunalen Bereich) an die Verfahren der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A gebunden. Für die Vergabe der übrigen Leistungen im Unterschwellenbereich sind die Vergabegrundsätze nach § 31 GemHVO die gesetzliche Grundlage. Diese Leitlinien gelten daher für die Vergabe aller Leistungen im Unterschwellenbereich

durch Kommunen, soweit die Kommunen die Vergabegrundsätze nach § 31 GemHVO einzuhalten haben.

3 Folge von Vergabeverstößen

3.1 Verstöße formaler Art und ohne tatsächliche oder potenzielle finanzielle Auswirkungen

Ist der Verstoß gegen die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe lediglich formaler Art und ohne tatsächliche oder potentielle finanzielle Auswirkungen, ist eine Kürzung der förderfähigen Ausgaben nicht gerechtfertigt.

3.2 Auftragsvergaben bis zur Direktauftragsgrenze

3.2.1 Nummer 8.7 VwV Beschaffung erlaubt bis zu einer Bagatellgrenze von 5 000 Euro einen Direktauftrag für Liefer- und Dienstleistungen im Rahmen des Anwendungsbereichs der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge. Im Rahmen der Corona-Pandemie wurde die Direktauftragsgrenze vorübergehend angehoben und weitere Erleichterungen eingeführt. Auf eine interne Übersicht im EFRE-Intranet (Rubrik EFRE 2021-2027 - EFRE Verwaltungs- und Kontrollsystem (VKS) - Auslegung und Vermerke) zu den jeweils geltenden Wertgrenzen wird verwiesen.

3.2.2 Die Bagatellgrenze 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. Diese Abwägung der Kosten und des Nutzens gilt entsprechend auch für Aufträge vor Inkrafttreten der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge am 1. Oktober 2018. Sie gilt auch für Bauaufträge nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, da auch hier eine wirtschaftliche und sparsame Haushaltsführung gegen die Durchführung eines aufwändigen

Vergabeverfahrens abgewogen werden muss. Im Rahmen des Zuwendungsrechts findet eine Prüfung der Einhaltung des Vergaberechts bei allen Aufträgen unter der jeweils zeitlich und sachlich geltenden Grenze für Direktbeauftragungen daher nicht statt.

3.3 Aufträge mit geringer wirtschaftlicher Bedeutung

3.1 Bei Aufträgen, deren Wert oberhalb der Direktauftragsgrenze und unterhalb von 20 000 Euro liegt beschränkt sich das Interesse der Durchführung eines Vergabeverfahrens im Rahmen des Zuwendungsrechts auf die wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Fördermittel. Dies wird auch durch die Faustregel nach Nummer 12.2.3.1 VwV Beschaffung gestützt, nach der bei einem Auftragswert von bis zu 10 Prozent des EU-Schwellenwertes nicht von einer Binnenmarktrelevanz auszugehen ist.

3.2 Diese Voraussetzungen gelten entsprechend für Bauleistungen nach Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A Abschnitt 1, da die Interessenslage des Wettbewerbs hier parallel verläuft. Erklärt die Zuwendungsempfängerin oder der Zuwendungsempfänger, dass der Auftrag wirtschaftlich und sparsam abgewickelt wurde und kann sie oder er dies auch belegen, so kann ein Verstoß gegen das Gebot eines förmlichen Vergabeverfahrens ohne Konsequenzen bleiben, da dem wesentlichen Interesse an Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit genüge getan ist.

3.4 Auftragsvergabe bis zum EU-Schwellenwert

3.4.1 Dienst- und Lieferleistungen sowie Bauleistungen

3.4.1.1 Die Grundsätze des Vergaberechts sind Transparenz, Wettbewerbsneutralität und Nichtdiskriminierung, Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Mit dem Zuwendungsbescheid ergeht die Auflage, oberhalb der niedrigsten nationalen Wertgrenze, aber unterhalb des EU-Schwellenwerts nachzuweisen, dass

- entweder das Vergabeverfahren vollständig durchgeführt wurde, oder
- wenigstens die Satz 1 genannten Grundsätze des Vergaberechts eingehalten wurden.

3.4.1.2 Wird der Nachweis nicht erbracht, sollen bei Verstößen gegen die Auflage zur Einhaltung des Vergaberechts je nach Schwere des Verstoßes bis zu 25 Prozent der Ausgaben, die auf die Gewerke oder Lose mit Vergabeverstößen entfallen, gekürzt werden. Der Schwere des Verstoßes ist in der Festsetzung des jeweiligen Kürzungssatzes nach ordnungsgemäßem Ermessen Rechnung zu tragen. Eine Kürzung bis 25 Prozent gilt unabhängig davon, ob der Auftrag Binnenmarktrelevanz hat. Zuwendungsrechtlich ist es nicht geboten, stärker zu sanktionieren als bei vergleichbaren Vergabemängeln ohne Binnenmarktrelevanz des Auftrags.

3.4.1.3 Bei Fehlern in einem Vergabeverfahren, das zugleich den Nachweis erbringen soll, dass in dem jeweiligen Auftrag keine Beihilfe enthalten ist, kann der Nachweis der Marktkonformität nach den Methoden des Vermerkes „Bestimmung eines Marktwertes unter den Regelungen des Beihilferechts“ vom 25. Juni 2020 (Az.: 40-8438.62 A), bereitgestellt im EFRE-Intranet (Rubrik EFRE 2021-2027 - EFRE Verwaltungs- und Kontrollsystem (VKS) - Auslegungen und Vermerke), erbracht werden. Soweit es der Zuwendungsempfängerin oder dem Zuwendungsempfänger nicht gelingt, die Marktkonformität des vereinbarten Preises nachzuweisen, ist entsprechend mit bis zu 25 Prozent Kürzung der Ausgaben, die auf die Gewerke oder Lose mit Vergabeverstößen entfallen, zu sanktionieren.

3.4.2 Leistungen, die im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit oder in Konkurrenz zu freiberuflich Tätigen erbracht werden

Vergaberechtliche Vorgaben beschränken sich bei freiberuflichen Leistungen nach Nummer 8.8 VwV Beschaffung in Verbindung mit § 55 LHO

auf die Aufforderung zum Wettbewerb. Für kommunale Auftraggebende gilt das Gemeindegewirtschaftsrecht von Baden-Württemberg. Da entsprechende Verfahrensregelungen fehlen, gilt für Leistungen unterhalb des EU-Schwellenwertes, die im Rahmen freiberuflicher Tätigkeit erbracht werden oder erbracht werden können, dass ein Nachweis darüber erbracht werden muss, warum der Auftrag in der durchgeführten Art vergeben werden konnte und wie der Aufforderung zum Wettbewerb nachgekommen wurde. Im Bereich der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge geschieht dies regelmäßig durch Markterkundung oder die Einholung von Angeboten. Damit gilt gleichzeitig der Nachweis der wirtschaftlichen und sparsamen Verwendung der Zuwendung als erbracht. Kommt nach Wertung der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers nur ein Angebot in Frage, weil nur dieses allein die Bewertungskriterien vollständig erfüllt und sind mithin alle anderen ungeeignet, ist die Auswahl des einzigen geeigneten Angebots stets wirtschaftlich und sparsam, da notwendig.

3.5 Auftragsvergaben ab dem EU-Schwellenwert

Oberhalb der EU-Schwellenwerte sollen Zuwendungen, auf die sich die Vergabeverstöße beziehen, um fünf bis 100 Prozent gekürzt werden, wenn ein Verstoß gegen vergaberechtliche Grundsätze vorliegt. Zur Orientierung wird auf die Leitlinien nach dem Beschluss der EU-Kommission vom 14. Mai 2019 zur Festlegung der Leitlinien für die Festsetzung von Finanzkorrekturen, die bei Verstößen gegen die Vorschriften für die Vergabe öffentlicher Aufträge auf von der Union finanzierte Ausgaben anzuwenden sind (C (2019) 3452 final) verwiesen, die für die Kürzung einzelner fehlerhaft vergebener Gewerke oder Lose herangezogen werden können. In jedem Fall muss nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs die Natur und Schwere des Rechtsverstößes und seine finanziellen Auswirkungen gesamthaft betrachtet werden, bevor der Verstoß sanktioniert wird. Ein Verweis auf den Beschluss ersetzt nicht die individuelle Ermessensausübung.

3.6 Missbrauchsklausel

Die in dieser Ermessensleitlinie genannten Werte, bis zu denen Vergabefehler von dem Zuwendungsgeber nicht mit zuwendungsrechtlichen Konsequenzen geahndet werden, gelten nur, wenn nicht erkennbar ist, dass die Auftraggeberin oder der Auftraggeber durch künstliche Spaltung eines Projekts in Kleinst- und Kleinaufträge versucht hat, missbräuchlich die Vergaberegeln zu umgehen. Soweit sich der Verdacht einer missbräuchlichen Umgehung der Vergaberegeln dem Zuwendungsgeber objektiv aufdrängt, sind die offensichtlich missbräuchlich gesplitteten Auftragswerte zu addieren und dann der oben genannten Wertbeurteilung zu unterziehen und gegebenenfalls zu prüfen, ob ein Betrugsverdacht im Sinne des Strafgesetzbuchs vorliegen kann.