

Modul Vergaberecht

Ein Leit(d)faden zur Umschiffung rechtlicher Klippen

Handwerkszeug für LEADER-Regionalmanagements
dvs-Schulung Dezember 2023 in Neudietendorf

Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums
Hier investiert Europa in die ländlichen Gebiete



- **Frank Wolter – 55 Jahre alt, verheiratet, ein Sohn**
- **Jurist**
- **Schwerpunkt Seminare & Beratungen im Bereich Vergaberecht & Verwaltungskontrolle auf Bundes- und Landesebene**
- **Lehraufträge für Europarecht, Vergaberecht sowie Fördermittel- und Beihilfenrecht an verschiedenen Fachhochschulen**

- **Einführung und Grundlagen**
 - **Rolle des Regionalmanagements im Kontext des Vergaberechts**
 - **Verknüpfung von Zuwendungs- und Vergaberecht**
 - **Übersicht zum vergaberechtlichen Normengefüge im Ober- und Unterschwellen-Bereich**

- **Verfahrensrechtliche Einordnung**
 - **Zuwendungsbescheide und ihre Auflagen und Nebenbestimmungen**
 - **Öffentliche Auftraggeber und Privatpersonen im Kontext von öffentlichen Zuwendungen**

- **Förmliche Vergabeverfahren durch Öffentliche Auftraggeber und Privatpersonen mit Auflage zur (teilweisen) Anwendung des Vergaberechts**
- **Wettbewerbliche Auflage zur Einholung von Angeboten („Vergaberecht light“)**
- **Wettbewerbliche Auflage zur Möglichkeit der Erteilung von Direktaufträgen („Haushaltsrecht-Lösung“)**



... ich habe die Regeln
nicht gemacht, sondern
berichte nur darüber 😊

Einführung und Grundlagen

- **Welche Rolle spielt das Regionalmanagement im Zusammenhang mit Zuwendungen & und der Einhaltung des Vergaberechts ?!?**

- **Basis bildet höherwertiges Europarecht**
 - **Wettbewerb im gemeinsamen Binnenmarkt**
 - **Verknüpfung verschiedener Politik- und Rechtsfelder (Kohäsionspolitik & Fördermittelrecht – Beihilfenrecht – Vergaberecht)**

- **Nationale Umsetzung via Zuwendungsrecht**
 - **Zuwendungsbescheide mit Auflagen und Nebenbestimmungen zu wettbewerblichen oder vergaberechtlichen Anwendungspflichten**
 - **Exkurs zu Wertigkeiten von Rechtsregeln**

- **Verwaltungskontrolle in Bezug auf die Einhaltung der Auflagen und Nebenbestimmungen**
 - **Insbesondere im Kontext von EU-Förderung sehr dezidiert geregeltes Kontrollsystem mit Zusammenspiel zwischen nationalen Ebenen und der EU-Ebene**

- **Verwaltungskontrolle in Bezug auf die Einhaltung der Auflagen und Nebenbestimmungen**
 - **Bei Fehlern ggf. Korrektur der Förderung anhand der Finanzkorrekturen-Leitlinie der Kommission**
 - **Auflistung von 23 typischen Fehlern in Vergabeverfahren, Analogiebildung bei dort nicht aufgeführten Fehlern (beispielsweise bei Verstößen gegen nationales Unterschwellen-Vergaberecht) sowie Analogiebildung bei wettbewerblichen Auflagen für Privatpersonen**

- **Verwaltungskontrolle in Bezug auf die Einhaltung der Auflagen und Nebenbestimmungen**
 - **Bei Fehlern ggf. Korrektur der Förderung anhand der Finanzkorrekturen-Leitlinie der Kommission – Schema**
 - **Keine Kürzung, wenn dem Haushalt der EU durch den Fehler kein Schaden entstanden ist (= formale Fehler)**
 - **Kürzung eines konkret berechenbaren Schadens**
 - **Kürzung des in der Leitlinie geregelten prozentualen Kürzungssatzes wenn Berechenbarkeit nicht möglich ist**

- **Oberschwellen-Vergaberecht**
EU-Richtlinien mit Umsetzung auf Ebene des Bundes
GWB – VgV – VOB/A EU – ~~VOL/A EG~~ – VOF
- **Unterschwellen-Vergaberecht**
der Bundesländer (spezielle Vergabegesetze und Haushaltsordnungen),
ergänzt durch Vergabe- und Vertragsordnung (VOB, VOL bzw. UVgO) des Bundes

- **Oberschwellen-Vergaberecht
EU-Richtlinien mit Umsetzung auf Ebene des Bundes**
- **Unterschwellen-Vergaberecht
als Haushaltsrecht der Bundesländer,
ergänzt durch Vergabe- und Vertragsordnung (VOB,
VOL, UVgO) des Bundes**

- **„Werte“ im Vergaberecht**
 - **EU-Schwellenwert**
Ausschreibung nach Vergaberecht der EU oder nach nationalem Vergaberecht
 - **Wertgrenzen**
in Bezug auf Vergabeabläufe in den einschlägigen Vergabe und Vertragsordnungen sowie im Vergaberecht der Bundesländer (z.B. VV öffentl. Auftragswesen RPL, NWertVO, AWVO LSA)

Verfahrensrechtliche Einordnung

- **Welche wettbewerblichen oder vergaberechtlichen Pflichten habe ich aufgrund meiner Person und/oder aufgrund der Art und Weise meines Projekts zu Erfüllen ?!?**
 - Grundsätzliche Regelung durch den Zuwendungsbescheid und seine Auflagen und Nebenbestimmungen
 - Deutlichkeit ist sehr stark abhängig vom Bundesland und der jeweils zuwendungsgebenden Institution

- **Auftretende Konstellationen**
 - **Öffentliche Auftraggeber gem. §§ 98, 99 GWB mit Verpflichtung zur Beachtung des gesamten Vergaberechts**
 - **Klassische Öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nr. 1 und 3 GWB – Ministerien und Kommunen etc.**

- **Auftretende Konstellationen**
 - **Öffentliche Auftraggeber gem. §§ 98, 99 GWB mit Verpflichtung zur Beachtung des gesamten Vergaberechts**
 - **Achtung !**
Sonderfall der Privatpersonen, die gem. § 99 Nr. 2 oder 4 GWB zu einem Öffentlichen Auftraggeber werden

2. andere juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, sofern
- a) sie überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 einzeln oder gemeinsam durch Beteiligung oder auf sonstige Weise finanziert werden,
 - b) ihre Leitung der Aufsicht durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 unterliegt oder
 - c) mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden sind;

dasselbe gilt, wenn diese juristische Person einer anderen juristischen Person des öffentlichen oder privaten Rechts einzeln oder gemeinsam mit anderen die überwiegende Finanzierung gewährt, über deren Leitung die Aufsicht ausübt oder die Mehrheit der Mitglieder eines zur Geschäftsführung oder Aufsicht berufenen Organs bestimmt hat,

4. natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nummer 2 fallen, in den Fällen, in denen sie für Tiefbaumaßnahmen, für die Errichtung von Krankenhäusern, Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen, Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäuden oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Wettbewerbe von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, Mittel erhalten, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert werden.

- **Auftretende Konstellationen**
 - **Privatpersonen, die aufgrund ihrer Förderhöhe oder ihrer Förderquote zur Beachtung der Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A und VOL/A bzw. UVgO) verpflichtet sind**

- **Auftretende Konstellationen**
 - **Privatpersonen, die zur Einholung von einer bestimmten Anzahl von Angeboten oder zur Bemühung um die Einholung von Angeboten durch Aufforderung einer bestimmten Anzahl von Unternehmen verpflichtet sind**
 - **Privatpersonen, welche die Möglichkeit der Erteilung von Direktaufträgen nach haushaltsrechtlichen Regeln (Wirtschaftlich & Sparsam) haben**

Förmliche Vergabeverfahren

durch öffentliche Auftraggeber
sowie
durch Privatpersonen mit entsprechender
Auflage im Zuwendungsbescheid

- **Darstellung erfolgt anhand der Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A und UVgO**

sowie

in Bezug auf landesvergaberechtliche Regelungen anhand des niedersächsischen Vergabe- und Tariftreuerrechts

- **Pflicht zur umfassenden Verfahrens-Dokumentation (§ 20 VOB/A - § 6 UVgO)**
 - Ausfluss des Transparenzgebots
 - Zeitnahe & fortlaufende Erstellung unter Beachtung der Formalien eines Aktenvermerks – Beifügung von Unterlagen / Anlagen zur Verifizierung
 - Positive und negative Beweiskraft der Dokumentation

- **Interessenkonflikte – Korruption – Betrugsbekämpfung**
 - Siehe spezielle normierte Regelung in §§ 3 bis 5 UVgO, keine direkte Regelung in der VOB/A
 - Leitfaden Interessenkonflikte der Kommission
 - Antikorruptionsrichtlinien der Bundesländer
 - Sonder-Vorgaben der fördermittelvergebenden Stelle

- **Abgrenzung zwischen**
 - **Bauleistung nach VOB/A**
 - **Lieferung & Dienstleistung nach UVgO**
 - **Freiberuflicher Leistung nach VgV (ehemals nach VOF)
bzw. nach § 50 UVgO**

- **Regelung von diversen Beschaffungsbereichen, die gem. GWB von der Anwendung des Vergaberechts befreit sind**
 - **Praktische Bedeutsamkeit insbesondere in Bezug auf sog. „Inhouse-Vergaben“ gem. § 108 GWB**

- **Auftragswertermittlung gem. § 3 VgV**
 - **Grundregeln**
 - **Gesamtwert im Sinne eines funktionalen Auftragswerts gem. Auslegung / Rechtsprechung des EuGH**
 - **Seriöse Prognose (keine grobe Schätzung) zum Tag der Bekanntmachung, gem. Rechtsprechung nicht älter als ca. drei Monate**
 - **Umgehungsverbot in Bezug auf die Verlagerung in den Unterschwellen-Bereich (analog in Bezug auf Wertgrenzen)**

- **Auftragswertermittlung gem. § 3 VgV**
 - **Wertermittlung bei Losen gem. § 3 Abs. 7 bis 9 VgV**
 - **Exkurs „Lose“**
§ 9 NTVergG - § 5 VOB/A - § 2 Abs. 2 VOL/A –
§§ 2 Abs. 4 und 22 UVgO
 - **Regel-Pflicht zur Aufteilung eines Auftrags in Fach- und/oder Teil-Lose – Stichwort „Mittelstandsförderung“**
 - **Ausnahmen hiervon müssen gesondert begründet werden**

- **Auftragswertermittlung gem. § 3 VgV**
 - **Wertermittlung bei Losen gem. § 3 Abs. 7 bis 9 VgV**
 - Einzel-Auftragswerte von Losen müssen gem. der Abs. 7 und 8 zu einem Gesamt-Auftragswert addiert werden
 - Besonderheiten gem. § 2 NWertVO

- **Exkurs „Binnenmarktrelevanz“**
 - **Mitteilung der Europäischen Kommission 2006/C 179/02**
 - **Verpflichtung des Prüfens von Binnenmarktrelevanz in jedem Beschaffungsfall**
 - **Bei Bejahung: Transparenz durch binnenmarktrelevante Bekanntmachung**
 - **Vergabeart muss so gewählt werden, dass Bieter aus dem EU-Ausland Kenntnis nehmen können (Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb oder Vorab-Information mit Aufruf zur Interessenbekundung)**

- **Exkurs „Binnenmarktrelevanz“**
 - **Mitteilung der Europäischen Kommission 2006/C 179/02**
 - **Bei Bejahung: Wettbewerb und Nichtdiskriminierung durch Einbeziehung von EU-ausländischen Bietern in den Auswahlprozess**
 - **Auswahlkriterien und Vergabeunterlagen müssen so gestaltet sein, dass sie auch von Bietern aus dem EU-Ausland erfüllt werden können**

- **Kaskadenprinzip der (förmlichen) Verfahren (§§ 3, 3a, 3b VOB/A 2019 - § 8 ff. UVgO)**
 - **Öffentliche Ausschreibung oder Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb als Regelfall**
 - **Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahme-wettbewerb als Ausnahmefall 1**
 - **Freihändige Vergabe bzw. Verhandlungsvergabe als Ausnahmefall 2**

- **Kaskadenprinzip der (förmlichen) Verfahren (§§ 3, 3a, 3b VOB/A 2019 - § 8 ff. UVgO)**
 - **Besonderheiten:**
 - **Wertgrenzenregelungen der Bundesländer mit Modifikationen zur UVgO und zur VOB/A 2019**
 - **Vorherige Eignungsprüfung bei BA, FV / VV ohne TW**
 - **ex-ante-Transparenz § 20 Abs. 4 VOB/A**

- **Kaskadenprinzip der (förmlichen) Verfahren (§§ 3, 3a, 3b VOB/A 2019 - § 8 ff. UVgO)**
 - **Sonderfälle:**
 - **Freiberufliche Leistungen gem. § 50 UVgO**
 - **Direktkauf / Direktauftrag bis 1.000 Euro gem. § 14 UVgO**
 - **Direktauftrag bis 3.000 Euro gem. § 3 Abs. 4 VOB/A 2019**

- **Leistungsbeschreibung**
(§§ 7 ff. VOB/A - §§ 21 ff. UVgO)
 - **Stichwort „Produktneutralität“**
 - **Regelfall (und damit Begrenzung des Bestimmungsrechts des Auftraggebers) ist produktneutrale Beschreibung**

- **Leistungsbeschreibung**
(§§ 7 ff. VOB/A - §§ 21 ff. UVgO)
 - **Stichwort „Produktneutralität“**
 - **Ausnahme 1: Sachliche Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand**
 - **Objektive, Willkürfreie, sachliche Rechtfertigung**
 - **ohne Zusatz „oder gleichwertig“**

- **Leistungsbeschreibung**
(§§ 7 ff. VOB/A - §§ 21 ff. UVgO)
 - **Stichwort „Produktneutralität“**
 - **Ausnahme 2: Keine hinreichend genaue bzw. verständliche Beschreibung ohne Produktnennung möglich**
 - **sog. „Leitprodukt-Ausschreibung“**
 - **zwingend mit Zusatz „oder gleichwertig“**
 - **Siehe auch aktuelle Rechtsprechung zur sog. „unechten Produktorientierung“**

- **Teilnehmer am Wettbewerb – Eignung**
(§§ 6 ff. VOB/A - §§ 31 ff. UVgO)
 - Normiert sind Fachkunde und Leistungsfähigkeit sowie in der VOB/A noch zusätzlich Zuverlässigkeit (in der UVgO definiert als „kein Vorliegen von zwingenden Ausschlussgründen)
 - „KO-Kriterien“ – keine Bewertung gestattet
 - Diskriminierungsfrei, verhältnismäßig, keine Doppelungen gestattet

Teilnahmebedingungen

FKL KOM 8 ff.

- **Bewerbungs- bzw. Teilnahmebedingungen (§§ 8 ff. VOB/A - §§ 21, 28, 43 UVgO)**
 - insbesondere Zuschlags- bzw. Wertungskriterien
 - Kriterien – Gewichtung – Bewertungsmatrix Punktevergabeschlüssel
 - Umfang der Bekanntmachungspflicht
 - nach Wortlaut nur Kriterien
 - gem. Rechtsprechung inkl. Gewichtung, Matrix etc.

Teilnahmebedingungen

FKL KOM 8 ff.

- **Bewerbungs- bzw. Teilnahmebedingungen**
(§§ 8 ff. VOB/A - §§ 21, 28, 43 UVgO)
 - **Ferner weitere Rahmenbedingungen zur Ausschreibung**
 - **Form**
 - **Frist**
 - **Kommunikationsregeln**
 - **....**

Unterlagen Landesvergaberecht

FKL KOM – keine direkte Ziffer

- **Unterlagen nach Landesvergaberecht**
 - **Mindestentgelt bzw. Tariftreue-Erklärung**
z.B. gem. §§ 4 Abs. 1 NTVergG
 - **ILO-Erklärung**
z.B. gem. § 12 NTVergG bzw. gem NKernVO
 - **Nachunternehmer-Erklärungen**
z.B. gem. § 8 NTVergG

Vertragsbedingungen

FKL KOM 8 ff.

- **Vertragsbedingungen**
(§§ 8a ff. VOB/A - §§ 21, 28, 45 UVgO)
 - VOB/B
 - VOL/B
 - **Sonstige besondere Vertragsbedingungen, z.B. zu Nutzungs- und Verwertungsrechten**

- **Vertragsbedingungen
(§§ 8a ff. VOB/A - §§ 21, 28, 45 UVgO)**
 - **Besondere Vertragsbedingungen zur Umsetzung der besonderen Regelungen des Landesvergaberechts
z.B. §§ 13 bis 15 NTVergG**
 - **Kontrolle und Prüfung Mindestentgelt und ILO/NKernVO**
 - **Vertragsstrafen etc.**

Bekanntmachung

FKL KOM 1, 5, 8 bis 12

- **Bekanntmachung bzw. Angebotsanforderung (§§ 11 ff. VOB/A - §§ 27 ff. UVgO)**
 - Auswahl der Bereitstellungsmedien – elektronisch, via Internet
 - eVergabe – Differenzierung zwischen UVgO und VOB/A sowie Modifikationen durch Landesvergaberecht

- **Kommunikation in der Angebotsphase, insbesondere Reaktionen auf Bieterfragen**

- **Angebotsöffnung
(§§ 14 ff. VOB/A - § 40 UVgO)**
 - **Zwingende Beachtung des Vier-Augen-Prinzips**
 - **ggf. inkl. Bieter bei VOB, ohne Bieter bei UVgO**
 - **Erstellung eines gesonderten Protokolls**

- **Prüfungs- und Wertungsphase
(§§ 16 ff. VOB/A - §§ 41 ff. UVgO)**
 - **Stufe 1 – Formalien & Ausschlüsse**
 - **Vollständigkeitsprüfung – Problemfeld der Nachforderung von Unterlagen**
 - **Prüfung von Ausschlüssen**
 - **Veränderungen der Vergabeunterlagen – Beifügung von AGB und die neue Rechtsprechung insbesondere des BGH**

- **Prüfungs- und Wertungsphase**
(§§ 16 ff. VOB/A - §§ 41 ff. UVgO)
 - Stufe 2 – Eignungsprüfung
 - Stufe 3 – Weitergehende Angebotsprüfung – Preise
 - Stufe 4 – Wirtschaftlichkeitsprüfung

- **Aufhebung der Ausschreibung (§ 17 VOB/A - § 48 UVgO)**
 - **Deutliche Verschärfung der Rechtsprechung zur Möglichkeit der Aufhebung wegen Überschreitung des vorhandenen Budgets bzw. des geschätzten Auftragswerts**

Zuschlag & Informationspflichten

FKL KOM 13 ff.

- **Zuschlag und Informationspflichten**
(§ 16 NTVerG - §§ 18 f. VOB/A - §§ 43, 46, 30 UVgO)
 - ggf. Beachtung von Wartefristen gem. Landesvergaberecht notwendig
 - Beachtung von Informationspflichten
 - Beachtung der ex-post Transparenz

- **Problemfeld der wesentlichen Vertragsänderungen, insbesondere Nachträge**
 - **Im Oberschwellen-Bereich mittlerweile Regelung durch § 132 GWB**

- **Problemfeld der wesentlichen Vertragsänderungen, insbesondere Nachträge**
 - **Siehe im Unterschwellen-Bereich**
 - **§ 22 VOB/A i.V.m. VOB/B**
 - **nach derzeit herrschender Meinung keine analoge Anwendung des § 132 GWB**

- **Problemfeld der wesentlichen Vertragsänderungen, insbesondere Nachträge**
 - **Siehe im Unterschwellen-Bereich**
 - **§ 47 UVgO**
 - **Verweis auf § 132 GWB mit Modifikation des sog. „De-Minimis-Nachtrags“ auf 20 statt 15 %**

Sonderverfahren freiberufliche Leistungen gem. § 50 UVgO

- **Siehe z.B. Ziffer 3.1.2 ANBest-ELER Niedersachsen**
 - **Regelfall: mindestens drei geeignete Unternehmen zur Abgabe eines Angebots auffordern**
 - **Ausnahmen: eine Aufforderung ist ausreichend bei**
 - **max. 5.000 Euro Auftragswert bzw. max. 10.000 Euro Auftragswert bei Architekten- und Ingenieurs-Leistung**
 - **wenn Leistung vorab nicht erschöpfend beschrieben werden kann, so dass keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind**

„Vergaberecht light“

–

Einholung von Angeboten
oder

Bemühen um Einholung von Angeboten

„Vergaberecht light“

- Grundsätzlich Beachtung der Inhalte der entsprechenden Auflage im Zuwendungsbescheid

- **Typischer Schritte**
 - **Dokumentation**
 - **Auswahl geeigneter Unternehmen**
 - **Übersendung von Angebotsaufforderungen**

- **Typischer Schritte**
 - **Auswertung des Rücklaufs**
 - **Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots**
 - **Vertragsabschluss**

„Haushaltsrecht-Lösung“

–

**Möglichkeit der Erteilung von Direktaufträgen
unter Beachtung der Grundsätze
von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**

- Grundsätzlich Beachtung der Inhalte der entsprechenden Auflage im Zuwendungsbescheid

- **Typischer Schritte**
 - **Dokumentation**
 - **Auswahl geeigneter Angebote**
 - **Auswertung**

- **Typischer Schritte**
 - **Auswahl unter Beachtung der haushaltsrechtlichen Grundsätze „Sparsamkeit“ & „Wirtschaftlichkeit“**
 - **Vertragsabschluss**