

Wenn gegen das Vergaberecht verstoßen wurde

Rückforderung von Zuwendungen

Wenn die öffentliche Hand Zuwendungen gewährt, verbindet sie dies regelmäßig mit der Maßgabe, bei der Vergabe der damit geförderten Aufträge bestimmte vergaberechtliche Vorschriften anzuwenden. Die Verpflichtung des Zuwendungsempfängers zur Anwendung vergaberechtlicher Vorschriften wird entweder durch allgemeine Nebenbestimmungen zum Zuwendungsbescheid oder durch vertragliche Vereinbarung der entsprechenden vergaberechtlichen Regelungen in einer Zuwendungsvereinbarung festgelegt.

Anspruch auf Schadensersatz

Die Verpflichtung hat nicht zur Folge, dass der Zuwendungsempfänger zum öffentlichen Auftraggeber wird; er ist vielmehr grundsätzlich nur im Verhältnis zum Zuwendungsgeber zur Anwendung der vergaberechtlichen Regelungen verpflichtet. Der spezifische vergaberechtliche Rechtsschutz zu den Vergabekammern und Vergabesenaten ist den Bietern im Verhältnis zum Zuwendungsgeber allerdings nicht eröffnet. Dies kann nur dann anders sein, wenn der Zuwendungsgeber ohnehin öffentlicher Auftraggeber und als solcher von Gesetzes wegen zur Beachtung des Vergaberechts verpflichtet ist. Allerdings können Bieter nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch gegen einen privaten Auftraggeber Anspruch auf Schadensersatz haben, wenn dieser zuletzt vorgibt, bestimmte vergaberechtliche Bestimmungen einhalten zu wollen und später hiergegen verstößt.

Das schärfste Schwert im „Zuwendungs-Vergaberecht“ ist aber nicht der Rechtsschutz durch die Bieter, sondern das Recht des Zuwendungsempfängers zur Rückforderung der Zuwendungen im Falle der Nichtbeachtung vergaberechtlicher Vorschriften. Voraussetzung für eine Rückforderung ist die Rücknahme oder der Widerruf des Zuwendungsbescheids mit Wirkung für die Vergangenheit. Wenn entsprechende Gründe vorliegen, soll die Rücknahme oder der Widerruf regelmäßig erfolgen.

Zuwendungsgeber muss nicht alles zurückzahlen

Dies heißt aber noch nicht, dass der Zuwendungsgeber dann automatisch die gesamte Zuwendung zurückzahlen muss. Einschränkungen ergeben sich insbesondere aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, der auch bei der Rückforderung von Zuwendungen stets zu beachten ist. Einige Bundesländer haben ermessenslenkende Verwaltungsvorschriften erlassen, die dem zuständigen Bearbeiter die Entscheidung über eine Rückforderung erleichtern sollen. Nach der Richtlinie des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vom 23.11.2006 soll ein Widerruf des Zuwendungsbescheids in der Regel nur bei schweren Vergaberechtsverstößen erfolgen.

Schwere Vergaberechtsverstöße liegen insbesondere dann vor, wenn freihändig vergeben wird, ohne dass die dafür notwendigen vergaberechtlichen Voraussetzungen vorliegen, wenn es zu ungerechtfertigten Wettbewerbsbeschränkungen wie etwa das Unterlassen einer vergaberechtlich erforderlichen europaweiten Ausschreibung kommt, wenn das wirtschaftlichste Angebot durch eine vergaberechtswidrige Wertung übergangen wird oder wenn vorsätzlich gegen die Grundsätze nach § 2 VOB/A bzw. § 97 GWB verstoßen wird. Wird ein solcher schwerer Vergaberechtsverstoß festgestellt, soll nach den Verwaltungsvorschriften in der Regel der Widerruf des Zuwendungsbescheids sowie eine Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung und damit eine Rückforderung erfolgen. Liegt dagegen nur ein einfacher Vergaberechtsverstoß vor, der keinen Einfluss auf die Wirtschaftlichkeit der Vergabe hatte, soll dagegen in der Regel von einer Rückforderung abgesehen werden.

Die von der Richtlinie des Bayerischen Staatsministeriums der Finanzen vorgegebene Linie wurde jüngst durch mehrere Gerichtsentscheidungen bestätigt. Das OLG Düsseldorf hat am 05.10.2010 (I-25 U 173/09) entschieden, dass Fördermittel bei geringfügigen Vergabeverstößen wegen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht zurückgefordert werden dürfen. Sofern sich die vergaberechtliche Beurteilung des Zuwendungsempfängers zumindest als diskussionswürdig darstellt, darf sie nicht als schwerer Vergaberechtsverstoß gewertet werden. Am 17.08.2010 hatte schon das VG Potsdam (3 K 1283/05) entschieden, dass nur schwere Vergaberechtsverstöße zuwendungsrechtlich relevant sind.

Verhältnismäßigkeit ist entscheidend

> VOLKMAR WAGNER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei CMS Hasche Sigle.

Mit der E-Vergabepattform von SOL können Bieter einen Informationsvorsprung realisieren

Details einer Ausschreibung einsehen

Wer in Bayern an öffentlichen Aufträgen interessiert ist, kommt am Verlag Bayerische Staatszeitung GmbH mit dem Bayerischen Staatsanzeiger nicht vorbei. Auch moderne Menschen, die alles am liebsten online erledigen, erhalten ihre Informationen von der Bayerischen Staatszeitung GmbH im Internet.

Unter www.baysol.de bietet die Staatsanzeiger Online Logistik GmbH (SOL) aus Unterhaching, eine 100-prozentige Tochterfirma der Bayerischen Staatszeitung GmbH aus München, allen am Vergabeprozess Beteiligten, ihre E-Vergabepattform an. Neben den öffentlichen, werden hier auch die beschränkten und freihändigen Vergaben der Verdingungsordnung Bau (VOB), der Verdingungsordnung Liefer- und Dienstleistungen (VOL) sowie der Verdingungsordnung freiberuflicher Leistungen (VOF) abgewickelt.

Der Bieter kann sich viel Geld sparen

Wer sich als Bieter für eine Ausschreibung interessiert, weiß durch eine Bekanntmachung nur bedingt, ob er die geforderten Leistungen auch erbringen kann. Um sämtliche Details der Ausschreibung zu erfahren, muss der potenzielle Bieter erst zwischen 50 und mehreren hundert Euro ausgeben, um das so genannte Leistungsverzeichnis von den Vergabestellen zugesandt zu bekommen. „Als Abonnement des SOL-Systems kann der Bewerber für zum Beispiel 30 Euro monatlich bereits am Bildschirm im Büro die eingestellten Leistungsverzeichnisse durchlesen und dann entscheiden ob er an der Vergabe teilnehmen möchte“, erklärt Peter Schöller, Geschäftsführer der SOL. Somit kann sich der Bieter viel Geld sparen, denn er nimmt nur an den Ausschreibungen teil, die für ihn wirklich geeignet sind.

Die kompletten Vergabeunterlagen kann sich der Bewerber kostenfrei oder mit einer Ersparnis von bis zu 85 Prozent gegenüber der herkömmlichen Anforderungsform in Papier herunterladen. „Einige Baufirmen sparen sich auf diese Weise mehrere tausend Euro im Monat“, verdeutlicht Schöller. Er verweist auch darauf, dass diesen Informationsvorsprung kein anderer Wettbewerber am bayerischen Markt bietet.

Dieser Informationsvorsprung, den SOL bietet, stellt für die Vergabestellen sicher, dass immer genügend viele Bieter an ihren Ausschreibungen teilnehmen. Dies haben in Bayern bereits knapp 1700 Vergabestellen erkannt. Deshalb haben sie sich bei SOL unter www.baysol.de registriert.



Wer zum Beispiel Straßenbauleistungen erbringen will, muss wissen, was der Auftraggeber von ihm genau fordert. Hierzu ist ein Blick ins Leistungsverzeichnis nötig. Als Abonnenten des SOL-Systems können Bieter diese Details erfahren. FOTO: BSZ

Von der Bekanntmachung über die Übermittlung der Vergabeunterlagen bis hin zur Submission auf herkömmlichem Weg steht den Vergabestellen und den Bietern das duale System der SOL zur Verfügung. Dual deshalb, weil die Vergabestellen entscheiden können, ob die Submission digital oder durch herkömmliche Abgabe der Vergabeunterlagen bei der Vergabestelle erfolgen soll.

Unter www.baysol.de stehen die Vergabeunterlagen online zum Herunterladen bereit. Sollen diese Unterlagen in Papier zugesandt werden, genügt ein einfacher Mausklick. Mit der E-Vergabepattform www.baysol.de von SOL können die Vergabestellen entscheiden, ob der Download für die Vergabeunterlagen kostenfrei oder -pflichtig ist.

Außerdem bietet SOL als Betreiber der E-Vergabepattform www.baysol.de die Weiterleitung der Bekanntmachungen von Vergaben an die jeweils geforderten Internetplattformen – egal ob es sich um die Bekanntmachungsplattform der Europäischen Union (Simap) oder die des Bundes (www.bund.de) handelt. Mit der Durchführung einer Ausschreibung via SOL hält sich die jeweilige Vergabestelle – sofern sie beim vorgegebenen Workflow bleibt – automatisch an die von der Korruptionsbekämpfungsrichtlinie der Bayerischen Staatsregierung geforderten Regeln.

Mitarbeiter von SOL sind unter 089 / 69 39 07-0 stets als kompetente Ansprechpartner erreichbar. Sie stehen mit Rat und Tat im gesetzlich zugelassenen Rahmen bereit und helfen Vergabestellen und Bietern gleichermaßen durch den vermeintlichen Dschungel der E-Vergabe. > RALPH SCHWEINFURTH

INFO www.baysol.de

- Die E-Vergabepattform von SOL unter www.baysol.de ist:
 - die elektronische Ergänzung zum Bayerischen Staatsanzeiger
 - das Bekanntmachungsportal für Bayern
 - das E-Vergabesystem für sämtliche Maßnahmen rund um eine Ausschreibung
 - die E-Vergabepattform für die Kommunikation mit potenziellen Bewerbern und Bietern
 - die E-Vergabepattform mit der dualen Möglichkeit der Vergabeunterlagenübermittlung
 - die E-Vergabepattform für die durchgängig digitale Vergabe
 - die E-Vergabepattform für Ihre bestehende Softwareumgebung

OLG München zur Dienstleistungskonzession

Keine Ausschreibungspflicht

Vergaberechtsfreie Dienstleistungskonzessionen sind Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.

Laut Oberlandesgericht München (25.3.2011 - Az.: Verg 4/11) wird die Dienstleistungskonzession durch drei Voraussetzungen gekennzeichnet:

1. es handelt sich um einen Dienstleistungsauftrag,
2. dem Auftragnehmer, d.h. dem Konzessionär wird das Recht zur Nutzung übertragen, und
3. der Auftragnehmer erhält sein Entgelt von Dritten und trägt in irgendeiner Art und Weise ein wirtschaftliches Risiko.

Die vorgenannten Voraussetzungen sieht der bayerische Ver-

gabesenat als erfüllt an, wenn nach der Richtlinie zur Förderung der Breitbanderschließung in ländlichen Gebieten (Breitbandrichtlinie) ein Betreiber elektronischer Kommunikationsnetze gesucht wird, der mit öffentlichem Zuschuss den Aufbau und Betrieb eines leitungs- oder funkbasierten Breitbandnetzes im definierten Bedarfsgebiet verwirklichen kann. Die Projektförderung erfolgt hierbei im Wege der Anteilfinanzierung in Form eines nicht rückzahlbaren Zuschusses zu den zuwendungsfähigen Ausgaben.

Nach Auffassung der Münchner Richter beinhaltet die Errichtung und Betreibung eines Kabelnetzes keine Baumaßnahme, weil diese nicht fest mit Gebäuden oder Gebäudeteilen verbunden ist. Der Auftrag besteht deshalb nicht in der Errichtung baulicher Funkstationen o.ä., sondern im Aufbau und Betrieb eines Breitbandkabel-

netzes mit Hilfe der dafür erforderlichen Technik. Nach der Auslegungsregel des § 99 Abs. 7 S. 2 GWB ist daher von einem Dienstleistungsauftrag auszugehen. Auch erfolgt die Nutzung dieser Dienstleistung dadurch, dass der Auftragnehmer durch die Errichtung des Kabelnetzes in die Lage versetzt wird, seine Leistung den Endkunden anzubieten und nach Abschluss der entsprechenden Verträge Einnahmen zu erzielen. Schließlich erhält der Konzessionär seine Vergütung von Dritten und trägt ein gewisses wirtschaftliches Risiko. Denn nach der Errichtung des Breitbandkabelnetzes – so das OLG München – ist es die Aufgabe des Auftragnehmers, ausreichend Kunden zu gewinnen, die mit ihm entsprechende Verträge abschließen. > HOLGER SCHRÖDER

Der Autor ist Rechtsanwalt bei Röd & Partner in Nürnberg.

> Alle Ausschreibungen auf einen Klick

Auf der e-Vergabepattform baysol.de finden Sie alle im Bayerischen Staatsanzeiger veröffentlichten Bekanntmachungen. Recherchieren Sie gezielt nach den für Sie relevanten Ausschreibungen:

www.baysol.de

- > Zielgenaue Auftragsuche
- > Schnelle und komfortable Volltextsuche
- > Über 1.675 registrierte Vergabestellen
- > Bis zu 85% Einsparung durch preiswerten Download von Vergabeunterlagen

Staatsanzeiger
ONLINELOGISTIK
Ein Unternehmen der Bayerischen Staatszeitung