

Öffentliche Zuwendungen und das Vergaberecht

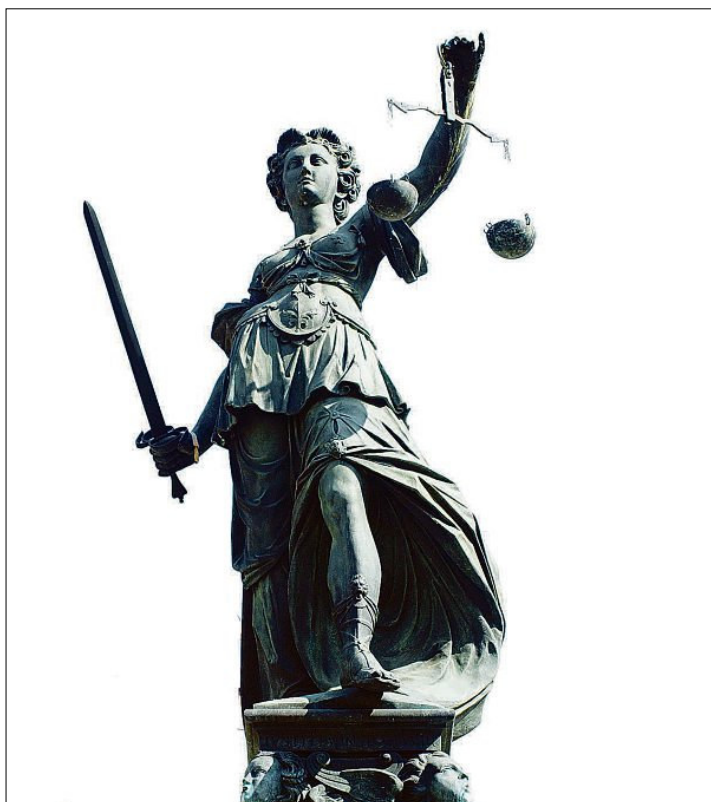
# Gleichbehandlungsgebot beachten

Viele, insbesondere kommunale Bauprojekte leben davon, dass sie öffentlich gefördert werden. Grundsätzlich besteht auf Zuwendungen kein Anspruch, sie werden regelmäßig nur im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel gewährt. Dem Zuwendungsgeber steht es deshalb frei, zu bestimmen, ob und wie er eine Maßnahme fördert, und ist darin nur durch den Gleichheitsgrundsatz, das Rechtsstaatsprinzip und den Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung eingeschränkt. Insbesondere Verwaltungsverfahren wie die Nebenbestimmungen (zum Beispiel ANBest, NBest-Was) führen zu einer Selbstbindung, so dass der Zuwendungsgeber die in den genannten Vorschriften enthaltenen Auflagen regelmäßig zum Inhalt seines Zuwendungsbescheids machen wird.

Hierzu gehört auch die Verpflichtung, die bekanntgegebenen Vergabegrundsätze zu beachten. Während dies für Bauleistungen bedeutet, dass die Bestimmungen der VOB/A einzuhalten sind, zwingen die genannten Grundsätze öffentliche Auftraggeber oberhalb des EU-Schwellenwertes von derzeit 193 000 Euro zur Ausschreibung von Ingenieurleistungen nach den Regeln der VOF. Unterbleibt die europaweite Auftragsbekanntmachung, droht nicht nur die Nichtigkeit des Vertrages (§ 101 b GWB), ein Nachprüfungsverfahren und daraus resultierende Verzögerungen oder auch ein Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission, sondern auch der Verlust der Fördermittel.

Darum ging es in einem durch das Verwaltungsgericht München (Urteil vom 20. Januar 2011, M 15 K 10.3148) jüngst entschiedenen Fall. Eine Stadt plante die Neuerichtung einer Kläranlage als Ersatz für ein bestehendes Klärwerk und beauftragte ein Ingenieurbüro mit den Leistungsphasen 1 bis 4. Im Zuge von Variantenuntersuchungen und nach Besprechungen mit dem Wasserwirtschaftsamt entschied sich die Stadt fast zehn Jahre später dazu, die vorhandene Kläranlage zu ertüchtigen und auf den Neubau zu verzichten. Der bestehende Vertrag wurde entsprechend „angepasst“.

Nach einer Überprüfung des Verwendungsnachweises wurde der Zuwendungsbescheid teilweise



Am Ende entscheidet Justitia.

FOTO CARLO SCHRODT/PIXELO.DE

se widerrufen und eine Überzahlung von rund 89 000 Euro zurückgefordert, weil die Ingenieurleistung zu Unrecht nicht europaweit nach der Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) ausgeschrieben worden sei.

Das Verwaltungsgericht München stellte fest, dass der Schwellenwert überschritten wurde und von einer bloßen Anpassung des Vertrags aufgrund des geänderten Vertragsgegenstands – Neubau hier, ertüchtigung dort – nicht gesprochen werden konnte. Grundsätzlich hätte deshalb die Ertüchtigungsplanung nach VOF aus-

geschrieben werden müssen. Nach § 3 Abs. 4 VOF kann ein Auftrag jedoch unter bestimmten Voraussetzungen ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben werden, insbesondere wenn dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die vorgeschriebenen Fristen einzuhalten, wobei die Umstände zur Begründung der zwingenden Dringlichkeit auf keinen Fall dem Auftraggeber zuzuschreiben sein dürfen (so § 3 Abs. 4 Buchst c VOF).

Solche Umstände seien nur bei Natureignissen oder Katastrophen wie Bränden, Unfällen, Überschwemmungen oder ähnliches anzunehmen, die ein unverzügliches Tätigwerden erfordern, um (weitere) Schäden zu verhindern. Diesen Fall sah das Gericht als ebenso wenig erfüllt an wie die Möglichkeit nach § 3 Abs. 4 Buchstabe a, wonach Auftraggeber Aufträge ohne vorherige Vergabebekanntmachung vergeben können, wenn Dienstleistungen aus technischen oder künstlerischen Gründen oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeits-

rechten nur von einer bestimmten Person ausgeführt werden können. Dabei sei davon auszugehen, dass technisch geprägte Leistungen wie Ingenieurplanungen grundsätzlich von jedem entsprechend befähigten Dienstleister erbracht werden könnten.

Die Erfahrung des beauftragten Ingenieurbüros mit den Besonderheiten der fraglichen Kläranlage und dem dort verwendeten Verfahren reichte dem Gericht nicht aus. Auch andere qualifizierte Ingenieurbüros im Fachgebiet Abwassertechnik seien in der Lage, zumindest mit einer gewissen Einarbeitungszeit die Ertüchtigung zu planen.

Dass die Stadt dennoch die Zuwendung nicht zurückzahlen musste, verdankte sie dem Umstand, dass der Widerruf nach Art. 49 Abs. 2a des Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetzes im pflichtgemäßen Ermessen der Behörde steht. Das Gebiete eine Abwägung, welche die besonderen Umstände des Einzelfalls berücksichtigen müsste. Da das Gericht solche Umstände vorfand, welche aber im Bescheid eben unberücksichtigt geblieben sind, war die Rückforderung ermessensfehlerhaft.

## Freihändige Vergabe ein schwerer Vergabeverstoß

Zwar stelle bei notwendigen VOF-Vergaben die freihändige Beauftragung stets einen schweren Vergabeverstoß dar, der regelmäßig zum Widerruf der Zuwendung führe. Bei der Abwägung sei aber fehlerhaft unberücksichtigt geblieben, dass die speziellen örtlichen und technischen Gegebenheiten besondere, mithin gegebenenfalls auch schwierigere Anforderungen an die Ertüchtigung der streitgegenständlichen Kläranlage stellten, als an andere kommunale Kläranlagen, mögen dort auch vergleichbare Verfahren zum Einsatz kommen.

Auch wenn deshalb noch nicht vom Vorliegen einer Ausnahme im Sinne des § 3 Abs. 4 Buchstabe a VOF ausgegangen werden könne, habe dies vorliegend berücksichtigt werden müssen. Insoweit liege es auch nahe, anzunehmen, dass das bereits seit den 1980er Jahren mit den Besonder-

heiten der streitgegenständlichen Kläranlage vertraute Ingenieurbüro wohl besser als ein anderes, auch mit Abwassertechnik befasstes Ingenieurbüro dazu in der Lage gewesen sei, die Ertüchtigung der Anlage durchzuführen.

Das von der Klägerin beauftragte Ingenieurbüro sei jedenfalls ein qualifizierter Bewerber, an das eine VOF-konforme Vergabe der Ingenieurleistungen hätte erfolgen können, in deren Rahmen auch die unstreitig vorhandene Erfahrung mit der streitgegenständlichen Kläranlage und dem dort verwendeten Verfahren zulässigerweise berücksichtigt werden hätte können, so dass gegebenenfalls ein Vergabeverstoß im Ergebnis gar keine Auswirkungen gehabt hätte.

Dem mit Vergaberecht befassten Leser wird sich bei dieser Sichtweise des Gerichts der Magen krümmen, weiß er doch nur zu gut, dass Informationsvorsprünge eines vorabfassen Bewerbers auszugleichen sind, will nicht das Gleichbehandlungsgebot verletzt sein. Deshalb verbietet sich auch eine antizipatorische Unterstellung, der Vergabeverstoß würde im Ergebnis keine Auswirkungen haben, weil das rechtswidrig beauftragte Büro auch so – immerhin sagt das Gericht einschränkend „gegebenenfalls“ – den Zuschlag erhalten hätte.

Die Praxis belegt freilich immer wieder, dass, oh Wunder, derselbe Bewerber den Zuschlag in einem VOF-Verfahren erhält, der schon zuvor an dem Projekt beteiligt war. Statistisch mag das Verwaltungsgericht deshalb richtig liegen, überzeugen kann seine Sichtweise aber nicht, wenn man die unzulässige de-Facto-Vergabe als schweren Vergabeverstoß ansieht und die „Farce-Vergabe“ subventionsrechtlich akzeptiert.

Was bleibt, ist die Frage, ob das Gericht ebenso entschieden hätte, wenn an der Auftragserteilung ein Projektsteuerer beteiligt gewesen wäre, dessen Haftpflicht einen Beratungsfehler zur notwendigen VOF-Ausschreibung gedeckt hätte. Einspruch, Euer Ehren, werden alle Projektsteuerer sagen, denn dieser Beratungsfehler wäre natürlich nicht aufgetreten.

> ANDREAS EBERT

Der Autor ist Justiziar der Bayerischen Ingenieurkammer-Bau.

## 3 auf einen Klick

DIE NEUEN ANGEBOTE DER [www.Staatsanzeiger-eServices.de](http://www.Staatsanzeiger-eServices.de)

### eVergabe

ÜBER 1800 VERGABESTELLEN

### eFormulare

AUF IHRER HOMEPAGE FÜR IHRE BÜRGER

### Kommunaldruck

DIE SPEZIAL-DRUCKEREI FÜR IHRE KOMMUNE

Formular  
Server24

Kommunal  
druck24

Staatsanzeiger ONLINE LOGISTIK GmbH  
Prager Straße 1, 82008 Unterhaching  
Tel: (+49) 89/69 39 07-0  
E-Mail: [vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de](mailto:vertrieb@staatsanzeiger-eservices.de)  
Web: [www.staatsanzeiger-eservices.de](http://www.staatsanzeiger-eservices.de)



**Staatsanzeiger**  
eServices

EIN UNTERNEHMEN DER BAYERISCHEN STAATSZEITUNG