

VERGABERECHT

April 2016/1

Verzicht auf Losvergabe führt zur Rückforderung von Zuwendungen!

VG Augsburg, Urteil vom 23. Februar 2016 – Az. 3 K 15.1070

Sachverhalt

Für die Anschaffung eines neuen Feuerwehrfahrzeugs mit einem geschätzten Nettoauftragswert von ca. EUR 220.000, hatte die Klägerin, eine Gemeinde mit ca. 1.700 Einwohnern, eine Zuwendung als Festbetragsfinanzierung in Höhe von EUR 58.000 von der Regierung von Schwaben erhalten. Grundlage dieser Zuwendung waren u.a. die „Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung an kommunale Körperschaften“ (ANBest-K) und als eine mit dem Bewilligungsbescheid verbundene Auflage die Einhaltung der gesetzlichen Vergabebestimmungen. Die Klägerin führte daraufhin ein europaweites Vergabeverfahren durch und erteilte den Auftrag an ein mittständisches Unternehmen mit ca. 130 Mitarbeitern aus Niedersachsen. Auf eine Aufteilung des Auftrags in Lose (z.B. „Fahrgestell“, „Aufbau“ und „Beladung“) verzichtete sie dabei entgegen der Empfehlung des Deutschen Feuerwehrverbandes e.V. (DFV). Dies stellte der Zuwendungsgeber bei der stichprobenartigen Prüfung der Verwendungsbestätigung fest und verpflichtete die Klägerin mittels Bescheid zur Erstattung in Höhe von 25% der gewährten Zuwendung. Gegen diesen Bescheid wendete sich die Klägerin mit ihrer Klage vor dem Verwaltungsgericht Augsburg.

Entscheidung

Ohne Erfolg! Der streitgegenständliche Teilwiderrufsbescheid ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren subjektivöffentlichen Rechten (§ 113 Abs. 1 Satz 1 VwGO).

Zunächst stellt das Gericht klar, dass die Einhaltung des Vergaberechts im ursprünglichen Bewilligungsbescheid wirksam beauftragt worden ist (Rn. 28 ff. des Urteils). Vorliegend enthalten die ANBest-K die Auflage, bei der Vergabe von Aufträgen zur Erfüllung des Zuwendungszwecks die Vergabegrundsätze anzuwenden. Weitergehende Bestimmungen, die den Zuwendungsempfänger zur Anwendung von Vergabevorschriften verpflichten (z.B. die §§ 98 ff. GWB), bleiben unberührt. Wie in Nr. 1 und Nr. 5 der Richtlinien zur Rückforderung von Zuwendungen bei schweren Vergabeverstößen (StMF-Rückforderungsrichtlinien) ausgeführt, ist die Einhaltung der gesetzlichen Vergabebestimmungen somit ausdrücklich eine mit dem Bewilligungsbescheid verbundene Auflage (anderer Ansicht allerdings z.B. OVG RP, Urteil vom 25. September 2012 – Az. 6 A 10478/12 und VGH BW, Urteil vom 17. Oktober 2013 – Az. 9 S 123/12). Dieses Ergebnis gilt auch oberhalb der EU-Schwellenwerte. Letztlich soll durch die Auflage die Einhaltung der Vergabegrundsätze auch im Verhältnis zwischen

Zuwendungsgeber und Zuwendungsnehmer als Pflicht konstituiert und sichergestellt werden. Insoweit ist es Sinn der Einbeziehung vergaberechtlicher Vorschriften in den Zuwendungsbescheid, hypothetischen Wirtschaftlichkeitsüberlegungen mittels Durchführung eines formalisierten Verfahrens zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots vorzubeugen und der für den Widerruf zuständigen Behörde solche praktisch kaum durchführbaren Nachforschungen zu ersparen (vgl. BayVGH, Beschluss vom 20. Januar 2016 – Az. 21 ZB 14.1428).

Sodann stellt das Gericht ausführlich dar, dass die im ursprünglichen Bewilligungsbescheid enthaltene Auflage zur Einhaltung des Vergaberechts durch die Klägerin nicht erfüllt worden ist (Rn. 32 ff. des Urteils). Die Vorschriften zum Gebot der Losbildung bei öffentlichen Aufträgen dienen nicht nur dem öffentlichen Interesse an einer sparsamen und effektiven Verwendung öffentlicher Mittel, sondern zugleich dem wirtschaftspolitischen Ziel der Mittelstandsförderung. Die Vergabe nach Losen bildet die Regel, von der nur im Einzelfall aufgrund sachgerechter Überlegungen abgewichen werden darf. Bei der Prüfung, ob ein vergaberechtlicher Ausnahmetatbestand („*wirtschaftliche oder technische Gründe*“) von hinreichendem Gewicht vorliegt, steht dem Auftraggeber zwar ein gewisser Beurteilungsspielraum zu. Die angeführten Gründe müssen jedoch einzelfallspezifisch und objektiv nachprüfbar sein. Allgemeine wirtschaftliche Vorteile einer (jeden) einheitlichen Vergabe an nur ein Unternehmen - wie z. B. eine zweifelsfreie und umfassende Mängelgewährleistung, einheitliche Verjährungsfristen, ein geringerer Koordinierungsaufwand und die daraus resultierende Möglichkeit einer schnelleren Realisierung des Vorhabens oder auch die geringeren Kosten der Ausschreibung - sind von vornherein ungeeignet, eine einzelfallbezogene Ausnahme zu begründen, denn ansonsten dürfte vom Grundsatz der Losvergabe bei jedem größeren Vorhaben beliebig abgewichen werden. Die Voraussetzungen der ausnahmsweisen Zulässigkeit einer einheitlichen Vergabe ohne Losbildung aus § 97 Abs. 3 Satz 3 GWB i.V.m. § 2 EG Abs. 2 Satz 3 VOL/A waren im vorliegenden Fall jedoch nicht gegeben.

Schließlich hat der Beklagte sein in Art. 49 Abs. 2a Satz 1 Nr. 2 BayVwVfG eingeräumtes Widerrufsermessen rechtsfehlerfrei ausgeübt (Rn. 41 ff. des Urteils). Ermessensentscheidungen unterliegen bekanntermaßen nur einer eingeschränkten verwaltungsgerichtlichen Kontrolle (§ 114 Satz 1 VwGO). Dem Gericht ist es deshalb versagt, die behördlichen Ermessenserwägungen durch eigene zu ersetzen; es kann die Entscheidung nur auf Ermessensfehler (Ermessensausfall, Ermessensdefizit, Ermessens Fehlgebrauch) hin überprüfen. Vorsätzliches oder grob fahrlässiges Handeln ist für die Annahme eines schweren Vergabeverstößes nicht erforderlich; allein der Umstand einer ungerechtfertigten Einschränkung des Wettbewerbs reicht vielmehr insoweit aus. Die Regelungen des Vergaberechts dienen nicht nur der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit, sondern auch dem wirtschaftspolitischen Interesse des chancengleichen Zugangs zu öffentlichen Aufträgen und damit dem Wettbewerb; deshalb ist es auch unerheblich, ob dem Zuwendungsgeber durch die Nichtbeachtung des Vergaberechts ein wirtschaftlicher Schaden entstanden ist oder nicht. Vielmehr indiziert die Missachtung des Vergaberechts - das (auch) die Wirtschaftlichkeit der Auftragsvergabe sicherstellen soll - die Unwirtschaftlichkeit. Da das Gebot der losweisen Vergabe neben dem öffentlichen Interesse an einer sparsamen und effektiven Verwendung öffentlicher Mittel zugleich der Beteiligung

von mittelständischen Firmen am Wettbewerb dient (vgl. BayVGH, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – Az. 4 ZB 14.1260), indiziert ein Verstoß hiergegen ohne weiteres eine ungerechtfertigte Einschränkung des Wettbewerbs. Es ist insoweit nicht von Relevanz, dass der Auftrag vorliegend offenbar tatsächlich an ein mittelständisches Unternehmen vergeben worden ist. Daneben ist vorliegend auch ein (bedingt) vorsätzlicher Verstoß der Klägerin gegen Vergabegrundsätze aus § 97 GWB i.S.v. Nr. 4.4 der StMF-Rückforderungsrichtlinien gegeben, da die Klägerin von der gebotenen Losbildung in Kenntnis aller relevanten Sachverhaltsumstände abgesehen hat. Insbesondere waren ihr die Empfehlungen des DFV zur Ausschreibung und Beschaffung von Feuerwehrfahrzeugen zum Zeitpunkt der Durchführung des Vergabeverfahrens bekannt.

Nach den StMF-Rückforderungsrichtlinien ist bei schweren Vergabeverstößen grundsätzlich ein Widerruf des Zuwendungsbescheids und die Neufestsetzung (Kürzung) der Zuwendung vorzunehmen. Dabei ist davon auszugehen, dass im Rahmen der vorzunehmenden Interessenabwägung das öffentliche Interesse an einer Rückforderung überwiegt. In diesem Sinne hat auch das Bundesverwaltungsgericht entschieden, dass eine Zuwendung in der Regel zu widerrufen ist, wenn der Widerruf der Bewilligung - wie hier - im behördlichen Ermessen steht. Dies folgt aus den haushaltsrechtlichen Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit (BVerwG, Urteil vom 26. Juni 2002 – Az. 8 C 30/01, BVerwGE 116, 332). Unter Berücksichtigung obiger Grundsätze hat sich der Beklagte vorliegend aufgrund des Vorliegens eines schweren Vergabeverstoßes ermessensfehlerfrei für den Regelfall des (Teil-)Widerrufs entschieden.

Rechtliche Würdigung und Praxishinweis

Die Entscheidung des Verwaltungsgerichts Augsburg ist sowohl im Hinblick auf das Ergebnis als auch im Hinblick auf die rechtlichen Ausführungen zutreffend. Aus verwaltungsrechtlicher Sicht lässt sich allenfalls über die Frage der rechtlich ordnungsgemäßen Verankerung der Auflage zur ordnungsgemäßen Einhaltung der gesetzlichen Vergabebestimmungen im Bewilligungsbescheid streiten. Die hierzu vertretende Auffassung des Verwaltungsgerichts kann man mit guten Gründen auch ablehnen. In der Sache wird hieran eine Rückforderung allerdings regelmäßig nicht scheitern. Im Übrigen überzeugt die ausführliche Auseinandersetzung des Gerichts mit den angeführten Argumenten sowohl auf Seiten der klagenden Gemeinde als auch des beklagten Zuwendungsgebers. Im Ergebnis konnte die Entscheidung nicht anderes ausfallen:

Vergaberechtlich stellt der Verzicht auf die Losaufteilung vorliegend einen - in der Praxis freilich sehr häufig anzutreffenden - eindeutigen Rechtsverstoß dar. Dies wird bei der hier in Rede stehenden Beschaffung eines Feuerwehrfahrzeugs freilich noch dadurch verdeutlicht, dass in der Praxis eine Aufteilung in drei Fachlose zum einen üblich ist, zum anderen seitens des DFV auch empfohlen wird. Entscheidende Bedeutung kam diesem Umstand vorliegend freilich nicht zu!

Zuwendungsrechtlich begegnet die Einordnung dieses Rechtsverstoßes als einen schweren Vergabeverstoß ebenfalls keinen Bedenken. In diesem Sinne hatten sich zuvor bereits der BayVGH (Beschluss vom 22. Oktober 2014 – Az. 4 ZB 14.1260) und das VG Regensburg (Urteil vom 13. März 2014 – Az. RO 7 K 13.279) geäußert. Die gebotene (Teil)Rückforderung bei schweren Vergabe-

verstößen ist in den hier maßgeblichen StMF-Rückforderungsrichtlinien zudem angelegt. Entsprechende Regelungen finden sich in einer Vielzahl von landesrechtlichen Zuwendungsrichtlinien, so dass die vorliegende Entscheidung auf Sachverhalte in anderen Bundesländern übertragen werden kann.

Schließlich hat sich das Gericht in der gebotenen Tiefe mit dem verwaltungsrechtlichen Widerrufsregime im hier einschlägigen Bayerischen Verwaltungsverfahrensgesetz (vgl. §§ 49, 49a VwVfG des Bundes) auseinandergesetzt und in nicht zu beanstandender Weise die Ermessensentscheidung sowohl dem Grund als auch der Höhe (25% des Zuwendungsbetrages) nach gebilligt. Dies war vorliegend aufgrund des Ansatzes eines Kürzungssatzes von 25% zu Gunsten der Klägerin unter Härtegesichtspunkten allerdings auch naheliegend. Wenngleich die Ausführungen des Gerichts unter Nr. 59 des Urteils keine rechtlich eindeutige Schlussfolgerung zulassen, erscheinen doch folgende Annahmen naheliegend: Erstens spricht bei einem unzulässigen Verzicht auf eine Losaufteilung aufgrund der Schwere des Verstoßes viel für eine Beschränkung des Widerrufs auf 25% der Gesamtzuwendung. Zweitens ändert sich dadurch auch dann nichts, wenn dem Zuwendungsempfänger dieser Verstoß durchaus „*bei Begehung*“ bekannt war bzw. hätte bekannt sein müssen.

Die allgegenwärtige Einbeziehung von vergaberechtlichen Vorschriften in den Zuwendungsbescheid sorgt spätestens bei der Verwendungsnachweisprüfung regelmäßig für ein böses Erwachen. Dem Zuwendungsgeber ist deshalb dringend anzuraten bereits im Zeitpunkt der Bewilligung der Mittel den Zuwendungsempfänger über die vergaberechtlichen Pflichten aufzuklären (z.B. mittels einer Checkliste) bzw. diesen jedenfalls zu sensibilisieren. Gleichwohl darf dieser Hinweis nicht darüber hinwegtäuschen, dass es in erster Linie die Pflicht des Zuwendungsempfängers ist, sich seiner vergabe- und zuwendungsrechtlichen Pflichten aus der bewilligten Zuwendung bewusst zu sein. Den Zuwendungsempfänger trifft insofern eine Holschuld. Etwaige vergaberechtliche Problemstellungen und Unklarheiten muss er durch Beiziehung externen Sachverständigen und/ oder durch Nachfrage bei der Bewilligungsbehörde klären. Darauf weist in der vorliegenden Entscheidung auch das Verwaltungsgericht Augsburg zutreffend hin (siehe Rn. 55 und 59 des Urteils).

Ihre Ansprechpartner bei Nohr-Con und LEXTON Rechtsanwälte:

Genadijus Smertjevas

Bereichsleiter

Nohr-Con

Oraniendamm 34

13469 Berlin

T + 49 30 437 466 78

F + 49 30 437 466 79

gs@nohr-con.de

www.nohr-con.de



Fabian Winters, LL.M.

Rechtsanwalt

LEXTON Rechtsanwälte

Kurfürstendamm 220

10719 Berlin

T + 49 30 8866886-0

F + 49 30 8866886-60

winters@lexton.de

www.lexton.de

