Merkblatt zur Ausschreibungspflicht und Vergabe nach VOB/A durch (nicht-öffentliche)[1] Zuwendungsempfänger der PflegesoNahFöR

Grundsatz:

Durch die Inanspruchnahme einer Förderung durch die PflegesoNahFöR verpflichtet sich der Zuwendungsempfänger zur Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften. Die Förderrichtlinie PflegesoNah bezieht sich auf Art. 44 BayHO mit der Folge, dass alle Zuwendungsempfänger die Nebenbestimmungen und somit die Regelungen der ANBest-P zwingend einhalten müssen. Hierunter fallen auch Vorschriften zur Vergabe von Aufträgen (vgl. Nr. 3 ANBest-P).

Insbesondere ist auf die Auflage in Nr. 3.1.2 ANBest-P hinzuweisen. Danach haben Auftraggeber, bei welchen die Zuwendung mehr als 100.000 Euro beträgt, die Vorgaben der VOB/A einzuhalten. D.h. **Bauleistungen** müssen im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben werden (vgl. § 2 I 1 VOB/A). Hierbei ist zu beachten, dass Bauleistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben sind (vgl. § 5 II 1 VOB/A). Folge hiervon ist, dass für jedes Los, d.h. für jedes Fachgebiet getrennt zwingend eine Ausschreibung nach §§ 3, 3a, 3b VOB/A durch den privaten Auftraggeber erfolgen muss.

Ausnahmefall:

Der Auftraggeber hat (nur) ausnahmsweise die Möglichkeit, von einer Losaufteilung abzusehen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe für eine einheitliche Auftragsvergabe sprechen (§ 5 II 2 VOB/A). Eine solche Sachlage kann gegeben sein, wenn die Aufteilung zu einer unverhältnismäßigen Verteuerung der Gesamtleistung

[1] Für öffentliche Zuwendungsempfänger gelten weitere vergaberechtlichen Vorschriften (insbesondere GWB)

oder zu einer starken Verzögerung des Vorhabens führen würde oder wenn Bauleistungen aus technischen Gründen nur durch eine Hand ausgeführt werden können.

An einen Ausnahmefall sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen und vom Zuwendungsempfänger spätestens im Rahmen der Verwendungsnachweisprüfung beim Bayerischen Landesamt für Pflege detailliert und nachweisbar darzulegen. Insbesondere reichen bloße Vermutungen nicht aus.

- Bezüglich der Vergabe der Bauleistung an einen Generalunternehmer gilt Folgendes. Die Vergabe an einen Generalunternehmer führt entgegen weitverbreiteter Auffassung regelmäßig nicht zu wirtschaftlich günstigeren Ergebnissen als eine Vergabe nach Fachlosen. Vielmehr geht der Bundesrechnungshof davon aus, dass bei der Zusammenfassung von Fachlosen Mehrkosten entstehen, z. B. dadurch, dass Auftragnehmer die ihnen zufallenden Koordinationsleistungen und -risiken in ihre Angebotspreise einkalkulieren. Diesen Mehrkosten, die im Mittel etwa 10 v. H., teilweise bis über 20 v. H. betragen, stehen nicht immer entsprechende Einsparungen gegenüber.

  Aufgrund dessen wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass allein die Behauptung, die Vergabe an einen Generalunternehmer sei wirtschaftlicher keinesfalls ausreicht, sondern im Einzelfall hinreichend und konkret belegt werden muss. Dieser Nachweis kann durch eine parallele Ausschreibung in Einzellosen, sowie für eine Generalunternehmerleistung erfolgen, sodass die Kosten der Vergabe nach Einzellosen und die Kosten der Generalunternehmerleistung nachvollziehbar gegenübergestellt werden können. Eine Parallelausschreibung ist hier grundsätzlich zulässig, da keine Markterforschungszwecke verfolgt werden, sondern konkret erforderliche Bauleistungen zu vergeben sind. Hierbei ist zu beachten, dass die Ausschreibung nach VOB/A und die daraus resultierende Kostenermittlung vor der Entscheidung, keine Aufteilung in Lose vorzunehmen, erfolgen muss. Eine Nachholung kann grundsätzlich aus Gründen fehlender Transparenz nicht erfolgen.

  Anzumerken bleibt, dass bei Aufteilung und Ausschreibung der Lose nach VOB/A ein Generalunternehmer nicht daran gehindert wäre, sich auf alle Teillose zu bewerben und letztendlich den Zuschlag zu bekommen, wenn sein Angebot bei jedem Los das Wirtschaftlichste ist.

- Ebenfalls nicht ausreichend ist die Argumentation, dass die Vergabe in Fachlosen und der damit einhergehenden Mehrzahl von Auftragnehmern im Streitfall auch eine Mehrzahl von Gewährleistungsgegnern mit sich bringt. Dies entspricht gerade dem Wesen einer losweisen Vergabe und muss aufgrund des verfolgten Zwecks der Mittelstandsförderung hingenommen werden.

- Darüber hinaus ist eine erhoffte Reduzierung des Koordinationsaufwands auf Seiten des Auftraggebers durch eine einheitliche Auftragsvergabe keine ausreichende Begründung. Verfügt der Auftraggeber nicht bzw. nicht ausreichend über eigenes qualifiziertes Personal, ist zu empfehlen, die Koordination an freiberuflich Tätige abzugeben, um somit die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften gewährleisten zu können.

- Auch allgemeiner Zeitdruck kann nicht zu einer Abweichung von der getrennten Losvergabe führen. Vielmehr ist eine Zusammenfassung lediglich dann gerechtfertigt, wenn eine nicht fristgerechte Fertigstellung zu konkret bezifferbaren wirtschaftlichen Nachteilen führt und nur eine Zusammenfassung der Lose diese Nachteile verhindern kann.

Die benannten Beispiele sind nicht abschließend, sondern berücksichtigen lediglich die in der Vergabepraxis häufig auftretenden Fallkonstellationen.

<u>Sonderfall: Zuwendungsempfänger ist Generalunternehmer</u>

Für den Fall, dass der Zuwendungsempfänger zugleich Generalunternehmer ist und Bauleistungen selbst ausführen könnte, gilt nichts Anderes. Planung und Bauleitung aller Leistungsphasen können vom Zuwendungsempfänger unter Beachtung der Vorgaben der HOAI auch mit eigenem Personal durchgeführt werden. Für die Vergabe von **Bauleistungen** hingegen gilt wiederum nach §§ 2 I 1, 5 II 2 VOB/A, dass Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren und folglich nach Losen aufgeteilt und getrennt auszuschreiben und zu vergeben sind. Dass sich der Zuwendungsempfänger selbst auf die Einzellose bewirbt, bleibt grundsätzlich möglich. Zu den Ausnahmen zur Losaufteilung aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen gilt oben Gesagtes.

Folgen eines Verstoßes

Zusammengefasst bleibt festzuhalten, dass die getrennte Ausschreibung und Vergabe von Losen die Regelvergabe und die Zusammenfassung der Lose bzw. die Vergabe sämtlicher Arbeiten an einen Generalunternehmer/ -übernehmer der Ausnahmefall ist.

Verstößt der Auftraggeber gegen die erforderliche Ausschreibung und Vergabe nach VOB/A, liegt ein (ggf. schwerer) Vergabeverstoß vor. Ein Widerruf des Zuwendungsbescheids und eine Neufestsetzung der Zuwendung (Kürzung) ist hierbei im Regelfall unumgänglich.

Abschließend ist daher darauf hinzuweisen, dass sich der Zuwendungsempfänger seiner zwingend einzuhaltenden vergabe- und zuwendungsrechtlichen Pflichten aus der beantragten Zuwendung bewusst sein muss. Hat er hier Zweifel, ist zu empfehlen, Rücksprache mit dem Bayerischen Landesamt für Pflege zu halten, da andernfalls nach §§ 48, 49 VwVfG eine Rückforderung der Zuwendung drohen kann.