



Merkblatt zur Ausschreibungspflicht und Vergabe im Rahmen einer Förderung nach PflegesoNahFÖR

1. nicht-öffentliche¹ Zuwendungsempfänger i. S. d. Nr. 3 ANBest-P

Grundsatz:

Mit Inanspruchnahme einer Förderung nach der PflegesoNahFÖR wird dem Zuwendungsempfänger durch Bewilligungsbescheid die Einhaltung der vergaberechtlichen Vorschriften auferlegt. Diese ergeben sich aus den ANBest-P, welche als Nebenbestimmungen zum Bewilligungsbescheid grundsätzlich für verbindlich erklärt werden und zwingend einzuhalten sind.

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 **Bitte beachten:** Für öffentliche Zuwendungsempfänger gelten weitere vergaberechtlichen Vorschriften (insbesondere GWB). **Auch private Zuwendungsempfänger sind unter bestimmten Voraussetzungen öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB. Weitere Informationen unter 2.**

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. Um beispielsweise eine Möglichkeit aufzuführen, kann der Nachweis 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 stellt eine erhoffte Reduzierung des Koordinationsaufwands auf Seiten des Auftraggebers durch eine einheitliche Auftragsvergabe keine ausreichende Begründung dar. 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 Vergabepaxis häufig auftretenden Fallkonstellationen.

Sonderfall: Zuwendungsempfänger ist Generalunternehmer

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 Einzellöse 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.

2. Öffentlicher Auftraggeber i. S. d. §§ 98 ff. GWB

a) Vergabe im Oberschwellenbereich

Sofern bei öffentlichen Aufträgen der voraussichtliche Wert des Auftrags den jeweilig einschlägigen Schwellenwert² der EU überschreitet, findet gem. § 106 Abs. 1 GWB das sog. GWB-Vergaberecht Anwendung. Dieses ist im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) – Teil 4 und in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) geregelt, sowie in der Sektorenverordnung (SektVO), der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) und in der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).

Wer als öffentlicher Auftraggeber anzusehen ist, ergibt sich aus §§ 98 ff. GWB. Im Rahmen der PflegesoNahFöR ist insbesondere § 99 GWB zu beachten.

- § 99 Nr. 1 GWB: Gebietskörperschaften sowie deren Sondervermögen
- § 99 Nr. 2 GWBG: Funktionaler Auftraggeber

Unter folgenden Voraussetzungen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts und des Privatrechts als öffentliche Auftraggeber zu qualifizieren:

Die juristische Person muss zu dem besonderen Zweck gegründet worden sein, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Darüber hinaus muss eine besondere Staatsnähe aufweisen, d.h. sie wird überwiegend von Stellen nach Nummer 1 oder 3 finanziert werden, ihre Leitung unterliegt der Aufsicht

² Für Bauaufträge liegt der EU-Schwellenwert seit 01.01.2020 bei 5.350.000 € (ohne USt.)

durch Stellen nach Nummer 1 oder 3, oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe sind durch Stellen nach Nummer 1 oder 3 bestimmt worden.

- § 99 Nr. 3 GWB: Verbände

Verbände i. S. d. Nr. 3 bezeichnet rechtsfähige Zusammenschlüsse, zu denen – wenigstens auch – Auftraggeber nach Nr. 1 oder Nr. 2 gehören. Ob der Zusammenschluss auf privatrechtlicher (z.B. Arbeitsgemeinschaften, eingetragene Vereine) oder öffentlich-rechtlicher Grundlage (z.B. kommunale Zweckverbände) beruht, ist ebenso, unerheblich wie sein Zustandekommen durch Gesetz oder Vertrag.

- § 99 Nr. 4 GWB: Zuwendungsempfänger

Im Rahmen der PflegesoNahFöR ist insbesondere auf Nr. 4 zu achten. Öffentliche Auftraggeber gem. § 99 Nr. 4 GWB sind auch natürliche oder juristische Personen des Privatrechts sowie juristische Personen des öffentlichen Rechts, soweit sie nicht unter Nr. 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.

Gemäß Beschluss des OLG Düsseldorf vom 13.1.2014 – VII-Verg 11/13 sind „Krankenhäuser“ neben den der medizinischen Akutversorgung gewidmeten Einrichtungen auch solche, die wenigstens auch der stationären medizinischen Versorgung dienen, wie z.B. **Alten- und Pflegeheime**, Hospize etc. Die „Errichtung“ der bezeichneten Gebäude meint hierbei nicht nur einen Neubau, sondern sämtliche Baumaßnahmen, d.h. auch Sanierungen, Modernisierungen, Rekonstruktionen, Umbau- und Erweiterungsarbeiten.

Sofern daher im Rahmen der PflegesoNahFöR stationäre Pflegeplätze errichtet oder umgebaut werden, ist zu prüfen, ob der Zuwendungsempfänger als öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 Nr. 4 GWB zu klassifizieren ist. Dies wäre grundsätzlich der Fall, sofern der geschätzte Wert des Auftrags im Oberschwellenbereich liegt und dieses Vorhaben zu mehr als 50 Prozent aus staatlichen Mitteln subventioniert wird. Im Rahmen der staatlichen Mittel sind hierbei nicht nur die Fördermittel der PflegesoNahFöR einzubeziehen, sondern alle Mittel, welche für dieses Vorhaben von Stellen, die unter die Nummern 1, 2 oder 3 fallen, bereitgestellt werden. Folge hiervon ist, dass u.a. ein europaweites Vergabeverfahren zu erfolgen hat.

b) Vergabe im Unterschwellenbereich

Sofern der geschätzte Auftragswert den EU-Schwellenwert nicht erreicht, findet der 4. Teil des GWB keine Anwendung.

Wenngleich der 4. Teil des GWB nur für öffentliche Auftraggeber bei Erreichen oder Überschreiten des jeweilig einschlägigen Schwellenwerts gilt, gibt es auch im Unterschwellenbereich öffentliche Aufträge, welche die Voraussetzungen der §§ 98 GWB erfüllen, die für den EU-Binnenmarkt relevant sind. Binnenmarktrelevanz bedeutet, dass die Erteilung eines öffentlichen Auftrags für Unternehmen anderer EU-Mitgliedsstaaten interessant sein kann. Wann eine solche Binnenmarktrelevanz vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen und obliegt grundsätzlich der Einschätzung des jeweiligen Auftraggebers. Um dies festzustellen, können bspw. als Bezugspunkte genannt werden:

- Geschätzter Auftragswert: je höher der geschätzte Auftragswert ausfällt, d.h. je näher der Auftragswert an den Schwellenwert heranreicht, desto eher wird ein Auftrag das Interesse anderer Unternehmen in der EU wecken.
- Auftragsgegenstand: sofern die Leistung problemlos auch von anderen europäischen Unternehmen erbracht werden kann, kann dies ebenfalls für eine Binnenmarktrelevanz sprechen.
- Standort: je näher der Ort der Leistungserbringung an einem anderen Mitgliedstaat gelegen ist, desto mehr spricht für ein grenzüberschreitendes Interesse.

Sofern eine Binnenmarktrelevanz bejaht wird, darf auf der einen Seite wegen Unterschreitens des EU-Schwellenwerts ein nationales Vergabeverfahren durchgeführt werden, es gilt das unter 1. Aufgeführte. Auf der anderen Seite müssen jedoch aufgrund des grenzüberschreitendes Interesses erhöhte europäische Vorgaben eingehalten werden. Hieraus folgen für unterschwellige Auftragsvergaben im Verhältnis zum nationalen Vergabeverfahren Abweichungen für die Bekanntmachung, die Auftragsvergabe sowie den Rechtsschutz.

Zusammengefasst 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.