



**Die Klippen  
des Zuwendungs- und  
Vergaberechts  
im Kontext  
von öffentlicher Förderung  
sicher umschiffen**

Abs.	Absatz
ANBest	Allgemeine Nebenbestimmungen
f.	folgende
ff.	fortfolgende
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
i.V.m.	in Verbindung mit
NKernVO	Niedersächsische Verordnung über die Beachtung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Niedersächsische Kernarbeitsnormenverordnung
NTVergG	Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz
NWertVO	Verordnung über Auftragswertgrenzen zum Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetz – Niedersächsische Wertgrenzenverordnung
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen

Öffentliche Fördergelder sind zu Recht beliebt – denn gerade im Bereich von LEADER oder anderen Programmen zur Entwicklung des ländlichen Raums handelt es sich dabei recht häufig um nicht zurück zu zahlende Zuschüsse.

Doch leider lauern im Kontext von öffentlicher Förderung auch zahlreiche „rechtliche Klippen“, insbesondere im Bereich des Zuwendungsrechts und des Vergaberechts. Als Konsequenz bei Verstößen gegen Auflagen und/oder Nebenbestimmungen aus diesen beiden Rechtsgebieten drohen im Nachhinein Kürzungen der Förderung bzw. Sanktionen.

Die nachstehenden kurzen Ausführungen sollen Sie dabei unterstützen, diese Klippen sicher zu umschiffen.

**Beachten Sie hierbei bitte stets, dass den Inhalten dieser Ausführungen keine Rechtsverbindlichkeit zukommt. Insbesondere stellen sie keine offizielle Vorschrift oder Auslegungsregelung der administrativen Ebene des Landes Niedersachsen, der Bundesrepublik Deutschland oder der Europäischen Union dar. Maßgebend sind stets die Regelungen der zugrunde liegenden Rechtsnormen sowie die Inhalte von Förderrichtlinien und Förderbescheiden.**

**Darüber hinaus erheben diese Ausführungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit, sondern sollen Ihnen lediglich einen ersten kurzen Überblick liefern und für das Themenfeld als solches sensibilisieren.**

Bei den Umsetzungen Ihrer geförderten Projekte wünsche ich Ihnen viel Spaß und Erfolg.

*Frank Wolter*

- ✓ Von Ihrer zuwendungsvergebenden Stelle haben Sie einen positiven Förderbescheid erhalten. Hierzu meinen Glückwunsch – und gleich zu Beginn einer der wichtigsten Punkte:

Hören Sie nicht nach der Fördersumme auf zu lesen, sondern lesen Sie den kompletten Bescheid inkl. aller Auflagen und Nebenbestimmungen genau durch.

Sollten Sie einzelne der dort aufgeführten Klauseln nicht verstehen, sind diese doch wichtig. Fragen Sie in diesen Fällen vor der Aufnahme von weiteren Schritten – insbesondere vor dem Start Ihres Projekts – eine fachlich versierte Person.

- ✓ In Ihrem Förderbescheid sind unter anderem zahlreiche zuwendungsrechtliche Inhalte geregelt, deren Einhaltung später von der fördermittelvergebenden Stelle geprüft werden.

Von Bedeutung sind hier beispielsweise die folgenden Punkte:

- ↪ Anlagen bzw. Nebenbestimmung zum Förderbescheid – hier insbesondere die ANBest-ELER mit vergaberechtlichen Auflagen
- ↪ Grundsätzliche Verbindlichkeit der im Rahmen Ihrer Antragstellung aufgestellten Einnahmen- und Ausgabenpläne – Verändern Sie diese nicht oder nicht ohne vorheriger Rücksprache mit Ihrer fördermittelvergebenden Stelle
- ↪ Verpflichtung zum Einsatz des von Ihnen im Rahmen der Antragstellung dargelegten Eigenanteils sowie ggf. der Einnahmen Ihres Projekts (= Ihre Deckungsmittel)
- ↪ Bindung der Förderung an den von Ihrer fördermittelvergebenden Stelle bewilligten Zweck – dies wird im Rahmen der Verwendungsnachweisprüfung kontrolliert
- ↪ Beachtung zu Regelungen hinsichtlich der Art und Weise der Abrechnung Ihres Projekts (Aufbewahrung von Belegen)
- ↪ Gefahr eines vorzeitigen Maßnahmebeginns – grundsätzlich dürfen Sie mit Ihrem Projekt nicht vor Erteilung des Förderbescheides starten (Stichwort „Bewilligungszeitraum“)
- ↪ Beachtung von sonstigen terminlichen Vorgaben (Verwendungsnachweise, Auszahlungs- bzw. Abrechnungstermine etc.)

## Vergabeauflage

- ✓ Die größten rechtlichen Klippen im Kontext von öffentlicher Förderung lauern (auch und gerade bei Privatpersonen) im Bereich des Vergaberechts.  
  
In diesem Zusammenhang besteht Ihr erster und wichtigster Schritt darin, den Inhalt Ihres Förderbescheides daraufhin zu überprüfen, welcher Art von vergaberechtlicher Auflage Sie unterworfen sind welche Art von wettbewerblichem Auswahlverfahren Sie bei der Umsetzung Ihres Projekts beachten müssen.
  
- ✓ Als Privatperson gilt für Sie in der Regel die ANBest-ELER (Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung aus dem Europäischen Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums – das Dokumente können Sie hier <http://www.leader-heideregion-uelzen.de/site/downloads/> herunterladen)  
  
Je nach Höhe Ihrer Förderung und des Fördersatzes sind Sie hiernach entweder zur Anwendung von Teilen des förmlichen Vergaberechts (siehe hierzu die Ausführungen weiter unten unter der Überschrift „Förmliche Vergabeverfahren“) oder zur Einhaltung von Angebotseinholungs- bzw. Vergleichsaufgaben (siehe hierzu weiter unten unter der Überschrift „Wettbewerbliche Auswahlverfahren“) verpflichtet.
  
- ✓ **Achtung: nach den Regelungen des niedersächsischen Landesvergaberechts kann aufgrund der Inhalte bzw. der durchzuführenden Arbeiten in Ihrem Projekt die Situation entstehen, dass Sie als Privatperson in den Status eines öffentlichen Auftraggebers versetzt werden.** Dies hat dann zur Folge, dass Sie auch ohne Auflage in Ihrem Förderbescheid bereits aufgrund der allgemein geltenden gesetzlichen Regelungen zur Anwendung des kompletten förmlichen Vergaberechts verpflichtet sind.
  
- ✓ Wann welche Regelung (ANBest-ELER oder direkte bzw. gesetzliche Verpflichtung zur Vergaberechtsanwendung) für Sie gilt, können Sie im Detail den gesonderten Übersichtsblättern im Anhang dieser Ausführungen entnehmen.

## Förmliche Vergabeverfahren

Nachstehend stelle ich Ihnen stichpunktartig die einzelnen Ablaufschritte eines förmlichen Vergabeverfahrens dar.

Solche sind von Ihnen dann durchzuführen,

wenn Sie aufgrund der **Inhalte Ihres Projekts** via §§ 98, 99 Nr. 4 GWB i.V.m. § 2 Abs. Abs. 1 und Abs. 5 NTVergG direkt zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind.

wenn Sie eine **Förderung von mehr als 50.000 Euro bei einem Fördersatz von mehr als 50 %** (siehe Ziffer 3.1.3. ANBest-ELER) erhalten haben. In diesen Fällen gelten nicht alle der nachfolgenden Ablaufschritte für Sie – die nicht geltenden Schritte habe ich **gelb** hinterlegt.

- ✓ Grundsätzlich gilt, dass Sie alle Ihre Schritte und Handlungen im Rahmen einer **Vergabedokumentation** (siehe § 20 VOB/A bzw. § 20 VOL/A) dokumentieren müssen.
- ✓ Um herauszufiltern, welche vergaberechtlichen Regelungen von Ihnen anzuwenden sind, müssen Sie zuerst prüfen, welche **Art von Leistung** Sie für Ihr Projekt beschaffen. Hierbei kann es durchaus auch vorkommen, dass Sie mehrere Beschaffungsvorgänge haben, die ggf. unterschiedlichen Regelungen unterliegen.

Grundsätzlich ist grob wie folgt zu unterscheiden:

- ↪ Bauleistungen nach der VOB/A
- ↪ Liefer- bzw. Dienstleistungen nach der VOL/A
- ↪ Freiberufliche Leistungen nach der VgV (früher nach der VOF)

- ✓ Ihr nächster Schritt besteht darin, den **Auftragswert** Ihres Beschaffungsvorgangs gem. § 3 VgV zu ermitteln bzw. zu schätzen.

Dieser Schritt ist für den weiteren Verfahrensgang von großer Bedeutung, insbesondere hinsichtlich der Frage, welche Vergabeart Sie wählen müssen bzw. dürfen (siehe hierzu den nächsten Verfahrensschritt).

Im Rahmen der Auftragswert-Frage sind unter anderem folgende Punkte von Bedeutung:

- ↪ Durchführung einer seriösen Prognose, keiner groben Schätzung
  - ↪ Betrachtung des gesamten Projekts – ggf. Verpflichtung zur Addition von Teilaufträgen, wenn diese nur zusammen betrachtet den Sinn und Zweck des Projekts erfüllen, der Teilauftrag für sich allein betrachtet keinen Sinn und Zweck erfüllt
  - ↪ Verpflichtung zur Bildung von Fach- und/oder Teil-Losen – siehe in diesem Zusammenhang auch die Regelungen der NWertVO
- ✓ Basierend auf Ihrer Auftragswertschätzung haben Sie im nächsten Schritt die korrekte **Vergabeart** gem. §§ 3, 3a VOB/A bzw. § 3 VOL/A auszuwählen.

Hierbei gilt folgendes sog. Kaskadenprinzip – genutzt werden dürfen dabei die Erleichterungsregelungen der NWertVO:

- ↪ Regelverfahren: Öffentliche Ausschreibung
- ↪ Ausnahmeverfahren:
  - Beschränkte Ausschreibung mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb
  - Beschränkte Ausschreibung ohne vorgeschalteten Teilnahmewettbewerb
  - Freihändige Vergabe
  - Direktkauf (nur in der VOL/A)

- ✓ Ihr nächster Schritt besteht nun darin, eine **Leistungsbeschreibung** für Ihren Beschaffungsvorgang unter Beachtung der §§ 7 ff. VOB/A bzw. der §§ 7 ff. VOL/A zu erstellen.

Beachten Sie hierbei insbesondere den Grundsatz der Produktneutralität – Markennamen etc. dürfen nur in den normierten Ausnahmegründen verwendet werden.

- ✓ Darüber hinaus müssen Sie **Eignungskriterien** im Sinne der §§ 6 ff. VOB/A bzw. des § 6 VOL/A (Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit) formulieren.

Eignungskriterien unter den vorgenannten Rubriken beziehen sich immer auf die Unternehmen, welche Ihnen im weiteren Verlauf ein Angebot abgeben sollen.

Sie gelten als „KO-Kriterien“ – wer sie nicht erfüllt, kommt als Auftragnehmer nicht in Betracht.

Von Bedeutung ist hierbei insbesondere, dass die Kriterien nicht ungleichbehandelnd oder diskriminierend sein dürfen. Ferner dürfen Sie von Ihnen nicht im weiteren Verlauf des Verfahrens verändert werden.

- ✓ Zu den von Ihnen zu erstellenden Vergabeunterlagen gehören neben der oben bereits dargestellten Leistungsbeschreibung **Unterlagen nach den Vorschriften des niedersächsischen Landesvergaberechts**, nämlich:

↪ Mindestentgelt- bzw. Tariftreue-Erklärung gem. §§ 4 ff. NTVergG

↪ ILO-Erklärung gem. § 12 NTVergG bzw. gem. NKernVO

↪ Nachunternehmer-Erklärungen gem. § 8 NTVergG

Siehe zu allen Punkten im Detail auch die Informationen der Servicestelle beim Niedersächsischen Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr

[http://www.mw.niedersachsen.de/startseite/themen/aufsicht\\_und\\_recht/servicestelle\\_zum\\_niedersaechsischen\\_tariftreue\\_und\\_vergabegesetz\\_ntvergg/servicestelle-zum-niedersaechsischen-tariftreue--und-vergabegesetz-ntvergg--120418.html](http://www.mw.niedersachsen.de/startseite/themen/aufsicht_und_recht/servicestelle_zum_niedersaechsischen_tariftreue_und_vergabegesetz_ntvergg/servicestelle-zum-niedersaechsischen-tariftreue--und-vergabegesetz-ntvergg--120418.html)



- ✓ Als letzten vorbereitenden Schritt Ihrer Vergabeunterlagen müssen Sie die **Bewerbungsbedingungen** im Sinne der §§ 8 ff. VOB/A bzw. der §§ 8 ff. VOL/A festlegen.

Nach diesen Bedingungen bzw. Kriterien, welche (ähnlich wie die schon dargestellten Eignungskriterien) weder geändert werden dürfen noch diskriminierend sein dürfen, bewerten Sie im weiteren Verlauf die eingehenden Angebot und finden so Ihren Vertragspartner.

Zum Paket der Bewerbungsbedingungen gehören insbesondere:

- ↪ Zuschlagskriterien (Preis und weitere Kriterien wie beispielsweise Umweltgesichtspunkte o.ä.),
- ↪ eine Bewertungsmatrix zu diesen Kriterien
- ↪ sowie ein Punktevergabeschlüssel

- ✓ Bevor Sie im nächsten Schritt Ihren Beschaffungsvorgang bekannt machen, müssen Sie sich des Weiteren noch über die Setzung von **Fristen** Gedanken machen.

Je nach Beschaffungsgegenstand sind von Ihnen hierbei der § 10 VOBV/A oder der § 10 VOL/A zu beachten.

- ✓ Endlich sind die vorbereitenden Arbeiten vollbracht und Sie können mit der **Bekanntmachung** Ihres Beschaffungsbedarfs starten.

Je nach Beschaffungsgegenstand sind von Ihnen hierbei die §§ 11 ff. VOBV/A oder die §§ 11 ff. VOL/A zu beachten.

- ✓ Nach Eingang der Angebote ist von Ihnen zu dem festgesetzten Termin ein **Angebotsöffnungs- oder Submissions-Termin** unter Wahrung des Vieraugen-Prinzips durchzuführen.

In Ergänzung der allgemeinen Vergabedokumentation ist in diesem Rahmen ein gesondertes Protokoll anzufertigen.

Die jeweiligen Einzelheiten des Termins und des Protokolls ergeben sich aus den §§ 14 ff VOB/A bzw. aus den §§ 14 ff. VOL/A

- ✓ Gleich ist es vollbracht und Sie haben endlich vergaberechtlich korrekt Ihren Vertragspartner zu Deckung Ihres Beschaffungsbedarf gefunden ☺.

Zuvor muss von Ihnen allerdings noch eine **Prüfung und Bewertung** der fristgerecht eingegangenen Angebote unter Berücksichtigung der von Ihnen erstellten Leistungsbeschreibung und der gesetzten Kriterien durchgeführt werden.

Details hierzu ergeben sich aus den §§ 16 ff. VOB/A bzw. aus den §§ 16 ff. VOL/A

Klassischerweise erfolgt diese Prüfung und Bewertung in den folgenden vier Schritten, in denen ggf. jeweils Bieter auszuschließen sind:

- ↗ Prüfung der Einhaltung von Formalien durch die Bieter
  - ↗ Prüfung der Erfüllung der gesetzten Eignungskriterien
  - ↗ Prüfung des Angebots auf Übereinstimmung mit der erstellten Leistungsbeschreibung
  - ↗ Wirtschaftlichkeitsprüfung – Bewertung der verbliebenen Angebote anhand der gesetzten Zuschlagskriterien unter Anwendung der Bewertungsmatrix und des Punktevergabeshlüssels
- ✓ Dem Angebot mit den meisten Punkten müssen Sie zum Abschluss den **Zuschlag** erteilen, hinsichtlich der anderen Bieter die Ihnen obliegenden **Informationspflichten** erfüllen.
- Details hierzu ergeben sich aus den §§ 18 f. VOB/A bzw. aus den §§ 18 f. VOL/A.

## Wettbewerbliche Auswahlverfahren

Soweit Sie nicht zur (teilweisen) Anwendung des förmlichen Vergaberechts verpflichtet sind, sieht die ANBest-ELER Auflagen zur Durchführung von wettbewerblichen Auswahlverfahren bei Erhalt von Fördergeldern vor.

Hier ist wie folgt zu differenzieren:

### Auflage „Angebotseinholung“

- ✓ Diese Variante gilt nach Ziffer 3.1.2. ANBest-ELER dann, wenn Sie mehr als 50.000 Euro Förderung bei einem Fördersatz bis zu 50 % erhalten

- ✓ In diesen Fällen müssen Sie ab einem Auftragswert von 15.000 Euro mindestens drei fachkundige und leistungsfähige (siehe hierzu schon oben – „Eignungskriterien“) Unternehmen kontaktieren und zur Abgabe eines Angebots auffordern.

Ihr Ziel muss hierbei darin liegen, auch drei Angebote zu erhalten. Fordern Sie also stets mehr als die genannte Mindestanzahl von drei Unternehmen auf.

Die Aufforderung als solche muss den Kern der oben bereits dargestellten Grundsätze erfüllen (in der Regel produktneutrale Beschreibung, keine Diskriminierungen, keine Ungleichbehandlungen etc.).

- ✓ Den Auftrag müssen Sie dem Unternehmen erteilen, welches das wirtschaftlichste Angebot im oben schon dargestellten vergaberechtlichen Sinne abgegeben hat.
- ✓ Auch in diesen Fällen sind Ihre Schritte und Handlungen zu dokumentieren.

## Auflage „Angebotsvergleich“

- ✓ Diese niedrigste Stufe des wettbewerblichen Verhaltens im Kontext von öffentlicher Förderung gilt nach Ziffer 3.1.1. ANBest-ELER dann, wenn Sie eine Zuwendung bis zu 50.000 Euro erhalten.
  
- ✓ Der Wortlaut der ANBest-ELER spricht davon, dass Sie im Rahmen der Auftragserteilung die Gebote der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit beachten müssen.  
  
Damit ist gemeint, dass Sie hinsichtlich Ihres Beschaffungsbedarfs einen Angebotsvergleich durchführen müssen.  
  
Dieser muss nicht zwingend durch schriftliche Einholung von Angeboten bei Unternehmen erfolgen, sondern kann auch durch Internetrecherchen, Katalogrecherchen o.ä. durchgeführt werden.
  
- ✓ Auch in diesen Fällen sind Ihre Schritte und Handlungen zu dokumentieren.

### 1. Hintergrundinformationen

Die Regelungen des Vergaberechts gelten in grundsätzlicher Hinsicht nur für die Organisationseinheiten des Staates, für die „öffentliche Hand“.

Wer in diesem Sinne als öffentlicher Auftraggeber gilt und insofern zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet ist, war bis zum 17. April 2016 in § 98 des GWB geregelt. Mit Umsetzung der Vergaberechtsreform befindet sich diese Regelung seit dem 18. April 2016 in den §§ 98 und 99 des GWB, die im Wesentlichen identisch mit der alten Rechtslage sind.

Im Zusammenhang mit Subventionen bzw. öffentlichen Zuwendungen (aus den Strukturfonds ESF und EFRE oder aus dem ELER und/oder aus sonstigen Bundes- bzw. Landesmitteln) werden neben den klassischen öffentlichen Auftraggebern aber auch Privatpersonen verpflichtend (mehr oder weniger umfassend) in den Anwendungsbereich des Vergaberechts einbezogen.

Die Einbeziehung von Privatpersonen erfolgt in der Bundesrepublik Deutschland bzw. in ihren Bundesländern im Rahmen einer gestaffelten Prüfung, welche ich Ihnen nachstehend für das **Land Niedersachsen** im Detail darstelle:

- Schritt 1:  
Prüfung, ob eine Privatperson bereits gesetzlich nach §§ 98, 99 Nr. 2 bis 4 GWB (früher § 98 Nr. 2 bis 6 GWB) als öffentlicher Auftraggeber gilt (Schwerpunkt hier auf § 99 Nr. 2 und 4 GWB)
- Schritt 2:  
Wenn Nein, Prüfung ob bzw. in welchem Umfang eine Privatperson über den Inhalt des Zuwendungsbescheides in Verbindung mit der ANBest-ELER zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet ist

### 2. Prüfschema – Übersicht

Norm	Voraussetzungen	Rechtsfolge
§§ 98, 99 Nr. 2 GWB § 2 Abs. 1 & 5 NTVergG	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Auftragswert über 10.000 €</li><li>▪ Juristische Person wurde gegründet, um im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen</li><li>▪ Überwiegende staatliche Finanzierung der juristischen Person oder staatliche Aufsicht über die juristische Person oder mehr als 50 % der Geschäftsführungs- oder der Aufsichtsorgane der juristischen Person sind staatlich besetzt</li></ul>	Komplette Gültigkeit des Vergaberechts für öffentliche Auftraggeber
§§ 98, 99 Nr. 4 GWB § 2 Abs. 1 & 5 NTVergG	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ Auftragswert über 10.000 €</li><li>▪ Tiefbaumaßnahme oder Errichtung von Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen oder damit in Zusammenhang stehende Dienstleistungen bzw. Wettbewerbe</li><li>▪ Öffentliche Subventionierung von mehr als 50 % (inkl. öffentlicher Kofinanzierung)</li></ul>	Komplette Gültigkeit des Vergaberechts für öffentliche Auftraggeber

Norm	Voraussetzungen	Rechtsfolge
Nr. 3.1.3. ANBest-ELER	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ ELER-Zuwendung von mehr als 50.000 €</li><li>▪ Fördersatz von mehr als 50 % (ohne öffentliche Kofinanzierung)</li></ul>	Komplette Gültigkeit des in der Ziffer aufgeführten Vergaberechts für öffentliche Auftraggeber
Nr. 3.1.2. ANBest-ELER	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ ELER-Zuwendung von mehr als 50.000 €</li><li>▪ Fördersatz von bis zu 50 % (ohne öffentliche Kofinanzierung)</li></ul>	Aufforderung von mindestens drei fachkundigen und leistungsfähigen Unternehmen zur Abgabe eines Angebots ab einem Auftragswert von 15.000 €  Auftragserteilung an das wirtschaftlichste Angebot im vergaberechtlichen Sinne  Dokumentationspflichten
Nr. 3.1.1. ANBest-ELER	<ul style="list-style-type: none"><li>▪ ELER-Zuwendung von bis zu 50.000 € (ohne öffentliche Kofinanzierung)</li></ul>	Beachtung der haushaltsrechtlichen Gebote der Wirtschaftlichkeit und der Sparsamkeit  Dokumentationspflichten

### 3. Prüfschema – Details zu §§ 98, 99 Nr. 4 GWB

#### 3.1. Grundsätzliche Hinweise zum Normzweck des § 99 Nr. 4 GWB

In grundsätzlicher Hinsicht stellt sich zunächst die Frage, ob Förderfälle aus dem Bereich der Strukturfonds ESF und EFRE oder aus dem Bereich des ELER und/oder aus den Bereich der Förderung mit Bundes- und Landesprogrammen überhaupt dem Anwendungsbereich des § 99 Nr. 4 GWB (früher § 98 Nr. 5 GWB) unterfallen.

Von Teilen der juristischen Literatur und Rechtsprechung der Bundesrepublik Deutschland heißt es in diesem Zusammenhang, dass von § 99 Nr. 4 GWB nur die Fälle der sog. Drittvergaben erfasst sind. Die Norm sei insofern nur dann anzuwenden, wenn ein entsprechendes Vorhaben eigentlich bzw. grundsätzlich vom Staat erbracht worden wäre, der Staat das Vorhaben aber durch eine Privatperson erbringen lässt und diese dafür subventioniert.

In diesem Sinne kann der der letzte Absatz des Art. 13 der EU-Richtlinie 2014/24 (welche die europarechtliche Basis des § 99 Nr. 4 GWB bildet) auch aus meiner Sicht durchaus interpretiert werden.

Eine entsprechende Auslegung hat beispielsweise verhältnismäßig aktuell die Vergabekammer Nordbayern in ihrem Beschluss vom 19. Oktober 2015 vertreten:

*Einer zu weiten Auslegung des § 98 Nr. 5 GWB [Anmerkung: heute § 99 Nr. 4 GWB] setzt der Bestimmtheitsgrundsatz Grenzen. Zweck der Vorschrift ist die Erfassung sogenannter Drittvergaben, in denen der Dritte gleichsam als verlängerter Arm des öffentlichen Auftraggebers auftritt. Es muss sich um die Delegation von Aufgaben handeln, die klassischerweise im öffentlichen Interesse von öffentlichen Auftraggebern zu erfüllen sind.*

Vom politischen Sinn und Zweck her betrachtet erscheint diese Auslegung sinnvoll und nachvollziehbar. Denn auch ich kann mir nur schwer vorstellen, dass der EU-Gesetzgeber bei der Schaffung der Norm gewollt hat, dass quasi jedes Projekt, dass mit Hilfe von ELER- oder anderen Fördermitteln von Privatpersonen umgesetzt wird, auf eine Anwendbarkeit des § 99 Nr. 4 GWB hin geprüft werden muss.

Andererseits spiegeln sich die vorstehend dargestellten Erwägungsgründe der Vergabekammer Nordbayern zur Begrenzung des Anwendungsbereichs von § 99 Nr. 4 GWB in der Norm des § 99 Nr. 3 GWB (früher § 98 Nr. 4 GWB) wider. Denn in dieser Norm sind die klassischen Daseinsvorsorgeaufgaben bzw. Aufgaben im Allgemeininteresse genannt, welche grundsätzlich



der Staat erbringt und die ausnahmsweise von staatlich finanzierten Privatpersonen übernommen werden.

Hinzu kommt, dass es im Kontext von Fördermitteln (EU- und/oder nationalen Fördermitteln) regelmäßig ab dem Erreichen bestimmter Fördersummen und/oder Förderquoten (siehe hierzu beispielsweise die oben dargestellten Regelungen der niedersächsischen ANBest-ELER) zu einer Einbeziehung von Privatpersonen in den Anwendungsbereich des Vergaberechts kommt.

Darüber hinaus differenziert auch und gerade die Rechtsprechung des EuGH nicht derart, sondern geht von einer Anwendung des Vergaberechts auch für Privatpersonen aus, wenn bestimmte Größenordnungen von Subvention überschritten sind bzw. bestimmte normierte Vorhaben mit Unterstützung durch staatliche Subventionen durchgeführt werden (siehe beispielsweise Urteil vom 26. September 2013, bei welchem es um die Errichtung eines Club Med Hotels ging – insofern also um eine Aufgabe, welche schwerlich als eigentlich staatliche Aufgabe klassifiziert werden kann).

**Im Sinne einer „Worst-Case-Betrachtung“ soll also in den folgenden Ausführungen davon ausgegangen werden, dass die Norm des § 99 Nr. 4 GWB auch im Rahmen von klassischen Förderfällen geprüft werden muss.**

### 3.2. Prüfung der Normvoraussetzungen

Die am weitesten reichende Regelung zur Einbeziehung von Privatpersonen im Bereich der ELER-Förderung in den Anwendungsbereich des Vergaberechts stellen vor dem Hintergrund der voranstehenden Erwägungen insofern die §§ 98, 99 Nr. 4 des GWB dar. Denn nach diesen Normen gelten die betreffenden Privatpersonen bereits gesetzlich als öffentliche Auftraggeber, wohingegen in den anderen dargestellten Fällen der vorstehenden Übersicht eine Einbeziehung in den Anwendungsbereich des Vergaberechts erst durch den Zuwendungsbescheid erfolgt.

Da die betreffenden Normen hinsichtlich ihrer Voraussetzungen von zahlreichen unbestimmten (zu definierenden) Rechtsbegriffen geprägt sind, stelle ich Ihnen den entsprechenden Prüfweg nachfolgend im Detail dar. Um hiernach als öffentlicher Auftraggeber zu gelten, müssen alle nachstehenden Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein.

### 3.2.1. Anwendungsbereich des GWB

Wie ich Ihnen im Detail in dem Teilskript Nummer 2 sowie in der Übersicht zum Normengefüge des Vergaberechts dargestellt habe, gilt das GWB nur im Oberschwellen-Bereich bzw. nach Erreichen der EU-Schwellenwerte.

Liegt das finanzielle Volumen des subventionierten Vorhabens der Privatperson oberhalb der Schwellenwerte, kommt es problemlos zu einer direkten Anwendung der §§ 98, 99 Nr. 4 des GWB.

Spiegelbildlich zum Oberschwellen-Vergaberecht des GWB und der dieses ergänzenden Verordnungen befinden sich aber auch in den vergaberechtlichen Regelungen des Unterschwellen-Vergaberechts der Bundesländer Normen zur Festlegung der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber. Soweit in den entsprechenden landesrechtlichen Normen dann auf die §§ 98, 99 des GWB verwiesen wird, gelten diese inhaltlich auch im Bereich des Unterschwellen-Vergaberechts.

Bei Ihrer entsprechenden Prüfung müssen Sie darüber hinaus untersuchen, ob die landesrechtliche Norm selbst wieder einen Schwellenwert statuiert, ab dessen Erreichen sie anzuwenden ist.

Bezogen auf das Land Niedersachsen statuiert der § 2 Abs. 1 Satz 1 NTVergG eine Anwendung des NTVergG ab einem Auftragswert von 10.000 Euro. Liegt also das finanzielle Volumen des subventionierten Vorhabens der Privatperson oberhalb dieses Wertes, kommt es zu einer Anwendung des NTVergG.

Der dann insofern auch geltende § 2 Abs. 5 des NTVergG verweist auf die §§ 99 Nr. 1 bis 4 des GWB, so dass in Niedersachsen der selbe öffentliche Auftraggeberbegriff wie im Bereich des Oberschwellen-Vergaberechts gilt.

### 3.2.2. Vorhabenbezogene Voraussetzungen des § 99 Nr. 4 GWB

Voraussetzung ist des Weiteren, dass die subventionierte Privatperson eine der in § 99 Nr. 4 des GWB statuierten Vorhaben erbringt bzw. Tätigkeiten ausführt. Die dort aufgeführte Liste stellt eine abschließende Aufzählung dar.

Bei allen aufgeführten Vorhaben bzw. Maßnahmen handelt es sich um **Baumaßnahmen** sowie um mit Baumaßnahmen in Verbindung stehenden Dienstleistungs- bzw. Planungsaufgaben. Der in der Norm verwendete Begriff „**Errichtung**“ ist insofern im bau(recht)lichen Sinne zu verstehen und umfasst nach den einschlägigen Kommentierungen hierzu neben dem vollständigen Neubau auch alle weiteren bzw. anderen Bestand schaffenden, erhaltenden oder veränderten Baumaßnahmen wie Sanierung, Umbau, Modernisierung sowie den Abriss.

- Durchführung einer **Tiefbaumaßnahme** oder eine damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungs- bzw. Planungsaufgabe

Tiefbau = Errichtung von Bauwerken an bzw. unterhalb der Erdoberfläche, z.B. Straßen- und Wegebau, Kanalbau, Wasserbau – siehe auch die Auflistung in Anhang II der EU-Richtlinie 2014/24

- oder **Errichtung von Krankenhäusern** oder eine damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungs- bzw. Planungsaufgabe

Krankenhäuser in diesem Sinne liegen dann vor, wenn neben der medizinischen Versorgung auch die Möglichkeit der stationären Aufnahme vorhanden ist

- oder **Errichtung von Sport-, Erholungs- oder Freizeiteinrichtungen** oder eine damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungs- bzw. Planungsaufgabe

Im ELER-Bereich bedeutsam könnte insbesondere die Frage des Vorliegens einer Erholungs- oder Freizeiteinrichtung sein.

Erfasst sind hier alle Einrichtungen, welche von Menschen klassischerweise und gänzlich freiwillig während ihrer Freizeit aufgesucht werden (neben Begegnungsstätten, Skaterparks, Grillplätzen, Spielplätzen etc. beispielsweise auch kulturelle Einrichtungen wie Theater, Museen oder Ausstellungsräume)

Nach dem oben bereits erwähnten Urteil des EuGH spielt es dabei keine Rolle, ob die betreffende Einrichtung der Öffentlichkeit frei zugänglich ist (= kollektive Erholungs- und Freizeiteinrichtung) oder ob sie nur von bestimmten Personengruppen genutzt werden kann bzw. darf wie im Fall des Club Med Hotels (= individuelle Erholungs- und Freizeiteinrichtung)

- oder **Errichtung eines Schul-, Hochschul- oder Verwaltungsgebäudes** oder eine damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungs- bzw. Planungsaufgabe

Gemeint ist hier ein breites Spektrum aus dem Bildungsbereich. Erfasst werden neben Gebäuden der klassischen privaten Schul- und Hochschulträger auch Kindergärten oder Einrichtungen privater Bildungsträger aus dem Bereich der Aus- und Weiterbildung

### 3.2.3. Subventionsquote von mehr als 50 %

Schließlich ist vorausgesetzt, dass die Privatperson für das betreffende Vorhaben zu mehr als 50 % staatlich subventioniert worden sein muss.

Im Gegensatz zur Vorgängernorm des § 98 Nr. 5 GWB verwendet der jetzige § 99 Nr. 4 GWB den Begriff der „Subvention“ statt der „Finanzierung“.

Erfasst werden nunmehr neben klassischen Zuschüssen in Geld auch sonstige Formen von Subvention mit einem Beihilfenwert (beispielsweise Bürgschaften, zinsvergünstigte Darlehen oder sonstige Vergünstigungen).

Im Zusammenhang mit der ELER-Förderung hat dies darüber hinaus zur Folge, dass nicht nur die reine ELER-Förderung der zuwendungsvergebenden Stelle einzubeziehen ist, sondern auch andere öffentliche / staatliche Förderanteile wie kommunale Kofinanzierung etc.