



**Vergaberecht im Rahmen der  
Krankenhausförderung.**  
Informationen für Fördermittel-  
empfänger in Nordrhein-Westfalen.

Stand: Dezember 2023

# Inhalt

<b>1. Fördermittelvergaberecht – was ist das?</b>	<b>3</b>
<b>2. Anwendungsfelder des Fördermittelvergaberechts.</b>	<b>4</b>
2.1 Überblick über die verschiedenen Fallkonstellationen des Fördermittelvergaberechts	4
2.2 Erläuterung der verschiedenen Konstellationen des Fördermittelvergaberechts	5
2.3 Anwendbarkeit des Fördermittelvergaberechts aufgrund einer Anordnung im Fördermittelbescheid	5
(a) Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung Nordrhein-Westfalen (ANBest-P NRW)	5
(b) Gesonderte Anordnung des Vergaberechts im Fördermittelbescheid	7
<b>3. Erläuterung der einzelnen Verfahren nach ANBest-P. NRW</b>	<b>9</b>
3.1 „3-Angebote-Verfahren“	10
3.2 Verfahren nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) Abschnitt 1	11
(a) Bekanntmachung des Auftrags	11
(b) Wahl der richtigen Verfahrensart	12
(c) Dokumentation	13
(d) Einhaltung von Fristen	14
(e) Prüfung und Wertung der jeweiligen Angebote	14
3.3 Verfahren nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	15
(a) Bekanntmachung des Auftrags	15
(b) Wahl der richtigen Verfahrensart	16
(c) Dokumentation	17
(d) Einhaltung bestimmter Fristen	18
(e) Prüfung und Wertung der jeweiligen Angebote	18
<b>4. Verstöße gegen das Fördermittelvergaberecht.</b>	<b>19</b>
4.1 Häufige Fehlerquellen	19
4.2 Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Fördermittelvergaberecht	19
(a) Auftragsebene	19
(b) Förderebene	20
<b>5. Originäre Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts.</b>	<b>21</b>
<b>6. Sonderfall: Zusammentreffen des GWB-Vergaberechts mit den Bestimmungen der ANBest-P NRW.</b>	<b>22</b>
<b>7. Abschließend: Die fünf „goldenen Regeln“ des Fördermittelvergaberechts.</b>	<b>23</b>

# 1. Fördermittelvergaberecht – was ist das?

Das Fördermittelvergaberecht stellt eine Schnittstelle zwischen dem Fördermittel- und dem Vergaberecht dar. Relevant wird es, wenn Bund, Länder oder Kommunen Fördermittel vergeben und diese Fördermittel vom Fördermittelempfänger sodann weiterverwendet werden.

Während das Fördermittelrecht nach den Prinzipien des öffentlichen Haushaltsrechts die Fördermittelgeber bei der Verwendung öffentlicher Mittel zur **Wirtschaftlichkeit** und **Sparsamkeit** verpflichtet, hat das Vergaberecht eine doppelte Zielrichtung: Zum einen soll der wirtschaftliche und sparsame Einsatz öffentlicher Mittel sichergestellt werden (sog. Haushaltslösung), zum anderen ist ein fairer, transparenter und diskriminierungsfreier Wettbewerb zwischen den potenziellen Auftragnehmern umzusetzen. Allerdings bindet das Vergaberecht (nur) **öffentliche Auftraggeber**. Private Auftraggeber müssen das Vergaberecht grundsätzlich nicht beachten.

Damit sind auch die privaten Fördermittelempfänger, wie bspw. private Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger, dem Fördermittelgeber gegenüber in aller Regel nicht zur Einhaltung des Vergaberechts verpflichtet. Wird jedoch ein Vorhaben privater Krankenhausträger durch staatliche Förderungen (teil)finanziert, soll ebenfalls sichergestellt sein, dass die öffentlichen Mittel wirtschaftlich, sparsam und „wettbewerbsfair“ eingesetzt werden. An dieser Stelle wird das Fördermittelvergaberecht relevant: Die Fördermittelgeber ordnen im Fördermittelbescheid oder im Subventionsvertrag an, dass auch der private Fördermittelempfänger vergaberechtliche Prinzipien zu beachten hat. Wie weit dieser „Anwendungshebel“ reicht, setzt der Fördermittelgeber im Einzelfall fest.

Gerade für Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger ist das Fördermittelvergaberecht von besonderer Bedeutung, da es in diesem Bereich eine Vielzahl an Fördermitteln gibt (vgl. bspw. den **Krankenhausstrukturfonds** [KHSF] und das **Krankenhausfinanzierungsgesetz** [KHG] sowie das **Krankenhausgestaltungsgesetz NRW** [KHGG NRW]).

Je nach Höhe der Förderung und des Auftragswerts finden hier unterschiedliche Vorschriften und Regelungsregime Anwendung. Die Vielzahl zu beachtender Vorgaben und deren Vorliegen in unterschiedlichen Kombinationen machen das Fördermittelvergaberecht zu einer sehr **komplexen und damit auch fehleranfälligen Materie**. Da an die Missachtung oder Fehlanwendung des Fördermittelvergaberechts schwerwiegende Konsequenzen geknüpft werden können, die bis hin zu einer Rückforderung der gesamten Fördermittel reichen, ist es von außerordentlich wichtiger Bedeutung, dass die (privaten) Fördermittelempfänger die Anwendung des Fördermittelvergaberechts beherrschen.

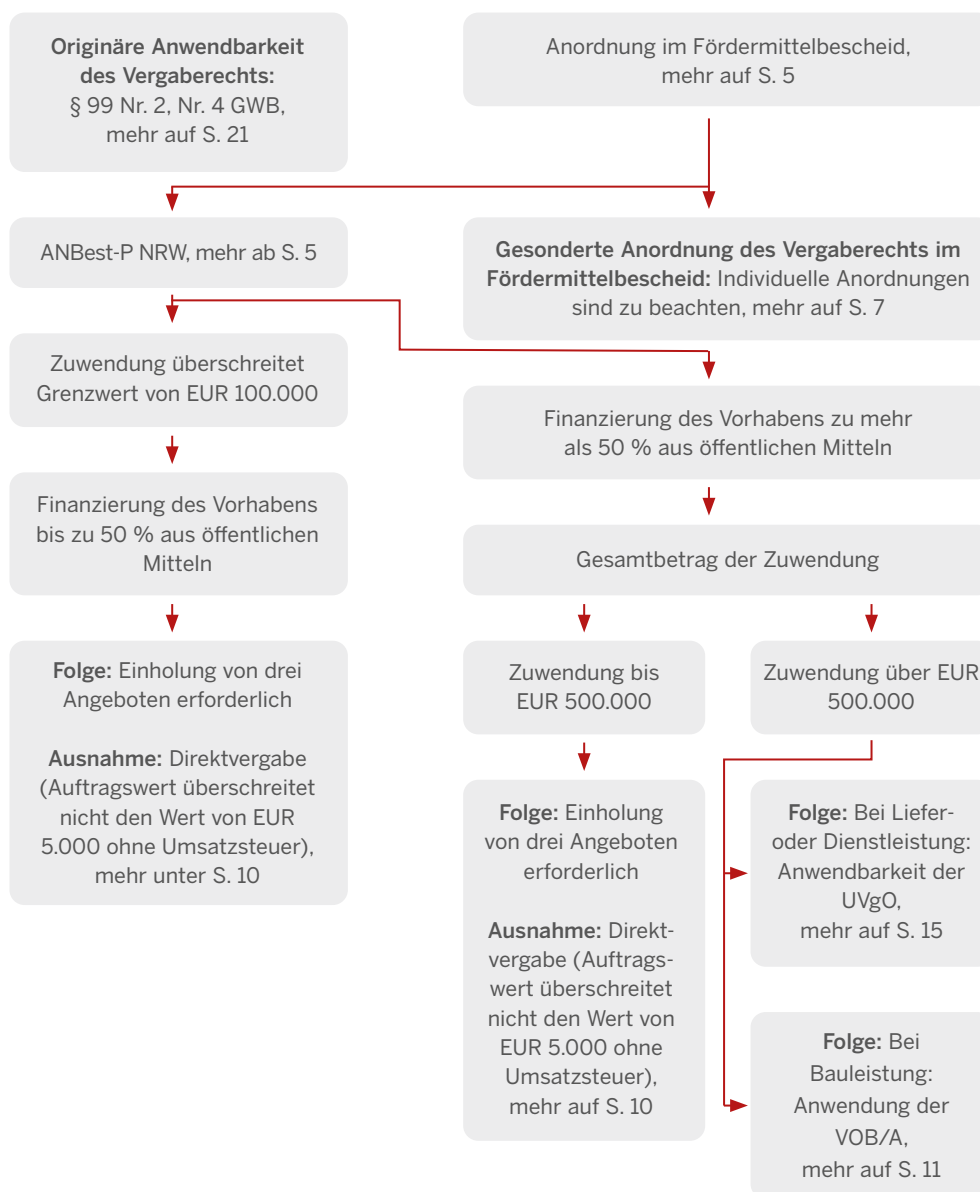
**Die Fördermittelbewilligung zu bekommen, ist das eine – die Fördermittel später aber auch dauerhaft behalten zu dürfen, ist das andere!**

Die nachfolgenden Ausführungen sollen eine Handreichung darstellen und Fördermittelempfängern einen ersten Überblick darüber geben, wie mit den Herausforderungen des Fördermittelvergaberechts umzugehen ist und welche wichtigen Weichenstellungen hierbei zu beachten sind. Die Broschüre behandelt dabei die Fragen, die von Fördermittelempfängern besonders häufig gestellt werden. Natürlich kann und will sie eine auf den Einzelfall abgestimmte Beratung durch einen Rechtskundigen nicht ersetzen.

## 2. Anwendungsfelder des Fördermittelvergaberechts.

Für Fördermittelempfänger ist zunächst von zentraler Bedeutung, zu ermitteln, welche **konkreten Vorgaben** des Fördermittelvergaberechts für ihr **jeweiliges Vorhaben** Anwendung finden. Die nachfolgende Übersicht soll es Fördermittelempfängern ermöglichen, unkompliziert herauszufinden, ob, und wenn ja, welche Vorgaben des Fördermittelvergaberechts für ihr jeweiliges Vorhaben zu beachten sind.

### 2.1 Überblick über die verschiedenen Fallkonstellationen des Fördermittelvergaberechts



## 2.2 Erläuterung der verschiedenen Konstellationen des Fördermittelvergaberechts

Die entscheidende **erste Weichenstellung** bei der Feststellung, ob und, wenn ja, welchen Regeln des Fördermittelvergaberechts der Fördermittelempfänger unterliegt, ist zunächst die Prüfung, ob der Fördermittelempfänger nach § 99 Nr. 2 oder § 99 Nr. 4 des **Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen** (GWB) als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren ist. Ist dies der Fall, so ist er, unabhängig von etwaigen Regelungen im Fördermittelbescheid, bereits originär dem GWB-Vergaberecht unterworfen.

**Hinweis:** Da die originäre Anwendung des GWB-Vergaberechts aufgrund der Eigenschaft des Fördermittelempfängers als öffentlicher Auftraggeber nach § 99 GWB keinen Fall des klassischen Fördermittelvergaberechts darstellt, wird dieser Themenblock gesondert behandelt (s. dazu S. 21).

Ist der Fördermittelempfänger kein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB, so kann der Fördermittelempfänger durch **Regelungen im Fördermittelbescheid** gänzlich oder teilweise an das Vergaberecht gebunden werden (dazu sogleich sowie im Einzelnen S. 9).

## 2.3 Anwendbarkeit des Fördermittelvergaberechts aufgrund einer Anordnung im Fördermittelbescheid

Die Anwendbarkeit des Fördermittelvergaberechts kann aufgrund einer Anordnung im Fördermittelbescheid erfolgen. Ist dies der Fall, muss der Fördermittelempfänger als Nächstes prüfen, ob das sogenannte „Zuwendungsvergaberecht“ über die **Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung Nordrhein-Westfalen** (ANBest-P NRW\*) oder ob das Vergaberecht durch eine gesonderte individuelle Anordnung zur Anwendung gelangt (**zweite Weichenstellung**).

### (a) Allgemeine Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung Nordrhein-Westfalen (ANBest-P NRW)

Zunächst kann das Zuwendungsvergaberecht aufgrund der ANBest-P NRW gegenüber Krankenhäusern bzw. Krankenhausträgern Anwendung finden.

#### (i) Allgemeines

Die Einbeziehung des Vergaberechts in den Zuwendungsbescheid erfolgt regelmäßig durch die sogenannten ANBest-P NRW. Diese wurden im Zusammenhang mit der **Landeshaushaltsordnung Nordrhein-Westfalen** (LHO) erlassen und sollen deren Bestimmungen konkretisieren. Die ANBest-P NRW regeln im Detail, für welche Art der Auftragsvergabe welche Regeln des Vergaberechts zu beachten sind (s. hierzu im Einzelnen S. 9).

\* Hinweis: Verweise auf die ANBest-P NRW beziehen sich auf die zum Zeitpunkt der Erstellung der Handreichung (28. November 2023) geltende Fassung.

In der Regel ordnen die Zuwendungsgeber die Anwendung der ANBest-P NRW mittels einer Nebenbestimmung im Sinne des § 36 des **Verwaltungsverfahrensgesetzes NRW** (VwVfG NRW) im Zuwendungsbescheid verbindlich an. Die Zuwendungsgeber können allerdings gesonderte Anordnungen treffen und bspw. einzelne Bestimmungen für unanwendbar erklären. Wie die Einbeziehung des Vergaberechts durch die ANBest-P NRW in einem Zuwendungsbescheid ausgestaltet sein kann, lässt sich beispielhaft folgendem Auszug eines Zuwendungsbescheids entnehmen:

**5. Bewilligungsrahmen**

Die Bereitstellung des Zuwendungsbetrages ist wie folgt vorgesehen:  
Im Haushaltsjahr 202\_ \_\_\_\_\_ EUR

**6. Auszahlungstermine**

Die gewährten Mittel werden in drei gleich großen Teilen zum 01.04., 01.07. und 01.11., jedoch nicht vor Bestandskraft des Bescheides, ausgezahlt und auf das im Antrag bezeichnete Konto überwiesen.

**II.**

**Nebenbestimmungen**

Der Antrag auf Förderung sowie die beigefügten ANBest-P sind Bestandteil dieses Bescheides.

Hierzu wird folgendes bestimmt:

1. Die Nrn. 1.4, 5.4 und 6.1 ANBest-P finden keine Anwendung.

Zu Nr. 5.2 ANBest-P weise ich darauf hin, dass wenn sich im Laufe des Jahres die Stellenbesetzung gegenüber den Antragsangaben ändern sollte, die Förderung anderer – sowohl bereits beschäftigter als auch neu eingestellter Fachkräfte, die die Voraussetzungen nach der Förderrichtlinie erfüllen – möglich ist.

2. Der tatsächliche Beschäftigungsumfang der Fachkräfte muss den Angaben im Antrag entsprechen.

3. Sollte sich im Laufe des Förderzeitraumes – aus derzeit noch nicht absehbaren Gründen – eine Änderung der Stellenbesetzung der anerkannten Stelle ergeben, ist dies der Bezirksregierung Düsseldorf unverzüglich mitzuteilen und eine aktualisierte Anlage zum Förderantrag einzureichen.

Diese Verpflichtung besteht sowohl bei Veränderungen, welche die durch diesen Bescheid geförderten Fachkräfte betreffen, als auch bei Veränderungen hinsichtlich der sonstigen Fachkräfte, die Gegenstand der Anlage zum Förderantrag waren.

4. Wird eine der unter I. Nr. 4 genannten Fachkräfte mit einer geringeren Wochenstundenzahl in einer Stelle beschäftigt, reduziert sich der Festbetrag der Perso-

## **(ii) Besondere Relevanz für Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger**

Praktische Relevanz für Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger entfalten die ANBest-P NRW insbesondere bei Zuwendungen nach dem KHSF. Der KHSF findet seine Rechtsgrundlage im KHG.

Der KHSF I (§ 12 KHG) dient der Verbesserung der Strukturen der Krankenhausversorgung. Zweck des Strukturfonds ist insbesondere der Abbau von Überkapazitäten, die Konzentration von stationären Versorgungsangeboten und Standorten sowie die Umwandlung von Krankenhäusern in nicht akutstationäre örtliche Versorgungseinrichtungen. Zudem sollen palliative Versorgungsstrukturen gefördert werden.

Der KHSF II (§ 12a KHG) dient ebenfalls der Verbesserung der Strukturen der Krankenhausversorgung, insbesondere mit Fokus auf die Förderung der IT-Sicherheit, die Vernetzung, die Zentrenbildung, die (integrierte) Notfallversorgung und die Ausbildung in der pflegerischen Versorgung.

Daneben existiert der Krankenhauszukunftsfonds nach § 14a KHG. Dieser dient der Förderung notwendiger Investitionen in Krankenhäusern, insbesondere in den Bereichen Digitalisierung und IT- und Cybersicherheit.

**Hinweis:** Im Rahmen des Krankenhauszukunftsfonds wurden die **Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung im Zusammenhang mit der Bewältigung der Corona-Krise** (ANBest-P-Corona) verwendet. Die ANBest-P-Corona enthalten gegenüber den ANBest-P NRW Verfahrenserleichterungen, insbesondere bei der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

## **(b) Gesonderte Anordnung des Vergaberechts im Fördermittelbescheid**

Des Weiteren kann auch ohne die verbindliche Anordnung der Anwendung der ANBest-P NRW eine gesonderte Anordnung des Vergaberechts im Fördermittelbescheid erfolgen.

### **(i) Allgemeines**

Die Bewilligungsbehörde ordnet die Anwendung des Vergaberechts insbesondere dann gesondert an, wenn es sich bei den erhaltenen Fördermitteln nicht um eine Zuwendung handelt, da die ANBest-P NRW nur für Zuwendungen Anwendung finden.

Der Begriff der Zuwendung ist in § 23 Bundeshaushaltsordnung (BHO) bzw. den entsprechenden Vorschriften in der LHO legaldefiniert. Nach Nr. 1.1 Verwaltungsvorschrift (VV) zu § 23 BHO gehören zu den Zuwendungen zweckgebundene

- Zuschüsse,
- Zuweisungen,
- Schuldendiensthilfen
- sowie andere nicht rückzahlbare Leistungen sowie zweckgebundene Darlehen und andere bedingt oder unbedingt rückzahlbare Leistungen.

Elementar ist hier der Begriff der **Zweckgebundenheit**. Liegt keine Zweckgebundenheit vor, so handelt es sich um keine Zuwendung und die ANBest-P NRW finden keine Anwendung. In diesem Fall kann das Vergaberecht nur durch eine **individuelle Anordnung** im Fördermittelbescheid zur Anwendung gelangen. Der Fördermittelempfänger hat sodann zu überprüfen, ob die Anordnung über einen konkreten eigenständigen Regelungsgehalt verfügt. Fehlt ein solcher, insbesondere wenn es lediglich pauschal heißt, die vergaberrechtlichen Vorgaben seien zu beachten, handelt es sich hierbei um eine bloß **deklaratorische Rechtsgrundverweisung**. In diesem Fall hat der Fördermittelempfänger zu prüfen, ob er – ggf. auch aufgrund der Förderungen im Bescheid – als öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 4 (oder auch § 99 Nr. 2) GWB gilt (s. dazu S. 21). Eine solche Anordnung im Fördermittelbescheid kann bspw. wie folgt ausgestaltet sein:

## **2. Durchführungs- und Bewilligungszeitraum**

Innerhalb des Durchführungszeitraums (bis zum 31. Dezember 2023) hat auch die Auszahlung der Mittel durch Sie zu erfolgen. Eine Verlängerung des Zeitraums ist nicht möglich.

## **3. Erstattungspflicht**

Der Empfänger der Billigkeitsleistung ist verpflichtet, diese unverzüglich zu erstatten, wenn die Gewährung auf falschen oder unvollständigen Angaben bei der eingereichten Beschreibung beruht.

Die Erstattungspflicht besteht auch, wenn der Empfänger die zugewiesenen Mittel nicht zweckentsprechend oder innerhalb des Durchführungszeitraums verwendet.

Die Feststellung einer Doppelförderung führt zur Erstattungspflicht.

## **4. Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit**

Die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit sind zu beachten.

## **5. Vergaberecht**

Im Rahmen der Maßnahmenumsetzung sind die wettbewerbs- und vergaberrechtlichen Vorgaben zu beachten.

## **6. Zweckbindung**

Die Zweckbindungsdauer beginnt nach Abschluss der Maßnahme und richtet sich nach den offiziellen Abschreibungstabellen für allgemein verwendbare Anlagegüter (Afa-Tabellen) des Bundesfinanzministeriums. Ebenso kann bei medizinischen Geräten die Afa-Tabelle für den Wirtschaftszweig "Gesundheitswesen" verwendet werden. Das beschaffte Anlagevermögen ist in dieser



#### (ii) Besondere Relevanz für Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger

Ein gesonderter Hinweis auf die Beachtung vergaberechtlicher Vorgaben erfolgt für Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger regelmäßig in den Bereichen obligatorischer Investitionen und etwaiger Billigkeitsleistungen. Als obligatorische Investition ist insbesondere die jährliche Pauschalförderung nach § 18 KHGG NRW zu nennen. Jedes förderberechtigte Plankrankenhaus hat Anspruch auf jährliche Pauschalförderung. Die Krankenhäuser bzw. Krankenhausträger können im Rahmen der Zweckbindung selbst über den Einsatz der Mittel entscheiden und diese auch für größere Projekte ansparen.

Daneben kann das Land NRW auch sog. **Billigkeitsleistungen** aus verschiedenen anderen Gründen gewähren (in jüngster Vergangenheit z. B. das **Sonderinvestitionsprogramm Corona** sowie die **Förderung zur Verbesserung der Energieeffizienz**). Hier wird die Anwendung des Vergaberechts im Bewilligungsbescheid ebenfalls in Form einer Nebenbestimmung nach § 36 VwVfG NRW und nicht nach ANBest-P NRW angeordnet, da es sich bei den Billigkeitsleistungen ebenfalls nicht um Zuwendungen handelt.

## 3. Erläuterung der einzelnen Verfahren nach ANBest-P. NRW

Sollte nach Überprüfung der **ersten beiden Weichenstellungen** festgestellt worden sein, dass die ANBest-P NRW Anwendung finden, ist als Nächstes zu prüfen, welche Verfahrensvorschriften zu beachten sind.

**Hinweis:** Nr. 3 ANBest-P NRW schränkt die Anwendbarkeit des Vergaberechts hinsichtlich der Höhe der Zuwendung ein. Nur dann, **wenn der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als EUR 100.000** beträgt, sind bestimmte Regelungen über das Vergaberecht anzuwenden. Bleibt der Gesamtbetrag der Zuwendung unterhalb dieser Grenze, so kann der Auftrag **ohne die Beachtung des Vergaberechts** vergeben werden (es sei denn, das Vergaberecht findet auf anderem Wege Anwendung, s. dazu die Erläuterungen zu § 99 GWB auf S. 21.)

Für den Fall, dass der Gesamtbetrag der Zuwendung mehr als EUR 100.000 beträgt, sollen im Folgenden die verschiedenen Verfahren nach den ANBest-P NRW erläutert werden. Diese unterscheiden sich nach der **Höhe der Zuwendung(en)** und der **Höhe des Auftragswerts**.

### 3.1 „3-Angebote-Verfahren“

Nach Nr. 3.1 und Nr. 3.2 der ANBestP-NRW haben Zuwendungsempfänger in den Fällen, in denen

- a) die Finanzierung des Vorhabens des Krankenhausträgers zu **nicht mehr als 50 %** aus öffentlichen Mitteln erfolgen soll (Nr. 3.1 ANBest-P NRW) oder
- b) die Finanzierung des Vorhabens des Krankenhausträgers zu **mehr als 50 %** aus öffentlichen Mitteln bestritten werden soll, **aber der Gesamtbetrag der Zuwendung(en) die Grenze von EUR 500.000 nicht überschreitet** (Nr. 3.2 ANBest-P NRW),

Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige Anbieter nach wettbewerblichen Gesichtspunkten zu vergeben. Soweit möglich, sind dazu mindestens drei Angebote einzuholen (sog. „3-Angebote-Verfahren“). Das Verfahren und die Ergebnisse hierüber sind zu dokumentieren.

Die Einholung dieser drei Angebote ist ohne eine vorherige öffentliche Ausschreibung möglich, was den Prozess für das Krankenhaus bzw. den Krankenhausträger als Auftraggeber im Vergleich zu anderen Verfahrensarten deutlich **vereinfacht und beschleunigt**.

Wie genau die Dokumentation ausgestaltet werden soll, wird in den ANBest-P NRW nicht näher konkretisiert. Es sollten jedoch die einzelnen Verfahrensschritte, das Ergebnis des Verfahrens und die jeweiligen Begründungen dokumentiert werden, um das Verfahren auch zeitlich später noch nachvollziehen und ggf. rekonstruieren zu können.

**Hinweis:** In beiden Fällen kann auf eine Einholung von drei Angeboten verzichtet werden, wenn der voraussichtliche Auftragswert einen **Betrag von EUR 5.000 (ohne Umsatzsteuer) nicht überschreitet**. Stattdessen kann der Auftrag im Wege der sog. „**Direktvergabe**“ vergeben werden (Nr. 3.1 bzw. Nr. 3.2 i. V. m. 3.3.1.3 ANBest-P NRW).

Wie der voraussichtliche Auftragswert ermittelt wird, bestimmt Nr. 3.3.2 ANBest-P NRW. Dieser verweist auf § 3 der **Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge** (VgV). Es ist insoweit von der geschätzten Gesamtvergütung auszugehen, wobei organisatorische, inhaltliche, wirtschaftliche sowie technische Zusammenhänge zu berücksichtigen sind.

Im Falle einer Direktvergabe trifft den Zuwendungsempfänger lediglich eine sog. **Minstdokumentationspflicht**. Dies bedeutet, dass der Zuwendungsempfänger die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit des Direktauftrags lediglich durch die Dokumentation der **Ermittlung von Vergleichspreisen** darzulegen hat. Ist dies nicht möglich oder unzweckmäßig, so ist die Wirtschaftlichkeit der Beschaffungsmaßnahme in anderer geeigneter Weise darzulegen.

## 3.2 Verfahren nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) Abschnitt 1

Wird das Projekt **zu mehr als 50 % aus öffentlichen Mitteln finanziert**, beträgt der Gesamtbetrag der Zuwendung(en) für das Projekt **mehr als EUR 500.000** und soll ein **Bauftrag** vergeben werden, so finden die Regelungen der VOB/A Abschnitt 1 Anwendung (vgl. Nr. 3.3 ANBest-P NRW). Beim Abschnitt 1 der VOB/A handelt es sich um die sog. „Basisparagrafen“ der VOB/A. Diese bilden einen Kernbereich des Regelwerks über baurechtliche Vergabeleistungen ab. Hiernach sind insbesondere folgende zentrale Pflichten zu beachten:

### (a) Bekanntmachung des Auftrags

Nach § 12 VOB/A ist der zu vergebende Auftrag bekannt zu machen. Die Bekanntmachung muss gemäß § 12 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A insbesondere folgende Angaben enthalten:

- Angaben zum Auftraggeber
- Angaben zum gewählten Vergabeverfahren
- Art des Auftrags und Ort der Ausführung
- Art und Umfang der Leistung und ggf. Art und Umfang der einzelnen zu verteilenden Lose
- Wenn beim Bauauftrag Planungsleistungen gewünscht sind: Angaben zum Zweck der baulichen Anlage
- Zeitpunkt/Dauer des Bauleistungsauftrags

Daneben sind je nach Art des Auftrags ggf. noch weitere Angaben erforderlich, welche in § 12 Abs. 1 Nr. 2 VOB/A aufgelistet sind.

Der Text der Bekanntmachung muss alle wesentlichen Informationen über den zu vergebenden Auftrag enthalten, um einem potenziellen Bieter die Entscheidung darüber zu ermöglichen, ob er am Vergabeverfahren teilnehmen möchte oder nicht.

Nach § 12 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A können als Medien für die öffentliche Bekanntmachung z. B. Tageszeitungen, amtliche Veröffentlichungsblätter oder Internetportale genutzt werden. Eine Veröffentlichung ist bspw. auf [www.service.bund.de](http://www.service.bund.de) möglich.

## (b) Wahl der richtigen Verfahrensart

Nach § 3 VOB/A erfolgt die Vergabe öffentlicher Bauleistungen entweder im Wege **Öffentlicher Ausschreibungen, Beschränkter Ausschreibungen** (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) oder Freihändiger Vergaben.

**Hinweis:** Nr. 3.3.1.2 ANBest-P NRW sieht vor, dass eine Freihändige Vergabe **ohne weitere Begründung** bei Aufträgen bis zu einem **Wert von EUR 50.000 (ohne Umsatzsteuer)** zulässig ist. Die Freihändige Vergabe nach § 3 Nr. 3 VOB/A ist eine Verfahrensart, bei der Bauleistungen in einem vereinfachten Verfahren ohne vorherige öffentliche Ausschreibung vergeben werden können. Übersteigt der Auftragswert EUR 50.000 (ohne Umsatzsteuer), verbleibt dem Zuwendungsempfänger grundsätzlich ein **Wahlrecht** zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (vgl. § 3a VOB/A).

Unter einer **Öffentlichen Ausschreibung** ist nach § 3 Nr. 1 VOB/A die Vergabe nach öffentlicher Aufforderung einer **unbeschränkten** Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten zu verstehen.

Unter einer **Beschränkten Ausschreibung** ist nach § 3 Nr. 2 VOB/A die Vergabe nach Aufforderung einer beschränkten Zahl von Unternehmen zur Einreichung von Angeboten zu verstehen. Diese erfolgt nach § 3a Abs. 1 VOB/A im Regelfall mit **Teilnahmewettbewerb**. Im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs werden die Unternehmen zunächst aufgefordert, einen sog. Teilnahmeantrag zu stellen. Daraufhin prüft der Auftraggeber, welche Unternehmen sich besonders für den Auftrag eignen und fordert diese sodann zur Angebotsabgabe auf.

Auf den Teilnahmewettbewerb kann im Rahmen einer beschränkten Ausschreibung nur in den Ausnahmefällen des § 3a Abs. 2 VOB/A verzichtet werden. Ein solcher Ausnahmefall nach § 3a Abs. 2 VOB/A liegt vor, wenn

- bestimmte Wertgrenzen bei der Auftragsvergabe nicht überschritten werden;
- eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb kein annehmbares Ergebnis gehabt hat;
- die Öffentliche Ausschreibung oder die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb z. B. aus Gründen der Dringlichkeit oder Geheimhaltung unzweckmäßig ist.

### **Zusammenfassung:**

Finden die Regelungen der VOB/A Anwendung, hat das Krankenhaus bzw. der Krankenhausträger regelmäßig nur die Wahl zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb. Die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sowie die Freihändige Vergabe sind nur in Ausnahmefällen zulässig. Das Vorliegen eines solchen Ausnahmefalls ist stets genau zu prüfen.

### (c) Dokumentation

Der Auftraggeber hat das Vergabeverfahren nach § 20 VOB/A zu dokumentieren. Diese Dokumentation hat so rechtzeitig zu erfolgen, dass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen, die maßgebenden Feststellungen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden können. Die Dokumentation muss gemäß § 20 Abs. 1 Satz 2 VOB/A mindestens die folgenden Angaben enthalten:

- Name und Anschrift des Auftraggebers
- Art und Umfang der Leistung
- Wert des Auftrags
- Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und Gründe für ihre Auswahl sowie die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für die Ablehnung
- Gründe für die Ablehnung von ungewöhnlich niedrigen Angeboten
- Name des Auftragnehmers und Gründe für die Erteilung des Zuschlags auf sein Angebot
- Bei Beschränkter Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder Freihändiger Vergabe die Gründe für die Wahl des jeweiligen Verfahrens
- Ggf. die Gründe, warum der Auftraggeber auf die Vergabe des Auftrags verzichtet hat

Die Dokumentation muss alle Informationen beinhalten, die benötigt werden, um das Vergabeverfahren **lückenlos nachvollziehen** zu können. Für einige Vergabeverfahren bieten Bund und Länder Formblätter als Ausfüllhilfen an. Einige Vergabeportale haben diese Formblätter bereits in ihr Angebot integriert.

Generell gilt: Bei der Erstellung der Dokumentation ist insbesondere zu beachten, die wesentlichen, kritischen und außergewöhnlichen Entscheidungen aufzuführen und diese besonders ausführlich zu begründen.

**Hinweis:** Es kann empfehlenswert sein, bei dem jeweils zuständigen Zuwendungsgeber bzw. der jeweils zuständigen Bewilligungsbehörde anzufragen, welche Form der Dokumentation diese(r) präferiert. Möglich wäre z. B. die Dokumentation in einem Fließtext oder auch in Tabellenform.

## (d) Einhaltung von Fristen

Bei dem Vergabeverfahren nach der VOB/A sind bestimmte Fristen zu berücksichtigen. Diese werden in § 10 VOB/A bestimmt. Zu nennen sind hier die Angebots-, die Teilnahme- und die Bindefrist.

### **Angebotsfrist: Frist für den Eingang der Angebote**

Nach § 10 Abs. 1 Satz 1 VOB/A ist eine ausreichende **Angebotsfrist** zu bemessen. Diese Frist ist insbesondere unter Berücksichtigung der Komplexität des Auftrags zu bestimmen. Jedoch ist eine **Mindestfrist von zehn Tagen** vorgesehen, welche auch bei Dringlichkeit nicht unterschritten werden darf.

### **Teilnahmefrist (nur im Falle des Teilnahmewettbewerbs): Frist für den Eingang der Teilnahmeanträge**

Für die **Teilnahmefrist** ist nach § 10 Abs. 3 VOB/A keine konkrete Frist vorgeschrieben, diese ist also ebenfalls unter Beachtung der Angemessenheit unter Zugrundelegung der Komplexität des zu vergebenden Auftrags zu bestimmen.

### **Bindefrist: Frist, in welcher die Bieter an ihre Angebote gebunden sind**

Die **Bindefrist** soll nach § 10 Abs. 4 VOB/A so kurz wie möglich bemessen sein und nur so lange dauern, wie der Auftraggeber zur zügigen Prüfung und Wertung der Angebote benötigt. Eine **längere Bindefrist als 30 Tage soll nur in begründeten Ausnahmefällen** festgelegt werden.

## (e) Prüfung und Wertung der jeweiligen Angebote

Die zugelassenen Angebote sind nach Maßgabe der §§ 16c, 16d VOB/A zu prüfen und zu werten.

Die Angebote sind nach § 16c VOB/A auf die Einhaltung der in der Bekanntmachung gestellten Anforderungen hin zu prüfen, insbesondere in **rechnerischer, technischer und wirtschaftlicher Sicht**.

Bei der Wertung der Angebote soll das wirtschaftlichste Angebot ermittelt werden, auf welches sodann auch der Zuschlag erteilt werden soll. Das wirtschaftlichste Angebot ist das Angebot, welches das **beste Preis-Leistungs-Verhältnis** aufweist.

Zu beachten ist, dass in der Wertung der Angebote nur solche Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen, welche bereits in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt wurden.

Zudem besteht die Möglichkeit für den Auftraggeber, einen Festpreis oder Festkosten festzulegen, sodass der Wettbewerb unter den Bietern lediglich über die Qualität stattfindet.

**Zusammenfassung:** Sowohl Eignungs- als auch Zuschlagskriterien sind bei der Prüfung und Wertung von Angeboten zu berücksichtigen. Insbesondere (aber nicht ausschließlich) haben die folgenden Aspekte in der Regel erheblichen Einfluss auf die Entscheidung für oder gegen ein Angebot:

**Eignungskriterien, z.B.:**

- Erfahrung
- Ausstattung
- Finanzielle Kennzahlen des Unternehmens

An Eignungskriterien können Mindestanforderungen (z.B. „Mindestumsatz“) gestellt werden, solange der Wettbewerb nicht unverhältnismäßig eingeschränkt wird.

**Zuschlagskriterien, z.B.:**

- Preis
- Qualität
- Umwelteigenschaften
- Ästhetik
- Soziale Eigenschaften

**Wichtig:** Der Preis darf weder über- noch untergewichtet werden!

### 3.3 Verfahren nach der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Wird das Projekt **zu mehr als 50 % aus öffentlichen Mitteln finanziert**, beträgt der Gesamtbetrag der Zuwendung(en) für das Projekt **mehr als EUR 500.000** und soll ein **Liefer- oder Dienstleistungsauftrag** vergeben werden, so finden die Regelungen der **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)** nach Nr. 3.3 ANBest-P NRW Anwendung. Hieraus ergeben sich insbesondere folgende zentrale Pflichten für den Auftraggeber:

#### (a) Bekanntmachung des Auftrags

Nach § 27 UVgO ist der zu vergebende Auftrag bekannt zu machen. Die Bekanntmachung muss gemäß § 28 Abs. 2 UVgO insbesondere folgende Angaben enthalten:

- Informationen zum Auftraggeber
- Angaben zur gewählten Verfahrensart
- Angaben zur Form, in der die Teilnahmeanträge oder Angebote einzureichen sind
- Ggf. Informationen über Maßnahmen der Vertraulichkeit (§ 29 Abs. 3 UVgO)
- Angaben zu Art und Umfang der Leistung sowie zum Ort der Leistungserbringung
- Ggf. Anzahl, Größe und Art der einzelnen Lose (s. dazu S. 17)
- Ggf. Zulassung von Nebenangeboten
- Etwaige Bestimmungen über eine Ausführungsfrist
- Teilnahme-/Angebots- und Bindefrist
- Ggf. die Höhe der geforderten Sicherheitsleistung
- Vom Auftraggeber benötigte Unterlagen zur Eignungsprüfung des Bewerbers/ Bieters
- Angabe der Zuschlagskriterien, sofern nicht in den Vergabeunterlagen genannt

Nach § 28 Abs. 1 UVgO sind als Medien für die öffentliche Bekanntmachung die Internetseiten des Auftraggebers sowie Internetportale zu nutzen. Daneben kann eine Veröffentlichung zusätzlich in Tageszeitungen, amtlichen Veröffentlichungsblättern oder Fachzeitschriften erfolgen. Eine Veröffentlichung ist bspw. auch auf [www.service.bund.de](http://www.service.bund.de) möglich.

Daneben ist nach § 30 UVgO auch die **erfolgte Vergabe bekanntzumachen**, soweit das Verfahren in Form einer Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder einer Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb erfolgte (s. diese Seite) und der Auftragswert die Grenze von **EUR 25.000 (ohne Umsatzsteuer) überschreitet**. Die Vergabebekanntmachung kann auf der Internetseite des Auftraggebers oder auf sonstigen geeigneten Internetportalen erfolgen und muss mindestens die nachfolgenden Angaben enthalten:

- Name und Anschrift des Auftraggebers und dessen Beschaffungsstelle
- Name des beauftragten Unternehmers (bei natürlichen Personen nur mit deren Einwilligung; ansonsten ist der Name zu anonymisieren)
- Die gewählte Verfahrensart
- Art und Umfang der Leistung sowie der Zeitraum der Leistungserbringung

### (b) Wahl der richtigen Verfahrensart

Nach § 8 Abs. 1 UVgO erfolgt die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen durch **Öffentliche Ausschreibung, Beschränkte Ausschreibung** (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb) und durch **Verhandlungsvergabe** (mit oder ohne Teilnahmewettbewerb).

**Hinweis:** Nr. 3.3.1.2 ANBest-P NRW sieht vor, dass eine Verhandlungsvergabe **ohne weitere Begründung** bei Aufträgen bis zu einem **Wert von EUR 50.000 (ohne Umsatzsteuer)** zulässig ist. Die Verhandlungsvergabe nach § 3 Abs. 1 Satz 3 Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) ist eine Verfahrensart, bei der Liefer- und Dienstleistungen in einem vereinfachten Verfahren ohne vorherige öffentliche Ausschreibung vergeben werden können. Übersteigt der Auftragswert EUR 50.000 (ohne Umsatzsteuer), verbleibt dem Zuwendungsempfänger grundsätzlich ein **Wahlrecht** zwischen der Öffentlichen Ausschreibung und der Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb (hierzu gelten die Ausführungen zur VOB/A, S. 12).

Nur ausnahmsweise kann der Auftraggeber nach § 8 Abs. 3 UVgO die Aufträge im Wege der **Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb** vergeben. Dies ist der Fall, wenn

- die Öffentliche Ausschreibung **kein wirtschaftliches Ergebnis** gehabt hat oder
- eine Öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb für den Auftraggeber oder den Bewerber oder Bieter einen Aufwand verursachen würde, der zu dem erreichten Vorteil oder dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde. Ein solches **Missverhältnis** wird sich jedoch in den seltensten Fällen begründen lassen, da die Wertgrenze für die Wahl der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ohnehin hoch bemessen ist (vgl. Nr. 3.3.1.1 ANBest-P NRW). Die Wahl dieser Verfahrensart ist also nur in sehr besonderen, mit hohem Begründungsaufwand verbundenen Verfahren zulässig.



Daneben sieht § 8 Abs. 4 UVgO die Möglichkeit der Auftragsvergabe im Wege der **Verhandlungsvergabe** mit oder ohne Teilnahmewettbewerb in bestimmten Ausnahmefällen vor, z.B. dann, wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst.

Unter der Verhandlungsvergabe versteht man ein besonders flexibles Instrument der Auftragsvergabe, da der Auftraggeber – wie der Name bereits vermuten lässt – mit dem potenziellen Auftragnehmer über den Inhalt des Angebots in Verhandlungen treten darf. Eine Verhandlungsvergabe ist insbesondere dann **ausnahmsweise** zulässig, wenn es sich um einen solch komplexen Auftrag handelt, dass dieser nicht ohne die Anpassung bereits vorhandener und verfügbarer Lösungen erfüllt werden kann.

**Zusammenfassung:** Regelmäßig hat das Krankenhaus bzw. der Krankenhausträger nur die Wahl zwischen der **Öffentlichen Ausschreibung** und der **Beschränkten Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb**. Die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb sowie die Verhandlungsvergabe und die Freihändige Vergabe sind nur in Ausnahmefällen zulässig, deren Anwendbarkeit stets genau zu prüfen ist.

#### **Sonderkonstellation:**

##### **Gesamtvergabe, obwohl Losbildung erforderlich gewesen wäre**

An dieser Stelle sei ergänzend darauf hingewiesen, dass Auftraggeber zum Schutz kleiner und mittelständischer Unternehmen nach § 22 Abs. 1 UVgO dazu verpflichtet sind, Leistungen der Menge nach aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Zwar ist es für den Auftraggeber grundsätzlich komfortabler, ein Gesamtlos zu vergeben, da er sich dadurch Aufwand spart und die gesamte Leistung „aus einer Hand“ erhält. Jedoch stellt die Missachtung einer Verpflichtung zur Losbildung einen Vergabeverstoß dar, welcher mit schwerwiegenden Folgen verbunden sein kann (s. dazu S. 19). Es sind daher folgende Grundsätze zur Losbildung zu beachten:

##### **Losbildung, § 22 UVgO:**

Entscheidend ist, ob sich die getrennte Vergabe von nach ihrer Art unterschiedlichen Leistungen zum Zeitpunkt der Ausschreibung als möglich und marktüblich darstellt bzw. ob sich für die Leistungen ein eigener Markt herausgebildet hat.

Es besteht grundsätzlich eine bindende Verpflichtung zur mengenmäßigen Aufteilung von Teillosen und zur getrennten Vergabe von Fachlosen.

Von einer losweisen Vergabe kann nur dann abgesehen werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern (§ 22 Abs. 1 UVgO).

#### **(c) Dokumentation**

Auch § 6 UVgO sieht eine Dokumentationspflicht vor. Das Vergabeverfahren ist von Beginn an fortlaufend in Textform nach § 126b des **Bürgerlichen Gesetzbuchs** (BGB) zu dokumentieren, sodass die einzelnen Stufen des Verfahrens, die einzelnen Maßnahmen sowie die Begründung der einzelnen Entscheidungen festgehalten werden. Zum genauen Inhalt der Dokumentation sowie zu deren Ausgestaltung kann auf die Ausführungen zur VOB/A verwiesen werden (s. dazu S. 12).

## (d) Einhaltung bestimmter Fristen

Der Auftraggeber hat verschiedene Fristen zu beachten, welche in § 13 UVgO definiert werden. Wie in der VOB/A wird auch hier unterschieden zwischen einer

- Angebotsfrist,
- Teilnahmefrist (nur i. F. d. Teilnahmewettbewerbs) und
- Bindefrist.

Zu den Definitionen der Fristen wird auf die Ausführungen zur VOB/A verwiesen (s. dazu S. 14).

Die UVgO legt weder eine Mindestdauer für die Angebots- und Teilnahmefrist noch eine Höchstdauer für die Bindefrist fest. Vielmehr sind **individuell angemessene Fristen** festzulegen. Hierbei ist insbesondere die **Komplexität** der Leistung zu berücksichtigen.

Nur dann, wenn ausreichende Fristen gesetzt werden, können alle potenziellen Bieter/ Bewerber ordnungsgemäß am Vergabeverfahren teilnehmen. Die Verkürzung einer laufenden Teilnahme-, Angebots- oder Bindefrist ist nicht zulässig. Die Verlängerung hingegen ist jederzeit möglich. Zudem sind die Fristen gemäß § 13 Abs. 4 UVgO zu verlängern, wenn entweder

- zusätzliche wesentliche Informationen vom Auftraggeber vor Ablauf der Angebotsfrist zur Verfügung gestellt werden oder
- der Auftraggeber wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vornimmt.

## (e) Prüfung und Wertung der jeweiligen Angebote

Nach § 41 Abs. 1 UVgO hat der Auftraggeber die Teilhmanträge und Angebote auf Vollständigkeit und fachliche Richtigkeit, Angebote zudem auf rechnerische Richtigkeit zu prüfen.

Die **Eignungskriterien** sind in den §§ 31, 33 und 35 UVgO festgelegt. Demnach sind öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen zu vergeben. Die Eignungskriterien können die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung oder die wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit betreffen.

Die **Zuschlagskriterien** werden in § 43 Abs. 1 und 2 UVgO festgelegt. Auch hier ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste, d.h. das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu erteilen. Zur Prüfung und Wertung der Angebote kann im Übrigen auf die Ausführungen zur VOB/A verwiesen werden (S. 14).

# 4. Verstöße gegen das Fördermittelvergaberecht.

Verstöße gegen das Fördermittelvergaberecht sind zwingend zu vermeiden, da diese unter Umständen zu einer vollständigen Rückforderung der Fördermittel führen können.

## 4.1 Häufige Fehlerquellen

Die nachfolgende Übersicht soll einen Überblick über diejenigen Bereiche geben, in denen Fördermittelempfänger am häufigsten Fehler beim Umgang mit dem Fördermittelvergaberecht unterlaufen:

- Wahl der falschen Verfahrensart
- Unzulässiger Verzicht auf Bekanntmachung/Fehler in der Bekanntmachung
- Wertungsfehler bei Eignungs- und Zuschlagskriterien
- Fehlende/unzureichende Dokumentation
- Aktivierung von Ausnahmetatbeständen, obwohl gar keine Ausnahme greift
- Unzulässige Fristverkürzung
- Gesamtvergabe nach UVgO, obwohl Losbildung erforderlich gewesen wäre
- Wesentliche Auftragsänderung ohne erneute Ausschreibung, vgl. § 22 VOB/A, 47 UVgO

## 4.2 Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Fördermittelvergaberecht

Hinsichtlich der Rechtsfolgen von Verstößen gegen das Fördermittelvergaberecht ist zwischen dem Verhältnis des Fördermittelempfängers zum Auftragnehmer (Auftragsebene) und dem Verhältnis zwischen Fördermittelgeber und Fördermittelempfänger (Förderebene) zu differenzieren:

- **Auftragsebene** = Verhältnis zwischen Fördermittelempfänger und Auftragnehmer
- **Förderebene** = Verhältnis zwischen Fördermittelgeber und Fördermittelempfänger

### (a) Auftragsebene

Auf der Auftragsebene ist zu beachten, dass selbst im Falle eines Verstoßes gegen das Fördermittelvergaberecht das Auftragsverhältnis zwischen Fördermittelempfänger und Auftragnehmer grundsätzlich unberührt und damit wirksam bleibt. Die vertraglich vereinbarte Leistung wird weiterhin geschuldet und muss dementsprechend erbracht werden. Sollte auf Förderebene ein Widerruf der Bewilligung erfolgen (hierzu sogleich),

könnte die „Zahlung“ in einem solchen Fall jedoch nicht mehr durch die Fördermittel erfolgen, sondern müsste aus anderweitigen Mitteln des Fördermittelempfängers finanziert werden.

**Hintergrund:** Das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern gemäß den §§ 155 ff. GWB steht Bietern nur dann offen, wenn das GWB-Vergaberecht auf die Vergabe des konkreten öffentlichen Auftrags anwendbar ist (vgl. hierzu S. 21). Dafür ist – neben dem Überschreiten des jeweils geltenden EU-Schwellenwertes – erforderlich, dass es sich beim Fördermittelempfänger um einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des GWB handelt. Gegen eine Vergabe eines privaten Fördermittelempfängers steht der Rechtsweg vor den Vergabekammern daher nicht zur Verfügung.

## (b) Förderebene

Die ANBest-P NRW sowie etwaige Anordnungen zur Anwendung des Vergaberechts im Fördermittelbescheid stellen Nebenbestimmungen zum Verwaltungsakt im Sinne des § 36 VwVfG NRW dar. Vergaberechtsverstöße sind verwaltungsrechtlich daher als **Auflagenverstoß** zu qualifizieren und berechtigen den Fördermittelgeber grundsätzlich gemäß § 49 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 VwVfG NRW zum **Widerruf der Bewilligung** und gemäß § 49a Abs. 3 und 4 VwVfG NRW zur **Rückforderung von Fördermitteln**. Gemäß § 49a Abs. 3 VwVfG NRW ist die Rückforderungssumme zudem in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz **zu verzinsen**.

Die Entscheidung, ob und, wenn ja, in welchem Umfang die Bewilligung zu widerrufen ist, liegt im **pflichtgemäßen Ermessen** der Bewilligungsbehörde. Bei **schweren Vergaberechtsverstößen** hat die Bewilligungsbehörde im Regelfall die Bewilligung zu widerrufen. Zu der Frage, wann ein solcher schwerer Vergaberechtsverstoß vorliegt, haben die Finanzministerien der Länder per **Runderlass detaillierte Fallkategorien** aufgestellt (für NRW s. RdErl. d. Finanzministeriums vom 18. Dezember 2003 - I 1 - 0044 - 3/8). Danach liegen schwere Vergabeverstöße u. a. in folgenden Fällen vor:

- Bevorzugung eines regionalen Anbieters
- Fehlende oder mangelhafte Wertung von Nebenangeboten
- Wahl einer unstatthafter Vergabeart
- Fehlen einer eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung

**Hinweis:** Die durch die Fördermittelgeber etablierten strengen Maßstäbe im Hinblick auf die Einhaltung des Vergaberechts wurden durch die Verwaltungsgerichte in ihrer jüngeren Rechtsprechung überwiegend bestätigt und um den Fall der vergaberechtswidrigen **Unterlassung einer Losbildung** erweitert (s. hierzu S. 17). Eine **Rückforderung von 25 % der ausgezahlten Fördermittel** ist nach der Rechtsprechung bei schweren Vergaberechtsverstößen ohne Bedenken **verhältnismäßig**. Erfolgt der Verstoß **vorsätzlich**, kann dies die Rückforderung der **gesamten Fördermittel** zur Folge haben. Sofern der Fördermittelempfänger für die Durchführung der Auftragsvergaben einen **Projektsteuerer** beauftragt hat, können ihm diesem gegenüber Regressansprüche zustehen.

# 5. Originäre Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts.

Neben der Anordnung des Vergaberechts im Fördermittelbescheid – entweder durch die Anordnung der Anwendung der ANBest-P NRW oder durch eine gesonderte individuelle Anordnung – kann der Fördermittelempfänger bereits originär dem GWB-Vergaberecht unterliegen. Dies ist der Fall, wenn er öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 99 GWB ist. Die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber kann in derartigen Fallkonstellationen grundsätzlich aus **§ 99 Nr. 2 GWB** oder **§ 99 Nr. 4 GWB** resultieren.

- **Funktionaler Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 2 GWB**

Unter § 99 Nr. 2 GWB können Krankenhäuser in öffentlicher Trägerschaft fallen, da solche Krankenhäuser regelmäßig im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art erfüllen (vgl. OLG Naumburg, NVwZ 2004, 1023 [1024]).

- **Staatlich subventionierter Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB**

Daneben können Krankenhausträger auch als öffentliche Auftraggeber nach § 99 Nr. 4 GWB zu qualifizieren sein. Von § 99 Nr. 4 GWB sind unter anderem solche Konstellationen erfasst, in denen Krankenhausträger für die Errichtung von Krankenhäusern Mittel erhalten, mit denen ihr Vorhaben zu mehr als 50 % subventioniert wird.

Ein Krankenhausträger wird dann zum öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 99 Nr. 4 GWB, wenn dieser Mittel zur **Errichtung eines Krankenhauses** erhalten hat und mit diesen Mitteln das Vorhaben zu mehr als 50 Prozent finanziert werden soll. Ziel der Anwendungserweiterung aus § 99 Nr. 4 GWB ist es, dass auch mittelbar öffentlich finanzierte Projekte den wettbewerblichen Regelungen des Vergaberechts unterworfen werden sollen.

Unter der Formulierung „Errichtung von Krankenhäusern“ ist insbesondere die Schaffung der baulichen Grundlagen zu verstehen. Dem Begriff der „Errichtung“ liegen nach dem weiten Verständnis der EU-Vergaberichtlinie jedoch nicht nur der **Neubau eines Krankenhauses** zugrunde, sondern auch **sämtliche sonstige Baumaßnahmen**. Dadurch soll erreicht werden, dass eine möglichst „breite Masse“ öffentlich subventionierter Bauaufträge dem § 99 Nr. 4 GWB unterliegt, da im Falle der Anwendbarkeit des GWB-Vergaberechts eine EU-weite Ausschreibung erforderlich ist.

Unter der „Errichtung“ von Krankenhäusern sind neben dem Neubau daher insbesondere auch

- Modernisierungen,
- Rekonstruktionen,
- Sanierungen sowie
- Umbau- und Erweiterungsarbeiten

zu verstehen.

Da die Erweiterung der öffentlichen Auftraggebereigenschaft im GWB-Vergaberecht verankert ist, gilt sie nur für Ausschreibungen **oberhalb des jeweils aktuellen EU-Schwellenwertes** bzw. für die Fälle, in denen das Landesvergaberecht auch unterhalb der Schwellenwerte für den Begriff des öffentlichen Auftraggebers auf die Regelung des § 99 Nr. 4 GWB verweist. Ist der Fördermittelempfänger über § 99 Nr. 4 GWB öffentlicher Auftraggeber, gelten für ihn bereits aus diesem Grund – und ungeachtet weiterer Festlegungen durch den Fördermittelgeber – die Regelungen des Vergaberechts bei der Auftragsvergabe.

**Hinweis:** Das GWB-Verfahrensrecht wird durch die VgV sowie die VOB/A EU weiter konkretisiert.

## 6. Sonderfall: Zusammentreffen des GWB-Vergaberechts mit den Bestimmungen der ANBest-P NRW.

Ist der Zuwendungsempfänger ohnehin bereits nach den Regelungen des GWB-Vergaberechts als öffentlicher Auftraggeber zu qualifizieren und bezieht die Behörde trotzdem die ANBest-P NRW in den Zuwendungsbescheid ein, so gilt – sofern nicht anders angeordnet – Nr. 3.5 ANBest-P NRW.

Nr. 3.5 ANBestP-NRW bestimmt:

„Verpflichtungen der Zuwendungsempfängerin oder des Zuwendungsempfängers als Auftraggeber/-in gemäß Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und die verpflichtende Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (TVgG NRW) bleiben unberührt.“

Dies bedeutet, dass das GWB-Vergaberecht **nicht** durch die Einbeziehung der ANBest-P NRW ausgeschlossen wird. Das GWB-Vergaberecht ist in einem solchen Fall weiterhin zu beachten.

## 7. Abschließend: Die fünf „goldenen Regeln“ des Fördermittelvergaberechts.

Die nachstehenden fünf „goldenen Regeln“ des Fördermittelvergaberechts sollen Fördermittelempfängern dabei helfen, im Einklang mit den Bestimmungen des Fördermittelvergaberechts zu handeln, und einen komprimierten Überblick über die wesentlichen Aspekte des Fördermittelvergaberechts geben.

1. Der Fördermittelbescheid und insbesondere die Nebenbestimmungen sollten sorgfältig dahin gehend geprüft werden, ob mit der Förderung eine Verpflichtung zur Beachtung des Fördermittelvergaberechts verbunden ist. Die Verpflichtung zur Anwendung des Fördermittelvergaberechts ergibt sich – wie gezeigt – vielfach nicht unmittelbar aus dem Bescheid selbst, sondern erst aus den ANBest-P NRW.
2. Sofern das Fördermittelvergaberecht Anwendung findet, sollte sodann anhand der Förderhöhe, der Förderquote und des Auftragswertes geprüft werden, welche konkrete Verfahrensart anzuwenden ist.
3. Eine sorgfältige Durchführung des Vergabeverfahrens ist von zentraler Bedeutung. Hierzu gehört neben einer ordnungsgemäßen Bekanntmachung des Auftrags inkl. der Wertungskriterien auch die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Fristen.
4. Das gesamte Vergabeverfahren, insbesondere aber die Prüfung und Wertung der Angebote, sollte sorgfältig dokumentiert werden.
5. Bei Unklarheiten betreffend die Verpflichtung zur Anwendung des Fördermittelvergaberechts sollte Kontakt mit der Bewilligungsbehörde aufgenommen werden.



Ministerium für Arbeit,  
Gesundheit und Soziales  
des Landes Nordrhein-Westfalen  
Fürstenwall 25  
40219 Düsseldorf  
[info@mags.nrw.de](mailto:info@mags.nrw.de)  
[www.mags.nrw](http://www.mags.nrw)