

- Beschluss**
 Wahl
 Kenntnisnahme

Vorlagen Nr. 32/010/2008

öffentlich

Fachbereich: Rechts- und Ordnungsamt Bearbeiter/in: Christoph Harrell	Datum: 08.05.2008 Az.: 32-01
--	---------------------------------

Beratungsfolge	Termine	Art der Entscheidung
Kreisausschuss	05.06.2008	Kenntnisnahme

Ausschreibung von Aufgaben, für die Zuschüsse des Kreises an Dritte gewährt werden hier: Antrag der FDP-Fraktion vom 07.03.2007

- Finanzielle Auswirkung ja nein noch nicht zu übersehen
 Personelle Auswirkung ja nein noch nicht zu übersehen
 Organisatorische Auswirkung ja nein noch nicht zu übersehen

Der Kreisausschuss nimmt den Bericht der Verwaltung zur Kenntnis.

Fachbereich: Rechts- und Ordnungsamt Bearbeiter/in: Herr Christoph Harrell	Datum: 08.05.2008 Az.: 32-01
---	---------------------------------

Ausschreibung von Aufgaben, für die Zuschüsse des Kreises an Dritte gewährt werden hier: Antrag der FDP-Fraktion vom 07.03.2007

Anlass:

Auf Antrag der FDP-Kreistagsfraktion fasste der Kreisausschuss in seiner Sitzung am 19.03.2007 mehrheitlich folgenden Beschluss:

„Die Verwaltung wird beauftragt, die formellen und materiellen Voraussetzungen für eine Ausschreibung von Aufgaben, für die Zuschüsse des Kreises an Dritte gewährt werden, zu ermitteln und diese in einer Verwaltungsvorlage den entsprechenden Fachausschüssen und dem Kreisausschuss mitzuteilen.“

Sachverhaltsdarstellung:

I.

Der Kreis Mettmann gewährt regelmäßig Zuschüsse vor allem an gemeinnützige Einrichtungen. Die Zuschüsse werden überwiegend auf freiwilliger Basis und teilweise projektbezogen vergeben. Bei den begünstigten Institutionen handelte es sich im Jahr 2006 um nicht gewinnorientierte Wohlfahrtsverbände und Vereine, Städte, kirchliche Einrichtungen, Schulen sowie um drei Gesellschaften mit beschränkter Haftung. In der als **Anlage** beigefügten Auflistung sind sämtliche Einrichtungen aufgeführt, die 2006 berücksichtigt worden sind, wobei sich hierzu im Jahr 2007 nur geringe Veränderungen ergaben.

II.

1. Vergaberecht

Grundsätzlich unterliegen Zuschüsse an Institutionen, die nicht gewinnorientiert sind, nicht dem Vergaberecht, da diese nicht am Wirtschaftsleben teilnehmen und daher keine Unternehmen im vergaberechtlichen Sinne sind. Damit unterfallen die Zuwendungen an die in der Anlage genannten Leistungsempfänger nicht dem Regime des Vergaberechts, soweit sich diese nicht am wirtschaftlichen Wettbewerb beteiligen.

Gemäß § 97 Abs. 1 GWB beschaffen öffentliche Auftraggeber Waren, Bau- und Dienstleistungen nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB im Wettbewerb und im Wege transparenter Vergabeverfahren. Öffentliche Auftraggeber sind gemäß § 98 Nr. 1 GWB Gebietskörperschaften und deren Sondervermögen, so dass auch der Kreis unter den Begriff des öffentlichen Auftraggebers fällt. Bei der Gewährung von Zuwendungen an gemeinnützige Institutionen, die nicht am Wirtschaftsleben teilnehmen, handelt es sich jedoch nicht um öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB. Gemäß § 99 Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Voraussetzung für die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist also, dass sich die öffentliche Hand Leistungen bei Unternehmen beschafft. Der Unternehmensbegriff i.S.d. § 99 GWB erfordert eine aktive Beteiligung am Wirtschaftsleben (vgl. Bechthold, Kommentar zum GWB, 2. Auflage 1999, § 1 Rn. 2). Soweit die begünstigten Institutionen nicht gewinnorientiert sind, nehmen sie auch nicht am Wirtschaftsleben teil, so dass das Vergaberecht bereits aus diesem Grund keine Anwendung findet. Hinsichtlich der Werkstätten des Kreises Mettmann kommt es für die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht auf den Unternehmensbegriff an, da es sich um eine Eigengesellschaft des Kreises handelt („In-house-Geschäft“).

2. Beihilfe- und Subventionsrecht

Die Gewährung von Zuschüssen durch den Kreis Mettmann an Dritte, die nicht den Unternehmensbegriff erfüllen, unterliegt nicht den Vorgaben des europäischen Beihilfe- und Subventionsrechts. Gemäß Art. 87 Abs. 1 EGV sind staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem gemeinsamen Markt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen den Mitgliedsstaaten beeinträchtigen. Für die Anwendbarkeit der Artikel 87 ff. EGV wäre demnach u.a. Voraussetzung, dass es sich bei den Begünstigten um Unternehmen handelt.

3. Steuerrecht

Hinsichtlich der Gewährung von Zuschüssen an Dritte sind für den Kreis Mettmann keine steuerlichen Auswirkungen ersichtlich. Die Gewährung von Zuschüssen kann sich schon deshalb nicht steuerlich auf den Kreis auswirken, da dieser als Gebietskörperschaft nicht der Körperschaftsteuer unterliegt (vgl. § 1 Körperschaftsteuergesetz).

4. Freiwillige Anwendung des Vergaberechts

a. Auch wenn der Kreis Mettmann bei der Gewährung von Zuschüssen nicht an die das Vergabeverfahren festlegenden Regelungen der VOL/A gebunden ist, besteht für den Kreis die Möglichkeit, sich freiwillig dem Vergaberecht zu unterwerfen. Auch Auftraggeber, die grundsätzlich nicht zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet sind, können sich freiwillig an die Vergabevorschriften der Verdingungsordnungen halten (vgl. *Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Auflage 2006 § 3 Rn. 1; Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2. Auflage 2007, § 3 Rn. 3*). Sofern sich ein Auftraggeber dazu entschließt, eine Ausschreibung nach den Vorgaben einer der drei Verdingungsordnungen (VOB/A, VOL/A oder VOF) durchzuführen, obwohl er eigentlich nicht zur Anwendung des Vergaberechts verpflichtet wäre, begründet er jedoch einen Vertrauenstatbestand bei den Teilnehmern der Ausschreibung, so dass in der Folge sämtliche Regelungen der gewählten Verdingungsordnung eingehalten werden müssen (vgl. BGH, Urteil vom 21.02.2006, X ZR 39/03, zur Anwendbarkeit der VOB/A bei privaten Auftraggebern).

Sollte der Kreis im Rahmen einer Zuschussvergabe gegenüber den bezuschussten Institutionen zu erkennen geben, dass die Gewährung nach Maßgabe der VOL/A erfolgt, ergäbe sich demnach die Pflicht, sämtliche Regelungen der VOL/A einzuhalten. Demnach müsste versucht werden, die VOL/A, die eigentlich für die Vergabe öffentlicher Aufträge an Unternehmen bei der Beschaffung von sachlichen Mitteln und Leistungen gedacht ist, auf die vergaberechtsfreie Gewährung von Zuschüssen zu übertragen und soweit wie möglich anzuwenden. Vor jeder Zuschussgewährung müsste somit zunächst geprüft werden, welche der drei in der VOL/A enthaltenen Vergabearten, nämlich die Öffentliche Ausschreibung, die Beschränkte Ausschreibung oder die Freihändige Vergabe im konkreten Einzelfall einschlägig wäre. Nach § 4 Nr.1 VOL/A müsste der Kreis sowohl vor der Beschränkten Ausschreibung als auch vor einer Freihändigen Vergabe den in Betracht kommenden Bewerberkreis erkunden, sofern keine ausreichende Marktübersicht besteht. Ferner wäre der Kreis nach § 8 Nr. 1 VOL/A (Leistungsbeschreibung) gehalten, die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und die Angebote miteinander verglichen werden können.

Insbesondere die letztgenannte Regelung zur Leistungsbeschreibung lässt sich in den Fällen, bei denen die Gewährung einer Zuwendung in Form eines Zuschusses nicht an eine Gegenleistung geknüpft ist, nur mit erheblichen Schwierigkeiten umsetzen. Denn sofern keine bestimmte Leistung von den Einrichtungen erbracht werden soll, ist eine entsprechende Leistungsbeschreibung kaum möglich. Hieran wird deutlich, dass die VOL/A sowohl nach ihrem Wesen als auch nach ihrem Sinn und Zweck zumindest für die Gewährung von Zuschüssen, bei denen der Leistungseinkauf keine Rolle spielt, grundsätzlich nicht geeignet sein dürfte.

Neben einem darüber hinaus bestehenden nicht unerheblichen Verwaltungsaufwand ist auch anzuführen, dass der Kreis bei Verletzung der selbstaufgelegten Vergabevorschriften u.U. schadensersatzpflichtig wäre (zur Schadensersatzpflicht vgl. *Ingenstau/Korbion, VOB, 16. Auflage 2006, § 3 Rn. 1; Kapellmann/Messerschmidt, VOB, 2. Auflage, § 3 Rn. 3*).

b. Als Alternative zur freiwilligen Unterwerfung unter das Vergaberecht könnte der Kreis die bisherige Handhabung der Zuschussvergabe einer vertieften und ganzheitlichen Analyse unterziehen. Nach den Rechtsgedanken des Vergaberechts wäre hierbei insbesondere zu prüfen, ob das bisherige Verfahren sämtlichen potentiellen Interessenten reelle Chancen bietet, sich erfolgreich um einen Zuschuss zu bewerben (Gleichbehandlung) und ob die Zuschussvergabe im Wege eines durchsichtigen und öffentlichen Verfahrens stattfindet (Transparenzgebot). Um ein gerechtes und transparentes Verfahren zu gewährleisten, könnte der Kreis bestimmte Förderkriterien aufstellen bzw. die bereits bestehenden spezifizieren. Hierbei sollte in der Regel zunächst festgelegt werden, in welchen konkreten Bereichen Förderungsbedarf besteht. Im zweiten Schritt könnte die Zuwendung bei mehreren in Betracht kommenden Einrichtungen beispielsweise danach vergeben werden, welcher Leistungsempfänger die qualitativ beste Leistung erbringt, wo die Mittel am wirtschaftlichsten verwendet werden können und wo der höchste Zuschussbedarf besteht. Grundsätzlich sollte die Zuschussvergabe einer Befristung unterliegen, um nach Ablauf des Förderungszeitraums anderen Bewerbern die Möglichkeit zu eröffnen, sich für zukünftig zu vergebende Zuwendungen zu bewerben, um damit dem Wettbewerbsgrundsatz zu genügen.

Die Praktikabilität derartiger Förderkriterien muss im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung des Verwendungszwecks der Zuwendung und des Aufgabenkreises der (potentiellen) Leistungsempfänger bewertet werden.

Anlage

Zuschüsse des Kreises im Jahr 2006