

Wer voraussichtlich 50% Förderung bekommt, gilt als öffentlicher Auftraggeber!

§ 99 Nr. 4 GWB gilt bereits dann, wenn noch kein entsprechender Fördermittelbescheid ergangen ist, aber der Auftraggeber voraussichtlich Mittel erhalten wird, mit denen das Vorhaben zu mehr als 50% finanziert werden wird.

KG, Beschluss vom 19.03.2021 - [Verg 1008/20](#)

GWB § 99 Nr. 4

Problem/Sachverhalt

Der Auftraggeber, eine GmbH, schreibt Generalplanungsleistungen für einen Krankenhausumbau/-neubau europaweit in einem Verhandlungsverfahren nach VgV aus. In der Vergabebekanntmachung bezeichnet er sich als öffentlichen Auftraggeber und benennt die VK Berlin als Nachprüfungsbehörde. Im Zuge des vom zweitplatzierten Bieter eingereichten Nachprüfungsantrags rügt der Auftraggeber die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags. Er sei entgegen des gewählten europaweiten VgV-Verfahrens und der gesamten Ausgestaltung der Ausschreibungsunterlagen kein öffentlicher Auftraggeber i.S.d. § 99 GWB, insbesondere nicht nach § 99 Nr. 4 GWB, da das Bauvorhaben nicht zu mehr als 50% subventioniert werde. Lediglich aufgrund der Vorgaben im Förderbescheid, das Vergaberecht einzuhalten, habe er die Planungsleistungen vorsorglich europaweit ausgeschrieben. Ein Förderbescheid liege ihm auch noch nicht vor.

Entscheidung

In seinem Beschluss zur Verlängerung der aufschiebenden Wirkung stellt der Senat klar, dass von § 99 Nr. 4 GWB nicht nur die Errichtung von Krankenhäusern, sondern auch deren Sanierung und Umbau umfasst sind, wenn diese zu **mehr als 50% mit Bundes- oder Landesmitteln subventioniert** werden. Dabei ist nicht nur auf bereits erhaltene oder per Förderbescheid zugesicherte Subventionen abzustellen, sondern auf die **beabsichtigte Finanzplanung für das Gesamtbauvorhaben**. Es macht ferner keinen Unterschied, ob die Finanzierung dem Vorhabenträger unmittelbar selbst gewährt wird oder aber ihm mittelbar über Anteilseigner oder Konzerngesellschaften zufließt. Maßgeblich für § 99 Nr. 4 GWB ist der entscheidende Bezug der Zuwendung zum betreffenden Bauvorhaben - die **Subvention muss vorhabenbezogen** gewährt werden. Ausschließlich institutionell gewährte Subventionen, die einem Krankenhaus unabhängig vom betreffenden Bauvorhaben gewährt werden, bleiben bei der Berechnung der Förderquote außer Acht.

Praxishinweis

Eine folgerichtige Entscheidung, denn es kann nicht auf die Erteilung des Förderbescheids ankommen, denn dieser basiert ja gerade auf der noch zu erstellenden streitgegenständlichen Planung. Es verbleibt hier allerdings die spannende Frage, wie bei der Berechnung der Förderquote mit angesparten Investitionspauschalen umzugehen ist,

über deren Verwendung die Krankenhäuser eigenverantwortlich entscheiden können. Und weiter die Erkenntnis: nicht hinter jedem selbsternannten öffentlichen Auftraggeber steckt auch ein solcher. Was rät man einem Bieter? Es wäre wohl überspitzt zu verlangen, dass sich die Bieter bei Ausschreibungen eines privatrechtlich organisierten Bieters künftig über dessen öffentliche Auftraggebereigenschaft rückversichern.

RAin und FAin für Bau- und Architektenrecht, FAin für Vergaberecht Nicole Glaser,
Frankfurt a.M.