

Strategie im Vergabeverfahren

Handreichung für Diakonische Träger

Diakonie für Menschen

Handreichung für Diakonische Träger

März 2015

Inhalt

3	Vorwort	23	C Praxishinweise
4	Zusammenfassung der Ergebnisse	23	I. Maßnahmen und Strategien für konkrete Vergabefälle
4	A Relevanz des Vergaberechts für die Organisation und Finanzierung sozialer Dienstleistungen	23	1. Gesamtziel der Strategie
4	B Rechtlicher Hintergrund	23	2. Maßnahmen und Strategien für rechtlich zulässige Vergabeverfahren
5	C Praxishinweise	28	3. Maßnahmen und Strategien bei vergabeähnlichen Verfahren im Bereich freiwilliger Leistungen
6	Einleitung	30	4. Maßnahmen und Strategien bei Vergabeverfahren trotz Bestehens eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses
9	A Erfahrungen und Rahmenbedingungen	31	II. Rollenverteilung im Verband
9	I. Erfahrungen mit Vergabeverfahren	31	1. Unterstützung im konkreten Verfahren
9	1. Arbeitsmarktdienstleistungen	32	2. Unterstützung außerhalb der konkreten Verfahren
11	2. Kinder- und Jugendhilfe	34	Anlage 1 Rechtliche Einordnung von Ausschreibungsvorgängen
11	3. Eingliederungshilfe	35	Anlage 2 Checkliste Vergabeverfahren
12	4. Rettungsdienste und Krankentransporte:	46	Anlage 3 Checkliste der Vergabekammer des Bundes für Nachprüfungsanträge
13	II. Strukturelle Probleme der Finanzierung sozialer Arbeit über Vergabeverfahren	48	Arbeitsgruppe
13	1. Arbeitsrecht – Tarifbindung als Wettbewerbshindernis	51	Impressum
15	2. Subsidiaritätsprinzip und Strukturverantwortung des Sozialstaats		
17	B Rechtlicher Hintergrund		
17	Rechtliche Ausgangslage		
17	1. Rechtmäßigkeit der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen		
19	2. Vergaberechtliche Ausgangslage		
21	3. Abgrenzung des öffentlichen Auftrags zur Zuwendungsfinanzierung		

Vorwort

Das Thema Vergaberecht bewegt seit vielen Jahren sowohl die Träger diakonischer Einrichtungen als auch die Verbandsstrukturen der Diakonie. Dabei wirft es rechtliche ebenso wie politische Fragen auf, die auf den unterschiedlichen Ebenen unter jeweils ganz eigenen Vorzeichen zu verhandeln sind.

Als der Lenkungsausschuss des Zentrums Recht und Wirtschaft der Diakonie Deutschland dieses Thema 2014 zum Gegenstand seines ersten Projektes gemacht hat, verbanden die Beteiligten mit diesem Auftrag die Erwartung, dass sich aus diesem komplexen Querschnittsthema in erster Linie praktische Hinweise für diakonische Träger ableiten lassen würden. Dies ist in der vorliegenden Handreichung erfolgt. Allerdings stellte sich im Verlauf der damit verbundenen Diskussionen in der Projektgruppe heraus, dass sich dieses Thema nicht ohne weiteres auf solche praktischen Hinweise reduzieren lässt. Vielmehr verlangt es Erläuterungen und wirft Fragen auf, die zwar allgemeinpolitischer Natur sind, aber die Arbeit vor Ort entscheidend prägen. Eine Handreichung, die den Anspruch erhebt, Orientierung in einem komplexen Verfahren zu bieten, muss diese Fragen auch dann aufgreifen, wenn sie diese nicht alle selber beantworten kann.

Vor diesem Hintergrund geht die Handreichung über die reine Auflistung strategischer Hinweise hinaus und kommt den vielschichtigen Informationsbedürfnissen entgegen. Die vorliegende Handreichung vermittelt neben den strategischen Hinweisen Fakten, formuliert Fragestellungen und ordnet diese im Sinne einer Orientierungshilfe in ihren jeweiligen Kontext ein. Der Orientierung dienen auch die beiden Anhänge zur Handreichung, die die Fragestellungen im Zusammenhang mit der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen in graphischer und tabellarischer Form aufarbeiten.

Der Dank für diese Handreichung gebührt der vom Lenkungsausschuss eingesetzten Projektgruppe, deren Mitglieder mit ihren Erfahrungen, Anregungen und Hinweisen diese Arbeit erst möglich gemacht haben. Allen Mitgliedern der Projektgruppe wissen wir uns für diese wertvolle Unterstützung sehr verbunden.¹

Dr. Jörg Kruttschnitt
Vorstand Recht, Sozialökonomie und Personal

¹ Die Mitglieder der Projektgruppe sind Günter Buck, BAG EJSA, Rainer Gaag, Berufsbildungswerk Waiblingen gGmbH, Ulrich Gensch, Thomas Illing, Diakonisches Werk Hamburg, Dr. Friederike Mußgnug, Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband

Zusammenfassung der Ergebnisse

A Relevanz des Vergaberechts für die Organisation und Finanzierung sozialer Dienstleistungen

- I. Vergabeverfahren finden zur Zeit vornehmlich in den folgenden Arbeitsfeldern statt:
 1. Arbeitsmarktdienstleistungen
 2. Punktuell in der Kinder- und Jugendhilfe
 3. Punktuell in der Eingliederungshilfe
- II. Vergabeverfahren bringen eine grundlegende Neuausrichtung des Wettbewerbs unter den Anbietern sozialer Dienstleistungen mit sich: Mit dem Zuschlag entscheidet der Auftraggeber über die Marktpräsenz der Anbieter.
- III. Da Ausschreibungen zur Zeit vornehmlich in Arbeitsfeldern stattfinden, in denen der Staat steuerfinanzierte Fürsorgeleistungen erbringt, sind die Auftraggeber meist auch die einzigen relevanten Nachfrager. Erfolgreiche Bieter haben mithin kaum Aussichten, sich dem (mindestens faktisch bestehenden) Nachfragemonopol der öffentlichen Hand zu entziehen und ihre Leistungen zahlungskräftigen Dritten anzubieten. Die Einführung dieser Verfahrensart hat damit unvermeidlich auch erhebliche Auswirkungen auf die Existenz freier Träger.

B Rechtlicher Hintergrund

Ob die Ausschreibungen sozialer Dienstleistungen an sich zulässig ist, ist in zwei Schritten zu prüfen.

- I. Zulässigkeit der Auftragserteilung – Maßstab: Sozialrecht
 1. Das Sozialrecht kennt mit dem Dreiecksverhältnis zwischen Leistungsberechtigten, Leistungsträgern und Leistungserbringern ein eigenes Wettbewerbsmodell.

Dieses kommt immer und zwingend zur Anwendung, wenn zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungserbringer der Träger eines sozialrechtlichen Leistungsanspruchs mit eigenen Rechten und in der Regel weitgehenden Mitwirkungspflichten steht.

2. Fehlt es an einer solchen Konstellation und steht die erforderliche Leistung im Ermessen der Leistungsträger, sind diese auch weitgehend frei darin, wie sie diese Leistungen gestalten und wie diese erbracht werden sollen (mit eigenen Kräften oder vonseiten Dritter).
3. Daraus ergeben sich drei mögliche Verfahrenskonstellationen, auf die diakonische Träger als potentielle Bieter reagieren müssen:
 - a) Gesetzlich vorgeschriebene oder zulässige Vergabeverfahren
 - b) Kooperationen, in denen ein öffentlicher Auftrag vorliegt aber keine Vergabe sondern nur ein vergabeähnliches Verfahren stattfindet
 - c) Dreieckskonstellationen, in denen unzulässigerweise gleichwohl Ausschreibungen stattfinden.
- II. Rechtmäßige Durchführung des Vergabeverfahrens – Maßstab: Vergaberecht

1. Das Vergaberecht befindet sich derzeit in einem grundlegenden, vom Europarecht initiierten Reformprozess. Als Mitgliedsstaat der EU hat die Bundesrepublik Deutschland bis April 2016 Zeit, die in den Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU verankerten Vorgaben in deutsches Recht umzusetzen.
2. Ziel des Vergaberechts ist zum einen der sparsame und wirtschaftliche Einsatz von Steuermitteln. Ab einem bestimmten Auftragsvolumen schützt das Verfahren zudem die von den europarechtlichen Grundfreiheiten

geschützten Belange der Wettbewerbsteilnehmer. Die zum Teil sehr differenzierten Verfahrensregelungen sollen entsprechend sicherstellen, dass die Auswahl unter den Bietern in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren stattfindet.

C Praxishinweise

Die in der Handreichung erarbeiteten Praxishinweise knüpfen an den unter B 1c dargestellten Konstellationen an und machen deutlich, was diakonische Träger in den jeweiligen Situationen zu beachten haben. Dabei ergänzen sich die Hinweise mit der in Anhang 2 erstellten Checkliste zum Ablauf eines Vergabeverfahrens.

Die Hinweise enthalten Ausführungen zu Maßnahmen und Strategien für konkrete Vergabeverfahren sowie Überlegungen zur möglichen Aufgaben- und Rollenverteilung im Bundesverband.

I. Maßnahmen und Strategien für konkrete Vergabeverfahren:

1. Maßnahmen und Strategien für rechtlich zulässige Vergabeverfahren

In rechtlich zugelassenen Vergabeverfahren kommt es maßgeblich darauf an, die Chancen und Gestaltungsmittel, die das Vergaberecht – und im Einzelfall auch der Auftraggeber – den Bietern einräumt, so zu nutzen, dass das eigene Angebot größtmögliche Erfolgsaussichten hat.

Sollten in einem Verfahren Fehler unterlaufen, sind die vergaberechtlichen Abhilfemöglichkeiten (Rüge und gerichtlicher Rechtsschutz) zu nutzen, um zu verhindern, dass eine falsche Entscheidung über den Zuschlag getroffen wird, die zulasten des eigenen Angebotes gehen kann.

2. Maßnahmen und Strategien bei vergabeähnlichen Verfahren im Bereich freiwilliger Leistungen

Soweit der Auftraggeber in seinen Gestaltungsentscheidungen weitgehend frei ist, bleiben den Anbietern vergleichsweise geringe Interventionsmöglichkeiten. Sie können sich aber auf grundlegende Verfahrensgrundsätze berufen und argumentativ auf eine faire, transparente und diskriminierungsfreie Verfahrensgestaltung dringen und versuchen, Wege aufzuzeigen,

um die gemeinsamen Interessen der Beteiligten auf rechtlich besser abgesicherte Weise zu erreichen.

3. Maßnahmen und Strategien bei Vergabeverfahren trotz Bestehens eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses

Hier empfiehlt sich grundsätzlich, gegenüber dem Leistungsträger darauf zu dringen, dass dieser rechtmäßige Verfahren einhält und das Einhalten dieses Verfahren als Ultima Ratio auch vor dem Sozialgericht einzuklagen. Dieses ist neutral und insbesondere anders als Repräsentanten des ausschreibenden Leistungsträgers politisch nicht festgelegt. Um die unvermeidliche Konfrontation mit den Leistungsträgern abzuschwächen, ist es wichtig, deeskalierend vorzugehen aber dabei die Einschaltung der unabhängigen und politisch nicht festgelegten Gerichte als Ultima Ratio im Blick zu behalten.

II. Rollenverteilung im Bundesverband

1. Unterstützung von Trägern im Verfahren

Da Vergabeverfahren auf die Zuschlagserteilung zulaufen und die Beteiligung nur für diejenigen in Betracht kommt, die sich tatsächlich um den Zuschlag bewerben, können die übrigen Verbandsebenen Bieter vor allem mit unmittelbaren und kurzfristig abrufbaren Informationen unterstützen. Neben eigenen Rechtsauskünften gehören hierzu insbesondere der Aufbau einer Kontakt-datenbank für Anwälte und die finanzielle Unterstützung bei der Inanspruchnahme von Rechtsschutz.

2. Unterstützung von Trägern außerhalb konkreter Verfahren

Eine solche Unterstützung kann durch den Auf- oder Ausbau bestehender Netzwerke erfolgen, in denen ein regelmäßiger Austausch über vergaberechtliche Fragen stattfinden kann. Sinnvollerweise sollten diese Netzwerke von der Ebene der Landesverbände ausgehen; der Bundesverband sollte diese Netzwerkarbeit durch Fortbildungsangebote und regelmäßige bundesweite Treffen ergänzen.

Darüber hinaus obliegt es dem dem Bundesverband sowie den Landes- und Fachverbänden, bei ihrer Lobbyarbeit auf eine Weiterentwicklung des Leistungserbringungsrechtes hinzuwirken, die verhindert, dass Träger mit unsachgemäßen Verfahren belastet werden.

Einleitung

Die Rahmenbedingungen für die Erbringung sozialer Dienstleistungen befinden sich in einem grundlegenden Umgestaltungsprozess. Gewissheiten über bislang praktizierte Verfahren und bestehende Rechtsbeziehungen, die die Zusammenarbeit zwischen freien und öffentlichen Trägern – aber auch das Verhältnis von Leistungsberechtigten und Leistungserbringern – prägen, geraten nicht nur unter Rechtfertigungsdruck. Die bisherige Praxis bedarf grundlegender Erklärungen.

Erklärungen können als Vergewisserung wirken und so Rechtsbeziehungen festigen. Tatsächlich aber erleben gerade diejenigen, die mit hohem Einsatz und Engagement soziale Dienstleistungen erbringen, diese Entwicklung als Infragestellung ihrer Arbeit². Die damit verbundene Verunsicherung erschwert es vielen Beteiligten, sich auf die veränderten Anforderungen einzustellen. Diese Entwicklung wird vor allem durch folgende Neuorientierungen bestimmt:

1. Zum einen zielen etwa Überlegungen zur Umsetzung der UN-Behindertenrechtskonvention³ und der UN-Kinderrechts-Konvention⁴ darauf ab, den im sogenannten Leistungsrecht geregelten Zugang zu benötigten Hilfen zu erleichtern⁵. Das Ziel, diesen Zugang möglichst niedrigschwellig zu gestalten, geht mit der Forderung nach Alternativen zu den defizitorientierten Hilfeplanverfahren und detaillierten Bewilligungsbescheiden einher. Statt dieser sehr belastenden Verfahren sollen Leitungsberechtigte mehr Freiraum bekommen, benötigte Hilfen im eigenen sozialräumlichen Umfeld selber zu organisieren. Zu deren

Finanzierung sind unterschiedliche Modelle wie zum Beispiel die Finanzierung über Sozialraum- oder Trägerbudgets in der fachlichen, wirtschaftlichen und rechtlichen Diskussion.

2. Ein weiterer Reformimpuls setzt direkt an den Rechtsbeziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern an. Dieser ist wesentlich von der Frage geprägt, wie sich angesichts zunehmender Bedarfe die begrenzten Mittel zu deren Finanzierung möglichst effektiv einsetzen lassen⁶. Diese Zuteilungsprobleme beim Einsatz öffentlicher Mittel lösen eine Vielzahl von Problemen aus, die in der Diskussion zu selten im Zusammenhang gesehen werden. Besonders deutlich kommt das bei Personalkosten zum Tragen: Soziale Dienstleistungen sind in hohem Maß personenbezogen und damit auch personalintensiv. Im Rahmen der Gestehungskosten stellen die Personalkosten deshalb stets auch den größten Kostenfaktor dar. Bemühungen von Leistungsträgern, den auf ihnen lastenden Kostendruck an Leistungserbringer weiterzugeben, betreffen damit häufig auch deren Mitarbeitende. Obwohl in fast allen Aufgabenfeldern längst ein bedenklicher Fachkräftemangel besteht und dies auch formal festgestellt ist, verschlechtern sich die Arbeitsbedingungen gerade derjenigen Personen dramatisch, auf deren Leistungen das Gemeinwesen als Ganzes angewiesen ist. Dies wiederum ist umso bedenklicher, als die Mitarbeitenden der wesentliche Faktor für die Qualität der erbrachten Leistungen sind.

2 Eine detaillierte Beschreibung der Problemlage findet sich im 3. Schwarzbuch Vergabe von Aus- und Weiterbildungsleitungen; Herausgeber Gewerkschaft Erziehung und Wissenschaft, Hauptvorstand; Oktober 2014, ISBN: 978-3-944763-06-4; abrufbar unter http://www.gew.de/Vergabeverfahren_vom_Kopf_auf_die_Fuesse_stellen.html

3 Übereinkommen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2006, Bundesgesetzblatt (BGBl.) 2008 II, S. 1419

4 Übereinkommen über die Rechte des Kindes vom 20. November 1989, von der Bundesrepublik Deutschland unterzeichnet am 26. Januar 1990, BGBl. II S. 121

5 Diakonie Text 01/2014 Diakonische Positionen zu einem Bundesleistungsgesetz zur Teilhabe von Menschen mit Behinderungen

6 Diakonie Text 06/2012 Herausforderungen für die Daseinsvorsorge, S. 11, Punkt 4.2; Deutscher Städtetag: Sozialleistungen der Städte in Not, 201, S. 3 m.w.N.

3. Vergabeverfahren stehen wie kaum eine andere Entwicklung des vergangenen Jahrzehnts für den Paradigmenwechsel im Verhältnis zwischen den öffentlichen und freien Trägern. Kaum ein anderes Verfahren stellt die gewachsenen Arbeitsbeziehungen und die damit zusammenhängende vernetzte Arbeitsweise so gründlich in Frage. Zwar haben bereits andere Weichenstellungen wie zum Beispiel der Abschied vom Kostendeckungsprinzip zugunsten einer leistungsorientierten Vergütung ein grundlegendes Umdenken im Sinne einer Mitverantwortung sozialer Dienstleister für eine wirtschaftliche und sparsame Refinanzierung eingeleitet.⁷ Trotzdem ließen diese und andere Nejustierungen das Grundverhältnis zwischen den Akteuren und die zwischen diesen geltenden Wettbewerbsregelungen im Grundsatz unangetastet⁸.

Auch wenn Vergabeverfahren „nur“ die Anbahnung von Leistungsvereinbarungen regeln, verändern sie die gesamte Perspektive für die Ausgestaltung der Vertragsbeziehung, die bislang überwiegend dem Modell des sogenannten Sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses folgt⁹. Dabei liegt die maßgebliche Änderung keineswegs in der Einführung von Wettbewerb, Bedarfsfeststellungen oder gar wirtschaftlichen Betrachtungsweisen, die bereits das Sozialrecht vorsieht. Neu und für die Bieter problematisch ist die einseitige Ausrichtung des Verfahrens auf die Bedarfe und die Perspektive der öffentlichen Hand als Beschafferin. Die bisherigen Aushandlungsprozesse sind im Grundsatz darauf ausgerichtet, fachliche Leistungskonzepte zu finanzieren, die freie Leistungsträger an die Leistungsträger herantragen. Dem gegenüber definiert im Vergabeverfahren die öffentliche Hand einen bestimmten Bedarf und beauftragt den Bieter, dessen Angebot ihren Vorstellungen am nächsten kommt. Bevor die Leistungserbringer überhaupt förmlich Kenntnis über die Beschaffungsentscheidung erlangen, sind maßgebliche Entscheidungen für deren inhaltliche Ausrichtung bereits gefallen. Unbeteiligt bleiben in diesem Verfahren die Hilfebedürftigen, die „lediglich“ Nutzer der zu beschaffenden Leistungen sein werden und höchstens nach Abschluss einer Maßnahme zum Feedback und zu deren Evaluation aufgefordert werden. Auswahlmöglichkeiten und Wahlrechte, wie sie für das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis charakteristisch sind, kommen im Vergaberecht allenfalls dann zum Tragen, wenn der Auftraggeber das durch eine Losbildung ermöglicht¹⁰.

Damit verändert sich die Rolle der freien Träger: sie werden von Impulsgebern zu Bewerbern und Lieferanten, die ihre fachlichen Konzepte den Vorstellungen des Nachfragenden anpassen und in das von diesem vorgegebene Abfrage- und Bewertungsraster einfügen müssen. Welche Bedeutung bei dieser Vorgehensweise der fachlichen Innovation und der Expertise der Bieter zukommt, ist nicht immer nachvollziehbar. Die Erfahrungen mit den Ausschreibungen der Bundesagentur zeigen, dass sowohl individuelle Belange wie auch die Öffnung für innovative fachliche Ideen durchaus Gefahr laufen können, dem Interesse am reibungslosen Ablauf von standardisierten Massenverfahren preisgegeben zu werden.

Zudem verschärft diese Ausrichtung an der Nachfrage des Auftraggebers auch den Wettbewerb. Vergabeverfahren kommen gegenwärtig vornehmlich in Arbeitsfeldern vor, in denen üblicherweise keine zahlungskräftigen Selbstzahler ergänzend neben den öffentlichen Leistungsträgern für Nachfrage sorgen. Träger, die keinen Zuschlag erhalten, haben deshalb kaum Chancen, während der ausgeschriebenen Vertragslaufzeit eine anderweitige Finanzierung für ihre Angebote zu finden¹¹. Unter diesen Umständen kommt dem Auftraggeber von sozialen Leistungen in aller Regel eine den Markt und den Wettbewerb beherrschende Position als Nachfragemonopolist zu (Monopson), die die Rahmenbedingungen des Vergaberechts nochmals verschärft und nicht zum Interessenausgleich zwischen Bieter und Auftraggeber beiträgt.

Der mit dieser Abhängigkeit verbundene Marktberäuberungseffekt ist nicht allein für nicht berücksichtigte Bieter fatal: Er lässt mittelfristig auch den Wettbewerb leerlaufen, der auf eine Vielzahl gut qualifizierter Bieter und deren innovative Konzepte angewiesen ist. Unter den Bedingungen eines Preiswettbewerbs, wie er derzeit zum Beispiel im Bereich der Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen stattfindet, behauptet sich nicht der am besten qualifizierte, sondern der billigste Bieter. Da auch für die beschafften Arbeitsmarktdienstleistungen trotz aller fachlichen Bedenken Vergütungen zu leisten sind und mithin Steuergelder aufgewendet werden, erweist sich die Kombination von Nachfragemonopol und einseitigem Preiswettbewerb als volkswirtschaftlicher und wettbewerblicher „Holzweg“¹².

7 Rechtsprechung des BVerwG und des BSG, Gutachten Volker Neumann, BVerwG Urteil vom 01.12.1998, Az. 5 C 17/97, Rn. 22, 29/27 Rn. 8 bis 10, BTDrucks. 12/5510, S. 11

8 Zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis im Einzelnen unter IV

9 S. dazu die Erläuterung unter IV.1a

10 S. dazu unter IV.1.a

11 Die große Ortsgebundenheit der jeweiligen Leistungen, die eine aufwändige Infrastruktur in Ausbildungsstätten und örtliche Vernetzungen voraussetzen, erschwert es Bietern zudem, ihre Angebote kurzfristig auch an anderen Orten anzubieten.

12 Prof. Stefan Sell, in Schwarzbuch III, ab S. 17

4. Die beschriebenen Entwicklungen werfen die Frage nach der Wertorientierung des sozialen Wettbewerbs und den Gründen auf, die das schrittweise Abrücken vom sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis¹³ als dem Ausgangsmodell für einen sozialrechtsimmanenten Wettbewerb rechtfertigen. Diese Frage zu stellen erübrigt sich nicht etwa durch die Festlegung auf eines von mehreren Wettbewerbsmodellen. Auch wenn die Motive nachvollziehbar sind, die die öffentliche Hand zu mehr Steuerung und Kontrolle veranlassen, löst diese Steuerung ohne weitere Modifikationen eine Marktregulierung und -bereinigung aus, die auch den Zielen des Vergaberechtes zuwiderlaufen.

Ein grundsätzlicher Diskurs über die Rahmenbedingungen sozialer Arbeit steht seit langem aus. So wichtig er ist, würde er allerdings den Rahmen der Handlungsmöglichkeiten sprengen, der diakonischen Einrichtungsträgern im Kontext eines Vergabeverfahrens zur Verfügung steht. Sowohl während einer laufenden Ausschreibung wie auch zwischen zwei Bewerbungsphasen stellen sich für Bieter in erster Linie praktische Fragen. Auf diese Fragen will die vorliegende Handreichung eingehen und so die Orientierung in einem Verfahren ermöglichen, mit dem man zwar zunehmend praktische Erfahrungen sammelt, das aber im Kontext der sozialen Leistungserbringung ein Fremdkörper geblieben ist.

5. Die Handreichung verschafft in Teil A zunächst einen Überblick über die Arbeitsgebiete, in denen zur Zeit Vergabeverfahren stattfinden und zeigt strukturelle Probleme auf, die die Finanzierung der sozialen Arbeit im Rahmen des

sogenannten Einkaufsmodells für die Diakonie Deutschland derzeit auslösen. Diese Probleme werfen Fragen auf, die eng mit den vergaberechtlichen Verfahren verbunden sind und bei der Klärung strategischer Handlungsmöglichkeiten zum Tragen und zur Sprache kommen müssen. Teil B stellt die rechtlichen Rahmenbedingungen des Sozialvergaberechts dar. Im Mittelpunkt der Handreichung stehen die in Teil C dargestellten Strategiehinweise für den Umgang mit Vergaberecht und seinen „Ablegern“ sowie die Überlegungen, wie Diakonie Deutschland und seine Mitgliedsverbände abgestimmt auf die Probleme reagieren können, die das Vergaberecht für seine Mitglieder aufwirft. Die Ausrichtung des gesamten Vergabeverfahrens auf die Zuschlagserteilung verhindert, dass der Bundesverband, seine Landes- und Fachverbände den Einrichtungen anspruchsvolle Verfahren und schwere Entscheidungen abnehmen¹⁴. Gleichwohl eröffnet dieser Verbandsrahmen Möglichkeiten zur arbeitsteiligen Wahrnehmung von Interessen und zur Unterstützung mit Know-how, politischen Interventionen und schließlich auch Finanzmitteln. Ein Überblick über diese unterschiedlichen Handlungsebenen und Rollenverteilungen im Rahmen der Diakonie Deutschland soll helfen, auch unter dem Zeitdruck eines von Mitwirkungsfristen geprägten Verfahrens kurzfristig geeignete Ansprechpartner zur Verfügung zu haben.

Mit dieser Ausrichtung will die Diakonie Deutschland dazu beitragen, Unsicherheiten im Umgang mit einem fremdartigen Verfahren abzubauen und dazu ermutigen, gemeinsam die Spielräume zu nutzen, die ein weitgehend staatlich gesteuertes Verfahren lässt.

13 S. hierzu ausführlich unter IV.1.a

14 S. dazu unter V. In den auf schnelle Fehlerbehebung ausgerichteten vergaberechtlichen Überprüfungsverfahren sind gem. § 107 Abs. 2 GWB nur Unternehmen antragsbefugt, die als Bieter ein Interesse am Auftrag haben und geltend machen können, in ihren Rechten nach § 97 Absatz 7 GWB verletzt worden zu sein.

A Erfahrungen und Rahmenbedingungen

I. Erfahrungen mit Vergabeverfahren

Die Einführung von Vergabeverfahren für die sozialrechtliche Leistungserbringung erfolgt bislang punktuell. Während für die Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen und teilweise auch für Rettungsdienstleistungen der Bundes- beziehungsweise einige Landesgesetzgeber Ausschreibungen gesetzlich vorgeschrieben haben, prägen in anderen Bereichen eher Einzelverfahren das Bild.

Entsprechend gibt es keine einheitlichen Erfahrungen mit Vergabeverfahren. Ein solch einheitlicher Eindruck ergibt sich am ehesten bei den stringent und weitgehend einheitlich gesteuerten Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit. Von daher halten die folgenden Darstellungen punktuelle Erfahrungen fest und bieten die Möglichkeit, diese mit den eigenen Erfahrungen abzugleichen.

1. Arbeitsmarktdienstleistungen

Die Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen ist nachhaltig durch die Bundesagentur geprägt, die neben den Ausschreibungen der Optionskommunen über ihre regionalen Einkaufszentren (die sogenannten REZe) die überwiegende Mehrzahl der Ausschreibungen durchführt. Optionskommunen sind die Gemeinden, die gem. § 6a SGB II als kommunale Grundsicherungsträger zugelassen sind.

Auch wenn allein unter quantitativen Gesichtspunkten die Bundesagentur die maßgebliche Nachfragerin ist, kommt auch den Optionskommunen als Nachfragerinnen von Arbeitsmarktdienstleistungen Bedeutung zu. Gerade weil sie nicht in das Ausschreibungssystem der Bundesagentur eingegliedert sind, wird bei den von ihnen durchgeführten Vergabeverfahren durchaus ein alternativer Ansatz für die Gestaltung von Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen sichtbar.

Wichtige Unterschiede ergeben sich dabei aus der örtlichen Verankerung der Jobcenter. Da sich der Erfolg der finanzierten Maßnahmen ausschließlich vor Ort bewähren muss, entfällt der Druck, die örtlichen Bedarfe in ein System einzufügen, das bundesweit die Leistungserbringung sicherstellen muss. Diese Möglichkeit zur Konzentration auf lokale Belange verschafft den Jobcentern der Optionskommunen mehr Gestaltungsfreiheit. Überwiegend nutzen die Optionskommunen diesen ihren Spielraum auch im Sinne einer möglichst flexiblen Verfahrensgestaltung und Offenheit für fachliche Impulse.

Demgegenüber fallen bei den Ausschreibungen der Bundesagentur vor allem die folgenden Gesichtspunkte auf:

Mit der Verlagerung der eigentlichen Ausschreibung auf die dezentral arbeitenden REZe findet eine Entkoppelung der Ausschreibung vom örtlichen Bedarf statt. Für die dann stattfindenden Ausschreibungen können die REZe auf einen Katalog bestimmter, deutschlandweit verwendeter Vergabeunterlagen zurückgreifen, die bestimmte, standardisierte Leistungen festlegen.

Die durchaus auch nachgefragten individualisierbaren Leistungen fallen neben dem Gros der standardisierten Massenausschreibungen nur geringfügig ins Gewicht.

Ein weiteres Element verstärkt den Trend zu standardisierten Massenverfahren: Obwohl das Vergaberecht mit Verhandlungsverfahren, wettbewerblichem Dialog und der Möglichkeit zur Abgabe von sogenannten Nebenangeboten¹⁵ durchaus Gestaltungsspielräume kennt, bleiben diese Spielräume weitgehend ungenutzt: Im Rahmen der vorherrschenden öffentlichen Ausschreibung¹⁶ bleibt den Anbietern kaum Gestaltungsspielraum, um neben den engmaschigen Vorgaben eigene fachliche Impulse für Alternativgestaltungen anzubieten.

15 Geregelt in § 9 und § 9 EG VOL/A

16 Beide Formen entsprechen einander; sie sind die in § 3 Abs. 1 bzw. § 3 EU Abs. 1 VOL/A geregelten streng förmlichen Vergabeverfahren, die nach der gegenwärtigen VOL/A vorrangig anzuwenden sind.

Ohne eine solche Öffnung für die praktischen Erfahrungen und das Know-how der Bieter kommt es zu einem bedenklichen Innovationsstau. Dieser geht auf Kosten einer differenzierten didaktischen Zielsetzung, konzeptioneller Passgenauigkeit und ergebnisoffener individueller Förderung, die jedoch für den individuellen Erfolg einer Maßnahme ausschlaggebend sind. Dieser Innovationsstau beeinträchtigt letztlich auch die Wirtschaftlichkeit der Leistungen an sich. Denn dem erheblichen Aufwand, den diese Verfahren verursachen und den für diese nach wie vor aufzuwendenden Kosten steht kein fachlich befriedigendes Ergebnis gegenüber.

Ein weiteres fachliches Anliegen, das bei der Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen nicht hinreichend zum Tragen kommt, ist die Möglichkeit zum vernetzten Arbeiten. Obwohl eine solche Vernetzung den Intentionen der Leistungsgesetze entspricht (so zum Beispiel bei der Unterstützung von Jugendlichen beim Übergang von Schule und Beruf), fehlen in den Leistungsbeschreibungen der regionalen Einkaufszentren praktikable Ansätze für die fachlich notwendigen Abstimmungen. Insbesondere betrifft dies regionale oder lokale Netzwerke, die den Übergang zwischen Schule und Beruf unterstützen sollen.

Beispiel:

Aktivierungsbudget gem. § 45 Abs. 4 SGB III: Möglichkeit für Vermittler, einzelne Eingliederungsinstrumente passgenau nach dem individuellen Bedarf ihrer Kunden zusammenzustellen.

Voraussetzung: ausdifferenziertes Leistungsangebot

Problem: verfahrensimmanente Verzögerungen dieses Einkaufs-Systems; bei der Ausschreibung werden die Instrumente jeweils als einzelne „Standardprodukte“ definiert und (teilweise zentral) als Fachlose ausgeschrieben; damit entscheidet gerade nicht, wie vom Gesetzgeber gewollt, der individuelle Bedarf; der Zuschnitt der Förderung richtet sich vielmehr nach den Rahmenbedingungen der Verfahrensabläufe und vorab beschlossenen Budgetierungen.

Diese an die Bieter weitergegebene Standardisierung der Maßnahmen wiederum leistet dem Preiswettbewerb Vorschub. Denn je mehr sich die Angebote inhaltlich gleichen, desto mehr fehlt es an Ansatzpunkten für eine differenzierte Bewertung. Im Rahmen der Preis-Leistungs-Relation funktioniert dann allerdings nur noch der kalkulierte Preis als Kriterium. Im Ergebnis ist daher der Wettbewerb um die Ausfüh-

rung von Arbeitsmarktdienstleistungen längst durch einen rigiden Preiswettbewerb geprägt. Die dabei erzielbaren Preise reichen allerdings oft nicht mehr aus, um die Gestehungskosten tarifgebundener Anbieter abzudecken:

Beispiel: ausbildungsbegleitende Hilfen (abH)

Durchschnittlicher Preis: 120 bis 140 Euro pro Platz

durchschnittliche Einnahmen: 4.320 Euro beziehungsweise 5.040 Euro

Vorhaltekosten: mindestens 200 und 260 Euro pro Platz (2 Personalstellen bei einem Personalschlüssel von 1:36 TN, Raummiete, Fahrtkosten, Verwaltung, Sachmittel)

Es entsteht damit von vornherein eine Deckungslücke von mindestens 60 Euro pro Platz.

Anders als auch bei einem von den Kommunen als Auftraggeber ausgerichteten Wettbewerb, verstärkt die Position der Bundesagentur als marktbeherrschender Nachfrager die Abhängigkeit der Bieter vom Auftraggeber. Da die Bundesagentur zudem ihre Ausschreibungen bundesweit zeitgleich durchführt, bleibt einem Bieter praktisch keine Zeit, den Misserfolg seiner Bewerbung in einem anderen Verfahren auszugleichen. Mangels anderweitiger Refinanzierungsmöglichkeiten kann deshalb ein Misserfolg in der Tat die Existenz eines Bieters bedrohen.

Diese Abhängigkeit der Träger von der erfolgreichen Teilnahme an einer Ausschreibung wirkt sich auch auf die von ihnen abgeschlossenen Beschäftigungsverhältnisse aus. Da die Refinanzierung der für diese Arbeit anfallenden Personalkosten wesentlich aus der Vergütung erfolgt, die ein Träger mit der ausgeschriebenen Leistung erzielt, kann er nicht vorhersehen, wie hoch sein langfristiger Bedarf an Mitarbeitenden sein wird. Um spätere betriebsbedingte Kündigungen zu vermeiden, neigen viele Träger dazu, die für die adäquate Auftragsausführung erforderlichen Mitarbeitenden nur befristet für die Laufzeit des Auftrages einzustellen. Ein solches Vorgehen mag ökonomisch nachvollziehbar und arbeitsrechtlich korrekt sein. Für ein Arbeitsfeld, das auf die Beendigung von Arbeitslosigkeit und die Integration in den Arbeitsmarkt vorbereiten soll, führt ein solches Vorgehen zu einem ernsthaften Glaubwürdigkeitsproblem.

Die negativen Folgen dieser Praxis für die Leistungsqualität und den Erfolg des gesamten Leistungsgeschehens haben

mittlerweile auch den Bundestag beschäftigt und zu einer Änderung der Vergabeverordnung geführt¹⁷. Eine Trendwende ist für diese Entwicklung gleichwohl nicht erkennbar. Dem steht auch die sogenannte Instrumentenreform aus dem Jahr 2009¹⁸ entgegen, die den Anwendungsbereich der Vergabeverfahren sogar erweitert und damit bewirkt hat, dass sich die nachfolgend beschriebenen Entwicklungen in weiteren Arbeitsfeldern der sozialen Arbeit entfalten können. Nach der Erfahrung der Leistungserbringer haben diese Vergabeverfahren innerhalb von zehn Jahren eine tiefgreifende Veränderungen sowohl des eigenen Arbeitsumfeldes als auch in der erzielbaren Qualität der Dienstleistungen bewirkt.

2. Kinder- und Jugendhilfe

Der Bereich Kinder- und Jugendhilfe ist von einem Nebeneinander von unterschiedlich geregelten Finanzierungsformen geprägt. Da ein einklagbarer Rechtsanspruch nur bei bestimmten Leistungen besteht (insb. die §§ 27 ff SGB VIII), erfolgt die Finanzierung der Kinder- und Jugendhilfe nicht durchgängig im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis¹⁹. Neben der subjektbezogenen Vergütung nach Stunden- oder Tagesatz stehen als alternative Finanzierungsmodelle die Förderung gem. § 74 SGB VIII oder die landesrechtlich geregelte Finanzierung der Kindertagesstätten²⁰, in der so gut wie alle Finanzierungsmodelle vertreten sind. Darüberhinaus kommt es in Einzelfällen immer wieder auch zu Ausschreibungen. Welchem Arbeitsfeld die ausgeschriebenen Dienstleistungen zuzuordnen sind, hängt auch von den einzelnen Gemeinden und deren Einschätzung der jeweiligen Rechtslage ab. So sind Leistungen der Erziehungsberatung ebenso wie auch Fahrdienste für Kinder mit Behinderungen zwischen ihrem Zuhause und ihrer Schule ausgeschrieben worden.

Derzeit bevorzugen die Kommunen als Jugendhilfeträger in ihrer Mehrzahl eher Formen der Zuwendungsförderung, bei denen mangels eines öffentlichen Auftrags das Vergaberecht nicht anzuwenden ist²¹. Demgegenüber stellen gewerbliche Konkurrenten die herkömmlichen Formen der Refinanzierung in der Kinder- und Jugendhilfe als Privilegierung gemeinnützi-

ger Träger in Frage. Als Gegenmodell nennt insbesondere die Monopolkommission eine weitgehende Umstellung der Leistungserbringung auf Vergabeverfahren, die größere Transparenz und bessere Wettbewerbschancen mit sich bringen soll²².

Wettbewerbliche Folgen für die künftige Leistungserbringung können sich aus neuen Formen der niedrigschwelligen sozialräumlichen Angebotsgestaltung ergeben. Diese Angebote zielen insbesondere auf eine präventive Unterstützung ab, die verhindern soll, dass schwerwiegendere Probleme auftreten, zu deren Abhilfe durch Rechtsanspruch gestützte Leistungen erforderlich werden. Damit diese Angebote möglichst unkompliziert in Anspruch genommen werden können, sollen sie im unmittelbaren Umfeld betroffener Kinder ansetzen und zugänglich sein, ohne dass es dazu eines Leistungsbescheides bedarf.

Diese Konstruktion löst allerdings in zweierlei Hinsicht Steuerungsbedarf aus: zum einen brauchen die öffentlichen Träger eine Handhabe, um die Kostenentwicklung unter Kontrolle zu behalten. Zum anderen stellt sich die Frage, wie potentielle Leistungserbringer vom Bedarf an solchen niedrigschwelligen quartiersbezogenen Angeboten erfahren und entsprechendes bieten können. Insofern hat das OVG Hamburg früh auf die Nähe sozialräumlicher Finanzierungsgestaltungen zum Vergaberecht hingewiesen²³. Gegenwärtig ist die Diskussion über diese fachliche Weiterentwicklung und ihre Konsequenzen für das Leistungserbringungsrecht angelaufen²⁴ und setzt sich ebenfalls intensiv mit dieser Frage auseinander.

3. Eingliederungshilfe

Die bereits in der Kinder- und Jugendhilfe dargestellten Ansätze zum Ausbau niedrigschwelliger Hilfeangebote finden auch bei der Eingliederungshilfe Anwendung. Motor der fachlichen Diskussion sind hier die Umsetzung der UN-BRK und die Verwirklichung von Inklusion. Das Bestreben, ambulante Angebote unabhängig von defizitorientierten Hilfeplanungen bereitstellen zu können, begründet auch hier das Bedürfnis

17 S. § 4 Abs. 2 VgV, der eine entsprechende Bestimmung in der EU-Richtlinie 2014/24/EU – allerdings noch mit Einschränkungen hinsichtlich der möglichen Reichweite der Neuregelung – vorweg nimmt, S. dazu unter IV.

18 Eingeführt mit dem Gesetzes zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt, BT Drs. 17/6277.

19 Erläuterung s. IV

20 S. dazu Positionen der Diakonie zur Finanzierung von Kindertageseinrichtungen, Diakonietext 2008-02, die eine Bestandsaufnahme der einzelnen Modellansätze bieten.

21 S. unter IV.4

22 Hauptgutachten XX (2012/2013) – Teilgutachten Wettbewerb in der deutschen Kinder- und Jugendhilfe Gutachten der Monopolkommission, insb. Rn. 292 und 303, wobei dieses Übertragungsschwierigkeiten bei der Anwendung von Vergaberecht im sozialrechtlichen Kontext einräumt. S. dazu auch die Stellungnahmen, die die BAGFW sowohl im Vorfeld als auch zu dem fertigen Gutachten abgegeben hat.

23 OVG Hamburg, Beschluss vom 10.11.2004, Az. Aktenzeichen: 4 Bs 388/04, wonach das SGB VIII keine Rechtsgrundlage für exklusive Sozialraum-Budgetierungen enthält, bei denen Nichtteilnehmer von der Leistungserbringung ausgeschlossen werden.

24 Meysen, Beckmann, Reiß, Schindler, 2014, Recht der Finanzierung von Leistungen der Kinder- und Jugendhilfe – Rechtlicher Rahmen und Perspektiven im SGB VIII

nach alternativen Organisationsformen. Derzeit steht als besondere Finanzierungsform das persönliche Budget zur Verfügung, das allein zwischen dem Leistungsträger und dem Leistungsberechtigten ausgehandelt wird.

Budgets gewinnen zum Beispiel als Trägerbudgets auch in der Zusammenarbeit der öffentlichen Träger mit den Leistungserbringern als Finanzierungsansatz an Bedeutung. Bei deren konkreter Ausgestaltung bestehen im Einzelfall noch erhebliche Unterschiede. Allerdings entstehen hier Grauzonen zwischen den gesetzlich vorgesehenen Gestaltungsformen. Sie verdanken sich dem Bestreben, Verhandlungs- und Gestaltungsräume zu nutzen und zugleich eine adäquate Versorgung einzelner Stadtquartiere und ländlicher Bereiche sicherzustellen. Für deren Erschließung spricht, dass diese mehr Spielraum für eine ganzheitliche und damit in der Regel auch trägerübergreifende Unterstützung bei vielschichtigen Hilfebedarfen bieten. Zugleich besteht außerhalb der gesetzlichen Modelle große Rechtsunsicherheit für alle Beteiligten. Weder lassen sich die Leistungsangebote einklagen, noch erfahren Leistungserbringer zuverlässig von entsprechenden Projekten. Aus diesem Grund besteht stets auch das Risiko, dass nicht rechtzeitig informierte, nicht berücksichtigte Konkurrenten die Kooperation nachträglich angreifen und mangels korrekter Ausschreibung aufheben.

Teilweise kommt es im Vorfeld der Verhandlungen über sozialhilferechtliche Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen zu ausschreibungsähnlichen Verfahren, den sogenannten Interessenbekundungsverfahren. In diesen Konstellationen loben Leistungsträger entweder Budgets für die Finanzierung niedrigschwelliger Leistungen aus, auf die die Leistungserbringer sich bewerben können. Oder die Sozialhilfeträger schalten dem Abschluss der Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen ein Auswahlverfahren vor und sortieren so, mit welchen Anbietern sie in Verhandlungen eintreten wollen. In beiden Fällen kommt es zu einer selektiven Entscheidung für bestimmte Leistungserbringer, die der Sozialhilfeträger nach den von ihm aufgestellten Kriterien auswählt. In der Praxis werfen solche Interessenbekundungsverfahren für die Teilnehmer erhebliche Probleme auf. Denn die Freiheit dieser Verfahren von den strengen Formen des Vergaberechtes modifiziert nicht die Auswahlentscheidung und deren selektive Wirkung, vor allem die Anforderungen an deren

rechtliche Absicherung. Wenn zum Beispiel die Auswahlkriterien nicht allgemein bekannt und nachvollziehbar sind, fehlt es an Anhaltspunkten, nach denen die Bewerber ihre Konzepte und Bewerbungen ausrichten können. Zudem stellt die Unterwerfung der späteren Vertragspartner unter einseitig gesteuerte Auswahlverfahren auch die Augenhöhe der späteren Vertragspartner in Frage.

4. Rettungsdienste und Krankentransporte:

Die Organisation von Rettungsdiensten und Krankentransporten ist landesrechtlich geregelt²⁵. Die meisten Länder unterscheiden dabei zwischen dem öffentlichen Rettungsdienst (circa 70 Prozent aller Rettungsdienstleistungen) und Rettungsdienstleistungen, die aufgrund einer Genehmigung erbracht werden (circa 30 Prozent aller erbrachten Rettungsdienstleistungen); die Organisation der Rettungsdienste erfolgt nach zwei möglichen Modellen: dem sogenannten Trennungmodell oder dem dualen System.

Der öffentliche Rettungsdienst umfasst Transportleistungen unter fachgerechter Betreuung, die rund um die Uhr zur Verfügung stehen und in der Regel von einer Rettungswache aus koordiniert werden. Das Tätigkeitsfeld des öffentlichen Rettungsdienstes untergliedert sich nochmals in Notfalltransportleistungen und sogenannte qualifizierte Krankentransportleistungen. Maßgeblich für die Unterscheidungen sind das Dringlichkeitsmoment und die akute Bedrohung der transportierten Patienten. Entsprechend stehen für Notfalltransporte Notarzt- und Rettungswagen zur Verfügung; erforderliche medizinische Leistungen erbringen Rettungsassistenten oder Notärzte, wobei die Notärzte aber nicht immer Mitarbeitende des Rettungsdienstteams sind. Die qualifizierten Krankentransporte finden ebenfalls in der Regel ohne ärztliche Betreuung und in Krankentransportwagen statt.

Bei den Kranken- und Rettungstransportdienstleistungen ist zwischen den öffentlichen Rettungsdienstleistungen im Rahmen des Katastrophenschutzes und Krankentransporten zu unterscheiden. Während die ersteren durch den speziellen Charakter der beteiligten gemeinnützigen Organisationen und ihrer besonderen Arbeitsweise eine besondere Nähe zum hoheitlichen Handeln des Staates aufweisen und deshalb auch von der Anwendung des Vergaberechts ausgenommen

²⁵ Eine Übersicht über die einzelnen Landesgesetze findet sich unter anderem hier: <http://www.recht-im-rettungsdienst.de/de/rechtsquellen/landesrecht>.

sind (Konzessionsmodell)²⁶, sind die reinen Krankentransporte dann auszuschreiben, wenn die dafür zuständigen Kommunen und Kreise diese Leistungen nicht selber erbringen, sondern Dritte mit deren Durchführung beauftragen (sogenanntes Submissionsmodell). Beim Konzessionsmodell erhebt der Dienst die Vergütung bei den von ihnen transportierten Patienten beziehungsweise bei deren Kranken- oder Pflegeversicherung. Vergaberechtlich relevant ist in dieser Konstellation derzeit allein das Submissionsmodell. Als Kennzeichen für dieses Konzessionsmodell benennt der EuGH eine Vertragskonstellation, bei der der Rettungsdienst die Rahmenbedingungen der Vergütung mit Dritten – in der Regel Krankenkassen – aushandelt, die dann auch im einzelnen Leistungsfall für die Vergütung aufkommen. In diesem Fall hat der Rettungsdienst das wirtschaftliche Risiko dafür zu übernehmen, dass sich seine Betriebskosten aus dieser Vergütung finanzieren lassen²⁷.

Wie sich die Organisation der Rettungsdienste in Zukunft entwickeln wird, hängt in hohem Maß auch von der Umsetzung des reformierten EU-Vergaberechtes in deutsches Recht ab. Weiter ist ausschlaggebend, in welcher Reichweite der deutsche Gesetzgeber die Ausnahmeregelung des Artikel 10h der Vergaberichtlinie 2014/24/EU umsetzen wird²⁸ und welche Rettungsdienstleistungen im Übrigen dem modifizierten Vergaberecht für besondere Dienstleistungen unterfallen.

II. Strukturelle Probleme der Finanzierung sozialer Arbeit über Vergabeverfahren

Vergaberecht ist Verfahrensrecht und soll gewährleisten, dass die öffentliche Hand ihren haushalts- und wettbewerbsrechtlichen Pflichten nachkommt. Maßstab für die Ausgestaltung dieses Verfahrens sind deshalb die Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit der Haushaltsführung²⁹ sowie die Wettbewerbs-

grundsätze der Chancengleichheit und Transparenz³⁰. Wie die unter II dargestellten Erfahrungen zeigen, setzt das Zusammentreffen dieses Verfahrens mit dem sozialrechtlichen Leistungserbringungsrecht keinesfalls nur bislang ungenutzte Synergien frei. Vielmehr führt es namentlich bei der Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen durch die Bundesagentur zu Wertungswidersprüchen und Anpassungsdruck.

Diese Wertungswidersprüche ergeben sich zum einen aus dem Zusammentreffen der Vergaberechtslogik mit Mitglieds-pflichten in der Diakonie, wie sie sich insbesondere aus den Satzungen der jeweiligen Werke ergeben. Zum anderen führen die Vergabeverfahren auch zu einer grundlegenden Infragestellung der Rollenverteilung zwischen freien und öffentlichen Trägern, wie sie sich aus dem Sozialstaatsprinzip ableitet. Die damit entstehenden Probleme lassen sich nicht mit Strategiehinweisen im Rahmen dieser Handreichung lösen. Sofern eine solche Lösung überhaupt möglich ist, bleiben die notwendigen Erörterungen und Entscheidungen den jeweils entscheidungsbefugten Gremien des Verbandes vorbehalten. Da die Widersprüche die Arbeit diakonischer Träger und ihrer Mitarbeitenden intensiv belasten, sollen sie im Folgenden skizziert werden.

1. Arbeitsrecht – Tarifbindung als Wettbewerbshindernis

Als maßgeblicher Faktor der Preiskalkulation rücken Personalkosten bei der Suche nach Sparpotentialen nahezu zwangsläufig in den Blick. Allerdings sind die Einsparpotentiale für diakonische Träger begrenzt. Sie unterliegen, wie die Mitglieder der anderen Verbände der Freien Wohlfahrtspflege auch, einer Tarifbindung. Für diakonische Träger beruht diese auf der Satzung ihres jeweiligen Diakonischen Werkes³¹.

Diese Tarife liegen in der Regel deutlich oberhalb des für allgemeinverbindlich erklärten Mindestlohns im Bereich der

26 Davon geht auch die EU-Richtlinie 2014/24/EU in Artikel 10 Buchst. h und Erwägungsgrund 28 aus, was bei der Umsetzung die Folgefrage auslöst, wie weitgehend diese Ausnahme dann umgesetzt wird. Insoweit unterstreicht gerade die Richtlinie die Notwendigkeit, diese Ausnahme eng zu fassen und nur auf die Fälle anzuwenden, in denen das Funktionieren dieser Dienste die Ausnahme erfordert. In allen anderen Fällen gilt die Überlegung, dass die übrigen Rettungs- und Krankentransportdienste in der Regel nur begrenzt binnenmarktrelevant sind. Sie unterfallen deshalb dem nach Artikel 74 ff der Richtlinie zu modifizierenden Vergaberecht, Richtlinie 2014/24/EG Erwägungsgrund 117. Urteil vom 10.03.2011, Az. C-274/09

27 EuGH Stadler, C-274/09 Rn. 48

28 S. hierzu unter IBV.2a. Urteil vom 10.03.2011, Az. C-274/09

29 BHO § 7, entsprechend auch die Regelungen in den Haushaltsordnungen der Länder

30 Artikel 15 und 18 Vertrag über die Arbeitsweise der AEUV

31 So sieht z. B. § 6 Abs. 8 der Satzung des Evangelischen Werkes für Diakonie und Entwicklung vor „Einer unabhängigen paritätisch besetzten Arbeitsrechtlichen Kommission beim Werk „Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband“ obliegt es, partnerschaftlich das Arbeitsrecht im Bereich der Diakonie verbindlich auszugestalten und weiterzuentwickeln, soweit nicht die Arbeitsrechtsordnung der jeweiligen Kirche oder des Landesverbandes gilt. Das Nähere bestimmt die auf kirchengesetzlicher Grundlage von der Konferenz beschlossene Ordnung.“

beruflichen Bildung³² in Höhe von 13 Euro pro Stunde und erst recht oberhalb des in Aussicht genommenen gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 Euro pro Stunde³³. Ebenfalls liegen sie – wie die nachfolgende Gegenüberstellung zeigt – deutlich über den Durchschnittslöhnen, die nicht tarifgebundene Vergleichsunternehmen ihren Mitarbeitenden zahlen und die letztlich für die Herausbildung des im Vergabeverfahren ermittelten Marktpreises relevant sind.

	Monatliche Vergütung bei Vollbeschäftigung von 39 Stunden/Woche
Einstiegsvergütung der Erzieher (in Entgeltgruppe 7 nach Anlage 2 zu AVR Diakonie Deutschland)	2.681,60 €
Mindestlohn für das pädagogische Personal im Bereich Berufliche Bildung (13,00 €/Stunde)	2.028,00 €
Gesetzlicher Mindestlohn (8,50 €/Stunde)	1.326,00 €

Für einen Einrichtungsträger, der im Bereich der Beruflichen Bildung mit einem Team von Pädagogen, Meistern und Ausbildern sowie Teamleitungen arbeitet, ergäben sich jeweils im Durchschnitt folgende Vergütungsabstufungen:

	Monatliche Vergütung bei Vollbeschäftigung von 39 Stunden/Woche
Mindestlohn nach AEntG	2.100,00 €
Andere Träger, Marktdurchschnitt	2.414,00 €
AVR Diakonie Deutschland	3.251,40 €*
Differenz AVR/Marktdurchschnitt	837,40 €
Monatliche Personalkosten insgesamt	14.693,00 €
Jährliche Personalkosten, mit KZVK und Jahressonderzahlung	237.048,00 €

* Gebildet aus der Vergütung der 1. Basisstufe in den EG 8 und 9 nach der Anlage 2 zu den AVR Diakonie Deutschland.

32 Rechtsnormen des Tarifvertrags zur Regelung des Mindestlohns für pädagogisches Personal vom 15. November 2011 in der Fassung des Änderungsstarifvertrags Nr. 1 vom 14. Februar 2013 vom 26. Juni 2013 (BAnz. AT 28.06.2013 V1). Eine spezielle Regelung mit geringfügig niedrigeren Mindestlöhnen gilt für die Bundesländer Brandenburg, Mecklenburg-Vorpommern, Sachsen-Anhalt, Sachsen und Thüringen.

33 Ebenfalls zu beachten sind vergabespezifische Mindestlohnvorschriften, wie sie zur Zeit mit Ausnahme von Bayern und Sachsen die Landesvergabegesetze vorsehen (idR zwischen 8,50 oder 8,70 Euro).

Das Vergaberecht erkennt von diesen Tarifen jedoch allein den gesetzlichen Mindestlohn für das pädagogische Personal im Bildungsbereich und den allgemeinen gesetzlichen Mindestlohn³⁴ als verbindlich an. Die in den Mindestlohngesetzen ausdrücklich zugelassenen höheren – und damit für die Arbeitnehmer günstigeren – Tarife verpflichten zwar den Bieter. Sie bleiben aber hinter den Anforderungen der Arbeitnehmerentsenderichtlinie zurück, die nach Ansicht des EuGH den Rahmen für vergaberechtlich relevante Tarifbindungen vorgibt³⁵. Im Kontext mit dem Vergaberecht verkehrt sich damit der Zweck des Mindestlohns in sein Gegenteil: Er stellt nicht mehr das unterste noch hingegenommene Lohnniveau dar. Vielmehr markiert er die Obergrenze der noch anerkennungsfähigen Personalgestehungskosten und wird damit zum Normlohn³⁶.

Schöpft ein Arbeitgeber den arbeitsrechtlichen Gestaltungspielraum aus und verpflichtet sich zur Zahlung höherer Tariflöhne, nimmt er damit im Rahmen des Vergaberechts einen deutlichen Wettbewerbsnachteil in Kauf. Wie die vorstehenden Tabellen deutlich machen, deckt eine Refinanzierung auf der Grundlage des Mindestlohns maximal 79 Prozent der auf der Grundlage der AVR errechneten Personalkosten ab (s. Beispiel 1, beziehungsweise 67 Prozent nach Beispiel 2); es verbleibt mithin eine Finanzierungslücke von 21 Prozent (s. Beispiel 1, beziehungsweise 33 Prozent nach Beispiel 2). Dies gilt, wenngleich nicht ganz so eklatant, auch für die in diesem Bereich geleisteten Durchschnittslöhne, bei denen immerhin eine Refinanzierungslücke von circa 13 Prozent der Personalkosten bliebe. Verpflichtungen, die sich aus den Mantelbestimmungen der AVR ergeben, sind bei diesem Vergleich noch gar nicht berücksichtigt, sind aber ebenfalls kostenwirksam und entfallen bei nicht tarifgebundenen Konkurrenten.

34 Eingeführt mit dem Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns (Mindestlohngesetz – MiLoG) vom 3. Juli 2014, Bt-Ds 18/1558; der Mindestlohn gilt (von engen Ausnahmetatbeständen abgesehen) ab dem 1. Januar 2015.

35 S. EuGH Urteil vom 03.04.2008. Az. C-346/06 (Rüffert) und EuGH Urteil vom 08.09.2014, Az. C-549/13 (Bundesdruckerei)

36 Grundsätzlich gestattet § 2 Abs. 4 VgV es bereits jetzt den Auftraggebern, bei der Ausschreibung von sogenannten B-Leistungen (also von sozialen Dienstleistungen), die Organisation, die Qualifikation und die Erfahrung des bei der Durchführung des betreffenden Auftrags eingesetzten Personals beim Zuschlag zu berücksichtigen, und so höheren Personalkosten Rechnung zu tragen. Voraussetzung dafür sind tatsächliche Anhaltspunkte dafür, dass diese Aspekte erheblichen Einfluss auf die Qualität der Auftragsausführung haben können. Derzeit ist allerdings die praktische Relevanz dieser Neuregelungen noch gering. Dies liegt weniger daran, dass nach § 4 Abs. 2 VgV diese Gesichtspunkte derzeit noch maximal 25 Prozent der Gesamtwertung ausmachen dürfen. Wesentlicher ist, dass § 4 VgV nur bei Ausschreibungen oberhalb des Schwellenwertes zum Tragen kommt; vor allem aber fehlt es an belastbaren Anhaltspunkten, anhand derer man eingereichte Angebote bewerten kann.

Während das Pflegerecht des SGB XI auch mit dem Pflege-stärkungsgesetz³⁷ dieser Problematik Rechnung trägt und klarstellt, dass die Vergütung nach Tarif ein wirtschaftliches Verhalten ist³⁸, erhält die EuGH-Rechtsprechung zu vergabe-rechtlichen Mindestlöhnen³⁹ diesen Widerspruch im Vergabe-recht in voller Schärfe aufrecht. Ungeachtet aller verfassungs-rechtlichen Wertschätzung des kollektiven Arbeitsrechts werden damit Tarifbindungen, die der Bieter unabhängig vom jeweiligen Vergabeverfahren eingegangen ist, zum Risiko für Arbeitgeber, die die Abstände zwischen dem Mindestlohn und den für ihn verbindlichen Tarifen im Zweifel aus dem Eigenkapital finanzieren und damit an die Substanz ihrer finanziellen Möglichkeiten gehen müssen. Diese Belastung der Arbeitgeber und ihrer Mitarbeitenden erscheint umso kurzsichtiger, je größer der Fachkräftemangel wird. Ohne eine Abhilfe stehen diakonischen Arbeitgebern nur zwei gleicher-maßen schlechte Wege offen: Entweder sie geben Arbeits-felder auf, in denen sie nicht mehr wirtschaftlich arbeiten können – was jedoch auch den Bestand der jeweiligen Arbeits-plätze in Frage stellt. Oder sie suchen andere Wege, den Personalkostenunterschied zu kompensieren. Dazu kann als Ultima Ratio auch die (partielle) Ausgründung von Arbeitsfel-dern gehören, um Personalkosten zu reduzieren. Dies wider-spricht jedoch dem Ziel, die bestehende hohe Flächentarif-bindung in der Diakonie beizubehalten. Zudem kann dies den politischen Forderungen nach angemessener Vergütung von Mitarbeitenden der sozialen Berufe zuwider laufen.

Da nicht absehbar ist, ob und wann das staatliche Recht der-artige Wertungswidersprüche auflöst, stellt sich die Frage, ob die zuständigen Entscheidungsgremien innerhalb der Diako-

nie einen mit dem kirchlichen Arbeitsrecht vereinbaren Weg finden, um die Mitglieder in dieser Lage zu entlasten. Anhalts-punkte hierfür können insbesondere die bereits in den Arbeitsrechtsregelungen verankerten Öffnungsklauseln bie-ten. Ergänzend könnten weitere Flexibilisierungsregelungen kollektivrechtlich vereinbart werden, die betriebliche Verein-barungen (Dienstvereinbarungen) bezogen auf das jeweilige Vergabeverfahren ermöglichen und damit die Teilnahmefähig-keit der diakonischen Bieter verbessern.

2. Subsidiaritätsprinzip und Strukturverantwortung des Sozialstaats

Ein wichtiger Leitsatz der sozialstaatlichen Ordnung ist der Grundsatz der Subsidiarität. Dieser schreibt im Sinne des sprachlichen Ursprungs („subsidium“ bedeutet Hilfe und Ersatz) staatlichen Hilfeformen eine Rolle als Ausfallgarant zu, der in erster Linie freie Träger refinanziert, die den Staat unter Einsatz eigener Mittel von seinen Pflichtaufgaben entlasten. Diese Refinanzierung soll die freien Träger in die Lage versetzen, in ihren Einrichtungen den Leistungsstandard zu erreichen, den der Staat im Zweifel bei seinen eigenen Einrichtungen zugrunde legen würde⁴⁰. Eigene Leistungserbringung durch staatliche Einrichtungen sind danach nur erforderlich, wenn in einem Bereich keine freien Träger bereitstehen. Auch wenn eine enge Zusammenarbeit von freien und öffentlichen Trägern in vielen Bereichen diese Rollenverteilung abgelöst hat⁴¹, bestä-tigen gerade die fachlichen Überlegungen zur Entwicklung sozialräumlicher Leistungskonzepte die tragende Rolle der freien Träger im Rahmen der sozialstaatlichen Leistungs-erbringung. Alle diese Überlegungen knüpfen an die fachli-

37 So § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI in der Fassung des 1. Pflegestärkungsgesetzes vom 17.12.2014, BGBl I 2014, S. 2222 ff. Danach kann die „Bezahlung tarifvertraglich vereinbarter Vergütungen sowie entspre-chender Vergütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen ... nicht als unwirtschaftlich abgelehnt werden.“ § 84 Abs. 7 verbindet dies mit der ausdrücklichen Verpflichtung von Einrichtungsträgern, „im Falle einer Ver-einbarung der Pflegesätze auf Grundlage der Bezahlung der Beschäftigten nach tarifvertraglich vereinbarten Vergütungen sowie entsprechenden Ver-gütungen nach kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen die entsprechende Bezahlung der Beschäftigten jederzeit einzuhalten. Auf Verlangen einer Vertragspartei hat der Träger der Einrichtung dieses nachzuweisen“.

38 Damit zieht das Pflegerecht endgültig einen Schlussstrich unter die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts vom 20.12.2004, mit dem das BSG beim sogenannten Externen Vergleich den Personalkostenfaktor tarif-licher Vergütungen nicht als wirtschaftlich und damit sachlich gerechtfertigt anerkannt hat. Dieses Urteil löste Probleme aus, die sich mit den vom ver-gaberechtlichen Preisvergleich ausgelösten Problemen ohne Weiteres ver-gleichen lassen. Erst neuere BSG-Urteile aus dem Jahr 2009 (vom 29.01.2009, Az. B 3 P 6/08 R und vom 17.12.2009Az. B 3 P 3/08 R) korrigierten diese Rechtsprechung und machten den Weg frei für die gegenwärtige Berück-sichtigung tariflicher Vergütungen und widerspruchsfreie Wertungen im Arbeits- und Leistungserbringungsrecht. Mittlerweile findet diese Recht-sprechung auch im Bereich der Eingliederungshilfe Anwendung.

39 EuGH Urteile Ruffert und Bundesdruckerei, vgl. FN 35

40 E. Friesenhahn und Josef Isensee (Subsidiaritätsprinzip und Verfas-sungsrecht)

41 S. z. B. die verbindlich eingeforderten Netzwerke zum Kinderschutz gem. § 3 des Gesetzes zur Kooperation und Information im Kinder-schutz, den Jugendhilfeausschuss gem. § 71 SGB VIII.

chen Kompetenzen der freien und die Bereitschaft der öffentlichen Träger an, neuen fachlichen Impulsen Raum zu geben. Zugleich bringen gemeinnützige Träger die Bereitschaft mit, auch in wirtschaftlich nicht lukrativen Quartieren und Räumen tätig zu werden, in denen hohem Hilfebedarf geringe Zahlungskraft gegenübersteht und deshalb die Leistungserbringer auf die Refinanzierung ihrer Arbeit durch den Sozialstaat angewiesen sind.

Kritik an dieser Form der Zusammenarbeit auf Augenhöhe richtet sich zum Teil gegen deren praktische Umsetzung wie zum Beispiel die Unübersichtlichkeit der Angebote. Sie erschwere den Leistungsberechtigten unnötig die Ausübung ihres Wunsch- und Wahlrechts und damit das Wahrnehmen ihrer Rolle als eigenverantwortliche Marktteilnehmer.⁴² Weitere Kritik richtet sich gegen die privilegierte Position, die den Wohlfahrtsverbänden und den ihnen zugehörigen Einrichtungen in diesem System zukommt⁴³. Als Gegenentwurf zu diesem kritisierten Modell haben die Vergabeverfahren der vergangenen zehn Jahre die freien Träger in die Rolle von unselbstständigen Lieferanten verwiesen, deren fachliche Qualifikationen nur insoweit von Belang sind, als diese sich zur Ausführung der vorgegebenen Ziele eignen. Flankiert von der zunehmenden Tendenz, soziale Leistungen gar nicht mehr von Dritten, sondern durch Eigenbetriebe der öffentlichen Verwaltung erbringen zu lassen, führt dies zur schrittweisen

Aufkündigung der gemeinsamen Verantwortung von freien und öffentlichen Trägern. Gerade im Zusammenhang mit dem Nachfragemonopol der Arbeitsverwaltung und der dort stattfindenden Marktberäumung stellt eine solche Entwicklung die Existenz der freien Träger insgesamt in Frage und berührt damit den Kernbereich des Artikels 12 GG.

Bislang fehlt es an einem grundlegenden Diskurs über den Rollenwandel der freien Träger. Dabei geht es zum einen um die Ziele und Ausrichtung der Vergabeverfahren. Diese Diskussion darf sich nicht auf die Vorzüge und Nachteile eines „effizienten“ Verfahrens beschränken. Denn dieses gibt für sich genommen keine Antwort auf die Frage, welche Ziele ein so gestalteter Wettbewerb fördern soll. Sowohl diese Ziele als auch die Methoden zu deren Erreichung müssen sich aus dem materiellen Sozialrecht ableiten lassen. Nur dann bleibt auch gesichert, dass die für die Dienstleistungen aufzuwendenden Haushaltsmittel zweckgemäß und wirtschaftlich zum Einsatz kommen. Die Wertentscheidungen des Sozialrechts und der Anspruch, bei der Ausführung sozialer Arbeit die in § 1 SGB I formulierten Ziele des Sozialrechts glaubwürdig zu erfüllen, dürfen nicht als Kollateralschäden einer Verfahrensreform preisgegeben werden. Zum anderen geht es um den Stellenwert, der im Bereich der Daseinsvorsorge dem von Eigeninitiative getragenen gesellschaftlichen Engagement für das Gemeinwesen zukommen soll.

42 Diesem Problem versuchen öffentliche Träger in einigen Bereichen mit Ansätzen zur Aufbereitung der von den freien Trägern bereitgestellten Informationen abzuwehren; ein Beispiel ist der Pflegekompass der AOK. Schwierigkeiten bereiten diese Informationshilfen, da sie in der Regel auch mit Bewertungen einhergehen

43 So das XX. Hauptgutachten der Monopolkommission, Teilabschnitt Kinder- und Jugendhilfe.

B Rechtlicher Hintergrund

Rechtliche Ausgangslage

Die Gestaltungsspielräume, die freie Träger, aber auch die Leistungsträger bei Vergabeverfahren nutzen können, sind durch die Vorgaben des Sozial- und des Vergaberechts bestimmt. Dabei stellen sich zwei Fragen

1. ist die Ausschreibung einer bestimmten sozialen Dienstleistung an sich rechtmäßig (sozialrechtliche Frage, s. 1)
2. ist das bei der konkreten Ausschreibung angewendete Verfahren rechtmäßig (vergaberechtliche Frage, s. 2)

Die Anwendung von Vergaberecht hängt davon ab, ob der öffentliche Träger bei der Organisation der Leistungserbringung dem Modell des öffentlichen Auftrags folgt (s. Graphik in Anhang 1). Diese Vorfrage beantwortet nicht das Vergaberecht, sondern das für das jeweilige Leistungsgebiet einschlägige Sozialrecht. Entsprechend ergeben sich unterschiedliche Fallkonstellationen, denen auch der weitere Aufbau der Handreichung folgt: Wenn die Ausschreibung auf einer Rechtsgrundlage beruht und das Verfahren korrekt durchgeführt wird, stellt sich zwar die Frage, welche Gestaltungen das Vergaberecht ermöglicht und wie der Bieter diese nutzen kann (s. unter IV.2 und V.2.a bis c). Daraus ergibt sich aber in der Regel kein sozial- oder vergaberechtliches Problem. Dem stehen Konstellationen gegenüber, in denen es gar nicht zu der Ausschreibung hätte kommen dürfen (s. unter IV.1 und V.3 und 4) und deren Ablauf dann ebenfalls Fehler aufweist. Dazwischen bewegen sich Fallkonstellationen, in denen bei der Durchführung der zulässigen Ausschreibung Verfahrensfehler unterlaufen (s. unter IV.2.c und V.2.c 3 und 5).

1. Rechtmäßigkeit der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen

a. Das Dreiecksverhältnis als sozialrechtsimmanentes Wettbewerbsmodell:

Die Beschaffung von sozialen Dienstleistungen ist, gemessen an den hergebrachten Formen der Leistungsorganisation (mit

oder ohne Dreiecksverhältnis), eine vergleichsweise neue Vorgehensweise zur Organisation der Leistungserbringung. Ihr Ziel ist der Abschluss einer einvernehmlichen Regelung. Allerdings weisen die Steuerungsmöglichkeiten und Ermessensspielräume der öffentlichen Hand auch Ähnlichkeiten mit der Zuwendungsfinanzierung auf.

Das Ausgangsmodell für die vertragliche Regelung sozialer Leistungserbringung und deren Refinanzierung ist das sogenannte Sozialrechtliche Dreiecksverhältnis, das insbesondere die §§ 132a SGB V, §§ 78a ff SGB VIII, §§ 72 ff SGB XI oder 75 ff SGB XII gestalten. Im Rahmen dieser Gestaltung greifen drei Rechtsverhältnisse ineinander und regeln die Erbringung und Vergütung sozialer Dienstleistungen. Leistungsträger und –erbringer vereinbaren untereinander, welche Leistungen die Einrichtungen zu welchen Preisen erbringen können und welche Kapazitäten die jeweiligen Einrichtungen insgesamt zur Verfügung stellen. Insofern handelt es sich hier nicht so sehr um einen Leistungsaustausch, sondern eher um die einvernehmliche Regelung, zu welchen Konditionen und zu welcher Vergütung ein freier Träger seine Leistungen anbieten kann. Adressat dieser Angebote sind die Leistungsberechtigten. Sie wählen im Rahmen ihres Wunsch- und Wahlrechts aus, welcher der zugelassenen Anbieter die ihnen bewilligte Leistung erbringt⁴⁴ und schließen mit diesem einen privatrechtlichen Vertrag ab. Den konkreten Umfang der zu erbringenden Dienstleistung legt der vom öffentlichen Träger ausgestellte Leistungsbescheid fest. Dieser wird damit zum Steuerinstrument, mit dem die öffentliche Hand die Kontrolle über ihre Inanspruchnahme behält. Einen konkreten Anspruch auf Vergütung erwirbt der Leistungserbringer deshalb erst mit dem Abschluss eines privatrechtlichen Betreuungs- oder Pflegevertrages mit Leistungsberechtigten. Insofern trägt er auch das Risiko, ob seine Angebote die Adressaten überzeugen und sich seine Investitionen rentieren.

⁴⁴ Zum Wunsch- und Wahlrecht im Rahmen des Sozialhilferechts s. Luthe bei Hauck-Noftz Kommentar SGB XII zu § 9 Rn. 33 und 40, insoweit enger als Neumann bei Hauck-Noftz Kommentar zu SGB VIII § 5.

Diese Form der Zusammenarbeit und namentlich das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten sind unverzichtbar. Denn sie garantieren, dass die Leistungsberechtigten die ihnen zugedachte Rolle als eigenverantwortlicher Teil des Hilfeprozesses wahrnehmen können⁴⁵. Die sozialrechtlich verankerte Wahlfreiheit erweist sich dabei als eigenständige Rechtsposition der Leistungsberechtigten und nicht als Nebeneffekt der Losbildung, deren Zuschnitt vom Ermessen des Leistungsträgers abhängt. Dabei gewährleistet das Wunsch- und Wahlrecht, dass die Leistungsberechtigten bei den häufig sehr persönlichen und belastenden Hilfeprozessen auswählen können, welcher der zugelassenen und für ihren Bedarf qualifizierten Anbieter ihren Vorstellungen am nächsten kommt. Voraussetzung für die praktische Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechtes und eines funktionierenden Wettbewerbs ist, dass im räumlichen Zuständigkeitsbereich der Leistungsträger eine hinreichende Anzahl an inhaltlich ausdifferenzierten Leistungsangeboten zur Auswahl bereitsteht. In der Praxis zeigt sich jedoch, dass eine solche ideale Trägerpluralität insbesondere im ländlichen Raum nur sehr eingeschränkt besteht. Während in Städten durchaus nicht nur Auswahl, sondern teilweise sogar ein Überangebot an einzelnen Angeboten besteht, haben Leistungsträger im ländlichen Raum oft Schwierigkeiten, Anbieter und damit auch Kooperationspartner zu finden. Für privatwirtschaftliche Träger ist die ländliche Region mangels Gewinnperspektiven häufig unattraktiv. Wenn zudem keine Leistungserbringung durch gemeinnützige und damit nicht gewinnorientiert arbeitende Träger zustande kommt, stehen Leistungsträger vor der Notwendigkeit, die fragliche Leistung – durchaus im Sinne des Subsidiaritätsprinzips – selber erbringen zu müssen. Trotz solcher Schwierigkeiten ist das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis als Modell unzweifelhaft auf Wettbewerb unter möglichst vielen unterschiedlichen Anbietern angelegt. Zudem erfüllt es die Anforderungen, die auch die Vergabe-Richtlinie 2014/24/EG für die Gestaltung der Leistungserbringung verlangt: Die Funktion der Leistungs- und Vergütungsvereinbarung als Zulassungsvertrag stellt sicher, dass alle geeigneten Dienstleister Zugang zum Wettbewerb haben.

45 Luthé in Hauck-Noftz Kommentar zu SGB XII § 9 Rn. 5, Neumann in Hauck-Noftz Kommentar zu SGB VIII § 5 Rn. 1, Münder in Frankfurter Kommentar zum SGB VIII zu § 5 Rn. 1 ff

Gleichwohl liegt hier kein wirklich freier Wettbewerb vor: Da die Leistungsberechtigten bei der Inanspruchnahme der Hilfen auf die Unterstützung – wenn nicht sogar auf die vollständige Finanzierung der Hilfeleistungen durch den Sozialstaat angewiesen sind, hängt die Nachfrage nach den Leistungsangeboten insbesondere im Bereich des Fürsorgerechts⁴⁶ maßgeblich, wenn nicht sogar ganz, von der staatlichen Finanzierung ab. Der Sozialstaat beziehungsweise die Sozialversicherungsträger müssen ihrerseits sicherstellen, dass beim Einsatz von Beitrags- beziehungsweise Steuergeldern die Anforderungen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit eingehalten bleiben; sie dürfen deshalb an unterschiedlichen Stellen steuernd in den Wettbewerb eingreifen. Diese Kontrolle üben sie über die Leistungs- und namentlich die Vergütungsvereinbarung, über den Leistungsbescheid und im Zusammenhang mit der Wahlfreiheit über den sogenannten Mehrkostenvorbehalt aus, der die individuelle Auswahl der Leistungserbringer einer Angemessenheitsprüfung durch den Leistungsträger unterwirft. Dabei ist letzterer nicht gezwungen, sich auf ungeeignete oder unwirtschaftliche Angebote einzulassen. Tatsächlich wirkt sich das Ermessen der Leistungsträger, die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung abzuschließen, als nachhaltiger Steuereffekt aus, der letztlich auch die Trägerpluralität und die davon abhängige Wahlfreiheit deutlich einschränkt. Die freien Träger haben demgegenüber nur einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung ihrer Angebote, dem in bestimmten Rechtsgebieten und für bestimmte Aspekte der Verträge eine Schlichtungsstelle als Konfliktlösungsinstrument Nachdruck verleiht⁴⁷.

b. Die Leistungs- und Vergütungsvereinbarung als „Tor zum Wettbewerb“:

Wie bereits dargestellt, sieht das sogenannte Dreiecksmodell zwar Vereinbarungen zwischen den Leistungsträgern und den Leistungserbringern vor. Da diese aber keinen unmittelbaren Vergütungsanspruch begründen, verbleibt das wirtschaftliche Risiko für die Auskömmlichkeit seines Angebotes beim Leistungserbringer.

46 Im Rahmen der beitragspflichtigen und damit zumindest auch auf Eigenleistungen der Versicherungen beruhenden Sozialversicherungen ist die Position der Versicherten insoweit eine stärkere. Vgl. zur Abgrenzung dieser beiden Systeme auch Luthé in Hauck-Noftz Kommentar zum SGB XII § 9 Rn. 37 und Schmidt-Assmann NJW 2004, 1689, 1691 und Kirchhoff NZS 1999, 161

47 Gerade die eingeschränkte Anrufbarkeit der Schlichtungsstelle nach dem SGB XII, die sich nur auf die Vergütungsvereinbarung nach § 76 Abs. 2 nicht aber auch die Leistungsvereinbarung nach § 76 Abs. 1 bezieht, erweist sich als schwerwiegendes Problem der Leistungserbringer; die Einbeziehung der Leistungsvereinbarung in den Zuständigkeitsbereich der Schlichtungsstellenfähigkeit ist deshalb auch ein wichtiges Reformanliegen, das erst die Augenhöhe der an den Vertragsverhandlungen Beteiligten gewährleistet.

Dieses umfasst nach der Definition des EuGH das Risiko, den Unwägbarkeiten des Marktes ausgesetzt zu sein⁴⁸. Hierzu gehören die Konkurrenz durch andere Mitbewerber, ein mögliches Ungleichgewicht zwischen Angebot und Nachfrage, gegebenenfalls Zahlungsunfähigkeit der Vertragspartner, die die erbrachten Dienstleistungen zu vergüten haben, ein Defizit bei den Betriebsausgaben infolge zu geringer Einnahmen oder schließlich das Haftpflichtrisiko wegen eines Schadens, der durch ein Fehlverhalten bei der Erbringung der Dienstleistung entstanden ist⁴⁹.

Damit erfüllen die Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nicht die Merkmale des öffentlichen Auftrags. Denn der Verbleib des wirtschaftlichen Risikos bei den Anbietern ist auch gem. Artikel 5 Abs. 1 Satz 3 der Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU das Abgrenzungsmerkmal zum öffentlichen Auftrag. Solange dieses beim Bieter verbleibt, kauft die öffentliche Hand keine Leistungen ein. Von den Konzessionen unterscheiden sich die Zulassungsverträge durch den Verzicht auf die selektive Auswahlentscheidung, der die im europarechtlich geregelten Wettbewerbsrecht nicht vorgesehene Trägervielfalt sicherstellt.

Dies bestätigt auch der Vergleich der beiden Verfahrenszwecke: Beim Beschaffungsrecht geht es um die Deckung eines hoheitlichen Bedarfes, der mit Erbringung der jeweiligen Leistung befriedigt ist. Vor diesem Hintergrund ist eine selektive Auswahlentscheidung notwendig und sinnvoll. Der Wettbewerb unter den Anbietern geht entsprechend um die Frage, wer die hoheitliche Nachfrage im besonderen Fall „bedient“. Die geforderte Anbieterpluralität setzt das Vergaberecht dabei voraus. Demgegenüber setzen die Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen an einem früheren Zeitpunkt an. Es geht noch gar nicht um eine konkrete Leistung, sondern um die Zulassung zum späteren Wettbewerb und letztlich die Ermöglichung einer späteren Auswahlentscheidung. Auch wenn der Vergleich im Detail nicht aufgeht, entspricht diesem Vorgang eher die vergaberechtliche Präqualifizierung, der eine Zugangskontrolle und noch nicht den eigentlichen Wettbewerb eröffnet.

c. Rechtsprechung zur Ausschreibung sozialer Dienstleistungen:

Rückblickend hat sich die Rechtsprechung mehrfach mit der Frage auseinandergesetzt, welche Formen der Zusammenarbeit auszuschreiben sind. Überwiegend betrifft dies frei gestaltete Kooperationen, bei denen Träger exklusive Leistungsrechte und eine pauschale Vergütung erhalten. In wenigen Fällen haben sich allerdings auch Verwaltungs- und Sozialgerichte mit den materiellen Grundfragen auseinandergesetzt.

So hat das Verwaltungsgericht Münster die hier dargelegte Abgrenzung zwischen Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 75 SGB XII und öffentlichen Aufträgen bestätigt⁵⁰. Zudem hat es klargestellt, dass für diese Vereinbarungen nicht nur keine Ausschreibungspflicht besteht. Es hat eine solche sogar für unzulässig erklärt. Die für die Ausschreibung typische selektive Zuschlagsentscheidung stelle einen Eingriff in das Grundrecht der Anbieter aus Artikel 12 GG dar, für den es keine gesetzliche Ermächtigung gebe. Zudem stelle diese Vorgehensweise mit der Trägerpluralität die zwingende Voraussetzung einer tatsächlichen Wahlfreiheit und damit eine grundlegende Wertentscheidung des SGB XII in Frage.

Demgegenüber prüfen die Vergabekammern nicht, ob die Erteilung eines Auftrages an sich zulässig ist⁵¹, sondern allein, ob die im Einzelfall beanstandete Kooperation zwischen öffentlichen und freien Trägern die Merkmale des öffentlichen Auftrages erfüllt und ob ein solcher Auftrag korrekt ausgeschrieben worden ist⁵².

2. Vergaberechtliche Ausgangslage

a. Vergaberecht auf Abruf – nach der EU-Reform und vor deren Umsetzung in deutsches Recht:

Vergaberecht ist in der deutschen Rechtsordnung zweifach verankert.

Entsprechend seiner doppelten Zweckrichtung⁵³ gibt es sowohl im Haushaltsrecht als auch im Wettbewerbsrecht einschlägige Rechtsvorschriften. Die haushaltsrechtlichen Regelungen schützen keine individuellen Rechtsträger sondern die Belange der öffentlichen Hand. Die relevanten Regelungen finden sich in der sogenannten Vergabe- und Vertragsordnung.

Demgegenüber gehen die wettbewerblichen Vergaberechtsregelungen auf europarechtliche Impulse zurück und schüt-

48 EuGH Urteil Eurawasser, Randnrn. 66 und 67

49 EuGH C-274/09, Urteil vom 11.06.2009, Rn. 37, Contse u. a. C234/03, Rnr. 22, Hans & Christophorus Oymanns, C300/07 Rnr. 74.

50 VG Münster Beschluss vom 22. Juni 2004 Az. 5 L 728/04

51 OLG Düsseldorf 2004, Beschluss vom 27.09.2004 Az. 12 B 1390/04

52 OLG Hamburg Beschlüsse vom 10.11.2004 4 Bs 388/2004 und vom 07.12.2007 Az. 1 Verg 4/07

53 S. unter III.1

zen die Grundfreiheiten der Marktteilnehmer im Binnenmarkt. Die Konkretisierung der notwendigen Wettbewerbsregelungen finden sich in der im April 2014 in Kraft getretenen Richtlinie 2014/24/EU⁵⁴. Wegen der Ausrichtung auf den Binnenmarkt kommt diese Richtlinie nur bei Beschaffungsvorgängen zum Tragen, die aufgrund ihres Volumens tatsächlich auch über den Mitgliedsstaat hinaus relevant sind. Die sogenannten Schwellenwerte legen insoweit eine Bagatellgrenze fest: Aufträge, deren Wert diese Grenze nicht erreichen, brauchen mangels Binnenmarktrelevanz nicht europaweit ausgeschrieben zu werden.

Die Umsetzung dieser Richtlinie erfolgt wie schon bei der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EU im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), in der Vergabeverordnung, die wiederum auf die einschlägigen Vergabe- und Vertragsordnungen verweist.

Anders als ihre Vorgängerregelung geht die Richtlinie 2014/24/EU ausführlich auf die Probleme sozialer Dienstleister ein. Sie bestätigt ausdrücklich die Freiheit der Mitgliedsstaaten, soziale Leistungserbringung anders als in Form von Ausschreibungen zu organisieren (Artikel 1 in Verbindung mit Erwägungsgrund 4 der Richtlinie). Damit widerlegt das Europarecht *expressis verbis* den Einwand, es zwingt deutsche Leistungsträger zur Preisgabe des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses und zur Durchführung von Ausschreibungen. Zudem erkennt die Richtlinie an, dass soziale Dienstleistungen in besonderer Weise durch die Kultur des jeweiligen Mitgliedsstaates geprägt sind; diese Bindung schränke ihre Binnenmarktrelevanz ein und dürfe nicht durch vergaberechtliche Verfahren überlagert werden (Artikel 74 ff in Verbindung mit Erwägungsgrund 114 der Richtlinie)⁵⁵.

Der deutsche Gesetzgeber steht vor der Herausforderung, diese Vergaberechtsreform im deutschen Recht umzuset-

zen⁵⁶. Bis die Umsetzung der Reform abgeschlossen ist, unterscheidet das Vergaberecht zwischen sogenannten A- und B-Leistungen, zu denen insbesondere auch soziale Dienstleistungen zählen. Ähnlich wie die Richtlinie 2014/24/EU geht auch das geltende Vergaberecht davon aus, dass B-Leistungen nicht binnenmarktrelevant sind und deshalb nur nach den Bestimmungen für Verfahren unterhalb des Schwellenwertes ausgeschrieben werden müssen. Gleichwohl ist auch das hier geltende Vergaberecht nach wie vor detailliert geregelt und unterliegt gem. § 3 Abs. 2 VOL/A dem Vorrang der öffentlichen Ausschreibung.

b. Vergaberecht als Garant von Transparenz und Chancengleichheit bei der hoheitlichen Beschaffung:

Das Vergabeverfahren gliedert sich in unterschiedliche Abschnitte. Wie diese Abschnitte untergliedert sind und welche Handlungsanforderungen sie für Bewerber mit sich bringen, zeigt die Checkliste im Anhang 2 zu dieser Handreichung detailliert auf.

c. Rechtsschutz im Vergaberecht:

Ein wesentlicher Bestandteil des Bieterschutzes ist das in den §§ 107 ff GWB geregelte Rechtsschutzverfahren, das fehlerhafte Zuschlagsentscheidungen verhindern soll. Es gilt – anders als in fast allen anderen EU-Mitgliedsstaaten – nur für Verfahren oberhalb des Schwellenwertes. Immer wieder wird diskutiert – bisher vergeblich –, dieses Rechtsschutzverfahren auch für Aufträge mit einem Auftragswert unterhalb der Schwellenwerte einzuführen. Bisher haben die Bundesländer Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen für Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte ein verkürztes Überprüfungsverfahren eingeführt. Daneben steht es Bietern frei, bei Vergabebefehlern im Unterschwellenbereich insbesondere den einstweiligen Rechtsschutz der Zivilgerichte in Anspruch zu nehmen. In jedem Fall sind auch hier hohe Anforderungen

54 Die Richtlinie 2014/24/EU hat im Rahmen einer umfassenden Reform des Vergaberechts die Vorgängerrichtlinie 2004/18/EU abgelöst. Weitere Bausteine dieser Reform sind die bereits zitierte Konzessions- und die Sektorenrichtlinie (2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU).

55 Die Bestimmung der so „privilegierten“ Dienstleistungen ergibt sich nicht wie bisher aus der Abgrenzung von A und B-Dienstleistungen; stattdessen legt Anhang XIV der Richtlinie fest, für welche Dienstleistungen das modifizierte Vergaberecht Anwendung findet. Seitens der Bundesrepublik besteht Konsens darüber, dass alle nach dem SGB II, III und IX auszuschreibenden Dienstleistungen darunter fallen.

56 Wie er bei der Umsetzung der Artikel 74 der Richtlinie im Einzelnen auf die Belange der Anbieter eingehen wird, bleibt abzuwarten. Da der Bundesgesetzgeber für seine Umsetzungsbestimmungen die Zustimmung des Bundesrates braucht, wird er mit hoher Wahrscheinlichkeit Konfliktstoff vermeiden und deshalb so wenig als möglich von den vom europarechtlichen Umsetzungsbefehl getragenen Richtlinienvorschriften abweichen.

an die Beweisführung zu erwarten.⁵⁷

Der vergaberechtliche Rechtsschutz schafft einen Interessenausgleich zwischen Bieterschutzbelangen und dem Interesse des Auftraggebers daran, den ausgeschriebenen Gegenstand möglichst bald nutzen zu können. Ausschlaggebend für diesen Ausgleich ist die Tatsache, dass ein einmal erteilter Zuschlag weder anfechtbar noch korrigierbar ist (§ 114 Abs. 2 GWB). Fehler müssen deshalb im Laufe des Verfahrens selber korrigiert werden. Nach einer fehlerhaften Zuschlagerteilung können zu Unrecht unterlegene Bieter nur noch einen Vermögensschaden geltend machen.

Die einzelnen Schritte dieses Verfahrens beschreibt die Checkliste in Anhang 2 der Handreichung. Zusammenfassend ist hier folgendes festzuhalten: Um eine rechtzeitige Kontrolle zu ermöglichen, stellt das GWB zum einen sicher, dass ein Nachprüfungsantrag die laufende Ausschreibung unterbricht. Zum anderen sichert die Pflicht zur unverzüglichen Rüge das Interesse der Auftraggeber an einer zügigen Durchführung ihrer Beschaffungsvorgänge. Diese Pflicht hindert Bieter daran, mit Rügen zu taktieren und den Vertragsschluss mit einem Konkurrenten zu torpedieren (also von einem Fehler zu profitieren, solange dieser zum Zuschlag für das eigene Angebot geführt hat). In der Praxis endet das Rügerecht mit der Verfahrensstufe, in der der Fehler unterlaufen ist. Eine in sich widersprüchliche oder fehlerhafte Leistungsbeschreibung kann ein Bieter deshalb nur bis zum Ende der Angebotsphase rügen, in der er sie beim Erstellen seines Angebotes entdeckt haben müsste. Eine solche Rügepflicht nehmen die Gerichte mittlerweile zunehmend auch für Rechtsschutzverfahren gegen Ausschreibungen an, die den Schwellenwert nicht überschreiten⁵⁸. So verlangt das OLG Düsseldorf von den Bietern, Verfahrensfehler rechtzeitig zu rügen und die frühzeitige Abhilfe

57 Die Beweisschwierigkeit liegt darin, den ursächlichen Zusammenhang zwischen dem Fehler und dem eingetretenen Vermögensschaden nachzuweisen. Bieter müssten darlegen und beweisen können, dass sie ohne den Fehler den Zuschlag erhalten hätten. Auch wenn dieser Nachweis gelingt, erhält ein Bieter nicht die kalkulierte und erhoffte Vergütung (sogenanntes positives Interesse), sondern nur den Schaden und die Einbußen ersetzt, die ihm durch das vergebliche Angebot entstanden ist (sogenanntes negatives Interesse). Zudem gilt in diesen Verfahren – anders als im Vergabeverfahren – keine Amtsermittlung, sondern die Parteien müssen die vom Gericht zu berücksichtigenden Punkte sämtlich selber in das Verfahren einführen und diese belegen.

58 OLG Düsseldorf Beschluss vom Beschluss v. 19.10.2011 Az. 27 W 1/11 und Urteil v. 13.01.2010 Az. 27 U 1/09; OLG Stuttgart, Beschluss v. 09.09.2010 Az. 2 W 37/10

von Vergaberechtsverstößen sicherstellen zu können⁵⁹. Eine weitere Mitwirkung verlangt das Verfahren hinsichtlich der vom Antragsteller zu leistenden Darlegungen, die die Sachverhaltsaufklärung durch den Richter ergänzen müssen. Diese entlasten in den beschleunigten Rechtsschutzverfahren die Vergabekammern bei der Aufklärung des Sachverhaltes (§ 110 Abs. 1 GWB). Um dieser Pflicht nachkommen zu können, gewährt § 111 GWB den Antragstellern ein Recht auf Einsicht in die Vergabeakten und damit einen wichtigen Zugang zu Informationen über den Verfahrensablauf.

Abschließend können sich die Gerichtsgebühren insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen als Hürde erweisen, wenn sie Rechtsschutz in Anspruch nehmen möchten. Diese betragen gem. § 128 GWB mindestens 2.500 Euro, können aber aus Gründen der Billigkeit auf bis zu 250 Euro abgesenkt werden. Der Bieter hat solche Gründe darzulegen. Unterlegene Antragsteller tragen nicht nur die eigenen, sondern gem. § 128 Abs. 4 GWB auch die notwendigen Kosten der Gegenseite.

Insgesamt löst das GWB damit die Verpflichtung zum Bieterschutz ein. Es verbindet diesen Rechtsschutz aber mit erheblichen Anforderungen und Kosten, um auf diese Weise die Effizienz des Vergabeverfahrens vor mutwilligen Rechtsschutzverfahren zu schützen.

3. Abgrenzung des öffentlichen Auftrags zur Zuwendungsfinanzierung

Die Anwendung der Vergabeverfahren setzt einen öffentlichen Auftrag und damit einen Beschaffungsvorgang voraus. Dieser ist gegeben, wenn der an den Vertragspartner geleistete Zahlung eine konkrete Gegenleistung gegenübersteht. Ein solcher Zusammenhang besteht aber nicht zwingend. Er fehlt bei den beiden Formen der Finanzierung von Sozialleistungen, die die Erbringung von Sozialleistungen in weitaus größerem Umfang als öffentliche Aufträge prägen. Dies gilt wie bereits dargelegt für die Subjektförderung über Tages- und Stundensätze und insbesondere auch bei der Zuwendungsfinanzierung (Objekt- oder Projektförderung), die Trä-

59 LG Berlin Beschluss vom 05.12.2011, Az. 52 O 254/11

gern und Projekten zugute kommt, ohne sich dabei auf konkrete Einzelleistungen zu beziehen.

Bei der Zuwendungsfinanzierung behält der öffentliche Träger weitgehende Kontrollmittel in der Hand. Es liegt in seinem Ermessen, Förderziele zu benennen und festzulegen, welche Budgets er für die Förderung zur Verfügung stellt. Die Leistungserbringer haben ihrerseits keinen Anspruch auf die Förderung als solche. Ein weiteres Kontrollinstrument sind die Förderbedingungen und der Förderbescheid, den die Träger mit Auflagen und Nebenbestimmungen versehen können. Über die Verwendung der Mittel ist Rechenschaft zu erteilen; zeigt sich dabei, dass der Zuwendungsempfänger diese Bedingungen nicht eingehalten hat, muss er mit einer Rückforderung rechnen.

Anders als die hoheitliche Beschaffung, die einen eigenen Bedarf der öffentlichen Hand deckt – zum Beispiel Bau von Bürogebäuden – oder dieser bei der Erfüllung ihrer hoheitlichen Aufgaben zugute kommt (Schneeräumgerät; Arbeitsmarktdienstleistungen und anderes), bezuschusst die öffentliche Hand mit Zuwendungen Leistungen, die nicht Gegenstand eigener hoheitlicher Aufgaben sind. Auch deshalb sind Zuwendungen keine öffentlichen Aufträge und deshalb nicht auszuschreiben. Da sie nicht ohne Weiteres wettbewerbsneutral sind, unterfallen sie stattdessen dem europäischen Beihilferecht, das das allgemeine Beihilfeverbot des Artikel 107 AEUV ausgestaltet.

C Praxishinweise

I. Maßnahmen und Strategien für konkrete Vergabefälle

1. Gesamtziel der Strategie

Auch wenn die Begegnung von Vergabe- und Sozialrecht komplexe Fragen aufwirft, geht es für den Bieter in der Regel nur darum, Verfahren erfolgreich abzuschließen. Die Erfolgsaussichten hängen wesentlich davon ab, dass einzelne Situationen richtig bewertet werden. Die folgenden Hinweise und Empfehlungen für unterschiedliche Verfahrenssituationen beruhen auf praktischen Erfahrungen. Sie zeigen, wie sich Situationen entwickeln, welche Handlungsmöglichkeiten, aber auch, welche Gefahren es gibt.

2. Maßnahmen und Strategien für rechtlich zulässige Vergabeverfahren

Beispielfall: Eine Optionskommune schreibt auf der Grundlage des § 45 SGB III berufsvorbereitende Maßnahmen aus.

a. Strategisches Ziel:

Bei Vergabeverfahren, für die es eine rechtliche Grundlage gibt, ist der Zuschlag das Ziel für die Teilnahme am Verfahren. Zweifelsfragen sind danach zu entscheiden, welches Vorgehen die Aussichten auf eine erfolgreiche Bewerbung fördert. Je nach den Verhältnissen des Einzelfalls kann es sein, dass die Auftraggeber nicht nur Möglichkeiten zu Verhandlungsverfahren nutzen, sondern sogar im Vorfeld der eigentlichen Ausschreibung Anbieter in die Vorbereitung der späteren Ausschreibung einbeziehen. Solange eine solche frühzeitige Einbeziehung hinreichend transparent ist und

urheberrechtliche Leistungen angemessen geschützt werden, die die Bieter in eine solche Abstimmung einbringen, dürfte es in ihrem Interesse sein, sich an solchen Gesprächen zu beteiligen.

b. Praktische Erfahrungen und Hinweise:

Typisch für Vergabeverfahren sind strenge Formvorschriften und Fristregelungen. Im Hinblick auf die Bedeutung dieser Formvorschriften findet sich im Anhang zu dieser Handreichung eine Checkliste, die den Bietern die Beachtung dieser Formalien erleichtern soll.

c. Strategische Empfehlungen:

Die folgenden Hinweise gehen über die reine Erläuterung dieser Formvorschriften hinaus und greifen besonders wichtige Aspekte und Fragestellungen auf.

- (1) Technische Voraussetzungen der Vergabeteilnahme: Die Ausschreibungen der Bundesagentur finden anders als diejenigen der Optionskommunen in der Form der elektronischen Vergabe⁶⁰ statt. Bei der elektronischen Vergabe verzichtet der Auftraggeber auf die herkömmliche Abwicklung der Ausschreibung in Papier-, nicht aber auf die Schriftform der Angebote. Es ändert sich insofern nur die Art der Übermittlung.

Diese Form der Übermittlung stellt sowohl an die Hardware auch an die Software-Ausstattung der Bieter hohe Anforderungen. Dies betrifft den Zugang zu den Vergabeunterlagen, die auf besonderen Internet-Plattformen⁶¹ per Download abrufbar sind. Die Formlichkeit der Verfahren und insbesondere das Verbot, Vergabeunterlagen abzu-

⁶⁰ Das am 6. April 2014 in Kraft getretene Government Procurement Agreement (GPA), auf dem auch die entsprechenden Regelungen in Artikel 22 der Vergaberichtlinie beruhen, definiert die e-Vergabe in Artikel 1 Buchst g. Danach bedeutet „in writing or written ... any worded and number d'expression that can be read, reproduced and later communicated. It may include electronically transmitted and stored information.

⁶¹ Insbesondere die Vergabeplattform des Bundes: http://www.evergabe-online.info/e-Vergabe/DE/Home/homepage_node.html

ändern⁶², verlangen zudem eine besondere Absicherung der auszufüllenden Angebotsformulare. Diese sind sowohl gegen das eigenmächtige Abändern der Formularvorlage als auch gegen Abänderungen der ausgefüllten Formulare geschützt. Weitere Anforderungen an die Leistungsfähigkeit der EDV-Ausstattung stellen die Vorrichtungen zur sicher verschlüsselten Übermittlung der Angebote. Hierfür gibt es die sogenannte qualifizierte oder fortgeschrittene elektronische Signatur⁶³.

Die besonderen Anforderungen und Einzelheiten der von der Bundesagentur veranstalteten e-Vergaben beschreibt das Bieterhandbuch „AMDL – Elektronische Vergabe bei der Bundesagentur für Arbeit – Public e-Procurement (PeP)“, das die Bundesagentur herausgegeben und zum Download bereitgestellt hat⁶⁴. Die Kenntnis dieser Informationen ist unbedingte Voraussetzung für die Teilnahme an den e-Vergaben der Bundesagentur.

Die Teilnahme an e-Vergaben bedarf der sorgfältigen Vorbereitung. Abgesehen von einer hinreichend leistungsfähigen Hardware muss der Bieter die im Einzelfall abverlangten Signaturen bereitstellen. Während bei der fortgeschrittenen elektronischen Signatur der Erwerb eines Softwarezertifikats ausreicht, das gem. § 5 SigG nur bestimmte zugelassene Zertifizierungsdienstleister ausstellen, sind bei der qualifizierten elektronischen Signatur unter anderem eine Chipkarte und ein Kartenlesegerät erforderlich.

Um das Risiko zu verringern, dass die EDV des Bieters im entscheidenden Moment versagt und ein Angebot nicht fristgerecht eingereicht werden kann, sollten Träger im Vorfeld ihrer ersten „ernst gemeinten“ Ausschreibung unbedingt einen Probendurchlauf durchführen. Die Angebotsabgabe in einer für sie irrelevanten Ausschreibung bietet die Möglichkeit, festzustellen, ob ihre EDV-Ausrüstung den Anforderungen genügt. Allerdings müssen sie dieses Probeangebot so erstellen, dass es inhaltlich keinerlei Aussicht auf Erfolg hat. Da Bieter gem. § 10 Abs. 2

VOL/A nach Ablauf der Angebotsphase an ihr Angebot gebunden sind, können sie im Falle eines Zuschlages keinen Rückzieher mehr machen und würden ihre Kapazitäten mit einem solchen unerwünschten Erfolg blockieren und so ihre Leistungsfähigkeit für das wirklich relevante Verfahren gefährden.

- (2) Zusammenarbeit in einer Bietergemeinschaft: Ein Ziel der jüngsten Vergabereform ist die Unterstützung von kleinen und mittleren Unternehmen. Bietergemeinschaften sind ein wichtiges Instrument, um sich trotz begrenzter eigener Kapazitäten an einem größeren Auftrag zu beteiligen. Hierbei geben mehrere Unternehmen ein gemeinsames Angebot ab. Erhalten sie den Auftrag, leisten sie ihre jeweils vereinbarten Beiträge und erfüllen so den Vertrag. Dabei gibt es zwei Typen von Bietergemeinschaften: In der vertikalen Bietergemeinschaft wirken Unternehmen zusammen, die wegen unterschiedlicher Leistungsschwerpunkte nicht in Konkurrenz zueinander stehen. Bei der horizontalen Bietergemeinschaft überschneiden sich die Angebote der Bieter, so dass diese formal in Konkurrenz zueinander stehen und mit ihrer Kooperation die Zahl der Wettbewerber zunächst einmal verringern.

Mit der Abgabe eines gemeinsamen Angebotes tritt die Bietergemeinschaft dem Auftraggeber gegenüber als ein Bieter auf und wird damit – unabhängig von ihrer Rechtsform – zum Vergaberechtssubjekt mit eigenen Rechten und Pflichten. Eine sehr häufig verwendete Rechtsform für Bietergemeinschaften ist die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR). Sie bietet einen unkomplizierten Rahmen für eine befristete zweckbezogene Zusammenarbeit. Umgekehrt sieht sie aber auch die volle Haftung der Partner für einander vor. Deshalb müssen die Bieter die Eignungsanforderungen gemeinschaftlich erfüllen; nicht erfüllte Anforderungen an die Leistungsfähigkeit und die Zuverlässigkeit ebenso wie für Fehler, die dem gem. § 13 Abs. 6 VOL/A zu benennende Sprecher der Bietergemeinschaft bei der Erstellung des gemeinsamen Angebotes unterlaufen, führen zum Ausschluss und Misserfolg der

62 Eine solche erkennbare Abänderung würde nach § 16 Abs. 3 Buchst. d/§ 19 Abs. 3 Buchst. d EG VOL/A zwingend zum Ausschluss eines Angebotes von der Angebotsprüfung zur Folge haben.

63 Während die elektronische Signatur allgemein der Authentifizierung dient, geht die sogenannte fortgeschrittene elektronische Signatur darüber hinaus und stellt sicher, dass diese besondere Authentifizierung allein auf eine bestimmte Person hinweist. Die Einzelheiten dieser elektronischen Absicherungen regelt das Signaturgesetz (SigG), s. insbesondere die verbindlichen Definitionen und Abgrenzungen in § 2 SigG.

64 Abrufbar unter http://www.arbeitsagentur.de/web/wcm/idc/groups/public/documents/webdatei/mdaw/mdk3/-edisp/l6019022dstbai383111.pdf?_ba.sid=L6019022DSTBAI383114

gesamten Bietergemeinschaft. Schließlich ist es auch nicht möglich, unzuverlässige Mitglieder aus der Bietergemeinschaft auszuschließen und die Zusammenarbeit mit den verbleibenden fortzusetzen. Deshalb ist es unerlässlich, sich im Vorfeld sorgfältig darüber zu vergewissern, mit wem zusammen man eine solche Gemeinschaft begründet. Eine Bietergemeinschaft ist insoweit zwar ein zeitlich begrenztes Zweckbündnis. Sie darf aber keine Zufallsgemeinschaft beliebig ausgewählter Partner sein.

Grundlage für die Zusammenarbeit ist der einer Bietergemeinschaft zugrunde liegende Gesellschaftsvertrag. Grenzen und Gestaltungsanforderungen für die dort getroffenen Absprachen ergeben sich aus dem Kartell- und dem Umsatzsteuerrecht:

Absprachen einer Bietergemeinschaft, die den Wettbewerb unzulässig beschränken, führen gem. § 16 Abs. 3 Buchst. f VOL/A zwingend zum Ausschluß der gesamten Bietergemeinschaft vom Verfahren. Wann allerdings eine Vereinbarung die Grenze zur unzulässigen Kartellabsprache überschreitet, ist eine Frage der Einzelfallbewertung, bei der die Rechtsprechung unterschiedlich strenge Anforderungen stellt: Bietergemeinschaften sind dann grundsätzlich gerechtfertigt, wenn sie überhaupt erst die Voraussetzung dafür schaffen, dass deren Mitglieder sich am ausgeschriebenen Wettbewerb beteiligen⁶⁵. Dagegen legen seit 2013⁶⁶ die Gerichte strengere Anforderungen an die Akzeptanz einer Bietergemeinschaft an, in der sich eigentlich konkurrierende Unternehmen zusammenschließen⁶⁷. Nach dieser strengeren Rechtsprechung sind horizontale Bietergemeinschaften grundsätzlich unzulässig, können aber im Ausnahmefall gerechtfertigt werden. Eine solche Rechtfertigung ist insbesondere gegeben, wenn die beteiligten Unternehmen erst durch ihre Kooperation imstande sind, einen Auftrag auszuführen (Herstellung der Markt-

eintrittsreife) und in der Folge mit ihrem Angebot den Wettbewerb erweitern. Ein Zusammenschluss von Unternehmen, die beide auch für sich allein an der Ausschreibung teilnehmen könnten, beeinträchtigt den Wettbewerb nur dann nicht, wenn die Bieter auch nach ihrem Zusammenschluss nur unerhebliche Marktanteile aufweisen. Ein Indiz für eine problematische Wettbewerbsverzerrung kann eine Aufgaben- und Kostenverteilung sein, die ein Mitglied der Bietergemeinschaft eklatant benachteiligt und deshalb im Rahmen zweckmäßigen und kaufmännisch vernünftigen Handels nicht plausibel ist⁶⁸.

Ob eine Bietergemeinschaft zugelassen wird, hängt davon ab, ob sie dem Auftraggeber eine plausible Begründung für ihren Zusammenschluss liefern kann. Eine solche Darlegung muss der Auftraggeber anfordern, wenn er hinreichende Anhaltspunkte für eine Wettbewerbsverzerrung im Sinne von § 1 GWB wahrnimmt⁶⁹. Die §§ 6 Abs. 1 beziehungsweise § 6 Abs. 2 EG VOL/A und § 16 Abs. 3 Buchst. f beziehungsweise § 19 Abs. 3 Buchst. f EG VOL/A markieren insoweit Eckpunkte und fordern dazu auf, eine rechtmäßige und wettbewerbsunschädliche Kooperation zwischen freien Trägern nachvollziehbar darzustellen. Insofern ist es auch sinnvoll, sich über die Vergabepaxis des jeweiligen Auftraggebers informieren. Diese zeigt am ehesten, in welchem Umfang und mit welcher Begründung der Auftraggeber Bietergemeinschaften akzeptiert⁷⁰.

Umsatzsteuerrechtlich werfen Bietergemeinschaften Fragen bei der Abwicklung von Leistungserbringung und Vergütung auf. Als GbR ist die Bietergemeinschaft nicht nur ein Vergabe- sondern auch ein Steuerrechtssubjekt, das mit den unternommenen Rechtsgeschäften Umsatzsteuererstattungsbestände erfüllt. Insoweit treten bei ihr dieselben umsatzsteuerrechtlichen Fragen auf, die sich regelmäßig bei der Kooperation von gemeinnützigen Trägern bei der

⁶⁵ OLG Koblenz, Beschluss vom 29.12.2004, Az. 1 Verg 6/04, VK Münster, Beschluss vom 22.03.2013, Az. VK 3/13,

⁶⁶ Die ältere Rechtsprechung, die von der grundsätzlichen Zulässigkeit auch dieser Bietergemeinschaften ausging, hat der Bundesgerichtshof mit einem Urteil vom 13.12.1983, Az. KRB 3/83 begründet und ließ diese unter nachvollziehbaren Umständen zu.

⁶⁷ KG Berlin Beschluss vom 21.12.2009, Az.2 Verg 11/09 und vom 24.10.2013, Az. Verg. 11/13, OLG Düsseldorf Beschluss vom 09.11.2011, Az. VII-Verg 7/12, vom 17.02.2014, Az. VII-Verg 2/14, VK Bund 16.01.2014, Az. VK 1-117/13.

⁶⁸ Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 16.02.2012, Az. Verg W 1/12, Rn. 50. In diesem Fall stellt sich tatsächlich die Frage, mit welcher Motivation sich das betreffende Mitglied zu einer solch offenkundig unvorteilhaften Zusammenarbeit bereiterklärt und ob es Kompensationen erhalten hat, um nicht das Angebot der anderen Bieter mit einem eigenen Konkurrenzangebot „auszustechen“.

⁶⁹ S. hierzu OLG Düsseldorf Beschluss vom 17.12.2014 Az. VII-Verg 22/14 Rn. 27, wonach diese plausible Darstellung nur erfolgen muss, wenn der Auftraggeber Anhaltspunkte für eine solche Wettbewerbsverzerrung sieht und deshalb die Bietergemeinschaft zu entsprechenden Erläuterungen auffordert. Da der Auftraggeber derartige Anhaltspunkte zu keiner Zeit geltend gemacht habe, ging sein im Beschwerdeverfahren geltend gemachter Einwand gegen die Bietergemeinschaft ins Leere.

⁷⁰ Allerdings gehört es nach Ansicht des OLG Düsseldorf nicht zu den Erläuterungspflichten oder zum zwingenden Bestandteil der Vergabeunterlagen darzulegen, wann sie eine Bietergemeinschaft als zulässig erachten, Beschluss vom 17.02.2014, Az. Verg 2/14.

staatlich refinanzierten Erbringung von Sozialleistungen ergeben. Zum einen stellt sich die Frage, ob die Leistung dem Befreiungstatbestand des § 4 Nr. 18 UStG unterfällt, wenn diese im Auftrag der Bundesagentur erbracht und von dieser finanziert wird, was regelmäßig bejaht wird. Darüber hinaus müssen die Mitglieder bei der Organisation ihrer Zusammenarbeit und der Zuweisung der von der Bundesagentur zugewiesenen Vergütung darauf achten, dass kein weiterer als Umsatz zu wertender und damit nochmals steuerpflichtiger Leistungsaustausch in der Innengesellschaft stattfindet. Wie eine solche Gestaltung aussehen kann, hängt davon ab, was die Beteiligten in eine solche Kooperation einzubringen beabsichtigen und entzieht sich deshalb allgemeinen Ratschlägen. Gerade für kleinere Träger, die erst mit Hilfe von Bietergemeinschaften die Wettbewerbsfähigkeit für größere Aufträge erreichen, dürfte es ratsam sein, mit steuerrechtlicher Beratung ein tragfähiges Kooperationsmodell zu entwerfen und sich so eine Grundlage für steuerrechtlich tragfähige Bietergemeinschaften zu verschaffen⁷¹.

Neben den erläuterten kartellrechtlichen bestehen keine weiteren grundlegenden Vorbehalte gegen die Bietergemeinschaft. Insbesondere gefährdet eine solche Gemeinschaft nicht den Gemeinnützigkeitsstatus ihrer Mitglieder. Diese behalten namentlich bei der Zusammenarbeit in einer GbR ihre rechtliche Identität. Zudem ermöglicht gerade das Zusammenwirken mit anderen den gemeinnützigen Trägern, ihren satzungsmäßigen Zweck zu erfüllen.

(3) Umgang mit den Vergabeunterlagen: Die Grundlage für das zu erstellende Angebot sind die Vergabeunterlagen. Diese umfassen gem. § 8 Abs. 1 beziehungsweise § 9 Abs. 1 EG VOL/A

- das Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der angeforderten Unterlagen),
- die Beschreibung der Einzelheiten der Durchführung des Verfahrens (Bewerbungsbedingungen), einschließlich der Angabe der Zuschlagskriterien, sofern nicht in der Bekanntmachung bereits genannt und
- Vertragsunterlagen, die aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen bestehen

⁷¹ Wie tragfähig diese letztlich ist, entscheidet allerdings erst das Finanzamt qua Steuerbescheid, so dass der Träger sein Modell ggf. nochmals nachbessern muss.

Zwar muss die Leistungsbeschreibung gem. § 7 VOL/A die Leistung „eindeutig und erschöpfend beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind“. Allerdings ist dies nicht die einzige relevante Informationsquelle für die Angebotserstellung. Auch die Vertragsbedingungen enthalten zum Beispiel Abnahmegarantien, Optionszeiträume und ähnliche Angaben, Hinweise und Details, die für die Preiskalkulation unerlässlich sind.

Trotz der Pflicht zur eindeutigen Beschreibung der Leistung tritt bei der Durchsicht der Leistungsbeschreibung und der Vertragsunterlagen immer wieder Erklärungsbedarf auf. Dem kommen die Auftraggeber mit entsprechenden Frage- und Antwort-Kompendien nach. Wenn diese allerdings die Fragen nicht hinreichend beantworten, kann und muss ein Bieter seine Fragen schriftlich an den Auftraggeber richten. Solange solche Rückfragen der inhaltlichen Klarstellung dienen, fallen sie nicht unter das vergaberechtliche Nachverhandlungsverbot, sondern sind im eigenen Interesse des Bieters unbedingt aufzuklären. Jede nicht gestellte Frage birgt das Risiko, dass aufgrund eines Missverständnisses fehlerhafte Angaben oder Kalkulationen eingereicht werden und kann den Erfolg des Vergabeverfahrens ernsthaft gefährden. Rückfragen muss der Bieter schon im eigenen Interesse umgehend stellen. Denn gegebenenfalls muss er aufgrund der ihm erteilten Erläuterung sein Angebot korrigieren und umgestalten, was wiederum Zeit kostet.

Neben Unklarheiten können Vergabeunterlagen auch Fehler aufweisen, die im Rahmen des vergaberechtlichen Rechtsschutzverfahrens anzufechten sind.

Die Rügepflicht kommt mittlerweile auch bei Verfahren unterhalb des Schwellenwertes zum Tragen. So stellen die Zivilgerichte bei der Gewähr von einstweiligem Rechtsschutz nach der ZPO darauf ab, ob die Bieter diese Möglichkeit zur Fehlerbehebung genutzt haben⁷².

Ein wichtiger Aspekt, der unmittelbar bei der Sichtung der Vertragsunterlagen zu rügen ist, ist eine unangemessene Risikobelastung der Bieter, das sogenannte ungewöhnliche Wagnis. Eine solche Benachteiligung der Bieter war ursprünglich in der Verdingungsordnung VOL/A von 2006

⁷² OLG Dresden Vergabesenat, Beschluss vom 02.08.2011, Az. WVerG 0004/11, WVerG 4/11, OLG Düsseldorf Vergabesenat, Beschluss vom 07.12.2011, VII-Verg 96/11, Verg 96/11, OLG München Vergabesenat Beschluss vom 06.08.2012, Verg 14/12

ausdrücklich verboten und damit möglicher Ansatzpunkt für eine Rüge. Mit der Vergaberechtsreform von 2009 ist diese wichtige Regelung entfallen und eine ausdrückliche Berufung auf diese nicht mehr unmittelbar möglich. Allerdings erkennt die vergaberechtliche Rechtsprechung mit im Einzelnen abweichenden Begründungen im Ergebnis die Rüge einer solchen unangemessenen Benachteiligung des Bieters an und gibt Nachprüfungsanträgen statt, die eine solche belastbar darlegen.

- (4) Ausgestaltung des eigenen Angebotes: Eine problematische Taktik bei der Angebotsgestaltung sind Preisangebote unterhalb der Gestehungskosten.

Ungewöhnlich niedrige Angebote, die den Durchschnittspreis deutlich unterbieten, führen bei der Angebotsprüfung zu Nachfragen seitens des Auftraggebers. Ob Auftraggeber nachhaken und ein Angebot genauer auf seine Auskömmlichkeit hin überprüfen, liegt in deren Ermessen. Eine solche Überprüfung verlangt immer einen begründeten Verdacht. Allein die Differenz zum nächst höheren Angebot rechtfertigt für sich genommen weder die Überprüfung noch den Ausschluss eines Angebotes⁷³.

Wenn Bieter ihre Kalkulation auf diese Nachfrage hin nicht plausibel begründen können, ist ihr Angebot zwingend von der Zuschlagsentscheidung auszuschließen, § 16 Abs. 6 VOL/A⁷⁴. Eine weitere Untergrenze ergibt sich bei der Kalkulation der Personalkosten aus den vom Auftraggeber in den Vergabeunterlagen zu bezeichnenden⁷⁵ einschlägigen Mindestlohnbestimmungen, die ab 2015 auch über den begrenzten Anwendungsbereich des Mindestlohns im Bereich Bildung hinaus gelten. Ein Bieter, der diese Löhne nicht einhält, wird wegen Unzuverlässigkeit ausgeschlossen. Indiz für die Nichtbeachtung des Mindestlohns kann dabei schon eine Preiskalkulation sein, die auffällig unterhalb der zu erwartenden Gestehungskosten liegt.

Solange Angebote nicht auffällig unwirtschaftlich sind, akzeptieren die Vergabekammern grundsätzlich auch Preis-Angebote, die die Gestehungskosten nicht abde-

cken⁷⁶. Trotz dieser gerichtlichen Billigung sind solche Angebote bedenklich. Zwar sind nach dieser Rechtsprechung sogenannte „Markteintrittsangebote“ zulässig, um wirtschaftlich Fuß zu fassen oder einen begehrten Referenzauftrag zu erhalten. Es stellt sich aber die Frage, ob eine solche Strategie auf Dauer tragfähig ist. Die zitierte Rechtsprechung erklärt auch solche Kalkulationen für plausibel, in denen der Bieter seine Arbeit mit Einkünften aus einem anderen Auftrag finanziert oder für den konkreten Auftrag auf Gewinne verzichtet. Trotzdem kann ein Bieter derartige Kalkulationen nicht unbegrenzt aufrecht erhalten und wird letztlich doch zu kostendeckenden Angeboten übergehen müssen. Ob es allerdings gelingt, auch mit den an die realen Kosten angepassten Kalkulationen beim Auftraggeber zu reüssieren, sei dahingestellt. Gerade unter den Bedingungen des faktischen Nachfragemonopols erscheint ein solches Vorgehen nicht ohne Weiteres aussichtsreich. Zudem fördert eine solche Strategie auch den deutlichen Abwärtstrend bei der Preisentwicklung und schadet damit dem Wettbewerb insgesamt.

- (5) Inanspruchnahme von Rechtsschutz: Im Rahmen des vergaberechtlichen Rechtsschutzes ist schließlich die Zuschlagsentscheidung des Auftraggebers ein Ansatzpunkt für eine Überprüfung des Verfahrens, überwiegend in Hinblick auf Verfahrensfehler.

Wenn die Vergabekammern einem Bieter recht geben und die Verletzung von Rechten durch die Vergabestelle feststellen, haben sie gem. § 114 Abs. 1 GWB ein weites Gestaltungsermessen, um Rechtsverletzungen zu beseitigen und eine Beeinträchtigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Ausdrücklich erlaubt das Gesetz einer Vergabekammer, über die Anträge hinauszugehen und eigene Lösungsvorschläge für den Konflikt zwischen Bietern und Vergabestelle zu erarbeiten. Entsprechend sollten Schriftsätze in solchen Verfahren Anhaltspunkte für mögliche Lösungen enthalten.

Von daher müssen Bieter in jedem Verfahrensstadium auf mögliche Fehlerquellen achten und insbesondere Vergabeunterlagen auf weitere Verlautbarungen des Auftrag-

73 OLG Karlsruhe Beschluss vom 06.08.2014, Az. 15 Verg 7/14

74 Brandenburgisches OLG Vergabesenat Beschluss vom 16.02.2012, Az. Verg W 1/12 Rn. 55, Thüringisches OLG Vergabesenat, Beschluss vom 05.06.2009, Az. 9 Verg 5/09, Rn. 35

75 So das KG Berlin im Beschluss vom 26.09.2014, Az. Verg 5/14, wonach das Transparenzgebot vom Auftraggeber verlange, den maßgeblichen Tarif- beziehungsweise Mindestlohn zu benennen. Der Hinweis auf deren Verbindlichkeit gehöre zu den Angaben, die ein Bieter benötigt, um entscheiden zu können, ob er sich an der Ausschreibung beteiligt.

76 VK Sachsen 02.04.2014, Az. 1/SVK/005-14

gebers kritisch überprüfen. Allerdings sollte man die Erfolgsaussichten und den zu erwartenden Aufwand genau gegeneinander abwägen. Wie dargestellt können Bieter in der Angebotsphase mit Rückfragen auf Probleme hinweisen und so das Risiko vergeblicher Prozesse minimieren. Die damit einhergehenden Möglichkeiten, Konflikte mit dem Auftraggeber zu entspannen, sollte man unbedingt nutzen. Dies gilt umso mehr, als man damit sowohl kritische Aufmerksamkeit für mögliche Fehlentwicklungen signalisiert als auch die Bereitschaft zur konstruktiven Verfahrensbeteiligung.

3. Maßnahmen und Strategien bei vergabeähnlichen Verfahren im Bereich freiwilliger Leistungen

Beispiel: Eine Kommune teilt mit, dass sie Angebote der Familienbildung zu finanzieren und entsprechende Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach § 77 SGB VII abzuschließen beabsichtigt. Sie fordert interessierte Anbieter auf, ihr die jeweiligen Leistungskonzepte und Vergütungsvorstellungen zu unterbreiten. Die interessantesten Bewerber werde sie dann zu Vertragsverhandlungen auffordern.

Alternative: der Leistungsträger bietet projektbezogene Fördermittel an, bindet diese Förderung aber an Voraussetzungen, die den geförderten Bietern bei der Ausgestaltung ihrer Angebote fast keinen Freiraum lassen.

a. Strategisches Ziel:

Im Bereich freiwilliger und nicht ausschreibungspflichtiger Leistungen sind in der Regel die Kommunen die Leistungsträger. Wie sie die jeweilige Leistung organisieren und finanzieren, liegt in ihrem Ermessen. Sie können eine Leistungsvereinbarung abschließen, aber auch die Form der einseitigen Zuwendung wählen. Zudem liegt es beim Abschluss von Leistungsvereinbarungen im Ermessen der Kommunen, ob sie die Vertragspartner durch ein Auswahlverfahren ermitteln oder ob sie – im Sinne von Trägerpluralität – mit allen geeigneten Bietern Verträge abschließen.

Auch wenn sich die Leistungserbringer in diesem Bereich nicht auf ausdrückliche Verfahrensrechte berufen können, sind die Leistungsträger dazu verpflichtet, von ihrem Ermessen pflichtgemäßen Gebrauch zu machen und willkürliche Entscheidungen zu unterlassen. Die in diesem Zusammenhang anfallenden Verfahrensabläufe werden ebenso wie die Ermessensausübung ihrer Mitarbeitenden verwaltungsintern festgelegt. Gleichwohl können die freien Träger vor Ort ver-

suchen, mit den Leistungsträgern ein für alle Seiten akzeptables und verbindliches Verfahren zu vereinbaren, das den allgemeinen wettbewerbsrechtlichen Grundsätzen der Transparenz und Chancengleichheit gerecht wird.

b. Praktische Erfahrungen:

Erfahrungsgemäß wählen Kommunen die aufwändige Form einer Ausschreibung eher selten. Da § 3 Abs. 2 VOL/A einen Vorrang für die öffentliche Vergabe beziehungsweise ihr Pendant der offenen Ausschreibung vorsieht und Verhandlungsverfahren nur in abschließend aufgezählten Ausnahmefällen zulässt, erweist sich die formgerechte Beschaffung dieser Leistungen in der Regel als sehr aufwändig. Zugleich erscheint der Begründungsaufwand für die Auswahl weniger förmlicher Verfahren offenbar als zu fehleranfällig, um als Alternative zur formstrengen Vergabe attraktiv zu sein.

Verglichen damit bietet die Zuwendung mehr Gestaltungsspielraum. Allerdings nutzen viele Kommunen diese zunehmend für die Einführung von Mischformen zwischen dem Vergabe- und dem Zuwendungsrecht, bei denen die Kommune die Empfänger ihrer Fördermittel nach einem vergabeähnlichen Verfahren auswählt.

Grundsätzlich ist es bei der Bewilligung von Fördermitteln auch zulässig, die VOL/A und die Regeln für Vergaben heranzuziehen. Diese ermöglichen den Rückgriff auf ein geregeltes, nachvollziehbares Verfahren und machen es erforderlich, die Entscheidungskriterien offenzulegen, die gem. § 8 Abs. 1 Buchst. b zwingender Bestandteil der Vergabeunterlagen sind⁷⁷. In der Praxis allerdings kommt es häufig nicht zu einem solchen direkten Verweis auf das Vergaberecht, sondern zu vorgeschalteten Auswahlverfahren ohne diese Einbindung. Problematisch ist in diesem Zusammenhang auch, dass es meist nicht bei dem Rückgriff auf die Verfahrensregeln bleibt, sondern dass die Voraussetzungen für die Zuwendung immer engmaschiger gefasst werden. Sie nähern sich zusehends den vergaberechtlichen Leistungsbeschreibungen an – womit die Grenzen zwischen diesen Finanzierungsansätzen immer fließender werden.

Wie eingangs dargestellt, gibt gerade die fachliche Entwicklung derzeit Impulse für neue Formen der Zusammenarbeit zwischen freien und öffentlichen Trägern, um gemeinsam niedrigschwellige Leistungsangebote bereitstellen zu können. Wenn diese versuchen, die Finanzierung unabhängig von den Nutzern dieser Angebote sicherzustellen, liegen Budget- oder Pauschalfinanzierungen nahe.

⁷⁷ VK Sachsen 02.04.2014, Az. 1/SVK/005-14

c. Strategische Empfehlungen:

Wenn die Beteiligten einvernehmlich die Kooperation mit dem jeweiligen Gegenüber anstreben und deshalb Vergabeverfahren mit offenem Ausgang vermeiden möchten, müssen sie bei der Ausgestaltung der Vergütungsstrukturen auf Modelle verzichten, die Merkmale des öffentlichen Auftrages und einer Leistungsbeschaffung tragen. Insbesondere gilt dies für die Verteilung des wirtschaftlichen Risikos. Denn anhand dieses Merkmals überprüfen die von nicht berücksichtigten Dritten angerufenen Vergabekammern die Absprache zwischen freien und öffentlichen Trägern auf ihre Vergabe- und Wettbewerbsrelevanz hin.

Anstatt eine vielversprechende Kooperation dem Vorwurf auszusetzen, rechtswidrig Vergabeverfahren zu umgehen, sollten die Partner prüfen, inwieweit herkömmliche Formen der Leistungserbringung ihren Belangen Rechnung tragen. Sofern diese Formen ausscheiden, könnte ein gangbarer Weg zur Erprobung neuer Formen darin liegen, eine begrenzte Vorabfinanzierung zu vereinbaren. Diese würde die unmittelbaren Vorhaltekosten des freien Trägers decken; die restliche Refinanzierung könnte jedoch erst auf der Grundlage der endgültig feststehenden Inanspruchnahme berechnet werden. Hinsichtlich des Anwendungsbereichs kann es sinnvoll sein, eine solche Absprache zunächst für kleinere Projekte zu erproben und nach einer Evaluation eine Ausweitung des Anwendungsbereichs ins Auge zu fassen

Wie dargestellt, besteht kein Zwang zu bestimmten Verfahrensgestaltungen. Auch wenn die Leistungsträger eine einvernehmliche Verfahrensabsprache ablehnen, gibt es Argumente, die sich dem Abbruch bisheriger Vertragsbeziehungen und einer Umstellung der Zusammenarbeit auf Vergabeverfahren entgegen halten lassen:

(1) Ausübung des Verfahrensermessens: Das Gebot der pflichtgemäßen Ermessensausübung schließt mit willkürlichen Entscheidungen auch ein Vorgehen aus, bei dem der Leistungsträger aus einem rechtlich definierten Modell etwa dem Vergabeverfahren nur die für ihn günstigen Bestandteile übernimmt und Gestaltungsinstrumente vernachlässigt, die eine willkürliche Ausübung dieser Steuerung verhindern. Eine fehlerhafte Ausübung der mit dem Gestaltungsermessens verbundenen Vormachtstellung ist gegeben, wenn sich die öffentliche Hand einseitig Selektionsmöglichkeiten vorbehält, ohne ihre Auswahlkriterien offenzulegen. Das zwingt die Interessenten zu „blinden“

Bewerbungen ohne Anhaltspunkt für die auswahlentscheidenden Aspekte.

- (2) Ausnutzen bestehender Gestaltungsspielräume: Die EU-Richtlinie macht deutlich, dass nicht zwingend Vergaberecht anzuwenden ist. Entstehende Gestaltungsspielräume sind dabei konsequent und in sich stimmig zu nutzen. Die Übernahme einzelner vergaberechtlicher Gestaltungselemente in andere Rechtsgebiete unterläuft geradezu den Sinn dieser Gestaltungsfreiheit, die auf ein Nebeneinander unterschiedlicher und funktionierender Modelle abzielt.
- (3) Maßstab europarechtliches Primärrecht: Auch wenn die vergabeähnliche Übertragung von Aufgaben oder Interessenbekundungsverfahren nicht auf der Grundlage des EU-Vergaberechts erfolgt, kann sich ein Betroffener nach der Rechtsprechung des EuGH in jedem Fall auf die primärrechtlichen Grundsätze des Europarechts berufen und so Transparenz und Chancengleichheit der Verfahren einfordern⁷⁸. Prüfungsmaßstab sind in diesen Fällen der Grundsatz der Transparenz (Artikel 15 AEUV) und das Diskriminierungsverbot (Artikel 18 AEUV). Diese Grundsätze verletzt ein Leistungsträger auch dann, wenn er den Leistungserbringern ein Auswahlverfahren vorgibt, ohne Informationen über deren Entscheidungskriterien und Abläufe zur Verfügung zu stellen. Insofern steht das europäische Primärrecht gerade Wettbewerbsgestaltungen entgegen, bei denen Leistungsträger ihre marktbeherrschende Position ausnutzen, um Anbieter mit intransparenten Verfahren zu konfrontieren, denen die Leistungsanbieter nicht ausweichen können und von denen ihre wirtschaftliche Existenz abhängt.
- (4) Ausrichtung des Wettbewerbs: „Vergaberecht light“ greift häufig gerade diejenigen vergabespezifischen Wettbewerbselemente auf, die die sozialrechtliche Ausrichtung der Arbeit und den spezifisch sozialrechtlichen Wettbewerb auf Trägerpluralität und Wettbewerb gegenüber den Leistungsberechtigten überlagern. Die Ausrichtung der Entscheidung nach dem günstigsten Preis, ebenso aber die Verengung der Leistungsbeschreibung, die keinen Spielraum für inhaltlich differenzierte Angebote lässt, verdrängen die Wettbewerbsaspekte, die die qualitativen Unterschiede zwischen frei gemeinnütziger und gewerblicher Arbeit sichtbar machen. So sichern das Reinvestitionserfordernis und die Einschränkungen bei der Rück-

⁷⁸ EuGH Urteil vom 13.10.2005 Parking-Brixen, Az. C-458/03 mit weiteren Nachweisen

lagenbildung die inhaltliche Weiterentwicklung der fachlichen Arbeit, Nachhaltigkeit der Arbeit, Mitarbeiterqualifikation, ethische Ausrichtung der sozialen Arbeit. Dem gegenüber stellt die allein auf Effizienz ausgerichtete Dienstleistung die von der Rechtsordnung anerkannte besondere Identität und Qualität gemeinnütziger Arbeit in Frage.

- (5) Paradigmenwechsel in der sozialen Arbeit: Sollte in diesem frei gestaltbaren Bereich tatsächlich ein Wechsel zum Vergaberecht hin beabsichtigt sein, muss er öffentlich so diskutiert werden, dass auch seine Folgen für den Stellenwert sozialer Arbeit in den Blick kommen. Diese bietet – im Widerspruch zu ihrer großen Bedeutung und Notwendigkeit für die Bevölkerung – zusehends weder auskömmliche Bezahlung noch attraktive Weiterentwicklungsperspektiven bereit und wird damit immer unattraktiver.
- (6) Auskömmliche Vergütung: Das Verfahren muss sicherstellen, dass zumindest die bei der Leistungserbringung entstehenden Gestehungskosten gedeckt sind. Unbestritten ist, dass das Prinzip der leistungsbezogenen Finanzierung zum wirtschaftlichen Arbeiten zwingt. Ebenso ist nachvollziehbar, dass kommunale Schuldenbremsen den Gemeinden keinen Spielraum für kostspielige Finanzierungsge- staltungen lassen. Gleichwohl bedeutet Wirtschaftlichkeit das Gegenteil der Weigerung, das Leistungsnotwendige zu refinanzieren. Hinzu kommt folgender Gedanke: Die Gestehungskosten sind Maßstab für die Errechnung der Gebühren, die eine Kommune für ihre eigenen Leistungen erheben darf⁷⁹. Es wäre widersprüchlich, wenn eine Kommune ihre Gestehungskosten von den Einwohnern refinanzieren lässt, deren Anerkennung aber verweigert, sobald sie selber Leistungen in Anspruch nimmt und dafür eine Gegenleistung schuldet.

4. Maßnahmen und Strategien bei Vergabeverfahren trotz Bestehens eines sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses

Beispiel: Nach langjähriger Zusammenarbeit mit einem Anbieter von Hilfen zur Erziehung in einer Tagesgruppe (§ 32 SGB VIII) zeigt sich der kommunale Leistungsträger mit der Ausführung der Beratungsleistungen unzufrieden und möchte einzelne Bestandteile des Angebotes nicht mehr finanzieren.

Er kündigt deshalb die bestehende Leistungs- und Vergütungsvereinbarung nach § 78a Abs. 1 Nr. 4 SGB VIII und macht die Ausschreibung der betreffenden Leistung bekannt.

a. Strategisches Ziel:

Ziel des Vorgehens müssen in diesem Fall die Unterbindung des Vergabeverfahrens, die Verhinderung eines Zuschlages und die Rückkehr der Leistungsträger zum Abschluss von offenen Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen sein, die allen interessierten und geeigneten Bewerbern offenstehen.

b. Praktische Erfahrungen:

Grundsätzlich ist in diesem Bereich – anders als bei der Zuteilung von Zuwendungen – mangels öffentlichen Auftrags eine Vergabe ausgeschlossen und wegen der ebenfalls berührten Leistungsrechte Dritter auch rechtswidrig⁸⁰. Allerdings indiziert das Ausweichen eines Leistungsträgers auf dieses Rechtssystem in den meisten Fällen erhebliche Probleme in der Zusammenarbeit von freien und öffentlichen Trägern. In vielen Fällen liegen einem Ausscheren aus dem gesetzlichen Verfahren Verwerfungen beim Aushandeln von Verträgen oder ein anderer bereits länger schwelender Konflikt zugrunde.

c. Strategische Empfehlungen:

- (1) Einschalten der SGB-Schiedsstellen: Diese gesetzlich vorgesehenen Konfliktlösungsverfahren kommen nur im Rahmen der Verhandlungssituationen und mit einem bestimmten gesetzlichen Auftrag zum Einsatz. Ähnlich verhält es sich mit dem Vergaberechtsschutz gem. § 107 ff. GWB. Zudem schließt das sogenannte Verhandlungsverbot die im SGB XII §§ 75 ff, SGB VIII 78 ff und SGB II § 17 vorgesehenen Einzelverhandlungen geradezu aus und ist im Übrigen allein auf die Auswahl von Vertragspartnern im Vorfeld des Vertragsabschlusses zugeschnitten.
- (2) Gerichtliches Vorgehen: Der Musterfall eines erfolgreichen gerichtlichen Vorgehens ist die Klage gegen die Ausschreibung von Leistungen der Eingliederungshilfe aus dem Jahr 2004⁸¹. In diesen Verfahren sind die Kläger zweigleisig vorgegangen. Sie haben die vergaberechtliche Feststellung beantragt, dass kein öffentlicher Auftrag vorliegt, so dass Vergaberecht nicht zur Anwendung kommt. Gleichzeitig haben sie im Wege des einstweiligen sozialrechtlichen Rechtsschutzes nach § 86b Sozialgerichtsgesetz den Fortgang des Vergabeverfahrens und die

79 BGH Urteil vom 10.10.1991, Az. III ZR 100/90

80 OVG Münster Urteil vom 22.06.2004, Az. 728/04

81 Rechtsprechung des Vergaberechtssenates OLG Düsseldorf und des OVG Münster

Zuschlagserteilung unterbunden. Ziel des Antrags war es, den öffentlichen Träger zu verpflichten, keinen Zuschlag zu erteilen und Vertragsverhandlungen aufzunehmen

Die Inanspruchnahme von gerichtlichem Rechtsschutz bringt strategische Bedenken bezüglich möglicher Folgen eines ungünstigen Urteils mit sich; des weiteren könnte ein Rechtsstreit die Beziehungen zum öffentlichen Träger auch in anderen Zusammenhängen nachhaltig schädigen. So nachvollziehbar diese Bedenken sind, verhindert die Furcht vor Nachteilen für „renitente“ Träger eine von den tagespolitischen Sachzwängen unabhängige Klärung der Rechtslage durch die Gerichte (Art. 19 Abs. 4 GG). Im Ergebnis entsteht damit ein rechtsfreier Raum, in dem diakonische Träger sich gezwungen sehen, den Vorgaben der Sozialleistungsträger bedingungslos zu folgen. Leidtragende dieser Fehlentwicklung sind dann wiederum die Bieter.

Eine Erfolgsgarantie kann es für kein Gerichtsverfahren geben. Allerdings können sich die Rahmenbedingungen und die Finanzierungslage eines Trägers so verschlechtern, dass ein Rechtsstreit als Ultima Ratio und Alternative zur schlichten Einstellung der Arbeit wird.

In einer angespannten und konfliktreichen Zusammenarbeit bietet die Inanspruchnahme von Rechtsschutz die Chance, die bestehenden Probleme durch einen neutralen Richter überprüfen zu lassen, der an die verwaltungsinternen Willensbildungsprozesse nicht gebunden ist. Allerdings sind der rechtlichen Überprüfung Grenzen gesetzt: Wo sich die Leistungsträger auf Ermessensspielräume berufen können, muss sich der Richter darauf beschränken, diese Ermessensausübung auf mögliche Ermessensfehler hin zu überprüfen. Folgerichtige – wenn auch fachlich oder politisch problematische – Entscheidungen kann er nicht „kassieren“.

Wenn man sich als Ultima Ratio zum Rechtsstreit entschließt, ist es wichtig, diesen Schritt in einen Rahmen von Eskalationsstufen einzufügen. Entsprechend muss man in der Kommunikation und Außendarstellung darlegen können, mit welchen Schritten man sich konstruktiv, aber erfolglos für die Beilegung des Konfliktes eingesetzt hat.

Eine wichtige Deeskalationsstufe ist dabei die Einschaltung von unabhängigen Mediatoren und Schlichtern in die außergerichtlichen Verständigungsbemühungen. Wann die Möglichkeiten für einen Kompromiss ausgeschöpft sind und als Ultima Ratio die Anrufung der Gerichte ange-

zeigt ist, lässt sich nur im Einzelfall beantworten. Anlässe für den Abbruch der Verhandlungen können das Scheitern der Suche nach einem für beide Seiten akzeptablen Vermittler oder das Scheitern einer moderierten Suche nach einem inhaltlichen Kompromiss sein.

Vermittler in solchen Fällen sollten Personen sein, die die Rechtspositionen und Wertungsfragen beider Rechtsgebiete kennen und einschätzen können. Hierfür kommen Schlichtungsstellenvorsitzende, Wirtschaftsmediatoren und nicht zuletzt auch Landtags- und Bundestagsabgeordnete mit einschlägigen Vorkenntnissen in den betreffenden Fachgebieten in Frage.

Eine weitere Absicherung können Klärgemeinschaften bieten. Die Ankündigung von Vergabeverfahren betrifft in der Regel nicht nur einen Leistungserbringer. Von daher können sich mehrere etablierte Leistungserbringer einer Region, die alle gleichermaßen ein Rechtsschutzbedürfnis geltend machen können, für eine solche Klage zusammenschließen. Dies könnten etwa alle gemeinnützigen, in der Freien Wohlfahrtspflege vor Ort verankerten Leistungserbringer sein.

II. Rollenverteilung im Verband

Vergaberecht zielt darauf ab, im Vorfeld eines Vertragsschlusses die Auswahl geeigneter Vertragspartner transparent, diskriminierungsfrei und effizient zu gestalten. Es mündet daher in einen Vertragsschluss – was auch Folgen für die Möglichkeiten hat, aktiv an diesem Verfahren mitzuwirken. Der Kreis der Beteiligten beschränkt sich auf den nachfragenden Auftraggeber und die Bieter.

Diese Beschränkung erschwert es den übrigen Verbandsmitgliedern, Bieter unmittelbar im Verfahren zu entlasten. Gleichwohl gibt es durchaus Ansatzpunkte, von denen aus die Diakonie Deutschland als Bundesverband künftig wirken kann, um ihren Mitgliedern die Arbeit unter den Bedingungen des Vergaberechts zu erleichtern. Dabei ist gerade vor dem Hintergrund der kurzen Fristen im Vergabeverfahren zwischen Unterstützungsbedarf im eigentlichen Verfahren und der Unterstützung bei der Gestaltung des Umfeldes zu differenzieren, in dem Vergabeverfahren stattfinden.

1. Unterstützung im konkreten Verfahren

Im konkreten Verfahren gilt es, fristgerecht erfolversprechende Angebote zu erstellen; zudem können Bieter vor der

Frage stehen, ob Fehler aufgetreten sind, die sie rügen müssen. In dieser Lage sind sie auf vergaberechtliche Expertise bei der Einschätzung einzelner Situationen angewiesen, die ein einzelner Bieter in der Regel nicht selber vorhalten kann.

Bei der Suche nach geeigneten Anwälten können insbesondere die Landesverbände wertvolle Unterstützung leisten, indem sie im Rahmen ihrer Mitgliederberatung auf Anfrage Adressen von geeigneten Anwälten weitergeben. Bei Landesverbänden gibt es durch die vielfältigen Beratungskontakte Erfahrungswissen aus vielen Einzelfällen, das üblicherweise ausgewertet und aufbereitet wird. Als weiterer Schritt zur Nutzung dieser Informationen lässt sich eine Kontaktdatenbank aufbauen und aktualisieren. Eine gute Gelegenheit zum Ausbau dieser Kontakte bieten einschlägige Fortbildungsveranstaltungen, bei denen in der Regel Anwälte zu relevanten Themen referieren. Die Verantwortung für eine solche Kontaktvermittlung kann, muss aber nicht zwingend bei Juristen liegen. Wenn sich in einem Landesverband Vergabeverfahren auf ein einziges Arbeitsgebiet (zum Beispiel Arbeitsmarktdienstleistungen) konzentrieren, können die dafür zuständigen Mitarbeitenden die bestehenden Netzwerke nutzen und die bestehende Zusammenarbeit um die Sammlung und Weitergabe von Kontaktadressen erweitern.

Dieser Unterstützung sind allerdings datenschutz- und vor allem wettbewerbsrechtliche Grenzen gesetzt: Zum einen müssen sich diese Informationen auf die Kontaktdaten der Anwälte beschränken. Das schließt insbesondere Auskünfte darüber aus, wer dem Landesverband diese Anwälte empfohlen hat. Der geeignete Ort für den Austausch über Erfahrungen mit konkreten Verfahren sind die unter 2. beschriebenen Netzwerke.

Zum anderen sind insoweit wettbewerbsrechtliche Schranken zu beachten. Die Mitgliedsverbände müssen sich darauf beschränken, auf Anfrage ihren Mitgliedern allein die Kontaktadressen für Anwälte weiterzugeben. Demgegenüber unterfallen werbende Empfehlungen für einzelne Anwälte (insbesondere in Verbandsrundschreiben) dem wettbewerbsrechtlichen Empfehlungsverbot aus §§ 19 und 20 Abs. 2 GWB⁸².

Neben der praktischen Unterstützung bei der Suche nach anwaltlicher Beratung besteht auch ein Bedarf nach finanziel-

ler Unterstützung bei den für den Vergaberechtsschutz anfallenden Kosten. Jedenfalls in Fällen, in denen ein Prozess mindestens auf der Landesebene bedeutsam ist und im Fall des Obsiegens dem gesamten Verband zugute kommt, erscheint finanzielle Unterstützung angemessen. Insoweit sollten sich Bundesverband, Fach- und Landesverbände darüber verständigen, in welchen Fällen und welchem Umfang eine finanzielle Entlastung der Antragsteller in Betracht kommt und diese Vereinbarung den Mitgliedern in geeigneter Form bekannt geben.

Weniger sinnvoll erscheint es, bei Landesverbänden eine Stelle einzurichten, die den Mitgliedern das Erstellen der Angebote abnimmt. Da sich insbesondere die Ausschreibungen der Regionalen Einkaufszentren deutschlandweit auf einen bestimmten Zeitraum konzentrieren, fiel in diesem Zeitfenster ein extremer Arbeitsaufwand an, den auch mehrere Vollzeitstellen nicht ohne weiteres auffangen könnten. Zudem erscheint es auch organisatorisch nicht sinnvoll, diese in vieler Hinsicht auch konzeptionelle Arbeit außerhalb der bietenden Einrichtung zu erledigen; der Kommunikations- und Erläuterungsbedarf, der mit der Erstellung des Angebotes einhergeht, würde die mit dieser Verlagerung verbundene Entlastung neutralisieren und zusätzliche Kosten verursachen.

2. Unterstützung außerhalb der konkreten Verfahren

Die Frage nach externer Unterstützung bei der Angebotserstellung zeigt deutlich den Bedarf nach Unterstützung der Träger mit Know-How und Erfahrung. Diesem können Landes-, Fachverbände und Bundesverband sowohl mit Fortbildungsangeboten als auch mit Austauschforen nachkommen. Der Aufbau eines solchen Vergaberecht-Netzwerks kann wie die Sammlung der Kontaktdaten häufig bereits an bestehende Austauschforen anknüpfen. Eine solche Erweiterung und gegebenenfalls auch Vernetzung bestehender Foren vermeidet Doppelstrukturen, die den beabsichtigten Austausch erschweren würden. Der Bundesverband sollte die geplante Netzwerkarbeit ergänzen. Hierfür kommen jährliche Treffen ebenso wie Fortbildungen zu bundesweit relevanten Themen in Betracht. Zugleich ließe sich ein erwünschter Austausch auch in elektronischer Form in Online-Diskussionsforen fortsetzen. Erfahrungsgemäß funktioniert solch ein virtueller Austausch aber umso besser, je besser sich dessen Teilneh-

82 Wallenberg, Kartellrecht, 2. Auflage, Rn. 298 ff. Ein solches Vorgehen kann sich auch nicht auf die Ausnahme für mittelständische und kleine Unternehmen und deren Vereinigungen berufen, da zu den jeweils empfehlenden Landesverbänden in aller Regel auch große Träger zählen. Damit trägt dann die Grundidee der Ausnahme nicht mehr, die kleinen und mittelständischen Unternehmen einen gewissen Nachteilsausgleich gegenüber großen Konkurrenten verschaffen soll.

mer bereits über bestehende Netzwerke kennengelernt haben.

Neben derartigen zu schaffenden Netzwerkstrukturen für die Mitglieder können und müssen die Landes-, Fachverbände und der Bundesverband wie bisher Vergaberecht als Thema

ihrer Interessenvertretung wahrnehmen. Eine solche politische Interessenvertretung ist auf allen Ebenen staatlichen Handelns wichtig. Da die Bundesländer eigene Vergabegesetze erlassen, sollten sich auch die Landesverbände oder die Landesligen der Freien Wohlfahrtspflege in entsprechende Gesetzesvorhaben einbringen.

Anlage 1

Rechtliche Einordnung von Ausschreibungsvorgängen



Die Abkürzungen im Schaubild verweisen auf entsprechende Erläuterungen in der Handreichung (HR) bzw. der Checkliste (CL) in Anlage 2

Anlage 2

Checkliste Vergabeverfahren

Die Checkliste enthält Verweise auf jeweils relevante Ausführungen in der Handreichung; diese sind mit HR gekennzeichnet und bezeichnen den jeweiligen Gliederungspunkt (z. B. HR IV.1)

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
I.	Im Vorfeld der Ausschreibung			
	1. Bedarfsklärung	Auftraggeber	<ul style="list-style-type: none"> • Feststellen eines Bedarfes • Klären, wie dieser gedeckt werden kann • Feststellen des Auftragsvolumens (unter- oder oberhalb des Schwellenwertes?), § 2 VgV (dynamischer Verweis auf Verweis auf die jeweils geltenden EU-Schwellenwerte) • Entscheidung über Losbildung (Teil- oder Fachlose) • Klärung der Verfahrensart (eventuell Verhandlungsverfahren oder andere Form der Einbeziehung zur Klärung der konkreten Leistungsbeschreibung), § 3VOL/A • Einfache (für marktgängige, standardisierte Waren) oder funktionale Leistungsbeschreibung (mit Freiraum für Konzeptionen der Bieter) • Klärung, der für die Leistungsbeschreibung Angebotsbewertung wichtigen Aspekte; Berücksichtigung von „strategischen“ Zielen, Abstellen auf Anschaffungs- oder Lebenszykluskosten 	<p>Grundsätzlich in dieser Vorstufe keine Einbeziehung der Bieter</p> <p>Politisch: Eventuell Vereinbarung mit Leistungsträgern über Gestaltung von Vergabeverfahren</p> <p>Praktisch: Klären von Vorfragen Technische Voraussetzungen der e-Vergabe:</p> <ul style="list-style-type: none"> • insb. Beschaffen der E-Signaturen und weiteren Software (HR V.2.c.(1)) <p>Bildung von Bietergemeinschaften: (HR V.2.c.(2))</p> <ul style="list-style-type: none"> • Vorauswahl möglicher Partner (Wettbewerbsrecht) • Steuerrecht: Problem des umsatzsteuerpflichtigen Leistungsaustauschs innerhalb der Bietergemeinschaft. Ausgestaltungsvorschläge von Wirtschaftsprüfer, Fachanwalt Steuerrecht oder Ähnliches einholen • Versicherungen: Einbeziehen von Bietergemeinschaften in das Versicherungskonvolut der Träger (welche Haftungsrisiken sind zu berücksichtigen? Vertragsausführung etc.?)
	2. Erstellen der Bieterinformation			
	a. Bekanntmachung	Auftraggeber	<p>Inhalt: alle Angaben, die für eine Entscheidung über die Teilnahme essentiell sind, § 12 Abs. 2 VOL/A: unter anderem</p> <ul style="list-style-type: none"> • Adressat der Angebote, • Art der Vergabe, • Art und Umfang der Leistung, • Hinweis auf den Loszuschnitt, • Auftragsvolumen, • Fristen 	

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
	b. Vergabeunterlagen	Auftraggeber	Vollständige Vergabeunterlagen (§ 8 VOL/A) <ul style="list-style-type: none"> • Anschreiben (Aufforderung zur Angebotsabgabe oder Begleitschreiben für die Abgabe der anzufordernden Unterlagen) • Bewerbungsbedingungen, einschließlich Zuschlagskriterien und Wertungsmatrix (sofern diese nicht bereits in der Bekanntmachung mitgeteilt) • Vertragsunterlagen, bestehend aus Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen 	
	c. Erläuterungen	Auftraggeber	Frequently Asked Questions Informationen und Erläuterungen zu den Vergabungsunterlagen	
II.	Bekanntmachung	Auftraggeber	Eröffnung des offiziellen Verfahrens Vorabinformation über die beabsichtigte Ausschreibung. Entfällt nur bei Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb, § 12 VOL/A <ul style="list-style-type: none"> • Zweck: gleicher Zugang zu Informationen über die Ausschreibung • Art der Veröffentlichung: in Tageszeitungen, Fachzeitschriften oder Internetportalen (müssen über www.bund.de ermittelbar sein). e-Vergaben der Bundesagentur abrufbar unter: https://www.evergabe-online.de/home?kategorie=-1&searchFor=leistung&leistungA=&ortA=&cpvB=&leistungsArt=-1&nationalEU=-1&veroeffentlichungsZeitraum=-1&&navi=2 	<ul style="list-style-type: none"> • Sicherstellung eines regelmäßigen Abrufs der relevanten Bekanntmachungen • Entscheidung über das Anfordern der Vergabeunterlagen. Je nach Auftragszuschnitt <ul style="list-style-type: none"> – eigenständiges Angebot oder – Bildung einer Bietergemeinschaft • Kontrolle der Angaben auf Vollständigkeit (HRV.2.c.(3)). Bei Unklarheiten: • Aufklärung möglicherweise in den Erläuterungen des Auftraggebers enthalten • Wenn nicht, sofort schriftlich Klärung erbitten. Rückfragen stellen keinen Verstoß gegen das Verhandlungsverbot dar. Ohne diese Rückfragen Risiko, dass das Angebot wegen unrichtiger/irrelevanter Angaben verworfen wird. Kontaktadresse für Rückfragen in den Vergabeunterlagen enthalten. Sofortige Klärung, um das Angebot an die Informationen anzupassen. <ul style="list-style-type: none"> • Beobachten der einschlägigen Veröffentlichungsseiten des Auftraggebers: auf mögliche ergänzende Informationen, die auf Rückfragen anderer Bieter antworten.

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
III.	Angebotsphase	Bieter	1. Eckdaten für das Angebot <ul style="list-style-type: none"> • auf der Grundlage der in der Leistungsbeschreibung vorgegebenen Anforderungen. • Alternativangebote: nur soweit diese an der Leistungsbeschreibung ausgerichtet sind. • Nebenangebote (unabhängig von der nachgefragten Leistung): nur in die Wertung einbezogen, wenn ausdrücklich zugelassen. 	<p>Grundidee bei der Angebotserstellung Angebote passen so mit den Vergabeunterlagen (Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen) zusammen, dass beide zusammen einen unterschriftsreifen Vertrag ergeben.</p> <p>Kein Aushandlungsvorgang: nur „Antworten“ auf die einseitig vorgegebenen (nachgefragten) Leistungsdetails. Nicht erbetene Nebenangebote: nicht gewertet</p>
			2. Formerfordernisse des Angebotes <ul style="list-style-type: none"> • Fristgerecht: bis Ende der in der Bekanntmachung mitgeteilten Angebotsfrist • Formgerecht: Schriftform. Übermittlung als Ausdruck oder elektronisch (§ 13 VOL/A) • Unterschrift/Signatur des Bieters • Vollständig: geforderte Nachweise müssen sämtlich beigebracht werden • Änderungen in den Unterlagen: <ul style="list-style-type: none"> – NIEMALS in den Vergabeunterlagen selber – an bereits eingetragenen Eintragungen nur durch erkennbares Streichen und Neueintrag (§ 13 Abs. 4 VOL/A) 	<p>Fehler in diesen Punkten zwingende Ausschlussgründe, ohne dass es auf den Inhalt der Angebote ankommt (§ 16 Abs. 3 VOL/A)</p> <p>Fristversäumnis: unschädlich nur, wenn von Bieter nicht zu vertreten.</p> <p>Änderung der Vertragsunterlagen auch bei Übersendung von Bieter-AGB</p>

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
			<p>3. Aufbau des Angebotes:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Eignung des Bieters: Aussagen über den Bieter und dessen Fähigkeit zur Erbringung der nachgefragten Leistung. Aspekte der Eignung <ul style="list-style-type: none"> – Fachkunde (bezogen auf fachliche Qualifikation des Bieters und seines Personals), – Leistungsfähigkeit (Infrastruktur, Ausstattung), – Zuverlässigkeit (Rechtstreue des Bieters, Einhalten der sozial-, arbeits-, bau- oder umweltrechtlichen Vorgaben) <p>Nachweise: je nach Vorgabe des Auftraggebers; Eigenerklärungen oder von Dritten ausgestellte Referenzen</p> <p>Bietergemeinschaft: Angebot muss</p> <ul style="list-style-type: none"> – sämtliche Mitglieder aufzählen – eines der Mitglieder als Bevollmächtigten benennen, der die Bietergemeinschaft gegenüber dem Auftraggeber vertritt. <ul style="list-style-type: none"> • Aussagen zur beschafften Leistung: ausrichten an der Leistungsbeschreibung, Vertragsbedingungen und Wertungskriterien (Wertung) • Preiskalkulation: Keine Mischkalkulationen bei der Darstellung der Preise 	<p>Eignung:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bietergemeinschaft und Eignung: Zweck der Kooperation ist das Zusammenwirken und Ergänzen von Kompetenzen und Kapazitäten. Angebot muss deutlich machen, dass Bietergemeinschaft in ihrer Gesamtheit die geforderte Eignung aufweist. • Zeitpunkt für Vorliegen der Leistungsfähigkeit: Beginn des Vertrages. <p>Anhaltspunkte für die Angebotserstellung: Anforderungen an die konkrete Ausführung niedergelegt</p> <ul style="list-style-type: none"> • Leistungsbeschreibung • Vertragsbedingungen • Wertungsmatrix: enthält Aussagen über die Schwerpunkte, die für den Auftraggeber relevant sind; Bedeutung des Preises im Verhältnis zur Leistung; Möglichkeiten, hohen Preis durch hochwertige Leistung ausgleichen; weitergehende soziale und andere Zuschlagskriterien, die neben der Leistung und dem Preis Berücksichtigung finden.

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
IV.	Wertungsphase	Auftraggeber		
	1. Öffnen der Angebote	Auftraggeber	<ul style="list-style-type: none"> • Beginn der Wertungsphase und Bindefrist mit Öffnen der Angebote • Zeitpunkt: unmittelbar nach Ablauf der Angebotsfrist, § 14 VOL/A • Vor Öffnung: Angebote sind unter Verschluss zu halten; sofern in Papierform mit verschlossenem Umschlag eingegangen, muss dieser verschlossen bleiben; bei e-Vergabe sind Angebote so zu speichern, dass die mit der Ausschreibung befassten Personen vor dem Öffnungszeitpunkt keinen Zugriff darauf haben. • Öffnungstermin: ohne Bieter (§ 14 Abs. 2 VOL/A) • Angebote danach vertraulich zu behandeln. <ul style="list-style-type: none"> – Zugänglich nur für die mit Wertung und Auftragsvollzug befassten Personen – „Auswertung“ für weitere Zwecke, die über die unmittelbare Beschaffung hinausgehen, nur gegen angemessene Entschädigung (z. B. für den Umgang mit Konzepten) 	<ul style="list-style-type: none"> • Wirkung der Bindungsfrist: nach Öffnen der Angebote sind sowohl Rücknahme als auch Abänderung ausgeschlossen • Bietergemeinschaften während der Bindungsphase: Neubildung oder Veränderungen in der Zusammensetzung einer Bietergemeinschaft unzulässig (Änderung der Identität der Gemeinschaft); unschädlich: Wegfall eines Mitgliedes, solange das die Eignung der Bietergemeinschaft nicht in Frage stellt (festzustellen ggf. durch erneute Eignungsprüfung, wenn der Wegfall erst nach abgeschlossener Eignungsprüfung erfolgt). • Bieterschutz durch Verfahrenserfordernisse während der Bindungsfrist: Verstößen rügen; möglicherweise auch Schadensersatz wegen Verschulden bei Vertragsverhandlung (§ 311 BGB) (sofern einem Bieter durch den Verfahrensverstoß ein Schaden entstanden ist; z. B. Dritte erhalten Kenntnis von Geschäftsgeheimnissen eines Bieters, nutzen diese zu Lasten des betroffenen Bieters aus)
	2. Angebotsprüfung	Auftraggeber	<ul style="list-style-type: none"> • Vorbereitung der Angebotswertung: Richtigkeit und Vollständigkeit • Nachverhandlungsverbot (§ 15 VOL/A). Möglich aber <ul style="list-style-type: none"> – Nachfordern von Erklärungen und Nachweisen innerhalb bestimmter gesetzter Nachfrist (bei Preisangaben nur zulässig, sofern fehlende Kalkulationsaspekte für die Gesamtwertung unwesentlich ist und den Gesamtpreis oder Ranking der Bieter nicht verändert), s. unter b und c – Nachfragen und Ersuchen um Aufklärung durch Auftraggeber, § 15 VOL/A (z. B. bei Nachfragen zur Preiskalkulation in Verbindung mit § 16 Abs. 6 VOL/A). 	Nachfragen sofort beantworten

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
		Auftraggeber	<p>a) Vorabausschluss von Angeboten ohne inhaltliche Prüfung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Zwingende Ausschlussgründe (§ 16 Abs. 3 VOL/A): Betrifft <ul style="list-style-type: none"> – Angebote, die nicht die geforderten oder nachgeforderten Erklärungen und Nachweise enthalten, – Angebote, die nicht unterschrieben bzw. nicht elektronisch signiert sind, – Angebote, in denen Änderungen des Bieters an seinen Eintragungen nicht zweifelsfrei sind, – Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind, – Angebote, die nicht form- oder fristgerecht eingegangen sind, sofern der Bieter dies zu vertreten hat, – Angebote von Bieter, die in Bezug auf die Vergabe eine unzulässige, wettbewerbsbeschränkende Abrede getroffen haben, – nicht zugelassene Nebenangebote. • Fakultative Ausschlussgründe (§ 16 Abs. 4, Verweis auf § 6 Abs. 5 VOL/A): betrifft Angebote von Bieter, bei denen auch ein Verfahrensausschluss zulässig gewesen wäre, weil <ul style="list-style-type: none"> – über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist, – sie sich in Liquidation befinden, – sie nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt, – sie ihre Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt haben, – sie im Vergabeverfahren unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung abgegeben haben. 	

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
			<p>b) Zweistufige Eignungsprüfung, § 16 Abs. 5 VOL/A</p> <ul style="list-style-type: none"> • Formell: Vollständiges Vorliegen der geforderten Eignungsnachweise (ggf. Setzen einer Nachfrist) • Materiell: Auswertung der Aussagen und Angaben. Negatives Prüfungsergebnis (mangelnde Eignung) zwingender Ausschlussgrund. 	
			<p>c) Preise: Prüfung rechnerischer Richtigkeit und Plausibilität</p> <p>Prüfungspflicht bei konkreten Anhaltspunkten für nicht auskömmliche Preiskalkulationen. Auftraggeber muss Erläuterungen zur Preiskalkulation anfordern</p> <p>Wenn auch nach Erläuterung noch offenkundiges Missverhältnis zwischen Preis und Leistung, zwingender Ausschlussgrund.</p>	<p>Markteinstiegsangebote unterhalb der Gestehungskosten sind grundsätzlich zulässig. Fraglich, ob sie taktisch immer sinnvoll sind</p>
	3. Wertung		<p>d) Zuschlagsentscheidung:</p> <p>Ausschließlich aufgrund der publizierten Zuschlagskriterien</p> <p>Ablauf der Zuschlagsentscheidung: Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots durch eine Gesamtwertung aller relevanten Kriterien (niedrigster Preis allein nicht entscheidend), § 97 Abs. Abs. 5 GWB, § 18 VOL/A</p>	
V.	Zuschlagerteilung	Auftraggeber	<p>1. Kommunikation mit dem erfolgreichen Bewerber, § 18 VOL/A</p> <ul style="list-style-type: none"> • Annahme des Angebotes • Formvorschrift: Schriftform, elektronische Form oder Fax (zwingende Formvorschrift; mündliche Mitteilung nicht wirksam) • Für Verfahren oberhalb Schwellenwert: Wartepflicht nach § 101a Abs. 1 Satz 3 GWB: Vertragsschluss frühestens 15 Tage nach Postversand der Informationspflicht/10 Tage nach Fax oder elektronischem Versand der Information an unterlegene Bieter (s. unter 2). Sanktion bei Nichteinhalten der Wartefrist: Nichtigkeit des Vertrages (§ 101b GWB) • Verfahren unterhalb des Schwellenwertes: Verfahren gen. § 19 VOL/A ohne Wartepflicht. 	

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
			<p>2. Kommunikation mit unterlegenen Bewerbern, § 101a GWB, § 19 VOL/A</p> <ul style="list-style-type: none"> • Verfahren oberhalb des Schwellenwertes: §101a GWB unverzügliche Vorabinformation über die Nichtberücksichtigung, den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die jeweilige Nichtberücksichtigung. • 19 VOL/A: Information jedenfalls nicht später als 15 Tage nach einem entsprechenden Antrag eines Bieters auf Information. • Verfahren unterhalb des Schwellenwertes: §19 VOL/A Information, wenn Auskunftsantrag nach § 19 VOL/A vorliegt. Bearbeitungsfrist maximal 15 Tage nach Eingang eines Auskunftsantrags 	<ul style="list-style-type: none"> • Verfahren oberhalb des Schwellenwertes: <ul style="list-style-type: none"> – Kontrolle der Information nach § 101a GWB auf Fehler: Maßstab mitgeteilte Zuschlagskriterien und Wertungsmatrix – Vorzeitiger Vertragsabschluss in Verfahren oberhalb des Schwellenwertes (s. unter 2.): Nachprüfungsverfahren mit Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit des abgeschlossenen Vertrages Frist für Nichtigkeitsrüge: 30 Kalendertage ab Kenntnis des Verstoßes; nicht später als sechs Monate nach Vertragsabschluss. Bei Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union, Fristverkürzung auf 30 Kalendertage nach Veröffentlichung der Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union. • Verfahren unterhalb des Schwellenwertes: Wenn nach Ablauf der Bindefrist und Zuschlagsfrist keine Ankündigung des Zuschlags erfolgt, umgehend Antrag nach § 19 Abs. 1 Satz 1 VOL/A auf Information über den erfolgreichen Bieter und die Gründe für die Nichtberücksichtigung der eigenen Bewerbung einholen. Kontrolle der Benachrichtigung auf Fehler: Maßstab mitgeteilte Zuschlagskriterien und Wertungsmatrix.

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
VI.	Rechtsschutz	Bieter	<p>1. Verfahren oberhalb des Schwellenwertes gem. §§ 107 ff GWB</p> <p>a) Rüge: Verwaltungsinternes Vorverfahren</p> <p>b) Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer: wenn Rüge erfolglos und der Auftraggeber der Rüge nicht abhilft. Beschleunigtes Verfahren: begründete schriftliche Entscheidung i.d.R. innerhalb von fünf Wochen ab Eingang des Antrags. Wenn danach keine Entscheidung ergangen, gilt Antrag als abgelehnt. Wirkung des (vollständigen) Nachprüfungsantrags: Zuschlagsverbot aus § 115 GWB. Ausschreibung wird unterbrochen, bis Entscheidung der Vergabekammer. Verhinderung eines wirksamen Zuschlags (§ 114 Abs. 2 GWB) Sachverhaltsaufklärung durch die Vergabekammer: wegen Beschleunigungsgebot inhaltliche Beschränkung auf die Punkte, die die Beteiligten mit ihren Schriftsätzen eingebracht haben und auf Umstände, die gerichtsbekannt sein müssen. Deshalb keine umfassende Rechtmäßigkeitskontrolle! Entscheidung der Vergabekammer: nach Feststellung der Rechtsverletzung weites Ermessen, welche Maßnahmen zu deren Beseitigung und zur Wahrung der betroffenen Interessen geeignet. Keine Bindung an Anträge der Beteiligten!</p>	<p>Verfahren oberhalb der Schwellenwerte (HR IV.2.c und Anlage 3)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Rügefrist: unverzüglich wenn Verfahrensfehler entdeckt, § 107 Abs. 2 (bei Fehlern in der Bekanntmachung und Vergabeunterlagen spätestens bis Ende der Angebotsfrist) • Form: kein Formerfordernis, Schriftform sinnvoll zwecks Nachweises. • Inhalt: Konkreten Fehler benennen: wo genau sind die Unterlagen bzw. das Verfahren nicht korrekt. Fehler muss erkennbar sein, aber nicht darlegen, inwieweit möglicherweise Rechtsverletzung vortragen. <p>Nachprüfungsverfahren</p> <ul style="list-style-type: none"> • Antragsfrist für Nachprüfungsantrag: 15 Kalendertage nach Zugang der Mitteilung des Auftraggebers, dass er der Rüge nicht abhilft. Fristberechnung nach allgemeiner Regelung der §§ 187 ff. BGB[1] • Form: Schriftlich* • Inhalt: Antrag muss Folgendes benennen: <ul style="list-style-type: none"> – Antragsgegner – Beschreibung der behaupteten Rechtsverletzung (Sachverhalt darstellen), wegen begrenzter Prüfung durch die Vergabekammer ist insofern Sorgfalt geboten! – mögliche Beweismittel – Hinweise auf erfolglose Rüge – weitere Beteiligte <p>Begründung muss nicht unmittelbar vorliegen; Verfahren und Anhalten der Ausschreibung gem. § 114 Abs. 2 GWB aber erst, wenn die Begründung vorliegt.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Akteneinsicht: möglich für alle Verfahrensbeteiligten. Wichtige Hinweisquelle für Verfahrensfehler.

* Nach den allgemeinen Regelungen der §§ 187 ff BGB erreichen sich Fristen wie folgt: Fristbeginn am Tag nach dem Zugang der Mitteilung. Fristende mit Ablauf des letzten Tages der Frist. z. B.

- Zugang am Montag, dem 3.
- Fristbeginn am Dienstag, der 4. um 00.00 Uhr, Fristende am Dienstag, den 19. um 23.59 Uhr

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
			<p>c) Rechtsmittel: sofortige Beschwerde, §§ 116 ff. GWB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Beschwerdeberechtigt: Beteiligte am Verfahren vor der Vergabekammer • Gegenstand: Entscheidung der Vergabekammer und Nichtentscheidung nach Ablauf der 5 Wochenfrist (gem. § 116 GWB gewertet als Ablehnung des Nachprüfungsantrages). • Zuständig: das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Oberlandesgericht. • Wirkung: aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer; entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist; verlängerbar, wenn die Beschwerde sich gegen eine für den Bieter ungünstige Entscheidung der Vergabekammer wendet. Wenn Vergabekammer Antrag stattgibt und Zuschlag untersagt, unterbleibt dieser (Ausnahme: Vorabentscheidung über Zuschlag nach § 121 GWB) • Entscheidung: erfolgreiche Beschwerde führt zu Aufhebung der Entscheidung der Vergabekammer. Alternativen: <ul style="list-style-type: none"> – Gericht entscheidet in der Sache selbst – verpflichtet Vergabekammer, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden. 	<p>Sofortige Beschwerde</p> <ul style="list-style-type: none"> • Frist: zwei Wochen Fristbeginn: Zustellung der Entscheidung oder Ablauf der 5-Wochenfrist für die Entscheidung der Vergabekammer (§ 116 Absatz 2 GWB) • Form: schriftlich • Inhalt: <ul style="list-style-type: none"> – Erklärung: inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, – Angabe der Tatsachen und Beweismittel, auf die sich die Beschwerde stützt. – Wenn Bieter Beschwerde einlegt, Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung prüfen, um das Anhalten der Ausschreibung sicherzustellen und Zuschlag zu verhindern – Ggf. Feststellungsantrag, dass das Unternehmen, das die Nachprüfung beantragt hat, durch den Auftraggeber in seinen Rechten verletzt ist. • Anwaltszwang
			<p>2. Verfahren unterhalb des Schwellenwertes</p> <ul style="list-style-type: none"> • In Hessen, Sachsen, Sachsen-Anhalt und Thüringen: verkürztes Überprüfungsverfahren • Einstweiliger Rechtsschutz nach Zivilprozessordnung: Einstweilige Verfügung gem. § 940 ZPO zur Regelung eines rechtswidrigen Zustandes (Verhinderung des Zuschlags) 	<p>Voraussetzungen für einstweilige Verfügung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Verfügungsanspruch: Unterlassen des Zuschlags • Verfügungsgrund: darlegen, dass die Durchsetzung des Unterlassungsanspruchs ohne die Verfügung gefährdet wäre (drohender und unwiderruflicher Zuschlag) • Verfügungsgesuch (§936, §920 ZPO): schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle (§920 Abs.3 ZPO).

	Verfahrensphase	Wer ist aktiv?	Was ist zu tun?	Was haben Bieter zu beachten?
VII. Schadensersatzansprüche		Auftraggeber	<p>1. Schadensersatz wegen Rechtsmissbrauch, § 125 GWB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Sanktion bei mutwilliger Verzögerung durch von vornherein aussichtslose Rechtsmittel bzw. beim ungerechtfertigten Aussetzen des Vergabeverfahrens nach § 115 Absatz 3 GWB • Gesetzliche Beispiele für Rechtsmissbrauch (Aufzählung nicht abschließend): <ul style="list-style-type: none"> – Hinwirken auf Aussetzung oder die weitere Aussetzung des Vergabeverfahrens durch vorsätzlich/grob fahrlässig falsche Angaben – Nachprüfungsverfahren allein zum Zweck der Verfahrensbehinderung oder Schädigung von Konkurrenten; – Antrag als Erpressungsmittel (Absicht, ihn später gegen Geld oder andere Vorteile zurückzunehmen) • Sanktion: Ersatz des Schadens, der dem Gegner und Beteiligten durch Missbrauch des Antrags- oder Beschwerde-rechts entstanden ist. 	
		Bieter		<p>2. Schadensersatz Anspruch auf Ersatz des Vertrauensschadens, § 126 GWB</p> <ul style="list-style-type: none"> • Voraussetzung: <ul style="list-style-type: none"> – Verfahren oberhalb des Schwellenwertes – Verstoß des Auftraggebers gegen eine den Schutz von Unternehmen bezweckende Vorschrift – Kausalität des Rechtsverstoßes für den Misserfolg bei der Bewerbung (hohe Anforderung) – Umfang des Schadensersatzes: Ersatz der Kosten der Vorbereitung des Angebots oder der Teilnahme an einem Vergabeverfahren <p>Möglich: Geltendmachung weiterer Schadensersatzansprüche</p>

Anlage 3

Checkliste der Vergabekammer des Bundes für Nachprüfungsanträge

Stand März 2013

Die folgenden Informationen zum Vergaberechtsschutz gelten für Vergabeverfahren, die am 24. April 2009 oder später begonnen worden sind, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren. Maßgeblich sind die Rechtsvorschriften im vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB).

Ausführlichere Informationen zum Nachprüfungsverfahren finden sich im Informationsblatt auf der Internetseite des Bundeskartellamtes.

Da vor der Vergabekammer kein Anwaltszwang besteht, können Nachprüfungsanträge auch durch die Bieter selbst gestellt werden.

Der Nachprüfungsantrag sollte folgende Angaben enthalten:

1. Zuschlag:

Der Zuschlag ist noch nicht bzw. ist ohne die erforderliche Durchführung eines Vergabeverfahrens erteilt worden.

2. Auftragsvolumen:

Der Vergaberechtsschutz gilt nur für die Vergabe von Aufträgen, deren Auftragswerte bestimmte Schwellenwerte (Mindestauftragswerte ohne Umsatzsteuer) erreichen oder überschreiten (§ 100 Abs. 1 GWB). Teilen Sie daher Ihren Auftragswert ohne Umsatzsteuer mit.

3. Auftraggeber:

Die Vergabestelle ist ein öffentlicher Auftraggeber. Der Auftrag ist dem Bund zuzurechnen. Andernfalls ist der Antrag an die Vergabekammer des jeweiligen Landes zu richten.

4. Rüge:

Vor der Antragstellung müssen Sie den Vergaberechtsverstoß grundsätzlich gegenüber der Vergabestelle gerügt haben. Einzelheiten und Ausnahmen von der Rügeobliegenheit sind in § 107 Abs. 3 GWB geregelt.

5. Fristgerechte Antragstellung nach Nichtabhilfe:

Der Nachprüfungsantrag muss 15 Kalendertage nach dem Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, bei der Vergabekammer eingegangen sein (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB).

6. Vergaberechtsverstöße:

Beschreiben Sie im Antrag, welche Vergaberechtsverstöße dem Auftraggeber vorgeworfen werden.

7. Schaden:

Erklären Sie im Antrag, inwieweit sich die Vergaberechtsverstöße für Sie nachteilig auswirken könnten: Hatten Sie reelle

Zuschlagschancen, die sich durch die Vergabefehler verschlechtert haben? Nennen Sie, wenn möglich, Ihre Platzierung innerhalb der Auswertung.

8. Vorschuss:

Voraussetzung für eine Übermittlung des Antrags durch die Vergabekammer ist die Zahlung eines Vorschusses in Höhe der Mindestgebühr von 2.500 Euro (§ 128 Abs. 2 GWB).

Die Gebühr ist auf das Konto Bundeskasse Trier bei der Deutschen Bundesbank Filiale Saarbrücken, BIC: MARKDEF1590, IBAN: DE81 5900 0000 0059 0010 20 unter Angabe eines besonderen Kassenzeichens einzuzahlen. Dieses ist vor jeder Einzahlung bei der Vergabekammer unter Tel. +49 (0)228 94 99-421/-561/-578 zu erfragen.

9. Belege:

Sofern vorhanden, sollten Sie dem Nachprüfungsantrag folgende Anlagen beifügen:

- Kopien der Ausschreibungsunterlagen, die obige Angaben belegen
- Kopie des Rügeschreibens sowie der Stellungnahme der Vergabestelle
- Kopie des Vorabinformationsschreibens der Vergabestelle nach § 101a Abs. 1 GWB
- Nachweis über die Zahlung des o.g. Vorschusses.

Richten Sie den Nachprüfungsantrag an folgende Anschrift:

Bundeskartellamt
 Vergabekammern des Bundes
 Villemombler Str. 76
 53123 Bonn
 Fax-Nr.: +49 (0)228 94 99-163

Die Geschäftsstelle der Vergabekammern ist Montag bis Donnerstag von 9 Uhr bis 15 Uhr und am Freitag von 9 Uhr bis 14 Uhr besetzt.

Übermitteln Sie den Nachprüfungsantrag so rechtzeitig innerhalb der Wartefrist des Auftraggebers nach § 101a Abs. 1 GWB, dass die Vergabekammer den Antrag auf seine offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit prüfen und noch vor Ablauf dieser Frist an den öffentlichen Auftraggeber übermitteln kann. Das gesetzliche Zuschlagsverbot wird erst mit Übermittlung des Nachprüfungsantrags in Textform an die Vergabestelle ausgelöst (§ 115 Abs. 1 GWB). Nach Erhalt der Mitteilung des Auftraggebers, der Rüge nicht abzuweichen, beachten Sie bitte die gem. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB geltende 15-Tage-Frist für die Stellung des Nachprüfungsantrages (s. oben unter 5.).

Arbeitsgruppe

Günter Buck, BAG EJSA,

Rainer Gaag, Berufsbildungswerk Waiblingen gGmbH,

Ulrich Gensch, GESA, gemeinnützige Gesellschaft für
Entsorgung, Sanierung und Ausbildung mbH, Wuppertal

Thomas Illing, Diakonisches Werk Hamburg

Leitung:

Dr. Friederike Mußnug, Diakonie Deutschland –
Evangelischer Bundesverband

Notizen

Notizen

Auszug Diakonie Texte 2013/2014/2015

- 02.2015 Gerechte Teilhabe durch Arbeit
 01.2015 Diakonische Positionen zu einem Präventionsgesetz
 11.2014 Arbeitsmigration und Pflege – Strategiepapier und Handreichung für Einrichtungsträger
 10.2014 Wie sehen Sie sich selbst? Die Akteure für Presse- und Öffentlichkeitsarbeit der Diakonie
 09.2014 Fragen und Antworten zu den rechtlichen Handlungsspielräumen der Schuldnerberatung
 08.2014 Finanzierung palliativ kompetenter Versorgung in stationären Pflegeeinrichtungen
 07.2014 Positionen zur Aufnahme, Wohnraumversorgung und Unterbringung von Flüchtlingen
 06.2014 Unionsbürgerinnen und Unionsbürger in Deutschland: Freizügigkeitsrecht und Anspruch auf Sozialleistungen
 05.2014 Positionen der Diakonie zur Weiterentwicklung der Pflegeversicherung
 04.2014 Gewährleistung von Wohnraum als Teil eines menschenwürdigen Existenzminimums
 03.2014 Familienpolitische Positionierung: Was Familien brauchen – Verwirklichung und Teilhabe von Familien
 02.2014 Handreichung zu Schweigepflichtentbindungen für Mitarbeitende in der Diakonie
 01.2014 Diakonische Positionen zu einem Bundesleistungsgesetz zur Teilhabe von Menschen mit Behinderungen
 11.2013 Gesundheitspolitische Perspektiven der Diakonie 2014
 10.2013 Einrichtungsstatistik – Regional zum 1. Januar 2013
 09.2013 Pflegestatistik zum 15.12.2011
 08.2013 Prävention und Bekämpfung von Altersarmut
 07.2013 Demografischer Wandel – zwischen Mythos und Wirklichkeit
 06.2013 Die insoweit erfahrene Fachkraft nach dem Bundeskinder-schutzgesetz – Rechtsfragen, Befugnisse und erweiterte Aufgaben
 05.2013 Einrichtungsstatistik zum 1. Januar 2012
 04.2013 Finanzierung von Altenarbeit im Gemeinwesen
 03.2013 Soziale Sicherung für Kinder und Jugendliche einfach, transparent und zielgenau ausgestalten
 02.2013 Freiheits- und Schutzrechte der UN-Behindertenrechtskonvention und Zwangsmaßnahmen in der Psychiatrie

Liebe Leserinnen und Leser,

wir hoffen, dass wir Ihnen mit der vorliegenden Ausgabe des Diakonie Textes Informationen und inhaltliche Anregungen geben können. Wir sind an Rückmeldungen interessiert, um unsere Arbeit zu optimieren. Wir freuen uns deshalb, wenn Sie uns

1. Kommentare und Anregungen zum Inhalt des Textes zukommen lassen,
2. informieren, welchen Nutzen Sie durch diesen Text für Ihre Arbeit erfahren haben und
3. mitteilen, wie Sie auf die vorliegende Ausgabe der Diakonie Texte aufmerksam geworden sind und ob oder wie Sie diese weitergeben werden.

Ihre Rückmeldungen senden Sie bitte an die verantwortliche Projektleitung (siehe Impressum unter Kontakt).

Herzlichen Dank!
 Diakonie Deutschland

Impressum

Diakonie Deutschland –
 Evangelischer Bundesverband
 Evangelisches Werk für
 Diakonie und Entwicklung e. V.
 Caroline-Michaelis-Straße 1
 10115 Berlin

Verantwortlich für die Reihe:
 Andreas Wagner
 Zentrum Kommunikation
 Telefon: +49 30 652 11-1779
 redaktion@diakonie.de
 www.diakonie.de

Kontakt:
 Dr. Friederike Mußnug
 Zentrum Recht und Wirtschaft
 Telefon: +49 30 652 11-1601
 Telefax: +49 30 652 11-3601
 friederike.mussnug@diakonie.de

Layout: A. Stiefel

Druck: Zentraler Vertrieb des
 Evangelischen Werkes für
 Diakonie und Entwicklung e. V.
 Karlsruher Straße 11
 70771 Leinfelden-Echterdingen

Die Texte, die wir in der Publikationsreihe Diakonie Texte veröffentlichen, sind im Internet frei zugänglich. Sie können dort zu nicht-kommerziellen Zwecken heruntergeladen und vielfältig werden. Diakonie Texte finden Sie unter www.diakonie.de/Texte. Im Vorspann der jeweiligen Ausgabe im Internet finden Sie Informationen, zu welchem Preis Diakonie Texte gedruckt beim Zentralen Vertrieb bestellt werden können.

Bestellungen:
 Zentraler Vertrieb des
 Evangelischen Werkes für
 Diakonie und Entwicklung e. V.
 Karlsruher Straße 11
 70771 Leinfelden-
 Echterdingen
 Telefon: +49 711 21 59-777
 Telefax: +49 711 797 75 02
 Vertrieb@diakonie.de

Benutzer des Diakonie Wissensportals können über die Portalsuche nicht nur nach Stichworten in den Textdateien recherchieren, sondern auch auf weitere verwandte Informationen und Veröffentlichungen aus der gesamten Diakonie zugreifen. Voraussetzung ist die Freischaltung nach der Registrierung auf www.diakonie-wissen.de

www.diakonie.de

© März 2015 – 1. Auflage
 ISBN-Nr. 978-3-941458-86-4
 Art.-Nr. 613 003 035

**Diakonie Deutschland –
Evangelischer Bundesverband
Evangelisches Werk für Diakonie und
Entwicklung e.V.**

Caroline-Michaelis-Straße 1

10115 Berlin

Telefon: +49 30 652 11-0

Telefax: +49 30 652 11-3333

diakonie@diakonie.de

www.diakonie.de