03 Lö/Sp

Vergaberechtliche Vorgaben für Ausschreibung der Kita-Gruppen

I. Sachverhalt

Im Landkreis besteht Bedarf an neuen Gruppen der Kinderbetreuung. Der Wert der begehrten Dienstleistung, die in einzelne Lose aufgeteilt wurde, übersteigt in seiner Gesamtheit den Schwellenwert von 750.000 € netto. Daher ist ein europaweites Vergabeverfahren, konkret ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb, in Lauf gesetzt worden.

Mit dem Formular "Vorinformation" ist auf https://ausschreibungen-deutschland.de/Niedersachsen/Luechow der Markt auf den Bedarf aufmerksam gemacht worden. Die Aufforderung zur Interessenbekundung verlief ergebnislos. Es gab letztlich keinen Bewerber für die einzelnen Lose.

Dies ist für den Landkreis neu. Bislang wurden die ansässigen anerkannten Träger der Jugendhilfe angeschrieben, sie haben ihr Interesse bekundet und über die Jugendhilfeplanungsgruppe und den Jugendhilfeausschuss wurden deren Angebote bewertet und der Beste ausgewählt.

FD 51 bittet um Auskunft, ob überhaupt eine Ausschreibung erforderlich bzw. erlaubt ist. Dies sei bei Leistungen im sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis schließlich umstritten. Sofern sie erforderlich ist, stellt sich die Frage, ob eine Rückkehr zum bisherigen Verfahren zulässig ist und insbesondere auf eine erneute europaweite Ausschreibung verzichtet werden darf.

II. Rechtliche Beurteilung

zu den Leistungsempfängern.

1. Vergaben im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis

Ob Leistungen aus einem sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nach Vergaberecht auszuschreiben sind, hat nicht nur organisatorische Folgen für den Leistungsträger, sondern für private Anbieter auch erhebliche Auswirkungen hinsichtlich des Marktzugangs¹ und ihrer Rechtsposition². Daher ist mit Rügen wegen fehlerhafter Verfahren stets zu rechnen.

¹ Je nachdem, ob Vergaberechtsvorschriften oder die Auswahlvorschriften von SGB VIII und SGB XII

anzuwenden sind, ist der Marktzutritt für die Betreiber mehr oder weniger eingeschränkt. Denn während die Zulassung von Leistungserbringern nach §§ 78a ff. SGB VIII, 75 SGB XII sich allein danach richtet, ob die Leistungserbringer bestimmte Qualifikationen erbringen, kommt beim Vergaberecht hinzu, dass der Leistungsträger die Anzahl der Leistungserbringer beschränken und die besten auswählen darf. D.h. während die verhältnismäßig niederschwellige Zulassung eines Betreibers nach SGB VIII, XII einer Vielzahl an Leistungserbringer den Marktzutritt ermöglicht, die untereinander um die Leistungsempfänger mit ihrem Wunsch- und Wahlrecht aus § 5 SGB VIII werben, wird beim Vergaberecht der Wettbewerb zwischen den Unternehmern vor dem Leistungsträger ausgetragen. Nur wen er auserwählt, erhält überhaupt den "Zugang"

² Beim Abschluss von Vereinbarungen nach § 78a ff. SGB VIII, 75 SGB XII dürfen Bedarfsgesichtspunkte keine Rolle spielen, sondern es besteht ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Entscheidung über den Abschluss einer Vereinbarung, die allein an den Kriterien der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit ausgerichtet ist. Gerichtlich kann ein Dienstleister also die Ermessensausübung, insbesondere unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes, nachprüfen lassen. Bei der Vergabenachprüfung kann ein Unterlegener

a) Leistung aus sozialhilferechtlichem Dreiecksverhältnis

Ein sog. sozialhilferechtliches Dreiecksverhältnis bedeutet, dass Leistungsträger und Leistungserbringer verschiedene juristische Personen sind. Der zur Leistung grundsätzlich verpflichtete Träger erbringt die Leistung an den leistungsberechtigten Empfänger nicht selbst, sondern bemächtigt sich eines Dritten. Dieser Leistungserbringer ist dann über Verträge sowohl dem Leistungsempfänger als auch dem Leistungsträger zur Erbringung der Leistung verpflichtet.

Im Bereich der Kinderbetreuung sind Dritte als Leistungserbringer gängige Praxis. § 24 Abs. 2 SGB VIII vermittelt Kindern vor deren Schuleintritt einen Anspruch auf frühkindliche Förderung in Kindertageseinrichtungen und der Kindertagespflege. Die Kommunen als Träger der örtlichen Jugendhilfe sind damit nicht nur objektivrechtlich verpflichtet, ein bedarfsgerechtes Angebot an Betreuungsplätzen zur Verfügung stellen, sondern es wird den Kindern ein subjektiv öffentliches Recht eingeräumt. Zur Erfüllung dieses Anspruches bedient sich der Landkreis über entsprechende Verträge privater Betreiber als Leistungserbringer, sofern er keine eigene Einrichtung vorhält. Mit diesen schließt das Kind respektive seine Eltern dann einen Betreuungsvertrag, wobei ihm – vorbehaltlich Kapazitäten und Zweckmäßigkeit - ein Wunschrecht auf spezialisierte Einrichtungen zusteht. Diese dreipolige Ausgestaltung der Beziehungen ist charakteristisch für ein sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis.

b) Öffentlicher Auftrag iSd. GWB

Die Anwendung des Vergaberechts auf Leistungen im Dreiecksverhältnis setzt voraus, dass ein öffentlicher Auftraggeber (§ 99 GWB) einen öffentlichen Auftrag (§ 103 GWB) vergibt und die Anwendbarkeit des Vergaberechts nicht ausgeschlossen ist.

Ein Auftrag ist nach § 103 Abs. 1 GWB ein entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen oder Erbringung von Dienstleistungen. Als Dienstleistungsaufträge gelten dabei nach § 103 Abs. 4 GWB alle Verträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter Warenbeschaffungsverträge (§ 103 Abs. 2 GWB) und Bauleistungsverträge (§ 103 Abs. 3 GWB) fallen.

Verträge über die Erbringung von Kinderbetreuungsleistungen haben Dienstleistungen zum Gegenstand. Der Entgeltlichkeit des Vertrages steht nicht entgegen, dass sich der Dienstleister auch von den Leistungsempfängern die Leistung in Form von Elternbeiträgen vergüten lässt³, solange zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer ebenfalls eine Finanzierung der Leistung gepaart mit einer Pflicht zur Erbringung vereinbart ist. Denn in dem Falle besteht eine Gegenseitigkeit der Verpflichtungen (Zahlung gegen Leistungserbringung), die für die Entgeltlichkeit vorausgesetzt wird.⁴

Auch der Umstand, dass in bestimmten Vertragsgestaltungen die Dienstleistung keine Gewinne einbringt, der Anbieter höchstens kostenneutral wirtschaften kann, ändert an der Entgeltlichkeit der Vereinbarung nichts. Entscheidend ist für die Annahme eines Auftrags allein, dass sich gegen ein (in welcher Höhe auch immer vereinbartes) Entgelt der Vertragspartner zur Erbringung der Leistung verpflichtet, also eine Leistung beschafft wird.

dagegen "nur" die Einhaltung vergaberechtlicher Vorschriften, insbesondere die Grundsätze der Transparenz, Diskriminierungsfreiheit und Chancengleichheit überprüft verlangen.

³ OGL Düsseldorf, Beschl. v. 13.5.2015 – VII Verg 38/14; Hüttinger in Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 103 Rn. 99.

⁴ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 8.9.2004 - VII-Verg 35/04.

(1) Kritische Stimmen

Diese funktionale Betrachtung widerspricht der bisher, insbesondere vor der Vergaberechtsreform 2016, verbreiteten Ansicht: Danach sollen Aufträge der öffentlichen Träger der Jugendhilfe mit freien Trägern über die Erbringung von Kinder- und Jugendhilfemaßnahmen nach dem SGB VIII, also Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis, keine öffentlichen Aufträge im Sinne des GWB darstellen und daher nicht ausgeschrieben werden dürfen.

Begründet wird dies damit, dass es keinen "entgeltlichen Vertrag" gäbe, da der Leistungsaustausch letztlich zwischen Leistungsberechtigtem und Dienstleister, nicht aber zwischen Dienstleister und Auftraggeber erfolge.⁵ Angeführt wird zur Begründung weiter der Widerspruch zum Wahlrecht des Leistungsberechtigten. Das Wunsch- und Wahlrecht iSd. § 5 Abs. 1 SGB VIII und auch das Prinzip der Vielfalt der sozialen Einrichtungen gemäß § 3 Abs. 1 SGB VIII stünden in Konflikt mit dem Vergaberecht, bei dem nur ein Bieter den Zuschlag erhalte und daher für den Leistungsempfänger die Auswahl entsprechend eingeschränkt wird. Lange Vertragslaufzeiten würden die Auswahl potentieller Anbieter weiter schmälern, da mit jedem Misserfolg bei Vergabeverfahren unterlegene Konkurrenten vom Markt gedrängt würden.⁶ Langfristig droht eine Bereinigung des Marktes zugunsten weniger großer Anbieter.⁷

Die zu Beginn des Vergabeverfahrens notwendige Festlegung der zu vergebenden Leistungen, des Anforderungskatalogs und der Auswahlkriterien, welche später grundsätzlich nicht mehr geändert werden können, schränken nach Auffassung der Kritiker notwendige Handlungsspielräume des Sozialleistungsträgers ein. Denn durch die starre Festlegung des Auftrags vor Einreichung der Angebote könnten neuartige Angebotsofferten nicht berücksichtigt werden bzw. würden gar nicht erst eingereicht. Dies ginge zulasten des Leistungsempfängers, wenn gerade die neuartige Leistung für ihn sachgerecht wäre.

Ein weiteres Argument gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts ist, dass keine Marktleistung vorläge, wenn Dienstleistungen aus dem Bereich des SGB VIII angeboten werden. Schließlich würden Träger und Dienstleister nicht im Wettbewerb miteinander stehen, sondern nur gemeinsam eine Aufgabe bewältigen.

(2) Europarechtskonforme Auslegung

Das durch Europarecht geprägte Vergaberecht nimmt Leistungen aus sozialrechtlichen Dreiecksverhältnissen nicht explizit von seinem Anwendungsbereich aus. Vielmehr gebietet die gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung des § 103 GWB sogar eine weite Auslegung des Begriffs "öffentlicher Auftrag", um den Vergaberichtlinien praktische Wirksamkeit zu verschaffen (sog. "effet utile"). Maßgeblich ist also allein, ob funktional ein Auftragsverhältnis zwecks Beschaffung vorliegt, nicht ob bestimmte formale Voraussetzungen oder Handlungsformen erfüllt sind. Für die Rechtsnatur des öffentlichen Auftrags kommt es daher allein darauf an, ob mit der avisierten Vereinbarung das Beschaffungsziel des § 103 GWB verwirklicht werden soll, also eine exklusive Leistung beschafft wird⁸.

⁵ Meysen/Reiß/Beckmann/Schindler, SRa 2015, 58 und 60 gehen davon aus, dass der Dienstleister seine Leistung vornehmlich aufgrund des Vertrags mit dem Leistungsberechtigten erbringt und daher gegenüber dem "Auftraggeber" kein gegenseitiges Vertragsverhältnis vorliegt.

⁶ Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) zum Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts (VergRModG, das am 18.4.2016 in Kraft trat) vom 14.8.2015.

⁷ Sen, SRa 2017, 92.

⁸ Luthe in ZfF 2015, 81f; Höfer/Nolte, NZS 2015, 441f.

Dem Argument, dass hierdurch die im Sozialrecht verankerte Trägerpluralität nach § 3 Abs. 1 SGB VIII und damit das Wunsch- und Wahlrecht aus § 5 Abs. 1 SGB VIII faktisch leerläuft und daher eine (ungeschriebene) Ausnahme vom Anwendungsbereich des GWB geboten sei, kann entgegnet werden, dass bei der Umsetzung der RL 2014/24/EU gerade auch die besonderen Belange sozialer Dienstleistungen berücksichtigt wurden. Nicht nur ist der Schwellenwert mit 750.000 € netto im Vergleich zu anderen Auftragsbereichen sehr hoch gesetzt³, auch ist durch § 130 GWB eine Vielzahl an Verfahrensmöglichkeiten geschaffen. Damit ist insbesondere das Argument entkräftet, es könne nicht auf geänderte Bedingungen reagiert bzw. neuartige Angebotsofferten nicht berücksichtigt werden, nachdem zu Beginn der Leistungskatalog festgestellt wurde. Um den Auftraggebern Anpassungsmöglichkeiten zu eröffnen, ermöglicht der Gesetzgeber gerade auch für soziale Dienstleistungen das Verhandlungsverfahren des wettbewerblichen Dialogs¹0. Dies gestattet dem Auftraggeber die Formulierung der Vorgaben nach Diskussion und unter Beteiligung potenzieller Bieter, bietet also gerade bei komplexen und fachlich anspruchsvollen Leistungen die nötige Flexibilität.

Auch dem Grundsatz der Trägervielfalt, der die Verwirklichung des Wunsch- und Wahlrechtes erst ermöglicht, kann durch entsprechende Gestaltung der Lose entsprochen werden. Der Träger ist grundsätzlich frei darin, kleinteilige Lose im Vergabeverfahren auszugeben. Hierdurch erhöht sich die Wahrscheinlichkeit, dass auch viele Dienstleister letztlich zum Zuge kommen. Umgekehrt haben die Anbieter auch die Wahl, sich auf einzelne, mehrere oder alle Lose zu bewerben.

Pauschal die Anwendbarkeit des GWB zu verneinen, sei es durch Hineinlesen einer (ungeschriebenen) Ausnahme für Leistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis oder durch eine sozialrechtlich motivierte enge Auslegung des Auftragsbegriffs, ist schwer vertretbar. Schließlich kann einfaches nationales Recht nicht ohne weiteres Europarecht, welches maßgebliche Grundlage für die GWB-Vorschriften darstellt, außer Kraft setzen. Vielmehr muss das nationale Recht zugunsten europarechtskonformer Auslegung des GWB zurücktreten.¹¹

Die Frage der Kompatibilität von Sozial- und Vergaberecht ist durch den EuGH bereits 2009 positiv bestätigt worden. Danach haben beide Rechtsbereiche nebeneinander Geltung. Von einer Vergabepflicht ist dann auszugehen, wenn die zu beschaffende Leistung in einer entgeltlichen Gegenseitigkeitsbeziehung zwischen dem öffentlichen Träger und dem Leistungserbringer steht. Ob also Vergaberecht anzuwenden ist, hängt mithin maßgeblich von der Ausgestaltung der Verträge über die zu beschaffende Dienstleistung ab.

(3) Abgrenzung zu sozialrechtlicher Vereinbarung, vergaberechtlicher Konzession und vergabefreier Zuwendung

Das für den öffentlichen Auftrag iSd. § 103 GWB entscheidende Merkmal der Entgeltlichkeit setzt voraus, dass die Dienstleistung über einen Vertrag beschafft wird, durch den der öffentliche Träger zur Erfüllung seiner originären Leistungspflicht die Leistung den berechtigten Leistungsempfängern zur Verfügung stellen lässt. Ist der Vertrag also so ausgestaltet, dass der Leistungserbringer im Verhältnis zum Leistungsempfänger eher als "Erfüllungsgehilfe" bzw. "verlängerter Arm" auftritt, liegt ein vergaberelevantes Beschaffungsverhältnis vor. Nicht entscheidend ist letztlich, wem

⁹ Sonstige Dienst- und Lieferleistungen öffentlicher Auftraggeber haben eine Schwelle von 221.00€, bei Bundesministerien 144.000€.

¹⁰ Neben § 130 GWB weist auch § 65 VgV besonders darauf hin.

¹¹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.5.2015 – VII-Verg 38/14.

¹² EuGH, Urt. v. 19.6.2009 – RS C-300/07 "Oymanns".

gegenüber die Dienstleistung erbracht wird, sondern wem gegenüber sich der Dienstleister hierzu verpflichtet hat.¹³

Das ist ein wesentlicher Unterschied zur Zulassung eines Dienstleisters nach § 78 b SGB VIII, zur vergaberechtlichen Konzession und der (vergabefreien) Zuwendung.

Auf den Abschluss einer Leistungs-/Entgeltvereinbarung nach § 78 b SGB VIII hat grundsätzlich jeder Dienstleister einen Anspruch, der die fachlichen Voraussetzungen nachweist. Der Abschluss einer solchen Vereinbarung ist zwar nicht Voraussetzung dafür, dass die Dienste angeboten werden dürfen, jedoch Voraussetzung dafür, dass der öffentliche Träger die Kosten dafür übernimmt. Eine Vereinbarung nach § 78 b SGB VIII ist nach den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit, Sparsamkeit und Leistungsfähigkeit auszugestalten. Nicht enthalten ist dabei eine Pflicht zur Dienstleistungserbringung für bestimmte Leistungsempfänger.

Ebenso wenig enthält die (vergaberechtliche) Konzession nach § 105 Abs. 1 GWB die Pflicht, die Leistung in einem bestimmten Umfang einem Kreis von Leistungsempfängern zukommen zu lassen. Wesensmerkmal ist vielmehr, dass der Konzessionsnehmer eigenverantwortlich das Wirtschaftsgut verwerten kann, das ihm entgeltlich übertragen wurde. Ihm allein obliegt das Betriebsrisiko der Auslastung. Solange er die Gefahr eines Verlustgeschäftes nicht trägt, wird nicht von einer Konzession ausgegangen, sondern eher ein öffentlichen Auftrag iSd. § 103 GWB angenommen.

Eine Zuwendung, die zwar formal kein Vergabeverfahren erfordert, sondern die Einhaltung nationaler haushaltsrechtlicher Vorgaben sowie die Beachtung des Gleichbehandlungsgebots, enthält ebenfalls keine einklagbare Pflicht zur Dienstleistung. Zwar können Zuwendungsbescheide neben dem Verwendungszweck auch Auflagen enthalten, jedoch treffen sie idR. keine Verpflichtung zur Erbringung eines bestimmten Leistungsumfangs gegenüber bestimmten Dritten, auf den der Träger einen einklagbaren Anspruch haben soll. Folge der Missachtung des Verwendungszwecks ist grundsätzlich nur die Rückerstattung der Zuwendung, gerade keine Pflicht zum (Weiter)Betrieb der Einrichtung.

(4) vom FD 51 begehrte Dienstleistung

Die von FD 51 begehrte Leistung dient vornehmlich der sicheren Erfüllung des Betreuungsanspruchs aus § 24 SGB VIII¹⁶, darüber hinausgehende verlängerte Öffnungszeiten sollen die Vereinbarkeit von Arbeit und Familie ermöglichen. Es ist daher beabsichtigt, eine Vereinbarung zu treffen, in der die Dienstleister für einen bestimmten Zeitraum und Umfang ein Betreuungsangebot gewährleisten muss, im Gegenzug dafür aber der Landkreis für Defizite aufkommt, die nicht durch Elternbeiträge und sonstige Zuwendungen abgedeckt sind. Der Landkreis kauft sich gewissermaßen Leistungen ein, um sie den Leistungsberechtigten zur Verfügung zu stellen.

Solange eine Verpflichtung zum Betrieb der einzelnen Betreuungsgruppen begehrt wird, handelt es sich um eine Beschaffung iSd. § 103 GWB. Denn hierdurch wird eine entgeltliche Leistung begehrt.

¹³ Jasper/v.d.Recke, Kirche und Recht 2010, 480.

¹⁴ Faktisch ist die sozialrechtliche Zulassung des Dienstleisters entscheidend darüber, ob eine Einrichtung dauerhaft wirtschaftlich betrieben werden kann. Schließlich ist die Anzahl von Selbstzahlern im Sozialbereich nicht auskömmlich für die meisten Anbieter; Sen, SRa 2017, 91.

¹⁵ OLG Hamburg, Beschluss vom 07.12.2007 - 1 Verg 4/07.

¹⁶ Der gesetzliche Betreuungsanspruch umfasst lediglich eine Halbtagsbetreuung, was sich aus der Gesamtschau aller Absätze des § 24 SGB VIII ergibt. Konkret wird es daraus abgeleitet, dass der Anspruch auf "frühkindliche Förderung in einer Tageseinrichtung oder Kindertagespflege" gerade in Abgrenzung zu dem an die Träger formulierten zum Auftrag steht, "hinzuwirken, dass für die Altersgruppe ein bedarfsgerechtes Angebot an Ganztagsplätzen zur Verfügung steht", Kaiser in LPK-SGB VIII, § 24 Rn. 11.

Schließlich stehen die Betriebspflicht und der Zahlungsanspruch (hier Defizitausgleich) im Gegenseitigkeitsverhältnis, was kennzeichnend für die Entgeltlichkeit ist.

Das Vergabeverfahren könnte nur über den Verzicht auf einen (einklagbaren) Anspruch auf Betrieb der jeweiligen Betreuungsgruppe vermieden werden.

2. Europaweite Ausschreibung mit Überschreitung des EU-Schwellenwert

Mit Überschreitung der durch EU-Richtlinien vorgegebenen Schwellenwerte gelten nach § 106 Abs. 1 GWB für Vergabeverfahren die Vorschriften des §§ 97 ff. GWB sowie die VgV. Aufträge, die nicht den §§ 97 ff. GWB unterfallen, werden gem. § 1 Abs. 1 UVgO nach den Regeln der Unterschwellenvergabeverordnung vergeben bzw. in den Bundesländern, die sie noch nicht eingeführt haben¹⁷, nach der VOL/A.

GWB iVm. VgV und UVgO sehen jeweils verschiedene Verfahrensmöglichkeiten vor. Wesentlicher Unterschied dabei ist, dass die UVgO/VOL/A die Vergabeverfahren auf die nationale Ebene beschränkt. Dagegen sieht das GWB iVm. VgV – unabhängig von der im Einzelfall zu wählenden Verfahrensart – eine europaweite Ausschreibung vor.¹⁸

Vorliegend ergibt sich der Schwellenwert für die soziale Dienstleistung aus § 106 GWB iVm. Art. 4 der RL2014/24/EU: 750.000€. Indem die zu beschaffenden Kinderbetreuungsleistungen diesen Auftragswert übersteigt, ist sie nach den Verfahrensvorgaben des VgV (§§37 ff.) europaweit auszuschreiben.

Die Vorgaben zur europaweiten Ausschreibung gelten auch weiter, wenn eine europaweite Ausschreibung bereits einmal ergebnislos verlaufen ist. Es gibt gerade keine Regel, wonach nach einer ergebnislosen Ausschreibung im nächsten Durchgang das Verfahren frei gewählt werden kann.

Keine zulässige Möglichkeit ist es, die den Auftragsumfang pauschal zu kürzen auf einen Auftragswert im unterschwelligen Bereich, um die Gesamtleistung letztlich gestaffelt zu beschaffen. Dies wäre letztlich europarechtswidrig, da § 18 RL 2014/24/EU verbietet, das Vergabeverfahren absichtlich so zu konzipieren, dass es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie ausgenommen oder der Wettbewerb künstlich eingeschränkt wird. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers darüber, ob und in welchem Umfang er eine Leistung beschafft, findet seine Grenzen dort, wo ein Leistungsgegenstand oder -umfang nicht (mehr) sachlich gerechtfertigt ist. Der Auftraggeber trägt im Zweifelsfall die Darlegungs- und Beweislast, dass die Kürzung sachlich begründet und gerade nicht willkürlich ist.¹⁹

2. Verfahrensarten

§ 119 GWB enthält eine abschließende Aufzählung aller Verfahrensarten. § 130 GWB regelt, welche der Verfahren für die europaweite Beschaffung sozialer Dienstleistungen zur Verfügung stehen: das offene Verfahren, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft. Allen

¹⁷ Mit der Einführung der UVgO in Niedersachsen ist im Herbst 2019 zu rechnen. Aktuell befindet sich der Gesetzesentwurf hierzu in der Verbandsbeteiligung,

https://www.mw.niedersachsen.de/startseite/themen/aufsicht und recht/oeffentliche auftraege und preisp ruefung/aktuelles/aktuelles-110272.html, zuletzt abgerufen am. 6.3.2019.

¹⁸ Indem das VgV in den Verfahrens-, Kommunikations- und Formvorgaben auf EU-Richtlinien und –Formulare verweist, die letztlich die europaweite Bekanntmachung der Dienstleistung bedeuten.

¹⁹ Z.B. dass aufgrund von Finanzknappheit nunmehr entschieden wird, zukünftig nicht über die Pflichtaufgaben hinaus Dienstleistungen zu beschaffen.

gemeinsam ist, dass eine öffentliche Aufforderung vorausgeht anstatt dass nur auf bewährte Anbieter zugegangen wird.

Die bisher im Landkreis übliche Vorgehensweise einer "Vorauswahl" anerkannter Träger, die zur Angebotsabgabe aufgefordert wurden, entspricht dagegen eher der Verfahrensart "beschränkte Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb". Die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb ist eine Verfahrensart der nationalen Vergaben. Sie kennzeichnet, dass nur eine begrenzte Anzahl potentieller Bieter am Wettbewerb um die Leistung teilnimmt. Konkret kontaktiert die Vergabestelle mehrere Unternehmen direkt und fordert diese auf, ein Angebot abzugeben. Selbst im nationalen Vergabeverfahren ist diese Art beschränkter Ausschreibung nur als Ausnahme zulässig, um grundsätzlich möglichst vielen potentiellen Bewerbern eine Chance zu geben. Sie darf nur bei Vorliegen von abschließend aufgeführten Ausnahmetatbeständen gewählt werden, u.a. wenn eine öffentliche Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis brachte. ²⁰ In allen übrigen Fällen ist nach der Grundkonzeption der UgVO / VOL/A immer zunächst eine unbestimmte Anzahl an potentiellen Bewerbern öffentlich zur Abgabe von Angeboten aufzufordern.

Erst recht gilt dies oberhalb der jeweiligen Schwellenwerte bei europaweiten Vergabeverfahren. Zwar gibt es dort auch das sog. "nicht offene Verfahren". Jedoch hat auch hierbei der Auftraggeber zunächst öffentlich eine unbestimmte Anzahl an Unternehmen im Rahmen eines "Teilnahmewettbewerbs" zur Abgabe von Teilnahmeanträgen aufzufordern, um dann in einem zweiten Schritt die geeigneten Bewerber zur Angebotsaufgabe zu bewegen.

3. Konsequenzen bei erfolglosen Vergabeverfahren

Zur Vermeidung eines rügefähigen Rechtsverstoßes ist nach einem ergebnislosen Vergabeverfahren ein erneutes (hier: europaweites) Verfahren durchzuführen. Sollte auf die erste Ausschreibung kein Interessent ein Angebot angegeben haben, ist zu erwägen, Verfahren und Kriterien niederschwelliger zu gestalten²¹ und ggf. die Laufzeit²² günstiger zu gestalten. Vorab sollten die Verteilung der Lose ebenso wie die ausschlaggebenden Kriterien mit den "üblichen" Trägern besprochen werden, um zu ergründen, weshalb keine Angebote abgegeben wurden. Begleitet werden sollte das neue Vergabeverfahren dann durch Hilfestellungen bzw. Erläuterungen der Vergabeunterlagen. Ggf. kann mit einer neutralen E-Mail an die bewährten Träger darauf hingewiesen werden, dass ein neues Vergabeverfahren gestartet wurde, damit ihnen die neue Ausschreibung nicht entgeht.

Bei der Erwägung der Möglichkeit, den Auftragsumfang - mit sachlichen Gründen – so zu reduzieren, dass er unterhalb des Schwellenwertes liegt, sollte bedacht werden, dass auch im nationalen Vergabeverfahren eine öffentliche Ausschreibung grundsätzlich vorgesehen ist. Erst wenn die öffentliche Ausschreibung kein annehmbares Ergebnis erbracht hat, darf eine sog. beschränkte Ausschreibung ohne öffentlichen Teilnahmewettbewerb erfolgen. Diesen Schritt zu wählen, bedeutet

²⁰ § 8 Abs. 3 UVgO: Der Auftraggeber kann Aufträge im Wege der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb vergeben, wenn 1.eine Öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat…

^{§ 3} Abs. 3 VOL/A : Beschränkte Ausschreibungen soll nur stattfinden, wenn (...) c) eine öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat...

²¹ Etwa indem dem Teilnahmeantrag, in dem das Interesse bekundet wird, nur wenige Referenzen beizufügen

²² Allgemeine Grundsätze zur Dauer eines Vertrages enthalten europäische und nationale Vergabevorschriften nicht, vielmehr gehen viele Vergabevorschriften von Aufträgen unbestimmter Laufzeit aus. Eine Ausnahme ist etwa § 21 Abs. 6 VgV, der für Rahmenverträge eine Laufzeit von 4 Jahren vorsieht. Allerdings bedürfen besonders lange Laufzeiten einer entsprechend gewichtigeren Begründung, die auch in der Vergabeakte zu dokumentieren sind, Hüttinger, Beck'scher Vergaberechskommentar, § 103 Rn. 104.

ggf.	einen	erheblichen	Zeitverzug i	im Verglei	ch dazu	, die	Kriterien	in einem	erneuten	europawe	eiten
Verf	ahren	niedrigschw	elliger anzus	etzen.							

(Löser)