Die Anwendbarkeit von Vergaberecht in der Sozialhilfe

Von Prof. Dr. Ernst-Wilhelm Luthe, Institut für angewandte Rechts- und Sozialforschung (IRS)

Die Anwendbarkeit von Vergaberecht im SGB XII wird gemeinhin bestritten mit dem Argument, prägend für dieses Rechtsgebiet sei das leistungserbringungsrechtliche Dreiecksverhältnis. Der Beitrag geht der Frage nach, ob dies stimmt.

1. Beschaffungsermessen

Grundsätzlich ist es dem **Beschaffungsermessen** des Sozialamts überlassen, ob es etwa mit dem Dreiecksverhältnis die gängigen gesetzlich vorgezeichneten Wege der Leistungserbringung beschreitet oder ob es die Beschaffung durch Vergaberecht vornimmt. Das Beschaffungsermessen ist grundsätzlich eine Kernkompetenz der Verwaltung. Speziell im SGB XII folgt sie aus der Organisations-, Planungs-, Personal- und Haushaltsverantwortung des kommunalen Trägers. Und diese wiederum ist Bestandteil der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie (Art. 28 Abs. 2 GG), wobei hier offen gelassen werden kann, welchem Bereich man das Beschaffungsermessen zuordnen will – dem Bereich der örtlichen Allzuständigkeit oder dem der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung. In beiderlei Hinsicht jedenfalls gilt: Will der Gesetzgeber die Anwendung von Vergaberecht ausschließen, so muss er dies ausdrücklich im Gesetz zum Ausdruck bringen. Das Sozialhilferecht schließt insofern die Beschaffung durch Vergaberecht nicht eindeutig aus; es ist nicht „vergabefeindlich". Umgekehrt besteht jedoch auch keine generelle Verpflichtung zur Ausschreibung durch Vergaberecht. Es kommt grundsätzlich auf die jeweiligen gesetzlichen Finanzierungsarten und ihre konkrete Ausgestaltung an. Gegen die Anwendung von Vergaberecht werden indes zahlreiche Gründe angeführt:

(1) So soll es sich im Dreiecksverhältnis um **Dienstleistungskonzessionen** (Art. 17 der Richtlinie 2004/18/EG) handeln, die insofern nicht dem Vergaberecht unterfallen. So beinhalten die Verträge nach den §§ 75 ff. SGB XII keine Verpflichtung des staatlichen Trägers, den Anbieter auch tatsächlich in Anspruch zu nehmen. Dieser allein trägt das unternehmerische Risiko. Einige Gerichte haben hieraus einen Anspruch von Leistungsanbietern auf Unterlassung von Vergabeverfahren im Geltungsbereich des Dreiecksverhältnisses auf der Basis des Berufsfreiheitsrechts abgeleitet (OVG Berlin, 4. 4. 2005 – 6 S 415/04 – juris; OVG Münster, 18. 3. 2005 – 12 B 1931/04 – juris; OLG Düsseldorf, 22. 9. 2004 – VII Vergabe 44/04). Von einer Konzession kann indes nicht ausgegangen werden. Der Konzessionsnehmer erhält typischerweise als Gegenleistung für seine Leistung anstatt einer Vergütung das ausschließliche Recht zur Nutzung und Verwertung; er trägt damit das Verwertungsrisiko bzw. das Risiko mangelnder Auslastung seiner Dienste und Einrichtungen. Im SGB XII erhält der Leistungserbringer indes eine Vergütung und trägt auch nicht das Insolvenzrisiko des Hilfeempfängers, da er seinen Vergütungsanspruch aufgrund der Kostenübernahmeerklärung direkt an den öffentlichen Träger richten kann. Jedenfalls spielt es nach der im Kartellrecht maßgeblichen **„wirtschaftlichen Betrachtungsweise"** keine Rolle, dass die Leistungen von den Leistungsbeziehern nachgefragt werden, solange daneben auch der Staat in entgeltliche Geschäftsbeziehungen eingebunden ist. Begreift man die Entgeltvereinbarung dagegen nur als den Leistungsberechtigten befreiende, bedingte Schuldübernahme, so könnte man diesbezüglich geteilter Meinung sein. Man darf jedoch nicht verkennen, dass der Sozialhilfeträger auch in dieser Konstellation rein faktisch als Auftraggeber wirkt, insbesondere durch die Entgeltvereinbarung die Leistungsbeziehung zwischen Einrichtung und Leistungsempfänger determiniert, das Nachfrageverhalten des Bürgers weiterhin häufig genug durch eigene Vorschläge beeinflusst und nicht zuletzt ergänzend zur Wahlentscheidung des Leistungsempfängers noch eine Kostenzusage zu erteilen hat. Seit letztem Jahr wird dieses Ergebnis im Übrigen durch die EU-Richtlinie zur Konzessionsvergabe (Richtl. 2014/23/EU vom 26. 2. 2014) klar bestätigt: Es wird festgestellt, wohl gerade im Blick auf die in Deutschland grassierende Rechtsauffassung, dass eine Beauftragung mit Leistungen, die bei Erfüllung der Voraussetzungen von grundsätzlich allen Anbietern erbracht werden können, nicht als Konzessionen anzusehen sind (vgl. Nr. 13 der Erwägungsgründe).

(2) Das Argument, mit Vergabeverfahren werde ohne ausreichende gesetzliche Grundlage eine **Bedarfssteuerung** eingeführt und hierdurch das Grundrecht der Berufsfreiheit übergangener Konkurrenten verletzt, kann ebenfalls nicht überzeugen (OVG Münster, 18. 3. 2005 – XII B 1931/04 – juris; vgl. vor allem die Beiträge von *Neumann, Brünner* sowie *Philipp* in: Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2005, 7, 77, 85). Das Berufsfreiheitsrecht verlangt lediglich, dass die Chancen, sich auf einem Nachfragemarkt durchzusetzen, gleich verteilt sind. Während im Dreiecksverhältnis grundsätzlich allen wirtschaftlich und leistungsfähig agierenden Konkurrenten der Zugang zum Markt eröffnet wird, auf dem sie sich dann bewähren müssen, wird diese Konkurrenzsituation bei öffentlichen Ausschreibungen nur vorweggenommen. Dies aber ist keine Angebotssteuerung durch Bedarfsprüfung, sondern vielmehr ein Verfahren, das dazu verhilft, dass sich der leistungsstärkste Anbieter im Wettbewerb mit anderen durchsetzt (Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2005, 106, 123). Hinsichtlich der Frage des Grundrechtseingriffs ist im Übrigen an die Entscheidung des BVerfG zur Verfassungsmäßigkeit von Festbeträgen zu erinnern. Regelungen im Sozialleistungsrecht sind danach trotz faktischer mittelbarer Folgen für die Leistungserbringer ein bloßer Reflex und kein Eingriff; das Berufsfreiheitsrecht gewährleistet keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (BVerfG, 17. 12. 2002 – 1 BvL 28/95 – juris – BVerfGE 106, 275).

(3) Schließlich kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das in § 9 SGB XII aufgeführte **Wahlrecht** einer Beschaffung mittels Vergaberecht prinzipiell im Wege steht (a. A. *Neumann* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 5 Rdnr. 1 sowie OVG Münster, 18. 3. 2005 – 12 B 1931/04). Das Wahlrecht bedeutet jedoch nicht, dass „alle" erreichbaren Träger zur Verfügung stehen müssten. Ausreichend ist, dass der Leistungsberechtigte zwischen einer angemessenen Anzahl von Trägern unter-

schiedlicher Wertorientierungen und Arbeitsweisen auswählen kann. Die Rahmenvereinbarung nach § 4 VOL/A ist in dieser Hinsicht wegen der Möglichkeit, mit mehreren Anbietern Verträge zu schließen, ein zweckdienliches Instrument (*Zeiss* in: jurisPK-VergR, § 4 VOL/A Rdnr. 17 ff.).

Gleiches gilt für das **Schiedsstellenverfahren**. Dieses wird nur dann aktiviert, wenn sich die Verwaltung im Rahmen ihres Beschaffungsermessens für die Variante des Dreiecksverhältnisses entschieden hat; seine bloße Existenz spricht mithin nicht gegen die Anwendbarkeit von Vergaberecht, welches den Schutz übergangener Anbieter im Vergleich zum Schiedsverfahren im Übrigen kaum weniger wirksam sicherstellt. Auch das Gebot, die Selbstständigkeit der freien Wohlfahrtspflege zu achten (§ 5 Abs. 2 Satz 2 SGB XII), steht der Anwendung von Vergaberecht nicht entgegen.

Zweifelsohne findet dieser Gedanke in der gesetzlich vorgegebenen Modellkonstruktion des **Dreiecksverhältnisses** deutlich Bestätigung, weil die Steuerung der Aufgabe hierbei schwerpunktmäßig auf der Ebene von Entgeltvereinbarungen zwischen öffentlichem und freiem Träger erfolgt, für die Kontrolle der nachträglichen Aufgabendurchführung aber im Wesentlichen nur die üblichen Mittel des öffentlich-rechtlichen Vertrages zur Verfügung stehen. Allerdings ist dies auch bei Anwendung des Vergaberechts nicht grundlegend anders. Auch dieses legt den Schwerpunkt im Verfahren auf die Bewerberauswahl auf der Basis spezifizierter Auftragskriterien, engt die zeitlich nachfolgende Auftragsausführung jedenfalls nicht stärker ein als im Dreiecksverhältnis und lässt insbesondere ebenso wie dort Raum für eine dem Selbstständigkeitsprinzip genügende Ausgestaltung.

(4) Gegen die Anwendung von Vergaberecht wird vorgebracht, dass der staatliche Leistungsträger mit der Gewährung eines Entgeltes gegenüber dem Erbringer der Leistung nur eine Verpflichtung gegenüber dem Hilfebedürftigen erfüllt, es sich also nicht um eine **entgeltliche und damit ausschreibungspflichtige Leistung** des staatlichen Trägers handelt. Diese Konstellation führt jedoch nicht dazu, per se die Anwendung von Vergaberecht abzulehnen (zutreffend Hanseatisches OLG, Vergabesenat, 7. 12. 2007 – 1 Verg 4/07). Für den Begriff der Entgeltlichkeit im Rahmen des § 99 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) kommt es nicht darauf an, wer die Leistung tatsächlich erbringt (EuGH, 12. 7. 2001 – C-157/99, Rdnr. 56, 57, juris). Maßgebend ist nach der sog. wirtschaftlichen Betrachtungsweise vielmehr, dass die Einrichtung der Sache nach ein Entgelt im vergaberechtlichen Sinne bekommt (NDV 2006, 570, 574 f.; Kingreen, SGb 2004, 659, 668). Welche Rechtsbeziehungen formal bestehen ist zweitrangig.

Unabhängig davon können zudem **faktische Exklusivverträge** vorliegen, wenn die faktische Steuerung des Nachfrageverhaltens von Leistungsberechtigten durch das Sozialamt nachgewiesen werden kann. Dann handelt es sich um eine unzulässige Direktvergabe, d. h. um eine faktische Vergabe ohne Einhaltung der erforderlichen rechtlichen Voraussetzungen (vgl. hierzu Hanseatisches OLG, Vergabesenat, 7. 12. 2007 – 1 Verg 4/07).

2. Das „Dreiecksverhältnis" steht nicht entgegen

Bei der Finanzierung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis (§§ 75 ff. SGB XII) scheitert die Anwendung von Vergaberecht, wie dargestellt, an der Konstruktion einer Dienstleistungskonzession jedenfalls nicht. Hiervon wird man auch bei Beschaffungen unterhalb des Schwellenwertes, d. h. im Bereich des haushaltsrechtlich begründeten Vergaberechts, auszugehen haben (a. A. *Hilke* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 79 Rdnr. 27 ff.). Es ist eine viel zu formale Betrachtungsweise, wenn mancherorts behauptet wird, im Dreiecksverhältnis bestehe keine direkte Vertragsbeziehung zwischen Leistungserbringer und Sozialamt (anstatt vieler: OVG Münster, Beschluss vom 18. 3. 2005 – 12 B 1931/04; OVG Berlin, Beschluss vom 4. 4. 2005 – OVG 6 S 415.04; Vergabekammer HH Beschluss vom 3. 8. 2004 – VgK FB 4/04).

Vielmehr kommt es im Rahmen des Auftragsbegriffs und der Entgeltlichkeit auf die faktischen Wirkungen der Vertragsbeziehung an (mit weiteren Beispielen vgl. noch in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach, Europarecht, 2. Auflage 2010, § 29 Rdnr. 180). Hierbei wird man berücksichtigen müssen, dass das Risiko des Anbieters durch die Kostenübernahmeerklärung gegen Null geht und auch die Wahrnehmung des Wunschrechts durch den Leistungsberechtigten zumeist nicht einem autonomen Nachfrageverhalten entspricht. **Gegen die Anwendbarkeit des Vergaberechts** würde allein der Umstand sprechen, dass nach dem ausdrücklichen Gesetzeswortlaut mit „allen" Anbietern Verträge abzuschließen sind, es also am Merkmal der exklusiven Auftragsvergabe mangelt.

Dies ist *allenfalls* bei den Verträgen nach den §§ 78 a ff. SGB VIII und insbesondere des § 78 b SGB VIII der Fall, nicht aber bei § 75 Abs. 3 SGB XII, der nur davon spricht, dass der SHTr. unter bestimmten Bedingungen zur Übernahme der Leistungsvergütung verpflichtet ist, der aber nicht davon spricht, dass der Vertrag mit allen Anbietern abzuschließen ist.

Aber selbst im Beispiel des § 78 b Abs. 2 SGB VIII ist es mehr als zweifelhaft, mit der wohl herrschenden Meinung ein Verbot der Vergabe anzunehmen. Es ist die Frage, wie das Gesetzesmerkmal „mit den Trägern" in § 78 b Abs. 2 SGB VIII zu verstehen ist. Denn eine Mehrheit von Trägern kann natürlich auch im Vergabeverfahren erreicht werden. Die gängige Meinung, durch §§ 78 a ff. und § 77 SGB VIII werde ein bestimmtes Dreiecksverhältnis der Entgeltfinanzierung präformiert, ergibt sich nämlich nicht aus dem Wortlaut der Vorschrift selbst, sondern allenfalls aus dem Gesetzeszusammenhang, insbesondere aus dem Zusammenhang mit dem Wunschrecht in § 5 SGB VIII. Dieses Wunschrecht wird aber gar nicht tangiert; es bleibt erhalten, die Nachfrage des Leistungsberechtigten bleibt der Impulsgeber, nur dass dieser lediglich zwischen einem kleineren Kreis von Anbietern wählen kann, die allerdings zu vorher festgelegten Preisen ihre Leistung zu erbringen haben. Eine Umsetzungsmöglichkeit ist hierbei die Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen, die zwar den Preis festlegen, aber noch nicht die Menge der abgenommenen Leistungen, die ihrerseits von der Nachfrage durch den Leistungsberechtigten abhängt. Dass es im Übrigen zumindest im Regelfall zu mehr als einem Anbieter kommt, garantiert das grundsätzlich gebotene und relativ frei umsetzbare Losverfahren (§ 97 Abs. 3 GWB, § 2 Abs. 2 VOL/A). Wenn aber die in § 78 b SGB VIII genannten Vereinbarungen in Vergabeverfahren zustande kommen und hier überhaupt erst konkretisiert werden, so wird die Regelung in ihrer Umsetzung durch Ausschreibung in keiner Weise verletzt. Denn nach wie vor werden wie im Dreiecksverhält-

nis eben Vereinbarungen mit mehreren Trägern geschlossen, aber eben nicht mit „allen" Trägern: Das verlangt nämlich auch § 78 b SGB VIII im Wortlaut nicht. Dies zeigt, dass die Hürden für Vergabrecht gemessen an den einschlägigen Gesetzen nicht so hoch sind, wie dies mittlerweile seit mehr als zwei Jahrzehnten von einigen Meinungen in Rechtsprechung und Literatur behauptet wird.

3. Zwischenergebnis

Sind die offen formulierten **Verträge nach §§ 75 ff. SGB XII** in vollem Umfang dem Beschaffungsermessen anheimgestellt, können auf dieser Basis auch ausschreibungspflichtige Exklusivverträge geschlossen werden. Dies wird ohnehin dann zur Rechtspflicht, wenn gezielt Leistungen für die Leistungsberechtigten eingekauft werden und es sich hierbei um öffentliche Aufträge im obigen Sinne handelt. Neben den typischen Einzelvereinbarungen sind ggf. auch Rahmenvereinbarungen nach § 4 VOL/A in Betracht zu ziehen. Ob es sich hierbei aufseiten des Leistungsempfängers um Rechtsanspruchsleistungen oder Ermessensleistungen handelt – so die Argumentation der Freien Wohlfahrtspflege – ist rechtlich irrelevant (so etwa Engler, RsDE 2010, 41, 49 ff., 54 ff., 63 ff.). Denn die übliche Vorstellung, dass der Leistungsanspruch mit dem Wunschrecht untrennbar verbunden ist, dieses aber im Vergabeverfahren ausgehebelt wird, ist nicht schlüssig, weil das Wunschrecht, wie gesagt, Grenzen hat: Nicht alle denkbaren Anbieter müssen seinem Wortlaut nach zur Verfügung stehen und zudem ergeben sich Grenzen dadurch, dass das Beschaffungsermessen auch zur Geltendmachung finanzieller, planerischer und qualitativer Aspekte durch den staatlichen Träger legitimiert. Das Wahlrecht ist – das ist ganz herrschende Meinung – an den vorhandenen Bestand gebunden und dieser wird durch die Erwägungen des Beschaffungsermessens, nicht zuletzt durch die gesetzlichen Finanzierungskriterien in den §§ 75 ff. SGB XII definiert. Dass der vorhandene Bestand indes eine Bedarfsdeckung ermöglichen muss, ggf. auf der Basis einer in seiner Breite wiederum stark dem Ermessen anheim gestellten Anbietervielfalt, versteht sich.

4. Vergaberecht bei Subventionen

Charakteristisch für **Förderungen nach § 5 Abs. 3 Satz 2 SGB XII (Subventionen)** sind die Zweckbindung und die Freiwilligkeit der Leistung, verbunden mit Auflagen und Bedingungen im Zuwendungsbescheid bzw. Zuwendungsvertrag und die Einstellung der öffentlichen Mittel im Zuwendungstitel des jeweiligen Haushaltsansatzes. Dies scheint zunächst gegen ein Auftragsverhältnis und somit gegen die Anwendung von Vergaberecht zu sprechen (so zum SGB VIII: *Hilke* in: Hauck/Noftz, SGB VIII, § 79 Rdnr. 27). Die Grenzen zwischen Subvention und Beauftragung sind jedoch fließend.

Zur **Unterscheidung von Beihilfen und – vergabepflichtigen – Aufträgen** gilt als Grundsatz: Je stärker die Anforderungen an die Gegenleistung des Mittelempfängers präzisiert werden, desto mehr spricht die Vermutung für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages. Aufträge i. S. d. Vergaberechts liegen definitionsgemäß dann vor, wenn sich der öffentliche Auftraggeber im Rahmen eines entgeltlichen Vertrages zu einer geldwerten Gegenleistung verpflichtet und wenn Leistung und Gegenleistung voneinander nicht trennbare Teile eines einheitlichen Leistungsaustauschgeschäfts sind (BGH, 12. 11. 1991 – KZR 22/90 – NJW 1992, 1237). Eine solche Konstellation besteht augenscheinlich dann, wenn die Förderung nicht durch Verwaltungsakt, sondern durch Vertrag abgewickelt wird. Bei der nunmehr erforderlichen Abgrenzung zwischen dem vergaberechtlichen Austauschvertrag (§ 30 HGrG, § 55 BHO, § 99 GWB) und dem Subventionsvertrag (§§ 53 ff. SGB X) kommt es maßgeblich darauf an, inwiefern für die eingeräumten Fördermittel eine konkrete, im Einzelfall festgelegte Gegenleistung verlangt wird. Dies ist häufig einzelfallabhängig. Für eine Beihilfe spricht etwa, dass die Vergütung der Leistung (einschließlich der beschaffungsfremden Anforderungen) unangemessen hoch ist. Beihilfen werden zu unzulässigen, weil unter Gleichbehandlungsgesichtspunkten vergaberechtswidrigen Zahlungen, wenn sie im Zuge vom Mischfinanzierungen und Quersubventionierungen seitens des Leistungserbringers dazu verwendet werden, in Vergabeverfahren in wettbewerbswidriger Weise mit dem Ziel der Zuschlagserteilung niedrige Angebotspreise oder ungerechtfertigte Zusatzangebote unterbreiten zu können.

In Ansehung der faktischen Wirkung des Vertragsverhältnisses ist nicht ausgeschlossen, dass Subventionen vor allem auch dann ausgeschrieben werden müssen, wenn sie als **verkappte Aufträge** anzusehen sind. Auf die formale Ausgestaltung als Vertrag oder Verwaltungsakt kommt es dann nicht mehr an, sondern allein darauf, ob eine konkrete Gegenleistung für die staatliche Leistung verlangt wird.

5. Einzelheiten des Verfahrens

Ist Vergaberecht anzuwenden, so gilt Folgendes: Nach der VOL/A 2009 sind mit der Aufhebung des § 7 Nr. 6 VOL/A 2006 sowohl unterhalb als auch oberhalb der Schwellenwerte **gemeinnützige Einrichtungen** (mit Ausnahme von Justizvollzugsanstalten) den übrigen Bietern gleichgestellt worden. Die europäischen Vorgaben lassen eine freihändige Vergabe grundsätzlich zu. Denn es handelt sich bei den Sozialhilfeleistungen um sog. **„nicht prioritäre" Dienstleistungen** (Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen „Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse" – Begleitdokument zu der Mitteilung „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, einschließlich Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse: ein neues europäisches Engagement" Punkt 2.1 A – http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/ppp/sgi_de.pdf [abgerufen am 12. 11. 2014]). Nur auf die prioritären Dienstleistungen finden die Vorgaben des EU-Vergaberechts nach dem Buchstaben der Richtlinie RL (EG) 2004/18 volle Anwendung (Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. 3. 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. L 134 vom 30. 4. 2004, S. 114, – konsolidierte Fassung; vgl. auch *Contag* in: jurisPK Vergaberecht, 4. Auflage 2013, Vorbemerkung VOL/A 2009, Rdnr. 5; sowie *Contag* in: jurisPK-VergR, 4. Auflage 2013, § 1 EG VOL/A 2009, Rdnr. 33). Für nicht prioritäre Dienstleistungen gelten dagegen nur die Anforderungen an technische Spezifikationen und die Pflicht zur Bekanntmachung vergebener Aufträge (Anhang II Teil B der Richtlinie 2004/18/EG). In Deutschland hat das zur Folge, dass auf die Vergabe grundsätzlich die Paragrafen ohne den „EG"-Zusatz anzuwenden sind. Je-

doch erklärt § 4 VgV oberhalb des Schwellenwertes das Vergaberecht des GWB für anwendbar (einschließlich des Primärrechtsschutzes nach § 102 GWB; vgl. *Otting* in: Bechtholt, GWB, Anm. 1 zu § 102). Dies kann nur zu einer nationalen Ausschreibungspflicht führen.

Die Anwendung dieser Anforderungen ist bei Überschreitung der Schwellenwerte allerdings im **Nachprüfungsverfahren** vor den Vergabekammern und Oberlandesgerichten voll überprüfbar. Hierbei ist zu bedenken, dass bei der näheren Ausgestaltung des Vergabeverfahrens zwischen den Transparenzanforderungen der prioritären und nicht prioritären Leistungen kaum (noch) Unterschiede bestehen. Daneben sind bei der Vergabe von Aufträgen über Sozialdienstleistungen mit grenzüberschreitendem Interesse die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts zu beachten, wie etwa die Verpflichtung, alle Wirtschaftsteilnehmer **gleich und nichtdiskriminierend** zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen (EuGH, 13. 11. 2007 – C-507/03 – Kommission/Irland). Dabei geht es jedoch lediglich um die Einhaltung von Grundanforderungen, die der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung entwickelt hat, und nicht etwa um die vollständige Anwendung der Bestimmungen der Vergaberichtlinie. Diese Pflicht zur Beachtung der fundamentalen Regeln des Unionsrechts gilt mithin nicht nur im Unterschwellenbereich, sondern auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen des Sozial-, Bildungs- und Gesundheitssektors (EuGH, Urteil vom 18. 11. 2010 – C-226/09 –, juris, Absatz-Nr. 29, 31 sowie Saarländisches OLG, 29. 1. 2014 – 1 Verg 3/13). Danach ist insbesondere der Transparenzgrundsatz zu beachten und die Leistung **bei einem *eindeutigen grenzüberschreitenden Interesse* gleichwohl europaweit auszuschreiben.** Im Ergebnis haben öffentliche Einrichtungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge über Sozialdienstleistungen aber einen erheblich weiteren Freiraum als bei Auftragsvergaben in anderen Bereichen.

Eine Finanzierung **anerkannter und besonders verlässlicher Anbieter** ermöglicht im Übrigen § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Für einen öffentlichen Auftraggeber besteht die Möglichkeit, die Berücksichtigung **sozialer Kriterien** in der öffentlichen Auftragsvergabe festzuschreiben (näher Luthe/Palsherm, Fürsorgerecht – Grundsicherung und Sozialhilfe, 3. Auflage 2013, S. 409 f.). Bei der Art der konkreten Umsetzung in Ausschreibungen bestehen bei der Berücksichtigung von sozialen Kriterien (zu denen auch die Beschäftigung und/oder Qualifizierung von Langzeitarbeitslosen oder die Übernahme von Schulspeisungsprojekten gehört) allerdings noch offene Fragen. Jedenfalls können die sozialen Kriterien zum einen nachträglich in den Verträgen und zum anderen von vornherein im Vergabeverfahren selbst berücksichtigt werden, wobei das eine nicht notwendig mit dem anderen zusammenfällt. **Einerseits gilt:** „Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages vorschreiben. Die Bedingungen können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen“ (Richtlinie 2004/17/EG [Art. 38] und 2004/18/EG, [Art. 26]). Bei den sozialen Kriterien handelt es sich mithin um Vertragsbedingungen, die nur für den Bieter gelten, der die Ausschreibung gewinnt. Da sie jedoch erst dann Geltung erlangen, wenn der Auftrag bereits vergeben ist, können sie im Vergabeverfahren selbst nicht herangezogen werden, um einem Bieter den Vorzug zu geben. **Andererseits gilt:** Zur Berücksichtigung sozial opportuner Bieter können soziale Kriterien nach § 97 Abs. 4 GWB oberhalb der Schwellenwerte und entsprechend der gesetzlichen Regelung unterhalb der Schwellenwerte, aber auch in allen Phasen einer konkreten Vergabe berücksichtigt werden: So kann ein soziales Beschaffungsziel in einem **Auftragsgegenstand** enthalten sein, wenn dies sachdienlich und erfüllbar ist sowie mit dem betreffenden Kauf in Verbindung steht. Eine **Leistungsbeschreibung** konkretisiert den vorher definierten Auftragsgegenstand und hat den Sinn, die Bieter genau über die geforderte Leistung zu informieren und die Angebote im Wettbewerb vergleichbar zu machen. Im Rahmen der **Bietereignung** sind die Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Im Rahmen der Zuverlässigkeit des Bieters können soziale Kriterien einbezogen werden (etwa die Einhaltung bestimmter Sozialstandards durch den Bieter). Zudem können soziale Kriterien bei den **Zuschlagskriterien** berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich um Kriterien, die von den Bietern nicht zwingend erfüllt werden müssen, gleichwohl ein Gewicht bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe haben.

6. Allgemeine Aspekte des Vergaberechts

Von der Frage verbotener Beihilfen zu unterscheiden sind die Anwendungsvoraussetzungen des Europäischen Vergaberechts. Ab einem bestimmten Auftragsvolumen (hochzurechnen auf einen bestimmten Zeitraum) gilt das in nationales Recht transformierte (§ 97 GWB) europäische Vergabeverfahren. Ohnehin sind die Grenzen zwischen Subventionen und Aufträgen fließend (siehe zuvor).

a) Auftraggeber und Auftrag

Vergaberecht ist dann anzuwenden, wenn das Sozialamt als öffentlicher **Auftraggeber** agiert, ein öffentlicher **Auftrag** vorliegt und der jeweilige Schwellenwert erreicht ist. Anzuwenden sind die **kartellvergaberechtlichen Vorschriften** der §§ 97-124 GWB, mit denen europarechtliche Vorgaben umgesetzt wurden. Geregelt werden im GWB die Eigenschaft des öffentlichen Auftraggebers (§ 98 GWB), die Voraussetzungen des öffentlichen Auftrages (§ 99 GWB), ferner die Voraussetzungen, nach denen ein Auftrag aufgrund besonderer im Einzelnen aufgeführter Umstände nicht vorliegt (§ 100 Abs. 2 GWB) sowie der Schwellen- bzw. Auftragswert, der bestimmte Vorschriften des GWB zur Anwendung bringt (§ 100 Abs. 1 GWB i. V. m. § 2 VgV und der VO Nr. 1251/2011/EG vom 30. 11. 2011: 200.000 € bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen).

b) Exklusivität

Grundsätzlich ist es dem Sozialamt im Rahmen seines Beschaffungsermessens zwar freigestellt, ob es Vergaberecht anwenden will. Es ist hierzu aber verpflichtet, wenn es entsprechende Verträge mit einem **exklusiven Anbieterkreis** unter Ausschluss anderer abschließen will oder bei wirtschaftlicher Betrachtung die abgeschlossenen Verträge auch rein faktisch die Wirkung einer selektiven Auftragsvergabe haben. Sozialämter sind mit Rücksicht auf ihre staatliche Finanzierung als **öffentliche Auftraggeber** (§ 98 GWB) anzusehen.

c) Indizien für einen „Auftrag”

Entscheidend für die Qualifizierung als öffentlicher

Auftrag ist allein die tatsächliche Gestaltung und Wirkung der wirtschaftlichen Austauschbeziehungen (hierzu auch *Luthe* in: Frank/Langrehr, Die Gemeinde, 2007, 343, 354 f.). Ausreichend ist, dass der Auftrag die Bedingungen für die nachfolgenden Vertragsbeziehungen zwischen Anbieter und Leistungsempfänger vorgibt, der Anbieter mit der Dienstleistung die Leistungspflicht des Sozialamts gegenüber seinen Leistungsempfängern erfüllt und das Sozialamt für die Vergütung wirtschaftlich einsteht.

Kein Auftrag liegt in der Regel dann vor, wenn die Beziehungen zu den Leistungserbringern durch Verwaltungsakt begründet werden. Zudem muss die Beschaffung der Leistung durch das Sozialamt entgeltlich auf einem Markt oder marktähnlich durch Auswahl unter mehreren Anbietern unter Ausschluss anderer erfolgen. Hieran fehlt es, wenn anstatt eines Auswahlverfahrens ein Verhandlungsverfahren geschaffen wurde und prinzipiell jeder Anbieter an der Leistungserbringung teilnehmen kann, die Auswahl dann letztlich also im Einzelfall – bei der Bewilligung der einzelnen Leistung und ggf. durch Auswahl des Leistungsempfängers – erfolgt. Unerheblich ist für die Geltung von Vergaberecht, ob die Auftragserteilung öffentlich-rechtlich oder privatrechtlich erfolgt (allgemein hierzu LSG NRW, 10. 9. 2009 – L 21 KR 53/09 SFB). Für die Frage der Entgeltlichkeit ist jedoch nicht entscheidend, dass ein typisches synallagmatisches Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung vorliegt; ausreichend ist das Vorliegen einer geldwerten Vergütung durch den Staat (allgemein hierzu LSG NRW, 10. 9. 2009 – L 21 KR 53/09 SFB).

d) Rahmenvertrag

Wenn das genaue Auftragsvolumen bei Auftragserteilung noch nicht feststeht, wird im Regelfall ein sog. Rahmenvertrag vorliegen, der indes nicht zu verwechseln ist mit den ebenfalls häufig als Rahmenverträge bezeichneten Verhandlungsverträgen. Bei vergaberechtspflichtigen Rahmenverträgen handelt es sich um Vereinbarungen, die die Bedingungen der Aufträge festlegen, die innerhalb eines bestimmten Zeitraums vergeben werden. Auch hier gilt Kartellvergaberecht (Art. 1 Abs. 5 VKR, § 4 Abs. 1 VOL/A-EG, § 32 Abs. 2 Satz 1 VKR).

e) Aufträge durch Bindungen des Leistungsbeziehers

Von ausschreibungspflichtigen Aufträgen ist auch dann auszugehen, wenn die Exklusivität zwar nicht Vertragsbestandteil ist, der Leistungsbezieher nach Meinung des öffentlichen Trägers nur bei bestimmten Anbietern Leistungen entgegennehmen darf; solche Rechtsbeziehungen zu einzelnen Anbietern sind in der Regel rechtswidrig (allgemein hierzu LSG NRW, 10. 9. 2010 – L 21 KR 53/09 SFB; auch § 101 b Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 GWB).

f) Dienstleistungskonzession

Liegt dagegen eine Dienstleistungskonzession vor, die sich dadurch kennzeichnet, dass der Auftraggeber dem Auftragnehmer keine Vergütung zahlt, sondern ihm lediglich das Recht zur Erbringung von Leistungen einräumt (Art. 1 Abs. 4, Art. 17 Richtlinie 2004/18/EG), ist Vergaberecht von vornherein nicht anwendbar; der staatliche Konzessionsgeber unterliegt lediglich den allgemeinen Anforderungen an ein diskriminierungsfreies Zuteilungsverfahren.

g) Schwellenwerte

Liegt ein entgeltlicher Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers i. S. d. Kartellvergaberechts vor, so kommt es darauf an, ob der Schwellenwert nach § 100 GWB erreicht wird (hierzu § 2 Nr. 2 VgV sowie Art. 2 Nr. 1 lit. b der VO [EU] Nr. 1251/2011 vom 30. 11. 2011 – Abl. L 319/43 vom 2. 12. 2011). Unterhalb des Schwellenwertes gelten die Vergabebestimmungen des kommunalen Haushaltsrechts (BHO, LHO i. V. m. dem Haushaltsgrundsätzegesetz); zum Auftrag vgl. hier § 30 Haushaltsgrundsätzegesetz. Oberhalb des Schwellenwertes gelten die §§ 97 ff. GWB und die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV); diese verweist in den §§ 4 - 6 VgV auf die jeweiligen Verdingungsordnungen, wo die Einzelheiten des Vergabeverfahrens geregelt sind. Vorrang hat das sog. offene Verfahren (§ 101 Abs. 2 GWB). Dieses ist europaweit bekanntzumachen (§ 15 VOL/A-EG). Das sog. Verhandlungsverfahren regeln § 101 Abs. 5 GWB, § 3 Abs. 2 - 4 VOL/A-EG.

h) Verfahrensanforderungen

Das Verfahren ist transparent durchzuführen unter Beachtung der Gleichbehandlung aller Anbieter (§ 97 Abs. 1 GWB) und unter Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 3 GWB). Der Auftrag ist eindeutig zu beschreiben (§ 8 Abs. 1 VOL/A-EG); Angebote müssen konsistent und widerspruchfrei sein (OLG Düsseldorf, 9. 6. 2010 – VII-Verg 5/10). Bei der Eignungsprüfung besitzt der Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum (OLG Düsseldorf, 27. 7. 2005 – VII-Verg 104/08), da die Eignung stets mit einer Prognoseentscheidung verbunden ist, wobei Erfahrungen aus vergangenen Vergabeverfahren berücksichtigt werden können (OLG Frankfurt/M., 30. 3. 2004 – 11 Verg 4/05 – IBR 2004, 452). Die Erteilung des Zuschlages erfolgt auf das wirtschaftlichste Angebot (§ 97 Abs. 5 GWB); hierbei spielt im Regelfall der Preis die entscheidende Rolle (BGH, 5. 4. 2008 – X ZR 129/06 – Vergaberecht 2008, 641, auch § 19 Abs. 6 VOL/A-EG). Jedoch müssen die Zuschlagskriterien hinreichend transparent sein und den Gleichbehandlungsgrundsatz wahren (§ 19 Abs. 8 VOL/A-EG sowie EuGH, 4. 12. 2003 – C-448/01 – Slg. 2003, I-14527 = EuZW 2004, 81). Eignungskriterien und Zuschlagskriterien dürfen jedoch nicht vermischt werden; das wirtschaftlichste Angebot kann erst dann ermittelt werden, wenn alle geeigneten Anbieter ausgewählt wurden (EuGH, 12. 11. 2009 – C-199/07; OLG Düsseldorf, 21. 5. 2008 – VII-Verg 19/08). Auch wenn Kartellvergaberecht wegen Unterschreitung der Schwellenwerte oder bei Vorliegen einer Dienstleistungskonzession nicht zur Anwendung kommt, müssen die allgemeinen Anforderungen an eine transparente und faire Auswahl der Vertragspartner als Folge des europarechtlichen Verbotes der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit sowie als Ausfluss der durch Art. 3 und 12 GG geschützten Wettbewerbsgleichheit jedoch gewahrt sein. Diese Pflicht zur Beachtung der fundamentalen Regeln des Unionsrechts gilt nicht nur im Unterschwellenbereich, sondern auch bei der Vergabe nicht prioritärer Dienstleistungen des Sozial-, Bildungs- und Gesundheitssektors (**EuGH, Urteil vom 18. 11. 2010 – C-226/09 –**, juris, Absatz-Nr. 29, 31 sowie Saarländisches OLG, 29. 1. 2014 – 1 Verg 3/13). Danach ist insbesondere der Transparenzgrundsatz zu beachten und die Leistung bei einem eindeutigen grenzüberschreitenden Interesse europaweit auszuschreiben.

i) Nachprüfungsverfahren

Für die Einhaltung des Kartellvergaberechts ist ein eigenständiges Nachprüfungsverfahren geschaffen worden. Oberhalb der Schwelle gilt Folgendes: In der ersten Stufe sind die Vergabekammern zuständig (§ 104 Abs. 1 GWB). Bei Ausschreibungen durch Bundesinstanzen sind die beim Bundeskartellamt angesiedelten Vergabekammern des Bundes zuständig (§§ 104 Abs. 1, 106 Abs. 1 GWB). Für landesunmittelbare Instanzen vgl. § 106 Abs. 2 GWB (Landesvergabekammern). Gegen die Entscheidung der Vergabekammern ist in einer zweiten Stufe die sofortige Beschwerde vor den Oberlandesgerichten zulässig (§ 69 Abs. 2 Satz 4 i. V. m. § 116 Abs. 3 GWB). Diese hat aufschiebende Wirkung. Unterhalb der Schwelle gilt: Es besteht kein Rechtsschutz im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens. Zuständig sind die Zivilgerichte für etwaige Eilverfahren bzw. für spätere Schadensersatzklagen aus Verletzung einer vorvertraglichen Schutzpflicht oder aus deliktischem Verhalten (VG Regensburg, 9. 12. 2009 – RN 4 E 09.2360; Kallerhoff, NZBau 2008, 97). Das Fehlen eines Primärrechtsschutzes im Unterschwellenbereich ist verfassungsgemäß (BVerfG, 13. 6. 2006 – 1 BvR 1160/03 – NJW 2006, 3701), wird aber gleichwohl als nicht ausreichend erachtet (OLG Düsseldorf, 13. 1. 2010 – 27 U 1/09 und OLG Düsseldorf, 19. 10. 2011 – 27 W 1/11).

j) Vergabeordnungen

In den neuen Vergabeordnungen **VOL/A 2009 und VOB/A 2009 sind neue Regelungen** zur Teilnahme am Wettbewerb für potenzielle Bieter (z. B. gemeinnützige Einrichtungen) enthalten: Nach der VOL/A 2009 sind mit dem ersatzlosen Wegfall des § 7 Nr. 6 VOL/A 2006 sowohl unterhalb als auch oberhalb der Schwellenwerte gemeinnützige Einrichtungen mit all ihren Betätigungsfeldern den übrigen Bietern gleichgestellt worden. Lediglich Justizvollzugsanstalten werden als öffentliche Einrichtungen nach der VOL/A 2009 nicht zum Wettbewerb zugelassen, sodass sie nur Aufträge im Rahmen einer freihändigen Vergabe erhalten können. In der VOB/A 2009 sind bei öffentlichen Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte **gemeinnützige Einrichtungen** nur als gewerbliche Bieter im Rahmen ihrer steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebe zugelassen. Bei beschränkten Ausschreibungen mit Teilnahmewettbewerb nach der VOB/A 2009 sind unterhalb der Schwellenwerte durch die Definition gewerbliche und nicht gewerbliche (z. B. gemeinnützige) Bieter gleichgestellt. Eine freihändige Vergabe unterhalb der Schwellenwerte sieht die VOB/A 2009 nur für die in § 6 Abs. 1 Nr. 3 genannten **öffentlichen Einrichtungen** im Ausnahmefall vor. Damit sind Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betriebe der öffentlichen Hand und Verwaltungen zu einem Wettbewerb mit gewerblichen Bietern nicht zugelassen. **Privatrechtlich gestaltete Einrichtungen,** wie z. B. Beschäftigungs- oder Qualifizierungsträger als gemeinnützige Vereine oder GmbH, sind keine öffentlichen Einrichtungen im Sinne dieser Vorschrift, sodass eine freihändige Vergabe nach dieser Vorschrift nicht möglich ist.

k) Soziale Vergabekriterien

Soziale Vergabekriterien sind in besonderer Weise berücksichtigungsfähig: Nach § 97 Abs. 4 GWB besteht für einen öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit, die Berücksichtigung sozialer Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe festzuschreiben. Bei der Art der konkreten Umsetzung in Ausschreibungen bestehen bei der Berücksichtigung von sozialen Kriterien (zu denen auch die Beschäftigung und/oder Qualifizierung von Langzeitarbeitslosen oder die Übernahme von Schulspeisungsprojekten gehört) allerdings noch offene Fragen. Jedenfalls können die sozialen Kriterien zum einen nachträglich in den Verträgen und zum anderen von vornherein im Vergabeverfahren selbst berücksichtigt werden, wobei das eine nicht notwendig mit dem anderen zusammenfällt. **Einerseits gilt:** „Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages vorschreiben. Die Bedingungen können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen“ (Richtlinie 2004/17/EG [Art. 38] und 2004/18/EG [Art. 26]). Bei den sozialen Kriterien handelt es sich mithin um Vertragsbedingungen, die nur für den Bieter gelten, der die Ausschreibung gewinnt. Da sie jedoch erst dann Geltung erlangen, wenn der Auftrag bereits vergeben ist, können sie im Vergabeverfahren selbst nicht herangezogen werden, um einem Bieter den Vorzug zu geben. **Andererseits gilt:** Zur Berücksichtigung sozial opportuner Bieter können soziale Kriterien nach § 97 Abs. 4 GWB oberhalb der Schwellenwerte und entsprechend der gesetzlichen Regelung unterhalb der Schwellenwerte, aber auch in allen Phasen einer konkreten Vergabe berücksichtigt werden: So kann ein soziales Beschaffungsziel in einem *Auftragsgegenstand* enthalten sein, wenn dies sachdienlich und erfüllbar ist sowie mit dem betreffenden Kauf in Verbindung steht. Eine *Leistungsbeschreibung* konkretisiert den vorher definierten Auftragsgegenstand und hat den Sinn, die Bieter genau über die geforderte Leistung zu informieren und die Angebote im Wettbewerb vergleichbar zu machen. Im Rahmen der *Bietereignung* sind die Kriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Bieters zu prüfen. Im Rahmen der Zuverlässigkeit des Bieters können soziale Kriterien einbezogen werden (etwa die Einhaltung bestimmter Sozialstandards durch den Bieter). Zudem können soziale Kriterien bei den *Zuschlagskriterien* berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich um Kriterien, die von den Bietern nicht zwingend erfüllt werden müssen, gleichwohl ein Gewicht bei der Entscheidung über die Auftragsvergabe haben.

7. Schluss

Das Vergaberecht gehört zu den Materien des Rechts, die in der sozialen Praxis gedanklich gerne verdrängt werden. Das gesetzlich zwar geregelte, aber nicht bindende Dreiecksverhältnis und die verbreitete Einschätzung gemeinnütziger Sozialunternehmen, man sei als gemeinnütziger Anbieter von wettbewerbsrechtlichen Anforderungen freigestellt, leisten dem nicht unerheblich Vorschub. Dass diese Einschätzung falsch ist, war Gegenstand der vorstehenden Ausführungen.

Dass das Dreiecksverhältnis als Konsequenz einer jahrzehntelang betriebenen Anbieterpolitik in Deutschland so etwas wie eine heilige Kuh darstellt, kann nicht verwundern. Gleichwohl wird es heutigen Anforderungen an eine moderne Sozialpolitik in keiner Weise mehr gerecht. Was wir im deutschen System staatlicher Fürsorge- und Chancenangleichung brauchen ist

– vermehrte Integation (Zusammenführung von Anspruchsleistungen und infrastrukturellen Leistungen),
– vermehrte Kooperation (Zusammenarbeit von Trä-

gern, Anbietern, Professionen, Bürgern),

– vermehrte Dezentralisierung (die orts- und betroffenennahe Gestaltung mittels sozialräumlicher Ansätze),
– regulierter Wettbewerb (in einem vorgegebenen Preis- und Qualitätsrahmen konkurrierende Anbieter).

Voraussetzung hierfür ist ein überschaubarer Kreis zeitlich befristet durch Rahmenvereinbarung „zugelassener" Anbieter, mit denen man als Kommune gut zusammenarbeiten kann und die dies auch untereinander könne. Der derzeitige Wildwuchs von Anbietern, der uns das Dreiecksverhältnis beschert, ist hierfür kontraproduktiv.