

Die Vergabe sozialer Dienstleistungen nach § 130 GWB

Aus: Die Sozialgerichtsbarkeit 2016, S. 489 ff.



Prof. Dr. Ernst-Wilhelm [Luthé](#), Institut für angewandte Rechts- und Sozialforschung, Braunschweig / Wolfenbüttel (IRS)

Der Beitrag behandelt die rechtlichen Grundlagen des seit Frühjahr 2016 in Deutschland geltenden neuen [Vergaberechts](#). Im Fokus stehen hierbei die in [§ 130 GWB](#) geregelten sozialen Dienstleistungen.

I. Einführung

Seit neuestem gilt ein neues [Vergaberecht](#). Insbesondere der Besonderheiten sozialer Dienstleistungen regelnde [§ 130 GWB](#) trat mit Wirkung vom 18. 4. 2016 als Art. 1 des Gesetzes zur Modernisierung des [Vergaberechts](#) (VergRModG) zusammen mit den dazugehörigen §§ 64–66 VgV („VergaberechtsmodernisierungsVO“) in Kraft¹. [§ 130 GWB](#) dient der Umsetzung der [Richtlinie 2014/24/EU](#) zur Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch öffentliche Auftraggeber. [§ 130 GWB](#) erfasst mithin auch andere Dienstleistungen. Diese werden im Folgenden aber nur am Rande behandelt.

Was hat sich geändert? Grundsätzlich werden Dienstleistungen mit ausgeprägtem personalen Bezug innerhalb des GWB einem Sonderregime unterstellt. Gesetzestechnisch ist die bisherige Unterscheidung gemäß Artikel 20 ff. der [Richtlinie 2004/18/EG](#) zwischen sogenannten vorrangigen A- und nachrangigen B-Dienstleistungen entfallen. Artikel 74 ff. der Richtlinie unterstellen die in Anhang XIV der [Richtlinie 2014/24/EU](#) aufgeführten sozialen und anderen Dienstleistungen mit dem Ziel der Vereinfachung der Vergabeverfahren und der Erweiterung vor allem kommunaler Handlungsspielräume im Oberschwellenbereich einem erleichterten Beschaffungsregime².

Auf europäischer Ebene werden hierfür im Wesentlichen zwei Gründe angeführt: Einerseits kommt den in [§ 130 GWB](#) geregelten personenbezogenen Dienstleistungen oft nur eingeschränkt eine grenzüberschreitende Dimension zu. Andererseits soll den zu verzeichnenden kulturellen Unterschieden in der Behandlung solcher Dienstleistungen innerhalb der Mitgliedstaaten Rechnung getragen werden³. Im Einzelnen bedeutet dies:

Auftraggebern wird – im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH⁴ – ein Mehr an Flexibilität eingeräumt, bestimmte personen- oder bieterbezogene Kriterien bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen⁵.

Die Verpflichtung öffentlicher Auftraggeber bei der Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen beschränkt sich auf die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz bzw.

Gleichbehandlung der Unternehmen. Die Entscheidung darüber, wie sie den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung tragen wollen, obliegt im Übrigen den Mitgliedstaaten⁶. Dies ermöglichte dem GWB-Gesetzgeber, öffentlichen Auftraggebern im Zuge erweiterter Handlungsspielräume ein Wahlrecht hinsichtlich der jeweiligen Verfahrensarten einzuräumen⁷.

Den Mitgliedstaaten und Behörden bleibt es auch künftig überlassen, Dienstleistungen nach [§ 130 GWB](#) selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkung oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen⁸.

Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollen nach Auffassung der Kommission nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen), insofern bei einem solchen System eine ausreichende Bekanntmachung und die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung gewährleistet ist⁹.

Bei der Ausgestaltung des Vergabeverfahrens kann den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung getragen werden¹⁰: Zur EU-weiten Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe sowie der Ergebnisse des Vergabeverfahrens können die Mitgliedstaaten zwischen der Auftragsbekanntmachung und der Vorinformation wählen¹¹. Galten die Anforderungen des EU-Kartellrechts über viele Jahre hinweg ab einem Schwellenwert um die 200.000 Euro, so wurde dieser auf 750.000 Euro heraufgesetzt¹². Im Sonderfall kann die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung mehr als sechs Jahre betragen¹³.

II. Öffentliche Aufträge im Bereich sozialer und sonstiger besonderer Dienstleistungen

1. Grundlagen

Der sachliche Anwendungsbereich der Vergabevorschriften der [§§ 97 ff. GWB](#) für die in [§ 130 GWB](#) geregelten sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen ergibt sich aus [§ 103 GWB](#) („Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe“): Anwendungsvoraussetzung ist nach [§ 130 Abs. 1 GWB](#) das Vorliegen eines entgeltlichen Vertrages zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen, die (u. a.) die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Das ist nichts Neues. Im Folgenden werden die wesentlichen Kriterien deshalb nur in Kurzform wiedergegeben:

- Der öffentliche Auftraggeber sowie der öffentliche Auftrag wird in den §§ 99, 103 GWB definiert¹⁴. Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, stellen keine Auftragsvergabe dar (wie etwa das leistungserbringungsrechtliche Dreieckverhältnis der Sozial- und Jugendhilfe sowie der Pflegeversicherung)¹⁵.

- Hinsichtlich des Unternehmens gilt der „funktionale Unternehmensbegriff“: Hierunter fällt eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einrichtung unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung¹⁶. Es muss eine Tätigkeit auf dem Markt stattfinden¹⁷. Eine reine Kostenerstattung ohne Gewinnmarge erfüllt diese Voraussetzung dagegen nicht¹⁸.

- Ungeschriebenes Wesensmerkmal des öffentlichen Auftrages ist, dass der öffentliche Auftraggeber wie ein privater Nachfrager am Markt auftritt¹⁹. Dies ist nicht der Fall, wenn der öffentliche Auftraggeber wie ein Eigentümer bei der Vermögensverwaltung handelt²⁰, wenn er hoheitlich mit den Mitteln der Eingriffsverwaltung handelt²¹ oder wenn er seine Organisationsgewalt nutzt und in diesem Rahmen Zuständigkeiten überträgt²².

- Es muss eine Personenverschiedenheit vorliegen zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen. Insofern muss das öffentliche Handeln die interne Verwaltungsorganisation verlassen, um Leistungen am Markt einzukaufen. Dies ist nicht der Fall bei kommunalen Eigenbetrieben²³ oder bei sog. In-House-Geschäften²⁴.

- Es muss ein entgeltlicher Vertrag zugrunde liegen²⁵. Der Begriff ist weit auszulegen. Erfasst wird jede Art von Vergütung, die einen Geldwert haben kann. Dies ist nicht der Fall, wenn das Unternehmen das wirtschaftliche Risiko allein trägt und die Entgelte direkt von den Nutzern erhebt; dann aber kann eine (Dienstleistungs-)Konzession vorliegen.

2. Soziale Dienstleistungen im Referenzsystem als Anwendungsvoraussetzung des [§ 130 GWB](#)

[§ 130 GWB](#) (und ebenfalls die [§§ 64 ff. VgV](#)) ist seinen Tatbestandsvoraussetzungen nach nur anwendbar auf Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der [Richtlinie 2014/24/EU](#). Der gesetzliche Verweis auf den Anhang hat zur Folge, dass die hierin aufgelisteten CPV-Referenznummern²⁶ konstitutiv sind für die Bestimmung der „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ und damit für die Anwendung der gesetzlichen Regelung²⁷. Der Anhang ist mithin mehr als nur eine Orientierungshilfe. Insbesondere bei Bestimmung eines Auftrages ist unstreitig, dass öffentliche Auftraggeber den CPV-Code des Beschaffungsvorhabens präzise benennen müssen²⁸. Dies kann bei der Bestimmung der Anwendungsvoraussetzungen des [§ 130 GWB](#) nicht anders sein. Dass die Richtlinie die Bedeutung des Anhangs in dieser Hinsicht eher vage umschreibt, ist daher unerheblich²⁹.

Der Hauptteil der CPV-Referenznummern beruht auf einer Baumstruktur, die Referenznummern mit bis zu neun Ziffern sowie die Bezeichnung umfasst, die die Art der Dienstleistungen beschreibt, die den Auftragsgegenstand darstellen:

- 490 -[Luthe, SGB](#) 2016, 489-495- 491 -

- Die ersten beiden Ziffern bezeichnen die Abteilungen (XX000000-Y).

- Die drei ersten Ziffern bezeichnen die Gruppen (XXX00000-Y).

- Die vier ersten Ziffern bezeichnen die Klassen (XXXX0000-Y).

- Die fünf ersten Ziffern bezeichnen die Kategorien (XXXXX000-Y)³⁰.

Klarstellend ist darauf hinzuweisen, dass eine Bezugnahme auf eine CPV-Abteilung nicht automatisch eine Bezugnahme auf untergeordnete Unterteilungen der CPV-Nummern bedeutet. Angesichts der recht umfassenden Abdeckung sollten vielmehr ausdrücklich alle einschlägigen Posten, erforderlichenfalls als Abfolge von Codes, angegeben werden³¹. Das erleichterte Sonderregime des [§](#)

[130 GWB](#) gilt nur dann für die in den Anhängen aufgeführten Dienste, sofern diese Dienste bestimmte Leistungen – wie insbesondere besondere Postdienste [32](#) – nicht umfassen. Für letztere gilt deshalb das strenge [Vergaberecht](#).

Ist die Zuordnung eines öffentlichen Auftrags zu einem bestimmten Code jedoch schwierig bzw. sind aufgrund von Überschneidungen mehrdeutige Bezeichnungen nicht auszuschließen, so wird man sich auf die Abteilung, Gruppe, Klasse oder Kategorie beziehen müssen, die dem zuzuordnenden Beschaffungsvorhaben am besten entspricht.

Zur Anwendung des Anhangs und damit der Gesetzesvorschrift kann es grundsätzlich aber nur kommen, wenn Aufträge definitionsgemäß soziale und andere besondere Dienstleistungen betreffen. Auch wenn ihr Vorliegen sich zumeist ohne Weiteres aus den Beschreibungen des Anhangs ergeben dürfte, kann es Zweifelsfälle geben, die eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Dienstleistungsbegriff angezeigt erscheinen lassen. Dazu im Folgenden.

3. Definition „Dienstleistungen“ und „soziale Dienstleistungen“

Die Anwendung der CPV-Referenznummern beziehen sich, wie vorstehend bereits angemerkt, ausschließlich auf Aufträge für soziale und andere besondere Dienstleistungen. Dienstleistungen werden im Gesetz nur negativ definiert als Aufträge über die Erbringung von Leistungen, die nicht unter die Absätze 2 und 3 des [§ 103 GWB](#) fallen. Dienstleistungen sind demnach weder Liefer- noch Bauleistungen ([§ 103 Abs. 4 GWB](#)).

Die Negativumschreibung verfolgt erkennbar das Ziel, möglichst alle nicht klar erfassten Aufträge ungeachtet ihres konkreten Gegenstandes dem öffentlichen [Vergaberecht](#) zu unterwerfen. [§ 103 Abs. 4 GWB](#) kann daher als Auffangtatbestand [33](#) verstanden werden für alles, was nicht die Merkmale eines Liefer- und Bauauftrages erfüllt, aber sachlich bei extensiver Interpretation des [§ 103 Abs. 4 GWB](#) (noch) als Dienstleistung angesehen werden kann. Gleichzeitig soll das [Vergaberecht](#) nach dem Willen des Gesetzgebers mit Rücksicht auf landestypische Besonderheiten für personennahe Dienstleistungen vereinfacht und flexibilisiert werden. In der Gesamtschau kann deshalb in Zweifelsfällen der Zuordnung des Beschaffungsvorhabens zu den CPV-Referenznummern des Anhangs XIV [Richtlinie 2014/24/EU](#) diejenige CPV-Klassifikation zugrunde gelegt werden, die dem Dienstleistungsbegriff nach Sinn und Zweck einer ebenso umfassenden wie flexiblen Geltung des [Vergaberechts](#) am ehesten entspricht.

Eine sachliche Grenze der Interpretation bildet jedoch das uno-actu Prinzip der Volkswirtschaftslehre: Untrügliches Zeichen einer Dienstleistung ist das Zusammenfallen von Konsum und Produktion bei der Leistungserbringung bzw. die Tatsache, dass Dienstleistungen nicht gelagert werden können.

Eine eigenständige gesetzliche Definition speziell für soziale und besondere Dienstleistungen fehlt. Soziale Dienstleistungen sind der Sache nach personennahe Leistungen in Bereichen der sozialstaatlichen Vor- und Fürsorge sowie infrastrukturellen Sozialgestaltung, die im Sinne des [§ 103 Abs. 4 GWB](#) weder Liefer- noch Bauleistungen sind. Ein ähnliches Verständnis enthält im Übrigen der – national allerdings unverbindliche – Qualitätsrahmen für Sozialdienstleistungen des Europäischen Rates [34](#). Andere Dienstleistungen können, wie bei den sozialen Dienstleistungen, auf ein bestimmtes Politiksegment zur weiteren Klärung nicht bezogen werden; sie sind – im Rahmen eines weiten

Begriffsverständnisses personennaher Dienstleistungen (s. o.) – nur nach den Referenznummern des Anhangs XIV bestimmbar.

Anwendungsbeispiele für soziale und andere Dienstleistungen werden aufgelistet in der Begründung zur VgV³⁵:

- Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
- administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich
- Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung
- Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen
- sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen von Gewerkschaften, von politischen Organisationen, von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen
- Dienstleistungen von religiösen Vereinigungen
- Gaststätten und Beherbergungsgewerbe
- Dienstleistungen im juristischen Bereich, sofern sie dem Anwendungsbereich des GWB unterfallen
- Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten
- von extraterritorialen oder internationalen Organisationen und Körperschaften erbrachte Dienstleistungen
- Postdienste
- Reifenrunderneuerung und Schmiedearbeiten.

III. Vergabeermessen

Dem Ziel, öffentlichen Auftraggebern ein Mehr an Flexibilität einzuräumen, wurde im Vergabeverfahren in verschiedenerlei Hinsicht Rechnung getragen. Bevor auf die einzelnen Gestaltungsoptionen eingegangen wird, erscheinen vorweg einige Bemerkungen zur Reichweite gerichtlicher Kontrolle in diesem Bereich angebracht.

Die Umsetzung vorhandener Gestaltungsfreiheiten erfolgt im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers: bei der Wahl der Verfahrensarten ([§ 65 Abs. 1 VgV](#)), bei der Fristenregelung ([§ 65 Abs. 3 VgV](#)), bei der Festlegung der Vergabekriterien ([§ 65 Abs. 4 VgV](#)) und bei den Veröffentlichungs- und Transparenzvorschriften ([§ 66 VgV](#)). Dieses ist pflichtgemäß auszuüben: Der öffentliche Auftraggeber darf insofern den Zweck der Ermessensvorschrift nicht verfehlen und muss seine Entscheidung auf sachliche Gründe stützen können³⁶.

Eine besondere Ermessendirektive enthält [§ 64 VgV](#). Danach werden öffentliche Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen nach den ergänzenden Verfahrens- und Bekanntmachungsregeln der [§§ 65](#) und [66 VgV](#) vergeben und zwar „unter Berücksichtigung der

Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistung“. Für sich genommen liegt hierin keine Einschränkung der in [§§ 130 GWB](#), 64 ff. VgV enthaltenen Verfahrensoptionen, schon weil der der Verordnung übergeordnete [§ 130 GWB](#) eine solche Klausel nicht enthält.

Daraus folgt zum Beispiel für die Auswahl der Verfahrensarten ([§ 66 Abs. 1 VgV](#)), dass die Auswahlentscheidung den üblichen Grundsätzen der Vergabe entsprechen muss³⁷ und (nur) in diesem Rahmen von Bedeutung ist, ob „unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistung“ eine Verfahrensart gewählt wurde, die der in Frage stehenden Dienstleistung offenkundig nicht entspricht und die deshalb als eine mit den Grundsätzen des fairen Wettbewerbs und der Nicht-Diskriminierung nicht im Einklang stehende Willkürentscheidung des öffentlichen Auftraggebers angesehen werden muss.

Auch bei der Verlängerung der Laufzeit von Rahmenvereinbarungen ([§ 65 Abs. 2 VgV](#)) muss dem öffentlichen Auftraggeber ein Entscheidungsspielraum zugestanden werden. Dieser folgt normstrukturell jedoch nicht aus einer Ermessensregelung, sondern aus der Zubilligung eines Beurteilungsspielraums. Dazu später.

IV. Wahl zwischen Verfahrensarten

Bei der den Auftraggebern in [§ 130 GWB](#) sowie [§ 65 Abs. 1 VgV](#) eingeräumten Wahl zwischen verschiedenen Verfahrensarten hat der deutsche Gesetzgeber die ihm in Art. 76 Abs. 1 Satz 2 [Richtlinie 2014/24/EU](#) zugunsten personennaher Dienstleistungen eingeräumten Spielräume bei der Verfahrensgestaltung genutzt³⁸. Diese Dienstleistungen können sehr unterschiedlich sein (etwa Arbeitsmarktdienstleistungen, rechtsanwaltliche Beratungsdienstleistungen oder Dienstleistungen des Gaststättengewerbes). Der GWB-Gesetzgeber hat den öffentlichen Auftraggebern deshalb ein Recht zu der Auswahl unter verfügbaren Verfahrensarten eingeräumt³⁹.

Der öffentliche Auftraggeber hat die Wahl zwischen

- dem offenen Verfahren (eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen wird zur Abgabe von Angeboten aufgefordert, [§ 119 Abs. 3 GWB](#), [§ 15 VgV](#))
- dem nicht offenen Verfahren (eine beschränkte Anzahl von Unternehmen wird nach vorheriger öffentlicher Aufforderung nach wettbewerblichen Kriterien im Rahmen eines Teilnahmewettbewerbs ausgewählt und zur Abgabe von Angeboten aufgefordert, [§ 119 Abs. 4 GWB](#), [§ 16 VgV](#))
- dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb (der öffentliche Auftraggeber wendet sich mit Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren Unternehmen über Angebote zu verhandeln, [§ 119 Abs. 5 GWB](#), [§ 17 Abs. 1 VgV](#))
- dem wettbewerblichen Dialog (im Rahmen eines Verfahrens zur Ermittlung und Festlegung der den Bedürfnissen des Auftraggebers am besten entsprechenden Mittel eröffnet der öffentliche Auftraggeber mit den nach einem Teilnahmewettbewerb ausgewählten Unternehmen einen Dialog zur Erörterung aller Aspekte der Auftragsvergabe, [§ 119 Abs. 6 GWB](#), [§ 18 VgV](#))
- der Innovationspartnerschaft ⁴⁰ (im Rahmen eines Verfahrens zur Entwicklung innovativer, noch nicht auf dem Markt verfügbarer Leistungen und zum Erwerb der daraus hervorgehenden Leistungen

verhandelt der öffentliche Auftraggeber nach einem Teilnahmewettbewerb in mehreren Phasen mit den ausgewählten Unternehmen über die Erst- und Folgeangebote, [§ 119 Abs. 7 GWB](#); [§ 19 VgV](#)).

Das Wahlrecht führt für das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und die Innovationspartnerschaft eine wichtige Vereinfachung im Schlepptau. Es hat zur Folge, dass die Zulassungsvoraussetzungen für das Verhandlungsverfahren und den wettbewerblichen Dialog nach Art. 26 Abs. 4 der [Richtlinie 2014/24/EU](#) keine Anwendung finden (insbesondere hinsichtlich der besonderen Auftragskriterien und der Verfahrensweise im Falle unzureichender Angebote im offenen und nicht offenen Verfahren). Im Übrigen aber kommen die Vorschriften des Abschnitts 1, Unterabschnitt 1 und 2 sowie die Verfahrensvorschriften der Vergabeverordnung – einschließlich der in den [§§ 64 bis 66 VgV](#) für soziale und andere Dienstleistungen geregelten Besonderheiten –, neben den allgemeinen Geboten der Transparenz, Gleichbehandlung und Wettbewerbskonformität uneingeschränkt zur Anwendung⁴¹. Wie bereits ausgeführt, liegt die Wahl der Verfahrensart im pflichtgemäß auszuübenden Ermessen des öffentlichen Auftraggebers (s. o.).

V. Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb

[§ 130 Abs. 1 Satz 2 GWB](#) und [§ 65 Abs. 1 Satz 2 VgV](#) bestimmen, dass ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb nur zur Verfügung steht, soweit dies aufgrund dieses Gesetzes gestattet ist. Zu beachten sind daher die entsprechenden Regelungen in Art. 32 [Richtlinie 2014/24](#) EU sowie in [§ 14 VgV 42](#).

Bei einem Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb erfolgt keine öffentliche Aufforderung zur Abgabe von Teilnahmeanträgen, sondern unmittelbar eine Aufforderung zur Abgabe von Erstangeboten an die vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählten Unternehmen ([§ 17 Abs. 5 VgV](#)). Die Steuerungsmacht des Auftraggebers birgt stets das Risiko der Manipulation und unsachgemäßen Bevorzugung eines bestimmten Unternehmens, wenn auf einen Teilnahmewettbewerb verzichtet wird⁴³. Deshalb ist der Europäischen Kommission zumindest in den Fällen des [§ 14 Absatz 4 Nr. 1 VgV](#) auf Anforderung zu berichten. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb muss vor diesem Hintergrund grundsätzlich die Ausnahme sein. Die in Absatz 6 des [§ 14 VgV](#) – allerdings nur für bestimmte Erlaubnistatbestände vorausgesetzte – Alternativlosigkeit des Zugriffs auf andere Verfahrensarten sollte als Leitgedanke über den gesetzlich geregelten Fall hinaus beachtet werden.

VI. Kein neues Vergabeverfahren bei geringem Auftragswert

[§ 130 Abs. 2 GWB](#) eröffnet für den Bereich öffentlicher Aufträge über soziale und andere besondere Dienstleistungen zulässige Auftragsänderungen ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens abweichend von [§ 132 Abs. 3 GWB](#), wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt.

Begründet wird dies damit, „dass der Anstieg der Nachfrage nach sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen durch äußere, vom öffentlichen Auftraggeber nicht vorhersehbare und beeinflussbare Umstände bewirkt werden kann. Öffentliche Auftraggeber sollen in solchen Sachverhaltskonstellationen vereinbarte Teilnehmerkontingente flexibel in einem höheren Umfang

erweitern können, um den Bedürfnissen betroffener Menschen vor allem im Sozial-, Bildungs- und Gesundheitsbereich angemessen Rechnung tragen zu können.“[44](#) So können bspw. Arbeitsmarktbedingungen und mit ihnen der Bedarf an Fördermöglichkeiten unvorhersehbaren Schwankungen unterliegen, so dass auf veränderte Bedarfe durch Erweiterung zusätzlicher Kontingente in laufenden Verträgen zeitnah reagiert werden muss.

Absatz 2 enthält eine Abweichung von der regulären de-minimis-Grenze des [§ 132 Abs. 3 GWB](#) in Höhe von 10 % des ursprünglichen Auftragswertes. Sofern die Auftragsänderung allerdings die in [§ 130 Abs. 2 GWB](#) geregelte 30 %-Grenze übersteigt ist eine Änderung ohne erneutes Vergabeverfahren nur zulässig, wenn die übrigen Voraussetzungen des [§ 132 GWB](#) erfüllt sind. Insofern gilt im Sinne des [§ 132 Abs. 2 Nr. 1 und 4 GWB](#) keine Obergrenze; bei § 132 Abs. 2 Nr. 2 und 3 darf der Wert der Änderung dagegen nicht mehr als 50 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes betragen.

Zu beachten ist, dass wesentliche Auftragsänderungen während der Vertragslaufzeit grundsätzlich ein neues Vergabeverfahren erfordern ([§ 132 Abs. 1 GWB](#)). Diese Anforderung wird durch [§ 130 Abs. 2 GWB](#), der im Gesetzeswortlaut ausschließlich nur von der 10 %-Grenze des [§ 132 Abs. 3 GWB](#) eine Abweichung statuiert, nicht außer Kraft gesetzt, mithin auch dann nicht, wenn der Auftragswert die in Absatz 2 avisierte 30 %-Grenze nicht überschreitet. Somit gelten auch für die Sonderregelung des [§ 130 GWB](#) die in [§ 132 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GWB](#) aufgeführten Kriterien einer wesentlichen Auftragsänderung, auch wenn dies dem gesetzlichen Grundgedanken eines vereinfachten Vergaberegimes in Einzelfällen widerstreben mag.

VII. Laufzeit einer Rahmenvereinbarung

[§ 65 Abs. 2 VgV](#) ermöglicht nach Maßgabe der [Richtlinie 2014/24/EU 45](#) bei personenbezogenen Dienstleistungen den Abschluss von Rahmenvereinbarungen nach [§ 103 Abs. 5 GWB](#), [§ 21 VgV](#) mit einer Laufzeit von maximal sechs Jahren. Absatz 2 weicht insofern von der in [§ 21 Abs. 6 VgV](#) geregelten allgemeinen Laufzeit von vier Jahren ab.

Der Sonderfall muss jedoch durch den Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründet sein. Gemeint ist der spezifische Auftragsgegenstand im Sinne des [§ 121 GWB](#). Nicht gerechtfertigt sind mithin Laufzeitverlängerungen zur Lösung infrastruktureller Probleme wie etwa zur Bewältigung von Personalengpässen. Ebenso wenig gerechtfertigt sind rein wirtschaftliche Erwägungen, – Laufzeitverlängerungen bspw. zur Amortisation von Kosten der Einarbeitung des Personals oder solche zum Ausgleich von Kosten bei zu erwartender geringer Auslastung der Einrichtung bzw. generell zur Reduzierung der Fixkosten des Auftraggebers. Denn dies sind Kriterien, die im Kontext der Eignungs- bzw. Zuschlagskriterien und nicht der Laufzeitverlängerung zu berücksichtigen sind ([§§ 122, 127 GWB](#)).

Abzulehnen ist somit die Auffassung des OLG Düsseldorf [46](#), wonach für die Laufzeitverlängerung nicht nur der Auftragsgegenstand, sondern auch „andere besondere Umstände“ herangezogen werden können. Der vom OLG behandelte Fall ist allerdings ein Grenzfall, da er Aufwendungen „bei der Entwicklung des Vertragsgegenstandes“ als zulässig erachtet, insofern „dem Auftragnehmer mit Rücksicht darauf eine Amortisation zugestanden werden soll“. Grundsätzlich aber ist der Wortlaut

des [§ 65 Abs. 2 VgV](#) mit seiner alleinigen Anknüpfung an den Auftragsgegenstand eindeutig und deshalb auch nicht im vorgenannten Sinne extensiv interpretierbar.

Fraglich ist das Bestehen eines Beurteilungsspielraums hinsichtlich des „begründeten Sonderfalles“. Das OLG Düsseldorf lehnt einen solchen in seiner Entscheidung vom 11. 4. 2012 selbst im Falle einer Prognoseentscheidung ab⁴⁷. In der Tat hat die Rechtsschutzgarantie des [Art. 19 Abs. 4 GG](#) die gerichtliche Vollkontrolle zum Maßstab und lässt entsprechende Lockerungen nur in Ausnahmefällen zu. Gerichte können jedoch nur kontrollieren, was in realistischer Weise auch zu kontrollieren „ist“. Prognosen und fachliche Wertungen sind hingegen in den letzten Details dem Beurteilungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers vorbehalten⁴⁸. Ein Beurteilungsspielraum bei Auslegung des begründeten Ausnahmefalles ist mithin anzuerkennen, wenn – auf der Grundlage eines klar umrissenen Auftragsgegenstandes – die für Laufzeitverlängerungen maßgeblichen Beurteilungsmaßstäbe offengelegt und nachvollziehbar nach sachlichen Kriterien ohne Diskriminierung bestimmter Anbieter zur Anwendung gebracht worden sind (Nachvollziehbarkeits- anstatt Vollzugskontrolle).

VIII. Abweichende Fristen

Der Auftraggeber kann nach [§ 65 Abs. 3 VgV](#) für den Eingang der Angebote und der Teilnahmeanträge Fristen bestimmen, die von den Fristen der [§§ 15 bis 19 VgV](#) abweichen. Daneben sind / ist im Sinne des nach Absatz 3 Satz 2 unberührt bleibenden [§ 20 VgV](#)

- die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote ggf. durch Fristverlängerung angemessen zu berücksichtigen
- die Information der Bieter bei erforderlichen Terminen vor Ort ggf. durch Fristverlängerung zu gewährleisten
- ggf. die Angebotsfristen zu verlängern, wenn wesentliche Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen oder zusätzliche Informationen des öffentlichen Auftraggebers von diesem nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden.

IX. Personen- und bieterbezogene Kriterien

[§ 65 Abs. 5 VgV](#) eröffnet die Möglichkeit, bestimmte personen- oder bieterbezogene Kriterien mit Bezug zum Auftragsgegenstand zu berücksichtigen. Insofern soll nationalen Besonderheiten bei der Vergabe personenbezogener Dienstleistungsaufträge besonders Rechnung getragen werden. Für „nachrangige“ Dienstleistungen (Anhang I B) erlaubten [§ 4 Abs. 2 Satz 2 VgV](#), [§ 5 Abs. 1 Satz 2 VgV](#) auch bisher schon die Berücksichtigung der Qualifikation und Erfahrung des bei der Durchführung des Auftrags eingesetzten Personals als Zuschlagskriterium, wobei die Gewichtung 25 % nicht übersteigen sollte ([§§ 4 Abs. 2 Satz 4](#), [5 Abs. 1 Satz 4 VgV](#) a. F.). Letzteres ist entfallen.

Bei der Bewertung der in [§ 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV](#) genannten Zuschlagskriterien können der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals berücksichtigt werden.

Im Unterschied zu § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV kann sich die Erfolgs- und Qualitätsprüfung nach [§ 65 Abs. 5 VgV](#) auf bereits erbrachte Leistungen beziehen. Die Leistungen können in der Vergangenheit sowohl bei anderen Auftraggebern als auch beim jeweils durchführenden Auftraggeber erbracht worden sein. Ausreichend ist, dass belastbare Erfahrungswerte im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand vorliegen.

Das in [§ 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV](#) ebenfalls nicht genannte Erfolgskriterium bezieht sich auf den Zielerreichungsgrad der Dienstleistungen, also etwa auf Rückfall- und Integrationsquoten oder Schulungsergebnisse. Ob hierbei kürzere oder längere Beobachtungszeiträume zugrunde gelegt werden, ist prinzipiell dem Ermessen des Auftraggebers anheimgestellt (s. o.). Allerdings muss der Beobachtungszeitraum lang genug sein, um „überhaupt“ eine Erfolgsaussage zu ermöglichen. Zu berücksichtigen ist auch, inwieweit der Auftragsgegenstand auf die Nachhaltigkeit erreichter Ziele ausdrücklich abhebt, seiner Natur nach abheben muss oder im Rahmen prognostischer Unwägbarkeiten nur abheben kann.

Im Übrigen gelten die sonstigen Kriterien des [§ 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV](#): Berücksichtigungsfähig sind Organisation, Qualifikation und Erfahrung. Insbesondere mit „Organisation“ ist auch die Prozessorganisation gemeint. Unter „Qualifikation“ sind sämtliche formalisierten bzw. zertifizierten Qualifikationen zu verstehen. Die „Erfahrung“ ist nur dann maßgeblich, wenn sie einen deutlichen Bezug zum Auftragsgegenstand hat und nicht nur auf oberflächlichen Eindrücken beruht.

Es können die bisherigen Leistungen des Bieters oder seines Personals berücksichtigt werden. Beim Bieter handelt es sich regelmäßig um das jeweilige Unternehmen. Das Personal kann Stammpersonal des Bieters, aber auch sporadisch eingesetztes Personal sein, insofern dieses mit einer gewissen Regelmäßigkeit in der Vergangenheit zum Einsatz gelangt ist und deshalb Erfahrungswerte vorliegen, mit denen ein deutlicher Bezug zum Auftragsgegenstand hergestellt werden kann.

Die in [§ 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV](#) genannte Voraussetzung, dass die einschlägigen Zuschlagskriterien nur herangezogen werden können, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, gilt – ebenso wie die anderen relevanten Zuschlagskriterien des [§ 58 VgV](#) – auch für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des [§ 130 GWB](#). Die Berücksichtigungsfähigkeit dieser Kriterien erfolgt im Einklang mit der Rechtsprechung des EuGH, der für Dienstleistungen mit intellektuellem Charakter klargestellt hat, dass die berufliche Qualifikation und Erfahrung der konkret für die Ausführung vorgesehenen Mitarbeiter als Merkmale der „Qualität“ eines Angebots bewertet werden dürfen⁴⁹.

Die Qualifikation und Erfahrung des Personals muss sich demnach konkret auf den Auftrag beziehen; es darf mithin nur das jeweilige für die Auftragsausführung vorgesehene Personal beurteilt werden. Deshalb muss der Auftraggeber vertraglich sicherstellen, dass die bewerteten Personen auch tatsächlich eingesetzt werden. Ein Austausch darf nur in Abstimmung mit dem Auftraggeber und nur unter der Voraussetzung stattfinden, dass das neue Personal über mindestens die gleiche Qualifikation und Erfahrung verfügt. Im Rahmen der Eignungsprüfung kann die allgemeine Erfahrung des Bieters (insb. Referenzaufträge über vergleichbare Leistungen) indes abgefragt werden. In diesem Fall aber sind Überschneidungen zu vermeiden, insofern diese zu einer unzulässigen, weil doppelten Berücksichtigung der Erfahrung führen⁵⁰.

[§ 65 Abs. 5 Satz 2 VgV](#) hebt beispielhaft hervor, welche Kriterien für die Bewertung des Erfolgs und der Qualität in Betracht kommen, nämlich Eingliederungsquoten, Abbruchquoten, erreichte

Bildungsabschlüsse und Beurteilungen der Vertragsausführung. Die Beispiele sind allerdings nur auf Dienstleistungen des [SGB II](#) und [III](#) bezogen. Informationen in dieser Hinsicht liefern die sog. Eingliederungsbilanzen nach [§ 54 SGB II](#) und [§ 11 SGB III](#).

X. Einzelfragen

1. Dreiecksverhältnis

In der [Richtlinie 2014/24/EU](#) wird klargestellt, dass Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden sollten, sondern als einfache Zulassungssysteme.

Daraus folgt, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilfe-, jugendhilfe-, behinderten- und pflegeversicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnis des [SGB XII](#), [VIII](#), [IX](#) und [SGB XI](#) nicht der [Richtlinie 2014/24/EU](#) unterfällt⁵¹. Gleiches gilt für die Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen, für ärztliche Dienstleistungen und für Zulassungen für Arzneimittel ⁵².

Bezogen auf das Dreiecksverhältnis kann daraus jedoch kein Verbot der Anwendung von [Vergaberecht](#), also der nationalen Einführung selektiver Strukturen, abgeleitet werden, wenn das Gesetz in dieser Hinsicht offen ist bzw. keine eindeutigen Verbote enthält. In diesem Fall greift in Deutschland das teilweise auch kommunalverfassungsrechtlich ([Art. 28 Abs. 2 GG](#)) flankierte Beschaffungsermessen der öffentlichen Hand hinsichtlich der Wahl der Finanzierungsformen. Ein solches Bedürfnis der Verwaltungspraxis nach Selektivität ist angesichts eines mittlerweile unkoordinierbaren Wildwuchses von Anbietern vor dem Hintergrund sozialräumlicher Netzwerkstrategien⁵³ seit nunmehr zwei Jahrzehnten auszumachen.

Die Möglichkeit des Zugriffs auf [Vergaberecht](#) wird von Rechtsprechung⁵⁴ und Literatur⁵⁵ unter Verweis auf die angeblich vergabefeindlichen Strukturen der einschlägigen Leistungsgesetze und die Verfassungslage (insb. [Art. 12 GG](#)) indes ganz überwiegend in Frage gestellt. Zum Teil wird [Vergaberecht](#) aber auch seitens der relevanten Akteure in der praktischen Umsetzung als zu schwierig angesehen. Es kann dahinstehen, ob dies bislang tatsächlich so gesehen oder nur zum Schutz von Anbieterinteressen vorgebracht wurde. Jedenfalls dürfte das neue [Vergaberecht](#) mit [§ 130 GWB](#) Anlass genug für ein Umdenken sein, sieht man einmal davon ab, dass das bisherige Gesetzesrecht im Übrigen bei genauer Betrachtung nie so vergabefeindlich gewesen ist wie vielfach behauptet⁵⁶.

2. Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens

Die im Anhang XIV [Richtlinie 2014/24/EU](#) aufgeführten Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und dazugehörige Dienstleistungen unterfallen dem Anwendungsbereich des [§ 130 GWB](#) bei Erreichen bzw. Überschreiten des maßgeblichen Schwellenwertes von 750.000 Euro. Die [Richtlinie 2014/24/EU](#) stellt in Art. 1 Abs. 5 und der Fußnote zu Anhang XIV klar, dass Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung nicht von der Richtlinie erfasst sind,

wenn sie als nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse⁵⁷ organisiert werden, die als solche grundsätzlich nicht unter den AEUV fallen. Gemeint sind im hiesigen Kontext Pflichtversicherungssysteme der Mitgliedstaaten als Anbieter von Versicherungsleistungen. Werden diese jedoch als Auftraggeber (§ 99 Nr. 2 GWB) privat erbrachter Dienstleistungserbringer des Gesundheitswesens tätig, gilt bei Erreichen des einschlägigen Schwellenwertes (§ 106 Abs. 2 GWB i.V. m. Art. 4 Richtlinie 2014/24/EU: 750.000 Euro) nicht anders als sonst die Sonderregelung des § 130 GWB.

3. Patientenbeförderung, Notfallrettungsdienste, Krankenwagen

Als Dienstleistung im Sinne des § 130 GWB gilt auch der Einsatz von Krankenwagen zur reinen Patientenbeförderung. Dagegen unterfallen Notfallrettungsdienste und der Einsatz von Krankenwagen, sofern er in allgemeinen und fachspezifischen ärztlichen Dienstleistungen in einem Rettungswagen besteht, nicht dem Vergaberecht (Art. 10 Buchstabe h) Richtlinie 2014/24/EU und § 107 Nr. 4 GWB)⁵⁸.

Im Submissionsmodell, bei dem im Unterschied zum Konzessionsmodell⁵⁹ bislang Vergaberecht angewendet wurde, würde die Beauftragung mithin vergabefrei erfolgen. Es ist mehr als fraglich, ob dies durch die Bereichsausnahme in Art. 51, 62 AEUV gerechtfertigt sein kann. Allein der Verweis auf den hoheitlichen Charakter der Aufgabe⁶⁰ aber dürfte nicht ausreichen, solange diese von privaten Dienstleistern ausgeführt wird. Gemessen am früheren Recht widerspricht diese Entwicklung klar der Rechtsprechung des EuGH⁶¹, aber auch, wenn man diese Kategorie hier für anwendbar hält, dem bisherigen Verständnis von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (Art. 14 AEUV)⁶². Außer Kraft gesetzt wird mit der Neuregelung angesichts national fortbestehender selektiver Strukturen hierdurch die wettbewerbliche Funktion des Vergaberechts.

4. Unterschwellenbereich

Man wird abwarten müssen, welche Anforderungen im Unterschwellenbereich an soziale und andere besondere Dienstleistungen gestellt werden. Dies ließ sich im Bearbeitungszeitpunkt (April 2016) noch nicht absehen. Die bislang im Unterschwellenbereich anwendbaren Verdingungsordnungen galten bislang nur durch ausdrücklichen Verweis innerhalb des die Vergabe im Unterschwellenbereich regelnden Haushaltsrecht des Bundes, der Länder und der Kommunen.

Bei Dienstleistungsaufträgen der Sozialversicherungen sind Besonderheiten zu beachten. So fordert § 22 Abs. 2 SVHV u. a. für den Bereich der Gesundheitsdienstleistungen, dass beim Abschluss von Dienstleistungsverträgen nach einheitlichen Richtlinien zu verfahren ist, wie sie insbesondere in den jeweils geltenden Verdingungsordnungen enthalten sind. In dieser Hinsicht aber sollte klar gesehen werden, dass dies kein Verweis ist, wie er für eine unmittelbare Geltung von Verdingungsordnungen voraussetzen wäre. Zwar gilt § 22 SVHO durch § 105 BHO für Bundeskörperschaften entsprechend, ist aber selbst für eine Inkraftsetzung von Verdingungsordnungen nicht deutlich genug. Denn eine bloße Orientierung an Verdingungsordnungen bedeutet nicht deren Geltung, erst recht nicht, wenn die eigentliche Vergaberegulung wie hier in eigenständigen Richtlinien erfolgen soll.

XI. Ausblick

Das [Vergaberecht](#) ist durch den Wegfall der Verdingungsordnungen im Oberschwellenbereich und die gut strukturierten Verfahrensregeln in der VgV insgesamt übersichtlicher geworden. Dass es auch in der Praxis personennaher Dienstleistungen zu einer leichteren und vor allem flexibleren Handhabung führen wird steht zu erwarten. Ob es darüber hinaus allerdings auch zur Überwindung der bei manchen Auftraggebern vorhandenen Scheu vor dem [Vergaberecht](#) beitragen und ihre eher moderate Haltung gegenüber den Bietern verändern wird, bleibt abzuwarten.

☐
Fußnoten

[1\)](#)

BGBl. I 2016, S. 203 sowie BGBl. I 2016, S. 624; vgl. zum Inkrafttreten: Art. 3 VergModG; zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung vgl. BT-Drucks. 18/6281.

[2\)](#)

BT-Drucks. 18/6281, S. 2 und S. 114 ff.

[3\)](#)

Erwägungsgründe 114 ff. der [Richtlinie 2014/24/EU](#); als Orientierungsrahmen bei der Ausgestaltung des Verfahrens ferner unter Hinweis auf Protokoll Nr. 26 zu Art. 14 AEUV (Dienste von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse).

[4\)](#)

EuGH v. 26. 3. 2015, Rs. C-601/13 (Ambisig), unter Betonung des Ermessens des Auftraggebers bei der Berücksichtigung „weicher“ Zuschlagskriterien (Erfahrung und Qualifikation der zum Einsatz gelangenden Personen) im Rahmen der [Richtlinie 2004/18](#).

[5\)](#)

Art. 76 Abs. 2 [Richtlinie 2014/24/EU](#), [§ 65 VgV](#); vgl. hierzu BT-Drucks. 87/16, S. 219.

[6\)](#)

Erwägungsgrund 114 sowie Art. 76 [Richtlinie 2014/24/EU](#).

[7\)](#)

[§ 130 GWB](#) i. V. m. [§ 65 Abs. 1 VgV](#).

[8\)](#)

Erwägungsgrund 114 [Richtlinie 2014/24/EU](#).

[9\)](#)

BT-Drucks. 18/6281, S. 115.

10)

Art. 76 Abs. 1 [Richtlinie 2014/24/EU](#).

11)

Art. 75 [Richtlinie 2014/24/EU](#), § 66 VgV.

12)

Art. 74 i. V.m. Art. 4 d) [Richtlinie 2014/24/EU](#), §§ 106 Abs. 2 Nr. 1 und [§ 130 Abs. 1 Satz 1 GWB](#); insofern wird nach Erwägungsgrund 114 Richtlinie [2014/24/EU](#) davon ausgegangen, dass Dienstleistungen mit einem unter diesem Schwellenwert angesiedelten Auftragswert für Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten im Regelfall ohne Interesse seien.

13)

Art. 33 Abs. 1 i. V. m. Art. 76 Abs. 1 [Richtlinie 2014/24/EU](#); § 65 i. V. m. [§ 21 Abs. 6 VgV](#).

14)

Anstatt vieler etwa Vergabekammer Nordbayern v. 19. 10. 2015 – 21.VK-3194-38/15 (privatrechtliche Stiftung).

15)

Insofern zum öffentlichen Auftrag BT-Drucks. 18/6281, S. 73. Dass das leistungserbringungsrechtliche Dreieck für sich genommen keine Auftragsvergabe darstellt dürfte mittlerweile allgemein anerkannt sein. Die eigentliche Auseinandersetzung kreist demgegenüber um die Frage, inwiefern die staatliche Verwaltung gemessen am nationalen Leistungserbringungsrecht die Wahl zwischen Dreiecksverhältnis und [Vergaberecht](#) hat. Hierzu etwa [Luthe](#), Die Anwendbarkeit von [Vergaberecht](#) in der Sozialhilfe, [ZfF 2015, 80–86](#).

16)

BGH v. 16. 6. 2015 – [KZR 3/14](#), juris Rn. 35.

17)

Grundlegend OLG Düsseldorf v. 5. 5. 2004 – [Verg 78/03](#), [NZBau 2004, 398–400](#); [EuG v. 4. 3. 2003, Rs. T-319/99](#), Slg. 2003, II-357 Rn. 36 ff. ([BGH, Urt. v. 16. 6. 2015 – KZR 3/14](#), juris Rn. 35).

18)

EuGH v. 9. 6. 2009, Rs. C-480/06 (Stadtreinigung Hamburg).

19)

Zeiss, Sichere Vergabe, 2. Aufl. 2012, S. 42.

20)

BayObLG v. 4. 2. 2002 – [Verg 1/02](#), [Vergaberecht 2002, 305–307](#).

[21\)](#)

Etwa EuGH v. 6. 4. 2006, Rs. C-410/04 (ANAV), [NZBau 2006, 58–63](#) (insb. zum Verwaltungsmonopol).

[22\)](#)

Europäische Kommission, Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union, Mitteilung vom 11. 3. 1998, KOM (98) 143 endg., S. 9.

[23\)](#)

VK Hessen v. 27. 4. 2007 – 69d VK – 11/2007 – Neue Wege.

[24\)](#)

EuGH v. 15. 10. 2009, Rs. C-1906/08 (Acoset).

[25\)](#)

EuGH v. 22. 10. 2015, Rs. C-552/13 (Grupo Hospitalario Quiron).

[26\)](#)

CPV = Common Procurement Vocabulary: mit der [VO \(EG\) Nr. 2195/2002](#) wurde für das öffentliche Auftragswesen ein gemeinsames Vokabular und damit ein einheitliches Klassifikationssystem eingeführt, die die Auftraggeber für die Beschreibung des Auftragsgegenstandes verwenden.

[27\)](#)

Vgl. insofern auch BT-Drucks.87/16, S. 218: „Allerdings müssen (für das Vorliegen einer Dienstleistung, der Verf.) die genauen Voraussetzungen der im Anhang XIV ...genannten Referenznummern ... erfüllt sein.“ Ferner BT-Drucks. 18/6281, S. 115: „Insofern gilt das erleichterte Regime ausschließlich für die in den genannten Anhängen aufgeführten Dienste...“.

[28\)](#)

VK Sachsen v. 9. 7. 2010 – 1/SVK/021-10.

[29\)](#)

Erwägungsgrund 119 [Richtlinie 2014/24/EU](#): „Es ist angezeigt, diese Dienstleistungen durch Bezugnahme auf spezifische Posten des mit der [Verordnung \(EG\) Nr. 2195/2002](#) des Europäischen Parlaments und des Rates (1) angenommenen „Gemeinsamen Vokabulars für öffentliche Aufträge“ (CPV) zu identifizieren.“

[30\)](#)

Vgl. hierzu VK Sachsen v. 9. 7. 2010 – 1/SVK/021-10.

[31\)](#)

Erwägungsgrund 119 [Richtlinie 2014/24/EU](#); Erwägungsgrund 125 [Richtlinie 2014/25/EU](#) sowie BT-Drucks. 18/6281, S. 115.

[32\)](#)

Vgl. BT-Drucks. 18/6281, S. 115 sowie Erwägungsgrund 125 [Richtlinie 2014/25/EU](#).

[33\)](#)

BayObLG v. 11. 12. 2001 – [Verg 15/01](#), [NZBau 2002, 233–235](#).

[34\)](#)

Rat der EU v. 16. 11. 2010, Freiwilliger Europäischer Qualitätsrahmen für Sozialdienstleistungen, S. 5 ff.

[35\)](#)

BR-Drucks. 87/16, S. 218.

[36\)](#)

VK Bund v. 8.10. 2003 – VK 2-78/03; Schleswig-Holsteinisches ObLG v. 13. 10. 2000 – [6 Verg 4/2000](#), [6 Verg 4/00](#) (zur Losaufteilung); [VG Bayreuth v. 7. 1. 2014 – B 5 K 11.355](#).

[37\)](#)

VK Bund v. 25. 6. 2003 – VK 1-45/03 sowie BayObLG v. 20. 4. 2005 – Verg 26/04 (Transparenz, Gleichbehandlung, Wettbewerbskonformität).

[38\)](#)

Vgl. hierzu auch BT-Drucks. 18/6281, S. 116.

[39\)](#)

BT-Drucks. 18/6281, S. 116.

[40\)](#)

Vgl. zu dieser neuen Verfahrensart Art. 31 [Richtlinie 2014/24/EU](#) sowie BT-Drucks. 18/6281, S. 98.

[41\)](#)

Ähnlich BT-Drucks. 18/6281, S. 116; zu den Grundsätzen der Vergabe vgl. ferner VK Bund v. 25. 6. 2003 – VK 1-45/03 sowie BayObLG v. 20. 4. 2005 – Verg 26/04.

[42\)](#)

BT-Drucks. 18/6281, S.116.

[43\)](#)

EuGH v. 10. 4. 2003, Rs. C-20/01 (Kommission / Deutschland), juris Rn. 63.

[44\)](#)

BT-Drucks. 18/6281, S. 116.

[45\)](#)

Vgl. Art. 33 Abs. 1 Unterabsatz 3 („angemessen begründeter Sonderfall“) sowie Art. 76 (Einräumung von Spielräumen der Umsetzung) [Richtlinie 2014/24/EU](#).

[46\)](#)

OLG Düsseldorf v. 11. 4. 2012 – [VII-Verg 95/11](#), [Verg 95/11](#), juris Rn. 50.

[47\)](#)

OLG Düsseldorf v. 11. 4. 2012 – [VII-Verg 95/11](#), [Verg 95/11](#), juris Rn. 50.

[48\)](#)

So - generell zu Prognoseentscheidungen – OLG Düsseldorf v. 23. 5. 2012 - [VII-Verg 4/12](#), [Verg 4/12](#); ferner zum Beurteilungsspielraum bei Gewichtungsfällen: Vergabekammer Sachsen-Anhalt v. 7. 1. 2016 – [3 VK LSA 74/15](#).

[49\)](#)

EuGH v. 26. 3. 2015, Rs. C-601/13 (Ambisig); vgl. auf der gleichen Linie bereits früh das [OLG Düsseldorf v. 5. 5. 2008 – VII-Verg 5/08](#); [OLG Düsseldorf v. 21. 5. 2008 – VII-Verg 19/08](#).

[50\)](#)

OLG München v. 21. 11. 2013 – [Verg 9/13](#).

[51\)](#)

Sie ist nach derzeitiger gesetzlicher Ausgestaltung im [SGB VIII](#), [XII](#) und [IX](#) aber auch keine Konzession, vgl. Erwägungsgrund 13 [Richtlinie 2014/23/EU](#) v. 26. 2. 2014 über die Konzessionsvergabe.

[52\)](#)

Erwägungsgrund 4 [Richtlinie 2014/24/EU](#); BT-Drucks. 18/6281, S. 115.

[53\)](#)

Insofern zur wettbewerbsrechtlichen Dimension vgl. [Luthe](#), [NDV 2001](#), 247 ff.

[54\)](#)

Anstatt Vieler vgl. OVG Berlin v. 4. 4. 2005 – [6 S 415/04](#); [OVG Münster v. 18. 3. 2005 – 12 B 1931/04](#); OLG Düsseldorf, Beschl. v. 22. 9. 2004 – VII Vergabe 44/04; [OVG Berlin v. 4. 4. 2005 – 6 S 415/04](#); OVG HH, RsDE 59, 87, 92.

[55\)](#)

Zum [SGB VIII](#) vgl. Stähr / Hilke, [ZfJ 1999](#), 155, 163; zum [SGB XII](#) vgl. Neumann in Hauck / Noftz / [Luthe](#), [SGB XII](#) (2016), § 75 Rn. 61; zum [SGB IX](#) vgl. Welti, SDSRV 60 (2011), 93 ff., 100; im Übrigen übergreifend die Beiträge von Neumann, Brünner sowie Philipp in Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2005, 7, 77, 85 und Engler, RsDE 2010, 41 ff.

[56\)](#)

Rixen, SDSRV 60 (2010), 76; Rixen, Archiv für Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit 2005, 106, 123; [Luthe](#), [ZfF 2015, 80–86](#), abgedruckt auch bei: <http://www.info-sozial.de/Detailed/2421.html>; [Luthe](#) in Hauck / Noftz / [Luthe](#), [SGB XII](#) (2016), Einführung E 010, Rn. 277 ff. sowie [Luthe](#) in [Luthe](#) / Nellissen, [jurisPK-SGB VIII](#) (2015), § 1 Rn. 45 ff.; zum [SGB IX](#) vgl. [Luthe](#) in [Luthe](#) (Hg.), [Rehabilitationsrecht](#), 2. Aufl. 2015, Rn. 18a.

[57\)](#)

Hierzu Wernicke in Grabitz / Hilf / Nettessheim, [Das Recht der Europäischen Union](#) (Stand: 8/2015), Art. 106 AEUV, Rn. 38.

[58\)](#)

Vgl. – anstatt vieler – zu § 133 [SGB V](#) (Submissions- und Konzessionsmodell bei Krankentransporten) [Luthe](#), in Hauck / Noftz, [SGB V](#) (2016), § 133 Rn. 25a–25e.

[59\)](#)

EuGH v. 10. 3. 2011, Rs. C-274/09 (Privater Rettungsdienst und Krankentransport Stadler / Zweckverband Passau).

[60\)](#)

Anstatt vieler OLG Naumburg v. 15. 7. 2008, [Vergaberecht](#) 2008, 821.

[61\)](#)

Zum Submissionsmodell vgl. EuGH v. 29. 4. 2010, Rs. C-160/08 (Kommission / Bundesrepublik Deutschland); vgl. zum Submissions- und Konzessionsmodell im Übrigen [Luthe](#) in Hauck / Noftz, [SGB V](#) (2016), § 133 Rn. 25a ff.

[62\)](#)

Europäische Kommission v. 29. 4. 2013, Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, S. 98.