

Das neue Vergaberecht

Workshop 5

Dr. Friederike Mussgnug
Diakonie Deutschland
17. September 2018

Gliederung

- I. Vergaberecht – Kaskade oder Flickenteppich?
- II. Reform oder Reförmchen des Vergaberechts?
- III. Eckpunkte des reformierten Vergaberechts
- IV. Chancen des neuen Vergaberechts
- V. Risiken des neuen Vergaberechts
- VI. Handlungsbedarfe aufgrund des neuen Vergaberechts

I. Vergaberecht – Kaskade oder Flickenteppich?

Unterhalb Schwellenwert

- **Grundlage: Haushaltsrecht**
- Vorschriften des Bundes und der Länder zur Konkretisierung der jeweiligen Haushaltsordnungen
- Regelungsinstrument:
Landesvergabegesetz und/oder UVgO* (ggf. noch VOL und VOF) und VOB
*) UVgO-Vergaberechtsregelungen dem reformierten Vergaberecht in kleinerem Maßstab angepasst

Oberhalb Schwellenwert

- **Grundlage: EU-Wettbewerbsrecht**
- Vergaberichtlinie RL 2014/24/EU, Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU Sektorenrichtlinie RL 2014/25/EU
- Richtlinien umgesetzt durch Bundesrecht in
 - GWB 4. Teil §§ 97 ff
 - Vergabeverordnung (VgV), Konzessionsverordnung (KonzVO) und Sektorenverordnung (SektVO)

I. Vergaberecht – Kaskade oder Flickenteppich

Stand Umsetzung der UVgO in Bund und Ländern

Bund	seit 2. September 2017 in Kraft		
Baden-Württemberg	zum 1. Oktober 2018 (befristet bis 31.12.2024)	Niedersachsen	keine Information
Bayern	seit 1. Januar 2018 in Kraft	Nordrhein-Westfalen	seit 9. Juni 2018 in Kraft
Berlin	voraussichtlich Oktober 2018	Rheinland-Pfalz	keine Informatio
Brandenburg	seit 1. Mai 2018 in Kraft	Saarland	seit 1. März 2018 in Kraft
Bremen	seit 19. Dezember 2017 in Kraft	Sachsen	keine Information
Hamburg	seit 1. Oktober 2017 in Kraft	Sachsen-Anhalt	keine Information
Hessen	keine Information	Schleswig-Holstein	voraussichtlich 2. Halbjahr 2018
Mecklenburg-Vorpommern	seit 31.7.2018 in Kraft	Thüringen	voraussichtlich 2. Halbjahr 2018

Quelle: <https://www.forum-verlag.com/themenwelten/kommunales/vergaberecht/unterschwelvenvergabeordnung-uvgo-zeitplan-fuer-die-einfuehrung-in-den-bundeslaendern>

II. Reform oder Reförmchen des Vergaberechts?

1. Grundlage für Reform: EU Legislativpaket von 2014
 - Reformbedarf durch EU-Konsultationsverfahren erhoben
 - Reformziele teilweise widersprüchlich:
 - z. B. Flexibilität für Auftraggeber und Rechtssicherheit für Beteiligte; Effiziente und strategische Vergabe; Mittelstandsschutz.
 - Anerkennung besonderer Rahmenbedingungen für soziale Dienstleistungen
Gewährleistungsauftrag: Mitgliedsstaaten stellen sicher, dass bei Vergabe von sozialen Dienstleistungen die besonderen Belange des sozialen Bereichs berücksichtigt werden (Art. 74 ff VRL)
2. Umsetzung in Deutschland: 1:1-Übernahme unter Zeitdruck
 - Grundidee: an sich gilt das allgemeine Vergaberecht.
 - Sonderregime: punktuelle Ausnahmen (insb. durch weiteres Ausdehnen der bestehenden Gestaltungsspielräume – Ziel: mehr Flexibilität für Auftraggeber).
 - Wirksamkeit des Sonderregimes: noch schwer einzuschätzen. Anhängig davon, ob Auftraggeber die Freiräume nutzen werden.

III. Eckpunkte des Vergaberechts – Überblick

Vergaberecht nach Leitfragen gegliedert:

- (1) Auftrag?
- (2) Bereichsausnahme?
- (3) Anwendbarkeit des Sonderregimes für soziale Dienstleistung oder andere besondere Dienstleistung i. S. des Vergaberechts?
- (4) Schwellenwert erreicht?
- (5) Relevante Verfahrensregelungen beachtet?
- (6) Möglicher Rechtsschutz?

III. Eckpunkte des Vergaberechts – öffentlicher Auftrag

Geregelt in § 103 GWB

- Auftragsbegriff: sog. **funktionales** Verständnis sichert weiten Anwendungsbereich.
 - **Exklusivität** des Zuschlags: neben Auftragnehmer keine anderen Konkurrenten, Wettbewerb über die Auswahlentscheidung des Auftraggebers (Art. 1 Abs. 2 VRL)
 - **Entgeltlichkeit** des Vertrags: Auftragnehmer erhält Vergütung unmittelbar von Auftraggeber, allenfalls begrenztes wirtschaftliches Risiko (Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 VRL)
- Auftragsvergabe im Sozialrecht?
 - Vergaberecht greift, wenn die Merkmale des Auftrags erfüllt sind.
 - Auftragsvergabe teilweise gesetzlich vorgeschrieben oder zugelassen in § 45 SGB III, § 17 SGB II, §§ 69, 127 SGB V.
 - Soweit keine gesetzliche Anordnung oder Zulassung der Auftragsvergabe: Kommt **allein** darauf an, ob faktisch ein Auftrag i.S.v. § 103 GWB vorliegt. Frage: Enthält das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts? Ist im Anwendungsbereich des Dreiecksverhältnisses die Auftragsvergabe zulässig?

III. Eckpunkte des Vergaberechts – öffentlicher Auftrag

1. Enthält das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis mit den Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen einen öffentlichen Auftrag im Sinne des Vergaberechts?
 - Sozialrechtliche Einschätzung: nein
 - Weder exklusive noch entgeltliche Vereinbarung: Leistungsträger kann beliebig viele Verträge abschließen ohne auch nur einen einzigen Vergütungsanspruch zu begründen.
 - Wettbewerb findet statt; aber zwischen Leistungserbringern um Inanspruchnahme durch wahlberechtigte Kunden.
 - Vergaberechtliche Betrachtung: ja
 - Wirtschaftliche Betrachtungsweise
 - Geld fließt im Rahmen einer vergaberechtlichen Rahmenvereinbarung unmittelbar vom Auftraggeber an den Anbieter
 - Soweit Vertragsabschluss im Ermessen der Leistungsträger: Auswahlentscheidung
 - Bedenken gegen Annahme eines öffentlichen Auftrags:
 - Verkürzte Perspektive: verkennt Bedeutung die der Position des Leistungsberechtigten zukommt.
 - Selbst Ermessensspielraum gibt keine Befugnis zur vergaberechtsrelevanten Auswahlentscheidung unter geeigneten Bietern; keine zulässige Bedarfssteuerung.

III. Eckpunkte des Vergaberechts – öffentlicher Auftrag

2. Sind im Bereich des Dreiecksverhältnisses exklusive Auftragsvergaben zulässig?

Sozialrechtliche Einschätzung: nein

- Dreiecksverhältnis vorrangiges Modell der Leistungserbringung.
- Bedeutung der **Trägerpluralität** während der gesamten Leistungserbringung.
 - **Wunsch- und Wahlrecht** der Leistungsberechtigten garantiert Mitwirkungs- und Selbstbestimmungsrechte im Leistungsprozess.
Reicht nicht, Trägerpluralität auf den Wettbewerb vieler Anbieter um den Zuschlag und den Abschluss exklusiver Leistungsverträge mit dem Leistungsträger zu beschränken.
 - Untersagen einer Ausschreibung stellt den Wettbewerbsgedanken nicht in Frage, da der Wettbewerb (um Belegung durch den Leistungsberechtigten) stattfindet.
 - Eingeschränktes Ermessen bei der Entscheidung über den Vertragsabschluss: Angebotssteuerung kein zulässiger Ermessens Gesichtspunkt
 - Exklusivverträge sind Eingriff in die Berufsfreiheit der Anbieter, der nicht durch Gebot der Wirtschaftlichkeit gerechtfertigt ist: Wirtschaftlichkeit hinreichend gesichert, da Zahlungsverpflichtung erst über den Beitritt der Leistungsträger zum Dienstleistungsvertrag zwischen Anbieter und Leistungsberechtigtem entsteht.

III. Eckpunkte des Vergaberechts – Bereichsausnahme

- **GWB-Vergaberecht ist wettbewerbsrechtlicher Bieterschutz!**
Die exklusive Auftragsvergabe schafft besonderes Schutzbedürfnis: Gewährleistung von **Transparenz und Chancengleichheit** schützen Bieter vor Benachteiligung und sachwidrigen Vergabeentscheidungen.
- **Bereichsausnahme:**
In besonderen Fällen überwiegt das Interesse am Erhalt bestimmter Leistungsstrukturen die allgemeinen Bieterbelange. Aufträge können dann „freihändig“ ausgehandelt und vergeben werden.
- In § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB unter Anderem vorgesehen für **Rettungsdienste**
 - RL 2014/24/14 und § 107 Nr. 4 GWB: Erhalt der die Katastrophendienste tragenden **gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen**.
 - Aber: Patientenbeförderung ohne Rettungsbezug (notärztliche Versorgung im Rettungswagen) ist soziale Dienstleistung i.S.v. Sonderregime
 - Aktuell: Vorlage OLG Düsseldorf (B.v. 12.6.2017, VII-Verg 34/16) zum EuGH (C-475/17) wegen unzulässiger Privilegierung gemeinnütziger Organisationen.

III. Eckpunkte des Vergaberechts – Soziale Dienstleistungen?

- Prämisse: Geringere Binnenmarktrelevanz sozialer Dienstleistungen rechtfertigt Modifikationen des Vergaberechts.
 - Personenbezogenheit und hoher Kommunikationsbedarf
 - Verankerung der sozialen Dienstleistungen im kulturellen Kontext der jeweiligen Mitgliedsstaaten (RL 2014/24/EG Erwägungsgrund 114)
 - **Gilt nur für Dienstleistungen!**
- „Privilegierte“ Dienstleistungen in einem abschließenden Katalog aufgezählt, auf den § 130 GWB verweist
 - Anhang XIV zu RL 2014/24/EU bzw. Anhang IV zu RL 2014/23/EU: gegliedert nach Dienstleistungsarten und hinterlegt mit sog. CPV-Codes (<http://www.cpvcode.de/index.html>) Soziale Dienstleistungen:
 - z. B. Beratungsdienste (CVP-Code 853120-8)
 - Nicht umfasst: Arznei- und Hilfsmittel (CVP-Code 33000000-0)
- Prüffrage: ist ausgeschriebene Dienstleistung diesem Katalog zuzuordnen?

III. Eckpunkte des Vergaberechts – Schwellenwert

- Grundidee: Aufwand der europaweiten Ausschreibung für Bagatellbeschaffung unangemessen.
- Maßstab für Binnenmarktrelevanz **Auftragsvolumen**.
- Wegen geringerer Binnenmarktrelevanz liegt Bagatellgrenze bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen deutlich höher als bei allgemeinen Dienstleistungen.
 - **soziale und andere besondere Dienstleistungen: 750.000 €**
 - allgemeine Dienstleistungen: 221.000 €
 - Bauleistungen 5.548.000 Euro.
- Binnenmarktrelevanz des Oberschwellenbereichs für Ausschreibungen im sozialen Sektor:
 - Gesundheitsbereich
 - Ausschreibungen überwiegend Warenbeschaffung. Dabei Schwellenwert i.d.R. überschritten
 - Arbeitsmarktdienstleistungen – abhängig von Maßnahmeart
 - Kommunale freiwillige Leistungen – Schwellenwert i.d.R. nicht überschritten

III. Eckpunkte des Vergaberechts – Relevante Verfahrensregelungen

- „Sonderregime“ geregelt in § 130 GWB und §§ 64 ff VgV (§ 49 UVO)
- EU-rechtliche Vorgaben (VRL 2014/24/EU Art. 74 ff):
 - Transparenz und Chancengleichheit müssen gewahrt sein
 - Freiraum für Berücksichtigung sozialer Belange und Verfahrensgestaltung
 - Besondere Anforderungen an Bekanntmachung und Veröffentlichung (Art. 75)
 - Gewährleistungsauftrag: Wahrung sozialrechtlicher Wertungen (Art. 76 Abs. 2)
- Umsetzung in deutsches Recht: Sozialvergaberecht unterliegt grundsätzlich dem normalen Vergaberecht, soweit nicht punktuelle Ausnahmen greifen.
 - Geregelt in § 130 GWB und § 65 ff VgV
 - Sonderregime enthält Gestaltungsspielräume, keine zwingenden Anordnungen. Insb.
 - (weitgehend) freie Wahl der Vergabeverfahrensart, § 130 Abs. 1 GWB, § 65 Abs. 1 VgV, § 49 UVGO
 - Freihändige Nachbestellung im Rahmen des bisherigen Vertrags, § 130 Abs. 2 GWB
 - Verlängerte Laufzeiten bei Rahmenvereinbarungen i.S.d. Vergaberechts § 65 Abs. 2 VgV
 - Besondere qualitätsbezogene Zuschlagskriterien bei Arbeitsmarktdienstleistungen, § 65 Abs. 5 VgV

IV. Chancen des neuen Vergaberechts

Vergaberecht erkennt die Bedeutung der öffentlichen Hand für den jeweiligen Markt an.

- Verantwortung der öffentlichen Hand für ihr Beschaffungsverhalten
 - Öffnung für “strategischen Vergabe“ sowohl bei Leistungsbeschreibung als auch bei Zuschlagskriterien. Grenze: Bezug der Anforderungen zum konkreten Auftrag
- Sozial-, arbeits- und umweltrechtlichen Verpflichtungen von Bietern an sich bereits im alten Vergaberecht Gesichtspunkt der Zuverlässigkeit. Im reformierten Vergaberecht besonders hervorgehoben (§ 128 GWB, § 44 UVgO). Umgesetzt z. B.
 - als zwingende bzw. fakultative Ausschlussgründe gegenüber unzuverlässigen Bietern (§§ 123 und 124 GWB, § 31 UVgO)
 - Auswirkung auf Plausibilität von Preiskalkulationen: rechtlichen Verpflichtungen Maßstab für Plausibilität des Angebots (§ 60 VgV, § 44 UVGO)
 - als Kündigungsgründe, wenn das betreffende Fehlverhalten vor Auftragserteilung einen zwingenden Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge gehabt hätte.
- Nachhaltigkeit als Wirtschaftlichkeitsaspekt
 - Zuschlagskriterium Lebenszykluskosten (§ 127 GWB, § 43 UVgO)

IV. Chancen des neuen Vergaberechts

Vergaberecht gibt mehr Freiraum, um auf Gegebenheiten des Sozialrechts einzugehen:

- neue Vergabearten lassen mehr Dialog mit Bietern zu:
 - Annäherung des Vergaberechts an dialogorientierte Verhandlungssettings im SGB
- Freiraum, know how der Bieterseite einzubinden:
 - Rechtssicherheit für Projektantenbeteiligung (§ 7 VgV): Einbeziehung von Bietern führt nicht automatisch zu deren Ausschluss von der Ausschreibung.
 - V.a. Verhandlungsverfahren und wettbewerblicher Dialog (§ 17 und 18 VgV) ermöglichen es, Angebote besser an die Bedürfnisse der Auftraggeber anzupassen oder mit den Auftraggebern eine bedarfsgerechte Leistungsbeschreibung zu entwickeln.
- Losbildung (v.a. Gebietslose) ermöglicht „Anbieterpluralität“:
 - Statt weniger Großaufträge Berücksichtigung unterschiedlicher Angebote.
- Funktionale Leistungsbeschreibung als Freiraum für Konzeptwettbewerb
 - Bewertung nach Schulnoten (wieder) praktikabel und zulässig

V. Risiken des (neuen) Vergaberechts

Sämtliche Öffnungen des Vergaberechts sind dem Ermessen der Auftraggeber überlassen.

- Vermeidung von Rügen durch Rechnungshöfe: enges Verständnis von Wirtschaftlichkeit (Preis als offen oder verdeckt allein ausschlaggebendes Zuschlagskriterium)
- Entscheidung für Nutzung der Freiräume erfolgt i.d.R. im Stadium der Vergabevorbereitung.
- Bieterseite können Nutzung der Gestaltungsmittel nicht erzwingen, sondern müssen dafür werben.
 - Im konkreten Vergabeverfahren keine Möglichkeiten zu „Kurskorrekturen“.
 - Welche Foren gibt es für solche Werbung, ohne die Anforderungen an Transparenz und Chancengleichheit zu verletzen?

Bedürfnis der Auftraggeber nach Rechtssicherheit: Vergaberechtliche Überprüfungsverfahren als „Gefahr“ für planmäßige Abwicklung von (Groß)Projekten.

- Erfolgreiches Lobbying der Auftraggeber gegen Rechtsschutz unter Schwellenwert
- Rechtssicherheit entscheidendes Kriterium für die Konzeption einer Ausschreibung
- Keine Neigung zu Experimente mit neuen Gestaltungsformen: verhindert deren Erprobung und Erfahrungen im Umgang mit diesen.

V. Risiken des (neuen) Vergaberechts

Weite Auslegung des Auftragsbegriffs durch die Rechtsprechung:

- Da Auftragsdefinition durch Vergabereform nicht verändert, an sich kein Problem **aufgrund** der Vergaberechtsreform. Aber Reform Auslöser für neues Interesse der Leistungsträger an Vergaberecht als Steuerungsinstrument
- Vergabekammern und –senate dehnen ausgehend von einem weiten (funktionalen) Auftragsbegriff den Anwendungsbereich des Vergaberechts weit aus.
 - Ursprungsentscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 08.09.2004 – VII-Verg 35/04): Sonderkonstellation mit exklusiver Anbieterzulassung (ähnlich: Schuldnerberatung Hamburg)
 - Trotzdem: Mittlerweile auch Dreieckskonstellationen dem Vergaberecht unterworfen: z. B. WfbM-Schülertransport (Düsseldorf, 15.7.2015, VII-Verg 11/15, wohl auch OLG Celle 13.10.2016, 13 Verg 6/16), Obdachlosentreff (Leipzig)
 - Sozialgerichte: befürworten zunehmend Entscheidung vergaberechtlicher Sachverhalte aus einer, besonders fachkundigen Hand durch die Vergabekammern. Verkennen damit genuin sozialrechtliche Fragestellungen nach der Zulässigkeit der Auftragsvergabe (LSG München Beschluss vom 20.03.2018 – L 5 KR 81/18 B ER)

Sonderproblem: Rechtsprechung zu Schülertransporten

- Sachverhalt: WfbMs haben Leistungs- und Vergütungsvereinbarung mit Leistungsträger. Im Rahmen ihrer Tätigkeit beauftragen sie dritte Dienstleister mit dem Fahrdienst zur Beförderung von werkstattbeschäftigten Menschen mit Behinderung.
- Muss WfbM diese Fahrdienste (EU-weit) ausschreiben?
 - OLG Düsseldorf Beschluss vom 15.7.2017 (VII-Verg 11/15): Ausschreibungserfordernis bejaht:
 - Leistungsträger zur Erbringung von Leistungen für Menschen mit Behinderung verpflichtet. Übertragung dieser Aufgaben auf Dritte ausschreibungspflichtige Beschaffung. Aber Leistungsträger kann diese Verfahren auf Dritte übertragen.
 - Reicht aus, dass beauftragter Dritter Transportleistungen seinerseits im Wege der Ausschreibung beschafft. Dritter insoweit zur Beschaffung weiterer im Zusammenhang mit den zu erbringenden Leistungen stehender Leistungen „ermächtigt“.
 - OLG Celle Beschluss vom 13.10.2016 (13 Verg 6/16): Ausschreibungserfordernis abgelehnt (ausdrückliche Abgrenzung von OLG Düsseldorf):
 - Aus Verpflichtung des Landes zur Auftragsvergabe nicht auf entsprechende Verpflichtung der WfbM zu schließen.
 - Vergaberecht nur für öffentliche Auftraggeber.

**„Am Ende wird alles gut.
Wenn es nicht gut ist, ist es
noch nicht das Ende.“**

- Oscar Wilde -

deshalb:

VI. Handlungsbedarfe aufgrund des neuen Vergaberechts

1. Lobbying für die neuen Gestaltungsmöglichkeiten

- örtliche Ebene: realistische Möglichkeiten, rechtzeitig von auszuschreibenden Projekten zu erfahren und sich für deren sinnvolle Gestaltung einzusetzen.
Fragestellungen
 - (1) Zulässigkeit der Auftragsvergabe? Keine Auftragsvergabe im Bereich des sozialen Dreiecksverhältnisses.
 - (2) Zweckmäßigkeit der zulässigen Auftragsvergabe? Alternative: inklusive Vertragsmodelle, Zuwendung.
 - (3) Ausgestaltung der Auftragsvergabe? Ausnutzung der neuen Gestaltungsspielräume!
- Landes- und Bundesministerien, Parlamente: Stellschrauben durch Zulassung von Auftragsvergabe in Fachgesetzen oder Durchführungsvorschriften für die Leistungserbringung:
 - Gesetzgebungsverfahren: Eintreten für Rechtsansprüchen auf Leistungen; stärkt die Position der Leistungsberechtigten und verhindert Engführung der Leistungserbringung auf Vergaberecht zulasten anderer Leistungserbringungsmodelle.
 - Durchführungsvorschriften: Eintreten für Alternativen zu zulässigen Vergaben; zudem: Thema „professionelle Vergabe“ auf EU-Ebene und in Mitgliedsstaaten

VI. Handlungsbedarfe aufgrund des neuen Vergaberechts

2. Aufbau von Netzwerk zum Austausch und gegenseitiger Unterstützung beim Lobbying
 - Gesprächsebenen zum Austausch über Fragen des Vergaberechts erschließen
 - verbandsintern, im Rahmen der Freien Wohlfahrtspflege, weitere Bündnis- und „Sparringpartner“ außerhalb der Freien Wohlfahrtspflege

2. Verbandsintern
 - Sicherheit bei rechtlicher Einschätzung von Vergabeverfahren: Beratungs- und Fortbildungsbedarf der Mitgliedsunternehmen
 - Aufbau von rechtlicher Kompetenz auf Ebene der Mitgliedsverbände
 - Statistischer Überblick über Fallaufkommen durch Vergabemonitoring: Aufbau einer diakonieinternen Fallsammlung durch Diakonie Deutschland.
 - **systematische Beobachtung und Aufbereitung** von Fallgestaltungen und Auswirkungen von Vergabeverfahren für diakonische Unternehmer
 - Staatliche Vergabestatistik auf Bundesebene erst im Aufbau (eingeführt mit Vergabereform)
 - Notwendigkeit, eigene Aspekte und Fragestellungen zu erheben.

Vielen Dank!



Christine de Pizan *Livre de la Cité des Dames*,
Conversation avec Mme. Justice