

# Mehr Flexibilität möglich



## VON HANS-PETER MÜLLER

Hans-Peter Müller ist seit dem Jahre 2001 im Vergaberechtsreferat des Bundeswirtschaftsministeriums zuständig für Teile des klassischen Vergaberechts (u. a. Vergabe freiberuflicher Leistungen, Auftragswertschätzung, Rahmenvereinbarungen), für das Sektorenvergaberecht (kommunale Versorgungswirtschaft) sowie für das Preisrecht bei öffentlichen Aufträgen (VO PR Nr. 30/53).  
www.bmwi.de

## Die Vergabe »sozialer Dienstleistungen« hat durch die jüngste Vergaberechtsreform einschneidende Veränderungen erfahren.

Citius, altius, fortius. (1) Dies scheint wohl vor allem im Bereich des öffentlichen Einkaufs von Leistungen zu gelten. Mit nahezu lichtgeschwindigkeitsartigem Tempo entwickelte sich das Vergaberecht in den letzten 25 Jahren zu einem Instrument des europäischen Binnenmarkts, um dessen Integration durch Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung auch im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe voranzubringen. Das hat bei der jüngsten Vergaberechtsreform auch zu einschneidenden Veränderungen im Bereich der sozialen Dienstleistungen geführt.

Die mit den neuen europäischen Vertragsberichtlinien (2) vollzogene Abkehr von der Unterscheidung in »vorrangige« und »nachrangige« Dienstleistungen hat für die Vergabe öffentlicher Aufträge im sozialen Sektor zu erheblichen Veränderungen geführt.

Zunächst einmal werden alle zu vergebenden Dienstleistungen als gleichermaßen binnenmarktrelevant betrachtet. Gleichwohl erkennen die neuen EU-Vergabereichtlinien an, dass bestimmte Dienstleistungskategorien, vor allem im Sozial-, Gesundheits- und Bildungsbereich lediglich von eingeschränkter grenzüberschreitender Dimension sind, da sie in einem Kontext stark unterschiedlicher kultureller Traditionen in Europa erbracht werden. (3) Daher sieht das europäische Vergaberecht einen für diese Dienstleistungen höheren Schwellenwert sowie ein insgesamt erleichtertes Vergaberegime als gerechtfertigt an.

Der deutsche Gesetzgeber hat die neuen Regelungen nicht nur im Rahmen der Richtlinienumsetzung in die Vorgaben des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) Teil 4 (4) sowie

der Vergabeverordnung (5) integriert, sondern auch in der neu geschaffenen Unterschwellenvergabeordnung – UvgO (6) für Auftragsvergaben, die nur national ausgeschrieben werden müssen, fortgeführt.

Die in Betracht kommenden »sozialen« sind neben den sogenannten »anderen besonderen« Dienstleistungen in Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt. Es handelt sich insbesondere um allgemeine und administrative Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und Bildungsbereich sowie um Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherung. Insbesondere sind diejenigen Leistungen umfasst, die nach dem deutschen Sozialrecht als Sozialleistungen gewährt werden einschließlich der Arbeitsmarktdienstleistungen des SGB II, III und IX.

Der Schwellenwert, ab dem der Einkauf sozialer Dienstleistungen europaweit auszuschreiben ist, beträgt derzeit für die »klassische« Auftragsvergabe 750.000 Euro. (7) Maßgebliche Verfahrensnormen sind § 130 GWB sowie §§ 64 ff. des 3. Abschnittes der Vergabeverordnung – VgV.

## Die vergaberechtlichen erleichterten Vorgaben

Die Grundsatznorm zur Vergabe sozialer und anderer besonderer Dienstleistungen findet sich als Spezialvorschrift in § 130 GWB. Sie gestattet den öffentlichen Auftraggebern die freie Wahl zwischen den im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen zur Verfügung gestellten Verfahrensarten (8), solange der Vergabe mindestens ein Teilnahmewettbewerb vorausgeht. Daneben gewährt die Vor-

schrift im Falle von Änderungen des laufenden Vertrages über soziale Dienstleistungen eine höhere De-minimis-Grenze der Änderung, nämlich bis zu 20 % des ursprünglichen Auftragswertes, als bei »herkömmlichen« Vergaben.

Einzelheiten des einzuhaltenden Verfahrens der Auftragsvergabe sind in Abschnitt 3 der Vergabeverordnung geregelt. Der Grundsatz, dass die wesentlichen Elemente des Vergabeverfahrens im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen und die Verfahrensschritte in Vergabeverordnung angelegt sind, gilt übrigens seit der Vergabereform für die Vergabe öffentlicher Aufträge insgesamt.

Die besonderen Verfahrensregelungen betreffen vor allem die Bekanntmachungs- und Veröffentlichungspflicht. Für die Bekanntmachungen gelten die besonderen Standardformulare gemäß Anhang XVIII (Standardformular 21) der Durchführungsverordnung (EU) 2015/1986. (9) Die Art und Weise der Bekanntmachung erfolgt entsprechend den Vorgaben zur klassischen Auftragsvergabe über die Vergabeplattform des Amtes für Veröffentlichungen der EU »TED« (10). Auf nationaler Ebene dürfen die Bekanntmachungen erst nach der Veröffentlichung auf TED oder frühestens 48 Stunden nach der Bestätigung des Eingangs der Bekanntmachung beim Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union. Die Bekanntgabe vergebener Aufträge darf gebündelt bis spätestens 30 Tage nach Quartalsende veröffentlicht werden.

Ergänzende Regeln betreffen eine längere Laufzeit von Rahmenvereinbarungen als bei herkömmlicher Auftragsvergabe, nämlich sechs Jahre statt vier Jahre. Unter der Voraussetzung deren Angemessenheit sind die Fristvorgaben für Teilnahmeanträge und Angebote nicht an die Vorgaben der herkömmlichen Aufträge gebunden, sondern frei festlegbar.

Ein »Schmankerl« für öffentliche Auftraggeber im Bereich der Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen stellt die erweiterte Möglichkeit dar, im Rahmen der Bewertung der Qualität der Angebote bereits erbrachte Leistungen des Bieters im Hinblick auf Erfolg und Qualität der Leistung als Zuschlagskriterium erreichte Eingliederungsquoten, Abbruchquoten, erreichte Bildungsabschlüsse und Beurteilungen der Vertragsausführung berücksichtigen zu dürfen.

Grundsätzlich gelten diese Vorgaben auch für die Vergabe sozialer Dienstleistungen unterhalb der europäischen Schwellenwerte nach der Unterschwellenvergabeordnung. Hier ist § 49 UVgO die regelnde Norm. Handelt es sich bei der sozialen oder anderen besonderen Dienstleistung um eine Freiberufliche Dienstleistung i. S. d. § 18 EStG, gilt für deren Vergabe allerdings § 50 UVgO als Spezialvorschrift.

## Auswirkungen für Auftraggeber und Auftragnehmer

Nach dem Willen des Gesetzgebers wird der Spielraum für die Verfahrensgestaltung der Auftragsvergabe bei sozialen Dienstleistungen erheblich ausgeweitet. Sicher unbestritten stellt die freie Wahl der Verfahrensart eine der wesentlichsten Erleichterungen dar. Insbesondere der unmittelbare Eintritt in ein Verhandlungsverfahren gibt Auftraggebern und Biern die Möglichkeit, frei von den Begrenzungen des Verhandlungsverbots des offenen und nichtoffenen Verfahrens eine für beide Seiten optimale Leistungserbringung auszuhandeln und letztlich zu vereinbaren.

Dennoch sollte nicht unbedacht immer ein Verhandlungsverfahren gewählt werden. Häufig bieten das offene und das nichtoffene Verfahren durchaus Vorteile. Insbesondere wenn die Leistung von vornehmlich eindeutig und erschöpfend beschreibbar ist, führen das offene und nichtoffene Verfahren nicht selten zu mehr Anbieterwettbewerb als ein Verhandlungsverfahren.

Die Wahlfreiheit bedeutet auch nicht, dass der Auftraggeber während eines Verfahrens die »Pferde wechseln« darf. Hat er sich für eine Verfahrensart entschieden, muss er diese bis zum Ende des Verfahrens beibehalten und deren Regeln einhalten.

Zu zügigen Vergabeverfahren wird die freie Vorgabe von Fristen führen. Damit dies nicht zu Lasten der Bieter geht, müssen Auftraggeber gleichwohl auf die Angemessenheit der Fristen achten. Nur wenn angemessene und ausreichende Fristen gewährt werden, ist mit ordnungsgemäßen Angeboten zu rechnen.

Die großzügige Regelung, bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte bei der Angebotswertung bestimmte personen- oder bieterbezogene Kriterien – beispielsweise Erfolgskriterien wie

Eingliederungs- und Abbruchsquoten – berücksichtigen zu können, erweitert die Flexibilität der Auftraggeber im Rahmen des Wertungsprozesses.

Für Bieter dürfte es sich demgegenüber künftig noch mehr auszahlen, erfahrenes und hochqualifiziertes Personal bei der Durchführung öffentlicher Aufträge einzusetzen. Allerdings ist der Anknüpfungspunkt solcher Vorgaben stets das mit der Auftragsausführung betraute Personal. Ein Abstellen auf das Unternehmen als Ganzes wird bei der Wertung solcher Kriterien nicht möglich sein. Ad multos annos. (11)

## Anmerkungen

- (1) Lat.: Schneller, höher, weiter.
- (2) Richtlinie 2014/23/EU (Koncessionsvergabe), ABl. L 94/1 vom 28.03.2014; Richtlinie 2014/24/EU (»klassische«) Auftragsvergabe, ABl. L 94/65 vom 28.03.2014; Richtlinie 2014/25/EU (Sektoren-auftragsvergabe), ABl. L 94/243 vom 28.03.2014.
- (3) S. Erwägungsgrund 114 Richtlinie 2014/24/EU.
- (4) VergRModG v. 18.12.2015; BGBl. I S. 203 v. 23.02.2016.
- (5) VergModVO, BGBl. I S. 624 v. 12.04.2016. Die neue Vergabeverordnung (VgV) löst im Bereich der Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die bisherige Vergabe- und Vertragsordnungen VOL/A-EG sowie VOF ab und vereint beide Regelwerke.
- (6) BAnz. AT vom 07.02.2017 B1. Die UVgO wurde mit Erlass des Bundesministeriums der Finanzen vom 01.09.2017 für die Auftraggeber des Bundes in Kraft gesetzt.
- (7) S. § 106 Absatz 2 Nummer 1 GWB i. V. m. Artikel 4 Buchst. d der Richtlinie 2014/24/EU.
- (8) § 119 GWB definiert die Verfahrensarten offenes Verfahren, nicht offenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog sowie Innovationspartnerschaft.
- (9) ABl. L 296 v. 12. November 2015.
- (10) <http://ted.europa.eu/TED/main/HomePage.do>.
- (11) Lat.: Auf viele weitere Jahre. ■