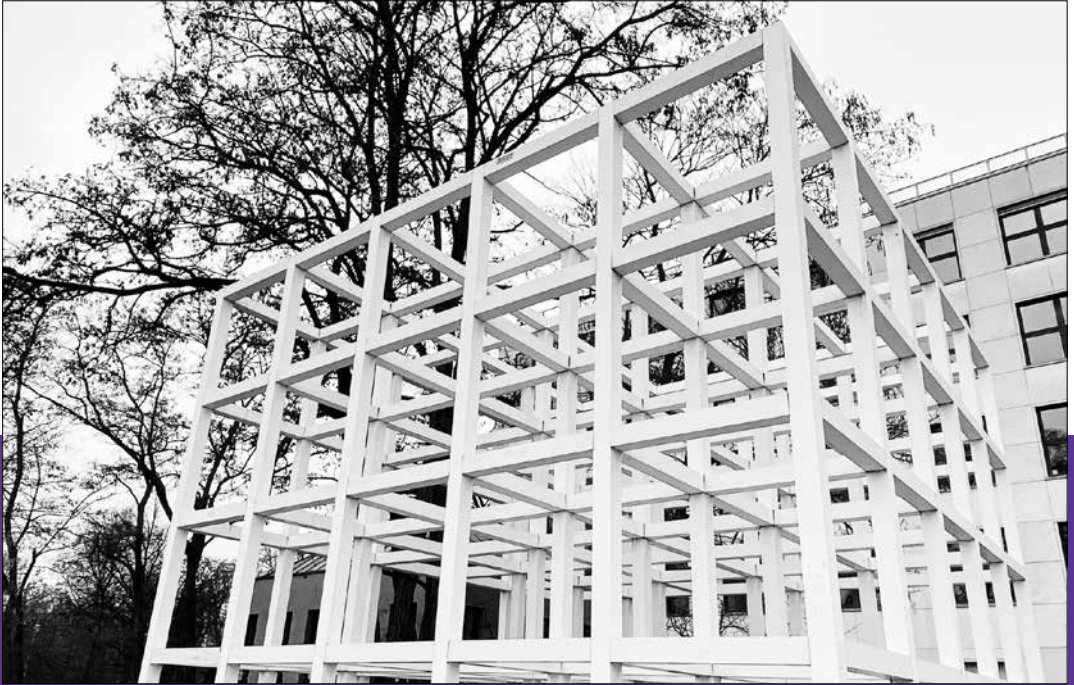




Vergaberecht in der Praxis Sozialer Arbeit

Editorial

Unterswellenvergabeordnung, Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, EU-Vergaberichtlinien – das Vergaberecht ist eine komplexe Materie, die Leistungsträger und Leistungserbringer der Sozialen Arbeit regelmäßig vor große Herausforderungen stellt. Wir haben uns deshalb entschlossen, in diesem Themenheft die für die soziale Praxis wichtigsten Aspekte und Probleme von ausgewiesenen Fachleuten behandeln zu lassen.



Foto: Hoffotografen

Vergaberechtliche Vorgaben sollen Wirtschaftlichkeit, Transparenz und Qualität bei der Auftragsvergabe sicherstellen. Gerade bei der Erbringung sozialer Dienstleistungen wird aber befürchtet, dass die Anwendung des Vergaberechts den Prinzipien Sozialer Arbeit zuwiderläuft: Wettbewerb und Ausrichtung am günstigsten Preis verhindern Trägerpluralität und führen zu Versorgungslücken. Die Beiträge in diesem Heft bringen Licht in diese oftmals diffuse Gemengelage. Grundlegend ist zunächst die Klärung, unter welchen Bedingungen das Vergaberecht überhaupt zwingend angewendet werden muss – und unter welchen nicht. Erläutert werden die verschiedenen Konstellationen zwischen Leistungsträgern, Leistungserbringern und Leistungsberechtigten bei der Auftragsvergabe in der kommunalen Praxis sowie die Auswirkungen des Vergaberechts auf Nachhaltigkeit und Arbeitsbedingungen im sozialen Bereich. Die Zuständigkeit der Sozialgerichtsbarkeit für vergaberechtliche Verfahren wird anhand aktueller Rechtsprechung diskutiert. Schließlich werden Perspektiven für eine nachhaltige Beschaffung im Bereich sozialer Dienstleistungen entwickelt und ein „Instrumentenkasten“ des sozialrechtlichen Leistungserbringungsrechts soll konkrete Handlungsoptionen für alle Beteiligten aufzeigen.

Ich danke Dr. Friederike Mussnug (Diakonie Deutschland), Werner Hesse (Deutscher Paritätischer Wohlfahrtsverband) und Stefan Hahn (Deutscher Städtetag), die sich an der Konzeption dieses Themenhefts beteiligt haben. Erinnern möchte ich an Dorette Nickel, Gutachtenreferentin des Deutschen Vereins, die ebenfalls daran beteiligt war und im August 2021 verstarb.

*Michael Löher
Vorstand des Deutschen Vereins
für öffentliche und private Fürsorge e.V.*

ARCHIV

für Wissenschaft
und Praxis
der Sozialen Arbeit

**Vierteljahresheft zur Förderung
von Sozial-, Jugend- und
Gesundheitshilfe**

Berlin • 53. Jahrgang • Nr. 1/2022

Begründet von
Prof. Dr. Hans Achinger

Herausgegeben von
Prof. Dr. Peter Buttner

im Auftrag des Deutschen Vereins
für öffentliche und private
Fürsorge e.V.
Michaelkirchstraße 17/18
10179 Berlin
www.deutscher-verein.de

ISSN 0340 - 3564
ISBN 978-3-7841-3490-1

Redaktion: Dr. Sabine Schmitt
Tel. (030) 6 29 80-319
Fax (030) 6 29 80-351
E-Mail: s.schmitt@deutscher-verein.de

Das Archiv für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit erscheint vierteljährlich. Der Bezugspreis beträgt 42,70 € (für Mitglieder des Deutschen Vereins 25,90 €) jährlich; Einzelheft 16,00 € (für Mitglieder 13,00 €) inkl. MwSt. zzgl. Versandkosten. Anmeldungen zur Mitgliedschaft nimmt die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins entgegen.

Die Auslieferung erfolgt über den Lambertus-Verlag GmbH
Postfach 1026, 79010 Freiburg,
Tel. 0761-36825-0
info@lambertus.de

Alle Rechte, auch das der Übersetzung, sind vorbehalten.

Druck:
Stückle Druck und Verlag, Ettenheim

V.i.S.d.P.: Michael Löher

Inhalt

Albrecht Philipp

**Vergaberecht in der Sozialen Arbeit:
Ziele, Vorgaben für die Anwendbarkeit
und tatsächliche Bedeutung. 4**

Christian Bernzen, Cornel Hüscher

**Das Sozialvergaberecht in der kommunalen
Praxis 14**

Anuschka Novakovic

**Auswirkungen des Vergaberechts auf die
Erbringung sozialer Leistungen 26**

Monika Paulat

**Erfahrungen mit Vergabeverfahren aus Sicht
der Sozialgerichtsbarkeit 40**

Friederike Mussnug, Ralf Grosse

**Nachhaltige Beschaffung sozialer Dienst-
leistungen 48**

Anna Droste-Franke, Claudia Momm,
Paula Wenning

**Instrumentenkasten für die Finanzierung
sozialer Dienstleistungen. 60**

Gefördert vom:



Bundesministerium
für Familie, Senioren, Frauen
und Jugend

Vergaberecht in der Sozialen Arbeit: Ziele, Vorgaben für die Anwendbarkeit und tatsächliche Bedeutung

Nach 20 Jahren Vergaberecht im Sozialwesen bietet sich ein buntes Bild: Neben Bereichen mit strikter Anwendung des Vergaberechts stehen Bereiche, in denen dieses Rechtsgebiet keine Rolle spielt. Daneben finden sich zahlreiche Zwischentöne. Ursächlich dafür ist der Umstand, dass – entgegen einem verbreiteten Irrtum – Europäische Union (EU) und Bundesgesetzgeber die Anwendung von Vergaberecht nicht für bestimmte Bereiche oder gar allgemein zwingend vorgeben. Vergaberecht gilt vielmehr nur, wenn die konkreten Rechtsbeziehungen zwischen Vergabestelle, Bietern und Auftragnehmern in einer bestimmten Weise geordnet werden. Perspektivisch dürfte die Bedeutung des Vergaberechts aufgrund des verbreiteten Fachkräftemangels im Sozialwesen eher ab- als zunehmen.

Wer die wesentlichen Ziele und Ordnungsprinzipien des Vergaberechts erfahren will, muss nur in § 97 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB) blicken. Dort findet sich die Einführungsvorschrift in das Vergaberecht, und in den folgenden Paragraphen werden die europarechtlichen Vorgaben aus der letzten großen Neuregelung des Vergaberechts durch die Richtlinien 2014/24/EU, 2014/23/EU sowie 2014/25/EU umgesetzt. Mit transparenter Verfahrensführung, Wirtschaftlichkeit, Gleichbehandlung der Interessenten und Bieter, Berücksichtigung von Qualität, Innovation, sozialen und ökologischen Aspekten sowie einem Rechtsanspruch der Bieter auf Einhaltung verwendet der Gesetzgeber zahlreiche positiv besetzte Begriffe.

In der Praxis des Sozialrechts ist das Vergabewesen weniger gut beleumundet. Nicht nur bei den Leistungserbringern steht es häufig im Ruf langwieriger Bürokratie, potenzieller Zerschlagung bewährter Strukturen und einseitiger Orientierung am Preis (siehe nur Hofmann 2020, 55 sowie Bieback 2021, Rn. 270 f.).

Diese Diskrepanz ist Grund genug, um im Folgenden der Frage nachzugehen, für welche Bereiche der Sozialen Arbeit das EU-Vergaberecht einschlägig und geeignet ist.

Funktion und Stärken des Vergaberechts

Die Anwendung des Vergaberechts soll den Wettbewerb zwischen den Anbietern sozialer Dienstleistungen verstärken, etablierte Angebotskartelle zerschlagen und ein festes, transparentes Verfahren installieren. Dies soll ohne Verschlechterung der Qualität der

Dienstleistung geschehen. Zu diesem Zweck muss die Qualität in der Ausschreibung hinreichend umschrieben, danach kontrolliert und der Anbieter zu Maßnahmen der Qualitätssicherung verpflichtet werden (Bieback 2021, Rn. 270 m.w.N. zu Arbeitsmarktdienstleistungen).

Das Regelungsmodell hat seine Stärken, wo

- die Inhalte der Leistungen standardisierbar sind und nicht zu individuell von Eigenschaften der einzelnen Leistungsberechtigten abhängen,
- eine hinreichende Zahl an kompetenten und interessierten Bietern existiert, die auch mit realistischem Aufwand auf die erforderlichen Ressourcen an Personal und Immobilien zugreifen können,
- kein besonderes Interesse der öffentlichen Hand an der überkommenen Kooperation „auf Augenhöhe“ mit den Organisationen der Wohlfahrtspflege besteht, wie sie sich bis heute vielfach in den Erscheinungsformen der Selbstverwaltung im Sozialwesen äußert (zum Kooperationsprinzip Bundesverfassungsgericht 18. Juli 1967, BVerfGE 22,180; Überblick zur Selbstverwaltung bei Engelmann 2000),
- die öffentliche Hand die Leistung exklusiv von einem Leistungserbringer oder einer überschaubaren Zahl von Leistungserbringern abnehmen möchte.

Tatsächliche Bedeutung des Vergaberechts

Ein Blick auf die tatsächliche Verbreitung des Vergaberechts in der Sozialen Arbeit zeigt ein vielschichtiges Bild. Knapp 20 Jahre nach den „ersten Gehversuchen“ des Vergaberechts im Sozialbereich, insbesondere im Bereich der Arbeitsmarktpolitik, können folgende Grundlinien festgehalten werden:

- (1) Im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch (SGB II und III) sind förmliche Vergabeverfahren an der Tagesordnung. Die Regionalen Einkaufszentren der Bundesagentur für Arbeit sind dafür hochprofessionell ausgestattet. Die Bedeutung des Vergaberechts wurde durch die verstärkte Vorgabe von Gutscheinsystemen seitens des Gesetzgebers allerdings ein wenig zurückgenommen. Denn beim Einsatz von Bildungsgutscheinen ist kein Vergabeverfahren nötig, weil die Einlösung bei allen Anbietern, welche vordefinierte Qualitätsanforderungen erfüllen, möglich ist.



Dr. Albrecht Philipp
ist Rechtsanwalt und
Fachanwalt für Verwaltungs-
recht und für Sozialrecht
in München. E-Mail: [info@
bender-rechtsanwaelte.de](mailto:info@bender-rechtsanwaelte.de).

Den professionellen Strukturen auf der Nachfragerseite haben kleinere Anbieter zuweilen wenig entgegenzusetzen. Die Bundesregierung konstatierte daher im Jahre 2015 eine Marktbereinigung zugunsten großer Anbieter (Bundestagsdrucksache 18/6521, 33 ff.).

- (2) Im Bereich der SGB VIII, IX, XI und XII spielen vergaberechtliche Fragen dagegen nur eine geringe Rolle. Das ausführliche Leistungserbringungsrecht in diesen Sozialgesetzbüchern, welches ein eigenes Wettbewerbsmodell bietet (Sen 2017, 91), schließt die Anwendung von Vergaberecht für den Regelfall aus. Lediglich im Bereich des SGB VIII scheint es wiederkehrend zu Abgrenzungsschwierigkeiten zu kommen.
- (3) Im Bereich der Krankenversicherung gelten die §§ 69 Abs. 3, 4 SGB V. Danach ist das EU-Vergaberecht bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nach Krankenversicherungsrecht anzuwenden. Geht es um die Beschaffung von Dienstleistungen, können die Krankenkassen die Verfahren jedoch abweichend gestalten. Das Vergaberecht hat insbesondere bei der Beschaffung von Arzneimitteln durch die gesetzlichen Krankenkassen erhebliche Bedeutung erlangt.
- (4) Für den Rettungsdienst hat sich ein Sonderregime herausgebildet. Die Anwendung des EU-Vergaberechts ist wegen der Bereichsausnahme des § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht mehr zwingend. Maßgeblich sind aber Regelungen der Bundesländer, sodass unterschiedliche Ansätze zu beobachten sind.
- (5) Es gibt Bereiche der Sozialen Arbeit, die nicht in den Sozialgesetzbüchern geregelt sind. Namentlich zur Schuldner- und Insolvenzberatung existieren von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche Vorgaben. Vielfach nutzen die Kommunen zuwendungsrechtliche Instrumente zur Finanzierung, vielfach erfolgen auch Vergabeverfahren (beispielhaft Rhein-Neckar-Kreis 2021, 5 f.).
- (6) Das Zuwendungsrecht in sich ist nicht selten mit dem Vergaberecht verwoben. Beispielsweise verlangen oftmals die öffentlichen Fördergeber von den (meist wohlfahrtsverbandlichen) Fördernehmern ihrerseits die Einhaltung des EU-Vergaberechts bei der Beschaffung von Bau- und Dienstleistungen.

Warum diese Vielfalt?

Der wesentliche Grund für die unterschiedliche Bedeutung des Vergaberechts in der Sozialen Arbeit liegt in der Eigenart des Rechtsgebiets begründet. Denn es ist keineswegs so, dass die öffentliche Hand Waren, Bauleistungen und Dienstleistungen ausschließlich unter Beachtung der §§ 97 ff. GWB beschaffen dürfte. Vielmehr erlangen diese Regelungen nur dann Geltung, wenn die öffentliche Hand ihre rechtlichen Beziehungen

zu den Lieferanten und Leistungserbringern in einer ganz bestimmten Weise ordnet. Das ist (nur) der Fall, wenn ein öffentlicher Auftraggeber (§ 99 GWB) einen öffentlichen Auftrag (§ 103 GWB) erteilt und der Auftrag einen Mindestwert (Schwellenwert, § 106 GWB) überschreitet.

Öffentliche Auftraggeber sind dabei im Wesentlichen die öffentlichen Gebietskörperschaften und deren Sonderevermögen, deren Verbände und Ausgründungen. Zudem gilt als öffentlicher Auftraggeber, wer für Tiefbaumaßnahmen und die Errichtung typischer öffentlicher Gebäude Subventionen erhält, soweit die Förderung über 50 % liegt.

Als öffentlichen Auftrag – und damit als entscheidendes Abgrenzungskriterium – definiert § 103 Abs. 1 GWB entgeltliche Verträge über die Beschaffung von Leistungen, welche die Lieferung von Waren, die Ausführung von Bauleistungen und die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand haben. Nur wenn ein hinreichend klares Austauschverhältnis von Leistung und Entgelt besteht, liegt ein öffentlicher Auftrag vor. Auch wird der öffentliche Auftrag verneint, wenn keine exklusive Auswahl unter den Bietern erfolgt – also alle Interessenten bei Einhaltung der Qualitätsanforderungen die Leistung erbringen dürfen (dazu unten mehr).

Mit anderen Worten kann die öffentliche Hand mit Mitteln des Zuwendungsrechts oder durch Vermeidung der exklusiven Leistungserbringung auch andere Regelungsmodelle verwenden. Dann ist Vergaberecht nicht anwendbar. Dies ist im Sozialrecht nicht überall, aber vielfach der Fall und erklärt die stark unterschiedliche Bedeutung des Vergaberechts.

Von geringerer Bedeutung sind die Schwellenwerte. Denn deren Unterschreitung führt nicht zu einer völligen Freistellung von der Anwendbarkeit des Vergaberechts, sondern lediglich zu den vereinfachten Regelungen der Unterschwellenvergabeverordnung (UVgO vom 2. Februar 2017). Der Rechtsschutz nicht berücksichtigter Interessenten ist hier erschwert. Bei der Wahl des Verfahrens innerhalb des Vergaberechts genießt der öffentliche Auftraggeber einen größeren Spielraum.

Ausgestaltungen mit Anwendbarkeit des Vergaberechts

Ausgestaltungen, die in die Anwendbarkeit des Vergaberechts führen, sind insbesondere unter folgenden drei Gesichtspunkten zu betrachten:

(1) Sind die drei o.g. Voraussetzungen

- öffentliche Auftraggeber,
- öffentlicher Auftrag,
- Überschreitung des Schwellenwerts