



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Alternativlos?!?

**Die Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit im Spiegel
des Vergaberechts**

Fachgespräch
LAG Katholische Jugendsozialarbeit in Bayern – Kolping-Bildungswerk Bayern e. V.

München, 31.1.2013

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Übersicht

1. Grundbegriffe des Sozialvergaberechts
2. Ein exemplarischer Blick auf die Spruchpraxis der Vergabekammern des Bundes zu den Ausschreibungen der BA
3. Recht und Fachlichkeit: Ausblick

www.oer1.uni-bayreuth.de



Brücke zwischen Haushalts-, Sozial- und Vergaberecht (§ 17 Abs. 1 Nr. 2 SGB I)

- „Die Leistungsträger sind verpflichtet, darauf hinzuwirken, **dass** (...) die zur Ausführung von Sozialleistungen erforderlichen sozialen Dienste und Einrichtungen rechtzeitig und ausreichend zur Verfügung stehen.“
- „**Dass**“ sie zur Verfügung stehen – **nicht**: „**wie**“ sie zur Verfügung gestellt werden = „beschafft“ werden.



„Beschaffung“

Beschaffung = Deckung des Bedarfs an Gütern/Dienstleistungen zur Erfüllung von Aufgaben der öffentlichen Hand

- (1) Selbstbeschaffung / Eigenproduktion
- (2) Vergabeneutrale (vergabefremde) Beschaffung: Einbindung externer Dritter ohne Auftragsvergabe im vergaberechtlichen Sinne („sozialrechtliches Dreiecksmodell“) – „**inklusive**“
- (3) Beschaffung durch (Auftrags-)Vergabe: vergaberechtliche Einbindung externer Dritter („Beschaffung i.e.S.“) – „**exklusiv**“



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Zwingt das EU-Recht zur Beschaffung durch Vergabe?

- EU-Recht zwingt *nicht* zur Beschaffung von Sozialdienstleistungen durch Vergaberecht
- EU-Recht sagt nur: Wenn „exklusiv“ beschafft wird – wenn also nicht alle zum Zug kommen –, dann gilt Vergaberecht („öffentlicher Auftrag“)
- §§ 97 ff. GWB + VgV + VOL/A bzw. EG VOL/A
(*ab 200.000 €*)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

§ 45 Abs. 3 SGB III

„Die Agentur für Arbeit kann *unter Anwendung* Träger mit der Durchführung *des Vergaberechts* von Maßnahmen nach Absatz 1 beauftragen.“

Gilt auch im SGB II (§ 16 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 SGB II)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
 Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
 Prof. Dr. Stephan Rixen

Analyse der Spruchpraxis der Vergabekammern des Bundes – einige Beispiele

- Seit 2001 ca. 120 veröffentlichte (Sach-)Entscheidungen zu SGB III und SGB II
- www.bundeskartellamt.de
- Recht, wie es *ist*, nicht, wie es sein *sollte*.

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I
 Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
 Prof. Dr. Stephan Rixen

Fast alles ist möglich

- Es ist „grundsätzlich Sache des öffentlichen Auftraggebers [...], seinen Bedarf *selbst zu definieren* und zu entscheiden, welche Produkte er in welchen Mengen nachfragt.“ (VK 1 - 117/03, S. 8 f.)
- Es gibt „nicht nur ein Verfahren, das vergaberechtskonform sein kann, sondern dem öffentlichen Auftraggeber stehen hier *vielfältige Varianten und Entscheidungsmöglichkeiten* offen. Nicht nur bei der Wertung im engeren Sinne, also bei der Auswertung der konkreten Angebotsinhalte anhand der vorgegebenen Wertungskriterien, sondern auch bei der Festlegung des Procedere besteht [...] ein *Ermessensspielraum* [...].“ (VK 3 - 100/05, S. 11; VK 3 - 106/05, S. 10)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

„Gewisser Spielraum“

- „bei der Ausfüllung der unbestimmten Rechtsbegriffe Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit steht der Vergabestelle ein *gewisser, von den Nachprüfungsinstanzen nicht überprüfbarer Beurteilungsspielraum* zu. Dieser ist [...] überschritten, wenn von einem unzutreffenden oder nicht vollständig ermittelten Sachverhalt ausgegangen worden ist.“
(VK 3 - 48/06, S. 21)
- Sie „*kann* zwar auch strenge Eignungsanforderungen aufstellen, wenn dies für die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags erforderlich ist, ist hierzu aber *nicht verpflichtet*.“
(VK 3 - 60/06, S. 16)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

„Bandbreite vertretbarer Beurteilungen“

- „Der Ag'in ist bei der Prüfung, ob das abgegebene Angebot den durch die Bewertungsmatrix aufgestellten Einzelvorgaben entspricht, ein *Beurteilungsspielraum* eingeräumt. Dabei ist ihr bei der Vergabe von Wertungspunkten ein *Ermessen* zuzuerkennen.“
(VK 3 - 3/12, S. 5)
- „Die Ausübung dieses Spielraums lässt *innerhalb einer bestimmten Bandbreite mehrere vertretbare* [...] Entscheidungsergebnisse zu.“
(VK 3 - 106/05, S. 11)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Vieles ist „hinzunehmen“

- „Innerhalb der Bandbreite vertretbarer Beurteilungen sind [...] unterschiedliche Wertungen *hinzunehmen*.“
 (VK 2 -106/08, S. 14)
- „Die Ausübung dieses Spielraums lässt innerhalb einer bestimmten Bandbreite mehrere [...] *hinzunehmende* [...] [E]rgebnisse zu.“
 (VK 3 - 103/05, S. 17)



„Die“ richtige Lösung gibt es nicht

- Der grundsätzliche Anspruch der Ast'in auf ein ordnungsgemäßes Verfahren beinhaltet [...] nicht, dass sie der Ag'in das aus *ihrer Sicht optimale Verfahren diktieren dürfte*; der Anspruch geht nur dahin, dass die [...] Grenzen des Ausgestaltungsermessens nicht überschritten werden dürfen.“ (VK 3 - 100/05, S. 11 f.)
- „Innerhalb dieses Spielraums gibt es *nicht nur eine einzig richtige Lösung*. Es sind vielmehr unterschiedliche Beurteilungen denkbar und vertretbar.“ (VK 1 - 83/05, S. 7)



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Was geht (nicht)?

- „Ungewöhnliches Wagnis“
(z.B. Beschl. v. 24.5.2011, VK 1 - 45/11, S. 12 f., **anders**: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 19.10.2011, VII-Verg 54/11, NZBau 2011, 762 = VergabeR 2012, 199, Rn. 28 ff.; s. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 7.3.2012, VII-Verg 91/11)
- Preis zu niedrig? **Zielgerichtete Absicht** dauerhafter Marktverdrängung
(VK 1 - 86/05, S. 5 f.; VK 2 - 59/10, S. 9; s. auch VK 2 - 74/10, S. 8 ff.)
- Scheinaufhebung
(VK 1 - 132/04, S. 9; VK 1 - 126/04, S. 7 f.; s. auch VK 2 - 157/04, S. 9: BA hat „nicht **bewusst** das Vergaberecht missachtet“)
- Kostenbestandteile bei „Gesamtbetrachtung der Verdingungsunterlagen“: „**Verwirrung**“
(VK 3 - 161/04, S. 7)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Was geht (nicht)?

- „in **geradezu willkürlicher** Verkennung ihres Wertungsspielraums“; „**eklatanter** Verstoß“
(VK 3 - 179/04, S. 12/13) – es fehlte das Wort „Tätigkeit“
- „**nicht** hinreichend klar und eindeutig formuliert[e]“ Eignungsanforderungen
(VK 1 - 130/10, S. 12 [zu Rechtsberatungsleistungen im SGB II])
- „**ausreichend** begründet und dokumentiert“
(VK 3 - 88/05, S. 12, 91/05, S. 10)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Was geht (nicht)?

- Grundsatz des Geheimwettbewerbs verletzt? Handfeste Belege
(VK 2 – 74/06, S. 8 ff.)
- Verdacht (konkret: bzgl. Preisabsprachen) genügt nicht
(VK 2 - 103/04, S. 11)
- Keine (bundesweiten) Wertungsleitfäden erforderlich
(VK 3 - 79/05, S. 13; VK 3 - 112/05, S. 13)
- Rechtsverstoß reicht nicht, um Recht zu bekommen ...
(VK 2 - 88/08, S. 13)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Und die Fachlichkeit?

- Zielorientierte sog. *funktionale* Leistungsbeschreibung
- „das zu erreichende *Ziel* (Erwerb von Kenntnissen im kaufmännischen Bereich), die *Zielgruppe* (Arbeitslose und von Arbeitslosigkeit bedrohte Arbeitssuchende mit gewünschter Tätigkeit im kaufmännischen Bereich) sowie *Mindestanforderungen* an die im Verlauf der Maßnahme zu vermittelnden Inhalte.“ (VK 1 - 35/04, S. 12; vgl. auch VK 1 - 82/06, S. 8)
- „Die Ag hat diese ‚*offene*‘ *Form der Maßnahmebeschreibung* gewählt, weil es für sie maßgeblich war, den Bietern möglichst wenig Vorgaben zu machen, so dass die Bieter an der Erarbeitung der *funktionsgerechtesten* Lösung mitwirken konnten und sollten.“ (VK 1 - 35/04, S. 12)
- „„*unterschiedliche*“ pädagogisch wertvolle Konzepte“
(VK 3 - 100/05, S. 13, VK 3 - 112/05, S. 11)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Und die Fachlichkeit?

- „Die Vergabestelle ist [...] nicht befugt, [...] Umstände zu berücksichtigen, die sich *außerhalb des Bereiches gesicherter Erkenntnisse* bewegen.“
(VK 2 – 94/04, S. 12)
- „Es ist [...] grundsätzlich *zulässig*, dem Wertungskriterium des Preises herausgehobene Bedeutung zuzumessen.“
(VK 1 - 141/04, S. 19)
- Generelles Problem, wenn es um „fachliche“ Argumente geht: *Kollision* von fachlicher Rationalität und juristisch-administrativer („robuster“) Handlungslogik
- Der lange Schatten der „trivialen“ Kausalitätsannahmen des *Bau*vergaberechts

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Zwischenresümee

- Zurückgenommene Kontrolle
- Unvertretbarkeit, Widerspruchsfreiheit, Mindestmaß an Transparenz
- Juristische Immunität gegen „richtige“ Fachlichkeit (Qualität)
- Fazit: *Es geht fast alles – für die BA* („die BA, die BA, die hat immer recht“)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Ausblick

- Das Feld des Vertretbaren durch *verlässliche* Fachlichkeit verengen
 - von der „gefühlten“ zur „evidenzbasierten“ Qualität / Wirkungsforschung
 - Übersetzung der Fachlichkeit in ökonomische Kosten-Nutzen-Kalküle („*Sozialwirtschaft*“)
- Das Sozialrechts *in den Formen des Vergaberechts* kommunizieren, z.B.
 - bei der Wahl der Vergabeart (§ 3 VOL/A 2009)
 - bei der Aufteilung der Lose (§ 2 Abs. 2 VOL/A 2009)
 - bei der Leistungsbeschreibung (§ 8 EG VOL/A 2009)
 - bei den Wertungskriterien (§ 16 Abs. 8 VOL/A 2009)
 - bei den allgemeinen Anforderungen (Begründungserfordernisse etc.)

www.oer1.uni-bayreuth.de



Lehrstuhl für Öffentliches Recht I

Öffentliches Recht, Sozialwirtschafts- und Gesundheitsrecht
Prof. Dr. Stephan Rixen

Literatur

- **Engler**, Die Leistungserbringung in den Sozialgesetzbüchern II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, 2010
- **Engler**, Die Leistungserbringung in den SGB II, III, VIII und XII im Spannungsverhältnis zum europäischen und nationalen Vergaberecht, RsDE H. 71/2010, 41 ff.
- **Engler**, Sozialwirtschaft gestärkt, in: SOZIALwirtschaft H. 5/2010, 29 ff.
- **Fahlbusch**, Sozialrecht und Vergaberecht – Brücke oder Abgrund?, in: Busse/Ehmann (Hrsg.), Vergaberecht als Chance für Soziale Dienste, 2010, S. 27 ff.
- **Häcker**, Praktische Probleme Sozialer Dienste bei der Vergabe von Aufträgen, in: Busse/Ehmann (Hrsg.), Vergaberecht als Chance für Soziale Dienste, 2010, S. 49 ff.
- **Hänlein**, Vergabe in der Arbeitsförderung (Vortrag auf der Bundestagung des Deutschen Sozialrechtsverbandes 4.11.2010), SDSRV Bd. 60 (2011), S. 111 ff.
- **Jasper/von der Recke**, Ausschreibungspflicht sozialer Dienstleistungen?, Kirche und Recht (KuR) 2010, 105 ff.
- **Neumann**, Anm. zu OLG Hamburg, Beschl. v. 7.12.2007 (1 Verg 4/07), RsDE H. 68/2009, 83 ff.

www.oer1.uni-bayreuth.de



Literatur

- **Pruns**, Kartell- und vergaberechtliche Probleme des selektiven Kontrahierens auf europäischer und nationaler Ebene, 2008
- **Rixen**, Sozialvergaberecht ante portas? Vergaberechtliche Probleme im Sozialrecht der Arbeitsmarktsteuerung (Grundsicherung für Arbeitsuchende – SGB II – und Arbeitsförderung – SGB III –), VSSR 2005, 225 ff.
- **Rixen**, Abschied vom Sozialen? Das Recht der Arbeitsförderung (SGB III) zwischen Sozial- und Vergaberecht – Zugleich ein Beitrag zum Rechtsschutz durch Sozialgerichte im Beschaffungswesen, VSSR 2006, 333 ff.
- **Pöhlker**, Vergaberecht, in: Erenkämper/Zimmermann (Hrsg.), Rechtshandbuch für die kommunale Praxis, 2010, S. 633 ff. (§ 10 Rn. 1 ff.)
- **v. Langsdorff**, Geltung des Vergaberechts, in: Sodan (Hrsg.), Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2010, S. 390 ff. (§ 15 Rn. 1 ff., insb. Rn. 46)
- **Ziegler**, Sozialvergaberecht – insbesondere die Vergabe von sozialen Dienstleistungen (Teil I und II), ASR (Anwalt/Anwältin im Sozialrecht) 2009, 208 ff., 2010, 8 ff.