



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung

Studie „Soziale Dienste“

Die Organisation sozialer Dienste und die
Bedeutung von Sozial-Kriterien im BVergG ab 2016

Im Auftrag von





Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung

Studie „Soziale Dienste“

Die Organisation sozialer Dienste und die
Bedeutung von Sozial-Kriterien im BVergG ab 2016

Im Auftrag von





Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung

Diese Studie wurde im Auftrag des Dachverbands berufliche Integration Österreich dabei-austria erstellt.

Unter der rechtlichen Leitung von

RA Dr. Sylvia Freygnier, LL.M.

AutorInnen

Mag. Birgit Mitterlehner, Bakk. M.A., M.A.

Rene Diwald

Mag. Yvonne Breitwieser

Mag. Ada Sporer, LL.M.

Manuel Schweiger

Satz/Layout

Bruno V. C. Fiala

Impressum

Medieninhaber und Herausgeber:

Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH

Annagasse 6

A-1010 Wien

© Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH

Wien 2014

Alle Rechte vorbehalten.

Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung sind alle Formulierungen und Aussagen in dieser Studie als geschlechtsneutral zu verstehen.



Vorwort

1. Diese Studie wurde im Auftrag des Dachverbands berufliche Integration Österreich dabei-austria (nachstehend Auftraggeber) erstellt.
2. Die in Auftrag gegebene „Studie ‚Soziale Dienste‘ – Die Organisation sozialer Dienste und die Bedeutung von Sozial-Kriterien im BVergG ab 2016“, wurde durch die Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH (P/S/R Institut, nachstehend Auftragnehmerin) entsprechend dem Leistungsgegenstand in seiner Endfassung – bestätigt durch die E-Mail-Korrespondenz vom 24/25. Juni 2014 – erarbeitet. Der Leistungsgegenstand wurde wie folgt festgelegt:
 - **Arbeitspaket (AP) 1 | BVergG-Novelle**
 - Darstellung der Forderungen bzgl. einer Umsetzung von RL 2014/24/EU (insb. Definition eines für soziale Dienste geeigneten Vergabeverfahrens, Dienstleistungsvorbehalts-Klausel, geschützte Werkstätten-Klausel, Schwellenwert, Zulässigkeit von alternativen Organisationsformen, Referenz zu Art 14, Prot 26 AEUV,...),
 - Formulierung eines Forderungskatalogs,
 - Entwicklung von branchenüblichen sozialen Kriterien, welche in Ausschreibungen angewendet werden können.
 - **Arbeitspaket (AP) 2 | Alternative Organisationsformen für soziale Dienste**
 - Darstellung alternativer Organisationsformen für soziale Dienste, insb. der sich ergebenden Unterschiede bei Organisation durch **Förderung, Beihilfe, öffentliche Ausschreibung** und etwaigen anderen praxisüblichen Organisationsformen.
3. Die in dieser Studie getroffenen Aussagen beantworten die in Auftrag gegebenen Forschungsfragen. Auf weiterführende wettbewerbsrechtliche Fragestellungen bzw. auf die praktische Anwendung derselben wird nicht eingegangen.
4. Die vorliegende Studie ersetzt keine zeitnahe Beratung durch fachkundige Personen zur Einzelfallberücksichtigung. Vor diesem Hintergrund schließen die Autoren gegenüber Auftraggeber und Dritten, welche auf Grundlage dieser Studie Dispositionen jeglicher Art treffen, jedwede wie auch immer geartete Haftung aus.



5. Sämtliche Verweise dienen als Referenz. Es wird nicht ausgeschlossen, dass diese Inhalte auch an anderer Stelle behandelt werden.
6. Diese Studie wurde ausschließlich für den genannten Auftraggeber erstellt. Die Auftragnehmerin übernimmt keinerlei Haftung gegenüber Dritten, die Kenntnis vom Inhalt dieser Studie oder Teilen davon erlangen.

Wien, am 05.09.2014

Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH



Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Inhaltsverzeichnis	7
Abbildungsverzeichnis.....	8
Tabellenverzeichnis.....	8
Abkürzungsverzeichnis	9
Einleitung.....	13
Methode	17
Abstract.....	19
1. Soziale Dienste im Vergaberecht	21
1.1 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (SDAWI)	21
1.1.1 Definition DAWI und SDAWI	21
1.1.2 Der Rechtsrahmen für DAWI.....	25
1.1.3 Was sind soziale Dienste?	26
1.2 Nicht-prioritäre Leistungen im BVergG 2006	28
1.3 Soziale Dienste in der RL 2014/24/EU	34
1.3.1 Schwellenwerte	36
1.3.2 Geschützte Werkstätten	36
1.3.3 Vorbehaltene Aufträge für bestimmte Dienstleistungen.....	37
1.3.4 Vergabeverfahren für die Vergabe sozialer Dienste	45
2. Die Anwendung von Sozial-Kriterien in der Vergabe öffentlicher Aufträge	47
2.1 Sozial-Kriterien im Beschaffungswesen.....	47
2.2 Sozial-Kriterien als Eignungskriterien	51
2.3 Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien	53
2.4 Sozial-Kriterien als Auftragsausführungsbestimmungen, technische Spezifikationen etc.	56
2.5 Sozial-Kriterien in der RL 2014/24/EU.....	59
2.6 Geeignete Sozial-Kriterien für soziale Dienste	61
2.6.1 Experteninterview dabei-austria	64
3. Alternative Organisationsformen für soziale Dienste	71
3.1 Dienstleistungskonzession	72
3.2 EU-Staatliches Beihilferecht	77



3.2.1	Soziale Dienste und beihilferechtliche Bestimmungen	81
3.2.2	Ausgleichszahlungen für DAWI	83
3.2.3	<i>De-minimis</i> -Beihilfen für DAWI	87
3.3	Weitere Förderarten	90
3.3.1	Ausgleichszahlungen und Finanzierungen	90
3.3.2	Subjekt- vs. Objektförderung.....	91
3.3.3	Förderungsverträge	94
3.3.3.1	Unterschied öffentlicher Auftrag – Förderungsvertrag	95
3.3.3.2	Rechtsrahmen für Förderungsverträge – EU und Österreich.....	96
3.3.4	Betrauung	101
	Conclusio	105
	Anhang I: Soziale und besondere Dienstleistungen nach RL 2014/24/EU	115
	Anhang II: Leitfaden für Experteninterviews mit dabei-austria	119
	Literaturverzeichnis	121

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: EU-Verständnis von Daseinsvorsorge.....	25
Abbildung 2: Zu beachtende beihilferechtliche Fragestellungen.....	83

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Bestimmten Dienstleistungen vorbehaltenen Aufträge – Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU	40
Tabelle 2: Darstellung Geld- bzw. Sachleistungsförderungen	92
Tabelle 3: Schritte in der Förderungsvertragsvergabe	100
Tabelle 4: Dienstleistung nach Art 74 RL 2014/24/EU	115



Abkürzungsverzeichnis

ABI	Amtsblatt
Abb.	Abbildung
Abs	Absatz
AEUV	Arbeitsweise der Europäischen Union-Vertrag
AP	Arbeitspaket
ARR	Österreichische allgemeine Rahmenrichtlinie für Förderung aus Bundesmitteln
Art	Artikel
Aufl.	Auflage
ausgen.	ausgenommen
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMASK	Bundesministerium für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz
BlgNr	Beilage(-n) zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates
BVergG	Bundesvergabegesetz 2006
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
bspw.	beispielsweise
C	Information and notices
COM	Commission
CSR	Corporate Social Responsibility
d. h.	das heißt
DAI	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
DANWI	Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichen Interesse
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EG VOL/A	Deutsche Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen im Anwendungsbereich der Richtlinie 2004/18/EG
endg.	endgültig
ErwGr	Erwägungsgrund



et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EUV	Vertrag über die Europäische Union
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f	folgend
ff	folgende
GATS	General Agreement on Trade in Services
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
Hrsg.	Herausgeber
idF	in der Fassung
idgF	in der geltenden Fassung
inkl.	inklusive
insb.	insbesondere
iSv	im Sinne von
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der/des
iVm	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Kommission
L	Legislation
LH	Landeshauptmann
lit	litera
Mio.	Million(en)
MmB	Menschen mit Behinderung



mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
od.	oder
OGH	Oberster Gerichtshof
OSB	Oberschwellenbereich
ö. A.	öffentlicher Auftraggeber
P/S/R	Public Social Responsibility
Prot	Protokoll
Pkt.	Punkt
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer
S.	Seite
SDAWI	Soziale Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
Slg	Sammlung
sog.	sogenannte/r/s
stRspr	ständige Rechtsprechung
u.	und
u. a.	unter anderem/n
USt	Umsatzsteuer
u. U.	unter Umständen
Uvm.	und vieles mehr
Unterkap.	Unterkapitel
USB	Unterschwellenbereich
usw.	und so weiter
v. a.	vor allem
verb.	verbundene
vgl.	vergleiche
VgV	Deutsche Vergabeverordnung



VO	Verordnung
VOL/A	Deutsche Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen
vs.	versus
Z	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
zzt.	zur Zeit



Einleitung

Im November 2011 präsentierte die Europäische Kommission drei Richtlinienentwürfe zum Vergaberecht. Diese behandelten eine Reform der bestehenden RL 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und der RL 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge.¹ Zudem wurde ein eigener Richtlinienvorschlag für eine Konzessionsrichtlinie vorgelegt. Dieser sollte künftig nicht nur die bisher in der RL 2004/18/EG geregelten Baukonzessionen regeln, sondern auch erstmals im Europarecht, Bestimmungen zu Dienstleistungskonzessionen enthalten.² Insbesondere der Konzessionsrichtlinienentwurf stieß auf heftige Kritik. Nach dreijährigen Diskussionen und eingeschobenen Trilog-Verhandlungen³ im Jahr 2013, kam es am 15. Januar 2014 schließlich zur Abstimmung und Annahme aller im Rahmen der Trilog-Verhandlungen adaptierten Richtlinienvorschläge. Diese wurden am 11. Februar im Rat angenommen, sodass die neuen Vergaberichtlinien RL 2014/24/EU, RL 2014/25/EU und RL 2014/23/EU im EU-Amtsblatt veröffentlicht wurden.⁴ Diese sind mit der 20-tägigen Frist nach Veröffentlichung am 17. April 2014 in Kraft getreten. Somit beginnt die Umsetzungsphase für die Mitgliedstaaten, welche die Richtlinieninhalte in nationalem Recht binnen 2 Jahren berücksichtigen müssen.⁵ Im Folgenden werden ausschließlich RL 2014/24/EU, RL 2014/25/EU und RL 2014/23/EU näher betrachtet.

Ziel ist eine Analyse der Bestimmungen für soziale Kriterien und soziale Dienste in Gegenüberstellung mit dem BVergG idgF zur Formulierung eines Forderungskatalogs für die Umsetzung der Richtlinien.

¹ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 vom 20. Dezember 2011 sowie Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011.

² Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

³ Vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, COM(2011) 895 of 20 December 2011.

⁴ Vgl. Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 94/1 vom 28. März 2014; Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94/65 vom 28. März 2014 sowie Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ABl L 94/243 vom 28. März 2014.

⁵ Vgl. *Mitterlehner*, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben: Abstimmung zum Vergabelegislativpaket wurde vertagt, P/S/R INSTITUT (Hrsg.) Fachbeitrag 21 (2013), http://www.daseinsvorsorge.org/wp/wp-content/uploads/2014/03/20131216_PSR_Fachbeitrag_21_2013.pdf.



Neuerungen betreffen vor allem die Verfahrensarten (neue Regelungen, neue Verfahrensarten), die Ausschlussgründe, die verschiedenen Kriterien(ebenen), Fristen, Zertifikate und Nachweise, Aspekte der Nachhaltigkeit, das Bestbieterprinzip und Rechenmodelle, die E-Vergabe, die Teilung in Dienstleistungskategorien (insb. in Bezug auf soziale Dienste), und die Rolle von KMU.

Diese Studie nimmt die Richtlinienreform zum Anlass, um den Sektor soziale Dienste, dessen inhärente Herausforderungen und Forderung für die künftige Organisation, näher zu untersuchen.

Es gilt zudem zu betonen, dass die RL 2014/24/EU das Recht der Mitgliedstaaten, *„im Einklang mit dem Unionsrecht festzulegen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten“*⁶, nicht berührt.

In dieser Studie werden deshalb auch alternative Finanzierungsformen einer genaueren Analyse unterzogen werden. Auch bisher wurden soziale Dienstleistungen nicht ausschließlich durch öffentliche Aufträge vergeben. Auch ErwGr 114 bestätigt dies: Für soziale und besondere Dienstleistungen nach RL 2014/24/EU besteht gemäß ErwGr 114 die Möglichkeit, diese Dienstleistungen weiterhin 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 Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten — für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen“*⁷. Deshalb ist es besonders wichtig, künftige Möglichkeiten genau zu betrachten und – sofern für die künftige Organisation dieser Dienstleistungen als wertvoll betrachtet, in einen etwaigen Forderungskatalog einzubringen.

Primäres Ziel im Europarecht ist die Gewährleistung eines völlig freien Wettbewerbs. Dieser begründet sich vor allem auf den Kriterien der Niederlassungs-, Dienstleistungs-, Arbeitnehmer-, und Kapitalfreiheit.⁸ Neben dem Wettbewerb fördert die EU jedoch auch eine Sozial-Union.⁹ Dieses Ziel ist sowohl im Primärrecht (vgl. Titel X AEUV, u. a. Art 153

⁶ Art 1 Abs 4 RL 2014/24/EU.

⁷ ErwGr 114 RL 2014/24/EU.

⁸ Vgl. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012.

⁹ Die Europa 2020-Strategie erfasst Sozial-Kriterien iVm öffentlicher Auftragsvergabe. Sie strebt ein wettbewerbsfähiges Wirtschaften an, welches zudem möglichst emissionsarm und ressourcenschonend ausgeübt werden kann und sich territorialen und sozialen Anforderungen anpasst. Zudem soll durch sie ein Anstieg in der Beschäftigungsquote erfolgen: Siehe Communication from the Commission to the European



AEUV Chancengleichheit, soziale Eingliederung, Gleichbehandlung, Arbeitsbedingungen, soziale Sicherheit, Arbeitnehmerschutz und Art 157 AEUV Gleichstellung¹⁰) als auch im Sekundärrecht (vgl. VO 1370/2007¹¹, RL 2004/17/EG, RL 2004/18/EG etc.) verankert. So besagt im Primärrecht Art 9 AEUV, dass die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes und der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung zu tragen hat.¹² Zudem verpflichtet Zusatzprotokoll 26 AEUV die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit einem hohen „Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“¹³. Dieses Ziel findet u. a. auch in den Ausarbeitungen für eine Vergaberechtsnovelle auf europäischer Ebene Erwähnung:

„[...] bedürfen die für das öffentliche Auftragswesen geltenden Rechtsvorschriften einer Überprüfung und Modernisierung, um dem sich verändernden politischen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext Rechnung zu tragen [...] [und eine] Möglichkeit für die Auftraggeber die Auftragsvergabe besser zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen, [zu schaffen] z. B. in den Bereichen Umweltschutz, Erhöhung der Ressourcen- und Energieeffizienz, Bekämpfung des Klimawandels, Förderung von Innovation, Beschäftigung und soziale Eingliederung und Gewährleistung bestmöglicher Bedingungen für die Erbringung hochwertiger sozialer Dienstleistungen.“¹⁴

Deshalb liegt ein weiterer Schwerpunkt dieser Studie auf der Möglichkeit der Anwendung von Sozial-Kriterien.

Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, COM(2011) 681 final 25. October 2011: Diese CSR-Strategie enthält einen Aktionsplan für den Zeitraum 2011-2014. Der Aktionsplan sieht vor, stärkere Marktanreize für die Umsetzung von CSR zu schaffen, etwa durch die öffentliche Vergabe. Die Kommission verweist in ihrer CSR-Strategie auf ihren 2011 erarbeiteten Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen „Sozialorientierte Beschaffung“ hin und lädt Mitgliedstaaten und Auftraggeber ein, die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten der sozial verantwortlichen Beschaffung umfassend zu nutzen. Dieser Leitfaden nimmt erstmals eine Definition von Sozial-Kriterien vor und gibt die Interpretation der Kommission wieder, was deren Anwendung betrifft.

¹⁰ Vgl. Art 153 AEUV; Art 157 AEUV.

¹¹ Hierbei gilt es zu beachten, dass die VO 1370/2007 als Verordnung unmittelbar gültig ist; dass die VO selbst jedoch eine Übergangsregelung bis 2019 einräumt.

¹² Vgl. Art 9 AEUV.

¹³ Art 1 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – Protokoll 26, konsolidierte Fassung, ABl C 326 vom 26. Oktober 2012, 201.

¹⁴ Kap. 1, Begründung – Hintergrund des Vorschlags – Begründung und Ziele des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2 vom 21. Dezember 2011: Das Vergaberechtspaket zu den Vergabe- und Konzessionsrichtlinievorschlägen der Europäischen Kommission von 2011 wurde noch nicht verabschiedet. In den Trilog-Verhandlungen wurde zwar eine Einigung erzielt, das Dokument lag jedoch zum Zeitpunkt dieser Studie noch nicht vor.



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Methode

Die vorliegende Studie dient zur Klärung der Frage, wie soziale Dienste organisiert sind und künftig organisiert werden (sollten). Spezielles Augenmerk liegt dabei auf den derzeitigen Bestimmungen im Bundesvergabegesetz idgF (nachfolgend BVergG 2006) als auch auf RL 2014/24/EU, welche bis 2016 im nationalen Recht umzusetzen ist.

Zudem wird beleuchtet, inwiefern Sozial-Kriterien in der Vergabe öffentlicher Aufträge Beachtung finden können bzw. werden mögliche Sozial-Kriterien für diese Dienstleistungen vorgeschlagen.

In diesem Sinne beantwortet die Studie folgende Forschungsfragen:

- Wie sind soziale Dienste bislang im BVergG 2006 organisiert?
- Welche Regelung sieht RL 2014/24/EU für soziale Dienste vor?
- Wie können Sozial-Kriterien im Vergaberecht Beachtung finden?
- Welche Sozial-Kriterien eignen sich für soziale Dienste?
- Wie kann/soll RL 2014/24/EU in Bezug auf soziale Dienste in nationalem Recht umgesetzt werden?
- Welche alternativen Organisations- und Finanzierungsformen zur Vergabe öffentlicher Aufträge gibt es?

Kapitel 1 dient der Beantwortung der Forschungsfragen 1 und 2. Kapitel 2 dient der Beantwortung der Forschungsfragen 3 und 4. Forschungsfrage 5 wird in Kapitel 3 beantwortet und Forschungsfrage 6 ist Gegenstand von Kapitel 4.

Zur Beantwortung der Fragestellungen werden anerkannte rechts- und sozialwissenschaftliche Methoden angewendet. Neben einer Textexegese unter Anwendung geeigneter rechtswissenschaftlicher Interpretationsmöglichkeiten finden Experteninterviews und eine Desktop-Recherche statt.



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Abstract

Soziale Dienstleistungen gehören dem Bereich der Sozialwirtschaft an. Es handelt sich um Leistungen, welche nahe am Menschen geleistet werden. Für sie charakteristisch ist ein partnerschaftliches Vorgehen, Stabilität gegenüber den Kunden, und das Wohl der Betroffenen. Das Verhältnis zwischen Anbietern und Nutzern von Sozialdienstleistungen ist somit nicht vergleichbar mit einem "normalen" Dienstleister-Verbraucher-Verhältnis. Den Erbringern dieser Dienstleistungen vielfach inhärent ist deshalb das Merkmal der Gemeinnützigkeit, wobei sich die Organisationsmodelle in den europäischen Mitgliedstaaten stark unterscheiden (Stellenwert der ehrenamtlichen Arbeit, Gewinnabsicht etc.).

Soziale Dienstleistungen konnten schon bisher ausgeschrieben werden, mussten dies jedoch – wie auch künftig – nicht. Wurde der Weg der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags gewählt, so fand ein mildes „Vergabereglement“ Anwendung. Durch die Verabschiedung eines neuen EU-Richtlinienpakets zum Vergaberecht, die Richtlinien zur klassischen und Sektorenvergabe novelliert und erstmals eine Konzessionsrichtlinie einführt, kommen einige Änderungen im Bereich der öffentlichen Vergabe auf die Mitgliedstaaten zu.

Im Rahmen dieser Veränderungen werden auch der Stellenwert von Sozial-Kriterien erhöht und die Modalitäten für die Vergabe gestrafft. Der europäische Diskurs zur Ausgestaltung von Sozial-Kriterien in der Auslegung und Weiter-Entwicklung des Vergaberechts zeigt deutlich, wie das Bewusstsein für die Bedeutung von sozialen Kriterien in der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zunimmt. Die vorliegende Studie zeigt, welche Regelungen bisher im BVergG 2006 auf soziale Dienste Anwendung fanden und analysiert die Veränderungen, die durch die neuen Richtlinien RL 2014/23/EU und 2014/24/EU in diesem Segment zu erwarten sind. Des Weiteren wird beleuchtet, welche Sozial-Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe bezüglich sozialer Dienstleistungen für eine Implementierung geeignet sind.

Die Studie bietet abschließend einen Einblick in alternative Organisationsformen zum öffentlichen Auftrag, inkl. einer Beleuchtung beihilferechtlicher Fragestellungen und untersucht die verschiedenen Optionen für Fördermöglichkeiten und Förderungsverträge.

Ziel dieser Studie ist es somit, sich künftigen Herausforderungen zu widmen. In diesem Sinne sollen Fragestellungen in den folgenden Bereichen beantwortet werden:

- Vergaberecht früher und in Zukunft,
- Vergaberecht in der EU und in Österreich,
- Sozial-Kriterien in der Vergabe,
- Alternativen zum öffentlichen Auftrag.



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



1. Soziale Dienste im Vergaberecht

In Kapitel 1 werden folgende Fragen beantwortet:

- Was sind soziale Dienstleistungen?
- Wie sind soziale Dienste im BVergG 2006 idgF geregelt?
- Inwiefern gelten die Schwellenwerte für soziale Dienste?
- Müssen soziale Dienste nach dem Vergaberecht vergeben werden?
- Wie sind soziale Dienste in der RL 2014/24/EU geregelt?
- Was gilt für soziale Dienste, welche nicht in Anhang XIV geregelt sind?
- Müssen soziale Dienste nach dem Vergaberecht vergeben werden?
- Welche Bestimmungen sind fakultativ, welche sind obligatorisch von den Mitgliedstaaten umzusetzen?

1.1 Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und Sozialdienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse (SDAWI)

1.1.1 Definition DAWI und SDAWI

Im Allgemeinen existierte der europäische Ansatz zur Daseinsvorsorge lange Zeit lediglich als sprachlicher Neologismus.¹⁵ Die EU schuf keine eigenständige Definition, bzw. verwendete den Begriff lange ohne nähere Erklärung. In Anlehnung an Artikel 106 AEUV sind in der europäischen Konzeption Leistungen der Daseinsvorsorge zuzurechnen, sofern sie mit Gemein- und Gewährleistungspflichten verbunden sind.¹⁶ Im Gegensatz zu klassischen Ansätzen, nähert sich die Kommission dem Konzept über ihre Kompetenz im (Binnen-)Markt und Wettbewerb, wodurch die Bewertung des Begriffs hauptsächlich marktorientiert ausfällt,

¹⁵ In verschiedenen Mitteilungen der Kommission wird der englische Neologismus für die Daseinsvorsorge, *services of general interest*, anfangs zwar durchaus mit Leistungen der Daseinsvorsorge übersetzt, dieser Terminus wurde nunmehr jedoch gänzlich vom obigen Begriff abgelöst: Vgl. Mitteilung der Kommission: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM(96) 443 vom 11. September 1996; Vorschlag für eine Entscheidung zur Änderung von Art 3 der Entscheidung 98/198/EG, KOM(2000) 589 vom 21. September 2000; Bericht für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(2001) 598 vom 17. Oktober 2001.

¹⁶ *Krajewski*, Public Services in bilateral free trade agreements of the EU, EPSU (Hrsg.) (2011),9f.



und überlässt die Auslegung und Ausgestaltung der Daseinsvorsorge den Mitgliedstaaten. Getrennt wird begrifflich zwischen kommerzialisierbaren Dienstleistungen und solchen, die nicht attraktiv für den Wettbewerb sind. Der Begriff Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) wird auf europäischer Ebene als Überbegriff für die Daseinsvorsorge verwendet.¹⁷ Der europäische Begriff umfasst Tätigkeiten, die im Interesse der Allgemeinheit erbracht und daher von den Behörden mit spezifischen Gemeinwohlverpflichtungen verknüpft werden.¹⁸ Mittels eines holistischen Konzepts bindet der Begriff sowohl die Grundversorgung (u. a. mit Infrastruktur) als auch wohlfahrtsstaatliche Leistungen mit ein. Dem Ansatz des Marktes und des Wettbewerbs folgend konstituieren sich DAI aus Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) und Dienstleistungen von allgemeinem nicht-wirtschaftlichem Interesse (DANWI).¹⁹ DAWI bezeichnen erwerbswirtschaftlich relevante kommerzialisierbare Leistungen, DANWI hingegen Leistungen, die keinen Anreiz für einen breiten Wettbewerb darstellen bzw. auch nicht sinnvoll im Wettbewerb von verschiedenen Akteuren erbracht werden können. Da sich gezeigt hat, dass auch DAWI auf Grund der mit ihnen verbundenen Gemeinwohlverpflichtungen nicht ausschließlich rentabel sind und ein Wettbewerb nur bedingt möglich bzw. sinnvoll ist und auch hier im Sinne einer staatlichen Grundversorgungsverantwortung zwischen eigenwirtschaftlichen und gemeinwirtschaftlichen Bereichen zu trennen ist, werden DAWI im weiteren Verlauf noch näher analysiert werden.²⁰ Zuerst werden jedoch Fragen zur Terminologie geklärt.

Beleuchtet man diese terminologische Neubenennung vor dem Hintergrund der Entwicklungen der letzten Jahrzehnte, z. B. der Einführung des GATS und des Binnenmarkts, so lässt sich feststellen, dass nicht zufällig beim Terminus „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“, im Allgemeinen, und „Dienstleistungen von allgemeinem

¹⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 vom 20. Dezember 2011: Dienstleistungen von allgemeinem nicht-wirtschaftlichem Interesse unterliegen weder spezifischen EU-Vorschriften noch den Binnenmarkt- und Wettbewerbsregeln des Vertrags (AEUV), „andere allgemeine Vorschriften des Vertrags wie etwa das Diskriminierungsverbot können jedoch hinsichtlich bestimmter Aspekte der Organisation dieser Dienstleistungen durchaus greifen“.

¹⁸ Europa Glossar, Gemeinwohlorientierte Leistungen – Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung (2012).

¹⁹ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfevorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI C 8/02 vom 11. Januar 2012: Die Kommission stuft Dienstleistungen, die untrennbar Teil der Vorrechte einer Behörde sind und vom Staat ausgeübt werden, sofern sie keinen Marktmechanismen unterliegen, als Dienstleistungen von nicht-wirtschaftlichem Interesse ein. D. h., dass in diesem Fall beidseitig keine kommerziellen Interessen bestehen. Beispiele hierfür sind Polizei und Militär, Flugsicherung- und Verkehrskontrolle, Seeverkehrskontrolle und -sicherheit, Überwachungstätigkeiten, Justiz und Soziale Sicherheit; vgl. dazu auch EuGH, Rs C-244/94, *FFSA u. a./Ministère de l'Agriculture und de la Pêche*, Slg 1995, I-4013: Die unklare Definition von nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen (auch wenn der Terminus selbst Eingang in die Rechtsprechung gefunden hat), führt zu Rechtsunsicherheit bei ihrer Ausführung.

²⁰ Vgl. u. a. KOM(2011) 900.



wirtschaftlichen Interesse", im Besonderen, der Konnex zur öffentlichen Hand als Erbringer fehlt. Der naheliegende Terminus „öffentliche Dienstleistungen“ zur Beschreibung der Daseinsvorsorge, wie er zum Teil noch in vielen Mitgliedsstaaten verwendet wird, wurde bei der europäischen Begriffsfindung wohl bewusst vermieden. Der gewählte Begriff resultiert somit aus der Grundidee bzw. Grundannahme, dass die Daseinsvorsorge zwar mit dem öffentlichen Interesse, jedoch nicht zwingend mit dem öffentlichen Sektor, verstrickt ist.²¹

Um die Bedeutung von DAWI besser zu beleuchten, muss auch der Begriff des „wirtschaftlichen Interesses“ definiert werden: Der EuGH definiert „wirtschaftliches Interesse“ als jede Art von Angebot von Waren und/oder Dienstleistungen auf dem Markt. Im Regelfall sind diese mit einer Gewinnerzielungsabsicht verbunden (jedoch nicht zwingend)²². Dies wird vor allem in Bezug auf Sozial-Dienstleistungen diskutiert. Eine solche Definition, die sich primär auf eine „vermarktbar“ bzw. „marktfähige“ Betrachtung stützt, betrifft stringent ausgelegt auch Verkehrsinfrastrukturunternehmen, Rettungsunternehmen, Arbeitsmarktservices, Zoll und bestimmte Krankenhaus- und medizinische Dienstleistungen. Diese wettbewerbsorientierte Auslegung wurde mit der Kommissionsmitteilung an das Parlament – unter anderem in Anlehnung an etwaige Weiß- und Grünbücher, Mitteilungen und der angedachten (nicht vollendeten) Rahmenrichtlinie zu DAI – durch erstmalige Ausarbeitung eines Qualitätsrahmens für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, leicht abgeschwächt.

Einen Versuch, DA(W)I auf europäischer Ebene sektoral zu definieren und aufzubauen, gab es bisher nicht. Dies hätte den Traditionen und Organisationsansätzen der einzelnen Mitgliedsstaaten sowie dem Subsidiaritätsprinzip widersprochen. Auch die von der EU im Qualitätsrahmen anerkannte Notwendigkeit staatlicher Eingriffe für die Gewährleistung einer angemessenen Durchführung dieser Leistung ist von existenzieller Bedeutung. Denn würden DAWI lediglich den Gesetzen des Binnenmarktes und des Wettbewerbs unterworfen, wäre die Daseinsvorsorge nach betriebswirtschaftlichen Prinzipien zu organisieren. Dabei würden gemeinwirtschaftliche Prinzipien ausgeklammert werden.

Der Begriff DAWI wurde, obgleich nicht bindend, nach neuesten Gesichtspunkten, insbesondere der Grundversorgungs- und Gewährleistungsverpflichtung, wie im Folgenden angeführt, definiert:

„Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt

²¹ Vor dem Hintergrund, dass der Begriff DAWI seit den Römischen Verträgen verwendet wird, ließe sich argumentieren, dass der Begriff absichtlich gewählt wurde, um den Systemwandel – durch welchen diese Dienstleistungen von beiden, öffentlichen und privaten Akteuren, gleichermaßen erbracht werden können – angemessen zu stärken und terminologisch abzusichern.

²² Vgl. EuGH, Rs C-355/00 vom 22. Mai 2003, *Freskot AE/Elliniko Dimosio* (Freskot), Slg 2003, I-5263.



überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden. Die Gemeinwohlverpflichtung wird dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrags auferlegt, der eine Gemeinwohlkomponente enthält, sodass sichergestellt ist, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen."²³

Sozialdienste bzw. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Hierunter fallen Systeme der sozialen Sicherung, die die elementaren Lebensrisiken und eine Reihe von Dienstleistungen abdecken, die direkt an der betreffenden Person erbracht werden und denen eine präventive und sozial integrierende Funktion zukommt. Die Tätigkeit mancher Sozialdienste (z. B. gesetzliche Sozialversicherungssysteme) wird vom Europäischen Gerichtshof zwar nicht als wirtschaftliche Tätigkeit eingestuft, aber aus seiner Rechtsprechung ergibt sich eindeutig, dass der soziale Zweck einer Dienstleistung als solcher nicht ausreicht, um sie als nichtwirtschaftliche Tätigkeit einzustufen. Der Begriff „Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse“ deckt somit sowohl wirtschaftliche als auch nichtwirtschaftliche Tätigkeiten ab.²⁴

Der Begriff der Sozialdienstleistung ist in der Vergangenheit nicht definiert, doch wurden in der Kommissionsmitteilung von 2006 zwei große Kategorien von Sozialdienstleistungen ausgemacht: erstens gesetzliche und ergänzende Systeme der sozialen Sicherung, die unterschiedlich organisiert sind (betriebliche oder auf Gegenseitigkeit beruhende Systeme) und elementare Lebensrisiken, etwa in Bezug auf Gesundheit, Alter, Arbeitsunfälle, Arbeitslosigkeit, Ruhestand und Behinderungen, absichern, und zweitens sonstige unmittelbar zugunsten des Einzelnen erbrachte Dienstleistungen wie Maßnahmen im Rahmen der sozialen Fürsorge, Arbeitsvermittlungs- und Fortbildungsmaßnahmen, Bereitstellung von Sozialwohnungen oder langfristige Pflegeleistungen. Diese Dienstleistungen werden normalerweise auf lokaler Ebene erbracht und sind massiv auf öffentliche Gelder angewiesen.²⁵

Abschließend soll darauf hingewiesen werden, dass auch die neue RL 2014/24/EU die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit nicht berührt. Ebenso wenig betrifft sie die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, oder die

²³ KOM(2011), 3f.

²⁴ Vgl. KOM(2011) 900, 3f.

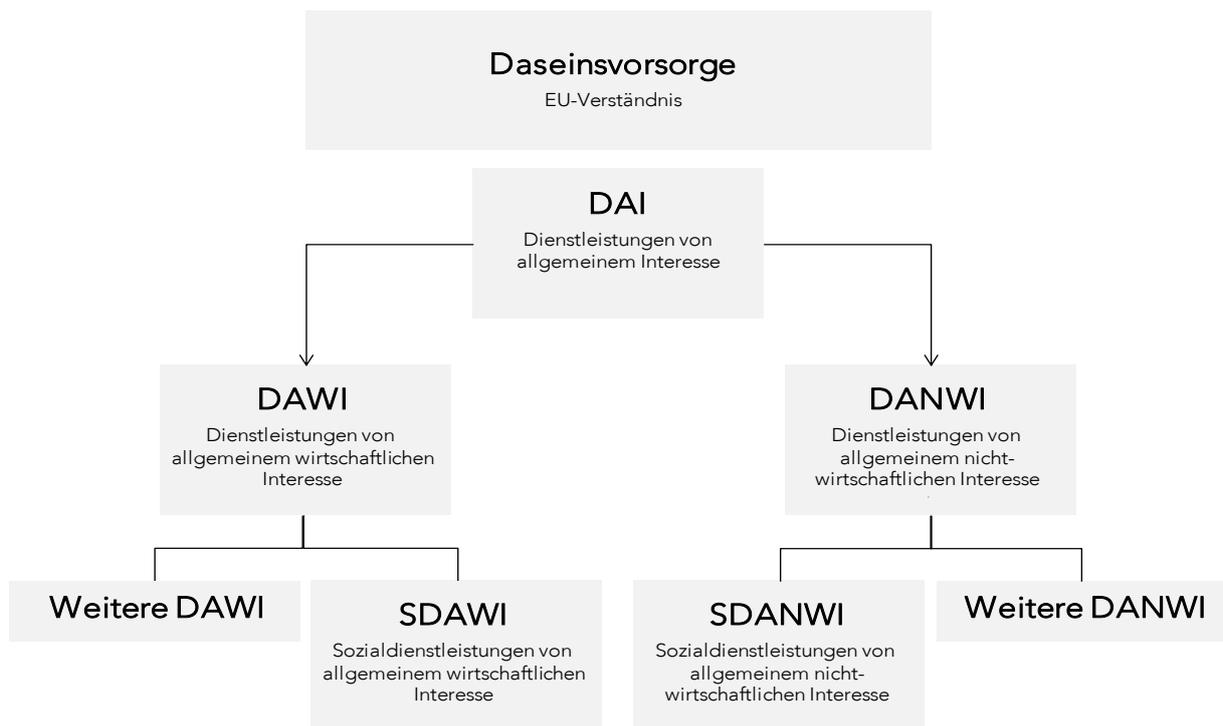
²⁵ Vgl. *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Soziales Europa (2010), 13.*



Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen.²⁶ Die Präzisierung des Begriffs der Auftragsvergabe, die in der neuen Richtlinie enthalten ist, greift nicht über die Definition in RL 2004/18/EG hinaus.²⁷

Zur Veranschaulichung eine Grafik zum europäischen Verständnis von Daseinsvorsorge:

Abbildung 1: EU-Verständnis von Daseinsvorsorge²⁸



1.1.2 Der Rechtsrahmen für DAWI

Die EU respektiert explizit nicht nur die Rolle der Daseinsvorsorge für den sozialen und territorialen Zusammenhalt in der europäischen Gesellschaft, sondern auch die Bedeutung der ihr innewohnenden Partikularitäten und des Primats der Subsidiarität in Organisation, Finanzierung und Vergabe. Art 14 AEUV anerkennt ihre Bedeutung als Kern des europäischen Gesellschaftsmodells.²⁹ Zudem anerkennt die primärrechtlich gültige Charta der Grundrechte der Europäischen Union das Recht auf eine adäquate Daseinsvorsorge.³⁰

²⁶ Vgl. ErwGr 6 RL 2014/24/EU.

²⁷ Vgl. ErwGr 4 RL 2004/24/EU.

²⁸ Mitterlehner, Kapitel 4 – Daseinsvorsorge als europäischer Begriff, Abb. 6. In: Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge, Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.), Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013), 72.

²⁹ Vgl. Protokoll 26 AEUV.

³⁰ Vgl. Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta) vom 18. Dezember 2000, ABI C 364.



Dadurch, dass DAWI neben den Wettbewerbsbestimmungen nunmehr auf primärrechtlicher Ebene verankert sind, erfuhren sie eine Gleichstellung mit den Grundfreiheiten und sind vom Wettbewerb auszunehmen, sofern dies dem allgemeinen Interesse dient.³¹ Art 36 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union eliminiert somit Unklarheiten, ob Art 14 AEUV tatsächlich ein normhierarchisch gleichrangiges Vertragsprinzip mit dem Wettbewerbsrecht darstellt.³² Des Weiteren definiert Zusatzprotokoll 26 AEUV normativ die gemeinsamen Werte der Europäischen Union in Bezug auf DAWI, anerkennt Rolle und Ermessungsspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden, denen die Zurverfügung-Stellung, Auftragsvergabe und Organisation der Leistungen der Daseinsvorsorge obliegt und respektiert die Vielfalt und Partikularitäten in der Daseinsvorsorge.³³

Unbeschadet der sozialen primärrechtlich verankerten Schutzklauseln ist auch bei (S)DAWI die Einhaltung der vier Grundfreiheiten, insbesondere der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit, im Speziellen sowie des Wettbewerbsrechts im allgemeinen zu gewährleisten, es sei denn, die Gewährleistung würde die Erfüllung der übertragenen besonderen Aufgaben mit dem Zweck erforderlichen oder angemessenen Maßnahmen rechtlich oder tatsächlich verhindern.³⁴

1.1.3 Was sind soziale Dienste?

Soziale Dienste gehören dem Bereich der Sozialwirtschaft an. Letzterer ist nicht eindeutig definiert; charakteristisch für ihn ist jedoch, dass Steuerung und Qualität in Zusammenhang mit Leistungsverträgen steht, dass er von einem partnerschaftlichem Vorgehen geprägt ist, dass eine Einbindung in die lokale Ebene erfolgt, die Betroffenen repräsentiert werden, eine nicht vorhandene Gewinnmaximierungsabsicht, und dass die Unternehmen an sozialen Zielen ausgerichtet sind.

Soziale Dienste heben sich insbesondere durch folgende Charakteristika hervor:

„[ihre] Funktion nach dem Grundsatz der Solidarität, unter anderem in dem Sinne, dass Risiken ausgeschlossen werden und kein Ausgleich zwischen Beiträgen und Leistungen im Einzelfall stattfindet;

³¹ Vgl. Art 36 Grundrechtecharta.

³² Vgl. Simon, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009), 306f: So hieß es, dass auch die positive Formulierung Daseinsvorsorge in Art 14 keinen rechtfertigenden Ausnahmefall darstellt; das Thema wird weiterhin kontrovers diskutiert: vgl. dazu auch Art 14 AEUV.

³³ Hierbei ist anzumerken, dass die Daseinsvorsorge als Ganzes (=DAI) und nicht einzig DAWI somit erstmals primärrechtlich anerkannt werden. (Nichtsdestotrotz bezieht sich der Artikel inhaltlich ausschließlich auf DAWI.)

³⁴ Vgl. Art 106 AEUV; EuGH, Rs C-532/03, *Kommission/Irland* (Irische Rettungsdienste), Slg 2007, I-11353.



Flexible und personenbezogene Arbeitsweise mit Lösungen für die verschiedensten Bedürfnisse, um die Menschenrechte zu garantieren und die am stärksten gefährdeten Personengruppe zu schützen;

Ohne Erwerbszweck, unter anderem im Hinblick auf besondere schwierige Situationen, oft auch historisch bedingt;

Freiwillige bzw. ehrenamtliche Mitarbeit, als Ausdruck aktiven Bürgersinns;

Starke Verankerung in kulturellen (lokalen) Traditionen. Dies kommt insbesondere in der räumlichen Nähe zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Nutzer zum Ausdruck, wodurch die spezifischen Bedürfnisse des Nutzers besser berücksichtigt werden können;

Ein asymmetrisches Verhältnis zwischen Anbietern und Nutzern von Sozialdienstleistungen ist nicht vergleichbar mit einem "normalen" Dienstleister-Verbraucher-Verhältnis, da ein zahlender Dritter beteiligt sein muss."³⁵

In der Mitteilung der Kommission über die Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union ³⁶ wurden soziale Dienstleistungen (von allgemeinem Interesse; SDAI) wie folgt definiert:

- Gesundheitsdienstleistungen,
- gesetzliche Regelungen/ergänzende Systeme sozialer Sicherung zur Absicherung elementarer Lebensrisiken,
- persönliche Dienstleistungen die eine Rolle bei der Prävention/Sicherstellung des sozialen Zusammenhalts spielen und Hilfe für Einzelpersonen zur Erleichterung ihrer Integration in die Gesellschaft und der Wahrnehmung ihrer Grundrechte leisten.

Als SDAWI eingestuft wurden in der stRspr Arbeitsvermittlungstätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Arbeitsagenturen, Rettungs- und Patiententransporte, freiwillige Versicherungen, selbst wenn die Leistungen von Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden, in einem Krankenhaus oder außerhalb erbrachte medizinische Dienstleistungen (mit eventueller Ausnahme öffentlicher Krankenhäuser), Bereitstellung von Sozialwohnungen (inkl. Mietzuschüsse und Zuschüsse für ältere und behinderte Personen sowie für sozial benachteiligte Haushalte etc.

³⁵ Teil I, Pkt. 1.1. Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006, 5.

³⁶ Vgl. Mitteilung, KOM(2006) 177.



Es ist anzumerken, dass Mitgliedstaaten in ihrem gemäß Art 14 AEUV, stRspr und DAWI-Mitteilung³⁷ freiem Ermessen in der Definition von DAWI – und dies beinhaltet SDAWI – eingeschränkt sind, sofern die betroffenen Wirtschaftszweige unionsweit harmonisiert sind oder in denen die Ziele von allgemeinem Interesse bereits berücksichtigt wurden³⁸.

Ein zunehmendes europäisches Wettbewerbsumfeld fordert somit graduierlich eine Neudefinition und Reorganisation von indirekten Wohlfahrtsgewinnen durch die Einbeziehung von benachteiligten Gruppen, Interessensausgleich, Produktinnovationen, lokale Sozialisationsarbeit und macht eine Neupositionierung der Unternehmen der Sozialwirtschaft notwendig.

1.2 Nicht-prioritäre Leistungen im BVergG 2006

Bevor auf die Vergabe sozialer Dienstleistungsaufträge durch das BVergG 2006 idgF eingegangen wird, sollen der Zweck des Vergaberechts und die Systematik öffentlicher Aufträge kurz dargestellt werden. Das Verhältnis zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen als Bietern entsteht durch privatrechtliche Verträge zwischen diesen.³⁹

Der öffentliche Auftrag

Dem öffentlichen Auftrag liegt ein entgeltlicher Vertrag zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Unternehmen zugrunde. Somit handelt es sich in einfachen Worten um einen „Einkauf“ von Bau-, Liefer-, oder Dienstleistungen.⁴⁰ Im Gegensatz zu einem auf einem Hoheits- oder Verwaltungsakt oder einem auf einem Gesetz oder einer Verordnung beruhenden Akt stellt dieser „Einkauf“ einen Akt der Privatwirtschaftsverwaltung dar, der durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt.⁴¹ Der öffentliche Auftrag, mit dem hierin im Besonderen der öffentliche Dienstleistungsauftrag gemeint ist, entspringt im Bereich der Daseinsvorsorge dem Prinzip des Submissionsmodells. Hiermit ist ein entgeltlicher Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber gemeint. Durch diesen

³⁷ Siehe Pkt. 3.2 – DAWI Mitteilung, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: 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, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013; EuGH, Rs T-17/02, Olsen/Kommission, Slg 2005, II-2031.

³⁸ Vgl. EuGH, Rs C 206/98, *Kommission/Belgien*, Slg 2000, I-3509, Rn 45.

³⁹ Vgl. *Bachmann et al* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht*, 8. Aufl., 412f.

⁴⁰ Vgl. Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl L 134 vom 30. April 2004; Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134 vom 30. April 2004; KOM(2011) 897; Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I Nr 17/2006 idgF.

⁴¹ *Kahl Arno/Rosenkranz Sigmund*, *Vergaberecht* (2012), 31.



entgeltlichen Vertrag, welcher im Anschluss an die Zuschlagerteilung nach einem Vergabeverfahren gemäß Vergaberecht (in Österreich BVerG 2006 idgF) vergeben wird, wird der ermittelte Dienstleister dazu verpflichtet, eine eigentlich dem öffentlichen Auftraggeber obliegende (Pflicht-)Aufgabe durch die Erfüllung bestimmter vertraglich vereinbarter Kriterien zu besorgen. Dafür bekommt er – analog zu einem Einkauf oder einem Werkvertrag ein vereinbartes Entgelt schuldet.⁴² Dieses Modell verpflichtet in der Folge den Auftragnehmer dazu, eine *de facto* dem Auftraggeber obliegende (Pflicht-)Aufgabe auf Grund bestimmter vertraglich vereinbarter Dienstleistungen gegen ein vertraglich vereinbartes Entgelt zu besorgen. Da somit ein vertraglich geregelter Beschaffungszweck vorliegt, kann die Erbringung vom Aufgabenträger auch erzwungen bzw. dieser aufgrund dessen sanktioniert werden.

Bei der Prüfung, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt, ist somit zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber Dienstleistungen einkauft, um damit eine ihm obliegende Aufgabe zu gewährleisten.

Der öffentliche Auftrag

Der öffentliche Auftrag entsteht aus einem Akt der Privatwirtschaftsverwaltung, der durch zwei übereinstimmende Willenserklärungen zustande kommt, wobei der Vergabeprozess ein standardisiertes, im BVerG 2006 geregeltes Verfahren ist.

Bei der Prüfung, ob es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt, ist somit zu prüfen, ob der öffentliche Auftraggeber Dienstleistungen einkauft, um damit eine ihm obliegende Aufgabe zu gewährleisten.

Das Vergaberecht

Das Vergaberecht (öffentliches Beschaffungswesen) hat es zum Ziel, das Verfahren der Beschaffung durch öffentlicher Auftraggeber⁴³ (insbesondere der öffentlichen Hand) transparent und berechenbar zu machen⁴⁴, um einen gleichbehandelten, fairen und lautereren Wettbewerb ohne Komplikationen oder Behinderungen zu ermöglichen.

⁴² Mitterlehner, Kapitel 6 – Gesellschaftsordnende Instrumente in der Daseinsvorsorge, Pkt. 6.2 – Öffentliche Aufträge und Konzessionen. In: Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge, Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.), Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013), 103ff.

⁴³ Dabei handelt es sich um einen funktionalen Begriff. Beim öffentlichen Auftraggeber muss es sich keineswegs ausschließlich eine öffentlich-rechtliche Rechtsform handeln; dieser kann auch eine privatrechtliche Rechtsform annehmen oder gar ein privat (finanziertes Unternehmen) sein.

⁴⁴ ...und beinhaltet diesbezüglich einen gewissen Rechtsschutz.



Das Vergaberecht setzt sich grundsätzlich aus folgenden Elementen zusammen: das Vergabeverfahrensrecht, die Regelungen über Vergabe-Kontrolleinrichtungen und privatrechtliche Bestimmungen über das Verhältnis zwischen öffentlich-rechtlichen Auftraggebern und Bietern. Das BVergG 2006

„regelt insbesondere:

1. *die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im öffentlichen Bereich, das sind die Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen sowie die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionsverträgen durch öffentliche Auftraggeber, die Durchführung von Wettbewerben durch öffentliche Auftraggeber, die Vergabe von Bauaufträgen an Dritte durch Baukonzessionäre, die nicht öffentliche Auftraggeber sind und die Vergabe von bestimmten Bau- und Dienstleistungsaufträgen, die nicht von öffentlichen Auftraggebern vergeben, aber von diesen subventioniert werden (2. Teil),*
 - *die Verfahren zur Beschaffung von Leistungen (Vergabeverfahren) im Sektorenbereich [...] (3. Teil),*
 - *den Rechtsschutz im Zusammenhang mit Vergabeverfahren [...] (4. Teil), sowie*
 - *die Vorgangsweise im Zusammenhang mit der außerstaatlichen Kontrolle von Vergabeverfahren und bestimmte zivilrechtliche Konsequenzen (5. Teil).“⁴⁵*

Bisher teilte das EU-Vergaberecht (hierin werden die Vergaberichtlinie 2004/18/EG bzw. ihre Nachfolgerichtlinie beleuchtet) in prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen. Lediglich für prioritäre Dienstleistungen gilt die Vergaberichtlinie in vollem Umfang, für nicht-prioritäre Dienstleistungen – zu welchen soziale Dienstleistungen bislang gehörten – gelten nur einige wenige Richtlinienbestimmungen zu technischen Spezifikationen und zur *ex post*-Auftragsbekanntmachung (im Genauen: Art 21, 23, 35 Abs 4 RL 2004/18/EG). Zwar beinhaltet das Europarecht derzeit keine Regelung/Notwendigkeit zur *ex ante*-Bekanntmachung, zudem gelten jedoch auch im nicht-prioritären Bereich – dies bestätigt auch die stRspr des EuGH – die primärrechtlichen Grundsätze und Grundfreiheiten, wobei hierbei sehr wohl auf eine Binnenmarktrelevanz abzustellen ist.

⁴⁵ § 1 Abs 1 Z 1-4 BVergG 2006 idgF.



Nicht-prioritäre Dienstleistungen

Im österreichischen BVerG 2006 fallen soziale Dienstleistungen unter den Begriff nicht-prioritäre Dienstleistungen. Diese sind in § 141 BVerG 2006 geregelt. § 141 Abs 2 überlässt es den öffentlichen Auftraggebern zu entscheiden, wenn es "erforderlich erscheint" nicht-prioritäre DL in einem Verfahren mit einem angemessenen Grad an Transparenz, Gleichbehandlung und unter Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes zu vergeben. Demzufolge muss zur Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen bislang keine der Verfahrensarten nach BVerG 2006 Anwendung finden, sondern ist vom ö. A. ein Verfahren zu wählen⁴⁶, das, gemessen an Wert und Auftragsgegenstand erforderlich oder adäquat erscheint. Der öffentliche Auftraggeber ist in seinem Ermessen jedoch nicht gänzlich frei, sehr wohl sind – wie oben bereits angedeutet – die europäischen Grundprinzipien (insbesondere das Verbot der Diskriminierung, das Gebot der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot) und die Grundfreiheiten zu beachten, sodass ein angemessener Grad an Öffentlichkeit und ein lauterer und fairer Wettbewerb gewährleistet ist.

Wichtig bei der Konzeption und Prüfung der Eignung eines angemessenen Vergabeverfahrens sind die Art (*ex ante* und *ex post*) der Bekanntmachung.

Schon im USB ist – um den Anforderungen der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung zu genügen – grundsätzlich mehr als ein Unternehmen zu beteiligen. Art 141 BVerG impliziert ebenso – unbeschadet der mangelnden namentlichen Verpflichtung dazu im BVerG 2006 – die Notwendigkeit einer Vorabkennzeichnung in den meisten Fällen, wenngleich der Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers jedoch größer ist und dieser in diesem Fall nicht an die Bekanntmachungsmodalitäten eines „normalen“ Vergabeverfahrens gebunden ist. Es handelt sich hierbei um eine Einzelfallentscheidung, welche von der Bedeutung des Auftragsgegenstands und des Auftragswerts abhängt.

Es ist anzunehmen, dass die Transparenz als gewährleistet zu erachten ist, wenn eine *ex ante*-Bekanntmachung im Internet oder anderen als angemessen erachteten Medien erfolgt ist und die notwendigen Informationen enthalten waren, sodass die potentiellen Bieter beurteilen können, ob diese am konkreten Auftrag Interesse haben.

Auch gilt die Teilung in OSB und USB als Orientierung für die Beurteilung des durchzuführenden Vergabeverfahrens, bzw. als Maßstab, um die Binnenmarktattraktivität der Leistungen und somit die Konzeption des anzuwendenden Verfahrens beurteilen zu können. Dies leitet sich aus § 141 Abs 1 iVm § 12 Abs 2 BVerG 2006 ab. Demnach sind auch soziale

⁴⁶ Eine Ausnahme gilt bei geistigen nicht-prioritären Dienstleistungen. Abweichungen ergeben sich auch bei Vorliegen einer der Fälle des § 30 Abs 2 BVerG (bspw.: dringende Beschaffung, kein geeignetes Angebot) und § 38 Abs 2 Z 4 BVerG (günstige Beschaffung etwa aus einem Insolvenzverfahren), wo auf die Bekanntmachung verzichtet werden kann. Diese Ausnahmeregelungen sind jedoch jedenfalls eng auszulegen.



Dienstleistungen ab EUR 207.000 exkl. USt dem OSB zuzuordnen, Dienstleistungen darunter dem USB, wobei es eine Ausnahmeregelung für zentrale öffentliche Auftraggeber – d. h. Bundesministerien – gibt; hier beginnt der OSB ab einem Auftragswert von EUR 134.000 für Dienstleistungen.⁴⁷

Wie in RL 2004/18/EG schreibt auch das BVergG 2006 lediglich eine Pflicht zur *ex post*-Bekanntmachung vor.⁴⁸ Sofern nicht Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widersprechen oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde, ist in der Mitteilung des Auftraggebers den verbliebenen Bietern zumindest das Ende der regulär einzuhaltenden Stillhaltefrist⁴⁹ (innerhalb welcher – analog zu den „regulären“ Bestimmungen des Vergaberechts bei sonstiger absoluter Nichtigkeit des Verfahrens der Zuschlag nicht erteilt werden darf⁵⁰ – die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben⁵¹.

Diesbezüglich regelt das BVergG auch den Grad der *ex post*-Bekanntmachung bei der Vergabe sozialer Dienste. Was den Grad der Bekanntmachung betrifft, so sind nicht-prioritäre Dienstleistungen im OSB derzeit mittels Standardformular innerhalb von 48 Tagen nach Zuschlag/Abschluss an die Kommission gemäß § 54 BVergG 2006 bekannt zu geben, sofern der ö. A. dies nicht gemäß § 54 Abs 4 BVergG 2006 untersagt hat oder andere Ausschlussgründe einer Bekanntmachung zuwiderlaufen, im USB in dem für den jeweiligen Vollziehungsbereich von Bundeskanzler oder Landesregierung durch Verordnung festgelegten Publikationsmedium zu veröffentlichen gem. § 52 Abs 1 BVergG 2006 bekanntzugeben.⁵²

Erwähnenswert ist zudem, dass analog zu den „regulären“ Bestimmungen des Vergaberechts gemäß § 141 Abs 3 BVergG 2006 auch bei sozialen Diensten bei einem geschätzten Auftragswert „lediglich“ von bis zu EUR 100.000 die Direktvergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen (in einem formfreien Verfahren) zulässig ist. Somit darf unterhalb der Schwellenwerte für die Direktvergabe auch formlos und unter der Beteiligung auch nur eines Unternehmens vergeben werden.

⁴⁷ Vgl. § 12 BVergG 2006 idgF.

⁴⁸ Vgl. § 141 Abs 6 BVergG 2006 idgF.

⁴⁹ Diese beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung per Brief 15 Tage und im USB 7 Tage.

⁵⁰ Vgl. § 141 Abs 7 BVergG 2006 idgF.

⁵¹ Vgl. § 141 Abs 6 Z 1 u. 2: Die Verpflichtung zur Mitteilung besteht allerdings nicht, wenn der Zuschlag dem einzigen bzw. im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll oder wenn auf Grund der in § 30 Abs 2 Z 3 genannten Voraussetzungen von einer Bekanntmachung des Verfahrens Abstand genommen wird.

⁵² Vgl. § 141 Abs 4 BVergG 2006 idgF.



Sowohl bei nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen (als auch bei nicht-prioritären Dienstleistungskonzessionen⁵³) galten somit bislang (bereits als auch lediglich) die Notwendigkeit der *ex ante*-Bekanntmachung und Vergabe in einem adäquaten wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mit mehreren Unternehmern.

Interessant mag in diesem Sinne auch sein, wie andere Mitgliedstaaten die bisher geltende Vergaberichtlinie RL 2004/18/EG umgesetzt haben. Dazu soll die Lage in Deutschland kurz dargestellt werden, denn konträr zur europäischen Regelung hat der deutsche Verordnungsgeber – ähnlich dem österreichischen Gesetzgeber – die Vergabe sogenannter nachrangiger Dienstleistungen keineswegs vergaberechtsfrei ausgestaltet: EG VOL/A bestimmt eine lediglich eingeschränkte Geltung für die in Anhang I Teil B angeführten Dienstleistungen. Für diese Kategorie von Dienstleistungen wird mit Hilfe eines Verweises auf § 4 Absatz 4 der Vergabeverordnung – VgV – (§ 4 Absatz 2 Nr 2 VgV idgF) die Geltung des zweiten Abschnitts der VOL/A (Ausschreibungen nach europäischem Recht über den Schwellenwerten) auf folgende Bestimmungen der EG VOL/A eingeschränkt: § 8 EG (Leistungsbeschreibung und Technische Anforderungen), § 15 EG Absatz 10 (Benennung der für die Nachprüfung von Vergabeverstößen zuständigen Stelle) und § 23 EG (Bekanntmachung über die Auftragserteilung). Zudem unterliegt die Vergabe sozialer Dienste zusätzlich dem gesamten ersten Abschnitt der VOL/A.⁵⁴ Der erste Abschnitt enthält Basisparagrafen für Ausschreibungen nach deutschem Recht unterhalb der Schwellenwerte. Werden die Schwellenwerte des ersten Abschnitts überschritten sind jene des zweiten (als EG-VOL/A) anzuwenden. Die jeweiligen Schwellenwerte finden sich in der VgV.

Im Normalfall bedarf es somit eines geordneten wettbewerblichen Vergabeverfahrens, somit einer öffentlichen oder beschränkten Ausschreibung (vgl § 3 VOL/A). Dies basiert auf den primärrechtlichen Anforderungen an eine diskriminierungsfreie und transparente Vergabe.

Es handelt sich bei der VOL/A allerdings lediglich um eine Verwaltungsvorschrift, welcher keine unmittelbare Außenwirkung zu kommt. Diese muss erst durch die relevanten Gesetze mittels Ermächtigung und Verweisung hergestellt werden.

⁵³ Vgl. Kapitel 4 – Alternative Organisationsformen für soziale Dienste.

⁵⁴ Eine Ausnahme gilt nur für § 7 (Leistungsbeschreibung), da eine Verdrängung durch § 8 EG (Leistungsbeschreibung und technische Anforderungen) stattfindet.



Nicht-prioritäre Dienstleistungen

Zur Vergabe nicht-prioritärer sozialer Dienstleistungen ist bislang keine der Verfahrensarten nach BVergG 2006 anzuwenden, sondern ist vom öffentlichen Auftraggeber ein Verfahren zu wählen, das, gemessen an Wert und Auftragsgegenstand erforderlich oder adäquat erscheint. Eine *ex ante*-Bekanntmachung/Ein Aufruf zum Wettbewerb ist im BVergG 2006 nicht vorgesehen, diese/r ergibt sich jedoch aus den Grundprinzipien; eine *ex post* Bekanntmachung ist bereits jetzt zum Teil vorgesehen.

Ex ante Bekanntmachung

Es ist anzunehmen, dass die Transparenz als gewährleistet zu erachten ist, wenn eine *ex ante* Bekanntmachung im Internet oder anderen als angemessen erachteten Medien erfolgt ist und die notwendigen Informationen enthalten waren, sodass die potentiellen Bieter beurteilen können, ob diese am konkreten Auftrag Interesse haben.

Ex post-Bekanntmachung

Für vergebene Aufträge besteht im Oberschwellenbereich jedenfalls die Verpflichtung gemäß § 54 BVergG 2006 die Entscheidung der Kommission *ex post* bekanntzumachen.

1.3 Soziale Dienste in der RL 2014/24/EU

Mit RL 2014/24/EU wird RL 2004/18/EG – auf welcher das BVergG 2006 basiert – novelliert. Sie trat am 17. April 2014 in Kraft und ist binnen 2 Jahren bis April 2016 (mit einigen Ausnahmeregelungen) umzusetzen.

RL 2014/24/EU bringt inhaltliche Neuerungen, sowohl in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge im Allgemeinen, als auch für die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienste im Besonderen. Diese betreffen unter anderem die Verfahrensarten, die Ausschlussgründe, die verschiedenen Kriterien(ebenen), Fristen, Zertifikate und Nachweise, Aspekte der Nachhaltigkeit, das Bestbieterprinzip und Lebenszykluskosten, die E-Vergabe, die Teilung in Dienstleistungskategorien (insb. in Bezug auf soziale Dienste), und die Rolle von KMU.

Titel III der RL 2014/24/EU beschäftigt sich mit der Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen (angeführt in Anhang XIV⁵⁵), welche einen gewissen Schwellenwert⁵⁶ entsprechen oder übersteigen⁵⁷.

⁵⁵ Siehe Anhang XIV RL 2014/24/EU.

⁵⁶ EUR 750.000 bei öffentlichen Dienstleistungsaufträgen betreffend soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV.



RL 2014/24/EU sieht eine Aufhebung der bisherigen Teilung in A- und B-Dienstleistungen⁵⁸, welche in der RL 2004/18/EG in Anhang II Teil B dargestellt sind, vor. Somit soll es künftig keine derartige Unterscheidung mehr geben. Eine neue Unterscheidung – und somit ein Sonderregime wurde jedoch für soziale und andere besondere Dienstleistungen geschaffen.

Dieses Sonderregime betrifft sämtliche Leistungen, welche in Anhang XIV RL 2014/24/EU dargestellt sind. Dies sind⁵⁹:

- 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 nicht nach Artikel 10 Buchstabe d ausgeschlossen sind
- Sonstige Dienstleistungen der Verwaltung und für die öffentliche Verwaltung
- Kommunale Dienstleistungen
- Dienstleistungen für Haftanstalten
- Dienstleistungen im Bereich öffentliche Sicherheit und Rettungsdienste, sofern sie nicht nach Artikel 10 Buchstabe h ausgeschlossen sind

⁵⁷ Vgl. Art 74 RL 2014/24/EU.

⁵⁸ In Österreich auch prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen.

⁵⁹ Für vollständige Angaben vgl. Anhang XIV Anhang Art 74 RL 2014/24/EU bzw. Anhang I – Soziale und besondere Dienstleistungen nach RL 2014/24/EU in dieser Studie.



- Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten
- Internationale Dienstleistungen
- Postdienste
- Verschiedene andere Dienstleistungen

Aufgrund des Einsatzes der Interessensvertretungen im Rahmen der Verhandlungen im europäischen Gesetzgebungsprozess⁶⁰ bleibt jedoch auch künftig bis auf Weiteres ein Sonderregime für soziale und besondere Dienstleistungen erhalten. Ein wichtiges Faktum stellt auch der gewählte Schwellenwert von EUR 750.000 für öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale Dienstleistungen gemäß Art 4 RL 2014/24/EU dar. Von den Mitgliedstaaten ist ein geeignetes Vergabeverfahren zu entwickeln, weitere vergaberechtliche Bestimmungen (u. a. zu Qualitätskriterien können Anwendung finden), geschaffen wurde auch eine (wenngleich umstrittene) Vorbehaltsklausel für bestimmte Dienstleistungen⁶¹ uvm. Novelliert werden zudem auch bestehende Bestimmungen (so etwa zu geschützten Werkstätten⁶²). Dies wird im Folgenden näher dargestellt.

1.3.1 Schwellenwerte

RL 2014/24/EU ist auf soziale Dienste anwendbar, wenn öffentliche Auftraggeber soziale Dienstleistungen in Form eines öffentlichen Auftrags gegen Entgelt und von Dritten erbringen lassen, an einen Dritten übergeben, sofern der Wert dieser Leistungen EUR 750.000 übersteigt.⁶³

1.3.2 Geschützte Werkstätten

Bereits in der bisher geltenden Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG räumte die EU das Recht ein, Aufträge geschützten Werkstätten vorzubehalten. In diesem Sinne war es bisher gestattet Aufträge ausschließlich für geschützte Werkstätten im Rahmen von Programmen für geschützte Beschäftigungsverhältnisse vorbehalten, *„sofern die Mehrheit der Arbeitnehmer Behinderte sind, die aufgrund der Art oder der Schwere ihrer Behinderung keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können.“*⁶⁴

⁶⁰ Vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on public procurement – Annex, 2011/0438(COD).

⁶¹ Vgl. Art 77 RL 2014/24/EU.

⁶² Hierzu gibt es eine Neuregelung in Art 20 RL 2014/24/EU.

⁶³ Art 4 lit D RL 2014/24/EU.

⁶⁴ Vgl. dazu Art 19 RL 2004/18/EG.



Dieses Recht wird durch Art 20 RL 2014/24/EU wie folgt erweitert. So gilt der Vorbehalt künftig nicht ausschließlich für geschützte Werkstätten, sondern für sämtliche Wirtschaftsteilnehmer, und Programme sofern folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind:⁶⁵

- Deren Hauptzweck ist die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen,
- mindestens 30 % der Arbeitnehmer sind Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer

Es gilt anzumerken, dass es sich um einen fakultativen Artikel handelt, der lediglich zur Anwendung kommt, wenn die Mitgliedstaaten eine derartige Option auch im nationalen Rechtsrahmen vorsehen. Da diese fakultative Bestimmung ist bereits im BVergG 2006 in § 21 ⁶⁶ BVergG 2006 umgesetzt ist, ist zu erwarten, dass der modifizierte Inhalt so übernommen wird. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass es den Mitgliedstaaten überlassen ist, rigorosere Regelungen vorzusehen, sofern sie im Einklang mit dem Europarecht stehen. Somit wäre es theoretisch möglich, den Wert von 30 % nicht zu übernehmen.

Prinzipiell gilt es an dieser Stelle zu erwähnen, dass Menschen mit Behinderung nicht jede Aufgabe übernehmen können. Somit ist im Einzelfall zu bewerten, inwiefern dieses Kriterium in Frage kommen bzw. Anwendung finden kann. Schramm und Öhler geben als Beispiel „Dienstleistungsaufträge, die viele [sic] Personal erfordern, aber z. B. keine gefährlichen Tätigkeiten umfassen.“ ⁶⁷ Dies gilt im Übrigen auch für die Eingliederung von Langzeitarbeitslosen, älteren Personen etc.

1.3.3 Vorbehaltene Aufträge für bestimmte Dienstleistungen

Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU gestattet es öffentlichen Auftraggebern, bestimmten Organisationen die Teilnahme am Verfahren zur Vergabe von Aufträgen für soziale und

⁶⁵ Art 20 Abs 1 RL 2014/24/EU.

⁶⁶ Vgl § 21 BVergG 2006 idgF: „Vorbehaltene Aufträge für geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe § 21.

(1) Auftraggeber können bei Verfahren zur Vergabe von Aufträgen vorsehen, dass an diesen Verfahren nur geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe, in denen die Mehrheit der Arbeitnehmer Menschen mit Behinderung sind, die auf Grund der Art oder der Schwere ihrer Behinderung keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können, teilnehmen können oder dass die Erbringung solcher Aufträge derartigen Werkstätten oder Betrieben vorbehalten ist.

(2) Sofern eine Bekanntmachung gemäß § 46 erfolgt, ist auf eine allfällige Beschränkung des Teilnehmerkreises oder eine Beschränkung des ausführungsberechtigten Kreises gemäß Abs. 1 hinzuweisen.“

⁶⁷ Schramm Öhler Rechtsanwälte, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen: Wie regionale Stärken von KMU im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können, Wirtschaftskammer Vorarlberg (Hrsg.), 2. Auflage (2012), 73.



andere besondere Dienstleistungen vorbehalten kann⁶⁸, sofern folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sind⁶⁹:

- Das Ziel ist Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe
- Die Gemeinwohlaufgabe hat mit einer in Tabelle 1: Bestimmten Dienstleistungen vorbehaltene Aufträge – Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU enthaltenen Dienstleistung in engem Zusammenhang zu stehen
- Zur Zielerreichung müssen Gewinne reinvestiert werden bzw. hat die Gewinnausschüttung gemäß partizipatorischen Überlegungen zu erfolgen
- Management- oder Eigentümerstruktur beruht auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer oder auf partizipatorischen Grundsätzen oder erfordert die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger
- in den letzten drei Jahren hat der Bieter keinen Auftrag für die betreffenden Dienstleistungen von dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber nach der Dienstleistungsvorbehalts-Klausel erhalten.
- Der Auftragszeitraum darf nicht mehr als drei Jahre betragen

Wie auch beim Vorbehalt für geschützte Werkstätten, ist auf diese Vorbehaltsklausel beim Aufruf zum Wettbewerb Bezug zu nehmen.⁷⁰ Interessant ist hierbei insbesondere das letzte Kriterium. Einer grammatikalischen Auslegung folgend sind Bieter vom Verfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen der vorhergehenden drei Jahre vom selben Auftraggeber für dieselbe Dienstleistung eine Zuschlagserteilung erhalten haben. Dies ist unabhängig davon, ob sie Bestbieter wären oder nicht, ein K.O.-Kriterium. Der Hintergrund dafür mag die Stimulation eines Wettbewerbs sein. Der grammatikalischen Auslegung weiterfolgend, dürfte derselbe Bieter jedoch noch einmal bieten, wenn er einen Zuschlag vom selben öffentlichen Auftraggeber vor einem über drei Jahre hinausgehenden Zeitraum erhalten hätte und die Dauer des öffentlichen Auftrags über drei Jahre hinausging. Dies unterbindet jedoch die Bestimmung, dass Aufträge ausschließlich für einen Zeitraum unter drei Jahren zu vergeben sind. Findet die Bestimmung kontinuierlich Anwendung, so können potenzielle Bieter lediglich bei jeder zweiten Ausschreibung bieten. Dies gilt es in der Praxis zu prüfen. Allein die Streichung der Möglichkeit, sich im Wettbewerb bei jeder

⁶⁸ Vgl. Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU.

⁶⁹ Vgl. Art 77 Abs 2 RL 2014/24/EU.

⁷⁰ Vgl. Art 77 Abs 4 RL 2014/24/EU.



Ausschreibung behaupten zu können, kann ernste wirtschaftliche Konsequenzen für die Unternehmen haben.

Klarzustellen ist des Weiteren, welche Unternehmen von dieser Bestimmung umfasst sind. Artikel 77 Abs 2 lit b schreibt vor, dass die Gewinne zu reinvestieren sind, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Gleichzeitig haben etwaige Gewinnausschüttungen oder -zuweisungen auf partizipatorischen Überlegungen zu beruhen. Diese Aussage wirkt grundsätzlich in sich widersprüchlich, da, sollten die Gewinne um das Ziel der Organisation zu erreichen reinvestiert werden, eine Gewinnausschüttung aufgrund dieser Reinvestition unmöglich scheint. Sollte doch eine Gewinnausschüttung angestrebt werden, soll diese nach partizipatorischen Strukturen durchgeführt werden. Prinzipiell wäre somit auch eine Vergabe an For-Profit Unternehmen möglich. Es mag aber auch möglich sein, dass dieser Artikel versucht, sämtlichen Organisationsstrukturen der europäischen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen.

Bei diesem Artikel handelt es sich um eine bis dato nicht vorhandene Bestimmung in den Europäischen Vergaberichtlinien. Es gilt anzumerken, dass es sich um einen fakultativen Artikel handelt, der lediglich zur Anwendung kommt, wenn die Mitgliedstaaten eine derartige Option auch im nationalen Rechtsrahmen vorsehen („Artikel 77 (1) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass [...]“⁷¹). Zudem behält sich die Kommission das Recht vor, diesen Artikel nachträglich zu bewerten und bis 2019 dem Parlament über seine Auswirkungen Bericht zu erstatten.⁷² Sollte sie dabei feststellen, dass der Artikel zu einer Wettbewerbsverzerrung führt, so kann sie die Bestimmung somit nachträglich modifizieren oder aufheben.

⁷¹ Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU.

⁷² Vgl. Art 77 Abs 5 RL 2014/24/EU.



Tabelle 1: Bestimmten Dienstleistungen vorbehaltenen Aufträge – Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU

7512 10 00-0	Administrative Dienste im Bildungswesen
75122000-7	Administrative Dienste im Gesundheitswesen
75123000-4	Administrative Dienste im Wohnungswesen
79622000-0	Überlassung von Haushaltshilfen
79624000-4	Überlassung von Pflegepersonal
79625000-1	Überlassung von medizinischem Personal
80110000-8	Vorschulunterricht
80300000-7	Dienstleistungen von Hochschulen
80420000-4	E-Learning
80430000-7	Erwachsenenbildung auf Hochschulebene
80511000-9	Ausbildung des Personals
80520000-5	Ausbildungseinrichtungen
80590000-6	Tutorendienste
85000000-9	Dienstleistungen des Gesundheits- und soziales Wesens
85100000-0	Dienstleistungen des Gesundheitswesens
85110000-3	Dienstleistungen von Krankenhäusern und zugehörige Leistungen
85111000-0	Dienstleistungen von Krankenhäusern
85111100-1	Chirurgische Eingriffe im Krankenhaus
85111200-2	Ärztliche Versorgung im Krankenhaus
85111300-3	Gynäkologische Versorgung im Krankenhaus
85111310-6	Künstliche Befruchtung
85111320-9	Geburtshilfe im Krankenhaus
85111400-4	Rehabilitationsmaßnahmen im Krankenhaus



85111500-5	Psychiatrische Versorgung im Krankenhaus
85111600-6	Dienstleistungen im Bereich Orthopädie
85111700-7	Sauerstofftherapiedienste
85111800-8	Pathologiedienste
85111810-	Blutuntersuchungen
85111820-4	Bakteriologische Untersuchungen
85111900-9	Dialysedienste von Krankenhäusern
85112000-7	Unterstützung von Krankenhäusern
85112100-8	Dienstleistungen im Bereich der Krankenhausbettwäsche
85112200-9	Ambulante Behandlungen
85120000-6	Dienstleistungen von Arztpraxen und zugehörige Dienstleistungen
85121000-3	Dienstleistungen von Arztpraxen
85121100-4	Dienstleistungen von praktischen Ärzten
85121200-5	Dienstleistungen von Fachärzten
85121210-8	Dienstleistungen von Gynäkologen oder Geburtshelfern
85121220-1	Dienstleistungen von Nephrologen oder Neurologen
85121230-4	Dienstleistungen von Kardiologen oder Lungenspezialisten
85121231-1	Dienstleistungen von Kardiologen
85121232-8	Dienstleistungen von Lungenspezialisten
85121240-7	Dienstleistungen von HNO oder Audiologen
85121250-0	Dienstleistungen von Gastroenterologen und Geriatrie-Spezialisten
85121251-7	Dienstleistungen von Gastroenterologen
85121252-4	Dienstleistungen von Geriatrie-Spezialisten
85121270-6	Dienstleistungen von Psychiatern oder Psychologen



85121271-3	Dienstleistungen von Einrichtungen für psychisch Kranke
85121280-9	Dienstleistungen von Ophtalmologen, Dermatologen oder Orthopäden
85121281-6	Dienstleistungen von Ophtalmologen
85121282-3	Dienstleistungen von Dermatologen
85121283-0	Dienstleistungen von Orthopäden
85121290-2	Dienstleistungen von Kinderärzten oder Urologen
85121291-9	Dienstleistungen von Kinderärzten
85121292-6	Dienstleistungen von Urologen
85121300-6	Dienstleistungen von Chirurgen
85130000-9	Dienstleistungen von Zahnarztpraxen und zugehörige Dienstleistungen
85131000-6	Dienstleistungen von Zahnarztpraxen
85131100-7	Dienstleistungen im Bereich Kieferorthopädie
85131110-0	Chirurgische Behandlung in der Kieferorthopädie
85140000-2	Diverse Dienstleistungen im Gesundheitswesen
85141000-9	Dienstleistungen von medizinischem Personal
85141100-0	Dienstleistungen von Hebammen
85141200-1	Dienstleistungen von Krankenpflegepersonal
85141210-4	Medizinische Hausbehandlung
85141211-1	Hausdialysebehandlung
85141220-7	Beratungsleistungen von Krankenpflegepersonal
85142000-6	Dienstleistungen von nichtärztlichem Personal
85142100-7	Physiotherapiedienste
85142200-8	Dienstleistungen von Homöopathen



85142300-9	Hygienedienste
85142400-0	Hauszustellung von Inkontinenzartikeln
85143000-3	Einsatz von Krankenwagen
85144000-0	Dienstleistungen von Krankenanstalten
85144100-1	Dienstleistungen von Pflegeeinrichtungen
85145000-7	Dienstleistungen von medizinischen Laboratorien
85146000-4	Dienstleistungen von Blutbanken
85146100-5	Dienstleistungen von Spermabanken
85146200-6	Dienstleistungen von Organbanken
85147000-1	Betriebliche Gesundheitsfürsorge
85148000-8	Medizinische Analysedienste
85149000-5	Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich
85150000-5	Dienstleistungen im Bereich medizinische Bildverarbeitung
85160000-8	Dienstleistungen von Optikern
85170000-1	Dienstleistungen in den Bereichen Akupunktur und Chiropraktik
85171000-8	Dienstleistungen im Bereich Akupunktur
85172000-5	Dienstleistungen im Bereich Chiropraktik
85200000-1	Dienstleistungen des Veterinärwesens
85210000-3	Haustierzuchten
85300000-2	Dienstleistungen des Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
85310000-5	Dienstleistungen des Sozialwesens
85311000-2	Dienstleistungen im Sozialwesen in Verbindung mit Heimen
85311100-3	Altenfürsorgeleistungen
85311200-4	Behindertenfürsorgeleistungen



85311300-5	Kinder- und Jugendfürsorgeleistungen
85312000-9	Dienstleistungen der Sozialfürsorge, ohne Unterbringung
<u>85312100-0</u>	Betreuung in Tagesstätten
85312110-3	Betreuungsleistungen in Kinderkrippen
85312120-6	Betreuungsleistungen für behinderte Kinder und Jugendliche in Tagesheimen
85312200-1	Lebensmittel-Hauslieferungen
85312300-2	Orientierungs- und Beratungsdienste
85312310-5	Orientierungsdienste
85312320-8	Beratungsdienste
85312330-1	Familienplanung
85312400-3	Nicht in Heimen erbrachte Fürsorgeleistungen
85312500-4	Rehabilitation
85312510-7	Berufliche Wiedereingliederung
85320000-8	Dienstleistungen im Sozialwesen
85321000-5	Verwaltungsdienste im Sozialwesen
85322000-2	Kommunales Aktionsprogramm
85323000-9	Kommunaler Gesundheitsdienst
92500000-6	Dienstleistungen von Bibliotheken, Archiven, Museen und anderen kulturellen Einrichtungen
92600000-7	Dienstleistungen im Sport
98133000-4	Dienstleistungen sozialer Interessenverbände
98133110-8	Dienstleistungen von Jugendverbänden



1.3.4 Vergabeverfahren für die Vergabe sozialer Dienste

Im Gegensatz zum bisherigen Reglement⁷³ sieht RL 2014/24/EU zwingend und explizit eine *ex ante*-Bekanntmachung für die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienste im OSB vor. Gemäß Art 75 RL 2014/24/EU sind Ausschreibungen für derartige soziale und besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XIII RL 2014/24/EU künftig im OSB entweder mittels Auftragsbekanntmachung oder mittels Vorinformation bekanntzumachen.⁷⁴ Wird eine Bekanntmachung mittels Vorinformation gewählt, so muss diese auf kontinuierliche Weise veröffentlicht werden und sich speziell auf Arten von Dienstleistungen beziehen, die Gegenstand der zu vergebenden Aufträge sind. Letztere hat die interessierten Wirtschaftsteilnehmer dazu einzuladen, ihr Interesse schriftlich mitzuteilen darauf hinzuweisen, dass eine Auftragsvergabe ohne weitere Veröffentlichung erfolgt wird.⁷⁵

Bei einer Auftragsbekanntmachung ist eine Übereinstimmung mit Standardformularen und notwendigen anzuführenden Angaben notwendig.⁷⁶

Die Ergebnisse des Vergabeverfahrens hat der öffentliche Auftraggeber gemäß Art 75 Abs 2 in einer Vergabebekanntmachung mitzuteilen. Hierzu sind Standardformulare⁷⁷ mit den anzuführenden Angaben⁷⁸ verfügbar. Des Weiteren besteht die Möglichkeit der quartalsweisen Bündelung (Versendung 30 Tage nach Quartalsende).⁷⁹

Neben etwaigen Verfahrensvorschriften gilt es auch, grundsätzliche Bestimmungen bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen zu beachten. Diese finden sich in Art 76 RL 2014/24/EU. Dies gilt jedenfalls für die primärrechtlichen Grundsätze, welche bei sämtlichen Vergabeverfahren (unabhängig etwaiger Schwellenwerte) zu beachten sind. Dies sind Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, wobei dabei auf Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistung Rücksicht zu nehmen ist.⁸⁰

Im Einklang mit Prot 26 AEUV, normiert Titel III zu sozialen Dienstleistungen des Weiteren, dass von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist, dass der öffentliche Auftraggeber folgenden Aspekten Rechnung trägt:⁸¹

⁷³ Was nicht bedeutet, dass sich dies bisher nicht implizit ergeben hat.

⁷⁴ Vgl. Art 75 Abs 1 RL 2014/24/EU: Dies gilt nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags hätte verwendet werden können.

⁷⁵ Siehe vorletzte Seite und Anhang V Teil I RL 2014/24/EU.

⁷⁶ Vgl. Art 51 RL 2014/24/EU; Siehe auch vorletzte Seite und Anhang V Teil H RL 2014/24/EU.

⁷⁷ Art 75 Abs 1 RL 2014/24/EU: gemäß Art 75 Abs 3 von der Kommission nach Maßgabe von Art 89 Abs 2 in Form von Durchführungsrechtsakten erstellt.

⁷⁸ Siehe letzte Seite und Anhang V Teil J RL 2014/24/EU.

⁷⁹ Vgl. Art 75 Abs 2 RL 2014/24/EU.

⁸⁰ Vgl. Art 76 Abs 1 RL 2014/24/EU.

⁸¹ Vgl. Art 76 Abs 2, RL 2014/24/EU.



- die Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit, Vollständigkeit der Dienstleistung sicherzustellen
- auf Bedürfnisse verschiedenster Nutzer (z. B. benachteiligte Gruppen) einzugehen
- alle Nutzer mit einzubeziehen und zu ermächtigen
- Aspekten der Innovation Rechnung zu tragen.

Daraus ergibt sich implizit, dass bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags für soziale Dienstleistungen das Bestbieterprinzip anwendbar ist.



2. Die Anwendung von Sozial-Kriterien in der Vergabe öffentlicher Aufträge

Obwohl bislang Sozial-Kriterien als solche nicht rechtlich Niederschlag gefunden haben, ist ihre steigende Bedeutung sehr wohl absehbar. Aus diesem Grund ist es Aufgabe dieses Kapitels zu analysieren wie eine Integration der Sozial-Kriterien ausführbar wäre. Es wird die Möglichkeit Sozial-Kriterien als entweder Eignungskriterien, Zuschlagskriterien sowie auch als Auftragsausführungsbestimmungen in das Vergaberecht einzuführen, erprobt und begutachtet sowie ihre Bedeutung für das Vergaberecht hervorzuheben.

Darum werden folgende Forschungsfragen beantwortet:

- Sind Sozial-Kriterien in öffentlichen Aufträgen integrierbar?
- Wie können soziale Eignungskriterien aussehen?
- Wie können soziale Zuschlagskriterien aussehen?
- Wie können soziale Vertragskriterien aussehen?
- Was sagt RL 2014/24/EU zu sozialen Kriterien?

2.1 Sozial-Kriterien im Beschaffungswesen

Wenngleich Sozial-Kriterien im Europarecht (RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG) bisher lediglich marginal Erwähnung fanden, zeigen die neuen Richtlinien (RL 2014/23/EU, RL 2014/24/EU und RL 2014/25/EU) die stRspr des EuGH und interpretierenden Dokumente zum Europarecht, dass Sozial-Kriterien bereits in der Vergangenheit einen legitimen Platz in der Vergabe öffentlicher Aufträge hatten und ihre Bedeutung künftig steigt. Deshalb sollte nicht zugewartet werden, bis RL 2014/24/EU in Österreich umgesetzt wird, sondern sollten bereits jetzt Praxisbeispiele beleuchtet und analysiert werden, um für spezifische Situationen und Branchen einen Handlungskatalog zu erstellen.

Neben dem Ordnungskonzept und Paradigma des Binnenmarkts sind auch der wirtschaftliche Austauschprozess und die Vorbildfunktion aufgrund der ökologischen wie sozialen Relevanz bei öffentlichen Auftragsvergaben zu berücksichtigen. Insbesondere die Entwicklungen der letzten Jahre zeigen, dass eine differenziertere Sichtweise von Nöten ist, als lediglich eine Bewertung des rechtlichen und faktischen Diskriminierungsaspekts im Vergabeverfahren. Neben dem Ordnungskonzept und Paradigma des Binnenmarkts sind auch der wirtschaftliche Austauschprozess und die Vorbildfunktion aufgrund der ökologischen wie sozialen Relevanz bei öffentlichen Auftragsvergaben zu berücksichtigen. Zu Umwelt- und Sozial-Kriterien gilt es auszuführen, dass auch der europäische Diskurs zur



Ausgestaltung von Umwelt- und Sozial-Kriterien in der Auslegung und Weiterentwicklung des Vergaberechts (stRspr, Vergabennovelle) deutlich zeigt, dass das Bewusstsein für die Bedeutung von sozialen und ökologischen Kriterien in der Vergabe zunimmt. Das Interesse an der Berücksichtigung sozialer Belange bzw. an einem nachhaltigen und zukunftsorientierten Handeln (vgl. auch die Europa 2020-Strategie) im Beschaffungswesen manifestiert sich besonders in den Leitfäden und Mitteilungen der Europäischen Kommission. Hier gilt es vor allem hervor zu streichen, dass eine Weiterentwicklung des ArbeitnehmerInnenschutzes und die generelle Förderung von Beschäftigten in den Fokus rücken. Da bisweilen adäquate Definitionen zur Unterscheidung von Sozial- und Umwelt-Kriterien sowohl auf nationaler als auch auf europarechtlicher Ebene partiell nicht in ausreichendem Ausmaß vorhanden sind, bestehen bei Auftraggebern wie auch Bietern hinsichtlich der rechtssicheren Anwendung dieser Kriterien gewisse Unsicherheiten.

Primäres Ziel im Europarecht ist die Gewährleistung eines völlig freien Wettbewerbs. Dieser begründet sich vor allem auf den Kriterien der Niederlassungs-, Dienstleistungs-, Arbeitnehmer-, und Kapitalfreiheit.⁸² Neben dem Wettbewerb fördert die EU jedoch auch eine Sozial-Union.⁸³ Dieses Ziel ist sowohl im Primärrecht (vgl. Titel X AEUV, u. a. Art 153 AEUV Chancengleichheit, soziale Eingliederung, Gleichbehandlung, Arbeitsbedingungen, soziale Sicherheit, Arbeitnehmerschutz und Art 157 AEUV Gleichberechtigung⁸⁴) als auch im Sekundärrecht (vgl. VO 1370/2007, RL 2004/17/EG, RL 2004/18/EG und deren aktuelle Novellierungen) verankert. So besagt im Primärrecht Art 9 AEUV, dass die Union bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen den Erfordernissen im Zusammenhang mit der Förderung eines hohen Beschäftigungsniveaus, der Gewährleistung eines angemessenen sozialen Schutzes und der Bekämpfung der sozialen Ausgrenzung sowie mit einem hohen Niveau der allgemeinen und beruflichen Bildung und des Gesundheitsschutzes Rechnung zu tragen hat.⁸⁵ Zudem verpflichtet das Prot 26 AEUV die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem

⁸² Vgl. AEUV.

⁸³ Die Europa 2020-Strategie erfasst Sozial-Kriterien iVm öffentlicher Auftragsvergabe. Sie strebt ein wettbewerbsfähiges Wirtschaften an, welches zudem möglichst emissionsarm und ressourcenschonend ausgeübt werden kann und sich territorialen und sozialen Anforderungen anpasst. Zudem soll durch sie ein Anstieg in der Beschäftigungsquote erfolgen: COM(2011) 681 final 25. October 2011: Diese *CSR-Strategie* enthält einen Aktionsplan für den Zeitraum 2011-2014. Der Aktionsplan sieht vor, stärkere Marktanreize für die Umsetzung von CSR zu schaffen, etwa durch die öffentliche Vergabe. Die Kommission verweist in ihrer CSR-Strategie auf ihren 2011 erarbeiteten *Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen „Sozialorientierte Beschaffung“* hin und lädt Mitgliedstaaten und Auftraggeber ein, die bestehenden rechtlichen Möglichkeiten der sozial verantwortlichen Beschaffung umfassend zu nutzen. Dieser Leitfaden nimmt erstmals eine Definition von Sozial-Kriterien vor und gibt die Interpretation der Kommission wieder, was deren Anwendung betrifft.

⁸⁴ Vgl. Art 153 AEUV sowie Art 157 AEUV.

⁸⁵ Vgl. Art 9 AEUV.



Interesse mit einem hohen „Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte⁸⁶“.

Des Weiteren gilt es an dieser Stelle auf den Leitfaden für eine sozialorientierte Beschaffung, welcher etwaige Möglichkeiten der Implementierung von Sozial-Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe veranschaulicht und auf die Europa 2020 Strategie, die das Ziel einer integrativen Wirtschaft mit hoher Beschäftigungs- und Produktivitätsquote sowie sozialen Zusammenhalt verfolgt, zu verweisen. Wo, wenn nicht bei sozialen Diensten sollten Sozial-Kriterien primär Beachtung und Anwendung finden. Ziel dieser Studie ist es deshalb, die Eignung von (sozialen, wirtschaftlichen, technischen und anderweitigen) Qualitätskriterien zu erörtern.

Insbesondere in Bezug auf eine rechtskonforme Anwendung dieser prinzipiell legitimen Sozial-Kriterien entsteht ein Spannungsfeld zwischen Grundrechten und Grundfreiheiten. Dies führt zu Rechtsunsicherheit. Hier hängen die Möglichkeiten zur Anwendung von Sozial-Kriterien auch sehr stark von der Wahl des Prinzips ab, auf Basis dessen vergeben wird: (technisch und) wirtschaftlich günstigstes Angebot (Bestbieterprinzip)⁸⁷ oder niedrigster Preis (Billigstbieterprinzip)⁸⁸. Großen Spielraum für die Integration von Sozial-Kriterien eröffnet das Bestbieterprinzip. Doch auch im Billigstbieterprinzip können Sozial-Kriterien Anwendung finden, wenngleich hier die Möglichkeiten eingeschränkter sind.

Im Vergabeverfahren ist es wichtig, sicherzustellen, dass sämtliche beabsichtigte Ergebnisse von Anfang an berücksichtigt sind, da sie nicht nachträglich in den Beschaffungsprozess eingebracht werden können.⁸⁹ Die gleichwertige Aufnahme von Umwelt- und Sozial-Kriterien im Rahmen der geplanten Vergaberechtsnovelle zeigt, dass ein Bewusstseinswandel stattgefunden hat und Qualitätskriterien nunmehr ein großer Stellenwert eingeräumt wird.

Ökologische und Sozial-Kriterien können – dies bestätigen stRspr und die neue klassische Vergaberichtlinie – in alle Phasen des Vergabeprozesses eingebunden werden, sofern sie den Regeln des Vergaberechts (nicht-diskriminierend, transparent, erfüllbar (Gleichbehandlung), objektiv, messbar / nicht willkürlich, auftragsgegenständig etc.) entsprechen.⁹⁰ Dies bedeutet jedoch nicht, dass jedes Kriterium auch an jeder Stelle des

⁸⁶ Art 1 Protokoll 26 AEUV.

⁸⁷ Im Rahmen eines Vergabeverfahrens basierend auf dem Bestbieterprinzip gilt es zu ermitteln, ob und in welchen Stadien des Vergabeverfahrens Sozial-Kriterien Anwendung finden können bzw. wo ihre Anwendung sinnstiftend ist. Oft ist diese Frage individuell zu erörtern, da jedes Mal hinterfragt werden muss, ob die Kriterien wie gefordert auftragsspezifisch und somit vergabekonform sind.

⁸⁸ Vgl. § 79 Abs 3 BVergG 2006.

⁸⁹ Vgl. Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 34.

⁹⁰ Dies bestätigt der Leitfaden für eine sozialorientierte Beschaffung der EU als auch die derzeitigen Vergaberichtlinien und die stRspr des EuGH. Das gegenwärtig erarbeitete EU-Vergaberichtlinienpaket unterstreicht die soziale Dimension. In einigen Ländervergaberechtsakten Deutschlands wird darauf explizit hingewiesen; vgl. Gesetz über die Sicherung von Tarifreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei



Vergabeprozesses einforderbar ist oder dies Sinn macht. Für den „Erfolg“ einer Ausschreibung ist es wichtig, dass derartige Kriterien an der richtigen Stelle eingefordert werden: So werden Eignungskriterien⁹¹ im Rahmen des Verfahrens nicht gewichtet oder bewertet. Leistungskriterien/Vertragserfüllungskriterien stehen außerhalb des Vergabeverfahrens und gelten verpflichtend für die Auftragsausführung. Im Gegensatz dazu erlauben Zuschlagskriterien eine Wertung. Bewertet wird dann jedoch das Gesamtergebnis.

Anzumerken ist, dass bei der Berücksichtigung etwaiger Kriterien strikt zwischen den dem Bieter und möglichen Subunternehmern auferlegten Anforderungen zu unterscheiden ist. Dem Bieter selbst wird eingeräumt, die Vertragserfüllung in einer Eigenerklärung anzugeben. Ein Nachweiserfordernis besteht nicht (kann jedoch eingefordert werden), sehr wohl können jedoch Checks und Sanktionen in den Vertragsbedingungen angeführt werden. Ganz anders stellt sich dies für die Subunternehmer dar (Lieferkettenmanagement): Hier werden Zertifizierungssysteme oder andere zuverlässige Nachweise⁹² als Referenz empfohlen.⁹³

Zudem kann der Auftraggeber auch Kontroll- und Sanktionsklauseln einfordern. Somit kann die Wirksamkeit der Einhaltung von zusätzlichen Vertragserfüllungsbedingungen während der Auftragsausführung erhöht werden. Dies vermehrt jedoch den (finanziellen) Aufwand für den öffentlichen Auftraggeber. Hierbei ist, wie immer, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu beachten.

der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG – NRW) vom 10. Januar 2012.

⁹¹ Aufforderung zur Einhaltung von Sozial- und Arbeitsrecht können beispielsweise auch Teil der zusätzlichen Vertragserfüllungsbedingungen als auch der Eignungskriterien sein. Besonders empfehlenswert ist dies, wenn anzunehmen ist, dass die Lieferkette Produktions- oder Verarbeitungsschritte enthält, in denen diese Probleme vorkommen (z. B. bei Textilien).

⁹² Z. B. Zertifikate, die von einer Behörde oder von Dritten ausgestellt wurden, Prüfungsberichte von Dritten, Kopien von Arbeitsverträgen, Kopien aller relevanter Dokumente, Nachweise von Kontrollbesuchen usw.

⁹³ Wenn diese vorgelegten Nachweise den öffentlichen Auftraggeber nicht überzeugen, kann dieser sogar zusätzliche Nachweise verlangen.



Überblick

Europarechtlich zeigt sich deutlich ein Trend zur Integration von Nachhaltigkeitskriterien (u. a. Sozial- und Umwelt-Kriterien) in das Vergaberecht. Dieser Trend zeichnete sich schon im geltenden Recht ab und wird mit der neuen RL 2014/24/EU fortgeführt bzw. erfolgt dadurch eine Kodifizierung der Judikatur.

Da es allerdings noch an einer hinreichenden Definition des Sozial- und Umweltschutzes mangelt, kann dies zu Rechtsunsicherheit führen.

Dennoch ist es wichtig Sozial-Kriterien vor allem bezüglich soziale Dienstleistungen in das öffentliche Beschaffungswesen einzubinden. Die umfangreichste Möglichkeit der Einbindung dieser Kriterien findet sich im Bestbieterprinzip. Sie lassen sich trotz allem auch im Billigstbieterprinzip (welches es so künftig nicht mehr gibt) einbinden, wobei die Möglichkeiten hier eingeschränkt sind.

Die Regeln des Vergaberechts dürfen durch die Einbindung von Sozial-Kriterien trotz allem nicht umgangen oder gebrochen werden.

2.2 Sozial-Kriterien als Eignungskriterien

Bei der Bestimmung von Eignungskriterien sollte in Erwägung gezogen werden, dass es sich um statische „Knock-out“-Kriterien handelt, welche nicht gewertet werden. Kriterien, welche als Eignungskriterien eingefordert werden, dürfen nicht zusätzlich als Zusatzkriterien eingefordert werden. Bei den hierin diskutierten Inhalten handelt es sich jedoch teilweise um Kriterien, wobei der Wunsch besteht, Bieter nach ihrer bestmöglichen Erfüllung zu eruieren. Als statische Kriterien bieten jedenfalls auch die Ausführungsbedingungen mehr Spielraum.

Nicht jedes (Sozial-)Kriterium ist als Eignungskriterium anwendbar, denn diese beschränken sich auf Kriterien der fachlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Eignung des Bieters (dies gilt auch für das Präqualifikationsverfahren) und sind in einem angemessenen Verhältnis zum Auftrag zu wählen. Somit eignen sich Sozial-Kriterien als Eignungskriterien lediglich in wenigen Fällen⁹⁴, denn hauptsächlich geht es hierbei darum, dass potenzielle Bieter keine Verstöße gegen das geltende (Arbeits- und Sozial-) Recht begangen und die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben. Nur bestimmte Auftragsgegenstände und damit zusammenhängende Ausführungsbedingungen legitimieren die Forderung einer „sozialen Eignung“ des Auftraggebers im Sinne von Fachkunde, Berufsqualifikationen und Leistungsfähigkeit. Ist eine derartige berufliche und technische Qualifikation bzw. das

⁹⁴ Die Möglichkeiten sind in Art 45 Abs 2 RL 2004/18/EG dargelegt.



„Know-how“ im sozialen Bereich tatsächlich von Nöten, so kann dieses Sozial-Kriterium auch als Eignungskriterium postuliert werden. Die Europäische Kommission bringt hierzu selbst folgende Beispiele:

- *Beschäftigt die an der Ausschreibung teilnehmende Firma Mitarbeiter bzw. kann sie auf Arbeitskräfte zurückgreifen, die die erforderliche Fachkenntnis und Erfahrung für die Bewältigung der sozialen Aspekte des Auftrags haben (z. B. ausgebildetes Personal und spezielle Führungserfahrung bei einem Auftrag für einen Kinderhort oder Ingenieure und Architekten, die in Fragen der Barrierefreiheit beim Bau eines öffentlichen Gebäudes qualifiziert sind)?*
- *Besitzt die an der Ausschreibung teilnehmende Firma die für den sozialen Schutz erforderliche technische Ausstattung oder hat sie Zugang dazu (z. B. Ausrüstung für ältere Menschen bei einem Auftrag zum Betrieb eines Seniorenheims)?*
- *Verfügt die an der Ausschreibung teilnehmende Firma über fachgemäße technische Einrichtungen, um die sozialen Aspekte abzudecken (z. B. bei einem Auftrag über die Anschaffung von Computerhardware mit Zugänglichkeitsanforderungen für Menschen mit Behinderungen)?“⁹⁵*

Hierbei gilt es anzumerken, dass sich gewisse Anforderungen auch als Teil der technischen Spezifikationen einfordern ließen, was u. U. ein rechtssicherer Weg wäre.

Zu bedenken ist auch, dass sich etwaige im Rahmen von Eignungskriterien auferlegten Verpflichtungen lediglich auf den Auftragnehmer beziehen. Zur Vermeidung von Sozial-Dumping bei undurchsichtigen Subauftragnehmer-, bzw. Lieferketten oder Leiharbeitern, müssten derartige Verpflichtungen jedoch in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.

Prinzipiell erwähnt das BVergG 2006 Möglichkeiten für soziale Eignungskriterien im Rahmen der beruflichen Zuverlässigkeit.⁹⁶ Zudem müssen auch nach geltendem Recht Bieter bereits von der Teilnahme am Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn

- „4. *gegen sie oder [...] gegen physische Personen, die in der Geschäftsführung tätig sind, ein rechtskräftiges Urteil wegen eines Deliktes ergangen ist, das ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt;*

⁹⁵ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 36.

⁹⁶ Vgl. § 72 BVergG 2006 idgF.



5. sie im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung, insbesondere gegen Bestimmungen des Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechts, begangen haben, die vom Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde;
6. sie ihre Verpflichtungen zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge oder der Steuern und Abgaben in Österreich oder nach den Vorschriften des Landes, in dem sie niedergelassen sind, nicht erfüllt haben, oder
7. sie sich bei der Erteilung von Auskünften betreffend die Befugnis, die berufliche Zuverlässigkeit, die technische Leistungsfähigkeit sowie die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit in erheblichem Maße falscher Erklärungen schuldig gemacht oder diese Auskünfte nicht erteilt haben.⁹⁷

Überblick

Soziale Eignungskriterien sind K.O.-Kriterien und nur eingeschränkt anwendbar, denn Eignungskriterien beschränken sich auf die fachliche, wirtschaftliche und berufliche Eignung des Bieters. Dies ist restriktiv auszulegen. Bei ihnen geht es hauptsächlich darum, dass potentielle Bieter keine Rechtsverstöße begangen haben. Diese Kriterien sind an den jeweiligen Auftrag anzupassen. Das hat zur Folge, dass es nur bei bestimmten Auftragsgegenständen möglich ist auch nach der „sozialen“ Eignung des Bieters zu fragen. Gewisse Anforderungen können allerdings sowohl auch als Teil der technischen Spezifikationen eingefordert werden, was gegebenenfalls die Rechtssicherheit erhöhen würde.

Eignungskriterien beziehen sich zudem lediglich auf den Auftragnehmer und nicht auch auf allfällige Subauftragnehmer oder Lieferketten. Um für diese ebenfalls bedeutsam zu werden, müssten derartige Verpflichtungen Bestandteil der Leistungsbeschreibung sein.

2.3 Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien

In einigen Fällen konnten bereits bisher Sozial-Kriterien im Rahmen der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots auch als Zuschlagskriterien eingefordert werden. Diese sind vom öffentlichen Auftraggeber im Verhältnis ihrer Bedeutung in nicht-diskriminierender Weise zu wählen, in einer mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Reihenfolge festzulegen⁹⁸, und in der gewählten Reihenfolge und

⁹⁷ § 68 Abs 1 Z 4-7 BVergG 2006 idgF.

⁹⁸ Vgl. § 2 Z 20 lit d sowie § 79 Abs 3 BVergG 2006 idgF; siehe auch EuGH, Rs C-448/01, EVN AG u. Wienstrom GmbH/Österreich (EVN u. Wienstrom), Slg 2003, I-14527, wo der EuGH entschied, dass ein Kriterium in einer



Gewichtung (spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsbekanntgabe) bekannt zu machen. Es dürfen – im Einklang mit den vergaberechtlichen Prinzipien – nur Kriterien gewählt werden, welche messbar bzw. reihbar sind oder eine prozentuale Gewichtung erlauben. Auch dürfen sie nicht schon in den Ausführungsbestimmungen oder als Eignungskriterium ein K.O.-Kriterium darstellen. Wenngleich Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen Mindeststandards darlegen, kann der öffentliche Auftraggeber beispielsweise entscheiden, dass jedes Produkt/jede Leistung oberhalb des Mindeststandards als Zuschlagskriterium in der Vergabephase zusätzliche Bewertungspunkte erhält.⁹⁹

Interessant erscheint auch die Möglichkeit eines „zusätzlichen Zuschlagskriteriums“: Zur Ermittlung des Bestbieters können bei Punktegleichstand Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien angewendet werden.¹⁰⁰ Die Berücksichtigung des zusätzlichen Zuschlagskriteriums geht auf das Urteil in der Rs „Nord-Pas-de-Calais“¹⁰¹ zurück. Es handelt sich hierbei um ein zusätzliches, nicht entscheidendes Vergabe-Kriterium. Dieses ist erst zu berücksichtigen, nachdem die Angebote auf Grundlage klassischer Vergabekriterien verglichen wurden und mindestens zwei Angebote gleich abschneiden. Somit handelt es sich dabei zwar um Vergabekriterien, welche aber lediglich Auswirkung haben, wenn im Rahmen der Vergabe zwei Bieter gleichauf liegen. In diesen preislich sehr nahen Einzelfällen kann dies jedoch dazu führen, dass (einheimische) soziale Unternehmen den Zuschlag bekommen. Auch hier ist jedoch abzuwiegen, ob es, betrachtet man Regionalitätskriterien, nicht diskriminierend wäre, dieses Kriterium zum zusätzlichen Zuschlagskriterium zu machen.

Dazu sollen interessante Beispiele aus deutschen Landesgesetzen genannt werden:

Berlin

„Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen erhalten im Rahmen der geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen bei den Regelungen der §§ 1, 7 und 8 entsprechenden und sonst gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt den Zuschlag, die Ausbildungsplätze bereitstellen, sich an tariflichen Umlageverfahren

Ausschreibung für Energieversorgung, das sich nur auf die Menge des aus erneuerbaren Quellen produzierten Stroms bezieht, die über den erwarteten Verbrauch des öffentlichen Auftraggebers hinaus produziert wird (dieser war Vertragsgegenstand), nicht in Bezug zum Vertragsgegenstand steht. Um einen solchen Bezug zum Vertragsgegenstand herzustellen, hätte das Kriterium, welches sich auf die produzierte Strommenge aus erneuerbaren Quellen bezieht, lediglich die tatsächlich an den öffentlichen Auftraggeber gelieferte Menge betreffen müssen.

⁹⁹ Wenn etwa ein Hinweis auf einen Zugänglichkeitsstandard gemacht wird, zum Beispiel auf das Web, wie bei Norma UNE 139803:2012 'Requisitos de accesibilidad para contenidos Web'/Zugriffsanforderung für Webinhalte (Spanien), so kann dieser den Anforderungen auf drei Niveaus entsprechen — A, AA oder AAA. Dem Angebot mit dem höchsten Niveau können zusätzliche Punkte verliehen werden. (Beispiel aus: Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010)).

¹⁰⁰ Ausgenommen ist bei Bauleistungen das Kriterium „Höherer Anteil an begünstigt Behinderten“.

¹⁰¹ Vgl. EuGH, Rs C-225/98, Kommission/Frankreich (Nord-Pas-de-Calais), Slg 2000, I-7445.



zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen. Als Nachweis ist von den Unternehmen eine Bescheinigung der für die Berufsausbildung zuständigen Stellen vorzulegen. Die Regelung ist den Unternehmen in den Vergabeunterlagen bekannt zu machen. Dabei ist auf die Nachweispflicht hinzuweisen.“

Nordrhein-Westfalen

„Im Vergabeverfahren können Nachhaltigkeitsaspekte unter Beachtung der Vorgaben des § 3 Absatz 5 Satz 2 Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen auch als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden. In diesem Fall müssen diese auftragsbezogen und objektiv feststellbar sein, auch wenn sie nicht notwendig mit Gebrauchsvorteilen oder Kosteneinsparungen verbunden sind.“

Bzw.:

„Grundsätze der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie, Öffentliche Auftraggeber sollen gemäß § 19 Absatz 1 Satz 1 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen bei Erreichen der Auftragsschwellen sowie der Beschäftigtenzahl gemäß § 19 Absatz 1 Satz 2 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen bei der öffentlichen Beschaffung von den Bietern über ergänzende vertragliche Ausführungsbedingungen die Durchführung oder Einleitung von Maßnahmen der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf verlangen.“

Dem öffentlichen Auftraggeber ist es mittels Zuschlagskriterien möglich, über die Vorgabe von Mindeststandards durch Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen hinauszugehen.

Zuschlagskriterien müssen gewisse Anforderungen erfüllen, und dürfen zudem nicht schon als Eignungskriterien oder Ausführungsbestimmung aufgestellt worden sein.

Es ist außerdem möglich – jedoch umstritten – Sozial-Kriterien als zusätzliches Zuschlagskriterium einzufordern. Dies würde dazu führen, dass bei zwei gleichgut qualifizierten Endkandidaten, jener gewählt werden würde, welcher dem zusätzlichen Zuschlagskriterium besser entsprechen kann.

Sozial-Kriterien können daher als Zuschlagskriterien umgesetzt werden; Dies erlaubt zum einen eine Gewichtung und Differenzierung bei Qualitätsunterschieden, zum anderen sind es keine K.O.-Kriterien.

Im Sinne des Nichtdiskriminierungsgebots und des Sachgegenständlichkeitsprinzips gilt es zu reflektieren, ob soziale Zuschlagskriterien auch tatsächlich als legitim zu erachten sind.



2.4 Sozial-Kriterien als Auftragsausführungsbestimmungen, technische Spezifikationen etc.

Vertragserfüllungsbedingungen beschreiben in Hinblick auf den Auftragsgegenstand, wie der Auftrag erfüllt werden muss. Sozial-Kriterien können als eigene Ausführungsbestimmungen im Leistungsvertrag (nämlich in den Vertragsklauseln des rechtlichen Teils der Ausschreibungsunterlagen) oder im Vertragsmuster festgelegt werden.¹⁰² Sie können darin Beachtung finden, wenn sie in Bezug zur Vertragserfüllung stehen, in der Vergabebekanntmachung veröffentlicht sind und dem EU-Recht (inklusive den Grundsätzen des AEUV) entsprechen. Diese Bestimmungen werden nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens geprüft, denn Bieter müssen sie unbedingt einhalten. Damit bietet sich die Möglichkeit, die Beachtung sozialer Belange als zivilrechtliche Verpflichtung zur Auftragsabwicklung vorzusehen. Es ist folglich jedoch nicht möglich, die Einhaltung im Rahmen der Vertragsausführung zu prüfen bzw. eine Nicht-Einhaltung zu sanktionieren.

Sämtliche preisunabhängige Ausführungsbedingungen haben folgende Charakteristika zu erfüllen:¹⁰³

- Auftragsbezogenheit,
- keine Einräumung uneingeschränkter Wahlfreiheit,
- ausdrückliche Nennung im Leistungsverzeichnis oder in der Auftragsbekanntmachung,
- Einklang mit den grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts.¹⁰⁴

Die Bieter müssen sich vor der Angebotsabgabe über sämtliche Vertragsverpflichtungen im Klaren sein, um ihre Preise entsprechend gestalten zu können.¹⁰⁵ Auch ist zu beachten, dass zusätzliche soziale Ausführungsbedingungen im sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsausführung stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben müssen. Individuell gilt es auch stets abzuwägen, dass diese Auftragsbedingungen nicht über den Auftrag hinausgehen und somit den allgemeinen Betrieb des Auftragnehmers betreffen, da sie sich ausschließlich auf das Produkt bzw. die Leistung beziehen dürfen.¹⁰⁶

¹⁰² Vgl. *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010), 32.

¹⁰³ Vgl. BVergG 2006 idgF; RL 2004/17/EG sowie RL 2004/18/EG.

¹⁰⁴ Das sind insbesondere die Grundsätze freier Warenverkehr, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit sowie die daraus abgeleiteten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und Transparenz.

¹⁰⁵ Vgl. Art 26 RL 2004/18/EG. als auch Art 38 der RL 2004/17/EG.

¹⁰⁶ Vgl. KOM(2001) 274, 25.



In den Erläuterungen zum BVergG (1171 BlgNR XXII GP) wird deutlich, dass Vertragsbestimmungen zur Auftragsdurchführung nicht der Beschreibung der Leistung (wie bei der Leistungsbeschreibung) oder der Ermittlung des Bestbieters (wie beim Zuschlagskriterium) dienen, sondern lediglich Bedingungen zur Ausführung des Auftrags festlegen (Ausführungsbedingung).¹⁰⁷ § 99 BVergG erlaubt in Anlehnung an ErwGr 33 RL 2004/18/EG als solche explizit *„Bedingungen insbesondere sozialen (wie z. B. frauen-, behinderten-, sozial- und beschäftigungspolitische Belange) oder ökologischen Inhaltes, die während der Erbringung der Leistungen zu erfüllen sind, sofern diese Bedingungen bereits in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gemacht worden sind.“* Wenn Maßnahmen zudem einen sekundären Hauptaspekt des Leistungsgegenstands selbst darstellen, können sie neben einer Aufnahme in die klassischen Ausführungsbestimmungen mit der Möglichkeit verbunden werden, dass die Ausgestaltung im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots durch Zuschlagskriterien erfolgt.

Die Ausführungsbedingungen sind Bestandteil der allgemeinen Vertragsbedingungen und haben somit keinen Einfluss auf das Vergabeverfahren an sich, denn sie sind bei Angebotsabgabe bindend. Sie sind im Auswahlprozess somit weder statisches K.O.-Kriterium noch gewichtetes/wertendes Zuschlagskriterium. K.O.-Kriterium sind sie ehestens in dem Sinne, dass eine Streichung oder Veränderung von Seiten des Bieters zum Vertragsbruch führen würde. Der Bieter hat somit lediglich die Möglichkeit, die Leistungsbeschreibung und die Ausführungsbedingungen zu akzeptieren oder davon abzusehen, ein Angebot abzugeben. Auch sind öffentliche Auftraggeber de iure frei in der Definition des Auftragsgegenstands und der Leistungsbeschreibung. So mag bei der Anwendung von Sozial-Kriterien innerhalb von Ausführungsbedingungen oft die Art der Leistungsbeschreibung für die Zulässigkeit dieser ausschlaggebend sein. So ist beispielsweise eine Förderung der Integration von Langzeitarbeitslosen, jugendlichen Arbeitslosen oder älteren Arbeitnehmern möglich, wenn dies Ziel einer Leistung ist, also die damit verbundene Maßnahme – eine Bau- oder Service-Leistung – in den Hintergrund rückt.¹⁰⁸ Dies mag auch in puncto Gender-Mainstreaming zutreffen, zumal Gender-Mainstreaming in manchen Bereichen auch explizit gefordert wird (z. B. in der Wissenschaft).

Der Vertragsgegenstand als auch die Leistungsbestimmungen bieten deshalb prinzipiell die weitestgehenden Möglichkeiten zur Integration von Sozial-Kriterien in der öffentlichen

¹⁰⁷ Die Erläuterungen beziehen sich auf § 99 Abs 1 Z 13 BVergG 2006 idgF, der sich mit dem Inhalt des Leistungsvertrags befasst und bestimmt, dass für Bedingungen mit sozialem oder ökologischem Inhalt erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind: Regierungsvorlage (RV), Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, 1171 der Beilagen XXII. GP, 76ff.

¹⁰⁸ Vgl. § 19 BVergG 2006 idgF; ErwGr 33 RL 2004/18/EG sowie *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010), 7 u. 21.



Beschaffung, da in den vergabespezifischen Rechtsgrundlagen der Beschaffungsprozess geregelt wird, nicht jedoch der Auftragsgegenstand. Im Prinzip kann der öffentliche Auftraggeber somit den Auftragsgegenstand im Rahmen seiner Bedürfnisse frei festlegen¹⁰⁹, sofern er dadurch keine (positive oder negative) Diskriminierung erzeugt. Zudem hat der Beschaffer bei jeder Ausschreibung selbst zu entscheiden, welche Belange im konkreten Fall von Bedeutung sind.

Die Frage, inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber nun tatsächlich bestimmte Sozial-Kriterien mit einem Auftrag verbinden „darf“, wird weiterhin innerhalb der Union diskutiert. Ausschreibungen können beispielsweise nicht über eine entsprechende Vertragsklausel allein auf sozial fair gehandelte Produkte (z. B. Bekleidung und Textilien) eingeschränkt werden. Eine solche „versteckte“ technische Spezifikation würde nämlich Grundsätze zur neutralen Leistungsbeschreibung und zur Auftragsbezogenheit verletzen.¹¹⁰

Bei Leistungsbeschreibungen wird zwischen Spezifikationen nach technischen Maßstäben und solchen nach leistungs- oder funktionsbezogenen Anforderungen unterschieden¹¹¹, wobei bei letzteren mehr Spielraum für die Berücksichtigung sozialer Aspekte und Kreativität besteht. In der Leistungsbeschreibung können nur solche Merkmale angeführt werden, die einen Leistungs- oder Erfüllungsbezug haben. Bei der Bestimmung von Sozial-Kriterien in den technischen Spezifikationen¹¹² ist deshalb zu beachten, dass sich die Anforderungen auf die Eigenschaften oder Leistungsmerkmale der Produkte oder auf ihren Herstellungsprozess beziehen, den Leistungsgegenstand also in Art, Eigenschaft und Güte zu beeinflussen haben.¹¹³ Weiters können soziale technische Spezifikationen im Rahmen von Herstellungs- und Verarbeitungsverfahren nach Ansicht der Kommission in der Festlegung der Anforderungen des Auftrags Beachtung finden.¹¹⁴

Art 40 der RL 2014/24/EU erlaubt nunmehr vorherige Marktkonsultationen und Einholung von Rat von unabhängigen Sachverständigen, Marktteilnehmern oder Behörden. Dies dient zur Vorbereitung der Auftragsvergabe. Die Ergebnisse dieser Konsultationen dürfen die Vergabe aber weder in einer diskriminierenden Weise beeinflussen, noch dürfen sie sich wettbewerbsverzerrend auswirken.

¹⁰⁹ Von der Europäischen Kommission wird dies jedoch als skeptisch betrachtet.

¹¹⁰ Vgl. dazu § 96-99 BVergG 2006 idgF.

¹¹¹ Vgl. *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010); RL 2004/17/EG; RL 2004/18/EG; BVergG 2006 idgF.

¹¹² Die technischen Spezifikationen dürfen aber nicht diskriminierend sein.

¹¹³ *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010), 32: Wenn ein Verwaltungsgebäude „barrierefrei“ errichtet werden soll, so empfiehlt es sich, diesen Aspekt in der Leistungsbeschreibung vorzusehen.

¹¹⁴ Vgl. Anhang XXI zu RL 2004/17/EG u. Anhang VI zur RL 2004/18/EG.



Das BVergG 2006 gestattet explizit soziale Vertragserfüllungsbedingungen. Letztere bestimmen wie ein Auftragsgegenstand zu erfüllen ist. Diese Bedingungen sind für den Bieter verbindlich und werden jedoch nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens geprüft, sondern müssen grundsätzlich von vornherein rechtlich zulässig sein.

Die Ausführungsbedingungen sind als Teil der Vertragsbedingungen ebenfalls bindend, unterliegen jedoch keiner Prüfung im Vergabeverfahren.

Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich frei diese zu bestimmen solange sie für die Leistungsbeschreibung ausschlaggebend sind und dadurch keine Diskriminierung erzielt wird. Der Auftraggeber hat für jeden Auftrag selbst zu entscheiden, welche Kriterien von Bedeutung sind.

Bei Leistungsbeschreibungen dürfen nur solche Merkmale angeführt werden, welche einen Leistungs- oder Erfüllungsbezug haben. Bei leistungs- oder funktionsbezogenen Anforderungen besteht eine größere Möglichkeit zur Berücksichtigung von Sozialkriterien als bei Spezifikationen nach technischen Maßstäben, welche ebenso in der Leistungsbeschreibung enthalten sind.

Dem Auftraggeber stehen also mehrere Möglichkeiten offen, Sozialkriterien in Auftragsausführungsbestimmungen aufzunehmen.

2.5 Sozial-Kriterien in der RL 2014/24/EU

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe manifestiert sich in ErwGr 47 der Richtlinie, der auf Forschung und Innovation Bezug nimmt, einschließlich Öko-Innovation und sozialer Innovation. Diese Bereiche gehören im Lichte der Strategie „Europa 2020“ zu den treibenden Kräften zukünftigen Wachstums und stehen im Fokus des Erreichens von nachhaltigem und integrativem Wachstum. Öffentliche Auftraggeber haben somit die Möglichkeit bei der Beschaffung von Waren, Bauleistungen und Dienstleistungen Innovation zu steigern und gleichzeitig auf gesellschaftliche Herausforderungen zu reagieren. Ziel ist ein sehr gutes Preis-Leistungs-Verhältnis bei gleichzeitiger Generierung von ökonomischem, ökologischem und gesellschaftlichem Nutzen.¹¹⁵

Es besteht auch weiterhin die Möglichkeit, dass öffentliche Auftraggeber das Preis-Leistungs-Verhältnis auf der Basis anderer Faktoren als ausschließlich des Preises bewerten. Hierbei handelt es sich beispielsweise um eine Implikation von Liefer- und Zahlungsbedingungen, Kundendienstaspekten aber auch ökologischen oder sozialen

¹¹⁵ Vgl. ErwGr 47 RL 2014/24/EU.



Aspekten – z. B. der Förderung sozialer Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen.¹¹⁶ Dies hat zur Folge, dass es dem öffentlichen Auftraggeber möglich ist, sozialpolitische Anliegen zu berücksichtigen, vorausgesetzt, dies führt nicht dazu, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zu Ungunsten der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten begrenzt wird bzw. die Wettbewerbsprinzipien verletzt werden.

Ebenso können Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte, zur Förderung sozialer Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen sowohl in den Zuschlagskriterien als auch in den Bedingungen für die Auftragsausführung implementiert werden.¹¹⁷ Die Idee hinter Art 20 findet sich bereits in Erwägungsgrund 36, der Beschäftigung und Beruf als tragende Elemente für Integration in die Gesellschaft und für die Gewährleistung von Chancengleichheit unterstreicht.¹¹⁸

Des Weiteren soll es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, sowohl in den Zuschlagskriterien als auch in den Bedingungen für die Auftragsausführung in allen Lebenszyklus-Stadien auf soziale und ökologische Aspekte zu achten.¹¹⁹

Die Regelung bezüglich der Zuschlagskriterien basiert auf dem Prinzip des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Dies hat zur Folge, dass öffentliche Auftraggeber mit Hilfe einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie beispielsweise der Lebenszykluskostenrechnung, agieren. Ziel ist das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, das auf Grundlage von Kriterien unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte, die mit dem Auftragsgegenstand des öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen, ermittelt wird.¹²⁰

Art 70 der Richtlinie regelt die Bedingungen über die Auftragsausführung. An dieser Stelle können sich Bedingungen, sofern sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, auf wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange, beziehen.¹²¹

Auch die Miteinbeziehung von bestimmten Gütezeichen beim Kauf von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen ist in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder

¹¹⁶ Vgl. ErwGr 93 RL 2014/24/EU.

¹¹⁷ Vgl. ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

¹¹⁸ Vgl. ErwGr 36 RL 2014/24/EU.

¹¹⁹ Vgl. ErwGr 97 RL 2014/24/EU.

¹²⁰ Vgl. Art 67 RL 2014/24/EU.

¹²¹ Vgl. Art 70 RL 2014/24/EU.



den Ausführungsbedingungen möglich, sofern der Kriterienkatalog des Art 43 erfüllt ist und alle gleichwertigen Gütezeichen ebenso akzeptiert werden.¹²²

In Bezug auf soziale Dienste normiert ErwGr 114 die Anwendung des Bestbieterprinzips und sozialer Kriterien. So heißt es darin, dass

„die Mitgliedstaaten Artikel 14 AEUV und das Protokoll Nr. 26 berücksichtigen. Dabei sollten sie sich auch die Vereinfachung und die Reduzierung des Verwaltungsaufwands für die öffentlichen Auftraggeber und die Wirtschaftsteilnehmer zum Ziel setzen; es sollte klargestellt werden, dass hierfür auch Bestimmungen für Dienstleistungsaufträge herangezogen werden können, die nicht unter die Sonderregelung fallen“

Durch die Strategie „Europa 2020“ wurde ein gutes Preis-Leistungs-Verhältnis bei gleichzeitiger Beachtung von ökonomischem, ökologischem und gesellschaftlichem Nutzen zum Ziel gesetzt. Dieses Verhältnis wird also auf Grundlage von sozialen, qualitativen und/oder umweltbezogenen Kriterien ermittelt.

Die Judikatur zu Sozial-Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe erfährt eine Kodifizierung durch die RL 2014/24/EU. Die RL 2014/24/EU unterstreicht in mehreren ihrer Erwägungsgründe und Artikeln die Bedeutsamkeit und Legitimität von wirtschaftlichem, innovationsbezogenen, umweltbezogenen, sozialen und beschäftigungspolitischen Kriterien auf allen Ebenen innerhalb und außerhalb des Vergabeprozesses, sofern diese sachgegenständlich, nicht diskriminierend, transparent, messbar und objektiv sind.

Dadurch lässt sich festhalten, dass die neue Richtlinie die Integration von Sozial-Kriterien in das Vergaberecht anstrebt, indem sie ihre Bedeutsamkeit mehrfach und auf verschiedenste Weise betont.

2.6 Geeignete Sozial-Kriterien für soziale Dienste

Bei der Erörterung geeigneter Sozial-Kriterien für soziale Dienste werden folgende Punkte genauer beleuchtet:

- Sind Sozial-Kriterien im Rahmen eines Vergabeverfahrens einforderbar?
- Wie können Sozial-Kriterien im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Auftrags eingefordert werden?

¹²² Vgl. Art 43 RL 2014/24/EU.



- Welche Veränderungen/Herausforderungen gibt es bzgl. der Einforderung von Sozial-Kriterien?
- Wie können Sozial-Kriterien aussehen?

Bei der Berücksichtigung von Beschäftigungskriterien gilt es nebst der RL 2014/24/EU auch die bisherigen Richtlinien bzw. die stRspr des EuGH zu betrachten.

Aus der stRspr des EuGH ergibt sich die Zulässigkeit von Präferenzklauseln, beispielsweise zur Wiedereingliederung von benachteiligten oder vom Arbeitsmarkt ausgeschlossenen Personen als auch – zu einem gewissen Grad – sozial positiver Diskriminierung, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der sozialen Ausgrenzung. Gemäß der Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, kann grundsätzlich jeder öffentliche Auftraggeber bei der Definition der Waren und Dienstleistungen, die er erwerben möchte, diejenigen Waren, Dienstleistungen oder Bauarbeiten wählen, die seinem sozialpolitischen Anliegen entsprechen, vorausgesetzt, diese Wahl führt nicht dazu, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zu Ungunsten der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten begrenzt wird bzw. die Wettbewerbsprinzipien verletzt werden.¹²³ So kann ein öffentlicher Auftrag sekundär dem Zweck gewidmet sein, Beschäftigung zu fördern oder die Arbeitslosigkeit zu reduzieren. Ein öffentlicher Auftrag kann und darf somit auch dem Ziel dienen, die Arbeitslosigkeit in einem Mitgliedstaat zu bekämpfen, solange eine konkrete Leistung das Bezugsobjekt des Auftrags bleibt. Im Sinne dieser Argumentation darf es ein maßgebliches Kriterium sein, ob ein Unternehmen Langzeitarbeitslose einstellt oder nicht, sofern dies in der Ausschreibung bekanntgemacht wird und keine diskriminierende Wirkung hat¹²⁴ und die zwei folgenden Bedingungen beachtet werden: erstens darf keine Leistungsbestimmung des Vertrages diskriminierend sein. Werden z. B. Maßnahmen gefordert, ortsansässige Arbeitslose einzugliedern, so handelt es sich dabei um eine diskriminierende Klausel, die für ortsansässige Firmen leichter zu erfüllen ist. Zweitens sollte die Fähigkeit des Auftragnehmers, Eingliederungsmaßnahmen durchführen zu können, nicht die Entscheidung über die Eignung potentieller Auftragnehmer oder über die Qualität eines Angebots beeinflussen – kurz, die Referenzen des Auftragnehmers in diesem Bereich dürfen nicht als Auswahl- oder Zuschlagskriterium genutzt werden

¹²³ Siehe Unterkap. 1.1, Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 vom 15. Oktober 2001.

¹²⁴ Vgl. EuGH, Rs 31/87, *Beentjes/Niederlande* (Beentjes), Slg 1988, 4635 Rn 31.



In puncto Beschäftigung waren die Entscheidungen in den Rs „Beentjes“ und „Nord-Pas-de-Calais“ wegweisend. Somit können derartige Kriterien entweder in Form von technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien, durch die Berücksichtigung der fördernden Maßnahmen bei der Beschreibung der Leistung, durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag¹²⁵, in Form von zusätzlichen Vertragserfüllungsklauseln oder zusätzlichen Zuschlagskriterien implementiert werden. Als Eignungskriterien sind sie nicht zulässig.¹²⁶

Die weitere Gültigkeit der hierin erwähnten Bestimmungen steht im Einklang mit einer funktionalen Auslegung des Rechts. Auch ist das europäische Recht in Anlehnung an das römische Recht im Fall einer Rechtsänderung so aus-zulegen, dass es alte Rechtsstrukturen fortführt, soweit sie nicht ausdrücklich geändert wurden. Dieser Rechtsgrundsatz ist im Vergaberecht anzuwenden, da auch in den Fällen fortentwickelten Rechts geschütztes Vertrauen seitens der Gemeinschaftsbürger besteht, das nur durch klare, anders lautende Regeln geändert werden kann. Somit müsste präzisiert werden, dass die Bestimmungen der neuen/künftigen Richtlinie diesen Zielen entgegentreten.

Was die Anwendung eines zusätzlichen Zuschlagskriteriums im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit angeht, erläutert der EuGH¹²⁷, dass dieses nicht unmittelbar oder mittelbar zur Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führen darf und in der Bekanntmachung ausdrücklich erwähnt werden muss, damit die Unternehmer in der Lage sind, von dem Bestehen dieses Kriteriums Kenntnis zu nehmen. An dieser Stelle sei auf Unterkap. 1.5 verwiesen, wo die Hintergründe und Unklarheiten in Bezug auf dieses Kriterium näher dargelegt werden.

Bereits RL 2004/18/EG bezeichnet im nicht bindenden ErwGr 33 das Kriterium der Einstellung von Langzeitarbeitslosen als zulässig, hebt jedoch die Nicht-Zulässigkeit einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung hervor. Inhaltlich findet sich folgende Vorschrift in der RL 2014/24/EU:

„Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte, zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen oder zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten können ebenfalls Gegenstand von Zuschlagskriterien oder von Bedingungen für die Auftragsausführung sein, sofern sie mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder

¹²⁵ Vgl. § 19 BVergG 2006 idgF.

¹²⁶ Vgl. EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635.

¹²⁷ Vgl. EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635 Rn 43.



Dienstleistungen im Zusammenhang stehen. Derartige Kriterien oder Bedingungen können sich unter anderem auf die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags beziehen. In technischen Spezifikationen können öffentliche Auftraggeber solche sozialen Anforderungen vorsehen, die die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren, wie das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium ‚Design für Alle‘.¹²⁸

Aufgrund der nicht zulässigen Diskriminierung der Kriterien kann keine Forderung zur Beschäftigungsförderung in einer bestimmten Region gestellt werden. Es muss sich stets um europaweit implementierbare Maßnahmen handeln. Fraglich ist auch, ob derartige Maßnahmen einer Begründung, wie beispielsweise einer besonders hohen Arbeitslosenquote, bedürfen. RL 2004/18/EG stellt in ErwGr 33 auf keine bestimmte Anzahl arbeitsloser Personen ab. Es ist zu bezweifeln, warum auf eine gewisse Quote abgestellt werden sollte, da das Ziel sozialinnovativer Vergabe vordergründig die Eingliederung benachteiligter Menschen sein sollte. Somit besteht zwischen der Bekämpfung von Jugendarbeitslosigkeit/Langzeitarbeitslosigkeit und der Bekämpfung der Benachteiligung von Frauen/Menschen mit Behinderung/Menschen mit Migrationshintergrund etc. kein wertbarer Unterschied.

2.6.1 Experteninterview dabei-austria

Eine der hierin angewandten Methoden der qualitativen Informationserhebung ist das Experteninterview, welches vom P/S/R Institut mit Frau DSA Mag. Marlene Mayrhofer, Geschäftsführerin des Dachverbands Berufliche Integration Österreich (dabei-austria) und somit Expertin zur Organisation bestimmter sozialer Dienstleistungen, am 20. August 2014 von 10:30 – 13:30 Uhr anhand eines Leitfadens geführt wurde. Frau DSA Mag. Mayrhofer gibt in diesem Interview ihre eigene Erfahrung als Expertin wieder; diese kann jedoch selbstverständlich nicht die Meinung eines jeden Mitglieds des Dachverbands widerspiegeln.

In diesem Experteninterview galt es die folgenden Fragestellungen zu klären (vgl. Anhang II):

- in welcher Form und Art die Ausschreibung von relevanten Leistungen bisher stattgefunden hat,
- welche Kriterien dabei beachtet wurden,

¹²⁸ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.



- wie hoch der durchschnittliche Wert eines Auftrags im Bereich soziale Dienste ist,
- ob und wie soziale Kriterien bisher in die Ausschreibung eingeflossen sind und ob ein Trend absehbar ist,
- welche sozialen Kriterien für die Vergabe von sozialen Diensten bedeutsam sind und welche Probleme sich aus diesen ergeben können.

Es galt zu erheben, welche alternativen Organisations- und Finanzierungsformen zur Vergabe öffentlicher Aufträge es gibt, wie Leistungen bisher vergeben wurden und welche Vor- und Nachteile diese Art der Vergabe erfahrungsgemäß gezeigt hat.

Bisher wurden soziale Dienstleistungen kaum im Rahmen von öffentlichen Aufträgen vergeben, sondern über Förderungsverträge gehandhabt. Der Wunsch des (zumindest parallelen) Fortbestehens des Fördersystems ist groß. Es ist jedoch auch zu beachten, dass das derzeitige verwendete Verfahren der Förderungsverträge vor allem in der Abrechnung und Verlängerung der Verträge sehr mühsam ist.

Förderungsverträge werden in der Regel für die Dauer eines Jahres vergeben, wobei es zumeist die Option einer einmaligen Verlängerungsmöglichkeit gibt. Generell sind die Auftragswerte weit gestreut und können sowohl EUR 20.000 als auch über EUR 750.000 betragen. Hauptsächlich fallen sie jedoch im Umfang von zwischen EUR 100.000 und EUR 300.000 an.

Derzeit handelt es sich bei den sozialen Dienstleistungen der dabei-austria-Mitglieder um einen protegierten Markt. De iure bietet zwar auch das System der Förderungsverträge ein Wettbewerbsinstrument, de facto gibt es jedoch kaum Wettbewerb oder ein implizites Verständnis über die Tätigkeiten (sowohl die Aktivität als auch das geografische Gebiet betreffend) der anderen Akteure am „Markt“.

Die Verwendung von sozialen Kriterien wird als wichtig angesehen, vor allem um Qualitätsdumping und einen rein preisorientierten Wettbewerb zu vermeiden. Gleichzeitig werden bis dato kaum Sozial-Kriterien verwendet (auch nicht in Förderungsverträgen). Auch scheint es schwierig, Mindest-Kriterien zu definieren. Die Gründe hierfür sind vielzählig, so zum Beispiel:

- Vermeidung einer zu großen Einschränkung zu Lasten der Diversität und Kreativität,
- Heterogenität der Dienstleister,
- Heterogenität des Marktes (verschiedene Regelung in verschiedenen Bundesländern).



Sowohl aus der theoretischen Beleuchtung von Sozial-Kriterien als auch aus dem Experteninterview ergibt sich, dass Sozial-Kriterien als wichtig und notwendig für den sozialen Zusammenhalt und den Wert der Leistung einzustufen sind. Gleichwohl mangelt es jedoch an einer einheitlichen Definition von Sozial-Kriterien – eine Grundvoraussetzung, um diese messbar, vergleichbar und transparent darzustellen und in den Vergabeprozess integrieren zu können.

Insgesamt ergeben sich folgende Fragestellungen:

1. Welche Sozial-Kriterien sind DAWI inhärent?
 - a) Welche Sozial-Kriterien können branchenübergreifend angewendet werden?
 - b) Welche Sozial-Kriterien müssen branchenintern festgelegt werden?
2. Können Sozial-Kriterien zu stringent und negativ wettbewerbsbeschränkend sein (z. B. In Form von K.O.-Kriterien)?
3. Auf welcher Verfahrensebene sollen welche Sozial-Kriterien Anwendung finden?
4. Wie gewährleistet man bei der Implementierung von Sozial-Kriterien die Beachtung des Prinzips der Sachgegenständlichkeit?

EXKURS Förderungsvertragserfahrung

Auch in der Vergabe von Förderungsverträgen werden grundsätzlich soziale Kriterien beachtet. Diese werden anhand eines Beispiels im Bereich Vergabe eines Förderungsvertrags für Jugendcoaching verbildlicht.

In dem *Aufruf zur Einreichung von Projektkonzepten im Rahmen der Österreichischen „AusBildungs-Strategie“ („Call 2012“)*¹²⁹ wurde festgelegt, dass nur Projekte, die die genannten Mindestkriterien erfüllen zum Auswahlverfahren zugelassen werden. Diese Mindestkriterien sowie deren Gewichtung beziehen sich auf Qualität (50 %), Personal (40 %) und Kosten (10 %). Zu den Qualitätskriterien zählt z. B. die Darstellung der Gender Mainstreaming- und Diversity Management-Umsetzung im Konzept und in der Organisation und in Bezug auf die Personalkriterien wird unter anderem die geschlechtsspezifische Ausgewogenheit des Personals sowie deren Fremdsprachenkenntnisse und mögliche Migrationshintergründe bewertet.

¹²⁹ Bundessozialamt, *Aufruf zur Einreichung von Projektkonzepten im Rahmen der Österreichischen „AusBildungs-Strategie“ – Jugendcoaching („Call 2012“)*.



Die angewandten sozialen Kriterien lassen sich in folgende Kategorien einteilen: Personenkreis, Personal und Organisation & Diskriminierungsverbot.

Personenkreis

Das Angebot des Jugendcoachings richtet sich an Schüler ab dem 9. Schuljahr sowie an systemferne Jugendliche unter 19 Jahren. Im Fall von Jugendlichen mit sonderpädagogischem Förderbedarf bzw. Behinderung besteht die Möglichkeit einer Nutzung bis zum Alter von unter 25 Jahren. Im Speziellen werden die Schüler identifiziert und unterstützt, die davon gefährdet sind durch individuelle Beeinträchtigungen sowie soziale Benachteiligungen bzw. systemische Mängel, die Schule frühzeitig abzubrechen und keinen Abschluss zu erlangen.¹³⁰

Laut Pkt. 4 der Jugendcoaching Richtlinie¹³¹ soll Jugendcoaching für alle Jugendlichen mit Behinderung oder sonderpädagogischem Förderbedarf sowie Jugendlichen mit Lernbehinderung oder sozialen und emotionalen Beeinträchtigungen, deren Auswirkungen zumindest einem Grad der Behinderung von 30 % entsprechen, zur Verfügung stehen, vor allem dann, wenn sie sich im Übergang vom Schul- ins Berufsleben befinden.

Personal

Anzustellende Berater für die Position als Jugendcoach müssen laut „Fördervereinbarung“¹³², der „Beilage B“ der Fördervereinbarung¹³³, dem „Call 2012“ (vgl. S. 66) und der „Richtlinie Jugendcoaching“¹³⁴ folgende Kriterien erfüllen:

- Abgeschlossene Berufsausbildung im Bereich Sozialarbeit, Sozialmanagement, Psychologie oder Pädagogik mindestens 3-jährige Berufserfahrung in der Arbeitsmarktpolitik,
- oder eine vergleichbare abgeschlossene Berufsausbildung im Sozialbereich und zumindest 5-jährige Berufserfahrung in der Arbeitsmarktpolitik,

¹³⁰ Vgl. Pkt. 4.3, 5.1, 5.3, 5.8 u. 12 *Bundessozialamt*, Jugendcoaching: Umsetzungsregelungen inklusive Erläuterungskommentar und Beilagen, Version 20121010 („Beilage B“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

¹³¹ Vgl. Pkt. 4 Richtlinie Jugendcoaching des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur Durchführung der Maßnahmen Jugendcoaching, BMASK-44101/0013-IV/A/6/2012.

¹³² Siehe Pkt. 7 Fördervereinbarung abgeschlossen zwischen dem Ausgleichstaxfonds, vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, vertreten durch den Leiter der Landesstelle Niederösterreich des Bundessozialamts, Außenstelle Wien als Fördergeber sowie der Caritas der Erzdiözese Wien (Caritasverband) als Fördernehmer vom 17. Dezember 2012.

¹³³ Vgl. Pkt. 6 *Bundessozialamt*, Jugendcoaching, Version 20121010 („Beilage B“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

¹³⁴ Vgl. Pkt. 7 Richtlinie Jugendcoaching, BMASK-44101/0013-IV/A/6/2012.



- Bereitschaft zur Weiterbildung im Case Management,
- Kommunikations- und Teamfähigkeit,
- Projekterfahrung besonders im Umgang mit benachteiligten Jugendlichen,
- Grundlegende Kenntnisse der regionalen Infrastruktur und der jeweiligen Situation am (Aus-)Bildungsmarkt sowie die bestehenden Unterstützungsangebote (praktische Kenntnisse des Berufslebens sind auch erforderlich),
- Nachgewiesene Kompetenz in geschlechtergerechter Beratung und Methodik.

Des Weiteren hat mindestens ein Mitarbeiter Fortbildungsmaßnahmen über Menschenrechte, die UN-Konvention über die Rechte von Menschen mit Behinderungen und Maßnahmen der Gewaltprävention in einem Mindestausmaß von acht Stunden zu absolvieren und die wesentlichen Inhalte intern weiterzutragen. Diese Fortbildungsmaßnahmen sind vom Fördernehmer zu ermöglichen.¹³⁵

Zur Steigerung des erwerbstätigen Anteils von MmB¹³⁶ sind bei gleicher Eignung vorrangig MmB einzustellen.

Organisation & Diskriminierungsverbot

Es gibt auch verschiedenste organisationstechnische und Antidiskriminierungskriterien die bei der Vergabe von Förderungsverträgen zu beachten sind. Diese können wie folgt zusammengefasst werden:

Organisation & Quality Management

Organisationstechnisch ist hervorzuheben, dass ein Gender Mainstreaming und Diversity Management zu erfolgen hat, das in einem dem Förderungsvertrag beigelegtem Konzept genau definiert wird. Fest steht, dass eine laufende Eingabe im Portal Austria Jugendcoaching zu erfolgen hat.¹³⁷ Außerdem ist ein betriebsinternes Qualitätssicherungssystem und Maßnahmen der Gewaltprävention sind im Rahmen des Projektes zu etablieren.¹³⁸ Regelungen über den Umgang mit Vorwürfen zu den Themen

¹³⁵ Vgl. Pkt. 3 u. 12 Allgemeine Vertragsbestimmungen, Stand 08. Oktober 2012 („Beilage A“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

¹³⁶ Menschen mit Behinderung.

¹³⁷ Vgl. 8.4 Fördervereinbarung zwischen dem Ausgleichstaxfonds als Fördergeber sowie der Caritas der Erzdiözese Wien als Fördernehmer vom 17. Dezember 2012.

¹³⁸ Pkt. 3 u. 6 Allgemeine Vertragsbestimmungen, Stand 08. Oktober 2012 („Beilage A“ des Anhangs der Fördervereinbarung).



Ausbeutung, Gewalt, Belästigung und Missbrauch im Rahmen der Betriebsabläufe müssen darin auch enthalten sein.¹³⁹

Die Qualitätssicherung ist durch Maßnahmen wie z. B. eine Erhebung der TeilnehmerInnenzufriedenheit und regelmäßige Überprüfung von Wirkungserfolgen und Zielerreichungsquoten zu gewährleisten.¹⁴⁰

Gender Mainstreaming und Diversity Management

Die Strukturen des Jugendcoaching werden darauf ausgerichtet, die unterschiedlichen Lebenslagen und Bedürfnisse von männlichen und weiblichen Jugendlichen zu berücksichtigen. Außerdem wird auf eine geschlechtersensible Sprache geachtet. Unterschiedliche Lernstrategien und soziale Hintergründe sollen berücksichtigt werden.¹⁴¹ Auch die Materialien werden so aufbereitet, dass sie möglichst beide Geschlechter gleichermaßen sowie auch Jugendliche mit Migrationshintergrund ansprechen.

Auf ein ausgewogenes Geschlechterverhältnis ist zu achten, geschlechtsspezifische direkte und indirekte Benachteiligungen bei der Teilnahme am Jugendcoaching sind zu verhindern.¹⁴²

Förderbedarf bzw. Behinderung

In Bezug auf MmB ist zu beachten, dass geförderte Veranstaltungen für diese barrierefrei zugänglich zu machen sind. Des Weiteren sind das Bundes-Behindertengleichstellungsgesetz, Behinderteneinstellungsgesetz und Gleichbehandlungsgesetz idgF einzuhalten.¹⁴³

¹³⁹ Vgl. Pkt. 3 Allgemeine Vertragsbestimmungen, Stand 08. Oktober 2012 („Beilage A“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

¹⁴⁰ Vgl. Pkt. 10. *Bundessozialamt*, Jugendcoaching, Version 20121010 („Beilage B“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

¹⁴¹ Vgl. Pkt. 5.1 *Bundessozialamt*, Jugendcoaching, Version 20121010 (2012); Pkt. 2 Richtlinie Jugendcoaching, BMASK-44101/0013-IV/A/6/2012.

¹⁴² Vgl. Pkt. 5.1 *Bundessozialamt*, Jugendcoaching, Version 20121010 („Beilage B“ des Anhangs der Fördervereinbarung); Allgemeiner Vertragsteil Abs 5.

¹⁴³ Vgl. Pkt. 2 Allgemeine Vertragsbestimmungen, Stand 08. Oktober 2012 („Beilage A“ des Anhangs der Fördervereinbarung).



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



3. Alternative Organisationsformen für soziale Dienste

In diesem Kapitel werden alternative Organisationsformen für soziale Dienste beleuchtet. Die Signifikanz alternativer Organisationsformen ergibt sich insbesondere aus ErwGr 4 RL 2014/24/EU, wonach

„die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Es sollte klargestellt werden, dass ein solcher Erwerb¹⁴⁴ von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen – ob durch Kauf, Leasing oder andere vertragliche Formen – dieser Richtlinie unterliegen sollte.“¹⁴⁵

In diesem Erwägungsgrund wird unterstrichen, dass die Richtlinie für alternative Organisationsformen nicht gilt. Exemplarisch werden der Begriff Finanzierung genannt und Systeme, in denen sämtliche Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe berechtigt sind.

Zudem erfährt ErwGr 4 für den Bereich soziale und besondere Dienstleistungen eine Stärkung durch ErwGr 114, wonach – wie bereits angedeutet, – es den Mitgliedstaaten insbesondere bei personenbezogenen Dienstleistungen, wie etwa bestimmte Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich auch künftig frei steht,

„diese Dienstleistungen 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 Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen.“

Der ErwGr nennt – unbeschadet etwaiger Regelungen (iSv *leges speciales*) für derartige alternative Organisationssysteme – als Voraussetzung für deren Anwendung, dass eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet ist und im Rahmen dessen den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung Rechnung getragen wird.

Der Schwerpunkt bei der Erörterung der sich daraus ergebenden Möglichkeiten liegt im Folgenden auf der bisher häufig gewählten Organisationsform durch Förderungsverträge.

¹⁴⁴ Der Begriff „Erwerb“ ist zwar gemäß ErwGr 4 weit auszulegen, sodass darunter nicht unbedingt ein Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber zu subsumieren ist.

¹⁴⁵ Zwar sind die Erwägungsgründe der Richtlinien nicht bindend, sie zeigen jedoch die Interpretation durch die erlassenden Organe auf und haben somit einen Leitliniencharakter.



Gleichzeitig soll auch die Organisation durch Dienstleistungskonzessionen Beachtung finden, da Dienstleistungskonzessionen mit der RL 2014/23/EU im Europarecht erstmalig sekundärrechtlich geregelt werden.

3.1 Dienstleistungskonzession

Dienstleistungskonzessionen im Europarecht bisher

Dienstleistungskonzessionen waren bislang europarechtlich nicht durch das europäische Sekundärrecht geregelt. Es galten lediglich die primärrechtlichen Grundbestimmungen. Dennoch gab es durch die stRspr der Mitgliedstaaten und des EuGH dargelegte Definitionen der wesentlichen Charakteristika von Dienstleistungskonzessionen.

Die Dienstleistungskonzession ist in ihrem Sinn und Zweck dem öffentlichen Auftrag (vgl. Unterkap. 1.1.1) nicht unähnlich. Analog zum öffentlichen Auftrag wird der Konzessionär bei der Dienstleistungskonzession durch einen Vertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber, welcher im Anschluss an die Zuschlagerteilung vergeben wird, dazu verpflichtet, eine eigentlich dem öffentlichen Auftraggeber obliegende (Pflicht-)Aufgabe durch die Erfüllung bestimmter vertraglich vereinbarter Kriterien zu besorgen. Somit hat sie in der Regel Tätigkeiten zum Inhalt, *„die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können.“*¹⁴⁶ Im Unterschied zum öffentlichen Auftrag (vgl. Kapitel 1) bekommt der Konzessionsnehmer kein vereinbartes Entgelt als Gegenleistung, sondern es wird ihm das Recht eingeräumt, die Dienstleistung, die der öffentliche Auftraggeber zu erbringen hätte, auf dem Markt zu verwerten. Der Konzessionsnehmer akquiriert die Nutzer (Kunden) seiner Leistung selbst, welche für die nachgefragte Dienstleistung unmittelbar oder mittelbar bezahlen.¹⁴⁷

Konzessionen unterscheiden sich somit von öffentlichen Aufträgen dadurch, dass der Konzessionsnehmer lediglich ein Nutzungsrecht gewährt bekommt und Bürger, welche nicht direkt am Konzessionsvertrag beteiligt sind, für die Inanspruchnahme besagter Leistungen direkt ein Entgelt an den Konzessionär zahlen müssen.¹⁴⁸ Prinzipiell ist der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen (bislang) rigorosier als bei Konzessionen, da erstere mittlerweile sehr detailliert geregelt sind (z. B. Nachprüfungsverfahren) und der Auftragnehmer die geforderten Vertragskriterien auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung, die zwischen

¹⁴⁶ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 121 vom 29. April 2000, 2ff.

¹⁴⁷ Vgl. Mitterlehner, Kapitel 6. In: Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge, Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.), Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013), 97ff.

¹⁴⁸ Vgl. Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012), 31.



beiden Parteien entsteht, einhalten muss.¹⁴⁹ Letzteres bedeutet, dass es für Dienstleistungskonzessionen typisch ist, dass das Recht zur Nutzung lediglich einem oder wenigen Unternehmern eingeräumt wird (ausschließliche oder besondere Rechte).

Änderungen durch RL 2014/23/EU

In der am 17. April 2014 in Kraft getretenen Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU, welche bis April 2016 umzusetzen ist, werden Dienstleistungskonzessionen erstmals im europäischen Sekundärrecht geregelt. Darin werden sie wie folgt definiert:

„Dienstleistungskonzession‘ einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen [...], wobei die Gegenleistung entweder allein in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht“¹⁵⁰

Gemäß RL 2014/23/EU ist eine Dienstleistungskonzession folglich ein entgeltlich, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein/mehrere öffentliche/r Auftraggeber einen/mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung/Verwaltung von Dienstleistungen, welche keine Bauleistungen darstellen, beauftragt. Die Gegenleistung besteht entweder in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung, welche nicht das wirtschaftliche Risiko abdeckt. Inhärentes Merkmal einer Dienstleistungskonzession ist, dass das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks beziehungsweise für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dieses Betriebsrisiko kann jedoch in abgeschwächter Form übergehen.¹⁵¹ So heißt es weiter in Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU, dass es sich dabei um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann:

„Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind“.¹⁵²

¹⁴⁹ Vgl. Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012), 31.

¹⁵⁰ Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

¹⁵¹ Vgl. Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

¹⁵² Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.



Somit bleibt auch nach RL 2014/23/EU die Definition der Dienstleistungskonzession im Einklang mit der stRspr des EuGH und der nationalen Judikatur in Österreich.

Die Richtlinie gilt künftig ab einem Vertragswert von EUR 5.186.000 für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.¹⁵³ Dieser Wert berechnet sich aus dem vom öffentlichen Auftraggeber geschätzten Gesamtumsatz ohne MwSt., der vom Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt wird.¹⁵⁴

Ausschlaggebend für die Bestimmung, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts, handelt ist die Konzessionslaufzeit. Diese ist zwar grundsätzlich zu beschränken; RL 2014/23/EU bestimmt jedoch, dass es im Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers liegt, diesen zu bestimmen.¹⁵⁵ Sollte die Laufzeit 5 Jahre übersteigen, so ist sie auf einen Zeitraum zu beschränken, in dem es dem Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen möglich ist, „die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder erwirtschaften“¹⁵⁶ zu können.¹⁵⁷

Die Regeln für die Konzessionsvergabe sind prinzipiell weniger rigoros als jene für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Wie auch RL 2014/24/EU für öffentliche Aufträge, sieht RL 2014/23/EU eine zusätzliche Ausnahme für soziale und besondere Dienstleistungen vor, welche in Anhang IV RL 2014/23/EU analog zu Anhang XIV RL 2014/24/EU dargestellt sind.¹⁵⁸

Fallen soziale und andere besondere Dienstleistungen unter diese Richtlinie, so gelten für sie prinzipiell „nur“ Art 31 Abs 3 über die Bekanntmachung durch Veröffentlichung einer Vorinformation, Art 32 über die Zuschlagsbekanntmachung und Art 46 und 47 zur Änderung der Vorgängerrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG.¹⁵⁹

Somit sieht das Vergabeverfahren laut RL 2014/23/EU für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienste wie folgt aus:

¹⁵³ Vgl. Art 8 Abs 1 der RL 2014/23/EU.

¹⁵⁴ Vgl. Art 8 Abs 2 RL 2014/23/EU.

¹⁵⁵ Vgl. Art 18 Abs 1 RL 2014/23/EU.

¹⁵⁶ Art 18 Abs 2 RL 2014/23/EU spezifiziert des Weiteren, dass die für die Berechnung zugrunde gelegten Investitionsaufwendungen sowohl die zu Anfang getätigten Investitionen, als auch die während der Laufzeit der Konzession getätigten Investitionen umfassen.

¹⁵⁷ Vgl. Art 18 Abs 2 RL 2014/23/EU.

¹⁵⁸ Vgl. Art 19 RL 2014/23/EU.

¹⁵⁹ Vgl. Art 19 RL 2014/23/EU.



Der öffentliche Auftraggeber muss die Absicht der Konzessionsvergabe *ex ante* in einer sogenannten Vorinformation mitteilen, welche der Vorinformation zur Bekanntgabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienste gleicht.¹⁶⁰

Die Zuschlagsbekanntmachung ist spätestens 48 Tage nach der Vergabe einer Konzession zu übermitteln. Diese beinhaltet die Ergebnisse des Konzessionsvergabeverfahrens, kann jedoch – analog zur Vergabe öffentlicher Aufträge, bei sozialen und besonderen Dienstleistungen vierteljährlich zusammengefasst und innerhalb von 48 Tagen nach Ende des Quartals versandt werden.¹⁶¹

Zusätzlich zu den Regelungen der Konzessionsrichtlinie gelten freilich die europäischen Grundprinzipien – die Beurteilung dessen liegt im Ermessen des Konzessionsgebers.

Grundsätzlich wird bestimmt, dass Konzessionsbekanntmachungen, Zuschlagsbekanntmachungen und Bekanntmachungen für Änderungen während der Vertragslaufzeit bestimmte Angaben zu enthalten haben.¹⁶² Das Format ist durch jenes der Standardformulare bestimmt, einschließlich jener für Korrigenda.¹⁶³ Diese Standardformulare werden von der Kommission nach einem Beratungsverfahren festgelegt.

Eine *ex ante*- und *ex post*-Bekanntmachung¹⁶⁴ ist gem. Art 33 Abs 2 dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union mit Hilfe elektronischer Mittel vorzulegen, welches eine Bestätigung des Erhalts ausstellt sowie einen Nachweis der Veröffentlichung. Die Bekanntmachung wird spätestens fünf Tage nach ihrer Übermittlung gem. Anhang IX¹⁶⁵ veröffentlicht.¹⁶⁶ Die Kosten für diese Verfahren trägt die Union.

Konzessionsbekanntmachungen werden in einer oder mehreren vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Amtssprache(n) der Europäischen Union bekanntgegeben. Nur

¹⁶⁰ Vgl. Art 31 Abs 3 RL 2014/23/EU; Anhang 5 RL 2014/23/EU, 58.

¹⁶¹ Vgl. Art 32 Abs 1 RL 2014/23/EU.

¹⁶² Vgl. Art 33 Abs 1, 1. Satz RL 2014/23/EU.

¹⁶³ Vgl. Art 33 Abs 1, 2. Satz RL 2014/23/EU.

¹⁶⁴ Nach den Bestimmungen des Anhang VIII, hat die Bekanntmachung der Veröffentlichung von Zuschlagsbekanntmachungen betreffend Konzessionen für soziale und andere besondere Dienstleistungen gem. Art 32 derselben Richtlinie folgende Angaben zu enthalten: Name, Identifikationsnummer (falls im nationalen Recht verlangt) und Kontaktinformationen wie die Anschrift, Telefon- und Fax-Nummer, E-Mail und Internet-Adresse; Art und Haupttätigkeit des (öffentlichen) Auftraggebers; CPV-Nummern (für jedes Los einzeln anzugeben, falls die Konzession in mehrere Lose aufgeteilt wurde); Summarische Angabe des Konzessionsgegenstands; Anzahl der eingegangenen Angebote; Wert des erfolgreichen Angebots, inkl. Gebühren und Preisen; Name und Kontaktdaten des/der erfolgreichen Wirtschaftsteilnehmer(s); Sonstige einschlägige Auskünfte.

¹⁶⁵ Vorgaben für die Veröffentlichung – z. B. wer die Bekanntmachung einzubringen hat, und wo man die Muster und den Verfahrensablauf im Internet finden kann (<http://simap.europa.eu>).

¹⁶⁶ Vgl. Art 33 Abs 2 RL 2014/23/EU.



diese sind verbindlich. In den anderen Amtssprachen wird eine Zusammenfassung der wichtigsten Bestandteile jeder Bekanntmachung veröffentlicht.¹⁶⁷

Konzessionsbekanntmachungen und Zuschlagsbekanntmachungen dürfen zudem gem. Art 33 Abs 4 erst dann auf nationaler Ebene veröffentlicht werden, wenn die Veröffentlichung auf Unionsebene schon erfolgt ist. Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass die Veröffentlichung auf Unionsebene 48 Stunden nach Bestätigung des Erhalts durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union noch nicht erfolgt ist.¹⁶⁸

Erwähnenswert ist abschließend, dass Dienstleistungen der Feuerwehr und von Rettungsdiensten als auch der Einsatz von Krankenwagen (mit Ausnahme des Einsatzes zur Patientenbeförderung) von dieser RL ausgenommen sind.¹⁶⁹

Dienstleistungskonzessionen wurden erst kürzlich durch europarechtliches Sekundärrecht, mittels RL 2014/23/EU, normiert. Bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich um einen entgeltlich, schriftlich, geschlossenen Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber, der einen Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen, ausgenommen Bauleistungen, beauftragt. Im Unterschied zu einem öffentlichen Auftrag werden dem Konzessionsnehmer ausschließliche oder besondere Rechte, d. h. lediglich Nutzungsrechte, eingeräumt. Dieser hat auch das Betriebsrisiko zu tragen.

Die RL 2014/23/EU gilt für Verträge ab einem Wert von EUR 5.186.000 für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Zu beachten ist, dass lediglich Art 31 Abs 3, 46 und 47 für soziale oder besondere Dienstleistungen Anwendung finden. Es besteht daher eine Differenzierung zwischen prioritären und nicht-prioritären Dienstleistungen.

Dienstleistungskonzessionen im BVergG 2006

Im Unterschied zum Europarecht sind Dienstleistungskonzessionen im BVergG 2006 bereits geregelt. Auch hier gilt jedoch ein schwaches Vergaberegime: Sowohl prioritäre (!) als auch nicht-prioritäre Dienstleistungskonzessionen sind gemäß §§ 8 und 11 BVergG 2006 zu vergeben, wonach ein Verfahren angewendet werden soll:

- das den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs entspricht,
- mit mehreren Unternehmern durchzuführen ist,

¹⁶⁷ Vgl. Art 33 Abs 3 RL 2014/23/EU.

¹⁶⁸ Vgl. Art 33 Abs 4 RL 2014/23/EU.

¹⁶⁹ Vgl. ErwGr 36 sowie Art 11 Abs 8 lit g RL 2014/23/EU.



- bei dem ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist, soweit diese auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich scheint
- wobei die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot zu beachten sind.

Sowohl bei nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen als auch bei nicht-prioritären Dienstleistungskonzessionen galten somit bislang die Notwendigkeit der *ex post*-Bekanntmachung und Vergabe in einem adäquaten wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mit mehreren Unternehmern, welche eventuell eine *ex ante*-Bekanntmachung rechtfertigt.

Somit ändert sich nicht viel für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienste: Wesentliche Änderung ist die Pflicht zur *ex ante*-Bekanntmachung, welche sich jedoch auch aus dem bisherigen Reglement implizit teils ergeben hat. Für den USB ist zu erwarten, dass die derzeitige Regelung des BVergG 2006 bestehen bleibt.

Im Unterschied zum Unionsrecht, ist das Vergabeverfahren der §§ 8 und 11 BVergG 2006 sowohl auf prioritäre als auch nicht-prioritäre Dienstleistungen anzuwenden. Die Differenzierung des Europarechts ist hier daher belanglos.

3.2 EU-Staatliches Beihilferecht

Dem Europäischen Wettbewerbsrecht inhärent ist ein generelles Beihilfeverbot. Dies gilt für sämtliche staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung Wettbewerbsverfälschung implizieren oder zu implizieren drohen, indem sie einzelne Unternehmen oder gar Zweige bevorzugen oder benachteiligen, sofern dies den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen kann. Bei der Bewertung der Beihilfekonformität sind auf primärrechtlicher Ebene Art 106 und 107 AEUV maßgeblich.

Gemäß **Art 107 AEUV** sind:

„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“¹⁷⁰

¹⁷⁰ Art 107 Abs 1 AEUV, 91.



Beihilfen sind in diesem Sinne sowohl offensichtliche, staatliche Finanzierungen (z. B. die Finanzierung von staatlichen Güte- bzw. Herkunftszeichen) als auch Steuererleichterungen, Abschreibungsmöglichkeiten oder Zuwendungen (Vermarktung, Beteiligung an Messen, Werbekampagnen etc.).

Hierzu gilt es jedoch anzumerken: Nicht jede staatliche Maßnahme, die zu einer Einkommenssteigerung oder einer Minderbelastung von Unternehmen führt, ist eine Beihilfe. Der EuGH hat entschieden, dass staatlich festgesetzte Mindestpreise zur Unterstützung des Einzelhandels keinen Einsatz von staatlichen Mitteln darstellen und daher nicht unter **Art 107 Abs 1** fallen (und dies, obgleich sie als eine indirekte Einfuhrbeschränkung gegen Art 34 verstoßen könnten).¹⁷¹ Hierzu gilt es anzumerken, dass Art 107 sich zudem ausschließlich auf Maßnahmen (inkl. selektive wirtschaftspolitische Maßnahmen) bezieht, welche bestimmte Unternehmen, Gruppen oder Produktionszweige selektiv begünstigen können, nicht allgemeine wirtschaftliche Maßnahmen¹⁷², da diese nur in geringem Maße Wettbewerbsverzerrungen verursachen und dies der eigenständigen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten entgegensteht.

Des Weiteren können als vereinbar angesehen werden:

- *„Beihilfen zur Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von Gebieten, in denen die Lebenshaltung außergewöhnlich niedrig ist oder eine erhebliche Unterbeschäftigung herrscht, sowie der in Artikel 349 genannten Gebiete unter Berücksichtigung ihrer strukturellen, wirtschaftlichen und sozialen Lage;*
- *Beihilfen zur Förderung wichtiger Vorhaben von gemeinsamem europäischem Interesse oder zur Behebung einer beträchtlichen Störung im Wirtschaftsleben eines Mitgliedstaats;*
- *Beihilfen zur Förderung der Entwicklung gewisser Wirtschaftszweige oder Wirtschaftsgebiete, soweit sie die Handelsbedingungen nicht in einer Weise verändern, die dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;*

¹⁷¹ Vgl. EuGH, Rs 82/77, *Staatsanwaltschaft Niederlande/Jacobus Philippus van Tiggele* (van Tiggele), Slg 1978, 25, Rn 23 u. 25. Gleiches gilt für garantierte Festpreise für aus erneuerbaren Energiequellen produzierten Strom, für die Verteilung von Zollkontingenten, für die Einführung eines internationalen Seeschiffregisters, das die Lohnkosten von Reedereien und indirekt das öffentliche Steueraufkommen vermindert, sowie für die Freistellung von kleineren Unternehmen von den Vorschriften über den Kündigungsschutz oder von Umweltbestimmungen.

¹⁷² Hier ist auf völlig objektive Kriterien abzustellen. Die Maßnahme muss ohne jeden Ermessensspielraum für sämtliche Unternehmen gelten: Vgl. EuGH, Rs C-241/94, *Frankreich/Kommission*, Slg 1996, I-4551; EuGH, C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Slg 1999, I-3919.



- *Beihilfen zur Förderung der Kultur und der Erhaltung des kulturellen Erbes, soweit sie die Handels und Wettbewerbsbedingungen in der Union nicht in einem Maß beeinträchtigen, das dem gemeinsamen Interesse zuwiderläuft;*
- *sonstige Arten von Beihilfen, die der Rat durch einen Beschluss auf Vorschlag der Kommission bestimmt.*¹⁷³

Interessant ist, was als beachtliche Störung zu interpretieren ist. Hierbei gilt es zu unterstreichen, dass dieser Artikel nur restriktiv anwendbar ist. Somit muss schon eine beträchtliche und außergewöhnliche Krise, wie jene einer nationalen/globalen Krise vorliegen, um derartige Maßnahmen argumentieren zu können.¹⁷⁴

Gemäß **Art 108 AEUV** überprüft die EU-Kommission fortlaufend in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten deren Beihilferegulungen anhand der Kriterien des Binnenmarkts.¹⁷⁵ Beihilfen, welche gegen die Grundfreiheiten des AEUV verstoßen, sind nicht gestattet.¹⁷⁶ Die stRspr des EuGH räumt der EU-Kommission dabei ein weites Ermessen im Rahmen sozialer und wirtschaftlicher Wertungen bei der Anwendung von **Art 107 Abs 3 AEUV** ein. Initiiert die EU-Kommission Verhaltensnormen, definiert und beschränkt sie ihren Ermessensspielraum, so ist sie jedoch an diese Vorgaben gebunden, und kann nicht davon abweichen.¹⁷⁷

Art 106 Abs 2 AEUV (auf diesen wird an späterer Stelle im Detail eingegangen) räumt Mitgliedstaaten die Möglichkeit ein, im Interesse des Allgemeinwohls Ausnahmen vom Prinzip des Wettbewerbs zu tolerieren bzw. bestimmte Tätigkeiten zu fördern. Die Bestimmungen gemäß Art 106 kommen jedoch ausschließlich in Fällen zum Tragen, in denen der Wettbewerb und die Grundfreiheiten nicht behindert bzw. konterkariert werden. Da in der Praxis (dies bestätigt auch die Rspr des EuGH) dem Wettbewerb ein höherer Stellenwert als der Sozialunion zukommt, ist diese Regelung allein nicht ausreichend, um die Sicherstellung einer adäquaten Daseinsvorsorge zu gewährleisten. Erwähnenswert ist jedoch, dass die jüngere Rspr beispielsweise in den Rs „Corbeau“ und „Almelo“ bei Vorliegen eines Allgemeininteresses größere Ermessensspielräume zulässt. Dies ist in Bereichen der Daseinsvorsorge der Fall und wird auch durch Art 14 AEUV anerkannt.

Für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse wurden – im Einklang mit Art 6 Abs 2 AEUV – deshalb weitere Ausnahmebestimmungen beschlossen. Wesentlich sind dabei:

¹⁷³ Art 107 Abs 3 AEUV, 91f.

¹⁷⁴ Vgl. Borchardt in Lenz/Borchardt (Hrsg.), Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon (2010), 744.

¹⁷⁵ Vgl. Art 108 AEUV, 92f: Die EU-Kommission kann bei einer Unvereinbarkeit von staatlichen Maßnahmen mit Unionsrecht den EuGH anrufen. Plant die öffentliche Hand eine Einführung oder Umgestaltung von Beihilferegeln, so bedarf dies der Zustimmung der EU-Kommission.

¹⁷⁶ Vgl. dazu Art 26 Abs 2 AEUV, 59.

¹⁷⁷ Vgl. EuGH, Rs C-75/05 P u. Rs C-80/05 P, *Deutschland/Kronofrance*, Slg 2008, I-6619, Rn 59ff.



- die *De-minimis*-Verordnung für DAWI¹⁷⁸,
- der Beschluss der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind,
- der Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011)¹⁷⁹
- und die Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse.¹⁸⁰

Interessant ist in Bezug auf das Beihilferecht auch die stRspr des EuGH. Dieser hat am 24. Juli 2003 durch das „Magdeburger Urteil“¹⁸¹ über die Zulässigkeit staatlicher Beihilfeleistungen im öffentlichen Nahverkehr entschieden. Nach dem Urteil liegt schon keine staatliche Beihilfe vor, wenn die öffentlichen Zuschüsse als Ausgleich anzusehen sind, die als Gegenleistung für Leistungen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen durch das begünstigte Unternehmen erbracht werden. Dies wiederum heißt, dass der Zuschuss einen Vorteil für das begünstigte Unternehmen bilden muss, den dieses unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Ein derartiger Ausgleich, welcher als Gegenleistung zu einer Leistung dient, ist nach dem Urteil im konkreten Fall allerdings nur dann keine staatliche Beihilfe, wenn vier Voraussetzungen erfüllt sind:

- Das Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.

¹⁷⁸ Verordnung (EU) Nr 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABI L 114/8 vom 26. April 2012.

¹⁷⁹ Mitteilung der Kommission: Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABI C 8/15 vom 11. Januar 2012.

¹⁸⁰ Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfenvorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI C 8/02 vom 11. Januar 2012.

¹⁸¹ Vgl. EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg* (Altmark Trans), Slg 2003, I-7747.



- Die Parameter für die Erstellung der Berechnungsgrundlage des Ausgleichs müssen zuvor objektiv und transparent festgelegt worden sein.
- Zudem darf der Ausgleich nicht über die Kosten für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinausgehen.
- Die Auswahl des Unternehmens muss im Rahmen eines öffentlichen Auftragsverfahrens erfolgen. Wurde die Auswahl nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffen, ist die Höhe des Ausgleichs im Vergleich mit den Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches Verkehrsunternehmen zu tragen hätte.

Bei Vorliegen dieser Voraussetzungen kann ein finanzieller Vorteil des Unternehmens, der eine günstigere Wettbewerbsstellung gegenüber wettbewerbenden Unternehmen und somit das Nichtvorliegen einer staatlichen Beihilfe zur Folge hätte, ausgeschlossen werden.

Da Österreich Teil der Europäischen Union ist, sind auch die Bestimmungen des Unionsrechts zu beachten. Falls nationales Recht nicht so ausgelegt werden kann, dass es mit Unionsrecht vereinbar ist, so ist das fragliche nationale Recht im konkreten Fall unanwendbar zu lassen.

Gemäß dem Unionsrecht verstoßen staatliche Beihilfen grundsätzlich gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen und sind als Resultat verboten. Das Unionsrecht enthält allerdings Bestimmungen, welche eine Ausnahme dieses Verbots stipulieren und somit staatliche Beihilfen zulassen. Von großer Bedeutung sind in diesem Zusammenhang v. a. die stRspr des EuGH (z. B. das „Magdeburger Urteil“), Art 14 sowie Art 106ff AEUV.

Der EU-Kommission kommt in diesem Bereich ebenfalls eine umfassende Rolle zu. Sie ist bei der Änderung nationaler Bestimmungen bzgl. der Beihilfensysteme zu informieren als auch über die Gewährung von erlaubten staatlichen Beihilfen in Kenntnis zu setzen.

3.2.1 Soziale Dienste und beihilferechtliche Bestimmungen

Unbeschadet etwaiger Ausnahmebestimmungen gelten Beihilfavorschriften prinzipiell für alle Unternehmen, sofern diese eine wirtschaftliche Tätigkeit erbringen und die Beihilfe innergemeinschaftliche Auswirkungen hat.¹⁸² Ob soziale Einrichtungen, die SDAWI

¹⁸² Vgl. Frage 48, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2, 45: Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts liegt beispielsweise dann vor, wenn die soziale Einrichtung häuslichen Pflegedienst leistet



erbringen, den Beihilfavorschriften unterliegen, kommt auf die Art der Tätigkeit an.¹⁸³ Dabei ist für die Prüfung einer etwaigen Anwendung der Binnenmarktregeln zu prüfen, ob es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Dies wurde im Rahmen der stRspr des EuGH ausformuliert.¹⁸⁴ Nicht von Bedeutung ist die Klassifizierung des Unternehmens als gemeinnützig oder For-Profit-Unternehmen;¹⁸⁵ Es kommt vielmehr auf den Markt und Zweck der Leistung an.

Prinzipiell liegt es im Ermessen der Organisatoren von SDAWI, den Rechtsrahmen einzuschätzen. Somit hat die betrauende Behörde sicherzustellen, dass vom Erbringer die Beihilfavorschriften eingehalten werden.¹⁸⁶ Der Betrauungsakt sollte auf etwaige Vorschriften und Voraussetzungen jedoch Bezug nehmen, denn das Rückzahlrisiko trägt der Erbringer.

Prinzipiell gilt es bei der Beurteilung folgende Punkte zu beachten (siehe Abbildung 2 auf S. 83):

und es andere private oder öffentliche Dienstleister in diesem Bereich gibt. Reine Leistungen der Sozialfürsorge zählen in diesem Fall jedoch nicht als wirtschaftliche Tätigkeit.

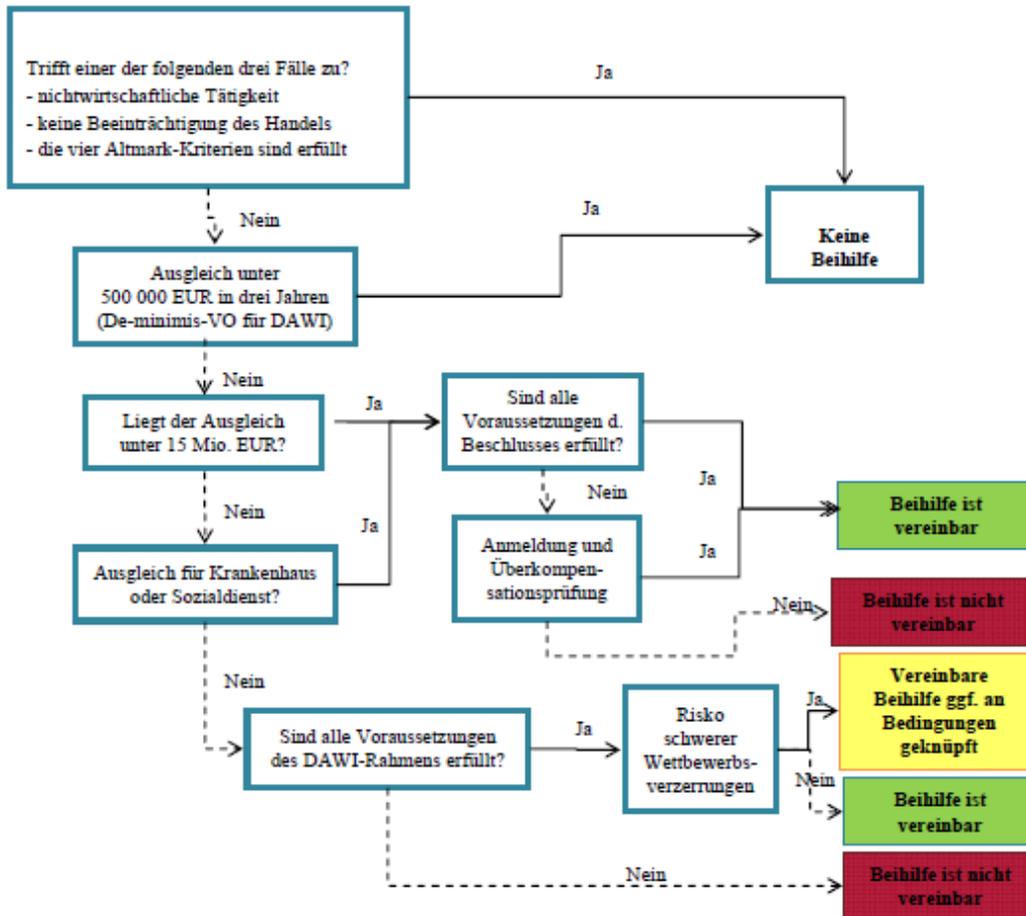
¹⁸³ Vgl. Frage 33, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2, 37.

¹⁸⁴ Vgl. Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2, 19.

¹⁸⁵ Vgl. dazu EuGH, Rs C-355/00, *Freskot*, Slg 2003, I-5263.

¹⁸⁶ Die Allgemeine(n) Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014), BGBl II Nr 208/2014, berücksichtigen die *De-minimis*-Regelungen und die europäischen Beihilferechtsvorschriften. Zuständig für die Erhebung des Tatbestands beim Förderungswerber ist der Fördergeber, der sich dieser Pflicht entbindet, in dem er dem Förderungswerber eine unter Sanktion (Rückzahlung) stehende Mitteilungspflicht auferlegt.

Abbildung 2: Zu beachtende beihilferechtliche Fragestellungen¹⁸⁷



Die Beihilfebestimmungen des Unionsrechts gelten prinzipiell für alle Unternehmen, d. h. es ist unbeachtlich ob ein Unternehmen mit oder ohne Erwerbszweck tätig wird. Bei der Determinierung, ob Unternehmen SDAWI erbringen ist vielmehr auf die Art der wirtschaftlichen Tätigkeit abzustellen.

3.2.2 Ausgleichszahlungen für DAWI

Im Beschluss der Kommission „über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind“ wird behandelt, welche Voraussetzungen nötig sind, damit staatliche Beihilfen, die an DAWI-Dienstleister

¹⁸⁷ Abb. in Frage 20, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2, 30.



gewährt worden sind, mit dem Binnenmarkt vereinbart werden können und folglich keine Anmeldepflicht gemäß Art 108 Abs 3 AEUV besteht.¹⁸⁸

Anzuwenden ist dieser Beschluss auf folgende iSd Art 106 Abs 2 AEUV gewährten staatlichen Beihilfen für die Erbringung von DAWI¹⁸⁹:

- Ausgleichszahlungen, welche EUR 15 Mio. pro Jahr nicht übersteigen (Ausnahme Bereich Verkehr, Verkehrsinfrastruktur),
- Ausgleichszahlungen an Krankenhäuser, die medizinische Versorgung leisten (Erbringung von Nebendienstleistungen steht nicht entgegen) ,
- Ausgleichszahlungen zur Deckung des sozialen Bedarfs im Bereich:
 - Gesundheitsdienste
 - Langzeitpflege
 - Kinderbetreuung
 - Wiedereingliederung in den Arbeitsmarkt
 - sozialer Wohnbau
 - Betreuung und soziale Einbindung sozial schwacher Bevölkerungsgruppen,
- Ausgleichszahlungen im Flug und Schiffverkehr zu Inseln (jährliches Verkehrsaufkommen der beiden Finanzjahre, die dem Betrauungsjahr ¹⁹⁰ vorausgehen, darf 300.000 Passagiere nicht übersteigen),
- Ausgleichszahlungen für Flug- und Seeverkehrshäfen (jährliches Verkehrsaufkommen¹⁹¹ darf bei Flughäfen 200.000 und bei Seehäfen 300.000 Passagiere nicht überschreiten), wenn der Zeitraum der Betrauung 10 Jahre nicht übersteigt¹⁹². Sollte eine erhebliche Investition des Dienstleistungserbringers, welche nach den Grundsätzen der Rechnungslegung über einen längeren Zeitraum abgeschrieben werden muss, erforderlich sein, ist der Beschluss auch

¹⁸⁸ Vgl. Art 1 Beschluss Nr 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABl L 7/3 vom 11. Januar 2012.

¹⁸⁹ Vgl. Art 2 Abs 1 lit a-e Beschluss 2012/21/EU.

¹⁹⁰ Jahr in dem Betrauung mit DAWI erfolgte.

¹⁹¹ Jahr in dem Betrauung mit DAWI erfolgte.

¹⁹² Vgl. Art 2 Abs 2 Beschluss 2012/21/EU.



bei einem 10 Jahre übersteigenden Betrauungszeitraum anzuwenden¹⁹³. Sobald jedoch die Voraussetzungen für die Anwendung dieses Beschlusses nicht mehr erfüllt werden, muss die Beihilfe gemäß Art 108 Abs 3 AEUV angemeldet werden¹⁹⁴.

Neben der Erfüllung dieser Voraussetzungen müssen die staatlichen Beihilfen, um als vereinbar mit dem Binnenmarkt zu gelten, auch die Voraussetzungen aufgrund der AEUV oder sektorspezifischen Rechtsvorschriften der Union erfüllen¹⁹⁵.

Die Form der Betrauung der DAWI-Dienstleister kann von den einzelnen Mitgliedstaaten bestimmt werden, muss jedoch Folgendes festlegen¹⁹⁶:

- Gegenstand und Dauer der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtung,
- Unternehmen und ggf. das Gebiet,
- Art ausschließlicher oder besonderer Rechte, die dem Unternehmen durch Bewilligungsbehörde gewährt wurden,
- Festlegung der Parameter für Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistung sowie des Ausgleichsmechanismus,
- Maßnahmen um Überkompensationen zu vermeiden und rückfordern zu können,
- Verweis auf diesen Beschluss.

Die Ausgleichszahlungen dürfen betragsmäßig, unter Berücksichtigung eines angemessenen Gewinns¹⁹⁷, die durch die Erfüllung der Verpflichtung verursachten Nettokosten¹⁹⁸ nicht übersteigen¹⁹⁹. Sämtliche in Verbindung mit der Erbringung der DAWI stehenden Kosten sind zu berücksichtigen und wie folgt zu bestimmen²⁰⁰:

- Tätigkeit des Unternehmens ist nur die Erbringung der DAWI = alle Kosten berücksichtigen,

¹⁹³ Vgl. Art 2 Abs 2 Beschluss 2012/21/EU.

¹⁹⁴ Vgl. Art 2 Abs 3 Beschluss 2012/21/EU.

¹⁹⁵ Vgl. Art 3 lit a-f Beschluss 2012/21/EU.

¹⁹⁶ Vgl. Art 4 Beschluss 2012/21/EU.

¹⁹⁷ Vgl. Art 5 Abs 5, 6, 7 u. 8 Beschluss 2012/21/EU.

¹⁹⁸ Vgl. Art 5 Abs 2 Beschluss 2012/21/EU: Nettokosten = Differenz zwischen Kosten und Einnahmen oder Differenz Nettokosten des DL aus Erfüllung der Verpflichtung und Nettokosten oder Gewinn desselben DL ohne Verpflichtung.

¹⁹⁹ Vgl. Art 5 Abs 1 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰⁰ Vgl. Art 5 Abs 3 Beschluss 2012/21/EU.



- Übt Unternehmen andere Tätigkeiten aus = nur Erbringung von DAWI zurechenbare Kosten berücksichtigen (Buchhaltung muss dies getrennt ausweisen und Parameter für die Zuordnung angeben²⁰¹),
- Zu berücksichtigen sind: Unmittelbare Kosten, angemessener Teil der Fixkosten
- Kosten für Investitionen (insb. Infrastrukturkosten) sind zu berücksichtigen, wenn für Erbringung der DAWI erforderlich.

Als zu berücksichtigende Einnahmen sind auf jeden Fall die gesamten mit der Erbringung der DAWI erzielten Einnahmen zu klassifizieren (auch staatliche Beihilfen, Gewinne aufgrund dem Unternehmen gewährter besonderer oder ausschließlicher Rechte außerhalb der DAWI)²⁰². In diesem Zusammenhang kann der Mitgliedstaat entscheiden, dass die Gewinne aus anderen Tätigkeiten zur Finanzierung der DAWI verwendet werden müssen²⁰³ und muss bei etwaiger Überkompensation das Unternehmen zur Zurückerstattung auffordern²⁰⁴.

Weiters hat der Mitgliedstaat sicherzustellen, dass die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind und die Ausgleichsleistung nicht zu hoch ist. Er muss auf Verlangen der Kommission entsprechende Nachweise vorlegen können und selbständig alle drei Jahre sowie am Ende des Betrauungszeitraums dementsprechende Kontrollen durchführen²⁰⁵.

Übersteigen die Ausgleichsleistungen an ein Unternehmen, das neben DAWI noch andere Tätigkeiten ausübt, EUR 15 Mio., muss der Mitgliedsstaat den Betrauungsakt sowie den jährliche Beihilfebeträg im Internet oder in sonstiger geeigneter Weise veröffentlichen²⁰⁶.

Während sowie bis 10 Jahre nach dem Betrauungszeitraum hat der Mitgliedsstaat alle Informationen, ob die Ausgleichszahlungen mit dem Beschluss vereinbar sind, verfügbar zu halten und auf schriftliche Anfrage der Kommission dieser zu übermitteln²⁰⁷.

Alle 2 Jahre hat der Mitgliedsstaat der Kommission einen Bericht über die Umsetzung dieses Beschlusses zu übermitteln. Darin sind anzuführen²⁰⁸:

²⁰¹ Vgl. Art 5 Abs 9 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰² Vgl. Art 5 Abs 4 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰³ Vgl. Art 5 Abs 4 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰⁴ Vgl. Art 5 Abs 10 Beschluss 2012/21/EU; Art 6 Abs 2 Beschluss 2012/21/EU: Übersteigt die Überkompensation den durchschnittlichen jährlichen Ausgleich nicht um mehr als 10 %, so kann sie auf den nächsten Zeitraum übertragen und von dem für diesen Zeitraum zu zahlenden Ausgleich abgezogen werden.

²⁰⁵ Vgl. Art 6 Abs 1 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰⁶ Vgl. Art 7 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰⁷ Vgl. Art 8 Beschluss 2012/21/EU.

²⁰⁸ Vgl. Art 9 Beschluss 2012/21/EU.



- Ausführungen zur Anwendung dieses Beschlusses auf die in seinen Anwendungsbereich fallenden Dienstleistungen (einschließlich interner Tätigkeiten),
- Gesamtbetrag der nach diesem Beschluss gewährten Beihilfen (mit Aufschlüsselung nach Wirtschaftszweig der Begünstigten),
- Angaben ob für eine bestimmte Art von Dienstleistung die Anwendung dieses Beschlusses Schwierigkeiten verursacht oder zu Beschwerden Dritter geführt hat,
- von der Kommission erbetene Informationen über die Anwendung dieses Beschlusses.

Der Beschluss der Kommission über die Anwendung des Art 106 Abs 2 enthält Voraussetzungen unter welchen staatliche Beihilfen mit dem Wettbewerb vereinbar sind und von der Notifizierungspflicht des Art 108 Abs 3 AEUV ausgenommen sind. Zusätzlich zu der Erfüllung dieser Voraussetzungen sind allerdings noch jene des Unionsrechts zu beachten.

Die staatlichen Beihilfen iSd Beschlusses werden als Ausgleichszahlungen angesehen. Diese dürfen allerdings nicht in einer Höhe, welche die tatsächlichen Kosten der Leistung der DAWI übersteigt, gewährleistet werden.

Zudem haben Mitgliedstaaten die Pflicht die notwendigen Informationen zu erfassen und aufzubewahren um zu garantieren, dass dem Beschluss entsprochen wird.

3.2.3 *De-minimis*-Beihilfen für DAWI

Zuwendungen unter einem gewissen Schwellenwert sind nicht anzeigepflichtig bei der Europäischen Kommission, da hier keine Befürchtung besteht, dass diese den Wettbewerb und innergemeinschaftlichen Handel verzerren könnten. Diese werden als *De-minimis*-Beihilfen bezeichnet. Dabei gibt es Regeln für „reguläre *De-minimis*-Beihilfen“²⁰⁹ und Regeln für solche im Bereich der Daseinsvorsorge. Für diese Studie von Belang ist VO 360/2012. In

²⁰⁹ Siehe Verordnung (EU) Nr 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen, ABl L 352/1 vom 24. Dezember 2013.



ihren Anwendungsbereich fallen Beihilfen an Unternehmen, die eine Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse iSv Art 106 Abs 2 AEUV²¹⁰ erbringen.

Beihilfen, welche unter die Anwendung dieser VO fallen²¹¹, erfüllen nicht alle Tatbestandsmerkmale des Art 107 Abs 1 AEUV. Sie sind daher auch von der Meldepflicht gem. Art 108 Abs 3 AEUV befreit.²¹² Der Gesamtbetrag einer *De-minimis*-Beihilfe, die einem Unternehmen, das Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringt, gewährt wird, unabhängig ihrer Art, darf in drei Steuerjahren EUR 500.000 brutto als Barzuschuss (bzw. als Bruttosubventionsäquivalent)²¹³ nicht übersteigen.²¹⁴ Diese VO gilt aber weiters nur für jene Beihilfen, deren Bruttosubventionsäquivalent im Voraus genau berechnet werden kann, ohne dass eine Risikobewertung erforderlich ist. Es handelt sich hierbei um sogenannte „transparente Beihilfen“. Dabei gilt Folgendes²¹⁵:

- Beihilfen in Form von Darlehen werden als transparente *De-minimis*-Beihilfen behandelt, wenn das Bruttosubventionsäquivalent auf der Grundlage des zum Bewilligungszeitpunkt geltenden Referenzzinssatzes berechnet worden ist,
- Beihilfen in Form von Kapitalzuführungen gelten nicht als transparente *De-minimis*-Beihilfen, es sei denn, der Gesamtbetrag der zugeführten öffentlichen Mittel liegt unter dem *De-minimis*-Höchstbetrag,
- Beihilfen in Form von Risikokapitalmaßnahmen werden nicht als transparente *De-minimis*-Beihilfen angesehen, es sei denn, die betreffende Risikokapitalregelung sieht für jedes Zielunternehmen Kapitalzuführungen nur bis zum *De-minimis*-Höchstbetrag vor,
- Auf der Grundlage einer Garantieregelung gewährte Einzelbeihilfen an Unternehmen, die nicht in Schwierigkeiten sind, werden als transparente *De-minimis*-Beihilfen behandelt, wenn der verbürgte Teil des auf der Grundlage der Regelung

²¹⁰ Siehe Art 106 Abs 2 AEUV: „Für Unternehmen, die mit Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind oder den Charakter eines Finanzmonopols haben, gelten die Vorschriften der Verträge, insbesondere die Wettbewerbsregeln, soweit die Anwendung dieser Vorschriften nicht die Erfüllung der ihnen übertragenen besonderen Aufgabe rechtlich oder tatsächlich verhindert. Die Entwicklung des Handelsverkehrs darf nicht in einem Ausmaß beeinträchtigt werden, das dem Interesse der Union zuwiderläuft.“; Bei diesen Beihilfen handelt es sich um *De-minimis*-Beihilfen iSd Art 107 AEUV. Allerdings sind gem. Art 1 Abs 2 der VO einige Sektoren von der Anwendbarkeit dieser VO ausgenommen, wie u. a. die Fischerei und die Aquakultur oder die Primärerzeugung landwirtschaftlicher Erzeugnisse.

²¹¹ Vgl. Art 1 Abs 2 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹² Vgl. Art 2 Abs 1 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹³ Vgl. Art 2 Abs 3 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹⁴ Vgl. Art 2 Abs 2 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹⁵ Vgl. Art 2 Abs 4 VO (EU) Nr 360/2012.



gewährten zugrunde liegenden Darlehens EUR 3.750.000 je Unternehmen nicht übersteigt. Stellt der verbürgte Teil des zugrunde liegenden Darlehens nur einen bestimmten Teil dieses Höchstbetrags dar, so gilt der entsprechende Teil des Höchstbetrags nach Artikel 2 als Bruttosubventionsäquivalent der Garantie. Die Garantie darf höchstens 80 % des zugrunde liegenden Darlehens betragen. Garantien gelten ebenfalls als transparent, wenn:

- vor ihrer Anwendung die Methode für die Berechnung des Bruttosubventionsäquivalents der Garantien nach einer anderen Verordnung der Kommission im Bereich der staatlichen Beihilfen bei der Kommission angemeldet und von ihr genehmigt wurde und
- die genehmigte Methode ausdrücklich die Art der Garantien und die Art der zugrunde liegenden Transaktionen betrifft, um die es im Zusammenhang mit der Anwendung der vorliegenden Verordnung geht.

Zu beachten ist, dass diese VO auf keinen Teil dieser Beihilfen anzuwenden ist, sofern der Gesamtbetrag der *De-minimis*-Beihilfen den Schwellenwert von EUR 500.000 übersteigt.²¹⁶ Diese Beihilfen dürfen auch nicht mit anderen Beihilfen kumuliert werden, sofern dadurch der Schwellenwert überstiegen wird.

Beabsichtigt ein Mitgliedstaat eine *De-minimis*-Beihilfe zu erteilen, muss der betroffene Mitgliedstaat die Absicht sowie die voraussichtliche Höhe der Beihilfe und die DAWI im Amtsblatt der Europäischen Union schriftlich mitteilen.²¹⁷ Der betroffene Mitgliedstaat hat grundsätzlich eine *De-minimis*-Beihilfe erst zu bewilligen, nachdem er sich vergewissert hat, dass der Schwellenwert durch andere Beihilfen nicht überschritten wurde. Mitgliedstaaten haben allerdings auch die Möglichkeit ein Register einzurichten, welches einen Zeitraum von drei Jahren erfasst.²¹⁸ Die Aufzeichnungen müssen alle Informationen enthalten, die für den Nachweis benötigt werden, dass die Voraussetzungen dieser Verordnung erfüllt sind²¹⁹ und sind für zehn Jahre ab dem Zeitpunkt aufzubewahren, zu dem die Beihilfe bewilligt wurde.

²¹⁶ Vgl. Art 2 Abs 5 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹⁷ Vgl. Art 3 Abs 1 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹⁸ Vgl. Art 3 Abs 2 VO (EU) Nr 360/2012.

²¹⁹ Vgl. Art 3 Abs 3 VO (EU) Nr 360/2012.



Zuwendungen bis zu einem gewissen Schwellenwert gelten als *De-minimis*-Beihilfen, die als solche nicht alle Tatbestände des Art 107 Abs 1 AEUV erfüllen und von Art 108 Abs 3 befreit sind. Da sie nur in relativ kleiner Höhe gewährt werden, wird angenommen, dass sie keinen Effekt auf den Wettbewerb haben, und werden somit als zulässig angesehen.

Zusammengefasst ist festzuhalten, dass die Investitionen in eine SDAWI aus staatlichen Mitteln finanziert werden dürfen, sofern die Gesamtsumme der einem Unternehmen gewährten *De-minimis*-Beihilfen EUR 200.000 bei allgemeinen bzw. EUR. 500.000 bei DAWI in drei Steuerjahren nicht übertrifft.

3.3 Weitere Förderarten

3.3.1 Ausgleichszahlungen und Finanzierungen

Ausgleichszahlungen sind in einem gewissen Rahmen mit dem Europäischen Wettbewerbsrecht vereinbar und zulässig. Von besonderem Stellenwert bei der Beurteilung der Zulässigkeit von Ausgleichszahlungen ist die Rs. „Altmark Trans“ und ihre Kriterien.

Im Altmark-Urteil (auch „*Magdeburger Urteil*“, siehe Unterkap. 3.2) stellt der Gerichtshof fest, dass ein für die Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen gewährter Ausgleich keine staatliche Beihilfe im Sinne des Artikels 107 AEUV darstellt, wenn die folgenden vier Kriterien insgesamt erfüllt sind²²⁰:

- Erstens muss das begünstigte Unternehmen tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein, und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein.
- Zweitens sind die Parameter, anhand derer der Ausgleich berechnet wird, zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
- Drittens darf der Ausgleich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken.
- Das vierte Kriterium gilt für den Fall, dass die Wahl des Unternehmens, das mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut werden soll, nicht im

²²⁰ Siehe Frage 61, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2, 50f.



Rahmen eines öffentlichen Vergabeverfahrens erfolgte, das die Auswahl desjenigen Bieters ermöglicht hätte, der diese Dienste zu den geringsten Kosten für die Allgemeinheit erbracht hätte; in diesem Fall ist die Höhe des erforderlichen Ausgleichs auf der Grundlage einer Analyse der Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches, gut geführtes, angemessen ausgestattetes Unternehmen in diesem Fall zu tragen hätte.

3.3.2 Subjekt- vs. Objektförderung

Bei einer Förderung handelt es sich um finanzielle Unterstützung von Leistungsempfängern mittels Zuschüsse der öffentlichen Hand, d. h. durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln. Sie können durch Geld- oder Sachleistungen erfolgen. Bei Sachleistungen werden den Leistungsempfängern Dienstleistungen bzw. Sachleistungen zur Verfügung gestellt, die verschiedenartig durch die öffentliche Hand organisiert werden können. Es handelt sich hierbei um ein entgeltliches Austauschverhältnis zwischen der öffentlichen Hand und einem Unternehmen als Leistungserbringer.

Geldleistungen sind Subjektförderungen, bei welchen es sich um finanzielle Zuschüsse der öffentlichen Hand an den Leistungsempfänger handelt. Subjektförderungen können in jene ohne Zweckbindung, jene mit Zweckbindung sowie jene mit Rahmenvereinbarungen unterteilt werden. Subjektförderungen ohne Zweckbindung sind z. B. Sozialhilfe, Arbeitslosengeld u. a. und erfolgen durch Eigenerbringung der öffentlichen Hand. Subjektförderungen mit Zweckbindung sind z. B. eine Kostenübernahme durch Krankenkassen für Leistungen von Vertragsärzten sowie Projektförderung. Zudem gibt es noch Subjektförderungen mit Rahmenvereinbarungen bei anerkannten TrägerInnen wie z. B. die Jugendwohlfahrt im öffentlichen Auftrag.

Dies ist in Tabelle 2 auf S. 92 dargestellt.



Tabelle 2: Darstellung Geld- bzw. Sachleistungsförderungen²²¹

Geldleistung ²²²	Sachleistung
Subjektförderung ohne Zweckbindung ²²³ (z. B. Sozialhilfe, Arbeitslosengeld etc.)	Eigenerbringung durch die öffentliche Hand
Subjektförderung mit Zweckbindung (z. B. Zuschüsse für Dienstleistungszukäufe bei anerkannten TrägerInnen, Kostenübernahme durch Krankenkassen für Leistungen von Vertragsärzten)	Projektförderung
Subjektförderung mit Rahmenvereinbarung bei anerkannten TrägerInnen (z. B. Jugend-Wohlfahrt)	Öffentlicher Auftrag

Bei der Unterscheidung zwischen zweckgebundenen und nichtzweckgebundenen Subjektförderungen fällt auch die rechtliche Klassifizierung auseinander, womit diese separat zu betrachten sind:

Bei nichtzweckgebundenen Subjektförderungen können Leistungsempfänger grundsätzlich selbst entscheiden für was sie die finanzielle Unterstützung schlussendlich verwenden, d. h. z. B. sie können selbst entscheiden ob sie die Geldleistung für die Miete oder für Lebensmittel verwenden. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass nichtzweckgebundene Subjektförderungen zwar einer beihilferechtlichen, aber keiner vergaberechtlichen Klassifizierung unterfallen.

- Der beihilferechtliche Tatbestand orientiert sich an der Beziehung zwischen der öffentlichen Hand und Unternehmen. Dadurch erfährt kein Unternehmen eine staatliche Begünstigung. Es entsteht kein Leistungsvertrag zwischen einem Unternehmen als Leistungserbringer und der öffentlichen Hand als Auftraggeber iSd BVergG 2006, womit dieses Gesetz keine Anwendung findet. Probleme ergeben sich somit lediglich bei allgemein rechtlichen Fragen, wie eine etwaige Diskriminierung (nicht)anspruchsberechtigter Personen.

²²¹ Eigene Darstellung.

²²² Eine berechnete Einzelperson bekommt aus sozialen Gründen öffentliche Mittel zuerkannt.

²²³ Dies ist eine Transferzahlung. Darunter wird die Zahlung von öffentlichen Mitteln an Privatpersonen aus sozialen Gründen ohne entsprechende Gegenleistung verstanden, sodass über das Geld frei verfügt werden kann.



Schwieriger ist die Einschätzung bei einer zweckgebundenen Subjektförderung, da diese staatliche Unterstützung von Leistungsempfängern oft nur für einen bestimmten Zweck bei einem bestimmten Unternehmen bewilligt worden ist z. B. mittels Förderungsübertragung (Zession) direkt von der öffentlichen Hand an die Leistungserbringer. Tatsächlich ist auch eine zweckgebundene Subjektförderung unproblematisch, wenn

- Diese Beihilfen an einzelne Verbraucher gemäß Art 106 Abs 2 AEUV ohne Diskriminierung gewährt werden, sowie die Möglichkeit zur freien Auswahl der Leistungserbringer, mit dem Hintergrund der Nichtdiskriminierung der Unternehmer, gewährleistet ist. Dadurch würde sie den beihilferechtlichen Tatbestand erfüllen.
- Dadurch kein Leistungsvertrag zwischen Unternehmen und öffentlichen Auftraggeber zustande und somit das BVergG 2006 nicht zur Anwendung kommt (siehe oben bei nichtzweckgebundenen Subjektförderungen). Auch wenn ein Leistungsvertrag iSd BVergG 2006 bestehen würde, wäre dieses trotzdem nicht anwendbar, da die Übertragung staatlicher Aufgaben der Daseinsvorsorge, wie Förderungen, an einen Dritten durch Dienstleistungskonzessionen von dem Anwendungsbereich dieses Gesetzes ausgenommen ist. Es besteht daher auch hier kein vergaberechtlicher Tatbestand. Trotz allem ist jedenfalls ein offenes, nach klaren Kriterien erfolgendes Anerkennungsverfahren empfehlenswert.

Empfehlenswert ist somit, dass

- Leistungserbringenden Unternehmen keine exklusiven Rechte eingeräumt werden,
- Die Leistungserbringung durch sämtliche Unternehmen erfolgen kann, welche Mindestanforderungen erfüllen (auch private!),
- Leistungsempfänger Wahlfreiheit der Unternehmen haben,
- der Leistungsvertrag zwischen Dienstleistungserbringern und -empfängern und nicht zwischen Dienstleistungserbringern und öffentlicher Hand geschlossen wird,
- und die Leistung durch Leistungsempfänger abgegolten wird²²⁴.

²²⁴ Geldfluss über Auftraggeber ist aber möglich.



Damit ist gewährleistet, dass die Steuerung der Qualität größtenteils über die Leistungsempfänger erfolgt, die sich jene Dienstleistungserbringer auswählen, die ihren Vorstellungen am besten entsprechen.

Bei Objektförderungen kommt die Anwendung des Vergaberechts u. U. in Betracht:

- Das Vergabeverfahren ist bei ambulanten Beratungsdienstleistungen anzuwenden, wenn der Hilfsbedürftige keine eigene Leistung erbringt und die öffentliche Hand Dienstleistungen zukauf (z. B. bei Familienberatungsstellen, Jugendberatungsstellen, Schuldnerberatung)
- Mobile Dienste können ebenfalls dem Vergaberecht unterliegen.
- Werden Leistungen einer (teil)stationären, rechtsansprüchlich verbürgten Unterbringungsleistung von der öffentlichen Hand direkt (iSv inhaltlich und preislich, nicht jedoch mengenmäßig) zugekauft, ist dies auch vergaberechtlich relevant, auch wenn diese im Einzelfall auf den Bedarf geprüft und verrechnet wird. Wird eine Leistung nicht direkt zugekauft, unterliegt diese Dienstleistung auch nicht dem Vergaberecht.

Auch bei der Klassifizierung kommt der Unterscheidung der verschiedenen Förderarten Bedeutung zu. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Subjektförderungen, beide mit und ohne Zweckbindung, kein vergaberechtliches Element beinhalten; Objektförderungen können im Unterschied möglicherweise schon vergaberechtlich relevant sein.

Es ist somit jeweils auf die allgemein rechtlichen Fragen abzustellen.

3.3.3 Förderungsverträge

Der Beihilfebegriff subsumiert jede Form der Begünstigung durch die öffentliche Hand, die einem Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Die österreichische Terminologie spricht hierbei oft von Förderungen oder Förderungsverträgen. Letztere sind eine Möglichkeit der Organisation sozialer Dienste neben der Vergabe öffentlicher Aufträge oder von Dienstleistungskonzessionen. Hier spricht man nicht vom Submissions- sondern vom Zuschussmodell. Letzteres bildet eine Ausnahme aus dem BVergG 2006. Bei einer Projektförderung mittels Förderungsvertrag wird eine zeitlich eingrenzbare spezifische Maßnahme durch die öffentliche Hand bezuschusst bzw. finanziert. Zu beurteilen ist eine Projektförderung prinzipiell nicht anders als jede andere Beihilfe. Es ist somit zu prüfen, ob die Einzelmaßnahme (oder evtl. Förderprogramm) mit dem EU-Beihilfenrecht vereinbar ist



bzw. notifiziert werden muss, bzw. ob die *De-minimis*-Verordnung oder eine andere Ausnahmebestimmung besteht.

Da sich das Beihilfe- und Vergaberecht unabhängig voneinander entwickelt haben, ist die Differenzierung jedoch oftmals schwer. Im Folgenden wird ein Versuch der Definition und eine Beschreibung der dem Förderungsvertrag inhärenten und zu beachtenden Charakteristika unternommen.

Das Fortbestehen dieser Ausnahme aus dem Geltungsbereich des Vergaberechts ergibt sich – sofern die Bestimmung von dem Mitgliedstaaten übernommen wird – aus ErwGr 4 und ErwGr 114 RL 2014/24/EU. Dies bedeutet jedoch auch: Eine der maßgeblichen Fragestellungen in der Organisation sozialer Dienste – die künftig an Bedeutung zunehmen wird – ist die Frage: "Muss ich ausschreiben, oder darf ich fördern?"

3.3.3.1 Unterschied öffentlicher Auftrag – Förderungsvertrag

Der wesentliche Unterschied zu den bereits erwähnten Modellen besteht darin, dass mit dem Förderungsvertrag nicht eine dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabe gewährleistet wird.

Förderungsverträge sind zeitlich zu befristen. Das gilt de iure für öffentliche Aufträge nicht, de facto jedoch schon.²²⁵ Dem Förderungsvertrag **fehlt zudem der Beschaffungszweck**. Er dient somit nicht primär der Befriedigung eines Bedarfs des öffentlichen Vertragspartners, und ist nicht auf eine eigene/ dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabenerfüllung gerichtet. Da dem Förderungsvertrag der Beschaffungszweck fehlt, geht es hier „lediglich“ um Zuschüsse und ein subventionsgerechtes Verhalten der öffentlichen Hand. Auch hier spielt der Begriff des Allgemeininteresses eine wichtige Rolle, geht es doch um ein im Allgemeininteresse liegendes Verhalten, das ohne Zuwendung nicht oder nicht in der gewünschten Art und Leistung erreicht würde und das er mittels einer Zuwendung fördern will.

Das bedeutet zum einen, dass nicht jede Handlung, im Rahmen derer öffentliche Mittel fließen, einen öffentlichen (vergabepflichtigen) Auftrag begründet, zum anderen jedoch auch, dass es in der Praxis mitunter schwierig ist, eine Abgrenzung zwischen Förderungsvertrag und den anderen Modellen zu treffen.

Im Unterschied zum öffentlichen Auftrag beinhaltet das ARR 2014 auch eine Eigenleistungspflicht,²²⁶ deren Höhe sich einerseits am Vorteil für den Förderungswerber und

²²⁵ § 20 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²²⁶ Vgl. § 16 ARR 2004, BGBl II Nr 208/2014. Bei Eigenleistungen handelt es sich, um die Verpflichtung des Förderungswerbers einen finanziellen Beitrag zur Gesamtförderung zu leisten. Eigenleistungen des



an seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sowie andererseits am Bundesinteresse betreffend der geförderten Leistung orientiert, sofern sich aus der geförderten Leistung unmittelbar ein wirtschaftlicher Vorteil für den Förderungswerber ergibt, bzw., wenn im Hinblick auf das allgemeine Förderungsziel die Hilfe zur Selbsthilfe zweckmäßig ist. Hierzu gibt es jedoch Ausnahmebestimmungen²²⁷.

Eine Konsequenz, aus der der Unterschied zwischen öffentlichem Auftrag und Förderungsvertrag klar(er) ersichtlich wird, ist die Einforderbarkeit der Leistung. Es kann lediglich eine widmungsgemäße Verwendung der Fördermittel gefordert werden. So besteht bei dem Förderungsvertrag eigentlich keine Leistungspflicht des Fördergeldempfängers, die Nichterfüllung ist somit lediglich durch Verlust des Fördergeldes sanktionierbar. Der Fördergeber ist zudem nicht dazu verpflichtet, ein subventionsgerechtes Verhalten zu erwirken. Dies impliziert eine geringere direkte Steuerungsmöglichkeit durch die öffentliche Hand als dies beim klassischen öffentlichen Auftrag der Fall ist.

Bei der Prüfung, ob ein Förderungsvertrag legitim ist, gilt es somit zu analysieren, ob ein Beschaffungsbezug besteht, zu dem der Auftraggeber verpflichtet ist.

Diese Art des Förderungsvertrags findet sich in den ErwGr 4 und 114 RL 2014/24/EU. Dort als Finanzierung bezeichnet, werden sie in ErwGr 4 RL 2014/24/EU definiert als

„Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.“

Es lässt sich folgendes festhalten: Dem Förderungsvertrag fehlt der Beschaffungszweck, welcher im öffentlichen Auftrag gegeben ist. Vielmehr geht es um ein im Allgemeininteresse liegendes Verhalten, das ohne Förderung nicht effektiv oder in dem vorgesehenen Rahmen erreicht werden kann.

3.3.3.2 Rechtsrahmen für Förderungsverträge – EU und Österreich

Es gibt keine verfassungsrechtlich verankerte Grundlage für Förderungen in Österreich. Allerdings verfügen die Gebietskörperschaften hinsichtlich der Form der Erbringung von Leistungen der Förderung relative Wahlfreiheit, d. h. es ist ihnen möglich, diese Dienste

Förderungswerbers sind sowohl Eigenmittel im engeren Sinn (Barmittel) als auch eigene Sach- und Arbeitsleistungen, Kredite oder Beiträge Dritter.

²²⁷ Wenn 1. diese dem Förderungswerber wirtschaftlich nicht zumutbar ist (wenn er z. B. alle ihm billigerweise zumutbaren sonstigen Finanzierungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat) und 2. die Durchführung der Leistung allein durch die Förderung aus Bundesmitteln und allfällige Förderungen Dritter finanziell gesichert erscheint. Siehe § 16 Abs 3 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



selbst zu erbringen oder sie an Dritte auszulagern. Dies ergibt sich aus der Länder- und Gemeindeautonomie, welche im B-VG verankert ist.

Europarechtlich sind Art 14 und 106 Abs 2 AEUV von Bedeutung. Art 14 AEUV stellt die Grundlage für die Erlassung von europarechtlichem Sekundärrecht im Bereich der Daseinsvorsorge, inkl. Förderungen, dar. Das bedeutet, dass es der Europäischen Union möglich ist, verbindliche Rechtsakten wie Verordnungen oder Richtlinien zu erlassen, an die sich Mitgliedstaaten zu halten haben. Art 106 Abs 2 AEUV gilt nunmehr als Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und wird als solche oft für die Bestimmung von unzulässigen oder zulässigen staatlichen Beihilfen herangezogen.

Die österreichische Praxis ist geprägt von einer sehr heterogenen Erbringungs- und Finanzierungsform von sozialen und arbeitsmarktpolitischen Dienstleistungen. Dies betrifft vor allem die Erbringung, den Rechtsrahmen und die finanzielle Ausgestaltung.

Im Rahmen dieser Studie ist die allgemeine Rahmenrichtlinie für Förderungen aus Bundesmitteln (ARR) besonders wichtig, da es die wesentliche Rechtsquellen für das Jugendcoaching darstellt. Ebenso von Relevanz sind die Sonderrichtlinie Berufliche Integration und die Richtlinie Jugendcoaching²²⁸ des BMASK. Deshalb sollen diese im Folgenden näher beleuchtet werden. Nach § 12 ARR 2014 sind soziale Leistungen förderungswürdig, wenn

- an ihnen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und
- sie geeignet sind, zum sozialen Fortschritt beizutragen.

Dies führt § 15 Abs 2 weiter aus, wonach die Durchführung der Leistung ohne die Förderung aus Bundesmitteln nicht oder nicht im notwendigen Umfang möglich sein darf.

Hervorzuheben ist hierbei, dass die ARR nicht den eher wertungsfreien Beihilfenrecht der EU verwendet, sondern die "förderungswürdige Leistung" mit dem Zweck einer Förderung eines Verhaltens verbindet: "Allgemeiner Zweck jeder Förderung ist primär die Hilfe zur Selbsthilfe." Förderungen dürfen grundsätzlich nur zeitlich befristet. Diese Bestimmung schlägt sich auch in den Ausnahmen vom Geltungsbereich nieder, denn das Tatbestandsmerkmal der förderwürdigen Leistung ist somit nicht erfüllt, wenn die Zuwendungen im Rahmen der Förderung Sozialleistungscharakter haben und zur reinen Einkommensverbesserung dienen bzw. unmittelbar zur Befriedigung existentieller Individualbedürfnisse beitragen.²²⁹

²²⁸ In der Jugendcoaching-Richtlinie werden die Förderungsbedingungen für einschlägige Projekte und der Projektablauf konkretisiert.

²²⁹ § 3 Z 6 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



Unter den Förderungsbegriff fallen gemäß § 2 ARR 2014:

1. „zins- oder amortisationsbegünstigte Gelddarlehen,
2. Annuitäten-, Zinsen- und Kreditkostenzuschüsse sowie
3. sonstige Geldzuwendungen privatrechtlicher Art, die der Bund in Ausübung der Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG) einer außerhalb der Bundesverwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Person oder einer im Firmenbuch eingetragenen Personengemeinschaft auf Grundlage eines privatrechtlichen Förderungsvertrages aus Bundesmitteln für eine förderungswürdige Leistung (§ 12) gewährt, ohne dafür unmittelbar eine angemessene, geldwerte Gegenleistung zu erhalten.“

Dies können Einzelförderungen²³⁰ oder Gesamtförderungen²³¹ sein.

Des Weiteren bietet § 7 ARR 2014 dem jeweiligen Bundesminister die Möglichkeit, in dessen Wirkungsbereich den LH und den diesem unterstellten Behörden im Land die Berechtigung zu übertragen, im Namen und auf Rechnung des Bundes Förderungsverträge abzuschließen. Dabei finden die bundesrechtlichen Regelungen Anwendung.

Zu beachten ist, dass es in einigen Bundesländern allgemeine Förderrichtlinien für die Förderung aus Landesmitteln gibt, die zwar viele Gemeinsamkeiten mit dem ARR aufweisen, jedoch auch weitere Sonderregelungen enthalten. In den restlichen Bundesländern gelten Vorschriften, die in einschlägigen Richtlinien der jeweiligen Förderungsgegenstände eingebettet sind. Eher im Detail und in formaler Natur unterscheiden sich die Regelungen über die grundsätzlichen Fördermodalitäten im Bezug auf die Bundesregelungen. Zum Beispiel schreibt Oberösterreich Allgemeine Förderungsrichtlinien vor, dass die Überweisung vorzugsweise auf ein inländisches Konto geschehen soll.²³²

²³⁰ Werden für eine einzeln abgegrenzte, zeitlich und sachlich bestimmte Leistung vergeben. Siehe § 21 Abs 1 Z 1 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²³¹ Zur Deckung des gesamten oder aliquoten Teiles des nach Abzug allfälliger Einnahmen verbleibenden Fehlbetrages für die bestimmungsgemäße Gesamttätigkeit eines Förderungswerbers innerhalb eines im Förderungsvertrag bestimmten Zeitraumes (z. B. die Erfüllung der satzungsgemäßen Aufgaben eines Vereines während eines Jahres durch Übernahme eines Teiles der Abgangsdeckung). Siehe § 21 Abs 1 Z 2 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²³² Vgl. § 10 Abs 2 Allgemeine Förderungsrichtlinien des Landes Oberösterreich, Beschluss der Oberösterreichischen Landesregierung vom 10. Dezember 2007, Fin-010104/187.



Wie in Unterkap. 3.3.3.1 bereits erwähnt, unterscheidet sich die Förderung von öffentlichen Auftrag, indem kein Rechtsanspruch auf Gewährung der Förderung besteht, selbst wenn die Förderungsvoraussetzungen erfüllt sind.²³³

Während es sich beim öffentlichen Auftrag um ein Resultat des Submissionsmodells handelt, ist der Förderungsvertrag ein Resultat des Zuschussmodells. Von besonderer Bedeutung sind deshalb in der Entscheidung zur Vergabe von Förderungen haushaltäre Aspekte, auf welche hierin nicht näher eingegangen wird.

Geförderte Leistungen erfolgen nicht im luftleeren Raum. Auch das ARR 2014 sieht Qualitäts- und Kontrollmechanismen vor. So sind gemäß § 39 ARR 2014 Kontrollen zur Sicherstellung der widmungsgemäßen Verwendung *ex post* vorzunehmen, eventuell Evaluierungen, Zwischenberichte und Zwischenevaluierungen durchzuführen, ob und inwieweit der angestrebte Erfolg erreicht wurde.²³⁴

§§ 15 Abs 1 u. 18 ARR 2014 schreibt die Einforderung von fachlichen und wirtschaftlichen Eignungskriterien des Förderungswerbers vor.

Das ARR 2014 berücksichtigt die *De-minimis*-Regelungen und die europäischen Beihilferechtsvorschriften. Zusätzlich besteht eine Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung sowie die Pflicht das Gleichbehandlungsgesetz zu beachten. Zuständig für die Erhebung des Tatbestands beim Förderungswerber ist der Fördergeber, der sich dieser Pflicht entbindet, in dem er dem Förderungswerber eine unter Sanktion (Rückzahlung) stehende Mitteilungspflicht auferlegt.²³⁵

Gemäß § 40 ist ebenso ein Verwendungsnachweis zu erstellen, der aus einem Sachbericht und einem zahlenmäßigen Nachweis besteht. Aus diesem müssen die Verwendung der gewährten Förderung, der Nachweis über die Durchführung der geförderten Leistung und der erzielte Erfolg hervorgehen.

Das Verfahren zur Vergabe/Genehmigung von Förderungsverträgen sieht wie folgt aus:

²³³ Vgl. § 4 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²³⁴ Siehe auch § 42 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²³⁵ § 17 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



Tabelle 3: Schritte in der Förderungsvertragsvergabe²³⁶

Schritte	
Prüfung der Zuständigkeit	Bund, Land etc.
Feststellung der Rechtsgrundlage	ARR 2014 etc.
Ansuchen	Voraussetzung schriftliches Ansuchen des Förderungswerbers bei jedem haushaltsführenden Organ oder jeder Förderungsabwicklungsstelle voraus
Förderungsanbot oder Ablehnung	
Annahme des Förderungsanbots	
Leistung nach Zeitplan	
Auszahlung der Förderung nach Bedarf bis zu 90 %	
Verwendungsnachweis	
Kontrolle und Evaluierung	
Auszahlung der restlichen 10 %	

Im Fall einer Förderung, ist die Kalkulation bereits im Vorfeld vollständig zu tätigen. Darüber hinaus enthält der Förderungsvertrag alle Auflagen und Bedingungen, die der Eigenart der geförderten Leistung entsprechen und sicherstellen, dass Bundesmittel zweckentsprechend und nur im unbedingt notwendigen Umfang eingesetzt werden.²³⁷ Dies schließt allerdings nicht aus, dass mehrere Förderungsarten nebeneinander für dieselbe Leistung möglich sind.²³⁸ Die Festlegung geeigneter Indikatoren soll eine Erfolgskontrolle sicherstellen.²³⁹

Sofern die Förderung überwiegend aus Bundesmittel erfolgt, es wirtschaftlich gerechtfertigt und mit dem Verwendungszweck vereinbar ist, sind erzielte Gewinne durch den Förderungsnehmer dem haushaltsführenden Organ anzuzeigen und dieses ist bis zur Höhe der erhaltenen Förderung zu beteiligen.²⁴⁰

²³⁶ Vgl. § 24ff ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²³⁷ Falls eine Sonderrichtlinie erlassen wurde, können dort abweichende Regelungen über den Vertragsinhalt enthalten sein [z. B. Sonderrichtlinie zur Beruflichen Integration (zur Förderung von Arbeitsmöglichkeiten für Frauen und Männer mit Behinderung)].

²³⁸ §22 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²³⁹ § 24 Abs 1 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

²⁴⁰ § 29 ARR 2004, BGBl II Nr 208/2014.



In Österreich gibt es keine verfassungsrechtlich verankerte Grundlage für Förderungen und das Unionsrecht greift auch auf jene Bestimmungen für Beihilfen zurück. Einfachgesetzlich sind in Österreich trotz allem das ARR sowie das BMASK von Bedeutung.

Soziale Leistungen müssen geeignet sein zum sozialen Fortschritt beizutragen und an ihnen muss ein erhebliches öffentliches Interesse bestehen um förderungswürdig gemäß dem ARR zu sein. Trotzdem besteht weder ein Anspruch auf Förderung, noch dient sie zur kompletten Finanzierung sondern ist eher als Starthilfe konzipiert.

Das ARR 2014 regelt nicht nur das Verfahren der Förderungsvergabe, sondern u. a. auch Qualitäts- und Kontrollmechanismen.

3.3.4 Betrauung

Bei einer Betrauung wird ein Unternehmen mit einer (S)DAWI betraut, ihm die Gemeinwohlaufgabe erläutert und der Anwendungsbereich bzw. etwaige Bedingungen werden festgelegt.²⁴¹ Eine Betrauung erfolgt durch die Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Dies kann gemäß Leitfaden der Europäischen Kommission

„im Wege eines oder mehrere verbindlicher Verwaltungs- oder Rechtshandlungen [geschehen], „deren genaue Form von den Mitgliedstaaten entsprechend ihrer politischen Struktur bzw. Verwaltungsorganisation frei gewählt werden kann.“²⁴²

Allerdings müssen im Betrauungsakt bestimmte Aspekte festgelegt sein: der Gegenstand und die Dauer der Verpflichtung, die Parameter für die Berechnung, Überwachung und Änderung der Ausgleichsleistungen sowie die Maßnahmen zur Vermeidung und Rückforderung einer etwaigen Überkompensation. Den Behörden der Mitgliedstaaten steht es frei, zusätzliche Einzelheiten, wie etwa Qualitätsanforderungen, in den Betrauungsakt aufzunehmen.

Demzufolge heißt es auch in Frage 47: *„Es gibt somit keinen ‚Standard‘-Betrauungsakt, sondern es kommt dabei auf die jeweilige den Auftrag vergebende öffentliche Einrichtung und auf die jeweilige Tätigkeit an.“²⁴³* Während sich die Inhalte des Betrauungsaktes mehr oder weniger eindeutig aus den Vorgaben des EU-Rechts ergeben, ist dies bei der Form des Betrauungsaktes nicht der Fall. Der Begriff des „Betrauungsaktes“ ist eine Begrifflichkeit des Europäischen Gemeinschaftsrechts. Dieser Begriff muss erst „übersetzt“ werden. Das EU-

²⁴¹ Siehe Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2, 43.

²⁴² Frage 47, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2.

²⁴³ Frage 47, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2.



Recht gibt insoweit lediglich vor, dass in Abhängigkeit von der jeweiligen Gesetzgebung des Mitgliedsstaates ein legislatives, regulatorisches oder ein Vertragsinstrument gewählt werden kann. Innerhalb dieses Rechtsrahmens ist den Kommunen und den öffentlichen Unternehmen eine Kombination aus kommunalem Beschluss, Verwaltungsakt beziehungsweise Zuwendungsbescheid und Gesellschaftsvertrag zu empfehlen. Die jeweiligen Ausgleichszahlungen selbst können durch Zuwendungsbescheide gewährt werden²⁴⁴

Beispiele für Betrauungsakte sind:

- Konzessionsverträge²⁴⁵ und öffentliche Dienstleistungsaufträge,
- Vereinbarungen zwischen der staatlichen Verwaltung und Unternehmen über die Durchführung von Vorhaben in spezifischen Bereichen²⁴⁶ (z. B. Universaldienst im Bereich Post),
- ministerielle Anweisungen²⁴⁷ (Eine ministerielle Anweisung zur Aufrechterhaltung des Postnetzwerkes in abgeschiedenen Regionen in Großbritannien und darauffolgende staatliche Beihilfen sind mit dem Markt vereinbar, da es sich um eine DAWI handelt),
- Gesetze²⁴⁸ (als Beispiel wird eine irische Rechtsvorschrift genannt, welche die Erfüllung einer Aufgabe allen auf dem irischen Markt tätigen Wirtschaftsteilnehmern vorschreibt und dabei eine klare und genaue Definition der in Rede stehenden gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen beinhaltet) und Verordnungen²⁴⁹ bzw. Rechtsverordnungen²⁵⁰ (gemeint ist in diesem Fall das

²⁴⁴ Kronsbein/Schriefers, Risiko Betrauungsakt – Bei Aufgabenübertragung muss Beihilfekonformität sichergestellt werden, in: Der Neue Kämmerer, Ausgabe 1, Februar 2013, http://www.bcsd.de/files/risiko_betrauungsakt.pdf (abgerufen am 28. August 2014).

²⁴⁵ Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 562/2005 – Italien – Verlängerung der Konzessionen für die Betreiber des Montblanc-Tunnels (ATMB) und des Tunnels Maurice Lemaire, ABI C 90 vom 25. April 2007.

²⁴⁶ Z. B. „Contratti di Programma“: Vgl. Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 51/2006 – Italien – Poste Italiane SpA: Gegenleistung des Staates für die Verpflichtungen des postalischen Universaldienstes 2000-2005, ABI C 291 vom 30. November 2006.

²⁴⁷ Vgl. Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 166/05 – Vereinigtes Königreich – Staatliche Beihilfe zur Finanzierung des ländlichen Postnetzes von Post Office Limited, ABI C 141 vom 16. Juni 2006.

²⁴⁸ Vgl. EuGH, Rs T-289/03, *BUPA u. a./Kommission*, Slg 2008, II-741, Rn 182 u. 183; Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 8/07 – Spanien – Maßnahmen zum Arbeitsplatzabbau bei RTVE, ABI C 109 vom 15. Mai 2007.

²⁴⁹ Vgl. Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 395/05 – Irland – Kreditbürgschaften für soziale Infrastrukturprogramme der Housing Finance Agency, ABI C 77 vom 5. April 2007.

²⁵⁰ Vgl. EuGH, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori (Servizi Ausiliari)*, Slg 2006, I-2941.



italienische „decreto legislativo“, welches als gesetzvertretendes Dekret bezeichnet wird) und jede Art von hoheitlicher und kommunaler Verfügung oder Entscheidung,

- [...]

Zwar ist der Begriff des Betrauungsaktes ein weiter, eine Vereinbarung zwischen Behörde und Dienstleister oder eine Genehmigung durch eine Behörde, die das Unternehmen zur Bereitstellung bestimmter Dienstleistungen ermächtigt, stellt jedoch keinen Betrauungsakt dar. Der Grund ist jener, dass dadurch das Unternehmen nicht zur Erbringung der betreffenden Dienstleistungen verpflichtet wird, sondern es ihm lediglich gestattet wird, eine wirtschaftliche Aktivität auszuüben, indem es Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt anbietet. Als Beispiel hierfür könnte die Genehmigung zur Eröffnung einer Kinderbetreuungs- oder Senioreneinrichtung genannt werden, die von der Einhaltung bestimmter Gesundheits-, Sicherheits- oder Qualitätsstandards durch den Betreiber abhängig ist²⁵¹

Eine Betrauung erfolgt mittels der Vergabe eines öffentlichen Auftrags. Es kann viel von einer Betrauung erfasst werden, grundsätzlich wird dabei aber ein Unternehmen mit einer DAWI betraut. Das Unionsrecht stipuliert gewisse Mindestanforderungen an den Betrauungsakt, vor allem bezüglich des Inhalts, doch steht es den Mitgliedstaaten frei diese zu erweitern.

Prinzipiell hängt der Inhalt des jeweiligen Betrauungsakts von der vergebenden öffentlichen Einrichtung ab und kommt auf die jeweilige Tätigkeit an. Es gibt daher keinen einheitlichen Betrauungsakt im europäischen Bereich.

²⁵¹ Vgl. Frage 47, Leitfaden, SWD(2013) 53 final/2.



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Conclusio

Im Auftrag des Dachverbands berufliche Integration Österreich dabei-austria wurde durch die Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH die Studie mit dem Titel „Studie ‚Soziale Dienste‘ – Die Organisation sozialer Dienste und die Bedeutung von Sozial-Kriterien im BVergG ab 2016“ erarbeitet. Diese Studie nahm das EU Vergabelegislativpaket 2014 – bestehend aus den Richtlinien RL 2014/23/EU „über die Konzessionsvergabe“, RL 2014/24/EU „über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG“ und RL 2014/25/EU „über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG“ – zum Anlass, um, mit Fokus auf RL 2014/24/EU, den Sektor soziale Dienste, dessen Herausforderungen und Forderungen für die künftige Organisation, näher zu untersuchen.

Dabei wurden folgende **Arbeitspakete** konzipiert und ausgearbeitet:

Arbeitspaket I diente der Darstellung der Anforderungen durch bzgl. einer Umsetzung von RL 2014/24/EU im BVergG 2006 (insb. Vergabeverfahren, Dienstleistungsvorbehalts-Klausel, geschützte Werkstätten-Klausel, Schwellenwert, Zulässigkeit von alternativen Organisationsformen, Referenz zu Art 14, Prot 26 AEUV,...), Dabei wurden zudem die Unterschiede zum bisherigen Regelwerk für öffentliche Aufträge für soziale Dienste gegenübergestellt und potenzielle Umsetzung der Bestimmungen im BVergG 2006 erörtert.

Arbeitspaket II behandelte die Möglichkeit von alternativen Organisationsformen für soziale Dienste. Dies inkludiert die Darstellung alternativer Organisationsformen für soziale Dienste, insb. der sich ergebenden Unterschiede bei Organisation durch Förderung, Beihilfe, öffentliche Ausschreibung und etwaigen anderen praxisüblichen Organisationsformen.

Im Rahmen der Studie wurden folgende Forschungsergebnisse generiert:

Der öffentlichen Hand frei, Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) – darunter fallen zahlreiche Leistungen der Daseinsvorsorge – im Rahmen öffentlicher Aufträge an Dritte zu vergeben, sollten sie diese nicht selbst erbringen. Mit dem Vergaberecht (zur Regelung des öffentlichen Beschaffungswesens) soll das Verfahren der öffentlichen Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber so gestaltet werden, dass ein gleichbehandelnder, fairer, transparenter und lauterer Wettbewerb ohne Komplikationen oder Behinderungen möglich ist.

Die Europäische Kommission hat DAWI – unverbindlich – wie folgt definiert:

„Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse sind wirtschaftliche Tätigkeiten, die dem Allgemeinwohl dienen und ohne staatliche Eingriffe am Markt



überhaupt nicht oder in Bezug auf Qualität, Sicherheit, Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung oder universaler Zugang nur zu anderen Standards durchgeführt würden. Die Gemeinwohlverpflichtung wird dem Leistungserbringer im Wege eines Auftrags auferlegt, der eine Gemeinwohlkomponente enthält, sodass sichergestellt ist, dass die Dienstleistung unter Bedingungen erbracht wird, die es dem Leistungserbringer ermöglichen, seinen Auftrag zu erfüllen.“

Den Mitgliedstaaten steht es weiterhin frei, zu beurteilen, welche Leistungen sie als von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) erachten, wie diese Dienstleistungen unter Beachtung der Vorschriften über staatliche Beihilfen organisiert und finanziert werden sollten und welchen spezifischen Verpflichtungen sie unterliegen sollten.

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen für soziale Dienstleistungen bisher

Das Vergaberecht ist in Österreich im BVerG 2006 geregelt. Durch die neuen europäischen Richtlinien, wird jeder Mitgliedstaat angehalten, diese in nationales Recht umzusetzen.

Bislang fielen soziale Dienstleistungen nach Maßgabe des BVerG 2006 in die Kategorie der nicht-prioritären Dienstleistungen des gemäß der EU-Vorgängerrichtlinie RL 2004/17/EG in die Kategorie der B-Dienstleistungen. Dem BVerG 2006 zufolge, war es den öffentlichen Auftraggebern bislang überlassen, zu ermitteln, wie soziale Dienstleistungen (als nicht-prioritäre Dienstleistungen) zu vergeben sind, damit ein angemessener Grad an Transparenz und Gleichbehandlung unter Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes, also unter Anwendung des Vergaberechts, gegeben bzw. die Einhaltung der europäischen Grundfreiheiten und Grundprinzipien gewährleistet sind. Das bedeutet, dass öffentliche Aufträge über nicht prioritäre Dienstleistungen – unbeschadet des Vorhergehenden – daher nicht dem Grad der Bekanntmachung bzw. den weiteren Modalitäten eines regulären Vergabeverfahrens genügen müssen. Eine *ex ante*-Bekanntmachung/Ein Aufruf zum Wettbewerb, ist im BVerG 2006 für soziale Dienstleistungen somit zwar nicht zwingend vorgesehen, trotz allem besteht in den meisten Fällen auch schon im Unterschwellenbereich die Notwendigkeit einer Vorabbekanntmachung, um das primärrechtliche Prinzip der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu erfüllen und ist eine Entscheidung fallabhängig. Die Unterscheidung von Oberschwellenwert und Unterschwellenwert kann als Orientierung angewendet werden, um zu beurteilen, welches Vergabeverfahren durchzuführen ist. Soziale Dienstleistungen ab einem Wert von EUR 207.000 exkl. USt sind gem. § 141 Abs 1 iVm § 12 Abs 2 BVerG 2006 dem Oberschwellenbereich zuzuordnen. Alle soziale Dienstleistungen unter diesem Wert fallen in den Unterschwellenbereich mit Ausnahme für Bundesministerien: hier beginnt der Oberschwellenbereich bereits ab einem Auftragswert von EUR 134.000. Grundsätzlich kann angenommen werden, dass eine *ex ante*-Bekanntmachung im Internet und dergleichen genügend Transparenz gewährleistet, sofern die notwendigen



Informationen enthalten waren und die potentiellen Bieter/Auftragnehmer in der Lage sind, zu beurteilen, ob sie am konkreten Auftrag Interesse haben.

Im Gegensatz zur *ex ante*-Bekanntmachung ist eine *ex post*-Bekanntmachung bereits derzeit zum Teil vorgesehen. So besteht für vergebene Aufträge im Oberschwellenbereich jedenfalls die Verpflichtung zur *ex post*-Bekanntmachung gemäß §54 BVergG 2006.

RL 2014/24/EU

RL 2014/24/EU bringt inhaltliche Neuerungen, sowohl in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge im Allgemeinen, als auch auf die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienste im Besonderen. Zu beachten ist, dass die Richtlinie eine Aufhebung der bisherigen Teilung in A- und B-Dienstleistungen (in Österreich prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen) vorsieht. Für soziale Dienstleistungen sind die Auswirkungen jedoch nicht allzu groß, denn trotz allem wird der Besonderheit für die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen Rechnung getragen. RL 2014/24/EU anerkennt, dass soziale Dienstleistungen vor allem wegen ihrer besonderen Charakteristika sensibel sind und sie aus diesem Grund ein Sonderregime darstellen. Dieses wird sozialen und besonderen Dienstleistungen des Anhang XIV in Titel III RL 2014/24/EU eingeräumt, welches über jenes der Vorgängerrichtlinie RL 2004/18/EU bzw. der § 141 BVergG hinausgeht.

Erwähnenswert sind diesbezüglich insbesondere folgende Neuerungen:

- Schwellenwert
- *Ex ante*-Bekanntmachung
- *Ex post*-Bekanntmachung
- Vorbehaltene Dienstleistungen für gewisse Unternehmen
- Vorbehalt für geschützte Werkstätten

Die EU-Richtlinien dienen der Gewährleistung eines fairen und freien Binnenmarkts und gelten somit ab gewissen Schwellenwerten, ab denen die Vergabe von Leistungen für den Binnenmarkt relevant ist.²⁵² Gemäß Art 4 der RL 2014/24/EU beträgt der Schwellenwert für öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale Dienstleistungen EUR 750.000 und liegt somit weit über den Schwellenwerten für den Oberschwellenbereich für klassische öffentliche Aufträge.

²⁵² Es gilt zu erwähnen, dass die Mitgliedstaaten auch für die Vergabe unter diesen Schwellenwerten Regelungen vorsehen können, was in Österreich der Fall ist. Jedenfalls sind bei der Vergabe im Unterschwellenbereich die primärrechtlichen Bestimmungen des AEUV einzuhalten.



Künftig sieht die EU einen Oberschwellenwert von EUR 750.000 für soziale Dienste vor. Den Mitgliedstaaten ist es theoretisch möglich, einen niedrigeren Schwellenwert festzulegen. Für den Unterschwellenbereich wurden keine europarechtlichen Regelungen erlassen, die Vorschriften des § 141 BVergG könnten somit für den USB in der derzeitigen Form belassen werden.

Die Richtlinie ruft den Gesetzgeber dazu auf, ein den Richtlinieninhalten konformes Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen zu entwickeln. Zwingendes Recht besteht vor allem in Bezug auf die Bekanntmachung derartiger Aufträge. Interessant ist in diesem Kontext eventuell die Möglichkeit der Rahmenvereinbarung. Dieses Institut wird in RL 2014/24/EU neu geregelt. Art 33 der RL 2014/24/EU eröffnet die Möglichkeit zum Abschluss von Rahmenvereinbarungen auf künftig maximal vier Jahre. Wichtig ist, dass die Grundsätze von Transparenz und Nicht-Diskriminierung eingehalten werden. Ziel der Anwendung dieser Methode kann u. a. die längerfristige und solide Organisation von sozialen Dienstleistungen und Hilfestellungen bei benachteiligten Personengruppen sein. Der Auftrag ist durch die öffentlichen Auftraggeber an jene Wirtschaftsteilnehmer zu vergeben, die gemäß der Zuschlagskriterien, die in der Rahmenvereinbarung geregelt wurden, das beste Angebot vorgelegt haben.

Im Gegensatz zur Vorgängerrichtlinie RL 2004/18/EG (und somit zum derzeitigen Regelungsinhalt des BVergG 2006), sieht RL 2014/24/EU nunmehr auch zwingend eine *ex ante*-Bekanntmachung für die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienste im Oberschwellenbereich vor. Als Resultat sind diese öffentlichen Aufträge nunmehr entweder mittels Auftragsbekanntmachung oder mittels Vorinformation bekanntzumachen.

Die Pflicht zur *ex post*-Veröffentlichungsregelung gegenüber der Kommission besteht künftig weiterhin im Oberschwellenbereich – also zumindest ab dem erhöhten Schwellenwert von EUR 750.000. Im Unterschwellenbereich könnte man – sollten die Richtlinien so umgesetzt werden – weiterhin auf den Einzelfall abstellen.

Art 77 RL 2014/24/EU erlaubt es öffentlichen Auftraggebern, bestimmte Dienstleistungen bestimmten Organisationen vorzubehalten. Voraussetzung ist, dass es eine der in Art 77 referenzierten Dienstleistung (darunter wesentliche soziale Dienstleistungen) betrifft, und dass der Bieter in den letzten drei Jahren keinen Auftrag für die betreffende Dienstleistung erhalten hat. Zudem heißt es darin, dass das Ziel der Organisation die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe zu sein hat, dessen Erbringung an die referenzierten Dienstleistungen geknüpft ist. Die erzielten Gewinne sind zu reinvestieren, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Außerdem darf die Laufzeit eines Vertrags eine Zeitspanne von drei Jahren nicht überschreiten. Die Kommission hat zudem bis 18. April 2019 über die Auswirkungen dieses Artikels Bericht zu erstatten.



Zudem enthält RL 2014/24/EU auch außerhalb des Titel III einige fakultative Bestimmungen, welche von den Mitgliedstaaten nicht umgesetzt werden müssen. Beispielsweise enthält Art 20 RL 2014/24/EU eine Vorbehaltsklausel, die bisher für geschützte Werkstätten reserviert war. Nunmehr ist Voraussetzung für die Anwendung dieses Vorbehalts, dass der Hauptzweck des Wirtschaftsteilnehmers die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder benachteiligten Personen ist und dass mindestens 30 % der Arbeitnehmer Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer sind.

Sozial- und Umweltkriterien im Vergabeverfahren

Erwägenswert ist gleichermaßen die Anwendung von Nachhaltigkeitskriterien (u. a. Sozial- und Umwelt-Kriterien) bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Insbesondere die wachsende Bedeutung von Sozial-Kriterien zeichnet sich anhand Judikatur und Legislative ab und wird mit der neuen RL 2014/24/EU fortgeführt. Allerdings fehlt es noch an der hinreichenden Rechtssicherheit, da noch keine hinreichende Definition des Sozial- bzw. des Umweltschutzes existiert.

Die umfangreichste Möglichkeit der Einbindung dieser Kriterien findet sich wohl im Bestbieterprinzip. Sie können auch im Billigstbieterprinzip (welches es künftig nicht mehr in dieser Form geben wird) eingebunden werden, wobei es hier weniger Möglichkeiten gibt. Folglich ist zu beurteilen wie Sozial-Kriterien am effektivsten eingebracht werden können.

Eignungskriterien sind K.O.-Kriterien und nur eingeschränkt anwendbar, da sich Eignungskriterien hauptsächlich mit der fachlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Eignung des Bieters befassen. Diese Kriterien sind an den jeweiligen Auftrag anzupassen und differenzieren daher von Auftrag zu Auftrag. Die soziale Eignung kann daher nur bei bestimmten Auftragsgegenständen als K.O.-Kriterium angewendet werden. Gegebenenfalls können gewisse Anforderungen auch als Teil der technischen Spezifikationen gefragt sein. Hiermit würde sich auch die Rechtssicherheit erhöhen. Eignungskriterien beziehen sich zudem lediglich auf den Auftragnehmer und nicht auch auf allfällige Subauftragnehmer oder Lieferketten. Um für diese ebenfalls bedeutsam zu werden, müssten derartige Verpflichtungen Bestandteil der Leistungsbeschreibung sein.

Zuschlagskriterien erlauben es dem öffentlichen Auftraggeber, das beste Angebot mittels gewichteter Kriterien zu ermitteln. Sie müssen gewisse Anforderungen erfüllen, und dürfen nicht schon als Eignungskriterien oder Ausführungsbestimmungen gefragt worden sein. Eine weitere Möglichkeit besteht darin Sozial-Kriterien als **zusätzliches Zuschlagskriterium** in den öffentlichen Auftrag aufzunehmen. Das würde dazu führen, dass bei zwei gleich qualifizierten Endkandidaten, jener gewählt werden würde, welcher dem zusätzlichen Zuschlagskriterium besser entsprechen kann. Diese Methode ist allerdings umstritten. Es kann hierbei auch eine



Gewichtung und Differenzierung bei Qualitätsunterschieden von Sozial-Kriterien vorgenommen werden.

Eine weitere Möglichkeit ist es Sozial-Kriterien als **Ausführungsbedingungen** des Vertrages zu inkludieren. Sie bestimmen wie ein Auftragsgegenstand zu erfüllen ist, und jeder Bieter hat sich zwingend an diese Vorgaben zu halten und sich an ihnen zu orientieren. Wenngleich Ausführungsbedingungen nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens geprüft werden, handelt es sich somit um eine Art KO-Kriterium (wie Eignungskriterien). Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich frei, diese zu bestimmen, da es in ihrem Ermessen liegt, wie die Leistung auszusehen hat, solange sie für die Leistungsbeschreibung notwendig sind, rechtlich zulässig sind und dadurch keine Diskriminierung stattfindet. Bei Leistungsbeschreibungen dürfen nur solche Merkmale inkludiert werden, die einen Leistungs- oder Erfüllungsbezug haben. Hier besteht eine größere Möglichkeit zur Berücksichtigung von Sozial-Kriterien als bei technischen Spezifikationen, welche auch in der Leistungsbeschreibung zu finden sind.

Alternative Organisationsformen

Nicht alle Formen öffentlicher Aufgaben werden durch jene Vorschriften der RL 2014/24/EU abgedeckt, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrages getätigt werden. Folglich ist es möglich, soziale Dienste nicht nur mittels Vergaberecht zu organisieren, sondern lässt alternative Organisationsformen, wie Finanzierung oder Erteilung durch Lizenzen zu, ebenso, auf welche die Richtlinie nicht anzuwenden ist. Der Schwerpunkt der sich ergebenden Möglichkeiten liegt hierbei auf der bisher häufig gewählten Organisationsform durch Förderungsverträge. Da Dienstleistungskonzessionen mit der RL 2014/23/EU im Europarecht erstmalig sekundärrechtlich geregelt werden, finden diese ebenso Beachtung.

Dienstleistungskonzessionen

Die Dienstleistungskonzession ist in ihrem Sinn und Zweck dem öffentlichen Auftrag nicht unähnlich. Dem Konzessionsnehmer wird jedoch im Gegensatz zum öffentlichen Auftrag lediglich ein Nutzungsrecht gewährt und Bürger müssen für die Inanspruchnahme der jeweiligen Leistungen ein Entgelt direkt an den Konzessionär zahlen. Mit der bis 2016 in den Mitgliedstaaten umzusetzenden Richtlinie RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe wird eine Dienstleistungskonzession als ein entgeltlich, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein/mehrere öffentliche/r Auftraggeber einen/mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung/Verwaltung von Dienstleistungen, welche keine Bauleistungen darstellen, beauftragt, definiert. Die Gegenleistung besteht entweder im Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung, welche nicht das wirtschaftliche Risiko abdeckt. Zusätzlich geht das Betriebsrisiko auf den



Konzessionsnehmer über. Diese Definition steht im Einklang mit der stRspr des EuGH als auch der nationalen Judikatur in Österreich.

Mit Annahme der Richtlinie RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe finden keine wesentlichen Änderungen zum gegenwärtigen durch Primärrecht und Judikatur abzuleitendem Recht statt. Künftig wird eine Pflicht zur *ex ante*-Bekanntmachung stipuliert, welche aber *de facto* teils vorher schon präsent war. Zudem besteht weiterhin die Notwendigkeit zur *ex post*-Bekanntmachung. In diesem Sinne, sollten hier dieselben Bestimmungen für Dienstleistungsaufträge analog auch für Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienstleistungen Anwendung finden. Für den USB ist zu empfehlen, dass die derzeitige Regelung des BVergG 2006 bestehen bleibt. Ebenso sollte der Schwellenwert im Sinne der Richtlinie übernommen werden.

Die Richtlinie gilt künftig ab einem Vertragswert von EUR 5.186.000 für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Dieser Wert ergibt sich aus dem vom öffentlichen Auftraggeber geschätzten Gesamtumsatz ohne MwSt., der vom Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt wird. Ausschlaggebend für die Bestimmung, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts, handelt, ist die Konzessionslaufzeit. Diese ist zwar grundsätzlich zu beschränken, RL 2014/23/EU bestimmt jedoch, dass es im Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers liegt, diesen zu bestimmen.

Wie auch RL 2014/24/EU für öffentliche Aufträge, sieht RL 2014/23/EU eine zusätzliche Ausnahme für soziale und besondere Dienstleistungen vor, welche in Anhang IV RL 2014/23/EU analog zu Anhang XIV RL 2014/24/EU dargestellt ist. Zu beachten ist, dass lediglich Art 31 Abs 3, 46 und 47 für soziale und besondere Dienstleistungen Anwendung finden. Die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienste sieht wie folgt aus:

Der öffentliche Auftraggeber hat eine *ex ante*-Vorinformation mitzuteilen. Die Zuschlagsbekanntmachung ist nach der Vergabe einer Konzession zu übermitteln; u. U. kann auch eine vierteljährliche Zusammenfassung versandt werden. Die europäischen Grundprinzipien sind ebenfalls zu beachten.

Erwähnenswert ist zudem, dass Dienstleistungen der Feuerwehr und der Rettungsdienste als auch der Einsatz von Krankenwagen (mit Ausnahme des Einsatzes zur Patientenbeförderung) von dieser RL ausgenommen sind.

Im Unterschied zum Europarecht, sind Dienstleistungskonzessionen im BVergG 2006 bereits geregelt, um eine Konformität mit den primärrechtlichen Grundprinzipien zu gewährleisten. Sowohl bei nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen als auch bei nicht-prioritären Dienstleistungskonzessionen galt bislang gemäß §§ 8 und 11 BVergG 2006 die



Notwendigkeit der *ex post*-Bekanntmachung und Vergabe in einem adäquaten wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mit mehreren Unternehmern, die eventuell eine *ex ante*-Bekanntmachung rechtfertigt.

Somit ändert sich nicht viel für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienste: Wesentlichste Änderung ist die Pflicht zur *ex ante*-Bekanntmachung, welche sich jedoch bereits teils aus dem bisherigen Reglement implizit ergeben hat. Für den USB ist zu erwarten, dass die derzeitige Regelung des BVergG 2006 bestehen bleibt.

EU-Beihilfenrecht und weitere Förderarten

Es gilt anzumerken, dass der Begriff der Auftragsvergabe durch die Richtliniennovelle nicht erweitert wird. Somit ist auch weiterhin in Bereichen, wo ein öffentlicher Auftrag nicht durch zwingendes Recht vorgesehen ist, die Beibehaltung/Einführung etwaiger gegenwärtiger Organisations- und Finanzierungsformen, wie z. B. jener durch Förderungsverträge, künftig möglich. Die Entscheidung liegt im Ermessen der öffentlichen Auftraggeber und öffentlichen Stellen.

Zu beachten ist, dass staatliche Beihilfen grundsätzlich gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verstoßen und somit nach Unionsrecht verboten sind. Das Unionsrecht enthält aber selbst Bestimmungen, die Ausnahmen zu diesem Verbot zulassen und somit staatliche Beihilfen erlauben. Unbeschadet etwaiger Ausnahmebestimmungen, gelten Beihilfenvorschriften prinzipiell für alle Unternehmen, sofern diese eine wirtschaftliche Tätigkeit erbringen und die Beihilfe innergemeinschaftliche Auswirkungen hat. Ob soziale Einrichtungen, die soziale DAWI (SDAWI) erbringen, den Beihilfenvorschriften unterliegen oder ob eine Ausnahmeregelung auf sie Anwendung findet, kommt auf die Art der Tätigkeit an, insbesondere auf den Markt und Zweck der Leistung.

Beihilfen unter einem gewissen Schwellenwert müssen der Kommission nicht angezeigt werden, da hier angenommen wird, dass diese den Wettbewerb und den innergemeinschaftlichen Handel nicht verzerren könnten. Diese werden als *De-minimis*-Beihilfen bezeichnet. Bei *De-minimis*-Beihilfen wird zwischen regulären und jenen im Bereich der Daseinsvorsorge unterschieden. Investitionen in eine SDAWI dürfen aus staatlichen Mitteln finanziert werden, sofern die Gesamtsumme der *De-minimis*-Beihilfen, die einem Unternehmen gewährt werden, nicht mehr als EUR 200.000 bei allgemeinen bzw. EUR 500.000 bei DAWI in drei Steuerjahren ausmacht.

Der Förderungsvertrag ist eine in Österreich weit verbreitete alternative Organisationsform für soziale Dienste. Der wesentliche Unterschied zwischen öffentlichen Aufträgen und Förderungsverträgen besteht darin, dass mit dem Förderungsvertrag nicht eine dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabe gewährleistet wird. Dem Förderungsvertrag fehlt zudem der Beschaffungszweck. Er dient somit nicht primär der Befriedigung eines



Bedarfs des öffentlichen Vertragspartners, und ist nicht auf eine eigene/dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabenerfüllung gerichtet. Es geht vielmehr um ein im Allgemeininteresse liegendes Verhalten, das ohne Förderung nicht effektiv oder in der vorgesehenen Art und Weise erreicht werden kann. Europarechtlich finden abermals Art 14 und 106 Abs 2 AEUV Anwendung. Mittels Art 14 AEUV ist es der EU möglich, verbindliche Rechtsakte im Bereich der Daseinsvorsorge – inkl. Förderungen – zu erlassen, an die sich Mitgliedstaaten zu halten haben. Art 106 Abs 2 AEUV gilt nunmehr als Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und wird als solche oft für die Bestimmung von unzulässigen oder zulässigen staatlichen Beihilfen herangezogen. In Österreich gibt es andererseits allerdings keine verfassungsrechtlich verankerte Grundlage für Förderungen. Deren Regelung ist den einzelnen Gebietskörperschaften überlassen. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die allgemeine Rahmenrichtlinie für Förderungen aus Bundesmitteln (ARR). Nach § 12 ARR 2014 sind soziale Leistungen förderungswürdig, wenn an ihnen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und sie geeignet sind, zum sozialen Fortschritt beizutragen. Die Förderung muss in diesem Sinn auch notwendig sein. Bei der Vergabe dieser Förderungen wird auch die Erfüllung von fachlichen und wirtschaftlichen Eignungskriterien gemäß §§ 15 Abs 1 und 18 des Förderungswerbers verlangt. Das ARR 2014 berücksichtigt außerdem die De-minimis-Regelungen und die europäischen Beihilferechtsvorschriften. Zusätzlich besteht eine Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung sowie die Pflicht das Gleichbehandlungsgesetz zu beachten. Es besteht weder ein Anspruch auf diese Förderung, noch dient sie der kompletten Finanzierung sondern ist eher als Starthilfe ausgelegt.

Wichtig ist, dass das Vergaberecht zwingendes Recht ist. Rechtsnormen mit zwingendem Charakter können nicht durch die Vertragspartner geändert oder aufgehoben werden. Es handelt sich um unabdingbares Recht und genießt daher allgemeine Geltung. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang weiters, dass jede abweichende vertragliche Regelung unwirksam ist.

Da Förderungsverträge prinzipiell nicht anders als andere Beihilfen sind, ist zu prüfen, ob die Einzelmaßnahme bzw. das Förderprogramm mit dem EU-Beihilfenrecht vereinbar ist. Die Differenzierung des Beihilfe- und Vergaberechts ist oftmals schwierig. Daraus stellt sich in Zukunft wohl die Frage: "Muss ich ausschreiben, oder darf ich fördern?" Bei Förderungsverträgen kommt das Zuschussmodell zur Anwendung, welches eine Ausnahme aus dem BVergG bildet, jedoch nur dort angewendet werden kann, wo das Vergaberecht nicht zwingendes Recht ist.



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Anhang I: Soziale und besondere Dienstleistungen nach RL 2014/24/EU

Tabelle 4: Dienstleistung nach Art 74 RL 2014/24/EU

CPV-Code	Beschreibung
75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 [Überlassung von Haushaltshilfen]; 79624000-4 [Überlassung von Pflegepersonal] und 79625000-1 [Überlassung von medizinischem Personal] von 85000000-9 bis 85323000-9 98133100-5, 98133000-4; 98200000-5 und 98500000-8 [Privathaushalte mit Hausangestellten] und 98513000-2 bis 98514000-9 [Bereitstellung von Arbeitskräften für private Haushalte, Vermittlung von Arbeitskräften für private Haushalte, Bereitstellung von Bürokräften für private Haushalte, Bereitstellung von Zeitarbeitskräften für private Haushalte, Dienstleistungen von Haushaltshilfen und Haushaltungsdienste]	Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
85321000-5 und 85322000-2, 75000000-6 [Dienstleistungen der öffentlichen Verwaltung, Verteidigung und Sozialversicherung], 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; von 79995000-5 bis 79995200-7; von 80000000-4 [Allgemeine und berufliche Bildung] bis 80660000-8; von 92000000-1 bis 92700000-8 79950000-8 [Veranstaltung von Ausstellungen, Messen und Kongressen], 79951000-5 [Veranstaltung von Seminaren], 79952000-2 [Event-Organisation], 79952100-	Administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich



<p>3 [Organisation von Kulturveranstaltungen], 79953000-9 [Organisation von Festivals], 79954000-6 [Organisation von Parties], 79955000-3 [Organisation von Modenschauen], 79956000-0 [Organisation von Messen und Ausstellungen]</p>	
<p>75300000-9</p>	<p>Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (1)</p>
<p>75310000-2, 75311000-9, 75312000-6, 75313000-3, 75313100-4, 75314000-0, 75320000-5, 75330000-8, 75340000-1</p>	<p>Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen</p>
<p>98000000-3; 98120000-0; 98132000-7; 98133110-8 und 98130000-3</p>	<p>Sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen von Gewerkschaften, von politischen Organisationen, von Jugendverbänden und von sonstigen Organisationen und Vereinen</p>
<p>98131000-0</p>	<p>Dienstleistungen von religiösen Vereinigungen</p>
<p>55100000-1 bis 55410000-7; 55521000-8 bis 55521200-0 [55521000-8 Verpflegungsdienste für Privathaushalte, 55521100-9 Essen auf Rädern, 55521200-0 Auslieferung von Mahlzeiten] 55520000-1 Verpflegungsdienste, 55522000- 5 Verpflegungsdienste für Transportunternehmen, 55523000-2 Verpflegungsdienste für sonstige Unternehmen oder andere Einrichtungen, 55524000-9 Verpflegungsdienste für Schulen 55510000-8 Dienstleistungen von Kantinen,</p>	<p>Gaststätten und Beherbergungsgewerbe</p>



<p>55511000-5 Dienstleistungen von Kantinen und anderen nicht öffentlichen Cafeterias, 55512000-2 Betrieb von Kantinen, 55523100-3 Auslieferung von Schulmahlzeiten</p>	
<p>79100000-5 bis 79140000-7; 75231100-5;</p>	<p>Dienstleistungen im juristischen Bereich, sofern sie nicht nach Artikel 10 Buchstabe d ausgeschlossen sind</p>
<p>75100000-7 bis 75120000-3; 75123000-4; 75125000-8 bis 75131000-3</p>	<p>Sonstige Dienstleistungen der Verwaltung und für die öffentliche Verwaltung</p>
<p>75200000-8 bis 75231000-4</p>	<p>Kommunale Dienstleistungen</p>
<p>75231210-9 bis 75231230-5; 75240000-0 bis 75252000-7; 794300000-7; 98113100-9</p>	<p>Dienstleistungen für Haftanstalten, Dienstleistungen im Bereich öffentliche Sicherheit und Rettungsdienste, sofern sie nicht nach Artikel 10 Buchstabe h ausgeschlossen sind</p>
<p>79700000-1 bis 79721000-4 [Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten, Dienstleistungen von Sicherheitsdiensten, Überwachung von Alarmanlagen, Bewachungsdienste, Überwachungsdienste, Dienstleistungen in Verbindung mit Suchsystemen, Fahndung nach Flüchtigen, Streifendienste, Ausgabe von Mitarbeiterausweisen, Ermittlungsdienste und Dienstleistungen von Detekteien] 79722000-1 [Dienstleistungen von Grafologen], 79723000-8 [Abfallanalyse]</p>	<p>Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten</p>



98900000-2 [Von extraterritorialen Organisationen und Körperschaften erbrachte Leistungen] und 98910000-5 [Dienstleistungen von internationalen Organisationen und Körperschaften]	Internationale Dienstleistungen
64000000-6 [Post- und Fernmeldedienste], 64100000-7 [Post- und Kurierdienste], 64110000-0 [Postdienste], 64111000-7 [Postdienste im Zusammenhang mit Zeitungen und Zeitschriften], 64112000-4 [Briefpostdienste], 64113000-1 [Paketpostdienste], 64114000-8 [Post-Schalterdienste], 64115000-5 [Vermietung von Postfächern], 64116000-2 [Dienste im Zusammenhang mit postlagernden Sendungen], 64122000-7 [Interne Bürobotendienste]	Postdienste
50116510-9 [Reifenrunderneuerung], 71550000-8 [Schmiedearbeiten]	Verschiedene Dienstleistungen

(1) Diese Dienstleistungen unterliegen nicht dieser Richtlinie, wenn sie als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden. Es steht den Mitgliedstaaten frei, die Erbringung von Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen sozialen Dienstleistungen oder anderen Dienstleistungen als Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse zu organisieren



Anhang II: Leitfaden für Experteninterviews mit dabei-austria

1. Wie sah die Ausschreibung von Leistungen Ihrer Mitglieder bisher aus? Welche Kriterien wurden in den Ausschreibungsunterlagen an welcher Stelle eingefordert?
2. Wie hoch ist der durchschnittliche Wert eines öffentlichen Auftrags im Bereich soziale Dienste?
3. Wie oft wird in der Praxis der festgelegte Schwellenwert von EUR 750.000 überschritten werden?
4. Zeigt Ihre Erfahrung, dass Sozial-Kriterien bereits jetzt Anwendung in der Vergabe öffentlicher Aufträge in Zusammenhang mit sozialen Diensten finden?
 - a. Wie wurden sie bisher in die Ausschreibungen implementiert? (Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterium etc.)
 - b. Wo wurden sie bisher in die Ausschreibungen implementiert? (Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterium etc.)
 - c. Denken Sie, dass die Implementierung von Sozial-Kriterien in Zukunft an Bedeutung gewinnt?
5. Welche Sozial-Kriterien eignen sich für die von den Mitgliedern von dabei-austria angebotenen sozialen Dienste?
 - a. Welche Sozial-Kriterien sollen K.O.-Kriterien sein, welche eher gewichtet werden?
 - b. Welche Probleme ergeben sich bei der Anwendung zu strenger Kriterien?

Optional:

6. Welche alternativen Organisations- und Finanzierungsformen zur Vergabe öffentlicher Aufträge gibt es?
 - a. Wie wurden die Leistungen, welche Ihre Mitglieder erbringen bisher vergeben?
 - b. Welche Pro und Contra können Sie aus der Praxis der Vergangenheit ableiten?



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Literaturverzeichnis

Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014), BGBl II Nr 208/2014.

Allgemeine Vertragsbestimmungen, Stand 08. Oktober 2012 („Beilage A“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: 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, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013.

Bachmann et al (Hrsg.), Besonderes Verwaltungsrecht, 8. Aufl., 412f.

Bauby/Similie, Public Services: In the European Union & in the 27 Member States – Statistics, Organisation and Regulations (2011).

Bericht für den Europäischen Rat in Laeken – Leistungen der Daseinsvorsorge, KOM(2001) 598 vom 17. Oktober 2001.

Beschluss Nr 2012/21/EU der Kommission vom 20. Dezember 2011 über die Anwendung von Artikel 106 Absatz 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen zugunsten bestimmter Unternehmen, die mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse betraut sind, ABI L 7/3 vom 11. Januar 2012.

Borchardt in Lenz/Borchardt (Hrsg.), Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon (2010).

Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006), BGBl I Nr 17/2006 idgF.

Bundessozialamt, Aufruf zur Einreichung von Projektkonzepten im Rahmen der Österreichischen „AusBildungs-Strategie“ – Jugendcoaching („Call 2012“).

Bundessozialamt, Jugendcoaching: Umsetzungsregelungen inklusive Erläuterungskommentar und Beilagen, Version 20121010 („Beilage B“ des Anhangs der Fördervereinbarung).

Charta der Grundrechte der Europäischen Union (Grundrechtecharta) vom 18. Dezember 2000, ABI C 364.



Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A renewed EU strategy 2011-14 for Corporate Social Responsibility, COM(2011) 681 final 25. October 2011.

Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge, Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.), Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013).

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache C 24/2005 – Frankreich – Laboratoire national de métrologie et d'essais, ABI L 95 vom 5. April 2007.

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 166/05 – Vereinigtes Königreich – Staatliche Beihilfe zur Finanzierung des ländlichen Postnetzes von Post Office Limited, ABI C 141 vom 16. Juni 2006.

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 395/05 – Irland – Kreditbürgschaften für soziale Infrastrukturprogramme der Housing Finance Agency, ABI C 77 vom 5. April 2007.

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache N 562/2005 – Italien – Verlängerung der Konzessionen für die Betreiber des Montblanc-Tunnels (ATMB) und des Tunnels Maurice Lemaire, ABI C 90 vom 25. April 2007.

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 51/2006 – Italien – Poste Italiane SpA: Gegenleistung des Staates für die Verpflichtungen des postalischen Universaldienstes 2000-2005, ABI C 291 vom 30. November 2006.

Entscheidung der Kommission in der Beihilfesache NN 8/07 – Spanien – Maßnahmen zum Arbeitsplatzabbau bei RTVE, ABI C 109 vom 15. Mai 2007.

EuGH, C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Slg 1999, I-3919.

EuGH, Rs 31/87, *Beentjes/Niederlande (Beentjes)*, Slg 1988, 4635.

EuGH, Rs 82/77, *Staatsanwaltschaft Niederlande/Jacobus Philippus van Tiggele (van Tiggele)*, Slg 1978, 25.

EuGH, Rs C 206/98, *Kommission/Belgien*, Slg 2000, I-3509.

EuGH, Rs C-218/00, *Cisal/INAIL*, Slg 2002, I-691.

EuGH, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich (Nord-Pas-de-Calais)*, Slg 2000, I-7445.

EuGH, Rs C-241/94, *Frankreich/Kommission*, Slg 1996, I-4551.

EuGH, Rs C-244/94, *FFSA u. a./Ministère de l'Agriculture und de la Pêche*, Slg 1995, I-4013.



- EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans und Regierungspräsidium Magdeburg* (Altmark Trans), Slg 2003, I-7747.
- EuGH, Rs C-355/00 vom 22. Mai 2003, *Freskot AE/Elliniko Dimosio* (Freskot), Slg 2003, I-5263.
- EuGH, Rs C-451/03, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti Srl/Giuseppe Calafiori* (Servizi Ausiliari), Slg 2006, I-2941.
- EuGH, Rs C-532/03, *Kommission/Irland* (Irische Rettungsdienste), Slg 2007, I-11353.
- EuGH, Rs C-75/05 P u. Rs C-80/05 P, *Deutschland/Kronofrance*, Slg 2008, I-6619.
- EuGH, Rs T-17/02, *Olsen/Kommission*, Slg 2005, II-2031.
- EuGH, Rs T-289/03, *BUPA u. a./Kommission*, Slg 2008, II-741, Rn 182 u. 183.
- EuGH, verbundene Rs C-180/98 bis C-184/98, *Pavlov u. a.*, Slg 2000, I-6451.
- EuGH, Rs C-448/01, *EVN AG u. Wienstrom GmbH/Österreich* (EVN u. Wienstrom), Slg 2003, I-14527.
- Europa Glossar, Gemeinwohlorientierte Leistungen – Zusammenfassungen der EU-Gesetzgebung (2012).
- Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Soziales Europa (2010).
- Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Soziales Europa (2010).
- Fördervereinbarung abgeschlossen zwischen dem Ausgleichstaxfonds, vertreten durch den Bundesminister für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, vertreten durch den Leiter der Landesstelle Niederösterreich des Bundessozialamts, Außenstelle Wien als Fördergeber sowie der Caritas der Erzdiözese Wien (Caritasverband) als Fördernehmer vom 17. Dezember 2012.
- Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG – NRW) vom 10. Januar 2012.
- Grünbuch der Kommission vom 21. Mai 2003 zu Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2003) 270 endg., ABI C 76 vom 25. März 2004.



Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012).

Krajewski, Public Services in bilateral free trade agreements of the EU, EPSU (Hrsg.) (2011).

Kronsbein/Schriefers, Risiko Betrauungsakt – Bei Aufgabenübertragung muss Beihilfekonformität sichergestellt werden, in: Der Neue Kämmerer, Ausgabe 1, Februar 2013, http://www.bcsd.de/files/risiko_betrauungsakt.pdf (abgerufen am 28. August 2014).

Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 vom 20. Dezember 2011.

Mitteilung der Kommission über die Anwendung der Beihilfavorschriften der Europäischen Union auf Ausgleichsleistungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, ABI C 8/02 vom 11. Januar 2012.

Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 vom 15. Oktober 2001.

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, ABI C 121 vom 29. April 2000.

Mitteilung der Kommission: Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa, KOM(96) 443 vom 11. September 1996.

Mitteilung der Kommission: Rahmen der Europäischen Union für staatliche Beihilfen in Form von Ausgleichsleistungen für die Erbringung öffentlicher Dienstleistungen (2011), ABI C 8/15 vom 11. Januar 2012.

Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006.

Mitterlehner, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben: Abstimmung zum Vergabelegislativpaket wurde vertagt, P/S/R INSTITUT (Hrsg.) Fachbeitrag 21 (2013), http://www.daseinsvorsorge.org/wp/wp-content/uploads/2014/03/20131216_PSR_Fachbeitrag_21_2013.pdf.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on public procurement – Annex, 2011/0438(COD).



- Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, COM(2011) 895 of 20 December 2011.
- Regierungsvorlage (RV), Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006) – Materialien, 1171 der Beilagen XXII. GP.
- Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABI L 134 vom 30. April 2004.
- Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABI L 134 vom 30. April 2004.
- Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABI L 94/1 vom 28. März 2014.
- Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI L 94/65 vom 28. März 2014.
- Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ABI L 94/243 vom 28. März 2014.
- Richtlinie Jugendcoaching des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur Durchführung der Maßnahmen Jugendcoaching, BMASK-44101/0013-IV/A/6/2012.
- Schramm Öhler Rechtsanwälte*, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen: Wie regionale Stärken von KMU im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können, Wirtschaftskammer Vorarlberg (Hrsg.), 2. Auflage (2012).
- Simon*, Liberalisierung von Dienstleistungen der Daseinsvorsorge im WTO- und EU-Recht (2009).
- Verordnung (EU) Nr 1407/2013 der Kommission vom 18. Dezember 2013 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen, ABI L 352/1 vom 24. Dezember 2013.



Verordnung (EU) Nr 360/2012 der Kommission vom 25. April 2012 über die Anwendung der Artikel 107 und 108 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union auf *De-minimis*-Beihilfen an Unternehmen, die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse erbringen, ABl L 114/8 vom 26. April 2012.

Verordnung (EWG/EURATOM) des Rates Nr 1182/71 vom 3. Juli 1971 zur Festlegung der Regeln für die Fristen, Dauer und Termine, ABl 1971, L 124 vom 06. August 1971.

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) – Protokoll 26, konsolidierte Fassung, ABl C 326 vom 26. Oktober 2012, 201.

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl C 326 vom 26. Oktober 2012.

Vorschlag für eine Entscheidung zur Änderung von Art 3 der Entscheidung 98/198/EG, KOM(2000) 589 vom 21. September 2000.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 vom 20. Dezember 2011.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2 vom 21. Dezember 2011.

Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011.



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung

