

DIE AUFTRAGSVERGABE DES BETREUUNGSMANAGEMENTS FÜR FLÜCHTLINGE UND WOHNUNGSLOSE IN HAAN AN EUROPEAN HOMECARE – Ein Kommentar von Bastian Gierling, Haan (Rhld.)

I. PROLOG

Wenn es eine Leistung der Stadt Haan gibt, auf die ich als Haaner Bürger in den letzten Jahren stolz gewesen bin, dann ist das die Bewältigung des 2015 bis 2016 in großer Zahl stattgefundenen Flüchtlingszuzugs auch in unsere Stadt gewesen.

Erstens: Eine Politik, die – ungeachtet der insbesondere auch im Sozialausschuss zum Thema teils kontrovers geführten Diskussionen – letztlich einstimmig die richtigen Entscheidungen traf.

Zweitens: Eine anpackende Verwaltung, die es schaffte, binnen nur kurzer Zeit genügend Unterkünfte zu errichten.

Drittens: Ein großes sowie bis heute anhaltendes ehrenamtliches Engagement der Haaner Bürger/innen und Vereine.

Erleichtert wurde diese Kraftanstrengung insbesondere auch durch den Umstand, dass die Stadt Haan zu diesem Zeitpunkt bereits über ein seit dem Jahr 2008 bestehendes Betreuungsmanagement für die Wohnungslosen und Flüchtlinge durch den Caritasverband im Kreis Mettmann e.V. (nachfolgend kurz „Caritas“) verfügte.

Nun haben die Bürger/innen, Ehrenamtlichen und auch die Rathausparteien erfahren müssen, dass die Leistungen zur Betreuung der Haaner Obdachlosen und Flüchtlinge ab dem kommenden Jahr nicht mehr von der Caritas, sondern von dem privaten Anbieter European Homecare erbracht werden (vgl. https://rp-online.de/nrw/staedte/haan/caritas-verliert-die-fluechtlingsbetreuung-der-stadt-haan_aid-46372151). Es handelt sich hierbei um einen aus Funk und Fernsehen bekannten kommerziellen Anbieter, der insbesondere dadurch von sich reden gemacht hat, dass seine Mitarbeiter Flüchtlinge mit fragwürdigen Methoden behandelt und sogar körperlich misshandelt haben sollen (vgl. <https://www.wp.de/staedte/siegerland/fluechtlings-misshandelt-grossprozess-in-siegerlandhalle-id215542209.html>). Zudem hat das Land NRW hat in jüngerer Vergangenheit bestehende Verträge mit diesem Anbieter wegen Schlechtleistung gekündigt (vgl. https://www.general-anzeiger-bonn.de/region/sieg-und-rhein/sankt-augustin/kuendigung-fuer-betreiber-von-fluechtlingsunterkunft_aid-43940597). Auch ein Blick in die Arbeitgeberbewertungsportale lässt so manche Fragen aufkommen (vgl. <https://www.kununu.com/de/european-homecare/kommentare>).

Grund für diesen Anbieterwechsel ist – wie die Bürgermeisterin den Politikern im nichtöffentlichen Teil des letzten Sozialausschusses am 01.10.2019 mitgeteilt haben soll – eine von der Stadt durchgeführte Neuausschreibung der Leistungen, in der European Homecare das „günstigste“ Angebot abgegeben haben soll.

Das Entsetzen und die Sorge wegen dieses Anbieterwechsels vom anerkannten örtlichen Sozialverband Caritas hin zu dem skandalumwitterten Anbieter sind jetzt bei Bürger/innen, Ehrenamtlichen und auch einigen Rathausfraktionen groß. Die Politik will tlw. sogar überhaupt nichts von der Ausschreibung der Leistungen gewusst haben, geschweige denn von dem Umstand, dass als Zuschlagskriterium allein der günstigste Preis entscheidend gewesen sein soll. Zudem werden rechtliche Fragen aufgeworfen, wie bspw. ob die Ausschreibung rechtlich in Ordnung war oder ob die Bürgermeisterin den Auftrag ohne vorherige Zustimmung der Politik an European Homecare überhaupt vergeben durfte.

Im Folgenden wird der Versuch einer Darstellung des wesentlichen Sachverhalts bis zur nunmehr erfolgten Auftragserteilung an European Homecare unternommen und dieser einer kritischen Betrachtung unterzogen. Dazu weist der Verfasser darauf hin, dass er weder Mitglied einer Partei oder Rathausfraktion ist und er auch kein Mandat in einem politischen Gremium der Stadt Haan innehat. Seine Darstellungen entstammen allein einer Recherche aus dem öffentlichen Ratsinformationssystem

sowie sonstigen für jedermann frei zugänglichen Medien. Die daraus gezogenen Schlussfolgerungen entstammen allein dem gesunden Menschen- und Sachverstand sowie den praktischen Erfahrungen des Verfassers im Bereich öffentlicher Auftragsvergaben.

II. FAZIT

1. Für die Vergabe von „sozialen Dienstleistungen“ ausschließlich den Preis als Zuschlagskriterium festzulegen, ist der Sache nicht angemessen. Dies widerspricht auch der allgemein üblichen Praxis.
2. Die Haaner Politik – insbesondere der Sozial- und Integrationsausschuss (SIA) - hat es versäumt, sich um die wichtige Angelegenheit der Ausschreibung der Leistungen für das Betreuungsmanagement zu kümmern.

III. DAS BETREUUNGSMANAGEMENT-SYSTEM VON 2008 BIS MITTE 2018

Die Caritas ist in Haan seit dem 01.09.2008 mit dem Betreuungsmanagement von Wohnungslosen und Flüchtlingen betraut. Den Leistungen der Caritas lag jedoch bis Mitte 2018 kein klassisches Auftrags- bzw. Vertragsverhältnis mit der Stadt Haan zugrunde. Vielmehr wurden die Leistungen der Caritas über ein Jahrzehnt auf der Basis von Zuschussgewährungen der Stadt Haan erbracht und vergütet.

Der wesentliche Unterschied zwischen dem System der Zuschussgewährung und einem klassischen Auftrags- bzw. Vertragsverhältnis besteht darin, dass bei Ersterem keine wechselseitigen einklagbaren Vertragsverpflichtungen bestehen. D.h. beispielsweise, dass bei einer Schlecht- oder Nichterfüllung des Anbieters nicht die Einhaltung von Vertragspflichten geltend gemacht werden kann, sondern dass allenfalls die zweckgebundenen Zuschüsse zurückgefordert werden können. Umgekehrt hat aber auch der Anbieter keine einklagbaren vertraglichen Ansprüche gegenüber der Stadt.

Seit 2008 wurde vom Rat der Stadt Haan im Zwei-Jahres-Rhythmus über die Zuschussgewährung an die Caritas für das Betreuungsmanagement entschieden. Die Höhe der Zuschüsse hing dabei jeweils maßgeblich von einem bestimmten Betreuungsschlüssel ab.

Dieses Modell der Zuschussgewährung an die örtlichen Wohlfahrtsverbände für die von diesen erbrachten Betreuungsleistungen ist tlw. bis heute gelebte Praxis – und zwar nicht nur in Haan, sondern auch andernorts.

IV. SYSTEMWECHSEL DER STADT IN 2018

Am 01.12.2017 entschied die Vergabekammer Rheinland in einem Vergabenachprüfungsverfahren eines kommerziellen Anbieters sozialer Dienstleistungen gegen die Stadt Düsseldorf, dem ein vergleichbarer Fall der „Zuschussgewährung“ an einen anerkannten örtlichen Wohlfahrtsverband zugrunde lag, dass dieses Zuwendungsmodell einem „öffentlichen Auftrag“ entspreche und somit ausschreibungspflichtig sei. Am Rande sei bemerkt, dass es sich bei der damaligen Klägerin übrigens um European Homecare gehandelt hat (vgl. <https://www.juve.de/nachrichten/verfahren/2018/01/punktsieg-fuer-aulinger-mandantin-duesseldorf-muss-betreuung-von-fluechtlingen-ausschreiben>).

Bereits vor dieser Entscheidung der VK Rheinland war jedoch die Stadt Haan zu der Auffassung gelangt, dass die in Rede stehenden Leistungen des Betreuungsmanagements fortan wohl ausgeschrieben werden müssten. So jedenfalls soll es der Politik seitens der Verwaltung bereits unter anderem in der Sitzung des Sozialausschusses am 25.10.2017 mitgeteilt worden sein (vgl. die Beschlussvorlage vom 06.11.2017 unter <https://www2.haan.de/bi/vo0050.php?kvonr=2584&voselect=1766>).

Interessant ist dann, was im Protokoll der Sitzung des Sozialausschusses vom 23.11.2017 nachzulesen ist, nämlich:

„Die Verwaltung erläutert, dass in verschiedenen Gremien bereits darüber berichtet wurde, dass die vergaberechtliche Situation einer Ausschreibung des Betreuungsmanagements bedarf.

Im Vorfeld wurde Kontakt zum Caritasverband aufgenommen, die ihr Einverständnis mit der Verlängerung der Tätigkeiten unter den bisherigen Zuschusskonditionen für weitere 3 Monate erklärte.

Die Verwaltung schlug die Einrichtung einer interfraktionellen Runde mit den politischen Parteien und den nicht anbietenden Verbänden vor. Erbeten wurde eine entsprechende Rückmeldung durch die politisch Verantwortlichen, ob ein Interesse an der Teilnahme an dieser Runde besteht. Eine Rückmeldung erfolgte in der Sitzung nicht.

Nachtrag:

Aufgrund der fehlenden Rückmeldung organisiert die Verwaltung eine solche Runde, bei dem die zukünftige Leistungsbeschreibung vorgestellt werden soll. Diese soll dem SIA im Februar 2018 präsentiert werden.“

(vgl. https://www2.haan.de/bi/to0050.php?_ktonr=11355)

Daraus ergeben sich folgende Fragen: Warum hat die Politik den ihr ursprünglich von der Verwaltung unterbreiteten Vorschlag für eine interfraktionelle Runde nicht aufgegriffen? Wann wurde – wie im vorstehenden Nachtrag im Sitzungsprotokoll von der Verwaltung angekündigt – diese interfraktionelle Runde von der Verwaltung einberufen? Wurden in dieser die Leistungsbeschreibung und/oder die Eignungs- und Zuschlagskriterien für die Vergabe vorgestellt bzw. besprochen?

Der nachfolgenden Vorlage der Verwaltung vom 21.02.2018 für die Sitzung des Sozialausschusses vom 21.03.2018 ist folgendes zu entnehmen:

„Wie schon in der Beschlussvorlage Nr. 50/0002/2017 mitgeteilt, ergibt sich nach dem Ende der Zuschussvereinbarung zwischen dem Caritasverband im Kreis Mettmann und der Gartenstadt Haan die sachliche und rechtliche Notwendigkeit, die vorgenannte Aufgabenstellung unter Berücksichtigung der vergaberechtlichen Vorgaben auszuschreiben. Es ist eine konkrete Arbeitsleistung vor Ort zu erbringen, die auch von anderen Anbietern erbracht werden könnte, weswegen die Ausschreibung durchzuführen ist.

Mehrere ehrenamtliche Kräfte, die in den Flüchtlingsunterkünften tätig sind, haben ein Gespräch mit der Bürgermeisterin der Stadt Haan gesucht. In der Bürgermeisterinsprechstunde vom 29.01.2018 hat sich, aufgrund der Anregungen der Ehrenamtler/innen, eine Fortschreibung der Leistungsbeschreibung ergeben, welche Teil des Vergabeverfahrens ist.“

(vgl. https://www2.haan.de/bi/vo0050.php?_kvonr=2667&voselect=1921)

Danach lässt sich vermuten, dass – entgegen der Ankündigung im vorangegangenen SIA - die interfraktionelle Runde letztlich nicht einberufen und dementsprechend die Politik nicht in das geplante (erste) Ausschreibungsverfahren aus dem Jahr 2018 eingebunden wurde.

Jedenfalls aber war die Politik darüber informiert, dass die Verwaltung die Leistungen des Betreuungsmanagements bereits für das Jahr 2018 erstmals auszuschreiben beabsichtigte. Genau aus diesem Grund wurde am 21.03.2018 im Sozialausschuss auch über Zuschussgewährungen an die Caritas nur für die „Überbrückungszeit“ bis zur Entscheidung in dem (ersten) Vergabeverfahren 2018 entschieden (vgl. https://www2.haan.de/bi/to0050.php?_ktonr=12052). Das erste Vergabeverfahren war zu diesem Zeitpunkt, also im März 2018, seitens der Verwaltung auch bereits angestoßen worden (vgl. https://www.haan.de/media/custom/1581_4952_1.PDF?1521445108).

Den erstmals öffentlich im letzten Jahr ausgeschriebenen Auftrag für die Leistungen des Betreuungsmanagements für die Laufzeit 07/18 bis 12/19 erhielt die Caritas.

Die Stadt hatte also bereits mit der Ausschreibung im Frühjahr letzten Jahres, welche in dem Abschluss eines Dienstleistungsvertrages mit der Caritas mündete, das bis dato bestehende System der „Zuschussgewährung“ durchbrochen.

Nachdem der Zuschlag im letzten Jahr an die Caritas erteilt worden war, hob der Vergabesenat des OLG Düsseldorf am 11.07.2018 den oben zitierten Beschluss der Vergabekammer Rheinland auf. Er entschied, dass eine Zuwendung im Sinne einer bloßen Finanzierung von Tätigkeiten, verbunden mit der Verpflichtung, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen, keine Vergabe eines öffentlichen Auftrags darstellt. Denn der Begriff des öffentlichen Auftrags setze voraus, dass dadurch eine einklagbare Erfüllungsverpflichtung des Auftragnehmers begründet wird (vgl. https://www.justiz.nrw.de/nrwe/olgs/duesseldorf/j2018/VII_Verg_1_18_Beschluss_20180711.html).

Nach Auffassung des örtlich zuständigen Oberlandesgerichts ist es danach also auch heute noch grundsätzlich zulässig, die Betreuung von Flüchtlingen und Wohnungslosen durch die Gewährung von Zuschüssen zu finanzieren. Einer öffentlichen Ausschreibung bzw. Auftragsvergabe bedarf es nach Auffassung des OLG Düsseldorf grundsätzlich nicht. Gleichwohl steht es auch nach der Entscheidung des OLG grundsätzlich im Ermessen der Kommunen diese Leistungen als öffentlichen Auftrag in einem Vergabeverfahren auszuschreiben. Zudem wird die OLG-Entscheidung in Fachkreisen durchaus kritisch beurteilt.

Zum Zeitpunkt des OLG-Beschlusses war der öffentliche Auftrag in Form eines Dienstleistungsvertrages jedenfalls bereits vergeben und die Caritas hatte auf dieser neuen Basis auch bereits mit der dementsprechend geschuldeten Leistungserbringung zum 01.07.2018 begonnen, deren Laufzeit zum 31.12.2019 endet.

V. ZWISCHENFAZIT

Als Zwischenfazit kann an dieser Stelle Folgendes festgehalten werden:

- Die Politik war über die beabsichtigte (erstmalige) öffentliche Ausschreibung der Betreuungsleitungen in 2018 informiert.
- Die Politik hat von der Möglichkeit sich im Vorfeld an der Ausschreibung zu beteiligen aktiv keinen Gebrauch gemacht.
- Die Verwaltung hat scheinbar – entgegen ihrer Ankündigung – keine Initiative mehr ergriffen, die Politik im Vorfeld der Ausschreibung über deren Inhalte zu informieren.
- Die Verwaltung hat bereits in 2018 die in Rede stehenden sozialen Dienstleistungen so ausgeschrieben, dass der Bieter mit dem niedrigsten Preis den Zuschlag erhielt, ohne dass die Qualität der Leistungen für die Zuschlagserteilung eine Rolle gespielt hat.
- Die Stadt hat bereits mit der Ausschreibung im Frühjahr letzten Jahres das bis dato bestehende System der „Zuschussgewährung“ mit der Auftragsvergabe, also dem Abschluss eines Dienstleistungsvertrages mit der Caritas, durchbrochen. Eine Rückkehr zum Zuschussystem ist nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 11.07.2018 zwar grundsätzlich möglich, aber aus vergaberechtlicher Sicht nicht zu empfehlen.

VI. WIE KAM ES IN 2019 ZUR AUFTRAGSERTEILUNG AN EUROPEAN HOMECARE?

Wie dargelegt, war die Politik über die Ausschreibung und Auftragsvergabe an die Caritas bereits im letzten Jahr informiert. Da der Dienstleistungsvertrag mit der Caritas mit Ablauf des Monats Dezember 2019 endet, hätte die Politik auch darüber informiert sein müssen, dass bereits in diesem Jahr die

Leistungen des Betreuungsmanagements für die Zeit ab Beginn des Jahres 2020 erneut ausgeschrieben werden mussten. Tatsächlich findet sich dazu im Protokoll der Sitzung des Sozialausschusses vom 05.06.2019 unter Top 11 „Mitteilungen“ ein Hinweis des Sozialamtsleiters Michael Schneider, dass der Vertrag mit der Caritas zum 31.12.2019 ende und die neue Ausschreibung bereits laufe (vgl. https://www2.haan.de/bi/to0050.php?_ktonr=13727).

Die Auftragsbekanntmachung der diesjährigen öffentlichen Ausschreibung entspricht nahezu wörtlich derjenigen aus dem letzten Jahr. Auch in dieser ist wiederum als einziges Zuschlagskriterium der Preis angegeben (vgl. https://www.haan.de/media/custom/1581_5544_1.PDF?1563453010). Der Vertrag soll danach vom 01.01.2020 bis zum 31.12.2021 laufen.

Anders als im letzten Jahr lassen sich den öffentlich zugänglichen Sitzungsunterlagen jedoch keine Hinweise darauf entnehmen, dass die Politik durch die Verwaltung im Vorfeld an der Ausschreibung beteiligt werden sollte bzw. wurde.

In der Sitzung des Sozialausschusses am 01.10.2019 erfolgte dann die Mitteilung der Bürgermeisterin an die Ausschussmitglieder über den Zuschlag auf das „günstigste“ Angebot, nämlich das der European Homecare.

VII. VERGAVERFAHREN

Die Stadt Haan hat die Leistungen in einem nationalen Vergabeverfahren in der Form einer öffentlichen Ausschreibung nach § 9 der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ausgeschrieben. Bei einer öffentlichen Ausschreibung fordert der öffentliche Auftraggeber eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen zur Abgabe von Angeboten auf. Offenbar ist die Stadt Haan davon ausgegangen, dass es sich bei den ausgeschrieben Leistungen des „Sozial- und Integrationsmanagements (SIM)“ zur sozialen Betreuung von Flüchtlingen und Wohnungslosen (kurz „Betreuungsmanagement“) um sog. soziale Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der EU-Richtlinie 2014/24/EU handelt. Für diese Leistungen gilt ein gegenüber sonstigen Dienstleistungen erhöhter Schwellenwert von 750.000 € (netto), ab dem europaweit ausgeschrieben werden muss. Nur durch die Begrenzung des Leistungszeitraums auf 1,5 Jahre in der ersten und 2 Jahre in der zweiten Ausschreibung blieb die Stadt unterhalb der Schwelle und konnte sich so auf eine nationale Ausschreibung beschränken, welche sich nach den Vorschriften der UVgO richtet. Der wesentliche Unterschied zu einer EU-weiten Ausschreibung liegt darin, dass es bei nationalen Vergabeverfahren für die Bieter nur einen eingeschränkten Rechtsschutz gegen Vergaberechtsverstöße gibt.

Ein fachlicher Grund für die Stückelung der Leistungszeiträume ist nicht ersichtlich. Im Gegenteil, denn gerade im Bereich sozialer Dienstleistungen ist eine kontinuierliche Leistungserbringung für die Qualität und den Erfolg der Leistungen regelmäßig besonders wichtig. Dementsprechend wurde mit der Vergaberechtsreform im Jahr 2016 gerade für die sozialen Dienstleistungen die maximale Laufzeit der Verträge von 4 auf 6 Jahre erhöht.

VIII. ZUSCHLAGSKRITERIEN

Ausweislich der Auftragsbekanntmachung wurde als einziges Zuschlagskriterium der Preis wie folgt festgelegt:

„100% Preis. Dem Auftraggeber steht für die Erfüllung der Aufgaben des Sozial- und Integrationsmanagements ein Betrag von maximal 280.000,00 € für den Leistungszeitraum vom 02.01.2020 bis 31.12.2020 und ein maximaler Betrag in Höhe von 280.000,00 € für den Leistungszeitraum vom 02.01.2021 bis einschließlich 31.12.2021 jeweils einschließlich gesetzlicher Umsatzsteuer zur Verfügung. Die Wertung der Angebote erfolgt allein auf Grundlage des Angebotspreises je Tätigkeitsstunde einschließlich der gesetzlichen Mehrwertsteuer. Soweit die Wertung nach dem Preis nicht zu einem eindeutigen Ergebnis führt, weil mehrere Bieter exakt

denselben Preis angeboten haben, erfolgt die Auswahl des obsiegenden Angebotes durch Losentscheidung.“

(vgl. https://www.haan.de/media/custom/1581_5544_1.PDF?1563453010)

Hierzu ist Folgendes zu sagen:

Ein reiner Preiswettbewerb bei der Ausschreibung sozialer Dienstleistungen ist unüblich, wie ein Blick in die öffentlich zugänglichen Ausschreibungsportale zeigt (vgl. exemplarisch folgende Auftragsbekanntmachungen, dort jeweils unter Ziffer II.2.5):
<https://ted.europa.eu/TED/notice/udl?uri=TED:NOTICE:464203-2019:TEXT:DE:HTML&src=0;>
<https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:327268-2019:TEXT:DE:HTML&src=0;>
[https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:478695-2019:TEXT:DE:HTML&src=0\).](https://ted.europa.eu/udl?uri=TED:NOTICE:478695-2019:TEXT:DE:HTML&src=0)

Ein reiner Preiswettbewerb ist auch nicht sinnvoll, da sich die Qualität sozialer Dienstleistungen teils deutlich unterscheidet. Einen reinen Preiswettbewerb durchzuführen, bedeutet also Äpfel mit Birnen zu vergleichen. Dies ergibt sich auch aus den einschlägigen Rechtsvorschriften:

Der Zuschlag wird gemäß § 43 Abs. 1 UVgO auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt nach § 43 Abs. 2 Satz 1 UVgO auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Um das beste Preis-Leistungsverhältnis zu ermitteln, nennt § 43 Abs. 2 Satz 2 UVgO neben dem Preis exemplarisch eine Mehrzahl von Zuschlagskriterien, anhand derer die Qualität der angebotenen Leistungen bewertet werden kann. Für soziale Dienstleistungen, um die es hier geht, wird der Katalog der qualitativen Zuschlagskriterien in § 49 Abs. 2 Satz 2 UVgO sogar noch einmal ausdrücklich erweitert.

Hintergrund ist, dass der Normgeber erstens gerade diese Art von Dienstleistungen als besonders sensibel einstuft, weil die Qualität der Leistungen in besonderer Weise von der Organisation des Anbieters und der Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals abhängt. Zweitens können diese Leistungen erfahrungsgemäß vom Auftraggeber nicht eindeutig, erschöpfend und abschließend beschrieben werden, weil es sich hierbei nicht um standardisierte Produkte handelt, sondern um Leistungen, die maßgeblich von einer genauen Konzeption für die Leistungserbringung durch den jeweiligen Anbieter abhängen.

Ein Blick in die der Ausschreibung zugrunde gelegte Leistungsbeschreibung zeigt, dass die Stadt Haan selbst davon ausgeht, die zu erbringenden Leistungen nicht abschließend beschreiben zu können. So sind in der Leistungsbeschreibung die zu erbringenden Leistungen als Mindestanforderungen auch nur sehr allgemein und funktional beschrieben. Demgemäß hat nach Ziffer 1.3 der Leistungsbeschreibung der Auftragnehmer ein Betreuungskonzept zu erstellen, indem dieser dann auszuführen hat, wie er Leistungen unter Beachtung der von der Stadt geforderten Mindestinhalte genau auszuführen beabsichtigt (vgl. <https://www2.haan.de/bi/getfile.php?id=51713&type=do&>).

Umso weniger verständlich ist, dass – wie in Ausschreibungen über Leistungen der vorliegenden Art gängige Praxis – dieses Betreuungskonzept nicht als qualitatives Zuschlagskriterium für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots herangezogen wurde. Dies gilt auch für das Fehlen von – wie üblich – weiteren qualitativen Zuschlagskriterien, wie bspw. die Ablauforganisation oder die Qualifikation und Erfahrung des einzusetzenden Personals.

IX. ERLAUBNIS DER BÜRGERMEISTERIN ZUR ZUSCHLAGSERTEILUNG AN EUROPEAN HOMECARE?

Zu der Frage, ob es der Bürgermeisterin erlaubt war, den Zuschlag auf das Angebot von European Homecare ohne vorherige Zustimmung der politischen Gremien zu erteilen, ist Folgendes zu sagen:

Nach einer Ende 2016 vom Rat beschlossenen Änderung der Hauptsatzung der Stadt Haan ist der Bürgermeisterin dies erlaubt (vgl.

https://www2.haan.de/bi/vo0050.php?_kvonr=2294&voselect=1546). Dies folgt aus der geänderten Regelung des § 7 Buchst c) der Hauptsatzung. Danach hat der Rat dem Bürgermeister die Befugnis zur Erteilung von Aufträgen (Zuschlagserteilungen) im Rahmen der zur Verfügung stehenden Haushaltsmittel übertragen. Diese Ermächtigung ist also der Höhe nach durch die im Haushaltsplan entsprechend zur Verfügung gestellten finanziellen Mittel begrenzt. Der Haushaltsplan enthält auf Seite 446 f. im Produkt 050110 „Förderung der allgemeinen Wohlfahrtspflege“ einen Betrag von je 280.000 € für das Betreuungsmanagement für die Jahre 2019 bis 2022 (vgl. https://www.haan.de/media/custom/1581_5302_1.PDF?1548318189). Ausgehend davon, dass sich das Angebot der European Homecare innerhalb des Haushaltsansatzes von 280.000 €/p.a. bewegt, war die Bürgermeisterin insoweit befugt, den Zuschlag ohne vorherige Zustimmung der Politik zu erteilen.

Damit steht die aktuelle Hauptsatzung allerdings im Widerspruch zur gegenwärtigen Fassung der „Dienstanweisung über die Durchführung von Vergabeverfahren bei der Stadtverwaltung Haan (DA-Vergabe)“ im Stand von Juni 2018 (vgl. https://www.haan.de/media/custom/1581_5190_1.PDF?1542387806). Dort ist unter Ziffer 11.1 Buchst. b) bestimmt, dass der Bürgermeister für Auftragserteilungen der vorliegenden Art nur bis zu einer Höhe von unter 50.000 € ermächtigt ist und er darüber hinaus zuvor die Politik einschalten muss. Die DA-Vergabe im Stand Juni 2018 stimmt insoweit mit der alten Fassung von § 7 Buchst. c) der Hauptsatzung überein.

Bei der DA-Vergabe handelt es sich um eine dem Direktionsrecht des Bürgermeisters unterfallende interne Dienstanweisung für die Stadtverwaltung und nicht um eine kommunale Satzung. Sie soll allen Beschäftigten der Haaner Stadtverwaltung als Handlungsgrundlage für den Umgang mit Vergabeverfahren dienen. Diesen Zweck erfüllt die gegenwärtige Fassung der DA-Vergabe allerdings nur sehr begrenzt, weil sie nicht nur den vorgenannten Widerspruch zur aktuellen Hauptsatzung aufweist, sondern auch an diversen anderen Stellen veraltet ist. So wird etwa auf Normen Bezug genommen, wie bspw. die VOF oder die VOL, die bereits seit 2016 bzw. 2018 nicht mehr in Kraft sind. Die mittlerweile für Vergaben im Unterschwellenbereich, ausgenommen Bauleistungen, geltende UVgO, nach welcher auch das in Rede stehende Vergabeverfahren durchgeführt wurde, findet in der DA-Vergabe bislang keine Erwähnung. Eine Aktualisierung der DA-Vergabe ist dringend zu empfehlen.

X. VERPFLICHTUNG DER BÜRGERMEISTERIN ZUR ZUSCHLAGSERTEILUNG AN EUROPEAN HOMECARE?

Soweit die Frage aufgeworfen wird, ob die Bürgermeisterin nach der Durchführung des Vergabeverfahrens verpflichtet war, den Zuschlag auf das Angebot von European Homecare zu erteilen, ist Folgendes zu sagen:

Grundsätzlich besteht keine Verpflichtung einen Zuschlag zu erteilen, wie es bspw. auch in § 48 Abs. 2 UVgO explizit bestimmt ist. Daneben stellt sich in diesem Zusammenhang aber auch die Frage, welche Konsequenzen sich aus einer nach Durchführung des Vergabeverfahrens verweigerten Zuschlagserteilung ergeben können. Insoweit kann insbesondere das Entstehen von Schadensersatzansprüchen desjenigen Bieters drohen, der den Zuschlag erhalten hätte. Soweit ein gesetzlich normierter Grund zur Aufhebung des Vergabeverfahrens – hier gemäß § 48 Abs. 1 UVgO - vorliegt, scheidet Schadensersatzansprüche der Bieter grundsätzlich aus.

Ungeachtet etwaiger Aufhebungsgründe kann der Auftraggeber den Zuschlag dennoch verweigern. Sofern er dies tut, kommen Schadensersatzansprüche desjenigen Bieters, welcher das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat, durchaus in Betracht. Diese Ansprüche sind in der Regel darauf gerichtet, dem Bieter denjenigen Schaden zu ersetzen, der ihm durch seine nutzlose Teilnahme an dem Vergabeverfahren entstanden ist (sog. negatives Interesse). Nur in besonderen Fällen kommt darüber hinaus auch ein auf das sog. positive Interesse gerichteter Schadensersatzanspruch in Betracht. Danach

ist der Anspruchsberechtigte wirtschaftlich so zu stellen, als ob ihm der Zuschlag erteilt worden wäre. Dies kann bspw. auch den Ersatz eines entgangenen Gewinns umfassen.

Es ist nicht ersichtlich, dass hier einer der in § 48 Abs. 1 UVgO normierten Aufhebungsgründe vorliegt. Wäre der Zuschlag nicht erteilt worden, hätte sich daher die Frage von Schadensersatzsprüchen der European Homecare gestellt. Ob und in welcher Höhe solche Ansprüche entstanden wären, lässt sich nach dem vorliegenden Kenntnissand nicht sagen.

XI. ANREGUNGEN FÜR DIE ZUKUNFT

1. Gerade bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen sollten für die Ermittlung des wirtschaftlichen Angebots neben dem Preis auch qualitative Zuschlagskriterien festgelegt werden - und zwar in Höhe der bei vergleichbaren Leistungen üblichen Gewichtung von mindestens 50 bis 80 Prozent.
2. Die Laufzeit der Verträge über soziale Dienstleistungen sollte fortan so lang bemessen sein, dass eine qualitativ hochwertige, kontinuierliche und erfolgreiche Leistung und Zusammenarbeit ermöglicht wird.
3. Die DA-Vergabe (Stand: Juni 2018) sollte an die aktuelle Rechtslage angepasst und mit dem insoweit relevanten Ortsrecht harmonisiert werden.
4. Es sollte überlegt werden, ob und wie bei der Beschaffung von allgemein bedeutsamen bzw. die Öffentlichkeit interessierenden Leistungen die Politik in die Entscheidung der Auftragserteilung (wieder) stärker mit eingebunden wird. Schließlich besteht grundsätzlich keine Verpflichtung nach der Durchführung eines Vergabeverfahrens den Auftrag zu erteilen. Dadurch könnte, auch nachdem ein Vergabeverfahren durchgeführt worden ist, die Frage des Ob einer Vergabe noch einmal politisch beleuchtet werden, auch wenn eventuell Schadensersatzansprüche entstehen. Gerade der vorliegende Fall verdeutlicht, dass es u.U. ratsam gewesen wäre, die Verantwortung für diese Entscheidung auf breitere Schultern zu stellen.

Haan, 23.10.2019

gez. Bastian Gierling