

Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) vom 07.10.2026 zum Entwurf eines *Public Procurement Act* der Europäischen Kommission vom 9. September 2026 [COM(2026) 590 final]

Norm	Anmerkung / Änderung / Vorschlag
	Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) bedankt sich für die Möglichkeit, Ihnen eine erste Einschätzung zum Entwurf des Public Procurement Act (im Folgenden – PPA-E) der Europäischen Kommission zu übermitteln. Die BAGFW vertritt die Belange unserer gemeinnützigen Mitgliedsunternehmen (ca. 125.000) und der dort Beschäftigten (2,1 Millionen hauptamtlich, 3 Millionen ehrenamtlich Beschäftigte). Die BAGFW und ihre Mitglieder verfügen aufgrund ihrer breiten fachlichen Aufstellung über einen weiten Überblick darüber, wie die Sicherstellung sozialer Dienstleistungen im Einzelnen erfolgt.
Art der Organisation und Finanzierung von sozialen Dienstleistungen ist Kompetenz der Mitgliedsstaaten und somit dem Vergaberecht vorgelagert; Begriff des öffentlichen Auftrags und der Auftragsvergabe, vgl. ErwGr 2, 3, 4, 5; Art 1; Art. 6 Ziffer 18	Die Frage, wie die einzelnen Mitgliedsstaaten der EU ihre sozialen Dienstleistungen organisieren, ist eine genuin sozialrechtliche und fällt in die Kompetenz der Mitgliedsstaaten. Wie die staatlichen Träger sozialer Dienstleistungen dabei vorgehen, ob sie die Leistungen selbst bereitstellen oder sich, wie das in Deutschland unter Berücksichtigung des Subsidiaritätsprinzips vorrangig der Fall ist, durch Dritte erbringen lassen, liegt im Ermessen der Mitgliedsstaaten. Ebenso gilt das für die rechtlichen Mittel, mit denen die Mitgliedsstaaten ihre Kooperation mit Dritten gestalten. All dies sind Fragen, die, wie bereits das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 27.6.2018 (VII-Verg 59/17 – Rn. 77 ff.) klargestellt hat, nicht das Vergaberecht an sich berühren, sondern diesem vorgelagert sind. Vor diesem Hintergrund begrüßen wir die klarstellenden Regelungen in Art. 1 Abs. 3 und 5 des Entwurfs, die letztlich auch die insoweit vorrangige Regelungskompetenz der Mitgliedsstaaten für den strukturellen Aufbau ihrer sozialen Ordnung bekräftigen. Von dieser vorgelagerten und vorrangigen Gestaltungsbefugnis hat Deutschland in differenzierter Weise Gebrauch gemacht. Das deutsche Sozialrecht kennt für die Regelung der Zusammenarbeit von Leistungsträgern und Leistungserbringern zur Sicherstellung sozialer Dienstleistungen unterschiedliche Modelle. Zu denen zählen neben nicht selektiven Zulassungsverträgen unter anderem auch öffentlichen Aufträge. Ein Überblick über das Sozialrecht zeigt dabei, dass der Auftragsvergabe eher punktuelle Bedeutung zukommt. Erkennbar vorrangig sind nicht selektive, nicht exklusive Vertragskonstellationen, bei denen die für die Auftragsvergabe typische und in der Tat regelungsbedürftige Wettbewerbskonstellation gar nicht entsteht.

Kontakt:

Dr. Friederike Mussgnug (friederike.mussgnug@diakonie.de)
Dr. Hannah Adzakpa (hannah.adzakpa@caritas.de)

	In den Feldern der Altenpflege, der Eingliederungshilfe, der Sozialhilfe sowie der Kinder- und Jugendhilfe erfolgt die Leistungserbringung auf der Grundlage des sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses. Dieses beruht auf der zentralen rechtlichen Stellung der leistungsberechtigten Personen, die neben ihrem subjektiven Recht auf soziale Leistungen gegenüber dem Sozialleistungsträger, ein akzessorisches Recht auf die Auswahl der Leistungserbringer haben, die ihnen die zuzustehenden Dienstleistungen erbringen (z.B. Sozialgesetzbuch V. Buch §§ 23, 40 und 76, VIII. Buch § 5, IX. Buch §§ 8 und 104, XI. Buch § 2, XII. Buch § 9). Dieses Recht setzt in der Praxis voraus, dass die Leistungsberechtigten eine plurale Infrastruktur von konzeptionell unterschiedlichen Leistungserbringern vorfinden, unter denen sie eine tatsächliche Auswahl treffen können. Um dies zu ermöglichen und gleichzeitig eine wirtschaftlich nachhaltige Leistungserbringung und Wettbewerb unter Beachtung des Subsidiaritätsgrundsatzes sicherzustellen, hat das Sozialrecht ein Vertragssystem entwickelt, das sich von dem Modell der Beschaffung grundlegend unterscheidet. Anders als dieses ist es auf die wirtschaftlich nachhaltige Sicherstellung einer leistungsfähigen Infrastruktur ausgerichtet und weniger auf die Beschaffung konkreter Dienstleistungen zur Deckung eines definierten Bedarfs einer Verwaltungseinheit ausgerichtet. Aufgrund dieser tiefgreifenden Unterschiede und um die Wahlmöglichkeiten der Leistungsberechtigten sicherzustellen, hat das Bundessozialgericht mit seinem Urteil vom 17.5.2023 (Az.: B 8 SO 12/22 R) im Zusammenhang mit dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis eine Vertragsgestaltung im Wege der Auftragsvergabe durch Ausschreibungen nicht nur für nicht erforderlich erklärt, sondern diese ausdrücklich ausgeschlossen. Entscheidend für die Anwendung des PPA-E ist dabei, ob ein exklusiver und entgeltlicher Vertrag über die Beschaffung von Leistungen vorliegt. Ein öffentlicher Auftrag liegt danach nur vor, wenn der Auftragnehmer vom Auftraggeber ausgewählt wurde. Konstellationen, in denen alle Unternehmen, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität – berechtigt sind, sind dagegen keine öffentlichen Aufträge, sondern einfache Zulassungssysteme. Somit fallen Leistungen aufgrund individueller Rechtsansprüche, bei denen ein Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten besteht, nicht in den Anwendungsbereich des PPA-E. Auch für Vereinbarungen, bei denen es um Leistungen geht, die nicht einen individuellen Rechtsanspruch betreffen, gelten nach den Regelungen der jeweiligen Sozialgesetzbücher der Subsidiaritätsgrundsatz, die Trägerpluralität und die Selbständigkeit des freien Trägers. Ausschreibungen verletzen diese Grundsätze, weil eine exklusive Auswahl das sozialstaatliche Ziel der Trägerpluralität untergräbt und so den im Sozialstaat vorgesehenen Wettbewerb um die Inanspruchnahme durch Menschen leerlaufen lässt. Ein weiteres Kooperations- und Organisationsmodell, das v.a. bei freiwilligen Leistungen in Betracht kommt, die öffentliche Förderung durch Zuwendungen, bedarf ebenfalls nicht der Auftragsvergabe. Wie das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 11.7.2018 (Az. VIITro-Verg 1/18) festgestellt hat, fehlt es hier an einem entgeltlichen Vertrag und einem einklagbaren Leistungstausch. Auch bei tatsächlich freiwilligen sozialen Dienstleistungen sind Ausschreibungen ausgeschlossen, wenn es
--	---

	sich um Zuwendungsfinanzierungen handelt, da es hierbei nicht um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. Vergaberechts geht, bei dem der Vergütung eine durchsetzbare Gegenleistung gegenübersteht. Seit 2004 werden vor allem Arbeitsmarktdienstleistungen nach SGB II und III im Wege der Auftragsvergabe organisiert. Weitere Anwendungsgebiete der Auftragsvergabe sind (je nach den von den Bundesländern gestalteten Rahmenbedingungen) die Kinderbetreuung, die Schuldnerberatung oder die Beratungsdienstleistungen in Flüchtlingsunterkünften. Diese teils auf der Ebene der Gesetzgebung (SGB III und II, in einigen Landesgesetzen zur Kindertagesbetreuung) teils von den Leistungsträgern getroffenen Entscheidungen für die Auftragsvergabe als Organisationsmodell und der damit verbundene exklusive Wettbewerb haben deutliche und negative Auswirkungen auf die soziale Infrastruktur in den betroffenen Arbeitsfeldern. So ist die mangelhafte Qualität der in Deutschland ausgeschriebenen Arbeitsmarktdienstleistungen ist regelmäßig Gegenstand von Rügen des Bundesrechnungshofs.¹ Fachlich qualifizierte, sozial und ökologisch nachhaltig arbeitende Leistungserbringer wurden vom Markt verdrängt, da ihre qualitativ hochwertige Arbeit weder nachgefragt noch honoriert wurde und sie aufgrund ihrer Tarifbindung mit Trägern, die lediglich gesetzliche Mindestlöhne zahlen nicht konkurrieren können. Den Schaden tragen sowohl die hilfebedürftigen Leistungsberechtigten, die gerade auf diese Arbeit angewiesen sind, die Mitarbeiter in der Sozialwirtschaft, deren Arbeitsbedingungen erodieren, als auch der Sozialstaat. Ohne adäquate soziale Unterstützung werden soziale Notlagen nicht behoben, sondern verstetigt und vergrößert. Damit steigen dann auch die für deren Abhilfe entstehenden Kosten. Vergabeverfahren und der mit ihnen verbundene Preiswettbewerb setzen somit falsche Anreize: sie mögen in Zeiten knapper Haushaltskassen die Preise der unmittelbar beschafften Leistungen begrenzen, um kurzfristig Kosten zu sparen. Hierbei bleiben aber die langfristigen Folgekosten dieser kurzfristigen Erfolge unberücksichtigt. Die Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen ist nach deutschem Sozialrecht somit nur in wenigen Arbeitsfeldern geboten. In den meisten Arbeitsfeldern steht sie in direktem Widerspruch zu den Wertungsentscheidungen der einschlägigen Sozialrechtsbestimmungen oder ist zum Teil sogar sozialrechtlich unzulässig.² Vor diesem Hintergrund muss der PPA-E die Gestaltungsfreiheit der Mitgliedsstaaten hinsichtlich der Organisation sozialer Dienstleistungen an einem zentralen Ort so deutlich wie möglich klarstellen. Der Entwurf teilt die relevanten Textstellen auf unterschiedliche Erwägungsgründe und Artikel auf (u.a. ErwGr 2, 3, 4, 5, Art. 1, Art. 6). Dies macht es schwer, den eigentlich relevanten Aussagekern zu erkennen. Für die deutsche Umsetzung der RL 2014/24/EU hatte deswegen der Gesetzgeber „nachgeholfen“ und in der Begründung des Umsetzungsgesetzes die unterschiedlichen Fundstellen zu sozialen Dienstleistungen, die nicht in den Anwendungsbereich fallen, in einen kohärenten Textbaustein zusammengefasst (vgl. BT Drs. 18/6281, 74 ff. und 115).
--	--

¹ Z.B. Bericht Süddeutsche Zeitung über Kritik des Bundesrechnungshofs: <https://www.sueddeutsche.de/wirtschaft/bundesrechnungshof-schludriger-umgang-mit-steuergeld-kritik-an-jobcentern-1.2792124>

² S. BSG Urteil vom 17.5.2023 B 8 SO 12/22 R

	Deswegen muss der folgende Passus, angelehnt an ErwGr 4 der RL 2014/24/EU in den PPA-E aufgenommen werden: <i>“The mere financing, in particular through grants, of an activity, which is frequently linked to the obligation to reimburse the amounts received where they are not used for the purposes intended, does not fall within the scope of this Regulation. Similarly, situations where all operators fulfilling certain conditions are entitled to perform a given task, without any selectivity, such as customer choice and service voucher systems, should not be understood as being procurement but simple authorisation schemes.”</i>
ErwGr 2	Es ist positiv zu bewerten, dass ErwGr 2 PPA-E deutlich macht, dass es keinen Vorrang der Vergabe vor anderen Vertragsmodellen gibt, sondern die Anwendung anderer Vertragsmodelle den Mitgliedsstaaten weiterhin freisteht. Sowohl die Organisation als auch die Finanzierung von sozialen Dienstleistungen bleibt somit unmissverständlich eine Kompetenz der Mitgliedsstaaten.
ErwGr 3	Es ist positiv zu bewerten, dass ErwGr 3 PPA-E den ErwGr 5 der RL 2014/24/EU übernimmt, da so unmissverständlich deutlich wird, dass Mitgliedsstaaten „in keiner Weise dazu verpflichtet werden, die Erbringung von Dienstleistungen an Dritte oder nach außen zu vergeben, wenn sie diese Dienstleistungen selbst erbringen oder die Erbringung durch andere Mittel als öffentliche Aufträge im Sinne dieser Verordnung organisieren möchten“. Die Art und Weise wie die Mitgliedsstaaten ihre sozialen Dienstleistungen organisieren, ist eine Kompetenz der Mitgliedsstaaten und berührt nicht das Vergaberecht, sondern ist diesem vorgelagert (vgl. OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 27.6.2018, VII-Verg 59/17 – Rn. 77 ff.).
ErwGr 4	Es ist positiv zu bewerten, dass ErwGr 4 PPA-E den ErwGr 6 der RL 2014/24/EU weitgehend übernimmt und somit betont, dass der PPA-E nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit berühren sollte. Gleichzeitig steht es den Mitgliedsstaaten frei, ihre gesetzlichen soziale Dienstleistungen entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse (DAWI) oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (DAI) oder als eine Mischung davon zu organisieren. Auch der Passus, dass nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich des PPA-E fallen sollen, wurde wortwörtlich übernommen. Hier muss klargestellt werden, dass es sich bei Zulassungssystemen (unabhängig davon, ob diesen ein sozialrechtliches Dreiecksverhältnis zugrunde liegt oder nicht) nicht um öffentliche Aufträge handelt und damit der PPA-E keine Anwendung findet. Wenn die Organisation und Finanzierung von sozialen Dienstleistungen wie in Deutschland über ein Zulassungssystem erfolgt, muss die auskömmliche Finanzierung sichergestellt werden. Abgrenzungsfragen, was genau eine DAWI, eine DAI oder eine Mischung davon sein soll, dürfen nicht der Kompetenz der Mitgliedsstaaten, soziale Bedarfe so zu decken, wie sie es für richtig erachten, entgegenstehen. Dies muss auch dann gelten, wenn die Empfänger sozialer Dienstleistungen selbst oder über eine Versicherung an den Kosten beteiligt werden. Es sollte somit klargestellt werden, dass: 1. die sozialpolitische und sozialrechtliche Gestaltungsentscheidung, Menschen in Not einen individuellen Rechtsanspruch (mit akzessorischem Wunsch- und Wahlrecht) zuzusprechen und hierfür konsequenterweise durch nicht exklusive und nicht selektive Zulassung eine korrespondierende plurale Infrastruktur von konzeptionell

	unterschiedlichen Leistungserbringern vorzuhalten (Leistungserbringung auf der Grundlage des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses), keinen öffentlichen Auftrag im Sinne des PPA-E begründet. Beim sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis handelt es sich mithin um eine Sonderform der Erbringung von sozialen DAWI, die in besonderer Weise geeignet ist, die Wertungen des Sozialrechts und die Belange der beteiligten Akteure miteinander in Ausgleich zu bringen. Insbesondere die auf diesem Wege sichergestellte Trägerpluralität ist Garant für eine wirtschaftlich nachhaltige, leistungsfähige soziale Infrastruktur. 2. diese Gestaltungsentscheidung, eine dem Vergaberecht vorgelagerte Entscheidung ist. Maßstab für diese Entscheidung ist allein das Sozialrecht des Mitgliedsstaates und nicht das PPA-E, das ausschließlich das „Wie“ eines Vergabeverfahrens, also die Gestaltung und Durchführung einer Auftragsvergabe, regelt. Die Anwendbarkeit des Vergaberechts und damit des PPA-E setzt mithin voraus, dass der Gesetzgeber und/oder die Sozialleistungsträger die Vorfrage bereits geklärt und sich für eine Auftragsvergabe entschieden haben. Deswegen sollte ErwGr 4 PPA-E wie folgt ergänzt werden: “Member States can also organise the provision of social services in such a way that it does not entail the conclusion of public contracts, for example through the mere financing of such services or by granting licences or authorisations to all economic operators meeting the conditions established beforehand by the contracting authority, provided that such a system ensures sufficient advertising and complies with the principles of transparency and non-discrimination. These conditions may also include specifications on quality, compensation or specific obligations.”
ErwGr 8	Es ist positiv zu bewerten, dass dieser Erwägungsgrund die sozial nachhaltige Beschaffung explizit als strategisches Ziel des PPA-E verankert. Insbesondere sind die Verweise auf eine gerechte und inklusive Gesellschaft, gerechte Arbeitsbedingungen, soziale Gerechtigkeit und die Anerkennung der Rolle von Tarifverhandlungen sehr wichtig. Zudem wird die Vielfalt der nationalen Systeme für Sozialpartnerschaft explizit anerkannt. Was dieser ErwGr allerdings verkennt, ist, dass gerade die Ausschreibungen von sozialen Dienstleistungen explizit negative Folgen für die Deckung des Bedarfs an sozialen Dienstleistungen nach sich ziehen. Die hier intendierte sozial nachhaltige Ausschreibung wird häufig durch den parallel zugelassenen Preiswettbewerb überlagert. Mit Blick auf das zuvor Ausgeführte weisen wir zudem darauf hin, dass die Ermöglichung sozial nachhaltiger Auftragsvergabe wünschenswert ist, aber eine Auftragsvergabe nicht zu rechtfertigen vermag, wenn diese im Widerspruch und unter Verletzung der sozialrechtlichen Grundnormen erfolgt.
ErwGr 26	In diesem Erwägungsgrund erläutert Art. 55 ff des PPA-E, das in Teilen Inhalte aus Art. 74 ff der RL 2014/24/EU aufgreift. Allerdings fehlt in diesem ErwGr die vertiefte Befassung mit den Besonderheiten sozialer Dienstleistungen, die ErwGr 114 der RL 2014/24 EU sehr prägnant und zutreffend enthält. Der PPA-E sollte diese deshalb unbedingt hier wieder aufnehmen. Damit lieferte der Entwurf zudem die bislang fehlende plausible Begründung dafür, dass auch die PPA-E in Artikel 2 den besonders hohen Schwellenwert für Dienstleistungen nach Anhang VI des PPA-E fortschreibt. ErwGr 114 erkennt an, dass soziale Dienstleistungen aufgrund ihrer Natur lediglich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension aufweisen. In einer Studie wurde dies bestätigt; von 830 veröffentlichten Bekanntmachungen zur

	Auftragsvergabe im Zeitraum von 2016 bis 2018 wiesen nur 0,5 % der Verträge im Bereich der sozialen Gesundheitsdienste in Europa, insbesondere in der häuslichen Pflege und der Jugendhilfe, eine grenzüberschreitende Dimension auf (https://www.eerstekamer.nl/overig/20201021/study_of_regulatory_burden_and_the/document, S. 33). Es ist nicht nachvollziehbar, dass der PPA-E in ErwGr 24 die sehr begrenzte grenzüberschreitende Dimension von Dienstleistungen im Zusammenhang mit der Verteilung von Lebensmitteln bestätigt und dies für die sozialen Dienstleistungen explizit unterlässt. Der fehlende Hinweis auf den grenzüberschreitenden Charakter von sozialen Dienstleistungen könnte eine bewusste Entscheidung der EU-Kommission sein, um ihr erklärtes Ziel der EU-Vergabe-Reform, nämlich den grenzüberschreitenden Wettbewerb zu erhöhen, auch für den Bereich der sozialen Dienstleistungen zu erreichen. Dies sehen wir sehr kritisch, da der durch das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis bestehende nationale Wettbewerb in Deutschland durch Vergabeverfahren bedroht ist und insbesondere im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen gänzlich erodiert ist. Die Anwendung von Vergabeverfahren im Bereich der sozialen Dienstleistungen darf nicht dazu führen, dass national geeignetere Methoden, die bessere Ergebnisse für alle Beteiligten (Kostenträger, Leistungserbringer und Leistungsberechtigte) erzielen, weiter ausgehöhlt werden und kein ausländischer Leistungserbringer in Sicht ist, der diese Lücken schließen möchte. Zudem schafft diese unklare Situation Unsicherheit bei den vergebenden Stellen, was dazu führt, dass Ausschreibungen durchgeführt werden, die eigentlich nicht nötig wären und zudem noch zu den skizzierten negativen Folgen führen.
ErwGr 42	Dieser Erwägungsgrund führt in die neue Logik der nachhaltigen Beschaffung ein, wonach öffentliche Aufträge in der Regel auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses vergeben werden sollen. Hier ist zu bemängeln, dass die Mindestgewichtung von 30% für Qualitätskriterien (50% in Ausschreibungen mit hohen Personalkosten) nicht dazu führen wird, die häufige Praxis ausschließlich nach dem niedrigsten Preis zu vergeben, einzudämmen. Soziale Dienstleistungen sind personenbezogen und damit stets personalintensiv. Von daher ist davon auszugehen, dass hier stets eine Quote von 50 % Qualitätskriterien anzuwenden ist. Die Personalkosten stellen den wesentlichen Faktor bei der Kalkulation der Angebote dar. Viele Anbieter halten ihre Preise jedoch durch fehlende Tarifbindung gering oder indem sie die für die Vertragserfüllung erforderlichen Kräfte gar nicht einstellen, sondern nur auf der Basis von befristeten Honorarverträgen als freie Mitarbeitende beschäftigen. Damit schaffen und erhalten sie prekäre Arbeitsverhältnisse nicht nur hinsichtlich der Vergütung, sondern auch in Form von Fragmentierung und Befristung. Die Befristung von Arbeitsverhältnissen ist hierbei oft die direkte Folge von periodischen Vergabeverfahren. Die prekären Arbeitsverhältnisse wirken sich auch unmittelbar negativ auf die Leistungsqualität aus. Soziale Beratung und Hilfeprozesse sind Beziehungsarbeit. Sie verlangen stabile Rahmenbedingungen und verlässliche Bezugspersonen. Dies alles ist nicht gegeben, wenn ein Auftragnehmer kurzfristig beschäftigte Honorarkräfte und damit auch ständig wechselnde Teams einsetzt. Ebenfalls ist bei vielen sozialen Dienstleistungen (z.B. bei den in Deutschland insbesondere über Auftragsvergabe beschafften Arbeitsmarktdienstleistungen) wichtig, dass die

	eingesetzten Kräfte in örtliche Hilfenetzwerke (z.B. örtlichen Wirtschaftsbündnissen bzw. Arbeitgeberorganisationen) eingebunden sind. Auch dafür müssen die eingesetzten Mitarbeitenden allerdings Beziehungen aufbauen und Netzwerke knüpfen. Auftraggeber, die allein Angebote mit dem geringsten Preis begünstigen, behindern damit nicht nur nachhaltige soziale Arbeit. Sie fördern höchst bedenkliche Arbeitsstrukturen und unterminieren die soziale Infrastruktur. Für diese tragen die örtlichen Beschaffer von sozialen Dienstleistungen jedoch verstärkte Verantwortung. Denn sie sind vor Ort die einzigen Nachfrager dieser Dienstleistungen. Je stärker gerade z.B. bei Arbeitsmarktdienstleistungen der soziale Sektor auf die steuernde Rolle der öffentlichen Leistungsträger zugeschnitten ist, desto offenkundiger sind allein sie es, die als Nachfrager für diese Dienstleistungen agieren. Es besteht damit kein herkömmlicher Markt, wie es z.B. bei Bau- oder IT-Dienstleistungen der Fall ist. Die Leistungsträger haben vielmehr in ihrem Zuständigkeitsbereich ein sog. Nachfragemonopol. Dessen Wirkungen verschärfen sich noch, weil die Dienstleister mit ihren Angeboten z.B. von Ausbildungsbetrieben ortsgebunden sind und ihren Ausbildungsbetrieb mit den damit verbundenen Werkstätten/Küchen etc. nicht beliebig an unterschiedlichen Standorten aufbauen und ausstatten können. Aus dieser Monopolstellung der Leistungsträger und Abhängigkeit der Anbieter entsteht eine besondere Verantwortung der Auftraggeber, die Bedarfe durch bestehende Infrastruktur nachhaltig und qualitativ zu decken. Daraus folgt, dass die Mindestgewichtung von 30% für Qualitätskriterien und 50% in Ausschreibungen mit hohen Personalkosten kein geeignetes Mittel ist, um den Verwerfungen im Bereich der sozialen Dienstleistungen, die durch die Ausschreibep Praxis entstanden sind, zu begegnen. Stattdessen müssen soziale Kriterien für soziale Dienstleistungen verbindlich festgeschrieben werden. Soweit sich mithin die Leistungsträger bei der Ausübung ihrer Aufgaben und der Bereitstellung von sozialen Dienstleistungen des Mittels der Auftragsvergabe bedienen (was nach den Vorgaben des Sozialrechts nur in wenigen Arbeitsfeldern vorgesehen und in den meisten Arbeitsfeldern wegen anderer wettbewerblicher Modelle geradezu unzulässig ist, s. Bundessozialgericht, Urteil vom BSG Urteil v. 17.05.2023 - B 8 SO 12/22 R), besteht diese Verantwortung und macht die obligatorische Berücksichtigung sozialer Nachhaltigkeit und insbesondere die Auswirkungen der Beschaffung auf die örtliche soziale Infrastruktur zwingend erforderlich.
Art. 1 Abs. 1	Art. 1 Abs. 1 PPA-E definiert den Regelungsgegenstand als „Vorschriften für öffentliche Aufträge“ (in Englisch „rules on public contracts“). Der Begriff des „öffentlichen Auftrags“ wird in Art. 6 Ziffer 18 definiert: <i>‘Public contract’ means a contract, for pecuniary interest, concluded in writing between one or more economic operators and one or more public buyers and having as its object the execution of works, the supply of products or the provision of services.</i> Anders als in Art. 1 Abs. 2 der RL 2014/24/EU (<i>“Procurement within the meaning of this Directive is the acquisition by means of a public contract of works, supplies or services by one or more contracting authorities from economic operators <u>chosen</u> by those contracting authorities, whether or not the works, supplies or services are intended for a public purpose”</i>) fehlt hier die ausdrückliche Erwähnung einer Auswahlentscheidung. Wir bitten nachdrücklich darum, dass in dieser Definition die seither in der EUGH-

	Rechtsprechung (seit Rs. C-410/14 vom 2.6.2016 Rdnr. 36 ff.) erfolgte Klarstellung deutlicher zum Tragen kommt, dass die Selektivität und exklusive Auswahlentscheidung konstitutive Elemente des öffentlichen Auftrags sind. Wir schlagen deshalb vor, in Art. 1 eine der in Art. 1 Abs. 2 RL 2014/24/EG entsprechende Definition der öffentlichen Beschaffung einzufügen: „Procurement within the meaning of this Regulation is the acquisition by means of a public contract of works, supplies or services by one or more contracting authorities from economic operators chosen by those contracting authorities, whether or not the works, supplies or services are intended for a public purpose.“
Art. 1 Abs. 3	Es ist positiv zu bewerten, dass in Art. 1 Abs. 3 PPA-E explizit anerkannt wird, dass diese nicht die Art und Weise berührt, wie die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten (engl. „does not affect the way in which Member States organise their social security systems“). Dieser Passus wurde aus Art. 1 Abs. 5 der RL 2014/24/EU übernommen. Die Frage, wie die einzelnen Mitgliedsstaaten der EU ihre sozialen Dienstleistungen organisieren, ist eine genuin sozialrechtliche und fällt in die Kompetenz der Mitgliedsstaaten. Insbesondere berührt sie, wie bereits das OLG Düsseldorf mit Beschluss vom 27.6.2018 – VII-Verg 59/17 – Rn. 77 ff. klargestellt hat, nicht das Vergaberecht an sich, sondern ist diesem vorgelagert. Damit erkennt der Entwurf der Verordnung das Recht der Mitgliedsstaaten an, die Sicherstellung sozialer Dienstleistungen auch mit anderen Organisationsmodellen als dem öffentlichen Auftrag zu gestalten. Zu diesen Alternativen gehören insbesondere die nicht exklusiven und nicht selektiven Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nach §§ 132 ff SGB V, § 78a ff SGB VIII, §§ 123 ff SGB IX, §§ 82 ff SGB XI und §§ 75 ff SGB XII, die ein Kernelement des sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses darstellen. Wie das BSG mit seinem Urteil vom 17.5.2023 – B 8 SO 12/22 Rn. 22 festgestellt hat, unterfallen diese Vereinbarungen nicht dem Begriff des öffentlichen Auftrags und dürfen auch nicht durch einen solchen ersetzt werden. Die Erfahrungen der vergangenen Jahre zeigen, dass der bloße Hinweis auf die Freiheit (Autonomie) der Mitgliedstaaten, ihre Sozialversicherungssysteme zu gestalten, nicht ausreicht, um zu verhindern, dass öffentliche Stellen in Zeiten knapper Kassen auf Ausschreibungen zurückgreifen. Während eine Richtlinie den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung Spielräume beließ, gilt eine Verordnung unmittelbar und einheitlich in allen Mitgliedstaaten. Daher bedarf es aus unserer Sicht einer ausdrücklichen textlichen Verankerung im Verordnungstext bzw. in den Erwägungsgründen, damit entsprechende nationale Besonderheiten und Modelle abgesichert bleiben. Konkret bietet sich dafür folgende leicht angepasste Version des letzten Satzes aus ErwGr 114 der RL 2014/24/EU an, da dieser deutlich auf dieses für die Sozialwirtschaft essenzielle Modell Bezug nimmt und deshalb auch in der gleichgerichteten Verordnung seine orientierende Wirkung entfalten sollte: „Member States and public authorities remain free to

	provide social services themselves or to organise them in a way that does not entail the conclusion of public contracts.”
Art. 1 Abs. 5	Art. 1 Abs. 5 PPA-E entspricht Art. 1 Abs. 4 der RL 2014/24 und stellt fest, dass der PPA-E nicht die Freiheit der Mitgliedsstaaten berühre, im Einklang mit Art. 14 TFEU und dem Protokoll Nr. 26 öffentliche Aufgaben selbst wahrzunehmen oder sie als DAWI zu definieren. Die Praxis der vergangenen Jahre zeigt, dass dieser Artikel nicht ausreichend war, um sicherzustellen, dass öffentliche Stellen von der Möglichkeit Gebrauch machen, soziale Dienstleistungen mit nicht-selektiven Verträgen zu organisieren, die nicht unter die Definition des öffentlichen Auftrags fallen bzw. im Fall des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses auch nicht durch einen solchen ersetzt werden dürfen (Urteil des BSG vom 17.5.2023 – B 8 SO 12/22 Rn. 22). Da der PPA-E als Verordnung unmittelbar und einheitlich in allen Mitgliedstaaten gilt, bedarf es aus unserer Sicht einer ausdrücklichen textlichen Verankerung im Verordnungstext, dass nicht exklusive und nicht selektive Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen nicht unter den Begriff des öffentlichen Auftrags fallen. Wenn die Organisation und Finanzierung von sozialen Dienstleistungen wie in Deutschland hauptsächlich über ein Zulassungssystem erfolgt, muss die auskömmliche Finanzierung sichergestellt werden. Abgrenzungsfragen, was genau eine DAWI, eine DAI oder eine Mischform davon sein soll, dürfen nicht der Kompetenz der Mitgliedsstaaten, soziale Bedarfe so zu decken, wie sie es für richtig erachten, entgegenstehen. Dies muss auch dann gelten, wenn die Empfänger sozialer Dienstleistungen selbst oder über eine Versicherung an den Kosten beteiligt werden. Auch für Vereinbarungen, bei denen es um Leistungen geht, die nicht einen individuellen Rechtsanspruch betreffen, gelten die Grundsätze des jeweiligen Sozialgesetzbuches, insbesondere der Subsidiaritätsgrundsatz, die Trägerpluralität und die Selbständigkeit des freien Trägers. Ausschreibungen verletzen diese Grundsätze, weil eine exklusive Auswahl das sozialstaatliche Ziel der Trägerpluralität untergräbt und den in Sozialstaat vorgesehenen Wettbewerb um die Inanspruchnahme durch Menschen leerlaufen lässt. Ein weiteres Kooperations- und Organisationsmodell, das v.a. bei freiwilligen Leistungen in Betracht kommt, die öffentliche Förderung, bedarf ebenfalls nicht der Auftragsvergabe. Wie das OLG Düsseldorf mit Urteil vom 11.7.2018 (Az. VII-Verg 1/18) festgestellt hat, fehlt es hier an einem entgeltlichen Vertrag und einem einklagbaren Leistungstausch. Auch bei tatsächlich freiwilligen sozialen Dienstleistungen sind Ausschreibungen ausgeschlossen, wenn es sich um Zuwendungsfinanzierungen handelt, da es hier nicht um einen öffentlichen Vertrag geht, sondern um eine Zuwendung ohne Gegenleistung.
Art. 4 Abs. 4	Artikel 4 Abs. 4 PPA-E verpflichtet öffentliche Auftraggeber, sicherzustellen, dass bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden Verpflichtungen (...) in den Bereichen Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrecht, wie sie durch Unionsrecht, nationales Recht, Tarifverträge (...) festgelegt sind, eingehalten werden. Es ist nicht nachvollziehbar, warum diese Verpflichtungen nur bei der <i>Ausführung</i> öffentlicher Aufträge eingehalten werden sollen und nicht den in Art. 98 PPA-E festgelegten Vergabekriterien vorgeschaltet werden. Es ist inkonsistent, dass Art. 4 Abs. 4 PPA-E Bereiche aufzählt, die durch Gesetzesrecht geregelt sind (Umweltrecht, Sozialrecht), an die sich also alle Bieter bei öffentlichen Aufträgen halten müssen. Ebenso

	zählen zu den bei der Auftragsausführung zu befolgenden Regelungen Tarifverträge, die nach deutschem Recht grundsätzlich nur solche Bieter betreffen, die entweder selbst einen Tarifvertrag abgeschlossen haben oder durch Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband an einen Tarifvertrag gebunden sind. Einzig Tarifverträge, die für allgemeinverbindlich erklärt wurden, bekommen nach deutschem Recht eine quasigesetzliche Wirkung. Nicht erwähnt sind demgegenüber die tariflichen Verpflichtungen kirchlicher und caritativer Träger und Unternehmen, die einem der kirchlichen Wohlfahrtsverbände angehören und deren Bindung auch die Bestimmungen zur Durchsetzung des Bundestariftreuegesetzes anerkennen. Die Mitgliedschaft dieser Unternehmen zu einem kirchlichen Wohlfahrtsverband verlangt die Beachtung dieser kirchlichen Arbeitsrechtsregelungen. Wir halten es daher für unerlässlich, dass Auftraggeber bei der Überwachung der Vertragsausführung darauf achten, dass Auftragnehmer auch solche Verpflichtungen und Bindungen beachten und deren Nichtbeachtung Konsequenzen wie z.B. den fakultativen Ausschluss vom Wettbewerb nach sich ziehen könnte. Wir weisen hier darauf hin, dass hier ein erheblicher Wertungswiderspruch hinsichtlich der Regelungen für die Angebotswertung droht. Denn die in vieler Hinsicht obligatorische Beachtung der kirchlichen Tarife hat zur Konsequenz, dass die Angebote kirchlicher Träger, wie die vieler anderer tariflich gebundenen Anbieter, im tatsächlich stattfindenden Preiswettbewerb immer schlechter abschneiden, als die Angebote der nicht tariflich gebundenen Konkurrenten. Es bleibt abzuwarten, ob und inwieweit die Bestimmungen des BundestariftreueG jedenfalls für Beschaffungsvorgänge auf der Bundesebene diesen Preiswettbewerb abmildern. Da das Bundestariftreuegesetz auf die Beschaffungen vonseiten der Bundesländer und der Kommunen nicht zum Tragen kommt, ist zu befürchten, dass der vorstehend geschilderte Wertungswiderspruch dort in vollem Umfang zum Tragen kommt und auch durch vergaberechtliche Mindestlöhne nicht aufgefangen wird, die die Länder in ihren Vergabegesetzen festlegen. Die Tatsache, dass Tarifverträge nach deutschem Recht also nur diejenigen Unternehmen verpflichten, die durch eigenen Vertragsschluss oder durch Mitgliedschaft in einem Arbeitgeberverband an Tarifverträge gebunden sind, führt in Deutschland bei öffentlichen Ausschreibungen de facto zu einer Benachteiligung solcher tarifgebundenen Bieter, die aufgrund ihrer tariflichen Verpflichtungen regelmäßig zur Zahlung besserer Löhne, Einhaltung besserer Urlaubsregelungen etc. verpflichtet sind, als Bieter, die nicht an Tarifverträge gebunden sind. Tarifgebundene Bieter können daher regelmäßig bei öffentlichen Auftragsvergaben nicht die günstigsten Angebote abgeben. Diese Benachteiligung wird durch Artikel 4 Abs. 4 des Entwurfs nicht aufgehoben, denn diese Regelung verpflichtet ihrem Wortlaut nach wiederum nur tarifgebundene Bieter zur Einhaltung ihrer eigenen tarifvertraglichen Bedingungen, während nicht tarifgebundene Bieter hierdurch nicht zur Einhaltung tarifvertraglicher Bedingungen verpflichtet werden.
Art. 6 Nr. 18	Die Definition des öffentlichen Auftrags in Art. 6 Nr. 18 PPA-E sollte parallel zu der Definition der Konzession in Art. 115 lit c PPA-E ergänzt werden, um auch hier eine Abgrenzung gegenüber Verträgen ohne Selektivität vorzunehmen: <i>“public</i>

	<i>contract’ means a contract, for pecuniary interest, concluded in writing between one or more economic operators and one or more public buyers and having as its object the execution of works, the supply of products or the provision of services; it shall not consist merely in the entitlement of all operators fulfilling certain conditions to perform a given task without any selectivity.”</i>
Art. 31, 33 Abs. 2 ff	Die BAGFW begrüßt ausdrücklich die Neuregelung der Verfahrensarten. Anders als noch in den früheren Regelungen gibt der PPA-E nunmehr den Auftraggebern einen weitaus größeren Gestaltungsspielraum an die Hand. Neben der Open Procedure (Art. 34 ff) und der Dynamic Procedure (Art. 36 ff.) besteht nunmehr auch umfassend die Möglichkeit, unter Beachtung der Grundsätze von Transparenz und Chancengleichheit Verhandlungsgespräche durchzuführen. Die bislang den Sozialen Dienstleistungen nach Anhang XIV zur RL 2014/24/EU vorbehaltene Wahlfreiheit unter den einzelnen Verfahrensarten dürfte sich damit erübrigen. Vielmehr ist zu wünschen, dass öffentliche Auftraggeber, die mit dem PPA-E eröffneten Gestaltungsspielraum aktiv nutzen, um so das Fachwissen und die Innovationskraft sozialer Unternehmen noch stärker als zuvor bei der Ausschreibung sozialer Dienstleistungen einzubeziehen. Anders, als bei den vorstehend beschriebenen Zulassungsverfahren, trägt bei der Beschaffung der Auftraggeber die Verantwortung für die Sachdienlichkeit der beschafften Dienstleistungen. Unter den Vorzeichen des Subsidiaritätsprinzips verfügen Leistungsträger allerdings nicht über das praktische Erfahrungswissen und die Nähe zu den eigentlichen Zielgruppen sozialer Dienstleistungen. In den sozialrechtstypischen Zulassungsverträgen ist dies unschädlich, weil es die Unternehmen sind, die das für die Vereinbarungen ausschlaggebende Konzept gestalten. Dies ist beim öffentlichen Auftrag anders: hier hat der Auftraggeber wesentliche Steuerungsaufgaben und ist für eine sachdienliche Leistungsbeschreibung verantwortlich. Neben einer sorgfältigen Markterkundung sind damit gerade Verhandlungen und die Dynamischen Verfahren gute Möglichkeiten, um die fachliche Expertise der Anbieter einzubeziehen und so eine hochqualitative sachdienliche und damit allein wirtschaftliche Beschaffung sozialer Dienstleistungen sicherzustellen.
Art. 55	Art. 55 Abs. 1 des Entwurfs eröffnet öffentlichen Aufträgen die Möglichkeit, bei Ausschreibungen „<i>soziale Aspekte zu berücksichtigen (...)</i>“. Hierzu zählt Art. 55 Abs. 2 des Entwurfs verschiedene Bereiche sozialer Aspekte auf, auf die öffentliche Auftraggeber bei Ausschreibungen besonders abstellen können (<i>z.B. hochwertige Arbeitsplätze, einschließlich der Anerkennung der Rolle der Tarifverhandlungen, unter Berücksichtigung der Vielfalt der nationalen Systeme und Wahrung der Autonomie der Sozialpartner (...)</i>). Abs. 3 stellt klar, dass öffentliche Auftraggeber solche sozialen Überlegungen nach Bedarf durch Kriterien oder Anforderungen in den Leistungsbeschreibungen, Zuschlagskriterien etc. in die Ausschreibung aufnehmen können. Abs. 4 stellt klar, dass die bloße Einhaltung gesetzlicher und tarifvertraglicher Vorschriften keine sozialverantwortliche öffentliche Auftragsvergabe darstellt. Die Feststellung in Abs. 4, dass allein die Beachtung arbeitsrechtlicher Vorschriften für sich genommen noch keine sozial nachhaltige Beschaffung darstellt, bedarf hinsichtlich der Selbstbindung von Bietern an Tarifverträge der Modifikation.

	Der Beitritt zu einem Tarifvertrag aber auch der Beitritt zu Wohlfahrtsverbänden, die die Anwendung von kollektiven Arbeitsrechtsregelungen zur Mitgliedschaftspflicht machen, geht über die Befolgung des für alle geltenden Rechts deutlich hinaus. Mit diesem Beitritt gehen Arbeitgeber eine freiwillige Bindung ein, um den Mitarbeitenden faire Arbeitsverhältnisse zu bieten. Tarifverträge sind daher in Deutschland keine normalen gesetzlichen Regelungen, sondern Ausdruck eines besonderen Verantwortungsbewusstseins seitens der Arbeitgeber, die sich freiwillig zum Abschluss und zu Einhaltung solcher Tarifverträge verpflichten. Kirchliche Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) haben im Ergebnis die gleiche Wirkung wie weltliche Tarifverträge. Es muss anerkannt werden, dass der partnerschaftliche Ansatz des Dritten Wegs eine besondere nationale Ausgestaltung des Sozialpartnerprinzips auf EU-Ebene ist. Deswegen muss in den PPA-E eine Gleichstellung beider Systeme kollektiver Festsetzung von Arbeitsbedingungen aufgenommen werden. Kirchliche Dienstgeber handeln durch ihre Bindung an kirchliche AVR genauso bewusst verantwortungsvoll wie weltliche Arbeitgeber, die sich an Tarifverträge binden. Deswegen sollte der PPA-E zwischen gesetzlichen Arbeitsbedingungen auf der einen Seite und Tarifverträgen, einschließlich kirchlicher AVR, auf der anderen Seite unterscheiden. Die Einhaltung gesetzlicher Arbeitsbedingungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ist eine Selbstverständlichkeit (wie es in Artikel 55 Abs. 4 des Entwurfs zurecht dargestellt wird). Die Einhaltung tarifvertraglicher oder kirchlicher Arbeitsbedingungen ist ein Zeichen besonderer Verantwortung der Arbeitgeber und muss als Qualitätsmerkmal bei der Vergabe entsprechend gefordert /gewürdigt werden.
Art. 57	Art. 57 PPA-E fasst die in RL 2014/24/EU bisher auf Art. 20 und Art. 77 verteilte Bestimmungen über vorbehaltene Verträge (reserved contracts) in einen Artikel zusammen. In Deutschland wurden die Bestimmungen aus Art. 77 zu vorbehaltenen Verträgen über soziale Dienstleistungen nicht umgesetzt. Gleichzeitig wurden diese Bestimmungen in anderen Mitgliedsstaaten erfolgreich angewandt, auch begünstigt durch die zwei wegweisenden Entscheidungen des EuGH (ASADE) und des EFTA Gerichtshofs (Stendi Norlandia Carge AS), die beide übereinstimmend dieses Modell gegen die Kritik gewerblicher Konkurrenten bestätigt haben. Deswegen ist die Neufassung dieses Artikels für den Bereich der sozialen Dienstleistungen sehr zu begrüßen. Insbesondere Abs. 2 schafft damit explizit die Möglichkeiten, Aufträge ohne zeitliche Einschränkung für die freigemeinnützige Wohlfahrtspflege vorzuhalten. Es ist explizit zu begrüßen, dass die noch in Art. 77 enthaltene doppelte Beschränkung weggefallen ist (keinen Auftrag für die betreffende Dienstleistung in den letzten drei Jahren und gleichzeitig die maximale Laufzeit des Auftrags begrenzt auf drei Jahre). Besonders positiv zu bewerten ist, dass der Anwendungsbereich des Artikels weit genug ist („public service contracts forming part of the social welfare system“). Auch die dreistufige Definition einer gemeinnützigen Organisation ist zu begrüßen (a) „legally recognised as non-profit under national law of the Member State where the organisation was established“, (b) „the organisation has as its main purpose the delivery of a public welfare service of general interest“, (c) the organisation’s

decisions are not guided by purely commercial considerations, and any surplus generated from the performance of the contract is reinvested in delivering the public welfare services of general interest for which it is constituted.

Kritisch lässt sich anmerken, dass die Freiwilligkeit des Artikels („may“) und die fehlende Anwendungspraxis in Deutschland dazu führen könnte, dass die Freie Wohlfahrtspflege von der Möglichkeit vorbehaltener Verträge nicht profitieren kann. Für die Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen, wo die übliche Praxis der Vergabe nach dem niedrigsten Preis zu hohen Qualitätsverlusten und hohen sozialen und finanziellen Folgekosten führe, wäre die Anwendung des Art. 57 PPA-E sehr zu begrüßen. Die Anwendung von Vergabeverfahren auf soziale Dienstleistungen hat in den letzten Jahren dazu geführt, dass das Wunsch- und Wahlrecht stark eingeschränkt wurde und durch den Preiswettbewerb die Qualität stark abgenommen hat. Die erwiesene rückläufige Qualität der in Deutschland ausgeschriebenen Arbeitsmarktdienstleistungen ist regelmäßig Gegenstand von Rügen des Bundesrechnungshofs. Die fachlich qualifizierten, sozial und ökologisch nachhaltig arbeitenden Leistungserbringer – auch aufgrund der Tarifbindung – werden vom Markt verdrängt, der ihre qualitativ hochwertige Arbeit weder nachfragt noch honoriert.

Eine mögliche zukünftige Anwendung des Art. 57 PPA-E darf allerdings keinesfalls dazu führen, dass das Subsidiaritätsprinzip, das Wunsch- und Wahlrecht, die Trägerpluralität und die Selbständigkeit der freien Träger weiter ausgehöhlt werden. Ausschreibungen verletzen diese Grundsätze der Sozialgesetzbücher, weil eine exklusive Auswahl stattfindet, keine Trägerpluralität gegeben ist und damit das Wunsch- und Wahlrecht leerläuft. Nur die Anwendung dieser Grundsätze kann eine plurale Infrastruktur von konzeptionell unterschiedlichen Leistungserbringern gewährleisten.

Da Art. 77 sowohl den bislang bereits im SGB IX verankerten vorbehaltenen Aufträgen nach Abs. 1 (Beschaffung allgemeiner Dienstleistungen oder Waren von WfbMs und Inklusionsunternehmen) als auch die in Abs. 2 verankerte Beschaffung sozialer Dienstleistungen bei gemeinnützigen Unternehmen i.S. v. Abs. 2 als solche in das Ermessen der Auftraggeber stellt, stellt sich die Frage, welche praktische Bedeutung dieser Gestaltungsmöglichkeit zukommen wird. Wichtig ist, dass Auftraggeber in Deutschland von dieser Regelung Gebrauch machen und Erfahrungen sammeln, in welchen Arbeitsfeldern sich diese Regelungen bewähren. Für die Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen, wo die Vergabe nach dem niedrigsten Preis zu hohen Qualitätsverlusten und hohen sozialen und finanziellen Folgekosten führen, kann Art. 57 Abs. 2 PPA-E zu einer Erholung der sozialen Infrastruktur führen. Die Anwendung von Vergabeverfahren auf soziale Dienstleistungen und der damit einhergehende Verdrängungswettbewerb hat in den letzten Jahren in den von Auftragsvergaben betroffenen Arbeitsfeldern die Trägerpluralität und die Qualität der Dienstleistungen stark in Mitleidenschaft gezogen. Die erwiesene rückläufige Qualität der in Deutschland ausgeschriebenen Arbeitsmarktdienstleistungen ist regelmäßig Gegenstand von Rügen des Bundesrechnungshofs. Die fachlich qualifizierten, sozial und ökologisch nachhaltig arbeitenden Leistungserbringer wurden vom Markt verdrängt, der ihre qualitativ hochwertige Arbeit weder nachfragt noch honoriert.

	Gleichzeitig vermag die Gestaltungsmöglichkeit des Art. 57 PPA-E nicht die grundsätzlichen Bedenken gegen die exklusive Auftragsvergabe zu beheben. Im Bereich der Erbringung von sozialen Dienstleistungen stehen in Deutschland der Auftragsvergabe das Subsidiaritätsprinzip, die Trägerpluralität und die Selbständigkeit der freien Träger entgegen. Ausschreibungen verletzen mit der exklusiven Auswahl weniger Anbieter diese sozialrechtlichen Leitprinzipien. Sie ist auch nicht notwendig, um die Wirtschaftlichkeit der Leistungen und den Wettbewerb sicherzustellen. Die Wirtschaftlichkeit stellen auch die sozialrechtsimmanenten Steuerungsinstrumente des externen Vergleichs und des Mehrkostenvorbehalts sicher. Leistungsträger steuern über die abzuschließenden Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen. Durch die Zuweisung des wirtschaftlichen Risikos zu den Anbietern, entsteht den Leistungsträgern zudem eine wirtschaftliche Belastung mit Refinanzierungsforderungen erst bei der tatsächlichen Inanspruchnahme der Anbieter. Zudem findet auch Wettbewerb statt, indem zwar nicht der Leistungsträger wohl aber die Zielgruppen durch die tatsächliche Inanspruchnahme der Angebote entscheiden (Wettbewerb um den Nutzer). Unter diesen Umständen ist daher sehr genau zu prüfen, wo tatsächlich das allgemeine Interesse an einer exklusiven Auftragsvergabe so unabweisbar ist, dass es die Inkaufnahme der damit verbundenen Nachteile rechtfertigt. Dies dürfte wahrscheinlich in den Fällen gegeben sein, in denen in einer Region bestimmte Dienstleistungen dringend benötigt werden und noch keine geeigneten Anbieter verfügbar sind. In diesem Fall kann es bis zur Ansiedlung weiterer Anbieter sinnvoll sein, dass z.B. eine Kommune Interessensbekundungsverfahren zum Betrieb von Beratungseinrichtungen, Kitas etc. durchführt. Hier könnte dann auch daran zu denken sein, den Auftrag für den Betrieb als vorbehaltenen Auftrag nach Art. 57 Abs. 2 zu vergeben. Nur die Anwendung dieser Grundsätze kann eine plurale Infrastruktur von konzeptionell unterschiedlichen Leistungserbringern gewährleisten.
Art. 58	Die BAGFW begrüßt, dass Art. 58 PPA-E ermöglicht, bei der Beschaffung der in Anhang VI aufgezählten Dienstleistungen die Gegebenheiten und den Kontext dieser Dienstleistungen zu berücksichtigen. Wir regen in diesem Zusammenhang an, das ausdrückliche Erfordernis eines besonderen, sich aus dem Wesen der Dienstleistung eigens ergebende Bedürfnis nach Berücksichtigung der in Art. 58 genannten weiteren Gesichtspunkten zu streichen. Hilfsweise bitten wir um eine Vermutungsregelung zugunsten der Dienstleistungen nach Anhang VI Gruppe 1 (Health, social and related services), dass bei diesen Dienstleistungen vom Bestehen eines solchen Bedürfnisses auszugehen ist.
Art. 85 (1) (k)	Die Bereichsausnahme zu den Rettungsdiensten wurde durch am 21.03.2019 in Rs. C-465/17 vom EuGH bestätigt. In der Praxis zeigt sich, dass die praktische Bedeutung dieser Regelung stark vom Beschaffungsermessen der Auftraggeber abhängt. Sie greift nicht, sobald sich auch gewerbliche Anbieter auf die Ausschreibung von qualifizierten Patiententransporten bewerben können oder wenn qualifizierte und reine Patiententransporte gleichzeitig ausgeschrieben werden. Eine übliche Praxis ist, Krankentransporte und Rettungsdienste in einem verbundenen Auftrag zu beschaffen und die Bereichsausnahme somit zu umgehen. Diese geschilderte Ausschreibungspraxis ist hoch problematisch. Sie unterläuft gezielt eine Ausnahmeregelung, die das Engagement gemeinnütziger Anbieter und ehrenamtlicher Mitarbeitenden honoriert, zugunsten von gewerblichen Billiganbietern, die mit ihren Angeboten und fehlender Qualität bestehende Infrastrukturen gefährden (unterlaufen) zulasten der auf zuverlässige Rettung angewiesenen Menschen.

	Angesichts der gegenwärtigen Bemühungen um resiliente Katastrophendienste und Zivilschutz stellt sich die Frage, ob es zweckmäßig ist, sich im Bereich der eigentlichen Rettungsdienste von gewerblichen Anbietern und deren Interessen abhängig zu machen.
Art. 98	Art. 98 PPA-E stellt bei den Zuschlagskriterien eines öffentlichen Auftrags auf das Preis-Leistungs-Verhältnis ab. Hierbei muss die Gewichtung der Qualitätskriterien mindestens 30 % der Gesamtpunktzahl betragen und bei Aufträgen mit hohen Personalkosten mindestens 50 %. Die Qualitätskriterien sollen bewerten, inwieweit ein Angebot im Hinblick auf den Auftragsgegenstand vorteilhafte, effiziente, fachlich und organisatorisch ausreichend abgesicherte und nachhaltige Ergebnisse verspricht. Neben den sozialen Aspekten aus Art. 55 PPA-E können das beispielsweise auch „ästhetische und funktionale Merkmale“ (lit. a), oder die Lieferbedingungen sein (lit. c). Abs. 5 lässt es zudem zu, von den Vorgaben der Abs. 1, 2 und 4 abzuweichen, wenn die Qualität des Beschaffungsgegenstand durch Leistungsbeschreibungen, Bedingungen für die Auftragsausführung oder einer Kombination davon hinreichend sichergestellt werden kann. Auch nach Art. 67 der RL 2014/24/EU wurde der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt (und gerade nicht auf das günstigste). Die deutsche Umsetzung nach § 127 Abs. 1 GWB sah vor, dass das wirtschaftlichste Angebot das mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis ist, zu dessen Ermittlung neben dem Preis und den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden konnten. Obwohl die verpflichtende Gewichtung der Qualitätskriterien mit 30 % bzw. 50 % der Gesamtpunktzahl eine echte Neuerung darstellt, sind die Vorgaben zur Einbeziehung von Qualitätskriterien sehr weit gefasst. Insbesondere durch die Auswahl von Bewertungsmethoden wie der modifizierten Richtwertmethode können Auftraggeber weiterhin de facto die billigsten Angebote beizuschlagen und die qualitativ hochwertigeren aber auch entsprechend hochpreisigen Angebote ablehnen. Insofern ist noch nicht ersichtlich, dass das Festschreiben dieser Wertungsmargen tatsächlich zu mehr Qualität führt. Somit ist zu befürchten, dass über die Bewertungsmethode weiterhin billige Angebote zum Zuge kommen und es somit für die Anbieter keine Anreize gibt, sich mit nachhaltigen Angeboten zu bewerben. Auch in der Richtlinie 2014/24/EU hatten Auftraggeber viele Freiräume, um sozial und nachhaltige Beschaffung zu fördern, es fehlte aber am politischen Willen dies auch zu tun. Hinzuweisen ist auch darauf, dass die vergaberechtlich eingeräumten Gestaltungsspielräume oftmals von haushaltspolitischen Sparvorgaben überlagert werden. Mit zunehmend schwierigen wirtschaftlichen Rahmenbedingungen wächst der Anreiz, kurzfristige Sparerfolge nachhaltigen Investitionen vorzuziehen, deren positive wirtschaftliche, ökologische oder soziale Effekte sich erst in den Folgejahren entfalten. Auftragsvergaben, die der Auftraggeber nach dem billigsten Preis entscheidet, schaffen einen Preiswettbewerb, der in der derzeitigen Praxis auf Kosten der Leistungsqualität geht. Der niedrigste Preis berücksichtigt nicht die Folgekosten einer zu

	billigen Beschaffung, die im Laufe der Vertragsdauer oder im Zuge der Vertragsausführung auf den Auftraggeber zukommen. Zudem zeigt sich häufig, dass besonders günstige Anbieter, die statt mit einem eingespielten Stammpersonal mit kurzfristig verpflichteten Honorarkräften arbeiten, nicht mehr dazu imstande sind, vor Vertragslaufzeitende ihren übernommenen Vertragspflichten nachzukommen. Dies ist für die Zielgruppen der Leistungen belastend und kontraproduktiv, da auf diese Weise Hilfeprozesse abbrechen. Soziale Beratung und Hilfeprozesse sind jedoch Beziehungsarbeit. Sie verlangen stabile Rahmenbedingungen und verlässliche Bezugspersonen. Dies alles ist nicht gegeben, wenn ein Auftragnehmer kurzfristig beschäftigte Honorarkräften und ständig wechselnde Teams einsetzt. Ebenfalls ist bei vielen sozialen Dienstleistungen (z.B. bei den in Deutschland insbesondere über Auftragsvergabe beschafften Arbeitsmarktdienstleistungen) wichtig, dass die eingesetzten Kräfte in örtliche Hilfenetzwerke (z.B. örtlichen Wirtschaftsbündnissen bzw. Arbeitgeberorganisationen) eingebunden sind. Auch dafür müssen die eingesetzten Mitarbeitenden allerdings Netzwerke knüpfen. Für die Auftraggeber erweist sich die Vergabe an solche Bieter als wirtschaftlich nachteilig, da diese ihren Zweck verfehlen. Beim frühzeitigen Abbruch der Leistung durch einen Auftragnehmer muss der Auftraggeber erneut ein aufwändiges Ausschreibungsverfahren durchführen und laufende Leistungserbringungen ad hoc und kostspielig anderweitig sicherstellen. Dies erweist sich umso nachteiliger, je gründlicher vorausgegangene Beschaffungen fachlich und qualitativ gut aufgestellte Bieter vom Markt verdrängt haben. Nicht zuletzt honorieren und verfestigen Auftraggeber durch solche Praktiken prekäre Arbeitsverhältnisse. Diese prekären Verhältnisse wirken sich auch unmittelbar negativ auf die Leistungsqualität aus. Sie fördern höchst bedenkliche Arbeitsstrukturen und unterminieren die soziale Infrastruktur. Wenn sozial nachhaltige Beschaffung das Beschaffungsumfeld positiv beeinflussen sollen, erweist sich die vorstehend beschriebene Beschaffungsstrategie, nicht nur als sozial indifferent, sondern als geradezu kontraproduktiv. Sie schadet zudem dem Wettbewerb, den das Vergaberecht an sich fördern soll. Denn eine Teilnahme an Ausschreibungen, die fachliche und professionelle Qualität ignoriert und damit eher zum Wettbewerbsnachteil macht, verbindet für fachlich gut qualifizierte Bieter erheblichen Aufwand mit einer nahezu gesicherten Aussicht auf Misserfolg. Der Vergabewettbewerb ist damit gerade für diejenigen Bieter unattraktiv, die der Leistungsträger im Sinne einer effizienten Leistungserbringung ermutigen müsste. Soziale Dienstleistungen sind personenbezogen und damit stets personalintensiv. Die Personalkosten stellen deshalb den wesentlichen Faktor bei der Kalkulation der Angebote dar. Auch wenn die Gewichtung der Qualitätskriterien bei Aufträgen mit hohen Personalkosten mindestens 50% betragen muss, reicht dies nicht aus, um die Wettbewerbsnachteile von Tarif- oder AVR-gebundenen Bieterunternehmen auszugleichen. Diese gewährleisten in der Regel bessere Arbeitsbedingungen als Unternehmen ohne Tarif- oder AVR-Bindung. Spiegelbildlich können nicht tarif-gebundene Unternehmen aufgrund ihrer niedrigeren Löhne gerade im bestehenden Preiswettbewerb in der Regel die günstigeren Angebote abgeben und bekommen im Rahmen von Ausschreibungen öfter den Zuschlag als tarifgebundene Unternehmen. Nach Artikel 98 Abs. 2 Buchst. b PPA-E können die Auftraggeber die in Artikel 55 genannten Ansatzpunkte für soziale Nachhaltigkeit auch für die Angebotswertung heranziehen.
--	---

	Gemäß Art. 55 Abs. 4 PPE ist die Einhaltung von Tarifverträgen allerdings kein soziales Kriterium, das in die Gewichtung der Qualitätskriterien miteinfließen kann. Wir weisen auch im Kontext der Angebotswertung nach Art. 98 PPA-E darauf hin, dass der Abschluss und die Einhaltung von Tarifverträgen und kirchlichen Arbeitsvertragsrichtlinien (AVR) nach deutschem Recht anders als die Einhaltung des für alle geltenden Arbeitsrechts ein Zeichen besonderer Verantwortung gegenüber den eigenen Beschäftigten ist. Vor diesen Hintergrund muss die Einhaltung von Tarifverträgen bzw. kirchlichen AVR als Einsatz für faire Arbeitsbedingungen und damit als Qualitätskriterium zum Tragen kommen. Insofern ist gerade bei den personalintensiven Dienstleistungen darauf zu achten, dass die nach Art. 98 mögliche besondere Berücksichtigung von Personalkosten nicht durch die Zulassung von Bewertungsmethoden unterlaufen wird, die wie die modifizierte Richtwertmethode de facto die billigsten Angebote auf Kosten der Qualität bevorzugt.
--	--