

Der Betrieb einer Kindertagesstätte ist in der Regel europaweit auszuschreiben
| S. 1

Inhalt



Der Betrieb einer Kindertagesstätte ist ein öffentlicher Auftrag und - in der Regel europaweit - auszuschreiben

Auswahl des Betreibers durch Stadtratsbeschluss steht nicht entgegen

Dienstleistungsauftrag

Schwellenwert: 750.000,00 €

Rechtsfolge: § 135 GWB

Herausforderung Ausschreibungskriterien

Der Betrieb einer Kindertagesstätte ist ein öffentlicher Auftrag und - in der Regel europaweit - auszuschreiben

Das Oberlandesgericht Jena hatte sich in einer Entscheidung vom April 2021 (Beschluss vom 09.04.2021 - Verg 2/20) mit der Frage zu beschäftigen, ob der Betrieb einer Kindertagesstätte ein öffentlich-rechtliches Vertragsverhältnis ist, das dem Verwaltungsrechtsweg zuzuordnen ist, oder ob es sich dabei um einen Dienstleistungsauftrag oder gar um eine Dienstleistungskonzession handelt, für die die vergaberechtlichen Vorschriften gelten.

Auswahl des Betreibers durch Stadtratsbeschluss steht nicht entgegen

Im zu entscheidenden Fall sollte die Kindertagesstätte nicht in Trägerschaft der Kommune betrieben werden, auch wenn eine spätere Rekommunalisierung politisch angestrebt wurde. Zunächst aber wurde ein Betreiber für die Kita gesucht. Dazu führte die Kommune ein Interessenbekundungsverfahren durch, das außerhalb des Vergaberechts stattfand. Erforderlich war dabei auch die Vorlage eines pädagogischen Konzeptes. Der abzuschließende Vertrag sah unter anderem die Berücksichtigung ehrenamtlichen Engagements der Eltern und das Engagement der Kita für das kulturelle und soziale Leben der Stadt vor.

Dienstleistungsauftrag

Das OLG Jena hatte die Frage zu beantworten, ob der Betreibervertrag trotz dieser Gemeinwohlbezogenheit und der deutlich verwaltungsrechtlich geprägten Vertragsgestaltung dem Vergaberecht unterliegt. Zur Begründung bezieht sich das OLG unter anderem auf die entsprechenden Kennziffern des vergaberechtlichen CPV-Codes, wodurch der Betrieb eines Kindergartens vom Vergaberecht ausdrücklich umfasst sei und stellt fest, dass die begrifflichen Anforderungen an das Vorliegen eines Dienstleistungsauftrags gegeben seien.

Schwellenwert: 750.000,00 €

Eine Dienstleistungskonzession schließt das Gericht aus, sodass der besondere Schwellenwert von

Der Betrieb einer Kindertagesstätte ist in der Regel europaweit auszuschreiben
| S. 2

750.000 € für soziale Dienstleistungen einschlägig ist. Für die Ermittlung des Schwellenwertes sind die Gesamtbetriebskosten für die gesamte Vertragslaufzeit heranzuziehen, in der Höhe begrenzt auf den vierfachen Jahresbetrag. Im zu entscheidenden Fall war die Laufzeit zwar auf ein Jahr begrenzt. Jedoch war die Verlängerungsoption so niedrigschwellig ausgestaltet, dass das Gericht den Auftrag als de facto mit unbestimmter Laufzeit eingeordnet hat. Unter Berücksichtigung der Personal- und sonstigen Betriebskosten ist daher selbst bei kleineren Kindertagesstätten der genannte Schwellenwert schnell erreicht.

Rechtsfolge: § 135 GWB

Verträge, die dem Vergaberecht unterfallen, aber ohne entsprechende Bekanntmachung geschlossen worden sind, können nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam sein.

Herausforderung Ausschreibungskriterien

Zur Suche eines Betreibers für ihre Kindertagesstätten bleibt den Kommunen daher nur der Weg über das europäische Vergaberecht. Die Herausforderung liegt hier in der Vorgabe, dass alle Kriterien zur Beurteilung der Eignung der Bewerber und zur Wertung der eingegangenen Angebote vor Beginn der Ausschreibung feststehen und bekannt gemacht werden müssen. Vorgelegte Konzepte objektiv anhand vorher festgelegter Kriterien bewerten zu müssen, engt den Entscheidungsspielraum des öffentlichen Auftraggebers ein. Auch die qualitative Bewertung des einzusetzenden Betreuungspersonals ist eine vergaberechtliche Herausforderung. Nach der Entscheidung des OLG Jena haben Städte und Gemeinden, die ihre Kindertagesstätten nicht selbst betreiben können, aber keine Alternative.

Bild: Halfpoint/Shutterstock.com