

## UPDATE VERGABERECHT

### **AUFTRAG ÜBER BETRIEB EINER KITA UNTERFÄLLT VERGABERECHT!**

**VK Thüringen, Beschluss vom 28.10.2020 - 250-4003-4720/2020-E-009-SLF**

Die Gemeinde (G) machte die Durchführung eines Interessenbekundungsverfahrens für den Betrieb eines Kindergartens öffentlich bekannt. Nach einer Interessensbekundung der Antragstellerin (AST) übersandte die G ihr den Beschluss ihres Stadtrates, der sich für einen zeitnahen Betrieb des Kindergartens durch die Beigeladene (BEI) entschied. Die AST rügte den Beschluss als vergaberechtswidrig. Ihrer Ansicht nach hätte die G ein förmliches Vergabeverfahren durchführen müssen. Nachdem die G die Rüge zurückwies, stellte die AST einen Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg! G hätte ein förmliches Vergabeverfahren durchführen müssen. Die angestrebte Vereinbarung mit der BEI stelle einen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB dar. Die BEI wäre gegenüber der AG im Rahmen des Auftrages verpflichtet, Plätze in einem Kindergarten bereitzustellen und somit eine öffentlich-rechtliche Pflicht der G aus dem ThürKitaG wahrzunehmen. Die beabsichtigte Vereinbarung sei damit ein Auftrag über eine soziale Dienstleistung im Sinne von § 130 Abs. 1 GWB in Verbindung mit Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU. Mit dem Beschluss des Stadtrates, den Betrieb des Kindergartens der BEI zu übertragen, habe sich der Wille zur Beschaffung bereits soweit konkretisiert, dass gegen die beabsichtigte de-facto-Vergabe Rechtsschutz in Form des Nachprüfungsverfahrens in Anspruch genommen werden könne.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Auch ein Nachprüfungsantrag gegen eine bevorstehende de-facto-Vergabe ist statthaft, wenn sich die Beschaffungsabsicht des Auftraggebers bereits hinreichend konkretisiert hat. Dies kann etwa bei Entscheidungen politischer Entscheidungsgremien der Fall sein. Die vorliegende Entscheidung zeigt, dass Aufträge über den Betrieb von Kindergärten grundsätzlich dem Vergaberecht unterfallen, wenn eine landesrechtliche Regelung vorliegt, nach der die Bereitstellung der erforderlichen Plätze in Kindergärten kommunale Pflichtaufgabe ist. Der Betrieb von Kindergärten durch Private unterfällt nur dann nicht dem Vergaberecht, wenn die Aufgabenverantwortung aus der Kommune heraus verlagert und in private Hände gegeben wird. In diesem Fall wird die öffentlich-rechtliche Zuständigkeit durch die materielle Privatisierung beendet, die keinen dem Vergaberecht unterfallenden Beschaffungsvorgang darstellt. Ein solcher Vorgang ist allerdings ausgeschlossen, wenn es sich bei dem Betrieb von Kindertageseinrichtungen um eine kommunale Pflichtaufgabe handelt.