Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege



26.05.2015

Stellungnahme der BAGFW zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Modernisierung des

Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014), (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)

In der BAGFW fließt vielfältiges Erfahrungswissen ein mit den im Bereich sozialer Arbeit stattfindenden Ausschreibungen als auch Erfahrungen mit alternativen Wettbewerbsmodellen. Die Vergabereform wird als ein grundsätzlich tragfähiger Ansatzpunkt gesehen, um bestehende Qualitätsdefizite bei der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen zu überwinden.

Die BAGFW vertritt als Dachorganisation der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege die Belange von gemeinnützigen Trägern sozialer Arbeit. Unsere Mitglieder und Mitgliedseinrichtungen sind in allen Feldern der sozialen Arbeit tätig. Damit fließt bei der BAGFW ein vielfältiges Erfahrungswissen zusammen: dies umfasst sowohl die Erfahrungen mit den im Bereich sozialer Arbeit stattfindenden Ausschreibungen als auch Erfahrungen mit alternativen Wettbewerbsmodellen, deren Existenz das Legislativ-Paket der EU ausdrücklich anerkennt. Ihre Erfahrungen und Einschätzungen der gegenwärtigen Lage teilt die BAGFW mit einem breiten Bündnis aus Verbänden, Anbietern von Arbeitsmarktdienstleistern und den Gewerkschaften (u. a. dem DGB, der GEW und ver.di).

Gemeinsam sehen wir die Vergabereform als einen grundsätzlich tragfähigen Ansatzpunkt, um bestehende Qualitätsdefizite bei der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen zu überwinden. Gemeinsam setzen wir uns dafür ein, mit Hilfe der Neuregelung eine einseitige Dominanz des Preiskriteriums bei Vergabeprozessen im Sozialbereich zu vermeiden und damit den Qualitätswettbewerb zu befördern. Auf der Grundlage dieser Erfahrungen nimmt die BAGFW zum Referentenentwurf für ein Vergabemodernisierungsgesetz wie folgt Stellung:

Für das Gesetzgebungsvorhaben halten wir vor allem folgende Punkte für wichtig, die bei der weiteren Arbeit an dem Entwurf Beachtung und Eingang in das neu gefasste GWB finden sollten:

- Klarstellungen zum Anwendungsbereich des Vergaberechts
- Ausnutzen von Gestaltungsspielräumen in der Richtlinie und in der Anwendung des reformierten Vergaberechts durch die Auftraggeber
- Absicherung eines Qualitätswettbewerbes

I. Allgemein

1. Charakteristika sozialer Dienstleistungen

Soziale Dienstleistungen heben sich von anderen Dienstleistungen dadurch ab, dass sie ihre Wirkung erst im Zusammenspiel zwischen dem Personal des sozialen Dienstleisters und dem Klienten/der Klientin entfalten (sog. Koproduktion sozialer Dienstleistungen). Entsprechend muss bei der Definition und Beschreibung dieser Leistungen stets ein Spielraum bleiben, der es erlaubt, die Leistung den Bedürfnissen anzupassen, die die Klienten/Klientinnen im Einzelfall haben. Diese methodisch zwingende Offenheit von sozialen Dienstleistungen setzt der Standardisierung und engmaschigen Definition von Dienstleistungen enge Grenzen.

Soziale Arbeit ist stets personenbezogene Beziehungsarbeit, die von den Mitarbeitenden des sozialen Dienstleisters hohe Fachkompetenz und ausreichende Erfahrung verlangt. Vor diesem Hintergrund hängt die Qualität der Gesamtleistung wesentlich von denjenigen ab, die die Leistungen tatsächlich ausführen, also dem „mit der Ausführung … beauftragten Personal(s)“ (vgl. Artikel 67 Abs. 2 lit. b). Eine hohe Fluktuation von Beschäftigungsverhältnissen beeinträchtigt den Erfolg dieser Arbeit, da sie eine ständige erhebliche Unruhe in die jeweilige Beziehungsarbeit trägt. Ungeachtet der Qualifikation der jeweiligen Mitarbeitenden stellt eine solche Instabilität auch den Erfolg der Arbeit mit den Klientinnen/Klienten in Frage. Damit ist auch die verlässliche Verfügbarkeit von qualifizierten Mitarbeitenden eine wichtige Voraussetzung für das Gelingen der fachlich benötigten Beziehungsarbeit.

Dass der vorgelegte Entwurf es bei der Definition von Leistung, Eignungs- und Zuschlagskriterien ebenso wie bei der Ausformulierung von Ausführungsbedingungen ermöglicht, qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte einzubeziehen, ist ein Schritt in die richtige Richtung. Dies schafft, wenn die maßgeblichen Auftraggeber diese Impulse aufgreifen, einen guten Ansatzpunkt, um den Besonderheiten der sozialen Dienstleistungen Rechnung zu tagen.

Eine weitere Besonderheit der sozialen Dienstleistungen ist, dass in diesem Bereich viele gemeinnützige Anbieter tätig sind, die sich tariflich gebunden oder satzungsrechtlich verpflichtet haben, ihren Mitarbeitenden eine angemessene tariflich oder im Wege des kirchlichen Arbeitsrechts festgelegte Vergütung zu zahlen. Allerdings reichen derzeit weder der seit 2015 geltende allgemeine Mindestlohn noch der besondere Mindestlohn für den Weiterbildungsbereich aus, die über eine solche Bindung entstehenden Personalkosten abzudecken. Damit entsteht der für die Anbieter unzumutbare Widerspruch, dass zwar die Einhaltung dieser Selbstverpflichtung rechtlich gefordert ist und deren Verletzung zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen kann (§ 124 Nr. 1 GWB-E), gleichzeitig aber die EuGH-Rechtsprechung zur Tarifbindung es den Bietern unmöglich macht, die zu leistenden Tarife refinanziert zu bekommen.

Während es mit dem 1. Pflegestärkungsgesetz vom 17.12.2014 gelungen ist, einen vergleichbaren Widerspruch im Pflegerecht aufzuheben und die

Selbstverpflichtung zur Zahlung von Tariflöhnen als maßgeblicher Gesichtspunkt für die Refinanzierung anerkannt ist (s. § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI), besteht der Widerspruch im Vergaberecht fort. Als solcher stellt er eine existenzgefährdende und verfassungsrechtlich fragwürdige Belastung der Anbieter dar. Ein Verhalten kann nicht einerseits verfassungsrechtlich sogar mit einer Drittwirkung der Tariffreiheit geschützt sein, um im Kontext der Finanzierung, also in dem für die wirtschaftliche Existenz ausschlaggebenden Aspekt, als rechtlich unbeachtlich behandelt zu werden. Die BAGFW fordert deshalb den Gesetzgeber auf,

- dem Leerlauf der verfassungsrechtlich sowohl mit Artikel 9 als auch dem kirchlichen Selbstbestimmungsrecht abgesicherten Garantien Einhalt zu gebieten
- nicht weiterhin zuzulassen, dass dieser Konflikt zwischen der EuGH-Rechtsprechung und dem innerdeutschen Verfassungsrecht einseitig zulasten der tariflich gebundenen Arbeitgeber unentschieden bleibt und deshalb
- ähnlich wie in § 84 Abs. 2 Satz 5 SGB XI eine angemessene Lösung diese Problems zu finden und eine Refinanzierung der auf der Grundlage von Tarifverträgen bzw. kirchlichem Arbeitsrecht eingegangenen Tarifbindungen sicherzustellen

2. Ausschreibungen im Kontext des Sozialrechts

In der Gesamtsumme der Vergabeverfahren nehmen die Ausschreibungen von sozialen Dienstleistungen nur einen geringen Anteil ein. Vor allem finden diese Verfahren ihre Anwendung bei den Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem 3. und 2. Buch des Sozialgesetzbuchs; insbesondere schreiben demnach die Bundesagentur für Arbeit und zugelassenen kommunalen Träger als zuständige Leistungsträger Maßnahmen zur Aktivierung und beruflichen Eingliederung (gem. § 45 SGB III und über die Verweisungsnorm in § 16 SGB II) und Integrationsfachdienst-Leistungen nach § 46 SGB III i. V. m. § 109 SGB IX aus. Weitere Anwendungsfälle des Vergaberechts können sich im Rahmen atypischer Formen der Zusammenarbeit von öffentlichen und freien Trägern ergeben, wenn wegen einer pauschal zu leistenden Finanzierung das Betriebsrisiko nach den in § 106 Abs. 2 GWB-E niedergelegten Kriterien beim öffentlichen Träger verbleibt[1].

Sofern die Voraussetzungen für die Anwendung des Vergaberechts erfüllt sind, sind die Auswirkungen auf die Bieter erheblich. Gerade der Vorrang des sog. offenen Verfahrens im gegenwärtigen Vergaberecht (§ 3 Abs. 1 EG VOL/A) bewirkt einen weitgehend vom Auftraggeber gesteuerten Kommunikationsvorgang, der praktisch keinen Raum für Initiativen des Bieters lässt. Dieses Vorgehen mag strikten Transparenzanforderungen entgegenkommen. Es blockiert allerdings die Kommunikationswege, die im Rahmen des sozialen Leistungsgeschehens die Qualität der Dienstleistungen sicherstellen.

In der Praxis sind die Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen seitens der Bundesagentur für Arbeit durch einen zentralen Einkauf mit weitgehend standardisiertem Maßnahme-Katalog dominiert, der den Bietern kaum Möglichkeiten eröffnet, sich mit individuellen Angeboten hervorzutun und Bedarfe der geförderten Klienten/Klientinnen im Verlauf der Maßnahmen ausreichend flexibel umzusetzen (s. dazu auch die Begründung zu den §§ 127 und 130 GWB-E, RefE S. 129 und 134). Die zentralen Einkaufsstrukturen sind nicht im Stande, die spezifischen Bedarfe der Klienten/Klientinnen flexibel genug aufzunehmen, die auf der lokalen Ebene der Arbeitsagenturen und Jobcenter festgestellt werden. Gestaltungsspielräume, die das Vergaberecht gewährt (z. B. die Möglichkeit zu Nebenangeboten o.ä.), werden wegen der damit verbundenen Prozessrisiken kaum genutzt.

Vor dem Hintergrund der mit dieser Standardisierung verbundenen Qualitätseinbuße stellte die Neufassung des § 4 VgV im Jahr 2013 einen ersten Korrekturansatz dar. Es bedarf aber noch weiterer Umsetzungsschritte, um tatsächlich aussagekräftige Kriterien zu entwickeln, die der von der Einrichtung geleisteten Qualität Rechnung tragen können.

Schließlich wirken sich die Rahmenbedingungen des Vergaberechts auch auf die wirtschaftliche Existenz der Träger und damit auch auf den Bestand der von ihnen begründeten Arbeitsverhältnisse aus: die Vergabe von Sozialleistungen ist gerade in ihrem hauptsächlichen

Anwendungsbereich der Arbeitsmarktdienstleistungen von einer starken Abhängigkeit der Bieter von den Auftraggebern geprägt, die einem Nachfragemonopol gleich kommt. Die Praxis der Bundesagentur für Arbeit, den größten Teil der Ausschreibungen deutschlandweit in einem einzigen Zeitfenster abzuwickeln, macht es Anbietern nahezu unmöglich, den Misserfolg in einer Bewerbung durch eine erfolgreiche Ausschreibung an anderer Stelle zu kompensieren. Die für den Bereich der Daseinsvorsorge typische Abhängigkeit der Anbieter von den Auftraggebern lässt sich mit den von der Bundesagentur in Aussicht gestellten längeren Vertragslaufzeiten allenfalls für den erfolgreichen Bieter abmildern. Für die nicht berücksichtigten Bieter hingegen verstärken solche längere Vertragslaufzeiten hingegen die Auswirkungen ihres Misserfolges sogar noch und beschleunigen die Verdrängung der unterlegenen Konkurrenten aus dem Wettbewerb. Eine solche Marktbereinigung wäre selbst unter den Bedingungen eines strengen Qualitätswettbewerbs rechtfertigungsbedürftig. Denn sie stellt das breit aufgestellte Bieterfeld, das Grundlage eines innovativen und qualitätsvollen Wettbewerbs ist, in Frage[2]. Solange der Wettbewerb zudem de facto einseitig vom Preiskriterium dominiert wird, sind die von ihm ausgelösten Verdrängungseffekte in jeder Hinsicht kontraproduktiv.

Einige der vorstehend beschriebenen Effekte mögen sich bei einer restriktiven Verfahrensgestaltung verstärken bzw. bei einer flexibleren Nutzung von Gestaltungsspielräumen zugunsten der Bieter beeinflussen lassen. Die grundlegenden Auswirkungen von Vergabeverfahren sind hingegen struktureller Natur und deshalb entsprechend unvermeidlich. Abgesehen davon, dass Ausschreibungen rechtlich ausgeschlossen sind,

wenn die Beziehungen zwischen Leistungsträgern und Leistungserbringern im Sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis gestaltet sind (s. unter I.3), hält die BAGFW Ausschreibungen und Vergabeverfahren als Wettbewerbsmodell zur Organisation von sozialen Dienstleistungen deshalb grundsätzlich für ungeeignet. Andere Marktordnungsformen wie z. B. die Förderung, erweisen sich unter den spezifischen Bedingungen sozialer Dienstleistungen als angemessener.

3. Verhältnis Sozial- und Vergaberecht

Wann Vergabeverfahren stattfinden müssen, regelt § 103 GWB-E. Ausschlaggebend hierfür ist gem. § 103 GWB-E das Vorliegen eines öffentlichen Auftrages, also eines entgeltlichen Beschaffungsvorgangs. Einen weiteren wichtigen Aspekt enthält die Legaldefinition der Konzession in § 105 Abs. 2 GWB-E mit dem Kriterium des wirtschaftlichen Risikos. In diesem Zusammenhang grenzt die Entwurfsbegründung anknüpfend an Erwägungsgrund (EG) 13 der Konzessionsrichtlinie die Konzession von den für das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis charakteristischen Zulassungsverträgen ab (RefE S. 90). Weitere Ausführungen zu der Sonderrolle sozialer Dienstleistungen finden sich in der Kommentierung zu § 130 GWB-E (RefE S. 133).

Die BAGFW begrüßt diese Abgrenzung der auszuschreibenden selektiven Auswahlverfahren der öffentlichen Hand vom Dreiecksverhältnis

ausdrücklich. Insbesondere setzt der Referentenentwurf zutreffend am Kriterium der exklusiven Auswahlentscheidung an, die mit Beschaffungsvorgängen notwendigerweise verbunden, aber bei reinen Zulassungsverträgen z. B. nach § 75 SGB XII gerade nicht gegeben ist.

Die für das Dreiecksverhältnis typischen Vereinbarungen eröffnen erst den Zugang zum Wettbewerb und klären, zu welchen Leistungskonditionen ein freier Träger an diesem teilnimmt. Damit schaffen sie die Voraussetzung für den späteren Wettbewerb. Entschieden wird dieser jedoch erst, wenn ein Leistungsberechtigter eine bestimmte Leistung in Anspruch nimmt und dafür im Rahmen seines Wunsch- und Wahlrechts einen Anbieter auswählt. In diesem Zusammenhang würde die Ausschreibung der Vereinbarungen z. B. von § 75 SGB XII einen zusätzlichen Wettbewerb schaffen und die z. B. im SGB VIII und XII ausdrücklich geforderte Trägerpluralität in Frage stellen[3].

Sowohl die Abgrenzungsmerkmale des GWB-E als auch die EU-Erwägungsgründe stellen damit klar, dass die klassische Organisationsform der sozialrechtlichen Leistungserbringung im Dreiecksverhältnis in keiner Weise dem Vergaberecht unterliegt. Diesen dogmatisch folgerichtigen Beitrag zu einer nach wie vor anhaltenden Diskussion um die richtige Zuordnung dieser Verträge begrüßt die BAGFW ausdrücklich.

Dass das Vergaberecht solche alternativen Organisationsformen nicht verdrängt und mithin auch der Vorrang des Europarechts nicht bedeutet,

dass die Auftragsvergabe das einzig zulässige Wettbewerbsmodell des deutschen Sozialstaates ist, belegt Artikel 1 Abs. 5 der Vergaberichtlinie und überlässt die Organisation sozialer Dienstleistungen ausdrücklich den Mitgliedstaaten. Die Richtlinie widerlegt damit unmissverständlich die in der innerdeutschen Diskussion über die Einführung von Vergabeverfahren immer wieder vorgebrachte Behauptung, dass das Europarecht diese Umstellung erzwinge. Der mit dem sog. Vorrang des EU-Rechtes allerdings verbundene wettbewerbsrechtliche Zwang zur Anwendung von Vergaberecht ergibt sich erst, wenn die gewählte Organisationsform als Auftrag i.S.d. Vergaberechts einzustufen ist.

Eine weitere Aussage zur Reichweite des GWB-E in Bezug auf die Organisation sozialer Dienstleistungen findet sich in der Kommentierung zu § 130 GWB-E (RefE S. 133). Danach kommt das GWB-E insgesamt nicht zur Anwendung, wenn Dienstleistungen im Rahmen der Sozialversicherung „als nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse organisiert werden“. Diese Ausführung erscheint hier missverständlich und wenig relevant. Sie betrifft nur einen Ausschnitt der tatsächlich im Rahmen des Dreiecksverhältnisses erbrachten Leistungen. Da dieser aber keinen wirtschaftlichen Bezug entfaltet, unterliegen diese Leistungen weder der Vergaberichtlinie noch dem im AEUV-Vertrag niedergelegten EU-Primärrecht.

Vor diesem Hintergrund hält die BAGFW diese Erläuterung zu § 130 GWB-E für missverständlich. Sie bittet, diese zu streichen und stattdessen auf

folgende Erwägungsgründe zur Vergaberichtlinie hinzuweisen:

- EG 5 Satz 1: „Es sei darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten durch diese Richtlinie 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 Richtlinie organisieren möchten
- EG 114: „Den Mitgliedstaaten und Behörden steht es auch künftig frei, 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; Voraussetzung ist, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.

4. Neugestaltung des Vergaberechts maßgeblich im GWB

Die BAGFW begrüßt ausdrücklich die im Referentenentwurf angelegte neue Struktur des Vergaberechts, die maßgebliche Aussagen im

förmlichen, vom Bundestag erlassenen Gesetzesrecht verankert und damit dem Vergaberecht eine deutlich stärkere demokratische Legitimation verschafft. Das ist nicht zuletzt angesichts der weitreichenden Steuerungsbefugnisse angezeigt, die das Vergaberecht der öffentlichen Hand einräumt und die auf Seiten der Bieter den Schutzbereich des Artikels 12 GG tangieren. Zudem gewährleistet diese Umstrukturierung weitaus mehr Transparenz beim Zustandekommen des maßgeblichen Vergaberechts als dies bislang bei der Rechtssetzung in den Verdingungsausschüssen möglich und üblich ist. Gerade im Sinne der Wesentlichkeitstheorie ist diese Umstrukturierung und die damit einhergehende teilweise Aufgabe der Vergabeordnungen ein wichtiger und richtiger Schritt.

Da die Richtlinienumsetzung allerdings nur für Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte zum Tragen kommt, stellt sich die Frage, ob und wie die Reform und die damit verbundenen Verbesserungen (namentlich die Stärkung des Qualitätswettbewerbs z. B. durch die bessere Möglichkeit zur Berücksichtigung von Qualitätskriterien bei der Zuschlagsentscheidung, s. Artikel 67 Abs. 2 Vergaberichtlinie) auch für Verfahren unterhalb der Schwellenwerte zum Tragen kommen können. Ohne eine explizit vorgesehene Übertragbarkeit dieser reformierten Regelungen gelten wie bisher die Vergabeordnungen für Dienst-, Bau- oder freie Leistungen. Jedenfalls für den Bereich der sozialen Dienstleistungen muss gesichert sein, dass für Beschaffungen unterhalb des Schwellenwertes keine strengeren Regelungen (z. B. der Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung aus § 3 Abs. 2 VOL/A) gelten dürfen, sondern im Ergebnis die gleichen Regelungen gelten. Wenn diese Aufträge selbst

bei Überschreitung des Schwellenwertes nur eingeschränkte Binnenmarktrelevanz besitzen (RefE S. 133 und EG 114 der Vergaberichtlinie), erscheint die Anwendung des formstrengen Vergaberechts erst recht unangemessen, wenn der Wert eines solchen Auftrags die Bagatellgrenze überhaupt nicht erreicht. Eine solche modifizierte Geltung des Vergaberechts lässt sich z. B. durch eine Anordnung im Abschnitt 1 der VOL/A sicherstellen, wonach die GWB-Regelungen auf die Verfahren unterhalb des Schwellenwertes sinngemäß Anwendung finden.

5. Verhältnis Richtlinie und mitgliedsstaatliches Gesetz

Bei aller Zustimmung zum Gesetzentwurf kommt die BAGFW jedoch nicht umhin festzustellen, dass das Bestreben des Referentenentwurfs, die Richtlinie 1:1 umzusetzen, dem Gestaltungszweck des EU-Legislativpakets nicht in vollem Umfang Rechnung trägt. Richtlinien sollen den Mitgliedsstaaten schon begrifflich nur eine wenngleich detaillierte Orientierung für deren eigene Rechtssetzung vorgeben, deren Umsetzung über eine bloße gesetzestechnische Einfügung einer EU-Bestimmung in die Rechtsordnung des Mitgliedsstaates deutlich hinausgeht und eigene inhaltliche Gestaltungen verlangt.

Besonders deutlich wird dies bei der Umsetzung der Artikel 74 ff der Vergaberichtlinie. Anders als auch bei der Umsetzung der

Konzessionsbestimmungen reduzieren sich die Bestimmungen über die Vergabe sozialer Dienstleistungen auf eine einzige Regelung. Problematisch ist damit vor allem, dass diese in den Kontext des allgemeinen Vergaberechts eingebettet ist und deshalb die übrigen Bestimmungen des Vergaberechts ohne weiteres zur Anwendung gelangen. Demgegenüber geht die Prämisse der Vergaberichtlinie dahin, dass sozialen Dienstleistungen selbst bei Überschreiten des Schwellenwertes nur eingeschränkte Binnenmarktrelevanz zukommt. Dieser Befund rechtfertige es, die Anforderungen an deren Ausschreibung so gering wie möglich zu halten. Damit läuft die Vorgabe der Richtlinie auf die Formel „soviel Vergaberecht wie nötig und soviel Sozialrecht wie möglich“ hinaus. Diese Relation stellt der Entwurf trotz weitgehender Übernahme der Erwägungsgründe in der Begründung nahezu vollständig in Frage. (Weiteres hierzu unter II.9)

Letztlich wird sich erst im Gesamtzusammenhang von Gesetz- und Verordnungsentwurf beurteilen lassen, ob und inwieweit das VergModG und die VgV die Gestaltungsmöglichkeiten nutzen und den Gestaltungsaufträgen der Richtlinie nachkommen. Derzeit allerdings besteht der Anschein, dass Möglichkeiten zu eigenständigen Gestaltungen der Hoffnung auf ein möglichst konfliktfreies Gesetzgebungsverfahren aufgeopfert worden sind.

Zu einzelnen Vorschriften des Gesetzentwurfs nimmt die BAGFW wie folgt Stellung:

II. Regelungen im Einzelnen

1. § 97 GWB – Grundsätze der Vergabe

§ 97 GWB-E behält seine gegenwärtige Funktion bei und legt die Grundsätze der Vergabeverfahren fest, erweitert aber die bisherigen Grundsätze in einigen Punkten.

Abs. 1: Verankerung des Wettbewerbs, der Transparenz, der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit

§ 97 Abs. 1 GWB-E ergänzt die im geltenden GWB aufgezählten Grundsätze von Wettbewerb und Transparenz um Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit.

Mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit greift der Entwurf einen Maßstab auf, der bereits jetzt in speziellen Vergaberegelungen verankert ist, insb. in § 97 Abs. 5 GWB und Einzelbestimmungen der VOL/A. Für die

Betrachtung gibt der wirtschaftliche Gesamtvorteil den Ausschlag, der auf der Grundlage des Preis-Leistungs-Verhältnisses zu ermitteln ist. Mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit übernimmt der Entwurf die Regelung des Artikel 18 Abs. 1 Vergaberichtlinie. Nach der Begründung kommt dieser Maßstab zum Beispiel zum Tragen, um Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen zu überprüfen und unangemessene Belastungen der Bieter zu rügen.

Bewertung:

Die ausdrückliche Verankerung des Wirtschaftlichkeitsbegriffs und des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes als Grundsatz des gesamten Vergaberechts in § 97 Abs. 1 GWB-E stellt gegenüber den bisherigen Regelungen einen deutlichen Gewinn dar. Um eine effiziente Beschaffung sicherzustellen, muss das Vergaberecht den Auftraggebern weitgehende Gestaltungsspielräume einräumen. Damit verschaffen sie den Auftraggebern allerdings auch Freiräume, die von der Rechtsprechung nur in begrenztem Umfang kontrollierbar sind. Vor diesem Hintergrund erweitert der Entwurf den Abs. 1 um Maßstäbe für Verfahrensentscheidungen der Auftraggeber, die deren Gestaltungsfreiheit nicht auf bestimmte Ergebnisse festlegen wohl aber als Kriterien für eine korrekte Ermessensausübung in Betracht kommen.

Zudem macht der Entwurf die so verstandene Wirtschaftlichkeit zu einem

allgemeinen Maßstab des Vergaberechts. Wertungsentscheidungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens lassen sich damit nur noch in begründeten Ausnahmefällen auf bloße Preisvergleiche reduzieren.

Auch die Übernahme des Verhältnismäßigkeitsbegriffs an dieser herausgehobenen Stelle ist ein wichtiger Schritt. Das Vergaberecht regelt zwar das privatrechtliche Handeln der öffentlichen Hand. Gleichwohl verschaffen die weitgehenden Steuerungsbefugnisse den Auftraggebern ein erhebliches Übergewicht bei der Vertragsanbahnung. Die für das Privatrecht an sich charakteristische Vorstellung von Verhandlungen auf Augenhöhe kommt unter diesen Umständen gerade nicht zum Tragen. In diesem Rahmen schafft der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ein wichtiges Korrektiv zur Kompensation dieses Ungleichgewichts. Zwar überprüft die Rechtsprechung immer wieder einzelne Klauseln auf ihre Zumutbarkeit (so OLG Düsseldorf, Beschluss v. 07.12.2011, Az.: Verg 96/11, OLG München, Beschluss v. vom 06.08.2012, Az.: Verg 14/12). Es trägt aber zu der von der Reform angestrebten Verbesserung der Rechtssicherheit bei, wenn dieser Grundsatz nunmehr auch seine ausdrückliche Verankerung im Vergaberecht findet.

Abs. 4 Schutz mittelständischer Unternehmen

Die ausdrückliche Verpflichtung der Auftraggeber zum Mittelstandsschutz bleibt weiterhin Grundsatz des Vergaberechts.

Bewertung:

Die BAGFW begrüßt, dass der Mittelstandschutz Teil der Vergabegrundsätze bleibt. Denn die Markttendenzen führen gerade bei der Ausschreibung von Arbeitsmarktdienstleistungen eindeutig zu einem Auftragszuschnitt, der insbesondere auch die Leistungsfähigkeit kleiner und mittlerer Unternehmen erheblich übersteigen und damit die erfolgreiche Teilnahme an Auftragsvergaben künftig erschweren wird.

Im Zuge öffentlicher Ausschreibungen in der Arbeitsmarktförderung hat sich bereits jetzt eine deutliche Marktkonzentration eingestellt, die sich zukünftig absehbar noch verstärken wird. Bereits im Jahr 2012 deckten nach Angaben der Bundsagentur für Arbeit die fünf größten/umsatzstärksten Bildungsträger 19,4 % des gesamten Einkaufsvolumens ab. In den 10 Regionaldirektionen der Bundesagentur betrug dieser Anteil durchschnittlich 35 %. Die massiven Kürzungen der Mittel für die aktive Arbeitsmarktpolitik und der anhaltende Preisdruck bei öffentlichen Ausschreibungen tragen zudem dazu bei, diese Entwicklung zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen zu verstärken.

Gerade die kleinen und mittelständischen Unternehmen leisten einen wichtigen Beitrag zur Sicherstellung eines funktionierenden Wettbewerbs,

zu dem es auch gehört, dass die Teilnehmer unter unterschiedlichen Anbietern auswählen können. Ein effektiver Mittelstandsschutz ist ein wichtiger Garant dieser Trägerpluralität.

Abs. 6 Rechtsanspruch auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergaberechts

Abs. 6 schreibt die bislang in § 97 Abs. 7 GWB verankerte Regelung mit geringfügigen redaktionellen Änderungen fort.

Bewertung:

Der Anspruch der Bieter auf Einhaltung des Vergaberechts ist der Ansatzpunkt für den Bieterschutz, mit dem sich das wettbewerbsrechtlich ausgerichtete EU-Vergaberecht vom bloßen Haushaltsrecht abhebt.

Gerade im systematischen Zusammenhang mit den in Abs. 1 verankerten Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit, spricht sich die BAGFW allerdings dafür aus, den Anspruch auf Einhalten der rechtlichen Vorgaben um eine an § 40 VwVfG angelehnte Regelung zu

ergänzen, die auch im Zusammenhang mit Vergabeentscheidungen den pflichtgemäßen Ermessensgebrauch sicherstellt.

Zwar sichert Abs. 6 die rechtliche Überprüfung von Vergabeentscheidungen. Allerdings relativieren die weitgehenden Einschätzungs- und Ermessensspielräume die Reichweite dieser Rechtskontrolle erheblich. Die hier vorgeschlagene Klarstellung, dass Auftraggeber ihre Ermessensspielräume im Sinne der jeweiligen Ermächtigung zu nutzen und sich damit unsachlicher Willkürentscheidungen zu enthalten haben, erweitert nicht die gerichtlichen Kontrollbefugnisse. Aber sie zeigt die Grenzen auf, in denen sich die Auftraggeber bei der Ausübung von Ermessensspielräumen bewegen. Schließlich ermöglicht sie eine Vergewisserung über deren ordnungsgemäßen Gebrauch. Sie trägt dazu bei, in einem nachhaltig von Ermessenspielräumen geprägten Rechtsgebiet den Anspruch der Bieter auf ermessensfehlerfreie Entscheidungen zu verwirklichen.

Obwohl gem. Artikel 20 Abs. 1 GG die Bindung an Gesetz und Recht für alle Bereiche staatlichen Handelns gilt, ist es sinnvoll, parallel zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Abs. 1 auch diesen Hinweis auf die Anforderungen des pflichtgemäßen Ermessensgebrauchs ausdrücklich im GWB zu verankern. Ergänzend zu Abs. 1 schafft dies einen angemessenen Ausgleich zwischen den Verhandlungspositionen der Auftraggeber und der Bieter. Während das in Abs. 1 verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip einseitig übermäßige Belastungen der strukturell unterlegenen Seite

verhindert, stellt die Ermessenskontrolle mit dem Willkürverbot eine sachgemäße Verfahrensgestaltung sicher. Gerade im Bereich des wettbewerbsrechtlich ausgerichteten und damit dem Bieterschutz verpflichteten EU-Vergaberechts ist diese Ergänzung notwendig und angemessen, um die Rechtspositionen der Bieter umfassend zu schützen.

Vorschlag:

Abs. 6 wird um folgenden Satz ergänzt:

„Ist der Auftraggeber ermächtigt, nach seinem Ermessen zu handeln, hat er sein Ermessen entsprechend dem Zweck der Ermächtigung auszuüben und die gesetzlichen Grenzen des Ermessens einzuhalten.“

2. § 103 GWB-E Öffentlicher Auftrag

Abs. 1 enthält eine Definition des für die Anwendung des Vergaberechts ausschlaggebenden Auftrags und entspricht grundsätzlich der geltenden Regelung in § 99 Abs. 1 GWB. Kernelement der Definition ist das Abstellen auf den Beschaffungsvorgang und die Entgeltlichkeit des Geschäftes.

Bewertung:

Gerade im Kontext der Definition der Konzession enthält die vom Gesetz fortgeschriebene Auftragsdefinition alle erforderlichen Abgrenzungskriterien, die den öffentlichen Auftrag von den sozialrechtlichen Zulassungsverträgen abgrenzt und abhebt.

Wie in der Einleitung dargestellt, fehlt den sozialrechtlichen Zulassungsverträgen sowohl das Merkmal der Entgeltlichkeit als auch das Element einer exklusiven Auswahlentscheidung, die beide typisch für den Auftrag sind.

Gleichwohl hält die BAGFW es für angezeigt, die in der Begründung zu § 105 GWB-E (Konzession) enthaltene Abgrenzung zu den sozialrechtlichen Zulassungsverträgen auch hier aufzugreifen. Dies gilt zum einen im Hinblick auf die Wettbewerbsneutralität der Zulassungsverträge nach dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis. Zum anderen kann die Abgrenzung eine wettbewerbliche Einordnung atypischer Vertragsgestaltungen sicherstellen. So wirft unter anderem die exklusive Zuweisung von Wohnvierteln für eine pauschal finanzierte Quartiersarbeit immer wieder Abgrenzungsschwierigkeiten auf und erschwert den rechtlichen Umgang mit diesen neuen Formen der Zusammenarbeit.

Vorschlag:

Die BAGFW schlägt vor, die Begründung zu § 103 Abs. 1 GWB-E (RefE S. 87) wie folgt zu ergänzen:

Nach Satz 2 werden folgende Sätze eingefügt:

„§ 103 Abs. 1 definiert den öffentlichen Auftrag und entspricht insofern dem bisherigen § 99 Abs. 1 GWB. Kern der Definition des öffentlichen Auftrags ist, das es sich um die Beschaffung von Leistungen durch den Auftraggeber handeln muss. Insoweit unterscheiden sie sich von den Zulassungsverträgen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis. Da diese nur den Zugang zum Wettbewerb und gerade keinen einklagbaren Vergütungsanspruch gegen den Leistungsträger verschaffen, fehlt es hier nicht nur an der für den Auftrag erforderlichen Entgeltlichkeit. Vor allem entfällt wie bei der in § 105 GWB-E definierten Konzession die Exklusivität der Entscheidung. Gerade um durch größtmögliche Trägerpluralität einen funktionierenden Wettbewerb zu gewährleisten, haben alle geeigneten freien Träger einen Anspruch auf eine ermessensfehlerfreie Entscheidung des Leistungsträgers über den Abschluss eines Zulassungsvertrages. Eine Beschränkung des Anbieterfeldes durch exklusive Vergaben an eine vom Auftraggeber beschränkte Anzahl von Anbietern würde hier den

Wettbewerb einschränken.“

3. § 105 GWB-E Konzessionen

Die Regelung setzt die Konzessionsrichtlinie (2014/23/EU) und die EuGH-Rechtsprechung zu Konzessionen („Parking-Brixen“, Rs. C-458/03 v. 13.10.2005 etc.) um. Dabei lehnt sich die Neuregelung eng an die Richtlinie an.

Abs. 1 macht deutlich, dass Dienstleistungskonzessionen grundsätzlich einen wettbewerbsrechtlichen Vorgang darstellen, der mit einer Selektionsentscheidung und der Vergabe eines exklusiven Tätigkeitsfeldes einhergeht. Die im Gesetzentwurf vorgenommene Abgrenzung der Konzession zu den im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis typischen Zulassungsverträgen erfolgt über die in Abs. 2 enthaltene Beschreibung des betrieblichen Risikos.

Bewertung:

Die BAGFW begrüßt, dass in der Begründung zu § 105 GWB-E eine klare

Abgrenzung zwischen Ausschreibungen und Zulassungsverträgen erfolgt. Wichtig ist zudem, dass diese beim Konzessionsbegriff und der Exklusivität ansetzt. Damit macht der Entwurf die für die Abgrenzung maßgeblichen Gesichtspunkte deutlich und unterstreicht nochmals, dass das sozialrechtliches Dreiecksverhältnis weder einen entgeltlichen Vertrag darstellt noch eine selektive Auswahlentscheidung mit sich bringt.

Allerdings fällt gerade vor dem Hintergrund dieser klaren Abgrenzung eine Ungenauigkeit auf, die die BAGFW bittet zu beheben. Die Begründung zu § 105 Abs. 1 GWB-E verweist auf *Auswahl*entscheidungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis (RefE S. 90, Ende dritter Absatz): „Derartige Systeme beruhen … typischerweise auf der Entscheidung einer Behörde, mit der transparente und nichtdiskriminierende Voraussetzungen für den kontinuierlichen Zugang von Unternehmen zur Erbringung bestimmter Dienstleistungen, wie soziale Dienstleistungen, festgelegt werden. Daraus lässt sich schließen, dass *die Auswahl* von Dienstleistungserbringern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/23/EU unterfällt“ (RefE S. 90 3. Absatz 3 letzter Satz). Der letzte Satz dieser Erläuterung ist mindestens missverständlich. Tatsächlich trifft die Behörde keine Auswahl, sie ist nur für die Zulassung verantwortlich, auf die ein Leistungserbringer einen Anspruch hat, wenn er die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt. Die eigentliche Wahl trifft der Leistungsberechtigte (s.a. EG 13 a. E.: „…, wobei dem Kunden die Wahl zwischen den Anbieter freisteht.“).

Vorschlag:

Die BAGFW schlägt vor, den Charakter der Zulassungsverträge stärker zu präzisieren und den zitierten Satz der Erläuterung folgendermaßen zu fassen: „Daraus lässt sich schließen, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/23/EU unterfällt.“

4. § 108 GWB-E Ausnahmen bei öffentlich-rechtlicher Zusammenarbeit

§ 108 GWB-E erlaubt es öffentlichen Auftraggebern, unter bestimmten Voraussetzungen gemeinsam mit anderen öffentlichen Auftraggebern oder eigenen Unternehmen Aufgaben zu erbringen, ohne dass das Vergaberecht für sie hierbei zur Anwendung kommt. Wettbewerbsverzerrungen zulasten privater Unternehmen sollen ausweislich der Begründung durch entsprechende Einschränkungen vermieden werden.

Bewertung:

Um zu verhindern, dass eine solche Kooperation das ordnungspolitische und sozialrechtlich verankerte Subsidiaritätsprinzip unterläuft, bedarf diese Regelung jedenfalls im Zusammenhang mit der Erbringung sozialer Dienstleistungen einer weiteren Konkretisierung.

§ 17 SGB II setzt diesen Grundsatz in der Form eines Vorrangs zugunsten sog. Dritter und eines korrespondierenden Zurückhaltungsgebots für die Leistungsträger um.[4] Die zuständigen Leistungsträger, also die Bundesagentur für Arbeit und die kommunalen Träger, sollen von der Schaffung eigener Dienste und Einrichtungen absehen, soweit Dritte sie unter Beachtung der benötigen Leistungsfähigkeit und Flexibilität vorhalten, ausbauen oder in Kürze schaffen können.

Vorschlag:

S. unter 10. Ergänzung des § 130 GWB-E.

5. § 113 GWB-E Verordnungsermächtigung

§ 113 GWB-E enthält die für die Rechtssetzung durch die Exekutive

erforderliche Ermächtigung.

Bewertung:

Der Gesetzentwurf greift viele wesentliche Gesichtspunkte der Richtlinie auf und erreicht damit eine verglichen mit der geltenden Fassung erheblich größere Regelungsdichte auf der Ebene des förmlichen Gesetzesrechts. Trotzdem sind nach Auffassung der BAGFW viele Aspekte noch nicht aufgegriffen, die für eine sinnvolle Umsetzung der Richtlinie wichtig sind.

Ob diese ergänzenden Regelungen ihre sedes materiae in der Vergabeverordnung finden können, hängt davon ab, dass sich ihre künftige Regelung aus der Ermächtigung in § 113 GWB-E ableiten lässt.

Dies betrifft insbesondere zwei Gesichtspunkte, deren Regelung die BAGFW für essentiell hält:

- So bedarf die in Artikel 69 Abs.3 der Vergaberichtlinie geregelte Nachprüfung von auffällig niedrigen Angeboten und der Ausschluss von nicht hinreichend erläuterten Angeboten einer Rechtsgrundlage. Die Kontrolle ungewöhnlich niedriger Angebote ist ein wichtiger

Bestandteil der Angebotsprüfung. Denn sie indiziert, ob der Bieter gesetzliche und tarifliche Regelungen zu Löhnen und anderen Arbeitsbedingungen einhält. Nur durch eine solche strenge Prüfpflicht kann verhindert werden, dass sich Bieter unter Umgehung der verbindlichen Arbeitsbedingungen Aufträge erschleichen

- Daneben ist die Bedeutung des Begriffs „Auswahl“ nicht ganz deutlich. Wenn der in § 113 Nr. 5 GWB-E verwendete Begriff der „Auswahl“ auch deren Kehrseite, die *Ablehnung* eines nicht zur Überzeugung des Auftraggebers erläuterten Angebotes umfasst (Artikel 69 Abs. 3), dürfte die Ermächtigung insoweit ausreichend sein. Da das Vergaberecht deutlich zwischen den unterschiedlichen Prüfungs- und Wertungsstadien trennt, erscheint es allerdings fraglich, ob der Begriff „Auswahl“ tatsächlich sowohl Entscheidungen im Zusammenhang mit der Eignungs- und der Angebotsprüfung auf der einen und die Zuschlagsentscheidung auf der andern Seite umfasst. Eine begriffliche Trennung zwischen der Ablehnung von ungeeigneten Angeboten und der eigentlichen Zuschlagsentscheidung scheint gerade im Hinblick auf die Bedeutung des § 113 GWB-E als Ermächtigungsgrundlage i.S.v. Artikel 80 GG angezeigt.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt die BAGFW hier eine differenzierte Beschreibung der von § 113 Nr. 5 GWB-E umfassten Entscheidungen. Diese stellt sicher, dass die im Gesetzentwurf noch offen gebliebenen Aspekte sämtlich in der Vergabeverordnung geregelt werden können.

Vorschlag:

§ 113 Nr. 5 GWB-E wird wie folgt gefasst:

„Nr. 5 die Prüfung der Unternehmen und Angebote, die Ablehnung ungeeigneter Unternehmen und Angebote und die Zuschlagsentscheidung,“

6. § 118 GWB-E bevorzugte Auftragsvergabe

Die BAGFW begrüßt die Regelung ausdrücklich. Die bevorzugte Auftragsvergabe an diese Unternehmen trägt dem Anliegen der EU-Richtlinie Rechnung, die soziale und berufliche Eingliederung für unterschiedliche Personenkreise, die am Arbeitsmarkt und in der Gesellschaft benachteiligt sind, zu befördern. Sie leistet damit einen Beitrag zur weiteren Beschäftigungs- und Erwerbsmöglichkeit dieser Personengruppen.

Auch hier stellt sich jedoch wieder die Frage nach der praktischen

Umsetzung dieser Regelung. Solange der Gesetzgeber sich damit begnügt, Impulse zu setzen und deren Verwirklichung dem freien Ermessen der Auftraggeber zu überlassen, sieht die BAGFW die Gefahr, dass die Vergaberechtsreform in diesem wichtigen Punkt über Absichtserklärungen nicht hinausgeht und die Auftraggeber ihre bisherige Beschaffungspolitik fortsetzen. Der deutsche Gesetzgeber sollte deshalb seinen Gestaltungsspielraum zur Umsetzung der EU-Richtlinie nutzen und die öffentlichen Auftraggeber verpflichten, regelmäßig vorbehaltene Aufträge zum Zweck der Beschäftigung von benachteiligten Zielgruppen zu vergeben.

7. § 122 GWB-E Eignung

Abs. 2 zählt die relevanten Eignungskriterien abschließend auf.

Bewertung:

Die vorgeschlagene separate Behandlung der Zuverlässigkeit und deren Operationalisierung als während des gesamten Verfahrens zu beachtende Ausschlussgründe erscheinen plausibel.

Daneben stellt sich allerdings die Frage, wie die noch verbleibenden Kriterien der Eignung voneinander abzugrenzen sind. Nr. 1 stellt auf die „*Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung*“ ab, nach Nr. 3 ist die „technische und *berufliche Leistungsfähigkeit*“ zu prüfen. Leider geht aus der Gesetzesbegründung nicht hervor, welche selbstständige Bedeutung neben der Kriteriengruppe Nr. 1 dem Gesichtspunkt der beruflichen Leistungsfähigkeit in Nr. 3 zukommt. Im Hinblick auf das vergaberechtliche Doppelverwertungsverbot sollte der Entwurf die genannten Oberbegriffe deutlich von einander abgrenzen.

Die BAGFW bittet deshalb um eine weitergehende Erläuterung und Abgrenzung in der Begründung des Entwurfs.

8. § 123 und 124 GWB-E Ausschlussgründe

Zu den fakultativen Ausschlussgründen zählen insbesondere nachgewiesene Verstöße gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht (Nr. 1) und sanktionierte Schlechtleistungen bei vorherigen Aufträgen (Nr. 7).

Bewertung:

Die BAGFW begrüßt es ausdrücklich, dass diese beiden Fallgruppen nunmehr zum Ausschluss von unzuverlässigen Bietern führen und es so jedenfalls erlauben, für die Zukunft Konsequenzen aus einer früheren Fehlentscheidung zu ziehen. An dieser Stelle begrüßt die BAGFW auch die Klarstellung dazu, welche Arbeitsrechtsregelungen im Zusammenhang mit Nr. 1 maßgeblich sein können. Gerade angesichts der Bedeutung, die der EuGH-Rechtsprechung zu vergabespezifischen Mindestlöhnen beigemessen wird, erscheint es wichtig, die Bedeutung von „einfachen“ Arbeitsrechtsregelungen zu stärken. Die BAGFW bittet darum, in diesem Zusammenhang auch das kirchliche Arbeitsrecht zu erwähnen, dessen Vorgaben für die Mitgliedseinrichtungen der Diakonie und der Caritas nicht minder verbindlich sind als die Bestimmungen eines Tarifvertrages. (Zu dem Widerspruch, der sich aus der individuellen Verbindlichkeit dieser Regelungen auf der einen Seite und der fortdauernden Unbeachtlichkeit der damit zusammenhängenden Kosten im Kontext der Finanzierung s. unter I.1.)

Allerdings stellt sich die Frage, weshalb der Gesetzgeber nicht von seiner Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, Verstöße gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht nach Nr. 1 als zwingenden Ausschlussgrund zu behandeln. Art. 57 IV a) Richtlinie 2014/24/EU hätte auch eine solche Regelung mitgetragen, wobei es den Mitgliedsstaaten überlassen geblieben wäre, die Anforderungen an den geeigneten Nachweis eines solchen Verstoßes festzulegen.

Die BAGFW hält es deshalb für notwendig, die in § 124 Abs. 1 Nr. 1 und 7 GWB-E genannten fakultativen zu zwingenden Ausschlussgründen für bietende Unternehmen i.S.v. § 123 Abs. 5 GWB-E zu machen, die neben der rechtskräftigen Verurteilung auch andere geeignete Nachweise für das Fehlverhalten zulassen. Entsprechend sind dann auch die Kündigungsmöglichkeiten gem. § 133 Nr. 2 GWB-E anzupassen. Dabei ist die zusätzliche Einbeziehung von § 123 Abs. 5 GWB-E essentiell, um den vergaberechtlichen Anforderungen in der Praxis zu Relevanz zu verhelfen.

Vorschlag:

§ 123 Abs. 5 GWB-E wird wie folgt gefasst:

Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren aus, wenn

1. das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist

2. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat,

3. das Unternehmen eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung

eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Sanktion geführt hat.

Die Verstöße im Sinne der Nr. 1 und 2 müssen durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt worden sein oder auf sonstige geeignete Weise nachgewiesen werden können. Satz 1 findet keine Anwendung, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen dadurch nachgekommen ist, dass es die Zahlung vorgenommen oder sich zur Zahlung der Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschlägen verpflichtet hat.

9. § 127 GWB-E Zuschlag

§ 127 GWB-E trifft grundsätzliche Aussagen über die Zuschlagserteilung und deren Kriterien. Weitere Einzelheiten muss daneben die Neufassung der VgV regeln. Insbesondere betrifft dies die Umsetzung des Artikel 67 Abs. 2 Satz 2 Buchst. b der Vergaberichtlinie, dessen Umsetzung bereits jetzt in § 4 der VgV erfolgt. Abs. 4 formuliert Anforderungen an die Auswahl der Zuschlagskriterien und verlangt, dass diese bei wirksamer Überprüfbarkeit einen wirksamen Wettbewerb ermöglichen und Willkürentscheidungen verhindern.

Bewertung:

Die BAGFW begrüßt, dass Abs. 1 die Relevanz des Wirtschaftlichkeitskriteriums für die Zuschlagsentscheidung und die Notwendigkeit einer Preis-Leistungs-Relation deutlich heraushebt und klarstellt, dass der Preis oder die Kosten grundsätzlich nicht der einzige Wertungsgesichtspunkt sein dürfen. Tatsächlich ist nachvollziehbar, dass bei standardisierten Beschaffungsgegenständen eine inhaltliche Differenzierung zwischen den einzelnen Angeboten kaum möglich ist und dass deshalb der angebotene Preis tatsächlich das einzige aussagekräftige Unterscheidungskriterium ist (RefE S. 129). Gleichwohl bleibt festzustellen, dass gerade an dieser Stelle eine wesentliche Stellschraube für die gesamte Verfahrensgestaltung liegt. Die Einstufung einer Leistung als Standardleistung und die damit einhergehende Entscheidung für einen Preiswettbewerb bewirkt in einem sehr frühen Verfahrensstadium eine erhebliche Engführung, die sich durch die gesamte weitere Verfahrensgestaltung (insb. die Ausgestaltung der Zuschlagskriterien in den Vergabeunterlagen und die spätere Zuschlagsentscheidung) hindurchzieht. Selbst wenn eine solche Einschätzung gerichtlich überprüfbar sein dürfte, obliegt die Widerlegung einer solchen Fehleinschätzung zunächst den klagenden Bietern, was das Ungleichgewicht zwischen Bietern und Auftraggebern nochmals zulasten der Bieter verstärkt.

So nachvollziehbar die in Abs. 4 beschriebenen Anforderungen an die Auswahl der Zuschlagskriterien im Allgemeinen sind, bringt dies in der Praxis und vor allem bei der Ausschreibung von Dienstleistungen im Sinne von Anhang XIV zur Vergaberichtlinie immer wieder erhebliche Herausforderungen mit sich. Diese Dienstleistungen lassen sich, wie EG 114 zur Richtlinie und in dessen Umsetzung auch die Begründung zu § 130 GWB-E deutlich machen, nicht ohne weiteres in rein technischen Beschreibungen erfassen. Gleichwohl kommt es gerade bei den Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen in großem Umfang zu einer bedenklichen Engführung der Leistungen zu weitgehend standardisierten „Massenprodukten“, bei denen die Angebotswertung allein nach dem Preis erfolgt. Eine Korrektur dieser Fehlentwicklung durch die Einführung von Qualitätskriterien verursacht zurzeit noch Probleme, weil es in diesem Bereich noch an verlässlichen, messbaren und gleichzeitig aussagekräftigen Qualitätskriterien fehlt.

Nach Ansicht der BAGFW muss die Öffnung der Zuschlagsentscheidung für die Berücksichtigung von Qualitätsaspekten allen Dimensionen des Qualitätsbegriffs, also der Struktur- Prozess- und Ergebnisqualität, Rechnung tragen können. Die Verankerung dieser Dimensionen in den maßgeblichen Vergaberegelungen erleichtert die Zuordnung der im einzelnen Vergabeverfahren herangezogenen Kriterien, was wiederum eine bessere Einschätzung ihrer Aussagekraft und Tragfähigkeit ermöglicht.

Da hier vieles noch in der Entwicklung begriffen ist und die Festlegung der Zuschlagskriterien letztlich allein dem konkreten Auftraggeber obliegt, appelliert die BAGFW vor allem an die Aufsichtsbehörden der zuständigen Leistungsträger, auf einen konstruktiven Umgang mit den Gestaltungsspielräumen zu achten. Abs. 4 bekräftigt zu Recht die Verantwortung der Auftraggeber für einen wirksamen Wettbewerb, der auch von einem hinreichend vielseitigen Anbieterfeld abhängt. Bei der Ausschreibung sozialer Dienstleistung tritt die Strukturverantwortung der Leistungsträger und ihrer Aufsichtsbehörden hinzu, für die der zu gewährleistende Wettbewerb nur einer von vielen Aspekten eines funktionierenden Leistungssystems ist und bleiben muss.

Vorschlag:

(1) § 127 Abs. 4 GWB-E wird um folgenden Satz 2 ergänzt:

„Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes (zum Beispiel der Lebenszykluskostenrechnung). Bei Leistungen im Sinne von Abs. 1 beinhaltet diese Bestimmung das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer und/oder sozialer Aspekte — bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen

Auftrags in Verbindung stehen. Zu diesen Kriterien gehören die Prozess- Struktur- und Ergebnisqualität“.

(2) Ergänzung der Begründung zu Abs. 1

Die Begründung zu Abs. 1 konkretisiert die Aussagen betreffend die zulässigen Standardisierungen mit differenzierten Kriterien oder Beispielen für zulässige Standardisierungen (s. insofern auch die Ausführungen zu § 130 GWB-E).

10. § 130 GWB-E Ausschreibung von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen

§ 130 GWB-E setzt nach der Einschätzung des Entwurfs die Vorgaben aus Artikel 74 bis 76 der Vergaberichtlinie um. Diese umfassen eine weitgehende Freistellung der Auswahl der Verfahrensarten von den im allgemeinen Vergaberecht geltenden Anwendungsvoraussetzungen. Ausgenommen von dieser Freistellung ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Im Übrigen kommt für die Ausschreibung von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen das allgemeine Vergaberecht zur Anwendung.

Bewertung:

Angesichts der in Artikel 76 der Vergaberichtlinie enthaltenen weitgehenden Gestaltungsfreiräume und –aufträge für die Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen verwundert die Konzentration des Entwurfs auf eine einzige Vorschrift. Dies umso mehr, als die Begründung selber auf eine andere Herangehensweise und Regelungsintention und an mehreren Stellen auf ein vereinfachtes Verfahren hinweist. Die nunmehr im Entwurf gestaltete Umsetzung verfolgt mit der Einbettung des § 130 GWB-E in das allgemeine Vergaberecht genau den umgekehrten Ansatz und reduziert die Umsetzung von Artikel 76 auf eine einzige Ausnahme vom allgemeinen Vergaberecht. Selbst wenn die Gestaltungsspielräume des allgemeinen Vergaberechts in der Theorie weitgehende Möglichkeiten zu notwendigen Einzelfall-Gestaltungen lassen, fehlt es an verbindlichen Impulsen, diese Freiräume auch zu nutzen. Der Entwurf muss mindestens eine Bestimmung enthalten, die klarstellt, dass die Ziele und vor allem die Wertungskriterien des Sozialrechts wie Artikel 76 Abs. 2 sie beispielhaft aufzählt, nicht von der Verfahrenslogik des Vergaberechts überlagert werden dürfen. Diese richtungsweisende Intention der Vergaberichtlinie zählt zu den grundlegenden europarechtlichen Gestaltungsaufträgen im Zusammenhang mit der Vergaberechtsreform, kommt aber in dieser Stringenz im geplanten Normtext in keiner Weise zum Tragen. Insofern reicht es nach Ansicht der BAGFW auch nicht aus, gegebenenfalls auf der Ebene der Vergabeverordnung einzelne Verfahrensvorschriften zu verankern, die diesen Grundsatz in praktischen Einzelaspekten umsetzen.

Dem formellen Gesetz kommt insoweit eine Leitfunktion zu, der der Entwurf noch nicht gerecht wird. Gerade wenn der Entwurf eine 1:1-Umsetzung der Richtlinie anstrebt, hätte mindestens die Übernahme von Artikel 76 Abs. 2 nahegelegen.

Eine Übernahme des Art. 76 Abs. 2 stellte klar, dass es zwischen den Zielen sowie Wertungen des Sozialrechts und den Sachzwängen des Vergaberechts Ausgleichsbedarf gibt, der der maximalen Ausnutzung der vergaberechtstypischen Steuerungsinstrumente entgegensteht. In der gegenwärtigen Fassung des Entwurfs sieht die BAGFW eine effektive Berücksichtigung der sozialrechtlichen Belange nicht als sichergestellt an.

Soweit die Auftragsvergabe überhaupt zum Tragen kommt, soll sie die Organisation und Erbringung von sozialen Dienstleistungen befördern. Damit dies zweckgemäß geleistet werden kann, müssen der Gesetzgeber und jeder einzelne Auftraggeber sozialverträglichen Gestaltungen nicht nur Raum lassen, sondern auch sicherstellen, dass diese hinreichend zum Tragen kommen. Der Gestaltungsauftrag nicht zuletzt des Gesetzgebers geht dahin, zu verhindern, dass falsch verstandenes Objektivitätsstreben einen allein von Preisaspekten dominierten Unterbietungs- und Verdrängungswettbewerb fördert. Im 10. Jahr seit Einführung des Vergaberechts in das sozialrechtliche Leistungserbringungsrecht sieht die BAGFW den Gesetzgeber ebenso wie die zuständigen Aufsichtsbehörden der auftraggebenden Leistungsträger in der Verantwortung, mit den neuen Gestaltungsmitteln des Vergaberechts die Folgen eines

kontraproduktiven, Qualitätsaspekte vernachlässigenden Preiswettbewerbs für Anbieter und Nutzer der Leistungen zu begrenzen, den sinnvollen Einsatz von Steuermitteln sicherzustellen und damit auch den Zielen und Zielsetzungen des *Vergaberechts* Rechnung zu tragen.

Zu der im Referentenentwurf tatsächlich getroffenen Regelung stellt die BAGFW fest, dass unter den zur Auswahl gestellten Verfahren insbesondere der wettbewerbliche Dialog geeignet erscheint, Bedarfe der Bieterinnen und Bieter sowie besondere methodische Kompetenzen frühzeitig bei der Auftragsformulierung zu berücksichtigen. Demgegenüber scheinen nicht offene Verfahren geeignet, um kurzfristig auftretende bzw. bekannt gewordene Bedarfe der Nutzerinnen und Nutzer zu decken. Das nicht offene Verfahren würde zudem die Möglichkeit eröffnen, bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs eine qualitative Vorauswahl vorzunehmen.

Vorschlag:

(1) Die bisher in § 130 GWB-E getroffene Regelung wird zu § 130 Abs. 2 GWB-E.

Ihr wird folgender Abs. 1 vorangestellt:

„Bei der Ausschreibung von Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EG tragen die öffentlichen Auftraggeber der Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung.“

(2) Sofern dies nicht bereits in § 127GWB-E erfolgt ist, wird nach Abs. 2 folgender Abs. 3 eingefügt:

„Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes (zum Beispiel der Lebenszykluskostenrechnung). Bei Leistungen im Sinne von Abs. 1 beinhaltet diese Bestimmung das beste Preis-Leistungs-Verhältnis, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer und/oder sozialer Aspekte — bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. Zu diesen Kriterien gehören die Prozess-Struktur- und Ergebnisqualität.“

(3) Es wird ein weiterer Absatz angefügt:

„Vor einer Zusammenarbeit im Sinne des § 108 zur Erbringung sozialer Dienstleistungen prüfen die Partner, ob in ihrem Zuständigkeitsbereich geeignete Einrichtungen und Dienste Dritter vorhanden sind, ausgebaut oder in Kürze geschaffen werden können.“

11. § 133 GWB-E Kündigung von öffentlichen Aufträgen

§ 133 GWB-E regelt die Kündigung eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit. Zu diesen Kündigungsgründen zählt auch das nicht erkannte Vorliegen eines zwingenden Ausschlussgrundes im Zeitpunkt der Zuschlagserteilung.

Bewertung:

Die BAGFW hält die Berücksichtigung der zwingenden Ausschlussgründe in diesem Zusammenhang für eine sinnvolle Maßnahme zur Durchsetzung der Rechtstreue im Vergabeverfahren. Vor diesem Hintergrund regt die

BAGFW allerdings an, den Verweis in § 133 Nr. 2 GWB-E konsequent zu erweitern und auch die unter § 123 Abs. 5 GWB-E aufgezählten von Unternehmen als solchen gesetzten Ausschlussgründe als Kündigungsgrund einzubeziehen.

Vorschlag:

§ 133 Nr. 2 GWB-E wird wie folgt gefasst:

„2. zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung ein zwingender Ausschlussgrund nach § 123 Absatz 1 bis 5 vorlag oder …“

Berlin, 26.05.2015

---

[1] So insb. OLG Hamburg Beschluss vom 8.7.2008, 1 Verg 1/08)

[2] Der Inkaufnahme eines solchen Verdrängungswettbewerbs liegt

offenbar die Vorstellung zugrunde, dass sich in jedem Ausschreibungsverfahren genügend Bieter einstellen, die für die jeweilige Gelegenheit kurzfristig ein Angebot konzipieren, das sie bei einem Misserfolg ohne wesentliche Kosten wieder zurückziehen können, Wie unter I.1 dargelegt, entspricht eine solche Arbeitsweise in keiner Weise dem fachlichen Selbstverständnis sozialer Arbeit. Tatsächlich wird aber gerade diese fachliche Ausrichtung durch die beschriebene Wettbewerbsgestaltung gerade nicht in Frage gestellt sondern unterwandert.

[3] Eine begrenzte Marktzulassung ist nur geboten, wenn die Menge der erbringbaren und nachgefragten Leistungen von vornherein beschränkt ist. Gegen einen solchen Ansatz spricht folgende Überlegung: beim Zulassungsmodell geht es darum, einklagbare Rechtsansprüche von Dritten zu erfüllen. Diese Ausgangslage verbietet jegliche Kontingentierung und Begrenzung der zur Verfügung zu stellenden Dienstleistungen. Der Umfang der benötigten und entsprechend zu erbringenden Dienstleistungen ist vielmehr im Einzelfall individuell festzustellen (so z. B. § 9 SGB XII Sozialhilfe im Einzelfall). Da der Zahlungsanspruch erst mit der Erbringung einer konkreten Dienstleistung und rechtlich betrachtet dann auch nur gegen den *Leistungsberechtigten* entsteht, begründet die Zulassung der Anbieter selber keine Refinanzierungsansprüche gegen bzw. Zahlungsverpflichtungen für den Leistungsträger. Von daher besteht kein sozialrechtlich gerechtfertigtes Interesse an einer solchen Verringerung der Anzahl der Anbieter und einer Infragestellung der z. B. vom SGB VIII und SGB XII ausdrücklich geforderten sog. Trägerpluralität.

[4] Siehe die Gesetzesbegründung zu § 17 SGB II („Einrichtungen und

Dienste für Leistungen zur Eingliederung“, Gesetzentwurf der Fraktionen SPD und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, Entwurf eines Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt, Drucksache 15/1516; siehe auch Prof. Dr. Johannes Münder (Hrsg.) (2011): Sozialgesetzbuch II. Grundsicherung für Arbeitsuchende. Lehr- und Praxiskommentar. Baden-Baden.

Dateien

2015-05-26_BAGFW_Modernisierung_des_Vergaberechts.pdf 147 KB

Zum Seitenanfang