Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege



30.11.2015

Stellungnahme der BAGFW zum Referentenentwurf zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) hat sich bereits an den vorausgegangenen Schritten zur Reform des

Vergaberechts intensiv beteiligt und Vorschläge zur Umsetzung des in der Richtlinie 2014/24/EG Artikel 74 ff vorgese-henen Sozialvergaberechts kommentiert.

Die Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) hat sich bereits an den vorausgegangenen Schritten zur Reform des Vergaberechts intensiv beteiligt und Vorschläge zur Umsetzung des in der Richtlinie 2014/24/EG Artikel 74 ff vorgesehenen Sozialvergaberechts kommentiert. Anknüpfend an diese vorausgegangenen Positionierungen nehmen wir zum nunmehr vorliegenden Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts wie folgt Stellung:

I Allgemein

Der Entwurf setzt die im Entwurf für ein Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vorgegebene Grundidee fort, das relevante Vergaberecht im Rahmen der demokratisch legitimierten Rechtssetzung zu kodifizieren und gliedert (mit Ausnahme der VOB) dafür die sog. EG-Paragraphen der Vergabe- und Vertragsordnungen weitgehend in die Vergabeverordnung ein.

Die BAGFW bedauert allerdings, dass im Kontext dieser ausdifferenzierten Neustrukturierung der Topos „soziale Dienstleistungen“ nach wie vor nur minimale Berücksichtigung findet. Der Entwurf folgt dem vom

Vergaberechtsmodernisierungsgesetz vorgegebenen Muster und trägt den Besonderheiten sozialer Dienstleistungen allenfalls punktuell Rechnung. Die Umsetzung der Vergaberichtlinie bleibt damit weit hinter dem zurück, was das Europarecht ermöglicht. Die Richtlinie setzt sich in Erwägungsgrund 114 differenziert mit den Zusammenhängen zwischen der Gestaltung sozialer Dienstleistungen und den kulturellen Gegebenheiten der Mitgliedstaaten auseinander. In Deutschland ist dieser Wirtschaftsbereich wesentlich durch die Verpflichtung der öffentlichen Hand zur Daseinsvorsorge und die damit einhergehende Verantwortung der Sozialleistungsträger für die soziale Infrastruktur geprägt. Diese Verantwortung erschöpft sich nicht darin, eine Bereichsausnahme (für Rettungsdienste) zu gewähren und besonders hohe Schwellenwerte für die europaweite Ausschreibung von Sozialleistungen festzulegen. Die besonderen Wertungen des Sozialrechts müssen vielmehr auch in der Ausgestaltung des von der VgV konkretisierten Vergabeverfahrens zum Tragen kommen. Von daher hält die BAGFW den von der Vergaberechtsreform verfolgten Ansatz für verkürzt, lediglich den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts zu begrenzen und im Übrigen das Sozialvergaberecht weitgehend dem allgemeinen Vergaberecht zu unterwerfen. Die Bundesrepublik vergibt die Chance, mit den Gestaltungsspielräumen der Richtlinie ein flexibles und sachdienliches Sozialvergaberecht zu gestalten und damit die Weichen für einen erfolgreichen Qualitätswettbewerb zu stellen.

Von dieser grundsätzlichen Kritik abgesehen begrüßt die BAGFW, dass die Bundesregierung den mit dem GWB eingeschlagenen Weg fortsetzt, das Vergaberecht auf eine gesicherte demokratische Grundlage zu stellen. Die

BAGFW unterstützt deshalb auch das Anliegen der meisten Bundestagsfraktionen, dem Bundestag einen Zustimmungsvorbehalt für die Vergabeverordnung einzuräumen und die Verordnung so noch enger mit den Entscheidungen des demokratisch legitimierten Gesetzgebers zu verknüpfen. Wir halten es für wichtig, sicherzustellen, dass die Fortbildung des Vergaberechts transparenter als in der Vergangenheit verläuft und dass Verfahren, die für die wirtschaftliche Existenz vieler Anbieter erhebliche Bedeutung haben, auf einer starken demokratischen Grundlage beruhen.

Allerdings kommt diese demokratische Absicherung nur dem Verfahren für Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte zugute. Der von 207.000 € auf 750.000 € angehobene Schwellenwert für soziale Dienstleistungen wird damit vor allem bewirken, dass anstelle des reformierten EU-Vergaberechts das weitaus unflexiblere Unterschwellenvergaberecht nach dem 1. Abschnitt der VOL/A an Bedeutung gewinnt. Wir bitten deshalb die Bundesregierung wie schon im unseren vorausgegangenen Stellungnahmen darum, zeitnahe und mit Nachdruck auf eine angemessene Angleichung des Unterschwellenvergabeverfahrens an die reformierte Vergaberegelungen hinzuwirken.

II Zu den Einzelbestimmungen

Über diese allgemeinen Vorbemerkungen hinaus nehmen wir zu einzelnen

Bestimmungen des Entwurfs für eine Neufassung der Vergabeverordnung (Artikel 1) wie folgt Stellung:

1. § 1 VgV-E Gegenstand und Anwendungsbereich

Wie im Kontext des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (dort zu § 130 GWB-E) bitten wir, Abs. 4 fortzuschreiben und klarzustellen, dass das Vergaberecht auch auf unentgeltliche sozialrechtliche Zulassungsverträge keine Anwendung findet.

Diverse Darstellungen der Bundesregierung (insbesondere in der BT Drs. 18/6492, S. 3) machen den Hinweis dringend notwendig, dass das sog. Dreiecksverhältnis keinesfalls dem Sozialhilferecht vorbehalten ist. Vielmehr kommen diese Vertragskonstellationen genauso im SGB V, VIII, IX und XI vor. In allen diesen Gesetzen stellen Zulassungsverträge sicher, dass die Inhaber von Leistungsansprüchen ihr mit diesem subjektiven Recht einhergehendes sog. Wunsch- und Wahlrecht (z. B. aus § 5 SGB VIII, § 9 SGB IX, § 2 SGB XI und § 9 SGB XII) ausüben können. Um diese gesetzlich verankerten subjektiven Leistungsrechte zu schützen, müssen die sozialrechtlichen Zulassungsverträge zum Tragen kommen und Vergabeverfahren unterbleiben. Entsprechend halten wir hier eine klarstellende Abgrenzung des Anwendungsbereichs für notwendig.

Die BAGFW schlägt vor in Absatz 4 folgenden Satz 2 anzufügen:

„Sie ist ferner nicht anzuwenden auf die nicht entgeltlichen Zulassungsverträge nach Maßgabe des Sozialgesetzbuchs“.

2. § 7 VgV-E Mitwirkung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens

Die BAGFW begrüßt diese Öffnung für die Einbeziehung fachkundiger Bieter-Knowhows in die Vorbereitung einer Ausschreibung ebenso wie den für die übrigen Anbieter wichtigen Ausgleich der Vorteile, die die sog. Prädikanten durch diese Mitwirkung im Vorfeld erlangen (z. B. Insiderwissen).

Mit § 7 und der Umsetzung von Artikel 41 Richtlinie 24/2014/EU schafft der VgV-Entwurf eine Rechtsgrundlage für die Einbeziehung sachverständiger Bieter in Vergabeverfahren. Dies ist gerade bei den offenen Verfahren i.S.v. § 15 VgV-E ein Weg, um frühzeitig fachliche Kenntnisse und

Innovationsimpulse in die Vorbereitung der Vergabeunterlagen einfließen zu lassen. Ein alternativer Weg zur Einbeziehung fachlichen Knowhows, der die mögliche Bevorzugung einzelner Träger ganz vermeidet, ist die Hinzuziehung fachlich qualifizierter Verbände. Diese bündeln ein erhebliches Fach- und Erfahrungswissen, ohne aber wie beteiligte Unternehmer an der späteren Zuschlagserteilung interessiert zu sein.

Zudem begrüßt die BAGFW den in den Absätzen 2 und 3 vorgesehenen abgestuften Interessenausgleich unter den Prädikanten und den weiteren Bietern. Nur in einem solchen Kontext ist es letztlich für Unternehmer zumutbar, einem Auftraggeber ihr Fachwissen zur Verfügung zu stellen. Ein sinnvoller Baustein dieses Ausgleichs ist die Möglichkeit für Prädikanten, ihren Ausschluss vom Verfahren nach § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB mit dem Nachweis abzuwenden, dass ihre Mitwirkung wettbewerbsunschädlich gewesen ist. Allerdings verlangt die Formulierung des Absatz 3 (Nachweis, dass die Beteiligung den Wettbewerb „nicht verzerren kann“) den Beweis einer negativen Tatsache, der in dieser Form nicht möglich ist. Möglich ist – bei entsprechender Möglichkeit zur Einsichtnahme in die Vergabedokumentation – hingegen die Darlegung, dass auch mit der Beteiligung des Anbieters ein funktionierender Wettbewerb möglich ist.

Von daher schlägt die BAGFW folgende alternative Formulierung des § 7 Abs. 3 vor:

„Vor einem Ausschluss nach § 124 Absatz 1 Nummer 6 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen wird den Unternehmen die Möglichkeit gegeben nachzuweisen, dass auch mit ihrer Beteiligung an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens der Wettbewerb unbehindert stattfindet“.

3. § 8 VgV-E Dokumentation und Vergabevermerk

Sowohl die Vergabedokumentation als auch der Vergabevermerk sind wichtige Garanten für ein transparentes Vergabeverfahren und ein erfolgreiches Rechtsschutzverfahren.

Unter den Bedingungen eines intensiven Preiswettbewerbs kommt nicht nur dem Auftragswert als solchem sondern auch den kalkulatorischen Grundlagen Gewicht zu, auf denen der Auftraggeber den Auftragswert errechnet hat. Diese Kostenrechnung des Auftraggebers stellt nicht zuletzt wegen der daraus folgenden Zuordnung von Aufträgen zum Über- oder Unterschwellenvergaberecht eine wesentliche Weichenstellung für das weitere Vergabeverfahren dar. Von daher erscheint es sachgerecht, unter Nr. 1 nicht nur den Auftragswert als solchen zu benennen, sondern auch darzulegen, wie der Auftraggeber diesen ermittelt hat und welche Kostenfaktoren dabei zum Tragen gekommen sind.

Des Weiteren hält die BAGFW eine Ergänzung von Abs. 2 Nr. 5 für

zweckmäßig. Die Vergabedokumentation sollte nicht nur den Namen des erfolgreichen Bieters sondern auch den von diesem erzielten Zuschlagspreis als solchen offenlegen (s. dazu auch Anm. zu § 62 Abs. 3 VgV-E). Dies würde Transparenz über die Preise schaffen, zu denen Aufträge vergeben werden. Gerade bei der Finanzierung von Sozialleistungen aus öffentlichen Geldern erscheint eine solche Offenlegung sinnvoll und wichtig. Gerade bei den sehr weitgehend standardisierten Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen der Bundesagentur für Arbeit macht eine solche Angabe sowohl die langfristige Preisentwicklung als auch deren Verhältnis zur gleichzeitigen Kostenentwicklung für die Bieter (z. B. Personal- und energiekosten) nachvollziehbar.

Die BAGFW schlägt deshalb vor, § 8 Abs. 2 Satz 2 wie folgt zu ergänzen:

„Dieser Vergabevermerk umfasst mindestens Folgendes:

1. den Namen und die Anschrift des öffentlichen Auftraggebers sowie Gegenstand und Wert des Auftrages, des Rahmenvertrages oder der dynamischen Beschaffung und die Grundlagen, aus denen sich dieser Wert ergibt, …

5. den Namen des erfolgreichen Bieters, den Preis und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes …“

4. § 11 VgV-E Anforderungen an den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren

Die BAGFW begrüßt ausdrücklich, die Verpflichtung der Auftraggeber, einen barrierefreien Zugang zur e-Vergabe zu gewährleisten. Darüber hinaus empfehlen wir den für die Einführung der e-Vergabe zuständigen Stellen, sich für die Umsetzung dieser Vorgabe mit den Verbänden abzustimmen, die die Belange von Menschen mit Behinderung vertreten.

5. § 14 VgV-E Wahl der Verfahrensart

Im Zusammenhang mit § 14 VgV-E weisen wir auf ein Problem im Bereich sozialer Dienstleistungen hin: Bereits jetzt führen Träger von Sozialleistungen vor dem Abschluss von Zulassungsverträgen häufig sog. Interessenbekundungsverfahren durch. Diese werden ausdrücklich als nicht vergaberechtliche Verfahren eingeführt, bewirken aber, dass die Leistungsträger noch vor der Aufnahme von Vertragsverhandlungen das Feld der möglichen Vertragspartner „sichten“ und vorsortieren, mit welchen Interessenten sie überhaupt Verhandlungen aufnehmen. Diese wahlweise Anwendung von aus ihrem Zusammenhang gerissenen

vergabetypischen Selektionsinstrumenten schafft unter den betroffenen Anbietern erhebliche Verunsicherung.

Vor diesem Hintergrund bietet die eindeutig vergaberechtliche Zuordnung des Begriffs der „Interessenbekundung“ (vgl. in § 5 oder 54 VgV-E) die Möglichkeit, solchen vergabeähnlichen Verfahren einen Riegel vorzuschieben. Sowohl der vergaberechtliche Auftragsbegriff als auch der in den §§ 14 ff. VgV-E beschriebene Katalog von Vergabeverfahren grenzt diese Verfahren gegenüber anderen Wettbewerbsverfahren ab. Vergaberecht stellt ein in sich stimmiges Regelungssystem dar, das die Befugnis des Auftraggebers zur selektiven Auswahlentscheidung mit Vorkehrungen zum Bieterschutz flankiert. Abgesehen davon, dass bei den sog. Interessenbekundungsverfahren ein auszuschreibender Auftrag und damit auch das berechtigte Interesse an einer solchen Beschränkung des Bieterfeldes fehlen, erstrecken sich diese „Anleihen“ beim Vergaberecht regelmäßig gerade nicht auf die bieterschützenden Vorkehrungen zu Transparenz und Chancengleichheit bei der Auswahl. Damit verletzen diese Verfahren den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, den die an Recht und Gesetz gebundene öffentliche Hand stets zu beachten hat.

Die jeweiligen Wettbewerbssysteme vertragen keine Mischformen wie die hier beschriebenen Interessenbekundungsverfahren. Wir bitten deshalb jedenfalls in der Begründung des Entwurfs um die Klarstellung, dass die §§ 14 ff. VgV-E die Verfahrensarten abschließend beschreiben und mit Rücksicht auf die Bieterrechte keine informelle Ausdehnung zulässig ist.

6. § 31 VgV-E Leistungsbeschreibung

Große Bedeutung kommt der Barrierefreiheit nicht allein bei der Ausgestaltung der Vergabeinformationen sondern insbesondere bei der Beschreibung und Ausführung der zu vergebenden Leistung zu.

Auf der einen Seite zählt die Barrierefreiheit zu den Grundanforderungen einer inklusivenGesellschaft, wie die UN-Behindertenkonvention sie fordert. Auf der anderen Seite stellt das Ziel, den Betrieb barrierefrei zu gestalten, Unternehmen vor erhebliche Anforderungen, die allein im baulichen Bereich weitgehende Änderungen mit sich bringen, aber sich keinesfalls in diesen Maßnahmen erschöpfen. Barrierefreiheit umfasst konsequent betrachtet auch die sprachliche Aufbereitung von relevanten Informationen in leichter Sprache, ein Ausschilderungssystem in Brailleschrift etc.

Im Kontext des Vergaberechts stellt sich deshalb die Frage, welche Anforderungen an die barrierefreie Ausgestaltung ein Auftraggeber angemessener Weise an Bieter stellen kann, die für entsprechende Umgestaltungen ihrer Einrichtungen weder Investitionskostenförderungen seitens der Auftraggeber noch eine sichere Berücksichtigung bei Folgeaufträgen erwarten können. Hier hatte es bereits 2013 Ansätze

gegeben, bei Ausschreibungen der Bundesagentur von Trägern behindertenspezifischer Berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen und Ausbildungen für behinderte Menschen mit Förderbedarf die Gewährleistung eines umfassend barrierefreien Zugangs zu verlangen. Allerdings erwiesen sich diese Anforderungen als zu undifferenziert und in der vorgegeben kurzen Frist als kaum umsetzbar; aus diesem Grund sah die Bundesagentur 2013 von ihrer Verwirklichung ab.

Vor diesem Hintergrund hält die BAGFW eine differenziertere Formulierung des § 31 Abs. 5 VgV-E für geboten. Zutreffend ist die Pflicht, auftragsbezogene besondere Anforderungen an die barrierefreie Ausführung des Auftrags in der Leistungsbeschreibung zu verankern. Allein diese Vorgabe greift allerdings zu kurz, um im Einzelfall übermäßige Anforderungen an die Bieter zu verhindern. Hier kommt Absatz 3 besondere Bedeutung zu: danach müssen Leistungsmerkmale eine sachliche Verbindung mit dem Auftrag aufweisen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen in angemessenem Verhältnis stehen. Dieser notwendige Zusammenhang muss gerade auch bei der barrierefreien Ausführung der beschafften Leistung beachtet werden.

Damit sich die Leistungsbeschreibungen auf geeignete, auftragsbezogene Vorgaben beschränken, empfiehlt die BAGFW dringend, im Vorfeld einer Ausschreibung mit den Trägern von sozialen Dienstleitungen und einschlägigen Verbänden klarzustellen, welche konkreten Anforderungen an die Barrierefreiheit sich aus den tatsächlichen Bedürfnisse der vorgesehenen Nutzerinnen und Nutzer und deren Umsetzbarkeit ergeben. Weiterhin müssen die Auftraggeber den Bietern realistische Zeiträume für

die Umstellung einräumen.

Dies BAGFW schlägt deshalb vor, Absatz 5 durch folgenden Satz zu ergänzen:

„Absatz 3 ist zu beachten.“

7. § 49 VgV-E Beleg der Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements

QM-Systeme im Sinne des § 49 sollten nicht allein auf die Zertifizierung nach DIN EN ISO oder EFQM beschränkt werden. Die Wohlfahrtsverbände haben teils eigene systematische Darlegungsmodelle entwickelt, die zwar den Vorgaben europäischer QM-Systeme entsprechen, diese aber nicht vollumfänglich umsetzen. Eine vollständige Umsetzung würde für die zum Teil recht kleinen Einheiten der Wohlfahrtsverbände (z. B. Beratungsstellen mit weniger als 5 Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern) unangemessen aufwendig und unverhältnismäßig teuer.

Um auch solche Zertifizierungssysteme berücksichtigen zu können, regt

die BAGFW an, Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 wie folgt zu formulieren:

„… so bezieht sich der öffentliche Auftraggeber auf Qualitätssicherungssysteme, die

1. den einschlägigen europäischen Normen genügen oder einen entsprechenden Standard sicherstellen und …“

8. § 50 VgV-E Einheitliche Europäische Eignungserklärung

Um den Anspruch der Vergaberechtsreform einzulösen, das Vergaberecht einfacher zu gestalten, hält die BAGFW eine Modifizierung der Bestimmungen zur Einheitlichen Europäischen Eignungserklärung für dringend geboten.

§ 50 VgV-E sieht die zwingende Anwendung der Einheitlichen Europäischen Eignungserklärung vor. Bei der Ausschreibung sozialer Dienstleistungen zeichnen sich insoweit bereits jetzt Überschneidungen mit spezialgesetzlich angeordneten Zertifizierungsverfahren (insb. nach der Anerkennungs- und Zulassungsverordnung Arbeitsförderung, der AZAV) ab. Um hier wenig zuträgliche Doppelprüfungen zu vermeiden, regt die BAGFW folgende Klarstellung an:

„Soweit für die Zulassung eines Bewerbers spezialgesetzliche Zertifizierungsverfahren vorgesehen sind, entfällt neben der Vorlage dieses Zertifikates die Einheitliche Europäische Eignungserklärung.“

9. § 60 VgV-E Ungewöhnlich niedrige Angebote

Die BAGFW stimmt dieser Regelung umfassend zu.

Insbesondere gilt dies für den Ausschluss des Ermessens in Fällen des Absatzes 3 Satz 2. Dieser bewirkt, dass Unterbietungsangebote, die nur unter Verstoß gegen die in § 128 Abs. 1 GWB-E genannten Vorschriften möglich sind, zwingend auszuschließen sind.

Positiv ist auch die Klarstellung, dass Anbieter, die rechtmäßig Beihilfen bekommen, auf dieser Grundlage auch besonders günstige Angebote unterbreiten dürfen und nicht ausgeschlossen werden können. Gerade Anbieter sozialer Dienstleistungen finanzieren sich häufig aus unterschiedlichen Quellen und erhalten neben der Refinanzierung aus einer Auftragsausführung auch einrichtungs- oder projektbezogene Mittel aus Förderprogrammen wie z. B. dem Europäischen Sozialfonds (ESF) oder

aus den Fonds der Soziallotterien. Diese Förderung liefe leer, wenn es nicht möglich wäre, sich in der praktischen Arbeit auf ausgeschriebene Aufträge zu bewerben (s. dazu auch die Ausführungen zu § 65 Abs. 1 VgV-E).

10. § 62 VgV-E Unterrichtung der Bewerber und Bieter

Zusätzlich zu den Anmerkungen zur Ergänzungsbedürftigkeit des § 8 Abs. 2 Nr. 5 hält die BAGFW die Information an nicht berücksichtigte Bieter darüber für erforderlich, für welchen Preis das erfolgreiche Angebot den Zuschlag bekommen hat. Bei der Überprüfung von Zuschlagsentscheidungen gibt diese Information häufig den entscheidenden Hinweis auf mögliche Ansatzpunkte für Rechtsschutzverfahren.

Die BAGFW schlägt deshalb vor, § 62 Absatz 2 Nr. 3 wie folgt zu ergänzen:

„3. jeden Bieter über die Merkmale, den Preis und die Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters, und

….“

11. § 64 VgV-E Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen

§ 64 VgV-E verdeutlicht das bereits unter I angesprochene Grundproblem mit der Umsetzung der Artikel 74 ff. Richtlinie 24/2014/EU im Rahmen der Vergabemodernisierung: statt für die Vergabe von sozialen Dienstleistungen mit wenigen Kernbestimmungen die Einhaltung der vergaberechtlichen Grundgarantien von Transparenz und Chancengleichheit sicherzustellen und im übrigen auf eine im GWB verankerte 1:1-Übernahme des Artikel 76 Abs. 2 Richtlinie 24/2014/EU zu verweisen, unterwirft die VgV die Ausschreibung sozialer Dienstleistungen bis auf wenige punktuelle Ausnahmen nahezu vollständig dem Vergabeverfahrensrecht, ohne dabei deutlich zu machen, welcher Stellenwert dem von der Richtlinie ausdrücklich anerkannten besonderen Charakter der sozialen Dienstleistungen zukommen soll.

Dieser kommt auch in der Vorgabe, dass bei der Ausschreibung die „Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen“ zu berücksichtigen sind, nicht hinreichend zum Ausdruck. Zwischen den materiell- rechtlichen Belangen und Wertungen des Sozialrechts und der Logik des Vergabeverfahrensrechts findet kein hinreichender Ausgleich statt. Vielmehr geht auch die Begründung zu § 64 VgV-E offenbar davon aus, dass die vorgesehenen Ausnahmen vom allgemeinen Vergaberecht ausreichen, um diesen Besonderheiten und der eingeschränkten

Binnenmarktrelevanz von sozialen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

Vor diesem Hintergrund hält die BAGFW es für unerlässlich, in enger Anlehnung an Artikel 76 Abs. 2 Richtlinie 24/2014/EU eine explizite Aufzählung unverzichtbarer und wesentlicher sozialer Wertungsgesichtspunkte in das Vergaberecht einzuführen. Dies gäbe Vergabestellen eine Orientierungshilfe. Zudem trüge eine solche Ergänzung dem Anspruch einer 1:1-Übertragung der Richtlinie Rechnung, ohne damit die Geltung des Vergaberechts in Frage zu stellen. Ohne eine solche ausdrückliche Verankerung der sozialrechtlichen Wertungen im Vergaberecht sieht die BAGFW nicht nur die europarechtlich ausdrücklich angeordnete Rücksichtnahme auf die Besonderheiten sozialer Dienstleistungen in Frage gestellt. Die Unterwerfung der sozialen Dienstleistungen unter das Vergaberecht ginge dann sogar noch weiter als dies im gegenwärtigen Oberschwellenvergaberecht vorgesehen ist, das für die sog. B-Leistungen nur eine punktuelle Anwendung von Vorschriften des EG-Vergaberechts vorschreibt.

Sofern deshalb die an sich naheliegendere Übernahme einer an Artikel 76 Abs. 2 Richtlinie 24/2014/EU angelehnten Verankerung sozialrechtlicher Wertungen im Rahmen des GWB unterbleibt, muss dieser Maßstab im Kontext der VgV als ermessenslenkende Orientierungshilfe verankert werden. Diese könnte in der folgenden Ergänzung zu § 64 VgV bestehen:

§ 64 wird § 64 Absatz 1; nach Absatz 1 wird folgender Absatz 2 angefügt:

„Bei der Ausschreibung von Dienstleistungen im Sinne von Absatz 1 tragen die öffentlichen Auftraggeber der Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung.“

12. § 65 Abs. 1 VgV-E Ergänzende Verfahrensregeln – Freigabe der Verfahrensarten

Die BAGFW begrüßt die weitgehende Freigabe der Verfahrensarten für die Auftraggeber. Ausgenommen hiervon ist allein das Verhandlungsverfahren ohne Teilnehmerwettbewerb. Der mögliche Rückgriff auf diese Verfahrensart richtet sich nach § 14 Abs. 4 VgV-E. Grundsätzlich ist dies nachvollziehbar. Allerdings ist es für den Kontext sozialer Dienstleistungen

notwendig, die abschließende Aufzählung des § 14 Abs. 4 VgV-E um eine Fallgruppe zu erweitern:

Die Besonderheiten des Sozialrechts und des in verschiedene Untergebiete wie beispielsweise das Kinder- und Jugendhilfe, Arbeitsförderung, Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderung aufgeteilten Leistungsrechts bedingen, dass soziale Dienstleister häufig auf der Grundlage einer Mischfinanzierung arbeiten. Ähnlich wie sich die Leistungen aus unterschiedlichen Modulen zusammensetzen und auf unterschiedliche Leistungsgesetze (z. B. dem VIII. und II. Buch des Sozialgesetzbuches) stützen, gilt dies auch für die Förder- und Refinanzierungsmittel, die eine solche übergreifende Arbeit ermöglichen. Insbesondere bei der Unterstützung von Jugendlichen gibt es Fördermaßnahmen, die die Hilfeinstrumente verschiedener Leistungsgesetze zusammenfassen und so eine abgestimmte Hilfe ermöglichen. Diese sog. rechtskreisübergreifenden Fördermaßnahmen sind besonders für Personen wichtig, die vielfältige Problemlagen gleichzeitig zu bewältigen haben und aufeinander abgestimmte Hilfeleistungen brauchen. Als Beispiel seien die in Zuständigkeit der Bundesagentur für Arbeit nach § 45 SGB III auszuschreibenden Leistungen genannt. Da von diesen rechtskreisübergreifenden Fördermaßnahmen zugleich fachlich innovative Leistungsimpulse ausgehen, kommt ihnen in der sozialen Arbeit erhebliche Bedeutung zu.

Für Vergaben im Unterschwellenbereich besteht bislang die Möglichkeit,

solche Bausteine einer Leistung nach § 3 Abs. 5 Nr. 1 VOL/A 1. Abschnitt (günstige Gelegenheit) freihändig zu vergeben. Oberhalb der Schwellenwerte ist eine entsprechende Fallgruppe nicht vorgesehen, unseres Erachtens aber dringend erforderlich. Ohne diese könnten solche Maßnahmen nur bis zu einem Auftragsvolumen von 749.999 € angeboten werden oder die Bundesagentur müsste eine reguläre Vergabe veranstalten durchführen, deren Ergebnis das Angebot als Ganzes in Frage stellen könnte. Denn selbst wenn der Anbieter aufgrund seiner Kofinanzierung durch rechtmäßige Fördermitteln besonders günstige Angebote unterbreiten kann (s. Anmerkungen zu unbeschadet § 60 Abs. 4 VgV-E), besteht im Rahmen einer Vergabe stets die Möglichkeit, dass nicht der Träger dieses rechtskreisübergreifenden Angebotes sondern ein Konkurrent den Zuschlag erhält.

Um diese fachlich wichtigen und weiterführenden Angebote auch oberhalb der Schwellenwerte vorhalten zu können, bedarf es insoweit einer Ausnahmeregelung zur Zulässigkeit von Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV-E gestattet dieses Verfahren bereits jetzt, wenn nur ein einziger Bieter für den Zuschlag in Betracht kommt, weil er das Patent auf die ausgeschriebene Leistung hält (Nr. 2 Buchst. c) oder als Künstler mit seiner individuellen Leistung nachgefragt ist (Nr. 2 Buchst. a). Die vorstehend beschriebenen Leistungsmodelle kommen den in Abs. 4 Nr. 2 beschriebenen Fallkonstellationen nahe, da die Anbieter rechtskreisübergreifender Leistungen in der Regel sehr individuelle Leistungspakete und Leistungskonditionen bieten, die andere Anbieter nicht vorhalten.

Auch unter wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten ist diese Ausnahme gerechtfertigt: die Anbieter rechtskreisübergreifender Fördermaßnahmen haben bei der Bewerbung um Fördermittel bereits andere, ebenfalls wettbewerbliche Auswahlverfahren wie z.B. die Teilnahmewettbewerbe im Vorfeld der ESF-geförderten Bundes- und Landesarbeitsmarktprogramme, durchlaufen. Die Ergebnisse und Erfolge dieser vorausgegangenen Auswahlverfahren gingen verloren, wenn die Zuwendungsempfänger im weiteren vergaberechtlichen Auswahlwettbewerb ausschieden oder wenn man zur Vermeidung solch widersprüchlicher Ergebnisse auf das auszuschreibende Modul verzichten müsste. Zudem geht es bei diesen Leistungsformen in der Regel um örtlich gebundene Maßnahmen, die den Schwellenwert überschreiten, aber letztlich aus dem Rahmen der für den Binnenmarkt relevanten Aufträge hinausfallen. Auch deshalb scheint es vertretbar, im Kontext der Sonderregelungen für soziale Dienstleistungen eine freihändige Vergabe zuzulassen, wenn dies zur Ermöglichung von rechtskreisübergreifenden, kofinanzierten Angeboten erforderlich ist.

Die BAGFW schlägt deshalb vor, an § 65 Abs. 1 Satz 2 wie folgt zu formulieren:

„Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb steht nur zur Verfügung, soweit die

1. nach § 14 Absatz 4 gestattet ist oder

2. notwendig ist, um Gesamtleistungen zu ermöglichen, die rechtskreisübergreifend oder in Ergänzung zu Bundes- und Landesprogrammen Leistungsmodule miteinander verbinden.“

13. § 65 Abs. 2 VgV-E Ergänzende Verfahrensregeln – Laufzeit von Rahmenvereinbarungen

Die Möglichkeit, die Laufzeit von Verträgen zu verlängern gibt den an der Auftragsausführung Beteiligten mehr Stabilität und Perspektive sowohl für die Kontinuität von Hilfeprozessen als auch für den Fortbestand von Arbeitsverhältnissen. Derzeit führt, namentlich im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen, die Position der Bundesagentur und wenige weitere Kommunen als einzige Nachfrager der zu beschaffenden Leistungen, zu einer hohen Instabilität der Arbeitsverhältnisse und damit einer hohen Fluktuation unter den für die Dienstleistungen eingesetzten Fachkräften. Eine verlängerte oder verlängerbare Vertragslaufzeit verschafft dem erfolgreichen Bieter und den von ihm Beschäftigten mehr Planungssicherheit.

Allerdings verweist die BAGFW darauf, dass dieses für den erfolgreichen Bieter positive Ergebnis durchaus ambivalent ist. Es liegt in der Eigenart von selektiven Auswahlentscheidungen, dass die Mehrzahl der Bewerber nicht berücksichtigt wird und anderweit Aufträge akquirieren muss. Dies ist allerdings erheblich erschwert, wenn der Hauptauftraggeber eine

marktbeherrschende Position einnimmt und es neben ihm allenfalls noch geringfügige weitere Nachfrage gibt. Unter diesen Umständen verstärken sich die negativen Auswirkungen einer Nichtberücksichtigung für die Anbieter und ihre Mitarbeitenden empfindlich. Dies gilt umso mehr als die Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen bundesweit zeitgleich abgewickelt werden. Einem hierbei erfolglosen Bieter bleibt damit praktisch keine Zeit mehr zu weiteren Bewerbungen.

Die im Einzelfall durchaus als Entlastung zu verstehende Verlängerungsoption für einen Vertragspartner verringert deshalb für die Zweitplatzierten oder weiter abgeschlagenen Bieter die Aussicht, in absehbarer Zeit eine alternative Betätigung finden. Auch wenn das Vergaberecht den Vertragspartnern keine Sicherheit über den Fortbestand von Verträgen über die Laufzeit des jeweiligen Vertrages verschaffen, sondern vielmehr eine ständige Neuauswahl unter geeigneten Anbietern sichern soll, tragen Auftraggeber nicht nur als Leistungsträger i. S. des Sozialrechts sondern auch in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht als i.d.R. marktbeherrschende Nachfrager Mitverantwortung für das Funktionieren des Leistungsgeschehens. Als Veranstalter des Wettbewerbs sind sie auf ein Bewerberfeld mit hoch qualifizierten Anbietern angewiesen. Wenn aber nicht berücksichtigte Bieter kein alternatives Betätigungsfeld für diese ausgeschriebene Dienstleistung finden und vom Markt verdrängt werden, bricht genau dieser „Lieferantenstamm“ weg. Mittelfristig kann sich der Auftraggeber dann gerade nicht mehr darauf verlassen, dass er regelmäßig ein Bewerberfeld an erfahrenen Anbietern zur Auswahl vorfindet. Bei der Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen kommt hinzu, dass beim Zuschlag zunehmend bundesweit agierende, große

Träger berücksichtigt werden. Der Abschluss von mehrjährigen Rahmenverträgen oder die gezielte Nutzung von Verlängerungsoptionen in bestehenden Rahmenverträgen mit großen Einkaufsvolumen würde eine solche Entwicklung auf Kosten der von der Richtlinie 2014/24/EU ausdrücklich geschützten kleinen und mittelständischen Unternehmen fördern.

Um einen funktionierenden Qualitätswettbewerb unter fachlich qualifizierten und erfahrenen Bietern nachhaltig sicherzustellen, müssen die Auftraggeber diese Ambivalenz dieses Gestaltungsmittels im Auge behalten. In ihrer Verlängerungsentscheidung müssen deshalb stets auch die Auswirkungen einer solchen Option für das gesamte Leistungsgeschehen zum Tragen kommen.

14. § 65 Abs. 3 VgV-E Ergänzende Verfahrensregeln – Qualitätskriterien

Abs. 3 eröffnet die Chance, bieterbezogene Qualitätskriterien besser zu berücksichtigen. Dazu sind aber Nachbesserungen erforderlich.

Bereits im Jahre 2012 bestand fraktionsübergreifend im Deutschen Bundestag Einigkeit, bieterbezogene Qualitätskriterien stärker zu gewichten (BT-Drs.17/11084). In der Folge wurde § 4 Abs. 2 VgV um bieterbezogene Qualitätskriterien erweitert. Die Regelung soll nunmehr in § 65 Abs. 3 VgV-E überführt werden. Angesichts der Erfahrungen mit der

bisherigen Umsetzung des § 4 VgV durch die Bundesagentur für Arbeit, halten die BAGFW, weitere maßgebliche Bietervertreter sowie die Gewerkschaften GEW, ver.di und der DGB für die Zukunft Modifikationen sowohl dieser Regelung als auch ihrer Anwendung für unerlässlich. Gemeinsam haben wir einen Ansatz für eine mögliche Verbesserung entwickelt und in die Diskussion eingebracht. Auf dessen Grundlage tragen wir Folgendes vor:

Bieterbezogene Qualitätskriterien müssen in erster Linie eine Aussage über die individuelle Leistung der Bieter zulassen. Das ist nicht möglich, wenn ihre Erfüllung wie bei der von der Bundesagentur vorrangig zugrunde gelegten Integrationsquote überwiegend äußeren Einflüssen unterliegt, die sich der Steuerung der Bieter entziehen. Denn zum einen haben die Anbieter keinen Einfluss darauf, welche Personengruppen in ihre Qualifizierungsmaßnahmen geschickt werden. Zum anderen hängt die Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes ganz wesentlich von jeweils aktuellen lokalen Entwicklungen der Konjunktur wie beispielsweise der Schließung größerer Betriebe ab. Nach unserer Kenntnis berücksichtigt die Bundesagentur für Arbeit auch nicht die Leistungen, die Arbeitsmarktdienstleister an die kommunalen Jobcenter erbracht haben. Die aber machen immerhin 25% der Jobcenter aus. Schließlich führt die Betonung der Integrationsquote dazu, dass nur noch die aussichtsreichsten Maßnahmeteilnehmer gefördert werden, sog. Creaming-Effekt.

Grundsätzlich halten wir zudem bei kreativen und geistigen Leistungen, wie sie gerade auch den Bildungsbereich prägen, die Fixierung der Angebotsbewertung auf zahlenmäßig festlegbare Werte für einen Fehlschluss. Die Rechtsordnung und gerade auch das Vergaberecht erkennen die Notwendigkeit subjektiver Bewertungen an und haben dafür transparente und erprobte Verfahren entwickelt (z. B. bei der Ausschreibung von Architektenleistungen, s. § 74 VgV-E). Ein modernes Vergaberecht muss die in der Qualitätssicherung etablierten Kriterien Strukturqualität, Prozessqualität und Ergebnisqualität abbilden.

Die von uns für Absatz 4 benannten Kriterien spiegeln in ihrer Gesamtheit ein ausgewogenes Bild von Erfolgsqualität wieder, in dem der Integrationsquote ein angemessener Platz, aber nicht das allein ausschlaggebende Gewicht zukommt. Unter der Voraussetzung, dass die Wertung der Bieter auf dieses Gesamtbild abstellt, erscheint auch die Aufhebung der in § 4 VgV noch vorgesehenen Berücksichtigungsgrenze von 25% sinnvoll.

Zudem tragen diese Kriterien der Intention des Art. 76 Abs. 2 der Auftrags-Richtlinie Rechnung, der die Mitgliedsstaaten dafür verantwortlich macht, „dass die öffentlichen Auftraggeber die Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der

Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen können. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.“ Unseres Erachtens wird der derzeitige VgV- Entwurf dieser Verantwortung noch nicht gerecht und verspielt die Chancen, die das Europarecht eröffnet.

Im Übrigen halten wir den letzten Halbsatz von Absatz 3 für nicht sinnvoll. Er ist in der Parallelvorschrift für das allgemeine Vergaberecht § 58 VgV-E nicht vorgesehen und sollte deshalb auch hier wegfallen.

Im Ergebnis schlägt die BAGFW deshalb vor, Abs. 3 und 4 wie folgt zu formulieren:

(3) Bei der Bewertung der in § 58 Absatz 2 Satz 1 Nummer 2 genannten Kriterien können insbesondere der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals berücksichtigt werden, soweit dies nicht bereits im Rahmen der Eignung berücksichtigt worden ist.

(4) Bei Aufträgen, deren Gegenstand Integrationsdienstleistungen am Arbeitsmarkt sind, gilt Absatz 3 mit folgender Maßgabe:

1. sollen bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen berücksichtigt werden. Dabei sind insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen:

a) die Integrationsquote in den allgemeinen Arbeitsmarkt,

b) die Abbruchquote,

c) die Prüfungsergebnisse (wenn im Rahmen der Maßnahme eine Prüfung abgelegt wird),

d) die Zufriedenheit der Teilnehmenden,

e) die Zufriedenheit der regionalen Netzwerkpartner

f) die Zufriedenheit der/ des regionalen Auftraggeber/s mit dem Leistungsergebnis.

2. Die Träger müssen nach § 2 der AZAV zugelassen sein.“

Der bisherige Absatz 4 wird Absatz 5.

15. § 65 Abs. 5 VgV-E Ergänzende Verfahrensregeln – Fristveränderung

Die BAGFW weist darauf hin, dass die in Absatz 4 festgelegte Mindestfrist von 15 Tagen allenfalls in Notfällen angemessen ist, in denen wahrscheinlich auch besondere Eilbedürftigkeit gem. § 14 Abs. 4 Nr. 3

VgV-E gegeben wäre und einen Verzicht auf jegliche Teilnahmewettbewerbe gestatten würde.

Für andere Konstellationen gilt, dass die meisten sozialen Dienstleistungen geistig-kreativer Art sind und deshalb erhebliche Anforderungen an die Ausgestaltung des Angebotes stellen. Vor diesem Hintergrund erscheint von den vorstehenden Fällen besonderer Eilbedürftigkeit abgesehen im Sinne einer Flexibilisierung allenfalls eine Verlängerung, nicht aber eine Abkürzung der Fristen angemessen, die ggf. auch über die von § 20 Abs. 3 vorgesehenen Fallgruppen hinaus erforderlich sein kann. Um hier eine unangemessene und einseitige Flexibilisierung zulasten der Bieter und Bewerber zu verhindern, muss in Absatz 5 mindestens deutlich werden, dass auch Verlängerungen der Grundfrist möglich sind.

Dateien

2015-11-30_Modernisierung_Vergaberecht.pdf 108 KB

Zum Seitenanfang