

**Stellungnahme der Geschäftsstelle
des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)**

Stellungnahme 32/15 vom 30. November 2015



Inhalt

I.	Freie Wahl der Verfahrensart (§ 14 Abs. 2 und 3, § 65 Abs. 1 VgV-E)	3
II.	Ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 60 VgV-E)	4
III.	Zuschlagskriterien – Qualitätswettbewerb sicherstellen	4
1.	Allgemeine Kriterien (§ 58 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Nummern 1 und 2 VgV-E)	4
2.	Besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (§§ 64–66 VgV-E)	5
IV.	Unterschwellenbereich	7

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 9. November 2015 den Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Bearbeitungsstand: 9. November 2015, 16:57 Uhr) für eine Stellungnahme übersandt. Da aufgrund der kurzen Frist zur Abgabe der Stellungnahme eine Beschlussfassung im Präsidium nicht möglich war, erfolgt nachstehend eine Stellungnahme der Geschäftsstelle. Sie hat ausschließlich die in Artikel 1 des Verordnungsentwurfs vorgesehenen Änderungen in der Vergabeverordnung (VgV) zum Gegenstand. Diese Stellungnahme beschränkt sich hierbei auf Regelungen des Referentenentwurfs, die auf die sozialen und besonderen Dienstleistungen Bezug nehmen bzw. Auswirkungen auf diese haben können.

Vorrangiges Ziel des Verordnungsentwurfs ist es, die Regelungen der EU-Vergaberichtlinien (Vergabe-RL) in deutsches Recht umzusetzen, soweit dies nicht im Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts erfolgt. In der VgV werden die Einzelheiten der Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen geregelt und die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angelegten Verfahrensschritte konkretisiert und ergänzt. Zusammenfassend kann für den Bereich der sozialen Dienstleistungen gesagt werden, dass der Referentenentwurf noch immer nicht die Spielräume, die der europäische Gesetzgeber vorgibt, umfassend ausschöpft. Die Regelungen orientieren sich größtenteils an den bereits im GWB-E geplanten Regelungen zur Umsetzung der Vergabe-RL und konkretisieren diese, gehen jedoch größtenteils nicht darüber hinaus.

Zu den in Artikel 1 vorgesehenen Änderungen wird im Einzelnen wie folgt Stellung genommen:

I. Freie Wahl der Verfahrensart (§ 14 Abs. 2 und 3, § 65 Abs. 1 VgV-E)

Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins begrüßt grundsätzlich die in § 14 Abs. 2 und 3 sowie die in § 65 Abs. 1 VgV-E enthaltene Möglichkeit zur freien Verfahrenswahl im Vergabeverfahren. Damit stehen den öffentlichen Auftraggebern das offene, das nicht offene, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach ihrer Wahl zur Verfügung. Jedoch werden auch in der VgV-E die europarechtlich eröffneten Gestaltungsmöglichkeiten für eine flexiblere Verfahrensgestaltung – ebenso wie in § 130 Abs. 1 GWB-E – hinsichtlich der Verfahrenswahl und der an den Einzelfall angepassten Verfahrensgestaltung nicht umfassend genug genutzt. Für Aufträge über soziale und besondere Dienstleistungen sieht die Vergabe-RL in Art. 76 Abs. 1 lediglich die Einhaltung der Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer vor: „Dabei ist es den Mitgliedstaaten überlassen, die anwendbaren Verfahrensregeln festzulegen, sofern derartige Regeln es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.“ Wie bereits in seiner Stellungnahme zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland¹ fordert der Deutsche Verein den Ordnungsgeber dazu auf, „einen flexiblen

Ihre Ansprechpartnerin
im Deutschen Verein:
Anika Cieslik

¹ Stellungnahme des Deutschen Vereins zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland vom 10. Dezember 2014, NDV 2015, 17 ff.

Rahmen für soziale Dienstleistungen vorzusehen, an den sich die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe halten müssen.“ Dabei sollten nur „allgemeine Vorgaben und Instrumente an die Hand gegeben“ werden, wobei „die Ausfüllung dieses Rahmens den einzelnen Auftraggebern selber überlassen bleiben sollte“.

II. Ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 60 VgV-E)

Die Einführung einer Regelung zur Reaktion auf ungewöhnlich niedrige Angebote in § 60 VgV-E wird begrüßt. Mit dieser Regelung setzt der Verordnungsgeber Art. 69 Vergabe-RL um und stellt klar, dass Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können, wenn der Preis oder die Kosten seines Angebots im Verhältnis zur erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen und die geringe Höhe des Preises nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden konnte. Insbesondere wird positiv bewertet, dass mit § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV-E eine Forderung des Deutschen Vereins² aufgenommen wurde, wonach ein Ausschluss zwingend erfolgen muss, wenn gegen die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften verstoßen wurde (vgl. Art. 69 Abs. 3 Satz 3 Vergabe-RL).

III. Zuschlagskriterien – Qualitätswettbewerb sicherstellen

1. Allgemeine Kriterien (§ 58 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 2 Nummern 1 und 2 VgV-E)

Zu begrüßen ist, dass § 58 Abs. 1 VgV-E mit Hinweis auf § 127 GWB-E klarstellt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Die Regelung setzt Art. 67 Abs. 1 Vergabe-RL um und betont, dass das wirtschaftlichste Angebot auf Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu ermitteln ist und der Preis und die Kosten nicht die einzigen Wertungskriterien sein sollten. Darüber hinaus regelt § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV-E, dass neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können. Solche Kriterien können insbesondere „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ sein, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ (§ 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV-E). In der Begründung des Referentenentwurfs heißt es hierzu: „Öffentliche Auftraggeber sollen [...] insbesondere bei der Vergabe von Aufträgen für geistig-schöpferische Dienstleistungen, wie beispielsweise Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen, die Qualität des mit der Ausführung des konkreten Auftrages betrauten Personals der Zuschlagsentscheidung zugrunde legen können.“ Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins weist in diesem Zu-

2 Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 16. Juni 2015, <https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2015-stellungnahme-des-deutschen-vereins-zum-referentenentwurf-des-bundesministeriums-fuer-wirtschaft-und-energie-fuer-ein-gesetz-zur-modernisierung-des-vergaberechts-umsetzung-der-eu-vergaberichtlinien-2-1859,545,1000.html>.

sammenhang darauf hin, dass kreative und geistige Dienstleistungen vorwiegend den Bereich der Sozialen Arbeit und insbesondere den Bildungsbereich im Zusammenhang mit der Weiterbildung und Integration von langzeitarbeitslosen Personen in den Arbeitsmarkt prägen und die Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals erheblichen Einfluss auf die erfolgreiche Erbringung dieser Dienstleistungen hat. Es wird daher angeregt, diesen Bereich zusätzlich in die Verordnungsbegründung mit aufzunehmen.

2. Besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (§§ 64–66 VgV-E)

a) Qualitätskriterien (§ 65 Abs. 3 VgV-E), insbesondere im Bereich Arbeitsmarktdienstleistungen

§ 65 Abs. 3 VgV-E ergänzt die in § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV-E enthaltene Verfahrensregel speziell für die sozialen Dienstleistungen. Danach „können bei den in § 58 Abs. 2 Satz 1 Nummer 2 genannten Kriterien 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.“ Die Geschäftsstelle weist hier zunächst auf einen redaktionellen Fehler in der Formulierung des § 65 Abs. 3 VgV-E hin. Es wird im Wortlaut des § 65 Abs. 3 VgV-E auf § 58 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 VgV-E Bezug genommen. Tatsächlich handelt es sich jedoch um § 58 Abs. 2 Satz 2 Nr. 2 VgV-E. Eine entsprechende Korrektur sollte zum Zwecke der Rechtsklarheit vorgenommen werden. Inhaltlich ist in die Regelung des § 65 Abs. 3 VgV-E im Großen und Ganzen der Regelungsgehalt des § 4 Abs. 2 Satz 3 der bisherigen VgV eingeflossen. Dieser wurde wiederum im Jahre 2012 um bieterbezogene Qualitätskriterien erweitert, um diese stärker zu gewichten. Damit die Chance auf eine bessere Berücksichtigung bieterbezogener Qualitätskriterien genutzt werden kann, sind Nachbesserungen am Referentenentwurf erforderlich. 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 für Arbeit vorrangig zugrunde gelegten Integrationsquote bei Arbeitsmarktdienstleistungen, überwiegend äußeren Einflüssen unterliegt, die sich der Steuerung der Bieter entziehen. Denn die Anbieter haben auf die personelle Zusammensetzung von Qualifizierungsmaßnahmen keinen Einfluss. Darüber hinaus hängt die Aufnahmefähigkeit des Arbeitsmarktes ganz wesentlich von jeweils aktuellen lokalen Entwicklungen der Konjunktur ab. Zudem führt die Betonung der Integrationsquote dazu, dass nur noch die aussichtsreichsten Maßnahmeteilnehmer gefördert werden (sogenannter Creaming-Effekt). Die Geschäftsstelle hält im Umgang mit kreativen und geistigen Leistungen, wie sie gerade auch den Bildungsbereich prägen, die Möglichkeit von subjektiven Bewertungen (wie sie beispielsweise bei der Ausschreibung von Architektenleistungen zum Tragen kommen) für notwendig. Ein modernes Vergaberecht muss die in der Qualitätssicherung etablierten Kriterien Strukturqualität, Prozessqualität und Ergebnisqualität abbilden. Der Deutsche Verein hat in einem Bündnis mit Verbänden und Gewerk-

schaften, die in unterschiedlichsten Rollen an der Erbringung von Arbeitsmarktdienstleistungen beteiligt sind, an den Diskussionen über die Reform des Vergaberechts und deren Durchsetzung zusammengearbeitet und gemeinsam einen Vorschlag zur Berücksichtigung der besonderen Bedürfnisse bei der Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen erarbeitet. Auf dieser Grundlage wird vorgeschlagen, einen Absatz zu den Arbeitsmarktdienstleistungen etwa wie folgt in § 65 VgV-E einzufügen:

„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/der regionalen Auftraggeber/s mit dem Leistungsergebnis.*
- 2. Die Träger müssen nach § 2 der AZAV zugelassen sein.“*

Diese Kriterien spiegeln in ihrer Gesamtheit ein ausgewogenes Bild von Erfolgsqualität wider, in dem der Integrationsquote ein Platz, aber nicht das allein ausschlaggebende Gewicht zukommt. Unter der Voraussetzung, dass die Wertung der Bieter auf dieses Gesamtbild abstellt, wird die Aufhebung der Wertungsbegrenzung auf 25 % begrüßt. Zudem tragen die Kriterien der Intention des Art. 76 Abs. 2 der Vergabe-RL Rechnung, der die Mitgliedstaaten 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.“

Insgesamt wird der Referentenentwurf der Verantwortung von Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL sowie der Besonderheiten der sozialen Dienste noch nicht gerecht und lässt die europarechtlichen Möglichkeiten weitestgehend ungeachtet. Daher wird die Forderung des Deutschen Vereins aus seiner Stellungnahme zum

Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts³ hier nochmals zusätzlich aufgenommen und vorgeschlagen, wenn schon nicht § 130 GWB-E, sodann § 64 VgV-E um einen zusätzlichen Absatz zu ergänzen, der die Vorgaben aus Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL aufnimmt.

b) Rahmenverträge (§ 65 Abs. 2 VgV-E)

Die Laufzeit von Rahmenverträgen darf nach § 65 Abs. 2 VgV-E maximal sechs Jahre betragen, es sei denn, es liegt ein im Gegenstand der Rahmenvereinbarung begründeter Sonderfall vor. Einerseits ist die Möglichkeit, Rahmenverträge mit einer längeren Laufzeit zu schließen, begrüßenswert, da soziale Dienstleistungen auf Kontinuität und Zusammenarbeit angewiesen sind und sich eine längere Laufzeit positiv auf längerfristige und stabile Kooperationen mit den erfolgreichen Bietern auswirkt. Andererseits gibt die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins zu bedenken, dass insbesondere die Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen von einer starken Abhängigkeit der Bieter von den Auftraggebern geprägt ist. Vor dem Hintergrund der hohen Bedeutung der Bundesagentur für Arbeit in diesem Bereich, die einem Nachfragemonopol gleicht, können sich längere Vertragslaufzeiten wiederum besonders nachteilig auf die unterliegenden Bieter auswirken und dazu führen, dass diese aus dem Wettbewerb verdrängt werden.

IV. Unterschwellenbereich

Anpassungsbedarf besteht in Bezug auf Vergaben von Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte. Da der Großteil der sozialen Dienstleistungen den Schwellenwert von 750.000,- € gemäß Vergabe-RL nicht erreichen, muss verhindert werden, dass nach nationalem Recht unterhalb der Schwellenwerte strengere Regeln für die sozialen Dienstleistungen gelten als oberhalb der Schwellenwerte. Der Deutsche Verein weist aus diesem Grunde erneut⁴ darauf hin, dass es der Regelung eines differenzierten Sozialvergaberegimes für den Bereich unterhalb der Schwellenwerte bedarf. Die besonderen Regelungen bzw. die mit der Umsetzung der Vergabe-RL verbundenen Verbesserungen für soziale Dienstleistungen müssen auch für den Unterschwellenbereich gelten.

³ Siehe Fußn. 2.

⁴ Stellungnahmen des Deutschen Vereins zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland vom 10. Dezember 2014, NDV 2015, 17 ff. und zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts vom 16. Juni 2015, siehe Fußn. 2.

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. – seit über 130 Jahren das Forum des Sozialen

Der Deutsche Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V. ist das gemeinsame Forum von Kommunen und Wohlfahrtsorganisationen sowie ihrer Einrichtungen, der Bundesländer und von den Vertretern der Wissenschaft für alle Bereiche der sozialen Arbeit und der Sozialpolitik. Er begleitet und gestaltet durch seine Expertise und Erfahrung die Entwicklungen u.a. der Kinder-, Jugend- und Familienpolitik, der Sozial- und Altenhilfe, der Grundsicherungssysteme, der Pflege und Rehabilitation.

Der Deutsche Verein wird gefördert aus Mitteln des Bundesministeriums für Familie, Senioren, Frauen und Jugend.

Impressum

Herausgeber:

Deutscher Verein für öffentliche und private Fürsorge e.V.

Michael Löher, Vorstand

Michaelkirchstr. 17/18

10179 Berlin

www.deutscher-verein.de

E-Mail info@deutscher-verein.de