

Das deutsche Vergaberecht: Wie steht's – wie geht's?

Günter Buck, Stuttgart

Das Vergaberecht umfasst alle Regeln und Vorschriften, die das Verfahren für die öffentliche Hand beim Einkauf von Gütern und Leistungen vorschreiben. Der Bundesgesetzgeber hat 2002 mit dem Ersten Gesetz für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vorgesehen, dass sich Leistungsträger wie Kommunen und Arbeitsagenturen die für die Erfüllung ihrer Aufgaben erforderlichen Dienstleistungen im Wege des Vergaberechts beschaffen können. Seitdem sind diakonische Träger – insbesondere Einrichtungen, die die arbeitsmarktpolitischen Angebote umsetzen – mit Vergabeverfahren konfrontiert. Verwaltungsrechtlich sind den Vergabeverfahren im Sozialrecht zwar deutliche Grenzen gesetzt. Doch das Vergabe- und Einkaufsmodell verschafft den Leistungsträgern weitgehende Kontrolle über das Leistungsgeschehen. Darüber hinaus gibt es für die überwiegend ortsgebundenen Anbieter eine weitere, besondere Schwierigkeit: die Verbindung exklusiver Zuschläge mit einem Nachfragemonopol der Leistungsträger (»Quasimarkt«) – also die Abhängigkeit von den örtlich zuständigen Leistungsträgern.

Die aktuelle Situation

Die aktuelle Situation lässt sich im Wesentlichen durch drei Vorgänge kennzeichnen:
In Deutschland sind dies:

1. Die Bundesregierung folgte mit der Entscheidung vom 21. Februar 2013 einer Anregung des Deutschen Bundestages »Mehr Berücksichtigung von Qualität bei der Vergabe von Dienstleistungen« (Drs. 17/10113). Der Bundestag hatte sich dafür eingesetzt, den bestehenden vergaberechtlichen Spielraum in der jetzt vorgeschlagenen Weise zu nutzen.

Im Kern geht es darum, Qualitätsverbesserungen bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen zu erreichen und bieterbezogene Qualitätskriterien bei der Zuschlagserteilung stärker zu gewichten. Der Grund dieser Initiative war das Problem, dass es nach dem deutschen Vergaberecht derzeit nicht möglich ist, bei der Angebotswertung zur Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots bieterbezogene Qualitätskriterien zu berücksichtigen.

(Diese Kriterien werden bisher bei der Eignungsprüfung zwar abgefragt, diese bezieht sich jedoch allein auf den Bieter selbst, nicht aber auf sein Angebot. So bleiben Qualitätsunterschiede, die sich etwa aus der Qualifikation und Erfahrung des beauftragten Personals ergeben, bei der Entscheidung über den Zuschlag bislang weitreichend unberücksichtigt. Gerade bei Dienstleistungen sind Qualifikation und Erfahrung des mit der Erbringung der Dienstleistung eingesetzten Personals aber besonders wichtig.)

2. Das Bundeskabinett hat daraufhin im September 2013 unter Federführung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie (BMWi) und mit Zustimmung des Bundesrates die Siebte Verordnung zur Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) beschlossen. Künftig können bei bestimmten Vergaben im Dienstleistungssektor die genannten bieterbezogenen Zuschlagskriterien – insbesondere die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des bei der Durchführung des Auftrags eingesetzten Personals – nun maximal mit einem Anteil von 25 Prozent gewichtet und somit bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden. Die Änderung erlaubt es, insbesondere bei der Vergabe von Schulungs- und Weiterbildungsmaßnahmen sowie von Arbeitsmarktdienstleis-

tungen diese personenbezogenen Kriterien stärker zu berücksichtigen.

Aber Achtung:

Dies gilt nicht unterhalb der Schwellenwerte, weil die VgV dort nicht gilt und die VOL/A die bisherige Regelung nicht geändert hat.

Viele Verbände wie beispielsweise der Kooperationsverbund Jugendsozialarbeit, BAG FW, DGB, BBB (Bundesverband der Träger beruflicher Bildung – Bildungsverband)) haben im Vorfeld des Beschlusses in Stellungnahmen eindringlich empfohlen, einer kurzfristigen und erkennbar unzureichenden Reform des nationalen Vergaberechts noch vor der Bundestagswahl im September 2013 nicht zuzustimmen und die Impulse der EU mit der neuen Vergaberichtlinie aufzugreifen. Die Bundesregierung ist dem jedoch nicht gefolgt.

3. Die europäische Ebene

Seit Ende 2011 laufen in einem intensiven Trilogprozess Verhandlungen zwischen dem Europäischen Parlament, der Europäischen Kommission und dem Europäischen Rat zur Reform des EU-Vergaberechts. Das Reformpaket beinhaltet die Konzessionsrichtlinie (2011/0437 (COD)), die Vergaberichtlinie (2011/0438 (COD)) und die sogenannte Sektoren-Richtlinie (2011/0439 (COD)).

Hintergrund des Richtlinienentwurfs ist die Strategie »Europa 2020« für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum; die öffentliche Auftragsvergabe spielt darin eine zentrale Rolle. Die damit verbundenen Ziele sind vor allem die Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergaberegulungen, die Förderung des Zugangs von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen sowie die Einbeziehung sozialer Kriterien und Umweltkriterien in die Vergabe öffentlicher Aufträge und damit eine qualitativ verbesserte Anwendung der Auftragsvergabe.

Der Kompromisstext wurde im federführenden Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments im September 2013 angenommen. Auch der Rat hat inzwischen zugestimmt.

Da die Übersetzung der EU-Richtlinie das Verfahren verzögert, kann die Richtlinie vermutlich erst im Februar/März 2014 veröffentlicht und in Kraft gesetzt werden. Danach müssen die Mitgliedstaaten innerhalb von zwei Jahren die Vorgaben in deutsches Recht umsetzen.

Insbesondere die Vergaberichtlinie ist für soziale Dienstleistungen relevant. Dazu konnte die BAG FW einige für die deutsche Situation wichtige, grundsätzliche Aspekte zur Geltung bringen.

Durch die neue EU-Vergaberichtlinie erhalten die Mitgliedstaaten also einen (noch) größeren Spielraum und (noch) mehr Flexibilität bei der Beschaffung sozialer Dienstleistungen.

Woran derzeit konkret gearbeitet wird

1. Umsetzung der 7. VgV

Die Bundesagentur für Arbeit (BA), Abteilung Zentraler Einkauf, ist zurzeit im Diskussionsprozess darüber, wie die Vorgabe der Berücksichtigung der Qualität bisher geleisteter Arbeit bei der Auswertung der Ausschreibungen zu 25 Prozent in den Ausschreibungen umgesetzt werden kann (siehe oben Punkt 2).

Beabsichtigt ist derzeit, einen neuen Wertungsbereich »*Bisherige Erfolge und Qualität*« in die Bewertungsmatrix aufzunehmen. Aufgabe ist, Wertungskriterien für diesen Bereich zu definieren. Öffentlich wurde im November 2013 seitens der BA beispielhaft zwei Kriterien vorgeschlagen und diskutiert:

1) *Das Kriterium Eingliederungsquote*: das heißt, die BA müsste maßnahme-/losbezogen die bisherigen Eingliederungsquoten der Träger, die sich auf die Ausschreibungen bewerben, diesen zur Verfügung stellen. Diese Quoten würden

dann mit den erreichten Eingliederungsquoten im jeweiligen Vergleichstyp des Arbeitsmarktes (Analyse des IAB) verglichen und die Ergebnisse würden entsprechend bewertet werden.

2) *das Kriterium Vertragsverletzungen*: Die BA könnte die von den Regionalen Einkaufszentren (REZ) festgestellten Vertragsverletzungen – Anzahl der Vertragsstrafen – als Kriterium für die Qualität der bisher geleisteten Arbeit der Träger heranziehen.

Das Kriterium Qualifikation des Personals wurde nicht weiter konkretisiert; es wurde seitens der BA als äußerst problematisch dargestellt, hier die Qualifikationsnachweise des Personals individualisiert und sehr ausführlich konkret personenbezogen heranzuziehen. Die Ergebnisse bisheriger Prüfungen für Arbeitsmarktdienstleistungen (AMDL) kommen deshalb nicht in Betracht, weil die Anzahl der durchgeführten Prüfungen im Vergleich zu den durchgeführten Maßnahmen zu gering ist (2013: 1.400 durchgeführte AMDL-Prüfungen). Insgesamt benötigt die BA eine schlüssige (nachvollziehbare), operationalisierbare und – für die BA – handhabbare, »Kette« von klar definierten (Erfolgs-/Qualitäts)Kriterien, deren Messbarkeit, einen Vergleichsmaßstab und den Wertestufen. Auch über produktspezifische Erfolgskriterien wird nachgedacht. Die BA ist hierzu also (noch) offen für Ideen und Anregungen.

Aus Sicht des BMWi jedenfalls sind alle Erfolgskriterien zulässig, wenn sie, wie in der oben genannten »Kette«, transparent und schlüssig sind und die grundrechtliche Basis der EU nicht verletzen.

2. Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie

Die Verantwortung für die Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie liegt beim Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi). Dabei geht es in Deutschland auch um rechtssystematische Verfahren, etwa ob – wie bisher

– die Vergabe von Liefer-, Dienstleistungs- und Bauaufträgen in je eigenen Detailvorschriften (VOL/A; VOB/A; VOF) geregelt wird oder eher auf der höheren »Hierarchieebene« in der Vergabeverordnung. Die bisherige regelmäßige VgV-Änderung allein infolge von Schwellenwertänderungen wird künftig hinfällig. Außerdem sind die bisherigen Regelungen in Deutschland »schärfer« gefasst als die EU-Regelungen; ob dies so bleiben soll, ist ebenfalls fraglich. Die Antwort darauf ist besonders wichtig, weil der deutsche Gesetzgeber ohne Zwang durch das Europarecht »strenge« Vorgaben zur Vergabe der sozialen Dienstleistungen gemacht hat – bewusst oder unbewusst –, indem er

- a) für soziale Dienstleistungen oberhalb der Schwellenwerte die Anwendung der VOL/A Abschnitt 1 vorgeschrieben hat,
- b) für soziale Dienstleistungen unterhalb der Schwellenwerte in der Regel das jeweilige Haushaltsrecht die Anwendung der VOL/A vorschreibt,
- c) im SGB III und SGB II teils Gebote dazu enthalten sind, dass Vergabeverfahren durchgeführt werden müssen, sodass andere Gestaltungsarten, die nicht in das Vergaberecht führen, nicht zulässig sind.

Einzelne Neuerungen sind beispielsweise:

- die bisherige strikte Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien wird gelockert (siehe dazu auch die VgV),
- die Unterscheidung von A- und B-Dienstleistungen – zu denen auch AMDL zählen – wird aufgegeben. Das heißt, der nationale Gesetzgeber hat einen weitgefassten Regelungsauftrag und Gestaltungsspielraum, der gerade auf die Besonderheiten sozialer Dienstleistungen zugeschnitten ist (Art. 74ff mit Anhang XVI). Stattdessen gibt es spezifische Regelungen für »soziale und andere besondere Dienstleistungen« (»Sonderregime«, Vergabe oberhalb des Schwellenwerts von 750.000 Euro).
- Bestimmte »strategische« Aspekte (bisheriger Begriff des BMWi: »vergabefremde Aspekte«) werden durch die EU in das Verfahren ein-

gebracht: Die Einhaltung von Mindestlöhnen beispielsweise kann zum Kriterium gemacht werden, ebenso bestimmte Aspekte bei der Produktion (noch keine Konkretion durch das BMWi).

- Inhouse-Vergabe: Keine neue Ausschreibung nötig, wenn das neue Unternehmen überwiegend dem Einfluss des Auftraggebers unterliegt.
- Verlängerungen von Aufträgen werden ohne neue Ausschreibung vorgenommen, wenn es keine »wesentlichen Vertragsveränderungen« gibt (weniger als zehn Prozent des Auftragswertes).
- Kürzere Fristen: Von 52 auf 35 Tage reduziert.
- Bei der Zuschlagserteilung können Aspekte der Qualität der bisher geleisteten Arbeit des Auftragnehmers berücksichtigt werden (siehe dazu auch der neue Text in der VgV).
- Besonderheiten beim Produktions-/Erstellungsprozess der Dienstleistung können bei der Vergabe berücksichtigt werden. Ob es sich hierbei um das Thema der Koproduktion von Dienstleistung handelt oder um andere Aspekte (umweltfreundliche Verfahren oder Ähnliches) ist seitens des BMWi derzeit noch offen.
- Es können soziale, innovative, nachhaltige Aspekte der Dienstleistung berücksichtigt werden; diese müssen allerdings im Zusammenhang mit der Dienstleistung selbst stehen.

Finanzierung (tarifliche Bezahlung) gelöst. Das derzeitige Europarecht (RL 2004/18/EG) zwingt schon jetzt den Nationalstaat nicht dazu, bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen ein Vergabeverfahren gemäß §§ 97 ff. GWB, VgV und VOL/A durchzuführen. Dennoch: Die neue EU-Vergaberichtlinie eröffnet dem nationalen Gesetzgeber den nötigen Rechtssetzungsspielraum, nach europäischem Vorbild flexible Sonderregeln für soziale Dienstleistungen zu schaffen. Die Verbände haben die Chance, den Prozess der Umsetzung in den folgenden zwei Jahren kritisch zu begleiten und ihre Forderungen einzubringen – dies sollte man nun zeitig beginnen. □

Günter Buck

Referent Jugendberufshilfe
Bundesarbeitsgemeinschaft
Evangelische Jugendsozial-
arbeit e. V. (BAG EJSa)
Wagenburgstraße 26-28
70184 Stuttgart
buck@bagejsa.de
www.bagejsa.de



Vorläufiges Fazit

Wenn man die Einflussmöglichkeiten der freien Wohlfahrtspflege auf das nationale Vergaberecht realistisch einschätzt, muss man bedenken, dass jährlich in Deutschland für 250 bis 300 Milliarden Euro öffentliche Aufträge vergeben werden, von denen maximal zwei Prozent auf Arbeitsmarkt- und vergleichbare Dienstleistungen entfallen. Daher ist es fraglich, inwieweit die Besonderheiten von AMDL hier in Zukunft berücksichtigt werden können. Außerdem werden mit der neuen EU-Richtlinie wohl kaum das besondere Problem mit der Vergabepaxis und der auskömmlichen