

## **Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Kabinettsentwurf der Bundesregierung für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO)**

Die Stellungnahme (DV 04/16) wurde am 23. Februar 2016 vom Präsidialausschuss des Deutschen Vereins verabschiedet.



## **Inhalt**

<b>I. Gegenstand und Anwendungsbereich (§ 1 VgV-E)</b>	<b>3</b>
<b>II. Freie Wahl der Verfahrensart (§ 14 Absätze 2 und 3, § 65 Absatz 1 VgV-E)</b>	<b>4</b>
<b>III. Ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 60 VgV-E)</b>	<b>4</b>
<b>IV. Zuschlagskriterien – Qualitätswettbewerb sicherstellen</b>	<b>5</b>
1. Allgemeine Kriterien (§ 58 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 Nummern 1 und 2 VgV-E)	5
2. Besondere Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (§§ 64–66 VgV-E)	5
<b>V. Unterschwellenbereich</b>	<b>8</b>

Das Bundeskabinett hat am 20. Januar 2016 den Regierungsentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts veröffentlicht. Vorrangiges Ziel des Verordnungsentwurfs ist es, die Regelungen der EU-Vergaberichtlinien (Vergabe-RL) in deutsches Recht umzusetzen, soweit dies nicht bereits im Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, das im Dezember 2015 von Bundestag und Bundesrat verabschiedet wurde, erfolgt ist. Mit der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts werden die allgemeinen Regelungen des Gesetzes aufgegriffen und in Detailfragen ergänzt. Es werden Einzelheiten der Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen geregelt und die im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) angelegten Verfahrensschritte konkretisiert und ergänzt. Die Verordnung bedarf – nach Zuleitung an den Bundestag – der Zustimmung im Bundesrat. Insgesamt müssen die EU-Vergaberichtlinien bis zum 18. April 2016 in deutsches Recht umgesetzt werden.

Die vorliegende Stellungnahme zur Kabinettsfassung einer Vergaberechtsmodernisierungsverordnung (VergRModVO) hat ausschließlich die in Artikel 1 des Verordnungsentwurfs vorgesehenen Änderungen in der Vergabeverordnung (VgV) zum Gegenstand. Sie beschränkt sich hierbei auf Regelungen des Entwurfs, die auf die sozialen und besonderen Dienstleistungen Bezug nehmen bzw. Auswirkungen auf diese haben können. Sie richtet sich insbesondere an die Bundesregierung, den Bundestag und die Bundesländer.

Zusammenfassend kann für den Bereich der sozialen Dienstleistungen gesagt werden, dass der Verordnungsentwurf noch immer nicht die Spielräume, die der europäische Gesetzgeber vorgibt, umfassend ausschöpft. Die Regelungen orientieren sich größtenteils an den bereits im GWB enthaltenen und im Zusammenhang mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien eingeführten Regelungen und konkretisieren diese, gehen jedoch größtenteils nicht darüber hinaus. Dadurch werden die europarechtlichen Möglichkeiten – besonders in Hinblick auf die sozialen Dienstleistungen – nicht umfassend genug ausgeschöpft.

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

## I. Gegenstand und Anwendungsbereich (§ 1 VgV-E)

Der Deutsche Verein hat wiederholt auf den Wert von Erbringungsmodellen wie das in Deutschland bekannte sozialrechtliche Dreiecksverhältnis aufmerksam gemacht<sup>1</sup>. In Deutschland ist die Erbringung und Finanzierung eines Großteils der sozialen Dienste, z.B. in der Eingliederungs-, Behinderten- und Altenhilfe im Wege des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses organisiert. Diese Erbringungsformen stärken das Wahlrecht der Nutzer/innen und gleichzeitig den Wettbewerb zwischen den Anbietern um gute Qualität und nutzerorientierte Weiterentwicklung des Leistungsangebots. Damit alternative Verfahren zur Organisation der sozialen Dienste neben der Ausschreibung durch die öffentliche Hand erhalten bleiben, sollte eine Klarstellung in § 1 VgV-E erfolgen, wonach das

Ihre Ansprechpartnerin  
im Deutschen Verein:  
Anika Cieslik

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

Vergaberecht (und somit auch die VgV) keine Anwendung auf unentgeltliche sozialrechtliche Zulassungsverträge nach Maßgabe der Sozialgesetzbücher findet.

## **II. Freie Wahl der Verfahrensart (§ 14 Absätze 2 und 3, § 65 Absatz 1 VgV-E)**

Der Deutsche Verein begrüßt grundsätzlich die in § 14 Absatz 2 und 3 sowie die in § 65 Absatz 1 VgV-E enthaltene Möglichkeit zur freien Verfahrenswahl im Vergabeverfahren. Damit stehen den öffentlichen Auftraggebern das offene, das nicht offene, das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, der wettbewerbliche Dialog und die Innovationspartnerschaft 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 – 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 Absatz 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 Deutschland<sup>2</sup> fordert der Deutsche Verein den Verordnungsgeber dazu auf, einen flexiblen 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.

## **III. 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 zu der erbringenden Leistung ungewöhnlich niedrig erscheinen und die geringe Höhe des Preises nicht zufriedenstellend aufgeklärt werden konnte. Insbesondere wird positiv bewertet, dass mit § 60 Absatz 3 Satz 2 VgV-E eine Forderung des Deutschen Vereins<sup>3</sup> aufgenommen wurde, wonach ein Ausschluss zwingend erfolgen muss, wenn gegen die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften verstoßen wurde (vgl. Art 69 Absatz 3 Satz 3 Vergabe-RL).

<sup>2</sup> Siehe Fn. 1.

<sup>3</sup> 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/uploads/empehlungen-stellungnahmen/2015/dv-10-15-vergabe-modernisierung.pdf>

## IV. Zuschlagskriterien – Qualitätswettbewerb sicherstellen

### 1. Allgemeine Kriterien

#### (§ 58 Absatz 1 und Absatz 2 Satz 2 Nummern 1 und 2 VgV-E)

Zu begrüßen ist, dass § 58 Absatz 1 VgV-E mit Hinweis auf § 127 GWB klarstellt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. Die Regelung setzt Art. 67 Absatz 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 Absatz 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 Absatz 2 Satz 2 Nummer 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 beispielhaft Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen, die Qualität des mit der Ausführung des konkreten Auftrages betrauten Personals der Zuschlagsentscheidung zugrunde legen können.“ Der Deutsche Verein weist in diesem Zusammenhang 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. Darüber hinaus ist zu begrüßen, dass der Verordnungsgeber – im Gegensatz zum Referentenentwurf – klarstellt, dass die Auflistung in Nummer 2 nicht abschließend ist.

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

#### a) Qualitätskriterien (§ 65 Absatz 5 VgV-E), insbesondere im Bereich Arbeitsmarktdienstleistungen

§ 65 Absatz 5 VgV-E ergänzt die in § 58 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 VgV-E enthaltene Verfahrensregel speziell für die sozialen Dienstleistungen. Danach „können bei der Bewertung der in § 58 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 genannten Kriterien insbesondere der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals berücksichtigt werden.“ Inhaltlich ist in die Regelung des § 65 Absatz 5 VgV-E im Großen und Ganzen der Regelungsgehalt des § 4 Absatz 2 Satz 3 der bisherigen VgV eingeflossen. Dieser wurde wiederum im Jahre 2012 um bieterbezogene Qualitätskriterien erweitert, um diese stärker zu gewichten. Der Deutsche Verein begrüßt aus-

drücklich, dass in § 65 Absatz 5 Satz 2 VgV-E – anders als noch im Referentenentwurf – Ergänzungen speziell für die Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen aufgenommen wurden. Nach § 65 Absatz 5 Satz 2 VgV-E „können bei Dienstleistungen nach dem Zweiten und Dritten Buch Sozialgesetzbuch für die Bewertung des Erfolgs und der Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters insbesondere Eingliederungsquoten, Abbruchquoten, erreichte Bildungsabschlüsse und Beurteilungen der Vertragsausführung durch den öffentlichen Auftraggeber anhand transparenter und nichtdiskriminierender Methoden berücksichtigt werden“. Diese Regelung verdeutlicht, dass der Verordnungsgeber den Forderungen des Deutschen Vereins Beachtung geschenkt hat. Der Deutsche Verein hat u.a. in einem Bündnis für mehr Qualität in der Vergabe mit Verbänden und Gewerkschaften, 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. In einem gemeinsamen Schreiben, adressiert an die Bundesministerin für Arbeit und Soziales sowie an den Bundesminister für Wirtschaft und Energie, hatten wir im November 2015 vorgeschlagen, einen Absatz zu den Arbeitsmarktdienstleistungen etwa wie folgt in § 65 VgV-E einzufügen:

„Bei Aufträgen, deren Gegenstand Integrationsdienstleistungen am Arbeitsmarkt sind, gilt Absatz 5 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.“*

Mit der Regelung des § 65 Absatz 5 Satz 2 VgV-E kommt der Verordnungsgeber allerdings nur teilweise den Forderungen nach. Damit Chancen auf eine bessere Berücksichtigung bieterbezogener Qualitätskriterien genutzt werden können, sind weiterhin Nachbesserungen am Verordnungsentwurf 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 (sog. Creaming-Effekt). Der Deutsche Verein 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. Die aufgezeigten 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 Absatz 2 der Vergabe-RL 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.“ Die in § 65 Absatz 5 Satz 2 aufgeführten Kriterien bleiben hinter unseren Vorschlägen zurück und bergen die Gefahr, dass der Integrationsquote im Ergebnis zu viel Gewichtung zukommt.

Insgesamt wird der Verordnungsentwurf der Verantwortung von Art. 76 Absatz 2 Vergabe-RL sowie der Besonderheiten der sozialen Dienste noch nicht gerecht und lässt die europarechtlichen Möglichkeiten weitestgehend ungeachtet. Aus diesem Grund wird zusätzlich die Forderung des Deutschen Vereins aus seiner Stellungnahme zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts<sup>4</sup> hier nochmals aufgenommen und vorgeschlagen, wenn schon nicht § 130 GWB, sodann § 64 VgV-E um einen zusätzlichen Absatz zu ergänzen, der die Vorgaben aus Art. 76 Absatz 2 Vergabe-RL aufnimmt.

#### *b) Rahmenverträge (§ 65 Absatz 2 VgV-E)*

Die Laufzeit von Rahmenverträgen darf nach § 65 Absatz 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

<sup>4</sup> Siehe Fn. 3.

sich eine längere Laufzeit positiv auf längerfristige und stabile Kooperationen mit den erfolgreichen Bietern auswirkt. Andererseits gibt der Deutsche Verein 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 unterlegenen Bieter auswirken und dazu führen, dass diese aus dem Wettbewerb gedrängt werden.

## V. 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 erneut<sup>5</sup> 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.

---

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



## **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](http://www.deutscher-verein.de)

E-Mail [info@deutscher-verein.de](mailto:info@deutscher-verein.de)