

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

Stellungnahme (DV 10/15) vom 22. Mai 2015.



Inhalt

Vorbemerkungen	3
Zum Gesetzentwurf im Einzelnen:	4
I. Klarstellung der Vereinbarkeit bestehender Erbringungsmodelle mit dem Europarecht nicht nur in der Begründung zu § 105 Abs. 1 GWB-E	4
II. Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E ohne Widersprüche umsetzen	5
III. Chance für ein Sozialvergaberecht in § 130 GWB-E stärker nutzen	5
IV. Festschreibung eines differenzierten Sozialvergaberichts auch für den Unterschwellenbereich	8
Schlussbemerkungen:	8

Vorbemerkungen

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat am 5. Mai 2015 den Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014) (VergModG) vorgelegt.¹ Das VergModG soll nach der Sommerpause in den Bundesrat/Bundestag eingebracht und verabschiedet werden. Auf der Grundlage soll eine neue Vergabeverordnung (VgV) erarbeitet und unter Zustimmung des Bundesrates verabschiedet werden. Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins für öffentliche und private Fürsorge e.V. äußert sich vorbehaltlich eines Präsidiumsbeschlusses auf der Grundlage der Stellungnahme des Deutschen Vereins vom 10. Dezember 2014² zu dem Entwurf. Die folgende Stellungnahme richtet sich an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie, die Bundesregierung, den Bundestag und die Bundesländer.

Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins begrüßt den Willen des Ministeriums, mit dem Entwurf die Umsetzung der EU-Richtlinien durch eine Erweiterung des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB-E) und einer neuen VgV anzustreben und die europäischen Möglichkeiten für mehr Freiraum, Rechtssicherheit und Qualität insbesondere für die Daseinsvorsorge zu nutzen. Insbesondere bewertet die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins es positiv, dass das Ministerium die durch die EU-Vergaberichtlinien unterstrichene Vergabefreiheit dritter und eigenständiger Erbringungsmodelle wie das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis in der Begründung zu § 105 Abs. 1 GWB-E klarstellend hervorhebt.

Gleichzeitig muss die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins jedoch feststellen, dass der Entwurf noch nicht ausreicht, um die intendierten Ziele der Reform zu erreichen.

- Um die Gestaltungsspielräume bei der Organisation der Leistungserbringung sozialer Dienstleistungen nachhaltig zu sichern, muss aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins neben Erwägungsgrund 13 der EU-Konzessionsvergaberichtlinie 2014/23/EU (Konzessions-RL) auch ein Hinweis auf die Erwägungsgründe 4 und 114 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU (Vergabe-RL) in die Begründung unter § 103 Abs. 1 GWB-E und § 130 GWB-E aufgenommen werden.
- Auch darüber hinaus ist mehr Konsequenz in der Umsetzung nötig: Die Bereichsausnahme für Rettungsdienste nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E muss im Sinne des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr vollständig und ohne Vorbehalte umgesetzt werden.
- Schließlich müssen die Chancen eines Sozialvergaberechts im Sinne des § 130 GWB-E nachhaltiger genutzt werden. Es ist sehr fraglich, ob die aktuelle Formulierung dem Gewährleistungsauftrag des Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL und den an dieser Stelle festgehaltenen besonderen Bedürfnissen der

Ihr Ansprechpartner
im Deutschen Verein:
Niklas Kramer.

¹ VergModG-Entwurf mit Bearbeitungsstand vom 30. April 2015, 17.12 Uhr.

² Deutscher Verein: Stellungnahme 27/14 zu der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in Deutschland vom 10. Dezember 2014, in: NDV 2015, 17 ff., <https://www.deutscher-verein.de/de/empfehlungen-stellungnahmen-2014-stellungnahme-des-deutschen-vereins-zur-umsetzung-der-eu-vergaberichtlinien-in-deutschland-1226.370,1000.html>.

Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität und Zugänglichkeit sozialer Dienstleistungen ausreichend Rechnung trägt.

- Nicht zuletzt bleibt weiterhin leider offen, wie mit dem quantitativ relevanten Unterschwellenbereich verfahren werden soll. Die Gefahr ist groß, dass nach der Reform der Unterschwellenbereich strenger zu handhaben ist als der Bereich oberhalb der Schwellenwerte. Das wäre vom Ergebnis her widersprüchlich und unbefriedigend.

Zum Gesetzentwurf im Einzelnen:

I. Klarstellung der Vereinbarkeit bestehender Erbringungsmodelle mit dem Europarecht nicht nur in der Begründung zu § 105 Abs. 1 GWB-E

Für den Deutschen Verein ist es zentral, dass der Gesetzgeber den durch die EU-Richtlinien klargestellten Gestaltungsspielraum öffentlicher Leistungsträger im Rahmen des Sozialrechtes unterstreicht. Insbesondere das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis oder das persönliche Budget sind eigenständige wettbewerbliche Erbringungsmodelle, die den Wettbewerb zwischen Anbietern um gute Qualität stärken, eine nutzerorientierte Weiterentwicklung des Leistungsangebots ermöglichen und das sozialrechtlich verankerte Wunsch- und Wahlrecht der Nutzerinnen und Nutzer achten. Diese Erbringungsmodelle gilt es gegenüber Akteuren zu sichern, die aus wirtschaftlichem Eigeninteresse eine Ausweitung des Vergaberechts anstreben. Ordnungspolitische Fragen hat der Sozialgesetzgeber zu beantworten und sind nicht unter dem irreführenden Verweis auf das Europarecht zu klären. Der EU-Sekundärgesetzgeber betont in Art. 1 Abs. 5 Vergabe-RL sowie Art. 4 Abs. 1 Konzessions-RL die Freiheit der Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer sozialen Sicherungssysteme. Die Richtlinien stellen in Erwägungsgrund 4 und 114 Vergabe-RL und Erwägungsgrund 13 Konzessions-RL klar, dass der Anwendungsbereich nicht unsachgemäß ausgeweitet werden und das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis als eigenständiges Erbringungsmodell nicht berührt werden soll. In diesem Sinne begrüßt die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins den Hinweis in der Begründung zu § 105 Abs. 1 GWB-E auf Erwägungsgrund 13 der Konzessions-RL. Die Einordnung unter dem § 105 Abs. 1 GWB-E ist systematisch sinnvoll, da bei dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis das Betriebsrisiko auf den Leistungserbringer übergeht und insofern der falsche Schluss auf eine Konzession nahe liegen könnte. Um den sozialpolitischen Gestaltungsspielraum nachhaltig zu sichern, ist es aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins gleichwohl notwendig, ebenfalls eine Klarstellung in Abgrenzung zum öffentlichen Auftrag auszuformulieren und die Hinweise in Erwägungsgrund 4 und 114 Vergabe-RL unter § 103 Abs. 1 GWB-E und § 130 GWB-E zu übernehmen. Gerade wenn man den Auftrag der Lesbarkeit und Verständlichkeit für den Anwender vor Ort ernst nimmt, sollte zumindest in der Begründung eine derartige Klarstellung eindeutig und mehrfach vorfindbar sein. Dass sich diese Forderung aus vorhandener und nicht nur theoretischer Unsicherheit ableitet, zeigen interne Anfragen im Deutschen Verein,

die trotz Durchsicht des Entwurfes nach einer neuen Vergabepflicht bspw. im SGB VIII fragen.

II. Bereichsausnahme nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E ohne Widersprüche umsetzen

Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins begrüßt die Übernahme der Bereichsausnahme des Art. 10 Buchstabe h Vergabe-RL und Art. 10 Abs. 8 Buchstabe g Konzessions-RL in § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E für Rettungsdienste und den Vorbehalt für gemeinnützige Organisationen in Verknüpfung mit dem Katastrophenschutz, dem Zivilschutz und der Gefahrenabwehr. Damit würde im Falle einer Verabschiedung der deutsche Gesetzgeber dem Willen des EU-Richtliniengabers folgen. Allerdings kritisiert die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins die Darstellungen in der Begründung zu dem Paragraphen. Nicht nur ist es widersprüchlich, dass der Entwurf in der Begründung alleine unter der Ausnahme für die Rettungsdienste einen Hinweis auf das Primärrecht übernimmt und nicht bei den anderen Ausnahmen in § 107 GWB-E. Auch ist der Hinweis auf das EuGH-Urteil vom 10. März 2011, Rs. C-274/09, missverständlich und muss durch einen Hinweis auf das EuGH-Urteil vom 11. Dezember 2014, Rs. C-113/13, ersetzt bzw. ergänzt werden, da in diesem Urteil die Direktvergabe von Rettungsdiensten an Freiwilligenorganisationen unter dem Primärrecht ausdrücklich als gerechtfertigt angesehen wurde. Für eine Übertragbarkeit des EuGH-Urteils vom Dezember 2014 auf Deutschland spricht das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Organisation ihrer Daseinsvorsorge. Zudem verweist das Urteil bereits explizit auf die Neuregelung in den neuen EU-Richtlinien für die Zukunft. Andere Präjudizierungen wollte der EuGH nicht treffen, sondern lediglich Missbrauchsmöglichkeiten ausschließen. Es ist nicht vorstellbar, dass der EuGH in Zukunft eine enge Prüfung vornehmen und eine dem Willen des EU-Sekundärgesetzgebers folgende Bereichsausnahme kippen würde. Insgesamt fordert die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins daher, die Bereichsausnahme ohne Vorbehalt umzusetzen. Der Gesetzgeber muss den politisch Verantwortlichen vor Ort die Freiheit geben, notfalls Direktvergaben oder Vergaben mit einem eingeschränkten Bieterkreis von gemeinnützigen Organisationen unter Nachweis der nötigen Aufwuchsfähigkeit dieser Organisationen durch Ehrenamtliche durchzuführen. Um der Gefahr einer sinnwidrigen Verkürzung der Bereichsausnahme entgegenzutreten und die Rechtsunsicherheit nicht verstärkt auf die Verantwortlichen vor Ort abzuwälzen, sollte aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins der Bundesgesetzgeber die Möglichkeit einer Direktvergabe klar stellen und über eine 1:1 Umsetzung hinaus im Gesetz ausformulieren.

III. Chance für ein Sozialvergaberecht in § 130 GWB-E stärker nutzen

Für den Fall, dass öffentliche Aufträge außerhalb des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses im Bereich der sozialen Dienstleistungen in Deutschland vergeben werden und damit Vergaberecht anzuwenden ist (vor allem Arbeitsmarktdienst-

leistungen), fordert die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins eine sozialverträgliche Ausgestaltung dieser Verfahren. Dabei begrüßt die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins den § 118 GWB-E, der in Umsetzung des Art. 20 Abs. 1 Vergabe-RL die Möglichkeit eines Vorbehaltes von Verfahren für geschützte Werkstätten und Unternehmen vorsieht, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen ist. Darüber hinaus befürwortet die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins die Regelung eines besonderen Vergaberechts in § 130 GWB-E für soziale und besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhang XIV der Vergabe-RL. Die dort vorgesehene Gleichrangigkeit der unterschiedlichen Verfahren einschließlich des Verhandlungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb, dem wettbewerblichen Dialog und der Innovationspartnerschaft stellt ein Gewinn an Flexibilität dar.

Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins hält die recht kurze Formulierung des § 130 GWB-E jedoch noch nicht für ausreichend, dem Gewährleistungsauftrag des Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL und den Besonderheiten der sozialen Dienste gerecht zu werden. Dabei verweist die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins auf den weiten Gestaltungsspielraum, den der Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL den Mitgliedstaaten überlässt. Der Gesetzgeber muss aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins die Chance nutzen, einen sachgerechten Qualitätswettbewerb im Bereich der sozialen Dienstleistungen zu unterstützen. Diesbezüglich fordert die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins vom deutschen Gesetz- und Verordnungsgeber folgende fünf Punkte ein:

1. Wichtige Verfahrensinnovationen der EU-Richtlinien wie die Ermöglichung von Variationen bei der Angebotsabgabe durch Art. 45 Vergabe-RL, die Reaktion auf ungewöhnlich niedrige Angebote in Art. 69 Vergabe-RL, Rahmenverträge nach Art. 33 Vergabe-RL (in § 103 GWB-E vorgezeichnet), die gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe nach Art. 38 Vergabe-RL sowie die Ermöglichung qualitätsbezogener Zuschlagskriterien nach Art. 67 Abs. 2 Vergabe-RL sind – wenn nicht im Gesetz – dann in der VgV zu regeln.
2. Nach Ansicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins ist es notwendig, alle Qualitätsdimensionen bei der Zuschlagsbewertung berücksichtigen zu können. Deswegen sollten wichtige Unterbegriffe wie die Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität im § 130 GWB-E explizit verankert werden. Darüber hinaus wäre es sinnvoll, die Möglichkeit der Berücksichtigung der Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals nach Art. 67 Abs. 2 Buchstabe b Vergabe-RL als Zuschlagskriterium noch einmal gesondert hervorzuheben. Gerade soziale Dienstleistungen sind in einem besonderen Maße an das menschliche Miteinander gebunden und der Erfolg hängt erheblich von der Erfahrung, dem Fingerspitzengefühl und der Qualifizierung des eingesetzten Personals ab. Der in Art. 67 Abs. 2 Buchstabe b Vergabe-RL geforderte besondere Einfluss auf die Auftragsausführung muss deswegen an dieser Stelle nicht mehr zusätzlich eingefordert werden. Die bei der letzten VgV-Novelle vorgenommene Wertungsbegrenzung auf 25 % muss ebenfalls entfallen. Das Sozialvergaberecht muss darüber hinaus auf den notwendigen Ausgleich zwischen Sozial- und Vergaberecht und die besonderen

Aspekte sozialer Dienste im Sinne des Gewährleistungsauftrages nach Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL hinweisen. Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins schlägt in diesem Sinne vor, § 130 GWB-E um einen zusätzlichen Absatz mit einer deklaratorischen Klausel in Anlehnung an Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL zu ergänzen.

3. Gleichzeitig muss auf die Anwendung geeigneter Qualitätskriterien Wert gelegt werden. Die Bewertung der Erfolge und der Qualität bisher durchgeführter Maßnahmen kann nur dann ein Kriterium sein, wenn die Kriterien für den Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen sachgerecht und rechtssicher definiert werden. Gerade das bisher im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen verwendete Erfolgskriterium der „Integrationsquoten“ bei Arbeitsmarktdienstleistungen kann nicht alleine maßgeblich sein, weil dies zu einer doppelten Diskriminierung von benachteiligten Personengruppen führt. Um einen Dialogprozess über geeignete Qualitätskriterien auf untergesetzlicher Ebene zu unterstützen, ist auch auf die notwendige Geeignetheit der Qualitätskriterien in § 130 GWB-E oder der VgV deklaratorisch zu verweisen. Auf eine Formulierung wie im jetzigen § 4 Abs. 2 Satz 3 VgV ist zu verzichten.
4. Schließlich sollte das Verfahren der Reaktion auf ungewöhnlich niedrige Angebote noch einmal speziell für das besondere Vergaberegime nach Art. 74 ff. Vergabe-RL konkretisiert und erweitert werden, um Irreführungen und unwirtschaftliche Angebote zulasten der Nutzer/innen sozialer Dienstleistungen verhindern zu können. Danach sollten vom Auftraggeber im Vorfeld Preisuntergrenzen festgelegt werden, wobei Anbieter, die unter diese Grenzen fallen, sofort und ohne vorherige Erklärung ausgeschlossen werden können. In jedem Falle hat, wie bereits nach Art. 69 Abs. 3 Unterabsatz 2 Vergabe-RL vorgegeben, bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten eine Überprüfung im Sinne umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Vorschriften zu erfolgen, wobei ein festgestellter Verstoß zu einem Ausschluss führen muss.
5. Soziale Dienstleistungen sind auf Kontinuität und Zusammenarbeit angewiesen. Ein häufiger Trägerwechsel innerhalb kurzer Zeit wirkt sich nachteilig auf die betroffenen Personengruppen aus, die auf längerfristige und stabile Kooperationen angewiesen sind. Zu berücksichtigen sind die Einbindung der Anbieter in die Strukturen des örtlichen und regionalen Arbeitsmarktes und ein pädagogisches und arbeitsmarktpolitisches Gesamtkonzept. Rahmenverträge, die derzeit in § 103 Abs. 5 GWB-E vorgezeichnet und durch die VgV konkretisiert werden, geben Raum für eine flexible Gestaltung eines Förderprozesses im Rahmen einer Vernetzung. Der Erwägungsgrund 61 Vergabe-RL weist darauf hin, dass Laufzeiten von Rahmenverträgen notfalls länger als vier Jahre bemessen werden können. Für das besondere Vergaberegime, das nach Art. 76 Abs. 2 Satz 1 Vergabe-RL ausdrücklich auf Kontinuität angewiesen ist, muss dies erst Recht gelten und dementsprechend ausformuliert werden.

Sollte man sich aufgrund der Verschiedenheit der Dienstleistungen im Anhang XIV Vergabe-RL nicht für die oben genannten Punkte entscheiden wollen, dann müssen aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins die sozialen Diens-

te innerhalb des besonderen Regimes differenziert im Sinne der genannten Punkte geregelt werden. Der Gestaltungsspielraum des Art. 76 Abs. 2 Vergabe-RL lässt dies zu.

IV. Festschreibung eines differenzierten Sozialvergaberights auch für den Unterschwellenbereich

Der Schwellenwert für das Vergaberegime für die sozialen und sonstigen besonderen Dienstleistungen nach Art. 74 ff. Vergabe-RL ist mit 750.000,-€ zu Recht hoch angelegt. Dies folgt aus der geringeren Binnenmarktrelevanz der sozialen und besonderen Dienstleistungen. Der hohe Schwellenwert kann jedoch zu dem paradoxen und letztlich nicht statthaften Ergebnis führen, dass unterhalb der Schwellenwerte strengere Regeln für die sozialen Dienstleistungen gelten als für die Dienstleistungen mit Binnenmarktrelevanz. Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins wiederholt daher die Forderung, ein differenziertes Sozialvergaberegime für den Bereich unterhalb des Schwellenwertes vorzuschreiben, wobei klar sein muss, dass für die sozialen Dienstleistungen unterhalb von 750.000,-€ keine europaweite Bekanntmachung erfolgen muss.

Schlussbemerkungen:

Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins begrüßt die angestrebte Umsetzung durch das vorgelegte VergModG und erkennt den Willen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie an, die europäischen Möglichkeiten für mehr Freiraum, Qualität und Rechtssicherheit insbesondere in Bezug auf die Daseinsvorsorge zu nutzen. Insgesamt reicht der jetzige Entwurf aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins aber noch nicht aus, um die Zielvorgaben zu erreichen. Um den sozialpolitischen Gestaltungsspielraum nachhaltig zu sichern, ist es aus Sicht der Geschäftsstelle des Deutschen Vereins unbedingt notwendig, Klarstellungen zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis auch in den Begründungen zu § 103 Abs. 1 GWB-E und § 130 GWB-E zu übernehmen. Wenngleich eine 1:1 Umsetzung verständlich und im Sinne der Rechtssicherheit wünschenswert ist, ist der Gesetzgeber dazu aufgerufen, den eigenen politischen und in den EU-Richtlinien vorgesehenen Gestaltungsauftrag einzulösen. Dies gilt nicht nur für eine konsequentere Umsetzung der Bereichsausnahme für Rettungsdienste i.V.m. dem Katastrophenschutz nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E, sondern auch für das besondere Sozialvergaberight nach § 130 GWB-E. Für den Fall, dass im Bereich der Sozialdienstleistungen ausnahmsweise das Vergaberight Anwendung findet, müssen die Verfahren sozialverträglicher als bisher ausgestaltet werden. Die Geschäftsstelle des Deutschen Vereins fordert, die Chance für ein Sozialvergaberegime nachhaltiger zu nutzen und legt mit der Stellungnahme entsprechende Inhalte vor.

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.

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