

Kopie(n) an:

Zentrum Recht und Wirtschaft

Dr. Friederike Mußgnug
Caroline-Michaelis-Straße 1
10115 Berlin
Telefon: +49 30 65211-1601
Telefax: +49 30 65211-3601
friederi-
ke.mussgnug@diakonie.de

Berlin, 20. März 2018

Tagungsbericht Fachtag „Was tun bevor es zur Vergabe kommt? – Strategie und Argumente für eine zielführende Vergabepraxis“ am 27. und 28. Februar 2018 in Berlin

Am 27. und 28. Februar 2018 haben der Evangelische Fachverband für Arbeit und soziale Integration, die Diakonie Deutschland, der Verband deutscher Diakonischer Dienstgeber gemeinsam den Fachtag „Was tun bevor es zur Vergabe kommt? – Strategie und Argumente für eine zielführende Vergabepraxis“ veranstaltet. Der zweitägige Fachtag hat einen Bogen von der Frage, wann Vergabeverfahren ein zulässiges Mittel zur Sicherstellung sozialer Dienstleistungen sind, über einen Erfahrungsbericht zu den arbeitsrechtlichen Auswirkungen sowohl von Vergabe- als auch Zuwendungsverfahren zu den Fragen nach Anforderungen an eine zielführende Vergabepraxis geschlagen.

Als Auftakt des Fachtages hat **Dr. Friederike Mussgnug (Diakonie Deutschland) Vergabeverfahren als Mittel des Leistungserbringungsrechts in ihren sozialrechtlichen Kontext** eingeordnet. Vergabeverfahren sind eines von mehreren Modellen für die Erbringung von Sozialleistungen. Als solches stehen sie insbesondere neben dem sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis und der Zuwendungsfinanzierung. Anwendungsbereich und Grenzen für Vergabeverfahren ergeben sich aus dem Sozialrecht: so enthalten die Bücher des Sozialgesetzbuchs ausdrückliche Vorgaben zum Vorgehen im Dreiecksverhältnis (z. B. SGB XII § 75 ff) oder im Wege des Vergaberechts (z. B. SGB III § 45). Zugleich ergibt sich aus dem Sozialrecht, in das Vergabeverfahren sich eingliedern müssen, deutlich, dass das soziale Dreiecksverhältnis und Vergabeverfahren nicht beliebig nebeneinander stehen. Mit dem Begründen von individuellen Leistungsansprüchen entsteht ein Dreiecksverhältnis zwischen diesen Leistungsberechtigten, den Leistungsträgern und den Leistungserbringern, das Leistungsträger nicht eigenmächtig auf das nur zweiseitige Beschaffungsverhältnis zwischen ihnen und den Leistungserbringer verkürzen dürfen. Wo es an ausdrücklichen Vorgaben für die Leistungserbringung fehlt, liegt es im Ermessen der Leistungsträger, wie sie bei der Organisation benötigter Dienstleistungen vorgehen. Von diesem Ermessen müssen sie sachgemäß Gebrauch machen. Entscheidungen, die auf falschen Annahmen („Europarecht zwingt uns zu Ausschreibungen“) beruhen oder unsachgemäße weil sozialrechtswidrigen Entwicklungen in Gang setzen (Reduzierung der Infrastruktur auf wenige Großanbieter), sind ermessensfehlerhaft und damit rechtswidrig.

Dr. Max Mälzer, Leiter der Geschäftsstelle Dienstgeberverband im Diakonischen Werk Berlin-Brandenburg-schlesische Oberlausitz e.V., hat im Anschluss daran die **„Auswirkungen des Vergaberechts und des Zuwendungsrechts auf die Arbeitsbedingungen der Diakonie“** dargestellt. Grundlage für diese Beobachtungen waren die Leistungen der Flüchtlings- und Migrationshilfe, die vor allem in Berlin der maßgebliche Gegenstand von Ausschreibungen sind. Die zuständigen Leistungsträger gehen hier sowohl im Wege der Ausschreibung als auch im Wege der Zuwendungsfinanzierung vor. Dabei führt die Ausgestaltung sowohl der ausgeschriebenen Verträge als auch der Förderung zu erheblichen arbeitsrecht-

lichen Folgeproblemen: Die ausgeschriebenen Verträge haben kurze Laufzeiten mit geringfügigen Verlängerungsoptionen. Diese Vertragsgestaltung und die dem Vergaberecht innewohnende Unsicherheit über die Aussicht auf Anschlussverträge erlauben den Leistungserbringern letztlich nur den Abschluss sachgrundlos befristeter Arbeitsverhältnisse nach § 14 Abs. 2 TzBfG, deren maximale Laufzeit sich nach den Plänen der neuen Bundesregierung nochmals von 24 auf 18 Monate verringern wird. Als problematisch erweisen sich auch Tarifierhöhungen während der Laufzeit des abgeschlossenen Vertrags bzw. während der Förderperiode. Fehlt (was meistens der Fall ist) eine sogenannte Preisgleitklausel, wird die Differenz zwischen den kalkulierten und den tatsächlichen Personalkosten nicht refinanziert. Ein weiteres Risiko für die Leistungserbringer ergibt sich, weil die Leistungserbringer in der Regel trotz der damit einhergehenden Personalkosten und trotz der Unsicherheiten über den Erfolg im Vergabeverfahren bereits deutlich vor Vertragsbeginn hoch qualifizierte Mitarbeiter und Führungsteams vorhalten müssen. Im deutlichen Widerspruch zu diesen Anforderungen an die Bieter steht die verzögerte Auszahlung der Vergütungen, die die Anbieter teilweise an den Rand der Insolvenz bringt.

Das wesentliche Problem im Zusammenhang mit der Zuwendungsfinanzierung ist das in den Ausführungsbestimmungen der jeweiligen Haushaltsordnungen verankerte Besserstellungsverbot, das die Besserstellung von Mitarbeitenden des Zuwendungsempfängers gegenüber den Mitarbeitenden des Zuwendungsgebers untersagt. Eine einheitliche Auslegung gibt es für diese Regelung nicht; Hinweise für die Anwendungspraxis des jeweiligen Zuwendungsgebers (z. B. in Besonderen Nebenbestimmungen) sind schwer auffindbar oder erst auf mehrmalige Anforderung erhältlich. Arbeitsrechtliche Probleme ergeben sich, weil die verbindlich anzuwendenden AVR-Tarife in der Regel von dem jeweils maßgeblichen Tarifwerk des öffentlichen Dienstes abweichen (insbesondere bei den Nebenleistungen). Diese Unübersichtlichkeit wiegt umso schwerer als ein Verstoß gegen das Besserstellungsverbot zur teilweisen oder umfassenden Rückforderung der Zuwendung führt. Einzelne ARKen haben Lösungsansätze für diese Schwierigkeiten entwickelt. Mögliche Varianten sind ein eigenständiger, auf die Zuwendungsfinanzierung ausgerichteter Eingruppierungskatalog mit entsprechender Vergütungstabelle (s. KTD und BAT-KF), die Übernahme von maßgeblichen Branchentarife oder jedenfalls branchenüblichen Tarifverträge (AVR Sachsen oder AVR Württemberg) oder der ausdrückliche Vorbehalt, die Auszahlung einzelner Vergütungsbestandteile von ihrer Erstattung durch den Zuwendungsgeber abhängig zu machen (TV-DN Niedersachsen).

Prof. Michael Eßig, Universität der Bundeswehr, München, hat mit seinem Referat das **Wirtschaftlichkeitsprinzip im Vergabeprozess** und dessen unterschiedliche Aspekte (Beschaffungsprozess, Beschaffungsobjekt und Zuschlagskriterium und die Lieferantensteuerung) erläutert. Der hohe Anteil von Beschaffungsvorgängen an den gesamten Staatsausgaben (c.a. 25%) zeigt sowohl die Bedeutung des Beschaffungswesens an sich als auch die Notwendigkeit einer konsequent wirtschaftlichen Vergabe. Das Wirtschaftlichkeitsprinzip ist im Vergaberecht mehrfach verankert: neben dem Verhältnismäßigkeitsprinzip ist es einer der Leit-Grundsätze des Vergaberechts (§ 97 Abs. 6 GWB, § 1 UVgO) und gibt den Ausschlag für die Zuschlagsentscheidung (§ 58 VgV, § 43 UVgO).

Die Ausrichtung auf Wirtschaftlichkeit sichert die Öffnung der Vergabeentscheidungen für eine Vielzahl sowohl von betriebs- aber auch volkswirtschaftlichen Aspekten. Die Möglichkeiten der strategischen Beschaffung sind im Wesentlichen in der dem eigentlichen Vergabeprozess vorgelagerten Vorbereitungsphase auszuschöpfen, in der die Bedarfsklärung und Markterforschung stattfinden. Erfahrungsgemäß erfährt dieser Abschnitt des Beschaffungsprozesses allerdings zu wenig Aufmerksamkeit. Wegen der strengen Vergaberechtsprechung konzentrieren sich die Vergabestellen vorrangig auf die fehlerfreie Abwicklung des formalen Vergabeverfahrens und lassen so wesentliche Gestaltungsspielräume des Vergaberechts ungenutzt. Letztlich wirkt sich diese risikoscheue Ausschreibungspraxis aber negativ auf den Wettbewerb aus: Sie hält Anbieter, die anderweit hinreichende Nachfrage finden, zunehmend davon ab, sich überhaupt an Vergabewettbewerben zu beteiligen (anders verhält es sich, wo die Auftraggeber ein Nachfragemonopol haben und sich die Abhängigkeitsverhältnisse damit umkehren).

Im Rahmen der Zuschlagsentscheidung kommt dem Wirtschaftlichkeitsgedanken besonderes Gewicht zu. Besonders klar formuliert dies das Vergabegesetz von Mecklenburg-Vorpommern (§ 7 Abs. 2): Das wirtschaftlichste Angebot ist dasjenige mit dem **günstigsten Verhältnis von angebotener Leistung und den zu erwartenden Kosten für den Auftraggeber**. „Wirtschaftlich“ darf deshalb nichts mit „billig“ gleichge-

setzt werden. Bei entsprechendem Preis-Leistungs-Verhältnis darf ein Produkt auch „extrem teuer“ sein. Ein interessanter Ansatz für eine Preis-Leistungs-Relation, die über die Ausrichtung auf den unmittelbaren Preis der Leistung hinausführt, ist insbesondere das Abstellen auf die sogenannten Lebenszykluskosten. Allerdings bleiben unter dem Eindruck einer strengen Rechtsprechung auch diese Potentiale des Vergaberechts weitgehend ungenutzt.

Ein letzter Aspekt der wirtschaftlichen Beschaffung betrifft die sich an das eigentliche Vergabeverfahren anschließende Phase der Vertragsdurchführung. Diese ist vergaberechtlich kaum reguliert aber weist Spielraum für leistungsabhängige Vergütungen auf (performance based contracting oder performance/service-level-agreement). Gerade bei sozialen Leistungen stellt sich allerdings die Frage nach validen, d.h. vom Leistungserbringer mit seinen Leistungen beeinflussbaren Kennzahlen. Insofern kommt auch beim Vergaberecht das Fehlen einer auch von den Leistungserbringern erarbeiteten, validen Ergebnis- bzw. Wirkungsmessung zum Tragen. Diese Lücke füllen wie z. B. in § 65 Abs. 5 VgV die Politik bzw. die Verwaltung mit kontraproduktiven und wenig aussagekräftigen Kennzahlen.

Stephan Rechten, Beiten Burkhardt, hat Erfahrungen mit der Einbeziehung von Bietern in das Vergabeverfahren dargestellt und einen Überblick sowohl über die unterschiedlichen möglichen Beteiligungsformen als auch über die damit einhergehenden Risiken gegeben. Für Bieter stellt sich die Teilnahme an Ausschreibungen als Wettbewerb mit vielen, kaum steuerbaren Unbekannten dar. Sie sind deshalb auf Informationen über die Rahmenbedingungen des Verfahrens angewiesen und erwarten sich diese gerade auch von den vergaberechtlich zugelassenen Möglichkeiten zur direkten Kommunikation mit den Auftraggebern. Für Auftraggeber schaffen Berührungspunkte mit Bietern dagegen die Gefahr, dass nicht berücksichtigte Bieter die Auftragsvergabe wegen einer vermuteten Vorzugsbehandlung anderer Konkurrenten angreifen.

Die einzelnen Verfahrensschnittpunkte für Kontakte mit Bietern sind die Markterkundung, der Umgang mit Bewerber- und Bieterfragen sowie Ortsbesichtigungen, die Einbeziehung sachkundiger Unternehmen (sog. Projektanten) und die Verhandlungs- und Dialogverfahren. Der persönliche Kontakt, der sich bei der Markterkundung, der Ortsbesichtigung oder der Einbeziehung von Projektanten zwischen Auftraggeber und Bietern/Bewerbern ergibt, stellt die Auftraggeber vor erhebliche Compliance-Anforderungen. Zwar fördert eine frühzeitige Information über vorhandene Angebote und Expertisen das Erstellen von zielführenden Leistungsbeschreibungen. Zugleich besteht aber die Gefahr, dass entweder die Leistungsbeschreibung auf ein bestimmtes Produkt/Konzept zugeschnitten ist und damit dessen Anbieter bevorzugt (Infragestellung der Produktneutralität) oder dass ein Projektant durch sein Hintergrundwissen über die Beschaffungsabsichten des Auftraggebers einen Vorteil vor seinen Konkurrenten bekommt. Die Bewirtung von markterkundenden Beschaffern muss sich in engen Grenzen halten (Kantinenbewirtung durch Beteiligung an dem für alle Mitarbeitenden servierten Mittagessen ist noch angemessen). Ortsbesichtigungen schaffen die Möglichkeit, dass Bieter erfahren, mit wem sie konkurrieren und diese Mitbewerber entweder ausspähen oder ihre Angebote mit diesen absprechen.

Anders als bei Markterkundungen im Vorfeld der eigentlichen Beschaffung oder bei der Beantwortung von Bieterfragen, stehen beim Verhandlungsverfahren und beim wettbewerblichen Dialog tatsächlich Bestandteile der Vergabe (entweder die Beschreibung des zu beschaffenden Gegenstandes oder das unterbreitete Angebot) zur Disposition. Diese Verhandlungen verlangen eine besonders sorgfältige Regie; der Auftraggeber muss nicht nur Vorzugsbehandlungen einzelner Bieter sondern auch ein zeitliches oder thematisches Ausufern der Verhandlungen vermeiden. Um einen möglichst chancengleichen Zugang zu diesen Verhandlungen und damit einhergehend ein wettbewerbliches Verfahren sicherzustellen, misst das Vergaberecht den Teilnahmewettbewerben besondere Bedeutung zu.

Ein Sonderfall des Verhandlungsverfahrens sind die wesentlich aus Fördermitteln finanzierten Projekte, in denen einzelne Projektmodule auszuschreiben sind: für den Unterschwellenbereich hat die amtliche Erläuterung zu § 8 Nr. 14 UVGO den Verzicht auf einen Teilnahmewettbewerb zugelassen, weil in diesem Fall eine sog. „wirtschaftlich günstige Gelegenheit“ gegeben ist. Ob sich dieses Ergebnis auch auf EU-weite Verhandlungsverfahren nach § 14 Abs. 4 VgV übertragen lässt, erscheint fraglich. Für den Verzicht auf einen erneuten Wettbewerb kann aber folgende Überlegung sprechen: wenn bereits die Zuteilung der Fördermittel im Rahmen eines wettbewerblichen Verfahrens stattgefunden hat und ein neuerlicher Wettbe-

werb um den Zuschlag nicht nur das Ergebnis des ersten Wettbewerbs sondern das gesamte Projekt und damit die zweckmäßige Verwendung der Fördermittel in Frage stellt, wäre der neuerliche Teilnahmewettbewerb kontraproduktiv. Die vorausgegangene Zuteilung der Fördermittel verschafft dem Begünstigten insofern eine exklusive Rechtsposition im Sinne von § 14 Abs. 4 Nr. 2 c VgV, aus der heraus er der einzige ist, der für die Zuschlagserteilung in Betracht kommt.

Prof. David Capitant, Sorbonne Paris, gab mit seinem Referat einen Überblick über die **Verankerung von Verhandlungsverfahren und dem wettbewerblichen Dialog im französischen Vergaberecht**. Das französische Vergaberecht ist in der gesetzvertretenden Verordnung Nr. 2015-899 vom 23. Juli 2015 über öffentliche Aufträge und der Verordnung Nr. 2016-360 vom 25. März 2016 über öffentliche Aufträge geregelt. Anders als im deutschen Vergaberecht kommt der vergaberechtliche Primärrechtsschutz unabhängig vom Auftragswert zur Anwendung. Da diese Verfahren durchschnittlich maximal zwei Wochen dauern und im Falle eines festgestellten Vergabefehlers in der Regel mit einem Vorschlag des Spruchkörpers zur korrekten Weiterführung des Beschaffungsvorgangs enden, belasten sie die Beschaffungsvorgänge nicht sondern bewähren sich vielmehr als effiziente Verfahren zur Behebung von Fehlern.

Für die Anforderungen an die Vergabeverfahren unterscheidet die Verordnung Nr. 2016-360 vom 25. März 2016 drei Stufen: binnenmarktrelevante Ausschreibungen, deren Auftragsvolumen die Schwellenwerte überschreitet, richten sich nach einem Verfahren, das die von der EU-Vergaberichtlinie (RL 2014/24/EU) vorgegebenen Vorgaben umsetzt. Für Ausschreibungen, deren Volumen die Schwellenwerte unterschreitet, ist die sog. *procédure adaptée* (geeignetes Verfahren) vorgesehen. Allerdings ist diese nur ab einem Auftragswert von 25.000,00 € verpflichtend. Für Beschaffungen, die auch diese Bagatellgrenze nicht erreichen, ist kein Vergabeverfahren erforderlich. Für soziale Dienstleistungen ist (vergleichbar mit dem deutschen Vergaberecht) die *procédure adaptée* unabhängig vom Auftragswert zugelassen. Voraussetzung für die Ausgestaltung des Verfahrens ist, dass der Auftraggeber bei der Beschaffung die Besonderheiten der betreffenden Dienstleistungen berücksichtigt (Art. 28 Verordnung Nr. 2016-360 vgl. Art. 76 Abs. 2 RL 2014/24/EU).

Im Rahmen des geeigneten Verfahrens i. S. der *procédure adaptée* hat der Auftraggeber einen weiten Gestaltungsspielraum, der auch Verhandlungen zulässt. Die genauen Grenzen zulässiger Verfahrensgestaltungen hat insbesondere die Vergaberechtsprechung gezogen und damit Eckpunkte festgelegt, die wiederum in die Regelungen der EU-Vergaberichtlinie eingegangen sind. Ziele der Verhandlungen sind für Auftraggeber zum einen die unmittelbare Senkung der mit den Angeboten vorgelegten Preise aber auch die Verständigung über Beschaffungsziele und einzelne Vorgaben der Leistungsbeschreibung (z. B. technische Modalitäten, Fristen, Kundendienst, Garantien, Zahlungsklausel), um passgenauere und damit auch wirtschaftlichere Beschaffungen sicherzustellen. Der wettbewerbliche Dialog hat sich im französischen Recht aus der Markterkundung entwickelt. In einigen Fällen hatte die Rechtsprechung unangemessene Gesprächskontakte und entsprechende Benachteiligungen der übrigen Interessenten gerügt und mit Möglichkeit aufgezeigt, wie Auftraggeber in einem hinreichend transparenten und chancengerechten Verfahren zusammen mit den künftigen Bietern wesentliche Eckpunkte des Beschaffungsgegenstands klären können.

Die von **Jörn Fieseler, Behördenspiegel**, moderierte abschließende **Podiumsdiskussion „Comparez aude – Habe Mut, Dich Deines Vergaberechts zu bedienen!“** mit den Referenten sowie Dr. Daniel Fülling aus dem Bundesministerium für Wirtschaft und Energie und Marc Hentschke, EFAS, widmete sich möglichen Wegen für eine zielführende und sachgerechte Beschaffung.

Dr. Fülling wies auf die von der EU-Kommission initiierten Konsultationsverfahren für eine innovative und sozial verantwortliche Vergabe hin. Diese gingen auf Impulse der Bundesregierung zurück, die die dringende Notwendigkeit sehe, dass die Auftraggeber von den ihnen gewährten Spielräumen tatsächlich Gebrauch machen. Die geplanten Leitfäden sollten insoweit Hilfestellung und Anregungen geben. Wie weit die öffentlichen Auftraggeber diese Anregungen dann tatsächlich aufgreifen, könne die Bundesregierung allerdings nicht beeinflussen. Tatsächlich erweist sich die Befürchtung, einen Beschaffungsvorgang durch langwierige Kontrollverfahren zu gefährden, nach wie vor als ernstzunehmende Hürde. So habe die Rechtsprechung zur Bewertung von Leistungskonzepten nach Schulnoten durch überhöhte Anforderungen

an die Konzeptbewertungen die an sich sinnvolle Verfahrensgestaltung einer funktionalen Leistungsbeschreibung für nahezu zwei Jahre in Frage gestellt.

Weiterführende Ansätze für eine sachdienliche Vergabe seien die in der EU-Mitteilung zu der künftigen Strategie der öffentlichen Beschaffung („Eine funktionierende öffentliche Auftragsvergabe in und für Europa“) vom 3. Oktober 2017 unterbreiteten Vorschläge zu einer stärkeren Professionalisierung und einer verstärkten Nutzung zentraler Ausschreibungen. Dies erlaube gerade kleinen Kommunen, eine gemeinsame Vergabestelle mit den benötigten, gemeinsam genutzten und finanzierten Kapazitäten und Kompetenzen auszustatten. Allerdings können diese Synergien können nur dann zu einer zielführenden Vergabe und einem Qualitätswettbewerb beitragen, wenn die Zusammenarbeit der Vergabestelle mit den Fachabteilungen sichergestellt ist, die nicht nur den unmittelbaren Bedarf sondern auch das zu dessen Beschreibung notwendige Knowhow haben. Insofern muss sich diese zentralisierte Beschaffung als Dienstleistung für Bedarfsträger vor Ort verstehen. Im Bereich sozialer Dienstleistungen gibt es mit den sogenannten Regionalen Einkaufszentren (REZ) der Bundesagentur für Arbeit (BA) eine solche zentrale Beschaffungseinheit. Allerdings überwiegen hier aus Sicht der Leistungserbringer schlechte Erfahrungen. Der Eindruck lasse sich nicht ausräumen, dass die REZe die vor Ort festgestellten und beschriebenen Bedarfe in zentral vorgegebenen Produktschablonen einpressen, so dass die dann ausgeschriebene Leistung den eigentlichen Bedarfen gerade nicht mehr entspricht. Da die BA zudem erklärtermaßen ausschließlich im Wege des offenen Verfahrens beschafft, bestehen keine Möglichkeiten, diese im REZ vorgenommenen Anpassungen im Rahmen von Verhandlungsverfahren wieder zu modifizieren.

Dr. Friederike Mußgnug
Sozialrecht