Stellungnahme
der Bundesarbeitsgemeinschaft Evangelische Jugendsozialarbeit (BAG EJSA) zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO)

Die BAG EJSA ist der Bundesfachverband für Jugendsozialarbeit in der Diakonie Deutschland – Evangelischer Bundesverband und ist der bundesweite Zusammenschluss der Mitgliedsorganisationen aus der evangelischen Jugendsozialarbeit, der Diakonie und der evangelischen Jugendarbeit auf Bundes- und landeskirchlicher Ebene.

Unsere Einrichtungen haben insbesondere im Arbeitsfeld Jugendberufshilfe und Übergang Schule – Beruf jahrzehntelanges Erfahrungswissen mit den im Bereich sozialer Arbeit stattfindenden Ausschreibungen, insbesondere mit den Ausschreibungen von Arbeitsmarktdienstleistungen im Rahmen der Sozialgesetzbücher zwei und drei.
Unsere Erfahrungen und Einschätzungen der gegenwärtigen Lage im Bereich sozialer Dienstleistungen teilt die BAG EJSA mit einem breiten Bündnis aus Verbänden, Anbietern von Arbeitsmarktdienstleistern und den Gewerkschaften. (dem DGB, der GEW und ver.di).

Vor diesem Hintergrund und in diesem Zusammenhang formulieren wir an dieser Stelle keinen separaten Text, sondern **unterstützen hier ausdrücklich und in vollem Umfang die Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW)** zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie für eine Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO) vom 31.08.2016.

Die BAG EJSA begrüßt grundsätzlich den Diskussionsentwurf zur Unterschwellenvergabeordnung – UVgO und die Absicht, für beide Bereiche eine einheitliche rechtliche Situation zu schaffen. Allerdings gibt es für unsere Einrichtungen als Bieter auch

im Unterschwellenbereich zwei Hauptprobleme im UVgO-Entwurf, die es im laufenden Gesetzgebungsverfahren nachzubessern gilt.
Daher formuliert die BAG EJSA folgende **zwei Anliegen:**

1. Einführung der Verhandlungsvergabe, § 8 Abs. 4 und § 12 UVgO-E

Nicht nachvollziehbar ist für die BAG EJSA die Regelung der Verfahrensarten in § 8 und 12 UVgO: Anstatt aus dem Oberschwellenvergaberecht den wettbewerblichen Dialog i. S. v. § 119 Abs. 6 GWB und § 18 VgV und die Innovationspartnerschaft i.S. v. § 119 Abs. 7 GWB und § 19 VgV zu übernehmen sowie die freihändige Vergabe gem. § 3 Abs. 5 VOL/A fortzuschreiben, hat die UVgO-E nunmehr in § 12, die sog. Verhandlungsvergabe in Anlehnung an das Verhandlungsverfahren nach § 17 VgV gestaltet. Dieser Verhandlungsvergabe ordnet der Entwurf in § 8 Abs. 4 UVgO-E Fallgruppen zu, die im Oberschwellenbereich gem. § 14 Abs. 3 VgV als wettbewerblicher Dialog (Fallgruppen Nr. 1 bis 3 und 7, vgl. § 14 Abs. 3 VgV), bzw. bislang im Unterschwellenbereich als freihändige Vergabe gem. § 3 Abs. 5 b, c, e, f, g, j, k und l VOL/A (vgl. Fallgruppen Nr. 6, 8 bis 10, 12, 14 und 15) oder nach Maßgabe der VOF (Fallgruppe Nr. 4) durchzuführen wären. Leider verzichte der Diskussionsentwurf der UVgO auf eine Begründung. Denn insbesondere diese Neugestaltung der Verfahrensmöglichkeiten im Unterschwellenbereich erscheint nicht sachgerecht.

a) die neu geschaffene Vergabeart der Verhandlungsvergabe kann ihrem Zuschnitt nach keinesfalls Ersatz für die nicht in den Unterschwellenbereich übernommenen Dialogverfahren, die Innovationspartnerschaft oder die dort aufgegebene freihändige Vergabe bieten. § 12 Abs. 4 UVgO-E macht deutlich, dass sich mögliche Verhandlungen zwar auf alle Angebotsaspekte beziehen können, nimmt aber die in den Leistungsbeschreibungen dargelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien von diesen Verhandlungen aus. Gerade die Verhandlung über Anforderungen und Zuschlagskriterien ist aber ein wesentliches Element des wettbewerblichen Dialogs, das insbesondere im Bereich der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen wichtig ist.

Die UVgO-E nimmt damit den Auftraggebern eine wichtige Möglichkeit, durch die frühzeitige Einbeziehung des Bieter-Knowhows in ein transparentes, vergabekompatibles Verfahren sachdienliche und ausschreibungsreife Leistungsbeschreibungen zu erstellen, die das Innovationspotential der Leistungserbringer aufgreifen und eine angemessene Berücksichtigung des fachlichen Fortschritts ermöglichen. Diese Möglichkeit muss gerade bei sozialen Dienstleistungen als wenngleich noch zu erprobender aber aussichtsreicher Weg zur effizienten Gestaltung von sachdienlichen Beschaffungsvorgängen gewährleistet sein. Ein Verhandlungsverfahren, in dem die Eckdaten der Leistungsbeschreibung nicht mehr verhandelbar sind, bietet zwar den Auftraggebern mehr Möglichkeiten zur einseitigen

Steuerung der Beschaffung. Hingegen verwehrt sie einer Kommune, die z. B. niedrigschwellige Konzepte der präventiven Hilfegewährung im Sozialraum gestalten möchte, die Möglichkeit, im transparenten Dialog mit fachlich erfahrenen Leistungserbringern ein zielführendes Konzept zu erstellen und dabei das gerade bei den Bietern vorhandene Innovationspotential einzubeziehen. Stattdessen ist sie beim Entwurf der erforderlichen Leistungsbeschreibung auf sich selber gestellt. Fehleinschätzungen hierbei kann sie nur im Wege nachträglicher Korrekturen an der Leistungsbeschreibung korrigieren, was sowohl in zeitlicher wie auch finanzieller aufwändig ist. Damit geht die Verhandlungsvergabe an den „Verhandlungsspielräumen“ wie wir sie brauchen (nämlich die gemeinsame aber transparente Entwicklung des Auftragsgegenstandes) völlig vorbei.
Mit der Erweiterung des Verfahrenskatalogs verbinden sich keine besonderen Kosten. Zum einen bleibt es letztlich dem Ermessen der Auftraggeber überlassen, ob sie nach diesem Verfahren ausschreiben. Zum anderen erscheint das Dialogverfahren nach § 18 VgV nicht aufwändiger als ein Verhandlungsverfahren. Da das Dialogverfahren für die Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen überwiegend das sachgerechtere Verfahren ist, erweist es sich gerade unter Wirtschaftlichkeitsaspekten als sinnvoll, diese Vergabeart zur Verfügung zu stellen.
Gerade weil nahezu 90 % aller ausgeschriebenen Dienstleistungen unterhalb des Schwellenwertes ausgeschrieben werden, fordert die BAG EJSA nachdrücklich, die Vergabearten des wettbewerblichen Dialogs und der Innovationspartnerschaft auch unterhalb des Schwellenwertes aufzugreifen und jedenfalls für die Dienstleistungen nach § 49 UVgO-E zur Verfügung zu stellen.

b) Die BAG EJSA begrüßt, dass die „günstige Gelegenheit“ (§ 8 Abs. 4 Nr. 13 UVgO-E) wieder als zulässiger Anlass eines weniger formstrengen Vergabeverfahrens (wahrscheinlich als Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb) aufgenommen worden ist. Allerdings bietet auch hier die Verhandlungsvergabe mit ihrer Bindung an die Vorgaben der Leistungsbeschreibung aber deutlich weniger Gestaltungsspielraum als die künftig entfallende freihändige Vergabe.
Das gleiche gilt bei der Ausschreibung von ausschließlichen Vergaben an Werkstätten für Menschen mit Behinderungen und an Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration ist (§ 8 Abs. 4 Nr. 15 a und b UVgO-E) und bei der besonderen Dringlichkeitsbeschaffung nach § 8 Abs. 4 Nr. 6 UVgO-E. Diese Fallgruppen sind für Einrichtungen und Dienste der Freien Wohlfahrt besonders relevant. Aber erst die Möglichkeit, fachliche Erfahrungen und Knowhow in die Beschreibung der Leistung einzubringen, sichert in diesen besonderen Fällen eine sachgemäße und damit wirtschaftliche Beschaffung.

Nach dem Wortlaut des § 8 Abs. 4 UVgO-E steht es im Ermessen des Auftraggebers, diese Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb durchzuführen. Hinsichtlich des Schutzes von Bieterinteressen unterhalb des Schwellenwertes, stellt sich die Frage, wie die transparente Entscheidung für und die angemessenen Einbeziehung von Bietern in einer solchen Ausschreibung ohne vorherigen Teilnahmewettbewerb abgesichert werden soll.

2. Rechtsschutz unterhalb des Schwellenwertes

Die dringenden Rechtschutzinteressen sozialer Dienstleister finden nach derzeitiger Rechtslage erst oberhalb des Schwellenwertes Berücksichtigung. Der zurzeit allein mögliche sekundäre Rechtsschutz in Form von Schadenersatz ist für die Bieter mit weitreichenden Darlegungslasten verbunden und vermag zudem nicht in gleicher Weise wie Primärrechtsschutz den eigentlichen Interessen der Bieter in Vergabeverfahren (Chance auf einen rechtmäßigen Zuschlag) Rechnung zu tragen. Da die Vergaberechtsreform den Schwellenwert für soziale Dienstleistungen mit 750.000 € besonders hoch angesetzt hat, ist faktisch ist damit Primärrechtsschutz und damit das rechtzeitige Hinwirken auf korrekte Vergabeverfahrens und rechtmäßige Zuschlagsentscheidungen in diesem Bereich tätigen Bieter nahezu unerreichbar.

Die BAG EJSA fordert deshalb, insoweit den Anschluss an die übrigen Mitgliedsstaaten der EU zu schaffen und auch unterhalb des Schwellenwertes den Primärrechtsschutz zugänglich zu machen.

Zumindest erscheint es geboten, den Bietern durch eine Informations- und Wartepflicht vor der Zuschlagsentscheidung entsprechend zu § 134 GWB ein Minimum an Schutz und die Chance zur Verhinderung von fehlerhaften Zuschlagsentscheidungen zu verschaffen.

Die BAG EJSA hofft auf die Berücksichtigung der formulierten Vorschläge.

Christiane Giersen
Vorstand
BAG Evangelische Jugendsozialarbeit e.V.
Wagenburgstr. 26.-28
70184 Stuttgart

Stuttgart, 10. Oktober 2016