Bundesagentur für Arbeit
Zentrale

Bundesagentur für Arbeit, Regensburger Straße 104 - 106,
90478 Nürnberg

Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
Herrn
Dr. Thomas Solbach
Scharnhorststraße 34 - 37
10115 Berlin

Ihr Zeichen: IB6-270108/1
Ihre Nachricht:
Mein Zeichen: 1741.6
(Bei jeder Antwort bitte angeben)

Name: Keck Herbert/Wallschläger René
Durchwahl: 0911 179 4284
E-Mail: Zentrale.CF4@arbeitsagentur.de
Datum: 26. November 2015

Referentenentwurf für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts
Ihr Schreiben vom 10.11.2015 - Stellungnahme der Bundesagentur für Arbeit (BA)

Sehr geehrter Herr Dr. Solbach,

im Entwurf der Vergabeverordnung wurden wichtige Reformanliegen der BA – mit dem Fokus auf die Vergabe von sozialen Dienstleistungen wie Arbeitsmarktdienstleistungen – bereits berücksichtigt. Mitunter geht es darum, schon bestehende Erleichterungen in das neue Recht zu überführen und rechtliche Klarstellungen zu erreichen. Aus der beigefügten detaillierten Stellungnahme der BA sind folgende zentralen Punkte, für die noch Regelungs- bzw. Verbesserungsbedarf gesehen wird, kurz hervorzuheben.

- Trägerzulassung nach AZAV und Vorlage von Eigenerklärungen (nicht EEE) sollten für die Eignungsprüfung der Anbieter von Arbeitsmarktdienstleistungen im Regelfall weiterhin genügen.

- Die Regelung zur Vorgabe von Festpreisen und Festkosten erscheint zu weitreichend und ist auf die Fälle zu beschränken, in denen Preise und Kosten durch nationale Vorschriften bestimmt worden sind.

- Die ergänzenden Verfahrensregelungen für soziale Dienstleistungen in § 65 VgV-E setzen neben der Wahlfreiheit zwischen den Vergabearten die Forderungen der BA nach längeren Rahmenverträgen bis zu sechs Jahren, nach abweichenden Fristvorgaben und zur bieterbezogenen Bewertung bisher erbrachter Leistungen um. Dies ist grundsätzlich sehr zu begrüßen.

  - Allerdings wurde bisher keine Sonderregelung in den Absatz 1 aufgenommen, nach der sich die Realisierung kofinanzierter Arbeitsmarktdienstleistungen im Verhandlungsverfahren ohne Wettbewerb fortführen lässt. Im Vermerk des BMAS IIa2 vom 03.11.2015 wurde die gemeinsame Position gegenüber den europarechtlichen Bedenken Ihres Hauses erneut dargestellt.

Postanschrift
Bundesagentur für Arbeit
Regensburger Straße 104 - 106
90478 Nürnberg

Besucheradresse
Regensburger Straße 104 - 106
Nürnberg

Bankverbindung
BA-Service-Haus
Bundesbank
BIC: MARKDEF1760
IBAN: DE50760000000076001617

Internet: www.arbeitsagentur.de

Öffnungszeiten
0000000000000000000000000000

Sie erreichen uns:
Haltestelle Scharrerstraße
Straßenbahnlinie 6
Haltestelle Meistersingerhalle
Straßenbahnlinie 9,
Buslinie 36, 55

Entscheidend ist dabei, dass aufgrund des oft erheblichen Finanzierungsbeitrages und der Bindung an einen bestimmten Träger die Situation entstehen kann, dass offensichtlich ist, dass ein wettbewerbliches Verfahren zu keiner wirtschaftlicheren Beschaffung führen wird. Somit kann auch dem Grundsatz der Transparenz Rechnung getragen werden. Die Pflicht zur europaweiten Veröffentlichung wäre in diesen Fällen eine bloße Förmelei. Interessierte Träger ohne Zugang zu Kofinanzierungsmitteln würden sich auf ein letztlich von Anfang an aussichtsloses Verfahren einlassen und damit Zeit und Ressourcen nutzlos aufwenden.

- Im Absatz 3 ist nun klargestellt, dass Ergebnisse von Referenzaufträgen unternehmensbezogen in die Leistungsbewertung der Angebote einbezogen werden dürfen. Die Gewichtung der Erfolgs- und Qualitätskriterien wird erfreulicherweise nicht mehr auf 25 Prozent begrenzt. Aus Sicht der BA ist eine beispielhafte Konkretisierung der genannten Zuschlagskriterien angebracht. Insbesondere die regionalen Eingliederungsergebnisse und Abbruchquoten können damit in die Bewertung der Angebote für Arbeitsmarktdienstleistungen einfließen. Erfolg und Qualität von erbrachten Leistungen können zudem anhand der Erreichung von Bildungsabschlüssen und der Zufriedenheit der örtlichen Agenturen für Arbeit und Jobcenter mit der Leistungserbringung im Zuge eines systematischen Lieferantenmanagements gemessen werden.

- Die Regelung einer 3-monatigen Übergangsfrist im vorangegangenen Diskussionsentwurf (Stand 09.10.2015) für die Umstellung der E-Vergabe hat die BA ausdrücklich begrüßt. Diese Bestimmung ist nun bedauerlicherweise nicht mehr enthalten. Die BA hält an der Notwendigkeit einer entsprechenden Übergangsregelung fest. Die Möglichkeit, die Übermittlung der Angebote bis zum 18.04.2017 auch auf dem Postweg etc. verlangen zu können, wäre ein Rückschritt und ist nicht zielführend. Bereits heute wird die Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen durch die Einkaufsorganisation der BA vollständig elektronisch abgewickelt.

Mit freundlichen Grüßen

Rudolf Knorr
Geschäftsführer Controlling/Finanzen

Anlage

Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts Stellungnahme der BA

Bezugsnorm Stand 09.11.2015	Anmerkungen, Fragen, Änderungs- und Ergänzungsbedarf mit Fokus auf die Vergabe von Arbeitsmarktdienstleistungen
§ 4 VgV-E **Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe; zentrale Beschaffung**	• Absatz 2: In der Verordnungsbegründung wird ausgeführt, dass ein teilnehmender Auftraggeber seine Verpflichtungen nach dieser Verordnung erfüllt, wenn er Leistungen von einem Auftraggeber erwirbt, der für das Vergabeverfahren zuständig ist. Weitergehende Klarstellung hilfreich, dass neben der reinen Beschaffungstätigkeit auch die Vertragsabwicklung und Vertragsbetreuung sowie die vertragsrechtliche Abwicklung und Koordination abgeschlossener Verträge sowie der Bearbeitung wesentlicher Vertragsstörungen (Vertragsmanagement) an die Erteilung des jeweiligen öffentlichen Auftrags gekoppelt werden kann. Nach Auffassung der BA ist dabei ebenfalls von einer vergabefreien (im engen Zusammenhang mit der vorhergehenden Beschaffungstätigkeit stehenden) Dienstleistung auszugehen.
§ 8 VgV-E **Dokumentation und Vergabevermerk**	• Mindestinhalt Vergabevermerk: Begründungspflicht für ein Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb nach Absatz 2 Nr. 6 widerspricht Freiheit bei der Verfahrenswahl gemäß § 130 Absatz 1 GWB » Sonderregelung in Abschnitt 3 aufnehmen • Absätze 4 und 5: Übermittlung vertraulicher Unterlagen muss auch im Rahmen von Zuwendungsverhältnissen (Finanzierung des Auftrags stellt der Auftraggeber teilweise über Fördermittel sicher) gestattet sein. Das Prüfrecht in den Zuwendungsauflagen beinhaltet die Vorlage des Vergabevermerks usw. Oft bedient sich der Zuwendungsgeber bei der Verwendungs- und Nachweisprüfung auch Dritter, die solche Unterlagen dann abfordern. » Regelung in Absatz 5 oder Begründung entsprechend schärfen, so dass kein Verstoß gegen das Vertraulichkeitsgebot im Raum steht.
§ 9 VgV-E **Grundsätze der Dokumentation**	• Absatz 3 Satz 1: Wenn die Unternehmensbezeichnung entgegen dem Verlangen des Auftraggebers zwar nicht eindeutig erfolgte, gleichwohl aber eine Identifizierung möglich ist, sollte dies keinen Ausschlussgrund darstellen. In der Vergabepraxis wird schon heute vielfach eine Unternehmensbezeichnung nach Maßgabe der einschlägigen Registereintragungen (z.B. Handelsregister) benötigt. Diese Angabe ist erforderlich, damit der öffentliche Auftraggeber eine Abfrage etwa im Gewerbezentralregister nach dem Arbeitnehmerentsendegesetz für den Zuschlagskandidaten vornehmen kann.

§ 14 VgV-E **Wahl der Verfahrensart**	• Absatz 3 Nr. 5: „nur unannehmbare Angebote eingereicht“ – Es kann auch Sachverhalte geben, in denen *nur* nicht ordnungsgemäße und unannehmbare Angebote eingereicht werden. Die Formulierung „oder nur unannehmbare Angebote“ greift deshalb zu kurz. – Kann dann formlos, also ohne vorherige Aufhebung des offenen oder nicht offenen Verfahrens, in das Verhandlungsverfahren gewechselt werden? – Klarstellung notwendig, dass die „eingeplanten Haushaltsmittel“ losbezogen, d.h. für den einzelnen Auftrag, maßgeblich sind. – Geht die BA zutreffend davon aus, dass die Höhe der eingeplanten Haushaltsmittel nicht auch bekannt gemacht werden muss? – Trifft es zu, dass Angebote dann nicht „unannehmbar“ sind, wenn die Schätzwertberechnung fehlerhaft war, was in der Regel erst im Rahmen der Angebotsprüfung nach Vorlage der Angebotskalkulationen auffällt. – Sofern nur eines (erstplatziert) von mehreren Angeboten die eingeplanten Haushaltsmittel übersteigt, ist für solche Fälle zusätzlich ein entsprechender Ausschlussgrund zu regeln. – Auch nicht form- und fristgerechte Angebote sollten ohne Teilnahmewettbewerb einbezogen werden dürfen. • Absatz 4 Nr. 1: „keine geeigneten Angebote oder keine geeigneten Teilnahmeanträge“ – Begrifflichkeiten: „keine geeigneten“ als Unterfall von „keine ordnungsgemäßen“ Angebote in Absatz 3 Nr. 5?
§ 17 VgV-E **Verhandlungsverfahren**	• Absatz 11: Die Regelung ist hinsichtlich der Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb zu ergänzen: „Der öffentliche Auftraggeber kann den Auftrag auf der Grundlage der Erstangebote vergeben, ohne in Verhandlungen einzutreten, wenn er sich in der Auftragsbekanntmachung, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung diese Möglichkeit vorbehalten hat.“ • Absatz 12: Ist der bisher u. a. praktizierte Verhandlungsansatz „Verringerung der Zahl der Verhandlungspartner ohne deren Ausscheiden“ danach nicht mehr zulässig? Dabei verhandeln Auftraggeber mit chancenreicheren Bietern und „parken“ die weniger aussichtsreichen Bieter, um bei Bedarf auf diese zurückgreifen zu können. Für eine solche Vorgehensweise sprechen insbesondere verfahrensökonomische Gründe (UfAB VI, 4.43.2.3, Seite 276 f.). http://www.cio.bund.de/Web/DE/IT-Beschaffung/UfAB/ufab_node.html • Absatz 14: Können mit dem wirtschaftlichsten Bieter weiterhin Preisverhandlungen erfolgen, ohne dass bisherige Wettbe-

	werber informiert werden?
§ 19 VgV-E **Innovationspartnerschaft**	• Voraussichtlich geringe Praxisrelevanz wegen des verpflichtenden Teilnahmewettbewerbs nach dem GWB-E
§ 21 VgV-E **Rahmenvereinbarung**	• Absatz 1: Inwieweit gilt § 132 GWB-E bei einer Überschreitung des in Aussicht genommenen Auftragsvolumens? • Absatz 5: Geht die BA zutreffend davon aus, dass für die erneuten Vergabeverfahren im kleinen Wettbewerb keine Informations- und Wartepflicht nach § 134 GWB-E zu beachten ist?
§ 29 VgV-E **Vergabeunterlagen**	• Absatz 1 Satz 2 Nr. 3: In Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb stellt die Veröffentlichung der Vertragsunterlagen zu diesem Zeitpunkt bisher den Ausnahmefall dar. Insoweit ist eine Anpassung der Regelung erforderlich.
§ 30 VgV-E **Aufteilung nach Losen**	• Absatz 3: Keine Limitierung vorzugeben stellt den Regelfall bei Losvergaben dar. Die Begrenzung auf eine Höchstzahl von Zuschlägen (Absatz 1) ist dagegen die Ausnahme. Änderungsvorschlag: *(3) In Fällen, in denen ein einziger Bieter den Zuschlag nicht für ~~mehr als ein Los~~alle Lose erhalten kann, kann der öffentliche Auftraggeber die Zahl der Aufträge ~~über mehrere oder alle Lose vergeben~~beschränken, wenn er in der Auftragsbekanntmachung, Aufforderung zur Angebotsabgabe oder in der Aufforderung zur Interessensbestätigung angegeben hat, dass er sich diese Möglichkeit vorbehält und die Lose oder Losgruppen angibt, die kombiniert werden können.* • Außerdem sollte der Bieter die Möglichkeit erhalten, bei Angebotsabgabe die Zahl der Zuschläge anzugeben, für die er maximal leistungsfähig wäre.
§ 33 VgV-E **Nachweisführung durch Bescheinigungen von Konformitätsbewertungsstellen**	• Absatz 3: Gibt es ein Register der akkreditierten Konformitätsbewertungsstellen?
§ 36 VgV-E **Unteraufträge**	• Absatz 5: Auch insoweit sollte es weiterhin eine Eigenerklärung durch den Auftragnehmer für seine Subunternehmer ausreichen.
§ 48 VgV-E **Beleg der Eignung und des Nicht-Vorliegens von Ausschlussgründen**	• Absätze 4 bis 6: Die Vorlage von Registerauszügen und Bescheinigungen etc. sollte nicht verpflichtend sein. Das unbürokratische Instrument der Eigenerklärung hat sich in Deutschland bewährt und sollte nicht wieder eingeschränkt werden.

	• Absatz 8: Um eine Zertifizierung durch Zertifizierungsstellen fortführen zu können, muss sie den Europäischen Zertifizierungsstandards im Sinne des Anhangs VII genügen (Art. 64 Absatz 1 VRL). Genügt die bestehende Trägerzulassung nach AZAV für deutsche Anbieter von Arbeitsmarktdienstleistungen den Anforderungen für eine Eignungsvermutung nach Absatz 7?
§ 55 VgV-E **Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessenbestätigungen**	• Absatz 1: Klarstellung, dass eine vorzeitige Angebotsöffnung bei Verfahren mit nur einem Bieter (ohne Teilnahmewettbewerb) vorgenommen werden darf.
§ 57 VgV-E **Ausschluss von Angeboten**	• Absatz 1: Erweiterung der beispielhaft aufgeführten Ausschlussgründe auf „unanehmbare" Angebote (siehe auch Anmerkungen zu § 14), da dies erhebliche Praxisrelevanz haben wird.
§ 58 VgV-E **Zuschlag und Zuschlagskriterien**	• Absatz 2: – Die Regelung, dass der öffentliche Auftraggeber auch Festpreise oder Festkosten vorgeben, so dass das wirtschaftlichste Angebot ausschließlich nach qualitativen, umweltbezogenen oder sozialen Zuschlagskriterien bestimmt wird, wird so nicht mitgetragen. Der Preis stellt ein gewichtiges Merkmal dar, das nicht außerhalb der Wertung stehen darf, sondern vom Auftraggeber in ein angemessenes Verhältnis zu den übrigen Wertungskriterien zu bringen ist. Die öffentliche Hand ist aufgrund von § 6 Abs. 1 HGrG, § 7 BHO gehalten, bei Beschaffungsvorgängen wirtschaftlich und sparsam mit Haushaltsmitteln umzugehen. Die haushaltsrechtliche Bedeutung von Wirtschaftlichkeit umfasst dabei die auf das Notwendige beschränkte Verwendung öffentlicher Mittel. Angesichts unterschiedlicher Lohnkosten bei den Anbietern von Arbeitsmarktdienstleistungen verblieben ggf. Differenzbeträge zum vorgegebenen Festpreis, denen keine Kosten gegenüberstehen, sondern nur die Auftragsgewinne erhöhen würden. Es muss zumindest klargestellt werden, dass eine Preis- bzw. Kostenvorgabe nur in den Fällen möglich ist, in denen die Vergütung für bestimmte Dienstleistungen oder Festpreise für bestimmte Lieferungen durch nationale Vorschriften festgelegt sind (vgl. Erwägungsgrund 93 zur VRL).
§ 60 VgV-E **Ungewöhnlich niedrige Angebote**	• Warum sieht das BMWi keinen Regelungsbedarf mehr für die Aufklärung bei im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung ungewöhnlich hoch erscheinenden Angeboten? • Genügt es für Rechtmäßigkeitskontrolle der Vergabestelle im Hinblick auf gewährte Beihilfen, wenn die/der zugrunde liegende Zusicherung, Bescheid, Zuwendungsvertrag etc. vor-

	gelegt wird?
§ 62 VgV-E **Unterrichtung der Bewerber und Bieter**	• Absatz 1 Satz 1: Diese Regelung führt zu einer erheblichen Mehrbelastung der öffentlichen Auftraggeber und sollte nach Möglichkeit wieder entfallen. Die RL 2004/18/EG enthält bereits eine vergleichbare Regelung, wurde aber nicht in der EG VOL/A umgesetzt.
§ 63 VgV-E **Aufhebung von Vergabeverfahren**	• Absatz 1 Nr. 1: Ergänzungs- und Klarstellungsbedarf für die Fälle, in denen lediglich nicht ordnungsgemäße, unannehmbare und/ oder nicht geeignete Angebote bzw. Teilnahmeanträge eingereicht wurden.
§ 65 VgV-E **Ergänzende Verfahrensregeln**	• Absatz 1: Folgende Ergänzung ist angebracht: *(1) Abweichend von § 14 Absatz 3 steht dem öffentlichen Auftraggeber das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog nach seiner Wahl zur Verfügung. Die Möglichkeit, nach § 14 Absatz 3 Nr. 5 von einem Teilnahmewettbewerb abzusehen, bleibt unberührt. Ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb steht nur zur Verfügung, soweit dies nach § 14 Absatz 4 gestattet ist.* • Absatz 3: Bieterbezogene Erfolgs- und Qualitätskriterien – Die Ergänzung des Halbsatzes *„soweit dies nicht bereits im Rahmen der Eignung berücksichtigt worden ist."* wird nicht mitgetragen. Der Halbsatz ist kein Bestandteil der allgemeinen Regelung. Besonderer Klarstellungsbedarf besteht nicht. – Beispielhafte Benennung von möglichen Erfolgs- und Qualitätskriterien aufnehmen: Eingliederungsquoten, Abbruchquoten, erreichte Bildungsabschlüsse, Bewertungen durch den öffentlichen Auftraggeber u. a. zur Zufriedenheit mit der leistungsinhaltlichen Zusammenarbeit vor Ort – Die Regelung steht im Einklang mit dem EU-Recht. • Absatz 4: Mindestfristen für den Eingang der Angebote und der Teilnahmeanträge – Der letzte Satz wird nicht mitgetragen. In § 10 VOL/A sind nur „ausreichende" Fristen vorgegeben. Dies hat für die BA bisher auch zu keinen juristischen Auseinandersetzungen geführt. Nach der EU VRL sind keine zwingenden Fristen im Sonderregime für soziale Dienstleistungen vorgesehen. Die Untergrenze würde somit eine Verschärfung der geltenden Anforderungen bewirken und die bestehende Flexibilität mindern. Weitere besondere Regelungen: • Angesichts des Zertifizierungsverfahrens wäre es sinnvoll, die Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber im Bereich der sozialen Dienstleistungen zu eröffnen, die EEE nicht zu verlangen. • Die Sonderregelung zur Alleinstellung eines Trägers bei kofi-

	nanzierten AMDL fehlt weiterhin. Der Absatz 1 ist um die folgenden Sätze zu erweitern: *Abweichend von § 14 Absatz 4 steht ein Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb auch dann zur Verfügung, wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt. In den Fällen des Satzes 3 findet die in § 51 vorgeschriebene Mindestzahl der einzuladenden Bewerber keine Anwendung.*
Exkurs zu den Vergaben nach dem Haushaltsrecht	• Adäquate Sonderregelungen auch unterhalb des Schwellenwertes, soweit sie eine Erleichterung oder Vereinfachung gegenüber den bisher geltenden Regelungen darstellen, insbesondere: – Freie Wahl der Verfahrensart, hier allerdings – wie bisher in § 3 Absatz 1 Satz 2 VOL/A geregelt – für Freihändige Vergaben kein verpflichtender Teilnahmewettbewerb. – § 65 Absatz 2 und 3 mit den vorgenannten Modifizierungen. • Weiterhin kein Rechtsschutz im Nachprüfungsverfahren
§ 66 VgV-E **Veröffentlichungen, Transparenz**	• Absatz 1: Die Vorgabe des § 40 Absatz 3 zur 48-Stunden-Frist ist für soziale Dienstleistungen nicht zwingend. Im Interesse schneller und unbürokratischer Vergabeverfahren sollte diese Regelung im Sonderregime keine Anwendung finden.
§ 81 VgV-E **Übergangsbestimmungen**	• Die Regelung einer 3-monatigen Übergangsfrist im Diskussionsentwurf (Stand 09.10.2015) für die Umstellung der E-Vergabe hat die BA ausdrücklich begrüßt. Die Bestimmung in § 83 Absatz 1 Satz 2 *„Bis zu drei Monaten nach Inkrafttreten dieser Verordnung begonnene Vergabeverfahren, bei denen eine elektronische Angebotsabgabe zugelassen ist, können nach den Verfahrensvorschriften, welche vor Inkrafttreten dieser Verordnung galten, abgewickelt werden, wenn dies in der Bekanntmachung festgelegt ist."* ist nun bedauerlicherweise nicht mehr enthalten. Die BA hält an der Notwendigkeit einer entsprechenden Übergangsregelung fest.