

Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAGFW) zur Öffentlichen Konsultation des Bundesministeriums für Wirtschaft und Klimaschutz zur Transformation des Vergaberechts

Die BAGFW ist die gemeinsame Plattform der Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland. Hier fließen die praktischen Erfahrungen von ca. 120.000 Einrichtungen und Diensten und ca. 1,9 Millionen Mitarbeitenden¹ zusammen.

Zu deren Aufgaben gehört die Zusammenarbeit mit den Leistungsträgern bei der Erbringung und Refinanzierung staatlicher sozialer Hilfeleistungen. Diese Zusammenarbeit und die Position der Leistungserbringer als selbständige tragende Akteure der Sozialwirtschaft ist vom Subsidiaritätsprinzip bestimmt. Für die rechtliche Ausgestaltung dieser Zusammenarbeit stellt das Sozialrecht einen differenzierten Instrumentenkasten bereit, in dem die öffentliche Beschaffung über Auftragsvergabe eines von mehreren Instrumenten ist.²

Verglichen mit dem an sozialrechtlichen Leistungsansprüchen ausgerichteten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis oder der Zuwendung kommt der öffentlichen Beschaffung quantitativ betrachtet eher ein geringes, allerdings wachsendes Gewicht zu. Von Seiten des Bundes fallen insbesondere die Beschaffung von Arbeitsmarkt-Dienstleistungen der Bundesagentur für Arbeit ins Gewicht. Darüber hinaus schreiben auch Kommunen soziale Dienstleistungen (z.B. Schuldnerberatungsleistungen) aus; allerdings stellen Sozialgerichte zunehmend fest, dass der vom Leistungsträger eingeschlagene Weg der Auftragsbeschaffung sozialrechtlich unzulässig gewesen ist.³

Qualitativ wirkt sich der mit der Auftragsvergabe verbundene exklusive Wettbewerb intensiv und umso nachträglicher für die Sozialwirtschaft als solche aus, je starrer die Angebotswertung auf das „rechtssichere“ Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises ausgerichtet sind. Die BAGFW hat sich bereits in ihrer Rückmeldung zur öffentlichen Konsultation zur Bindung der Auftragsvergabe des Bundes an die Einhaltung von Tarifverträgen („Bundestariftreue“) zu den Problemen eines im Wesentlichen über Personalkosten aufgetragenen Preiswettbewerbs geäußert. Eine weitere Ursache für die negativen Auswirkungen von Ausschreibungen auf die soziale Infrastruktur ist das Nachfragemonopol, das vielen öffentlichen Auftraggebern gerade in den Bereichen zukommt, die besonders von Ausschreibungen geprägt sind.⁴ Vielmehr sind bei Arbeitsmarktdienstleistungen bzw. bei der Schuldnerberatung die Zielgruppen auf staatliche Vermittlung der Hilfen angewiesen und nehmen diese nicht als privat nachfragende Kundinnen und Kunden in Anspruch.

Vor diesem Hintergrund ist die BAGFW davon überzeugt, dass es einer Vergabetransformation bedarf, um sicherzustellen, dass im Bereich des Sozialwesens der mit Ausschreibungen verbundene exklusive Wettbewerb als Qualitätswettbewerb funktionieren kann. Besondere

¹ https://www.bagfw.de/fileadmin/user_upload/Veroeffentlichungen/Publikationen/Statistik/BAGFW_Gesamtstatistik_2016.pdf

² Anna Droste-Franke, Claudia Momm, Paula Wenning Instrumentenkasten für die Finanzierung sozialer Dienstleistungen, S. Archiv Wissenschaft und Praxis der sozialen Arbeit, Archiv Nr. 1/2022 | Vergaberecht in der Praxis Sozialer Arbeit, S. 60 ff; Friederike Mussgnug bei Pünder-Schellenberg, Vergaberecht, vor § 130 GWB. Rn. 31

³ S. dazu Bayerischer VGH B.v. 6.12.2021 12 CE 21.2846, LSG NRW Urteil vom 28.6.2022 L 12 SO 227/19

⁴ Stefan Sell in GEW Schwarzbuch 3 Vergabe von Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen, S. 27 ff, Frankfurt, 2014, Anuschka Novakovic Auswirkungen des Sozialvergaberechts auf das Verhältnis zwischen Leistungsträgern, Leistungserbringern, Leistungsberechtigten und Fachkräften in Vergaberecht in der Sozialen Arbeit, Archiv für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit, 1/2022, S. 32

Bedeutung kommt dabei einer konsequenten Stärkung der nachhaltigen und sozialen Ausrichtung der Beschaffung von sozialen Dienstleistungen zu. Wichtig ist im Interesse derer, die auf die sozialen Dienstleistungen angewiesen sind, dass die öffentliche Beschaffung es sozialen Unternehmen im Bereich der Sozialwirtschaft ermöglicht, ihre hohe fachliche Leistungs-Qualität zur Geltung zu bringen.

Vor diesem Hintergrund nimmt die BAGFW zu den nachstehenden Fragen Stellung.

21 Fragenkomplexe in fünf Aktionsfeldern

Aktionsfeld 1: Stärkung der umwelt- und klimafreundlichen Beschaffung

Wir wollen die öffentliche Beschaffung ökologisch ausrichten und die Verbindlichkeit von umwelt- und klimabezogenen Anforderungen stärken. Wir streben Mindestquoten für klimafreundliche Produkte in der öffentlichen Beschaffung an und wollen uns am Aufbau eines Systems zur Berechnung von Klima- und Umweltkosten beteiligen.

1. Auf welcher Stufe des Vergabeverfahrens können Sie sich eine (verpflichtende) Berücksichtigung von umwelt- oder klimabezogenen Aspekten am besten vorstellen? Eher in der Leistungsbeschreibung, bei den Eignungs- oder Zuschlagskriterien, in den Ausführungsbedingungen oder in einer Kombination davon?

Für den Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen ist auf die Geltung der [Verordnung über die Voraussetzungen und das Verfahren zur Akkreditierung von fachkundigen Stellen und zur Zulassung von Trägern und Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem Dritten Buch Sozialgesetzbuch](#) (AZAV) hinzuweisen. Diese wirkt wie ein Präqualifizierungsverfahren und setzt für den Zugang zu den Ausschreibungen eine Zertifizierung voraus. Damit sind Anbieter, die die dort festgelegten Eignungs-Anforderungen an ihre Eignung nicht erfüllen, von vornherein ausgeschlossen.

Parallel erscheint die Verankerung von Nachhaltigkeitsanforderungen in der Leistungsbeschreibung insgesamt sinnvoll. Denn die Leistungsbeschreibung legt Mindestbedingungen fest, denen die Angebote genügen müssen, um überhaupt in die Angebotswertung zu gelangen. Eine Wertung der Angebote ist in diesem Prüfungsstadium gar nicht erforderlich, was die Umsetzung dieser Kriterien und Anforderungen deutlich erleichtert.

Allerdings bergen zu hohe Anforderungen auf dieser Verfahrensstufe das Risiko, den Wettbewerb zu begrenzen. Denn diese Mindestanforderungen zwingen zum Ausschluss von Angeboten, die zwar grundsätzlich geeignet und wirtschaftlich sind, aber nicht allen Mindestanforderungen genügen.

Auch wenn dieses Risiko in der Tat besteht, überwiegen gerade bei dem Ziel einer konsequenten Ausrichtung der Beschaffung am Ziel der Nachhaltigkeit die positiven Wirkungen dieser Weichenstellung. Zum einen wirkt das Erfordernis des Auftragsbezuges diesem Risiko entgegen und kann überzogene Anforderungen vermeiden. Zum anderen entfällt bei der Formulierung und Überprüfung von Mindestanforderungen die Wertung von Nachhaltigkeitsaspekten. Da viele Auftraggeber das Formulieren von umweltbezogenen Zuschlagskriterien und deren Anwendung als wesentliche Hürde für das Abstellen auf Nachhaltigkeitskriterien wahrnehmen, kann eine obligatorische Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung den Umgang mit diesen Aspekten und das Einüben ihrer Anwendung in der Praxis deutlich erleichtern.

Zudem fördert das Aufstellen von umwelt- oder klimabezogenen Mindestanforderungen das Ziel der nachhaltigen Beschaffung. Denn es kommen nur solche Angebote zum Zuge, die in der vom Auftraggeber beabsichtigten Weise zum Umwelt- und Klimaschutz beitragen.

Auch für die Preiskalkulation stellen diese Mindestanforderungen relevante Weichen. Da alle Bieter diese Anforderungen erfüllen müssen, können sie auch die Kosten für die Erfüllung der umwelt- oder klimabezogenen Anforderungen in die Preiskalkulation aller Angebote einfließen lassen. Damit lässt sich vermeiden, dass Bieter umwelt- oder klimabezogenen Aspekte der Leistung zugunsten eines möglichst billigen Angebotes hintanstellen. Vielmehr kann sich der Wettbewerb sinnvollerweise auf die Frage fokussieren, wer umwelt- und klimagerechte Angebote am wirtschaftlichsten erbringt. .

Gerade bei der Beschaffung von Dienstleistungen sollten umwelt- und klimabezogene Aspekte auch in den Ausführungsbedingungen verankert werden. Denn anders als bei der Beschaffung von Sachgütern oder bei Werkverträgen, kommen Umwelt- und Klimaschutz weniger bei der Leistung als solcher, sondern eher bei deren Ausführung zum Tragen (z.B. Fahrdienste für Maßnahmeteilnehmer mittels E-Mobilität). Auch bei der Ausgestaltung von Anforderungen geht es darum, die Weichen so zu stellen, dass die Angebote diese Aspekte berücksichtigen müssen. Zugleich dürfen dann auch hier die Kosten für die Erfüllung dieser Anforderungen in die Preiskalkulation einfließen.

Die Verankerung der umwelt- und klimabezogenen Aspekte in den Zuschlagskriterien ermöglicht hingegen eine differenzierte Angebotswertung. Auf der anderen Seite zeigt sich aber immer wieder, dass viele Auftraggeber entweder vor dieser Hürde zurückschrecken oder Fehler machen, die dann zu Nachprüfungsverfahren führen.

Für den Bereich der Sozialwirtschaft, in der diese Kriterien bislang so gut wie gar nicht zum Tragen kommen und in der es nahezu keine Erfahrungen mit diesen Kriterien im Zusammenhang mit der Angebotswertung gibt, empfiehlt die BAGFW deshalb, zunächst auf die hoch effektive Verankerung in Leistungsbeschreibungen und Ausführungsbedingungen zuzugehen. Eine obligatorische Aufnahme von umwelt- und klimabezogenen Zuschlagskriterien sollte aber unbedingt mittelfristiges Ziel bleiben. Auf dieses gilt es mit der Publikation und dem Austausch über best practice aber auch mit der Bereitschaft zum Lernen und zum Lernen aus Fehlern zuzuarbeiten.

2. Existieren aus Ihrer Sicht bereits zielgerichtete und hinreichend praxistaugliche Vorbilder für die verbindliche Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien (welche?)

Bislang liegen der Wohlfahrtspflege nur wenige Fälle vor, in denen Leistungsträger auf Nachhaltigkeitsaspekte abstellen.

Zu empfehlen ist grundsätzlich, Zulassungszertifikate wie die vorstehend beschriebenen AZAV-Zertifikate um Kriterien der Nachhaltigkeit zu erweitern. Dabei sollten sich die Zertifikate an gängigen Standards ausrichten, die bei sozialen Unternehmen bereits üblich sind (z.B. [Grüner Knopf](#), [Grüner Gockel](#)) und nicht zu hohe Anforderungen begründen. Wie die BAGFW bereits in ihrer Stellungnahme zur AVV Klima dargelegt hat, könnte z. B. das ausschließliche Ausrichten an EMAS-Zertifikaten den Zugang zur Leistungserbringung und damit den Wettbewerb in kontraproduktiver Weise einschränken. Denn die Anforderungen der EMAS-Zertifizierung sind für kleine und mittlere Unternehmen in der Regel nicht zugeschnitten und häufig zu anspruchsvoll.

Auch wenn dies bei der öffentlichen Auftragsvergabe bei sozialen Dienstleistungen bislang zu wenig zum Tragen kommt, haben sich viele Wohlfahrtsverbände selber Klimaziele gesetzt. Entsprechend richten viele Anbieter der Freien Wohlfahrtspflege bei ihrem eigenen Einkauf an Nachhaltigkeitskriterien aus. Folgende Projekte sind hier besonders zu nennen:

- AWO Bundesverband: [Nachhaltiges Pflegen](#)
- Deutscher Caritasverband und Diakonie Deutschland: [Nachhaltige Beschaffung von Textilien](#)
- DPWV: [Klimaschutz in der sozialen Arbeit stärken](#)

3. Welche rechtlichen oder praktischen Punkte könnten aus Ihrer Sicht am besten zu einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung beitragen? Wie hilfreich wären z.B. praktische Anleitungen, Begründungspflichten, Selbstverpflichtungen, Quoten, Ge- und Verbote oder Mindeststandards?

Letztlich geht es bei der vom BMWK beabsichtigten Vergabetransformation auch um die Einübung einer grundlegend neuen Haltung bei der Beschaffung. Um diese einzuüben sind praxisgestützte Beispiele, eine neue Fehlerkultur und ein glaubwürdiger Erfahrungsaustausch, bei dem auch Hindernisse und Fehler analysiert werden können, von entscheidender Bedeutung. Auch praktische Anleitungen bieten wertvolle Unterstützung, wenn sie auf tatsächliche Erfahrungen stützen können.

Ge- und Verbote in Bezug auf die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten sollten Spielraum für sachlich zu begründende Abweichungen lassen. Es wäre dem Ziel einer konsequenten nachhaltigen Beschaffung abträglich, bestimmte Anforderungen unabhängig von jeglichem Kontext „auf Biegen und Brechen“ vorzugeben.

Begründungspflichten für die Nichtberücksichtigung dieser Aspekte sind sinnvoll, wenn sie eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Beschaffungsfall und seinen jeweiligen Anforderungen sicherstellen. Das bedingt jedoch insbesondere bei Unterschwellenvergaben, dass es beim Auftraggeber eine Instanz gibt, die den Beschaffungsvorgang konstruktiv kritisch begleitet und vor Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens nachprüft, ob Begründungen für die Nichtbeachtung von Nachhaltigkeitskriterien stichhaltig sind. Eine Begründungspflicht, die sich mit formelhaften Standardsätzen erfüllen lässt, wären hingegen nutzlos oder sogar kontraproduktiv.

Bei der Umsetzung und dem Einüben der ökologisch und sozial nachhaltigen Vergabe ist bereits hilfreich, wenn die für die e-Vergabe verwendete Software die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien im Programm deutlich erleichtert. So könnte z.B. das Programm von vornherein die Auswirkungen der Beschaffung auf die soziale Infrastruktur abfragen. Wenn der Nutzer des Programms solche Auswirkungen verneint, muss er diese Einschätzung zu begründen. Wenn der Auftraggeber Auswirkungen sieht, muss er angeben, wie er diese ausgleicht.

4. In welchen Branchen sehen Sie besondere Chancen für die umwelt- und klimafreundliche Beschaffung? Gibt es Ihrer Ansicht nach Leistungen, die keine entsprechende Umwelt- oder Klimarelevanz haben könnten? Bitte erläutern Sie.

Soziale Dienstleistungen an sich betreffen in erster Linie Unterstützungsleistungen für Personen in bestimmten Notsituationen. Dabei gibt es z. B. bei Arbeitsfelder und Auftragsgegenstände, bei denen wie z.B. der Verwertung von Altkleidern, Recycling Produkten Umweltstandards unmittelbar zum Tragen kommen können.

Zudem werden Arbeitsmarktdienstleistungen aber auch andere soziale Leistungen stets in einem Kontext erbracht, der ökologische oder Klimaaspekte berührt und berücksichtigen kann. Dies betrifft insbesondere die Beschaffung der für die Leistungserbringung erforderlichen Sachmittel, an der viele der vorstehend genannten Beispiele für nachhaltige Beschaffung der Sozialunternehmen ansetzen (Bezug von Ökostrom, Einsatz von E-Mobilität, Textileinsatz)

- Arbeitsmarktdienstleistungen beinhalten die Vermittlung von praktischen Ausbildungen bzw. Fertigkeiten: In diesem Fall kann der Auftrag Vorgaben für die nachhaltige Arbeitsplatzgestaltung vorsehen.
- Arbeitsmarktdienstleistungen in strukturarmen Gegenden umfassen einen Shuttle-dienst für die Maßnahmeteilnehmerinnen und –teilnehmer: gerade wenn dabei täglich längere Strecken mit dem KFZ zurückzulegen sind, liegen Anforderungen nahe, die die mit unvermeidlichen KfZ-Nutzungen verbundenen Emissionen vermeiden oder reduzieren (E-Mobilität).

Bei der Formulierung diesen Anforderungen liegt die Schwierigkeit wesentlich darin, den Auftragsbezug zu wahren. Vergleichbare Herausforderungen gab es bereits bei der Umsetzung des Designs und bei der Frage nach der barrierefreien Gestaltung von Angeboten. Das Vergaberecht trennt deutlich zwischen Eignungsanforderungen an den Bieter und Leistungsbeschreibungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes. Die Anforderungen müssen im Rahmen des Angemessenen bleiben. Leistungsbeschreibungen oder Ausführungsbedingungen dürfen nicht Vorgaben an die Organisation und Struktur des Unternehmens an sich stellen.

Aktionsfeld 2: Stärkung der sozial-nachhaltigen Beschaffung

Wir wollen die öffentliche Beschaffung sozial ausrichten und die Verbindlichkeit sozialer Anforderungen stärken.

5. Welche Aspekte einer sozial verantwortlichen Beschaffung sollten über die Berücksichtigung von Tarifverträgen hinaus aus Ihrer Sicht prioritär bei der öffentlichen Beschaffung verfolgt oder intensiviert werden?

Die vom Vergaberecht geregelte Ausschreibung und Auftragsvergabe ist ein Abschnitt des gesamten Beschaffungsprozesses, der sowohl die Klärung des Bedarfs, die Vorbereitung der Ausschreibung, deren Durchführung und dann auch die Vertragserfüllung umfasst. Entsprechend ist die sozial verantwortliche Beschaffung ein Aspekt, der angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung der öffentlichen Beschaffung und der Vorbildrolle der öffentlichen Auftraggeber im Gesamtprozess zunehmende Berücksichtigung finden muss.

Sozial verantwortliche Beschaffung nimmt dabei die Auswirkungen und Risiken in den Blick, die die beschafften Gegenstände oder Dienstleistungen aber auch der Beschaffungsprozess an sich auf das Gemeinwesen auf die soziale Infrastruktur und die Zielgruppen der Leistungen hat.

Gerade im Hinblick auf Beschaffungen im sozialen Sektor kommt zum Tragen, dass öffentliche Auftraggeber oft eine Marktstellung einnehmen, die einem Nachfragemonopol sehr nahekommen und regionalen Auftraggebern eine erhebliche Marktmacht verschaffen.⁵ Auch wenn es mit der Pflege, der ärztlichen Versorgung oder Kinderbetreuung Bereiche des Sozialwesens gibt, in denen auch Privatpersonen eine signifikante Nachfrage ausgeht, finden **Auftragsvergaben** im sozialen Bereich nahezu immer in Arbeitsfeldern statt, bei denen eine solche private Nachfrage ausfällt. Weder bei Arbeitsmarktdienstleistungen für Arbeitsuchende oder Arbeitslose noch z.B. in der Schuldnerberatung ist mit privaten Kunden zu rechnen, die die benötigten Vermittlungs- oder Beratungsleistungen auf eigene Kosten in Anspruch nehmen. Hinzu kommt, dass die Arbeitsmarktdienstleistungen gerade bei Ausbildungsbetrieben in der Regel das Vorhalten von Werkstätten etc mit sich bringt und oft von den Anbietern eine gute Vernetzung mit dem regionalen Arbeitsmarkt erwarten. All dies schränkt die Mobilität der Anbieter ein und hindert sie daran, sich wie z.B. Bauunternehmer oder Lieferanten bei Verlust eines Zuschlages in einer beliebigen anderen Region um einen Auftrag zu bewerben.

Vor diesem Hintergrund verstärken sich bei der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen die Verdrängungswirkungen, die der exklusive Vergabewettbewerb zwangsläufig mit sich bringt, in einer für die soziale Infrastruktur bedenklichen Weise. Für nicht berücksichtigte Anbieter bedeutet das Unterliegen in einer Ausschreibung deshalb in der Regel, dass dieser sein Angebot während der Vertragslaufzeit des ausgeschriebenen Auftrags auch nicht anderweit anbringen und entsprechende Fachkräfte nicht einsetzen kann.

⁵ Stefan Sell in GEW Schwarzbuch 3 Vergabe von Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen, S. 27 ff, Frankfurt, 2014, Anuschka Novakovic Auswirkungen des Sozialvergaberechts auf das Verhältnis zwischen Leistungsträgern, Leistungserbringern, Leistungsberechtigten und Fachkräften in Vergaberecht in der Sozialen Arbeit, Archiv für Wissenschaft und Praxis der Sozialen Arbeit, 1/2022, S. 32.

Ausgehend von dieser Perspektive kann eine sozial verantwortliche Vergabe z.B.

- durch Losbildungen und die Beschränkung der Bieter auf eine gewisse Höchstzahl von Angeboten Vorkehrungen dafür schaffen, dass im Zuständigkeitsbereich des öffentlichen Auftraggebers ein einziger Bieter die soziale Infrastruktur dominiert.
- mit Eignungsanforderungen relevanter Qualifikationen und Kompetenzen der ausführenden Mitarbeitenden Kultursensibilität und Rücksichtnahmen auf vulnerable Zielgruppen sicherstellen; z.B. bei der Arbeit mit Flüchtlingen nicht allein bei den Beratungspersonen sondern auch beim Sicherheitspersonal.
- verstärkt sog. vorbehaltene Aufträge nach § 118 GWB (s. auch § 224 SGB IX) vergeben, bei denen Werkstätten für behinderte Menschen (§ 219 SGB IX) und Integrationsunternehmen (§ 132 SGB IX) und die dort beschäftigte Menschen gefördert werden können. Hier kommt es allerdings häufig zu Problemen, wenn die Auftraggeber bei den Vorgaben für die Preiskalkulation auf Nettopreise abstellen und nicht berücksichtigen, dass sie selber als Kommune nicht vorsteuerabzugsfähig sind. Zugleich berücksichtigt diese Ausrichtung am Nettopreis auch den gesetzlich vorgesehen und gewollten Steuervorteil von Inklusionsfirmen (generell nur 7% Umsatzsteuer) nicht. Dieser kann dann weder bei der Preiskalkulation noch bei der Angebotswertung zum Tragen kommen und Inklusionsunternehmen im Wettbewerb fördern kann.

6. Wie könnte dies aus Ihrer Sicht am besten im Vergabeverfahren und -recht integriert werden?

Wichtig ist, grundlegend ein umfassenderes Verständnis von Beschaffung als Gesamtprozess zu schaffen, der nicht mit dem Vergabeverfahren abgeschlossen ist und bei dem die Auftraggeber Mitverantwortung für die Auswirkungen ihrer Beschaffung tragen. Diese Anforderung betrifft zunächst die Beschaffungsstellen, die dafür verantwortlich sind, zusammen mit den Bedarfsträgern anstehende Beschaffungen entsprechend zu gestalten.

Die Bedarfsträger müssen ihrerseits in die Lage versetzt werden, diesen Service einzufordern. Sie müssen also von diesem erweiterten Beschaffungsverständnis erfahren und die Zusammenarbeit mit den Beschaffungsstellen als Unterstützung wahrnehmen.

Bei der Umsetzung und dem Einüben der ökologisch und sozial nachhaltigen Vergabe ist allerdings bereits hilfreich, wenn die für die e-Vergabe verwendete Software soziale Kriterien im Programm so verankert, dass deren Berücksichtigung deutlich erleichtert ist. So könnte z.B. das Programm von vornherein nach Auswirkungen der Beschaffung auf die soziale Infrastruktur abfragen. Wenn solche verneint werden, ist diese Einschätzung zu begründen. Wenn solche bejaht werden, ist anzugeben, wie der Auftraggeber diese ausgleicht.

7. Wie können soziale Innovationen wie. z.B. Sozialunternehmen durch die öffentliche Vergabe gestärkt werden?

Grundsätzlich sollten Auftraggeber bei der Unterstützung von Innovation auf der Ebene fachlicher Lösungen ansetzen. So kann sich der Auftraggeber oder Bedarfsträger bereits mit einer sorgfältigen Markterkundung einen guten Überblick darüber verschaffen, welche innovativen Lösungsansätze es für seinen Bedarf gibt. Eine Öffnung für innovative Ansätze bieten zudem die Verfahrensarten des wettbewerblichen Dialogs oder der Innovationspartnerschaft. Insoweit verdient insbesondere das Verfahren der Innovationspartnerschaft verstärkte Aufmerksamkeit. Denn hier erarbeiten Leistungsträger und Anbieter gemeinsam ein Konzept. Zugleich steigen – insbesondere bei einer entsprechenden Losaufteilung – die Aussichten der in einem Teilnahmewettbewerb ausgewählten Anbieter auf eine Bezuschlagung deutlich. Ein Ansatz der Bundesagentur für Arbeit, ein Leistungsangebot im Wege der Innovationspartnerschaft zu gestalten, scheiterte 2020 in Folge der Corona-Pandemie und des damit einhergehenden Lock-Downs.

Schließlich könnte die Abfassung von Leistungsbeschreibungen mehr Raum für innovative Lösungsansätze lassen und deshalb eher auf funktionale Leistungsbeschreibungen setzen oder Alternativangebote zulassen.

Demgegenüber gewährleistet das Abstellen auf einen bestimmten Unternehmenstypus allein noch nicht grundsätzlich auch innovative Lösungen. Zudem stellt sich die Frage, wie genau in diesem Fall der Begriff der Sozialunternehmen gefasst ist.

Grundsätzlich geht das Wettbewerbs- und damit auch das Vergaberecht von einem weiten, funktionalen Unternehmensbegriff aus. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist ein Unternehmen „jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung“.⁶

In ihrer Mitteilung zur Social Business Initiative lehnt die EU-Kommission eine normative Definition ausdrücklich ab,⁷ geht aber im Wesentlichen von 3 Elementen aus, die Sozialunternehmen auszeichnen⁸:

- (1) das soziale oder gesellschaftliche gemeinnützige Ziel stellt den Sinn und Zweck ihrer Geschäftstätigkeit dar, was sich oft in einem hohen Maße an sozialer Innovation äußert,
- (2) sie investieren Gewinne größtenteils wieder, um dieses soziale Ziel zu erreichen
- (3) Organisationsstruktur oder Eigentumsverhältnisse spiegeln dieses Ziel wider, indem sie auf Prinzipien der Mitbestimmung oder Mitarbeiterbeteiligung basieren oder auf soziale Gerechtigkeit ausgerichtet sind.

Es wäre mithin dem Ziel der Vergabetransformation nicht förderlich, hier auf einen zu engen Begriff des Sozialunternehmertums abzustellen und eine besondere Stärkung innovativer Kräfte ausschließlich mit diesem zu verbinden. Sollte die Vergabetransformation gleichwohl einen solchen besonderen Ansatz verfolgen, hält die BAGFW es für unabdingbar, hier gemeinnützige Unternehmen in diese Stärkung einzubeziehen.

Aktionsfeld 3: Digitalisierung des Beschaffungswesens

Wir wollen die öffentlichen Vergabeverfahren digitalisieren, indem wir die rechtssichere Digitalisierung der Vergabe vorantreiben. Dazu wird unter anderem eine anwenderfreundliche zentrale Plattform geschaffen.

8. Welche der folgenden Dienste kennen Sie und welche davon nutzen Sie? Zentraler Bekanntmachungsservice, Datenservice öffentlicher Einkauf, die neuen elektronischen Standardformulare, weitere Projekte zur Digitalisierung des öffentlichen Einkaufs (bitte benennen). Was fehlt aus Ihrer Sicht zur vollumfänglichen Digitalisierung der Vergabeverfahren?
9. Spricht aus Ihrer Sicht etwas gegen die elektronische Einreichung von Nachprüfungsanträgen und virtuelle mündliche Verhandlungen in Nachprüfungsverfahren? Bitte erläutern Sie.

⁶ So die ständige Rechtsprechung des EuGH seit EuGH, Rs. C-41/90 (Höfner und Elser), Slg. 1991, I-1979, Rn. 21

⁷ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Initiative für soziales Unternehmertum - Schaffung eines "Ökosystems" zur Förderung der Sozialunternehmen als Schlüsselakteure der Sozialwirtschaft und der sozialen Innovation vom 25.10.2011 KOM(2011) 682, S. 6

⁸ Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen Initiative für soziales Unternehmertum - Schaffung eines "Ökosystems" zur Förderung der Sozialunternehmen als Schlüsselakteure der Sozialwirtschaft und der sozialen Innovation vom 25.10.2011 KOM(2011) 682, S. 4

10. Welche weiteren Schritte sind praktisch und rechtlich zur Digitalisierung der Nachprüfungsverfahren aus Ihrer Sicht insbesondere erforderlich?

Aktionsfeld 4: Vereinfachung und Beschleunigung der Vergabeverfahren

Wir wollen die öffentlichen Vergabeverfahren vereinfachen und beschleunigen sowie schnelle Entscheidungen bei Vergabeverfahren der öffentlichen Hand fördern.

11. Welche Vereinfachungs- und Beschleunigungspotentiale sehen Sie noch im Vergaberecht? Wo setzen aus Ihrer Sicht Rechtssicherheit, Wirtschaftlichkeit oder das europäische Vergaberecht wichtige Grenzen?

12. Inwieweit können Sie sich eine Flexibilisierung des Losgrundsatzes vorstellen, etwa für wichtige Transformationsvorhaben?

Der Losgrundsatz ist grundsätzlich wichtig, um kleinen und mittleren Unternehmen einen besseren Zugang zum Vergabewettbewerb zu sichern. Allerdings kann es Projekte oder Vorhaben geben, bei denen es stark auf die interdisziplinäre Zusammenarbeit der Akteure ankommt. Eine Fachlosvergabe, die dazu führt, dass Unternehmen zusammenarbeiten müssen, deren Leistungskonzepte einander grundlegend widersprechen, ist auch für das Gesamtvorhaben kontraproduktiv. Vor diesem Hintergrund kann es sinnvoller sein, größer zugeschnittene Kooperationsvorhaben an Bietergemeinschaften oder andere Zusammenschlüsse von Anbietern zu vergeben.

Auch insofern zeigt sich, dass das Gelingen einer Beschaffung wesentlich von einer sorgfältigen Vorbereitung und Markterkundung abhängt.

(1) Wie kann die Vergabepaxis einfacher und schneller gelingen?

(2) Wie könnten Ihrer Ansicht nach Vergabeverfahren z.B. noch weiter professionalisiert werden?

(3) Warum haben Sie oder Ihr Unternehmen sich zuletzt gegebenenfalls nicht mehr an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligt?

13. Inwieweit können Sie sich auch eine weitere Vereinheitlichung des Vergaberechts vorstellen (formell in einem „Vergabegesetz“ oder materiell stärkere Angleichungen)?

Aktionsfeld 5: Förderung von Mittelstand, Start-Ups und Innovationen

Die Zugangshürden für den Mittelstand sollen nicht erhöht werden. Wir wollen die öffentliche Beschaffung innovativ ausrichten. Öffentliche Ausschreibungen sollen zum Beispiel für Start-Ups einfacher gestaltet werden.

14. Welche rechtlichen und praktischen Stellschrauben sehen Sie für eine starke Einbeziehung von kleinen und mittelständischen Unternehmen in die öffentliche Beschaffung?

Die Losbildung ist ein wichtiger Ansatzpunkt, um Aufträge auch kleinen und mittleren Unternehmen zugänglich zu machen. Gerade Gebietslose können einen wichtigen Beitrag leisten, um eine diversifizierte soziale Infrastruktur vor Ort zu erhalten.

Ein weiterer Gesichtspunkt, der zudem die Auswirkungen des exklusiven Wettbewerbs auf die Infrastruktur abmildert, ist eine Beschränkung bei der Höchstzahl der im Rahmen einer Ausschreibung möglichen Angebote.

15. Welche Rolle spielen für Sie zum Beispiel Unteraufträge oder Bietergemeinschaften, Eignungskriterien oder Ausführungsbedingungen? Welche rechtlichen und/oder praktischen Herausforderungen sehen Sie hier?

Eignungsanforderungen sollten grundsätzlich angemessen bleiben und sicherstellen, dass möglichst viele Bieter auf ein Angebot bewerben können.

Darüber hinaus sind Bietergemeinschaften und Unteraufträge ein gutes Mittel, um es vernetzten, interdisziplinären Teams den Zugang zu Aufträgen zu ermöglichen. Gerade wenn Projekte mit unterschiedlichen Modulen im Wege der Ausschreibung organisiert werden sollten, bietet der Ansatz über Bietergemeinschaften und Unteraufträge die Möglichkeiten, dass sich gut aufgestellte und einander ergänzende Teams bewerben. Ein Vorgehen, bei dem jedes einzelne Modul über separate Fachlose vergeben wird, würde demgegenüber das Risiko mit sich bringen, dass die bezuschlagten Anbieter nicht miteinander harmonisieren und entsprechend auch das Gesamtprojekt scheitert.

16. Wie stark nutzen Sie Markterkundungen oder funktionale Ausschreibungen bzw. innovative Vergabeverfahren, um Innovationen und Start-Ups im Design von Vergabeverfahren besser zu berücksichtigen? Welche praktischen oder rechtlichen Hürden sehen sie hier?

Auch wenn sich die Innovationspartnerschaft in anderen Arbeitsfeldern offenbar bereits bewährt hat, kommt diese im Bereich sozialer Dienstleistungen kaum zum Einsatz (s.o. Ausführungen zu Aktionsfeld 2 Frage 7). Ähnliches gilt für vorbereitete Markterkundungen und funktionale Ausschreibungen.

Nach Erfahrung der Anbieter hängt die Bereitschaft der Leistungsträger zur Erprobung stark von den Vorgaben der jeweiligen Controlling-Instanzen ab. So müssen nicht zuletzt auch die Rechnungshöfe als wichtiger Akteur im Beschaffungswesen die Ausrichtung der Vergabetransformation mittragen. Dissens zwischen Auftraggebern und diesen Akteuren geht im Zweifel immer zulasten der Bieter und verhindert, dass deren innovative Ideen bei der Beschaffung Berücksichtigung finden.

17. Was hat Sie ggf. bisher gehindert, innovative Vergabeverfahren (wie zum Beispiel dynamische Beschaffungssysteme oder elektronische Auktionen) zu nutzen?

Auch wenn die BAGFW Anbieter vertritt, haben wir aus Diskussionen mit der Leistungsträgerseite häufig erfahren, dass diese die Bitte um mehr nachhaltige Beschaffung mit Hinweis auf die Rechtsunsicherheiten bei nachhaltigen Beschaffung abschlagen. Vor dem Hintergrund dieser erheblichen Rechtsunsicherheiten erweise sich das Kriterium des niedrigsten Preises als das rechtlich sicherste und zugleich auch politisch unproblematischste (s. vorstehend zu 16).

Zudem zeigt sich, dass bei den zahlreichen Angeboten zur Information über sozial und ökologisch nachhaltige Beschaffungen die Anwendung auf soziale Dienstleistungen selten bis gar nicht thematisiert ist. Dies mag dem Umstand entsprechen, dass die Auftragsvergabe im Kontext des Sozialrechts tatsächlich nur im Bereich des SGB III zur Anwendung gelangen muss und in anderen Bereichen mit deutlich geeigneteren Organisationsmodellen konkurriert, die ebenfalls Wettbewerb zulassen.

Gleichwohl muss bei den tatsächlich stattfindenden Auftragsvergaben im sozialen Bereich Vergaberecht in einer Weise Anwendung kommen, die sachgerechte und sozial verantwortliche Beschaffungsvorgänge ermöglicht. Als Leistungsträger sind die Auftraggeber sozialstaatlich für den Bestand der sozialen Infrastruktur verantwortlich. Die unter Frage 16 beschriebene Strategie einer möglichst risikoarmen Beschaffung verkennt in dramatischer Weise die strukturellen Herausforderungen, denen der Sozialstaat gegenübersteht und ist damit auch ökonomisch alles andere als nachhaltig. Es ist deshalb dringend erforderlich, deutlich zu machen, dass eine Auftragsvergabe, die allein darauf ausgerichtet ist, Leistungen so billig wie möglich zu beschaffen, weder dem Sinn des Vergaberechts noch dem des Wettbewerbsrechts entspricht und auch nicht wirtschaftlich ist.

Wichtig ist zudem, den Leistungsträgern mit Nachhaltigkeitsstrategien politischen Rückhalt für soziale und ökologisch nachhaltige zu gewähren. Diese Strategien sind eine essentielle Grundlage, damit die Bedarfsträger und die Beschaffungsstelle erst bei der Bedarfsdefinition und dann bei der Gestaltung der Vergabeunterlagen sozial und ökologisch nachhaltige Lösungen avisieren und umsetzen.

Sofern es gilt, solche Beschaffungsvorhaben auch umzusetzen, hält die BAGFW eine neue Fehlerkultur im Beschaffungswesen für unabdingbar. Ober- wie unterhalb der Schwellenwerte muss es mehr Möglichkeiten geben, Fehler im Vergabeverfahren niedrigschwellig von unabhängiger Seite aus überprüfen und korrigieren zu lassen. Ein solches Verfahren würde den Auftraggebern die Sorge vor Nachprüfungsverfahren mildern, gleichzeitig ein effektives Gegensteuern bei tatsächlich unterlaufenen Fehlern ermöglichen und damit letztlich erfolgreiche Beschaffungen sicherstellen.

Sonstiges

Die Aktionsfelder und Lösungsmöglichkeiten ergänzen und verstärken sich in vielen Fällen, stehen teilweise aber auch im Zielkonflikte zueinander. Zudem gibt es womöglich weitere Herausforderungen für die öffentliche Beschaffung, die rechtlich oder praktisch angegangen werden könnten.

18. Wie priorisieren Sie die Aktionsfelder? Welche aufgeworfenen Fragen sind Ihnen besonders wichtig?

(1) Aktionsfelder 1 und 2

(2) Aktionsfeld 5

19. Sehen Sie Zielkonflikte und falls ja, wie sollten diese aus Ihrer Sicht aufgelöst werden?

Mögliche Zielkonflikte können sich zunächst zwischen den Aktionsfeldern 1 und 2 sowie Aktionsfeld 4 ergeben. Allerdings ist auch festzustellen, dass diese Reibungen sich reduzieren in dem Maße reduzieren dürften, in dem Bedarfsträger und Beschaffungsstellen praktische Erfahrungen mit diesen Verfahren sammeln.

Zum Vergleich waren auch die mit der Vergabereform rechtlich geregelten neuen Vergabeverfahrensarten wettbewerblicher Dialog und Innovationspartnerschaft zunächst massiven Bedenken begegnet. Mittlerweile hat sich ihr praktischer Nutzen in bestimmten Konstellationen erwiesen und es gibt gute Praxisbeispiele.

Auch hinsichtlich der Praktikabilität der nachhaltigen Beschaffung gibt es bereits zahlreiche Praxisbeispiele, die es zu skalieren und zu übertragen gilt. Denn nur so lassen sich die Weichen zu der gewünschten Transformation stellen.

20. In welchen weiteren Bereichen sehen Sie rechtlichen Anpassungsbedarf der Vergabeverfahren? Welche praktischen Lösungen sehen Sie als besonders wichtig an?

Grundsätzlich hat das Vergaberecht die notwendigen Weichen bereits gestellt. Es kommt nunmehr darauf an, dass Züge auf den entsprechenden Gleisen fahren und die Auftraggeber/Leistungsträger praktische Erfahrungen mit den zu Aktionsfeld 1 und 2 beschriebenen Maßnahmen machen.

Berlin, 07.02.2023

Bundesarbeitsgemeinschaft
der Freien Wohlfahrtspflege e. V.

Dr. Gerhard Timm
Geschäftsführer

Kontakt:

Dr. Friederike Mussgnug (friederike.mussgnug@diakonie.de)