

Unterrichtung

durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zum

Bericht zu den Auswirkungen der Reform des Vergaberechts auf soziale Dienstleistungen sowie auf die weitere Ausgestaltung der Vergabeverordnungen und Verdingungsordnungen

Wie in der 111. Sitzung des Ausschusses für Arbeit und Soziales zugesagt, übermittle ich Ihnen anbei einen Bericht zu den Auswirkungen der Reform des Vergaberechts auf soziale Dienstleistungen sowie auf die weitere Ausgestaltung der Vergabeverordnungen und Verdingungsordnungen.

Das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie und das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung (BMVBS) waren beteiligt.

Im Hinblick auf die geplante Regelung zum Ausschluss gemeinnütziger Unternehmen und Einrichtungen vom Wettbewerb mit Gewerblichen um Bauleistungen wird BMVBS im Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) veranlassen, dass sie aus der VOB/A-Novelle gestrichen wird.

I. Nach Verabschiedung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts am 19. Dezember 2008 wird die Vergaberechtsreform auf der Ebene der Verdingungsordnungen fortgeführt. Die Verdingungsordnungen enthalten die Verfahrensvorschriften zur Vergabe von Aufträgen. Ziel ist eine wesentliche Vereinfachung der Verfahrensvorschriften im Einklang mit den europarechtlichen Vorgaben. Die Änderung der Verdingungsordnungen findet in den Verdingungsausschüssen statt, in dem Vertreter von Bund, Ländern und Kommunen einerseits sowie von Wirtschaft und Gewerkschaften andererseits an einem Tisch sitzen. Vorsitzender und für die Bundesregierung federführend zuständiges Ressort ist im Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) das Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung und – im Hinblick auf Liefer- und Dienstleistungen – im Deutschen Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL) das Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales ist Mitglied des DVAL und arbeitet dort im Hauptausschuss an der Reform der Verdingungsordnung für

Leistungen (VOL/A) mit. Im DVA ist das Bundesministerium für Arbeit und Soziales nicht Mitglied, da es nicht unmittelbar an der Vergabe von öffentlichen Bauleistungen beteiligt ist.

II. Die am 25. November 2008 vom Vorstand des DVA vorläufig beschlossene Fassung der VOB/A sieht im Rahmen der Regelung zur Teilnahme am Wettbewerb vor, dass künftig neben Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen sowie Betrieben der öffentlichen Hand und Verwaltungen auch gemeinnützige Unternehmen und Einrichtungen vom Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen ausgeschlossen werden (§ 6 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A 2009). Die dieser Regelung zugrundeliegende, bisher geltende Regelung des § 8 Nr. 6 VOB/A 2006 hat den Zweck zu verhindern, dass die genannten und ähnlichen Einrichtungen, die z.B. aus Gründen steuerlicher Vorteile oder öffentlicher Zuschusszahlungen einen erheblichen Kalkulations- und Wettbewerbsvorsprung haben, erwerbswirtschaftlich betriebene Unternehmen vom Markt verdrängen. Es wird davon ausgegangen, dass diese Einrichtungen primär andere als erwerbswirtschaftliche Ziele verfolgen, sich überwiegend nicht durch Aufträge finanzieren und daher meist kostengünstiger anbieten könnten, sodass die Gefahr einer Wettbewerbsverzerrung besteht. Vom Ausschluss betroffen wären neben Werkstätten für behinderte Menschen vorwiegend Integrationsbetriebe und –projekte im Sinne des Neunten Buches Sozialgesetzbuch. Diese unterscheiden sich von anderen Unternehmen dadurch, dass sie überdurchschnittlich viele besonders betroffene schwerbehinderte Menschen beschäftigen, mindestens jedoch 25 %. Das sind beispielsweise schwerbehinderte Menschen mit einer geistigen oder seelischen Behinderung, die einer besonderen arbeitsbegleitenden Betreuung bedürfen, die aus einer Werkstatt für behinderte Menschen auf den allgemeinen Arbeitsmarkt wechseln oder schwerbehinderte Schulabgänger, die ohne besondere Unterstützung nicht den Weg ins Berufsleben

schaffen. Die Zahl der Integrationsbetriebe und -projekte nahm in den vergangenen Jahren stetig zu. Verbandsangaben zufolge sind von den inzwischen rd. 600 Integrationsbetrieben und -projekten nahezu alle gemeinnützig (ca. 98 %); die Hälfte ist von öffentlichen Aufträgen abhängig; hierzu zählen auch die von der VOB/A erfassten Bereiche Garten- und Landschaftsbau und Baunebenleistungen (Malerhandwerk, Renovierung, Sanierung, Facilitymanagement etc.). 2007 arbeiteten über 5.500 besonders schwerbehinderte Menschen bei insgesamt rd. 13.700 Beschäftigten in Integrationsbetrieben und -projekten.

Der Vorstand des Deutschen Vergabe- und Vertragsausschusses für Bauleistungen (DVA) hat am 28. November 2009 einen ersten vorläufigen Beschluss über die neue VOB 2009 gefasst und diesen im Internet allen Interessierten zugänglich gemacht. Eine endgültige Beschlussfassung über die VOB 2009 sollte erst stattfinden, wenn klar ist, welche Änderungen an der VOB 2009 noch aufgrund der politischen Diskussion im Rahmen der Vergaberechtsnovelle (Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts, Änderung von VOB und VOL) erforderlich sind. BMVBS wird im Rahmen der anstehenden Schlussberatungen zur VOB 2009 im DVA erreichen, dass gemeinnützige Unternehmen und Einrichtungen auch künftig wie bisher zum Wettbewerb mit gewerblichen Bietern zugelassen sind.

III. Nach dem derzeitigen Stand der Beratungen im DVAL ist für den Bereich der Verdingungsordnung für Leistungen (VOL/A) keine derartige Beschränkung zur Teilnahme am Wettbewerb wie im Baubereich geplant.

Mit § 7 Nr. 6 VOL/A gibt es zwar eine ähnliche Vorschrift, die die Nichtzulassung von staatlichen Einrichtungen zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen regelt. Die Vorschrift ist jedoch enger gefasst und betrifft lediglich öffentliche Einrichtungen mit sozialpolitischer Zwecksetzung, während staatliche Eigen- oder Regiebetriebe von ihr nicht umfasst sind.

Sie lautet:

„Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten oder ähnliche Einrichtungen sind zum Wettbewerb mit gewerblichen Unternehmen nicht zugelassen.“

In der Praxis führte diese Regelung allerdings sehr häufig zu Anwendungsproblemen, weil aus dem Regelungstext nicht hervorgeht, dass unter „ähnlichen Einrichtungen“ gerade keine privaten gemeinnützigen Einrichtungen, Werkstätten und dergleichen zu verstehen sind. Erschwerend kommt hinzu, dass die obergerichtliche Rechtsprechung zu dieser Vorschrift nicht eindeutig ist. Zudem kann der Regelungszweck – Wettbewerbsverzerrungen zu vermeiden – durch entsprechende Ausweichstrategien (z.B. privatrechtliche Umgründungen von Einrichtungen) immer weniger erreicht werden. Andere Wettbewerbsverzerrungen, z. B. durch rechtmäßige Subventionen oder Zuwendungen sind überhaupt nicht erfasst und dürfen nach EuGH-Rechtsprechung auch nicht zum Ausschluss vom Wettbewerb führen.

Am Beispiel von Volkshochschulen, die ein Angebot für die Erbringung von zum Hauptschulabschluss führenden Bildungsleistungen abgeben wollen, wird

diese Problematik besonders deutlich: Volkshochschulen, die als nicht wirtschaftlich handelnder Teil der Verwaltung geführt werden (als „Amt“ der Stadtverwaltung), müssen nach der Regelung vom Wettbewerb mit Gewerblichen ausgeschlossen werden; solche, die als Regie- oder Eigenbetrieb einer Kommune oder rechtlich selbständig als eingetragener Verein oder als gGmbH bestehen, können bei der Auftragsvergabe berücksichtigt werden.

Aufgrund dieser Anwendungs- und Umgehungsprobleme und der uneinheitlichen Rechtsprechung fand bei den Beratungen im Hauptausschuss des DVAL der Vorschlag des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales mehrheitlich Zustimmung, § 7 Nr. 6 VOL/A zu streichen und damit alle staatlichen wie nichtstaatlichen Einrichtungen zum Wettbewerb mit Gewerblichen zuzulassen. An der Möglichkeit der freihändigen Vergabe an Justizvollzugsanstalten, Einrichtungen der Jugendhilfe, Aus- und Fortbildungsstätten und ähnliche Einrichtungen gemäß § 3 Nr. 4 lit. o VOL/A soll aus sozialpolitischen Gründen festgehalten und diese sogar für Werkstätten für behinderte Menschen und Blindenwerkstätten geöffnet werden. Damit würde für diese Einrichtungen eine deutliche Verbesserung erreicht.

Das weitere Prozedere für die Novellierung der VOL/A wird wie folgt aussehen: Die Beratungen im Hauptausschuss des DVAL werden sich sicherlich noch bis ins zweite Quartal 2009 hinziehen. Der Novellierungsentwurf ist einvernehmlich zu beschließen, bei Uneinigkeit entscheidet der Vorstand des DVAL mit Mehrheitsentscheid (hier ist BMAS nicht vertreten; Vertreter für den Bund: BMWi, BMI und BMVBS). Die Ergebnisse der Beratungen werden den Mitgliedern des DVAL zur Entscheidung vorgelegt und anschließend vom BMWi im Bundesanzeiger bekanntgegeben.

IV. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales wird den Ausschuss für Arbeit und Soziales über den weiteren Fortgang der Sache unterrichten.