



Neue Vergabeverfahren von Arbeitsmarktdienstleistungen

Eine Reforminitiative der bag arbeit

1. Warum die derzeitigen Vergabeverfahren der Bundesagentur für Arbeit korrigiert werden müssen

1.1 Geschichte und Ausgangslage

In den 90er Jahren wurden arbeitsmarktbezogene Maßnahmen gemäß AFG oder BSHG grundsätzlich freihändig vergeben. Seit 2000 geriet dieses Vergabeverfahren zunehmend in die Kritik, da es insbesondere im Bereich von FbW-Maßnahmen zu wenig transparent erschien. Die Fortführung langjähriger Beziehungen von Bedarfsträgern und Maßnahmeträgern sollte zu Gunsten standardisierter Kriterien im Vergabeprozess an Bedeutung verlieren. Das Verfahren muss offener und die Vergabeentscheidung objektiver werden.

In der Folge hat sich aktuell die öffentliche standardisierte Ausschreibung als nahezu einzige Vergabeform durchgesetzt, da sie Transparenz, Rechts- und Administrationssicherheit verspricht. Die zentralen Einkaufsverfahren werden durch das Regionale Einkaufszentrum gesteuert, das sich seither zu einer Hyperbehörde innerhalb der Bundesagentur für Arbeit entwickelt hat und die wesentlichen Regeln und Maßstäbe für Einkauf und Durchführung von Maßnahmen setzt. Die tatsächlichen Bedarfe der regionalen Bedarfsträger oder gar die Interessen der an Maßnahmen teilnehmenden Kunden spielen in diesem Einkaufsprozedere nur eine begleitende Rolle, sind somit nur bedingt in das Vergabeverfahren integriert.

Die Vergabe von Maßnahmen gemäß VOL/A kann in ihrer seit einigen Jahren angewandten, immer weiter perfektionierten und mittlerweile auch weitgehend durchgesetzten Form der öffentlichen Ausschreibung den aktuellen Ansprüchen von SGB II und SGB III nicht gerecht werden. Sie führt zu unverhältnismäßig hohem Verwaltungsaufwand und mangelhafter Maßnahmequalität.

Die öffentliche Ausschreibung als Hauptinstrument der Vergabe arbeitsmarktorientierter Maßnahmen behindert zudem die Entwicklung längerfristiger Prozesse der Qualitätsverbesserung, für die Auftraggeber und Träger gemeinsam verantwortlich sind. Da die Bundesagentur für Arbeit selbst erkannt hat, dass das praktizierte Vergabeverfahren zumindest tendenziell die Maßnahmequalität erheblich beeinträchtigt (da die Konformität von Konzeptangebot und Umsetzungsqualität oft nicht gegeben ist), hat sie nunmehr begonnen, mit hohem Aufwand die Prüfungen bei Trägern zu intensivieren (REZ- und AMDL-Prüfungen). Diese Kontrollen können den Kern des Qualitätsproblems aber nicht erfassen, da sie primär formale Standards abfragen, die eine verwaltungsmäßige Überfrachtung von Maßnahmen weiter befördern und die eigentliche pädagogisch-didaktische Leistung jedoch in den Hintergrund rücken.

Diese Art des Versuchs einer nachgelagerten Qualitätskontrolle ist ineffizient und nicht zielführend. Es gilt, sie durch eine vorgelagerte Qualitätskontrolle zu ersetzen. Mit anderen Worten: Die entscheidenden Weichenstellungen müssen in der Phase geschehen, in der über den Zugang zur Durchführung einer Maßnahme entschieden wird, also im Vergabeverfahren.

1.2 Maßnahmevergabe nach VOL/A – aber bedarfsgerecht

Eine zielführende Nutzung unterschiedlicher Vergabeinstrumente und damit eine bedarfsgerechte Vergabepolitik ist ohne Änderung der Rechtsvorschriften nicht möglich. Die jetzige Rechtslage, die in der Umsetzung einer überaus standardisierten und auf die Vergaben nach SGB II und SGB III nicht gänzlich passenden Anwendung der VOL/A besteht, gehört jedenfalls auf den Prüfstand. Insbesondere muss der Verwaltungsaufwand verringert und die Maßnahmequalität konsequent in den Vordergrund der Vergabe gestellt werden.

Alternative Vergabearten sind im Rahmen der VOL/A auch im Bereich der arbeitsmarktpolitischen Dienstleistungen durchaus zulässig, z.B. der Teilnahmewettbewerb, die beschränkte Ausschreibung, die freihändige Vergabe oder das Verhandlungsverfahren. Deren Nutzung ist aus unserer Sicht sogar unerlässlich für eine bedarfs- und wirkungsorientierte Vergabestrategie. Eine Minderung des Verwaltungsaufwandes kann beispielsweise durch die Einführung eines Präqualifizierungsverfahrens erzielt werden, was gleichzeitig die erforderliche Basisqualität absichern kann.

1.3 Tendenz zu Qualitäts- und Preisverfall

Die Nutzung des Vergabeinstrumentes der öffentlichen Ausschreibung in Zusammenhang mit inhaltslastigen und konzeptorientierten arbeitsmarktpolitischen Dienstleistungen verhindert, dass die öffentliche Hand eine ergebnisorientierte Vergabepaxis ausüben kann. Damit bleibt sie in jedem Fall preisorientiert.

Im Zuge des aktuellen Ausschreibungsverfahrens entsteht bei steigendem Verwaltungsaufwand sowohl für den Anbieter als auch den Auftraggeber eine Spirale des Preisverfalls. Das hat zur Folge, dass Träger mit kompetenten, leistungsfähigen Teams, guter Prozess- und Arbeitsqualität sich genötigt sehen, ihre Marktfähigkeit durch Preisangebote zu erhalten, die eine qualitativ hochwertige Maßnahmeumsetzung immer schwieriger machen. Sie sind zunehmend gezwungen, pädagogische Mitarbeiter/innen einzustellen, deren Gehälter knapp über dem Arbeitslosengeld II liegen. Gleichzeitig wird formal (hoch)qualifiziertes Personal mit mehrjähriger Berufserfahrung gefordert. Träger müssen gering dotierte Stellen besetzen, obwohl sie wissen, dass die Arbeit mit den entsprechenden Zielgruppen hohe (Kompetenz)Anforderungen an das Personal stellt. Es wandern Mitarbeiter/innen, je nach Entwicklung der Zuschläge in einer Region, bei tendenziell sinkenden Gehältern von einem Träger zum anderen. Bewährte Teams werden zerschlagen, innerbetriebliche und Netzwerkstrukturen gehen verloren. Der Einkauf einer qualitativ hochwertigen und wirksamen Maßnahme kann vor diesem Hintergrund nicht mehr gewährleistet sein.

Eine solche Entwicklung ist in einem bedeutenden Sektor der beruflichen Bildung nicht hinnehmbar. Mit ihren schwindenden Grundlagen verschlechtern sich auch die beruflichen Zukunftschancen eines erheblichen Teils unserer Bevölkerung. Eine Entscheidung über die Vergabepolitik beeinflusst mittelbar auch die persönlichen und beruflichen Perspektiven förderfähiger Menschen als volkswirtschaftlich dringend benötigte potenzielle Fachkräfte.

1.4 Warum das aktuelle Verfahren Maßnahmequalität zerstört

Mit dem Instrument der öffentlichen Ausschreibung sollen für die öffentliche Hand qualitativ gute und wirksame Maßnahmen eingekauft werden. Wir stellen jedoch in Frage, dass im Bewertungsverfahren eine Wirtschaftlichkeitsbetrachtung nur dann erfolgt, wenn die geforderte Qualität erfüllt ist. Aus unserer Sicht lässt sich mit dem verwendeten Vergabeverfahren die Qualität eines Angebots tatsächlich nicht in der notwendigen Tiefe ermitteln und rechtssicher bewerten.

Das Vergaberecht verlangt vom Grundsatz her eine strikte Trennung der Eignungs- und Zuschlagskriterien und bewertet ausschließlich angebotsbezogene Beurteilungsmaßstäbe. Die tatsächliche Produkt- und Prozessqualität beim Träger wird also nicht mehr in die Bewertung des Angebots einbezogen. Reale betriebliche Voraussetzungen des Maßnahmenträgers können lediglich in der vorgeschalteten Eignungsprüfung untersucht werden. Somit gibt es nur noch geeignete oder ungeeignete Bieter.

Bei der Angebotsbewertung sollen die Eignungskriterien (neben den betrieblichen Voraussetzungen wie Personal und technische Ausstattung insbesondere Referenzen sowie Erfolge bei früheren Auftragsverhältnissen) also im Grundsatz keine Rolle mehr spielen dürfen.

Diese Grundausrichtung hatten sowohl der BGH (Urt. 8. 9. 1998, X ZR 109/96; BauR 1998, 1246 = NJW 1998, 3644; Urt. v. 26. 10. 2001, X ZR 100/99, VergabeR 2002, 42) als auch der EuGH (Urt. v. 24.01.2008, Rs. C-532/06, VergabeR 2008, 496) bestätigt.

In der Praxis bedeutet dies ein grundsätzliches Defizit bei der Angebotsauswertung, weil die Eignungskriterien (spezifische Erfahrungen beispielsweise bei Jugendmaßnahmen, reale Durchführungsqualität der Maßnahmen, Vermittlungs- und Abschlusserfolge eines Maßnahmeträgers) nicht mehr bei der Entscheidung über den Zuschlag, also der Bewertung des Angebotes selbst, berücksichtigt werden dürfen.

Im Bereich der Maßnahmen nach SGB II und SGB III kommt es jedoch zentral auf die späteren tatsächlichen Erfolge, den sog. „outcome“, an. Dieser bei den Arbeitsmarktdienstleistungen notwendige „outcome“, der über die üblichen Begriffe des „output“ respektive der „Nachhaltigkeit“ von (Beschaffungs-) Prozessen deutlich hinausgeht, kann im Falle der bisher praktisch durchgehend erforderlichen Anwendung des Instruments der öffentlichen Ausschreibung nicht annähernd angemessen in dem erforderlichen Umfang bewertet werden.

Die Evaluierung von Qualität und Wirksamkeit einer Maßnahme durch die Prüfinstitutionen der Arbeitsagentur verläuft sich wiederum in rein formellen, quantitativ zu überprüfenden und dokumentierten, vertraglich festgelegten Angebotelementen (geeignete Räumlichkeiten, geforderte Technik, geeignetes Personal, formale Erfüllung der Vorgaben von Verdingungsunterlagen und Konzept, Erfüllung von Dokumentationspflichten etc.).

Diese Art der „Qualitäts“-Überprüfung ist allerdings auch nicht einfach zu ersetzen, da der Auftraggeber lediglich diese formalen, quantifizierbaren Leistungen überprüfen kann. Die realen qualitativen Elemente des Maßnahmeprozesses als Personalentwicklungsprozess sind jedoch pädagogisch-didaktischer Natur und sind rechtlich auch nicht überprüfbar.

So kann etwa die Leistungsfähigkeit von Team- und Arbeitsstrukturen mit dem vorhandenen, auf formale Standards ausgerichteten Prüfverfahren kaum ermittelt werden. Stattdessen werden z.B. geforderte formale Qualifikationsstandards von Mitarbeiter/innen, wie etwa eine mehrjährige Berufserfahrung, überprüft. Unberücksichtigt bleibt, dass es beispielsweise in der Arbeit mit jüngeren Zielgruppen sinnvoll sein kann, auch qualifiziertes Nachwuchspersonal einzusetzen, zu fördern und zu entwickeln.

In der Konsequenz bedeuten zum einen die beschriebenen Qualitätsstandards und deren Überprüfungsformen, dass bei den in der Regel sehr konzeptionell geprägten Angeboten der Maßnahmen des SGB II und SGB III – trotz UFAB-Formel – bei der Angebotsauswertung der Preis zu stark gewichtet wird. Zum anderen muss geschlussfolgert werden, dass das Ausschreibungsverfahren die Bewertung und die objektive Vergleichbarkeit der tatsächlichen Qualitäten der Anbieter beeinträchtigt, wenn beispielsweise Inhalte durch „Konzeptprosa“ kaschiert werden.

Selbst eine „schlechte“ Durchführung nach Zuschlagerteilung stellt kein Ausschlusskriterium für künftige Vergaben dar, da sie – wie oben beschrieben – nur nach formalisierten, quantifizierbaren Kriterien festgestellt werden kann.

Die Durchführungsqualität spielt jedoch für die tatsächliche Umsetzung der vergebenen Maßnahme eine bedeutende Rolle. Wir sind der Auffassung, dass das Vergabeverfahren in der heute angewandten Form hinsichtlich zentraler Qualitätskriterien zwar transparent, aber nicht sachgerecht und zielführend ist. Oder kurz: Zuschläge werden jenseits fachlicher Vernunft erteilt.

1.5 Trennung von Bedarf und Vergabe

Die in der Regel bundesweit, zentral ausgeschrieben Maßnahmen schließen die tatsächlichen Bedarfsträger bei der Steuerung des Vergabeprozesses und bei der Entscheidung, wer die Maßnahme zu welchen Konditionen durchführt, weitgehend aus. Zudem kann das unflexible und träge Verfahren oft nicht zeitnah auf aktuelle und konkrete lokale Förderbedarfe reagieren. Die Beschränkung auf das zentralisierte öffentliche Vergabeverfahren wird den individuellen Förderbedürfnissen der KundInnen und den Förderabsichten von Jobcentern und Agenturen vor Ort nicht gerecht.

Oft verzichten Agenturen und Jobcenter auf die Planung und Umsetzung anspruchsvoller, modellhafter Projekte, da sie aus Erfahrung wissen, dass sie bei zwingender Anwendung der öffentlichen Ausschreibung einen Maßnahmeträger erhalten werden, den sie eigentlich nicht für geeignet halten. Denn den Zuschlag erhält in der Regel ein preiswerter Bieter, der vermutlich lediglich die papiermäßigen Voraussetzungen für die Maßnahme erfüllt. Bewährte, von den lokalen Bedarfsträgern wegen ihrer Qualität geschätzte Träger bleiben oft außen vor. Zudem begrenzt das Vergabeverfahren die Motivation von Trägern, die kreativ mit dringend benötigten Modellvorhaben am Markt agieren, da sie nicht davon ausgehen können, dass ihre Innovationskraft gewürdigt wird.

2. Grundzüge eines anderen Verfahrens

2.1 Folgende Ziele sollen erreicht werden:

- Vorgeschaltetes Zulassungsverfahren zur Zertifizierung der Träger – damit Verwaltungsaufwendungen reduziert und Qualitätsstandards verbessert werden können
- Nutzung der Breite der zulässigen Vergabeverfahren – damit bedarfsgerecht, qualitätsbewusst und zielorientiert vergeben werden kann
- Vergabe gemäß den tatsächlichen lokalen Bedarfen – weil nur so die Förderbedarfe der Teilnehmer angemessen berücksichtigt werden können
- Wiederherstellung der Einheit von Besteller und Einkäufer – weil die Besteller ihren Bedarf und die Leistungsfähigkeit der Anbieter am besten kennen
- Die Maßnahmequalität, insbesondere die zielführende Umsetzung fachbezogener, pädagogisch-didaktischer Prozesse muss im Vordergrund des Vergabeverfahrens stehen

2.2 Hierzu schlagen wir folgende Verfahren vor, die dem Europäischen Vergaberecht und der VOL/A entsprechen:

2.2.1 Voraussetzung für alle in der Folge beschriebenen Vergabeverfahren sind zwei grundsätzliche strukturelle Änderungen des Ausschreibungsverfahrens:

- a) Durchführung eines Präqualifizierungsverfahrens, bei dem sich potenzielle Träger für eine Förderregion zertifizieren. Dieses Verfahren dient einerseits der Qualitätssicherung und andererseits reduziert es den Verwaltungsaufwand.
- b) Federführend im Ausschreibungsverfahren ist immer der lokale Bedarfsträger, der sich je nach Bedarf der im Folgenden beschriebenen Ausschreibungsverfahren bedient.

2.2.2 Alle Maßnahmen, die nicht abschließend beschreibbar sind – dies betrifft insbesondere Maßnahmen, die wesentliche innovative Elemente enthalten – werden nicht im Rahmen eines öffentlichen Verfahrens vergeben, sondern es ist das Instrument der freihändigen Vergabe und in diesem Kontext das Verhandlungsverfahren zu nutzen. Hierbei werden in der Regel drei geeignete Träger aufgefordert, ein Angebot abzugeben.

2.2.3. Für alle abschließend beschreibbaren und dem öffentlichen Wettbewerb unterzuordnenden Maßnahmen kommt ein beschränktes Ausschreibungsverfahren mit folgenden Änderungen im Vergleich zur jetzigen Praxis zur Anwendung:

a) Die Vergabestelle ist jeweils der Einkäufer vor Ort. Der Auftraggeber darf sich Dritter bedienen, bleibt aber letztverantwortlich und ist Vertragspartner.

b) Das Regelverfahren für Arbeitsmarktdienstleistungen ist zweistufig. Vorgeschaltet ist immer ein Teilnahmewettbewerb zwischen zertifizierten Trägern (siehe 2.2.1.), der eigene Aufgabenerfüllungsvorschläge enthält.

Als Ergebnis des Teilnahmewettbewerbs werden drei Bieter zur Abgabe eines Angebotes aufgefordert.

Diese Handhabung steht bereits in gewisser Übereinstimmung mit der VOL/A 2009 (§ 3 Abs. 1 S. 2), die – im Unterschied zu der Fassung aus dem Jahre 2006 – das Verfahren der Beschränkten Ausschreibung für den Regelfall mit einem zwingend durchzuführenden Öffentlichen Teilnahmewettbewerb verbindet. Das bedeutet in praxi: Es bedarf nach neuer Rechtslage einer Begründung in der Vergabeakte für den Fall, dass ausnahmsweise auf die Veranstaltung eines Öffentlichen Teilnahmewettbewerbes verzichtet wird.

Dabei vollzieht der deutsche Verordnungsgeber lediglich nach, was im europäischen Vergaberecht schon seit der Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG gilt. Dort existiert das Nichtoffene Verfahren schon immer nur als ein solches Verfahren, dem ein Öffentlicher Teilnahmewettbewerb zwingend vorzuschalten ist. Das europäische Vergaberecht ist noch einen Schritt weiter gegangen und hat das Offene Verfahren mit dem Nichtoffenen Verfahren von Anbeginn gleichgestellt. Dies wird damit begründet, dass in beiden Verfahren eine unbeschränkte Publizität bewirkt wird, mit dem alleinigen Unterschied, dass beim Nichtoffenen Verfahren eine zweistufige Handhabung stattfindet, in deren Rahmen eine Eignungsprüfung als erste Verfahrensstufe veranstaltet wird. Dies erlaubt im Rückschluss auf das anzuwendende Recht des 1. Abschnitts der VOL/A, dass in Vergabematerien wie denen des SGB II und SGB III mit einer guten Begründung auf die Anwendung des Instruments der Öffentlichen Ausschreibung verzichtet werden kann. Die Begründungen liegen in der Besonderheit, dass es jeweils nur einen beschränkten Kreis von in Frage kommenden Unternehmen gibt, der die Leistungen in der erforderlichen Qualität auszuführen in der Lage ist.

Entsprechend ist der Ausnahmetatbestand in der jetzigen Bestimmung des § 3 Abs. 3 lit. a VOL/A 2009 definiert:

*„(3) Eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb ist zulässig, wenn
a) die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen in geeigneter Weise ausgeführt werden kann, besonders wenn außergewöhnliche Eignung (§ 2 Absatz 1 Satz 1) erforderlich ist, (...)“*

Damit gemäß Vergaberecht aber nicht in jedem Einzelfall eine Begründung für die Wahl einer Beschränkten Ausschreibung erfolgen muss (diese wäre grundsätzlich erforderlich), empfehlen sich Klarstellungen des Verordnungsgebers in einer Neufassung der VOL/A 2011, die voraussichtlich schon aufgrund des „EU-Defence-Pakets“ (Umsetzungsfrist bis August 2011) ohnehin notwendig ist. Diese Klarstellungen könnten in der Weise erfolgen, dass generell für den Bereich der Vergabe von Leistungen des SGB II und SGB III die Wahl des Beschränkten Ausschreibungsverfahrens mit Teilnahmewettbewerb – oder ggf. auch der Vergabeverfahren überhaupt – freigestellt wird.

2.2.4. Sofern die Anwendung des Wettbewerbsrechts entbehrlich erscheint, weil ein hohes öffentliches Interesse an der Erfüllung der Aufgaben vorrangig ist, kommt das Zuwendungsrecht zur Anwendung. Hierzu müssten die genauen Umstände, die das Zuwendungsrecht und das Vergaberecht voneinander abgrenzen, entsprechend den Zielsetzungen der jeweiligen Maßnahmen definiert werden. Eine klare Abgrenzung ist im Interesse der Rechtssicherheit unverzichtbar.

Berlin, 31.08.2010

Bundesarbeitsgemeinschaft Arbeit e.V.

Louis Kaufmann, Vorstandsvorsitzender

Brunnenstr. 181

10119 Berlin

Tel.: 030 / 28 30 58 0

Fax: 030 / 28 30 58 20

E-Mail: arbeit@bagarbeit.de

Internet: www.bagarbeit.de