

FB 3-30

Frau Tünker

VV II-3

Beauftragte für Menschen mit Behinderungen

Frau Allelein

Änderung der städtischen Vergaberichtlinie im Rahmen der Umsetzung des Zieles Nr. 20 des Aktionsplanes Inklusion zur Einbeziehung von Integrationsbetrieben bzw. Unternehmen mit einer überdurchschnittlichen Zahl behinderter Menschen in die städtische Auftragsvergabe

In dieser Angelegenheit nehme ich Bezug auf die am 18.05.2016 erfolgte gemeinsame Besprechung und die Ihnen dabei überlassenen Unterlagen, und zwar

- den Auszug aus der städtischen Vergabeordnung (VergO) mit der unter dem 31.03.2011 dort Unter Ziffer 1.4 aufgenommenen Regelung zur Berücksichtigung umweltbezogener, innovativer und sozialer Aspekte,
- die städtische Vergaberichtlinie (Dienstanweisung) vom 12.10.2011 mit ihrer unter Ziffer 10. Enthaltenen Regelung zur Berücksichtigung sozialer Kriterien,
- den für die Gemeinden zur Anwendung empfohlenen Runderlass des Landes NRW vom 11.05.2011 zur bevorzugten Berücksichtigung von Werkstätten für Behinderte und Blindenwerkstätten, der der Umsetzung entsprechenden bundesrechtlich geregelten Bevorzugung gemäß § 141 und 143 Sozialgesetzbuch (SGB) IX dient,
- den Auszug aus dem landesrechtlichen Tariftreue- und Vergabegesetz NW (TVgG NW) i. d. F. vom 10.01.2012, nach dessen § 1 soziale Belange berücksichtigt werden dürfen,
- den Auszug aus der Rechtsverordnung zum TVgG NW vom 08.04.2013, der in seiner Regelung unter § 13 (S. 15 und 16) die Berücksichtigungsmöglichkeiten sozialer Kriterien und auf S. 16 ausdrücklich die vertragliche Ausbedingung einer bestimmten Beschäftigungsquote Behinderter bei der konkreten Auftragsausführung enthält,
- den Auszug aus dem jüngst in Kraft getretenen Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 17.02.2016 für Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte, u. a. mit Ablichtung des § 118 GWB, nach dessen Regelung Vergabeverfahren für Werkstätten für Behinderte sowie für Unternehmen mit dem Hauptzweck der sozialen und beruflichen Integration von Behinderten oder sonst benachteiligten Personen bei einer Beschäftigungsquote von 30 % vorbehalten werden können,
- den Auszug aus dem Regierungsentwurf des Bundesteilhabegesetzes, der in dem geplanten neuen § 224 Abs.3 erstmals eine Gleichstellung von Inklusionsprojekten mit den in den §§ 219 (bisher § 141 SGB IX) und 226 (bisher § 143 SGB IX) geregelten Werkstätten für Behinderte und Blinde mit einer entsprechenden bundesrechtlich vorgesehenen Bevorzugung vorsieht,
- Fachveröffentlichungen (Beiträge der Vergaberechtskanzlei Ax & Schneider vom 20.05.2011 und 05.10.2015 sowie der schon etwas ältere, aber anschauliche Beitrag der „Gemeinschaftsinitiative Equal“ betr. Soziale Kriterien bei der Vergabe aus dem Jahre 2005.

Ich hatte anhand dieser Unterlagen geschildert, dass es zum einen schon seit vielen Jahren die im SGB IX verankerte weitreichende Bevorzugung der Werkstätten für Behinderte und der Blindenwerkstätten gibt, zum anderen nach allen der oben genannten, gerade in der letzten Zeit durch Neufassungen zunehmend verankerten vergaberechtlichen Regelungen (abstrakt formuliert) soziale Belange berücksichtigt werden können. Die Stadt Bergisch Gladbach führte die (abstrakt formulierte) Berücksichtigung umweltbezogener, innovativer und sozialer Belange auf Veranlassung des Vergabeausschusses mit der Aufnahme der Ziffer 1.4 in die städtische VergO schon im Vorgriff auf die landes-

rechtliche Regelung des TVgG ein, für die es damals noch nicht eine so verlässliche Grundlage gab, wie es sich heute zunehmend durchgesetzt hat.

Soweit es die geltenden vergaberechtlichen Regelungen betrifft, besteht somit für die Berücksichtigung sozialer Belange, und damit auch Behinderter und sonstiger sozial benachteiligter Personengruppen, eine entsprechende Rechtsgrundlage. Auf welchen Wegen die Berücksichtigung erfolgen kann, wird allerdings von etlichen vergaberechtlichen Feinheiten bestimmt, auf die ich unten näher eingehe. Was bislang in die städtische Vergaberichtlinie noch nicht aufgenommen wurde, ist - mit Ausnahme von Ziffer 1.3 Satz 2 der städtischen VergO und 10.3 der städtischen Vergaberichtlinie bezüglich der Beachtung des Sozialstandards zum Verbot ausbeuterischer Kinderarbeit - die Betonung oder Bildung bestimmter Schwerpunkte in der städtischen Vergaberichtlinie. Hiervon wurde seinerzeit auch bewusst abgesehen, zum einen, um die Einzelregelungen und -anforderungen der o. g. Rechtsverordnung zum TVgG NW abzuwarten, zum anderen, um den einzelnen Verwaltungseinheiten Gelegenheit zu geben, sich der Thematik nach ihren Möglichkeiten zu nähern und geeignete Vergabeverfahren und Schwerpunkte auszuwählen. Von den Fachbereichen wurden die in Ziffer 11.2 der Vergaberichtlinie erwähnten Umsetzungskonzepte entwickelt, die sich im sozialen Bereich zunächst dem verstärkten Arbeitsschutz widmeten. Nach diesseitigem Kenntnisstand ist dies auch heute noch so. Einzelne Bereiche zeigten sich zwar grundsätzlich aufgeschlossen für die Berücksichtigung Behinderter und sonstiger sozial benachteiligter Personengruppen, infolge zahlreicher Vergaberechtsreformen und -neuregelungen der letzten Jahre, dem großen Anstieg der Anzahl an Vergabeverfahren, der begrenzten Personalkapazitäten, der Fehleranfälligkeit von Vergabeverfahren und nicht zuletzt auch des teilweise fehlenden Erfahrungsschatzes konnte die große Bandbreite an umweltbezogenen, energieeffizienzsichernden, innovativen und sozialen Kriterien, wie sie in der VergO und der Vergaberichtlinie vorgesehen wird, jedoch bislang nur im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten aufgegriffen und umgesetzt werden, worunter sich auch soziale Belange wie die Barrierefreiheit und die Flüchtlingsaufnahme befanden.

Nachdem nun die Beschlüsse des HFA und des Stadtrates zur Inklusion im Frühjahr 2012 und Sommer 2013 gefasst wurden, ist die beschlossene Umsetzung zu verwirklichen. Hierfür bedarf zum einen der Ergänzung und Konkretisierung der städtischen Vergaberichtlinie hinsichtlich der Belange Behinderter, zum anderen wird es einer Aufbauarbeit bedürfen, angefangen von der Vermittlung des Themas im Arbeitskreis Vergabe über die Kenntnis in Betracht kommender Betriebe und deren Arbeit, die Auswahl geeigneter Verfahren, die Erweiterung der Umsetzungskonzepte, die Erfassung der Verfahren bis hin zur Reflektion der gesammelten Erfahrungen. FB 3-30/ die Unterzeichnete führt derzeit (noch) die Leitung des Arbeitskreises Vergabe durch und wird die Thematik im nächsten Arbeitskreis Vergabe erörtern. Hierbei wird es sachlich der Unterstützung durch den Inklusionsbeirat bzw. Ihrer Unterstützung als Beauftragte für Inklusion bedürfen, insbesondere soweit es die Kenntnis geeigneter Betriebe und deren Leistungsspektrum betrifft. Soweit in Frage kommende Betriebe bereits aus den hierher übersandten Unterlagen ersichtlich sind, werden diese zusammen mit grundsätzlichen Informationen in das städtische Intranet eingestellt. Wie aus dem Internet ersichtlich wurde, gibt es darüber hinaus inzwischen eine große Zahl solcher Betriebe, die im städtischen Intranet benannt werden könnten.

Soweit es nun die Wahl der in die Vergaberichtlinie aufzunehmenden Regelung angeht, sind - ausgehend von den bisher vorgeschlagenen Formulierungen - mehrere Aspekte zu berücksichtigen:

Das Ziel Nr. 20 des Aktionsplanes Inklusion wurde dort wie folgt formuliert:

Ziel	Maßnahme
Ziel 20: Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen werden Integrationsbetriebe bzw. Betriebe, die überdurchschnittlich viele Arbeitsplätze für Menschen mit Behinderungen vorhalten, bevorzugt berücksichtigt.	Maßnahme 20: Das Kriterium „Vorhalten einer überdurchschnittlichen Anzahl von Arbeitsplätzen für Menschen mit Behinderungen“ wird in den Vergaberichtlinien berücksichtigt.

Sie selbst hatten zur Umsetzung vorgeschlagen, die in die Vergaberichtlinie aufzunehmende Regelung wie folgt zu fassen:

„Die städtischen Vergaberichtlinien werden im Hinblick auf die Umsetzung des Aktionsplanes Inklusion der Stadt Bergisch Gladbach (beschlossen Juni 2013) dahingehend modifiziert, dass in Zukunft Integrationsbetriebe im Rahmen der rechtlichen Möglichkeiten in Vergabeverfahren privilegiert werden.“

Dies hatten Sie zunächst für eine Beschlussfassung durch die städtischen Gremien und den Rat vorgesehen, sodann jedoch nur für den Inklusionsbeirat.

Betrachtet man den Wortlaut der Zielformulierung, der Maßnahmenformulierung und zuletzt Ihres Vorschlages, finden sich Abweichungen, die im juristischen Sinne und hinsichtlich der vergaberechtlichen Bewertung und Umsetzungsmöglichkeit nicht unerheblich sind, weshalb ich in unserer Besprechung darauf eingegangen war und vorgeschlagen hatte, sich von den bisherigen Formulierungen in der einen oder anderen Hinsicht etwas zu lösen, und zwar aus folgenden Gründen, die ich wunschgemäß noch einmal festhalte:

a)

Vergaberechtlich gibt es im Themenkreis der Berücksichtigung sog. „vergabefremder Kriterien“ (*Anm.: Begriff nicht erwünscht, aber im vorliegenden Zusammenhang veranschaulichend*) grundsätzlich diverse Ansatzpunkte. Dies können Eignungs- oder Zuschlagskriterien oder vertragliche Ausführungsbedingungen sein. Alle diese Kriterien mussten nach bisherigen Rechtsgrundsätzen einen sog. Auftragsbezug aufweisen. Auf EU-Ebene ist dies bei Zuschlagskriterien für Umweltaspekte inzwischen gelockert und diese Tendenz in der Diskussion auch für soziale Kriterien zu erahnen, dies müsste jedoch rechtlich noch weiter im Blick gehalten werden.

Bei dem erforderlichen Auftragsbezug kommen Eignungskriterien für das vorliegende Thema nicht allzu oft in Betracht, es sei denn, es käme spezifisch auf diese Eignung an (z. B. die Erfahrungswerte von solchen Unternehmen).

Auch bei den Zuschlagskriterien sind Grenzen gezogen, weil sich der Aspekt der Beschäftigung Behinderter entweder in den Merkmalen der Leistung oder im erzeugten Produkt niederschlagen müsste oder aber sich die Kriterien auf die bei der Auftragsausführung herrschenden Arbeitsbedingungen der Beschäftigten beziehen müssten (Gesundheitsschutz oder besondere soziale Integration benachteiligter Personengruppen). Weitgehend für zulässig erachtet werden wohl reine Zusatzkriterien, die den Stichentscheid geben können, wenn zwei wirtschaftlich gleichwertige Angebote vorliegen, was jedoch kaum vorkommt.

Für die Beschäftigung Behinderter kommt deshalb in erster Linie die Aufnahme von Auftragsausführungsbedingungen in Frage, d. h. es müssten behinderte Beschäftigte an der konkreten Auftragsausführung beteiligt sein, was die Stadt sich im Vertrag ausbedingen könnte. Durch den notwendigen Auftragsbezug können jedoch keine dauerhaften Beschäftigungsquoten auferlegt werden, die über die Zeit der Vertragsausführung hinausreichen. Ein weiterer wesentlicher Gesichtspunkt ist die Tatsache, dass sich bei Vorgabe einer Beschäftigungszahl oder -quote auch ein Betrieb bewerben könnte, der an sich dauerhaft keine Behinderten beschäftigt, sondern nur für Zeit der Auftragsausführung, wobei es hierbei auch zu durchaus wünschenswerten Kooperationen kommen könnte zwischen Firmen, die bisher keine Erfahrungen auf diesem Gebiet haben etwa mit Inklusionsunternehmen, die diese vermitteln könnten. Man muss sich dieses begrenzten Anwendungsbereichs allerdings bewusst sein. Einzelheiten sind anschaulich im überreichten Beitrag der Gemeinschaftsinitiative Equal“ enthalten.

b)

Der Begriff der „überdurchschnittlichen Zahl“ von beschäftigten Behinderten - verstanden im Sinne schon eines einzelnen Beschäftigten mehr oberhalb der gesetzlichen Pflichtbeschäftigungsquote – mag selbsterklärend erscheinen, ist es aber in juristischem Verständnis nicht, sondern müsste konkretisiert werden. Hier erscheint es besser, an diese gesetzliche Pflichtbeschäftigungsquote anzuknüpfen und eine Überschreitung dieser 5 %igen Beschäftigungsquote zum Berücksichtigungsmerkmal zu erheben.

c)

Die Begriffe „Inklusionsprojekt“, „Inklusionsunternehmen“, „Inklusionsbetriebe“ und „-abteilungen“ sind in § 132 SGB IX enthalten, haben jedoch nach dem Gesetzeswortlaut eine verschiedene Bedeutung.

Inklusionsunternehmen sind nach § 132 Abs. 3 SGB IX Unternehmen, die mindestens 25 Prozent schwerbehinderte Menschen beschäftigen und in der Regel nicht mehr als 50 Prozent Beschäftigte übersteigen sollen (die Untergrenze soll lt. Entwurf Bundesteilhabegesetz auf 30 % erhöht werden und damit eine Parallelregelung zu § 118 GWB enthalten). Für Integrationsbetriebe und -abteilungen liest man hierzu Verschiedenes, wobei diese Frage (noch) nicht gänzlich geklärt werden konnte, weil es sich durchweg um Fundstellen handelt, die sich mit den Fördervoraussetzungen befassen (teils wird angenommen, dass die „Betriebe“ und „Abteilungen“ im Sinne des reinen § 123 SGB IX eine geringere Quote haben dürfen, für die Förderung werden wohl aber doch 25 % vorausgesetzt, teils ist von jedenfalls 25 % die Rede).

Nach dem Wortlaut der Formulierung der o. g. Maßnahme des Aktionsplanes gehe ich davon aus, dass eine Beschränkung auf eine so hohe Zahl von behinderten Beschäftigten vom Inklusionsbeirat nicht gewollt ist.

Hier scheint es ratsam, bei dem einfachen Begriff des „Unternehmens“, dass mehr Behinderte als die gesetzliche Pflichtbeschäftigungsquote beschäftigt“, zu bleiben.

Dies würde auch für die einzelnen hiesigen Verwaltungseinheiten zu mehr Flexibilität führen.

d)

Für eine bindende, gewissermaßen schematische regelhafte Bevorzugung oder gar Privilegierung, wie sie für die Werkstätten im jetzigen SGB IX und in dem o. g. Runderlass des Landes NRW enthalten ist (auch hier besteht allerdings für die Werkstätten nur ein Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung – s. den Beitrag von Ax & Schneider vom 20.05.2011) fehlt es bei Integrationsprojekten (noch) an der erforderlichen Rechtsgrundlage, wie die geplante Neuregelung des § 224 SGB IX im Bundesteilhabegesetz zeigt. Die oben beschriebene zulässige Berücksichtigung sozialer Belange allein dürfte hierfür nicht ausreichen (insoweit wäre allenfalls – wie oben beschrieben - an ein Stichkriterium bei ansonsten gleichwertigen Angeboten zu denken, die kaum jemals vorliegen). Die notwendige Rechtsgrundlage wird daher erst mit der vorgesehenen Regelung des Bundesteilhabegesetzes und seiner Gleichstellung von Integrationsprojekten mit Werkstätten geschaffen sein.

e)

für den Bereich der Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte (5.225.000 Euro im Baubereich und 209.000 Euro im Liefer- und Dienstleistungsbereich) gibt es im Vierten Teil des GWB die oben erwähnte Regelung des § 118, nach der Vergabeverfahren für Werkstätten für Behinderte sowie für Unternehmen mit dem Hauptzweck der sozialen und beruflichen Integration von Behinderten oder sonst benachteiligten Personen bei einer Beschäftigungsquote von 30 % (*Integrations- bzw. Inklusionsunternehmen*) vorbehalten werden können. Hiervon könnte bei städtischen Vergabeverfahren in geeigneten Fällen Gebrauch gemacht werden. Die in Rede stehende Ergänzung der Vergaberichtlinie soll sich jedoch nach dem vom Integrationsbeirat vorgeschlagenen Wortlaut nicht auf diese größeren Unternehmen beschränken und muss deshalb weiter gefasst werden.

f)

Es gilt für die Verwaltungseinheiten gesehen zu bedenken, dass die Flexibilität im Hinblick auf besondere Umstände im Einzelfall bestehen bleiben muss und ihnen die Möglichkeit erhalten bleiben muss, hierauf zu reagieren (z. B. Fälle von besonderer Dringlichkeit, begrenzte Haushaltsmittel pp.). Dies wurde in der Vergaberichtlinie bereits bisher geregelt.

g)

Vergaberechtliche Zielsetzungen können sich mitunter widersprechen, was im Vergabewesen ebenfalls zu berücksichtigen ist. So wird im Vergaberecht z. B. als eine der Zielsetzungen auch die Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) betont, die u. U. mit dauerhaften Schlechterstellungen gegenüber Unternehmen zu rechnen hätten, die größer sind und denen die Einrichtung von Arbeitsplätzen für Behinderte leichter fällt. Auch dies kann im Einzelfall zu berücksichtigen sein und setzt entsprechende Flexibilität voraus.

h)

Vom Verfahren her ist das Thema in der Vergaberichtlinie richtig verortet, die ihrer Rechtsnatur nach Dienstanweisung des Bürgermeisters ist. Der Vergabeausschuss wurde zwar seinerzeit an der Ausformulierung beteiligt, weil vieldiskutierte Fraktionsanträge vorlagen, diese Beteiligung wäre jedoch bei einer Dienstanweisung an sich nicht erforderlich gewesen.

Ergebnis:

Im Ergebnis denke ich daher - wenn der Inklusionsbeirat einverstanden ist - an eine Formulierung der Ziffer 10. der Vergaberichtlinie gemäß anliegendem Entwurf, die man dem Bürgermeister nach Abstimmung im Inklusionsbeirat im Rahmen der ohnehin noch erforderlichen sonstigen Überarbeitung dieser Dienstanweisung (mit oder ohne Beteiligung von VV oder VK) vorschlagen und zur Unterschrift vorlegen sollte, so dass es einer Beschlussfassung im HFA und Rat und auch im Inklusionsbeirat nicht (mehr) bedarf, sondern die Änderung ggf. informativ mitgeteilt werden könnte.

Inhaltlich schlage ich vor, Ziffer 10 der Vergaberichtlinie die in anliegender Synopse enthaltene Neufassung mit einer Formulierung zu geben, die der Stadt angesichts der geschilderten vergaberechtlichen Unwägbarkeiten ohne Rechtsrisiken und mit größtmöglicher Flexibilität die weitestreichende Möglichkeit eröffnet, Unternehmen mit Beschäftigung von (schwer-)behinderten Menschen im Rahmen der Vergabe von Aufträgen der Stadt Bergisch Gladbach zu berücksichtigen und mit den zur Verfügung stehenden vergaberechtlichen Mitteln den jeweiligen Zuschlag möglichst Betrieben zukommen zu lassen, die sich die Inklusion zu einem ihrer Ziele gesetzt haben. Die Abwandlung Ihres Formulierungsvorschlages befindet sich dabei unter Ziff. 10.3.2.2; darüber hinaus wurden weitere Regelungen und Verfahrenshinweise zur Umsetzung aufgenommen.

Da ich den Rest der Vergaberichtlinie noch überarbeiten muss, können sich evtl. noch redaktionelle oder formulierungsgünstigere Änderungen oder bei Doppelregelungen Streichungen ergeben, es ist daher ein - in der Kürze der Zeit unterbreiteter - sinngemäßer Vorschlag.

Falls Sie Ihrerseits noch Änderungswünsche haben, teilen Sie mir diese bitte mit, ansonsten warte ich Ihre Rückmeldung nach der Sitzung des Inklusionsbeirates ab.

Im Auftrag

gez.

Tünker

Anlage