

Stellungnahme

zur Reform des Vergaberechts
(sog. Vergabetransformationspaket)

Berlin im Oktober 2024

Einleitung

Der BDSW (Bundesverband der Sicherheitswirtschaft) mit über 1.000 Mitgliedsunternehmen des Sicherheitsgewerbes, die circa 80 Prozent des jährlichen Branchenumsatzes von 13,4 Mrd. Euro abbilden, ist Wirtschafts- und Arbeitgeberverband.

Private Sicherheitsdienstleister in Deutschland beschäftigen bundesweit rund 280.000 Beschäftigte. Die im BDSW organisierten Unternehmen bieten vor allem hochwertige Dienstleistungen an. Dazu gehört auch der Schutz von staatlichen Gebäuden und Anlagen auf Bundes-, Landes- und kommunaler Ebene. Hierzu zählen neben Verwaltungsgebäuden wie Ministerien, Behörden auch polizeiliche Liegenschaften und Museen. Ebenso wird die Sicherheitswirtschaft häufig auf kommunaler Ebene mit Schutzaufgaben bei Großveranstaltungen, Volksfesten und bei Flüchtlingsunterkünften beauftragt. Die Sicherheitswirtschaft ist damit fester Bestandteil der Sicherheitsarchitektur Deutschlands und ein Mitgarant für die öffentliche Sicherheit. Insofern tangieren rechtliche Änderungen der öffentlichen Auftragsvergabe auch erheblich die Sicherheitswirtschaft.

Vor dem Hintergrund des erheblichen Umfangs des Vergabetransformationspakets mit über 200 Regelungsvorschlägen halten wir die Stellungnahmefrist für unangemessen kurz. Allein die Zahl der im Rahmen der ersten Konsultation 2023 eingegangenen Stellungnahmen von über 450 unterstreicht die Bedeutung und Komplexität der Materie für die deutsche Wirtschaft. Unsere Stellungnahme ist daher als vorläufig zu verstehen. Sollten sich noch weitere Punkte bei anstehenden Detailbewertungen ergeben, werden diese durch uns in geeigneter Form öffentlich gemacht werden. Ebenso erwarten wir, dass uns Gelegenheit gegeben wird, eine vertiefte Argumentation zu einzelnen, hier noch nicht angesprochenen Punkten, zu einem späteren Zeitpunkt, d.h. auch noch im Gesetzgebungsverfahren gegenüber dem BMWK vorbringen zu können.

Zusammenfassung

Der BDSW begrüßt im Grundsatz das im Koalitionsvertrag festgelegte Ansinnen der Bundesregierung, die öffentlichen Vergabeverfahren zu vereinfachen, zu digitalisieren und zu beschleunigen. Der unbefriedigende Status Quo der öffentlichen Auftragsvergabe hat in den letzten Jahren dazu geführt, dass sich in unserer Branche eine wachsende Zahl von Unternehmen überhaupt nicht mehr an öffentlichen Ausschreibungen beteiligt. Das vorliegende Vergabetransformationspaket muss nach Vorstellungen des BDSW daher unbedingt zum Bürokratieabbau beitragen und die Hemmschwelle senken, sich um öffentliche Aufträge zu bewerben.

Aus Sicht des BDSW und des Bundesministeriums des Inneren und für Heimat (BMI) handelt es sich bei einer Sicherheitsdienstleistung um eine qualitativ hochwertige Dienstleistung, die dem Schutz von Leib, Leben und Eigentum, d.h. höchsten Rechtsgütern dient. Zum anderen hat die Sicherheitsdienstleistung selbst im digitalen Zeitalter von integrierten Sicherheitslösungen durch Kombination von Technik und Sicherheitsbeschäftigten immer noch eine erhebliche personelle Komponente. Beschäftigte der Sicherheitswirtschaft sollten nicht zum gesetzlichen Mindestlohn zum Einsatz kommen.

Insofern ist das Vergabetransformationspaket aus Sicht des BDSW nur dann zu begrüßen, wenn Qualitätsgesichtspunkte sowie tarifrechtliche Bestimmungen der Branche prägende Merkmale für eine öffentliche Ausschreibung werden. Siehe hierzu unsere Detailbewertungen unten sowie in der VTP- Formatvorlage.

Dieses Ziel wird mit dem Vergabetransformationspaket aus Sicht der Sicherheitswirtschaft leider verfehlt, so dass Billigstvergaben durch die öffentliche Hand im Sicherheitsbereich auch zukünftig möglich bleiben.

Für den Bereich der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen fehlt es nach wie vor an einer Festlegung, dass bei Ausschreibungen eine Gewichtung von Qualität zu mindestens 60 Prozent und Preis zu höchstens 40 Prozent erfolgen muss. Zudem sieht auch das neue Vergaberecht keine Preisanpassungsklauseln vor.

Hierdurch entstehen Sicherheitslücken und es bleibt die latente Gefahr, dass bei Billigstvergaben unseriöse Sicherheitsdienstleister ihren sozial-, arbeits- und tarifrechtlichen Verpflichtungen nicht nachkommen.

Trotz der zu begrüßenden Gesetzesmodifizierungsansätze zur Entbürokratisierung und Digitalisierung des öffentlichen Vergabeverfahrens ist daher nicht zu erwarten, dass sich die Beteiligungsquote der Sicherheitswirtschaft an öffentlichen Ausschreibungen signifikant erhöhen wird.

Bewertung im Detail zum Vergabetransformationsgesetz

Zu § 97 Absatz 3 GWB – Höhere Gewichtung von Qualität

Durch die Außerachtlassung einer Konkretisierung, was unter einer angemessenen „Qualität“ zu verstehen ist, eröffnet der Gesetzgeber nach wie vor der Vergabestelle die Möglichkeit, Qualitätskriterien bei der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen mit nur einem Prozent zu berücksichtigen. Aus Sicht des BDSW muss eine angemessene und ausgewogene Gewichtung von mindestens 60 Prozent Qualität und höchstens 40 Prozent Preis erfolgen. Dies umso mehr, als für unsere Branche durch nationale und europäische Sozialpartner mit Unterstützung der Europäischen Kommission Bestbieterhandbücher für die öffentliche Auftragsvergabe bereits entwickelt wurden.

Zu § 124 Absatz 1 Ziffer 1. GWB – Ausschlussmöglichkeit bei Verstoß gegen allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge

In der Sicherheitswirtschaft werden die Tarifverträge in der Regel für allgemeinverbindlich erklärt und erlangen damit Rechtswirkung auf alle Marktteilnehmer, d.h. auch Unternehmen außerhalb des BDSW. Aufgrund dieser Bedeutung von Tarifverträgen für unsere Branche ist es angezeigt, den Bereich des Tarifrechts als besondere bestehende arbeitsrechtliche Verpflichtung beim fakultativen Ausschlussgrund gemäß § 124 Absatz 1 Ziffer 1. hervorzuheben und direkt in den Gesetzestext aufzunehmen. Zudem ist dieser Hinweis auch rechtsdogmatisch erforderlich, da das sog. Tariftreuegesetz innerhalb der Bundesregierung noch nicht geeint ist.

§ 124 Absatz 1 Ziffer 1. GWB sollte daher lauten:

„1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende Umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen, insbesondere gegen Tarifrecht verstoßen hat.“

Zu § 125 GWB – schriftlicher Nachweis einer Selbstreinigungsmaßnahme

Gemäß dieser Vorschrift können öffentliche Auftraggeber Unternehmen trotz Vorlage eines Ausschlussgrundes nach § 123 bzw. § 124 GWB von einer Teilnahme an Vergabeverfahren nicht ausschließen, wenn das Unternehmen sogenannte Selbstreinigungsmaßnahmen nachgewiesen hat.

Um hier einen Zustand der Intransparenz zu anderen Marktteilnehmern zu beenden, sollte in Absatz 1 ausdrücklich der schriftliche Nachweis zu Selbstreinigungsmaßnahmen aufgenommen werden.

Hieraus ergibt sich folgender Formulierungsvorschlag:

*„(1) Öffentliche Auftraggeber schließen ein Unternehmen, bei dem ein Ausschlussgrund nach § 123 oder § 124 vorliegt, nicht von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren aus, wenn das Unternehmen **durch schriftliche Unterlagen nachgewiesen hat, ...**“*

Zu § 127 GWG – Zuschlagserteilung nur bei höherer Gewichtung von Qualität zum Preis

Nach § 127 GWB wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Danach erläutert der Gesetzestext selbst, dass sich das wirtschaftliche Angebot nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt. Zu dessen Ermittlung wiederum können neben dem Preis auch qualitative Aspekte berücksichtigt werden. Richtigerweise greift § 127 Absatz 5 GWB auf, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt sein müssen. Die Berücksichtigung von qualitativen Aspekten ist hierbei bei der Vergabe von Sicherheitsdienstleistungen völlig in das Ermessen der ausschreibenden Vergabestelle gestellt und kann gegen null gehen.

Nachhaltigkeitsgesichtspunkte sollten jedoch verpflichtend für die öffentliche Auftragsvergabe festgelegt werden. Aus Sicht des BDSW muss eine angemessene und ausgewogene Gewichtung von mindestens 60 Prozent Qualität und höchstens 40 Prozent Preis erfolgen. Insofern verweisen wir auf unsere Ausführungen zu § 97 Absatz 3 GWB oben.

Mit unser Betrachtung stehen wir im Übrigen nicht allein, sondern stützen uns ausdrücklich auf Textpassagen und Begründungen des vom BMI mit dem BMWK und in der gesamten Bundesregierung inhaltlich bereits voll abgestimmten kabinettsreifen Textentwurf für das Sicherheitsgewerbe-gesetz (siehe: <https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/gesetzgebungsverfahren/DE/SiGG-Sicherheitsgewerbe-gesetz.html>.)

Dort ist in Artikel 8 (Seite 34) Änderung der Vergabeverordnung (VgV) ausdrücklich vorgesehen:

*„Dem **§ 65 Absatz 5 der Vergabeverordnung** vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 9. Juni 2021 (BGBl. I S. 1691) geändert worden ist, wird folgender Satz angefügt:*

*Bei Dienstleistungen für deren Erbringung eine Erlaubnis nach dem **Sicherheitsgewerbe-gesetz erforderlich ist**, sollen für die Bewertung der in § 58 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 genannten Kriterien insbesondere die **Fachkunde und Zuverlässigkeit des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals berücksichtigt werden.**“*

In der Begründung zu dieser Gesetzesänderung der VgV wird weiter ausgeführt (siehe: Seite 103)

*„Es handelt sich um eine Folgeänderung zu § 22 Absatz 1 SiGG, der bestimmt, dass bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen, für deren Erbringung eine Erlaubnis nach dem SiGG erforderlich ist, die Vorgaben des SiGG zu berücksichtigen sind. **Soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne von § 130 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen werden unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistung nach Maßgabe der § 64 ff. VgV vergeben. Da es sich bei Dienstleistungen von Sicherheitsgewerbebetrieben um besondere Dienstleistungen gemäß § 130 GWB in Verbindung mit dem Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU, muss die Besonderheit, dass bei der Vergabe auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben des SiGG geachtet werden muss, auch in den §§ 64 VgV ff. Berücksichtigung finden.** Nach § 58 Absatz 1 Vergabeverordnung (VgV) wird ein Zuschlag nach Maßgabe des § 127 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch derzeit schon qualitative Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau*

der Auftragsausführung haben kann (§ 58 Absatz 2 Satz 2 Nummer 2 VgV). **Gerade bei Dienstleistungen, für deren Erbringung eine Erlaubnis nach dem Sicherheitsgewerbegesetz erforderlich ist, hat die Qualität des eingesetzten Personals stets erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung.** In Einklang mit § 22 Absatz 1 SiGG muss in diesem besonders sicherheitsrelevanten Bereich sichergestellt sein, dass ausreichend Personal mit einer Erlaubnis in der erforderlichen Kategorie zur Erbringung des Auftrages vorhanden ist. Entscheidend für die Einordnung in die jeweilige Kategorie ist, dass die erforderliche Fachkunde nach § 11 und die Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 beim eingesetzten Personal auch tatsächlich vorliegen. Diese Besonderheit bei der Auftragsvergabe von Sicherheitsdienstleistungen soll zukünftig nach § 65 Absatz 5 Satz 2 VgV berücksichtigt werden.

Es liegt nicht im Gesamtinteresse des Staates, wenn zwar niedrige Angebote beim Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag eingereicht werden, diese Angebote aber von Unternehmen stammen, die den Auftrag nicht im Einklang mit den Vorschriften des SiGG betreiben können.

Öffentliche Auftraggeber von Dienstleistungen, die in den Anwendungsbereich des Sicherheitsgewerbegesetzes fallen, tragen eine Mitverantwortung dafür, dass keine Unternehmen eingesetzt werden, die die Vorgaben des Sicherheitsgewerbegesetzes für den jeweiligen Auftrag nicht erfüllen. Auf die Erfüllung der Kriterien muss auch bei Aufträgen geachtet werden, die unter Einschaltung von Subunternehmen erbracht werden sollen. Die für die Entscheidung erforderlichen Informationsrechte sollen durch Auskunftsrechte nach § 31 Absatz 1 Nummer 8 SiGG geschaffen werden.“

Es ist daher aus Sicht des BDSW dringend geboten, dass branchenspezifische Standards für das Sicherheitsgewerbe - im Sinne eines Verhältnisses von mindestens 60 Prozent Qualität - bereits jetzt in die VgV aus Gründen der Rechtssetzungsbeschleunigung, Rechtsklarheit und Schließung von Sicherheitslücken aufgenommen werden.

Zu § 132 GWB – Einführung einer Preisanpassungsklausel

Gemäß § 132 GWB werden unter anderem Fallkonstellationen behandelt, in denen ein neues Vergabeverfahren notwendig ist oder eine Änderung des öffentlichen Auftrages ohne Durchführung eines neuen Vergabeverfahrens zulässig ist.

Aus der Sicht des BDSW als tarifschließendem Arbeitgeberverband wäre es deshalb begrüßenswert, wenn der Gesetzgeber bei der Transformation des Vergaberechts die Möglichkeit der Preisanpassung des öffentlichen Auftrags durch neue Tarifvertragsabschlüsse während der Vertragslaufzeit ausdrücklich hervorhebt. In der Vergangenheit war dies ein besonderes Dilemma bei Dienstleistungsaufträgen für die öffentliche Hand, die Preisanpassungen der Dienstleister nicht oder nur unzureichend zuließen. Regelmäßig werden längerfristige Vertragslaufzeiten zwischen drei und fünf Jahren vereinbart. Es sollte Ziel sein, die während dieser Zeit abgeschlossenen Lohn- und Manteltariferhöhungen beim öffentlichen Auftraggeber umzusetzen, zu deren Umsetzung der Bieter gesetzlich und / oder tarifrechtlich selbst verpflichtet ist. Der BDSW hält deshalb die Aufnahme einer Regelung zu einer Preisanpassungsklausel in einer Neuregelung zum Vergaberecht für dringend geboten, die sich auf Tarifvertragsabschlüsse der Sozialpartner während der Laufzeit eines öffentlichen Auftrages auswirken. Dies trägt der Beschaffung einer nachhaltigen, qualitätsgesicherten und aller während der Vertragslaufzeit eintretenden Lebenszykluskosten am besten Rechnung.

Wir unterbreiten deshalb folgenden Formulierungsvorschlag zu § 132 Absatz 2, Ziffer 5 (neu):

„5. durch Tarifabschlüsse der Sozialpartner auf Bundes- oder Landesebene während der Vertragslaufzeit Preisanpassungen durch Tarifierhöhungen notwendig werden.“

Impressum

BDSW BUNDESVERBAND DER SICHERHEITSWIRTSCHAFT

Friedrichstr. 149

10117 Berlin www.bdsw.de

Telefon +4930275785700

E-Mail mail@bdsw.de

Lobbyregisternummer: R001706

Ansprechpartner

GF RA Dr. Berthold Stoppelkamp

E-Mail stoppelkamp@bdsw.de