



Abschließende Mitteilung

an den Vorstand der
Bundesagentur für Arbeit

über die Prüfung

berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen
mit produktionsorientiertem Ansatz
(§§ 51 ff. SGB III)

Teil I: Kofinanzierung und Vergabe

Diese Prüfungsmitteilung enthält das vom Bundesrechnungshof abschließend im Sinne des § 96 Abs. 4 Satz 1 BHO festgestellte Prüfungsergebnis. Sie ist auf der Internetseite des Bundesrechnungshofes veröffentlicht (www.bundesrechnungshof.de)

Inhaltsverzeichnis		Seite
0	Zusammenfassung	3
1	Vorbemerkungen	5
1.1	Rechts- und Weisungslage	5
1.2	Statistische Daten und Finanzdaten	6
1.3	Ziel und Ablauf der Prüfung	6
2	Kofinanzierung	6
2.1	Ausgangslage	6
2.2	Feststellungen	7
2.3	Würdigung	10
2.4	Stellungnahme der Bundesagentur	12
2.5	Abschließende Würdigung	13
3	Vergabe	14
3.1	Ausgangslage	14
3.2	Feststellungen	15
3.2.1	Freihändige Vergaben	15
3.2.2	Öffentliche Ausschreibung	16
3.3	Würdigung	17
3.4	Stellungnahme der Bundesagentur	19
3.5	Abschließende Würdigung	19

0 Zusammenfassung

- 0.1 Die Bundesagentur für Arbeit (Bundesagentur) fördert seit dem Jahr 2013 berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen mit produktionsorientiertem Ansatz (BvB-Pro) auf Grundlage der §§ 51 ff. SGB III. Als Voraussetzung legte sie fest, dass sich Dritte mit mindestens 50 % an der Finanzierung beteiligen. Der Bundesrechnungshof hat mit Unterstützung des Prüfungsamtes des Bundes Hannover im Jahr 2015 die Kofinanzierung und Vergabe von BvB-Pro untersucht. Er hat im Wesentlichen Folgendes festgestellt:
- 0.2 Eine Regionaldirektion kofinanzierte ein Programm eines Landes zur Förderung berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen in Produktionsschulen mit insgesamt rund 8,5 Mio. Euro bezogen auf eine Laufzeit von drei Jahren.¹ Die Interessen der Bundesagentur als originärer Aufgabenträgerin der Förderung nach §§ 51 ff. SGB III wahrte sie dabei unzureichend. Die Bundesagentur stimmte ihre Förderbedingungen nicht hinreichend mit denen des Landes ab. Mehrere Maßnahmeträger sahen sich durch voneinander abweichende Vergütungsregelungen der Bundesagentur und des Landes benachteiligt. Einer der Träger klagte gegen die Bundesagentur. Der Rechtsstreit endete mit einem Vergleich, die Bundesagentur zahlte 22 666 Euro an den Träger.

Die Bundesagentur hat erwidert, ihre zuständige Regionaldirektion habe die Förderung mit dem Land abgestimmt. Das Land habe seine Förderkonditionen aber ohne Absprache mit der Regionaldirektion nachträglich geändert. Dies habe zu den festgestellten Problemen geführt. Seitdem hätten die Regionaldirektion und das Regionale Einkaufszentrum Vertragstexte hinsichtlich der Kofinanzierung durch Dritte eindeutig und unmissverständlich gestaltet. Die Bundesagentur werde ihre fachlichen Weisungen um den Hinweis ergänzen, dass zwischen den Kofinanzierern entsprechende Vereinbarungen zu treffen seien.

Der Bundesrechnungshof erwartet, dass die Bundesagentur künftige Beteiligungen an Landesprogrammen durch Abschluss von Verwaltungsver-

¹ Wert und Laufzeit der von der Bundesagentur vergebenen Aufträge einschließlich möglicher Optionen auf Vertragsverlängerungen.

einbarungen verbindlich und rechtssicher gestaltet (Nummer 2).

- 0.3 Das Land knüpfte die Zusammenarbeit mit der Bundesagentur an die Bedingung, dass das Regionale Einkaufszentrum (REZ) der Bundesagentur ausschließlich vom Land ausgewählte Bildungsträger beauftragte. Die Regionaldirektion hinterfragte nicht, ob die Auswahlentscheidungen des Landes fachlich begründet waren. Ob für die Aufträge grundsätzlich auch andere geeignete Träger in Betracht kamen, prüfte sie ebenfalls nicht. Den Angeboten der Träger lag ein vom REZ als Schätzwert ermittelter Kostensatz zugrunde. Das REZ vergab 39 Aufträge freihändig an die vom Land ausgewählten Träger.

Die Bundesagentur hat erwidert, sie sei nicht verpflichtet, alle trägergebundenen Kofinanzierungsangebote dahingehend zu prüfen, ob eine Auswahlentscheidung des Dritten sachlich begründet sei. Auf welcher Grundlage Kofinanzierungszusagen der Länder an die Unternehmen gebunden werden, sei keine Frage des Vergaberechts. Die Einkaufsorganisation der Bundesagentur werde aber verstärkt darauf hinwirken, Kofinanzierer vom Durchführen einer Öffentlichen Ausschreibung zu überzeugen. Ihre Geschäftsanweisung und ihr Fachkonzept wolle die Bundesagentur jedoch nicht entsprechend anpassen.

Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen nach §§ 51 ff. SGB III sind originäre Leistungen der Bundesagentur. Die Bundesagentur trägt die fachliche Verantwortung für das Erbringen dieser Leistungen. Insofern teilt der Bundesrechnungshof die Auffassung der Bundesagentur nicht. In der bisherigen Vergabep Praxis kofinanzierter BvB-Pro hat sich der Ausnahmefall der freihändigen Vergabe zum Regelfall entwickelt. Dem vergaberechtlichen Grundsatz des freien Wettbewerbs wird die Bundesagentur damit nicht gerecht. Ob es den REZ gelingt, mehr Wettbewerb herzustellen, bleibt abzuwarten.

Hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der festgestellten Vergabep Praxis bei trägergebundenen Kofinanzierungen besteht weiterhin ein Dissens. Der Bundesrechnungshof behält sich vor, den Aspekt getrennt von diesem Prüfungsverfahren weiterzuverfolgen (Nummer 3).

1 Vorbemerkungen

1.1 Rechts- und Weisungslage

Die Agenturen für Arbeit (Agenturen) können nach §§ 51 ff. SGB III förderungsbedürftige junge Menschen durch berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen fördern, um sie auf die Aufnahme einer Berufsausbildung vorzubereiten oder ihnen die berufliche Eingliederung zu erleichtern, wenn die Aufnahme einer Berufsausbildung wegen in ihrer Person liegender Gründe nicht möglich ist.

Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen mit produktionsorientiertem Ansatz (BvB-Pro) stellen eine besondere Form der Förderung dar, die die Bundesagentur für Arbeit (Bundesagentur) im Jahr 2012 ergänzend zu ihrem bestehenden Förderangebot entwickelte. Sie gab hierzu Geschäftsanweisungen und ein Fachkonzept heraus.² Den produktionsorientierten Ansatz definiert die Bundesagentur als „ein Lernarrangement für junge Menschen, in dem über einen kooperativ organisierten Arbeitsprozess individuelle Lernprozesse nachhaltig gefördert werden“.³ Die Maßnahmen sind auf die Förderung junger Menschen mit vielfältigen und schwerwiegenden Vermittlungshemmnissen ausgerichtet. Vorrangiges Ziel der Maßnahmen ist, junge Menschen auf eine berufliche Ausbildung vorzubereiten und sie in ein Ausbildungsverhältnis einzugliedern. Ist dies aus in der Person liegenden Gründen nicht möglich, soll die Maßnahme zur Aufnahme einer Beschäftigung auf dem Arbeitsmarkt führen.

In ihren Geschäftsanweisungen und dem Fachkonzept legte die Bundesagentur fest, dass sie BvB-Pro nur fördert, wenn sich Dritte (insbesondere Länder, ggf. auch Kommunen und weitere Dritte) mit mindestens 50 % an der Finanzierung beteiligen. Beim Einkauf der Maßnahmen hat die Bundesagentur das Vergaberecht anzuwenden.⁴ Die Maßnahmen be-

² Handlungsempfehlung / Geschäftsanweisung (HEGA) 11/2012 und Fachkonzept Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen mit produktionsorientiertem Ansatz (BvB-Pro) – beides vom 20. November 2012. Ihre bestehende Geschäftsanweisung Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen (BvB) gem. §§ 51 ff. SGB III passte die Bundesagentur entsprechend an.

³ Fachkonzept BvB-Pro, Nummer II.1.1.

⁴ Das nationale Vergaberecht ist im Haushaltsrecht verankert (§ 30 HGrG, § 55 BHO, VV-BHO § 55 i. V. m. der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A Abschnitt 1)).

schaft die Einkaufsorganisation der Bundesagentur.⁵

1.2 Statistische Daten und Finanzdaten

Die Regionalen Einkaufszentren (REZ) der Bundesagentur vergaben seit dem Jahr 2013 insgesamt 58 Aufträge für BvB-Pro. Der Schwerpunkt der Förderungen lag mit 40 der 58 Maßnahmen (69 %) im Bereich der Regionaldirektion A. An den Kosten von 39 der 40 Maßnahmen beteiligte sich das Land A.⁶ Eine Maßnahme kofinanzierte die Landeshauptstadt A außerhalb eines Landesprogramms.

Für die Förderung wendete die Bundesagentur nach eigenen Angaben 969 000 Euro im Jahr 2013 und 3,7 Mio. Euro im Jahr 2014 auf.⁷

1.3 Ziel und Ablauf der Prüfung

Der Bundesrechnungshof hat mit Unterstützung des Prüfungsamtes des Bundes Hannover im Februar und März 2015 die Kofinanzierung, Vergabe und Durchführung der BvB-Pro-Maßnahmen untersucht. Die Beauftragten haben örtliche Erhebungen bei zwei REZ, zwei Regionaldirektionen und drei Agenturen durchgeführt. Hierbei haben sie die von den REZ geführten Vergabeakten von vier Vergabeverfahren (IT-Verfahren PeP⁸ und ergänzende Dokumentation in Dateiablagen) sowie die Dateiablagen der Regionaldirektionen stichprobenweise ausgewertet und Gespräche mit Fach- und Führungskräften der REZ und der Regionaldirektionen geführt. In die örtlichen Erhebungen bei den Agenturen haben die Beauftragten neun Maßnahmen einbezogen. Sie haben u. a. Datensätze im IT-Verfahren COSACH, elektronisch geführte Akten sowie Dateiablagen stichprobenweise ausgewertet und Gespräche mit Fach- und Führungskräften geführt.

2 Kofinanzierung

2.1 Ausgangslage

Einzelne Länder – darunter die Länder A und B – förderten in eigener Zu-

⁵ Die Einkaufsorganisation der Bundesagentur besteht aus fünf Regionalen Einkaufszentren (REZ) und dem Zentraleinkauf im BA-Service-Haus.

⁶ Feststellungen des Bundesrechnungshofes mittels des IT-Verfahrens PeP der Bundesagentur.

⁷ Haushaltsausgaben lt. Mitteilung der Zentrale der Bundesagentur vom 5. Februar 2015.

⁸ Public electronic Procurement.

ständigkeit unabhängig von der Bundesagentur berufsvorbereitende Projekte bei Produktionsschulen, Jugendwerkstätten und anderen Einrichtungen. Das von der Bundesagentur auf Grundlage der §§ 51 ff. SGB III entwickelte Fachkonzept für berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen sah bis zum Jahr 2012 keine Förderung von Maßnahmen mit produktionsorientiertem Ansatz vor. Im Gesetzgebungsverfahren⁹ zur Instrumentenreform des SGB III rief der Bundesrat den Vermittlungsausschuss an. Die Länder forderten u. a., den Gesetzentwurf zu § 51 Absatz 2 Satz 1 SGB III dahingehend zu ergänzen, dass Maßnahmen nach anderen vergleichbaren Fachkonzepten förderungsfähig sein sollten, wenn die Bundesagentur diese Konzepte zulasse und sich Dritte mit mindestens 50 % an der Förderung beteiligten. Die Bundesregierung lehnte diesen Vorschlag ab, da sie keinen gesetzlichen Regelungsbedarf sah.¹⁰ Sie gab eine Protokollerklärung ab, in der sie verbindlich zusagte darauf hinzuwirken, dass die Bundesagentur ihr Fachkonzept dem Anliegen der Länder entsprechend anpasse.¹¹ Daraufhin blieb der Gesetzentwurf zu § 51 SGB III unverändert. Das vom Bundestag beschlossene Gesetz sieht keine Bestimmung zur Kofinanzierung durch Dritte vor.

In der Folge entwickelte die Bundesagentur ein eigenes Fachkonzept für BvB-Pro und legte in ihren Geschäftsanweisungen als Fördervoraussetzung fest, dass sich Dritte (insbesondere die Länder, ggf. auch Kommunen und weitere Dritte) mit mindestens 50 % an der Finanzierung beteiligen.

2.2 Feststellungen

Das Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales des Landes A (Ministerium A) legte im Jahr 2013 ein mit Mitteln des Europäischen Sozialfonds (ESF) kofinanziertes Förderprogramm „Produktionsschulen“ auf.¹² Ab dem Jahr 2014 setzte es die Förderung mit einem neuen Programm fort.¹³ Ge-

⁹ Gesetz zur Verbesserung der Eingliederungschancen am Arbeitsmarkt vom 20. Dezember 2011, Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 69 (vgl. Dokumentation des Gesetzgebungsverfahrens unter <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP17/361/36161.html>).

¹⁰ Bundestagsdrucksache 17/6853, Seite 19; Bundestagsdrucksache 17/7330.

¹¹ 890. Sitzung des Bundesrates am 25. November 2011, Plenarprotokoll Seite 562.

¹² Mitteilung des Ministeriums A vom 25. Februar 2013, Aktenzeichen II A 2.

¹³ Veröffentlichung des Ministeriums A vom 16. Mai 2014. Maßgeblich für die Förderung

gegenstand der Förderung waren berufsorientierende Bildungsmaßnahmen mit produktionsorientiertem Ansatz. Die Bundesagentur sollte die Maßnahmen kofinanzieren. Das Ministerium A traf hierzu eine Reihe von mündlichen Absprachen mit der Regionaldirektion A und dem REZ A. Eine schriftliche Verwaltungsvereinbarung über die gemeinsame Förderung schlossen die Regionaldirektion und das Ministerium nicht ab.

Das Land übernahm zunächst 60 % der Kosten, die Bundesagentur 40 %. Bei den im Jahr 2014 neu begonnenen Maßnahmen trug das Land 67 % der Kosten, die Bundesagentur 33 %. Nach den Vergabeunterlagen des REZ beteiligte sich die Bundesagentur insgesamt mit rund 8,5 Mio. Euro.¹⁴

Das Land wählte die zu beauftragenden Maßnahmeträger aus. Vorgesaltet war im Jahr 2014 ein Interessensbekundungsverfahren, das eine im Auftrag des Landes tätige Gesellschaft durchgeführt hatte.¹⁵ Die Dienststellen der Bundesagentur waren weder in das Interessensbekundungsverfahren noch in das Auswahlverfahren eingebunden.

Als monatlichen Kostensatz legte das Ministerium A pro Teilnehmer landesweit einen als marktkonform bezeichneten Betrag von 900 Euro fest. Das REZ hatte einen Auftragswert in nahezu gleicher Höhe kalkuliert.

Das REZ führte die Vergabe durch. Den Inhalt der Vergabeunterlagen stimmte es mit dem Ministerium ab.¹⁶ Für das REZ war maßgeblich, dass die von den Trägern angebotenen Maßnahmekonzepte dem Fachkonzept BvB-Pro der Bundesagentur entsprachen. Das REZ vergab die Aufträge freihändig an die vom Land ausgewählten Träger. § 27 Absatz 3 der Vertragsbedingungen für die im Jahr 2013 vergebenen Aufträge enthielt einen Hinweis auf die finanzielle Beteiligung des Landes. Die vom REZ mit den Trägern geschlossenen Verträge regelten ausschließlich die Rechtsbeziehung zwischen Träger und Bundesagentur.

Nach Abschluss dieser Verträge bewilligten die Landesbehörden den Trägern Zuwendungen nach §§ 23, 44 der Landeshaushaltsordnung. Die

war die ESF-Richtlinie B-18 des Landes A.

¹⁴ Auftragswerte des REZ einschließlich vereinbarter Optionen auf Vertragsverlängerungen. Das Land gewährte den Maßnahmeträgern Zuwendungen.

¹⁵ Bei den ersten Förderungen im Jahr 2013 hatte es kein Interessensbekundungsverfahren gegeben.

¹⁶ Das Ministerium A stimmte den Vergabeunterlagen mit E-Mail vom 4. Juni 2013 zu.

Landesbehörden stimmten die Zuwendungsbescheide weder im Vorfeld mit der Bundesagentur ab noch gaben sie sie ihr im Nachhinein zur Kenntnis.

Beim Durchführen der Maßnahmen stellten die Träger fest, dass die in den Zuwendungsbescheiden festgelegten Förderbedingungen des Landes zum Teil von den vertraglich mit der Bundesagentur geregelten Konditionen abwichen. Während die Bundesagentur jeden eingekauften Teilnehmerplatz unabhängig von der tatsächlichen Auslastung der Maßnahme vergütete, gewährte das Land seine Zuwendungen nur für Zeiträume, in denen die geförderten Teilnehmerplätze tatsächlich belegt waren. Mehrere Träger sahen sich hierdurch finanziell benachteiligt. Träger A klagte gegen die Bundesagentur und machte eine Forderung in Höhe von 24 300 Euro geltend.¹⁷ Die Klageschrift stellt u. a. darauf ab, dass nach den Vergabeunterlagen allein die Bundesagentur Teilnehmer in die Maßnahme zuweisen konnte und damit für eine Unterauslastung verantwortlich sei, die sich für den Träger zuwendungsmindernd auswirkte. In einem internen Vermerk bewertete die Regionaldirektion das Prozessrisiko als erheblich, ohne dies näher zu begründen.¹⁸ Eine von der Bundesagentur beauftragte Rechtsanwaltsgesellschaft wies die Forderung des Trägers zurück und verkündete gleichzeitig dem Land A den Streit mit der Aufforderung, dem Rechtsstreit auf Seiten der Beklagten beizutreten.¹⁹ Für die dem Träger entgangene Zuwendung sei allein das Land verantwortlich. Zudem habe sich der Träger nicht gegen den belastenden Zuwendungsbescheid des Landes zur Wehr gesetzt. Der beim Landgericht anhängige Rechtsstreit war zum Zeitpunkt unserer örtlichen Erhebungen noch nicht entschieden.

Das REZ prüfte bei einzelnen Trägern, ob sie die BvB-Pro wie vertraglich vereinbart durchführten. Es stellte dabei in mehreren Fällen fest, dass die Förderbedingungen des Landes von den Vertragsbedingungen der Bundesagentur abwichen.

¹⁷ Klageschrift vom 6. Juni 2014.

¹⁸ E-Mail vom 15. August 2014.

¹⁹ Klageerwidern und Streitverkündung vom 7. Oktober 2014.

2.3 Würdigung

Für die Förderung berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen nach §§ 51 ff. SGB III ist ausschließlich die Bundesagentur verantwortlich. Wesentliche Entscheidungen, wie die Auswahl der die Maßnahmen durchführenden Bildungsträger und die Festlegung der Maßnahmeinhalte, darf sie daher nicht Dritten überlassen.

Das Kofinanzieren berufsvorbereitender Bildungsmaßnahmen durch Dritte hat der Gesetzgeber - anders als bei der Berufseinstiegsbegleitung nach § 49 SGB III - nicht zwingend vorgeschrieben. Die Bundesagentur kann Dritte zwar finanziell an ihren Förderungen beteiligen. Voraussetzung dafür ist aber, dass sie die Vorgaben der §§ 51 ff. SGB III einhält und verantwortlich für die Maßnahmen bleibt. Der Dritte muss sich also an einer Förderung der Bundesagentur beteiligen - und nicht umgekehrt.

Die Tatsache, dass ein Dritter als Kofinanzierer einen höheren Anteil als 50 % der Maßnahmekosten und damit einen größeren Anteil als die Bundesagentur trägt, steht für sich allein betrachtet einer Zusammenarbeit der Bundesagentur mit dem Dritten nicht entgegen. Wird dies aber damit verbunden, dass der Dritte wesentliche Entscheidungen alleine trifft und die Bundesagentur die Entscheidungen des Dritten lediglich umsetzt, ohne selber Einfluss auf die Entscheidungen zu haben, so ist nicht mehr gewährleistet, dass die gesetzlichen Vorgaben erfüllt werden. Folglich ist eine solche Verfahrensweise nicht zulässig.

Die Zusammenarbeit der Bundesagentur mit einem Dritten bei der Förderung von berufsvorbereitenden Bildungsmaßnahmen nach §§ 51 ff. SGB III erfordert, dass die Bundesagentur die wesentlichen Verfahrensschritte eigenverantwortlich umsetzt. Dazu gehören insbesondere die folgenden Punkte:

- Die Bundesagentur bestimmt den Inhalt der Vergabeunterlagen und damit die vom Träger zu beachtenden Maßnahmebedingungen.
- Die Bundesagentur entscheidet über die im Einzelfall anzuwendende Vergabeart.
- Die Bundesagentur führt das Vergabeverfahren eigenverantwortlich durch.

- Die Bundesagentur begleitet das Durchführen der Maßnahmen und überprüft das Einhalten der vertraglichen Vereinbarungen.

Die Bundesagentur hat dabei die maßgeblichen gesetzlichen Bestimmungen, insbesondere die Vorgaben des SGB III und des Vergaberechts, einzuhalten. Selbstverständlich kann – und sollte – sie sich mit einem die Finanzierung mittragenden Dritten über alle entscheidenden Punkte verständigen. Dem Dritten kann sie dabei so weit entgegenkommen, wie es die gesetzlichen Bestimmungen und ihre Geschäftspolitik zulassen. Knüpft der Dritte seine finanzielle Beteiligung jedoch an unzulässige Bedingungen, muss die Bundesagentur auf den Dritten als Kofinanzierer verzichten. Eine solche unzulässige Bedingung stellt es z. B. dar, wenn ein Dritter die Entscheidung für einen bestimmten Träger fordert und diese Entscheidung mit dem Vergaberecht nicht vereinbar ist.

Die Bundesagentur hat trägergebundene Kofinanzierungsangebote daraufhin zu prüfen, ob die Auswahlentscheidung des Dritten sachlich begründet ist. Die getroffenen Feststellungen sind zu dokumentieren. Soweit für den Auftrag grundsätzlich auch andere geeignete Träger in Betracht kommen, hat sie darauf hinzuwirken, dass der Kofinanzierer einem wettbewerblichen Verfahren zustimmt. Gelingt dies nicht – bleibt also der potenzielle Kofinanzierer bei seiner Bedingung, sich nur finanziell an der Maßnahme zu beteiligen, wenn der von ihm ausgewählte Träger den Auftrag erhält – darf die Bundesagentur das Kofinanzierungsangebot nicht annehmen. Andernfalls verstieße sie gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts und damit gegen Wettbewerbsgrundsätze.

Das REZ handelte bei der Zusammenarbeit mit dem Land A vergaberechtswidrig, indem es die Maßnahmen an die vom Land A vorgegebenen Träger vergab, ohne zu prüfen, ob es auch andere geeignete Träger für die zu vergebenden Maßnahmen gegeben hätte. Daran ändert auch die Tatsache nichts, dass die Maßnahmekonzepte der vom Land ausgewählten Träger dem Fachkonzept BvB-Pro der Bundesagentur entsprachen. Das REZ hätte vielmehr zusätzlich prüfen müssen, ob für den Auftrag grundsätzlich auch andere als die vom Land A ausgewählten Träger in Betracht kamen. Das Ergebnis dieser Prüfung hätte es dokumentieren

müssen. Hätte es auch andere geeignete Träger gegeben, so hätte das REZ ein wettbewerbliches Verfahren durchführen müssen. Hätte das Land A in diesem Fall sein Kofinanzierungsangebot zurückgezogen, hätte das REZ in letzter Konsequenz auf das Land A als Kofinanzierer verzichten müssen.

Kommt es zu einer Zusammenarbeit mit dem Dritten, so hat die Bundesagentur ihre Förderkonditionen mit den Förderkonditionen des Dritten hinreichend abzustimmen und das Ergebnis dieser Abstimmung schriftlich festzuhalten. Nur so lässt sich das ordnungsgemäße Durchführen der Maßnahmen gewährleisten.

Indem die Regionaldirektion A solche Abstimmungen mit dem kofinanzierenden Land unterließ, riskierte sie Störungen beim Durchführen der Maßnahmen. Darüber hinaus nahm sie – bewusst oder unbewusst, jedoch in beiden Fällen vorwerfbar – gerichtliche Auseinandersetzungen und damit verbundene finanzielle Nachteile in Kauf, die letztlich die Beitragszahler zu tragen haben.

Wir haben die Bundesagentur gebeten mitzuteilen, was sie veranlassen werde, um sicherzustellen, dass ihre Dienststellen künftig bei der Zusammenarbeit mit Dritten als Kofinanzierern von Maßnahmen die gesetzlichen Bestimmungen einhalten und ein störungsfreies Durchführen der Maßnahmen gewährleisten.

Ferner haben wir gebeten, uns über den Ausgang der Verfahren mit dem Maßnahmeträger A und dem Land A zu unterrichten.

2.4 Stellungnahme der Bundesagentur

Die Bundesagentur hat erwidert, sie sei nicht verpflichtet, alle trägergebundenen Kofinanzierungsangebote dahingehend zu prüfen, ob eine Auswahlentscheidung des Dritten sachlich begründet sei. Bei einer öffentlichen Kofinanzierung sei das Einhalten der maßgeblichen Zuwendungsbestimmungen mit etwaigen Regularien für ein Auswahlverfahren ausschließlich Sache des Zuwendungsgebers. Die Festlegung, dass der Auftragnehmer über eine Kofinanzierung durch Dritte in Höhe von mindestens 50 % verfügen muss, falle in das Leistungsbestimmungsrecht der Bundesagentur. Auf welcher Grundlage Kofinanzierungszusagen der Länder

an die Unternehmen gebunden werden, sei keine Frage des Vergaberechts und werde daher nicht durch die Regionalen Einkaufszentren der Bundesagentur geprüft. Das Bundesministerium für Arbeit und Soziales teile diese Rechtsauffassung.

Die Einkaufsorganisation der Bundesagentur werde allerdings verstärkt darauf hinwirken, Kofinanzierer von der Durchführung einer Öffentlichen Ausschreibung zu überzeugen. Die Entscheidung des Kofinanzierers hinsichtlich der Trägersauswahl sei in der Vergabeakte zu dokumentieren. Dort müsse ersichtlich sein, dass die Bundesagentur alle zumutbaren Versuche unternommen habe, beim Kofinanzierer ein wettbewerbliches Verfahren durchzusetzen. Den fachlichen Konsens mit dem kofinanzierenden Land hätten die Regionaldirektionen herzustellen.

Die zuständige Regionaldirektion habe die maßgeblichen Absprachen mit dem Land per E-Mail dokumentiert. Das Land sei von getroffenen Absprachen abgewichen, ohne dies mit der Regionaldirektion zu kommunizieren. Dies habe zu den festgestellten Problemen geführt. Die Bundesagentur habe vor dem Landgericht mit dem Träger einen Vergleich über die Zahlung von 22 666 Euro geschlossen. Dies sei die einzige umsetzbare Möglichkeit gewesen, weitere Forderungen zu vermeiden. Das Land in Anspruch zu nehmen, sei nicht erfolgversprechend gewesen. Die Bundesagentur hat eingeräumt, dass die Zahlung als Vermögensschaden betrachtet werden könne. Seitdem hätten die Regionaldirektion und das Regionale Einkaufszentrum Vertragstexte hinsichtlich der Kofinanzierung durch Dritte eindeutig und unmissverständlich gestaltet. Die Bundesagentur werde ihre fachlichen Weisungen um den Hinweis ergänzen, dass zwischen den Kofinanzierern entsprechende Vereinbarungen zu treffen seien.

2.5 Abschließende Würdigung

Berufsvorbereitende Bildungsmaßnahmen nach §§ 51 ff. SGB III sind originäre Leistungen der Bundesagentur. Die Bundesagentur trägt die fachliche Verantwortung für das Erbringen dieser Leistungen. Dazu gehört u. a. auch die Auswahl der durchführenden Bildungsträger. Insofern greift der Hinweis der Bundesagentur auf entgegenstehende Regularien kofinanzierender Dritter nicht.

Das Vorhaben der Einkaufsorganisation, gegenüber Kofinanzierern verstärkt auf eine öffentliche Ausschreibung der Aufträge hinzuwirken, betrachten wir als zielführend. Wir empfehlen der Bundesagentur, diesen Ansatz mit Nachdruck zu verfolgen.

Unsere Prüfung hat gezeigt, dass allein per E-Mail dokumentierte Absprachen nicht ausreichen, um ein ordnungsgemäßes Durchführen von Förderprogrammen im Interesse der Bundesagentur sicherzustellen. Der Bundesrechnungshof erwartet, dass die Bundesagentur künftige Kofinanzierungen von Landesprogrammen durch Abschluss von Verwaltungsvereinbarungen verbindlich und rechtssicher gestaltet.

3 Vergabe

3.1 Ausgangslage

Bei der Vergabe von Aufträgen für Maßnahmen der Arbeitsförderung nach dem SGB III hat die Bundesagentur das Vergaberecht anzuwenden.²⁰ Aufträge sind grundsätzlich öffentlich auszuschreiben. Ein wettbewerbliches, transparentes und nicht diskriminierendes Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge soll insbesondere eine wirtschaftliche und sparsame Verwendung der Haushaltsmittel gewährleisten. Eine vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung abweichende Freihändige Vergabe ist u. a. zulässig, wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt (§ 3 Absatz 5 Buchstabe I VOL/A). Nach den Erläuterungen zur VOL/A²¹ umfasst dieser Ausnahmetatbestand die Fälle, bei denen faktisch und rechtlich nur ein Unternehmen für die zu erbringende Leistung in Betracht kommen kann und der Versuch, einen Wettbewerb zu veranstalten, zu nicht mehr als einem Angebot führen würde. Ein solcher Fall kann auch vorliegen, wenn sich eine vorteilhafte Gelegenheit bietet, eine Leistung wirtschaftlicher als bei einer Öffentlichen oder Beschränkten Ausschreibung zu beschaffen. Eine vorteilhafte Gelegenheit liegt nur dann vor, wenn sich diese Beschaffungsmöglichkeit nur einmalig oder nur sehr kurzfristig bietet, die zudem noch Verkaufspreise unterhalb

²⁰ § 55 BHO, VV-BHO § 55 i. V. m. der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A – Abschnitt 1).

²¹ Siehe Anhang IV VOL/A.

der üblichen Einkaufspreise für den Auftraggeber verspricht.²²

In ihren Geschäftsanweisungen und ihrem im Internet veröffentlichten²³ Fachkonzept BvB-Pro legte die Bundesagentur fest, dass Aufträge in Verantwortung der Bundesagentur nach der VOL/A zu vergeben sind. Soweit ein Kofinanzierer das Einbringen seiner Geldmittel mit der Bedingung verknüpfe, dass ein bestimmter Träger zu beauftragen sei und es sich um eine vorteilhafte Gelegenheit handle, könne eine freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 Buchst. I VOL/A in Betracht kommen. Voraussetzung dafür sei, dass der Träger ein grundsätzlich marktkonformes Preisniveau anbiete. Anderenfalls sei der Auftrag öffentlich auszuschreiben.²⁴

Bis zum Zeitpunkt unserer örtlichen Erhebungen vergaben die REZ bundesweit 58 Aufträge für BvB-Pro. Dabei wichen sie in 55 Fällen vom Grundsatz der öffentlichen Ausschreibung ab und vergaben die Aufträge freihändig. In 54 Fällen (93 % von 58 Vergaben) begründeten sie die freihändige Vergabe damit, dass für den Auftrag nur ein Unternehmen in Betracht käme. In einem Fall vermerkte das REZ als Begründung für die Freihändige Vergabe, dass bei einer erneuten öffentlichen Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis zu erwarten sei.

In unsere örtlichen Erhebungen bezogen wir neben den unter Nummer 2 genannten Vergaben des REZ A zwei weitere Vergabevorgänge ein.

3.2 Feststellungen

3.2.1 Freihändige Vergaben

Bei der unter Nummer 2.2 dargestellten Zusammenarbeit mit dem Land A hinterfragte die Regionaldirektion A nicht, ob die Auswahlentscheidungen des Landes für bestimmte Träger fachlich begründet waren. Die Regionaldirektion A war an dem Auswahlverfahren nicht beteiligt (siehe Nummer 2.2). Ob für die Aufträge grundsätzlich auch andere geeignete Träger in Frage kamen, untersuchte sie nicht.

Das REZ A vergab 39 Aufträge freihändig an die vom Land ausgewählten Träger. Den Angeboten der Träger lag der vom Land vorgegebene monat-

²² Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 08.05.2002 – Az.: Verg 5/02.

²³ www.arbeitsagentur.de, Suchbegriff „Fachkonzept BvB-Pro“.

²⁴ Nummer 2 der HEGA 11/2012 und Nummer I des Fachkonzepts BvB-Pro.

liche Kostensatz von 900 Euro pro Teilnehmer zugrunde. Der Kostensatz war kein realer Marktpreis; er galt für unterschiedliche Träger aus verschiedenen Regionen des Landes A, die jeweils eigene Konzepte für das Durchführen der Maßnahmen entwickelt hatten.

Das REZ hielt in seinem Vergabevermerk fest, das Kofinanzierungsangebot des Landes stelle eine vorteilhafte Gelegenheit dar. Der Gesamtpreis entspräche dem Marktpreis, der bei Ausschreibung einer vergleichbaren Leistung zu erwarten wäre, so dass die Bundesagentur Haushaltsmittel in Höhe des Kofinanzierungsanteils des Landes einsparen könnte.

Bei einer anderen BvB-Pro außerhalb dieses Förderprogramms des Landes A war die Landeshauptstadt A Kofinanzierer. Sie knüpfte ihre Kofinanzierung in Höhe von rund 58 % der Maßnahmekosten an die Bedingung, dass die Bundesagentur einen bestimmten Träger mit der Maßnahme beauftragte, bei dem die Landeshauptstadt A Hauptgeschäftsführer war. Als monatliche Kosten pro Teilnehmer veranschlagte die Landeshauptstadt A 760 Euro. Das REZ A beauftragte den von der Landeshauptstadt A vorgegebenen Träger mittels Freihändiger Vergabe. Es begründete die Wahl der Vergabeart mit dem Vorliegen einer vorteilhafter Gelegenheit und der Marktüblichkeit des Preises.

3.2.2 Öffentliche Ausschreibung

Die Regionaldirektion B schloss mit dem Ministerium für Arbeit und Soziales des Landes B (Ministerium B) eine Kooperationsvereinbarung für ein Pilotprojekt zur Förderung von BvB-Pro.²⁵ In der Vereinbarung sagte das Ministerium B eine Kofinanzierung aus Mitteln des ESF zu. Die Regionaldirektion B und das Ministerium B kalkultierten mit einem monatlichen Höchstförderbetrag von 800 Euro pro Teilnehmer. Die Vereinbarung sah eine öffentliche Ausschreibung durch die Bundesagentur vor. Das REZ B schätzte den Auftragswert auf monatlich 650 Euro pro Teilnehmer. Es schrieb die Pilotmaßnahme öffentlich aus und erhielt Angebote von vier Bildungsträgern. Den Zuschlag erhielt ein Angebot zu einem Preis von monatlich rund 445 Euro pro Teilnehmer. Das Land beteiligte sich zu 50 % an den Kosten der Maßnahme.

²⁵ Kooperationsvereinbarung vom 25. Februar 2013.

3.3 Würdigung

Die Bundesagentur legt in ihrer Geschäftsanweisung und in ihrem Fachkonzept BvB-Pro dar, unter welcher Voraussetzung ihrer Ansicht nach bei trägergebundenen Kofinanzierungsangeboten der Ausnahmetatbestand des § 3 Absatz 5 Buchstabe I VOL/A in Betracht kommen kann. Voraussetzung soll sein, dass der Träger ein grundsätzlich marktkonformes Preisniveau anbietet.

Diese Darstellung ist zumindest irreführend, wenn sie nicht sogar in die falsche Richtung weist. Hierdurch präjudiziert die Bundesagentur nämlich die Freihändige Vergabe von BvB-Pro. In der Vergabep Praxis der REZ entwickelte sich der vom Wettbewerbsgrundsatz abweichende Ausnahmefall der Freihändigen Vergabe zum Regelfall. Die REZ begründeten 93 % der Vergaben von BvB-Pro damit, dass für den Auftrag nur ein Unternehmen in Betracht käme.

Zunächst einmal ist es zumindest schwierig – wenn nicht in manchen Fällen sogar unmöglich – von einem marktkonformen Preis für eine Maßnahme zu sprechen, wenn man keinen Wettbewerb eröffnet hat und der Markt damit für den konkreten Fall keinen Preis hervorgebracht hat. Aber selbst wenn man auch ohne Wettbewerb einen marktkonformen Preis annehmen könnte, so kann die Wettbewerbssituation letztlich zu günstigeren und wirtschaftlicheren Angeboten führen. Die dargestellte öffentliche Ausschreibung des REZ B ist ein Beispiel dafür. Sowohl die Regionaldirektion als auch das Land B kalkulierten mit einem monatlichen Höchstförderbetrag von 800 Euro pro Teilnehmer. Den Zuschlag erhielt schließlich ein Träger, der einen monatlichen Kostensatz von 445 Euro pro Teilnehmer anbot.

Die Bundesagentur hat in ihrer Geschäftsanweisung und in ihrem Fachkonzept BvB-Pro die Voraussetzungen für das Vorliegen des Ausnahmetatbestandes des § 3 Absatz 5 Buchstabe I VOL/A dringend zu überarbeiten. Die bisherigen Fassungen erklären, warum die Dienststellen der Bundesagentur unter Berufung auf diese Vorschriften den Ausnahmefall der Freihändigen Vergabe vergaberechtswidrig zum Regelfall machten. Die Bundesagentur sollte in ihrer Geschäftsanweisung und in ihrem Fachkonzept BvB-Pro auf das auch für sie geltende Regel-Ausnahme-Verhältnis

von Öffentlicher Ausschreibung und Freihändiger Vergabe mit Nachdruck hinweisen und deutlich machen, dass die Freihändige Vergabe nur unter eng auszulegenden Voraussetzungen durchgeführt werden darf. Dabei sollte sie für verschiedene Fallgestaltungen differenziert darstellen, wie die Bundesagentur den Wettbewerb zwischen potentiellen Bietern gewährleisten kann und damit zugleich den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung trägt.

Das REZ A begründete das Abweichen vom Regelverfahren der öffentlichen Ausschreibung bei Vergabe der vom Land A kofinanzierten Maßnahmen nicht schlüssig. Die Regionaldirektion A und das REZ A klärten nicht, ob für die Aufträge grundsätzlich auch andere geeignete Träger in Frage kamen. Der vom REZ angenommenen Marktüblichkeit der Preise steht die Tatsache entgegen, dass den Angeboten ein vom Land A vorgegebener einheitlicher Kostensatz zugrunde lag. Gegen eine Marktüblichkeit spricht auch, dass die Landeshauptstadt A in einem gesonderten Vergabeverfahren zu einer vergleichbaren BvB-Pro mit deutlich niedrigeren Kosten kalkulierte.²⁶

Das Ergebnis der öffentlichen Ausschreibung durch das REZ B zeigt zudem, dass der Kreis möglicher Bieter nicht eingeschränkt ist und ein freier Wettbewerb erhebliche Auswirkungen auf die Preisbildung am Markt hat, von denen die Bundesagentur als Kostenträger profitieren kann.

Die Bundesagentur hat den im Vergaberecht normierten Vorrang der Öffentlichen Ausschreibung zu beachten. Diese Vergabeart soll einen möglichst breiten Wettbewerb eröffnen und die Transparenz des Verfahrens gewährleisten. Ein Abweichen vom Wettbewerbsgrundsatz ist nur in Ausnahmefällen zulässig. Hierbei ist ein strenger Maßstab anzulegen. Die REZ müssen darauf achten, dass sie nicht unbegründet von einem wettbewerblichen Verfahren abweichen, z. B. weil ein Dritter seine Kofinanzierung an bestimmten Bedingungen knüpft. Sie dürfen den Wettbewerb einschränkende Bedingungen von Dritten nicht allein wegen eines wirtschaftlichen Vorteils akzeptieren. Sie müssen vielmehr prüfen, ob tatsächlich ein sachlich begründetes Alleinstellungsmerkmal gegeben ist.

²⁶ vgl. Nummer 3.2.1 letzter Absatz.

Wir haben der Bundesagentur empfohlen, den Vorrang des wettbewerblichen Verfahrens in ihren Geschäftsanweisungen und ihrem Fachkonzept BvB-Pro deutlicher als bisher hervorzuheben.

Das Beispiel der Regionaldirektion B zeigt, dass in Zusammenarbeit mit einem Land eine Öffentliche Ausschreibung in Verantwortung der Bundesagentur möglich ist und aufgrund des eröffneten Wettbewerbs zu wirtschaftlicheren Ergebnissen führen kann als im Vorfeld von der Bundesagentur und dem Kofinanzierer angenommen.

3.4 Stellungnahme der Bundesagentur

Die Bundesagentur hat erwidert, dass es sich bei dem Kostensatz von 900 Euro pro Teilnehmer und Monat um einen Schätzwert handle, den ihr Regionales Einkaufszentrum auf Grundlage von Erfahrungswerten ermittelt habe. Sie gehe davon aus, dass im Wettbewerb kein wirtschaftlicheres Ergebnis zu erzielen gewesen sei. In einem singulären wettbewerblichen Verfahren könne es immer wieder zu einer Unterschreitung des Schätzwertes kommen. Dies bedeute jedoch nicht per se, dass das Wettbewerbsergebnis den Marktpreis darstelle.

Unserer Empfehlung, den Vorrang des wettbewerblichen Verfahrens in den Geschäftsanweisungen und in dem Fachkonzept BvB-Pro deutlicher als bisher hervorzuheben, ist die Bundesagentur nicht gefolgt. Das Fachkonzept sei mit dem BMAS und den Ländern abgestimmt.

3.5 Abschließende Würdigung

In der bisherigen Vergabepraxis kofinanzierter BvB-Pro hat sich der Ausnahmefall der freihändigen Vergabe zum Regelfall entwickelt. Dem vergaberechtlichen Grundsatz des freien Wettbewerbs wird die Bundesagentur damit nicht gerecht. Im Übrigen gehen wir davon aus, dass wettbewerbliche Verfahren eher zu wirtschaftlichen Ergebnissen führen als freihändige Vergaben auf der Grundlage von Schätzwerten.

Die Bundesagentur hat zwar dargestellt, dass ihre Einkaufsorganisation künftig verstärkt auf öffentliche Ausschreibung hinwirken werde (Nummer 2.4). Ihre Geschäftsanweisung will die Bundesagentur in diesem Punkt jedoch nicht anpassen. Es bleibt abzuwarten, ob es der Einkaufsorganisation unter diesen Voraussetzungen gelingt, tatsächlich mehr Wettbewerb herzustellen.

Hinsichtlich der Ordnungsmäßigkeit der festgestellten Vergabepaxis bei trägergebundenen Kofinanzierungen besteht weiterhin ein Dissens. Wir behalten uns vor, diesen Aspekt getrennt von diesem Prüfungsverfahren weiterzuverfolgen.

Klostermann

Schneider