

Freiburg/Berlin, den 28.09.2015

Stellungnahme der Fachverbände für Menschen mit Behinderung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergabemodernisierungsgesetz)

Einführung

Die Fachverbände haben große Sorge, dass bei der aktuellen Reform des deutschen Vergaberechts und der Umsetzung der entsprechenden EU-Richtlinien die Anwendung des Vergaberechts in einer Weise favorisiert wird, dass Teilhabeleistungen für Menschen mit Behinderung zukünftig ausgeschlossen werden.

Die zugrundeliegenden EU-Vergaberichtlinien¹ ermöglichen es, den Bereich der Leistungen der Rehabilitation und Teilhabe als grundgesetzlich der Fürsorge zugeordneten Bereich von der Anwendung des Vergaberechts gänzlich auszunehmen. Hiermit würden das Wunsch- und Wahlrecht der Menschen mit Behinderung gestärkt und verlässliche und dauerhafte Unterstützungsstrukturen ermöglicht.

Der Gesetzgeber sollte aktiv dem Eindruck entgegenwirken, dass durch die neuen Regelungen die Zulässigkeit von öffentlichen Ausschreibungen erweitert werden soll. Es ist nicht das EU-Recht, das öffentliche Ausschreibungen für soziale Leistungen verlangt, sondern es sind die entsprechenden Regelungen des deutschen Gesetzgebers². Die EU-Vergaberichtlinien weisen in ihren Erwägungsgründen ausdrücklich darauf hin, dass nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen bzw. Dienstleistungen für die Allgemeinheit und Zulassungssysteme nicht vom Vergaberecht berührt werden sollen. Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zum VergModG überträgt diese Regelung aber nicht vollständig in das deutsche Vergaberecht. Um Rechtssicherheit für Menschen mit Behinderung herzustellen, sollte die Gesetzesbegründung ausdrücklich offene Zulassungssysteme für die Erbringung von sozialen Dienstleistungen benennen und von der Anwendung des Vergaberechts ausschließen. Die Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe im SGB IX sollten gesetzlich ausdrücklich so geregelt werden, dass die Erbringung dieser

¹ Der vorliegende Regierungsentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts (RegE VergModG) vom 06. Juli 2015 setzt die EU-Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU um.

² Unterrichtung durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales zur Anwendung des Vergaberechts nach § 46 SGB III und hier insbesondere zur Zukunft der Integrationsfachdienste vom 25.11.2010: BT-Ausschussdrucksache 17(11)345



**Caritas Behindertenhilfe
und Psychiatrie e.V.**

Karlstraße 40
79104 Freiburg
Telefon 0761 200-301
Telefax 0761 200-666
cbp@caritas.de



Bundesvereinigung Lebenshilfe e.V.

Leipziger Platz 15
10117 Berlin
Telefon 030 206411-0
Telefax 030 206411-204
bundesvereinigung@lebenshilfe.de



**Bundesverband anthroposophisches
Sozialwesen e.V.**

Schloßstraße 9
61209 Echzell-Bingenheim
Telefon 06035 81-190
Telefax 06035 81-217
bundesverband@anthropoi.de



**Bundesverband evangelische
Behindertenhilfe e.V.**

Invalidenstr. 29
10115 Berlin
Telefon 030 83001-270
Telefax 030 83001-275
info@beb-ev.de



**Bundesverband für körper- und
mehrfachbehinderte Menschen e.V.**

Brehmstraße 5-7
40239 Düsseldorf
Telefon 0211 64004-0
Telefax 0211 64004-20
info@bvkm.de

Leistungen im sozialrechtlichen Dreieck in einem offenen Zulassungssystem durch Leistungsbeziehungen zwischen den Rehabilitationsträgern und Leistungserbringern erfolgt. Es ist den Fachverbänden wichtig, dass Menschen mit Behinderung den von ihnen gewünschten Leistungsanbieter wählen können und nicht der Kostenträger diesen für sie im Wege einer öffentlichen Ausschreibung bestimmt.

1. Wunsch und Wahlrecht der Menschen mit Behinderung mittels des „sozialrechtlichen Dreiecks“ stärken

Das Wunsch- und Wahlrecht des Leistungsberechtigten nach § 9 SGB IX soll für die Wahl des Leistungsanbieters weiterhin ausschlaggebend sein. Es darf nicht durch den Leistungsträger als öffentlichem Auftraggeber ausgehebelt werden.

Mit Erwägungsgrund 114 der EU RL 2014/24/EU steht es Kostenträgern sozialer Dienstleistungen „auch künftig frei, diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen. Voraussetzung dafür ist, dass ein solches System eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.“

Damit besteht – auch vergaberechtlich – weiterhin die Möglichkeit, soziale Dienstleistungen wie z. B. Teilhabeleistungen, Leistungen der Eingliederungshilfe, der Gesundheitsversorgung, der Altenpflege, der Kinder- und Jugendhilfe und der medizinischen und beruflichen Rehabilitation auch zukünftig im sog. „sozialrechtlichen Dreieck“ zu organisieren und von der Anwendung des Vergaberechts auszuschließen.

Transparenz und Gleichbehandlung werden in dieser Form der Leistungserbringung durch Qualitätsstandards in öffentlich-rechtlichen Verträgen sichergestellt. Den Wettbewerb gestaltet der leistungsberechtigte Mensch mittels seines Wunsch- und Wahlrechtes.

2. Definition von öffentlichen Aufträgen gemäß § 103 GWB-E

Die Begründung zu § 103 GWB-E erläutert die Definition des öffentlichen Auftrags und grenzt diesen von anderen Beschaffungsvorgängen ab. Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe, die im sozialrechtlichen Dreieck erfolgen, werden nicht explizit benannt. Das Gesetz selbst nimmt keine Eingrenzung vor.

Gleichwohl sieht der Erwägungsgrund 4 der EU-Vergaberichtlinie (EU RL 2014/24/EU) eine Ausnahme für Zulassungssysteme ohne Selektivität sowie der Erwägungsgrund 6 der EU-Vergaberichtlinie (EU RL 2014/24/EU) eine solche für die Erbringung von nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse vor. Der Erwägungsgrund 13 der EU-Konzessionsrichtlinie (EU RL 2014/23/EU), der sich auf Zulassungssysteme im sozialrechtlichen Dreieck bezieht, ist ebenfalls nicht an dieser Stelle aufgenommen. Die Umsetzung der EU-Richtlinien ist daher in Bezug auf § 103 GWB-E unzureichend.

Es wird vorgeschlagen, eine genaue Abgrenzung zwischen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Aufträgen und ausschreibungsfreien Aufträgen vorzunehmen, und zwar in § 103 GWB-E oder zumindest in der Begründung wie folgt:

- Ein öffentlicher Auftrag liegt nicht vor, wenn das offene Zulassungssystem objektiv geeigneten Leistungserbringern den Zugang zur Marktteilnahme eröffnet und die Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen im sozialrechtlichen Dreieck erfolgt. Dies entspricht den Erwägungsgründen 4 und 6 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24.

3. Sicherstellung der Leistungserbringung im sozialrechtlichen Dreieck

Im Rahmen der aktuellen Umsetzung des europäischen Vergaberechtes in deutsches Recht ist sicherzustellen, dass der europarechtliche Ausnahmetatbestand vom Vergaberecht nicht durch eine falsche Formulierung und Einschränkung auf ein sog. „sozialhilferechtliches Dreieck“³ verkürzt wird, sondern mit dem „sozialrechtlichen Dreieck“⁴ auch die Rehabilitation im SGB IX und die Sozialversicherungssysteme insgesamt davon erfasst werden.

Auf der Grundlage individueller Rechtsansprüche ist sicherzustellen, dass das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten nicht durch den Leistungsträger zugunsten exklusiver Leistungserbringer ausgehöhlt wird. Niemand möchte seinen Hausarzt oder seine Teilhabeleistungen künftig aufgrund vergaberechtlicher Zuschläge zugewiesen erhalten.

4. Tarifliche Entlohnung ist als wirtschaftlich anzusehen

Wettbewerbsverzerrende Kriterien sind im Vergaberecht auszuschließen. Soziale Dienstleistungen sind im Vergleich zu anderen Dienstleistungen in der Regel sehr personalintensiv, sodass der Preis wesentlich durch die Personalkosten bestimmt wird. Es ist daher gesetzlich sicherzustellen, dass eine tarifliche oder kirchenarbeitsrechtliche Entlohnung von Mitarbeitenden sowohl im Vergabeverfahren als auch im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht als unwirtschaftlich angesehen wird. Im Vergabeverfahren muss dann entsprechend bei der Bewertung des Angebotspreises ein aus der tariflichen Entlohnung stammender Gebotspreisunterschied um die Lohkostenunterschiede bereinigt werden. Andernfalls ist das wirtschaftsrechtliche Gebot der Nichtdiskriminierung – insbesondere mit Blick auf privatwirtschaftlich, tariflich ungebundene Anbieter – nicht realisiert.

Bei quantitativ vorgeschriebenem Personal erfolgt ein Wettbewerb um Dumpinglöhne und prekäre Arbeitsverhältnisse. Dieser steigert mitnichten die Qualität und Effizienz sozialer Leistungserbringung.

³ Die von der EU-Richtlinie (Erwägungsgrund 114 der EU RL 2014/24/EU) abweichende Begründung zu § 103 RegE VergModG spricht nunmehr vom „sozialhilferechtlichen Dreieck“ und würde in der Konsequenz nur die Leistungserbringung in der Sozialhilfe erfassen und nicht die in der Rehabilitation im System der Sozialversicherungsträger. Auf Nachfragen wird dies einhellig als redaktioneller Fehler kommuniziert. Diesen gilt es – aufgrund seiner möglichen Auswirkungen – unbedingt im weiteren parlamentarischen Gesetzgebungsverfahren zu korrigieren.

⁴ So noch der Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, April 2015, Begründung zu § 105 Abs. 1, Seite 90.

5. Vergaberecht unterhalb des Schwellenwertes europarechtlich ausrichten

Eine aktuelle Umfrage unter gemeinnützigen Anbietern sozialer Dienstleistungen in Caritas und Diakonie hat ergeben, dass die überwiegende Mehrzahl der Aufträge unter dem Volumen von 750.000 € liegt. Die Anhebung des Schwellenwertes von 207.000 € auf 750.000 € führt deshalb in den meisten Fällen zur weiteren bzw. im Vergleich zu heute erheblich ausgedehnten Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL), die die Besonderheiten sozialer Dienstleistungen nicht berücksichtigen. Die VOL zielt auf eine reine Kostenbetrachtung und nicht auf Qualitätskriterien. Die von der EU angestrebte Ausrichtung auf die Besonderheiten sozialer Dienste und die Belange der Menschen mit Behinderung läuft damit auf der deutschen Ebene ins Abseits. Es wird daher dringend vorgeschlagen, die EU-rechtlichen Grundsätze in die VOL einzuführen bzw. diesen Grundsätzen Vorrang zu gewähren.

Möglich und im Sinne der Menschen mit Behinderung als Nutzer sozialer Dienstleistungen sinnvoll und europarechtlich unproblematisch wäre es auch, den Schwellenwert für Sozialdienstleistungen niedriger anzusetzen als in der Richtlinie vorgesehen⁵.

Die Fachverbände schließen sich diesbezüglich den Ausführungen der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege in ihrer Stellungnahme vom 24. Juni 2015 an.

6. Rechtsweg

Für die Rechtsstreitigkeiten beim Vergabeverfahren ist nach § 171 GWB-E die ordentliche Gerichtsbarkeit zuständig. Da die öffentlich-rechtlichen Ansprüche der Leistungsberechtigten und die öffentlich-rechtlichen Verträge der Leistungsanbieter die Grundlage der Erbringung von sozialen Leistungen sind, die sozialrechtlich geregelt sind, schlagen die Fachverbände vor, für diese Fälle den Rechtsweg zur Verwaltungsgerichtsbarkeit zu eröffnen.

Für die Fachverbände für Menschen mit Behinderung



Johannes Magin

1. Vorsitzender

Caritas Behindertenhilfe und Psychiatrie e.V.

⁵ Stellungnahme der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege (BAG FW) zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe sowie der Richtlinie 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe