

Vergabeverfahren im Sozialwesen - Fremdkörper oder Garant für Wettbewerb?

ConSozial 2018
Fachvortrag 16

Dr. Friederike Mussnug
Diakonie Deutschland
7. November 2018

Fragen an das Vergaberecht

I. Was sind Vergabeverfahren?

1. Was geschieht bei Vergabeverfahren?
2. Was bewirken Vergabeverfahren?

II. Wie sind Vergabeverfahren einzuordnen?

III. Dürfen Leistungsträger das?

1. Zwingt Europarecht zur Ausschreibung?
2. Sozialrechtliche Frage: Ob der Vergabe
3. Vergaberechtliche Frage: Wie der Vergabe

I Was sind Vergabeverfahren?

I. Was sind Vergabeverfahren?

1. Was geschieht bei Vergabeverfahren?

Die öffentliche Hand

- beschafft Dienstleistungen oder Waren, die sie zur Erfüllung ihrer Aufgaben benötigt.

Auftraggeber schreibt den Einkaufszettel: bestimmt, wann er was er braucht; Initiative zur Beschaffung geht von ihm aus.

- gibt Steuermittel oder Mittel aus dem Beitragsaufkommen der Sozialversicherungen aus.

Auftraggeber trägt die Verantwortung für den wirtschaftlichen und sparsamen Einsatz öffentlicher Haushaltsmittel (z. B. § 7 BHO).

- wählt den Anbieter aus, von dem sie das Benötigte beschafft.

Nicht jeder geeignete Bewerber bekommt einen Vertrag. Kriterien für die Auswahl legt Leistungsträger einseitig fest.

I. Was sind Vergabeverfahren?

2. Was bewirken Vergabeverfahren?

- Ein öffentlicher Auftrag schafft eine zweiseitige Rechtsbeziehung zwischen Auftraggeber (Leistungsträger) und Anbieter (Leistungserbringer).

Zielgruppen der Angebote haben keine eigenständige Rechtsposition oder Rolle.

- Verlagerung des Wettbewerbs auf die Bewerbung um den Vertragsabschluss zwischen dem Leistungsträger und den Leistungserbringern.

Zugang zu den Zielgruppen der Leistung und zur Vergütung für die erbrachten Dienstleistungen nur für Vertragspartner des Leistungsträgers.

- Auswahl der Nutzer unter den Leistungsangeboten wird vorab auf diejenigen eingeschränkt, die der Wettbewerb als die wirtschaftlichsten bewertet.

Angebotspluralität nach Ermessen des Leistungsträgers.

- Weitgehende Steuerungsbefugnisse verstärken die Auswirkungen von bestehenden Nachfragemonopolstrukturen auf Seiten der Leistungsträger.
- Geringer Spielraum für Leistungserbringer und Zielgruppen zur Mitgestaltung und Partizipation im Leistungserbringungsprozess.

II

Wie sind Vergabeverfahren einzuordnen?

II. Wie sind Vergabeverfahren einzuordnen?

Wenn Vergabeverfahren zur Organisation von Dienstleistungen zum Einsatz kommen, werden sie Instrument des Leistungserbringungsrechts. In diesem Rahmen

- **müssen die Leistungsträger die Wertungen des Sozialrechts beachten.**
Leistungsansprüche verwirklichen soziale Gerechtigkeit, soziale Sicherheit (SGB I) und die Leistungsgrundrechte für die auf die Angebote angewiesenen Menschen (BVerfG v. 9.2.2009, BVerfGE 125, 175 ff.). Dabei zudem Beachtung von Wirtschaftlichkeit (z. B. § 29 SGB XI) und Wettbewerb.
- **kommen Vergabeverfahren zum Einsatz, um die Erbringung sozialer Dienstleistungen sicher zu stellen.**
Bedeutung des Subsidiaritätsgrundsatzes: Leistungserbringer nehmen eigenständige Aufgaben wahr und bringen aufgrund ihrer Tätigkeit für die Ausgestaltung der zu erbringenden Leistungen wesentliches Fach- und Erfahrungswissen ein.
- **ergänzen Vergabeverfahren weitere Modelle zur Organisation von sozialen Dienstleistungen.**
Beschaffung ist eines von mehreren Modellen der Leistungserbringung. Sie kommt u.a. zum Einsatz, wenn das Gesetz ihren Einsatz fordert.
Sofern keine gesetzlichen oder sozialrechtlichen Vorgaben zu beachten sind, erfolgt Einsatz nach pflichtgemäßem Ermessen. Kriterium: unterstützen Vergabeverfahren die fachlichen Ziele sozialer Arbeit?

III

Dürfen Leistungsträger das?

III. Dürfen Leistungsträger das?

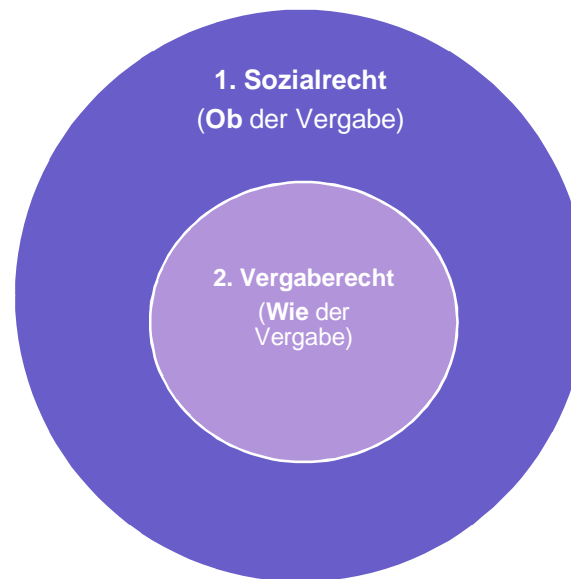
1. Zwingt Europarecht zur Ausschreibung? (1)

- Gibt es eine europarechtliche Pflicht zur Durchführung von Vergabeverfahren im Bereich des Sozialrechts?
- Es kommt darauf an!
- **Ja**, soweit Leistungsträger einen öffentlichen Auftrag erteilen:
 - Öffentliche Aufträge sind zwingend auszuschreiben, Art. 1 Abs. 1 RL 2014/24/EU: „Mit dieser Richtlinie werden Regeln für die Verfahren bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ... festgelegt, ...“.
 - Ziel: Gewährleistung chancengerechter und transparenter Auswahlentscheidungen im selektiven Wettbewerb.
- **Nein**, keine Pflicht zur Umstellung des gesamten Leistungserbringungsrechts auf Vergabe:
 - **NUR** öffentliche Aufträge sind auszuschreiben.
 - Im sozialen Bereich ausdrücklich kein Zwang zur Umstellung auf Auftragsvergabe, Art. 1 Abs. 5 RL 2014/24/EU: „Diese Richtlinie berührt nicht die Art und Weise, in der die Mitgliedstaaten ihre Systeme der sozialen Sicherheit gestalten.“
 - Thema der Vergaberichtlinie: Wettbewerbsrecht. EU hat keine Kompetenz für Umgestaltung des Leistungserbringungsrechts.

III. Dürfen Leistungsträger das?

1. Zwingt Europarecht zur Ausschreibung? (2)

- Differenzierte Antwort auf europarechtlichen Zwang zur Vergabe macht deutlich:
- Szenarien mit Vergabe im Sozialrecht sind zweistufig zu betrachten und differenziert zu bewerten.



III. Dürfen Leistungsträger das?

1. Zwingt Europarecht zur Ausschreibung? (3)

- Zwang zur Ausschreibung ist zu unterscheiden vom Zwang zur Auftragserteilung.
- Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (B. vom 27.6.2018 Verg VII 59/17 und v. 11.7.2018 Verg VII 1/18):
 - Vorgelagerte Frage nach dem Ob der Auftragsvergabe unterfällt nicht dem Vergaberecht.
 - Es handelt sich um eine sozialrechtliche Frage; Sozialgerichte können deren Entscheidung nicht an die Vergabekammern abgeben.
 - Sofern nicht einzelne Gesetze die Auftragsvergabe ausdrücklich vorschreiben, **entspricht es der kommunalen Selbstverwaltungsgarantie aus Art. 28 GG**, dass Kommunen nach ihrem Ermessen über das Ob einer Auftragsvergabe entscheiden.
- Sozialrechtlich ist es unzulässig, einzelne Aufträge vom Zwang zur Ausschreibung zu „dispensieren“.
 - Ausnahmen vom Anwendungsbereich der EU-Richtlinie kann nur diese festlegen; geschehen mit der abschließenden Aufzählung in Art. 10/ § 107 GWB) (insb. Rettungsdienste, Art. 10 Buchst. h).
 - Problematisch: § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V („Ausschreibungen ... nicht zweckmäßig“)

III. Dürfen Leistungsträger das?

2. Sozialrechtliche Frage: Ob der Vergabe (1)

- Sozialrechtliche Vorgaben zum Ob der Vergabe:
 - Gesetzliche Regelung zur Anordnung oder Zulassung von Vergabeverfahren:
 - z. B. § 45 SGB III, § 111 SGB IX (Integrationsfachdienste) → Vertragsschluss nur nach Auftragsvergabe zulässig
 - z. B. § 17 SGB II, § 127 Abs. 1 SGB V → Alternative zwischen Ausschreibung und anderen Vertragsformen.
 - Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis **vorrangiges Modell der Leistungserbringung:**
 - Voraussetzung: Rechtsanspruch auf Leistungen erweitert zweiseitige Beschaffungsbeziehung zum sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis.
 - Leistungsvereinbarungen sind Zulassungsverträge, kein Auftrag i.S.v. § 103 GWB
 - **Nicht entgeltlich:** begründen keinen Zahlungsanspruch der Leistungserbringer gegen den Leistungsträger, wirtschaftliches Risiko verbleibt beim Leistungserbringer.
 - **Keine exklusive Auswahl** von Vertragspartnern durch Leistungsträger sondern Angebotspluralität. Wettbewerb um Belegung entschieden durch Leistungsberechtigte auf der Grundlage des Wunsch- und Wahlrechts.
- **kein vergaberechtlicher Zwang zur Ausschreibung.**

III. Dürfen Leistungsträger das?

2. Sozialrechtliche Frage: Ob der Vergabe (2)

- Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis vorrangiges Modell der Leistungserbringung:

– Erforderlich, da es sowohl die Rechte der Beteiligten als auch Wirtschaftlichkeit und Wettbewerb gewährleistet:

- **Leistungserbringer:** die selektive Auswahl der Leistungserbringer schränkt berufliche Betätigungsmöglichkeit ein und berührt Art. 12 Abs. 1 GG. Nicht erforderlich, um Wirtschaftlichkeit zu gewährleisten. Da Leistungs- und Vergütungsvereinbarung keine entgeltlichen Verträge sind, bringt ihr Abschluss keine wirtschaftliche Belastung der jeweiligen Haushalte.
- **Leistungsberechtigte:** das Wunsch- und Wahlrecht ist ein essentielles Mitgestaltungsrecht; es steht als Ausdruck der Eigenverantwortlichkeit und Subjektstellung im Leistungserbringungsprozess nicht zur Disposition der Leistungserbringer.
- **Wirtschaftlichkeit:** steuerbar sowohl beim Aushandeln der Leistungskonditionen als auch bei der individuellen Leistungsbewilligung (Was und Wieviel). Kein Bedarf nach weiterer Steuerung.
- **Wettbewerb:** durch Konkurrenz der zugelassenen Leistungserbringer um Inanspruchnahme durch Leistungsberechtigte (Trägerpluralität).

→ Weder vergaberechtlicher Zwang zur Ausschreibung noch sozialrechtlich Raum für „freiwillige Ausschreibungen“ mit selektiver Auswahl eines einzigen Leistungserbringers (ggf. einer vom Auftraggeber festgelegten Zahl von Leistungserbringern.)

III. Dürfen Leistungsträger das?

2. Sozialrechtliche Frage: Ob der Vergabe (3)

- Jenseits dieser Vorgaben Ermessen bei der Auswahl der Organisationsmodelle:
 - Organisationsmodelle als Toolbox: Auswahl zwischen
 - offener Zulassung aller geeigneten Anbieter zum Abschluss von Leistungsvereinbarungen (Modell Trägerpluralität),
 - Förderung der eigenständigen Arbeit von Leistungserbringern bei der Wahrnehmung ihrer eigenständigen Arbeit (Modell Förderung nach Haushaltslage),
 - selektiver Auswahl desjenigen Leistungserbringers, der die vom Leistungsträger für seine soziale Arbeit benötigten Leistungen am wirtschaftlichsten anbietet (Modell Vergabe).
 - Ermessen ist pflichtgemäß zu nutzen: welches Modell ist geeignet, um sachgerechte Erbringung der Leistung sicher zu stellen (fachliche und gesetzliche Vorgaben)?
 - So z. B. §§ 3 und 4 SGB VIII, § 5 SGB XII.
 - Aspekte für die Modellauswahl:
 - Sicherstellung längerfristiger Zusammenarbeit, Aufbau verlässlicher Anbieterstrukturen,
 - Wettbewerbsgestaltung: inklusiver oder exklusiver Wettbewerb (Trägerpluralität oder Angebote aus einer Hand?),
 - Kostenkontrolle über Steuerung der Angebotsgestaltung.
 - Probleme bei „Mischformen“ (Zuwendungsvertrag etc.) zwischen den Modellen.
Gefahr: im Zweifel nehmen Vergabekammern einen öffentlichen Auftrag an, obwohl die Parteien etwas anderes wollten.

III. Dürfen Leistungsträger das?

3. Vergaberechtliche Frage: Wie der Vergabe (1)

- Rechtsgrundlagen:
 - Oberhalb des Schwellenwertes: Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) §§ 97 ff., Vergabeverordnung (VgV) mit Spezialregelungen für soziale Dienstleistungen, Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB).
 - Unterhalb des Schwellenwertes: Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) Anwendbar nur, soweit ausdrücklich vorgesehen: im Bund seit September 2017, Umsetzung in Ländern schrittweise und teils mit Modifikationen.
- Bewertung: Vergaberechtsreform birgt Chancen und Risiken
 - Chancen: mehr Gestaltungsfreiheit für Auftraggeber bietet Ansatzpunkte für Professionalisierung der Vergabe und mehr Einbeziehung der Bieter; Absicherung der Verfahrensabläufe durch e-Vergabe schafft Freiraum für inhaltliche Gestaltung.
 - Risiken: Nutzung der Chancen hängt wesentlich von Auftraggebern ab; ungenügender Rechtsschutz bei Unterschwellenvergabe; Zugang zu Hinweisen auf Vergaben und Vergabeunterlagen durch e-Vergabe zu unübersichtlich.

III. Dürfen Leistungsträger das?

3. Vergaberechtliche Frage: Wie der Vergabe (2)

- Beschaffungsautonomie: Spielraum und Verantwortung des Auftraggebers für die Ausgestaltung der Beschaffung.
- Zielvorstellung: von operativer Vergabeverfahrensabwicklung zur professionellen Beschaffung.
 - Entscheidende Weichenstellungen bei Vorbereitung des Vergabeverfahrens.
 - Vertragsabwicklung und nachträgliche Bewertung des Beschaffungsprozesses.
 - Herausforderung: fachlich geeignete Bewertungskriterien.
 - Einschränkung auf „objektive und zählbare“ Kriterien nicht zwingend erforderlich oder immer sinnvoll;
 - mögliche Alternativen: Konzeptbewertung, Bewertung durch Jury
- Sinnvolle Ansätze für die Zentralisierung der Beschaffung:
 - Bündelung von vergaberechtlicher Expertise zur Entlastung kleiner Verwaltungseinheiten.
 - Herausforderung: Kommunikation zwischen den Bedarfsträgern (Fachabteilungen bei den Leistungsträgern) und einer zentralisierten Vergabestelle.
- Bieterbeteiligung: Zulässig als Markterkundungen (§ 28 VgV), insb. bei der Ausschreibung sozialer Dienstleistungen in Form von Verhandlungsverfahren und wettbewerblichem Dialog (§ 130 Abs. 1, GWB, § 65 Abs. 1 VgV).

III. Dürfen Leistungsträger das?

3. Vergaberechtliche Frage: Wie der Vergabe (3)

- Schwerpunkt Verfahrensvorbereitung: Herstellung der sog. Ausschreibungsreife
- Auftraggeber muss klären
 - Was? Auftragsgegenstand; wesentliches Instrument: Markterkundung.
 - Wieviel? Umfang des Auftrags
 - Von wem? Eignungs- und Zuschlagskriterien
 - Wer ist geeignet? Wer unter den geeigneten Anbieter bekommt den Vertrag?
 - Wer ist der wirtschaftlichste Anbieter? Niedrigster Preis ist nur im Ausnahmefall (Standardbeschaffung) sinnvolles Kriterium.
 - Inhalt des Vertrags? Welche Pflichten übernimmt der Bieter? Kalkulationsrelevant!
 - Wie beschafft man? Verfahrensart? Wieviel Einbeziehung der Bieter ist nötig um eine fachlich stimmige Leistung zu erhalten?
 - Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Verfahrensregie: das billigste und schnellste Verfahren nicht zwingend das ökonomischste.
 - Nähe der Leistungserbringer zu Zielgruppen sichert rechtzeitige Berücksichtigung des relevanten Fach- und Erfahrungswissens.

Vergabeverfahren im Rahmen des Sozialrechts grundsätzlich integrationsfähig und -bedürftig

Kein europarechtlicher Zwang zur Auftragsvergabe

**Verpflichtung zur sozialrechtskonformen, sachgerechten
Auswahl des Organisationsmodells**

**Wenn Vergabe: habe Mut, Dich Deines Vergaberechts zu
bedienen!**

Vielen Dank!

Dr. Friederike Mussnug
Zentrum Recht und Wirtschaft , Diakonie Deutschland
Evangelisches Werk für Diakonie und Entwicklung e.V.
T +49 30 652 11-1601
friederike.mussnug@diakonie.de
Caroline-Michaelis-Straße 1, 10115 Berlin
www.diakonie.de