

**Stellungnahme
der Bundesarbeitsgemeinschaft der Freien Wohlfahrtspflege e. V.
(BAGFW)
zu den Vorschlägen für Richtlinien
des Europäischen Parlamentes und des Rates
über die Konzessionsvergabe (KOM(2011) 897 endgültig)
und
über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2)**

In der BAGFW arbeiten die sechs Spitzenverbände der Freien Wohlfahrtspflege in Deutschland zusammen und nehmen die Belange von Menschen in sozialen Notlagen ebenso wie die Interessen der Freien Träger von Sozialleistungen wahr. Im Rahmen dieser Arbeit haben die unseren Mitgliedsverbänden angeschlossenen Freien Träger insbesondere im Zusammenhang mit der Erbringung von Arbeitsmarktdienstleistungen nach dem 3. Buch des Sozialgesetzbuches Erfahrungen mit Vergabeverfahren und deren Auswirkungen auf die Leistungsberechtigten gesammelt.

Aufgrund dieser Erfahrungen hat sich die BAGFW 2011 bereits an der Konsultation über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens beteiligt. Aufgrund ihrer Erfahrungen mit der Erbringung sozialer Dienstleistungen nimmt die BAGFW zu einigen Aspekten der nunmehr vorgelegten Richtlinien-Entwürfen wie folgt Stellung:

I. Allgemein

Beide Richtlinienvorschläge beinhalten Regelungen, die soziale und andere besondere Dienstleistungen von den allgemeinen Regelungen für Konzessionen bzw. Dienstleistungen ausnehmen. Welchen Dienstleistungen bzw. Vorgängen diese Ausnahmen zu Gute kommen sollen, definieren insoweit übereinstimmend Anhang X zur RL KOM (2011)897 und Anhang XVI zur RL KOM (2011)896/2. Hierzu gehören Dienstleistungen im Bereich Gesundheits- und Sozialwesen, administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich, Dienstleistungen der gesetzlichen Sozialversicherungen, Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen, sonstige öffentliche und persönliche Zuwendungen, Dienstleistungen von religiösen und von Arbeitnehmervereinigungen.

Die BAGFW begrüßt diese Ausnahmeregelungen und die deutliche Anerkennung der Besonderheiten, die das Umfeld für soziale Dienstleistungen prägen. Die notwendige Personenbezogenheit von sozialen Dienstleistungen schafft in der Tat

Rahmenbedingungen, denen das klassische Vergaberecht mit seiner Ausrichtung auf die Bedarfsdeckung des Auftraggebers nicht hinreichend gerecht wird.

Allerdings sehen wir Klärungsbedarf hinsichtlich der deutschen Übersetzung der Richtlinien-Entwürfe: beide Anhänge verwenden in der deutschen Übersetzung für den Begriff „social benefits“ die Begriffe "Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen". Da diese Begriffe im Deutschen in mehreren rechtlichen Zusammenhängen verwendet werden und zum Teil stark wettbewerbsrechtlich konnotiert sind, regen wir insofern eine etwas eindeutigeren Übersetzung (z. B. als „persönliche Unterstützungsleistungen“) an.

II. Vorschlag für Richtlinien des Europäischen Parlamentes und des Rates über die Konzessionsvergabe (KOM(2011) 897 endgültig)

Der Richtlinienentwurf enthält in Art. 17 eine Sonderregelung für Konzessionen zur Erbringung sozialer Dienstleistungen. Demnach sollen in diesem Bereich vor allem Bekanntmachungspflichten gelten und die Anwendung des primärrechtlichen Transparenzgrundsatzes sicherstellen.

Zentrales Merkmal von „Dienstleistungskonzessionen“ ist nach der Begriffsbestimmung in Art. 2 Abs. 1 Nr. 7, dass die Gegenleistung des Auftraggebers, im Gegensatz zum „öffentlichen Auftrag“, im „Recht zur Nutzung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung“ besteht. Aus Art. 1 Abs. 2 ergibt sich, die Notwendigkeit einer Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers (Buchstabe a) oder der Vergabestelle (Buchstabe b). Damit liegt jeder Konzessionserteilung ein gewisses Ausschließlichkeitsmoment zu Grunde, da in aller Regel nur einer oder mehrere, jedenfalls aber nicht alle Bewerber zum Zuge kommen können. Nicht als Konzessionen sollen dagegen nach Erwägungsgrund Nr. 6 der Richtlinie „staatliche Handlungen, wie die Erteilung von Genehmigungen oder Lizenzen, in denen der Staat oder eine Behörde die Bedingungen für die Ausübung der Wirtschaftstätigkeiten bestimmt“ gelten. Erwägungsgrund Nr. 22 präzisiert dies für soziale Dienstleistungen, indem klargestellt wird, dass es den Mitgliedstaaten frei stehe, „diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe von Konzessionen verbunden ist, beispielsweise [...] durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die [...] vorab festgelegten Kriterien erfüllen“.

In Deutschland werden soziale Dienstleistungen regelmäßig im Anwendungsbereich des sogenannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses erbracht. Dort stehen sich die staatlichen Leistungsträger, nichtstaatliche Leistungserbringer (Dienstleister) und Leistungsberechtigte (Nutzer der Dienstleistung) in unterschiedlichen Rechtsverhältnissen gegenüber. Besonders deutlich tritt dieses bei der Leistungserbringung im Rahmen der Sozialhilfe nach dem 12. Buch des Sozialgesetzbuches (SGB XII) hervor. Vergleichbare Konstellationen treten im Rahmen der Kinder- und Jugendhilfe (SGB VIII), der Pflegeversicherung (SGB XI) und bei der Inanspruchnahme von Krankenpflegeleistungen (SGB V) auf. Im Kern angelegt ist diese auch für die Grundsicherung für Langzeitarbeitslose (SGB II).

Das sozialrechtliche Wettbewerbsgeschehen in Deutschland weist dabei zwei markante Unterschiede zum Wettbewerb im Rahmen der öffentlichen Ausschreibung bzw. Konzessionserteilung auf: Zum einen bestimmen die Leistungserbringer, ob und wann sie die Initiative für eine Zulassung zur Leistungserbringung ergreifen. Zum anderen markiert im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis der Abschluss der Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen zwischen den Leistungserbringern und dem Sozialhilfeträger den Anfang und nicht den erfolgreichen Abschluss des Wettbewerbs. Da die Vereinbarungen keinen exklusiven Charakter haben, sondern vielmehr eine Anbietervielfalt besteht, treffen die Leistungsberechtigten unter den zugelassenen Konkurrenten ihre Auswahl und bestimmen damit den Wettbewerb. Verglichen mit der öffentlichen Auftragsvergabe bzw. der Konzessionserteilung stellt dieses Verfahren die freiheitlichere und flexiblere Form der Ausgestaltung des Wettbewerbs bei der Erbringung sozialer Dienste dar. Während öffentliche Auftragsverfahren regelmäßig zu einer Dominanz des Preiswettbewerbs führen, herrscht im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis ein Leistungswettbewerb der Einrichtungen und Dienste um die Leistungsberechtigten.

Aus unserer Sicht sollte folglich die Richtlinie im Zusammenhang mit den verbindlichen Begriffsbestimmungen (Art. 2 Abs. 7) ausdrücklich klarstellen, dass Zulassungsverfahren die, wie im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis, allen potentiellen Dienstleistungserbringern einen allgemeinen Zulassungsanspruch zur Dienstleistungserbringung gewähren, nicht in den Anwendungsbereich der Richtlinie fallen. Mangels exklusiven Charakters der Zulassung, fehlt es im Geltungsbereich des sozialrechtlichen Dreiecks an der für die Konzessionsvergabe typischen Auswahl- und Steuerungsfunktion des Auftraggebers. Vielmehr muss dieser alle Dienstleistungserbringer, die die vorab gesetzlich festgelegten Anforderungen zu erfüllen in der Lage sind, unabhängig von ihrer Rechtsform zur Leistungserbringung zulassen. Den primärrechtlichen Anforderungen an Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung trägt das deutsche Sozialrecht Rechnung.

Die BAGFW schlägt deshalb vor, Art. 2 Abs. 1 Nr. 7 um folgenden Satz zu ergänzen:

„Mitgliedstaatliche Verfahren, die darauf beruhen, dass alle Dienstleistungserbringer, die in der Lage sind, die vorab gesetzlich festgelegten Bedingungen zu erfüllen, unabhängig von ihrer Rechtsform zur Leistungserbringung zugelassen werden, gelten nicht als Dienstleistungskonzessionen, soweit dabei den allgemeinen Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung Rechnung getragen wird.“

III. Vorschlag für Richtlinien des Europäischen Parlamentes und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2)

1. Vereinfachung des Vergabeverfahrens für die Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen – Titel III Kapitel 1 Soziale und andere besondere Dienstleistungen

Der Entwurf enthält in seinem Titel III besondere Beschaffungsregelungen für soziale und andere besondere Dienstleistungen (Kapitel 1). Welche Dienstleistungen und Sachverhalte dies im Einzelnen betrifft, bestimmt Anhang XVI abschließend (Art. 74, s. dazu unter I), der die bisherige Unterscheidung in A- und B-Leistungen ablöst. Für diese Dienstleistungen sieht Art. 75 besondere Bekanntmachungspflichten vor, die gegenüber den allgemeinen Regelungen zu einer vereinfachten Ankündigung verpflichtet, die in jedem Fall aber im Vorfeld der Auftragsvergabe zu erfolgen hat. Insbesondere enthält allerdings Art. 76 einen ausführlichen Regelungsauftrag an den Gesetzgeber. Soweit dieser die Erbringung sozialer Dienstleistungen durch freie Träger von einem öffentlichen Auftrag abhängig macht, muss das dabei zu beachtende Verfahrensrecht einen Ausgleich zwischen den primärrechtlichen Wettbewerbsgrundsätzen und den Anforderungen des Sozialrechtes schaffen.

Hierzu ist Folgendes anzumerken:

Zu Art. 74 in Verbindung mit Anhang XVI:

Anhang XVI differenziert zwar nach wie vor zwischen Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens, nennt aber nicht mehr die Arbeits- und die Arbeitskräftevermittlung. Ausgehend davon, dass diese besonderen Dienstleistungen in den Arbeitsbereich der weitgehend über Ausschreibungen operierenden Bundesagentur für Arbeit fallen und zudem – parallel zu den bisher bereits erlassenen Regelungen zum Beihilferecht – vom weiten Begriff des „Sozialwesens“ mit abgedeckt sind, dürfte diese Änderung unproblematisch sein.

Fraglich ist hingegen, ob dies auch für Rettungsdienstleistungen gelten kann, die ihrer Natur nach ebenfalls in den Anwendungsbereich der Art. 74 ff fallen sollten. Eine weitere Ergänzung halten wir insofern für sinnvoll, als der Handlungsbereich der Gesetzlichen Krankenkassen nicht allein Dienstleistungen, sondern auch die für die Versorgung der Versicherten mit Heil- und Hilfsmitteln erforderlichen Anschaffungen umfasst. Bei dieser Versorgung zeigt sich, dass sich insbesondere Hilfsmittel keineswegs stets standardisieren lassen. Teilweise sind sie individuell anzupassen (Prothesen), teilweise benötigen die Versicherten bei ihrem Gebrauch eine Unterstützung, die sehr persönlicher Natur ist (Inkontinenzhilfsmittel). Aus diesem Grund sollten auch für die Anschaffung solcher Sachgüter die für die Dienstleistungen vorgesehenen Ausnahmen zum Zuge kommen.

Die BAGFW schlägt deshalb vor, Anhang XVI wie folgt zu ergänzen:

- **Warenlieferungen und Dienstleistungen** der gesetzlichen Sozialversicherung.
- **Rettungsdienste**

Zu Art. 76

Ausdrücklich begrüßt die BAGFW die Sonderregelung des Art. 76 und die damit einhergehende Anerkennung der Besonderheiten, die soziale Dienstleistungen prägen. Art. 76 erteilt den Mitgliedstaaten den Auftrag, die unverzichtbaren primärrechtlichen Garantien der Transparenz und Chancengleichheit in einer Weise zu verwirklichen, bei der die auszuschreibenden Dienstleistungen ihren Sinn erfüllen und in einer für die eigentlichen Begünstigten förderlichen Weise erbracht werden können. Insofern bringt dieser Regelungsvorschlag eine ausdrückliche Absage an ein falsch verstandenes Primat des Verfahrensrechtes über materiell-rechtlich wohl begründete Verfahrenssicherungen zum Ausdruck und weist den Mitgliedstaaten die Verantwortung für die sozialrechtskonforme Ausgestaltung des Vergaberechts in diesem Bereich zu.

Allerdings regen wir vor diesem Hintergrund eine Änderung des Abs. 2 an: Dessen Satz 2 stellt es in das Ermessen der Mitgliedstaaten, „die Auswahl der Dienstleister nicht allein auf der Grundlage des Preises für die Erbringung der Dienstleistungen“ zu treffen.

Das eingeräumte Ermessen lässt im Umkehrschluss nach wie vor Regelungen zu, bei denen der Preis die alleinige Grundlage des Dienstleisters bildet. Eine solche Regelung ließe sämtliche Vorkehrungen für eine sozialgerechte Auftragsvergabe leerlaufen. Die Erfahrungen haben gezeigt, dass die Qualitätssicherung bei der Auftragsvergabe maßgeblich von einer Bieter-Auswahl aufgrund einer Preis-Leistungs-Analyse abhängt, wie sie das bestehende deutsche Vergaberecht als alleiniges Kriterium vorschreibt. Da sich in der Praxis aber auch diese Einschränkung umgehen lässt, haben zahlreiche Anbieter von sozialen Dienstleistungen mehrfach Erfahrungen mit reinen Preiswettbewerben sammeln müssen. All diesen Erfahrungen ist die nahezu völlige Vernachlässigung der mit der ausgeschriebenen Leistung einhergehenden Qualitätsaspekte gemeinsam.

Die Vergaberechtsreform kann ihren Anspruch, Vergabeverfahren strategisch einzusetzen und bei der Ausschreibung von sozialen Dienstleistungen deren Qualität sicherzustellen, nur einlösen, wenn die Preisvorstellungen eines Bieters allein in Relation zu der angebotenen Leistung zum Tragen kommen. Damit die wichtige Sonderregelung für soziale Dienstleistungen in sich folgerichtig und vor Umgehungen geschützt bleibt, bittet die BAGFW um folgende Formulierung des Art. 76 Abs. 2 Satz 2:

„Sie schließen aus, dass die Auswahl der Dienstleister allein auf der Grundlage des Preises für die Erbringung der Dienstleistungen getroffen wird.“

2. Strategische Vergabe

Der Entwurf der Vergaberechtsmodernisierungs-Richtlinie verbindet diese Reform mit der Erwartung, dass Vergabeverfahren gezielt als Gestaltungsmittel bei der Verwirklichung von politischen Zielen der EU zum Tragen kommen. Unmittelbar verbindet sich damit die Ausrichtung auf die Strategie Europa 2020. Grundsätzlich beschreibt diese Erwartung aber eine Realität, die sich unabhängig von der jeweiligen Zielsetzung beobachten lässt: Mit Beschaffungsentscheidungen kann die öffentliche Hand Zeichen setzen bzw. bestimmte Leistungskonzepte unterstützen. Von daher dient es der Transparenz, wenn der Entwurf diese Realität nicht nur abbildet, sondern ihn mit expliziten Regelungen wie Art. 17 (vorbehaltene Aufträge zugunsten von Werkstätten für Menschen mit Behinderung oder Beschäftigungsbetriebe) auch nachvollziehbar macht.

Die BAGFW begrüßt, dass der Richtlinienentwurf die bisherigen Bestimmungen zur Zulassung von vergabefremden Kriterien bestätigt (Art. 70) und die Einhaltung sozial- und arbeitsrechtlicher Verpflichtungen durchgängig zur Voraussetzung für den Zuschlag macht (Art. 54 Abs. 2 und 55 Abs. 2 und 3, Art. 69 Abs. 4). Insofern unterstreicht sie zu Recht, dass sich die soziale Verantwortlichkeit eines Bieters gerade auch in der Einhaltung seiner sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtung als Arbeitgeber zum Ausdruck kommt und sich ein Verstoß in dieser Beziehung auch nicht durch anderweitige Konzepte „kompensieren“ lässt.

Vor diesem Hintergrund erscheint es allerdings nicht nachvollziehbar, dass Art. 66 Abs. 1 das Zuschlagskriterium der günstigsten Kosten (Buchst. b) gleichberechtigt neben dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Buchst. a) zulässt. Eine Vergabeentscheidung, die allein die Kosten zu Grunde legt anstatt auf ein ausgewogenes wirtschaftliches Verhältnis von angebotener Leistung zu den voraussichtlichen Kosten abzustellen, läuft zwingend auf einen reinen Preiswettbewerb zu. Denn ohne ein ergänzendes Kriterium für die Beurteilung, was in diesem Sinne „günstig“ ist, kommt es im Rahmen des Buchst. b allein auf die Höhe des Preises an.

Solange die Richtlinie es in das Ermessen der Auftraggeber stellt, den Zuschlag allein von den Kosten abhängig zu machen, stellt sie auch ihre Vorkehrungen zur sozialen Verantwortlichkeit des Beschaffungswesens in das Belieben der Auftraggeber. Es ist dann aber zu befürchten, dass Erwägungen zu einem sozial- und umweltgerechten Beschaffungswesen hinter kurzfristigen Budgeterwägungen zurückgestellt werden. Insbesondere ist dann auch der Anspruch des Richtlinienvorschlages hinfällig, die Beachtung dieser Gesichtspunkte gerade in Zeiten finanzieller Schwierigkeiten zu stärken.

Aus diesem Grund fordert die BAGFW nachdrücklich, auf das in Buchst. b genannte Zuschlagskriterium zu verzichten und allein auf das wirtschaftlich günstigste Angebot (Buchst. a) abzustellen.

Wenn dies gewährleistet ist, erscheint es durchaus ausreichend, dass der Richtlinienentwurf, die Öffnung der Zuschlagsentscheidung und besondere Anforderungen an die Auftragsausführung eng an den konkreten Auftrag bindet und von der Einbeziehung der gesamten Lieferkette in die Anforderungen absteht. Da diese inhaltlichen Erweiterungen stets im Ermessen der Auftraggeber stehen, müssen sie für die Beteiligten beherrschbar sein. Zu weitgehende Anforderungen würden falsche Zeichen und Anreize setzen. Zum einen würde dies die nach wie vor bestehenden Vorbehalte gegen diese inhaltliche Ausrichtung bestärken. Zum anderen würden unverhältnismäßige Anforderungen an den Nachweis einer insgesamt unbedenklichen Beschaffungskette namentlich kleine und mittlere Bieter überfordern.

Die BAGFW schlägt deshalb folgenden Wortlaut für Art. 66 Abs. 1 vor:

„Unbeschadet der für die Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Der öffentliche Auftraggeber kann das zu ermittelnde Preis-Leistungsverhältnis aufgrund eines Lebenszyklus-Kostenansatzes gemäß der Bedingungen von Artikel 67 ermitteln.“

Berlin, 12.03.2012