

DAS KONTROVERSE THEMA

In dieser Rubrik greift die TUP-Redaktion fachlich oder politisch kontroverse Themen auf, die für die Soziale Arbeit von besonderer Bedeutung sind.

Soziale Dienstleistungen im Visier des Vergaberechts – Chance oder Verhängnis?

Ute Jasper, Barbara von der Recke

Soziale Dienstleistungen werden in letzter Zeit verstärkt in einen wirtschaftlichen Kontext gestellt. Forderungen nach Kosteneffizienz werden lauter. Hierbei dürfen jedoch die Besonderheiten sozialer und arbeitsmarktpolitischer Dienstleistungen und die daran gestellten hohen Qualitätsanforderungen nicht außer Betracht gelassen werden. Die Frage, wie Wirtschaftlichkeit, Effektivität und Qualität in diesem Bereich miteinander kombiniert werden können, war lange Zeit heftig umstritten. Im Fokus stand dabei die Frage: Müssen die Leistungen europaweit ausgeschrieben werden? Diese Frage hat der Europäische Gerichtshof inzwischen beantwortet.

Eine Reihe von Ausschreibungsverfahren der öffentlichen Hand im Bereich der Arbeitsmarktförderung, der Jugendhilfe und der Eingliederungshilfe haben in den letzten Jahren zu wiederholten juristischen Auseinandersetzungen über die Kompatibilität von Sozialrecht und Vergaberecht bei der Beschaffung sozialer Dienstleistungen geführt. Besonders aktiv war die Bundesagentur in Ausschreibungsverfahren von Leistungen nach dem SGB III und SGB II. Zwar rückten soziale Dienstleistungen schon seit längerem immer mehr in den Fokus der europäischen Binnenmarkt- und Wettbewerbsregelungen. Auf Bundes- und Landesebene scheuten sich aber in der Regel alle Seiten, eine klare Lösung pro oder contra Vergaberecht zu finden. In der Praxis wurden die Leistungen der öffent-

lichen Träger daher nach wie vor regelmäßig direkt und ohne Umwege an freie, private oder kirchliche Träger übertragen. Es gilt hier mehr als in anderen Leistungsbereichen immer noch der Grundsatz „bekannt und bewährt“ statt „transparent und diskriminierungsfrei“.

Der EuGH hat in diesem Streit jetzt einen ersten Meilenstein gesetzt. Mit Urteil vom 19.06.2009 (Rs.C-300/07 „Oymanns“) hat er gleich zwei Grundentscheidungen „pro Vergaberecht“ getroffen: 1. gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber und unterliegen dem Anwendungsbereich des Vergaberechts; 2. Verträge, die Krankenkassen mit Leistungserbringern schließen, können als öffentliche Aufträge eingestuft werden.

Dieser Artikel befasst sich im Folgenden mit der zweiten Grundentscheidung. Denn der hiermit aufgezeigte Meilenstein ebnet zwar den Weg für das Vergaberecht im Bereich der Beschaffung krankenkassenärztlicher Leistungen. Er lässt aber noch viele Fragen offen. Von besonderer Bedeutung ist die Frage, inwieweit die Grundentscheidung des EuGH auf die Beschaffung sämtlicher sozialer Dienstleistungen übertragen werden muss.

Der Hintergrund der Kontroverse: Sozialrechtliches Dreiecksverhältnis

Gegen die Anwendbarkeit und Anwendung des Vergaberechts auf die Beschaffung von

sozialen Dienstleistungen wird vorgetragen, dass das Sozial- und Vergaberecht nicht miteinander kompatibel seien. Das sogenannte sozialrechtliche Dreieckverhältnis – die dreipolige Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen zwischen öffentlichem Leistungsträger, freiem Träger als Leistungserbringer und den Leistungsberechtigten als Leistungsempfänger – schließe die Anwendung des Vergaberechts aus.

Der Gedanke des Wettbewerbs sei bereits im Sozialrecht verankert. Die dem Sozialrecht innewohnende Trägerpluralität und das Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten lasse eine vertragliche Ausgestaltung von Sozialleistungen nach dem Vergaberecht nicht zu.

Im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses hat der sozialleistungsberechtigte Bürger einen öffentlich-rechtlichen Anspruch gegen den Träger, der die begehrte Leistung bewilligt und die Übernahme der Kosten der zu erbringenden Leistung erklärt. Der Leistungsberechtigte hat dabei in der Regel ein Wunsch- und Wahlrecht, welcher Leistungserbringer die Leistung vornehmen soll. Der Träger schließt zu diesem Zweck mit diversen freien und privaten Trägern Rahmenvereinbarungen, in denen die Bedingungen für die Leistungserbringung geregelt werden.

Nach Auffassung z. B. der Bundesarbeitsgemeinschaft der freien Wohlfahrtspflege stellt eine auf derartige Rahmenvereinbarungen gestützte Leistungsabwicklung im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis zwar regelmäßig einen öffentlich-rechtlichen Vertrag dar, der aber jedenfalls als Dienstleistungskonzession nicht dem Anwendungsbereich des Vergaberechts unterfalle.

Für die Annahme eines ausschreibungspflichtigen Dienstleistungsauftrages im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen fehle es daher auch an der Gegenseitigkeit und Entgeltlichkeit der Leistungsbeziehungen zwischen Leistungsträger und Leistungserbringer. Das tatsächliche Belegungs- oder Inanspruchnahmerrisiko trage der Leistungserbringer. Denn es hänge entweder

von der Bestimmung des Leistungsträgers oder von der Wahl des Leistungsberechtigten ab, ob seine Leistungen in Anspruch genommen werden. Das hiermit verbundene wirtschaftliche Risiko des Leistungserbringers sei ein typisches Element der Dienstleistungskonzession, welche nach der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG nicht dem Vergaberecht unterliegt. Zu beachten sind nur die allgemeinen europäischen Wettbewerbsvorgaben, wie z. B. die Transparenz des Verfahrens und die Nichtdiskriminierung.

Diese Argumentation mag auf solche Vereinbarungen zutreffen, in denen lediglich die Grundzüge der Zusammenarbeit zwischen Leistungsträger und Leistungserbringern geregelt werden. Oftmals werden im Bereich sozialer Dienstleistungen aber auch Rahmenvereinbarungen getroffen, in denen spezifisch auf den Berechtigtenkreis zugeschnittene Leistungspakete eingekauft werden. Der Leistungsträger übernimmt zugleich die Verantwortung für die Qualität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung.

Vereinbarungen dieser Art finden sich insbesondere im Bereich der krankenkassenärztlichen Versorgung, aber zunehmend auch in Bereichen der Arbeitsförderung, wie z. B. von Berufsvorbereitenden Maßnahmen nach SGB III, und der Jugend- und Sozialhilfe nach SGB VIII, dort insbesondere bei dem in letzter Zeit stark voran getriebenen Ausbau von Kindertagesstätten.

Verträge dieser Art schüren den Wettbewerb der Leistungserbringer untereinander und führten nicht zuletzt das OLG Düsseldorf zu der Frage, ob eine Rahmenvereinbarung zwischen einer Krankenkasse und einem Leistungserbringer in einem wettbewerblichen Verfahren unter Berücksichtigung des Vergaberechts hätte ausgeschrieben werden müssen.

Kernaussagen der EuGH-Entscheidung vom 19.06.2009 (Rs. C-300/07)

In der Sache gab der EuGH einem orthopädischen Schuhtechnikunternehmen, der Hans & Christophorus Oymanns GbR, im Streit gegen

die AOK Rheinland/Hamburg Recht. Das Unternehmen beanstandete, dass die AOK Rheinland/Hamburg einen Rahmenvertrag über die Anfertigung und Lieferung von Schuhwerk zur integrierten Versorgung im Sinne der §§ 140 a ff. SGB V an die Versicherten nicht europaweit ausgeschrieben hatte. Das OLG Düsseldorf fragte den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsersuchens, ob gesetzliche Krankenkassen öffentliche Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts sind und ob Rahmenvereinbarungen der infrage stehenden Art vergaberelevante Dienstleistungsaufträge seien.

Der EuGH hat sich der Auffassung des Generalanwaltes angeschlossen und, wie bereits oben aufgezeigt, die Vergabepflicht von Rahmenvereinbarungen über soziale Dienstleistungen dem Grundsatz nach bejaht. Als Grund führt er an, dass der Leistungserbringer weder über eine für Dienstleistungskonzessionen notwendige wirtschaftliche Freiheit hinsichtlich der Bedingungen eines gewährten Nutzungsrechts verfüge noch ein mit der Leistung verbundenes Betriebsrisiko übernehme. Stattdessen habe der Leistungserbringer in der zugrunde liegenden Vereinbarung die Verpflichtung zur Versorgung der Versicherten zu einem bestimmten Preis und für eine bestimmte Dauer übernommen.

Dem Auftragscharakter stünde nicht entgegen, dass die Mengen, die von den Versicherten tatsächlich in Anspruch genommen werden, vertraglich nicht vereinbart worden waren. Hieraus ergebe sich kein betriebliches Insolvenzrisiko des Leistungserbringers. Denn der Leistungsträger, hier die Krankenkasse, sei alleinige Vergütungsschuldnerin. Aus dieser Zusammenschau ergebe sich, dass der Leistungserbringer jedenfalls kein überwiegendes, mit der Tätigkeit verbundenes Risiko trage.

Rahmenvereinbarungen, in denen sich die Verpflichtung des Leistungserbringers zur Erbringung von Leistungen an die Berechtigten und die Vergütung des Leistungsträgers gegenüberstehen, sind somit nach der neuen Grundentscheidung des EuGH als Rahmenvereinbarungen in Form von öffentlichen Dienstleistungs-

aufträgen nach Art. 1 Abs. 5 der Richtlinie 2004/18/EG einzustufen. Auftraggeber werden sich anhand dieser Entscheidung - je nach Ausgestaltung der Vergütung - von nun an nicht mehr hinter dem „Schutzschild“ der Dienstleistungskonzession verstecken können.

Auch wenn vielerorts Empörung über die Richter aus Luxemburg zu erwarten ist: wirklich überraschend war diese Entscheidung nicht. Denn aus Brüssel gab es bereits seit längerem klare Anzeichen für eine Anwendungspflicht des Vergaberechts. Vor dem Ansatz der Europäischen Union, den Wettbewerb im Rahmen der Umsetzung des Binnenmarktkonzeptes durch Angebot und Nachfrage selbst regeln zu lassen, bleibt auch der soziale Dienstleistungssektor nicht verschont. Zwar sind die sozialpolitischen Kompetenzen der Europäischen Union bis heute gering. Dies gilt aber nicht, wenn binnenmarktrelevante und wettbewerbsrechtliche Fragestellungen auftreten.

Die Kommission hat es sich daher bereits in der Vergangenheit nicht nehmen lassen, auch im Bereich sozialer Dienstleistungen immer wieder auch auf die vergaberechtliche Relevanz der Beschaffungsvorgänge hinzuweisen. Sowohl in einer Mitteilung vom 26. April 2006 (zur Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union; KOM (2006), 177) als auch in einem Arbeitspapier der Kommissionsdienststellen für das Jahr 2008 (Häufig gestellte Fragen zur Anwendung der Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse; SEK (2007), 1514) setzt die EU-Kommission ein „pro-Vergaberechts-Verständnis“ voraus und zeigt die Gestaltung rechtssicherer Rahmenbedingungen für die Erbringung sozialer Dienstleistungen auf.

Mit dem Urteil des EuGH dürfte ferner auch die langjährige Diskussion obsolet sein, ob für die Frage der Vergabepflicht sozialer Dienstleistungen zwischen steuer- und beitragsfinanzierten Dienstleistungen zu unterscheiden ist. So wurde in der Vergangenheit wiederholt gefor-

dert, dass allenfalls beitragsfinanzierte Dienstleistungen, wie zum Beispiel Leistungen von Versicherungen und Krankenkassen, die sich durch Zwangsmitgliedsbeiträge finanzieren und im Übrigen auf dem freien Markt agieren, einer Ausschreibungspflicht unterliegen. Steuerfinanzierte Sozialdienstleistungen, insbesondere im Fürsorgebereich, sollten hingegen frei vergeben werden dürfen.

Der EuGH lässt für diese Debatte keinen Raum. Hintergrund mag sein, dass es für eine derartige Differenzierung keine Rechtsgrundlage gab und gibt. Die Sozialsysteme sind in den Mitgliedsländern der EU völlig unterschiedlich. Noch gibt es kein „europäisches Sozialmodell“. Die Europäische Union ist nicht – jedenfalls noch nicht – in der Lage, vorzugeben, wie die Mitgliedsstaaten ihre Sozialsysteme finanzieren sollen.

Aus diesem Grund existieren keine Vorgaben für eine Differenzierung bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen in steuerfinanzierte und beitragsfinanzierte Dienstleistungen. Das obiter dictum des EuGH in dem „Oymanns-Urteil“ geht offenbar auch aus diesem Grund mit keinem Wort auf die Notwendigkeit einer derartigen Differenzierung ein.

Ausschreibungspflicht sämtlicher sozialer Dienstleistungen?

Ob der EuGH den Streit pro und contra Vergaberecht aus der Vergangenheit bei der Beschaffung sozialer Dienstleistungen tatsächlich beendet hat, bleibt abzuwarten. Offen ist, ob die Grundentscheidung des EuGH über die Vergabepflicht von krankenkassenärztlichen Rahmenvereinbarungen über eine integrierte Versorgung pauschal auf sämtliche sozialen Dienstleistungsbereiche übertragen werden kann und muss.

Bei einer strengen Betrachtung der Entscheidung spricht vieles dafür. Denn entscheidend ist danach nicht der Gegenstand der Rahmenvereinbarung – hier die Versorgung mit schuhorthopädischen Leistungen –, sondern die Art der vertraglichen Gestaltung. Dafür spricht auch die in dem oben erwähnten Kommissions-

papier und -mitteilung aufgezeigte Haltung der EU-Kommission. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis steht danach einem wettbewerblichen Verfahren nach Vergaberecht nicht entgegen.

Auf den ersten Blick sind in der Tat keine überzeugenden Gründe ersichtlich, weswegen sich jedenfalls solche sozialen Bereiche, in denen ein Wettbewerbsdruck freier und privater Leistungsträger herrscht, dem Vergaberecht entziehen sollten. Dies zeigt sich insbesondere im sozialen Fürsorgebereich. Aufgrund des neuen Kinderförderungsgesetzes werden Länder und Kommunen den Ausbau von Kitas deutlich vorantreiben.

Private Träger werden bei der Erbringung von Kinderbetreuungsleistungen eingebunden, um den gefragten Personalbedarf decken zu können. Die steigenden Kosten bei sinkenden finanziellen Mitteln erfordern ein wirtschaftliches Handeln. Zugleich sind die Qualitätsstandards zu wahren. Das Vergaberecht könnte daher in diesem Bereich nicht nur Rechtssicherheit, sondern auch wirtschaftliche Vorteile bringen.

Den Bedenken, ob ein vergaberechtliches Wettbewerbsverfahren dem Grundsatz der Trägerpluralität und dem Wunsch- und Wahlrecht der Leistungsberechtigten widerspricht, kann mit dem hier bereits vielfach angesprochenen Mittel der Rahmenvereinbarung begegnet werden. Es eröffnet den öffentlichen Trägern die Möglichkeit, mehrere potenzielle Anbieter in den Prozess der Leistungserbringung einzubeziehen.

Denkbar ist es auch, bereits regional betrachtet relativ kleine Lose zu bilden und den Leistungsberechtigten auf diese Weise Wahlmöglichkeiten schon in ihrem engsten Umfeld zu ermöglichen.

Auf den zweiten Blick scheint aber eine Differenzierung zwischen der Vergaberelevanz von sach- und personenbezogenen, d. h. insbesondere zwischen produktbezogenen und arbeitsmarkt- sowie sozialhilfepolitischen Dienstleistungen notwendig.

Das Sozialstaatsverständnis der Sozialgesetz-

bücher setzt als Grundsatz eine rechtzeitige und ausreichende Zurverfügungstellung von sozialen Leistungen anhand einer Zusammenarbeit der Sozialleistungsträger mit gemeinnützigen und freien Trägern bei der Erbringung der sozialen Leistungen voraus. Qualität spielt eine dabei eine wesentliche Rolle.

In der Regel verfolgen die Leistungserbringer von personenbezogenen Leistungen eine sozialpolitische und keine erwerbswirtschaftliche, d. h. gewinnorientierte Zielsetzung. Auf der praktischen Seite bedeutet dies, dass personenbezogene Sozialleistungen in der Regel von einem benachteiligten, förder- und hilfebedürftigen Personenkreis in Anspruch genommen werden, die in den jeweiligen Bereichen professioneller und qualitativ hochwertiger pädagogischer Hilfen oder Betreuung bedürfen.

Schafft es das Vergaberecht sicher, Wirtschaftlichkeit, Effektivität und die besonderen Qualitätsanforderungen auch bei personenbezogenen Dienstleistungen zu vereinbaren und sicherzustellen? Grundsätzlich muss diese Frage zwar mit „Ja“ beantwortet werden. Denn das Vergaberecht sieht Möglichkeiten für den Auftraggeber vor, das Vergabeverfahren auf qualitativ hochwertige Leistungen auszurichten. Die Praxis weist aber oft – nicht zuletzt aufgrund der leeren Kassen – andere Ergebnisse auf.

So zeigen zum Beispiel die Erfahrungen mit Ausschreibungen der Bundesagentur für Arbeit, dass der harte Wettbewerb häufig zu – nachteiligen – Umstrukturierungen in den sozialen Einrichtungen führt. Anbieter sehen sich zum Teil gezwungen, ihr Personal aufgrund von obsiegenden Dumpinglöhnen der Konkurrenz abzubauen. Ob solche Konsequenzen für sozialpolitisch motivierte, nicht gewinnorientierte Anbieter im Bereich personenbezogener Dienstleistungen mit dem Sozialstaatsprinzip in Einklang stehen, erscheint fraglich. Die europäischen Vorgaben lassen jedoch derzeit noch keine Differenzierung für die Vergabe von sach- und personenbezogenen Dienstleistungen zu. Hierzu wird sich der EuGH erst noch äußern müssen.

Fazit

Der EuGH hat in dem Streit um die Anwendbarkeit des Vergaberechts auf sozialen Dienstleistungen einen ersten Meilenstein gesetzt und sich „pro Vergaberecht“ entschieden. Rahmenvereinbarungen zwischen Sozialleistungsträgern und Sozialleistungserbringern unterliegen – bei Überschreiten der Schwellenwerte – den europäischen Vergabevorschriften, wenn der Sozialleistungsträger alleiniger Vergütungsschuldner der Leistungen ist und der Sozialleistungserbringer kein wirtschaftliches Risiko übernimmt. Dem Grunde nach gilt diese Pflicht für sämtliche sozialen Dienstleistungen. Denn der EuGH unterscheidet nicht.

Zwar ist fraglich, ob nicht eine Differenzierung bei dem Wettbewerbserfordernis von sach- und personenbezogenen Dienstleistungen erforderlich ist. Derzeit lassen die europäischen Vorgaben jedoch keinen Spielraum zu.

Rechtssicher sind daher momentan nur Verfahren, die mit den europäischen Vergabevorschriften übereinstimmen.

Für soziale Dienstleistungen bestehen aber zahlreiche Ausnahmen von den Formalitätsanforderungen an ein übliches Vergabeverfahren. Aufträge über Sozialleistungen unterliegen nicht der vollen Anwendung der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG. Nach Artikel 21 der Richtlinie sind nur einzelne Bestimmungen zu berücksichtigen. Diese betreffen Anforderungen an die Leistungsbeschreibung und an die Bekanntmachung der Ergebnisse des Vergabeverfahrens. Im Übrigen gelten lediglich die allgemeinen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, wie etwa die Verpflichtung, alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend und in transparenter Weise zu behandeln.

Sozialleistungsträger sind aufgefordert, ihre Verfahren derart geschickt zu gestalten, dass die zu beschaffende Sozialdienstleistung in einem ausgewogenen Verhältnis zu Preis und Qualität steht.

Der Aufwand ist gering.

Die Rechtssicherheit der Verträge groß.