



Stellungnahme des Deutschen Vereins zum „Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens“, KOM (2011) 15/4 vom 27. Januar 2011¹

Einleitung

Die Europäische Union (EU) wird 2012 Änderungen der EU-Vorschriften zur öffentlichen Auftragsvergabe vorschlagen. In einem ersten Schritt hat die Kommission nun ein Grünbuch veröffentlicht, in dem sie ihre Vorschläge zur Vereinfachung und Aktualisierung der bestehenden Vorschriften darlegt und zur Konsultation auffordert.

Der Deutsche Verein begleitet die Entwicklungen im Vergaberecht – auf nationaler wie europäischer Ebene – und ihre Auswirkungen auf die Praxis seit Jahren. Er hat bereits Stellungnahmen und Gutachten zur Anwendung der Vergabevorschriften in Deutschland veröffentlicht.²

Er begrüßt die Initiative der Europäischen Kommission, die derzeitige Rechtslage im europäischen Auftragswesen auf ihre Praxistauglichkeit hin zu überprüfen und zu reformieren, unter gleichzeitiger Betonung der Tatsache, dass die Erbringung der sozialen Dienste in der Regel auf der Grundlage des deutschen Sozialrechts erfolgt. Gerade angesichts der Auswirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise auf die öffentlichen Haushalte besteht die Gefahr, dass die Umsetzung sozialpolitischer Ziele mittels der Systeme der sozialen Sicherung und der sozialen Dienste durch das Argument der

¹ Verantwortliche Referentin im Deutschen Verein: Cornelia Markowski. Die Stellungnahme wurde von der Geschäftsstelle erarbeitet und nach Abstimmung im Fachausschuss „Internationale Zusammenarbeit und europäische Integration“ am 14. April 2011 vom Präsidialausschuss des Deutschen Vereins verabschiedet.

² Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 3. März 2008, NDV 2008, 203 ff.; Stellungnahme des Deutschen Vereins zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, NDV 2008, 331 ff.; Gutachten des Deutschen Vereins zur Finanzierung der Schuldnerberatung, NDV 2006, 570 ff.

Kosteneffizienz mehr und mehr zurückgedrängt wird. Diese Entwicklung hält der Deutsche Verein für sehr bedenklich, da das Zusammenleben, Wohlergehen, die Teilhabe und Förderung bzw. der Erhalt des Potenzials des Einzelnen in unserer Gesellschaft nicht allein von volkswirtschaftlichen Kennziffern abhängt, sondern – und das gerade für Personen, die aus den unterschiedlichsten Gründen auf Hilfe und Unterstützung anderer angewiesen sind – von einer bedarfsorientierten und personenzentrierten Förderung und Unterstützung durch funktions- und leistungsfähige soziale Sicherungssysteme bzw. soziale Dienste. Um diese Auffassung durch konkrete Empfehlungen zur Reform des europäischen Vergaberechts zu verdeutlichen, hat der Deutsche Verein einige Fragen aus dem Grünbuch ausgewählt und fordert die Kommission auf, die nachfolgenden Antworten für die Erarbeitung des angekündigten Vorschlags zur Reform der Vergaberichtlinien zu berücksichtigen:

Frage 5

Meinen Sie, dass die Vergaberichtlinien auf alle Dienstleistungen angewandt werden sollten, eventuell aufgrund einer flexibleren Standardregelung? Wenn nicht, geben Sie bitte die Dienstleistung(en) an, die nach wie vor unter die derzeitige Regelung der „B“-Dienstleistungen fallen sollte(n), und nennen Sie Gründe dafür.

Aus Sicht der sozialen Dienste sollte die Einteilung in prioritäre und nichtprioritäre Dienstleistungen aufrecht erhalten bleiben, soweit sie im Ergebnis zu Verfahrenserleichterungen beiträgt und die Rechtsschutzmöglichkeiten unterlegener Bieter nicht unverhältnismäßig eingeschränkt ist. Die Differenzierung nach verschiedenen Arten von Dienstleistungen trägt den Besonderheiten der sozialen Dienste und der Sozialwirtschaft³ Rechnung.

Nach Art. 22 Richtlinie 2004/18/EG (RL) werden öffentliche Dienstleistungsaufträge, die überwiegend dem Gesundheits- oder Sozialwesen zuzuordnen sind und deren Auftragsvolumen über 193.000 € liegt, nach den privilegierenden Verfahrensregeln der Art. 23 und 35 Abs. 4 RL vergeben. Wie die Kommission im Grünbuch selber feststellt, tragen nichtprioritäre Dienste, also auch die sozialen Dienste, kein hohes Potenzial für eine Ausweitung im grenzüberschreitenden Handel.⁴ Mangels dieses Potenzials ist davon auszugehen, dass die bestehende europäische Sonderregelung sich auch nicht

³ Entschließung des EP vom 19. Februar 2009 zu der Sozialwirtschaft, P6_TA(2009)0062, Nr. 3 und 4; Mitteilung der Kommission: Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006, Kap. 1.1; Mitteilung der Kommission ... Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss der Sozialdienstleistungen, KOM(2007) 275 endg. vom 20. November 2007, Kap. 2.3.

⁴ Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, KOM(2011) 15/4 vom 27. Januar 2011, Kap 1.2.

problematisch auf den internationalen Handelsverkehr und das internationale Übereinkommen für das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) auswirken, auf dessen Grundlage die EU-Richtlinien das öffentliche Auftragswesen regulieren.

Soweit eine Unterscheidung prioritärer und nichtprioritärer Dienste erhalten bleibt, sollten Rettungsdienstleistungen der Klarstellung halber in dem Katalog der „B-Dienstleistungen“ aufgenommen werden. Sie sind in der Praxis überwiegend und schwerpunktmäßig medizinische Leistungen, die dem Bereich der Gesundheitsdienstleistungen unterfallen, und eine Abgrenzung zu den in den Rettungsdienstleistungen enthaltenen Krankentransportleistungen gestaltet sich oft schwierig. Die Aufnahme der Rettungsdienstleistungen in den Katalog der „B“-Dienstleistungen würde daher erheblich zur Rechtssicherheit für die betroffenen öffentlichen Auftraggeber beitragen, die die Rettungsdienste im Rahmen des sogenannten Submissionsmodells betreiben.⁵

Es fragt sich zudem, was die EU-Kommission unter einer „flexibleren Standardregelung“ versteht und worin der Unterschied zur derzeitigen Privilegierung der sozialen und Gesundheitsdienste in der Vergaberichtlinie bestehen soll.

Frage 15

Meinen Sie, dass die Verfahren der derzeitigen Richtlinien den öffentlichen Auftraggebern die Erzielung der bestmöglichen Auftragsvergabeergebnisse ermöglichen? Wenn nicht, wie sollten die Verfahren verbessert werden, um die Verwaltungslasten und die Transaktionskosten zu senken, die Verfahrensdauer zu verkürzen und gleichzeitig zu garantieren, dass die öffentlichen Auftraggeber ein optimales Preis-Leistungs-Verhältnis erzielen?

Der Deutsche Verein schließt sich den Ausführungen des Berichts des Europäischen Parlaments (EP) über neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen an, in dem festgestellt wurde, dass die öffentlichen Verwaltungen ihre Aufgaben im allgemeinen Interesse nur dann gut erfüllen können, wenn sie dabei die erforderliche Rechtssicherheit genießen und die Vergabeverfahren nicht zu komplex sind.⁶ Dass hier noch ein Stück des Weges zu gehen ist, lässt sich nach Ansicht des EP daran ablesen, dass es unverhältnismäßig viele Vertragsverletzungsverfahren vor dem Gerichtshof der EU (EuGH)

⁵ vgl. Urteile des EuGH vom 29. April 2010 – C-160/08 sowie vom 10. März 2011 – C-274/08.

⁶ Bericht „Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI))“ vom 10. Mai 2010, Nr. A.

gegeben hat, weil sich viele Mitgliedstaaten mit der Einhaltung der Richtlinien über öffentliche Aufträge schwer getan haben.⁷

Um bestmögliche Vergabeergebnisse zu erhalten, sollte für das Verfahren das Prinzip der Wirtschaftlichkeit stärker betont werden, denn häufig spielt der niedrigste Preis und nicht die Qualität der Leistung eine Rolle, selbst wenn die „Wirtschaftlichkeit“ einer Leistung Gegenstand des geltenden Vergaberechts ist.

Frage 16

Können Sie sich andere Verfahrenstypen vorstellen, die in den derzeitigen Richtlinien nicht vorgesehen sein und die Ihrer Auffassung nach die Kosteneffizienz öffentlicher Auftragsvergabeverfahren erhöhen können?

In vielen Mitgliedstaaten gibt es bereits heute bewährte Modelle, die den Anforderungen des europäischen Primärrechtes an Transparenz, Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung entsprechen. In Deutschland werden soziale Dienstleistungen etwa in der Regel im sogenannten sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht. Jeder, der ein soziales Angebot schaffen möchte, um z.B. eine neue Bedarfslage zu befriedigen oder Notlage vor Ort zu beseitigen, kann diesen Dienst initiieren. Das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis sichert die Leistungsfähigkeit und Qualität der sozialen Dienste und ist in zahlreichen Vorschriften des deutschen Sozialrechts fixiert. So muss die Behörde in der Kinder- und Jugendhilfe bei kostenintensiveren (teil-)stationären Leistungen für Kinder oder Jugendliche Vorgaben über Inhalt, Umfang und Qualität, differenzierte Angebote und Investitionsbedarf sowie Grundsätze und Maßstäbe der Qualität einhalten.⁸ Typisch ist, dass für diese Leistungen und eine Reihe weiterer stationärer Angebote, z.B. in der Eingliederungshilfe und Wohnungslosenhilfe, ein Vergütungsanspruch des sozialen Dienstleistungserbringers in der Regel erst entsteht, wenn der/die Nutzer/in eine bestimmte Leistung in Anspruch genommen hat.⁹

Im deutschen Recht finden sich aber auch Regelungen, die eine andere Ausgestaltung für die Vereinbarungen zwischen einer Behörde und einem Dienstleister vorgeben. Bei ambulanten Angeboten, z.B. Beratungsleistungen, familienunterstützenden Diensten oder Diensten der Kindertagespflege, agiert der Dienstleistungserbringer oft auf der Grundlage von Leistungsanforderungen, die vorab konkret und abschließend umrissen sind, für die

⁷ Bericht über neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen, Nr. D.

⁸ Vgl. §§ 78b ff. SGB VIII

⁹ Wunsch- und Wahlrecht z.B. nach § 9 SGB IX, § 9 SGB XII bzw. § 33 SGB I.

öffentliche Hand. Hier finden sich in der Praxis zum Teil Bereiche, für die diskutiert wird, ob die Vorschriften über öffentliche Ausschreibungen Anwendung finden.

Problematisch sind in diesem Zusammenhang diejenigen sozialen Dienste, die ihre Leistungen für verschiedene Sozialleistungsträger erbringen. Beispiele dafür finden sich im Bereich der pädagogischen Frühförderung oder der sogenannten Integrationsfachdienste. Die Integrationsfachdienste wurden für die Integration schwerbehinderter Menschen in den allgemeinen Arbeitsmarkt geschaffen und beruhen auf dem Zusammenwirken von Integrationsämtern mit der Bundesagentur für Arbeit. Um diese Komplexleistungen sicherstellen zu können, müssten die öffentlichen Auftraggeber eine gemeinsame öffentliche Ausschreibung durchführen, um tatsächlich Synergieeffekte nutzen zu können. Eine „Auftraggeber-Gemeinschaft“ gibt es aber nicht im Vergaberecht. In diesen Fällen ist die öffentliche Ausschreibung nicht geeignet.

Insgesamt lässt sich sagen, dass das existierende System des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses mit seinem Wunsch- und Wahlrecht der Nutzerin/des Nutzers als erfolgreich in Deutschland gilt und fortgesetzt werden soll. Es ist gut geeignet, die Bedürfnisse von Nutzer/innen, Kostenträgern und Dienstleistern zu erfüllen, unter Wahrung der Grundsätze Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz. Bereits im Leitfaden der Europäischen Kommission zum Beihilfe-, Vergabe- und Binnenmarktrecht für Dienste von allgemeinem Interesse hat die Kommission ausdrücklich anerkannt, dass sie auch andere Verfahren, z.B. durch Genehmigung („authorisations“) von geeigneten Dienstleistern durch einen öffentlichen Auftraggeber unter Wahrung des Gebots der Transparenz und der Nichtdiskriminierung, für möglich hält.¹⁰

Kosteneffizienz durch öffentliche Ausschreibung ist nach Überzeugung vieler Akteure im Bereich der sozialen Arbeit – auch wenn sie gerade angesichts der Auswirkungen der Finanz- und Wirtschaftskrise auf die öffentlichen Haushalte immer häufiger als Argument in die Debatte gebracht wird – nicht das alleinige Ziel der sozialen Versorgung. Kinder- und Jugendhilfe, Eingliederungshilfe und Altenhilfe etc. verfolgen in erster Linie das Ziel individueller Bedarfsdeckung in einem Fürsorgesystem und sollen vorrangig der Existenzsicherung und dem Erhalt der Menschenwürde des Einzelnen dienen. Dieses Ziel ist der Grundstein für Errichtung und Erhalt der sozialen Sicherungssysteme und darf nicht in den Hintergrund treten. Der Weg über das öffentliche Auftragswesen ist nur dann eine geeignete Lösung, wenn es nicht um diejenigen sozialen Leistungsbereiche geht, in denen

¹⁰ Nr. 4.2.17 im Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endg., vom 7. Dezember 2010.

es um die Erbringung von Hilfeangeboten für Lebenssituationen oder -risiken geht, die die Existenz eines Menschen bedrohen.

Frage 30

Halten Sie es im Lichte der vorstehenden Ausführungen für nützlich, auf EU-Ebene legislative Regeln für den Anwendungsbereich und die Kriterien für eine öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit einzuführen?

Es besteht kein Bedürfnis nach einer legislativen Regelung der öffentlich-öffentlichen Zusammenarbeit. Die jüngste Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist diesbezüglich ausreichend klar und präzise (s. auch Antwort zu Frage 32).

Frage 32

Oder würden Sie für verschiedene Formen der Zusammenarbeit spezifische Bestimmungen im Sinne des EuGH-Fallrechts bevorzugen (z.B. „In-house“- und horizontale Zusammenarbeit)? Wenn ja, bitte erläutern Sie die Gründe dafür und um welche Bestimmungen es sich handeln sollte?

Sollte es trotz des Vorgenannten zu Bestimmungen zur öffentlichen-öffentlichen Zusammenarbeit kommen, sollte sich die Kommission an das im Mai 2010 vom Europäischen Parlament abgestimmte Votum¹¹ halten, das sich auf das EuGH-Fallrecht bezieht. Das Europäische Parlament hebt darin hervor, dass der EuGH in mehreren Urteilen das kommunale Selbstverwaltungsrecht bereits aufgegriffen und darauf verwiesen habe, „dass eine öffentliche Stelle ihre im allgemeinen Interesse liegenden Aufgaben mit ihren eigenen Mitteln und auch in Zusammenarbeit mit anderen öffentlichen Stellen erfüllen kann“¹². Daneben verweist das Parlament auf ein weiteres Urteil¹³, das ergänzend festgehalten habe, dass das Gemeinschaftsrecht den öffentlichen Stellen für die gemeinsame Wahrnehmung ihrer öffentlichen Aufgaben keine spezielle Rechtsform vorschreibe. In Fällen der vertikalen/institutionalisierten Zusammenarbeit im Rahmen von „In-House“-Geschäften (in Deutschland ist dies z.B. die Zusammenarbeit in Form von Zweckverbänden) sollten öffentlich-öffentliche Partnerschaften, wie die kommunalen Kooperationen und Formen der innerstaatlichen Zusammenarbeit, infolgedessen unter folgenden kumulativen Kriterien als vergaberechtsfrei angesehen werden:

¹¹ Bericht „Neue Entwicklungen im öffentlichen Auftragswesen (2009/2175(INI))“ vom 10. Mai 2010.

¹² Vgl. EuGH, Urteil vom 13. November 2008 – C-324/07.

¹³ Vgl. EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009 – C-480/06.

- es handele sich um die Erbringung einer allen beteiligten Kommunen obliegenden öffentlichen Aufgabe,
- die Aufgabe werde ausschließlich durch öffentliche Stellen, also ohne Beteiligung Privater, wahrgenommen und
- die Tätigkeit werde im Wesentlichen für die beteiligten öffentlichen Stellen verrichtet.

Kooperieren Kommunen auf vertraglicher Basis miteinander (sogenannte horizontale/nicht-institutionalisierte Zusammenarbeit), fällt das sogenannte Wesentlichkeitskriterium weg. Dieses ist allein für „In-house“-Konstellationen entwickelt worden und daher nur für diese Formen einschlägig. Weitere, über diese Kriterien hinausgehende Voraussetzungen lassen sich der EuGH-Rechtsprechung nicht entnehmen. Dafür hat sich auch das Europäische Parlament ausgesprochen und in diesem Sinne die Allgemeingültigkeit dieser Schlussfolgerungen betont.

Frage 33

Sollten die EU-Regeln auch einen Zuständigkeitstransfer abdecken? Bitte erläutern Sie die Gründe.

Mit dem Zuständigkeitstransfer zielt die Europäische Kommission auf die von ihr selbst geschaffene Unterscheidung zwischen sogenannter delegierender und mandatierender Aufgabenübertragung ab. Im Sinne einer vollständigen Aufgabenübertragung befreie die delegierende Übertragung den ursprünglichen Aufgabenträger von seiner Aufgabenverantwortung; mit der mandatierenden Übertragung gehe lediglich die Aufgabenerfüllung, nicht aber die Zuständigkeit auf die ausführende Stelle über. Daran hat die Kommission die Konsequenz geknüpft, die Formen der delegierenden Vereinbarungen vom Vergaberecht freizustellen, die mandatierenden hingegen dem Vergaberecht zu unterwerfen. Unter die delegierenden Vereinbarungen subsumierte die Kommission vor allem die Zusammenarbeit in institutionalisierter Form, beispielsweise Zweckverbandskonstellationen.

Der EuGH hat diese Unterscheidung in seiner Rechtsprechung bis heute nicht aufgegriffen. Es gibt für sie auch keine nachvollziehbaren Gründe. Ganz im Gegenteil nimmt der EuGH die institutionalisierten Formen der Zusammenarbeit bereits, wie die Kommission auch selbst darstellt, durch die „In-house“-Ausnahme vom Vergaberecht aus. Einer zusätzlichen Regelung bedarf es daher nicht. Der EuGH hat in seiner Rechtsprechung zum Fall

Stadtreinigung Hamburg¹⁴ im Übrigen ausdrücklich die Form der Zusammenarbeit offen gelassen.

Frage 67

Können Sie sich Fälle vorstellen, in denen eine Beschränkung auf lokale oder regionale Lieferanten durch legitime und objektive Gründe, die sich nicht allein auf ökonomische Erwägungen gründen, berechtigt sein könnten?

Die Kommission hat bereits in einer Mitteilung von 2000¹⁵ ausgeführt, dass keine Handelsbeeinträchtigung, also ein lokaler Bezug einer Dienstleistung anzunehmen ist, wenn „sich die betreffende Tätigkeit in all ihren Aspekten auf einen einzelnen Mitgliedstaat beschränkt“. Nach Ansicht des Deutschen Vereins ist der lokale Bezug sozialer Dienste dadurch gekennzeichnet, dass

- die Nutzer, Dienstleistungserbringer, Freiwilligen, die kommunale Behörde, ggf. die örtliche Kirchengemeinde und andere örtliche Vereine und Organisationen an dem Konzept des sozialen Dienstes beteiligt sind oder
- der Einzugsbereich des Dienstleistungserbringers überwiegend regional begrenzt ist und keine Nutzer aus grenzüberschreitender Herkunft zu erwarten sind oder
- die Dienstleistung nicht einzigartig für die Region, den Mitgliedstaat ist und diese nicht über die Region hinaus beworben wird oder
- die Erbringung der Dienstleistung nur erfolgsversprechend ist, wenn dem Anbieter der lokale Kontext bzw. die örtlichen Gegebenheiten vertraut sind.

Typisch für die Erbringung einer sozialen Dienstleistung ist die persönliche Zuwendung und zwischenmenschliche Verbindung zwischen den Mitarbeiter/innen der sozialen Arbeit und den Nutzer/innen. Diese kann erfahrungsgemäß am Besten in Kenntnis der Sprache, örtlichen Mentalität, ethischen und religiösen Grundsätze und lokalen Strukturen erfüllt werden, folglich von örtlichen Dienstleistungsanbietern.¹⁶ Aus der Berücksichtigung des sozialen Bezugssystems eines Menschen vor Ort und seiner kulturellen Prägung, also anknüpfend an die Lebenswelt des Betroffenen, verfolgt Deutschland in der sozialen Arbeit das Konzept des „Sozialraums“.

¹⁴ EuGH, Urteil vom 9. Juni 2009 – C 480/06.

¹⁵ Mitteilung der Kommission „Leistungen der Daseinsvorsorge in Europa“, KOM(2000) 580 endg. vom 20. September 2000, Rdnr. 31.

¹⁶ Stellungnahme des Deutschen Vereins als Beitrag zur öffentlichen Anhörung der Europäischen Kommission zu staatlichen Beihilfen: Vorschriften für die Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, NDV 2010, 421.

Frage 85

Sollten Verpflichtungen hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands Ihrer Ansicht nach auf nationaler Ebene festgelegt werden? Glauben Sie, dass solche nationalen Verpflichtungen zu einer möglichen Fragmentierung des Binnenmarkts führen können?

Die europaweite Binnenmarktrelevanz bzw. Handelsbeeinträchtigung ist wegen des oftmals fehlenden grenzüberschreitenden Elements eines sozialen Dienstes sehr gering.¹⁷ Aus diesem Grund zählen sie zu den nichtprioritären Dienstleistungen in der Richtlinie 2004/18/EG. Konsequenterweise ist keine Fragmentierung des europäischen Binnenmarktes zu befürchten, wenn nationale Vorschriften konkrete Regelungen zum Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung im sozialen Bereich festlegen. Im Übrigen wird auf das Subsidiaritätsprinzip und die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten nach Art. 14 AEUV und Protokoll Nr. 26 verwiesen (siehe auch Antwort zu Frage 97).

Frage 97

Sollten die EU-Vorschriften für das Beschaffungswesen die besonderen Merkmale des Sozialwesens Ihrer Ansicht nach umfassender widerspiegeln? Falls ja, wie sollte sich das gestalten?

Die Kompetenz bei der Definition des allgemeinen Interesses gemäß Art. 14 AEUV ist grundsätzlich zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilt, was die Grundsätze und Bedingungen für funktionierende Dienste von allgemeinem Interesse angeht. Die Mitgliedstaaten sind zuständig, die Dienste von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse bereit zu stellen, ggf. zu vergeben und zu finanzieren. Es ist daneben völlig unklar – und die Debatte läuft nunmehr seit Jahren – inwiefern eine Festschreibung von Prinzipien wie z.B. Universalität, Gleichbehandlung, Kontinuität, Qualität, Erschwinglichkeit, Effizienz einer Dienstleistung von allgemeinem (wirtschaftlichen) Interesse in einer EU-Verordnung möglich und notwendig ist, um das reibungslose Funktionieren dieser Dienste zu ermöglichen. Regelungen seitens der europäischen Ebene könnten zudem nur in den Bereichen stattfinden, in denen die Europäische Union zuständig ist.¹⁸

¹⁷ S. auch Antwort zu 67.

¹⁸ Stellungnahme des Deutschen Vereins als Beitrag zur öffentlichen Anhörung der Europäischen Kommission zu staatlichen Beihilfen: Vorschriften für Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse, NDV 2010, 418.

Soweit außerhalb des Anwendungsbereichs des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses noch Raum für öffentliche Auftragsverfahren bleibt, sollten diese die Besonderheiten bei der Erbringung sozialer Dienste – z.B. die besondere Personenbezogenheit – stärker als bisher berücksichtigen. Die reibungslose Abwicklung des Vergabeverfahrens ist kein Zweck an sich, sondern muss letztlich dazu beitragen, qualitativ hochwertige und nachhaltige Hilfe für Personen in sozialen Problemlagen zu bieten. Hierzu wäre aus Sicht des Deutschen Vereins zunächst eine Klarstellung in der Richtlinie (2004/18/EG) erforderlich, dass alternative Modelle der Bereitstellung sozialer Dienste, wie etwa das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis nach dem deutschen Sozialrecht, jedenfalls dann die Anwendung des öffentlichen Auftragsrechts ausschließen, wenn diese die primärrechtlichen Grundsätze (Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz) achten.

Frage 97.1

Finden Sie, dass bestimmte Aspekte der Auftragsvergabe im Sozialwesen stärker auf EU-Ebene geregelt werden sollten, um die Qualität dieser Dienste zu verbessern?

In Deutschland ist die Erbringung sozialer Dienste durch das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis gekennzeichnet.¹⁹ Die Qualität sozialer Dienstleistungen hängt daher auch davon ab, wie Kostenträger und Leistungserbringer zusammenarbeiten. Die bestehenden, umfangreichen nationalen Vorgaben für die Festlegung, Überwachung und Bewertung von Qualitätsstandards sind ausreichend.²⁰

Frage 97.1.1

Sollten die Richtlinien das Zuschlagskriterium des niedrigsten Preises untersagen/die Verwendung des Preiskriteriums einschränken/das Gewicht, das der öffentliche Auftraggeber dem Preis verleihen darf, verringern/zusätzlich zum Kriterium des niedrigsten Preises und des wirtschaftlich günstigsten Angebots ein drittes Zuschlagskriterium einführen?

Nach deutschem Recht erfolgt der Zuschlag bei einer öffentlichen Ausschreibung für das wirtschaftlichste Angebot. Die Alternative des niedrigsten Preises, vgl. Art. 53 Abs. 1 b) RL, wurde nicht in das nationale Vergaberecht (§ 97 GWB) übernommen. Das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ wird im europäischen Vergaberecht als eine Verbindung verschiedener, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender, Kriterien erläutert, z.B.

¹⁹ S. auch Antwort zu Frage 16.

²⁰ Stellungnahme des Deutschen Vereins zur Entwicklung eines europäischen Freiwilligen Qualitätsrahmens für soziale Dienste, NDV 2010, 482.

Qualität, Preis, Zweckmäßigkeit, Betriebskosten, oder Rentabilität, Art. 53 Abs. 1 a) RL. Damit sind rechtliche Spielräume eröffnet, angesichts derer das Kriterium des niedrigsten Preises jetzt schon vernachlässigt werden kann – immer vorausgesetzt, im Bereich bestimmter sozialer Dienste ist ein öffentliches Ausschreibungsverfahren überhaupt notwendig.

Frage 97.1.2.

Sollten die Richtlinien die Möglichkeit vorsehen, Verträge im Sozialwesen gemeinnützigen Organisationen vorzubehalten/sollten solche Organisationen bei der Vergabe von Verträgen im Sozialwesen anderweitig privilegiert werden?

Grundlage der Zusammenarbeit von öffentlichen und freien Trägern ist in Deutschland traditionell das sogenannte Subsidiaritätsprinzip.²¹ Es findet sich in der Kinder- und Jugendhilfe, Eingliederungshilfe für Menschen mit Behinderungen, Altenhilfe etc. und bewirkt, dass bei Aushandlung der Rahmenvereinbarungen zwischen der Behörde und dem Dienstleister beide Seiten ihre Erfahrungen und Interessen einbringen können, um den Leistungsinhalt optimal festzusetzen. Laut Leitfaden der EU-Kommission zum Beihilfe-, Vergabe- und Binnenmarktrecht für Dienste von allgemeinem Interesse²² kann der Gesetzgeber mittels nationaler oder regionaler Vorschriften bestimmte Tätigkeiten so regeln, dass der Zugang ausnahmsweise auf bestimmte Dienste ohne Gewinnerzielungsabsicht begrenzt ist, z.B. um bestimmte soziale Ziele mittels seiner Sozialleistungs- und -sicherungssysteme umzusetzen. Insofern gilt das in Antwort 97 Gesagte, damit nationale Besonderheiten bei der Erbringung sozialer Dienste als Alternative zum Vergaberecht Anerkennung finden.

Frage 97.1.3.

Eine Lockerung der Zuschlagskriterien oder die ausschließliche Zuteilung von Aufträgen an bestimmte Arten von Organisationen könnten das Ziel der Vergabeverfahren, solche Dienste zu den geringsten Kosten für die Gemeinschaft zu erwerben, in Gefahr bringen und bergen das Risiko, dass die Verträge staatliche Beihilfen beinhalten. Teilen Sie diese Bedenken?

Gemäß den Voraussetzungen der „Monti-Kroes-Entscheidung“ werden dem Erbringer einer sozialen Dienstleistung von allgemeinem Interesse alle Mehrkosten ausgeglichen, die ihm

²¹ Vgl. § 4 Abs. 2 SGB VIII, § 5 Abs. 4 SGB XII.

²² Nr. 4.2.10 im Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der EU über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse inklusive Sozialdienstleistungen, SEC(2010) 1545 endg., vom 7. Dezember 2010.

notwendigerweise entstehen, um die gemeinwohlorientierte Aufgabe zu erfüllen. Die Kosten ergeben sich – für jeden beauftragten Erbringer einer Dienstleistung gleichermaßen – in Abhängigkeit von Inhalt, Art und Umfang der Leistung, z.B. Anforderungen an Qualität, Nachhaltigkeit, Kontinuität, Einbindung bestimmter Personengruppen. Wenn der öffentliche Auftraggeber den rechtlichen Rahmen bei der Prüfung der Eignung und der Auswahlkriterien einhält, kann durch seine spätere Vergütung für die Erfüllung keine überschüssige Leistung entstehen, die eine Überkompensation i.S.d. EU-Beihilferechts darstellt. Zudem liegt einem Vergabeverfahren das Prinzip der Wirtschaftlichkeit zugrunde, das neben den entstehenden Kosten auch die Geeignetheit des Angebots, seine Qualität und Nachhaltigkeit zu berücksichtigen hat.²³ Die Kosten für die Gemeinschaft umfassen keinesfalls nur den niedrigsten Preis.

Frage 97.2.

Sind Sie der Auffassung, dass andere Aspekte der Beschaffung im Sozialwesen weniger stark reduziert sein sollten (z.B. durch höhere Schwellenwerte oder „De-minimis“-Regeln für solche Dienste)? Inwiefern wäre eine solche Sonderbehandlung des Sozialwesens gerechtfertigt?

Den Ausführungen von Prof. M. Monti²⁴ folgend, sollte geprüft werden, die rechtlichen Anpassungen, die für den Bereich der staatlichen Zuwendungen in der sozialen Daseinsvorsorge gelten, auch für den Bereich der öffentlichen Ausschreibungen im sozialen Sektor in Erwägung zu ziehen. Dem Binnenmarktrecht fehlt eine dem Wettbewerbsrecht vergleichbare Privilegierung für Dienste von allgemeinem Interesse, auf der das „Monti-Kroes-Paket“ beruht. Der Deutsche Verein fordert die Festschreibung der privilegierten Behandlung von (sozialen) Diensten von allgemeinem Interesse auch im Bereich der öffentlichen Ausschreibungsverfahren – mit den gleichen Argumenten, mit denen dies hinsichtlich staatlicher Interventionen im EU-Beihilferecht für notwendig erachtet wird. Allerdings ist dem nicht durch die Anhebung von Schwellenwerten oder der Einführung einer De-minimis-Regelung Rechnung getragen, da damit die Rechtsschutzmöglichkeiten nach den Vorschriften des Vergaberechts für eine noch größere Anzahl öffentlicher Aufträge praktisch keine Anwendung fänden. Hier bietet auch die Regelungen der EU-Rechtsmittel-Richtlinie nicht den gewünschten Rechtsschutz, da sie ihn nur auf die Fälle erweitert, in denen ein öffentlicher Auftraggeber eine freihändige Vergabe durchführt, obwohl ein förmliches Ausschreibungsverfahren rechtlich vorgeschrieben war. Dieser Rechtsschutz gilt also nur für öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte.

²³ S. auch Antwort zu Frage 97.1.1.

²⁴ Monti, M.: Eine neue Strategie für den Binnenmarkt – Im Dienste der Wirtschaft und Gesellschaft Europas vom 9. Mai 2010, S. 87.