

**Stellungnahme der
Deutschen Gesellschaft für medizinische Rehabilitation e.V. (DEGEMED)**

vom 26.06.2015

Zum

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014 (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)

A. Vorbemerkung:

Die Bundesregierung plant mit dem vorgelegten Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts die Umsetzung dreier Richtlinien der Europäischen Union (Richtlinien 2014/23 EU, 2014/24 EU und 2014/25 EU). Diese Richtlinien zielen auf die Weiterentwicklung und Vereinheitlichung der Regelungen für den europäischen Binnenmarkt durch Harmonisierung im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe.

Das VergModG normiert dazu die Regelungen über die öffentliche Auftragsvergabe im Teil 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) neu. Das GWB enthält damit künftig die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, dessen Anwendungsbereich, die Vergabearten, die grundsätzlichen Anforderungen an Eignung und Zuschlag, die Ausführungsbedingungen sowie weitere Vorgaben, die für alle öffentlichen Auftraggeber bei entgeltlichen Beschaffungsverträgen gelten.

Die DEGEMED vertritt als Fachgesellschaft und Spitzenverband der medizinischen Rehabilitation in Deutschland indikationsübergreifend Leistungsanbieter mit öffentlichem, privatem und frei-gemeinnützigem Hintergrund. Die Richtlinien und das geplante VergModG berühren auch die Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe, die die Mitglieder der DEGEMED im Auftrag der gesetzlichen Rehabilitationsträger in ihren Einrichtungen erbringen.

Die DEGEMED begrüßt ausdrücklich die mit den EU-Vergaberichtlinien 2014 und dem VergModG bestätigten Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit. Diese Grundsätze binden alle Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Beschaffung von Leistungen am Markt. Im Hinblick auf Leistungen der Sozialversicherungsträger ist für die Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe allerdings klarzustellen, dass Verträge zur Beschaffung dieser Leistungen nicht in den Anwendungsbereich der EU-Vergaberichtlinien 2014 und des VergModG fallen. Diese Verträge unterliegen auch künftig nicht der Vergabe durch Ausschreibung, da es sich dabei nicht um Aufträge im Sinne des Vergaberechts handelt. Öffentliche Aufträge setzen zwingend eine Auswahlentscheidung des Rehabilitationsträgers voraus. Nur dann erfüllen sie die in Art. 1 Abs. 2 der maßgeblichen Richtlinie 2014/24 EU genannten Kriterien. Leistungen zur Rehabilitation und

Teilhabe werden aber auf der Basis von Leistungsbeziehungen im so genannten sozialrechtlichen Dreieck erbracht. Hier fehlt es an der für eine Auftragsvergabe konstitutiven Auswahlentscheidung, wenn und solange die Rehabilitationsträger alle Leistungsanbieter zur Leistungserbringung zulassen, die die gesetzlichen Anforderungen erfüllen. In einem solchen Zulassungssystem ist der Marktzugang für alle objektiv geeigneten Leistungsanbieter offen ausgestaltet.

Obwohl die EU-Vergaberichtlinien 2014 in zahlreichen Erwägungsgründen deutlich machen, dass nicht-wirtschaftliche Dienstleistungen bzw. Dienstleistungen für die Allgemeinheit und Zulassungssysteme nicht vom Vergaberecht erfasst werden sollen, greift der vorliegende Entwurf des VergModG dies nicht ausreichend auf. Insbesondere die Gesetzesbegründung zur Definition des öffentlichen Auftrags in § 103 GWB-E enthält dazu keine konkreten Aussagen. Um Rechtssicherheit herzustellen, sollte die Gesetzesbegründung daher offene Zulassungssysteme im Bereich der sozialen Dienstleistungen explizit nennen und vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnehmen. Gleichzeitig sollten für die Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe im Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch (SGB IX) Regelungen getroffen werden, die die Bereitstellung von Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe im sozialrechtlichen Dreieck in einem offenen Zulassungsverfahren dauerhaft sicherstellen und die Leistungsbeziehungen zwischen den gesetzlichen Rehabilitationsträgern und den Leistungsanbietern entsprechend ausgestalten.

Stellungnahme im Einzelnen:

I. Zur Begründung zu § 103

1. Beabsichtigter Inhalt:

Die Begründung zu § 103 erläutert die Veränderungen bei der Definition von öffentlichen Aufträgen im Vergleich zur alten Regelung des § 99 GWB sowie die künftige Einbeziehung von Rahmenvereinbarungen im neuen Abs. 5. Sie grenzt den Auftragsbegriff von anderen Beschaffungsvorgängen ab.

2. Stellungnahme:

Die Begründung in der vorliegenden Form ist unvollständig. Sie grenzt den Anwendungsbereich des in § 103 definierten öffentlichen Auftrags von Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe, die im so genannten sozialrechtlichen Dreieck und auf der Basis von offenen Zulassungssystemen erbracht werden nicht ausreichend ab. Sie erwähnt nicht, dass es bei offenen Zulassungssystemen, wie sie im Bereich der Rehabilitationsträger üblich sind und bei denen allein die objektive Eignung des Leistungsanbieters über dessen Zulassung und Marktteilnahme entscheidet, bereits begrifflich an der für den öffentlichen Auftrag wesentlichen Auswahlentscheidung fehlt. Unerwähnt bleiben auch die Erwägungsgründe der EU-Vergaberichtlinien, nach denen ihr Anwendungsbereich bei Zulassungssystemen ohne Selektivität (Richtlinie 2014/24 EU Erwägungsgrund 4) sowie bei nicht-wirtschaftlichen Dienstleistungen von allgemeinem Interesse (Richtlinie 2014/24 EU, Erwägungsgrund 6) nicht eröffnet ist. Der Erwägungsgrund 13 der Richtlinie 2014/23 EU, der

sich nach seinem Wortlaut zunächst nur auf Konzessionen bezieht, aber Zulassungsverfahren im sozialrechtlichen Dreieck direkt anspricht und vom Anwendungsbereich des Vergaberechts ausnimmt, wird ebenso an dieser Stelle nicht berücksichtigt.

3. Vorschlag:

Um eine präzise Abgrenzung von ausschreibungspflichtigen öffentlichen Aufträgen einerseits und ausschreibungsfreien Zulassungsverfahren andererseits zu erreichen, sollte die Begründung zu § 103 Abs. 1 ergänzt werden. Wir schlagen daher vor, in die Begründung zu § 103 Absatz 1 folgenden Text anzufügen:

„Nicht unter den öffentlichen Auftragsbegriff fallen außerdem Zulassungsverfahren, wie sie insbesondere im Bereich der Sozialversicherungsträger bei der Ausgestaltung der Leistungsbeziehungen im so genannten sozialrechtlichen Dreieck üblich sind und die für alle objektiv geeigneten Leistungsanbieter den Zugang zur Marktteilnahme eröffnen. Hier fehlt es an der für den Auftrag notwendigen Auswahlentscheidung, wenn und solange alle geeigneten Leistungsanbieter einen Anspruch auf Zulassung haben. Dies entspricht Erwägungsgrund 4 der Richtlinie 2014/24 EU. Danach sollen Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität - berechtigt sind, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden. Derartige Zulassungsverfahren sind darüber hinaus üblicherweise auch die Basis für nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse, die ebenfalls nicht in den Anwendungsbereich des Vergaberechts und unter den Begriff des öffentlichen Auftrags fallen (Erwägungsgrund 6).“

4. Begründung:

Die Ergänzung gewährleistet die sachgerechte Einordnung von Zulassungssystemen im sozialrechtlichen Dreieck und stellt klar, dass sie vom Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht erfasst sind, wenn und solange sie sich bedarfsunabhängig ausschließlich an der objektiven Eignung der Leistungsanbieter orientieren. Die Ergänzung nimmt Bezug auf die maßgeblichen Erwägungsgründe der EU-Vergaberichtlinien selbst und leitet die Herausnahme der Zulassungssysteme im sozialrechtlichen Dreieck unmittelbar aus den Richtlinien ab.

II. Ergänzung in § 21 Sozialgesetzbuch – Neuntes Buch (§ 21 SGB IX)

1. Aktueller Inhalt:

Die Norm betrifft Verträge zwischen gesetzlichen Rehabilitationsträgern und Leistungsanbietern (Rehabilitationseinrichtungen und –dienste i. S. d. § 19 SGB IX) und enthält in Abs. 1 Regelbeispiele für den Vertragsinhalt. Abs. 2 normiert ein Harmonisierungsgebot gegenüber den Rehabilitationsträgern im Hinblick auf die Inhalte der Verträge sowie die Möglichkeit, Gemeinsame Empfehlungen nach § 13 SGB IX und Rahmenvereinbarungen über den Inhalt mit den Arbeitsgemeinschaften der Leistungsanbieter zu vereinbaren. Abs. 3 verpflichtet Rehabilitationsträger zur Kündigung

von ungeeigneten Leistungsanbietern. Abs. 4 bezieht trägereigene Leistungsanbieter in den Geltungsbereich einiger Regelbeispiele von Abs. 1 ein.

2. Stellungnahme:

§ 21 SGB IX regelt in seiner jetzigen Ausgestaltung in Abs. 1 nur den Inhalt von Verträgen sowie in Abs. 3 ihre Beendigung durch Kündigung, wenn die Leistungsanbieter nicht geeignet sind. Es fehlt eine Regelung über das Zustandekommen von Verträgen und insbesondere über den subjektiv-öffentlichen Anspruch von Leistungsanbietern, einen Vertrag abzuschließen, wenn sie die gesetzlichen Anforderungen erfüllen und damit objektiv geeignet sind. Ebenso wenig enthalten die Leistungsgesetze der einzelnen Rehabilitationsträger, für die das SGB IX gilt, entsprechende Regelungen. Eine solche Regelung ist aber notwendig für die Ausgestaltung der Beziehung zwischen gesetzlichen Rehabilitationsträgern und Leistungsanbietern im so genannten sozialrechtlichen Dreieck und auf der Basis eines offenen und nicht-selektiven Zulassungssystems, das diskriminierungsfrei und transparent den Marktzugang für alle objektiv geeigneten Leistungsanbieter eröffnet.

Darüber hinaus sind die in § 21 Abs. 2 SGB IX enthaltenen Regelungen im Wesentlichen unwirksam. Auch 14 Jahre nach Inkrafttreten des SGB IX existieren weder Gemeinsame Empfehlungen noch Rahmenvereinbarungen der Rehabilitationsträger mit Arbeitsgemeinschaften der Leistungsanbieter über die relevanten Vertragsinhalte. Aufgrund fehlender gesetzlicher Sanktionsmechanismen ist auch in Zukunft nicht mit der Verabschiedung von Gemeinsamen Empfehlungen oder mit der Aufnahme von Verhandlungen mit den Arbeitsgemeinschaften der Leistungsanbieter durch die Rehabilitationsträger zu rechnen.

3. Vorschlag:

Um den Marktzugang von Leistungsanbietern in einem offenen Zulassungssystem dauerhaft und für alle Leistungen für Rehabilitation und Teilhabe einheitlich sicher zu stellen, sollte § 21 SGB IX ergänzt werden. Ebenso sollte die Vorschrift die Verpflichtung zum Abschluss von Rahmenverträgen und deren wesentliche Inhalte vorgeben. Wir schlagen daher folgende Änderungen in den Abs. 2 und 3 vor:

(2) ~~Die Rehabilitationsträger wirken darauf hin, dass die Verträge nach einheitlichen Grundsätzen abgeschlossen werden; sie können über den Inhalt der Verträge Gemeinsame Empfehlungen nach § 13 sowie Rahmenverträge mit den Arbeitsgemeinschaften der Rehabilitationsdienste und -einrichtungen vereinbaren. Die Rehabilitationsträger schließen mit den maßgeblichen Spitzenverbänden der Leistungserbringer für jede Leistungsgruppe nach § 5 Rahmenverträge ab. Die Rahmenverträge enthalten Regelungen über~~

1. Grundsätze der Verhandlung über den Abschluss von Verträgen nach Abs. 1,

2. Grundsätze über Vergütungsbestandteile, die Ermittlung der Vergütungshöhe und ihrer Anpassung,

3. Grundsätze der Qualitätssicherung, insbesondere deren Instrumente sowie der Nutzung und Weitergabe der Ergebnisse.

4. Marktanalysen und Prognosen der Bedarfsentwicklungen aus Sicht der Rehabilitationsträger

5. Grundsätze der Auswahl von Einrichtungen und Diensten nach § 19 Abs. 4.

Der Bundesbeauftragte für Datenschutz wird beteiligt. Vereinbaren die Rehabilitationsträger nicht innerhalb von 6 Monaten, nachdem das BMAS sie dazu aufgefordert hat, Rahmenverträge nach Abs. 2 Satz 1, kann das BMAS Regelungen durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates erlassen.

(3) Fachlich geeignete Dienste und Einrichtungen haben einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages nach § 21 Abs. 1. Verträge mit fachlich nicht geeigneten Diensten und Einrichtungen werden gekündigt. ...“

4. Begründung:

Der neue Abs. 2 ersetzt die bisherige unwirksame Vorschrift und normiert eine Verpflichtung zum zeitnahen Abschluss von Rahmenverträgen zwischen den Rehabilitationsträgern und den maßgeblichen Spitzenverbänden der Leistungsanbieter. Abs. 2 regelt außerdem den Mindestinhalt dieser Rahmenverträge. Die Vorschrift stellt sicher, dass die Rehabilitationsträger gesondert für jede Leistungsgruppe im Sinne des § 5 Rahmenverträge abschließen können. Die Vorschrift schreibt nicht vor, dass auf der Seite der Rehabilitationsträger der Rahmenvertrag nur einheitlich und gemeinsam abgeschlossen werden kann. Damit sind differenzierte Rahmenverträge nur für einzelne Leistungsbereiche (Leistungen zur medizinischen Rehabilitation, Leistungen zur Teilhabe am Arbeitsleben) möglich. Ebenso möglich ist die Begrenzung eines Rahmenvertrages nur auf einen Bereich von Rehabilitationsträgern nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 – 6. Dies stellt sicher, dass die beteiligten Rehabilitationsträger und die beteiligten Spitzenverbände der Leistungserbringer nur Rahmenverträge über solche Leistungen abschließen, die innerhalb ihrer Zuständigkeit bzw. innerhalb ihres Tätigkeitsfeldes liegen.

Der neue Abs. 2 normiert den subjektiv-rechtlichen Anspruch jedes geeigneten Leistungsanbieters auf Abschluss eines Vertrages nach § 21 Abs. 1. Er gilt für alle Leistungsanbieter von Leistungen zur Rehabilitation und Teilhabe und regelt einheitlich ein offenes Zulassungssystem unabhängig von vergaberechtlichen Vorschriften nach dem 4. Kapitel des GWB.