Medizinische Rehabilitation und Vergaberecht

Wie beauftrage ich den richtigen Maßnahmenträger?

*Dr. Nicola Ohrtmann, Fachanwältin für Vergaberecht, Essen**

I. Rehabilitationsrechtliche Ausgangssituation

Das Verhältnis von Rehabilitationsträgern und Vergaberecht beschäftigt die vergaberechtliche Literatur und Praxis in vielerlei Punkten. Im Ausgangspunkt steht dabei die grundlegende Frage, ob das Vergaberecht überhaupt im Bereich der medizinischen Rehabilitation nach SGB IX Anwendung findet.

Dieser Beitrag beschäftigt sich mit dieser wichtigen Ausgangsfrage und thematisiert sodann die Gestaltungsspielräume eines Rehabilitationsträgers im Vergabeverfahren, wenn das Reglungsgefüge des Vergaberechts für anwendbar erklärt wird.

In Deutschland existieren über 1.100 Vorsorge- und Rehabilitationseinrichtungen. Hiervon werden lediglich 81 Rehabilitationseinrichtungen von den Rentenversicherungsträgern betrieben.[1]

Medizinische Rehabilitationsmaßnahmen werden im sogenannten *„sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis"* gewährt. Das bedeutet:

- Zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Rehabilitationsträger besteht ein öffentlich-rechtliches Sozialrechtsverhältnis. Gegenstand dieses Rechtsverhältnisses ist vor allem das Bestehen eines Leistungsanspruches der leistungsberechtigten Person gegenüber dem Rehabilitationsträger.
- Zwischen dem Leistungserbringer und dem Rehabilitationsträger besteht ebenfalls nach überwiegender Ansicht[2] ein öffentlich-rechtliches Rechtsverhältnis, da die Leistungsbeziehung weitgehend durch öffentliche Vorgaben des SGB IX geregelt wird.
- Im Gegensatz dazu besteht zwischen dem Leistungsberechtigten und dem Leistungserbringer ein privatrechtliches Rechtsverhältnis. Durch diesen Vertrag werden die Leistungserbringer verpflichtet, Leistungen der medizinischen Rehabilitation zu erbringen.

Die Rentenversicherungsträger nutzen für die Auswahl einer geeigneten Rehabilitationseinrichtung das technische bzw. elektronische Verfahren rvSMD (ehemals J/SMD).

Zunächst werden im Verfahren rvSMD diejenigen Reha-Einrichtungen berücksichtigt, welche die notwendigen Voraussetzungen erfüllen, also die Hauptdiagnose und Nebendiagnosen sowie unabdingbare Sonderanforderungen therapieren. Auch berechtigte Wünsche des Versicherten werden berücksichtigt. Sind mehrere Leistungserbringer geeignet, verwenden die Träger der Rentenversicherung bei der Auswahl für die Durchführung der Rehabilitationsmaßnahme einheitlich definierte Anforderungen, nämlich

1. Qualität (70%)
2. Wartezeit bis zur Aufnahme (20%)
3. und Preis (10%).

Der Rehabilitationsmaßnahmenträger gewichtet die Kriterien im Rahmen des Verfahrens rvSMD einheitlich. Wird von der vorgeschlagenen Systemauswahl (rvSMD) abgewichen, bspw. aus sozialmedizinischen Gründen, sind die Abweichungen nachvollziehbar zu dokumentieren.

II. Handhabung der Praxis

Die bisherige Praxis wendet im Hinblick auf Leistungen der medizinischen Rehabilitation weder das Vergaberecht noch das Wettbewerbsrecht an.[3] Zur Begründung wird angeführt, dass Leistungen zur Teilhabe nicht vom Träger der medizinischen Rehabilitation vergeben werden, sondern im Einzelfall vom Leistungsberechtigten (dem Versicherten) und Träger konkretisiert werden. Bei der Auswahl der Rehaeinrichtung sind zunächst die Diagnose und die zwingenden Sonderanforderungen entscheidend. Das Wahlrecht des Patienten ist im Rahmen des Auswahlermessens des Trägers zu berücksichtigen, wobei auch die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nicht außer Acht gelassen werden dürfen.

III. Vergaberecht – Gesetzliche Anknüpfungen?

Das SGB IX sieht anders als das SGB V mit § 69 SGB V **keine vergleichbare Vorschrift vor, die die Anwendbarkeit des Vergaberechts explizit regelt.** § 69 Abs. 3 SGB V stellt eine qualifizierte Rechtsgrundverweisung auf das Kartellvergaberecht[4] dar, welche die Beziehungen zwischen gesetzlicher Krankenversicherung und Leistungserbringern regelt. In diesem Zusammenhang regelt § 69 Abs. 4 SGB V, dass die gesetzliche Krankenversicherung bei der Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge nach den §§ 63 und 140a SGB V über soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 von den Regelverfahren gemäß §§ 119 Abs. 1, 130 Abs. 1 Satz 1 GWB abweichende Verfahren zulassen können, solange die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung gewahrt sind.

Eine entsprechende Anwendung des § 69 SGB V im Anwendungsbereich des SGB IX kommt trotz des vergleichbaren leis-

* Die Autorin dankt Rechtsanwältin Samira Asabar für die Unterstützung bei der Erstellung dieses Beitrags.

1 Quelle: Statisches Bundesamt 2016.

2 Vgl. BSG, Beschl. v.22.4.2009 – B 13 SF 1/08 R; Jabben in: BeckOK Sozialrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 38 SGB IX; Rn. 3, Stand: 1.12.2019; Jabben in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, SGB IX, § 38 Rn. 6, 13. Aufl. 2018.

3 Vgl. *Jabben* in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, § 38 SGB IX, § 38 Rn. 9, 3. Aufl. 2018

4 D.h. den Vierten Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkung (GWB).

tungserbringungsrechtlichen Systems nicht in Betracht, weil der Gesetzgeber eine vergleichbare Regelung im SGB IX gerade nicht vorgesehen hat (fehlende Regelungslücke).

Auch aus § 22 der Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung (SVHV) lässt sich eine Ausschreibungspflicht von Rehabilitationsmaßnahmen nicht herleiten. Danach muss Verträgen über Lieferungen und Leistungen mit Ausnahme der Verträge, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen, eine öffentliche Ausschreibung vorausgehen, § 22 Abs. 1 SVHV. Die Ausschreibungspflicht erfasst jedoch nur den fiskalischen Bereich wie Lieferungen und Leistungen für den Verwaltungsapparat der Sozialversicherungsträger (bspw. EDV-, Bau- und Sanierungsaufträge für das Verwaltungsgebäude) sowie sonstige Beschaffungen im Zusammenhang mit der Verwaltung.[5]

IV. Standpunkt der Deutsche Rentenversicherung (DRV)

Die Deutsche Rentenversicherung (nachstehend kurz: „DRV") vertritt den Standpunkt, dass das Vergaberecht im Bereich der medizinischen Rehabilitation nach dem SGB IX nicht anwendbar ist, weil ein offenes Zulassungsverfahren stattfindet, d.h. jeder geeignete Anbieter einen Vertrag nach § 38 SGB IX erhält. Sie sieht § 38 SGB IX als „*lex specialis*" zum Vergaberecht. Das wirtschaftliche Risiko für die Inanspruchnahme der Rehabilitationsleistungen tragen die Leistungserbringer, da nur eine Zulassung zur Leistungserbringung und keine Abnahmeregelung von Rehabilitationsmaßnahmen vereinbart wird. Daher unterscheidet sich das rehabilitationsrechtliche Zulassungsverfahren von der vergaberechtlichen Rahmenvereinbarung, die in der Regel jedenfalls eine Mindestabnahmegarantie der Auftragnehmer vorsieht.

Zur Begründung führt die DRV die im Zuge der Umsetzung der Europäischen Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe v. 26.02.2014 (RL 2014/24/EU) geänderten Vorschriften §§ 103, 130 GWB und deren Gesetzesbegründung an, wonach die Richtlinie zur Konkretisierung des Auftragsbegriffs und nicht zur Ausweitung beitragen soll.

In der Gesetzesbegründung zu § 130 GWB heißt es[6]:
„Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne Selektivität – berechtigt sind, sollten nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen). Daraus lässt sich schließen, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialhilferechtlichen Dreiecksverhältnis nicht der Richtlinie 2014/24/EU unterfällt. (...) Weiterhin hat der Unionsgesetzgeber in Erwägungsgrund 6 hervorgehoben, dass es den Mitgliedstaaten freistehe, die Erbringung von sozialen oder anderen Dienstleistungen entweder als Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse oder als nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse oder als eine Mischung davon zu organisieren. Der Unionsgesetzgeber stellt in diesem Zusammenhang klar, dass nichtwirtschaftliche Dienstleistungen von allgemeinem Interesse nicht in den Geltungsbereich der Richtlinie 2014/24/EU fallen."

Ein Grund dafür, dass der nationale Gesetzgeber im Hinblick auf das einfache Zulassungssystem nur die Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen und nicht weitere Leistungen zur Teilhabe genannt hat, ist nicht erkennbar. Vielmehr dürfte es sich insoweit um eine beispielhafte Auflistung solcher Zulassungssysteme handeln.

Die Gesetzesbegründung scheint auf den ersten Blick das Zulassungssystem der medizinischen Rehabilitation nicht dem Regelungsgefüge des Vergaberechts zu unterwerfen. Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit von einem einfachen Zulassungssystem ausgegangen werden kann, wenn auf zweiter Stufe eine faktische Auswahl im Verfahren rvSMD anhand bestimmter Kriterien erfolgt.

Der EuGH hat mit Urteil vom 2.6.2016 – Rs. C-410/14 zur rechtlichen Einordnung des sog. „*Open-House-Modells*" (des Zulassungsverfahrens) entschieden[7], dass das Open-House-Modell zum Abschluss von Arzneirabattverträgen gemäß § 130 a Abs. 8 SGB V nicht den Bestimmungen des Vergaberechts unterliegt. Begründet wird dies vom EuGH insbesondere damit, dass keine Auswahl zwischen den Bietern stattfinde, sondern jedes Unternehmen, welches bestimmte Voraussetzungen erfülle, Vertragspartner werden dürfe und mit jedem Unternehmen übereinstimmende Vereinbarungen zu im Voraus festgelegten und nicht verhandelbaren Vertragsbedingungen abgeschlossen werden. Die Auswahlentscheidung eines Wirtschaftsteilnehmers durch die Krankenkasse führt dazu, dass die präzisen Regeln der Richtlinie über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge nicht nötig sind, um zu verhindern, dass bei der Auftragsvergabe inländische Wirtschaftsteilnehmer bevorzugt werden.

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Ausführungen des EuGH auch auf die medizinischen Rehabilitationsmaßnahmen des SGB IX sinngemäß übertragbar sind. Dies wird im Schrifttum teilweise bezweifelt mit der Argumentation, dass es sich bei der EuGH-Entscheidung um eine Ausnahmeregelung handele, die nicht verallgemeinerungsfähig sei.[8] Zudem unterscheidet sich der vom EuGH zu beurteilende Sachverhalt insofern, als dass diesem lediglich ein objektiv nachvollziehbares Auswahlkriterium, nämlich das des Preises zu Grunde lag, während im Fall der Zulassung von Maßnahmeträgern für medizinische Rehabilitationsmaßnahmen mehrere objektive Auswahlkriterien im Verfahren rvSMD zur Verfügung stehen.

Mehrere Auswahlkriterien im Bereich der medizinischen Rehabilitation führen jedoch dazu, dass die Transparenz der Auswahlentscheidung für die Leistungserbringer beeinträchtigt wird, weil eine klare Abgrenzung bei der Auswahlentscheidung über Zulassung und Nicht-Zulassung und damit deren Vorhersehbarkeit, wie dies bei dem alleinigen Auswahlkriterium Preis gegeben ist, nicht möglich ist.[9]

---

5 Vgl. *Braun* in: Vergaben im Gesundheitsmarkt Hrsg. von Wietersheim, Thema Gesundheitswesen, Band 28, F, I, 1. Aufl. 2010.
6 BT-Drucksache 18/6281, S. 114.
7 Ebenfalls vertreten von: VK Bund: VK 2-92/18 vom 25.10.2018; OLG Düsseldorf: Verg 65/18 vom 20.3.2019.
8 *Meyer-Hofmann/Bördner/Kuse*, NZS 2018, 473, 480.
9 Vgl. *Meyer-Hofmann/Bördner/Kuse*, NZS 2018, 473, 480.

Als Qualitätsindikator der medizinischen Rehabilitationsmaßnahmen fließen so die Behandlungszufriedenheit, der subjektive Behandlungserfolg, die therapeutische Versorgung, Reha-Therapiestandards und das Peer Review Verfahren[10] ein.[11] Das Kriterium Qualität ist damit für die Leistungserbringer nicht abschließend beeinflussbar. Der Rehabilitationsträger steuert anhand der Qualitätsindikatoren die Auswahlentscheidung des Leistungserbringers.

Das vergaberechtsfreie Open-House Modell, dem eine vorherige- und nachträglich unveränderbare Preisfestlegung durch den Auftraggeber im Rahmen von Arzneimittelrabattverträgen zu Grunde liegt, kann folglich nicht mit den hier zu bewertenden Vorgehen verglichen werden. Die konkrete Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots, die durch die fehlende Transparenz auf der 2. Stufe des Verfahrens rvSMD ausgelöst wird, begründet nach einer Mindermeinung im vorliegenden Fall eine Auswahlentscheidung, die Kennzeichen eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 103 Abs. 1, 5 GWB ist.[12]

Da in dieser Frage bislang noch keine richterliche Entscheidung getroffen worden ist, kann man zur Herstellung größtmöglicher Rechtssicherheit und Transparenz bei der Auswahlentscheidung über die Maßnahmeträger mit der Mindermeinung im Schrifttum die Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts bejahen.

Dann allerdings stellt sich die Frage der Vereinbarkeit des Vergabeverfahrens mit dem sozialrechtlichen Verbot, beim Abschluss von Leistungs- und Vergütungsvereinbarungen Leistungskontingente zu bilden, wie sie bspw. bei Rahmenvereinbarungen vereinbart werden, um ein Angebot kalkulierbar zu machen.[13] Denn das Sozialrecht ist gekennzeichnet durch eine Vielfalt von Trägern und Angeboten am Markt, vgl. § 3 Abs. 1 SGB VIII. Würde die Auswahl der Leistungsträger unter Anwendung des Vergaberechts erfolgen, käme es zur Festlegung nur eines bestimmten Leistungserbringers oder im Falle der Losbildung von mehreren Leistungserbringern, was zur Beschneidung des Wahlrechts des Leistungsberechtigten führen kann.

Die freiwillige Anwendung des Vergaberechts wird in der Praxis aus den letztgenannten Gründen abgelehnt.[14] In diesem Zusammenhang wird vertreten, dass die Beurteilung, ob das Vergaberecht Anwendung findet, aus sozialrechtlicher und nicht vergaberechtlicher Sicht zu beantworten ist, weil die maßgeblichen Anhaltspunkte hier verankert sind.[15]

V. Anwendbarkeit des Vergaberechts bei exklusiver Auswahlentscheidung

Sofern eine exklusive Auswahlentscheidung der Leistungserbringer stattfindet, ist es nach einer Mindermeinung im Schrifttum vertretbar, einen öffentlichen Auftrag gemäß § 103 GWB im Bereich der medizinischen Rehabilitation anzunehmen.[16]

Je nach Höhe des Auftragswerts richtet sich das Verfahren für die Vergabe von Rehabilitationsmaßnahmen dann bei Vergaben oberhalb des maßgeblichen EU-Schwellenwertes von 750.000,- € (netto) nach den §§ 97 ff. GWB und der VgV, im Unterschwellenbereich nach der UVgO.

Bei den hier nachfragten Rehabilitationsmaßnahmen handelt es sich um besondere Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung (CPV-Code 75300000-9), die vom Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU erfasst werden und in den Anwendungsbereich der sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen fallen gemäß § 130 GWB.

1. Auftraggeber

Rehabilitationsträger sind Körperschaften des öffentlichen Rechts und damit öffentliche Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB[17], da sie Leistungen zur medizinischen Rehabilitation und damit im Allgemeininteresse stehende Aufgaben nichtgewerblicher Art wahrnehmen.

2. Öffentlicher Auftrag

Auch das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB ist vorliegend erfüllt. Der Entgeltbegriff ist aufgrund seines funktionalen Verständnisses weit zu verstehen.[18] Unter diesen Begriff fällt jede geldwerte Leistung.[19] Ausreichend ist auch eine geldwerte Leistung an Dritte, sofern diese dem öffentlichen Auftraggeber zurechenbar ist.[20]

Auch die erforderliche und dem Auftragsbegriff immanent zu Grunde liegende Auswahlentscheidung liegt nach Ansicht einiger Stimmen in der Literatur vor. Sie ist stets im Einzelfall zu prüfen.[21] Die Ausübung des Wahlrechts des Leistungsberechtigten gemäß § 8 SGB IX führt nicht dazu, dass der Versicherte anstelle des Rehabilitationsträgers zum Nachfrager der gewährten Leistung wird.

3. Schwellenwert

10 Mit dem in zweijährigen Intervallen durchgeführten Peer Review-Verfahren wird die Qualität des Reha-Prozeses erfasst. Dazu werden von erfahrenen Reha-Medizinerinnen und Reha-Medizinern des jeweiligen Fachgebietes (Peers) zufällig ausgewählte anonymisierte ärztliche Entlassungsberichte sowie die Therapiepläne der Rehabilitandinnen und Rehabilitanden begutachtet. Vgl. https://www.deutsche-rentenversicherung.de/DRV/DE/Experten/Infos-fuer-Reha-Einrichtungen/Grundlagen-und-Anforderungen/Reha-Qualitaetssicherung/peer_review.html.

11 Vgl. Der Strukturierte Qualitätsdialog mit Reha-Einrichtungen als ein Instrument der Reha-Qualitätssicherung der Deutschen Rentenversicherung, 2. überarbeitete Aufl., 2017, S. 8 f.

12 Vgl. *Meyer-Hofmann/Bördner/Kuse*, NZS 2018, 473, 480.

13 Vgl. BSG 23.7.2002 – B 3 KR 63/01 R, Rn. 31; *Mußgnug* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 130 GWB Rn. 27, 3. Aufl. 2019.

14 Vgl. *Mußgnug* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 130 GWB Rn. 27, 3. Aufl. 2019.

15 Vgl. *Mußgnug* in: Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, § 130 GWB Rn. 27, 3. Aufl. 2019.

16 Vgl. *Meyer-Hofmann/Bördner/Kuse*, NZS 2018, 473, 479.

17 Vgl. BayObLG, Beschl. v. 21.10.2004 – Verg 17/04 BayObLGZ 2004, 288.

18 Vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 10.9.2009 – L 21 KR 53/09.

19 Vgl. BGH, Beschl. v. 1.12.2008 – X ZB 31/08.

20 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13.6.2007 – VII-Verg 2/07.

21 Andere Stimmen im Schrifttum sehen den Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts für nicht eröffnet an: *Koop*: Die (Nicht-)Anwendbarkeit des neuen Vergaberechts auf Verträge nach § 21 SGB IX über die Erbringung von Rehabilitationsleistungen, NZS 2017, 103; *Jabben* in: BeckOK Sozialrecht, Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching, § 38 Rn. 4, Stand 1.9.2019; *Jabben* in: Neumann/Pahlen/Winkler/Jabben, § 38 Rn. 10, 13. Aufl. 2018.

Der Schwellenwert des Sonderregimes für soziale und andere besondere Dienstleistungen im Sinne des Anhangs XIV der Richtlinie 2014/24/EU nach § 106 Abs. 2 Nr. 1 GWB i.V.m.Art. 4 Buchst. d) der Richtlinie 2014/24/EU liegt bei 750.000 EUR (netto).

VI. Handlungsspielräume der Rehabilitationsträger

Neben dem gegenüber dem klassischen Schwellenwert für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen von 224.000 EUR (netto) deutlich erhöhten Schwellenwert ist das Verfahren zur Vergabe sozialer Dienstleistungen im Oberschwellen- wie auch im Unterschwellenvergaberecht gegenüber dem klassischen formstrengen Vergabeverfahren mit einigen formellen Erleichterungen und größeren Gestaltungsspielräumen versehen. So können öffentliche Auftraggeber z.B. in Abweichung von § 119 Abs. 2 GWB nach § 130 Abs. 1 S. 1 GWB zwischen den Verfahrensarten (abgesehen vom Verhandlungsverfahren ohne Teilnamewettbewerb) frei auswählen. Im Übrigen gelten zur Vereinfachung des Verfahrens die besonderen Vorschriften für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen gemäß §§ 64 bis 66 VgV.

1. Leistungsbeschreibung

Im Rahmen des Leistungsbestimmungsrechts kann der öffentliche Auftraggeber in seiner Leistungsbeschreibung Leistungsanforderungen bestimmen. Die Leistungsbeschreibung ist das Herzstück der Vergabeunterlagen. Sie vermittelt den Interessenten ein klares Bild des Auftragsgegenstandes und muss so eindeutig und erschöpfend wie möglich sein.

Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers erfasst auch Leistungsmerkmale im Hinblick auf Qualität, Innovation sowie sozialer oder umweltbezogener Aspekte, § 31 Abs. 3 VgV und § 23 Abs. 2 UVgO.

Die Leistungsanforderungen können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung, die Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen. Dies gilt auch, wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern die Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind, § 31 Abs. 3 S.2 GWB, § 23 Abs. 2 S.2 UVgO.

Insoweit hat der öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung den größten Handlungsspielraum. Er kann eine Beschaffungsentscheidung für ein bestimmte Leistung, ein Verfahren oder dergleichen ungebunden treffen. Diese Entscheidung ist dem Vergabeverfahren vorgelagert und unterliegt der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers.

Das vergaberechtliche Regelungsgefüge regelt nicht, was der öffentliche Auftraggeber, sondern wie der öffentliche Auftraggeber die Leistung zu beschaffen hat.

So können die rehabilitationsrechtlichen Aspekte wie bspw. Qualität der Rehabilitationsmaßnahmen oder Ausstattung der Rehabilitationseinrichtung bereits in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.

2. Besondere Ausführungsbedingungen

Zudem besteht die Möglichkeit, besondere Ausführungsbedingungen des Auftrags, die den rehabilitationsrechtlichen Wünschen des Auftraggebers entsprechen, festzulegen, § 128 Abs. 2 GWB bzw. § 32 Abs. 2 UVgO, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen (insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange). Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben, § 128 Abs. 2 S. 2 GWB, § 45 Abs. 2 UVgO.

3. Eignungskriterien

Die Prüfung der Eignung stellt ein weiteres zentrales Element der Auftragsvergabe dar.

Gemäß § 122 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1 UVgO werden Aufträge nur an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 GWB ausgeschlossen worden sind. Hierdurch soll zunächst sichergestellt werden, dass die Bieter den ausgeschriebenen Auftrag sachgerecht erfüllen können und zweitens der Auftraggeber anhand festgesetzter und für die Bieter transparenter Kriterien willkürfrei diejenigen Unternehmen auswählt, deren Angebote gewertet werden sollen.

Gemäß § 122 Abs. 2 S. 2 GWB dürfen Eignungskriterien nur Folgendes betreffen:

- die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit,
- die technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Eignungsanforderungen müssen unternehmensbezogen und dabei gleichzeitig durch die Art des Auftrags gerechtfertigt sein.

Klassische Eignungsnachweisforderungen für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sind bspw. die Forderung bestimmter Umsatzangaben in der jüngeren Vergangenheit sowie Nachweis einer Berufs- oder Betriebshaftpflichtversicherung in bestimmter geeigneter Höhe, vgl. § 45 VgV.

Zum Nachweis der fachlichen und beruflichen Leistungsfähigkeit eines Unternehmens dürfen öffentliche Auftraggeber z.B. geeignete Referenzen fordern. Weitere Nachweisforderungen sind die Angabe der technischen Fachkräfte, die Beschreibung der technischen Ausrüstung und Maßnahmen der Qualitätssicherung, die Angabe der Studien- und Ausbildungsnachweise sowie Bescheinigungen über die Erlaubnis zur Berufsausübung für den Inhaber/die Inhaberin und Erklärungen über die jährliche Beschäftigtenzahl in den letzten drei Jahren.

Durch die Festlegung der Eignungskriterien, ggf. auch Mindestanforderungen hierzu und fakultativ auch eine Gewichtung der Kriterien im Rahmen der Bewertung, steuert der öffentliche Auftraggeber, welcher Kreis von Bietern für die Abgabe eines Angebots in Betracht kommt.

Eignungskriterien sind in der Auftragsbekanntmachung anzugeben, § 122 Abs. 4 GWB, § 33 Abs. 1 UVgO.

Eignungskriterien dürfen nicht gleichzeitig als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden (sog. „Verbot der Doppelbewertung").

4. Zuschlagskriterien

Eine weitere Stellschraube für den Erfolg einer Auftragsvergabe ist die Definition der Zuschlagskriterien, also der Kriterien, die die Wirtschaftlichkeit des Angebots bemessen.

Bei der Ausgestaltung der Zuschlagskriterien ist zu beachten, dass diese so festgelegt werden und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, § 127 Abs. 4 GWB, § 53 Abs. UVgO. Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, die Zuschlagskriterien und zugleich deren Gewichtung anzugeben, entweder in der Vergabebekanntmachung oder aber in den Vergabeunterlagen, § 58 VgV, § 43 UVgO.

Ein klassisches Zuschlagskriterium ist regelmäßig der Preis, § 58 Abs. 2 S. 1 VgV, § 43 Abs. 2 S. 1 UVgO. Der öffentliche Auftraggeber kann aber zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses der Rehabilitationsleistung als Zuschlagskriterium neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigen, § 127 Abs. 1 S. 4 GWB, § 58 Abs. 2 VgV, § 43 Abs. 2 S. 2UVgO.

Bei den hier nachgefragten Leistungen hat die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Vertragsausführung. Regelmäßig wird es daher durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen.

Als Besonderheit bei der Bewertung können nach § 65 Abs. 5 VgV insbesondere der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals berücksichtigt werden. Die Zuschlagskriterien können weiter beispielsweise im Sinne der Kontinuität, Zugänglichkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit von Rehabilitationsmaßnahmen gestaltet werden.

Außerdem können die im Rahmen des Verfahrens rvSMD bereits verwendeten Kriterien wie die Wartezeit, die Transportfähigkeit im Hinblick auf Entfernung zum Wohnort erweitert bzw. auf die jeweilige Beschaffung abgestimmt werden.

Anhand der von den Bietern übermittelten Informationen wird sodann geprüft und bewertet, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien in Relation zueinander erfüllen. Das Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis erhält den Zuschlag.

5. Ergebnis

Im Rahmen eines Vergabeverfahrens lassen sich rehabilitationsrechtliche Aspekte und Ziele effektiv in der Leistungsbeschreibung abbilden und bei der Ausgestaltung der Eignungs- und Zuschlagskriterien berücksichtigen.

VII. Fazit

Zur Frage, ob die im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis gewährten Rehabilitationsmaßnahmen unter den Begriff des öffentlichen Auftrags gemäß § 103 Abs. 1 GWB fallen und damit das Eintrittstor für das Vergaberecht eröffnet ist, lässt sich festhalten, dass die DRV nach bisheriger Praxis unter Berücksichtigung der Grundsätze von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit nach freier Hand verfährt.

Die Übertragung der europäischen Rechtsprechung zur Vergabefreiheit des Open-House Modells auf die hier nachgefragten Rehabilitationsleistungen erscheint aus mehreren Gründen zweifelhaft. Zum einen selektiert die DRV nach bisheriger Praxis auf zweiter Stufe ihres Zulassungsverfahrens ihre Leistungserbringer, indem sie entgegen einiger Ansichten im Schrifttum doch eine Auswahlentscheidung nach bestimmten Kriterien vornimmt. Zum anderen ist das Qualitätskriterium, das anhand bestimmter Qualitätsindikatoren bestimmt wird und als Steuerungsinstrument dient, für Bieter nicht transparent und nachvollziehbar. Zwar sind den Leistungserbringern die Qualitätsindikatoren wie die Behandlungszufriedenheit, der subjektive Behandlungserfolg, die therapeutische Versorgung, die Reha-Therapiestandards (RTS) sowie das Peer Review Verfahren bekannt, jedoch lassen sich diese Kriterien nicht auf direkte Art und Weise von den Leistungserbringern beeinflussen und ihre Bewertung nicht überprüfen.

Ganz anders lag der vom EuGH zu entscheidende Open-House-Modell-Fall in Sachen Arzneimittelrabattverträge. Hier erfolgt die Auswahlentscheidung einzig allein nach dem für die Bieter objektiv nachvollziehbaren Kriterium des Preises.

Stellt man sich auf den Standpunkt der Mindermeinung und bejaht den öffentlichen Auftrag sowie eine Vergabepflichtigkeit in Bezug auf Rehabilitationsmaßnahmen, stehen den Trägern verschiedene Stellschrauben zur Verfügung, um ein Vergabeverfahren im Sinne der rehabilitationsrechtlichen Ziele zu steuern. Dies erfolgt dergestalt, dass insbesondere die Leistungsbeschreibung bedarfsgerecht formuliert wird und sowohl die Eignungs- als auch die Zuschlagskriterien so ausgestaltet werden, dass diese die bestmögliche Auslese des Auftragnehmers (heißt: des Leistungserbringers) ermöglicht ohne dabei die Anforderungen zu überspitzen.

Der Anwendbarkeit des Vergaberechts im Bereich der medizinischen Rehabilitation stehen jedoch sozialrechtliche Bedenken, wie beispielweise die Einschränkung des Gebots der Träger- und Angebotsvielfalt und der Bildung von Leistungskontingenten, entgegen.

Es wäre begrüßenswert, wenn der nationale Gesetzgeber bezüglich der Ausgangsfrage, ob das Regelungsgefüge des Vergaberechts Anwendung findet, insoweit Abhilfe schaffte, als er entweder eine vergleichbare Regelung zu § 69 SGB V implementierte oder im Rahmen des Auftragsbegriffs oder der sozialen Dienstleistungen gemäß §§ 103, 130 GWB eine konkrete Regelung hierzu vorsähe.

Diesen Prozess vorbereitend sollte ein konstruktiver fachlicher Dialog zwischen Vergabe- und Sozialrechtlern stattfinden, um insbesondere der Gefahr einer Qualitätsverflachung rehabilitationsrechtlicher Leistungen aus dem SGB IX entgegenzuwirken.