



Deutscher Anwaltverein

Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

18. Herbsttagung

vom 26. bis 27. Oktober 2018 in Salzburg

Öffentliche Auftragsvergaben im Gesundheitswesen

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Rommelfanger
Wiesbaden

Deutscher **Anwalt**Verein
Arbeitsgemeinschaft
Medizinrecht

18. Herbsttagung 2018

25. bis 27 Oktober 2018
in Salzburg

Öffentliche Auftragsvergaben im Gesundheitswesen
Prof. Dr. Ulrich Rommelfanger
Wiesbaden



A. Einleitung

I. Wettbewerb

ist in Deutschland ein Schlüsselbegriff für die Ordnung des Gesundheitswesens geworden

(Sondergutachten Monopolkommission 2017: Feststellung, „dass das Krankenversicherungssystem in Deutschland eine Vielzahl von ungenutzten wettbewerblichen Potentialen besitzt. Das Heben dieser Potentiale könnte die Zukunftsfähigkeit des Krankenversicherungssystems erheblich verbessern.“)

- Seit Ende der 80ziger Jahre sollen **vom**

(GesundheitsreformG v. 20.12.1988 – GRG über GesundheitsstrukturG v. 21.12.1992 – GSG - , dem Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs in der GKV – GKV-WSG v. bis 26.03.2017 zum GKV Finanzstruktur – u. QualitätserweiterungsentwicklungsG v. 24.07.2014 – GKV – FQWG - , wo vom mehr Wettbewerb durch kassenindividuelle Zusatzbeiträgen gesprochen wird und **jetzt zuletzt** dem Entwurf des ArtikelG zum Terminalservice und VersorgungsG (TSVG)

Auftragsvergabe und Wettbewerb Kostensenkungspotentiale im Gesundheitsmarkt eröffnen.

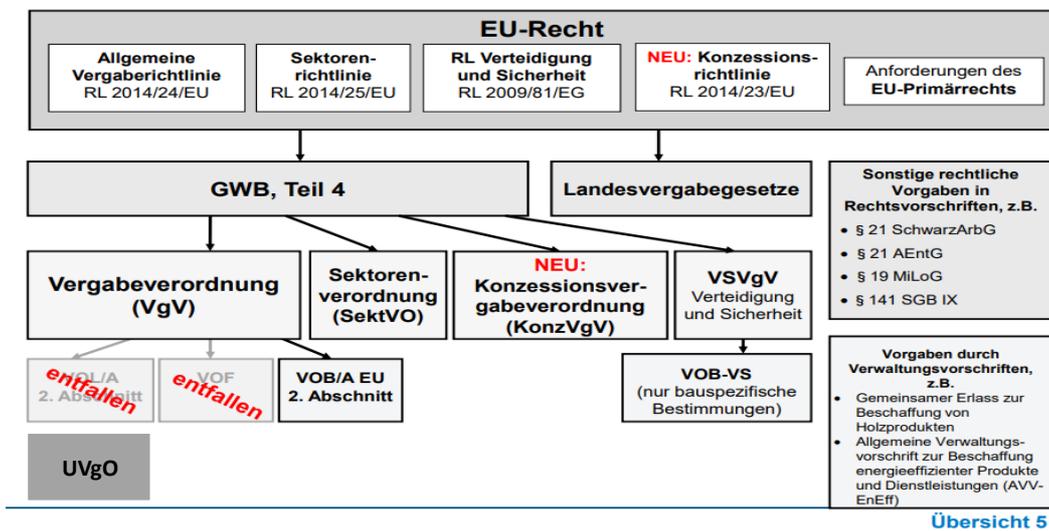
(Die Kosten im Gesundheitssystem belaufen sich (nach vdek-Basisdaten 2016) auf 314,9 Milliarden Euro deutschlandweit, wovon auf die GKV 181,5 Milliarden, auf die PKV 28,9 Milliarden und auf die Pflegeversicherung 24,4 Milliarden entfallen.)

Der Wettbewerb in der GKV unterscheidet sich dabei – so schon Hess. LSG v. 15.09.2011 - von demjenigen in der gewerblichen Wirtschaft, denn Basis jener Wettbewerbsordnung (GKV) bleibe das Solidarprinzip (so auch BVerfGE 113, 167, 233). Nach Becker/Kingreen/Oehler: ein „eigenständiges Wettbewerbsmodell.“

II. Frage der **Anwendbarkeit** der Vorschriften des GWB hat eine „wechselvolle Geschichte im Gesundheitswesen durchlaufen (U. Becker)

Nach 1945 - ca. 2007:	GWB-Vorschriften sollen auch auf Träger der Sozialversicherung, wie z.B. AOK's = Unternehmen i.S.d. GWB anzuwenden sein BGH v. 26.10.1961 – KZR 1/61- “Gummistrumpf“
ab 04.2007 – 2009:	„§69 SGB V schließt es aus, Handlungen der Krankenkassen und der von ihnen eingeschalteten Leistungsträger nach den UWG zu beurteilen.“ BGH v. 27.02.2006 – 1 ZR 164/03 – (betr.: Gutscheine für kostenlose Blutdruckmessung)
ab 01.01.2009:	GKV – OrgWG ordnet die unmittelbare Anwendung der §97-115 sowie des §128 GWB a.F. an
ab 2011:	Nach Artikel 1 Nr. 9 des AMNOG galt ab 01.01.2011 die entsprechende Geltung des GWB als Ordnungsrahmen für die gesetzliche Krankenversicherung sowie das KartellvergabeR, bis auf Rechtshandlungen der gesetzlichen Krankenkassen, zu deren Vornahme sie verpflichtet waren. (s. §69 Abs.2 S.4 SGB V a.F.)
zu jetzt:	§69 Abs.3 SGB V: Auf öffentliche Aufträge nach SGB V („dieses Buches“) sind die Vorschriften des Teils 4 des GWB anzuwenden (Beachte ohne „entsprechend“)

Struktur und Aufbau des neuen Vergaberechts Struktur im Oberschwellenbereich



B. Dogmatik des Gesundheitsvergaberechts

Bestehendes, allgemeines Vergaberecht nach der Novelle 2016 (Schaubild)

I. sog. soziale Dienstleistungen „im Kraftfeld“ des EU-Rechts

1. Keine eigene Vergabeordnung => Verortung im GWB, §130, i.V.m. §69 SGB V und
2. Auftragsvergabe nach RL 2014/24/EU

a) Erwägungsgrund 4

Europarechl. Definition:

„Die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe sollen nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden...“, wobei ein solcher Erwerb als „Erlangung des Nutzens der jeweiligen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen“ zu verstehen ist.

Des Weiteren gelten die Vorschriften für die öffentliche Auftragsvergabe in der Regel u.a. nicht für „Fälle“, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe – ohne irgendeine Selektivität berechtigt sind, wie beispielsweise bei einer Auswahl durch den Kunden – und bei Dienstleistungsgutscheinsystemen. Sie sind nicht als Auftragsvergabe zu verstehen, „sondern als einfache Zulassungssysteme (z.B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen)“

b) Art.74 ff. RL 2014/24/EU Besondere Beschaffungsregeln für die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen (bislang: Art.21 VKR (RL 2004/18/EG i.V.m. Anhang VII. der VO (EG) der Kommission Nr.213/2008 vom 28.11.2007 iVm. Anhang XIV. RL 2014/24/EU))

3. Vor dem Hintergrund zu o.g. 2a) und 2b) und eingedenk (nur) begrenzter Einwirkungen auf den EU-Binnenmarkt und der „Ermächtigung“ an die nationalen Gesetzgeber, vereinfachte Vergabeverfahren vorzusehen,
- a) hat der Bundesgesetzgeber, in § 130 GWB „Vergabe von öffentlichen Aufträgen und andere besondere Dienstleistungen“
- einen größeren Spielraum bei der Wahl der Vergabeart (s. § 130 Abs. 1) und
 - eine größere Flexibilität bei Änderung bestehender Aufträge (§ 130 Abs.2 GWB) eingeräumt für
- b) Dienstleistungen im Sinne Anhang XIV RL 2014/24/EU
- c) Diese Dienstleistungen im Sinne von XIV profitieren von einem höheren Schwellenwert in Höhe von 750.000€ s. (Art.4 Nr. d RL/2014/24/EU)



Anhang XIV zu RL 2014/24/EU

Anhang XIV zu RL 2014/24/EU

Dienstleistungen nach Artikel 74

CPV-Code	Beschreibung
75200000-8; 75231200-6; 75231240-8; 79611000-0; 79622000-0 (Überlassung von Haushaltshilfen); 79624000-4 (Überlassung von Pflegepersonal) und 79625000-1 (Überlassung von medizinischem Personal) von 85000000-9 bis 85323000-9 98133100-5, 98133000-4, 98200000-5 und 98500000-8 (Privathaushalte mit Hausangestellten) und 98513000-2 bis 98514000-9 (Bereitstellung von Arbeitskräften für private Haushalte, Vermittlung von Arbeitskräften für private Haushalte, Bereitstellung von Bürokräften für private Haushalte, Bereitstellung von Zeitarbeitskräften für private Haushalte, Dienstleistungen von Haushaltshilfen und Haushaltsgdiensten)	Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
85321000-5 und 85322000-2, 75000000-6 (Dienstleistungen der öffentlichen Verwaltung, Verteidigung und Sozialversicherung), 75121000-0, 75122000-7, 75124000-1; von 79955000-5 bis 79955200-7; von 80000000-4 (Allgemeine und berufliche Bildung) bis 80660000-8; von 92000000-1 bis 92700000-8 79950000-8 (Veranstaltung von Ausstellungen, Messen und Kongressen), 79951000-5 (Veranstaltung von Seminaren), 79952000-2 (Event-Organisation), 79952100-3 (Organisation von Kulturveranstaltungen), 79953000-9 (Organisation von Festivals), 79954000-6 (Organisation von Parties), 79955000-9 (Organisation von Modenschauen), 79956000-0 (Organisation von Messen und Ausstellungen)	Administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich
75300000-9	Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung ¹⁵⁾
75310000-2, 75311000-9, 75312000-6,	Beihilfen, Unterstützungsleistungen und

II. „Gesundheitsvergaberecht“

Es folgt allgemeinen Vergaberechtsgrundsätzen

(Wechselvolle Geschichte des „Anwendungsbefehls“ des §69 SGB V und „der Versuche für medizinisch/sozialrechtliche Aufträge eine Bereichsausnahme zu kreieren.)

1. Regelung der Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern

a) Regelfall

Kollektivverträge zur flächendeckenden Versorgung mit notwendigen medizinischen Leistungen im Gegenzug zur Zahlung einer Gesamtvergütung für sämtliche gesetzlich versicherte Patienten nach

- §82 Abs. 1 SGB V Bundesmantelverträge = Regelung von Gegenstand und Vertragspartnern der Bundesmantelverträge der Kassenärztlichen Vereinigung mit den Landesverbänden KK'en
- §83 SGB V Gesamtverträge (über die vertragsärztliche Versorgung der Mitglieder)

b) Einzel(Selektiv-) Verträge und deren Vergaben

Teilweise gesetzliche Ermächtigungen, in bestimmten Fällen Einzelverträge außerhalb der kassenärztlichen Vereinigung und der Krankenkassenverbände zu schließen, im Folgenden: Auswahl:

aa) Hausarztzentrierte Versorgung, §73b SGB V

- Rspr. des LSG NRW (21 SF 208/10): keine Auswahlentscheidung, vielmehr Pflicht zum Abschluss mit ärztlichen Gemeinschaften gemäß §73b Abs.4 S.1 = kein öffentlicher Dienstleistungsvertrag nach §103 Abs.4 GWB (denn gesetzgeberisches Konzept des §73b Abs.4 S.1 und 2 SGB V: im Rahmen von Primärverträgen nötig, nachrangige Dienstleistung gem. Anhang I zu VOL/A, dort Teil B Nr.25 = Ausnahme vom Ausschreibungserfordernis

- h.L.: Ausschreibung ist „ratsam“, denn Änderung der VKR, d.h. Ausnahme für sog. Nachrangige Dienstleistungen nach Art.21 VKR i.V.m. Anhang VIII der VO (EG) der Kommission Nr.213/2008, entfallen, wenn gleich sich Überschneidungen der CPV-Codes in Anhang XIV. zu RL/2014/24/EU zur VOL/A Anhang I ergeben.

bb) Integrierte Versorgung gem. §140a SGB V

mit Neuregelung durch GKV – VSG (VersorgungsstärkungsG) erfolgte Verzicht auf Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung gem. §73c Abs.3 S.3 a.F. SGB V

OLG Düsseldorf vom 01.08.2012 (-VII VerG 15/12-) KK darf sich nicht der sie treffenden Ausschreibungspflicht entledigen indem sie Unternehmen X beauftragt einen ausschreibungspflichtigen Beschaffungsvertrag mit Unternehmen Y zu schließen

cc) Heil- und Hilfsmittel

aaa) gem. §124 SGB keine Ausschreibung sondern Zulassung gem. §124 Abs.5 SGB V die zur Versorgung der Versicherten berechtigt (verwaltungsrechtliches Zulassungsverfahren mit den Voraussetzungen gem. §124 Abs.2 Nr.1-3: „zu zulassen ist, wenn...“)

bbb) regelmäßig: Vertragsschluss erst nach Ausschreibung, denn Ausschreibungspflicht (+), wenn „Zweckmäßigkeit“ zu bejahen ist. Siehe OLG Düsseldorf vom 21.12.2016 VII VerG 26/16 „§127 Abs.1 (wird) durch das unionsrechtliche und das Vergaberechtsregime des vierten Teils des GWB vollständig überlagert.“ Zitiert nach SG Frankfurt 29.01.2018

Zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen, s. „Empfehlungen des GKV-Spitzenverbands gem. §127 Abs. 1a“ vom 02.07.2009

ccc) §127 Abs.1 S.4 SGB V

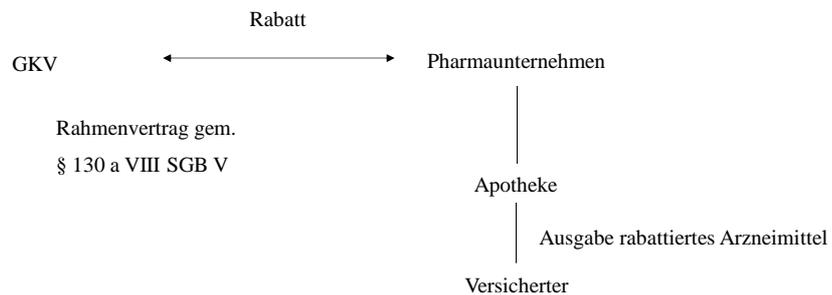
bei Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil sind Ausschreibungen regelmäßig „nicht zweckmäßig“ (Schlaftherapiegeräte und zugehörige Dienstleistungen) - OLG Düsseldorf v. 27.06.2018 –VII Verg. 59/17 bzw. SG Frankfurt vom 29.01.2018 – S 34 KR 1089/17 = Vergabe R2018, 518ff. zu Stomaversorgung und ergänzenden Inkontinenzhilfen

2) Arzneimittelrabattverträge gem. §130a Abs.8 SGB V

a) Für Generika: unterfallen als öffentliche Aufträge gem. §103 GWB der Ausschreibungspflicht (s. OLG Düsseldorf vom 19.12.2007 –VerG 50/07 -) Nach Gesetzesänderungen 2015 u. in 2016: Neufassung des Abs.8 S.3 u. 4 mit vergebefahrensrechtlichen Spezifika.

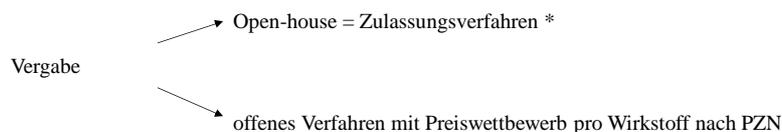
b) Für patentgeschützte Arzneimittel: sicherster Weg => offenes Verfahren auch Abschluss vergabefrei im sog. Open-House-Modell bzw. Durchführung eines offenen Verfahrens mit EU-weiter Bekanntmachung kann nicht mehr verzichtet werden, denn §3 Abs.4 lit c VOL/A-EG ist weggefallen

c) Grundkonstellation:



Arzneimittelrabattverträge gem. §130a Abs.8 SGB V

d) Vergabemodalitäten



*Unter Vorgabe des Rabattsatzes erfolgt Vertragsschluss mit allen interessierten pharmazeutischen Unternehmen zu identischen Konditionen.

EuGH vom 02.06.2016 – C – 410/14 –

bei Zulassungssystemen wie nach Open-house handelt es sich nicht um einen dem Vergaberecht unterfallenen öffentlichen Auftrag.

Bei Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses ist eine Ausgestaltung im Einklang mit den Grundregeln der AEUV nötig, d.h. Beachtung der Grundsätze der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer und des sich daraus ergebenden Transparenzgebots.

IIIa. Voraussetzungen der Vergaben nach §97 ff. GWB bzw. von Unterschwellenvergaben im allgemeinen Vergaberecht

Europaweite bzw. nationale Vergabeverfahren sind durchzuführen, wenn

1. öffentlicher Auftraggeber (§99 GWB, §1 Abs.1 UVgO)
2. öffentlichen Auftrag (§103 GWB bzw. §1 UVgO); abzugrenzen von: Dienstleistungskonzession
3. oberhalb der Schwellenwerte (§106 GWB) bzw.
unterhalb der Schwellenwerte (§1 Abs.1 UVgO) vergeben will und wenn
4. kein Ausnahmetatbestand vorliegt.
 - bisher: Hilfsmittelversorgungsverträge gem. § 127 I SGB IV die Dienstleistungsaufträge und Anlage II Teil B, VKR (RL-2004/18/EG, Nr. 25), zuzuordnen waren
→ eingeschränkte europarechtliche Vorgaben,
(s. § 4 Abs. 2 Nr. 3 VgV a. F. mit Hinweis auf VOL/A
„praktisch regelmäßig Lieferaufträge“
 - Rettungsdienstwesen (Patientenbeförderung ohne dabei stattfindende ärztliche Behandlung)

IIIb. Voraussetzungen der Vergaben nach §97 ff. GWB (Oberschwellenvergaben) im Gesundheitsvergaberecht

Ein Europaweites Ausschreibungsverfahren ist im Gesundheitsbereich durchzuführen, wenn z.B. eine

gesetzliche Krankenkasse / Träger der gesetzlichen Unfallversicherung (vgl. EuGH- Fall „Oymanns“ v.11.06.2009)*

einen

entgeltlichen (mit Lenkungswirkung versehenen Vertrag bzw. Rahmenvertrag, die (beide) eine spezifische Auswahlentscheidung des Auftraggebers beinhalten)

abzugrenzen von: Leistungserbringung im Rahmen einer Konzession ➡ KonzVgV

oberhalb des Schwellenwerts

vergeben will

und kein Ausnahmetatbestand gem. §§107ff., §§116f. und §145 GWB vorliegt.

*Rs.C-300/7

IV. Ringen um die SAPV

1. SAPV (Spezialisierte ambulante Palliativversorgung)

a) §§ 37 b, 132 d SGB V

Über die spezialisierte ambulante Palliativversorgung einschließlich der Vergütung und deren Abrechnung schließen die Krankenkassen unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 37 b Verträge mit geeigneten Einrichtungen oder Personen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist. In den Verträgen ist ergänzend zu regeln, in welcher Weise die Leistungserbringer auch beratend tätig werden.

b) Rechtsprechung:

- 2. Kammer VK Bund, 23.11.2015, VK 2 – 103/15

- OLG D. v. 15.06.2016 – Verg. 56/15 –

Leitsatz:

Die spezialisierte ambulante Palliativversorgung (SAPV) ist eine nachrangige Dienstleistung, die bei Erreichen des Auftragsschwellenwerts uneingeschränkt den Bestimmungen der §§ 97 ff. GWB a. F. unterliegt.

Bei Verträgen zu SAPV handele es sich um ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge, soweit die Verträge ein exklusives Recht zur Leistungserbringung vermitteln.

2. Bestrebungen, die SAPV mittels eines Zulassungsverfahrens auf der Grundlage einer bundeseinheitlichen Rahmenvereinbarung neu zu regeln.

Das OLG Düsseldorf vom 15.06.2016 (VII. – Verg. 56/15) urteilte, dass SAPV – Verträge bei Erreichen des Auftragsschwellenwertes von 750.000€ (Vertragslaufzeit bzw. 48 Monate/unbefristete Verträge) uneingeschränkt den Bestimmungen des 4. Teils des GWB unterliegen

3. Neueste Entwicklung:

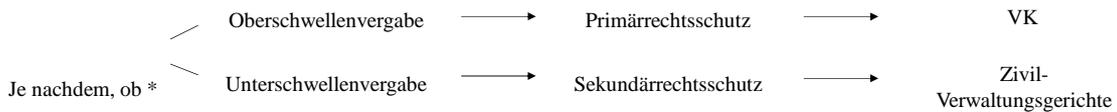
Gem. Nummer 66 des Referentenentwurfs eines Termin- Service und Versorgungsgesetz (TSVG) soll eine Novellierung des §132d SGB V dergestalt erfolgen, dass die maßgeblichen Voraussetzungen, nach denen ein Leistungserbringer den Zugang zur Versorgung erhält von den Landesverbänden der Krankenkassen auf Landesebene in Musterverträgen festgelegt werden.

Jeder Leistungserbringer, der die Voraussetzung erfüllt, hat einen Anspruch auf einen Versorgungsvertrag.

Kommt keine Einigung über den Inhalt des Mustervertrags als auch des besonderen Versorgungsvertrags zustande, wird der Inhalt in einem, in §132d (neu) beschriebenen Schiedsverfahren festgelegt.

C. Rechtsschutz der Bieter oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte

- Die Nachprüfung der Vergaben erfolgt gemäß § 156 GWB n. F. durch die Vergabekammern.
- In der 2. Instanz ist für das jeweilige Bundesland das insoweit vorgesehene OLG zuständig.
- Teilweise gibt es Vergabeprüfstellen, § 103 GWB a. F. Behörden, die Bund und Länder einrichten konnten
s. auch § 21 VOB/A-EU „Nachprüfungsstellen“



* dazu BVerfG v. 13.06.2006, 1 BvR 1160/03

Rechtsschutz der Bieter

Primär- und Sekundärrechtsschutz

Zulässigkeit

Vorab: Zuschlag noch nicht erteilt; Vergabeverfahren wurde begonnen.

1) Primärrechtsschutz (Verhinderung des Zuschlags)

- **Antrag**, §§ 160, 161 GWB n. F.

Form: - schriftlich

- bestimmtes Begehren

Begründung:

Welche Vorschriften aus dem Vergaberecht soll die Vergabestelle verletzt haben?

- **Antragsbefugnis**, § 160 Abs. 2 GWB n. F.

Darlegung, dass durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften

- ein **Schaden** für den Antragsteller entstanden ist bzw. zu entstehen droht.

- Verletzung in eigenen Rechten = bieterschützender Charakter (+)

Rechtsschutz der Bieter

- **Fristgemäßheit** des Nachprüfungsantrags
 - Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB n. F. (früher „unverzüglich“, jetzt innerhalb von 10 Kalendertagen) **und**
 - Nachprüfungsantrag innerhalb der Frist des § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB n. F. bei VK eingereicht.
(Beachte: § 134 Abs. 2 GWB n. F.)
- VK „erteilt“ Zuschlagsverbot gem. § 169 Abs. 1 GWB n. F., sofern nicht offensichtliche Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit des Antrags.
- S. weitere Möglichkeiten zu vorläufigen Maßnahmen der VK: § 169 Abs. 3 GWB n. F.

Rechtsschutz der Bieter

- 2) Sekundärrechtsschutz** (Ersatz des Schadens, regelmäßig: negatives Interesse, z. T. auch positives Interesse, verneinend jetzt LG Wiesbaden vom 07.04.2017 – 2 O 84/17 -)

Unterhalb der EU-Schwellenwerte existiert **kein** spezieller vergaberechtlicher Primärrechtsschutz, sondern nur die allgemeinen zivil- oder verwaltungsprozessualen Rechtsinstrumente (wobei mehr und mehr Landesvergabegesetze Nachprüfungsstellen für Bauleistungen und für Lieferungen und Leistungen vorsehen, so z. B. § 20 Abs. 1 des zum 01.03.2015 in Kraft getretenen Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetz, s. auch § 21 VOB/A-EU).

D. Fazit und Ausblick

Ausgehend davon, dass das europäische Vergaberecht aus dem Ziel erwachsen ist, den europäischen Binnenmarkt zu effektuieren, wird es in den kommenden Jahren entscheidend darauf ankommen, dass es gelingt, Vergaberecht und Gesundheitswesen in Konvergenz zu halten/zu bringen, um die Weiterentwicklung der Europäischen Union in eine Sozialunion zu fördern (s. Art.14 AEUV), die es der Bundesrepublik Deutschland erlaubt, das „gesetzgeberische Ziel, das Solidarprinzip der GKV kassenübergreifend zu verwirklichen“ (BVerfGE 113,167ff., Rdnr.159), zu bewahren.

Hinweis:

Seit dem 18.10.2018 müssen alle Auftraggeber und Auftragnehmer vollständig auf eine elektronische Abwicklung von Vergabeverfahren umgestellt haben. Danach dürfen – bis auf wenige Ausnahme – andere als elektronische Angebote, Teilnahmeanträge, Interessenbekundungen und –bestätigungen nicht mehr in Vergabeverfahren Berücksichtigung finden (ausführlich dazu Braun, VergabeR 2016, 179ff.)

Ausnahmen von der Nutzung elektronischer Kommunikationsmittel nur dann möglich, wenn

- insbesondere Schutzbedürftige oder sensible Daten betroffen sind, bzw.
- auf Vorlage physischer oder maßstabgetreuer Modelle nicht verzichtet werden kann (§53 Abs.2 VgV)

Ich danke für Ihre Aufmerksamkeit!