



# Reform des Vergaberechts – Auswirkungen auf das Gesundheitswesen

Vortrag beim Symposium des Instituts für Europäische  
Gesundheitspolitik und Sozialrecht (ineges)

18. März 2016 in Berlin

*Professor Dr. Martin Burgi*



## I. Vergaberecht und Gesundheitswesen: Zwei Welten in Divergenz und Konvergenz

- Divergenz
  - Für das Vergaberecht ist Wettbewerb ein Primärziel, für das Gesundheitsrecht allenfalls ein Instrument.
  - Im Gesundheitsrecht dominiert das Ziel einer qualitativ hochwertigen und bezahlbaren Versorgung.
  - Im Gesundheitswesen gibt es eine spezifische, gewachsene Trägerstruktur, darunter mit zahlreichen Akteuren zwischen Markt und Staat.



- Die dort erbrachten Leistungen sind vielfach nicht ohne Weiteres standardisierbar, sondern personenbezogen, teilweise erfordern sie Empathie.
- Teilweise besteht nur ein schwacher grenzüberschreitender Bezug, während das Vergaberecht ein Projekt zur Effektuierung des europäischen Binnenmarktes ist.



- Konvergenz

- Weiterentwicklung der EU zu einer Sozialunion; manifestiert v.a. in Art. 14 AEUV und den Art. 34 und 36 EU-Grundrechte-Charta sowie dem „Protokoll über Dienste von allgemeinem Interesse“.

Dort wird u.a. betont, dass ein „Ermessensspielraum der nationalen, regionalen und lokalen Behörden in der Frage (bestehe), wie (diese) Dienste ... auf eine den Bedürfnissen der Nutzer so gut wie möglich entsprechende Weise zur Verfügung zu stellen, in Auftrag zu geben und zu organisieren sind.“



- Zunehmende Nutzung des Wettbewerbs als strukturelles Instrument im Sozialrecht.
- Nicht zuletzt wegen eines wachsenden Kostendrucks bei gleichzeitig wachsendem Bewusstsein für die Notwendigkeit der Messung und Bewertung von Qualität
- Gleichzeitig hat sich das Vergaberecht nach der Reform stärker auf seinen eigenen Basiszweck (der erfolgreichen Erfüllung von öffentlichen Aufgaben) orientiert und die qualitätsbezogenen Elemente ausgebaut.



- Unverändert gilt:  
Das Vergaberecht greift nur ein, wenn eine Beschaffung am Markt stattfindet, d.h. die Entscheidung zwischen „make or buy“ wird nicht tangiert.  
  
→ Wer Wettbewerb säht, wird freilich Vergaberecht ernten!



## II. Struktur und Inhalt des reformierten GWB Vergaberecht

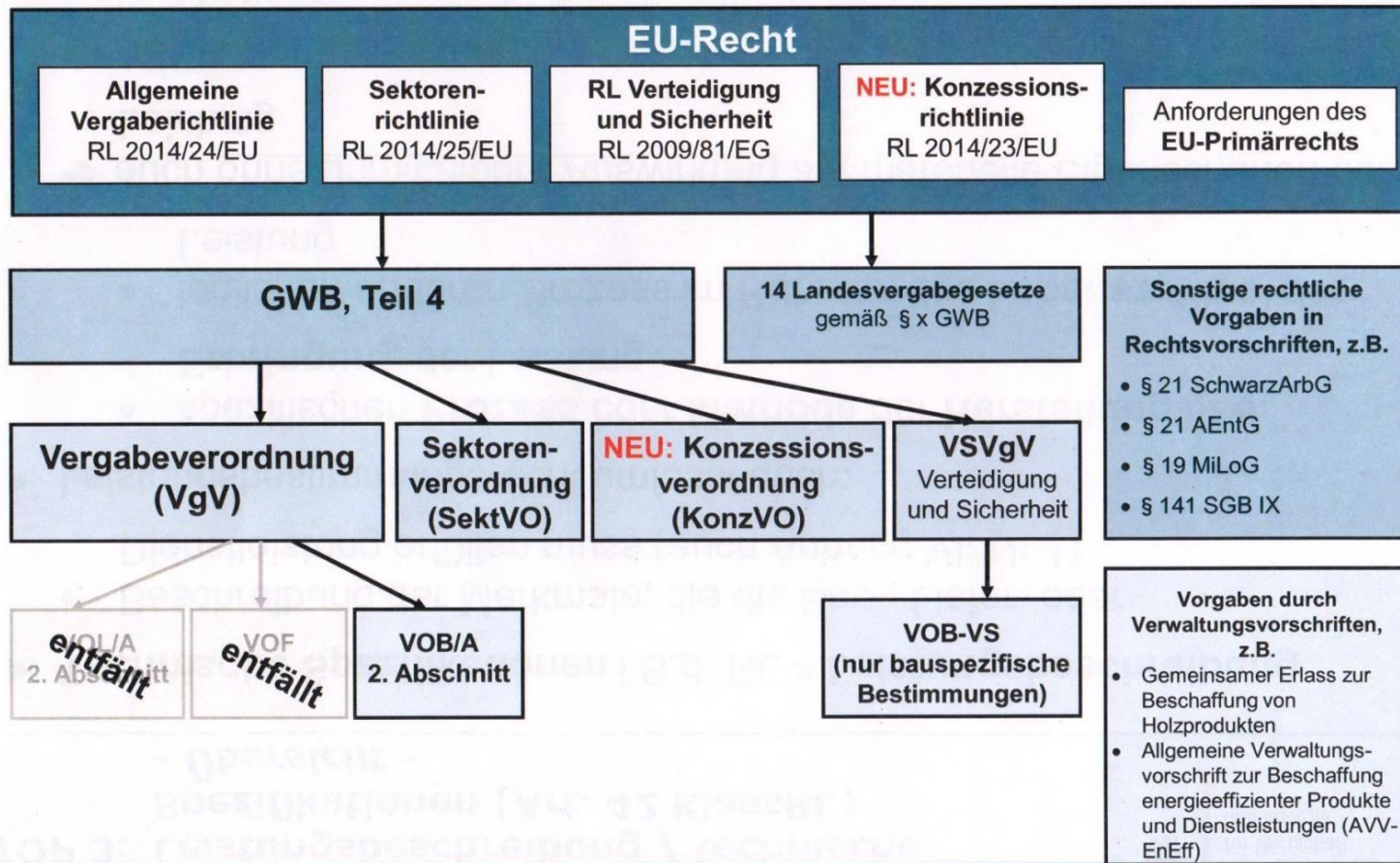
- Richtlinienpaket aus dem Jahre 2014:
  - RiLi 2014/24/EU: „Klassische“ Auftragsvergabe
  - RiLi 2014/25/EU: Sektorenauftragsvergabe
  - RiLi 2014/23/EU: Zur Vergabe von Konzessionen (neu!)
- Nicht betroffen sind:
  - Vergaben im Bereich Verteidigung und Sicherheit
  - Rechtsmittelrichtlinien
- Umsetzungsfrist: bis 18. April 2016



## TOP 2: Vorstellung der Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts vom 07.01.2015 *Struktur im Oberschwellenbereich – Zukunft*



Bundesministerium  
für Wirtschaft  
und Energie







- Gegenwärtiger Stand des Gesetzgebungsverfahrens:
  - GWB-Neu am 17.12.2015 durch den Bundestag und am 18.12.2015 durch den Bundesrat angenommen (mit nur wenigen Änderungen gegenüber dem Regierungsentwurf vom 8.7.2015 (BT-Drucks. 18/6281)). Die Änderungen ergeben sich aus der Bundesratsdrucksache 596/15 (vom 17.12.2015) und betreffen die §§ 113, 118, 123 und 131.
  - Mittlerweile veröffentlicht in BGBl. I, 203 (vom 23.2.2016)



- Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts als sog. Mantel-Verordnung, bestehend aus neu gefasster Vergabeverordnung (VgV), Sektorenverordnung (SektVO) und der erstmals verabschiedeten Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) und Vergabestatistikverordnung (VergStatVO) (BT-Drucks. 18/7318); hängt noch ab von der Zustimmung des Bundestags bzw. vom Verstreichen einer durch diesen in § 113 GWB gesetzten Frist.
- VOB/A-EU seit 19.01.2016 im Bundesanzeiger veröffentlicht, wird dann per Verweisung in staatliches Recht inkorporiert.



### III. Fortbestehende Bedeutung des EU-Rechts

#### 1. EU-Vergaberichtlinien

- Erfreulicherweise nicht im Wege der unmittelbaren Wirkung
- Aber weiterhin über die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des nationalen Rechts



## 2. Primärrecht

- Kompetenzielle Grundlage und inhaltlicher Rahmen der gesamten Vergabetätigkeit bilden die Grundfreiheiten des AEUV
- Konsequenzen nach der sinnvollerweise auch weiterhin heranzuziehenden „Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen“ (vom 23.06.2006; ABL Nr. C-179/2):



- Diskriminierungsverbot
- Transparenz
- Verhältnismäßige Beziehung zwischen der Definition des Beschaffungsgegenstandes und den Anforderungen an die Auftragsinteressenten
- Nachprüfbarkeit



- Diese Grundsätze gelten auch im Hinblick auf den Ausnahmetatbestand für bestimmte Rettungsdienstleistungen (Art. 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB), gilt für Aufträge und Konzessionen betreffend  
*„Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die Referenznummern des CPV ... mit Ausnahme des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung fallen; gemeinnützige Organisationen oder Vereinigungen i.S.d. Nr. sind insbesondere die Hilfsorganisationen, die nach Bundes- oder Landesrecht als Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen anerkannt sind“* (beruhend auf Art. 10 lit. h) der VRL bzw. Art. 10 Abs. 8 lit. g) der Konzessionsrichtlinie).



- Die Reichweite dieses Ausnahmetatbestandes ist aufgrund seiner im Europarecht angelegten, bei der nationalen Umsetzung noch weiter verstärkten verklausulierten Fassung bereits Gegenstand streitiger Auseinandersetzungen (vgl. einerseits *Prieß*, NZBau 2015, 343, andererseits *Ruthig*, NZBau 2016, 3)
- Die abschließende Gesetzesfassung des GWB weicht jedenfalls im Wortlaut von den Richtlinien-texten ab (im Hinblick auf die Bezugnahme auf „gemeinnützige Organisationen“)



- Ein Entrinnen von den primärrechtlichen Vergaberechtsgrundsätzen kann es nur dann geben, wenn die im Primärrecht anerkannten Anforderungen zur Rechtfertigung einer mittelbaren Diskriminierung bzw. Beschränkung der Grundfreiheiten vorliegen. Dies wird teilweise unter Anknüpfung an eine neue Entscheidung des EuGH zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen in Italien behauptet (U.v. 11.12.2014, C-113/13, NZBau 2015, 377 (Spezzino); nunmehr vertiefend EuGH, U.v. 28.01.2016, C-50/14, NZBau 2016, 177 (CASTA)).





## IV. Ausgewählte Auswirkungen auf das Gesundheitswesen (Substraktionsmethode)

### 1. Auftraggeberbegriff

- Überführung von § 98 nach § 99 GWB
- Ohne inhaltliche Änderung, d.h. die Auftraggebereigenschaft von gesetzlichen Krankenkassen, Ärztekammern, Abrechnungsstellen, Krankenhäusern etc. beurteilt sich nach den bereits bislang anerkannten Grundsätzen.



## 2. Auftrags- bzw. Konzessionsbegriff

- Die Qualifizierung von Verträgen im Gesundheitswesen als „entgeltliche Verträge über die Beschaffung von Leistungen“ nach § 103 Abs. 1 GWB bzw. als Dienstleistungskonzessionsverträge nach § 105 Abs. 1 Nr. 2 GWB bereitet im Gesundheitswesen Schwierigkeiten im Hinblick auf das sog. Dreiecksverhältnis zwischen gesetzlicher Krankenkasse, Leistungserbringer(n) und Versicherten: Auftrag? Konzession? Rahmenvereinbarung?
- Weitere Probleme bestehen im Hinblick auf die neuere Praxis zur Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen ohne Auswahlentscheidung (nach dem sog. Open-House-Modell)



a) *Präzisierung und Fortbestehende Relevanz des nationalen Gesundheitsrechts*

- Im GWB finden sich keine expliziten Regelungen zur Bewältigung dieser beiden Probleme
- In der Begründung zu § 103 GWB (und entsprechend zu § 105 sowie zu §§ 130 und 153) heißt es aber:



- *„Nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben sollen abgedeckt werden, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. 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. Gleiches gilt für die Zulassung von Pflegeeinrichtungen sowie die Feststellung der fachlichen Eignung im Rahmen der Zulassung besonderer Dienste oder besonderer Einrichtungen.“*



- Im Hinblick auf die Zuordnung einzelner Verträge zum Regime der Aufträge oder zum Regime der Dienstleistungskonzessionen ergeben sich keine Änderungen, vielmehr ist insofern nach der bisherigen Rechtsprechungspraxis zu verfahren (die Entgeltlichkeit und damit das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags hängt vor allem davon ab, ob der Vertragsabschluss die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass vergütungspflichtige Leistungen tatsächlich realisiert werden, sodass bereits der Vertragsabschluss einen wirtschaftlichen Mehrwert für den Auftragnehmer begründet. Das ist v.a. dann der Fall, wenn dem Vertrag eine sog. Steuerungs-/Lenkungswirkung zugunsten des Absatzes bzw. der Inanspruchnahme der Leistung zukommt).



- Zur Open-House-Thematik  
vgl. den nachfolgenden Vortrag.



## *b) Wichtige Anwendungsbereiche*

- „Normale“ Aufträge bzw. Konzessionen (bei Vorliegen der Voraussetzungen im Einzelfall):
  - Arzneimittelrabatt- und Impfstoffversorgungsverträge
  - Zytostatikaversorgungsverträge
  - Hilfsmittelversorgungsverträge
  - Integrierte Versorgungsverträge
  - Hausarztzentrierte und besondere ambulante ärztliche Versorgungsverträge





- Verträge die unter das neue Sonderverfahrensregime für „soziale und andere besondere Dienstleistungen“ fallen (vgl. Anhang XIV der VRL)
  - Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens (erfasst einige der soeben aufgeführten Verträge), Rettungsdienstleistungen sofern nicht vom Ausnahmetatbestand erfasst
  - Administrative Dienstleistungen im Gesundheitsbereich



### 3. Bietergemeinschaften

- Stellen eine spezifische Organisationsstruktur auf Auftragnehmerseite dar, die eine Bündelung von Ressourcen und eine differenzierte Risikoverteilung ermöglicht und überdies Chancen für kleine und mittelständische Unternehmen eröffnet. Nachteile sind die Transaktionskosten sowie eine etwaige Wettbewerbsverengung zulasten der Preise.



- Künftig explizit statthaft nach §§ 43 Abs. 2 VgV
- Keine veränderten Anforderungen an die sog. Mehrfachbeteiligung
- Für den Umgang mit Bietergemeinschaften zwischen Konzernunternehmen zur Sortimentserweiterung bleibt die OLG-Rechtsprechung (zuletzt OLG-Düsseldorf, B.v. 29.07.2015, VII-Verg 5/15) maßgeblich.



## 4. Wirtschaftlichkeit und Verhältnismäßigkeit als neue Verfahrensgrundsätze

- § 97 Abs. 1 GWB: *„Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.“*
- Grundsatz der Wirtschaftlichkeit: Betrifft das Vergabeverfahren als solches und verpflichtet die Auftraggeber durchgehend auf das Prinzip „best value for taxpayers money“



- **Verhältnismäßigkeit:**  
Betrifft den Umgang mit Anforderungen, die an die Bieter gestellt werden und wirkt sich v.a. beim Umgang mit Nachweispflichten aus, ferner bei der etwaigen Formulierung von sog. sozialen Ausführungsbedingungen



## 5. Mehr Flexibilität bei Leistungsbeschreibung und Verfahrenswahl

### a) *Gestaltungspotenzial der Leistungsbeschreibung*

- Endgültige Anerkennung des sog. Grundsatzes der Beschaffungsautonomie (§ 31 Abs. 6 VgV) zur Durchbrechung des Grundsatzes der Produktneutralität
- Explizite Anerkennung der Möglichkeit (nicht Pflicht) der funktionalen Leistungsbeschreibung in § 121 Abs. 1 GWB und § 31 Abs. 2 VgV. In § 97 Abs. 3 GWB wird überdies die Möglichkeit der strategischen Nutzung des Vergaberechts zur Herbeiführung von „Innovationen“ betont: Konzepte abfragen!



## *b) Verfahrenswahl (im Normalfall)*

- Künftig kein Vorrang des offenen Verfahrens mehr (vgl. § 119 Abs. 2 GWB): Offenes und nicht offenes Verfahren sind gleichrangig und beide sind vorrangig gegenüber den Verfahren mit Verhandlungselementen.
- Deren Einsetzbarkeit beurteilt sich nach § 119 Abs. 5 (Verhandlungsverfahren) und § 119 Abs. 6 GWB (wettbewerblicher Dialog)



### c) *Rahmenvereinbarungen*

- Insbesondere die Arzneimittelrabattverträge werden seit längerem als Rahmenvereinbarungen qualifiziert, weil die Arzneimittel nicht direkt an die beschaffenden Krankenkassen geliefert werden, sondern die Versicherten sie in Apotheken erhalten, wodurch Patient und Apotheker über den Einzelabruf entscheiden.
- Neuerungen durch das GWB (§§ 103 Abs. 5) und § 21 VgV:





- Ein Vertragsschluss zwischen mindestens drei Partnern (im Falle eines Mehr-Parteienvertrages) ist nicht mehr Voraussetzung.
- Substanzielle Veränderungen der Vertragsbedingungen während der Laufzeit sind verboten.
- Die Laufzeit darf maximal 4 Jahre betragen.  
Wenn eine Rahmenvereinbarung mit mehreren Unternehmen abgeschlossen wird und die Einzelaufträge ausschließlich anhand der in der Rahmenvereinbarung festgelegten Bedingungen für die Leistungserbringung erfolgen sollen und diese bereits in der Auftragsbekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen für die Rahmenvereinbarung genannt waren, kann der Einzelauftrag „ohne erneutes Vergabeverfahren erteilt werden (vgl. nur § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV).



*d) Sonderregime für „soziale und andere besondere Dienstleistungen“*

- Erfasster Kreis: Nach Anhang XIV VRL (siehe bereits oben)
- Ein Teil dieser Dienstleistungen ist bisher nach Anhang I B – VKR als sog. nichtprioritäre Dienstleistungen nur Minimalanforderungen unterworfen gewesen, nunmehr sind auch diese Dienstleistungen in das GWB-Vergaberecht einbezogen
- Abgeschwächt sind aber die Verfahrensanforderungen:



- §§ 130 bzw. 153 GWB (mit §§ 64 – 66 VgV bzw. 21 KonzVgV): Freie Wahl zwischen allen Verfahrensarten.
- Schwellenwert: 750.000 Euro (!), darunter ist freilich wiederum Primärrechtvergaberecht beachtlich
- Bei der Gestaltung der Zuschlagskriterien ist Art. 76 Abs. 2 VRL zu beachten



*„Die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die öffentlichen Auftraggeber die Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien ... Rechnung tragen können. Die Mitgliedstaaten können auch vorsehen, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien für soziale Dienstleistungen getroffen wird.“*



## 6. Mehr Rechtssicherheit bei den Ausschlussgründen

- Klar strukturierte und teilweise umfangreichere Kataloge, differenziert nach zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen (§§ 123 und 124 GWB)
- Explizite Klärung der bislang umstrittenen Frage, ob eine sog. Selbstreinigung (§ 125 GWB) u.a. eine „aktive Zusammenarbeit“ nicht nur mit den Ermittlungsbehörden, sondern auch mit „dem öffentlichen Auftraggeber“ (§ 125 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 GWB) erfordert.



## 7. Neue Flexibilität bei den Zuschlagskriterien

- Entgegen anderslautender Gerüchte und Befürchtungen ist weiterhin auch die Nur-Preis-Vergabe zulässig (sie erfordert aber eine exakte Leistungsbeschreibung!); vgl. § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB: „Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots *können* neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“
- Qualitative und nachhaltigkeitsbezogene Aspekte können künftig aber stärker und rechtssicherer verfolgt werden (müssen es aber nicht).



- Künftig ist es möglich, auch die „Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals“ zu bewerten, „wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ (§ 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV).



- Bei „sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen“ kann im Rahmen der Bewertung qualitätsbezogener Zuschlagskriterien auch die sog. „past performance“ berücksichtigt werden (vgl. § 65 Abs. 5 VgV).





Martin Burgi

## Vergaberecht

Systematische Darstellung  
für Praxis und Ausbildung,  
ca. 500 Seiten,  
Verlag C. H. Beck (München),  
erscheint im 3. Quartal/2016

