

Ausschreibungen (§ 127 Abs. 1 SGB V)



**BVMed-Sozialrechtstag
13. Juni 2013, Berlin**



Dr. Oliver Esch

Stand EU-Rechtsetzungsverfahren

Neues EU-Richtlinienpaket

Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (Vorschlag)

KOM (2011) 896 vom 20.12.2011

96 Artikel (258 Seiten), 16 Anhänge

ersetzt Richtlinie 2004/18/EG

erfasst Vergabeverfahren nach SGB V

Umsetzung in nationales Recht erforderlich

Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Vorschlag)

KOM (2011) 897 vom 20.12.2011

52 Artikel (98 Seiten), 13 Anhänge

vollständig neu

erfasst potentiell Verträge nach SGB V

Umsetzung in nationales Recht erforderlich

Stand Gesetzgebungsverfahren

Vergaberichtlinie [KOM (2011) 896]

20.12.2011: Vorschlag EU-KOM

ca. 1600 Änderungsvorschläge (betr. beide RL)

10.12.2012: allg. Ausrichtung des Rates

18.12.2012: Annahme Entwurf Ausschussbericht
EU-Parlament (IMCO)

24.01.2013: gemeinsame Sitzung der
Schattenberichterstatter (IMCO)

bis Juni 2013 (geplant): sog. Trilog-Verfahren
EU-Parlament, Rat und Kommission

Beschlussfassung (geplant): September 2013

Inkrafttreten: am 20. Tag nach Veröffentlichung
im EU-Amtsblatt

Richtlinie DLK [KOM (2011) 897]

20.12.2011: Vorschlag EU-KOM

mehrere hundert Änderungsvorschläge (betr.
beide RL)

10.12.2012: allg. Ausrichtung des Rates

24.01.2013: Annahme Entwurf Ausschussbericht
EU-Parlament

bis Juni 2013 (geplant): sog. Trilog-Verfahren
EU-Parlament, Rat und Kommission

Beschlussfassung (geplant): September 2013

Inkrafttreten: am 20. Tag nach Veröffentlichung
im EU-Amtsblatt

Vergaberichtlinie - Umsetzungsfrist

- Richtlinie erfordert Umsetzung in nationales Recht
- ursprünglich: bis zum 30. Juni 2014 (Vorschlag EU-KOM 20.12.2011)
- aktuell: Umsetzung innerhalb von 24 Monaten ab Inkrafttreten der Richtlinie

Vergaberichtlinie – wesentliche (neue) Inhalte

- allgemein: wesentliche Grundsätze und Verfahrensbestimmungen bleiben bestehen
- Art. 11: Regelungen zur sog. Inhouse-Vergabe (neu: Drittleistungsquote $\leq 20\%$; betr. Arbeitsgemeinschaften GKVen nach §§ 219 SGB V, 94 Abs. 1a SGB X)
- Art. 25, 26: verkürzte Angebots- / Teilnahmefristen
- Art. 51: Verpflichtende Einführung der elektronische Auftragsvergabe
- Differenzierung zwischen Dienstleistungskategorien IA und IB entfällt
- Art. 74 f.: vereinfachtes Verfahren zur Vergabe medizinischer Dienstleistungen
- Erwägungsgrund (11): implizite Anerkennung der Hilfsmittelvertragsstruktur gemäß SGB V (§ 127 Abs. 1, 2 und 2a)

Anerkennung Struktur § 127 Abs. 2, 2a SGB V

(11) [...]

Den Mitgliedstaaten und/oder Behörden steht es auch künftig frei, diese Dienstleistungen [Anm.: gemeint sind Dienstleistungen u.a. im Gesundheitsbereich] selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen **in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen*** – **ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Kriterien erfüllen**; Voraussetzung ist, dass ein solches System eine **ausreichende Bekanntmachung** gewährleistet und den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung genügt.

*Anm.: die Definition von Rechtsakten (hier: Genehmigung) ist unionsrechtlich zu verstehen und kann daher auch Verträge erfassen (vgl. EuGH, Urt. v. 10.11.2011, Rs. C-348/10, Rn. 40 sowie im Einzelnen Esch, Öffentlicher Auftrag, Dienstleistungskonzession und mitwirkungsbedürftiger Verwaltungsakt, in: KsZW 2/2012, Seite 152 ff.)

Schlussfolgerungen

- beinhaltet eine grundsätzliche Aussage dazu, was die EU-Kommission nicht als öffentlichen Auftrag ansieht
- gilt unabhängig von der Frage, dass sich der Erwägungsgrund explizit auf die Behandlung der sog. besonderen Dienstleistungen bezieht
- deutet auf Anerkennung der Linie des LSG NRW (Beschl. v. 14.04.2010, L 21 KR 69/09 SFB) hin
- (Rest-) Risiken:
 - OLG Düsseldorf (Beschl. v. 11.01.2012, VII Verg 57, 59 und 67/11, Bahn-BKK) erwägt Vorlage an EuGH nach Art. 267 AEUV
 - Art. 2 Abs. 7 Entwurf DLK-Richtlinie sieht keine exklusive Beauftragung (Auswahl) vor
 - Risiken im Ergebnis gering

Nationaler Umsetzungsspielraum

Anerkennung Struktur § 127 Abs. 2, 2a

relevant für: Hilfsmittelhersteller, Handel, GKV

Regelungsort: SGB V (§ 127)

geringer Handlungsbedarf

Prüfung auf Entsprechung mit Vorstellungen EU-KOM / Richtlinie

Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot

Anpassung bzw. Regelung

Bekanntmachungsverfahren (empfohlen)

Erhöhter Schwellenwert EUR 750.000 nicht anwendbar (Orientierung an EUR 200.000 empfohlen)

Vereinfachtes Verfahren für die Vergabe besonderer (u.a. med.) Dienstleistungen

relevant für: med. Dienstleister, GKV (Hersteller, Handel nur bei wirtschaftlich überwiegendem Dienstleistungsanteil an der Versorgung)

weitreichende nationale Regelungskompetenz

Handlungsbedarf

Regelungsort: GWB, SGB V

Kompetenzstreitigkeiten und geringere

Beachtung des GKV-Wirtschaftlichkeitsgebotes bei landesrechtlichen Regelungen (RettdGe) zu befürchten

**Möglichkeit zur Verortung / Regelung einer stärkeren
Berücksichtigung der Versorgungsqualität**

Möglichkeit Regelung in § 127 Abs. 1 SGB V (nur Vorschlag)

neu (Sätze 4 bis 7):

Der Zuschlag ist auf das wirtschaftlichste Angebot unter Berücksichtigung aller Umstände zu erteilen. Hierbei sind verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, beispielsweise Qualität, Zweckmäßigkeit, technischer Wert, Umwelteigenschaften, Kundendienst und technische Hilfe, Qualifikation der zur Versorgung eingesetzten Personen, Betriebs- und Lebenszykluskosten und Preis zu berücksichtigen. Der niedrigste Preis darf nicht alleiniges Zuschlagskriterium sein. Die Gewichtung des Preises, einschließlich Betriebs- und Lebenszykluskosten sowie Kosten für Zubehör, darf 30 v. H. nicht überschreiten.

Aktuelle Rechtsprechung zu Vergabeverfahren im HM-Bereich

Losaufteilung

- 2. VK Bund, Beschl. v. 18.10.2011 (VK 2-77/12)
- Aufteilung Bundesgebiet in (nur) 7 Gebietslose bei Ausschreibung von Versorgungsgen der PG 14 (Atemtherapie) zulässig
- gesteigerte Darlegungs- und Nachweisanforderungen an fehlerhafte Losaufteilung
- insbesondere konkrete Darlegung der bisherigen Versorgungsstruktur der betreffenden Kasse nebst Aufzeigen der verfügbaren Daten bei Entscheidung über die Losaufteilung erforderlich
- konkrete Darlegung des üblichen anderweitigen Personal- und Sachmitteleinsatzes im allgemeinen Geschäftsbetrieb von KMU erforderlich
- Feststellung, dass KMU zur Auftragsdurchführung nicht in der Lage sind erforderlich (OLG Karlsruhe, Beschl. v. 06.04.2011, 15 Verg 3/11)

Loslimitierung / Kalkulationsgrundlagen

- OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.12.2011 (VII-Verg 99/11)
- Ausschreibung PG 15, Aufteilung Bundesgebiet in 20 Lose, Loslimitierung (maximal 5)
- Loslimitierung zulässig zwecks Ausfallsicherheit und Erhalt einer wettbewerblichen Anbieterstruktur
- Kalkulationsgrundlagen: Bedarfs- und Datenermittlung darf nicht vollständig den Bietern überlassen werden; Antragsteller muss sich jedoch eigene vertiefte Kenntnisse (etwa aus vorangegangener Beauftragung) zurechnen lassen

Aufzahlungen im ausschreibungsgeregelten Bereich

Aufzahlungen – Problem, Begriff

- Befund: sinkende Versorgungspauschalen werden durch sog. Aufzahlungen kompensiert
- Problem: sinkendes Ausschreibungspreisniveau durch z.T. planmäßige Kalkulation mit Aufzahlungen
- Aufzahlung ≠ Zuzahlung
- Aufzahlung = § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V (Versicherter wählt über das Maß des Notwendigen hinausgehende Versorgung; eigene Kostentragungspflicht)
- Zuzahlung: § 33 Abs. 8 i.V.m. 61 Abs. 1 SGB V (gesetzlicher Zuzahlungsbetrag zur notwendigen Versorgung)]

Aufzahlungen – vertragliche Regelungsmöglichkeiten

- Vertragliches Verbot von Aufzahlungen im Versorgungsvertrag?
- Problem: § 31 Abs. 1 Satz 5 SGB V (Wahlrecht des Versicherten bzgl. höherwertiger Versorgung)
- Aufzahlungsverbot berührt neben den der Vertragsfreiheit der LE auch das Verhältnis zwischen Kasse und Versichertem
- OLG Düsseldorf (Beschluss v. 17.4.2008, VII-Verg 15/08): Aufzahlungsverbot nur zulässig, wenn jedenfalls nach Hinweis und Beratung der Versicherte dennoch wählen kann
- Folge: nur eingeschränkte, wenig wirksame vertragliche Regelungsmöglichkeiten in Richtung eines direkten Aufzahlungsverbotes

Aufzahlungen – Möglichkeiten Ausschreibungsgestaltung

- Pflicht zur Angebotsabgabe auf alle Produkte im Portfolio für einen bestimmten Indikationsbereich
- Grundlage: Pflicht zur Angebotsabgabe auf sämtliche zu einem best. Stichtag in der Lauer-Taxe gelistete Produkte eines Herstellers im Bereich der Arzneimittelrabattverträge
- Zuschlagskriterium u.a. Produktbreite
- lt. LSG BW (Beschluss v. 8.10.2009, L 21 KR 39/09 SFB) zulässig
- vergaberechtlich aber potentiell problematisch
- Voraussetzung: eindeutige Beschreibung des Beschaffungsbedarfs (Clusterung)
- ggf. unter Zuhilfenahme HilfsmittelVz / Lauer-Taxe möglich (vgl. OLG Düsseldorf aaO, 17.4.2008 Rz. 16 f.: Pflicht zur Abgabe nur im HmVz gelisteter Produkte zulässig)

Pflicht zur herstellerneutralen Versorgung im Rahmen von § 127 Abs. 2, 2a SGB V-Verträgen

Regelungen, Problemstellung

- Vertragsklausel: *"Die Produktauswahl und der Produkteinsatz müssen herstellerunabhängig erfolgen"* (Bsp. AOK Rhld. / HH – Vertrag v. 14.3.2013, Anlage 1, Ziff.3)
- Problem 1: widerspricht ggf. Leistungserbringer / Herstellerinteresse
- Problem 2: was bedeutet "herstellerunabhängige Versorgung" (Produkte von 2,3,5 oder sämtlichen Herstellern)
- Problem 3: Anwendungsbereich ungeklärt (nur bei 10-Steller-Verordnung oder auch bei VO der Produktart / 7-Steller)
- zu unbestimmt und sachliche Rechtfertigung zweifelhaft
- Bsp.: LE hat 2 (fast identische) Produkte verschiedener Hersteller im Angebot. Ein anderer LE hat 6 verschiedene (unterschiedliche) Produktlinien eines Herstellers im Angebot
- widerspricht potentiell der Wertung des Hilfsmittelverzeichnis

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit



Dr. Oliver Esch
Rechtsanwalt / Partner

T +49 (0) 221 5108 4090

F +49 (0) 221 5108 4091

oliver.esch@osborneclarke.de

