



Gemeinsame Stellungnahme

des IKK e. V. und des Verbandes der Ersatzkassen e. V. (vdek) zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

(Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG)
vom 05.05.2015

Inhaltsverzeichnis

Vorbemerkung	3
I. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 97 Abs. 5 GWB-E – Grundsätze der Vergabe – Elektronische Kommunikation -	3
II. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 103 GWB-E – Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe	4
III. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 130 GWB-E – Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen -	5
IV. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 132 Abs. 2 GWB-E – Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit -	9
V. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB-E – Verfahren vor der Vergabekammer – Einleitung, Antrag – Rügepflicht -	9
VI. Ergänzungsbedarf im Hinblick auf die Zahl der zu berücksichtigenden Bewerber.....	10
VII. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E – Bereichsausnahme für Rettungsdienstleistungen	10

Vorbemerkung

Der vorliegende Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts enthält unter anderem den Entwurf einer Umsetzung der Regelungen in Art. 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU, nach der Sonderregelungen für die Vergabe von sozialen Dienstleistungen ab einem erhöhten Auftragswert geschaffen werden. In ihrem Schreiben vom 24.03.2015 an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie haben die Verbände der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen auf Bundesebene deutlich gemacht, dass sie für die bedarfsgerechte Beschaffung selektivvertraglicher Gesundheitsdienstleistungen nach dem SGB V eine flexible und auf die konkrete Fallgestaltung abgestimmte Ausgestaltung des Verfahrens für unabdingbar halten, da sich die Situation bei Selektivverträgen erheblich von wettbewerblich geprägten Beschaffungsmärkten unterscheidet und die gesetzlichen Krankenkassen darauf angewiesen sind, die Verfahren zum Abschluss von Selektivverträgen entsprechend den Notwendigkeiten des konkreten Versorgungsprojekts konzipieren zu können. Auf die Ausführungen in dem Schreiben der Verbände der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen auf Bundesebene vom 24.03.2015 und des dort als Anlage beigefügten Positionspapiers wird hiermit ausdrücklich Bezug genommen.

Zu einzelnen, die Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen – und damit vor allem Selektivverträge nach dem SGB V – betreffenden Regelungen in dem Referentenentwurf nehmen die Ersatz- und Innungskrankenkassen vor diesem Hintergrund wie folgt Stellung:

I. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 97 Abs. 5 GWB-E – Grundsätze der Vergabe - Elektronische Kommunikation -

Nach Art. 22 der Richtlinie 2014/24/EU ist die verbindliche Einführung der elektronischen Kommunikation im Vergabeverfahren vorgesehen. Entsprechend sieht der Referentenentwurf in § 97 Abs. 5 GWB-E für das Senden Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten für Auftraggeber und Unternehmer grundsätzlich nur elektronische Mittel vor.

Bei dem Abschluss von Selektivverträgen nach dem SGB V würde das elektronische Verfahren von vielen Leistungserbringern im Gesundheitswesen (besonders von Ärzten) jedoch mit großer Wahrscheinlichkeit als Hemmnis wahrgenommen. Dies könnte dazu führen, dass die Bereitschaft zum Abschluss solcher Verträge bei den Leistungserbringern zurückginge. Daher sollte für diesen Bereich eine Ausnahme von dem Erfordernis der elektronischen Kommunikation ermöglicht werden.

II. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 103 GWB-E – Öffentliche Aufträge, Rahmenvereinbarungen und Wettbewerbe

1. Klarstellung zu vergaberechtsfreien Zulassungssystemen

Der EU-Verordnungsgeber hat im Erwägungsgrund (4) der Richtlinie 2014/24/EU klargestellt, dass Fälle, in denen alle Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe - ohne irgendeine Selektivität - berechtigt sind, nicht als Auftragsvergabe verstanden werden, sondern als einfache Zulassungssysteme (z. B. Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen).

Diese Klarstellung wurde nicht in den Referentenentwurf aufgenommen.

Vor dem Hintergrund, dass die vergaberechtliche Einordnung solcher Verträge (ohne Selektivität) nach wie vor Gegenstand rechtlicher Auseinandersetzungen ist, wäre eine entsprechende Klarstellung im Referentenentwurf, nach der Zulassungssysteme ohne Selektivität keine öffentlichen Aufträge darstellen, wünschenswert.

2. Laufzeit von Rahmenvereinbarungen

Die Regelung des § 103 Abs. 5 GWB-E dient der Umsetzung der Definition der Rahmenvereinbarung nach § Art. 33 der Richtlinie 2014/24/EU, nach der die Laufzeit einer Rahmenvereinbarung – mit Ausnahme begründeter Sonderfälle – maximal vier Jahre beträgt.

Da sich selektivvertragliche Vereinbarungen nach dem SGB V häufig erst über die Jahre entwickeln, ist eine Maximallaufzeit von vier Jahren für diese Verträge nicht angemessen. Für selektivvertragliche Regelungen sollte daher eine längere Laufzeit ermöglicht werden. Angemessen wäre – analog zu den Regelungen über Modellvorhaben nach dem SGB V – eine Laufzeit von acht Jahren.

III. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 130 GWB-E – Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen –

In dem Referentenentwurf zu § 130 GWB zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen über soziale und andere besondere Dienstleistungen finden die mit Schreiben der Verbände der gesetzlichen Kranken- und Pflegekassen vom 24.03.2014 an das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie keine Berücksichtigung. Den öffentlichen Auftraggebern wird im Bereich dieser Dienstleistungen lediglich die Auswahl zwischen dem offenen Verfahren, dem nichtoffenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, dem wettbewerblichen Dialog und der Innovationspartnerschaft gewährt.

Im Folgenden soll daher noch einmal dargelegt werden, aus welchen Gründen das in § 130 GWB-E vorgesehene Wahlrecht unter den Verfahrensarten den Besonderheiten von Selektivverträgen nach dem SGB V nicht gerecht wird und inwiefern eine freiere Verfahrensgestaltung im Sinne „hauseigener“ Verfahren sinnvoll ist:

1. Ausschreibungspflicht von Selektivverträgen

Gemäß § 69 Abs. 2 SGB V finden auf die Rechtsbeziehungen gesetzlicher Krankenkassen (und ihrer Verbände) zu den Leistungserbringern (und deren Verbänden), die Leistungen an gesetzlich Versicherte erbringen, die Vorschriften des 4. Teils des GWB Anwendung.

Nach der gegenwärtigen vergaberechtlichen Rechtsprechung unterliegen so gen. Selektivverträge über medizinische Dienstleistungen, wie beispielsweise Verträge zur besonderen ambulanten ärztlichen Versorgung (§ 73c SGB V), dem Anwendungsbereich des Vergaberechts und sind als öffentliche Aufträge ausschreibungspflichtig,

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.02.2014, VII Verg 32/13; VK Bund, Beschluss vom 02.09.2013, VK2-74/13; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011, VII Verg 06/11; VK Arnsberg, Beschluss vom 25.03.2009, VK 33/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011; VII Verg 77/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011, VII Verg 79/11. Vgl. auch *Goodarzi/Skrobek*, NZS 2014, S. 804 ff.; *Huster* in Becker/Kingreen, SGB V, 4. Auflage 2014, § 73c, Rn. 6.

Ausschlaggebend für die Einordnung der Selektivverträge als ausschreibungspflichtige öffentliche Aufträge ist insbesondere der Umstand, dass die gesetzlichen Kran-

kenkassen nicht mit allen in Betracht kommenden zugelassenen Leistungserbringern einen Vertrag zur Versorgung der Versicherten abschließen, sondern nur mit einem oder einzelnen Leistungserbringern. Insoweit findet eine Auswahlentscheidung durch die gesetzliche Krankenkasse statt.

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011; VII Verg 77/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011, VII Verg 79/11.

Der Einordnung des Selektivvertrags als vergabepflichtiger öffentlicher Auftrag steht auch nicht entgegen, dass die ärztliche Leistung im sog. sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis erbracht wird. Denn es genügt, dass ein öffentlicher Auftraggeber am Markt als Nachfrager in Erscheinung tritt und die Leistung vergütet, auch wenn er sie nicht selbst erhält. Dass die konkrete Auswahlentscheidung durch den Versicherten selbst getroffen wird und der Vertragsschluss zwischen Krankenkasse und Leistungserbringern grundsätzlich keine Gewähr dafür bietet, dass Versicherte die Leistung überhaupt in Anspruch nehmen, führt zu keinem anderen Ergebnis. Es genügt, dass der öffentliche Auftraggeber durch den Abschluss des Selektivvertrages bereits eine Vorauswahl trifft.

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011, VII Verg 06/11.

Durch diese Vorauswahl der Leistungserbringer wird die spätere Inanspruchnahme der Leistungen durch die Versicherten bestimmbar und steuerbar.

vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 03.08.2011, VII Verg 06/11; so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011; VII Verg 77/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.12.2011, VII Verg 79/11.

Auch die Entgeltlichkeit wird regelmäßig bejaht, da die Versorgungsleistung von den gesetzlichen Krankenkassen vergütet wird. Die Vergütung ist die Gegenleistung dafür, dass die Leistungserbringer die sich aus dem Sachleistungsprinzip ergebende Verpflichtung der gesetzlichen Krankenkassen gegenüber den Versicherten erfüllen.

vgl. etwa VK Bund, Beschluss vom 02.09.2013, VK2-74/13.

Es liegen keinerlei Ansatzpunkte dafür vor, dass sich an der vorstehend dargelegten Einordnung der Selektivverträge als öffentliche Aufträge nach der gegenwärtigen Ausgestaltung des Referentenentwurfes und der zugrunde liegenden Richtlinie 2014/24/EU etwas ändern wird.

Sofern zukünftig eine andere rechtliche Einordnung beabsichtigt ist, wäre unseres Erachtens eine entsprechende Klarstellung im Referentenentwurf erforderlich.

2. Anwendungsbereich sog. "hauseigener Verfahren" und deren Ausgestaltung

Das Modell der sog. "hauseigenen Verfahren" geht auf die vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgestellten Umsetzungsalternativen des Art. 76 Abs. 2 der RL 2014/24/EU zurück. Danach sollte sich das sog. "hauseigene Verfahren" durch eine **weitgehend freie Verfahrensgestaltung** auszeichnen.

Diese Umsetzungsvariante kommt der aktuellen Rechtslage am nächsten. Derzeit werden die hier relevanten **Selektiverträge als sog. nachrangige Dienstleistungen der Kategorie 25 des Anhangs I B VOL/A** eingeordnet. Hierbei sind lediglich bestimmte Regelungen zur Leistungsbeschreibung bzw. zu den technischen Anforderungen und zur nachträglichen Transparenz einzuhalten. Somit besteht hinsichtlich der Verfahrensgestaltung aktuell ein gewisser Gestaltungsspielraum.

Der aktuelle Referentenentwurf sieht solche Spielräume nicht mehr vor und führt damit zu einer Einengung bisher bestehender Gestaltungs- und Handlungsmöglichkeiten.

Wünschenswert wäre allerdings, dass der Gesetzgeber die Spielräume, die in der Richtlinie 2014/24/EU für die Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen für die Mitgliedstaaten eingeräumt sind, nutzt. Anderenfalls tritt möglicherweise die Situation ein, dass das nationale Recht schärfere Anforderungen enthält, als es das europäische Recht für erforderlich vorsieht.

Da nun sämtliche formalen Verfahrensanforderungen auch bei der Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen zu beachten sind, wird die bisher mögliche individuelle Ausgestaltung der Verfahren entfallen.

Zu nennen sind hier beispielsweise:

- Der Verfahrensablauf konnte auf die spezifischen Rahmenbedingungen der Versorgung abgestimmt werden, z.B. durch flexiblere Verfahrensfristen, nachträgliche Erweiterung des Teilnehmerkreises, Minimierung der formalen Anforderungen zur Fehlervermeidung, Wiederholen und flexiblere Gestaltung der Abfolge von Verfahrensschritten.

- Eine vorherige intensive Interaktion mit den späteren Leistungserbringern, ggf. auf deren Initiative hin, ermöglichte es, geeignete Versorgungsmodelle zu gestalten.
- Die Möglichkeit zur Beendigung von Vertragsanbahnungen auch aus versorgungsrelevanten Gründen ohne Bindung an die ultima-ratio-Aufhebungsgründe des Vergaberechts.
- Selbstauführungsgebot für medizinische Dienstleistungen durch die Einschränkung der Möglichkeit zum Einsatz von Drittunternehmen. Dies umfasste auch die Beschränkung der Möglichkeit zur Eignungsleihe.
- Möglichkeit zur praxisorientierten Umsetzung von Modifikationen des Vertrages entsprechend der Versorgungsrealität. Auch wenn wesentliche Vertragsanpassungen eine Vergabepflichtigkeit erzeugten, konnten diese aufgrund der Nachrangigkeit der Dienstleistungen und der insoweit erleichterten Verfahrensanforderungen schnell und unkompliziert in die Vertragspraxis umgesetzt werden.
- Die Anwendung von besonderen, auf das Gesundheitswesen abgestimmten Preismodellen (z. B. Deckelung der Vergütung angelehnt an budgetäre Vergütung) zur Sicherstellung der Bezahlbarkeit der Leistung.

Die im Referentenentwurf vorgesehene Regelung für die Vergabe von Gesundheitsdienstleistungen eröffnet derartige Spielräume nicht mehr. Damit besteht die Besorgnis, dass die in Artikel 76 Abs. 2 der RL 2014/24/EU genannten Aspekte bei der Vergabe von Selektivverträgen nicht angemessen und interessengerecht berücksichtigt werden können.

Aus Sicht der Ersatz- und Innungskrankenkassen ist daher eine Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU im Hinblick auf selektivvertragliche Vereinbarung nach dem SGB V zu favorisieren, welche sich auf folgende Festlegungen beschränkt:

- Selektivvertragliche Dienstleistungen im Gesundheitswesen (CPV- Codes: 85000000-9 bis 85172000-5, 85312500-4) können aufgrund der Besonderheiten dieser Dienstleistungen ohne herkömmliches Vergabeverfahren beauftragt werden („Hauseigenes Verfahren“ Sinne von Gesundheitsvergabeverfahren).
- Die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer sind stets einzuhalten.

- Im Rahmen ihrer Auswahlentscheidung beachten die öffentlichen Auftraggeber entsprechend der spezifischen Bedarfssituation die Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen. Sie tragen im Rahmen ihrer Verfahren den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung. Die Auswahl der Dienstleister kann auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien getroffen werden.

IV. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 132 Abs. 2 GWB-E – Auftragsänderung während der Vertragslaufzeit –

Bei der Umsetzung der Regelungen in Art. 72 der Richtlinie 2014/24/EU sollte klargestellt werden, dass typische Vertragsänderungen bei Selektivverträgen nach dem SGB V, durch die Versorgungsinhalte, Instrumente Verfahren und Vergütungssysteme zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern ausgestaltet und fortwährend weiterentwickelt werden, ohne das Erfordernis eines neuen Vergabeverfahrens durchgeführt werden können.

V. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 160 Abs. 3 Nr. 1 GWB-E – Verfahren vor der Vergabekammer – Einleitung, Antrag – Rügepflicht –

Die Neuregelung schafft die Pflicht zur unverzüglichen Rüge ab. Vergaberechtsverstöße müssen zwar nach wie vor gerügt werden; jedoch müssen die Bieter dies nunmehr nicht mehr unverzüglich tun. Die Regelung stellt eine Reaktion auf eine Entscheidung des EuGH dar, aus der hervorgeht, dass der Begriff der Unverzüglichkeit nicht hinreichend bestimmt und damit zur Fristbemessung ungeeignet sei. Nicht wünschenswert ist jedoch, dass der Gesetzgeber die Rügefrist nach erkanntem Vergaberechtsverstoß gänzlich beseitigt, anstatt eine genaue – etwa in Tagen bemessene Frist – festzusetzen. Nach der geplanten Regelung kann ein Bieter sich nach erkanntem Vergaberechtsverstoß im Extremfall 52 Tage Zeit für seine Verfahrensrüge lassen. Dies ist mit dem vergaberechtlichen Beschleunigungsverbot nicht vereinbar.

VI. Ergänzungsbedarf im Hinblick auf die Zahl der zu berücksichtigenden Bewerber

Bei innovativen Vorhaben sollte in Anerkennung der Entwicklungsleistung der Leistungserbringer eine Reduzierung der Zahl der zu berücksichtigenden Bewerber auf unter drei Bewerber möglich sein, wenn wegen des in Art. 31 Abs. 4 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU genannten Grundes eine Beteiligung mehrerer Bewerber von vornherein nicht erfolgsversprechend erscheint. Insoweit sollte eine Ergänzung des Referentenentwurfs erfolgen.

VII. Zu Artikel 1 (Änderung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen) § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB-E – Bereichsausnahme für Rettungsdienstleistungen

Die Regelung sieht eine Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts für Rettungsdienstleistungen vor. Derzeit werden 90 % aller im Rettungsdienst anfallenden Kosten durch die GKV finanziert. Folglich haben die Krankenkassen als Kostenträger des Rettungsdienstes ein starkes Interesse an einer wirtschaftlichen Ausgestaltung des Rettungsdienstes. Wirtschaftlichkeit kann nach Auffassung der Ersatz- und Innungskrankenkassen nur durch die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den vergaberechtlichen Kriterien von Transparenz, Gleichbehandlung und Diskriminierungsfreiheit erreicht werden. Eine direkte Übertragung an Hilfsorganisationen stünde nicht im Einklang mit diesen Grundsätzen. Die Bereichsausnahme für Rettungsdienstleistungen sollte daher so ausgestaltet werden, dass die vergaberechtlichen Kriterien weiterhin Anwendung finden und eine verbindliche Beteiligung der Kostenträger am Auswahlverfahren festgeschrieben wird.

IKK e.V.
Hegelplatz 1
10117 Berlin
Tel.: 030/20 24 91-0
Fax: 030 / 20 24 91-50
info@ikkev.de

Verband der Ersatzkassen e. V. (vdek)
Askanischer Platz 1
10963 Berlin
Tel.: 030/2 69 31 - 0
Fax: 030/2 69 31 - 2900
info@vdek.com