



13. Juli 2011

Bundeskartellamt: "open-house-Verträge" doch ausschreibungspflichtig

Das Bundeskartellamt hatte ja im Bereich der Hilfsmittelversorgungen zu den Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V festgestellt, dass die in diesem Bereich typischen, und für eine Vielzahl von Marktteilnehmer offenen Rahmenverträge dennoch ausschreibungspflichtig sind (Beschluss vom 12. November 2009, VK-3-193/09). Demnach komme es für die Annahme eines öffentlichen Auftrages nicht auf das zum Teil für erforderlich gehaltene (ungeschriebene) Tatbestandsmerkmal einer Auswahlentscheidung bei der Auftragsvergabe durch die Vergabestelle an. In Rechtsprechung und Literatur wird kontrovers diskutiert, ob die dadurch vermittelte Exklusivität für den Ausschreibungsgewinner einen Auftrag erst zu einem öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 GWB macht. Aus Sicht des Bundeskartellamtes machte es damals keinen Unterschied, ob lediglich ein Auftragnehmer bzw. ein kleiner Kreis zum Zuge komme oder gar sämtliche am Markt tätigen Wettbewerber (zum Beispiel über einen Beitritt gem. § 127 Abs. 2a SGB V). Insoweit sah es die Regelung des § 127 Abs. 2 SGB V lediglich insoweit als europarechtskonform an, als hierdurch Ausschreibungen unterhalb des vergaberechtlichen Anwendungsbereichs (Schwellenwert nach § 2 VgV) betroffen waren.

Die Entscheidung der 3. Vergabekammer beim Bundeskartellamt ist bekanntermaßen durch das LSG NRW aufgehoben worden (Beschluss vom 14. April 2010, L 21 KR 193/09 SFB). Dieses sah eben jene aus einer Auswahlentscheidung resultierende Exklusivität im Wettbewerb als konstitutiven Bestandteil bei der Annahme eines öffentlichen Auftrages an.

Nun liegt eine neuerliche Entscheidung des Bundeskartellamtes zu Rabattverträgen nach § 130a VIII SGB V vor, welches mit ähnlicher Begründung erneut das europarechtlich geprägte Vergaberecht in den Vordergrund stellt und das Erfordernis einer Auswahlentscheidung für die Annahme eines öffentlichen Auftrages im Sinne des § 99 GWB - unter ausdrücklichem Rückgriff auf die einschlägigen europäischen Richtlinien - für unmaßgeblich hält (Beschluss vom 14. Juni 2011, 3-VK 62/11):

"Ein Tatbestandsmerkmal dahin, dass die Qualifizierung eines Vorgangs als öffentlicher Auftrag oder als Rahmenvereinbarung im Sinne von Art. 1 Abs. 5, 32 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG, § 4 VOL/A-EG vom Vorliegen einer Auswahlentscheidung des Auftraggebers bzw. –anders herum formuliert- von der Gewährleistung von Exklusivität zugunsten des Auftragnehmers abhängt, sieht weder die Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie noch das nationale Vergaberecht vor. Die Tatsache, dass die Ag hier auf eine Auswahl verzichtet, sondern Rabattverträge mit all denjenigen Interessenten abschließen möchte, die die vorgegebenen Bedingungen akzeptieren, nimmt dem Vertrag folglich nicht den Charakter einer ausschreibungspflichtigen Rahmenvereinbarung im Sinne von § 4 VOL/A-EG. Eine derartige Auswahlentscheidung ist vielmehr regelmäßig die Folge einer Vergabe im Wettbewerb. Erfolgt keine Auswahlentscheidung, stellt dies aber nicht den öffentlichen Auftrag in Frage, sondern betrifft vielmehr die im Rahmen der Begründetheit zu beurteilende Rechtmäßigkeit der Vergabe. Die Begriffsdefinition des Rahmenvertrags ist hiervon unabhängig (im Ergebnis ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss – L 21 KR 51/09 SFB- vom 3.9.2009). Wenn man die Vereinbarung von „Exklusivität“ der Rahmenvereinbarung zugunsten eines oder mehrerer Unternehmen verlangen würde (respektive eine Auswahlentscheidung seitens des Auftraggebers), so wird der Begriff des öffentlichen Auftrags bzw. der Rahmenvereinbarung über die Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie hinaus eingeschränkt, d.h. Vorgänge, die nach der Richtlinie als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sind, werden durch die Schaffung eines zusätzlichen, von der Richtlinie nicht vorgesehenen Tatbestandsmerkmals dem Vergaberecht entzogen (so bereits 3. Vergabekammer des

Bundes, Beschluss vom 12. November 2009, VK 3-193/09 zu Verträgen über Hilfsmittel nach § 127 Abs. 2 SGB V)."

Oder kurz: Auch die nationalen Regelungen auf dem Gebiet des Sozialrechts unterliegen dem Regelungsvorrang des Europarechts und sind damit vergaberechtlich zu beurteilen. Ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag liegt daher auch bei Verträgen vor, an denen sich sämtliche Marktteilnehmer beteiligen können.

Warum das alles?

Mit dem Inkrafttreten des Arzneimittelmarktneuordnungsgesetzes (AMNOG) zum 1. Januar 2011 sind für vergaberechtliche Streitigkeiten im Bereich des Sozialrechts nicht mehr die Landessozialgerichte (LSG) zuständig, sondern die Vergabesenate der Oberlandesgerichte (OLG). Hinsichtlich der bis zum 31. Dezember 2010 auf dem Gebiet des Sozialvergaberechts entschiedenen Rechtsfragen kann man infolge dessen durchaus davon sprechen, dass die bei den LSG entschiedenen Rechtsfragen noch einmal eine neue Beurteilung durch die tendenziell eher vergaberechtlich ausgerichteten OLG als Teil der Ordentlichen Gerichtsbarkeit erfahren. Konsequenterweise liegt die Entscheidung mittlerweile dem OLG Düsseldorf vor.

Im Hilfsmittelbereich ist als Abweichung zur jüngsten Entscheidung des Bundeskartellamtes zu berücksichtigen, dass das AMNOG die Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V in der nationalen Regelung des § 69 Abs. 2 SGB V dem Anwendungsbereich des Vergaberechtes ausdrücklich entzogen hat. Allerdings wird sich auch hier erweisen müssen, inwieweit diese Maßgabe den europarechtlichen Vorgaben gerecht wird.

Update 23. Januar 2012:

Das OLG Düsseldorf hat die Sichtweise der VK Bund in vier Entscheidungen vom 11. Januar 2012 (VII-Verg 57/11, VII-Verg 58/11, VII-Verg 59/11, VII-Verg 67/11) bestätigt, wonach Arzneimittelrabattverträge außerhalb des Vergaberechtes mit jedem interessierten Unternehmen abgeschlossen werden sollte. Eine vergaberechtfreie Gestaltung schloß das OLG allerdings nicht generell aus. Lediglich die konkrete, von der Bahn BKK praktizierte Form sei unzulässig.

Auch das OLG Düsseldorf diskutierte ausführlich die Frage der Auswahlentscheidung als maßgeblichem Kriterium für die vergaberechtliche Beurteilung. Vorliegend hatte die Krankenkasse angekündigt, in nicht näher definierten Einzelfällen über die Konditionen des Vertrages zu verhandeln. Dies genüge. Ob ein Verzicht auf eine - wie auch immer geartete - Auswahlentscheidung die Anwendung des Vergaberechtes ausschließen könnte, brauchte das OLG damit nicht mehr entscheiden. Letztverbindlich könne darüber ohnehin nur der Europäische Gerichtshof (EuGH) entscheiden.

Damit muss abgewartet werden, welche Konstellationen damit in Zukunft ggfls. zu einer weiteren Klärung der rechtlichen Unsicherheiten in diesem Bereich führen werden. Abhängig ist dies in erster Linie von den durch die Kostenträger vorgegebenen Designs der vertraglichen Gestaltungen, welche wiederum geprägt sind von deren Kosteneinsparungsinteressen - getreu dem Motto: try & error.

Dieser Beitrag dient der allgemeinen Information. Er wurde nach bestem Wissen erstellt. Eine individuelle Beratung kann er jedoch nicht ersetzen und stellt daher keine rechtliche Beratung dar. Eine Haftung aufgrund des Artikelinhalts ist infolge dessen ausgeschlossen und wird nur bei individueller Beratung übernommen. Vervielfältigung und Verbreitung nur mit schriftlicher Genehmigung von [Rechtsanwalt Torsten Bornemann, Ahornallee 10, 14050 Berlin](#).

Diesen und weitere Fachartikel finden Sie unter www.gossens.de.



Rechtsanwalt Torsten Bornemann
Ahornallee 10
14050 Berlin

Telefon: + 49 – 30 – 30 61 41 42

Fax: + 49 – 30 – 30 61 41 43

bornemann@gossens.de

www.gossens.de