



Das neue Vergaberecht und die besondere Versorgung nach § 140a SGB V

Hintergrundgespräch, 22. März 2016

Rechtsanwalt Jan Christian Eggers, LL.M.

Überblick

- Vergaberechtsreform 2016
- Relevanz für Verträge über besondere Versorgung
- Einzelheiten zum Vergabeverfahren
 - Verfahrensregeln
 - Vertragsänderungen
 - Bieterrechtsschutz



Vergaberechtsreform
2016

Reform des Vergaberechts (18. April 2016)

- Neu, unter anderem:
 - Zusammenfassung von VOL/A-EG und VOF in der VgV
 - Streichung der "nachrangigen" Dienstleistungen (bisher u.a. "Gesundheitswesen"), dafür Sonderregeln für "soziale und andere besondere Dienstleistungen"

TITEL III

BESONDERE BESCHAFFUNGSREGELUNGEN

KAPITEL I

Soziale und andere besondere Dienstleistungen

Artikel 76

Grundsätze für die Vergabe von Aufträgen

(1) Die Mitgliedstaaten führen einzelstaatliche Regeln für die Vergabe von unter dieses Kapitel fallenden Aufträgen ein, um sicherzustellen, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer einhalten. Es ist den Mitgliedstaaten überlassen, die anwendbaren Verfahrensregeln festzulegen, sofern derartige Regeln es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, den Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistungen Rechnung zu tragen.

(Teilweise) neues Regelungssystem

EU-Vergaberichtlinien

GWB

VgV
(VOL/A, VOF)

SektVO

VgVSV

KonzVgV

VOB/A

Laufende Vergabeverfahren und bestehende Verträge

- Das neue Vergaberecht lässt unberührt:
 - laufende Vergabeverfahren (werden nach altem Recht abgeschlossen)
 - bestehende Verträge (Vergabeverfahren ist abgeschlossen)
- (Wahrscheinliche) Ausnahme: Vertragsänderungen
 - "Unwesentliche " Änderungen sind grundsätzlich (ohnehin) ausschreibungsfrei zulässig
 - "Wesentliche" Vertragsänderungen werden behandelt wie Neuvergaben
 - Dann müssen auch die Regelungen im neuen Recht darüber, wann eine Änderung "wesentlich" ist und wann sie unabhängig von ihrer "Wesentlichkeit" zulässig ist, auf bestehende Verträge Anwendung finden

Relevanz für Verträge über besondere Versorgung



Vergaberecht = Verfahrensrecht

Der Weg zum Vertragsschluss - wie kommt ein öffentlicher Auftrag zustande?

Vergaberecht regelt nicht:

- Wird überhaupt ein Auftrag erteilt?
- Auftragsgegenstand und sonstige Vertragsinhalte (mögliche Ausnahme: Diskriminierungsfälle)

Erfordernis der "Vergabereife"

- Keine bloße Markterkundung, sondern konkrete Vergabeabsicht und -möglichkeit
- Notfalls Finanzierungsvorbehalt (OLG Düsseldorf, 10.6.2015, Verg 39/14)

Vertrag über besondere Versorgung als "öffentlicher Auftrag"? (1)

- Vergaberecht findet grundsätzlich auch auf Selektivverträge nach SGB V Anwendung (klarstellend: § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V)
- Öffentlicher Auftrag?
 - Entgeltlicher Vertrag zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen (Lieferung, Bauleistungen, Dienstleistungen)
 - Rahmenvereinbarung als besondere Auftragsform
 - Entgeltlichkeit?
 - Rechtsprechung nimmt öffentlichen Auftrag an (OLG Düsseldorf, 1.8.2012, VII-Verg 15/12; VK Bund, 2.6.2015, VK2-41/15)
- Die bloße Zuweisung finanzieller Fördermittel als solche ist kein öffentlicher Auftrag (Innovationsfonds)

Vertrag über besondere Versorgung als "öffentlicher Auftrag"? (2)

- Kann Vertrag ohne Ausschreibung mit beliebiger Zahl von Vertragspartnern geschlossen werden ("Open-House-Modell")?
 - Praxis der gesetzlichen Krankenkassen bei Arzneimittelrabattverträgen
 - Vergaberechtlich nicht zwingend auf Arzneimittelrabattverträge begrenzt
- Laufendes EuGH-Vorabentscheidungsverfahren (C-410/14)
 - Vorlagefragen OLG Düsseldorf (13.8.2014, VII-Verg 13/14)
 - Liegt kein öffentlicher Auftrag vor, wenn öffentliche Auftraggeber ein Zulassungsverfahren durchführen, bei dem sie den Auftrag vergeben, ohne einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer auszuwählen?
 - Wenn ja: Wann fehlt es an einer Auswahlentscheidung? EU-weite Bekanntmachung, eindeutige nicht verhandelbare Regeln über Vertragsschluss, -beitritt, -inhalt, jederzeitiges Beitrittsrecht, EU-weite Bekanntgabe der Vertragsschlüsse?
 - Vergaberichtlinie spricht für Vergabefreiheit: "*Ebenso sollten 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 ...*"
 - So ähnlich auch die Gesetzesbegründung zum neuen GWB

A multi-channel pipette is shown dispensing a red liquid into a white microplate. The pipette tips are arranged in a row, and the liquid is being dispensed into the wells of the plate. The background is a blurred laboratory setting with bokeh light effects.

Einzelheiten zum Vergabeverfahren

Verfahrensregeln

Schwellenwerte

Neues Vergaberecht aktuell nur im Oberschwellenbereich

- Geschätzter Auftragswert > € 750'000 netto bei sozialen Dienstleistungen (u.a. Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen; Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung)
- Geschätzter Auftragswert > € 209'000 netto bei Lieferaufträgen
- Bei Rahmenvereinbarungen: geschätzter Gesamtwert aller Einzelaufträge, die während der Gesamtlaufzeit der Rahmenvereinbarung geplant sind

Änderungen im "Unterschwellenvergaberecht" erst ab April 2016

- *"Nach Umsetzung der Vergaberichtlinien wird zeitnah der Anpassungsbedarf für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte geprüft."*
- Auftragswert bei Selektivverträgen selten unter den Schwellenwerten
- Keine Ausschreibung von Verträgen, die der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen dienen (§§ 11-68 SGB V, § 22 SVHV)
- Unterschwellenbereich daher nur für Beschaffungen relevant, die allgemein im Zusammenhang mit der Verwaltung einer gesetzlichen Krankenkasse stehen

Auftragsbekanntmachung

Grundregel

- Auftragsbekanntmachung im EU-Amtsblatt
- es sei denn
 - im nicht offenen Verfahren oder im Verhandlungsverfahren bei hinreichender Vorinformation
 - ausnahmsweise Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens ohne Teilnahmewettbewerb

Ausnahme für soziale Dienstleistungen

- bei kontinuierlicher (dauerhafter) und inhaltlich ausreichender Vorinformation

Wahl des Vergabeverfahrens

Grundsatz

- Wahlmöglichkeit zwischen offenem und nicht offenem Verfahren

Ausnahme für soziale Dienstleistungen

- Wahlmöglichkeit erweitert auf Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, wettbewerblichen Dialog und Innovationspartnerschaft

Allgemeine Ausnahmen (unter besonderen Voraussetzungen)

- Verhandlungsverfahren mit/ohne Teilnahmewettbewerb, wettbewerblicher Dialog, Innovationspartnerschaft
- Beispiel: Alleinstellung eines Vertragspartners

Fristen

Grundregel

- Regelmindestfristen je nach Verfahrensart und Verfahrensphase
 - Offenes Verfahren: Angebotsfrist 35 Tage
 - Verhandlungsverfahren: Teilhabeantragsfrist und Angebotsfrist jeweils 30 Tage

Ausnahme für soziale Dienstleistungen

- Regelmindestfristen gelten nicht
- Angemessen müssen Fristen trotzdem sein

Einzelfälle

- Eilvergaben mit erheblich verkürzten Fristen, wenn zwingend notwendig

Eignungsprüfung (1)

Fachkunde und Leistungsfähigkeit

Zuverlässigkeit und Gesetzestreue (Ausschlusskriterien)

Wie bisher: zwingende und fakultative Ausschlussgründe

- U.a. zwingender Ausschluss bei Nichtzahlung von Steuern und Sozialversicherungsbeiträgen
- Fakultativer Ausschluss von Unternehmen, die bei früheren Aufträgen durch erhebliche Schlechtleistungen aufgefallen sind; Verstöße gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Vorschriften, schwere Verfehlungen, Kartellabsprachen

Neu: Eignungsprüfung kann im offenen Verfahren bis nach der Wirtschaftlichkeitswertung zurückgestellt werden – möglicherweise effizienter

Eignungsprüfung (2)

Einheitliche Europäische Eigenerklärung

- Vorläufiger Beleg der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen
- Auftraggeber kann sich zusätzliche Belege zur Prüfung vorlegen lassen

Grundsatz

- Akzeptanzpflicht für Auftraggeber
- Aber wohl keine Pflicht, EEE vom Bieter abzufordern

Ausnahme für soziale Dienstleistungen

- Keine Akzeptanzpflicht für Auftraggeber

Wirtschaftlichkeitswertung (1)

- Zuschlagskriterien
 - Rechtsprechung hat eine Vielzahl von Einzelfallregeln und Grenzen hervorgebracht
 - Es bleibt aber bei sehr weitem Ermessen des Auftraggebers
 - Lockerer Leistungsbezug reicht
 - Alle Zuschlagskriterien sind wirksam zu prüfen
- Besonderheiten der ausgeschriebenen Leistung können berücksichtigt werden
 - Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit von Dienstleistungen
 - spezifische Bedürfnisse verschiedener Nutzerkategorien
 - Preis der Leistung

Wirtschaftlichkeitswertung (2)

- Neu: Berücksichtigung von Eignungsmerkmalen bei der Wertung zulässig
 - Bisher sehr strenge Trennung von bieterbezogener Eignungsprüfung und angebotsbezogener Wirtschaftlichkeitswertung
 - Etwas "aufgeweicht" seit EuGH-Entscheidung März 2015: Berücksichtigung bestimmter personen- oder bieterbezogener Kriterien mit Bezug zum Auftragsgegenstand bei der Vergabe von sozialen Dienstleistungen
 - Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals dürfen jetzt gewertet werden, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann
- Bei sozialen Dienstleistungen insbesondere: Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals

Laufzeit von Rahmenvereinbarungen

Grundregel

- Regelhöchstlaufzeit vier Jahre

Ausnahme für soziale Dienstleistungen

- sechs Jahre zulässig

Einzelfälle

- Längere Laufzeit, wenn Gegenstand der Rahmenvereinbarung dies rechtfertigt

Vertragsänderungen

Vertragsänderungen (1)

- Neu: Erstmals gesetzlich geregelt
- Bei wesentlichen Vertragsänderungen ist neu auszuschreiben.
- Insbesondere:
 - Erweiterung des potentiellen Bewerberkreises
 - Wirtschaftliches Gleichgewicht des Auftrags wird zugunsten des Auftragnehmers verschoben
 - Umfang der Leistung wird erheblich ausgeweitet
 - Ersetzung des Auftraggebers

Vertragsänderungen (2)

- Keine Neuausschreibung, wenn
 - im Vertrag bereits eine spezifische Änderungsklausel vorhanden war
 - sich die Identität des Auftragnehmers aufgrund von Umstrukturierungen ändert
 - kleinere Zusatzleistungen beauftragt werden, die den Schwellenwert nicht überschreiten und nicht mehr als 10% des ursprünglichen Auftragswertes ausmachen
 - unvorhersehbare zusätzliche Leistungen erforderlich werden, ein Wechsel des Auftragnehmers aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen unzumutbar und mit beträchtlichen Zusatzkosten verbunden ist (bis zu einer Grenze von 50% des urspr. Auftragswertes)
- Erleichterung für soziale Dienstleistungen
 - Änderung ohne neue Ausschreibung zulässig, wenn der Wert der Änderung nicht mehr als 20 Prozent des ursprünglichen Auftragswertes beträgt

Bieterrechtsschutz

Bieterrechtsschutz

- Nachprüfungsverfahren
 - Grundsätzlich zuerst Rüge erforderlich
- Regelfall: Vergaberechtsverstoß im laufenden Vergabeverfahren
 - Vergabekammer ordnet ggf. Verfahrenskorrektur an
 - Zuschlagsverbot (Suspensiveffekt)
- Ausnahmefall: Feststellung der Unwirksamkeit eines Vertrages
 - Bei falscher Bietervorabinformation
 - Bei rechtswidriger Vergabe ohne Bekanntmachung (Ausnahme: vorherige verständlich begründete Bekanntmachung im EU-Amtsblatt)
 - Antragsfristen



Das neue Vergaberecht und die besondere Versorgung nach § 140a SGB V

Hintergrundgespräch, 22. März 2016

Rechtsanwalt Jan Christian Eggers LL.M., Hamburg