



Bundesversicherungsamt · Friedrich-Ebert-Allee 38 · 53113 Bonn

HAUSANSCHRIFT Friedrich-Ebert-Allee 38
53113 Bonn

An alle

TEL +49 (0) 228 619 - 1956

FAX +49 (0) 228 619 - 1872

E-MAIL Nicole.Duesterdiek@bva.de

INTERNET www.bundesversicherungsamt.de

BEARBEITER(IN) Frau Düsterdiek

bundesunmittelbaren Krankenkassen

nachrichtlich:

DATUM 22. August 2007

AZ **I 6 - 1140 - 973/2007**

(bei Antwort bitte angeben)

Spitzenverbände der Krankenkassen

HAUSANSCHRIFT Friedrich-Ebert-Allee 38
53113 Bonn

Rundschreiben

Vergaberecht

hier: Abschluss von Rabattverträgen zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen nach § 130a Abs. 8 SGB V

Sehr geehrte Damen und Herren,

im Zusammenhang mit der im GKV-WSG getroffenen Regelung zum Abschluss von sog. Rabattverträgen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen (§ 130a Abs. 8 SGB V) sind verschiedene vergaberechtliche Fragen an uns herangetragen worden. Im Kern ging es dabei immer darum, ob diese Verträge ausschreibungspflichtig sind und wenn ja, welche Anforderungen an eine solche Ausschreibung zu stellen sind. Wir vertreten hierzu folgende Rechtsauffassung:

1.

Die Regelung des § 130a Abs. 8 SGB V – also die Möglichkeit zum Abschluss von Rabattverträgen zwischen Krankenkassen und Pharmaunternehmen – ist nicht neu. Allerdings hat der Gesetzgeber durch das GKV-WSG flankierende Regelungen im Arzneimittelverordnungs- und Abgabebereich getroffen, so dass den Verträgen zukünftig möglicherweise eine größere Bedeutung zukommen wird. Eine Verpflichtung zur Ausschreibung derartiger Verträge wird im Gesetz – anders als etwa für den Hilfsmittelbereich (§ 127 Abs. 1 S. 1 SGB V) zwar nicht ausdrücklich normiert. Gleichwohl unterfallen die Rabattverträge – sofern sie den maßgeblichen EU-Schwellenwert von derzeit

211.000 € überschreiten (§ 100 GWB i.V.m.

§ 2 Nr. 2 VgV) – dem Anwendungsbereich des GWB und sind somit europaweit auszuschreiben.

Die Ausschreibungspflicht ergibt sich aus §§ 97 ff. GWB, da die gesetzlichen Krankenkassen öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB sind und bei den Rabattverträgen es sich um öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB handelt.

a)

Bezüglich der Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen verweisen wir zunächst auf unser Rundschreiben aus dem August 2005. Dort haben wir zu dieser Frage ausführlich Stellung genommen und die Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Sozialversicherungsträger – also auch der gesetzlichen Krankenversicherung – bejaht. Diese Auffassung wurde und wird im Übrigen von den Aufsichtsbehörden der Länder geteilt. Die Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder haben auf ihrer 69. Arbeitstagung im Jahre 2006 in Erfurt noch einmal ausdrücklich ihre Rechtsauffassung bekräftigt, dass es sich bei den Sozialversicherungsträgern um öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 handele. Insbesondere angesichts der Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes vom 9. Mai 2007 (VK 1 - 26/07), die die öffentliche Auftraggebereigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen ausdrücklich bejaht – kann daher an der Auftraggebereigenschaft kein Zweifel mehr bestehen.

b)

Die Geltung des 4. Teil des GWB wird auch insbesondere nicht durch § 69 SGB V ausgeschlossen, wonach die Rechtsbeziehungen der Krankenkassen und ihrer Verbände zu Leistungserbringern und ihren Verbänden abschließend durch das vierte Kapitel des SGB V sowie die §§ 63, 64 SGB V geregelt sind.

Auch diesbezüglich kann an dieser Stelle auf die zitierte Entscheidung der 1. Vergabekammer des Bundes verwiesen werden, die feststellt, dass § 69 SGB V mit Blick auf das europäische Vergaberecht dahingehend auszulegen ist, dass eine Verdrängung des im 4. Teil des GWB geregelten, auf europäischem Recht basierenden Kartellvergaberecht durch innerstaatliche sozialrechtliche Regelungen des SGB ausgeschlossen ist.

c)

Bei den Rabattverträge handelt es sich schließlich um entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die eine Lieferleistung zum Inhalt haben und damit um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB.

Die Krankenkassen sind den Versicherten aufgrund ihres Versorgungsauftrages (§ 31 SGB V) zur Leistungsbeschaffung verpflichtet und schließen dementsprechend

Versorgungsverträge mit Leistungserbringern zugunsten ihrer Versicherten ab. Dass die Krankenkassen die Leistungen zwar vergüten, nicht aber selbst erhalten, steht der Annahme eines entgeltlichen Vertrages nicht entgegen. Entscheidend für die Beurteilung eines öffentlichen Auftrages ist hier die vom Gesetzgeber in § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V zu Gunsten von Rabattprodukten geregelte Substitutionspflicht. Dadurch, dass die Apotheken eine Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel vornehmen müssen, wenn ein Rabattvertrag vorliegt, wird die jeweilige Auswahlentscheidung von den Krankenkassen vorgenommen. Gerade die exklusive Konkurrentenauswahl durch einen öffentlichen Auftraggeber ist das kennzeichnende Merkmal für das Vorliegen öffentlicher Aufträge. Beim Abschluss von Rabattverträgen findet somit die Leistungserbringung quasi durch die Krankenkassen statt, d.h. es handelt sich um einen vergaberechtlich relevanten Beschaffungsvorgang.

d)

Bei den Rabattverträgen wird in der Regel der maßgebliche Schwellenwert von 211.000 € nach § 100 Abs. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV überschritten sein. Das bedeutet, dass diese Verträge nach §§ 97 ff. GWB europaweit auszuschreiben sind.

2.

Ergänzend weisen wir noch darauf hin, dass sich die Krankenkassen auch in Fällen, in denen das Vergaberecht des GWB keine Anwendung findet, z.B. weil der Auftragswert nicht oberhalb des Schwellenwertes liegt, selbstverständlich nicht völlig frei für einen Leistungserbringer entscheiden können.

Zwar ergibt sich die Verpflichtung zur öffentlichen Ausschreibung nicht aus § 22 SVHV, der in Satz 2 für Verträge zur Erbringung von gesetzlichen oder satzungsmäßige Leistungen ausdrücklich einen Ausnahmetatbestand normiert. Als Körperschaften des öffentlichen Rechts sind die Krankenkassen jedoch schon aufgrund des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips verpflichtet, die Wahrung von Gleichheitsrechten sicherzustellen. Dazu gehört auch die Gewährleistung von Chancengleichheit bzw. die Beachtung des Willkürverbots, wenn mehrere Leistungserbringer in Betracht kommen. Es ist daher erforderlich, dass die Krankenkassen (zumindest) ein Markterkundungs- und Interessenbekundungsverfahren durchführen, um in Erfahrung zu bringen, welche Leistungserbringer am Abschluss von Verträgen interessiert sind. Außerdem muss das Verwaltungshandeln nachvollziehbar sein, d.h. der Entscheidungsprozeß muss hinreichend dokumentiert und damit transparent gemacht werden.

Wir bitten, die dargelegten Grundsätze beim Abschluss künftiger Rabattverträge zu beachten.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

gez. Frank Plate