

Vergabe von Rabattvereinbarungen im "Open-House-Modell" ist nicht europaweit auszuschreiben!

Nach dem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 2. Juni 2016 ist die Vergabe von Rabattvereinbarungen im Rahmen eines sog. "Open-House-Modells" ohne Durchführung eines förmlichen europaweiten Vergabeverfahrens zulässig.



Arzneimittel-Rabattvereinbarungen i.S. des § 130a Abs. 8 SGB V sind von den gesetzlichen Krankenkassen nach den Vorgaben des (Kartell-)Vergaberechts grundsätzlich europaweit auszuschreiben, sofern sie

- als öffentlicher Auftrag i.S. von § 103 GWB (bzw. § 99 GWB a.F.) einzustufen sind und
- mit ihrem Auftragswert den sog. EU-Schwellenwert (derzeit EUR 209.000) erreichen oder überschreiten.

Beide Voraussetzungen sind für den Großteil der zu vergebenden Arzneimittel-Rabattvereinbarungen erfüllt.

Seit einigen Jahren vergeben die gesetzlichen Krankenkassen Arzneimittel-Rabattvereinbarungen aber auch im Wege des sog. "Open-House-Modells". Dieses zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass die entsprechenden Rabattvereinbarungen mit sämtlichen interessierten Wirtschaftsteilnehmern, welche die vorab definierten Zulassungs-/Eignungsvoraussetzungen erfüllen, zu denselben Konditionen geschlossen werden. In der vergaberechtlichen Rechtsprechung war bislang ungeklärt, ob diese "Open-House-Modelle" mit Rücksicht auf den fehlenden

Auswahlprozess dennoch als öffentliche Aufträge einzustufen und somit europaweit auszuschreiben sind.

Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit Urteil vom 2. Juni 2016 (Az.: C-410/14) diese Frage verneint und entschieden, dass derartige Vergaben dem Anwendungsbereich des (Kartell-)Vergaberechts entzogen und daher nicht europaweit auszuschreiben sind.

Sachverhalt

Eine gesetzliche Krankenkasse (DAK-Gesundheit) veröffentlichte im Supplement zum EU-Amtsblatt eine Bekanntmachung über ein sog. "Zulassungsverfahren" ("Open-House-Modell") über Arzneimittel-Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V mit dem Wirkstoff Mesalazin.

Im Rahmen dieses Verfahrens beabsichtigte die Krankenkasse, mit allen Wirtschaftsteilnehmern, welche die Zulassungskriterien erfüllen, einen Arzneimittel-Rabattvertrag mit übereinstimmenden, im Voraus festgelegten und nicht verhandelbaren Vertragsbedingungen abzuschließen. Die

Krankenkasse gab einen Rabattsatz i. H. von 15 % vor. Die Laufzeit des Rabattvertrags sollte zwei Jahre betragen.

Die Krankenkasse selbst war der Auffassung, dass dieses "Vergabemodell" nicht vom Anwendungsbereich des (Kartell-)Vergaberechts erfasst sei. Ein potentieller Bieter (Dr. Falk Pharma) teilte diese Auffassung nicht und beantragte bei der 1. Vergabekammer des Bundes die Nachprüfung wegen der angeblichen Unvereinbarkeit dieses Zulassungsverfahrens mit den vergaberechtlichen Vorgaben.

Während die Vergabekammer (Beschl. v. 20.02.2014, VK 1 – 4/14) noch von einer Ausschreibungspflicht ausging, hat das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 13.08.2014, VII-Verg 13/14) maßgeblich auf die fehlende Auswahlentscheidung des Auftraggebers abgestellt und die Sache zur abschließenden Entscheidung dem EuGH vorgelegt.

Entscheidung des EuGH

Nach dem Urteil des EuGH vom 2. Juni 2016 handelt es sich bei einer Auftragsvergabe durch eine öffentliche Einrichtung nicht um einen "öffentlichen Auftrag" im Sinne der EU-Richtlinien 2004/18 und 2014/24, wenn mit allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern, welche die betreffenden Waren zu den von ihr vorgegebenen Bedingungen anbieten wollen, Lieferverträge geschlossen werden sollen. In diesem Fall werde keine "Exklusivität" vereinbart und der Auftraggeber treffe somit auch keine Auswahlentscheidung.

Eine Bevorzugung bestimmter (z.B. inländischer) Wirtschaftsteilnehmer sei damit ausgeschlossen. Da aber die Vergaberichtlinien einer möglichen Privilegierung bestimmter Bieter(-gruppen) entgegen wirken sollen, bedarf es deren Anwendung auf die "Open-House-Modelle" nicht.

Allerdings ist der Auftraggeber bei der Ausgestaltung derartiger Vergaben nicht völlig frei. So betont der EuGH, dass die Vergaben im Wege des "Open-House-Modells" im Einklang mit den allgemeinen Vorgaben des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) auszugestalten und durchzuführen sind. Dabei hat der Auftraggeber insbesondere die Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer zu beachten. Auch das sich daraus ergebende Transparenzgebot, das etwa eine ordnungsgemäße (europaweite) Bekanntmachung voraussetzt, ist bei der Durch-

EuGH zum "Open-House-Modell"

- Begriff "Open-House-Modell": Zulassungsverfahren, bei dem mit allen Wirtschaftsteilnehmern, welche die Zulassungskriterien erfüllen, ein Rabattvertrag zu im Voraus festgelegten und nicht verhandelbaren Vertragsbedingungen abgeschlossen wird.
- "Open-House-Modelle" sind nach der EuGH-Rechtsprechung **keine** öffentlichen Aufträge; es fehlt an der dafür notwendigen Auswahlentscheidung. Der Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts ist daher für sie nicht eröffnet.
- Bei der Auftragsvergabe im Wege eines "Open-House-Modells" sind jedoch die allgemeinen europarechtlichen Grundsätze (Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz) zu berücksichtigen.

führung eines "Open-House-Verfahrens" zu berücksichtigen.

Praxishinweis

Der EuGH schließt sich mit seiner Entscheidung der Rechtsauffassung des vorlegenden OLG Düsseldorf an und bestätigt, dass das "Open-House-Modell" nicht dem Anwendungsbereich des Kartellvergaberechts unterfällt. Daraus folgt insbesondere, dass

- die öffentlichen Auftraggeber – ebenso wie die Bieter – nicht an das starre Fristenkorsett der Vergabeverordnung gebunden sind,
- die Leistungsbeschreibung und die Vertragsbedingungen von den öffentlichen Auftraggebern weitgehend frei auszugestalten sind,
- die festzulegenden Eignungskriterien und/oder -nachweise keinen Einschränkungen unterworfen sind,
- kein vergaberechtlicher Primärrechtsschutz vor den Vergabenachprüfungsinstanzen existiert.

Der Auftraggeber ist bei Vergaben im Wege eines "Open-House-Modells" lediglich an die allgemeinen Grundsätze aus dem AEUV gebunden: Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz bilden den Verfahrensmaßstab. Die detaillierten Vorgaben zur Durchführung von Vergabeverfahren nach Maßgabe des vierten Teils des GWB und der VgV finden hingegen keine Anwendung.

Der Auftraggeber kann daher die Fristen, z.B. für die Angebotsabgabe, nach eigenem Ermessen festlegen. Die Pflicht zur Versendung von Vorabinformationsschreiben gemäß § 134 GWB entfällt. Darüber hinaus bedarf es keiner Leistungsbeschreibung mehr, die den detaillierten Vorgaben des § 121 GWB und des § 31 VgV genügt. Die zwingenden und die fakultativen Ausschlussgründe in §§ 123, 124 GWB finden ebenfalls keine Anwendung. Der Auftraggeber ist vielmehr frei bei der Festlegung der Zugangsvoraussetzungen, solange er dabei keinen Wirtschaftsteilnehmer diskriminiert und die erforderliche Transparenz wahrt. Auch die Dokumentationspflichten des Auftraggebers (insbesondere die Erstellung eines Vergabeverkehrs) gelten allenfalls eingeschränkt.

Von besonderer praktischer Relevanz ist, dass der kartellvergaberechtliche Primärrechtsschutz für die Auftragsvergaben im Wege eines "Open-House-Modells" ausgeschlossen ist. Denn Zulässigkeitsvoraussetzung für den Zugang zu den Vergabenachprüfungsinstanzen ist in erster Linie die Eröffnung des Anwendungsbereichs des Kartellvergaberechts. Dieser ist bei den "Open-House-Modellen" aber nicht gegeben, der Rechtsschutz vor den Vergabekammern und -senaten den Bietern damit verwehrt. Der Auftraggeber kann diesen Rechtsschutz zugunsten der Bieter auch nicht durch eine freiwillige Bindung an das Kartellvergaberecht begründen. Rechtsschutz gegen eine grob fehlerhafte Verfahrensgestaltung ist damit lediglich vor den Zivil- oder Sozialgerichten möglich. Hier droht eine erneute Zersplitterung der Zuständigkeiten.

In diesem Zusammenhang ist ferner von Bedeutung, dass insbesondere das im Rahmen des vergaberechtlichen Primärrechtsschutzes geltende Zuschlagsverbot im Klageverfahren vor den Land- oder Sozialgerichten nicht existiert. Ob ein annähernd vergleichbares Rechtsschutzniveau wie vor den Vergabekammern gewährleistet sein wird, bleibt abzuwarten. Auch die Möglichkeit des einstweiligen Rechtsschutzes vor den Zivil- und Sozialgerichten dürfte

das gesetzlich geregelte Zuschlagsverbot im Vergabenaachprüfungsverfahren nicht gleichwertig ersetzen.

Es bleibt abzuwarten, wie das OLG Düsseldorf die allgemeinen Grundsätze, die der EuGH als Zulässigkeitsvoraussetzung für das "Open-House-Modell" definiert hat, umsetzen und auf den jeweiligen Fall übertragen wird. Da die Vergabenachprüfungsinstanzen jedoch nicht (mehr) für die Überprüfung von "Open-House-Modellen" zuständig sind, erscheint zumindest fraglich, ob und inwieweit sich die zukünftig zuständigen Gerichte der ordentlichen bzw. der Sozialgerichtsbarkeit an den Beschluss des OLG Düsseldorf gebunden zeigen, oder ob sie eigene – ggf. abweichende – Voraussetzungen einführen, an denen die Auftragsvergabe im Wege eines "Open-House-Modells" im Einzelfall zu messen ist.

Ihre Ansprechpartner



Dr. Ulrich Reese
Partner

E: ulrich.reese
@cliffordchance.com
T: +49 69 7199-5491



Steffen Amelung
Counsel

E: steffen.amelung
@cliffordchance.com
T: +49 69 7199-1593



Dominik Janson
Associate

E: dominik.janson
@cliffordchance.com
T: +49 69 7199-1319

Diese Publikation dient der allgemeinen Information und ersetzt nicht die Beratung im Einzelfall. Wenn Sie Fragen haben oder weitere Informationen wünschen, wenden Sie sich bitte an die Autoren oder Ihren üblichen Ansprechpartner bei Clifford Chance.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Mainzer Landstraße 46, 60325 Frankfurt am Main
© Clifford Chance 2016

Clifford Chance Deutschland LLP ist eine Limited Liability Partnership mit Sitz in 10 Upper Bank Street, London E14 5JJ, registriert in England und Wales unter OC393460. Die Gesellschaft ist mit einer Zweigniederlassung im Partnerschaftsregister des Amtsgerichts Frankfurt am Main unter PR 2189 eingetragen.

Die nach § 5 TMG und §§ 2, 3 DL-InfoV vorgeschriebenen Informationen finden Sie unter: www.cliffordchance.com/deuregulatory

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.