



Bundesversicherungsamt · Friedrich-Ebert-Allee 38 · 53113 Bonn

HAUSANSCHRIFT Friedrich-Ebert-Allee 38  
53113 Bonn

An alle

bundesunmittelbaren Krankenkassen

TEL +49 (0) 228 619 - Tel. 1720

FAX +49 (0) 228 619 - 1872

E-MAIL Daniel.Menker@bva.de

INTERNET www.bundesversicherungsamt.de

BEARBEITER(IN) Herr Menker

DATUM 19. März 2009

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

(bei Antwort bitte angeben)

nachrichtlich:

BMG

GKV-Spitzenverband

Mittelstraße 51

10117 Berlin

## Rundschreiben

### **Vergaberecht**

**Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der GKV (GKV-OrgWG)  
hier: Abschluss von Rabattverträgen zwischen Krankenkassen und pharmazeutischen  
Unternehmen nach § 130a Abs. 8 SGB V**

Sehr geehrte Damen und Herren,

bereits mit Rundschreiben vom 22. August 2007 haben wir zu der Frage Stellung genommen, ob Verträge nach § 130a Abs. 8 SGB V ausschreibungspflichtig sind.

Im Ergebnis wurde die Verpflichtung der Krankenkassen bejaht, Rabattverträge – sofern sie den maßgeblichen EU-Schwellenwert von derzeit 206.000 € überschreiten (§ 100 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV) – gemäß den Vorgaben des GWB europaweit auszuschreiben.

Das zum 1. Januar 2009 in Kraft getretene GKV-OrgWG hat unsere bisherige Rechtsauffassung insoweit bestätigt, als der neugefasste § 69 SGB V in seinem Absatz 2 die unmittelbare Geltung der materiellen Vergaberechtsvorschriften der §§ 97 bis 101 GWB sowie die Durchführung eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens vor den Vergabekammern (§§ 102 bis 115 und 128 GWB) anordnet.

1.

Die Vorschriften, welche die Pflicht zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge und die konkrete Ausgestaltung dieser Verpflichtung regeln, sind damit grundsätzlich auch auf Versorgungsverträge der Krankenkassen anzuwenden. Dies gilt insbesondere für Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V, bei denen die Frage der Ausschreibungspflicht in der Vergangenheit teils kontrovers diskutiert wurde (vgl. die Gesetzesbegründung in: Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, Bundestags-Drucksache 16/10609 zu Nr. 1e, S. 66).

Insbesondere sind Arzneimittelrabattverträge über Generika wegen der Substitutionspflicht (§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V) der Apotheken zudem prinzipiell auch als öffentliche Aufträge zu qualifizieren, da die primäre Auswahlentscheidung von den Krankenkassen vorgenommen wird. Der damit verbundene mittelbare Einfluss der Krankenkassen auf die Auswahlentscheidung des Vertragsgegenstandes ist signifikantes Merkmal des öffentlichen Auftrags (§ 99 GWB).

**Damit sind Rabattverträge in der Arzneimittelversorgung nach § 130a Abs. 8 SGB V, die den maßgeblichen EU-Schwellenwert von derzeit 206.000 € überschreiten, grundsätzlich im Offenen Verfahren (§ 3a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A) EU-weit auszuschreiben.**

2.

Finden die Regelungen des GWB keine Anwendung, weil z.B. der maßgebliche Schwellenwert nicht erreicht wird, sind die Krankenkassen zumindest zur Durchführung eines Verfahrens verpflichtet, welches den Grundsätzen des ordnungsgemäßen Verwaltungshandelns, insbesondere der Wahrung von Gleichheitsrechten, entspricht (vgl. Rundschreiben vom 22. August 2007).

Es ist daher erforderlich, dass die Krankenkassen zumindest ein Markterkundungs- und Interessenbekundungsverfahren durchführen, welches die Elemente des Wettbewerbs sowie der Chancengleichheit zwischen den potentiellen Bietern berücksichtigt.

3.

Der Deutsche Bundestag hat am 19. Dezember 2008 das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts verabschiedet, dem am 13. Februar 2009 der Bundesrat zugestimmt hat. Es wird nach Ausfertigung und Verkündung demnächst in Kraft treten.

Danach haben öffentliche Auftraggeber, also auch die Krankenkassen u.a. bei der EU-weiten Ausschreibung von Rabattverträgen, insbesondere dem **Mittelstandsschutz (§ 97 Abs. 3 n.F. GWB)** Rechnung zu tragen, der die angemessene Berücksichtigung mittelständischer Interessen fordert, und zwar durch Teilung der Aufträge in Fach- und/oder Teillose. Die Bildung von Bietergemeinschaften ist grundsätzlich zuzulassen. Hierdurch soll kleinen und mittleren Herstellern von Arzneimitteln die Teilnahme am Vergabeverfahren ermöglicht werden. Die schon nach bisherigem Recht bestehende Mittelstandsklausel wird damit verstärkt. Eine Abweichung von der Losvergabe ist nur ausnahmsweise aus wirtschaftlichen oder technischen Gründen zulässig. Die jeweilige Entscheidung hierüber ist nachvollziehbar, z.B. im Rahmen der Fertigung des Vergabevermerks (§ 30 VOL/A), ausführlich und sorgfältig zu dokumentieren.

**Die Krankenkassen sind somit nach künftigem Recht prinzipiell verpflichtet, die Vergabe nach Losen vorzunehmen.**

4.

Aufgrund der unmittelbaren Geltung der materiellen Vergaberechtsvorschriften der §§ 97 bis 101 GWB für Versorgungsverträge der Krankenkassen sind bereits geschlossene Rabattverträge in der Arzneimittelversorgung nach § 130a Abs. 8 SGB V, welche ohne ein an sich gebotenes Vergabeverfahren geschlossen wurden, zum nächstmöglichen Zeitpunkt zu kündigen und unter Berücksichtigung der aktuellen Rechtslage neu auszuschreiben.

Wir weisen in diesem Zusammenhang ergänzend darauf hin, dass sich insbesondere durch den neugeschaffenen § 101b n.F. GWB deutliche Änderungen bezüglich der Wirksamkeit sogenannter De-facto-Vergaben ergeben haben. Demnach sieht § 101b n.F. GWB vor, dass ein Vertrag schwebend unwirksam ist, soweit ein Auftraggeber gegen seine vergaberechtlichen Ausschreibungsverpflichtungen verstoßen hat. Die Unwirksamkeit kann allerdings nur festgestellt werden, wenn sie im Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer innerhalb von 30 Kalendertagen ab Kenntnis des Verstoßes, jedoch nicht später als sechs Monate nach Vertragsschluss geltend gemacht worden ist.

Bei Bekanntmachung der Auftragsvergabe im Amtsblatt der Europäischen Union endet diese Frist 30 Kalendertage nach der Bekanntmachung.

Mit freundlichen Grüßen  
Im Auftrag

Frank Plate