

**Gemeinsame Stellungnahme
der
deutschen gesetzlichen Krankenkassen**

**zu den Vorschlägen der EU-Kommission vom 20.12.2011
für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des
Rates über die öffentliche Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2)
sowie
für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des
Rates über die Konzessionsvergabe (KOM (2011) 897)**

Berlin am 8. März 2012

Die **gesetzlichen Krankenkassen (GKV)** werden vertreten durch **den GKV-Spitzenverband und die Verbände der Kranken- und Pflegekassen auf Bundesebene.**

Der **GKV-Spitzenverband** ist der Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemäß § 217 a SGB V. Ihm gehören alle gesetzlichen Krankenkassen an.

Darüber hinaus haben sich die gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland auf Bundesebene zu freiwilligen Verbänden nach Kassenarten zusammengeschlossen. Als **Verbände der Kranken- und Pflegekassen auf Bundesebene** verfolgen sie das Ziel der Information und Beratung als selbst verwaltete Organisationen der Kranken- und Pflegeversicherung sowie die gemeinsame Positionierung zu aktuellen Gesetzes- und Verordnungsvorhaben auf nationaler und europäischer Ebene und im Verhältnis zu Vertragspartnern. Gegenstand der Beratungen sind auch gemeinsame Projekte und Einrichtungen.

Die gesetzlichen Krankenkassen und ihre Verbände vertreten mit über 70 Millionen gesetzlich versicherten Bürgern die Interessen von 90% der Bevölkerung. Mit über 170 Mrd. pro Jahr bestreiten die Krankenkassen über 60% der Gesamtkosten des deutschen Gesundheitswesens.

A. Richtlinienvorschlag zur öffentlichen Auftragsvergabe (KOM (2011) 896/2)

Das europäische Vergaberecht verfolgt das Ziel, einen freien unbeschränkten Wettbewerb zu schaffen. Dabei liegt dem Vergaberecht die Annahme eines freien Marktes zugrunde. Die Instrumente und Mechanismen des Vergaberechts funktionieren nur bei Vorliegen der typischen Marktparameter.

Im deutschen Gesundheitssystem ist dieser freie, schrankenlose Markt aufgrund ordnungspolitischer Systementscheidungen nicht gegeben. Um eine qualitativ hochwertige, wohnortnahe, flächendeckende und für jeden frei zugängliche, zugleich aber auch finanzierbare und innovationsorientierte Gesundheitsversorgung der Bevölkerung sicherzustellen, hat der deutsche Gesetzgeber ein komplexes normatives System entwickelt. Die Instrumente für die Sicherstellung der gesundheitlichen Versorgung in Deutschland sind vielfältig. Sie stellen über die sogenannte "gemeinsame Selbstverwaltung" mit Hilfe einer kooperativen untergesetzlichen Regulierung eine wirtschaftliche und qualitativ hochwertige Gesundheitsversorgung sicher. Marktschranken hat der Gesetzgeber beispielsweise durch systemimmanente mengen- und kostenbegrenzende Maßnahmen im Versorgungsbereich installiert (so etwa Budgetdeckel, regulierte Arztvergütung).

Daher fehlt es innerhalb des deutschen Gesundheitssystems an den für eine undifferenzierte Anwendung des Vergaberechts notwendigen Marktmechanismen. Vielmehr kommt es zu einem Zielkonflikt zwischen dem Vergaberecht und den ordnungspolitischen Systementscheidungen im deutschen Gesundheitssystem. Dennoch gibt es im deutschen Gesundheitswesen Bereiche, die einem freien Markt ähnlich sind und in denen die Mechanismen des Marktes wirken, ohne dass die ordnungspolitischen Grundentscheidungen eingeschränkt werden. In diesen Freiräumen hat der deutsche Gesetzgeber bereits ein Sozialvergaberechtssystem implementiert bzw. hat die nationale Rechtsprechung das geltende Vergaberecht unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Gesundheitsversorgung fortentwickelt (bspw. im Bereich der Arzneimittel- und Hilfsmittelversorgung sowie in besonderen Teilbereichen der ambulanten ärztlichen Versorgung).

Das Vergaberecht in der derzeit vorliegenden Entwurfsfassung der Vergaberichtlinie jedoch abstrakt generell auf das komplette deutsche Gesundheitssystem anzuwenden, würde dessen normativer und organisatorischer Ausgestaltung und den

ihnen zugrunde liegenden ordnungspolitischen Grundsatzentscheidungen des deutschen Gesetzgebers diametral entgegenstehen. Zudem bestünde die begründete Besorgnis, dass die Gewährleistung der hohen Versorgungsqualität und Versorgungssicherheit bei gleichzeitiger Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems auf dem derzeit gesamtwirtschaftlich intakten Niveau nicht mehr gegeben wäre.

Um die Voraussetzungen für eine zielgerechte Anwendung des Vergaberechts im gesamten Gesundheitssystem zu schaffen, müssten grundlegende ordnungspolitische Entscheidungen angepasst werden.

Nach Art. 168 Abs. 7 AEUV lässt das Unionsrecht jedoch die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit im Hinblick auf die Erhaltung des finanziellen Gleichgewichts ihrer Krankenversicherungssysteme grundsätzlich unberührt. Für die Gemeinschaft besteht im Bereich der öffentlichen Gesundheitsvorsorge besteht nur eine begrenzte Zuständigkeit, die sich im Wesentlichen auf ergänzende bzw. unterstützende Maßnahmen beschränkt.

Die Gestaltungshoheit der nationalen Gesundheitssysteme wird durch Art. 168 Abs. 7 AEUV daher geschützt. Es verbleibt gerade im Zuständigkeitsbereich der nationalen Gesetzgeber zu definieren, welche Leistungen in welcher Finanzierungsform erbracht werden. Daher erscheint die Primärrechtskonformität dieses durch das europäische Sekundärrecht veranlassten mittelbaren Eingriffs in die Gestaltungshoheit des deutschen Gesundheitssystems als sehr bedenklich.

Diese Bedenken begründen sich in der konkreten Ausgestaltung der Art. 74 bis 76 sowie Art. 3 des Vorschlags der Europäischen Kommission für die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe.

1. Aufträge des Gesundheitswesens (Art. 74 – 76)

In Art. 74 - 76 des Richtlinienvorschlags ist im Wesentlichen vorgesehen, dass Auftraggeber bei der Vergabe von Aufträgen im Gesundheits- und Sozialwesen oberhalb eines Schwellenwerts von 500.000,00 Euro bestimmten Bekanntmachungspflichten unterliegen sowie die Vorgaben eines noch von den Mitgliedstaaten festzulegenden Verfahrens zu beachten haben, welches die Spezifika des Sozial- und des Gesundheitswesens berücksichtigen muss.

Dem Vergaberecht ist immanent, dass der öffentliche Auftraggeber aus dem Kreise der Wettbewerber (nach vorher festgelegten Kriterien) einen oder mehrere auswählt, mit dem bzw. mit denen er in einem geregelten wettbewerblichen Verfahren eine Leistungsbeziehung eingeht. Dieses Grundprinzip ist auch in Art. 76 des Richtlinienvorschlags über die öffentliche Auftragsvergabe abgebildet.

Der weit überwiegende Bereich der gesundheitlichen Versorgung der Versicherten in Deutschland erfolgt jedoch über kollektive Vertragsbeziehungen, in denen gerade keine Auswahl unter den Leistungserbringern vorgesehen ist und die Leistungen zu gleichen Bedingungen (sowohl hinsichtlich Umfang, Qualität und Preis) erbracht werden. Wettbewerbliche Strukturen, in denen eine Auswahl unter den Wettbewerbern nach Angebot, Nachfrage, Preis für die gestellten Leistungsanforderungen und -bedingungen erfolgt, existieren hier gerade nicht. Dieses Gesundheits-Versorgungssystem garantiert flächendeckende Versorgungssicherheit, die Vielfalt der Leistungserbringer und gewährleistet das Prinzip der Wahlfreiheit der Versicherten. Das sowohl organisatorisch als auch normativ komplexe Versorgungssystem ist eine zentrale Säule des wirtschaftlichen Gleichgewichts im deutschen Gesundheitssystem. In diesem System trifft die eigentliche Auswahlentscheidung unter den am Markt aktiven Leistungserbringern erst der Versicherte, nicht bereits die gesetzliche Krankenkasse als öffentlicher Auftraggeber beim Eingehen der vertraglichen Beziehungen.

Um dieser Besonderheit des deutschen Gesundheitssystems gerecht zu werden, regen die deutschen gesetzlichen Krankenkassen an, die Regelungen an, die Regelungen des Richtlinienvorschlags dahingehend zu konkretisieren, dass eine Bekanntmachung und ein Vergabeverfahren nur erfolgen muss, wenn der öffentliche Auftraggeber selbst eine Auswahlentscheidung trifft.

Diese Konkretisierung entspräche der zwischenzeitlichen Rechtsfortbildung in einschlägigen Nachprüfungsverfahren und die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur autonomen Regelung des Gesundheitswesens und der sozialen Sicherungssysteme (vgl. LSG Essen, Beschluss vom 3.11.2010 – L 21 SF 208/10 Verg sowie Beschluss vom 14.04.2010 – L 21 KR 69/09 SFB unter ausdrücklicher Bezugnahme auf entsprechende Äußerungen der EU-Kommission).

2. Schaffung geeigneter Vergabeverfahren (Art. 74, 76, 3)

Es wird positiv zur Kenntnis genommen, dass die EU-Kommission ausweislich den Erwägungsgründen die existierenden nationalen Besonderheiten im Bereich des Sozial- und Gesundheitswesens anerkennt. Hieraus zieht sie die Schlussfolgerung zieht, dass es sich hierbei um Dienstleistungen handelt, die nur in sehr begrenztem Maße von grenzüberschreitendem Interesse sind.

Daher sieht der Richtlinienvorschlag vor, dass die Mitgliedstaaten für die Vergabe von Aufträgen von Gesundheitsdienstleistungen oberhalb von 500.000,00 Euro geeignete Vergabeverfahren einführen müssen.

Die deutschen gesetzlichen Krankenkassen sind allerdings der Auffassung, dass in den von der Gestaltungsfreiheit des Art. 168 Abs. 7 AEUV umfassten Versorgungsstrukturen des deutschen Gesundheitssystems die Einordnung, wann für die Erbringung einer Dienstleistung ein grenzüberschreitendes Interesse anzunehmen ist, nur nach sachlichen Kriterien erfolgen kann. Denn die Strukturen, in deren Gefüge die Gesundheitsdienstleistungen erbracht werden, sind gerade unabhängig vom Wert der jeweiligen Dienstleistung.

Nach alledem muss es dem einzelnen Mitgliedstaat insbesondere im Licht des Art. 168 Abs. 7 AEUV überlassen bleiben, das Vergaberecht nur in den Bereichen, die im jeweiligen nationalen Gesundheitssystem geeignet sind, zur Anwendung zu bringen.

Bei gemischten Aufträgen (Liefer- und Dienstleistungsanteil des Auftrags) soll nach der in Art. 3 Abs. 1 Unterabs. 2 des Richtlinienvorschlages vorgegebenen Schwerpunktbetrachtung der Leistungsteil mit dem größten wirtschaftlichen Gewicht den Ausschlag für die Einordnung des Gesamtauftrages geben.

Diese Betrachtungsweise wird nach Auffassung der deutschen gesetzlichen Krankenkassen den Besonderheiten der Gesundheitsversorgung in Deutschland nicht gerecht. Auch hier kann aufgrund der bestehenden Versorgungsstrukturen und Versorgungspraxis nur eine am sachlichen Zusammenhang orientierte Einordnung des Gesamtauftrages in das Vergaberecht erfolgen. So werden bei einer medizinischen Versorgung häufig auch Lieferleistungen erbracht, die zwar bei einer

wertorientierten Betrachtung überwiegen können, jedoch den Charakter der medizinischen Behandlung und damit der Dienstleistung bei einer Gesamtbetrachtung dennoch nicht verändern.

Daher sollte die Sonderregelung für soziale und andere besondere Dienstleistungen (Titel III Kapitel I) für die Vergabe gemischter Aufträge insoweit geändert werden, dass der Hauptgegenstand durch die Dienstleistung bestimmt wird, sofern diese nicht von eindeutig untergeordneter Bedeutung ist.

4. Zentrale Aufsichtsstelle (Art. 84-88)

Die EU-Kommission schlägt in Art. 84-88 des Richtlinienvorschlags über die öffentliche Auftragsvergabe eine neue Aufsichtsstelle für das Vergabewesen vor.

Die deutschen gesetzlichen Krankenkassen lehnen diese Aufsichtsstelle ab. Die gesetzlichen Krankenkassen und ihre Verbände unterliegen einer umfassenden Aufsicht nach § 87 ff. SGB IV. Außerdem prüft der Bundesrechnungshof die Haushalts- und Wirtschaftsführung der gesetzlichen Krankenkassen, ihrer Verbände und Arbeitsgemeinschaften gemäß § 274 Abs. 4 SGB V. Hinzu kommt die Kontrolltätigkeit des Bundeskartellamtes innerhalb der Rechtsbeziehungen von Krankenkassen und Leistungserbringern gemäß § 69 SGB V sowie die kartellrechtlichen Selbsthilfemöglichkeiten der Leistungserbringer aufgrund der umfassenden entsprechenden Anwendung des nationalen Kartellrechts in diesem Bereich. Da die EU-Kommission nicht geäußert hat, dass sie an der Effizienz der schon aktuell ausgeübten aufsichtsbehördlichen Tätigkeiten zweifelt, besteht kein Bedarf für eine weitere zusätzliche Kontrollinstanz. Dies würde – jenseits des damit verbundenen zusätzlichen bürokratischen Aufwands für alle Beteiligten – im Gegenteil u. U. zu Kompetenzkonflikten führen, weil sich vergaberechtliche und sozialversicherungsrechtliche Fragen oftmals nicht voneinander trennen lassen.

Überdies halten die deutschen gesetzlichen Krankenkassen den Vorschlag rechtlich für äußerst problematisch im Hinblick auf das Kompetenzgefüge zwischen deutschen Bundesländern, mitgliedstaatlicher und europarechtlicher Regelung. Nach deutschem Verfassungsrecht liegt es im Zuständigkeitsbereich der Länder und nicht – wie hier vorgeschlagen – des Bundes, über die Einrichtung von Behörden zu entscheiden (vgl.

Art. 84 Abs. 1 S. 1 GG). Einen Kompetenztitel der EU für eine Regelung wie die vorgeschlagene können die deutschen gesetzlichen Krankenkassen nicht erkennen.

B. Richtlinienvorschlag über die Konzessionsvergabe (KOM (2011) 897)

Die EU-Kommission schlägt die umfassende Regelung der Vergabe von Konzessionen vor.

Für eine solche Regelung sehen die deutschen gesetzlichen Krankenkassen keinen Bedarf. Jedenfalls erscheinen die Regelungen über die Konzessionsvergabe vor dem Hintergrund der oben dargestellten Besonderheiten und Ausgestaltungen des deutschen Gesundheitssystems insbesondere im Lichte des Art. 168 Abs. 7 AEUV als bedenklich.