



Open-House-Verträge

**Veranstaltung des forum vergabe e.V.
am 19.03.2019 in Hannover**

Thesen

erstellt und verantwortet vom forum vergabe e.V.

1. Die dogmatische vergaberechtliche Entwicklung von „Open-House“ als vergaberechtsfreiem Vertragsmodell

Prof. Dr. Meinrad Dreher, Johannes Gutenberg-Universität, Mainz

- Aus den europäischen Richtlinien rührt die grundlegende Unterscheidung von öffentlichem Auftrag und (vergaberechtsfreien) Zulassungssystemen, die an der Frage der Exklusivität bzw. Selektivität im Gegensatz zum offenen Zugang festgemacht wird.
- Es wird die These aufgestellt, dass eine freie Zulassung zwar notwendiges, aber nicht ausreichendes Kriterium ist, um das Vergaberecht zu verlassen.
- Die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, es seien keine Anforderungen an das Verfahren zur Vergabe von Open-House-Verträgen zu stellen bzw. diese sei nicht relevant für die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, kann nicht nachvollzogen werden.
- Eine solche Freistellung der Verfahren der Vergabe von Open-House-Verträgen würde dem EU-Recht widersprechen.
- Der Rechtsschutz obliegt bei echten Open-House-Verträgen den ordentlichen Gerichte, sofern nicht ausnahmsweise Sozialvergaben vorliegen, diese sind an die Sozialgerichtsbarkeit verwiesen.

2. Wann und wie ist ein Open-House-Vertrag sinnvoll – eine Frage, zwei Blickwinkel

Dr. Ralf Mayr-Stein, MEDA Pharma GmbH & Co. KG, Bad Homburg

- Für Unternehmen liegen mögliche Gründe im Abschluss für den Abschluss von Rabattverträgen darin, mögliche Marktanteile zu halten oder zu erhalten, Informationen der Krankenkasse an andere Dritte als Unterstützung bei Marketingleistungen nutzen zu können und sich die Erstattung von Mehrkosten zu sichern.

- Open-House-Verträge bieten eine geringere Exklusivität, auch Information an Dritte wird nur in geringerem Umfang geleistet. Ein Vorteil insbesondere für kleinere Firmen ist, dass mehr Marktteilnehmer teilnehmen können.
- Wird ein Open-House-Vertrag mit allen Marktteilnehmern geschlossen, ist der angebotene Rabatt letztlich eine Art Markteintrittsgebühr. Die Steuerungsfunktion eines solchen Vertrages ist stark reduziert.
- Ein Rabattvertrag kann für den Originator bei einem während der Vertragslaufzeit liegenden Ablauf des Patentes als eine Art Quasi-Patentverlängerung wirken.

Mascha Lazar, AOK Nordost – Die Gesundheitskasse, Potsdam

- Der Abschluss von Open-House-Verträgen ist vergleichsweise unkompliziert und daher ist die Vertragsart bei Auftraggebern durchaus beliebt. Auch weisen diese Verträge eine hohe Flexibilität aus.
- Bei patentgeschützten Medikamenten stellen sich allerdings teils erhebliche Problematiken.
- In Einzelfällen waren die Ergebnisse von Rabattausschreibungen unwirtschaftlich, da wenig generischer Wettbewerb bestand. Ein Open-House-Vertrag hat demgegenüber in solchen Fällen durchaus positive Ergebnisse gezeigt.
- Open-House-Verträge können auch genutzt werden, um die Marktdominanz einzelner Anbieter in bestimmten Bereichen zu reduzieren.

3. Hilfsmittelverträge mit Beitrittsrecht: Welche Rolle spielt die Qualität und wie kann sie berücksichtigt werden?

Rechtsanwalt Dr. Hannes Kern, wuertenberger, Stuttgart

- Das Vergaberecht im Arzneimittelbereich ist eine Erfolgsgeschichte.
- Die Beschaffung von Hilfsmitteln hat neue Probleme sichtbar gemacht, insbesondere bei der Sicherung von Qualität.
- Die Qualität bei Hilfsmitteln ist oft lediglich eine gefühlte, zumal Hilfsmittel oft über lange Zeiträume benutzt werden.
- Hinzu kommt, dass es kaum produktbezogene Anforderungen gibt und der Regulierungsgrad als niedrig anzusehen ist. Daher ist es schwierig, Qualitätsmaßstäbe zu definieren und durchzusetzen.
- Hinzu kommt das Verhalten der Akteure. Bei den Kassen ist eine Priorisierung der Preiswertung zu beobachten.

- Die Neuregelung durch das TSVG führt für Versicherte zu keinen Änderungen. Der Zugang zu Verträgen unterliegt zukünftig nur noch geringen Anforderungen. Beim Qualitätsproblem allerdings gibt es ebenfalls keine unmittelbare Änderung.
- Die Frage der Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung wird von den Nachprüfungsinstanzen nicht geprüft.
- Jedenfalls bei der bisherigen Fassung des § 127 SGB V bestand keine Pflicht zur Berücksichtigung von Qualitätskriterien.
- In diesem Marktsektor ist insbesondere das Kartellrecht auch auf Auftraggeberseite zu beachten.

4. Der Rechtsschutz bei Open-House-Verträgen

Dr. Kerstin Dittmann, 1. Vergabekammer des Bundes, Bonn

- Der Rechtsweg zu den Nachprüfungsinstanzen ist nicht eröffnet, wenn kein öffentlicher Auftrag vorliegt.
- Der EuGH prüft wohl die Auswahlentscheidung nur auf der 4. Wertungsstufe, sodass etwa Einschränkung durch Eignungskriterien nicht zu einer Exklusivität führen würden.
- Eine Exklusivität kann auch durch bestimmte Vorteile oder Nachteile herbeigeführt werden. Allein der zeitliche Vorteil reicht alleine wohl nicht. Es muss vielmehr ein signifikanter Wettbewerbsvorteil hinzukommen.
- Ein signifikanter Wettbewerbsvorteil kann etwa daran liegen, dass Verhandlungen nur mit einem Vertragspartner geführt werden.
- Entscheidend für eine fehlende Exklusivität ist, dass alle interessierten und teilnehmenden Unternehmen zu gleichen Konditionen tätig werden. Lediglich gleich wirkende Konditionen sind insoweit nicht ausreichend.
- Offen sind die Folgen, wenn die Festsetzungen nicht die vierte Prüfstufe betreffen, aber letztlich dazu führen, dass nur ein Unternehmen sich beteiligen kann.