

Vergaberecht im Krankenhaus

Grundzüge des Verfahrens am Beispiel des Kaufs von Computertomographen



Von Dr. Aykut Uslu, Medizininformatik, Düsseldorf und Rechtsanwältin Verena Rhein, Städtische Kliniken Mönchengladbach

Öffentliche Krankenhäuser unterliegen dem Vergaberecht, wenn sie medizinische Geräte, Instrumente oder sonstige Waren des Krankenhausbedarfs beschaffen. Je nach Beschaffungsvolumen müssen diese Aufträge national oder europaweit ausgeschrieben werden. Eine Einführung in die Grundzüge des Vergaberechts am Beispiel der Beschaffung eines Computertomographen (CT).

Die Computertomographie bzw. Computertomografie ist ein bildgebendes Verfahren in der Radiologie. Aufgrund des Auftragswertes kommt in der Regel nur eine europaweite Ausschreibung in Betracht, weil die Mehrzahl der angebotenen Geräte jenseits der Schwelle von 200.000,- € netto liegt.

Grundzüge des Vergabeverfahrens

Da das Auftragsvolumen im Beispielfall die europarechtlich festgelegte Schwelle übersteigt gelten für das Verfahren die §§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV) sowie der 2. Abschnitt der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A). Ferner ist vergaberechtlich in den meisten Ländern ein Vergabegesetz, in Berlin etwa auch das Landesgleichstellungsgesetz, zu beachten.

Verstöße gegen die Einhaltung der Regeln können von den am Auftrag interessierten Unternehmen vor der Vergabekammer – unterhalb der Schwelle vor den Landgerichten – geltend gemacht werden.

Krankenhäuser als Öffentliche Auftraggeber

Krankenhäuser sind öffentliche Auftraggeber, wenn sie von § 98 GWB erfasst sind. Sie sind öffentliche Auftraggeber, wenn sie entweder als Eigenbetrieb oder Anstalt des öffentlichen Rechts geführt werden oder wenn sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, eine im Allgemeininteresse liegende Aufgabe nichtgewerblicher Art zu erfüllen und

wenn die öffentliche Hand diese zugleich überwiegend finanziert oder auf andere Weise einen beherrschenden Einfluss ausübt (sog. funktionaler Auftraggeber).

Öffentliche Aufträge

Das Vergaberecht setzt weiterhin einen öffentlichen Auftrag voraus, also den entgeltlichen Vertrag eines öffentlichen Auftraggebers im vorgenannten Sinne mit einem Unternehmen (§ 99 Abs. 1 GWB).

Auch wenn die am Markt tätigen Anbieter eines CT Unternehmen in einem privatwirtschaftlichen Sinne sind, ist für die Krankenhauspraxis bedeutsam, dass im Vergaberecht ein weiter, funktionaler Unternehmensbegriff gilt. Hiernach können auch andere Krankenhäuser „Unternehmer“ im diesem Sinne sein. Es kommt nur darauf an, dass das andere (öffentliche) Krankenhaus als Teilnehmer auf dem Markt tätig ist und selbst Leistungen anbietet.

Richtige Vergabeordnung

Die Beschaffung des CT ist einer Vergabeordnung zuzuordnen. In Betracht kommen die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB), die Vergabe- und Vertragsordnungen für Liefer- und Dienstleistungen (VOL) sowie die Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF).

Da hier die Lieferung und Installation eines Medizingerätes ansteht, handelt es sich nicht um eine Bauleistung im Sinne der VOB, da es nicht um die Errichtung

eines Bauwerkes geht, auch wenn für das Gerät ggf. bauliche Maßnahmen erforderlich sind.

Der Lieferanteil überwiegt, sodass auch kein reiner Dienstleistungsauftrag vorliegt. Einschlägig ist damit die VOL unbeschadet des mit der Lieferung verbundenen Dienstleistungsanteils für Aufstellung, Kalibrierung und Einweisung.

Die VOF kommt ohnehin nur bei freiberuflichen Leistungen in Betracht, insbesondere die Tätigkeit als Arzt, Architekt (Planungsleistungen), Rechtsanwalt (begleitende Rechtsberatung) oder Unternehmensberater.

Schwellenwerte

Der geschätzte Nettoauftragswert ist entscheidend dafür, ob in der VOL der Abschnitt 1 (sog. Unterschwellenvergabe) oder der Abschnitt 2 anzuwenden ist. Auch wenn die Regelungen weitgehend gleich sind, gibt es insbesondere hinsichtlich der Anwendungspflicht, der Fristen und des Veröffentlichungswegs signifikante Unterschiede.

Unterhalb der Schwelle ist die Anwendung für den Bund, den Ländern und Kommunen sowie durch Zuwendungsbescheid vorgeschrieben.

Es ist keine Angebotsfrist vorgeschrieben, in der Praxis haben sich mindestens zehn Tage herausgebildet. Oberhalb der Schwelle sind mindestens 52 Tage vorgesehen.

Der weitere wesentliche Unterschied besteht im Rechtsschutz. Oberhalb der Schwelle ist der Rechtsweg zu den Vergabekammern eröffnet, unterhalb der Schwelle kann dieses vor dem Landgericht nachgesucht werden.

Der Schwellenwert wird alle zwei Jahre von der Europäischen Kommission neu festgelegt; er beträgt bis zum Jahresende 2013 für die Bereiche der VOF und der VOL 200.000,- € netto sowie für den VOB-Bereich 5.000.000,- € netto.

Maßgeblich für die Frage, ob der einschlägige Schwellenwert erreicht oder überschritten wird, ist der geschätzte Auftragswert im Zeitpunkt der Absendung der Bekanntmachung. An die Schätzung des Auftraggebers sind dabei keine übertriebenen Anforderungen zu stellen. Ist die Schätzung objektiv und nachvollziehbar, hat es damit sein Bewenden.

Ablauf eines Vergabeverfahrens

Dem Vergabeverfahren vorgelagert ist die Frage der Bestimmung des Leistungsgegenstandes – hier ein CT. Dabei hat der öffentliche Auftraggeber ein weites Leistungsbestimmungsrecht, das nur eingeschränkt überprüfbar ist. In NRW hat ferner nach § 17 Abs. 3 des Tarifreue- und

Vergabegesetzes (TVgG) eine Umwelt- und Energieeffizienzanalyse zu erfolgen.

Sodann geht es an die Erstellung der Vergabeunterlagen, die eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung als Kernstück enthält. Ferner muss sich der öffentliche Auftraggeber Gedanken zur Frage der Eignungsnachweise sowie der Wertung der Angebote machen.

Hinsichtlich der Verfahrensart ist beachtlich, dass die vier ernsthaft in Frage kommenden Anbieter jeweils unterschiedliche Stärken und Schwächen in ihren Produkten aufweisen. Aus diesem Grunde fehlt den Angeboten eine hinreichende Vergleichbarkeit, sodass ggf. die Möglichkeit eröffnet ist, nach Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs ein Verhandlungsverfahren durchzuführen.

Ferner muss beachtet werden, dass die zu beschaffende Leistung grundsätzlich in Fachlose oder Teillose unterteilt werden muss – es sei denn, wirtschaftliche oder technische Gründe erfordern eine Gesamtvergabe. In Betracht kommen hier ein Los für die Lieferung und Aufstellung des Gerätes mit Einweisung sowie ein weiteres Los für die Implementierung des neuen CT in die bestehende IT-Struktur. Die beabsichtigte Auftragsvergabe ist anschließend europaweit im Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt zu machen (www.simap.europa.eu – eNotices).

Für die Teilnahmeanträge wird sinnvollerweise ein Submissionstermin vorgegeben, zu dem die eingegangenen Teilnahmeanträge geöffnet werden. Die Durchführung eines vierstufigen, formalisierten Wertungsverfahrens wie im offenen Verfahren ist für die Teilnahmeanträge entbehrlich. Die Prüfung der Teilnahmeanträge erfolgt in zwei Stufen:

- Zunächst ist zu prüfen, ob jeder Bewerber form- und fristgerecht einen vollständigen Teilnahmeantrag eingereicht hat.
- Im zweiten Schritt ist die Eignung der Bieter zu überprüfen, namentlich anhand der Nachweise und Eigenerklärungen, z.B. über Referenzprojekte und die technische Leistungsfähigkeit. Auf der Grundlage der mit dem Teilnahmeantrag eingereichten Eignungsnachweise erfolgt – soweit dies in der Bekanntmachung vorgesehen wurde – eine Auswahl derjenigen Bewerber, die zu den Verhandlungen aufgefordert werden nach objektiven Kriterien (z.B. Einschlägigkeit der vorgelegten Referenzen).

In einem weiteren Schritt werden die Bieter, die die Bewerbungsrunde erfolgreich überstanden haben, zur Abgabe eines indikativen unverbindlichen Ange-

bots anhand einer funktionalen Leistungsbeschreibung ersucht. Daran schließen sich Verhandlungsrunden an, in denen das angebotene Produkt „optimiert“ wird und auch über den Preis noch verhandelt wird. Am Ende erhält der Bieter den Zuschlag, der das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.

Als Wertungskriterien kommen dabei neben dem Preis auch andere Kriterien in Betracht wie etwa Gewährleistung, Service und Kundendienst, Qualität, Umwelteigenschaften, Rentabilität, Betriebs- und Folgekosten. Die Wertungskriterien (ggf. auch konkretisierende Unterkriterien) und ihre Gewichtung müssen spätestens in den Vergabeunterlagen den Bietern bekannt gegeben werden und müssen während des Vergabeverfahrens unverändert bleiben. Zu beachten ist auch im Verhandlungsverfahren, dass zwischen Wirtschaftlichkeits- und Eignungskriterien streng zu unterscheiden ist. Ein Mehr an Eignung kann ein Weniger an Wirtschaftlichkeit nicht kompensieren.

Vorabinformation und Zuschlag

Die unterliegenden Bieter, deren Angebote nicht berücksichtigt werden sollen, sind 15 Kalendertage (bzw. zehn Tage bei Mitteilung per E-Mail oder Fax) vor Zuschlagserteilung über Namen des erfolgreichen Bieters, den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie über die Gründe ihrer Nichtberücksichtigung vorab zu informieren. Der Zuschlag, der das Vergabeverfahren abschließt (und damit Vergaberechtsschutz ausschließt), kommt mit Annahme des erfolgreichen Angebotes eines Bieters zustande. Hierin liegt zugleich der Abschluss des (zivilrechtlichen) Vertrages.

Informiert die Vergabekammer das Krankenhaus als öffentlichen Auftraggeber in Textform über einen Nachprüfungsantrag, so darf das Krankenhaus gemäß § 115 Abs. 1 GWB den Zuschlag vor einer Entscheidung der Vergabekammer (und dem Ablauf der Beschwerdefrist gegen den Beschluss der Vergabekammer nach § 117 Abs. 1 GWB) nicht erteilen. Ein entgegen dieser Vorschrift erteilter Zuschlag (also der geschlossene Vertrag) ist nichtig, § 115 GWB i.V.m. § 134 BGB.

Wege aus dem Vergaberecht

In der Praxis wird immer wieder die Frage gestellt, ob es nicht einfachere Möglichkeiten zur Beschaffung von medizinischem Großgerät gebe. Bei näherem Hinsehen ist diese Frage in der Regel Ausdruck des „Fremdelns“ der Krankenhausgeschäftsführer mit dem dem Krankenhaus häufig fremdgebliebenen Vergaberecht. Denn auch die Krankenhäuser sind an einer wirtschaftlichen und

optimalen Beschaffung ihrer sächlichen Betriebsmittel interessiert.

Eine Überlegung ist der Zusammenschluss der Häuser zu einer „Einkaufsgemeinschaft“. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass hier auf die korrekte Form geachtet wird. Soll die Einkaufsgemeinschaft für das Krankenhaus die Beschaffung durchführen, bedarf der Auftrag an die Gemeinschaft ihrerseits der Durchführung eines Vergabeverfahrens. Das ist dann nicht der Fall, wenn dieser Auftrag im Wege der sogenannten Inhouse-Vergabe erfolgt. Dafür ist Voraussetzung, dass es sich um eine 100 % in öffentlicher Hand befindlich Tochter der beteiligten Krankenhäuser handelt, die Gemeinschaft im Wesentlichen ihre Tätigkeit für die Krankenhäuser ausübt und die Beteiligten die Gemeinschaft beherrschen wie eine eigene Abteilung. Zumindest letzteres dürfte regelmäßig problematisch sein.

Ein anderer Weg wäre, die gesetzlichen Regeln einfach zu ignorieren. Davon ist in mehrfacher Hinsicht jedoch dringend abzuraten, weil das erhebliche Risiko der Nichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen besteht und zum anderen die Geschäftsführung sich – neben anderen Sanktionen – mit dem strafrechtlichen Vorwurf der Untreue zu Lasten des Krankenhauses mangels wirtschaftlicher Beschaffung in einem wettbewerblichen Verfahren auseinandersetzen hätte.

Fazit

Auch der Krankenhaussektor unterfällt dem Anwendungsbereich des Vergaberechts, wenn es sich um juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen, wenn Länder oder Kommunen über ihre Leitung die Aufsicht ausüben oder mehr als die Hälfte der Mitglieder eines ihrer zur Geschäftsführung oder zur Aufsicht berufenen Organe bestimmt haben. Ferner fallen diese in den Fällen in den Anwendungsbereich des öffentlichen Vergaberechts, in denen das Land oder Kommunen für die Errichtung von Krankenhäusern oder für damit in Verbindung stehende Dienstleistungen und Auslobungsverfahren Mittel gewährt, mit denen diese Vorhaben zu mehr als 50 vom Hundert finanziert werden.

Das Vergabeverfahren vollzieht sich in einem formalisierten Verfahren, bei der Beschaffung von medizinischem Großgerät nach der VOL/A. Die Wege zur Umgehung des Vergaberechts sind beschränkt – bei richtiger Anwendung sind jedoch alle Gestaltungswege eröffnet.