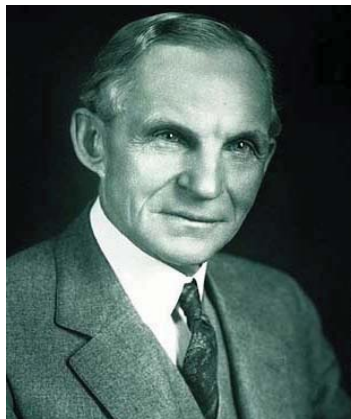


Ausschreibungen und Vergaberecht im Krankenhaus

**Fachworkshop: Erfolgreiches
Beschaffungsmanagement
19. Oktober 2010
RA Mag. Horst Fössl**

... wir geben Ihnen Recht.

Worum geht's?



Suche nicht nach Fehlern, suche nach Lösungen!

Henry Ford

Methode

- Analyse wesentlicher Leitentscheidungen im Gesundheits- und Krankenhausbereich
- Eigene Erfahrungen
- Repräsentatives Spektrum an medizinischen Beschaffungsgegenständen
- Keine Entscheidungen über Bau- und Planungsleistungen, sonstige Lieferungen
- Herausdestillieren der wesentlichen „Fehler“
- Konkrete & konstruktive Tipps zur Vermeidung zukünftiger „Fehler“

Warum scheitern Ausschreibungen?

1. Falsches Verständnis von Ausschließlichkeitsrechten und Verschreibungsfreiheit
2. Falsche Verfahrenswahl
3. Intransparente Bewertungskriterien
4. Fehlende Befugnis – „Befugnisdschungel“
5. Formal/inhaltlich mangelhafte Angebote

1. Falsches Verständnis von Ausschließlichkeitsrechten und Verschreibungsfreiheit

...wir geben Ihnen Recht.

Was sind Ausschließlichkeitsrechte?

Definition:

- Instrument zum Schutz geistigen Eigentums
- Vereinfacht gesagt: Inhaber eines Rechts (Patent-, Marken-, Muster-, Urheberrecht) kann andere von der (gewerblichen) Nutzung ausschließen

Was wird unter Verschreibungsfreiheit verstanden?

Verständnis:

- Behandelndem Arzt soll jedes am Markt befindliche Arzneimittel, Medizinprodukt, etc zur Verfügung stehen
- Behandelnder Arzt entscheidet im Einzelfall nach jeweiliger Indikation und seiner ärztlichen Verantwortung, welches Produkt er einsetzt

Arzneimittel und Arzneyspezialitäten: Keine Ausnahmen vom Vergaberecht!

(EuGH 3.5.1992, Rs C-328/92, Kommission/Spanien)

Sachverhalt:

- In Spanien wurden in den Krankenhäusern der sozialen Sicherheit (Krankenkasse) Arzneimittel und Arzneyspezialitäten regelmäßig „freihändig“ beschafft.
- Dies war sogar durch das spanische Sozialversicherungsgesetz so vorgesehen.
- Krankenkasse kauft direkt bei den Herstellern und vereinbart Preise und sonstige Konditionen mit nationaler Vereinigung der pharmazeutischen Industrie („*Farmindustria*“)

**Arzneimittel und Arzneyspezialitäten:
Keine Ausnahmen vom Vergaberecht!**
(EuGH 3.5.1992, Rs C-328/92, Kommission/Spanien)

Meinung EuGH:

- Selbst wenn Produkt durch Ausschließlichkeitsrecht geschützt ist, auch erforderlich, dass nur von einem einzigen Unternehmer hergestellt oder vertrieben wird
- Nur für jene Produkte zulässig, für die es **überhaupt keinen** denkbaren Wettbewerb gibt!
- Ärztliche Verschreibungsfreiheit rechtfertigt **nicht**, dass systematisch auf freihändige Vergabe zurückgegriffen wird.

**Diese Voraussetzungen sind seltene Einzelfälle!
Rechtslage gilt noch immer!**

Rahmenvereinbarung für STENTS (BVA 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347)*

Sachverhalt:

- Eine Beschaffungsgesellschaft führte ein (oder mehrere?) Verhandlungsverfahren oB zum Abschluss einer RV für kardiologische und periphere STENTS samt Zubehör durch
- Zulässigkeit der Vorgangsweise ließ sie sich durch ein „Gutachten“ belegen
- Zahlreiche STENT-Anbieter fochten diese Vorgangsweise beim BVA an

* Der VwGH hat diesen Bescheid mit Erk v. 1.7.2010, 2009/04/0129 inzwischen aus Formalgründen aufgehoben; die Grundaussage ist mE aber weiterhin richtig

Rahmenvereinbarung für STENTS (BVA 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347)

Problemstellung:

- Ähnlich wie EuGH-Rs C-328/92
- Darf sich AG auf Ausnahmetatbestand „Ausschließlichkeitsrecht“ bei Wahl des Verhandlungsverfahrens ohne Bekanntmachung stützen?
- Tatbestandsvoraussetzungen:
 - Ausschließlichkeitsrecht und
 - nur ein (einziger) Unternehmer kann die **Lieferung** ausführen

Rahmenvereinbarung für STENTS

(BVA 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347)

Rechtmeinung BVA:

- Ausschließlichkeitsrecht setzt ein „einzigartiges“ Produkt ohne Substitutionsmöglichkeit voraus
- Hätte dann Marktanteil 100%
- Darf auch rechtlich keine Möglichkeit des Parallelimports bestehen (GVO 2790/1999)
- Geht nicht um Alleinstellung eines „Herstellers“ sondern „Lieferantenalleinstellung“

Rahmenvereinbarung für STENTS

(BVA 17.3.2009, N/0078-BVA/08/2008-347)

TIPP:

- Ausnahmetatbestände sind extrem eng auszulegen -> in der Praxis lässt sich Nachweis (Beweis) kaum/nie führen
- AG müsste Nachweis des Ausschlusses eines Parallelimports führen
- Auch alle technischen Gründe auf sachverständiger Ebene fundiert aufführen

3. Intransparente Bewertungskriterien

... wir geben Ihnen Recht.

Kardiologische STENTS

(VKS 1.7.2070, VKS-5746/2010; VKS 13.7.2010, VKS-5740/2010)

Sachverhalt:

- Ein Krankenanstaltenverbund und ein KH-Träger führten ein europaweites offenes Verfahren für die Lieferung von kardiologischen Stents in 7 Losen durch
- 2 Bieter fochten die Ausschreibung bzw. einzelne Festlegungen der Ausschreibung an
- Qualitätskriterien umfassten
 - Bewertung vorgelegter Studien („Data“) und
 - Expertenbeurteilung (Expertenkommission)
- In einem Los (Stents mit bestimmter Strut-Dicke) allem Anschein nach nur ein Anbieter

Kardiologische STENTS

(VKS 1.7.2070, VKS-5746/2010; VKS 13.7.2010, VKS-5740/2010)

Problemstellung:

- Kriterien „Radial Strength“, „Crossability“ und „Trackability“ mussten über Studie von Bietern belegt werden
- Wenn angebotener Stent in Studie in diesen Kriterien bessere Werte als „Vergleichsstent“ aufwies und der Vergleichsstent der Studie von anderem/n Mitbewerber/n in diesem Vergabeverfahren angeboten wurde gab's einen Punkt
- 3 Qualitätskriterien entsprachen nicht der gebotenen Konkretisierungspflicht, weil Bewertung letztlich dem Zufall überlassen
 - welche Studie wählt Bieter aus?
 - Welche Stents bietet Mitbewerb an?
- Wenn in nur einem Los nur 1 Anbieter, zulässig!

Kardiologische STENTS

(VKS 1.7.2070, VKS-5746/2010; VKS 13.7.2010, VKS-5740/2010)

TIPP:

- Bedarferhebung wurde in diesen beiden Entscheidungen positiv hervorgehoben
 - Entscheidungsbäume;
 - Marktrecherche
- Wenn Entscheidungs-/Bedarfslage einwandfrei dokumentiert, dürfte es zulässig sein, einzelne Lose zu bilden, bei denen nur 1 Bieter anbieten kann
- Zuschlagskriterien müssen für den Bieter vorhersehbar sein (keine Zufälligkeiten)

Langzeitbeatmungsgeräte

(VKS 03.12.2009, VKS-8910/09, 8909/09; zusammenhängend: VKS-6968/08)

Sachverhalt:

- Ein Krankenanstaltenverbund führte ein europaweites offenes Verfahren für die Lieferung von Langzeitbeatmungsgeräten durch
- Mindestkriterien waren u.a. Vorgaben hinsichtlich
 - Bedienung, Handhabung, Einstellungen
 - Unterstützte Beatmung/Wechsel in kontroll. Beatmung
- Bei Qualitätskriterien wurden u.a. bewertet:
 - Praktische Handhabung (v.a. beim Transport)
 - Übersichtlichkeit der Anzeigen
 - Softwareunterstützung bei Entwöhnungsprozess (Weaning)

Langzeitbeatmungsgeräte

(VKS 03.12.2009, VKS-8910/09, 8909/09; zusammenhängend: VKS-6968/08)

Problemstellung:

- Kommissionelle Nutzerbewertung
- Nutzerkriterien nur schlagwortartig festgelegt
- Wie Punkte auf Skala von 2-10 vergeben werden wird nicht beschrieben
- Keine Definition, anhand welcher Kriterien Kommission die „praktische Handhabung, Übersichtlichkeit der Anzeigen ...“ bewertet
- Doppelverwertung von Mindest- und Zuschlagskriterien
 - Softwareunterstützung bei Weaning = unterstützte Beatmung
 - Transportfähigkeit (Handhabung)

Langzeitbeatmungsgeräte

(VKS 03.12.2009, VKS-8910/09, 8909/09; zusammenhängend: VKS-6968/08)

TIPP:

- VKS verlangt bei medizinischer Ausschreibung „Anforderung von ärztlicher Seite“
- Strikte Trennung Mindestkriterien – Zuschlagskriterien (Doppelterwertungsverbot)
- Art der Bewertung bei Qualitätskriterien muss nachvollziehbar offen gelegt werden
- Auch bei kommissioneller Entscheidung müssen Kriterien vorweg offen gelegt sein, und Kommissionsentscheidung (verbal) begründet werden!

Wäscheversorgung

(UVS Tirol, 25.06.2009, 2008/K4/2682-8)

Sachverhalt:

- Eine Landeskrankenanstalt führte ein europaweites offenes Verfahren für die Dienstleistung der Wäscheversorgung durch
- Bei Qualitätskriterien (nicht monetäre Kriterien) wurden u.a. bewertet:
 - Textiles Controlling und Kostenmanagement (30%; max. 300 Punkte)
 - Logistikkonzept des AN (30%; max. 300 Punkte)

Wäscheversorgung (UVS Tirol, 25.06.2009, 2008/K4/2682-8)

Problemstellung:

- Die genannten Qualitätskriterien waren nicht weiter definiert und konkretisiert
- Zuschlagsentscheidung wäre nicht objektiv nachvollziehbar
- Zuschlagsentscheidung der AG wurde für nichtig erklärt
- Fehler offenbar so schwerwiegend, dass Kriterien nicht „bestandfest“ wurden

Wäscheversorgung (UVS Tirol, 25.06.2009, 2008/K4/2682-8)

TIPP:

- Zuschlagskriterien sind genau zu konkretisieren (Subkriterien)
- Zunächst: „Was ist mir wichtig?“
- Juristische Formulierung ggf Experten überlassen
- Bei besonders schweren Ausschreibungsmängeln auch keine Präklusion der Anfechtung!

4. Fehlende Befugnis – „Befugnisdschungel“

... wir geben Ihnen Recht.

Enterale Nahrungsmittel, Sonden- und Trinknahrung (BVA 2.2.2006, 07N-12605-60)

Sachverhalt:

- 2 Gebietskrankenkassen führen ein europaweites oV zur Lieferung von enteralen Nahrungsmitteln, Sonden- und Trinknahrung durch.
- Vertragsdauer: 2 Jahre
- Ausschreibung enthielt folgende Passus: *„Im Bedarfsfall und auf Anforderung des AG muss eine Ernährungspumpe bzw. mobile Ernährungspumpe kostenlos zur Verfügung gestellt werden.“*
- Ein nachgereihter Bieter hat die Entscheidung der AG angefochten

Enterale Nahrungsmittel, Sonden- und Trinknahrung (BVA 2.2.2006, 07N-126/05-60)

Problemstellung:

- Welche Befugnis braucht ein Lieferant für das kostenlose zur Verfügung stellen einer Ernährungspumpe?
- Ernährungspumpe unterfällt der Medizinproduktegesetz (§§ 2 und 15 MedProdG)
- Bieter braucht Befugnis für „Handel mit Medizinprodukten“ (reglementiertes Gewerbe; § 94 Z 33 GewO)

Enterale Nahrungsmittel, Sonden- und Trinknahrung (BVA 2.2.2006, 07N-12605-60)

TIPP:

- Befugnisfrage ist immer öfter Schauplatz von vergaberechtlichen Auseinandersetzungen
- Als AG evtl. Hinweis auf notwendige Befugnisse geben (größerer Bieterkreis)
- Für Ausländer: Hinweis auf Gleichhaltungs- bzw. Anerkennungsbescheid bzw. Dienstleistungsanzeige

5. Formal/inhaltlich mangelhafte Angebote

... wir geben Ihnen Recht.

Beschaffung eines RIS-PACS-System (UVS Tirol 27.10.2005, 2005/K11/2722-3)

Sachverhalt:

- Bezirkskrankenhaus führte ein europaweites oV zur Lieferung eines RIS-PACS-Systems incl. Speicherfoliensystem und Schnittstellen für radiologische und klinische Abteilungen durch.
- Geschätzter AW: ca. EUR 3,000.000,--
- Angebot des Antragstellers
 - wird wegen multipler Mängel ausgeschieden
 - ist aber ca. EUR 600.000,-- günstiger, als Zuschlagsempfänger.

Beschaffung eines RIS-PACS-System

(UVS Tirol 27.10.2005, 2005/K11/2722-3)

Problemstellung:

- Ein preislich attraktives Angebot konnte von AG nicht weiter behandelt werden, weil es auszuschneiden war (AG hat keinen Entscheidungsspielraum!)
- Schränkt den Wettbewerb und die Auswahl für den AG massiv ein.
- Problem schwer in den Griff zu kriegen; AG hat auf Sorgfalt des/der Bieter kaum Einfluss

Beschaffung eines RIS-PACS-System

(UVS Tirol 27.10.2005, 2005/K11/2722-3)

TIPP:

- Bieter tendieren dazu, Angebote „am letzten Drücker“ fertig zu stellen (Fehlerhäufigkeit steigt)
- Ausländische Bieter mit österr. Formalismus oft überfordert
- Teilnahme- und Angebotsunterlagen so einfach als möglich zu gestalten. zB
 - nur eine Unterschrift (rechtsgültig)
 - Klare Handlungsanweisungen
 - Eigene Ausarbeitungen der Bieter vermeiden
 - Auch Vertragsentwürfe (Wartung etc) selbst vorgeben
- Ggf Vorinformation schalten

Textile Vollversorgung (UVS Tirol 24.07.2003, 2003/K11/0006-8)

Sachverhalt:

- Gemeindeverband (als Träger eines a.ö. KH) führt ein europaweites oV für die textile Vollversorgung durch (Lieferauftrag für OP-Wäsche steril & unsteril, Dienstbekleidung, Stationswäsche etc)
- Geschätzter AW: ca. EUR 480.000,-- p.a.
- Laufzeit: 5 Jahre
- 5-malige wöchentliche Lieferung zwingend vorgeschrieben
- Bestimmte Gewebequalität vorgeschrieben

Textile Vollversorgung (UVS Tirol 24.07.2003, 2003/K11/0006-8)

Sachverhalt (Forts.):

- Angebot des „Bestbieters“ enthielt
 - die Position „Oberkörperdecken“ nicht (Begründung: Verwendung sei laut Hersteller eines med. Gerätes nicht zulässig;
 - anscheinend auch nicht im Programm
 - Nachlass für 3-malige wöchentliche Belieferung
 - Nachlass für Mischgewebe bei einzelnen Artikeln
 - Nachlass für Laufzeit 6 Jahre
 - Nachlässe als „Alternativangebote“ tituliert

Textile Vollversorgung (UVS Tirol 24.07.2003, 2003/K11/0006-8)

Problemstellung:

- AG hat diese Position nach Angebotsabgabe aus dem LV gestrichen und Bewertung ohne Position „Oberkörperdecken“ durchgeführt
 - AG hat Behauptung des Bieters offenkundig ungeprüft Glauben geschenkt
 - Folge: Bietersturz
 - AG akzeptierte und bewertete Alternativen „Mischgewebe“ und „ 3-malige Belieferung“
- > sämtliche Vorgangsweisen vergaberechtswidrig!

Textile Vollversorgung (UVS Tirol 24.07.2003, 2003/K11/0006-8)

TIPP:

- Allfällige technische Inkompatibilitäten vor der Ausschreibung abklären
- Wenn sich doch Problem stellt, Berichtigung der Ausschreibung durchführen
- Ggf Erstreckung der Angebotsfrist
- Wenn Behauptung Bieter unzutreffend und Angebot fehlerhaft -> zwingende Ausscheidung!
- Keinesfalls bestandfestes Leistungsverzeichnis nachträglich verändern
- Allenfalls Widerruf in Betracht ziehen
- Allenfalls Alternativen zulassen (Wichtig: Mindestkriterien definieren!!)
- für längere Laufzeit: mit Optionen arbeiten

Vielen Dank!

Kontakt: RA Mag. Horst Fössl

Singer Fössl Rechtsanwälte OG

Apostelgasse 23, A-1030 Wien

T +43/1/22 88 500

F +43/1/22 89 506

E-Mail: foessl@sfr.at

...wir geben Ihnen Recht.