

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	21
EINLEITUNG	23
A. Ausgangslage: Globalisierung, Pandemien, Kriege und Krisen	23
B. Liefer- und Versorgungsengpässe im Gesundheitssektor	23
C. Gegenstand und Ziele der Untersuchung	26
I. Gegenstand der Untersuchung	26
II. Ziele und Notwendigkeit der Untersuchung	28
ERSTER TEIL: Versorgungssicherheit als sektorenübergreifende Herausforderung für die Bedarfsdeckung	33
A. Gesundheitssektor	33
I. Keine anerkannte Begriffsdefinition der Versorgungssicherheit	36
II. Maßnahmen im Interesse der Versorgungssicherheit	38
1. Europäische Ebene	38
a) Katastrophenschutzverfahren der EU	38
b) Schwerwiegende grenzüberschreitende Gesundheitsgefahren	39
c) Novelle des europäischen Arzneimittelrechts	41
d) Binnenmarkt-Notfall- und Resilienzverordnung	42
e) EU-FAB	43
2. Nationale Ebene	44
a) Nationaler Pandemieplan	44
b) Infektionsschutzrechtliche Gesetz- und Verordnungsgebung	44
c) Nationale Reserve Gesundheitsschutz und Pandemielager in den Bundesländern	49
d) ALBVVG	50
B. Energiesektor	52
I. Keine anerkannte Begriffsdefinition der Versorgungssicherheit	53

Inhaltsverzeichnis

II. Maßnahmen im Interesse der Versorgungssicherheit	54
1. REPowerEU	55
2. Erneuerbare Energien	56
3. LNGG	58
4. Security-of-Gas-Supply-Verordnung	58
C. Sektorenübergreifende Bedarfsdeckungsstrategien im Interesse der Versorgungssicherheit	59
I. Bevorratung, Diversifizierung, (solidarische) Internationalisierung, aber auch lokale Produktion als Bedarfsdeckungsstrategien	59
II. Neujustierung des Ordnungsrahmens	60
D. Konturierung und Definition der Versorgungssicherheit	61
I. Mehrdimensionalität	61
II. Die Zielbestimmung »Sicherheit«	63
1. Sicherheit durch Risikovorsorge gegen Mangel	63
a) Risikovorsorge durch Risikodiversifizierung und -beherrschung	68
b) Fazit	69
2. Sicherheit durch akute Mangelbewältigung	70
III. Versorgungssicherheit und Resilienz	71
IV. Versorgungssicherheit im Bereich der Verteidigungs- und Sicherheitsvergaben	74
V. Resümee und Definitions vorschlag	76
ZWEITER TEIL: Versorgungssicherheit auf Ebene der Bedarfsdeckung	77
A. Versorgungssicherheit und die öffentlichen Primäraufgaben im Rahmen der Gesundheitsversorgung	79
I. Versorgungssicherheit und der Basiszweck öffentlicher Bedarfsdeckung	79
1. Die Aufgabe (strategischer) Bedarfsdeckung und ihre Zwecke	81
2. Die Herausforderung der Versorgungssicherheit und ihr Zweck	83
3. Schlussfolgerung für die Ebene der Vergabe	84
4. Fazit	85

Inhaltsverzeichnis

II. Die Relevanz von Bedarfsdeckungsvorgängen für die Primäraufgaben der Versorgung	85
1. Die Versorgungsrelevanz im Arzneimittelrecht	86
2. Versorgungsrelevanz kein zusätzliches Kriterium für einzelne Bedarfsdeckungsvorgänge	87
3. Schlussfolgerungen für die Ebene der Vergabe	88
4. Fazit	88
B. Versorgungssicherheit im Kompetenzgefüge	89
I. Verwaltungskompetenzen	90
II. Gesetzgebungskompetenzen	91
III. (Vorrang-)Regeln	93
1. Norm- und Wertungswidersprüche im Rahmen der Gesetzgebung	93
a) Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung	94
b) Systemgerechtigkeit bzw. Folgerichtigkeit	96
2. Verbleibende Gestaltungsspielräume öffentlicher Auftraggeber	97
a) Systemgerechtigkeit bzw. Folgerichtigkeit	97
b) Vorrang des Gesetzes	98
c) Kohärenz mitgliedsstaatlicher Bedarfsdeckung mit dem Unionsrecht	99
3. Fazit	100
C. Versorgungssicherheit als Determinante für staatliche Eigen- oder Fremdleistung	101
I. Staatliche Eigenleistung und Beschaffungsautonomie der (Sozial-)Verwaltung	103
II. Maßstäbe staatlicher Eigenleistung im einfachen Recht	105
1. Kommunalwirtschaftsrecht	105
2. Infektionsschutzrecht	106
3. Sozialversicherungsrecht	107
4. Haushaltsrecht	108
5. Wettbewerbsrecht	109
III. Maßstäbe staatlicher Eigenleistung im Verfassungsrecht	111
1. Wirtschaftsverfassung, Steuerstaats- und Subsidiaritätsprinzip	111
2. Wirtschaftsgrundrechte	114
3. Verhältnismäßigkeitsprinzip	117
4. Wirtschaftlichkeitkeitsprinzip	118

Inhaltsverzeichnis

5. Ausschließliche, obligatorische und unvertretbare Staatsaufgaben	120
6. Annex: Verschiebung der Primäraufgabenverantwortung	122
IV. Maßstäbe mitgliedsstaatlicher Eigenleistung im Europarecht	124
V. Ableitungen unter dem Aspekt der Versorgungssicherheit	126
1. Keine Aufgaben-Mittel-Relation zwischen Versorgungssicherheit und staatlicher Eigen- oder Fremdleistung	126
a) Ausnahmsweise Ermessensreduzierung auf Null	127
b) Wirtschaftliche Versorgungssicherheit	129
c) Grundfreiheiten als Ermessensgrenzen	129
d) Vertypete Zweckmäßigkeitserwägungen	129
2. Fazit	132
3. Annex: Verschiebung der Primäraufgabenverantwortung	132
D. Potentiale und Limitierungen rechtsgeschäftlicher Beschaffung für Versorgungssicherheit	133
I. Potentiale	134
1. Das freiheitsschonende Potential	134
2. Das innovationsschöpfende Potential	137
3. Die Überwindung der Gebietshoheit	140
II. Limitierungen	141
1. Die Erforderlichkeit imperativen Ordnungsrechts am Beispiel des Bewirtschaftungsrechts	141
2. Die Akzessorietät versorgungssichernder, rechtsgeschäftlicher Beschaffung	143
III. Fazit	143
DRITTER TEIL: Versorgungssicherheit auf Ebene der Vergabe	145
A. Vergaberechtliche Anknüpfungspunkte	145
I. Versorgungssicherheit und die Zwecke der § 97 Abs. 3 GWB, § 2 Abs. 3 UVgO	145
1. Bestandsaufnahme	145
2. Zuordnung und Abgrenzung	148
a) Versorgungssicherheit und strategische Vergabe	148
b) Versorgungssicherheit und Qualität	151

Inhaltsverzeichnis

c) Versorgungssicherheit und Innovation	153
d) Zwischenergebnis	153
3. Konsequenzen: Versorgungssicherheit als unbenannter Aspekt	153
II. Reformüberlegungen: Versorgungssicherheit als Grundsatz der Vergabe	157
B. Versorgungssicherheit im Spannungsfeld der Vergabegrundsätze	157
I. Wettbewerbs-, Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz	158
1. Wettbewerb als „Instrument und Ziel“ des Vergaberechts	158
2. Gleichbehandlung und Transparenz	160
3. Versorgungssicherheit und chancengleicher Wettbewerb	161
a) Versorgungssicherheit durch chancengleichen Wettbewerb	161
b) Limitierungen chancengleichen Wettbewerbs	163
aa) Limitierungen chancengleichen Wettbewerbs und Risikobeherrschung	163
(1) Der Zugang von Wirtschaftsteilnehmern und Waren aus Drittstaaten zum Beschaffungsmarkt der Union: Die Perspektive der VRL	164
(a) Die Auffassung der Vergabenachprüfungsinstanzen	165
(b) Diskurs im Schrifttum	166
(c) Schlussanträge der Generalanwälte Rantos und Collins, Rechtsprechung des EuGH	168
(d) Stellungnahme: (Beschaffungs-)Marktöffnung und Reziprozität	168
(2) Der Zugang von Wirtschaftsteilnehmern und Waren aus Drittstaaten zum nationalen Beschaffungsmarkt: Die Perspektive des nationalen, „allgemeinen“ Vergaberechts	175
(3) Zwischenfazit und Schlussfolgerungen für Beschaffungsstrategien der Risikobeherrschung	180

Inhaltsverzeichnis

bb) Limitierungen chancengleichen Wettbewerbs und akute Mangelbewältigung	182
II. Wirtschaftlichkeit	183
1. Überblick	183
2. Einzel- oder Volkswirtschaftlichkeit	184
3. Versorgungssicherheit und Wirtschaftlichkeit	184
4. Ökonomie	186
III. Verhältnismäßigkeit	187
1. Überblick	187
2. Maßstabsbildung	188
3. Versorgungssicherheit und Verhältnismäßigkeit	189
a) Maßstabskonkretisierung für den Aspekt der Versorgungssicherheit	189
b) Verhältnismäßigkeit der Veranlassung unternehmerischer Strukturentscheidungen	190
c) Beschaffer- und vergabeverfahrensübergreifende Belastungskumulation	191
IV. Mittelstandsschutz	193
1. Überblick	194
2. Versorgungssicherheit und Mittelstandsschutz	195
V. Fazit	196
C. Rechtliche Möglichkeiten, Grenzen und Reformoptionen im Interesse der Versorgungssicherheit	198
I. Mangelprävention durch Risikodiversifizierung	198
1. Auftragnehmerdiversifizierung	198
a) Diversifizierung mittels Losbildung	198
aa) Teillose und variierende Verfahrensgestaltung	199
bb) Fachlose und variierende Verfahrensgestaltung	201
cc) „Backup“-Fachlose	201
(1) Besonderheiten bei Rahmenvereinbarungen: Verbot der Doppelvergabe	205
(2) Zwischenfazit	207
dd) „80/20-Regel“ als Diversifizierungsinstrument	207
ee) Loslimitierungen	208
(1) Scharfstellen der Chance auf Diversifizierung mittels Zuschlagslimitierung	209

Inhaltsverzeichnis

(2) Zuschlagslimitierung unter Vorbehalt	211
(3) Zwischenfazit	211
b) Diversifizierung mittels Mehr-Auftragnehmer-Rahmenvereinbarungen	212
aa) Vollständige und unvollständige Rahmenvereinbarungen	212
bb) Mini-Wettbewerbe bei unvollständigen Rahmenvereinbarungen	213
cc) Auswahlkriterien bei vollständigen Rahmenvereinbarungen	215
(1) Zulässige Gestaltung des Kaskadenverfahrens mit Haupt- und Ersatzversorgung	215
(2) Rotationsmodell	218
dd) Spezialfall Arzneimittelrabattverträge	219
ee) Zwischenfazit	220
c) Diversifizierung mittels dynamischer Beschaffungssysteme	221
2. Lieferkettendiversifizierung	224
a) Lieferkettendiversifizierung und Loslimitierung	224
aa) Keine Erstreckung von Loslimitierungen in die Lieferkette	224
bb) Reformüberlegungen	227
b) § 97 Abs. 4 Satz 4 GWB	228
3. Fazit	229
II. Mangelprävention durch Risikobeherrschung	231
1. Supranationale und völkerrechtliche Vorzeichen	231
a) Grundfreiheiten	232
aa) Rechtfertigung zum Schutz der Gesundheit und der öffentlichen Sicherheit	235
bb) Zwischenfazit	239
b) General Procurement Agreement	239
aa) Anwendungsbereich	240
bb) Grundsatz der Inländerbehandlung	241
(1) Nationale Produktionsortvorgabe auf dem Prüfstand des GATT: WTO, Turkey, Certain measures concerning the production, importation and marketing of pharmaceutical products, WT/DS583	243

Inhaltsverzeichnis

(2) Konsequenzen für Art. III:2 lit. b GPA	246
cc) Zwischenfazit	249
c) Fazit	250
2. Eignungskriterien	250
a) Resilienzanforderungen und -nachweise	251
aa) Eignungsanforderungen an die Resilienzkapazität, § 46 Abs. 1 Satz 1 VgV	251
bb) auch bei reinen Lieferaufträgen, § 46 Abs. 1 Satz 2 VgV	253
cc) Vielgestaltigkeit von Resilienzkapazitäten als rechtliche Herausforderung	254
(1) Qualitätssicherungsnormen	255
(2) Funktionale Mindestanforderungen an die Resilienzkapazität	256
(a) Verhältnismäßigkeit	258
(b) Gleichbehandlung	259
dd) Zwischenfazit	260
b) Produktionskapazitätskontrollen, § 46 Abs. 3 Nr. 5 VgV	260
c) Fazit	261
3. Zuschlagskriterien	262
a) Erscheinungsformen	263
b) Systematische Zuordnung zum Aspekt der Versorgungssicherheit	264
c) Kriterien zur Erhöhung der Versorgungssicherheit	265
aa) Konzeptwettbewerb um die „Resilienz der Lieferkette“	265
bb) (Durch den öffentlichen Auftraggeber)	
Bestimmte Resilienzkriterien	266
(1) Verwendungsnahe Bevorratung	266
(2) Produktionsortkriterien	268
(a) Marktzugang	269
(b) Auftragsbezug	269
(c) Gebot objektiver Zuschlagskriterien	271
(d) Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit	271
(e) Zwischenfazit	274
(3) Kriterien in Anlehnung an Art. 23 VSRL, § 8 VSVgV	
	275

Inhaltsverzeichnis

(4) Ausschließlicher Leistungswettbewerb	277
d) Fazit	278
4. Vertragsunterlagen	279
a) Leistungsbeschreibung	280
b) Produktionsortvorgaben: Leistungsmerkmal oder Ausführungsbedingung?	282
aa) Abgrenzung	283
bb) Produktionsortvorgaben als herkunftsbezogenes Leistungsmerkmal nach § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV	285
cc) ALBVVG-Produktionsortvorgabe: (hälftige) EU/EWR-Wirkstoffherstellung für patentfreie Antibiotika und patenfreie Arzneimittel mit drohender oder bestehender versorgungsrelevanter Marktkonzentration	287
(1) Supranationale Zuständigkeitsverteilung	287
(2) Die Vereinbarkeit der ALBVVG-Produktionsortvorgabe mit dem GPA	288
(3) Die Vereinbarkeit der ALBVVG-Produktionsortvorgabe mit dem Unionsrecht	290
(4) Zwischenfazit	291
dd) Produktionsortvorgaben	291
c) Ausführungsbedingungen	292
d) Besondere Vertragsbedingungen	294
e) Fazit	302
5. Besondere Instrumente	304
a) Rahmenvereinbarungen	304
aa) Flexibilitätsgefährdung durch Höchstmengenrechtsprechung des EuGH	306
(1) Die Rechtssache Autorità Garante und die Auslegung der Entscheidung durch die Nachprüfungsinstanzen	306
(2) Die Rechtssache Simonsen & Weel	308
(3) Verbleibende Unsicherheiten	309
(4) Zwischenfazit	310
bb) Die Höchstmengenrechtsprechung auf dem Prüfstand	310
(1) Wortlaut und Systematik	310
(2) Gleichbehandlung und Transparenz	312

Inhaltsverzeichnis

(3) Zwischenfazit	314
cc) Unbegrenzt zulässige (Schätz-)Mengenüberschreitungen	315
(1) Meinungsstand	315
(2) Lösungsvorschlag	316
(3) Zwischenfazit	318
dd) Höchstmengen bei Unterschwellenvergaben	318
ee) Hilfsweise: Limits für Höchstmengen?	319
(1) Meinungsstand	319
(2) Beurteilungsspielraum öffentlicher Auftraggeber	320
(3) Zwischenfazit	321
ff) Hilfsweise: Höchstmengen bei Mehr- Auftragnehmer-Rahmenvereinbarungen	322
gg) („Reform“-)Option: Gesetzgeberische Klarstellung	323
b) Dynamische Beschaffungssysteme	324
c) Lieferantenlisten	325
III. Akute Mangelbewältigung	327
1. Instrumente für flexible und schnelle Vergaben in Mangellagen	328
a) Überblick	329
b) Instrumente für flexible und schnelle Vergaben	334
aa) Beschleunigte Vergaben	334
bb) Dringlichkeitsvergaben	335
cc) Interimsvergaben	336
(1) Interimsvergabe als „Vorranglösung“ – auch im Rechtsschutzsystem des GWB- Vergaberechts	340
(2) Stellungnahme und Kritik	342
(a) Derzeitige Rechtswidrigkeit der „Rechtmäßigkeitslösung“ im GWB- Vergaberecht	343
(b) Unzulänglichkeiten der „Rechtsfolgenlösung“	346
(c) Unzulänglichkeiten des „Rechtsinstituts“ der Interimsvergabe	348
(3) Zwischenfazit	349
dd) Auftragsänderungen	349

Inhaltsverzeichnis

ee) Weitere verfahrensrechtliche Instrumente	356
(1) Rückgriff auf Angebote aus dem ursprünglichen Vergabeverfahren nach Zuschlagserteilung	356
(2) Zurückspringen in das Vergabeverfahren nach Zuschlagserteilung	357
(3) Zwischenfazit und Schlussfolgerungen	359
ff) Zwischenfazit	360
c) Konsequenzen, Neuordnung und Perspektivenwechsel	360
2. Flexible und schnelle Vergaben (nur) durch Prävention	363
a) Die vergaberechtliche Unvorhersehbarkeit	364
aa) Maßstabsbildung	365
bb) Maßstab bei Dauerbedarfen	366
b) Qualifizierte Dringlichkeit bei Dringlichkeitsvergaben	366
c) Darlegungs- und Feststellungslast	367
d) Akute Mangelbewältigung nicht ohne Prävention	367
3. Krisenvergaberecht: Eigenes Regime oder punktuelle Anpassungen?	369
a) Bestandsaufnahme: Spezielle Krisenvergaberegime jüngerer Zeit	370
b) Kein Sonderregime für Krisenvergaben	373
IV. Vergabekooperationen	376
1. Zentralisierte Nachfragebündelung öffentlicher Auftraggeber	377
a) Potentiale für Versorgungssicherheit	377
b) Koordinierung: Bedarfsermittlung, Mengensteuerung, Verteilung und Logistik	380
c) Keine konkurrierenden Alleingänge	381
aa) Rechtliche Einordnung	382
bb) Exklusivitätsversprechen	383
2. Beschaffungskooperationen mit Privaten	385
a) Vertikale öffentlich-private Einkaufskooperationen	385
aa) Maßstäbe zulässiger vertikaler öffentlich-privater Einkaufskooperationen	386
bb) „Logistik-Sourcing“	387
cc) „Unternehmensnetzwerk“	388

Inhaltsverzeichnis

b) Keine horizontalen öffentlich-privaten Einkaufskooperationen	389
3. Fazit und Reformüberlegungen	389
Zusammenfassung und Ergebnisse	391
Erster Teil	391
Zweiter Teil	393
Dritter Teil	395
Vergabe- und Versorgungssicherheitskonzepte	402
Reformoptionen	403
Literaturverzeichnis	407