

NEWSLETTER: ÖFFENTLICHER SEKTOR – DEZEMBER 2020

14 DECEMBER 2020 • ARTICLE



Willkommen zu unserer ersten Ausgabe des Öffentlichen Sektor Newsletters von Watson Farley & Williams.

THEMA DES MONATS

Bündelung von Bedarfen – Gemeinsame Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern richtig umgesetzt

Die öffentliche Hand sieht sich einer Vielzahl an Herausforderungen gegenüber – z.B. beim Aufbau von Breitbandinfrastruktur, bei der Digitalisierung von Schulen und Verwaltungen, der Modernisierung und Sanierung von öffentlichen Liegenschaften und Verkehrsinfrastruktur oder der Ausstattung von Krankenhäusern sowie sonstigen Einrichtungen.

Ein Lösungsansatz ist die Bündelung von Bedarfen mehrerer öffentlicher Auftraggeber, um die erforderlichen Bau-, Liefer- und (freiberuflichen) Dienstleistungen gemeinsam beschaffen zu können.

Vorteile durch die Bündelung von Bedarfen

Die Bündelung von Bedarfen hat eine ganze Reihe von Vorteilen – sowohl für öffentliche Auftraggeber als auch für Bieterunternehmen.

Zum einen bringt ein solches Vorgehen die Chance mit sich, auf Seiten der öffentlichen Hand signifikante Synergieeffekte herbeizuführen und den administrativen Aufwand für die Vorbereitung sowie Durchführung von Beschaffungsvorhaben zu reduzieren. So können z.B. Markterkundungen gemeinsam durchgeführt sowie gegebenenfalls erforderliche Unterstützungsleistungen von den Kooperationspartnern zentral genutzt werden. Der Aufwand für die Erarbeitung von Leistungsbeschreibungen, Vergabe- und Vertragsunterlagen lassen sich damit reduzieren.

Zum anderen führt die Bündelung von Bedarfen auch dazu, dass der Umfang der auszuschreibenden Leistungen größer wird und damit auch die Nachfragemacht der öffentlichen Hand zunimmt. Aufgrund der Zusammenführung mehrerer Bedarfe in einen gesamtheitlichen Leistungsumfang können qualitative Anforderungen auf dem Markt besser durchgesetzt und im Übrigen in aller Regel auch wirtschaftlichere Konditionen erzielt werden.

Darüber hinaus führen größere Leistungsumfänge dazu, dass in Märkten mit großer Nachfrage wie z.B. im Planungs- und Baubereich oder dem Bereich der Informationstechnologie überhaupt eine ausreichende Anzahl an Angeboten eingeht. Denn auch für Bieterunternehmen bedeutet die Beteiligung an Ausschreibungsverfahren einen gewissen Aufwand, der kaufmännisch im Verhältnis zum erwartbaren Leistungsumfang im Falle einer Beauftragung bewertet wird.

Strukturelle Möglichkeiten der Bedarfsbündelung

Für die strukturelle Bedarfsbündelung kommen sowohl Formen einer längerfristigen als auch einer lediglich bedarfsbezogenen Kooperation in Betracht.

Interkommunale Kooperation

Sofern z.B. Beschaffungsbedarfe von Kommunen gebündelt und Aufgaben gemeinsam wahrgenommen werden sollen, kommt eine interkommunale Kooperation im Sinne von § 108 Abs. 6 GWB in Betracht. Allerdings sind die Anforderungen an die Zulässigkeit und die Ausgestaltung einer solchen interkommunalen Kooperation durch aktuellere Entscheidungen der Rechtsprechung verschärft worden und die Kooperation ist im Übrigen auf bestimmte Aufgabenbereiche beschränkt.

Inhousevergabe

Sofern mehrere öffentliche Stellen bei der Beschaffung zusammenwirken wollen und aus diesem Grunde eine gemeinsame Organisationsform begründen bzw. dieser beitreten, kommt eine Übertragung der Aufgabe zur Beschaffung von Leistungen im Wege der sog. Inhousevergabe im Sinne von § 108 Abs. 1 bis 5 GWB in Betracht. Dabei werden die Bedarfe in der Form gebündelt, dass dann die gemeinsame Organisationsform z.B. als kommunale Infrastrukturgesellschaft oder IT Zweckverband die Beschaffungen für deren öffentliche Gesellschafter bzw. Mitglieder durchführt.

Strategische Partnerschaft

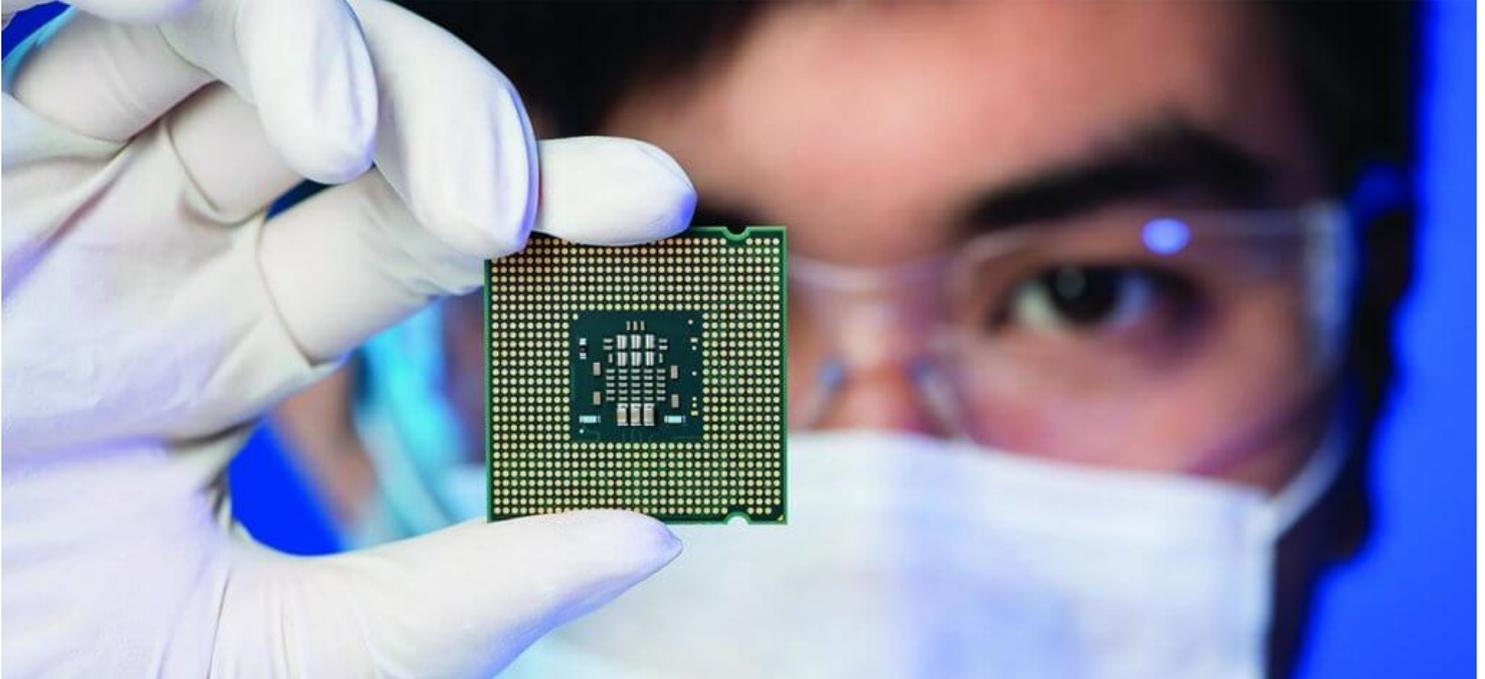
Auch die strategische Kooperation zwischen der öffentlichen Hand und einem privaten Partner ist möglich, z.B. um von der Expertise eines Privatunternehmens in einem bestimmten Bereich zu profitieren und langfristige Modernisierungen bzw. Konsolidierungen in der Aufgabenwahrnehmung zu erreichen. Hierbei gelten allerdings bestimmte Voraussetzungen, da zwar die Begründung einer solchen öffentlich-privaten Partnerschaft für sich genommen keinen Beschaffungsvorgang im Sinne von §§ 103 bis 105 GWB darstellt, allerdings die Übertragung der Aufgabenwahrnehmung auf die strategische Kooperation durchaus.

Zentrale Beschaffungsstelle

Die öffentliche Hand kann Bedarfe darüber hinaus bündeln, indem auf eine sog. Zentrale Beschaffungsstelle im Sinne von § 120 Abs. 4 GWB zurückgegriffen wird. Dabei ist die Zentrale Beschaffungsstelle selbst als öffentlicher Auftraggeber tätig und beschafft diejenigen Leistungen, die von den eigentlichen Bedarfsträgern benötigt werden. Eine Zentrale Beschaffungsstelle kann sowohl eine öffentliche Stelle als auch ein privater Kooperationspartner sein. Letzteres ist z.B. der Fall bei den Einkaufsdienstleistern im Gesundheitsbereich.

Gelegentliche gemeinsame Auftragsvergabe

Mehrere öffentliche Stellen können sich aber auch bedarfsbezogen lediglich für einzelne Beschaffungsvorhaben zusammenschließen und die gemeinsame Vorbereitung sowie Durchführung von Ausschreibungen im Wege der sog. gelegentlichen gemeinsamen Auftragsvergabe gemäß § 4 VgV vereinbaren.



Vertragliche Grundlage für die gemeinsame Bedarfsdeckung

Neben des Lösungsansatzes zur strukturellen Bedarfsbündelung muss auch darüber entschieden werden, auf welcher vertraglichen Grundlage die Bedarfsdeckung erfolgt. Zielsetzung ist in aller Regel, dass eine gewisse Flexibilität beim Leistungsabruf sichergestellt sein sollte, da der konkrete Leistungsumfang bei mehreren Bedarfsträgern im Vorfeld tendenziell lediglich prognostisch abgeschätzt werden kann.

Rahmenvereinbarungen

Als vertragliche Grundlage für die Bedarfsdeckung können Rahmenvereinbarungen nach Maßgabe von § 103 Abs. 5 GWB dienen. Aus solchen Rahmenvereinbarungen können dann mehrere öffentliche Auftraggeber die erforderlichen Leistungen abrufen. Denkbar ist auch, dass mehrere Unternehmen als Vertragspartner im Wege sog. Mehrpartnerrahmenvereinbarungen vorgesehen sind. Die Anforderungen an die vertragliche Ausgestaltung von Rahmenvereinbarungen sind in der letzten Zeit durch verschiedene Entscheidungen konkretisiert worden, was z.B. für die Frage nach der Angabe von Mindest- und Höchstmengen gilt. Ebenso wurden die Anforderungen an sog. Warenkörbe zum Leistungsabruf weiterentwickelt.

Einzelverträge mit Optionen

Eine andere Möglichkeit einer vertraglichen Grundlage sind Einzelverträge zur Deckung von Bedarfen, die mit weiteren Optionen hinsichtlich der Menge und / oder der Verlängerung der Vertragslaufzeit hinterlegt sind. Das heißt, dass neben einer Mindestabnahme bzw. -vertragslaufzeit vertraglich einseitige Leistungsbestimmungsrechte der öffentlichen Auftraggeber vorgesehen sind, die eine Erweiterung z.B. von Liefermengen und / oder der Vertragslaufzeit ermöglichen.

AKTUELLE ENTWICKLUNGEN

Krankenhauszukunftsgesetz (KHZG) stellt EUR 3 Milliarden für die Digitalisierung von Krankenhäusern zur Verfügung

Mit einem Investitionsprogramm verschafft das Bundesgesundheitsministerium den Kliniken bzw. Krankenhäusern ein digitales Update. Der Bund wird ab dem 1. Januar 2021 eine Fördersumme von EUR 3 Milliarden bereitstellen, damit Krankenhäuser in moderne Notfallkapazitäten, die Digitalisierung und ihre IT-Sicherheit investieren können. Mit dem Gesetz wird das durch die Koalition bereits am 3. Juni 2020 beschlossene „Zukunftsprogramm Krankenhäuser“ umgesetzt. Zum 1. Dezember 2020 ist die dazugehörige Förderrichtlinie veröffentlicht worden, in der die Anforderungen an die Antragstellung etc. für Krankenhäuser und Kliniken konkretisiert werden.

Siehe Veranstaltung am 21. Januar.

Aktualisierter Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Erhöhung der Sicherheit informationstechnischer Systeme (IT-Sicherheitsgesetz 2.0)

Mit dem Referentenentwurf vom 19. November 2020 für ein IT-Sicherheitsgesetz 2.0 sollen insbesondere die Befugnisse des Bundesamts für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) ausgebaut werden. Angedacht ist die Einführung von Sicherheitskennzeichen für IT-Produkte. Neben erweiterten Pflichten für Betreiber kritischer Infrastrukturen (KRITIS) ist vorgesehen, dass eine auch sog. Unternehmen im öffentlichen Interesse vom Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst werden. Es besteht also bei einer ganzen Reihe von Adressaten Handlungsbedarf, um eine Konformität mit den neuen Vorgaben sicherzustellen.

Siehe Veranstaltung am 11. Februar.

AKTUELLE RECHTSPRECHUNG

Ausschreibungsfreie Zusammenarbeit auf vertraglicher Grundlage nur mit Kooperationskonzept auf Gegenseitigkeit (EuGH, Beschl. v. 04. Juni 2020, Rs. C-429/19)

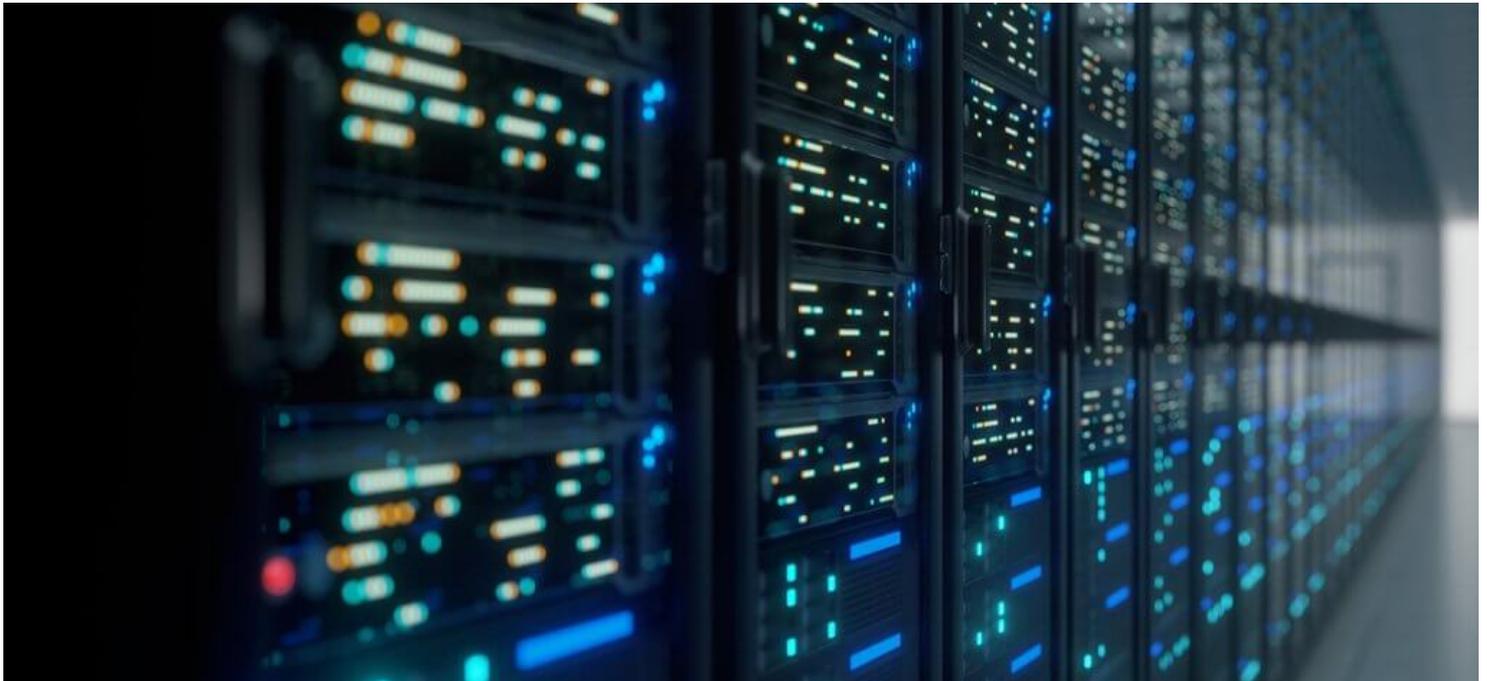
Öffentliche Auftraggeber dürfen nur dann ohne Ausschreibung nach Maßgabe von § 108 GWB auf vertraglicher Grundlage im Wege der interkommunalen Kooperation zusammenarbeiten, wenn sie gemeinsam eine Aufgabe von allgemeinem öffentlichen Interesse wahrnehmen und dabei Regelungen treffen, die strategische Beiträge der einzelnen Beteiligten definieren und über einen reinen Austausch von Leistung gegen Entgelt hinausgehen.

Eignungsprüfung bei sog. Newcomern unter gewissen Voraussetzungen mit niedrigeren Anforderungen (OLG Frankfurt a.M., Beschl. v. 01. Oktober 2020 – 11 Verg 9/20)

Sofern öffentliche Auftraggeber einen Prüfungsmaßstab mit niedrigeren Anforderungen an die Eignung sog. Newcomer festlegen möchten, ist dies ausdrücklich in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen bekannt zu machen. Dabei muss unter Berücksichtigung des ausgeschriebenen Auftragsgegenstandes eine Festlegung erfolgen, unter welchen Voraussetzungen sowie auf welche Art und Weise der öffentliche Auftraggeber die Eignung bei sog. Newcomern überprüft.

Preisprüfung auch hinsichtlich einzelner Positionen im Angebot zulässig (VK Nordbayern, Beschl. v. 07. Oktober 2020 – RMF-SG21-3194-5-39)

Die Aufklärungspflicht setzt ein, sobald objektive Anhaltspunkte für einen unangemessen niedrigen Angebotspreis gegeben sind. Dabei ist grundsätzlich der Gesamtpreis des Angebots Prüfungsgegenstand, wobei öffentliche Auftraggeber die Prüfungstiefe im Rahmen ihres Ermessens bestimmen können. Das heißt, dass auch eine Prüfung lediglich einzelner Preispositionen möglich ist.



VERANSTALTUNGEN

Veranstaltungen	Datum	Referent/in
Führungskräfte Forum des Behörden Spiegel - DigitalPakt Schule: Rechtssichere Vergabe von IT-Leistungen im Bildungsbereich	17.12.2020	Dr. Felix Siebler, LL.M.
IHK Auftragsberatungsstelle Baden-Württemberg: Effizientes Beschaffungsmanagement – 10 Aspekte für eine erfolgreiche Bewerbung als Bieterunternehmen um öffentliche Aufträge	19.01.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M.

WATSON FARLEY & WILLIAMS

Veranstaltungen	Datum	Referent/in
Krankenhauszukunftsgesetz – Ziele, Fördergegenstände und Ablauf des Antragsverfahrens	21.01.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Annabelle Forster, LL.M.
Bündelung von Bedarfen - Gemeinsame Beschaffungen von öffentlichen Auftraggebern richtig umgesetzt	26.01.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Dr. Jonathan Möller
Führungskräfte Forum des Behörden Spiegel: DigitalPakt Schule: Rechtssichere Vergabe von IT-Leistungen im Bildungsbereich	09.02.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M.
IT-Auswirkungen auf Betreiber (kritischer) Infrastrukturen und sog. Unternehmen im öffentlichen Interesse sowie Beschaffungsvorhaben	11.02.2021	Dr. Felix Siebler, LL.M. Verena Sauer

KEY CONTACTS



DR FELIX SIEBLER LL.M.

PARTNER • GERMANY

T: +49 89 237 086 155

fsiebler@wfw.com

DISCLAIMER

Watson Farley & Williams is a sector specialist international law firm with a focus on the energy, infrastructure and transport sectors. With offices in Athens, Bangkok, Dubai, Dusseldorf, Frankfurt, Hamburg, Hanoi, Hong Kong, London, Madrid, Milan, Munich, New York, Paris, Rome, Seoul, Singapore, Sydney and Tokyo our 700+ lawyers work as integrated teams to provide practical, commercially focussed advice to our clients around the world.

WATSON FARLEY & WILLIAMS

All references to 'Watson Farley & Williams', 'WFW' and 'the firm' in this document mean Watson Farley & Williams LLP and/or its affiliated entities. Any reference to a 'partner' means a member of Watson Farley & Williams LLP, or a member, partner, employee or consultant with equivalent standing and qualification in WFW Affiliated Entities. A list of members of Watson Farley & Williams LLP and their professional qualifications is open to inspection on request.

Watson Farley & Williams LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC312252. It is authorised and regulated by the Solicitors Regulation Authority and its members are solicitors or registered foreign lawyers.

The information provided in this publication (the "Information") is for general and illustrative purposes only and it is not intended to provide advice whether that advice is financial, legal, accounting, tax or any other type of advice, and should not be relied upon in that regard. While every reasonable effort is made to ensure that the Information provided is accurate at the time of publication, no representation or warranty, express or implied, is made as to the accuracy, timeliness, completeness, validity or currency of the Information and WFW assume no responsibility to you or any third party for the consequences of any errors or omissions. To the maximum extent permitted by law, WFW shall not be liable for indirect or consequential loss or damage, including without limitation any loss or damage whatsoever arising from any use of this publication or the Information.

This publication constitutes attorney advertising.