

Einkaufsgemeinschaften

Vergaberechtliche Fallstricke

Über 90 Prozent der Einrichtungen im Gesundheitswesen haben sich Einkaufsgemeinschaften angeschlossen, um ihren Einkauf zu optimieren. Der Beitritt in und der Wechsel von Einkaufsgemeinschaften ist nicht nur ein aufwendiger Prozess. Für öffentlich-rechtliche Kliniken ist dieser Schritt auch mit den Fallstricken des Vergaberechtes verbunden.

Von Adam Pawelek, Arnd Bühner

Spätestens seit der Entscheidung der ersten Vergabekammer des Bundes (VK Bund) vom 11. Mai 2016 (VK 1–22/16) ist eindeutig geklärt, dass ein Vertrag zwischen einem öffentlich-rechtlichen Krankenhaus und einem „Einkaufsdienstleister“ einen entgeltlichen öffentlichen Auftrag darstellt und damit öffentlich ausgeschrieben werden muss. Die VK Bund hat die übliche Praxis der vergaberechtsfreien Auswahl einer Einkaufsgemeinschaft für rechtswidrig erklärt und damit die betroffenen Krankenhäuser vor eine große Herausforderung gestellt. Viele Kliniken wiegen sich in Sicherheit, weil seit dem Abschluss ihrer Verträge mit Einkaufsgemeinschaften bereits etliche Jahre vergangen sind. Diese Sicherheit ist jedoch sehr trügerisch, denn diese Verträge schützen weder vor einer Sanktionierung aufgrund bereits zurückliegender Vergabeverstöße noch vor dem Vorwurf unwirtschaftlichen Handelns.

Die VK Bund stellte zunächst fest, dass die Dienstleistungen einer „Einkaufsgemeinschaft“ als Beratung bei der Beschaffung von medizinischem und pflegerischem Sachbedarf, Hausverbrauchsmaterialien, pharmazeutischen Produkten und Apotheken- sowie Laborbedarf anzusehen sind. Damit wurde die bis dato oft vertretene These widerlegt, dass es sich um eine Konzession handeln könnte. Die Aufgabe der Einkaufsgemeinschaft ist der eigentlichen Beschaffung von Waren und Dienstleistungen durch ein Krankenhaus vorgelagert. Diese leistet eine Beschaffungsberatung und unterstützt die Kli-

niken bei der Optimierung des Beschaffungsbedarfs. Gleichzeitig schließt sie Rahmenverträge mit Lieferanten ab, auf deren Basis Kliniken einzelne Beschaffungsvorgänge abwickeln können. Die Einkaufsgemeinschaft ist kein Lieferant im Sinne eines Händlers, da sie keine Waren auf eigene Rechnung einkauft und wieder an die Kliniken verkauft. Im Ergebnis muss die Mitgliedschaft in einer Einkaufsgemeinschaft als öffentlicher Dienstleistungsauftrag qualifiziert und in aller Regel öffentlich ausgeschrieben werden.

Bestimmung des Auftragswertes

Die Qualifizierung der Leistung einer Einkaufsgemeinschaft als Beratungsleistung ist substanziell für die richtige Bestimmung des Auftragswertes der Leistung. Dieser Wert wird benötigt, um feststellen zu können, ob der Schwellenwert für eine EU-weite Ausschreibung überschritten wird – was regelmäßig der Fall sein dürfte – oder ob eine Vergabe nach Unterschwellenvergaberecht erfolgen darf. Da die Einkaufsgemeinschaft nicht Lieferant ist, kommt es nicht auf den Wert der üblicherweise vom Krankenhaus eingekauften Waren und Dienstleistungen („Warenkorb“) an, sondern auf die Honorarhöhe der Beratungsleistung, also die Höhe der Vergütung, die die Einkaufsgemeinschaft für die Dienstleistung erhalten soll. Hierbei ist die gesamte Laufzeit des Vertrages zwischen dem Krankenhaus und der Einkaufsge-

meinschaft zu berücksichtigen, maximal jedoch der Wert von 48 Monaten.

Die Bestimmung des Auftragswertes erweist sich häufig als schwierig, da die Einkaufsgemeinschaften für ihre Leistungen einerseits ein Entgelt von den angeschlossenen Krankenhäusern verlangen. Andererseits existieren Vergütungs- und Bonussysteme, mittels derer die Lieferanten die Einkaufsgemeinschaft finanzieren. In einigen Fällen werden von Einkaufsgemeinschaften Bonusanteile an die Krankenhäuser ausgekehrt, sodass es in der Praxis insoweit zu negativen Auftragswerten kommen kann. Für die Auftragswertberechnung sind alle drei Vergütungskomponenten relevant. Allerdings sind die Rückvergütungshöhen der Industrie den öffentlichen Auftraggebern in der Regel nicht bekannt. Eine den vergaberechtlichen Anforderungen genügende Auftragswertschätzung ist den öffentlichen Krankenhäusern daher häufig nicht möglich.

Die Problematik des Warenkorbes

Die Auswahl einer Einkaufsgemeinschaft beruht regelmäßig auf der Bewertung eines sogenannten „Warenkorbes“. Hierbei werden einige Hundert Artikel mit der voraussichtlichen Jahresabnahmemenge vom ausschreibenden Krankenhaus vorgegeben, welche die Einkaufsgemeinschaften im Wettbewerbsverfahren bepreisen müssen. Dieses Verfahren ist in mehrfacher Hinsicht nicht nur wirtschaftlich problema-

Foto: GettyImages/impossible

tisch, es kann sogar rechtswidrig, wenn nicht gar strafrechtlich relevant sein. Die Preisangaben zu einem Warenkorb können nur als historische Werte angesehen werden, da die Preise, die das Krankenhaus im Falle eines Beitritts zur Einkaufsgemeinschaft tatsächlich zukünftig zu bezahlen hat, von der Einkaufsgemeinschaft in öffentlichen Vergabeverfahren erst noch ermittelt werden müssen. Sind für die geforderten Produkte bei der Einkaufsgemeinschaft Rahmenverträge mit Lieferanten bereits vorhanden, so ist der nachträgliche Beitritt einer Klinik zu diesen Verträgen nach § 15 Abs. 3 UVgO bzw. § 21 Abs. 2 VgV nicht zulässig. Damit haben diese Preis-

angaben einen rein informativen Charakter über die Vergangenheit. Es handelt sich um keine Preiszusicherung gegenüber der ausschreibenden Klinik für die Zukunft. Oft werden die Bieter bei Ausschreibungen aufgefordert, Einzelpreise für Artikel im Warenkorb anzugeben. Bei Zuwiderhandlung wird der Ausschluss vom Vergabeverfahren angedroht.

Dies kann strafrechtlich relevant sein. Die Einkaufsgemeinschaften schließen üblicherweise Rahmenverträge mit Industriepartnern ab, die die Weitergabe der Preisinformationen an Dritte verbieten. Ausnahmen bestehen nur für die Weitergabe von Preisen an die aktuellen Kunden der Einkaufsgemeinschaft. Die Aufforderung zur Bekanntgabe dieser Einzelpreise in einem Warenkorb an einen möglichen zukünftigen Kunden unter Androhung des Ausschlusses des Angebotes könnte als Aufforderung zum Verrat von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gemäß § 17 UWG strafrechtlich relevant sein. Letztendlich ist der Gesamtwert eines Wa-

renkorbs bei der Auswahl einer Einkaufsgemeinschaft unter dem Kriterium „Preis“ der Leistung der Einkaufsgemeinschaft nicht überzeugend. Denn, wie bereits ausgeführt, besteht die Dienstleistung der Einkaufsgemeinschaft in einer vergütungspflichtigen Beratung und nicht in einer Lieferung von Waren zu möglichst wirtschaftlichen Konditionen. Folglich sind die in Aussicht gestellten Einkaufspreise einer Einkaufsgemeinschaft unter dem Gesichtspunkt der Qualität der Dienstleistung, nicht jedoch unter demjenigen des Preises wertungsrelevant.

Zulässige und anwendbare Wertungskriterien

Wenn die Wertung eines Warenkorbes im Rahmen der Preisbewertung unzulässig und die Forderung der Offenlegung der Preisinformationen verboten sind, welche Wertungskriterien können denn angewendet werden? Das Vergaberecht fordert die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste Angebot mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Die bisher erreichten Einkaufskonditionen einer Einkaufsgemeinschaft resultieren aus einer Vielzahl von Faktoren: Unter anderem Jahresabnahmemengen, Grad der Verbindlichkeit, Größe der einzelnen Krankenhäuser. Üblicherweise haben Einkaufsgemeinschaften Verträge mit 400 bis 500 Lieferanten geschlossen, die ständigen Anpassungen, beispielsweise durch Vergabeverfahren, unterliegen. Die Preiskonditionen werden durch eine Vielzahl von Rückvergütungsarten beeinflusst, die wiederum vom Einkaufsverhalten des einzelnen Kunden abhängig sind. Damit kann der Wert eines Warenkorbes nur ein Indiz für die tatsächliche Leistungsfähigkeit und damit Qualität einer Einkaufsgemeinschaft sein. Die Wertungskriterien können daher nur basierend auf der Ge-



samtqualität der Dienstleistungen der Einkaufsgemeinschaft aufgebaut werden. Bei der Vorbereitung der Ausschreibung sind deshalb zunächst die Wünsche des Krankenhauses (Beschaffungsbedarf) zu analysieren. Neben wichtigen Fragen über die Möglichkeiten des Einflusses des Krankenhauses auf die Einkaufsstrategie der Einkaufsgemeinschaft können Leistungen in verschiedenen Bereichen bewertet werden, wie Unterstützung in der Umsetzung des Vergaberechtes, Beschaffung von Investitionen und Lieferantenbewertung.

Mit ihrer Entscheidung hat die VK Bund eine Richtschnur für die Vergabe eines Auftrages an eine Einkaufsgemeinschaft geliefert und für eine gewisse Rechtssicherheit gesorgt. Die Geschäftsführer der betroffenen Krankenhäuser sind spätestens seit dieser Rechtsprechung verpflichtet, bei der Entscheidung über den Beitritt zu einer Einkaufsgemeinschaft das öffentliche Vergaberecht anzuwenden. Anderenfalls drohen die Unwirksamkeit der Verträge, die Pflicht zur Neuausschreibung und der Vorwurf, fremde Gelder unwirtschaftlich eingesetzt zu haben.

Beteiligung an einer Einkaufsgemeinschaft

Einige Einkaufsgemeinschaften verlangen von den Kliniken die Übernahme von GmbH- oder Genossenschaftsanteilen der Einkaufsgemeinschaft. Es wird dabei oft argumentiert, dass eine solche Beteiligung vergaberechtsfrei erfolgen dürfe, falls der Wert des Geschäftsanteils unterhalb der EU-Schwelle liegt. Überdies sei die Beteiligung an einer Gesellschaft schon gar nicht beschaffungsrelevant. Dies überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Eine vergaberechtsfreie öffentlich-öffentliche Zusammenarbeit gemäß § 108 GWB setzt voraus, dass die Klinik

- über die Einkaufsgemeinschaft einzeln oder mit anderen öffentlichen Auftraggebern eine ähnliche Kontrolle wie über ihre eigene Dienststellen ausüben kann,
- mehr als 80 Prozent der Tätigkeiten der Einkaufsgemeinschaft der Ausführung von Aufgaben dienen, mit denen sie von dem öffentlichen Auftraggeber

oder von einer anderen juristischen Person, die von diesem kontrolliert wird, betraut wurde und

- an der juristischen Person keine direkte private Kapitalbeteiligung besteht, mit Ausnahme nicht beherrschender Formen der privaten Kapitalbeteiligung und Formen der privaten Kapitalbeteiligung ohne Sperrminorität, die durch gesetzliche Bestimmungen vorgeschrieben sind und die keinen maßgeblichen Einfluss auf die kontrollierte juristische Person vermitteln.

Die meisten der großen Einkaufsgemeinschaften qualifizieren sich nicht für eine Privilegierung nach § 108 GWB, weil die kapitalmäßige Beteiligung Privater das erlaubte Maß übersteigt. In Betracht kommt eine solche Privilegierung damit nur für den Fall, dass ausschließlich öffentliche Auftraggeber die Einkaufsgemeinschaft bilden.

Oftmals stellt sich die Frage, ob ein Altvertrag mit einer Einkaufsgemeinschaft, der vor Jahren ohne öffentliche Vergabe abgeschlossen wurde, gekündigt werden kann und muss. § 133 GWB sieht für Überschwellenaufträge erstmals die Möglichkeit der vergaberechtlichen Kündigung eines öffentlichen Auftrags während der Vertragslaufzeit (also vorzeitig) vor. Mit dieser Vorschrift soll Art. 73 der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt werden. Da § 186 GWB für das Sonderkündigungsrecht nach § 133 GWB keine besondere Übergangsbestimmung enthält, besteht es auch für Altverträge. Als Kündigungsgrund sieht die Vorschrift neben einer nach § 132 GWB relevanten Vertragsänderung auch den Umstand vor, dass der Vertrag unter Verstoß gegen Vergaberecht geschlossen wurde. Vergaberechtswidrige Verträge mit Verlängerungsoption müssen zum nächstmöglichen Termin beendet werden. Da es sich bei einem Vertrag zwischen einem Krankenhaus und einer Einkaufsgemeinschaft um eine Rahmenvereinbarung nach § 21 VgV beziehungsweise § 15 UVgO handelt, ist die maximale Vertragsdauer von vier (VgV) beziehungsweise sechs (UVgO) Jahren zu beachten und bei einer längeren Vertragslaufzeit auch deshalb auf eine Beendigung und Neuausschreibung hinzuwirken.

Öffentlich-rechtliche Krankenhäuser sind als öffentliche Auftraggeber, andere Krankenhäuser häufig als Zuwendungsempfänger verpflichtet, die Regeln des wirtschaftlichen Handelns und das Vergaberecht einzuhalten. Durch das Outsourcing des strategischen Einkaufs an einen externen Dienstleister überträgt die Klinik weitgehend die typischen Maßnahmen des Beschaffungswesens, wie die öffentliche Ausschreibung von Verträgen für medizinische Verbrauchsgüter, Dienstleistungen und Investitionsgüter, auf einen Dritten. Dies setzt im ersten Schritt voraus, dass die Auswahl eines solchen Dienstleisters im Wettbewerb und unter Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten zu erfolgen hat. Das „Festhalten“ an den langjährigen Verträgen mit einer Einkaufsgemeinschaft ohne regelmäßige Neuausschreibung ist nicht nur vergaberechtswidrig. Gestützt auf den Vorwurf „fehlenden wirtschaftlichen Handelns“ können auch Budgetkürzungen durch die Krankenkasse erfolgen. Daneben droht die Rückforderung von Fördergeldern in Fällen nachgewiesener Vergabeverstöße, und zwar noch Jahre nach dem Abschluss vergaberechtswidriger Verträge. Schließlich droht eine zivilrechtliche Haftung der Klinikleitung wegen Vergabeverstößen und sogar eine strafrechtliche Verfolgung wegen Untreue nach § 266 StGB.

Adam Pawelek
Inhaber (CEO)
Project on time
Buchenweg 10
58285 Gevelsberg
E-Mail: beratung@projectontime.de

Arnd Bühner
Fachanwalt für Vergaberecht
Bühner & Partner Rechtsanwälte mbB
Albrecht-Dürer-Platz 4
90403 Nürnberg
E-Mail: buehner@buehner-rae.de