

# Newsletter Vergaberecht

Juni 2023



Sehr geehrte Damen und Herren,

hiermit erhalten Sie unseren aktuellen Newsletter Vergaberecht, Ausgabe Juni 2023.

Wir wünschen eine angenehme Lektüre!

Mit freundlichen Grüßen

**Stephan Rechten**

Rechtsanwalt

[vCard](#)



VK Nordbayern: Mögliche Beteiligung von Start-ups erfordert Losaufteilung

[zum Artikel](#)

## **Newsticker**

EU-Plattform zur Vernetzung öffentlicher Auftraggeber in der EU

Bundestag beschließt Einführung der eForms

Aufruf zur Öffentlichkeitsbeteiligung an der Gestaltung der  
Vergabetransformation

Referenzgewinnung rechtfertigt niedrige Preise

Orientierungshilfe zum Datenschutz als Kriterium im Vergabeverfahren

Neues Tariftreue- und Vergabegesetz in Mecklenburg-Vorpommern

[zu den Artikeln](#)

## **ADVANT Beiten Textsammlung Vergaberecht 2022 kostenlos abrufbar**

Auch wenn sich die Vergabewelt in den vergangenen drei Jahren nicht ganz so schnell gedreht hat, haben sich gleichwohl zahlreiche legislative Änderungen und Neuerungen ergeben. Grund genug für uns, unsere beliebte Textsammlung Vergaberecht auf einen aktuellen Stand zu bringen. Die Ausgabe 2022 enthält alle wichtigen Rechtstexte zum ober- und unter-schwelligem Vergaberecht sowie die 2021 hinzugetretene Wettbewerbsregisterverordnung (WRegV) und das Saubere-Fahrzeuge-Beschaffungs-Gesetz (SaubFahrzeugBeschG). Zudem haben wir erstmals weitere beschaffungsrelevante Normen weiterer Bundesgesetze im Auszug hinzugefügt (z. B. MiLoG, SchwarzArbG oder KSG) und um weitere praxisrelevante Dokumente ergänzt (z. B. Schwellenwerte 2022/2023, Katalog der Bauleistungen im Anhang II zur RL 2014/24/EU, Zusammenstellung der sozialen und besonderen Dienstleistungen im Anhang XIV zur RL 2014/24/EU).

Das Kompendium können Sie auf unserer Homepage kostenlos herunterladen:

[zur Textsammlung](#)

# **VK Nordbayern: Mögliche Beteiligung von Start-ups erfordert Losaufteilung**

Seit dem Inkrafttreten des Krankenhauszukunftsgesetzes (KHZG) haben auch im Gesundheitssektor IT-Beschaffungen an Fahrt aufgenommen, um Krankenhäuser mit aktueller Hard- und Software zu versorgen. Ein Teil davon sind moderne Patientenportalsysteme, welche ein digitales Aufnahme- und Behandlungsmanagement sowie ein Entlassmanagement enthalten. Mit Beschluss vom 23. März 2023 entschied die Vergabekammer Nordbayern (Az.: RMF-SG21-3194-6-25), dass sich für letzteres in den vergangenen Jahren ein eigener Markt, ähnlich einer Start-up-Szene, gebildet habe, der die Vergabe des Entlassmanagements in einem eigenen Los erforderlich mache und damit einer Gesamtvergabe von digitalem Aufnahme- und Behandlungsmanagement einerseits und Entlassmanagement andererseits entgegenstehe.

## **Der Sachverhalt**

Mit Bekanntmachung im EU-Amtsblatt schrieb die öffentliche Auftraggeberin die Beschaffung und Implementierung eines Patientenportalsystems in einem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb aus. Ziel des Vorhabens war die schrittweise Einrichtung eines Patientenportals für ein digitales Aufnahme-, Behandlungs- und Entlassmanagement. Eine Aufteilung des Auftrags in Lose erfolgte nicht.

Die Antragstellerin reichte keinen eigenen Teilnahmeantrag ein, rügte aber vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist die fehlende Aufteilung des Auftrags in Lose und reichte – nach erfolgter Rückweisung der Rüge – sodann einen Nachprüfungsantrag ein. Die öffentliche Auftraggeberin begründete ihre Gesamtvergabe damit, dass ein eigenständiger Markt für ein digitales Entlass- und Überleitungsmanagement nicht bestehe und für die hier nachgefragten Leistungen schon kein eigener Anbietermarkt mit ausreichend Fachunternehmen gegeben sei. Hingegen gäbe es Anbieter, die entsprechende Komplettlösungen anbieten würden. Schließlich wäre im Vergleich mit anderen Auftraggebern eine Losaufteilung unüblich. Sie machte zudem die fehlende Antragsbefugnis der Antragstellerin geltend, da diese keinen eigenen Teilnahmeantrag abgegeben hatte.

## **Die Entscheidung**

Die Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag statt.

geltend mache, gerade hieran durch ein vergaberechtswidriges Verhalten der Vergabestelle gehindert worden zu sein.

Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin war nach Ansicht der Vergabekammer auch begründet, da es sich bei den Leistungen des Aufnahme- und Behandlungsmanagements einerseits und des Entlassmanagements andererseits um getrennte Märkte handele, für die eine zusammenfassende Vergabe vorliegend nicht zulässig war. Grundsätzlich entspreche es zwar der Beschaffungsfreiheit des Auftraggebers, die auszuschreibende Leistung nach seinen Vorstellungen zu bestimmen. Dieser Grundsatz werde aber nach § 97 Abs. 4 S. 2 GWB zur Stärkung des Mittelstands eingeschränkt und eine Leistung sei grundsätzlich in Losen zu vergeben.

Voraussetzung dafür sei, dass die ausgeschriebene Leistung auch losweise vergeben werden könne. Für diese Feststellung sei entscheidend, ob sich für die spezielle Leistung ein eigener Anbietermarkt mit spezialisierten Fachunternehmen herausgebildet habe. Zu dieser Bestimmung müsse auf die aktuellen Marktverhältnisse abgestellt werden. Die Vergabekammer stellte fest, dass die gesetzliche Grundlage für das Entlassmanagement das GKV-Versorgungsstärkungsgesetz von 2015 sei. Ein Entlassmanagement sei seither auch in § 39 Abs. 1a SGB V zur Unterstützung des Übergangs in die Anschlussversorgung vorgesehen. In kurzer Zeit hätten sich mehrere Unternehmen auf das Entlassmanagement spezialisiert. Dies spreche dafür, dass sich für das Entlassmanagement eine Art Start-up-Szene gebildet habe, für die ein dynamischer Markt gerade typisch sei. Ausgehend von der aktuellen Marktentwicklung sei davon auszugehen, dass sich für die Leistungsbereiche Aufnahme- und Behandlungsmanagement einerseits und für den Bereich Entlassmanagement andererseits getrennte Märkte entwickelt hätten.

Für das Bestehen eines eigenen Marktes sprächen bereits die unterschiedlichen Zielsetzungen und funktionalen Anforderungen an das Entlassmanagement im Gegensatz zum Aufnahme- und Behandlungsmanagement. Letzteres nehme Mitarbeiter des Krankenhauses wie auch Patienten in den Fokus, während das Entlassmanagement in erster Linie die Mitarbeiter betreffe, die im Rahmen der Organisation der Anschlussversorgung entlastet werden sollten. Auch hinsichtlich der Nutzergruppe stelle sich das digitale Entlassmanagement als eine Art "Marktplatz" dar, worüber externe Leistungserbringer angebunden und gefunden werden könnten.

Auch die zeitliche Entwicklung spreche für einen eigenständigen Markt. Das Entlassmanagement gebe es bereits seit 2015 und sei auch schon vor

dem Inkrafttreten des KHZG genutzt worden. Die Förderung im Rahmen des KHZG und die damit einhergehenden Ausschreibungen von Patientenportalen erfolge hingegen erst seit 2020. Zwar komme in Betracht, dass sich in den nächsten Jahren ein Markt für Komplettlösungen für Patientenportale entwickle, aktuell sei dies aber nicht der Fall.

Für diese Auffassung seien auch die eingegangenen Teilnahmeanträge in dem Verfahren anzuführen, aus denen ein tragfähiger Rückschluss auf die aktuelle Marktlage gezogen werden könne. Alle diese Unternehmen könnten – entgegen der Auffassung der Auftraggeberin – keine Komplettlösung für Patientenportale anbieten. Sie alle müssten auf die Unterstützung eines Fachunternehmens für Entlassmanagement zurückgreifen, um eine vollumfängliche Leistung anbieten zu können.

Vor diesem Hintergrund handele es sich auch um eine teilbare Leistung, für die grundsätzlich Fachlose zu bilden seien. Wirtschaftliche oder technische Gründe, die ausnahmsweise nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB eine Gesamtvergabe rechtfertigen könnten, hat die Vergabekammer nicht mehr geprüft, da die Vergabestelle bereits von einem grundlegend falschen Sachverhalt in Bezug auf die mögliche Bildung von Fachlosen ausgegangen sei.

### **Praxistipp**

Die Entscheidung unterstreicht die Wichtigkeit, dass sich der Auftraggeber vor der Einleitung der Vergabe ein Bild vom Markt der zu beschaffenden Leistung macht. Sonst können ihm – wie vorliegend – wichtige Entwicklungen mit vergaberechtlichen Implikationen – wie hier in Bezug auf den Grundsatz der Losbildung – verborgen bleiben. Dies gilt besonders für junge und dynamische (IT-)Märkte, die sich innerhalb weniger Jahre deutlich verändern können. Die Entscheidung ist damit nicht nur relevant für Beschaffungen, die wie das Entlassmanagement nach dem KHZG gefördert werden, sondern auch für andere Beschaffungsvorhaben, die sich in dynamischen Bereichen befinden.

Auch wenn es in der VK-Entscheidung keine Rolle gespielt hat: Die Förderung mit KHZG-Mitteln führt auch zu einer zuwendungsrechtlichen Dimension und einer Schnittmenge von Vergabe- und Zuwendungsrecht. Verstöße gegen Vergaberecht können dabei teuer werden und zur (teilweisen) Rückforderung der gewährten Förderung führen. Das gilt auch – wenn nicht der Zuwendungsbescheid oder die in Bezug genommenen Nebenbestimmungen eine ausdrückliche Ausnahme vorsehen – für Verstöße gegen das Gebot der Losaufteilung.

**Sascha Opheys**

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Vergaberecht

[vCard](#)



**Magdalena Schneider**

Rechtsanwältin

[vCard](#)



# Newsticker

## **EU-Plattform zur Vernetzung öffentlicher Auftraggeber in der EU**

Die Europäische Kommission hat eine innovative Plattform, die "Public Buyers Community Platform" ([hier](#) abrufbar) initiiert. Diese soll die Zusammenarbeit und den Wissensaustausch zwischen öffentlichen Auftraggebern in ganz Europa erleichtern sowie öffentliche Beschaffungsprozesse erleichtern und effizienter gestalten. Die Plattform steht allen Akteuren des öffentlichen Beschaffungswesens in Europa offen. Öffentliche Auftraggeber können sich so zusammenschließen, um sich über bewährte Verfahren auszutauschen und Erfahrungen zu teilen.

## **Bundestag beschließt Einführung der eForms**

Am 27. April 2023 hat der Bundestag der "Verordnung zur Anpassung des Vergaberechts an die Einführung neuer elektronischer Standardformulare ("eForms") für EU-Bekanntmachungen und an weitere europarechtliche Anforderungen" zugestimmt ([hier](#) abrufbar). Diese neuen elektronischen Standardformulare sollen ab Oktober 2023 bei Bekanntmachungen oberhalb der EU-Schwellenwerte verpflichtend angewendet werden. Die Verordnung sieht zudem die Einführung der eForms in der Vergabeverordnung (VgV), der Sektorenverordnung (SektVO), der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) und der Vergabeverordnung für die Bereiche Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vor. Mit der Umsetzung soll die Datenerhebung und das Monitoring bei der Bekanntmachung für öffentliche Aufträge vereinfacht werden. Außerdem sollen mit der Verordnung weitere europarechtlich erforderliche Anpassungen des nationalen Vergaberechts, wie etwa die Streichung des § 3 Abs. 7 S. 2 VgV, der die Losaufteilung bei Planungsleistungen betrifft, vorgenommen werden (hierzu berichteten wir bereits im [Newsletter März 2023](#)).

## **Aufruf zur Öffentlichkeitsbeteiligung an der Gestaltung der Vergabetransformation**

Das Bundeswirtschaftsministerium bietet der Öffentlichkeit an, sich aktiv an der Gestaltung der Vergabetransformation zu beteiligen. Öffentliche Vergabeverfahren sollen dadurch vereinfacht, digitalisiert und beschleunigt werden und angesichts der vielfältigen Herausforderungen und Zukunftsfragen weiter modernisiert werden. Dazu wird allen Interessierten die Möglichkeit gegeben, sich im Rahmen eines digitalen

transparent und bürokratiearm einzubringen. Dazu werden in mehreren Terminen Impulse für die Vorbereitung des Referentenentwurfs im Rahmen von Video-Konferenzen abgefragt und diskutiert. Das Eröffnungsplenum findet am 6. Juni 2023 von 16.00 – 17.00 Uhr statt und kann im Livestream verfolgt werden (weitere Informationen finden Sie [hier](#)).

### **Referenzgewinnung rechtfertigt niedrige Preise**

In dem von der Vergabekammer Sachsen (Beschluss vom 10. Februar 2023, Az: 1/SVK/031-22) entschiedenen Fall schrieb der öffentliche Auftraggeber Planungsleistungen aus und erteilte der im Verfahren Beigeladenen den Zuschlag. Die Antragstellerin des Nachprüfungsverfahrens wandte hiergegen ein, dass das Angebot der Beigeladenen als ungewöhnlich niedrig einzustufen sei. Die Beigeladene legte im Rahmen der Preisauflärung des Auftraggebers die Gründe ihrer Angebots- und Preisgestaltung offen und wandte ein, dass sie insgesamt geringere Kostenfaktoren im Vergleich zu der Antragstellerin angesetzt habe, da sie den Auftrag zum Zwecke der Referenzgewinnung benötige. Die Vergabekammer hielt dies für plausibel und sah keinen Grund, die Preisauflärung des Auftraggebers im Rahmen seines Beurteilungsspielraums zu beanstanden.

### **Orientierungshilfe zum Datenschutz als Kriterium im Vergabeverfahren**

Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz hat eine Orientierungshilfe "Datenschutz als Kriterium im Vergabeverfahren" veröffentlicht ([hier](#) abrufbar). Diese soll die Datenschutzkonformität in Beschaffungsvorgängen unterstützen. Sie führt durch den Ablauf des Beschaffungsprozesses und identifiziert dabei mögliche "Einfallstore" für datenschutzrechtliche Vorgaben und deren Umsetzung, insbesondere im Zusammenhang mit der Datenschutz-Grundverordnung. Dies ist angesichts der stetigen Zunahme von E-Government-Projekten und benötigten IT-Dienstleistungen ein hochaktuelles Thema. Die Orientierungshilfe erläutert etwa die datenschutzkonforme Gestaltung von Leistungsanforderungen, Vertragsbedingungen, Eignungs- und Wertungskriterien sowie die Umsetzung datenschutzrechtlicher Anforderungen bei der Verfahrenswahl und den einhergehenden Pflichten der Parteien.



## **Neues Tariftreue- und Vergabegesetz in Mecklenburg-Vorpommern**

Das bisherige Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern soll durch das neue Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern ersetzt werden. Damit verbunden ist die Einführung einer neuen vergaberechtlichen Tariftreue- und Vergaberegulierung. Demnach müssen öffentliche Auftraggeber sich verpflichten, für die Ausführung der vertraglichen Leistungen Tariflohn oder tarifgleichen Lohn zu zahlen sowie geltende Mindestarbeitsbedingungen zu gewährleisten. Beabsichtigt ist, dass das neue Gesetz im Herbst in Kraft tritt.

### **REDAKTION (verantwortlich)**

Stephan Rechten | Rechtsanwalt  
© Beiten Burkhardt  
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

[Vergaberecht@advant-beiten.com](mailto:Vergaberecht@advant-beiten.com)  
[www.advant-beiten.com](http://www.advant-beiten.com)

Hinweis: Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird auf die gleichzeitige Verwendung der Sprachformen männlich, weiblich und divers (m/w/d) verzichtet. Sämtliche Personenbezeichnungen gelten gleichermaßen für alle Geschlechter.

# Ihre Ansprechpartner

Für Rückfragen sprechen Sie den ADVANT Beiten Anwalt Ihres Vertrauens an oder wenden Sie sich direkt an das ADVANT Beiten Vergaberechts-Team:

## Berlin

Lützowplatz 10 | 10785 Berlin

Tel.: +49 30 86471-219

### Stephan Rechten

Rechtsanwalt

[vCard](#)



### Max Stanko

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[vCard](#)



## Düsseldorf

Cecilienallee 7 | 40474 Düsseldorf

Tel.: +49 211 518989-0

### Sascha Opheys

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[vCard](#)



## Frankfurt am Main

Mainzer Landstraße 36 | 60325 Frankfurt am Main

Tel.: +49 756095-195

### Christopher Theis

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt für  
Vergaberecht

[vCard](#)



## München

Ganghoferstraße 33 | 80339 München

Tel.: +49 89 35065-1452

### Michael Brückner

Rechtsanwalt

[vCard](#)



### Hans Georg Neumeier

Rechtsanwalt,  
Fachanwalt  
für Verwaltungsrecht

[vCard](#)



### Katrin Lüttke

Rechtsanwältin,  
Fachanwältin für  
Verwaltungsrecht

[vCard](#)





## Zur Newsletter Anmeldung

### E-Mail weiterleiten

#### **Hinweise**

Diese Veröffentlichung stellt keine Rechtsberatung dar.

Wenn Sie künftig keine Informationen erhalten möchten, können Sie sich jederzeit [abmelden](#).

© Beiten Burkhardt

Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Alle Rechte vorbehalten 2023

#### **Impressum**

ADVANT Beiten

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

(Herausgeber)

Ganghoferstraße 33, 80339 München

AG München HR B 155350/USt.-Idnr: DE-811218811

Weitere Informationen (Impressumsangaben) unter:

<https://www.advant-beiten.com/de/impressum>

Beiten Burkhardt Rechtsanwaltsgesellschaft mbH ist Mitglied von ADVANT, einer Vereinigung unabhängiger Anwaltskanzleien. Jede Mitgliedskanzlei ist eine separate und eigenständige Rechtspersönlichkeit, die nur für ihr eigenes Handeln und Unterlassen haftet.