

MEMORANDUM

Vergaberecht bei KHZG Projekten

Erstellt am
28. Juli 2021

Autoren:

Prof. Dr. Dr. Christian Dierks

Dr. Katrin Helle

Dierks+Company
Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

HELIX HUB
Invalidenstraße 113
D-10115 Berlin

T +49 30 586 930-000
F +49 30 586 930-099
info@dierks.company
www.dierks.company

Steuer-Nr. 30/261/50055
USt-Id-Nr. DE313860752
Amtsgericht Charlottenburg
HRB 190063 B

Geschäftsführer
Prof. Dr. med. Dr. iur.
Christian Dierks

Deutsche Apotheker- und Ärztebank
IBAN DE24 3006 0601 0008 0611 05
SWIFT DAAEDEDXXX

Inhaltsverzeichnis

1. Einführung	3
2. Executive Summary	3
3. Rechtliche Analyse	5
3.1 Einschlägiger Rechtsrahmen	5
3.1.1 KHZG, KHG, KHSFV, Förderrichtlinie.....	5
3.1.2 Vergaberechtlicher Rahmen.....	5
3.1.2.1 Öffentliche Auftragnehmer.....	7
3.1.2.2 Nicht-öffentliche Auftragnehmer	7
3.2 Folgen eines Vergaberechtsverstoßes	7
3.3 Verfahrensarten	8
3.3.1 Oberschwellenbereich – VgV und GWB	8
3.3.2 Unterschwellenbereich – UVgO und VOL/A.....	10

1. Einführung

Krankenhäuser, die Fördermittel aufgrund des Krankenhauszukunftsgesetzes (KHZG)¹ einsetzen und ein Unternehmen zur Umsetzung des geförderten Vorhabens beauftragen wollen, müssen das Vergaberecht beachten. Der nachfolgende Beitrag gibt einen Überblick über den einschlägigen Rechtsrahmen, die möglichen Folgen eines Vergaberechtsverstoßes und beleuchtet die zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren.

2. Executive Summary

Bei der Vergabe von Aufträgen zur Umsetzung eines nach dem KHZG geförderten Vorhabens sind die Vorgaben des **nationalen und europäischen Vergaberechts** zu berücksichtigen. Weil die rechtliche Grundlage der Zuwendungen das jeweilige Landeshaushaltsrecht bildet, gelten u.a. die **landesspezifischen Regelungen**. Die Landesbehörden machen in aller Regel die sog. "Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – **ANBest-P** –" zum Bestandteil des Zuwendungsbescheids. Die ANBest-P regeln die Vergabe von Aufträgen, wobei sich die Bestimmungen in den Ländern im Detail zum Teil erheblich unterscheiden.

Für Zuwendungsempfänger, die **öffentliche Auftraggeber** i.S.d. §§ 98, 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sind, gelten die vergaberechtlichen Pflichten gemäß Teil 4 GWB. Zu den öffentlichen Auftraggebern zählen Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft, Universitätskliniken und berufsgenossenschaftliche Kliniken.



Darüber hinaus können auch **private und freigemeinnützige Krankenhausträger** als öffentliche Auftraggeber gelten, sofern die jeweilige Projektförderung den Tatbestand der sog. Drittvergabe erfüllt. Das wird bei einem nach dem KHZG förderungsfähigen Vorhaben aber nur in Ausnahmefällen zutreffen.

Für öffentliche Auftragnehmer gelten bei Aufträgen, die den aktuellen EU-Schwellenwert bei Dienstleistungen von 214.000 € netto und bei Bauaufträgen von 5.350.000 € netto überschreiten (sog. **Oberschwellenbereich**), die **§§ 97ff. GWB** und die **Vergabeverordnung (VgV)**. Bei Aufträgen im sog. **Unterschwellenbereich** findet die **Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)** Anwendung, sofern sie in dem betreffenden Land in Kraft getreten ist, anderenfalls die **Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A, Abschnitt 1 (VOL/A)**. Für die privaten und freigemeinnützigen Krankenhausträger, die nicht als öffentliche Auftragnehmer gelten, regeln die jeweiligen ANBest-P das relevante Vergaberechtsregime. Es bietet sich ein sehr differenziertes Bild mit teilweise pandemiebedingten Ausnahmebestimmungen.

¹ Gesetz für ein Zukunftsprogramm Krankenhäuser vom 23. Oktober 2020, BGBl. I S. 2208, in Kraft getreten am 29. Oktober 2020, abrufbar [hier](#).



PRAXISTIPP

Ein Krankenhausträger sollte die Bestimmungen im Zuwendungsbescheid zur Vergabe von Aufträgen prüfen und im Zweifel frühzeitig Kontakt mit der zuständigen Landesbehörde aufnehmen, um das im Einzelfall anwendbare Vergaberechtsregime zu klären.

Verstößt ein Krankenhausträger gegen das Vergaberecht, berechtigt das den Fördermittelgeber zum **Widerruf der Bewilligung**. Im Fall des Widerrufs des Zuwendungsbescheids verpflichtet die Behörde den Krankenhausträger zur **Erstattung der Fördermittel einschließlich Verzinsung**.

Die zur Verfügung stehenden **Verfahrensarten** richten sich im ersten Schritt danach, ob das GWB-Vergaberecht Anwendung findet, die Unterschwellenvergabeordnung, die VOL/A oder aber spezielle Landesgesetze. Im zweiten Schritt stehen dem Auftraggeber bestimmte Verfahren stets zur Verfügung, während er andere Verfahren nur wählen kann, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind. Den Krankenhausträgern steht nach ihrer Wahl das offene und das nicht offene Verfahren zur Verfügung, das Verhandlungsverfahren können sie beschreiten, wenn die gesetzlichen Anforderungen vorliegen.



Verhandlungsverfahren

Das **Verhandlungsverfahren** bietet den Vorteil, dass der Leistungsgegenstand nicht bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben ist und die Krankenhäuser mit den Bietern über Leistungsinhalt und Preise verhandeln können. Mit Blick auf die nach dem KHZG geförderten Vorhaben erscheint es naheliegend, dass sich ein Krankenhausträger auf einen der Ausnahmetatbestände für das **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** nach § 14 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 VgV stützen kann. Ein **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** steht ihm offen, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Die Erfüllung der Bedingungen hat der Krankenhausträger vor der Ausschreibung umfassend zu begründen und zu dokumentieren, um sich nicht in das Risiko eines Verstoßes gegen das Vergaberecht und der Rückförderung der Fördermittel zu begeben.



Neben der Wahl des zulässigen Vergabeverfahrens sind öffentliche Auftraggeber zum **Mittelstandsschutz** verpflichtet. Sie haben daher Leistungen grundsätzlich in der Menge in Teillose aufzuteilen und getrennt nach Art oder Fachgebiet in Fachlosen zu vergeben.



Eine **Gesamtvergabe** kann aus technischen Gründen gerechtfertigt sein, und zwar dann, wenn bei getrennten Ausschreibungen das Risiko besteht, dass der Krankenhausträger Teilleistungen erhält, die zwar jeweils ausschreibungskonform sind, aber nicht zusammenpassen und deshalb in ihrer Gesamtheit nicht geeignet sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen.

3. Rechtliche Analyse

Nach einer kurzen Einführung in den einschlägigen Rechtsrahmen (unter 3.1) und in die möglichen Folgen eines Vergaberechtsverstoßes (unter 3.2) gehen wir auf die zur Verfügung stehenden Vergabeverfahren ein (unter 3.3).

3.1 Einschlägiger Rechtsrahmen

3.1.1 KHZG, KHG, KHSFV, Förderrichtlinie

Der Fördermittelgewährung aus dem Krankenhauszukunftsfonds (KHZF) liegen die mit dem KHZG (Art. 1) eingeführten Regelungen in §§ 14a, 14b des Krankenhausfinanzierungsgesetzes (KHG) zugrunde. Das Nähere zur Förderung bestimmt die Krankenhausstrukturfonds-Verordnung (KHSFV) in einem neuen Teil 3 (§§ 19-25 KHSFV). Für die Förderung der in § 19 Abs. 1 Satz 1 KHSFV genannten Vorhaben hat das Bundesamt für Soziale Sicherung (BAS) eine **Förderrichtlinie**² erlassen, die gegenwärtig in der Version 03 mit Stand 3. Mai 2021 vorliegt. Die Förderrichtlinie regelt neben den Anforderungen an die förderfähigen Vorhaben u.a. Art, Umfang und Höhe der Förderung, sonstige Förderbestimmungen und das Verfahren. Im Zusammenhang mit dem Umfang der Förderung weist das BAS auf die Pflicht zur Berücksichtigung des Vergaberechts hin:³

„Bei der Vergabe von Aufträgen sind die Vorgaben des nationalen und europäischen Vergaberechts durchgehend zu berücksichtigen. Es gelten hierbei die sonst üblichen sowie landesspezifischen Regelungen.“

3.1.2 Vergaberechtlicher Rahmen

Der Verweis des BAS auf die landesspezifischen Regelungen des Vergaberechts begründet sich daraus, dass die zuständigen Landesbehörden die Bescheide über die Förderung des jeweiligen Vorhabens gegenüber dem begünstigten Krankenhausträger erlassen (§ 23 Abs. 3 KHSFV). Die rechtliche Grundlage der Zuwendungen bildet das jeweilige **Landeshaushaltsrecht** (§ 24 Abs. 3 i.V.m. § 9 KHSFV), und zwar § 44 bzw. Art. 44 Landeshaushaltsordnung.⁴ Bei der Anwendung des Landeshaushaltsrechts

² Richtlinie zur Förderung von Vorhaben zur Digitalisierung der Prozesse und Strukturen im Verlauf eines Krankenhausaufenthaltes von Patientinnen und Patienten nach § 21 Absatz 2 KHSFV, abrufbar [hier](#).

³ Unter Pkt. 5.2 der Förderrichtlinie („Umfang der Förderung“) am Ende.

⁴ Wir verweisen hierzu beispielhaft auf den Runderlass des Ministeriums für Arbeit, Gesundheit und Soziales (MAGS) des Landes Nordrhein-Westfalen „Grundsätze zum Krankenhauszukunftsfonds gemäß § 14a des Krankenhausfinanzierungsgesetzes“ vom 25. Mai 2021, Ziff. 1.1 (nachfolgend „Runderlass MAGS NRW), abrufbar [hier](#).

machen die Landesbehörden gemäß Ziffer 5.1 Verwaltungsvorschriften zu §/Art. 44 Landeshaushaltsordnung in aller Regel die **“Allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen zur Projektförderung – ANBest-P –“** als Nebenbestimmungen i.S.d. §/Art. 36 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes zum Bestandteil des Zuwendungsbescheids.⁵ Nr. 3 ANBest-P regelt die Vergabe von Aufträgen, wobei sich die Bestimmungen in den Ländern im Detail erheblich unterscheiden.

Die ANBest-P stellen klar, dass die (weitergehenden) Verpflichtungen eines Zuwendungsempfängers als Auftraggeber gemäß Teil 4 des GWB von den Regelungen in den ANBest-P unberührt bleiben. Das betrifft Zuwendungsempfänger, die **öffentliche Auftraggeber** i.S.d. §§ 98, 99 GWB sind.

- Zu den öffentlichen Auftraggebern zählen nach **§ 99 Nr. 2 GWB** die **Krankenhäuser in kommunaler Trägerschaft, Universitätskliniken und berufsgenossenschaftliche Kliniken**.
- Darüber hinaus können auch **private und freigemeinnützige Krankenhausträger** als öffentliche Auftraggeber i.S.d. GWB gelten, sofern die jeweilige Projektförderung den Tatbestand der sog. Drittvergabe nach **§ 99 Nr. 4 GWB** erfüllt. Danach sind juristische Personen des öffentlichen oder privaten Rechts öffentliche Auftraggeber, wenn sie für die Errichtung von Krankenhäusern oder damit im Zusammenhang stehende Dienstleistungen Mittel von öffentlichen Stellen erhalten, mit denen die Vorhaben zu mehr als 50 Prozent subventioniert sind. Letzteres ist der Fall - die Vorhaben nach § 19 KHSFV sind insgesamt mit öffentlichen Mitteln finanziert. Die „Errichtung von Krankenhäusern“ umfasst alle Aufträge, die einen Bestand schaffen, erhalten oder verändern, also auch Modernisierungsarbeiten und bauliche Änderungen aller Art und damit zusammenhängende Tätigkeiten, wie Planungsleistungen.⁶ Ein förderungsfähiges Vorhaben nach § 19 KHSFV dürfte nur in Ausnahmefällen die Kriterien des § 99 Nr. 4 GWB erfüllen. Die Anwendbarkeit ist uE im Einzelfall zu prüfen.



Einzelne Landesbehörden vertreten, soweit ersichtlich, allerdings die Auffassung, dass generell **sämtliche Krankenhausträger** einschließlich der privaten und freigemeinnützigen als öffentliche Auftragnehmer i.S.d. § 99 GWB gelten, weil die Förderung aus öffentlichen Mitteln stammt.⁷



PRAXISTIPP

Ein Krankenhausträger sollte die Bestimmungen im Zuwendungsbescheid zur Vergabe von Aufträgen prüfen und im Zweifel frühzeitig Kontakt mit der zuständigen Landesbehörde aufnehmen, um das im Einzelfall anwendbare Vergaberechtsregime zu klären.

⁵ Vgl. Ziff. 6.1 Runderlass MAGS NRW.

⁶ Vgl. Ziekow, in: ders./Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 99 GWB Rn. 124 m.w.N.

⁷ So die in Berlin zuständige Behörde, das [Landesamt für Gesundheit und Soziales](#), vgl. die FAQ-Krankenzukunftsfonds unter 5. Anwendung des Vergaberechts, abrufbar [hier](#). Die Formulierung des Niedersächsischen Ministeriums für Soziales, Gesundheit und Gleichstellung könnte auch so verstanden werden, vgl. KHZG – Antworten auf häufig gestellte Fragen (FAQ) – V.6, S. 3, abrufbar [hier](#).

3.1.2.1 Öffentliche Auftragnehmer

Für öffentliche Auftragnehmer i.S.d. § 99 GWB gelten

- bei Aufträgen, die den EU-Schwellenwert gemäß § 106 Abs. 2 GWB überschreiten (sog. **Oberschwellenbereich** - aktuell bei Dienstleistungen 214.000 € netto, bei Bauaufträgen 5.350.000 € netto), die Regelungen gemäß §§ 97ff. GWB und der Vergabeverordnung (VgV) und
- bei Aufträgen im sog. **Unterschwellenbereich** die Regelungen der Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, sofern sie in Kraft getreten ist, in der für das Land geltenden Fassung,⁸ ansonsten (noch) die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A, Abschnitt 1: Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A).

3.1.2.2 Nicht-öffentliche Auftragnehmer

Für die privaten und freigemeinnützigen Krankenhausträger, die weder von einer landesbehördlichen Auffassung erfasst sind, dass sämtliche Krankenhausträger als öffentliche Auftragnehmer gelten, noch eine Drittvergabe nach § 99 Nr. 4 GWB beabsichtigen, regeln die jeweiligen ANBest-P das relevante Vergaberechtsregime. Es bietet sich ein sehr differenziertes Bild:

In einzelnen Ländern gelten im Oberschwellenbereich generell die Regelungen der §§ 97ff. GWB und der VgV. Andere Länder knüpfen die Anwendbarkeit des Vergaberechts grundsätzlich an die Überschreitung eines bestimmten Gesamtbetrags der Zuwendung oder aber an einen bestimmten Auftragswert, wobei die Schwellenwerte in den Ländern variieren. Für die Vergabe von Aufträgen für Dienstleistungen **oberhalb der landesrechtlichen Schwellenwerte** gelten regelmäßig die Unterschwellenvergabeordnung mit Ausnahme bestimmter Bestimmungen oder (noch) die VOL/A. Teilweise haben die Länder abweichend davon eigene Regelungen, wie Vergabegesetze, erlassen. Die Vergabe von Aufträgen für Dienstleistungen **unterhalb der landesrechtlichen Schwellenwerte** hat nach wettbewerblichen Gesichtspunkten zu wirtschaftlichen Bedingungen zu erfolgen. Dazu sind in der Regel mindestens drei Angebote einzuholen sowie das Verfahren und die Ergebnisse zu dokumentieren. Bei geringen Auftragswerten ist oftmals die Vergabe als Direktauftrag unter Berücksichtigung der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zulässig. Von diesen Grundsätzen haben einzelne Länder **pandemiebedingt Ausnahmen** geregelt.⁹

3.2 Folgen eines Vergaberechtsverstoßes

Die Fördermittelbewilligung erfolgt als Verwaltungsakt (Zuwendungsbescheid). In den Zuwendungsbescheiden verweisen die Landesbehörden üblicherweise auf die Beachtung der jeweiligen ANBest-P oder allgemein der Vergabevorschriften. Verstößt ein Krankenhausträger gegen das Vergaberecht, so liegt ein Auflagenverstoß vor, der den Fördermittelgeber gemäß § 49 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes zum Widerruf der Bewilligung berechtigt (Ermessen). Soweit die zuständige Behörde in Ausübung ihres Ermessens den Zuwendungsbescheid

⁸ Die UVgO gilt auf Bundesebene seit 07.02.2017 und tritt für die Bundesländer erst durch die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen in Kraft.

⁹ Beispielsweise das Land Nordrhein-Westfalen. Dort gelten die ANBest-P-Corona, abrufbar [hier](#).

widerruft, verpflichtet sie den Krankenhausträger gemäß § 49a Abs. 1, 3 VwVfG des Landes zur Erstattung der Fördermittel einschließlich Verzinsung.¹⁰

3.3 Verfahrensarten

Die zur Verfügung stehenden Verfahrensarten richten sich im ersten Schritt danach, ob das GWB-Vergaberecht Anwendung findet, die Unterschwellenvergabeordnung oder die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen oder aber spezielle Landesgesetze. Im zweiten Schritt stehen dem Auftraggeber bestimmte Verfahren stets zur Verfügung, während er andere Verfahren nur wählen kann, wenn die jeweiligen Voraussetzungen erfüllt sind.

3.3.1 Oberschwellenbereich – VgV und GWB

Überschreitet der geschätzte Auftragswert 214.000 € netto und handelt es sich um ein Krankenhaus, das zu den öffentlichen Auftraggebern zählt, oder sind nach dem betreffenden Zuwendungsbescheid die §§ 97ff. GWB und die VgV auch für nicht-öffentliche Auftraggeber einschlägig, bestimmt § 119 Abs. 1 GWB die zur Verfügung stehenden Verfahrensarten:¹¹ Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt im offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren oder Verhandlungsverfahren. Den Krankenhausträgern steht nach ihrer Wahl stets das offene und das nicht offene Verfahren zur Verfügung, das Verhandlungsverfahren können sie beschreiten, wenn die gesetzlichen Anforderungen gegeben sind (§ 119 Abs. 2 GWB).

Bei einem **offenen Verfahren** fordert der Krankenhausträger eine unbeschränkte Anzahl von Unternehmen öffentlich zur Abgabe von Angeboten für das geförderte Vorhaben auf (§ 119 Abs. 3 GWB). Jedes interessierte Unternehmen kann ein Angebot abgeben (§ 15 Abs. 1 VgV). Bei einem **nicht offenen Verfahren** wählt der Krankenhausträger nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien aus (Teilnahmewettbewerb), die er zur Abgabe von Angeboten auffordert (§ 119 Abs. 4 GWB). Jedes interessierte Unternehmen kann einen Teilnahmeantrag abgeben; die Angebotsabgabe ist den ausgewählten Interessierten vorbehalten (§ 16 Abs. 1, 4 VgV).



Sowohl beim offenen als auch beim nicht offenen Verfahren sind **Verhandlungen** mit den Anbietern **unzulässig**, insbesondere über Änderungen der Angebote und Preise (§§ 15 Abs. 5, 16 Abs. 9 VgV).



Bei einem **Verhandlungsverfahren** wendet sich der Krankenhausträger mit oder ohne Teilnahmewettbewerb an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren dieser Unternehmen über die Angebote zu verhandeln (§ 119 Abs. 5 GWB). Sofern es genügend Bewerber gibt, muss die Zahl der angesprochenen Unternehmen einen Wettbewerb gewährleisten (§ 51 VgV).

¹⁰ Vgl. VG Schleswig, Urt. v. 06.04.2017 – 12 A 136/16, BeckRS 2017, 107891.

¹¹ Auf den wettbewerblichen Dialog und die Innovationspartnerschaft gehen wir im Folgenden mangels Relevanz für die KHZG-Thematik nicht ein.

Dieses Verfahren bietet den **Vorteil**, dass der **Leistungsgegenstand nicht** bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten **festgeschrieben** ist und die Krankenhäuser mit den Bietern nach Abgabe der ersten Angebote über den Leistungsinhalt und über die Preise verhandeln können, soweit sie nicht in der Ausschreibung Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien als verbindlich festgelegt haben.¹²



Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb

Das **Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb** steht dem Krankenhausträger offen, wenn einer der Tatbestände des § 14 Abs. 3 VgV gegeben ist. Mit Blick auf die nach dem KHZG geförderten Vorhaben zur Digitalisierung der Prozesse und Strukturen im Verlauf eines Krankenhausaufenthaltes von Patienten erscheint es naheliegend, dass sich der Krankenhausträger auf einen der Ausnahmetatbestände der Nummern 1 bis 4 stützen kann. Die Erfüllung der Bedingungen hat der Krankenhausträger vor der Ausschreibung umfassend zu begründen und zu dokumentieren, um sich nicht in das Risiko eines Verstoßes gegen das Vergaberecht und der Rückförderung der Fördermittel zu begeben.¹³

- Der Tatbestand der Nummer 1 ist einschlägig, wenn die Bedürfnisse des Krankenhauses die **Anpassung bereits verfügbarer Lösungen** erfordern. Es geht um auf dem Markt vorhandene Lösungen, die für das Krankenhaus individuell anzupassen sind, um seinen Beschaffungsbedarf zu erfüllen.¹⁴
- Der Tatbestand der Nummer 2 ist einschlägig, wenn der Auftrag konzeptionelle oder innovative Lösungen umfasst. In einem solchen Fall kann das Krankenhaus eine funktionale Leistungsbeschreibung verwenden und das Ziel, aber nicht den Weg dorthin vorgeben.¹⁵
- Der Tatbestand der Nummer 3 ist einschlägig, wenn der Auftrag nicht ohne vorherige Verhandlungen vergeben werden kann **aufgrund konkreter Umstände**, die etwa mit der **Art oder der Komplexität oder den damit einhergehenden Risiken** zusammenhängen. Hierzu zählt der Gesetzgeber u.a. hoch entwickelte Produkte und **Großprojekte der Informations- und Kommunikationstechnologie**.¹⁶
- Der Tatbestand der Nummer 4 ist einschlägig, wenn das Krankenhaus die Leistungen, insbesondere ihre technischen Anforderungen, nicht mit ausreichender Genauigkeit unter Verweis auf eine Norm, eine Europäische Technische Bewertung (ETA), eine gemeinsame technische Spezifikation oder technische Referenzen im Sinne der Anlage 1 Nummer 2 bis 5 beschreiben kann.

¹² Jasper, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 119 GWB Rn. 25 m.w.N.

¹³ VG Schleswig, Urt. v. 06.04.2017 – 12 A 136/16, BeckRS 2017, 107891, Rn. 49ff.; Dörn, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 14 VgV Rn. 20.

¹⁴ Dörn, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 14 VgV Rn. 27.

¹⁵ Dörn, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, § 14 VgV Rn. 28.

¹⁶ BT-Drs. 18/7318, S. 157.

Das **Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb** steht dem Krankenhausträger offen, wenn einer der Tatbestände des § 14 Abs. 4 VgV gegeben ist. Diese Verfahrensart soll nur unter außergewöhnlichen Umständen zur Anwendung kommen.¹⁷ Mit Blick auf die nach dem KHZG geförderten Vorhaben könnte sich ein Krankenhausträger auf den Tatbestand der Nummer 2 lit. b stützen, wenn der Auftrag nur von einem bestimmten Unternehmen erbracht oder bereitgestellt werden kann, weil aus technischen Gründen kein Wettbewerb vorhanden ist. Voraussetzung ist, dass bestehende technische Hindernisse für andere Unternehmen als das angesprochene unüberwindbar gewesen wären¹⁸ und es keine vernünftige Alternative oder Ersatzlösung gibt und der mangelnde Wettbewerb nicht das Ergebnis einer künstlichen Einschränkung der Auftragsvergabeparameter seitens des Krankenhausträgers ist (§ 14 Abs. 6 VgV).



Neben der Wahl des zulässigen Vergabeverfahrens sind öffentliche Auftraggeber zum **Mittelstandsschutz** verpflichtet (§ 97 Abs. 4 GWB). Sie haben daher Leistungen grundsätzlich in der Menge in sog. Teillose aufzuteilen und getrennt nach Art oder Fachgebiet in sog. Fachlosen zu vergeben.



Krankenhäuser dürfen von der Aufteilung des Auftrags in Lose absehen, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern, wobei objektiv zwingende Gründe für eine Gesamtvergabe sprechen müssen.¹⁹ Technische Gründe, die eine **Gesamtvergabe** rechtfertigen können, liegen vor, wenn bei getrennten Ausschreibungen das nicht durch inhaltliche Gestaltung der Vergabeunterlagen vermeidbare Risiko besteht, dass der Krankenhausträger **Teilleistungen** erhält, die zwar jeweils **ausschreibungskonform** sind, aber **nicht zusammenpassen** und deshalb in ihrer Gesamtheit **nicht geeignet** sind, den Beschaffungsbedarf in der angestrebten Qualität zu befriedigen.²⁰

3.3.2 Unterschwellenbereich – UVgO und VOL/A

Im Anwendungsbereich der UVgO bestimmt § 8 die zur Verfügung stehenden Verfahrensarten: Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen erfolgt durch Öffentliche Ausschreibung, Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb oder Verhandlungsvergabe mit oder ohne Wettbewerb (§ 8 Abs. 1). Den Krankenhausträgern steht nach ihrer Wahl stets die Öffentliche Ausschreibung und die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zur Verfügung, die Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und die Verhandlungsvergabe können sie beschreiten, wenn die gesetzlichen Anforderungen gegeben sind (§ 8 Abs. 2). Die Öffentliche Ausschreibung nach § 9 UVgO entspricht dem offenen Verfahren i.S.d. GWB, die Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb nach § 10 UVgO dem nicht offenen Verfahren i.S.d. GWB. Die **Verhandlungsvergabe** nach § 12 UVgO steht dem Krankenhausträger offen, wenn einer der Tatbestände des § 8 Abs. 4 UVgO gegeben ist. Die Tatbestände gemäß Nummern 1 bis 3 und 5

¹⁷ Vgl. Erwägungsgrund 50 der Richtlinie 2014/24/EU.

¹⁸ Vgl. EuGH, Urt. v. 18.05.1995 – Rs. C-57/94. Rn. 27.

¹⁹ Antweiler, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 97 GWB Rn. 51.

²⁰ Antweiler, in: Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 97 GWB Rn. 53.

entsprechen nahezu wortgleich den Regelungen des § 14 Abs. 3 Nr. 1 bis 4 VgV, der Tatbestand der Nummer 10 entspricht in Teilen der Regelung des § 14 Abs. 4 Nr. 2 VgV.

Im Anwendungsbereich der VOL/A erfolgt die Vergabe von Aufträgen in Öffentlicher Ausschreibung nach § 3 Abs. 1; in begründeten Ausnahmefällen ist eine Beschränkte Ausschreibung mit oder ohne Teilnahmewettbewerb nach § 3 Abs. 3, 4 oder eine Freihändige Vergabe nach § 3 Abs. 5 zulässig (§ 3 Abs. 2). Im Bereich des KHZG kommt eine **Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb** in Betracht, wenn die Leistung nach ihrer Eigenart nur von einem beschränkten Kreis von Unternehmen ausgeführt werden kann, insbesondere wenn eine außergewöhnliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit erforderlich ist (§ 3 Abs. 3 lit. a). Eine **Freihändige Vergabe** steht einem Krankenhausträger zur Verfügung, wenn die Leistung nach Art und Umfang vor der Vergabe nicht so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden kann, dass hinreichend vergleichbare Angebote erwartet werden können (§ 3 Abs. 4 lit. h), oder für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt (§ 3 Abs. 4 lit. l).

Eine **Gesamtvergabe** ist unter denselben Gesichtspunkten wie im Oberschwellenbereich zulässig (vgl. § 22 Abs. 1 UVgO, § 2 Abs. 2 VOL/A).
