24.10.2025

AKADEMIE FÜR ÖFFENTLICHES GESUNDHEITS-WESEN

Vermerk

zur vergaberechtskonformen Einbettung der durch das Projektbüro Digitale Tools (PDT) empfohlenen Anwendungen für Gesundheitsämter

1. Ausgangslage / Fragestellung

Die Akademie für Öffentliches Gesundheitswesen (AÖGW) mit Sitz in Düsseldorf ist eine öffentlich-rechtliche Bildungsinstitution, die von den Bundesländern Berlin, Brandenburg, Bremen, Hamburg, Hessen, Mecklenburg-Vorpommern, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen-Anhalt, Schleswig-Holstein und Thüringen finanziert wird.

Sie wurde 1971 als bundesweit einzige länderübergreifende Einrichtung zur Aus-, Fort- und Weiterbildung aller Beschäftigten im Öffentlichen Gesundheitsdienst (ÖGD) gegründet. Ferner gehört die angewandte Forschung im Bereich des Öffentlichen Gesundheitswesen zu ihren Aufgaben.

Mit jährlich mehr als 30.000 Teilnehmenden ist die Akademie eine der größten Bildungseinrichtungen im Öffentlichen Gesundheitswesen in Deutschland.

Im ÖGD wird eine Vielzahl digitaler Tools, Programme, Fachanwendungen und unterstützende Technologien (RPA usw.) eingesetzt, um die Gesundheitsversorgung zu verbessern und die öffentliche Gesundheit zu schützen.

Hierzu hat die AÖGW ein Bewertungsverfahren entwickelt, um Gesundheitsämtern die Einführung digitaler Tools zu vereinfachen. Koordiniert wird das Bewertungsverfahren vom Projektbüro Digitale Tools (PDT). Das PDT übernimmt im Bewertungsverfahren eine koordinierende Funktion – die Bewertung und sämtliche Entscheidungen über die Listung eines Tools obliegen den Mitgliedern eines unabhängigen Fachlichen und Technischen Beirates.

Das Bewertungsverfahren gliedert sich in die folgenden 4 Phasen:

Phase 1: Vorbewertung
Phase 2: Präsentation
Phase 3: Pilotierung
Phase 4: Entscheidung

Über den Internetauftritt der AÖGW kann jedes Digitale Tool eingereicht werden. Hierzu zählen insbesondere Fachanwendungen, Fachverfahren, Software, Apps, Anwendungen oder Computerprogramme. Jede eingereichte Anwendung durchläuft die vorgenannten Phasen.

In Phase 4 geben die Beiräte eine Empfehlung an die Bewertungskommission ab. Ihre Entscheidung treffen sie auf Grundlage aller im Bewertungsverfahren eingereichten Unterlagen und der Pilotierungsberichte. Die abschließende Entscheidung über den erfolgreichen Abschluss der Phase 4 trifft die Bewertungskommission. Sie besteht aus wechselnden Mitgliedern des Fachlichen und Technischen Beirates.

Tools, die das Bewertungsverfahren erfolgreich durchlaufen haben, werden in das Verzeichnis „Empfehlungen“ des PDT aufgenommen, auf der Projektwebsite vorgestellt und über diverse weitere Kommunikationskanäle veröffentlicht. Diese umfassen beispielsweise die Fachforen der AÖGW, Social-Media-Kanäle, Podcasts, die Zeitschrift „Blickpunkt Öffentliche Gesundheit“ und die ÖGD-NEWS-App.

Vor diesem Hintergrund stellt sich für die AÖGW folgende Frage:

Wie können bzw. dürfen einzelne Gesundheitsämter die Empfehlungen des PDT über die Digitalen Tools in deren Vergabeverfahren vergaberechtskonform berücksichtigen?

2. Vergaberechtliche Rahmenbedingungen

Gemäß § 97 Abs. 2 GWB bzw. § 2 Abs. 2 UVgO sind Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund gesetzlicher Vorgaben ausdrücklich geboten oder gestattet. Zudem sind öffentliche Aufträge im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren zu vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.

Die Beachtung der vorgenannten vergaberechtlichen Grundprinzipien ist auf verschiedenen Ebenen zu beachten. Sowohl bei der Ausübung des Leistungsbestimmungsrechts (unter Ziffer 2.1) als auch bei der Ausgestaltung der Eignungs- (unter Ziffer 2.2) und Zuschlagskriterien (unter Ziffer 2.2) sind die

vergaberechtlichen Grundprinzipien zu wahren. Nachfolgend wird die Einbettung der Empfehlungen des PDT sowohl im Zusammenhang mit dem Leistungsbestimmungsrecht als auch vor dem Hintergrund der Eignungs- und Zuschlagskriterien bewertet.

2.1 Leistungsbestimmungsrecht

Die Empfehlungen des PDT über die Digitalen Tools dürfen nicht dazu führen, dass Gesundheitsämter im Rahmen des ihnen zustehenden Leistungsbestimmungsrechts ausschließlich im PDT empfohlene Produkte beschaffen bzw. ausschließlich Unternehmen von empfohlenen Anwendungen an einem Vergabeverfahren beteiligen.

Im Einzelnen:

Die Bestimmung des Leistungsgegenstandes obliegt dem Auftraggeber und ist dem Vergabeverfahren vorgelagert. Das Vergaberecht macht grundsätzlich keine Vorgaben hinsichtlich dessen, was der öffentliche Auftraggeber zu beschaffen hat.

- Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31.05.2017, Verg 36/16.

Das Vergaberecht regelt lediglich die Art und Weise der Beschaffung.

- Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 15.11.2013, 15 Verg 5/13.

Gleichwohl unterliegt die Frage, welche Anforderungen an den Leistungsgegenstand gestellt werden, vergaberechtlichen Grenzen.

- Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12.07.2017, VII-Verg 13/17.

Diese sind nach ständiger Rechtsprechung gewahrt, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen worden ist, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind, und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert.

- Vgl. OLG Celle, Beschluss vom 09.11.2021, 13 Verg 9/21; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.09.2016, VII-Verg 13/16; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.08.2012, VII-Verg 10/12; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.06.2012, VII-Verg 7/12; VK Westfalen, Beschluss vom 25.01.2017, VK 1 - 47/16.

Das OLG Rostock führt in dem Beschluss vom 01.09.2021 (17 Verg 2/21) zur Reichweite des Leistungsbestimmungsrecht wie folgt aus:

> *„Dem Auftraggeber steht das Bestimmungsrecht zu, ob und welchen Gegenstand er beschaffen will. Solange er dabei die Grenzen beachtet und nicht - offen oder versteckt - ein bestimmtes Produkt bevorzugt und andere Anbieter diskriminiert, ist er bei dieser Bestimmung im Grundsatz weitgehend frei. Er bestimmt über die an die zu beschaffenden Gegenstände zu stellenden technischen und ästhetischen Anforderungen. Das bedeutet allerdings nicht, dass dieses Bestimmungsrecht grenzenlos ist; die Anforderung muss vielmehr objektiv auftrags- und sachbezogen sein. Des Weiteren muss die Begründung nachvollziehbar sein.“*

Zwar besteht – in engen Grenzen – die Möglichkeit als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, die Vorlage von Bescheinigungen, insbesondere Testberichten oder Zertifizierungen, einer Konformitätsbewertungsstelle gemäß § 33 Abs. 1 VgV zu verlangen. Die Nachweise müssen aber von einer akkreditierten Konformitätsbewertungsstelle (z.B. TÜV, VDE) stammen. Eigenzertifikate des Auftraggebers, die nur bei ihm zu erlangen sind, können nicht vorgegeben werden.

- VK Bund, Beschluss vom 31.07.2017, VK 1–67/17.

Bei dem PDT handelt es nicht um eine akkreditierte Konformitätsbewertungsstelle im Sinne des § 33 Abs. 1 VgV. Insofern scheidet der Rückgriff auf § 33 Abs. 1 VgV aus.

Ferner scheidet die Nachweisführung durch ein Gütezeichen gemäß § 34 VgV aus. Danach kann als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, der öffentliche Auftraggeber

die Vorlage von Gütezeichen (z.B. „Fairtrade“, „Blauer Engel“, ISO-Zertifizierungen) nach Maßgabe des § 34 Abs. 2 – 5 VgV verlangen.

Die Empfehlung des PDT und die Veröffentlichung der Anwendung stellt jedoch kein „Gütezeichen“ im Sinne des § 34 VgV dar. Im Übrigen kann im Einzelfall gegen § 31 Abs. 1 VgV verstoßen werden, wenn der Auftraggeber Gütezeichen vorschreibt, die nicht marktgängig sind, ausschließlich nur von nationalen Unternehmen verwendet werden und für ausländische Unternehmen nur schwer zugänglich sind, so dass die Vorgabe des Gütezeichens entgegen dem gesetzlichen Leitbild des grenzüberschreitenden Vergabewettbewerbs faktisch auf eine Inländerprotektion hinausläuft.

Die Einschränkung des Wettbewerbs durch das Verlangen von nicht marktüblichen Gütezeichen wirkt zudem tendenziell preiserhöhend und qualitätsmindernd, sodass dies bei wettbewerbseinschränkenden Maßnahmen generell zu beachten ist.

Vor diesem Hintergrund dürfen Gesundheitsämter das Leistungsbestimmungsrecht nicht dahingehend ausüben, dass in der Leistungsbeschreibung die Empfehlung im PDT als Ausschlusskriterium ausgestaltet wird. Dies wäre mit den vergaberechtlichen Grundprinzipien nicht vereinbar. Hierbei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass die Empfehlung im PDT die Einreichung einer geeigneten Anwendung voraussetzt, wobei das Bewertungsverfahren bis zur (positiven) Entscheidung bzw. bis zur Veröffentlichung der Anwendung einen längeren Zeitraum in Anspruch nimmt als die gängigen (Mindest-)Angebotsfristen. Unternehmen hätten also nach Veröffentlichung eines Vergabeverfahrens keine Chance, eine entsprechende Empfehlung rechtzeitig zu erhalten.

Zudem würde eine entsprechende Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung dazu führen, dass negativ beschiedene Anwendungen keine Chance auf Teilnahme an einem solchen Vergabeverfahren hätten. Im Übrigen dürfte die Wahrscheinlichkeit, dass Anwendungen aus dem europäischen Ausland das Bewertungsverfahren durchlaufen, äußerst gering sein. Auch vor diesem Hintergrund wäre eine entsprechende Empfehlung in der Leistungsbeschreibung bei einem europaweiten Vergabeverfahren problematisch.

Aufgrund dessen müssen Gesundheitsämter den Wettbewerb im Rahmen des Leistungsbestimmungsrecht weiter fassen als die im PDT empfohlenen Digitalen Anwendungen.

2.2 Eignungskriterien

Die Empfehlung des PDT über die Digitalen Tools darf nicht als Eignungskriterium, insbesondere nicht als Mindestanforderung an die Eignung, in einem Vergabeverfahren gefordert werden.

Im Einzelnen:

Eignungskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen, § 122 Abs. 4 GWB bzw. § 33 Abs. 1 S. 2 UVgO.

Die Gesetzesbegründung zu § 122 Abs. 4 S. 1 GWB (BT-Drs. 18/6281, 101) konkretisiert dies wie folgt:

> *„§ 122 Absatz 4 Satz 1 stellt sicher, dass öffentliche Auftraggeber bei Vergabeverfahren nur angemessene Anforderungen an die Eignung stellen. Diese hängen maßgeblich von der Art des Auftrags, vom Auftragsgegenstand und von den Bedingungen der Auftragsausführung ab. […] Darüber hinaus sind (wie bisher) Anforderungen an die Eignung verboten, die in keiner Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen.“*

Ein solcher Bezug ist gegeben, wenn das Eignungskriterium objektiv dazu dient und geeignet ist, die Leistungsfähigkeit des Bieters im Hinblick auf den konkret ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nachzuweisen.

- EuGH, Urteil vom 18.10.2012 – C-218/11.

Je stärker jedoch der Wettbewerb eingeschränkt wird, desto gewichtiger muss der rechtfertigende Grund sein.

- OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.3.2021,11 Verg 18/20.

Wie bereits unter Ziffer 2.1 dieser Stellungnahme ausgeführt, dürfen Gesundheitsämter die Empfehlung des PDT aufgrund der wettbewerbseinschränkenden Wirkung auch nicht auf Eignungsebene als (Mindest-)Anforderung verlangen. Außerdem handelt es sich bei der Empfehlung nicht um ein unternehmensbezogenes Kriterium. Nicht das jeweilige Unternehmen erhält die Empfehlung des PDT, sondern das Digitale Tool.

Unternehmen, die keine Empfehlung des PDT für ihre Anwendung erhalten haben, wären daran gehindert, an solchen Vergabeverfahren teilzunehmen.

2.3 Zuschlagskriterien

Die Empfehlung des PDT über die Digitalen Tools darf nicht unmittelbar als Zuschlagskriterium bzw. Unterkriterium definiert werden.

Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, § 127 Abs. 4 S. 1 GWB bzw. § 43 Abs. 5 UVgO.

Die Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 4 S. 1 GWB (BT-Drs. 18/6281, 112) konkretisiert dies wie folgt:

> *„Der Ermessenspielraum findet seine Begrenzung in den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz. Daher sind die Zuschlagskriterien so zu gestalten, dass dem Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird. Die Kriterien müssen vielmehr so vorgegeben werden, dass sie einen effektiven Wettbewerb der konkurrierenden Angebote zulassen.“*

Es muss sich also grundsätzlich um Kriterien handeln, die von mehreren, potenziellen Bietern erfüllt werden können. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB ist zu beachten.

Der öffentliche Auftraggeber ist zwar grundsätzlich nicht verpflichtet, sämtliche bestehenden Wettbewerbsvorteile bestimmter, potenzieller Bieter auszugleichen.

- VK Südbayern, Beschluss vom 09.05.2018, Z 3-3-3194-1-08-03/17.

Im Einzelfall kann sich allerdings die Notwendigkeit eines Ausgleichs ergeben. Dies kann vor allem dann zu berücksichtigen sein, wenn sich die Wettbewerbsvorteile nicht aus der Marktstellung, sondern aus den vorgefundenen Rahmenbedingungen ergeben.

- OLG Schleswig, Beschluss vom 13.06.2019, 54 Verg 2/19.

Anwendungen, die keine Empfehlung des PDT – gleich aus welchem Grund – erhalten haben, hätten stets einen Wettbewerbsnachteil gegenüber den empfohlenen Digitalen Tools. Je nach Gewichtung eines entsprechenden Zuschlagskriteriums würden die Zuschlagschancen solcher Unternehmen maßgeblich sinken.

Unter Bezugnahme zu den Ausführungen unter Ziffer 2.1 und Ziffer 2.2. dieser Stellungnahme und der Verpflichtung zur Einhaltung des Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatzes ist die Empfehlung des PDT über die Digitalen Tools nicht unmittelbar als Zuschlagskriterium oder Unterkriterium auszugestalten.

3 Einbettung von Digitalen Tools im Vergabeverfahren

Die Empfehlung des PDT über die Digitalen Tools kann jedoch mittelbar im Rahmen der Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden.

Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem

Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

Insbesondere im Rahmen der Bewertung von Konzepten kann eine Empfehlung des PDT über ein Digitales Tool als Plausibilisierung der konzeptionellen Ausführungen dienen.

Zwar darf eine entsprechende Empfehlung – nicht losgelöst von vertiefenden Ausführungen – punkteerhöhend wirken. Gleichwohl können öffentliche Auftraggeber im Rahmen der Plausibilitätsanforderung für eine hohe Bepunktung eine entsprechende Empfehlung des PDT berücksichtigen.

Beispielsweise kann für die Bewertung der Qualität eines Konzeptes zur Erlangung einer höheren Bepunktung Folgendes festgelegt werden:

Bewertung der Qualität des Konzeptes	**Beschreibung**	**Punktevergabe**
Sehr gute Qualität	In allen Belangen deutlich über dem Durchschnitt liegende Darstellung ohne Schwächen. Eine sehr gute Qualität des Konzeptes kann insbesondere auch dadurch plausibilisiert werden, indem die Empfehlung des PDT über das Digitale Tool nachgewiesen wird.	25 Punkte
Gute Qualität	In allen Belangen über dem Durchschnitt liegende Darstellung. Die Ausführungen sind größtenteils vollständig, nachvollziehbar und widerspruchsfrei.	20 Punkte
Durchschnittliche Qualität	Die Darstellung genügt den durchschnittlichen Anforderungen und enthält keine wesentlichen Schwächen.	15 Punkte

Ausreichende Qualität	Die Darstellung genügt den Anforderungen. Sie enthält aber wesentliche Schwächen.	10 Punkte
Mangelbehaftete Qualität	Nur in Teilen den Anforderungen genügende Darstellung mit deutlichen Mängeln.	5 Punkte
Ungenügende Qualität	Keine oder inhaltlich unzureichende Darstellung.	0 Punkt

Dies darf jedoch nicht dazu führen, dass konzeptionelle Ausführungen, die sich nicht auf eine entsprechende Empfehlung beziehen, bei gleicher Qualität schlechter bewertet werden. Vielmehr kann der Verweis auf eine Empfehlung des PDT plausibilisieren, jedoch nicht die geforderten konzeptionellen Ausführungen ersetzen.

Die Berücksichtigung der Empfehlung des PDT über Digitale Tools in einem Vergabeverfahren ist stets vom Einzelfall abhängig. Insofern ist bei jedem Vergabeverfahren zu prüfen, ob und inwiefern die Empfehlung des PDT über die Digitalen Tools vergaberechtskonform berücksichtigt werden darf.

Düsseldorf, den 24.10.2025
gez. Rechtsanwalt Dr. Jens Biemann
gez. Rechtsanwalt Henrik Trockel