



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 74/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegner -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Förderung einer neutralen und unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gemäß § 65 b SGB V“, EU-ABI. 2014/S 201-355044, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den

ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Schuldt auf die mündliche Verhandlung vom 18. August 2015 am 3. September 2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Antragsgegners und der Beigeladenen.
3. Die Zuziehung eines Rechtsanwalts durch den Antragsgegner und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Der Antragsgegner (Ag) führt derzeit ein europaweites Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zur „Förderung einer neutralen und unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung gemäß § 65 b SGB V“ (EU-ABl. 2014/S 201-355044) durch. Der Auftragnehmer soll ab dem 1. Januar 2016 Verbraucher und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen für einen Zeitraum von sieben Jahren bundesweit flächendeckend informieren und beraten; hierzu stehen Fördermittel in Höhe von ca. 9 Mio. € pro Jahr bereit. Nach Auffassung des Ag handelt es sich bei der Vergabe der Fördermittel nicht um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB, er führe dieses Verfahren freiwillig entsprechend den Bestimmungen des Vierten Teils des GWB i.V.m. der VgV und der VOL/A durch (s. „Informationsmemorandum zum Teilnahmewettbewerb“, S. 3, Bl. 126 der Vergabeakten, Band I).

Die abzuschließende Fördervereinbarung sah u.a. Folgendes vor:

- Vertragsbestandteile sind die Fördervereinbarung, die Leistungsbeschreibung, das Angebot des Zuschlagskandidaten und die VOL/B (§ 2 Fördervereinbarung);
- „der Auftragnehmer verpflichtet sich, eine organisatorisch eigenständige Einrichtung zu schaffen, deren alleinige Aufgabe es ist, die Verbraucher- und Patientenberatung durchzuführen.“ (§ 3 Abs. 1 Fördervereinbarung);
- wenn diese eigenständige Einrichtung in Form einer eigenständigen juristischen Person geschaffen wird, garantiert der Auftragnehmer, dass diese nach ihrer Entstehung unverzüglich der Fördervereinbarung beitrifft (§ 3 Abs. 2 Fördervereinbarung);

- „der Auftragnehmer berät und informiert Patienten und Verbraucher nach Maßgabe der Leistungsbeschreibung (...) und den Festlegungen zu seinem Angebot (...)“ (§ 4 Abs. 1);
- „der Auftragnehmer führt das Vorhaben entsprechend den Anforderungen der Leistungsbeschreibung und seinem diesbezüglichen Angebot durch.“ (§ 5 Abs. 1);
- „der Auftragnehmer verpflichtet sich, dass eine – auch mittelbare – Steuerung der Beratungstätigkeit oder -inhalte durch die Trägerorganisation oder durch Dritte ausgeschlossen ist“ und „stellt sicher, dass eine Beeinflussung der Verbraucher- und Patientenberatung durch Interessen der Leistungserbringer, der Kostenträger, durch Wirtschaftsunternehmen und sonstige Akteure im Gesundheitswesen ausgeschlossen wird“ (§ 6 Abs. 1, 2);
- der Auftragnehmer ist verpflichtet, von sämtlichen an der Verbraucher- und Patientenberatung beteiligten Personen regelmäßig Eigenerklärungen einzufordern, dass z.B. durch eine Nebenbeschäftigung keine Interessenkonflikte bestehen, außerdem müssen diese Personen auf eine gewissenhafte Erfüllung ihrer Obliegenheiten verpflichtet und auf die strafrechtlichen Folgen einer Pflichtverletzung hingewiesen werden; darüber hinaus sind weitere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, die die Unabhängigkeit und Neutralität sichern und Interessenkonflikte vermeiden (z.B. Compliance-Regeln) (§ 6 Abs. 3 bis 5);
- § 7 Abs. 3 enthält Regelungen zu den Pflichten des Auftragnehmers, falls die vereinbarten Leistungen und damit die gewährten Fördermittel entgegen der aktuellen Auffassung des Bundesministeriums für Finanzen doch der Umsatzsteuer unterliegen;
- „die Fördermittel sind zweckgebunden und dürfen nur für das o.g. Vorhaben verwendet werden“, außerdem sind die Fördermittel gemäß der mit dem Angebot abzugebenden Budgetkalkulation einzusetzen (§ 7 Abs. 5, 9);
- für Aufträge an Dritte und Investitionen gelten ggf. bestimmte Vergaberegeln (§ 3 Abs. 3, § 9 Abs. 10);
- wenn eine zweckmäßige Verwendung der Fördermittel nicht nachgewiesen bzw. begründet werden kann, können Fördermittel anteilig oder vollständig zurückgefordert werden (§ 11);
- § 17 Abs. 2 regelt das Recht zur außerordentlichen Kündigung u.a. dann, wenn die Fördermittel zweckwidrig verwendet werden oder „bei nicht lediglich unerheblichen Beeinträchtigungen der Neutralität und Unabhängigkeit der eigenständigen Einrichtung zur Verbraucher- und Patientenberatung“.

Zum Beleg ihrer technischen Leistungsfähigkeit mussten die Bieter gemäß Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung u.a.

„Referenzen aus den letzten 3 Jahren vor Ende der Teilnahmeantragsfrist aus dem Bereich der Patienten- und Verbraucherberatung“

vorlegen, als Mindeststandard war diesbezüglich gefordert:

„Mindestens ein Referenzprojekt aus den letzten 3 Jahren vor Ablauf der Teilnahmeantragsfrist, welches nach Art und Schwierigkeit mit den unter Ziff. II.1.5) beschriebenen Merkmalen der zu fördernden neutralen und unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung vergleichbar ist. Dabei werden insbesondere Erfahrungen im Hinblick auf ein telefongestütztes, qualitätsgesichertes Informations- und Beratungsangebot sowie hinsichtlich der Wahrnehmung von Managementfunktionen in komplexen Organisationsstrukturen berücksichtigt. Der Umfang der in der Vergangenheit erbrachten Beratungstätigkeit muss nicht mit dem Umfang der zu fördernden

Beratungstätigkeit vergleichbar sein.“ (vgl. auch Ziffer 8.3 b) des „Informationsmemorandums zum Teilnahmewettbewerb“).

U.a. die Antragstellerin (ASt) und die Beigeladene (Bg) gaben fristgerecht Teilnahmeanträge ab. Die ASt ist eine Bietergemeinschaft, die durch eine Tochter-gGmbH nach einer fünfjährigen Erprobungsphase seit 2011 die Patientenberatung i.S.d. § 65b SGB V für den Ag durchführt. Dem Teilnahmeantrag der ASt lag eine Erklärung der Bietergemeinschaft bei, dass Herr [...] vom [...] die Mitglieder der Bietergemeinschaft gegenüber dem Ag rechtsverbindlich vertrete. Die Bg gehört zur [...]-Gruppe, die laut ihrem Internetauftritt der „größte Unternehmensverbund im Bereich Healthcare Communication & Sales in Deutschland (...) für alle Anbieter im Gesundheitswesen“ ist; die Bg selbst betreibt ein medizinisches Servicecenter, das im Auftrag u.a. von gesetzlichen und privaten Krankenkassen, Pharmaunternehmen, Krankenhäusern und Apotheken Verbraucher, Versicherte sowie Patienten telefonisch und über Online-Portale berät. Diese Tätigkeiten hat die Bg durch die Vorlage entsprechender Referenzen mit ihrem Teilnahmeantrag belegt.

Nach dem Teilnahmewettbewerb wurden u.a. sowohl die ASt als auch die Bg zur Angebotsabgabe aufgefordert. In Ziffer 10 f. der der Angebotsaufforderung beigefügten Bewerbungsbedingungen (BWB) wurden die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung genannt. Eines dieser Kriterien betrifft die „strukturellen Voraussetzungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität“ des Bieters (S. Bl. 380 der Vergabeakten, Band V). In Ziffer 3 der „Finalen Leistungsbeschreibung“ (LB) führte der Ag hierzu aus:

„Die Verbraucher- und Patientenberatung nach § 65b SGB V muss unabhängig und neutral sein. Unabhängigkeit und Neutralität in diesem Sinne sind wie folgt definiert:

- Es muss sichergestellt sein, dass die Verbraucher- und Patientenberatung frei von Interessenkonflikten mit einem Akteur im Gesundheitswesen erfolgt.
- Einflussnahmen auf Beratungsinhalte und/oder Beratungsstandards durch Dritte (z.B. Träger oder auch Kooperationspartner) müssen ausgeschlossen sein. Zu diesem Zweck muss die Verbraucher- und Patientenberatung insbesondere durch eine entsprechend verfasste eigenständige Einrichtung erfolgen.
- Die eigenständige Einrichtung zur Verbraucher- und Patientenberatung ist so auszugestalten, dass eine unabhängige und neutrale Patienten- und Verbraucherberatung gewährleistet ist, die die Nutzer auch als eigenständig, unabhängig und neutral wahrnehmen können. Dies bedingt insbesondere die Zurückstellung eigener institutioneller Interessen der Trägerorganisation/en hinter die Förderziele sowie die Vermeidung von Interessenkonflikten bei dem eingesetzten Personal.

- [Regelungen zum Schutz der erhobenen Daten].“ (s. Bl. 135 f. der Vergabeakten, Band V).

Dass er besondere Anforderungen an die Unabhängigkeit und Neutralität der Einrichtung zur Verbraucher- und Patientenberatung stellen wird, hatte der Ag bereits im Teilnahmewettbewerb angekündigt. Weil sich diese Anforderungen nicht auf die Eignung der Bieter, sondern auf die Organisation der Verbraucher- und Patientenberatung bezögen, würden diese jedoch nicht im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs geprüft, sondern erst mit dem Angebot (s. Ziffer 8 des „Informationsmemorandums zum Teilnahmewettbewerb“). Mit dem Angebot war hierzu eine Eigenerklärung abzugeben (Anlage B) sowie konzeptionelle Ausführungen des Bieters dazu, „mit welchen rechtlichen, organisatorischen oder institutionellen Mitteln er die Unabhängigkeit und Neutralität der Verbraucher- und Patientenberatung gewährleisten wird“ (Ziffer 11.1 BWB). Anlage B erhält die Erklärung, dass

im Falle der Beauftragung „jederzeit die Neutralität und Unabhängigkeit der Verbraucher- und Patientenberatung gewährleistet“ werde und hierzu u.a. eine eigenständige Beratungseinrichtung geschaffen werden wird, die „organisatorisch so verselbständigt ist, dass eine, auch mittelbare, Steuerung der Beratungstätigkeit oder -inhalte durch die Trägerorganisation/en oder durch Dritte ausgeschlossen ist“, bei der organisatorischen Ausgestaltung der Beratungseinrichtung werde zudem dafür Sorge getragen, „dass eine Beeinflussung der Verbraucher- und Patientenberatung durch Interessen der Leistungserbringer, der Kostenträger, Wirtschaftsunternehmen oder sonstiger Akteure im Gesundheitswesen nicht zu befürchten ist“.

Gemäß Ziffer 4.2.2 LB muss der „Zugang“ zur telefonischen Verbraucher- und Patientenberatung kostenfrei sein, „die Kosten hierfür sind für den Beratungsbetrieb zu kalkulieren“ (vgl. auch Ziffer 1, 2 LB sowie § 65b Abs. 1 S. 1 SGB V). Auf eine Bieterfrage hierzu antwortete der Ag am 2. Februar 2015:

„Die Anforderung „Der Zugang muss (...) über eine kostenfreie, bundeweit einheitlich zentrale Rufnummer (0800-Nummer) erfolgen“ in Ziffer 4.2.2 der Leistungsbeschreibung stellt eine Mindestanforderung dar, die vom Bieter zwingend angeboten werden muss. Darüber hinaus gehende weitere Zugänge zu der telefonischen Beratung sind nicht ausgeschlossen. Weitere Vorgaben hierfür bestehen nicht.“ (s. Bieterfrage Nr. 3, Bl. 320 der Vergabeakte, Band V).

Die Wertungspunkte sollten u.a. so vergeben werden, dass eine „in allen Belangen deutlich über dem Durchschnitt liegende Darstellung eines (...) Lösungsansatzes“ 9 bis 10 Punkte erhält und eine „in allen Belangen über dem Durchschnitt liegende Darstellung eines (...) Lösungsansatzes“ 6 bis 8 Punkte (s. Ziffer 4 BWB). Das mit dem Angebot einzureichende Konzept soll „individuell und auch vergleichend bewertet werden“; Grundlage der Bewertung

soll das „Bieterkonzept in Gestalt des endgültigen Angebots“ sein. Das Angebot mit der höchsten Punktzahl (nach Gewichtung und Addition der in den einzelnen Kriterien erzielten Punkte) soll den Zuschlag erhalten (Ziffer 11, S. 22 BWB).

U.a. die ASt und die Bg gaben ihre indikativen Angebote ab und präsentierten am 26. März 2015 vor Vertretern des Ag, des Beirats i.S.d. § 65b SGB V und dem Patientenbeauftragten der Bundesregierung jeweils ihre Konzepte (Bl. 259 ff. der Vergabeakte, Band V). Im Anschluss an diese Präsentation gab der Ag den Bietern „Hinweise“ zur Vorbereitung auf die Verhandlung, inwieweit sie ihr bisheriges Konzept verbessern und auf welche Fragen sie besonders eingehen sollten (s. Bl. 244 ff. der Vergabeakte, Band V). An den Verhandlungsgesprächen am 21. (mit der Bg) bzw. am 23. April 2015 (mit der ASt) nahmen neben dem jeweiligen Bieter insbesondere Vertreter des Ag sowie der Patientenbeauftragte der Bundesregierung samt seinen Mitarbeitern teil. Den Bietern wurden in diesen Gesprächen nur offene Fragen gestellt, um die angebotenen Konzepte zu erläutern (Bl. 204 ff. der Vergabeakten, Band V). Mit der ASt besprach der Ag u.a. das Thema, ob eine aufsuchende Beratung vorgesehen sei und antwortete auf die Frage der ASt, ob er die Anzahl der einzurichtenden Beratungsstellen nennen könne, dass dies der ASt überlassen bleibe.

Am 28. April 2015 forderte der Ag die Bieter zur Abgabe eines finalen Angebots auf und erklärte, keine weitere Verhandlungsrunde durchzuführen. U.a. die ASt und die Bg gaben ihre Angebote fristgerecht und vollständig ab. Die Angebote enthalten u.a. das zu erstellende und zu bewertende Angebotskonzept, eine Budgetkalkulation (die gemäß § 7 Abs. 9 Fördervereinbarung Vertragsbestandteil wird) sowie die ausgefüllte und unterschriebene Eigenerklärung zu Neutralität und Unabhängigkeit (Anlage B).

Zu dem von ihr mit dem Angebot vorgelegten Konzept führt die Bg zu den „strukturellen Voraussetzungen für Unabhängigkeit und Neutralität“ in der mündlichen Verhandlung Folgendes aus: Sie wolle im Zuschlagsfall eine gemeinnützige GmbH („gGmbH“) gründen. Die Beherrschung erfolge so wie bei der gGmbH der ASt stets über die Gesellschafterversammlung. Die gGmbH der Bg werde eigenständig in Berlin sitzen, habe eigene Räumlichkeiten sowie eine eigene IT-Ausstattung. Die von der Bg bezogene Datenbank werde umgearbeitet und anschließend ausschließlich von der gGmbH genutzt. Die Mitarbeiter der gGmbH seien direkt bei dieser und nicht bei der Bg angestellt und müssten Erklärungen zu ihrer Unabhängigkeit abgeben. Dies gelte auch für den

Geschäftsführer der zu gründenden gGmbH, mit dem darüber hinaus ein besonderer Verhaltenskodex vereinbart werde, dessen Verletzung eine Kündigung des Arbeitsvertrags zur Folge habe. Zudem sei der Geschäftsführer der gGmbH verpflichtet, jeden Eingriff in die Neutralität der gGmbH dem Beirat i.S.d. § 65b SGB V zu melden und hafte ggf. persönlich auf die Rückzahlung der Fördermittel. Die Daten, die bei der Tätigkeit der gGmbH erhoben werden würden, blieben schon aus datenschutzrechtlichen Gründen vollständig bei dieser Gesellschaft und würden nicht zur Bg transferiert. Zur Kontrolle der Neutralität und Unabhängigkeit würden zudem der Beirat i.S.d. § 65b SGB V und auf Vorschlag dieses Beirats ein Auditor eingesetzt. Der Auditor sei ausschließlich dem Beirat unterstellt, werde aus den Fördermitteln bezahlt und habe umfassende Einsichts- und Kontrollrechte hinsichtlich der Beratungstätigkeit der gGmbH, auch in die Datenbank (z.B. [...]). Die gGmbH teile sich mit der Bg den Controlling-Bereich (Lohnbuchhaltung). Die Neutralität und Unabhängigkeit der gGmbH der Bg werde zusätzlich dadurch gewährleistet, dass die Bg selbst gegenüber dem Ag auf Neutralität hafte. Zudem werde es bei der Gründung der gGmbH Gesellschafterbeschlüsse geben, die nicht rückgängig zu machen seien. Diese beinhalteten die Pflicht der Bg, die Neutralität und Unabhängigkeit der gGmbH zu gewährleisten und nicht in deren Belange einzugreifen.

Da sich bei der Wertung des Angebots der Bg Aufklärungsbedarf ergab, stellte der Ag der Bg am 22. Mai 2015 mehrere Fragen. Die Bg legte in ihrer fristgerechten Antwort vom 26. Mai 2015 die von ihr im Falle der Zuschlagserteilung geplante „gesellschaftsrechtliche Konstruktion“ dar, die von der Bg zwar wirtschaftlich abhängig sei, dies aber aus im Einzelnen genannten Gründen der inhaltlichen Neutralität und Unabhängigkeit der ausgeschriebenen Beratungsleistungen nicht entgegenstehe. Darüber hinaus bestätigte die Bg, dass sie den geplanten Leistungsumfang „in vollem Umfang“ auch dann erbringe, falls diese gesellschaftsrechtliche Konstruktion nicht machbar sei (Bl. 64 ff. der Vergabeakte, Band V).

In seiner Wertungsentscheidung kam der Ag zu dem Ergebnis, dass der Zuschlag an die Bg zu erteilen sei. Das Konzept der ASt erhielt u.a. in den Kriterien „Verbesserung der Erreichbarkeit“, „Telefonische Beratung“, „Face to Face-Beratung“, „Weitere Zugänge“, „Zielgruppenorientierung“, „Qualitätssicherung und -management“, „Kooperation und Vernetzung“, „Öffentlichkeitsarbeit“ und „Berichtswesen“ nicht die volle Punktzahl. Wie den Vergabeakten zu entnehmen ist, waren an der Vergabeentscheidung auch der Beirat i.S.d.

§ 65b SGB V und der Patientenbeauftragte der Bundesregierung beteiligt (s. „Dokumentation zum Vergabeverfahren“ des Ag, Bl. 33 der Vergabeakten, Band V).

Am 9. Juli 2015 informierte der Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht für den Zuschlag vorgesehen sei, weil andere Konzepte in einigen Wertungskriterien besser bewertet worden seien. In seinem Schreiben teilte der Ag der ASt auch einige seiner Wertungsbegründungen mit. Der Zuschlag solle auf das Angebot der Bg erteilt werden.

Mit einem Schreiben vom 10. Juli 2015 rügte der Verfahrensbevollmächtigte der ASt unter Berufung auf eine beigefügte Vollmacht im Namen der Bietergemeinschaft der ASt, dass die Bg nicht den Zuschlag erhalten dürfe und das Angebot der ASt fehlerhaft bewertet worden sei. Die Vollmachtsurkunde wurde von einem Vertreter des [...] unterzeichnet (Herr [...]) und trägt den Stempel des [...]. Der Ag half dieser Rüge nicht ab.

2. Am 16. Juli 2015 haben die Verfahrensbevollmächtigten der ASt in deren Namen sowie unter Vorlage derselben Vollmacht, die bereits der Rüge beilag, bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt. Die Vergabekammer hat dem Ag den Nachprüfungsantrag am selben Tag übermittelt.

a) Die ASt meint, der Nachprüfungsantrag sei statthaft, weil es sich bei der Vergabe der Fördermittel i.S.d. § 65b SGB V um einen öffentlichen Auftrag handele. Die Merkmale i.S.d. § 99 GWB seien weit auszulegen, daher liege ein öffentlicher Auftrag auch dann vor, wenn der öffentliche Auftraggeber wie hier in § 65b Abs. 1 SGB V vorgesehen mit der Beschaffung eine ihm obliegende oder zugewiesene Aufgabe erfülle.

Des Weiteren trägt die ASt vor, die Rüge und der Nachprüfungsantrag seien im Namen und im Auftrag der Bietergemeinschaft und nicht nur eines ihrer Mitglieder, dem [...], erfolgt. Die Vollmacht von Herrn [...] ergebe sich bereits aus dem Teilhabeantrag und reiche jedenfalls für die Rüge aus, da die Rüge zum Vergabeverfahren gehöre. Außerdem legt die ASt im Nachprüfungsverfahren Vollmachten aller drei Bietergemeinschaftsmitglieder vom 11. August 2015 vor, aus denen sich ergibt, dass Herr [...] in gemeinsamer Abstimmung aller drei Mitglieder ermächtigt und bevollmächtigt worden sei, insbesondere die Vergabeentscheidung des Ag zu rügen und bei Nichtabhilfe der Rüge einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

Zum Vorbringen des Ag, die ASt sei mangels Zuverlässigkeit auszuschließen und deshalb nicht antragsbefugt, weil eines ihrer Mitglieder die Rüge auf ihrer homepage veröffentlicht habe, trägt die ASt vor, das Rügeschreiben sei nach entsprechender Beanstandung durch den Ag am 15. Juli 2015 innerhalb einer Stunde wieder von der homepage entfernt worden.

Zur Rechtzeitigkeit ihrer Rüge meint die ASt, sie habe davon ausgehen dürfen, dass das Vergabeverfahren vergaberechtskonform durchgeführt werde und dass die Fördermittel nur an eine neutrale und unabhängige Einrichtung vergeben würden. Zudem dürfe sich der Ag nicht auf die Rügeobliegenheit berufen, da er seinerseits die Auffassung vertrete, die Vergabe unterfalle nicht dem 4. Teil des GWB. Schließlich stelle sich die Frage, ob die Gestaltung des Vergabeverfahrens mit den Vorgaben und Zielen des § 65b SGB V im Einklang stehe oder nicht ohnehin ohne Rügeobliegenheit wegen schwerer und grundlegender Fehler aufzuheben sei.

Die ASt macht im Wesentlichen geltend, die Bg dürfe aus mehreren Gründen nicht den Zuschlag erhalten.

- Erstens sei die Bg keine Einrichtung i.S.d. § 65b SGB V, weil es sich bei ihr um keine Einrichtung handele, die Verbraucher und Patienten in gesundheitlichen und gesundheitsrechtlichen Fragen qualitätsgesichert und kostenfrei informiere und berate. Gerade die individuelle Beratung vor Ort biete die Bg ausweislich ihres Internetauftritts nicht an und könne hierfür auch nicht die erforderlichen personellen und sächlichen Mittel nachweisen. Der Ag hätte gemäß § 65b SGB V gar nicht so ausschreiben dürfen, dass die Beratungseinrichtung erst noch zu gründen sei.
- Außerdem hätte die Bg bereits im Teilnahmewettbewerb mangels Eignung ausgeschlossen werden müssen, weil sie entgegen § 65b Abs. 1 S. 3 SGB V nicht neutral und unabhängig sei. Die Bg sei selbst und im Verbund mit der [...]-Gruppe vornehmlich für gesetzliche Krankenkassen und für die Pharmaindustrie tätig und vertrete deren Interessen. Das entsprechende Zuschlagskriterium des Ag sei tatsächlich ein Eignungskriterium, weil der Gesetzgeber nicht nur die unabhängige und neutrale Beratung, sondern auch die Unabhängigkeit und Neutralität der zu fördernden Einrichtung selbst verlange, um von vornherein jeden bösen Anschein oder denkbare Interessenkonflikte auszuschließen. Zumindest im Rahmen der Referenzen hätte der

Ag die Unabhängigkeit der Einrichtung prüfen müssen, indem er feststellt, ob der Bieter bereits unabhängige und neutrale Beratungsleistungen erbracht hat. Eine solche Mindestanforderung könne die Bg nicht erfüllt haben. Des Weiteren vermische der Ag Eignungs- und Zuschlagskriterien in unzulässiger Weise, indem das Kriterium der Unabhängigkeit und Neutralität bei der Bewertung der Angebotskonzepte berücksichtigt werde. Dies habe die ASt auch nicht rügen müssen, da von ihr nicht erwartet werden könne, dass sie die umstrittene Rechtsprechung zur Differenzierung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien kenne.

- Entgegen § 65b SGB V nehme der Verbraucher und Patient die Bg daher auch nicht als eigenständig, unabhängig und neutral wahr, bereits jetzt werde die vorgesehene Bezuschlagung der Bg öffentlich zum Teil scharf verurteilt.
- Die Bg könne ihre Neutralität und Unabhängigkeit auch nicht erfolgreich nachgewiesen haben, da sie Umsätze aus Aufträgen mit gesetzlichen Krankenkassen erwirtschaftete. Demgegenüber seien die Gesellschafter der ASt neutral. Die Bg gebe selbst zu, dass die von ihr zu gründende Einrichtung von der Bg wirtschaftlich abhängig sei. Auch die von der Bg in Aussicht gestellten Sanktionen und Kontrollen, die bei Verstoß gegen die Neutralität und Unabhängigkeit der von ihr zu schaffenden Gesellschaft eingreifen sollen, hingen vom Willen und den Entscheidungen der Bg ab. Daher könne auch die von dieser Einrichtung erbrachte Beratung nicht unabhängig sein. Der gesetzlich vorgeschriebene „Nachweis“ der Unabhängigkeit und Neutralität verlange, dass der Ag aufgrund der ihm bekannten Tätigkeiten der Bg für Krankenkassen und Pharmaunternehmen und der bestehenden Abhängigkeiten und Verflechtungen davon hätte ausgehen müssen, dass die Bg grundsätzlich nicht unabhängig und neutral sei, die Bg hätte diese Vermutung dann widerlegen müssen. Der Ag hätte sich nicht mit der Prognose begnügen dürfen, dass das Konzept der Bg zur Sicherstellung der Unabhängigkeit und Neutralität machbar und umsetzbar sei. Die weiteren Angaben und Erläuterungen der Bg nach Ablauf der Abgabefrist für die finalen Angebote seien eine unzulässige inhaltliche Ergänzung und Nachbesserung des Angebots der Bg, im finalen Angebot der Bg seien die geforderten Ausführungen zu den rechtlichen, organisatorischen und institutionellen Mitteln zur Gewährleistung der Neutralität und Unabhängigkeit nicht enthalten gewesen. Darüber hinaus werde die ASt diskriminiert, wenn der Ag nur mit der Bg erneut in Verhandlungen über den wesentlichen und entscheidenden Punkt der Sicherstellung der Neutralität und Unabhängigkeit

eingetreten sei. Des Weiteren sei auch nicht sichergestellt, dass das Konzept der Bg umsetzbar sei, weil es die Mitwirkung des Beirats i.S.d. § 65b SGB V und weiterer Dritter voraussetze, die hierzu ggf. gar nicht bereit seien. Zumindest sei eine Erklärung dieser Dritten vorzulegen, dass sie bereit, in der Lage und willens seien, die ihnen von der Bg zugedachten Funktionen tatsächlich auch wahrzunehmen.

- Darüber hinaus könne die Bg kein qualitätsgesichertes unabhängiges Informations- und Beratungsangebot gewährleisten, da ihre Telefonagenten nicht ausschließlich in der Verbraucher- und Patientenberatung tätig seien, sondern auch auf allen anderen Geschäftsfeldern der [...]-Gruppe eingesetzt werden könnten. Die Bg werde zudem ein in der [...]-Gruppe einheitlich verwendetes Informationsmanagementsystem einsetzen. Für die persönliche Beratung vor Ort stelle die Bg zudem ein völlig unzureichendes Budget zur Verfügung. Das Beratungspersonal der Bg werde zudem schlecht geschult.
- Zudem widerspreche es Sinn und Zweck des § 65b Abs. 1 SGB V, wenn eine auf Gewinnerzielung ausgerichtete und nicht unbedingt die Interessen von Verbrauchern und Patienten wahrnehmende Kapitalgesellschaft wie die Bg die Vertretung von Interessen der Verbraucher und Patienten in ihr Geschäftsmodell integriere. Die ASt habe erfahren, dass die Bg in ihrem ersten Angebot einen Gewinn von rund [...] € ausgewiesen habe, im finalen Angebot werde dieser Gewinn verschleiert, indem er für innerhalb der [...]-Gruppe einzukaufende Leistungen wie z.B. die Lizenz für die Nutzung eines Informationsmanagementsystems angesetzt worden sei; die Fördermittel i.S.d. § 65b SGB V würden auf diese Weise zweckwidrig und nicht wie vorgeschrieben ausschließlich für die Patientenberatung verwendet. Sollte dieser Sachverhalt zutreffen, wäre das erste Angebot der Bg sowie die Bg selbst mangels Zuverlässigkeit auszuschließen und das Vergabeverfahren wegen Manipulation und mangelnder Fairness und Transparenz aufzuheben. Dass es sich hierbei nach der Darstellung der Bg um Leistungsbeziehungen mit Dritten handele, sei abwegig, weil die Bg nicht Dritter, sondern Bieter sowie derjenige sei, mit dem die Fördervereinbarung abgeschlossen werde. Zudem bestehe ein auffälliger zeitlicher Zusammenhang zwischen dieser „Gewinnverschiebung“ und der im Vergabeverfahren erfolgten Änderung des § 9 Abs. 10 der ausgeschriebenen Fördervereinbarung. Dies erhöhe den Verdacht, dass bereits lange vor der Vergabeentscheidung feststand, dass die Bg den Auftrag erhalten solle und die Angebotswertung samt Beteiligung des Beirats lediglich zum Schein erfolgten. Darüber hinaus habe sich der Ag nicht damit

auseinandergesetzt, ob eine Umsatzsteuerpflichtigkeit der zu erbringenden Beratungsleistungen mit der Fördervereinbarung vereinbar sei.

Darüber hinaus wendet sich die ASt gegen die Bewertung ihres eigenen Angebots in mehreren Zuschlagskriterien. Sie meint, der Ag habe gemeinsam mit dem Patientenbeauftragten des Bundes sachwidrige Überlegungen in die Wertung einfließen lassen, weil die bisher von ihr durchgeführte Patientenberatung die von dem Ag vertretenen Krankenkassen in der letzten Zeit massiv kritisiert habe. Wenn die Bg den Zuschlag erhalte, stelle sich dieses „Problem“ wegen deren wirtschaftlicher Abhängigkeit von den Krankenkassen nicht. Darüber hinaus trägt die ASt im Einzelnen vor, warum ihr Angebot in mehreren Zuschlagskriterien besser hätte bepunktet werden müssen. Soweit sie ihre Ausführungen nicht gegenüber der Bg als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet hat, begründet die ASt ihre Auffassung wie folgt:

- Bei der negativen Bewertung der telefonischen Beratungszeiten der ASt von Montag bis Freitag von 9 bis 18 Uhr im Kriterium „Verbesserung der Erreichbarkeit“ habe der Ag nicht das empirisch belegbare Nutzerverhalten berücksichtigt, dass es vor 9 und nach 18 Uhr sowie an Wochenenden lediglich eine marginale Nachfrage gebe. Die Anrufe aus Mobilfunknetzen seien zumindest auch für solche Ratsuchenden, die über eine Flatrate verfügten, kostenfrei. Eine Kostenübernahme durch die ASt hätte keinen Zusatznutzen für die Ratsuchenden und bedeute eine Verschwendung der Fördermittel.
- Zur „telefonischen Beratung“ habe die ASt ein integriertes Telefonkonzept angeboten, das für die „richtige“ Beratungsstelle eine Vorrangschaltung vorsehe. Das Risiko, dass Ratsuchende in der Warteschleife „landen“ bestehe beim Konzept der ASt nicht. Die Besetzung der Telefonlinien sei so, dass 4 von 5 Anrufen direkt angenommen und die anderen im nächsten Anrufversuch aufgenommen würden.
- Zum Kriterium „Face to Face Beratung“: Eine aufsuchende Beratung habe der Ag der ASt in der laufenden Förderperiode streng untersagt, dies sei unwirtschaftlich. Die ASt hätte zur besseren Terminplanung ohne Weiteres eine besondere Beratungssoftware einsetzen können, der Ag hätte dies in den Verhandlungssprachen erwähnen müssen.

- Die Ressourcen für die „Zielgruppenorientierung“ seien separat budgetiert und könnten von den Beratungsstellen abgerechnet werden.
- Die Wertung des Ag im Kriterium „Qualitätssicherung und Management“ sei nur schwer nachvollziehbar. Die einheitliche Beratungsqualität sei hinreichend über die Träger und die Vorgesetzten vor Ort als „verlängerte Arme“ der Bundesgeschäftsstelle sichergestellt, auch wenn die Bundesgeschäftsstelle der ASt keine direkte Weisungsbefugnis auf ihre regionalen Beratungsstellen habe.
- Eine Koproduktion von Beratung und Verweis auf dritte Beratungsstellen wie z.B. den Krebsinformationsdienst sei effizient und für Ratsuchende besonders zielführend. Im Kriterium „Kooperation und Vernetzung“ habe das Konzept der ASt daher besser bepunktet werden müssen.
- Zum Kriterium „Öffentlichkeitsarbeit“ habe die ASt zur Steigerung der Bekanntheit ein klares, aufeinander aufbauendes Konzept aufgesetzt, in dem vor allem der Ausbau der Website eine wesentliche Rolle spiele. Der Hinweis der ASt, dass öffentliche Bekanntheit nicht automatisch zur vermehrten Nutzung eines Beratungsangebots führe, fuße auf Erfahrungswerten der ASt zwischen 2011 und 2014. Der Ag hätte einen solchen fundierten Hinweis positiv statt mit einem Punktabzug bewerten müssen.
- Im Kriterium „Berichtswesen“ habe der Ag den Abzug von zwei Punkten nicht begründet.
- Schließlich bezweifelt die ASt, dass der Beirat so wie in § 65b Abs. 1 S. 5 SGB V vorgeschrieben bei der Bewertung der Angebote beteiligt worden sei.

Zur in der mündlichen Verhandlung geäußerten Auffassung der Vergabekammer, das Angebot der ASt könne auszuschließen sein, weil der Zugang zu ihrem Beratungsangebot entgegen Ziffer 4.2.2 LB aus den Mobilfunknetzen nicht kostenfrei sei, führt die ASt aus, dass die LB nicht eindeutig so zu verstehen sei. Es gebe keine gesetzliche Definition der 0800-Nummer zu Umfang und Reichweite der Kostenfreiheit entsprechender Anrufe. In der Praxis entspreche es eher dem Normalfall, dass Telefonate aus Mobilfunknetzen über 0800-Nummern nicht kostenfrei seien. Wenn der Ag eine vollständige Kostenfreiheit gewollt hätte, hätte er dies klar und eindeutig so fordern müssen. Ziffer 4.2.2 LB verlange

seinem Wortlaut nach einen kostenfreien Zugang über eine 0800-Nummer und dies werde von der ASt auch angeboten. Denn die telefonische Beratung sei sowohl aus dem Festnetz als auch über zwei besondere 0800-Rufnummern aus den Mobilfunknetzen kostenfrei erreichbar. Denn die dort für Anrufe aus dem Mobilfunknetz geschaltete Ansage mit dem Hinweis, dass eine Beratung und Information nur über eine bestimmte Festnetzzrufnummer erfolge, sei kostenfrei. Ferner hätte auch der Ag die Leistungsbeschreibung so verstanden wie die ASt; dieses übereinstimmende Verständnis hätte Vorrang vor einer objektiven Auslegung nach §§ 133, 157 BGB. Wenn der Ag ein anderes Verständnis hätte, hätte er der ASt Gelegenheit zur Stellungnahme geben müssen. Die uneingeschränkte kostenfreie Nutzung der 0800-Nummer sei auch keine Mindestbedingung gewesen. Auch in der laufenden Förderphase habe der Ag das Konzept der ASt so zugelassen wie jetzt angeboten. Schließlich sei zu berücksichtigen, dass in der deutschsprachigen Bevölkerung ab 14 Jahren 49 Mio. Personen über eine Festnetzflatrate und knapp 22,5 Mio. Deutsche über eine mobile Flatrate für das Telefonieren in das Festnetz verfügten. Da die Leistungsbeschreibung gegenüber der vorherigen von 2010 insoweit nicht verändert worden sei, durfte sich die ASt darauf verlassen, dass das von ihr seit über fünf Jahren praktizierte Verfahren auch die jetzt gestellten Anforderungen erfülle.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 107 ff. GWB einzuleiten und den Ag über diesen Nachprüfungsantrag in Textform zu informieren,
2. den Ag zu verpflichten, die Bg vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen,
3. dem Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
4. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten des Ag zu gewähren,
5. dem Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zum Zweck der entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen,
6. festzustellen, dass die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt notwendig war.

b) Der Ag beantragt über seine Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten des Ag wird für notwendig erklärt.
3. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Ag.

Der Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei aus mehreren Gründen unzulässig:

- So gehe es vorliegend nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags, sondern um die Vergabe von Fördermitteln nach § 65b SGB V. Der Ag beschaffe sich keine Leistung i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB, weil ihm die Verbraucher- und Patientenberatung weder unmittelbar noch mittelbar zugute komme und es sich auch nicht um eine ihm gesetzlich zugewiesene Aufgabe handele. Der Ag sei gemäß § 65b Abs. 1 SGB V lediglich für die Fördermittelvergabe zuständig. Die ausgeschriebene Fördervereinbarung sei auch kein Austauschvertrag mit äquivalenten Leistungspflichten der Vertragspartner; der Ag könne den Fördermittelempfänger insbesondere nicht auf Erfüllung in Anspruch nehmen oder die Beratungsleistung des Auftragnehmers beeinflussen, sondern lediglich die Fördermittel zurückverlangen oder die Fördervereinbarung kündigen. Da die Beratung nicht nur gesetzlich Versicherten zugute komme, sondern auch privat oder überhaupt nicht krankenversicherten Personen, fehle vorliegend auch das erforderliche synallagmatische Austauschverhältnis. Dass der Ag freiwillig den 4. Teil des GWB angewendet habe, eröffne nicht den Rechtsweg zu den Vergabenachprüfungsinstanzen.
- Zudem seien die Rüge und der Nachprüfungsantrag unzulässigerweise allein durch das Bietergemeinschaftsmitglied [...] gestellt worden. Die fehlende Bevollmächtigung durch die übrigen Mitglieder der Bietergemeinschaft könne hinsichtlich der Rüge vom 10. Juli 2015 nicht nachträglich geheilt werden, weil die Rüge dann nicht mehr unverzüglich i.S.d. § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB wäre.
- Außerdem würde die Antragsbefugnis der ASt entfallen, wenn der Ag sie nach erneuter Prüfung mangels Zuverlässigkeit ausschließe, weil der [...] die Rüge am 13. Juli 2015 auf seinen Internetseiten zum freien download eingestellt und durch entsprechende Zitate vermeintliche Angebotsinhalte der Bg und das Informationsmemorandum des Ag zum Teilnahmewettbewerb öffentlich gemacht habe. Hierdurch habe die ASt gegen das in Ziffer 12 BWB geregelte Vertraulichkeitsgebot verstoßen. Zudem müsse der Ag

im Falle einer erneuten Angebotsprüfung prüfen, welchen Einfluss die Unterstellungen der ASt, der Ag habe das Vergabeverfahren manipulativ und sachwidrig durchgeführt, auf die zukünftige Zusammenarbeit hätten.

- Ferner sei die ASt präkludiert, weil die Festlegungen im Vergabeverfahren z.B. über die Mindestanforderungen an die vorzulegende Referenz und die Anforderung an die Unabhängigkeit und Neutralität der förderfähigen Einrichtung bereits aus der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen seien.

Hinsichtlich des von der Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung geäußerten möglichen Ausschlusses der ASt, weil deren Beratungsleistungen aus dem Mobilfunknetzen nicht kostenfrei erreichbar seien, trägt der Ag vor, dass die ASt eine Mindestanforderung nicht erfülle. Ziffer 4.2.2 LB sowie die Antwort auf die Bieterfrage Nr. 3 seien eindeutig so zu verstehen, dass der Zugang zur telefonischen Beratung aus dem Festnetz und aus dem Mobilfunknetz möglich und für alle kostenfrei sein müsse. Dieses Erfordernis ergebe sich aus der gesetzlichen Intention der Verbraucher- und Patientenberatung, niedrigschwellig und soweit möglich barrierefrei zu sein. In rechtlicher Hinsicht ergebe sich die Kostenfreiheit einer 0800-Rufnummer aus § 3a Nr. 8, § 66l TKG sowie aus dem „Nummernplan (0)800“ der Bundesnetzagentur. Das Modell der ASt, wonach Anrufende aus dem Mobilfunknetz lediglich die kostenfreie Information erhielten, dass die telefonische Beratung aus dem Mobilfunknetz nicht erreichbar sei und die Einwahl aus dem Festnetz oder über eine regionale kostenpflichtige Rufnummer erfolgen müsse, erfüllte die aufgestellten Anforderungen nicht. So hätten auch die anderen beiden Bieter es verstanden und ihre Leistungen entsprechend kalkuliert. Wenn Bieter nach Belieben Zugänge aus bestimmten Netzen von der Kostenfreiheit ausnähmen und die dort eingesparten Kosten anderweitig nutzten, wären die Angebote nicht vergleichbar. Insbesondere die vulnerablen Zielgruppen der Patientenberatung verfügten über immer weniger Festnetzanschlüsse, so dass diese das Angebot der ASt telefonisch nicht kostenfrei erreichen könnten. Die ASt könne sich diesbezüglich auch nicht auf die Formulierung in der Fördermittelvergabe 2010 berufen, weil damals die Kostenfreiheit des Beratungstelefonats anders als heute nur eine „Soll-Anforderung“ gewesen sei.

Im Übrigen tritt der Ag den Beanstandungen der ASt im Hinblick auf die Eignung der Bg entgegen. § 65b Abs. 1 SGB V setze nicht voraus, dass sich nur eine solche Einrichtung um die Vergabe der Fördermittel bewerben dürfe, die die Vergabevoraussetzungen

bereits im Zeitpunkt der Bewerbung erfülle. Maßgeblich sei der Zeitpunkt der Aufnahme der Beratungstätigkeit. Der Ag habe auf der Grundlage seiner Verfahrensgestaltungshoheit entschieden, den Vergabewettbewerb offen zu gestalten und nicht auf solche Bewerber zu beschränken, die bereits in der Vergangenheit Beratungsleistungen i.S.d. § 65b SGB V erbracht hätten. Anderenfalls müsste ein Bewerber bereits im Fördermittelvergabeverfahren Investitionen zum Nachweis seiner bereits bestehenden Neutralität und Unabhängigkeit tätigen und gewissermaßen auf Vorrat bereits Patienten- und Verbraucherberatung betreiben, ohne die Gewissheit zu haben, dass er den Zuschlag erhält und die Investitionen entsprechend amortisieren kann. Alle bekannt gemachten Eignungsanforderungen insbesondere hinsichtlich des Referenzprojekts habe die Bg erfüllt, der Ag habe den ihm zustehenden Beurteilungsspielraum nicht überschritten.

Auch sonst bestünden keine Anhaltspunkte dafür, dass die Bg die Verbraucher- und Patientenberatung nicht durch eine neutrale und unabhängige Einrichtung erbringen werde oder von den Nutzern nicht als eigenständig, unabhängig und neutral wahrgenommen werde. Das Konzept der Bg erfülle die Anforderungen aus Ziffer 3 LB. Insbesondere würden die für die Verbraucher- und Patientenberatung vorgesehenen Mitarbeiter der Bg nicht für andere Aufträge der Bg oder in anderen Unternehmen der [...]Gruppe eingesetzt. Das Budget für die regionalen Beratungsstellen sei ebenfalls ausreichend und angemessen kalkuliert; die Bg habe ein Konzept vorgelegt, wie sie die 9 Mio. € Fördermittel pro Jahr einsetze. Es sei daher nicht erkennbar, inwieweit die von ihr zu gründende gGmbH wirtschaftlich von der Bg abhängig sein solle. Die Eigenerklärung des Bieters über seine Unabhängigkeit und Neutralität (Anlage B) binde – da die gGmbH der Fördervereinbarung beitrete – auch diese Einrichtung selbst. Verstöße gegen die vertraglich vereinbarte Unabhängigkeit und Neutralität würden sanktioniert, indem gemäß § 11 Abs. 1 S. 3 der Fördervereinbarung Fördermittel ggf. zurückgefordert werden oder die Fördervereinbarung gemäß § 17 Abs. 2 außerordentlich gekündigt werde. Da ein Praxistest vor Zuschlagserteilung vorliegend unmöglich sei, müsse sich der Ag zwangsläufig auf die Prüfung beschränken, ob das Angebotskonzept schlüssig und umsetzbar sei und könne sich auf die Richtigkeit der von den Bietern abgegebenen Eigenerklärungen verlassen. Als „Nachweis“ müsse ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 7 EG Abs. 1 S. 2 VOL/A – wie hier geschehen – vornehmlich auf Eigenerklärungen abstellen. Der Ag müsse die Angebotskonzepte auch unvoreingenommen und gleichermaßen prüfen und dürfe daher bei der Bg keine strengeren Maßstäbe anlegen als

bei der ASt, die „bekannt und bewährt“ sei. Würde man der Argumentation der ASt folgen, wäre die Vergabe solcher Leistungen immer auf den etablierten Dienstleister beschränkt, neuen Anbietern am Markt bliebe der Zugang verwehrt. Gleichwohl habe sich der Ag das Angebotskonzept der Bg diesbezüglich noch einmal ausführlich erläutern lassen.

Der Förderfähigkeit eines Bewerbers stehe auch nicht eine etwaige Gewinnerzielungsabsicht oder die tatsächliche Erwirtschaftung von Gewinnen entgegen, soweit diese im Rahmen von Nachunternehmerleistungen anfallen. Denn Gewinne auf (Nachunternehmer-)Leistungen seien nicht unüblich und seien auch im Angebot der ASt berücksichtigt. Dies widerspräche auch nicht der Fördervereinbarung, nach der die Fördermittel nicht nur für die reine Beratungsleistung verwendet werden dürften, sondern für das „Vorhaben“.

Schließlich trägt der Ag vor, dass er das Angebot der ASt ordnungsgemäß bewertet habe. Der Ag verfolge keine Interessen gegen die ASt und auch sonst sei die Bewertung des Angebots der ASt im Vergleich zum Angebot der Bg nicht sachwidrig erfolgt. Soweit die ASt die Ausführungen des Ag nicht als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet hat, begründet der Ag seine Auffassung wie folgt.

- Zum Kriterium „Erreichbarkeit“: Für ihr Argument, dass in den Abend- und Nachtzeiten sowie am Wochenende nur eine geringe Nachfrage nach Beratungsleistungen bestehe, habe die ASt keine empirischen Belege vorgelegt.
- Die von der ASt angebotene „Face-to-Face-Beratung“ an festen Standorten erreiche Ratsuchende in strukturschwachen Gebieten oder immobile Ratsuchende nicht. Es treffe nicht zu, dass der ASt für die verfahrensgegenständliche Förderperiode verboten worden sein soll, keine aufsuchende Beratung z.B. für immobile Patienten anzubieten.
- Schließlich habe der Ag auch den Beirat ordnungsgemäß beteiligt. Wie in § 65b SGB V vorgesehen, hätten sich der Ag und der Patientenbeauftragte der Bundesregierung während des gesamten Vergabeverfahrens umfassend durch den Beirat beraten lassen. Eine hierüber hinausgehende Beteiligung des Beirats am Entscheidungsprozess wie Mitbestimmungs- oder gar Vetorechte sei in § 65b SGB V nicht vorgesehen.

c) Mit Beschluss vom 24. Juli 2015 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Diese beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen wird für notwendig erklärt.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen.

Der Nachprüfungsantrag ist nach Auffassung der Bg bereits aus mehreren Gründen unzulässig. Die Bg meint, bei der Vergabe von Fördermitteln i.S.d. § 65b SGB V handele es sich um eine Zuwendung, jedoch nicht um einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 99 GWB. Die Leistung komme dem öffentlichen Auftraggeber auch nicht unmittelbar zugute i.S.d. einschlägigen EuGH-Rechtsprechung und decke keinen eigenen Bedarf des Ag. Darüber hinaus sei die ASt nicht antragsbefugt, weil nur ein einziges Mitglied der Bietergemeinschaft die Rüge und den Nachprüfungsantrag erhoben habe. Zudem habe die ASt keine Chance, den Zuschlag zu erhalten, weil die Wertung vergaberechtskonform und transparent sei, eine Neuwertung würde die Reihenfolge der Bieter nicht ändern. Außerdem sei die ASt unzuverlässig, weil sie den Ag und die Bg vorsätzlich und mehrfach diffamiert habe, indem sie die Rüge auf ihrer homepage veröffentlicht und dem Ag öffentlich mehrfach eine manipulative Wertung der Angebote vorgeworfen habe. Zudem liege eine schwere Verfehlung der ASt vor, da ihr Vortrag erkennen lasse, dass sie Geschäftsgeheimnisse aus dem Angebot der Bg zu kennen glaube und bei dritten Quellen Information zur Kalkulation und Ausstattung der regionalen Beratungsstellen der Bg abgefragt habe. Schließlich habe die ASt die fehlende Eignung der Bg zu spät gerügt, da bereits aus der Bekanntmachung erkennbar gewesen sei, dass die Ag nicht nur institutionell geförderte Einrichtungen, sondern ggf. auch im Wettbewerb agierende und privatrechtlich organisierte Unternehmen bezuschlagen wolle.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet:

Die Bg erfülle alle Anforderungen und sei daher geeignet. Der Ag habe nicht gefordert, dass der Bieter bereits unabhängige Verbraucher- und Patientenberatungsleistungen i.S.d. § 65b SGB V erbracht haben müsse; eine solche Anforderung hätten nur die ASt oder nur wenige andere Bieter erfüllen können.

Die Bg sei auch neutral und unabhängig. Eine unabhängige und kostenlose Beratung von Verbrauchern hätte nicht bereits bei Angebotsabgabe erfolgt sein müssen, anderenfalls wäre der Wettbewerb „ad absurdum“ geführt worden. Es sei daher ausreichend gewesen, wenn ein Bieter darlegt, wie die Unabhängigkeit im Auftragsfall sichergestellt werde. Gerade der ausgeschriebene Wettbewerb um die für eine zeitlich begrenzte Dauer zu gewährenden Zuwendungsleistungen stelle sicher, dass keinerlei Abhängigkeiten bestünden. Zudem werde durch die Zuwendung gewährleistet, dass der jeweilige Dienstleister unabhängig agieren könne und nicht auf Aufträge mit Dritten angewiesen sei. Weder aus dem Wortlaut des § 65b SGB V noch aus Sinn und Zweck dieser Regelung ergebe sich, dass nur „Non-Profit-Unternehmen“ die erforderliche Neutralität gewährleisten könnten. Der von der ASt angesprochene von der Bg in ihrem ersten Angebot ausgewiesene Gewinn sei darauf zurückzuführen, dass die Bg damals ein anderes Konzept angeboten habe. Zunächst habe sie keine eigenständige gGmbH gründen wollen, in einem solchen Fall erwarte das Finanzamt einen Gewinn von 5%. Nachdem die Bg den Ag darauf hingewiesen habe, dass bei diesem Modell keine unabhängige Beratung gewährleistet sei, habe sie ihr Konzept im finalen Angebot geändert. Ein Gewinn falle hiernach nur insoweit an, wie die zu gründende gGmbH etwas mit der Bg teile. Gewinn entstehe dann nicht bei der gGmbH, sondern bei der Bg, da die Bg ihre Leistungen nicht zu Selbstkostenpreisen abgebe, sondern zu gängigen Marktpreisen erbringe. Entscheidend sei jedoch, dass durch die Beratung selbst keine Gewinne erzielt würden. Im Hinblick auf eine etwaige Umsatzsteuerpflicht habe die Bg in ihrem finalen Angebot den Umfang der Beratungsleistungen bereits nach unten korrigiert. Auch die ASt dürfte z.B. bezüglich der IT-Ausstattung auf die Leistungserbringung durch Dritte angewiesen sein und diese zu Marktpreisen erwerben. Darüber hinaus dürfe der Zuwendungsempfänger gemäß § 5 Abs. 4 Fördervereinbarung Aufträge für das Vorhaben an Dritte vergeben.

Die Bg führt aus, es treffe nicht zu, dass die Gründung der gGmbH von der Zustimmung oder der Mitwirkung des Beirats i.S.d. § 65b SGB V abhänge. Nach dem Konzept der Bg solle der Beirat lediglich seine ihm ohnehin zustehenden gesetzlichen Rechte wahrnehmen und zusätzlich durch einen Auditor unterstützt werden.

Schließlich trägt die Bg vor, das Angebot der ASt sei auszuschließen, weil diese gegen die Mindestanforderung aus Ziffer 4.2.2 LB, dass die 0800-Nummer für alle Telefonnetze

kostenfrei angeboten werden müsse, verstoße. Zumindest hätte deswegen ein deutlicher Punktabzug in der Wertung der ASt erfolgen müssen. Die Bg habe die Kosten für Anrufe aus dem Mobilfunknetz in ihr Angebot einkalkuliert.

Die Vergabekammer hat der ASt und der Bg nach vorheriger Zustimmung der Ag und der Bg antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 18. August 2015 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 18. August 2015 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 3. September 2015 einschließlich verlängert.

Das neue Vorbringen der ASt nach der mündlichen Verhandlung in ihren nicht nachgelassenen Schriftsätzen vom 25. und 27. August 2015 erfolgte im Hinblick auf die den Beteiligten obliegende Verfahrensförderungspflicht, § 113 Abs. 2 GWB, verspätet und bleibt bei der Entscheidungsfindung unbeachtet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. November 2003, VII-Verg 22/03; und vom 28. Juni 2006, VII-Verg 18/06).

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zwar statthaft, da es vorliegend um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags geht, aber jedenfalls unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, da der Ag einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB vergibt (dazu unter a)). Ob die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt sind, kann offen bleiben (dazu unter b)), da der Antrag jedenfalls unbegründet ist.

a) Bei der Ausschreibung der verfahrensgeständlichen Dienstleistungen handelt es sich um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB. Die Fördervereinbarung hat die Erbringung von Dienstleistungen zum Gegenstand, indem sie

die Art dieser Dienstleistungen und ihre Vergütung regelt. Anders als bei der Gewährung von staatlichen Beihilfen oder Zuschüssen steht dem Ag nicht nur ein Anspruch auf Rückzahlung (z.B. bei Nichterreichen des Förderziels oder sachwidriger Verwendung der Mittel) zu, sondern auch ein Erfüllungsanspruch (vgl. zu diesem Erfordernis OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. November 2006, VII-Verg 38/06). Dieser Erfüllungsanspruch ergibt sich vorliegend aus § 4 Abs. 1, § 5 Abs. 1 Fördervereinbarung sowie aus § 4 Nr. 1 Abs. 1 VOL/B, der gemäß § 2 Fördervereinbarung ebenfalls Vertragsbestandteil ist. Nach dem Inhalt der vorgenannten vertraglichen Regelungen schuldet der „Auftragnehmer“ eine konkrete Leistung „nach Maßgabe der Leistungsbeschreibung ... und den Festlegungen zu seinem Angebot“ (vgl. § 4 Abs. 1 Fördervereinbarung) und hat „das Vorhaben entsprechend den Anforderungen der Leistungsbeschreibung und seinem diesbezüglichen Angebot“ durchzuführen (vgl. § 5 Abs. 1 Fördervereinbarung). Es liegt hier mithin – unabhängig von ebenfalls in der Vereinbarung geregelten Rückzahlungsverpflichtungen bei sachwidriger Verwendung der Fördermittel (vgl. § 11 Abs. 1 i.V.m. § 9 Abs. 1 Fördervereinbarung) – jedenfalls auch ein (einklagbarer) Erfüllungsanspruch vor (zum Merkmal der Übernahme einer ggf. auch einklagbaren Verpflichtung durch den Auftragnehmer s. EuGH, Urteil vom 25. März 2010, Rs. C-451/08). Dass diese Dienstleistungen nicht gegenüber dem Ag selbst erbracht werden, sondern gegenüber den ratsuchenden Verbrauchern und Patienten, ist für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 99 Abs. 1 GWB ebenso unerheblich wie die Tatsache, dass vorliegend die Höhe des Entgelts nicht durch den Bieter bestimmt wird, sondern aufgrund entsprechender gesetzlicher Regelungen von vornherein feststeht. Für § 99 Abs. 1 GWB reicht es aus, dass der Ag den Auftragnehmer mit der Erbringung der Dienstleistung beauftragt und ihn hierfür bezahlt. Die Konstellation ist insoweit mit der bei Arzneimittelrabattverträgen, die von gesetzlichen Krankenversicherungen zugunsten ihrer Versicherten ausgeschrieben werden, um ihrer Versorgungspflicht aus § 2 Abs. 2, § 70 SGB V nachzukommen, vergleichbar. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob der Ag mit der Vergabe vorliegend einen eigenen Beschaffungszweck verfolgt. So wie für Arzneimittelrabattverträge entschieden, ist maßgeblich, dass der Ag die Dienstleistungen der Verbraucher- und Patientenberatung beschafft, um der ihm obliegenden gesetzlichen Verpflichtung aus § 65b SGB V nachzukommen (vgl. die ständige Rechtsprechung zur öffentlichen Auftragseigenschaft von Arzneimittelrabattverträge nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07).

Da es sich vorliegend um Dienstleistungen der Kategorie 25 nach Anlage 1 Teil B zur VgV handelt („Gesundheitswesen“), sind vorliegend gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV in erster Linie die Vorschriften des 1. Abschnitts der VOL/A anwendbar.

- b) Auf die Erfüllung der übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen kommt es für den Erfolg des Nachprüfungsantrags nicht an, da er jedenfalls unbegründet ist.

Was jedoch die vom Ag bestrittene Aktivlegitimation der ASt angeht, ist darauf hinzuweisen, dass die Bietergemeinschaft durch die Schreiben ihrer Mitglieder vom 11. August 2015 ordnungsgemäß die Bevollmächtigung von Herrn [...] nachgewiesen hat, der seinerseits die Verfahrensbevollmächtigten der ASt mit der Erhebung der Rüge und der Einleitung des Nachprüfungsverfahrens im Namen der Bietergemeinschaft beauftragt hat. Da dem Wortlaut dieser Vollmachten nach die Vertretungsmacht bereits vor der Rüge und dem Nachprüfungsantrag bestand, kommt es nicht darauf an, dass die Bevollmächtigungsschreiben erst im laufenden Nachprüfungsverfahren erstellt wurden. An der Ordnungsmäßigkeit der Bevollmächtigung Herrn [...] bestehen bereits deshalb keine Zweifel, weil dieser laut dem Teilnahmeantrag der ASt diese auch im Vergabeverfahren vertreten durfte. Für die gegenüber dem Ag zu erhebende Rüge dürfte ohnehin bereits die Vollmacht ausgereicht haben, die die ASt bereits mit ihrem Teilnahmeantrag vorgelegt hatte.

Auf die Frage, ob die ASt bzw. deren Angebot auszuschließen ist, wird im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags eingegangen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Denn selbst wenn das Angebot der ASt nicht bereits auszuschließen sein sollte, weil ihre telefonische Beratung zum Teil nicht kostenfrei erreichbar ist (dazu unter a)), ist jedenfalls die Bewertung ihres Angebots im Ergebnis fehlerfrei erfolgt, so dass nicht die ASt, sondern die Bg zu bezuschlagen ist, insbesondere erfüllt die Bg die Voraussetzungen im Hinblick auf die gemäß § 65b SGB V vorgeschriebene Neutralität und Unabhängigkeit (dazu unter b)). Schließlich gibt es auch keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ag das Vergabeverfahren manipulativ zugunsten der Bg betrieben hätte (dazu unter c)).

- a) Die ASt ist zwar nicht bereits mangels Eignung auszuschließen (dazu unter aa)), es spricht jedoch viel dafür, dass ihr Angebot gemäß § 16 Abs. 3 lit. d) VOL/A

auszuschließen ist, weil ihr telefonisches Beratungsangebot entgegen Ziffer 4.2.2 LB aus den Mobilfunknetzen nicht kostenfrei erreichbar ist (dazu unter bb)).

- aa) Anders als der Ag und die Bg meinen, ist die ASt zwar nicht bereits mangels Eignung auszuschließen, obwohl ihre Rüge auf der homepage eines Mitglieds der Bietergemeinschaft veröffentlicht wurde oder weil sie – so die Bg – den Ag und die Bg im Nachprüfungsverfahren diffamiert oder vorgibt, den Angebotsinhalt der Bg zu kennen. Ob dies überhaupt einen Ausschluss wegen einer schweren Verfehlung i.S.d. § 6 Abs. 5 lit. c) VOL/A rechtfertigt, braucht nicht entschieden zu werden, weil der Ag das ihm diesbezüglich zustehende Ermessen bisher nicht ausgeübt hat. Es ist der Vergabekammer verwehrt, ihre Überlegungen an die Stelle der Ermessenserwägungen des öffentlichen Auftraggebers zu setzen.
- bb) Es spricht jedoch viel dafür, dass das Angebot der ASt wegen Änderungen an den Vertragsunterlagen gemäß § 16 Abs. 3 lit. d) VOL/A auszuschließen ist, da die Beratungsleistungen der ASt aus den Mobilfunknetzen nicht kostenfrei erreichbar sind.

Gemäß Ziffer 1, 2 und 4.2.2 LB muss der Zugang der Nutzer zur Verbraucher- und Patientenberatung über eine kostenfreie, bundesweit einheitliche zentrale Rufnummer (0800-Nummer) erfolgen, die entsprechenden Kosten sind für den Beratungsbetrieb zu kalkulieren. Dieselbe Anforderung ergibt sich unmittelbar auch aus § 65b Abs. 1 S. 1 SGB V. Dass es sich hierbei um eine Mindestanforderung handelt, die von den Bietern zwingend zu erfüllen ist, hat der Ag auch auf eine Bieterfrage hin bestätigt. Die Formulierung in Ziffer 4.2.2 LB ist ihrem Wortlaut nach sehr weit gefasst, es gibt insbesondere keine Einschränkung seitens des Ag, dass dies z.B. nur für Anrufe aus dem Festnetz gilt. D.h. ein Anbieter genügt dieser Vorgabe nur dann, wenn die telefonische Beratung für alle Anrufer aus sämtlichen Telefonnetzen kostenfrei erreichbar ist, also auch aus den Mobilfunknetzen. Dies entspricht auch der Gesetzesbegründung, wonach „qualitativ hochwertige und für jedermann zugängliche Informations- und Beratungsangebote“ bereitzustellen sind, die für Ratsuchende „leicht zugänglich“ und niedrighschwellig sein sollen (s. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drs. 17/2413, S. 25, vgl. auch den Erfahrungsbericht der Bundesregierung über die Durchführung

der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung, BT-Drs. 17/13127, S. 2). Anders als die ASt meint, ist die Kostenfreiheit von Anrufen zu 0800-Rufnummern aus sämtlichen Telefonnetzen auch gesetzlich geregelt. Sie ergibt sich aus § 66I S. 1 TKG sowie aus dem „Nummernplan (0)800“ der Bundesnetzagentur (Verfügung Nr. 63/2014, ABl. der BNetzA Nr. 22/2014 vom 26. November 2014).

Die telefonische Beratung der ASt ist nur für Anrufe aus dem Festnetz kostenfrei erreichbar, außerdem sind nach Aussage der ASt Anrufe aus dem Mobilfunknetz kostenfrei, wenn der Anrufer die beiden speziell für die Beratung auf türkisch bzw. russisch eingerichteten 0800-Rufnummern wählt. Für andere Anrufe aus dem Mobilfunknetz übernimmt die ASt die Kosten jedoch ausdrücklich nicht. Wenn ein Ratsuchender über das Handy auf der 0800-Rufnummer anruft, die für die deutschsprachige Telefonberatung vorgesehen ist, erreicht er nur eine automatische Ansage, dass er stattdessen eine bestimmte Festnetz-Rufnummer anrufen soll. Diese ist dann nur für Anrufe aus dem Festnetz kostenfrei.

Damit spricht viel dafür, dass das Angebot der ASt nicht den in Ziffer 4.2.2 LB ausgeschriebenen Anforderungen genügt. Denn da hiernach „der Zugang zur Beratung“ selbst über die bundesweit einheitliche 0800-Nummer aus allen Telefonnetzen kostenfrei sein muss (s.o.), reicht es nicht aus, wenn ein Mobilfunkkunde zwar kostenfrei eine bestimmte Bandansage erreicht, die ihn auf das Festnetz verweist. Die eigentliche Beratung, also der Anlass seines Anrufes, ist für einen solchen Anrufer nur dann kostenfrei telefonisch erreichbar, wenn er das Festnetz nutzt. Ein Anruf über das Festnetz ist aber z.B. für Anrufer aus den sog. „vulnerablen Zielgruppen“, also Personen mit Migrationshintergrund oder aus sozial schwachen Teilen der Bevölkerung, keine tatsächliche in Betracht kommende Alternative. Denn dieser Personenkreis verfügt häufig über keinen Festnetzanschluss und auch nicht über eine Flatrate, über die Festnetzzufnummern auch über Handy kostenfrei erreichbar sind (laut den Kennzahlen der Bundesnetzagentur (BNetzA) verfügte 2014 weniger als jeder zweite Einwohner Deutschlands über einen Festnetzanschluss, jedoch entfallen auf jeden Einwohner statistisch gesehen 1,4 SIM-Karten für den Mobilfunk (s. Jahresbericht der BNetzA 2014, S. 81)). Einem solchen Anrufer aus dem Mobilfunk nutzt daher auch ein – für ihn kostenfreier – Rückruf eines Beraters der ASt nichts, weil er diesen Rückruf erst über einen (per Handy kostenpflichtigen) Anruf aus dem Festnetz initiieren muss. Das

Beratungsangebot der unabhängigen Verbraucher- und Patientenberatung soll jedoch „niederschwellig“ und damit gerade auch diesen Personen problemlos zugänglich sein (vgl. Ziffer II.1.5 der Bekanntmachung, Ziffer 2, 4.3 LB). Den Anforderungen der Leistungsbeschreibung genügt die ASt auch nicht deshalb, weil alternativ die speziell für die Beratung auf türkisch und russisch vorgesehenen Rufnummern auch aus den Mobilfunknetzen kostenfrei erreichbar sein sollen und hierüber auch deutschsprachige Berater erreichbar seien. Denn erstens ist dies nach Angabe der ASt zwar derzeit der Fall, es ergibt sich jedoch nicht aus dem Angebotskonzept der ASt, dass dies in der nunmehr ausgeschriebenen zukünftigen Förderphase ab dem 1. Januar 2016 ebenso praktiziert werden wird (s. finales Bieterkonzept der ASt vom 15. Mai 2015, S. 38, Bl. 305 f. der Vergabeakten, Band VIII). Doch selbst wenn dies auch zukünftig der Fall sein sollte, ist dies nur für solche Mobilfunkkunden relevant, die von diesem Angebot überhaupt wissen und diese besonderen Rufnummern anwählen. Die ASt selbst weist auf diese Möglichkeit, über die auch nicht türkisch- oder russischsprechende Mobilfunkanrufer eine kostenfreie Beratung erhalten könnten, nicht hin. Die von der ASt zusätzlich angebotenen regionalen Festnetz-Telefonnummern oder ihre Beratungsstellen vor Ort, die ein Ratsuchender aufsuchen kann, ermöglichen es einem Anrufer aus dem Mobilfunk ebenfalls nicht, – so wie in Ziffer 4.2.2 LB verlangt – die Telefonberatung der ASt kostenfrei in Anspruch zu nehmen (es sei denn, er verfügt über eine sog. Flatrate).

Demnach bietet die ASt nicht das an, was der Ag ausgeschrieben hat, und wäre daher gemäß § 16 Abs. 3 lit. d) VOL/A auszuschließen. Dies gilt auch in Verhandlungsverfahren, jedenfalls solange der öffentliche Auftraggeber – wie hier – die betreffende Anforderung nicht gegenüber allen Bietern geändert oder aufgegeben, sondern im Gegenteil als verbindliche „Mindestanforderung“ gekennzeichnet hat (vgl. BGH, Urteil vom 1. August 2006, X ZR 115/04).

Die ASt kann auch nicht darauf vertrauen, dass der Ag in der laufenden Förderphase damit einverstanden war, dass die zentrale 0800-Rufnummer der Telefonberatung der ASt aus den Mobilfunknetzen nicht kostenfrei erreichbar ist. Denn erstens war die Kostenfreiheit der telefonischen Beratung in der vorangegangenen Förderphase nach Mitteilung der ASt und des Ag nur eine Sollenanforderung und zweitens waren in den Vergabeunterlagen der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung keine Sonderregelungen für Anrufe aus bestimmten Telefonnetzen enthalten, spätestens die

Antwort des Ag auf die entsprechende Bieterfrage hierzu war eindeutig. Darüber hinaus müssen die ausgeschriebenen Vorgaben allein schon aus Gründen der Vergleichbarkeit der Angebote und der Transparenz des Vergabeverfahrens für alle Bieter einheitlich gelten und dürfen nicht z.B. aufgrund bestimmter Vorerfahrungen Einzelner zu deren Gunsten anders gehandhabt werden. Dies gilt erst recht im vorliegenden Fall, wenn die betreffenden Vorgaben erheblich kalkulationsrelevant sind (die ASt selbst spricht von Aufwendungen i.H.v. [...] € während der gesamten Förderperiode) und von den Bietern gemäß Ziffer 4.2.2 LB ausdrücklich auch in den Beratungsbetrieb einzukalkulieren waren (und etwa von der Bg dort auch einkalkuliert wurden). Ebenso wenig kann die ASt darauf vertrauen, dass der Ag sie aus diesem Grund bisher nicht ausgeschlossen hatte. Denn bei zwingenden Ausschlussgründen wie § 16 Abs. 3 lit. d) VOL/A steht einem öffentlichem Auftraggeber insoweit kein Spielraum zu; der Ausschluss muss ggf. auch erst durch die Nachprüfungsinstanzen erfolgen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Mai 2004, VII-Verg 10/04). Zudem hat sich auch der Ag im Nachprüfungsverfahren auf diesen Ausschlussgrund berufen. Der Ag hätte die ASt auch nicht darauf hinweisen müssen, dass ihr Angebot gegen Ziffer 4.2.2 LB und die gesetzlichen Vorgaben aus § 65b Abs. 1 S. 1 SGB V verstößt. Zu solchen Hinweisen, sich rechtskonform zu verhalten, ist ein öffentlicher Auftraggeber aus den o.g. Gründen (Gleichbehandlung der Bieter, Transparenz des Vergabeverfahrens) nicht verpflichtet.

Letztlich kann es aber dahingestellt bleiben, ob das Angebot der ASt zwingend auszuschließen ist, da die Angebotswertung des Ag im Übrigen nicht zu beanstanden ist.

- b) Die Wertung des Ag, wonach nicht der ASt, sondern der Bg der Zuschlag zu erteilen ist, ist im Ergebnis fehlerfrei. Die Bg ist insbesondere nicht aufgrund der ihr von der ASt abgesprochenen Neutralität und Unabhängigkeit auszuschließen (dazu unter aa)) und die Angebotswertung der ASt ist nicht so zu korrigieren, dass diese eine höhere Leistungspunktzahl erreicht als die Bg (dazu unter bb)).
- aa) Die Bg ist geeignet und erfüllt mit dem von ihr angebotenen Konzept die Voraussetzungen an die Unabhängigkeit und Neutralität i.S.d. § 65b SGB V sowie die weiteren Anforderungen der Leistungsbeschreibung.

Die bekannt gemachten Eignungsanforderungen werden von der Bg erfüllt. Was für ein Referenzprojekt als „Mindeststandard“ im Teilnahmewettbewerb vorzulegen war, hat der Ag ausdrücklich in Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung definiert. Dementsprechend hat die Bg (mindestens) eine Referenz aus den letzten drei Jahren vorgelegt, in der sie ein telefongestütztes, qualitätsgesichertes Informations- und Beratungsangebot erbracht sowie Managementfunktionen in komplexen Organisationsstrukturen wahrgenommen hat. Die Unabhängigkeit und Neutralität der Bg bzw. der von ihr zu schaffenden Einrichtung hat der Ag ausdrücklich nicht im Rahmen der Eignung geprüft und auch nicht zum Gegenstand der vorzulegenden Referenz gemacht. Er war rechtlich auch nicht verpflichtet, solche Eignungsanforderungen aufzustellen, vielmehr war es vergaberechtskonform, dass der Ag dies im Rahmen der Zuschlagskriterien bewertet hat (s. dazu sogleich).

Die Bg ist auch nicht auszuschließen, weil ihr früheres Angebot angeblich (so die ASt) einen Gewinn i.H.v. [...] € ausweise. Das indikative Angebot eines Bieters ist für die Angebotswertung im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens ohne Belang, maßgeblich – weil ggf. zu bezuschlagen – ist der Inhalt des finalen Angebots; hierauf hatte auch der Ag in den Bewerbungsbedingungen ausdrücklich hingewiesen (Ziffer 11, S. 22 BWB).

Die Bg ist auch nicht auszuschließen, weil ihr Konzept vorsieht, die Beratungseinrichtung erst noch zu gründen. Weder 65b SGB V noch die Vergabeunterlagen setzen voraus, dass nur solche Einrichtungen förderfähig sind, die bereits bestehen. Hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung folgt dies vorliegend bereits daraus, dass sich der künftige Auftragnehmer gemäß § 3 Abs. 1 der ausgeschriebenen Fördervereinbarung gerade dazu verpflichtet, eine organisatorisch eigenständige Einrichtung (erst noch) zu schaffen; Ziffer 7 LB enthält dementsprechend Regelungen für eine Übergangsphase von sechs Monaten nach Vertragsbeginn, innerhalb der der Beratungsbetrieb sukzessive aufgebaut werden kann. Auch § 65b SGB V setzt dies seinem Wortlaut nach nicht voraus und unterscheidet sich in seiner aktuellen Formulierung insoweit gerade von der bis zum 31. Dezember 2010, also bis zum Ende der Pilotphase der Unabhängigen Patientenberatung, geltenden Fassung, wonach die betreffende Einrichtung zunächst „als förderungsfähig anerkannt“ werden musste. Der Wegfall dieses Satzes spricht dafür, dass auch nach Auffassung des Gesetzgebers eine zum Zeitpunkt des

Beginns der finanziellen Förderung erst gegründete Einrichtung den gesetzlichen Anforderungen hinreichend genügen kann. Abgesehen davon, dass in fachlicher Hinsicht nichts dagegen spricht, dass auch eine erst neu gegründete Einrichtung grundsätzlich ebenso gut eine gesetzeskonforme Verbraucher- und Patientenberatung gewährleisten kann wie eine bereits hierin erfahrene Einrichtung, spricht für diese historische Auslegung der wettbewerbliche Aspekt, auch anderen und damit möglichst vielen Anbietern den Marktzugang offen zu halten. Hinzu kommt, dass es einem Anbieter nicht zumutbar ist, zunächst eine entsprechende Beratungseinrichtung zu gründen und förmlich anerkennen zu lassen, ohne zu wissen, ob diese Einrichtung tatsächlich ausgewählt werden wird, die Beratung i.S.d. § 65b SGB V zu erbringen. Er trüge dann das Risiko, dass sich seine Aufwendungen im Zusammenhang mit der Gründung und Anerkennung nicht amortisieren. Ein anderes Gesetzesverständnis würde die konkrete Gefahr beinhalten, dass im Ergebnis der etablierte Anbieter stets mit der weiteren Beratung zu beauftragen wäre.

Auch sonst gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass das Konzept der Bg nicht den ausgeschriebenen Vorgaben entspricht. Der ASt geht es insoweit im Wesentlichen um die Gewährleistung der Neutralität und Unabhängigkeit (dazu sogleich). Sie beanstandet aber ebenfalls, dass die Bg keine Vor-Ort-Beratung anbiete bzw. für diese Leistungen ein unzureichendes Budget zur Verfügung stelle. Dieser Vorwurf wird durch das Angebot der Bg widerlegt. Die Bg bietet so wie gefordert u.a. eine Vor-Ort-Beratung an. Dies wird durch die entsprechende Kostenkalkulation der Bg bestätigt, die der Ag geprüft und hierbei nichts Auffälliges festgestellt hat. Aus Sicht der Vergabekammer bestehen diesbezüglich – auch im Vergleich zu den übrigen Angeboten – sowohl hinsichtlich der Sach- wie auch der Personalkosten keine Bedenken. Des Weiteren trägt die ASt vor, dass das Beratungspersonal der Bg schlecht geschult werde. Zunächst haben die angeblichen Fähigkeiten des derzeitigen Personals der Bg keine Aussagekraft für das zukünftige Personal der erst noch zu gründenden Beratungseinrichtung der Bg. Darüber hinaus hat die Bg mit ihrem Angebot ein Konzept zur Personalentwicklung vorgelegt sowie Aussagen zur Qualifikation ihrer Mitarbeiter getroffen; an diese Festlegungen ist sie im Fall der Zuschlagserteilung gebunden (Kapitel 3.2 des finalen Angebots der Bg, S. 161 ff., Bl. 182 ff. der Vergabeakten, Band IX).

Ferner bietet das von der Bg verbindlich angebotene Konzept hinreichend Gewähr dafür, dass die von der Bg zu gründende Gesellschaft eine Einrichtung darstellt, die ihre Beratungsleistung neutral und unabhängig im Sinne des § 65b SGB V erbringen kann. Die insoweit vom Ag vorgenommene Bewertung des Kriteriums „Strukturelle Voraussetzungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität“ ist nicht zu beanstanden. Damit ist das gesetzliche Erfordernis des Nachweises über die Neutralität und Unabhängigkeit (§ 65b Abs. 1 S. 3 SGB V) durch die Bg erbracht.

Hierbei ist zunächst vorzuschicken, dass es sich bei der Neutralität und Unabhängigkeit im Sinne des § 65b SGB V – so wie sie hier vom Ag zum Inhalt der Vergabebedingungen gemacht wurde – um eine gesetzlich geregelte Anforderung an den Auftragnehmer handelt, die vergaberechtlich nicht als Eignungskriterium, sondern als eine zusätzliche Anforderung an die Auftragsdurchführung gemäß § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB zu beurteilen ist.

Eine Eignungsanforderung ist hier schon deshalb nicht gegeben, weil sich dieses Kriterium in seiner isolierten Form – wie es der Ag bewerten will – unter keine der gesetzlich abschließend geregelten Eignungsanforderungen (Zuverlässigkeit, wirtschaftliche, finanzielle, technische oder berufliche Leistungsfähigkeit), die die Grundlage für den Nachweis der Eignung bilden, subsumieren lässt (zum abschließenden Charakter der durch die RL 2004/18/EG zugelassenen Eignungsnachweise vgl. EuGH, Urteil vom 10. Mai 2011, Rs. C-368/10 und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13). Der Ag war entgegen der Auffassung der ASt auch nicht verpflichtet, dieses Kriterium bereits im Rahmen des Teilnahmewettbewerbs zu prüfen, indem er von den Bietern Referenzen hätte fordern müssen, die bereits eine unabhängige und neutrale Beratung belegen. Denn dem Ag ist bei der Auswahl der Eignungskriterien ein Ermessens- und Beurteilungsspielraum zuzugestehen, den er hier beanstandungsfrei ausgefüllt hat, indem er sich für einen möglichst wettbewerbsoffenen Teilnahmewettbewerb entschlossen hat; hätte der Ag nämlich Referenzen über eine unabhängige und neutrale Beratung gefordert, wäre der ohnehin schon kleine Kreis von Wettbewerbern weiter eingeschränkt worden. Mit einer solchen Eignungsanforderung hätte der Ag zudem seine eigene Vorgabe unterlaufen, dass die von ihm zu fördernde Einrichtung noch nicht bestehen muss (s. hierzu oben). Hätte er Referenzen im Bereich der unabhängigen Patienten- und Verbraucherberatung gefordert, hätten nämlich

grundsätzlich nur etablierte Anbieter erfolgreich an seiner Ausschreibung teilnehmen können.

Entgegen der Auffassung der ASt handelt es sich bei der vom Gesetzgeber geforderten Unabhängigkeit und Neutralität auch nicht um eine unternehmensbezogene Anforderung (die in dieser Form als Eignungsanforderung ohnehin nicht zulässig wäre, siehe hierzu bereits oben). Denn es darf nicht verkannt werden, dass zwar das Gesetz den Nachweis der Unabhängigkeit und Neutralität der Einrichtung fordert, dies aber letztlich dem Ziel dient, eine unabhängige Beratungsleistung und damit eine sozialrechtskonforme Auftragsdurchführung zu gewährleisten (so auch Scholz in Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, SGB V, Stand 1.6.2015, § 65b Rn 6; Spickhoff in Medizinrecht, 2. Aufl. 2014, § 65b Rn 7; Krauskopf in Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Stand Februar 2015, § 65b Rn 6, die in Bezug auf das Merkmal der Unabhängigkeit vorrangig auf die Leistungserbringung abstellen).

Die Einordnung des Kriteriums „Strukturelle Voraussetzungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität“ als Anforderung an die Auftragsdurchführung im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB ist indes vergaberechtlich korrekt, da es sich hier um eine zusätzliche Bedingung handelt, die für die Durchführung der Patientenberatung gesetzlich vorgegeben ist und zu deren Einhaltung sich die Bieter bereits im Vergabeverfahren sowie bei der späteren Auftragsdurchführung verpflichten sollen. Dem steht auch nicht entgegen, dass der Ag die Einhaltung dieser Bedingung – neben der Einholung von Erklärungen und der Festlegung von Regelungen in der Fördervereinbarung – auch im Rahmen eines Zuschlagskriteriums („Strukturelle Voraussetzungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität“) bewertet hat. Denn die Einordnung eines Kriteriums als Anforderung an die Auftragsdurchführung im Sinne des § 97 Abs. 4 S. 2 GWB einerseits und als Zuschlagskriterium andererseits schließen sich nicht aus. Entscheidend für die Einordnung auch als Zuschlagskriterium ist insoweit nur, dass es sich um ein einer abgestuften Bewertung zugängliches Kriterium handelt, was hier der Fall ist, da der Ag durch seine Bewertungsvorgaben zum Ausdruck gebracht hat, dass es unterschiedliche rechtliche, organisatorische und institutionelle Mittel geben kann, die in qualitativer Hinsicht differenziert bewertet werden können (siehe Ziffer 11 BWB sowie Ziffer 3 LB). Es versteht sich dabei von selbst, dass dabei eine

Mindestpunktzahl von 4 Punkten erreicht werden muss, da nur dann noch eine „den Anforderungen genügende Darstellung“ (vgl. Ziffer 11, S. 22 BWB) gegeben ist und somit nur in diesem Fall die Neutralität und Unabhängigkeit im Sinne des § 65b SGB V als hinreichend gewährleistet angesehen werden kann.

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen ist die Bewertung des Konzepts der Bg anhand des Kriteriums „Strukturelle Voraussetzungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität“ nicht zu beanstanden. Auf der Grundlage dieser Bewertung durfte der Ag von einer Einhaltung der Vorgabe des § 65b SGB V ausgehen, da die Bg bei diesem Kriterium jedenfalls mit mehr als 4 Punkten bewertet wurde. Die Bewertung erfolgte auch beurteilungsfehlerfrei, insbesondere sind sachwidrige oder willkürliche Erwägungen nicht erkennbar.

Zur Beurteilung der Frage, ob die Bewertung des Konzepts der Bg in Bezug auf das Kriterium „Strukturelle Voraussetzungen für die Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität“ vergaberechtskonform erfolgt ist, ist zunächst das vom Gesetzgeber verfolgte Ziel einer unabhängigen und neutralen Beratung zu betrachten. Insoweit besagt der Gesetzeswortlaut des § 65b SGB V, dass der Spitzenverband Bund der Krankenkassen auf die Beratung keinen Einfluss nehmen darf (Satz 2) und dass die Förderung einer Einrichtung zur Verbraucher- und Patientenberatung den Nachweis über deren Neutralität und Unabhängigkeit voraussetzt (Satz 3). Dem lässt sich zunächst in zeitlicher Hinsicht entnehmen, dass die Bewertung der Neutralität und Unabhängigkeit jedenfalls vor der Zuschlagserteilung zu erfolgen hat, was hier geschehen ist. In sachlicher Hinsicht darf der Spitzenverband Bund der Krankenkassen auf die Beratung keinen Einfluss nehmen und für die Einrichtung selbst – hier also die von der Bg zu gründende gGmbH – muss deren Neutralität und Unabhängigkeit nachgewiesen werden. Die Reichweite der Unabhängigkeit und Neutralität i.S.d. § 65b SGB V lässt der Gesetzeswortlaut indes offen. Den Begründungen zu den Gesetzentwürfen (s. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung (AMNOG), BT-Drs. 17/2413; Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf eines AMNOG, BT-Drs. 17/3698, S. 51) lässt sich diesbezüglich entnehmen, dass in Bezug auf das Beratungsangebot „dessen fachliche Unabhängigkeit, insbesondere von Interessen der Leistungserbringer und Kostenträgern erkennbar“ sein müsse (s. BT-Drs. 17/2413, S. 25). Hierfür spricht auch der o.g.

Gesetzeswortlaut des § 65b Abs. 1 S. 2 SGB V. Die Literaturmeinungen sind insoweit uneinheitlich. So wird einerseits eine Unabhängigkeit lediglich von Leistungserbringern und Kostenträgern im Sinne des SGB V als ausreichend angesehen (so Scholz in Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, SGB V, Stand 1. Juni 2015, § 65b Rn 6), während andererseits eine Unabhängigkeit nur dann gegeben sein soll, wenn es sich um eine Einrichtung handelt, die darüber hinaus keinerlei institutionelle Beziehungen zu privatwirtschaftlichen Anbietern im Gesundheitswesen aufweist (so Roters in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, SGB V, Ergänzungslieferung 2015, § 65b Rn 8). Weitergehend ist diesbezüglich auch Ziffer 3 LB formuliert, wonach keine Interessenkonflikte „mit einem Akteur im Gesundheitswesen“ bestehen und keine Einflussnahme „durch Dritte (z.B. Träger, ...)“ erfolgen dürfen (vgl. auch die insoweit nahezu identischen Formulierungen in Anlage B der mit dem Angebot abzugebenden Eigenerklärung der Bieter zu Neutralität und Unabhängigkeit sowie § 6 Abs. 1, 2 Fördervereinbarung). Außer Frage steht hingegen, dass es um die Unabhängigkeit und Neutralität der die Patientenberatung durchführenden Einrichtung – hier also der durch die Bg zu gründenden gGmbH – geht, so dass es im streitgegenständlichen Verfahren darauf ankommt, ob diese Gesellschaft trotz ihrer Verbindungen zur Bg, bei der es sich jedenfalls um einem privatwirtschaftlichen Anbieter im Gesundheitswesen handelt, als von dieser unabhängig bewertet werden kann.

Diese Unabhängigkeit und Neutralität der durch die Bg zu gründenden Gesellschaft ist hier gegeben. Zunächst stellt sich bereits bei der von der Bg insoweit selbst zugestandenen wirtschaftlichen Abhängigkeit die Frage, ob diese wirtschaftliche Abhängigkeit überhaupt mit der üblichen wirtschaftlichen Abhängigkeit konzernverbundener Unternehmen gleichgesetzt werden kann. Denn die Bg kann über die Mittel, die ihr vom Ag für die von ihr gegründete Einrichtung zugewiesen werden, nicht frei verfügen, sondern sie muss diese Mittel ausschließlich der Einrichtung zur Verfügung stellen, da andernfalls eine nicht zweckentsprechende Mittelverwendung vorläge, die einen Rückforderungsanspruch des Ag auslösen würde (vgl. § 13 und § 9 der Fördervereinbarung). Hinzu kommt, dass die zu gründende gGmbH eigene Rechte aus der Fördervereinbarung erwirbt, da diese gemäß § 3 Abs. 2 der Fördervereinbarung dieser Vereinbarung beitreten muss. Die Fördermittel decken zudem ausweislich der mit dem Angebot einzureichenden und für die Vertragsdurchführung gemäß § 2 lit. b) Fördervereinbarung verbindlichen

Budgetkalkulation der Bg den Finanzbedarf der Beratungseinrichtung vollständig ab. Allein diese Umstände dürften die wirtschaftliche Abhängigkeit zwischen Bg und der von ihr zu gründenden Einrichtung deutlich relativieren. Letztlich kann aber die Frage, ob eine wirtschaftliche Abhängigkeit der zu gründenden Beratungseinrichtung von der Bg den Nachweis der Unabhängigkeit und Neutralität i.S.d. § 65b SGB V ausschließt, dahingestellt bleiben, da es dem Gesetzgeber in erster Linie auf eine fachliche Unabhängigkeit ankommt (siehe hierzu obigen Verweis auf die Begründungen zu den Gesetzentwürfen). So hat es auch der Ag in Ziffer 3 LB beschrieben, als er die Unabhängigkeit und Neutralität der zu fördernden Beratung als „frei von Interessenkonflikten“ definiert und gefordert hat, dass Einflussnahmen auf „Beratungsinhalte und/oder Beratungsstandards“ ausgeschlossen sein müssen (vgl. auch § 6 Abs. 1, 2 Fördervereinbarung sowie Anlage B zum Angebot).

Für die Bewertung der Neutralität und Unabhängigkeit der zu gründenden Gesellschaft i.S.d. § 65b SGB V ist hier also entscheidend, ob diese – unabhängig von einer wirtschaftlichen Abhängigkeit – ihr Marktverhalten (hier die Durchführung einer fachlich unabhängigen und neutralen Patientenberatung) autonom bestimmen kann oder ob sie im Wesentlichen den Weisungen der Muttergesellschaft unterliegt. Die Beurteilung dieser Frage richtet sich in erster Linie danach, wie die betreffenden Gesellschaften wirtschaftlich, organisatorisch und rechtlich verbunden sind. Dazu müsste die Muttergesellschaft einen bestimmenden Einfluss auf das Verhalten der Tochtergesellschaft ausüben können (vgl. insoweit zur kartellrechtlichen Beurteilung der wirtschaftlichen Einheit bei konzernverbundenen Unternehmen EuGH, Urteil vom 20. Januar 2011, Rs. C-90/09 P; Urteil vom 10. September 2009, Rs. C-97/08 P; EuG, Urteil vom 29. Juni 2012, Rs. T-360/09). An den vorgenannten Maßstäben gemessen, ist die von der Bg zu gründende gGmbH unabhängig. In ihrem Angebotskonzept hat die Bg (verbindlich) dargelegt, welche organisatorischen und rechtlichen Maßnahmen sie ergreifen wird, die es der zu gründenden Gesellschaft ermöglichen, unabhängig und neutral zu agieren. Die Beratungseinrichtung wird – wenn auch unter gesellschaftsrechtlicher Beteiligung der Bg – als eigenständige Gesellschaft gegründet. Es werden eigene, räumlich von der Bg getrennte und abgeschlossene Büroflächen angemietet. Des Weiteren wird der zu bestellende Geschäftsführer ausschließlich für die zu gründende Beratungseinrichtung tätig sein, ohne dass personelle Überschneidungen mit der Bg oder ihrer Muttergesellschaft bestehen. Diese personelle Trennung gilt ebenso für alle anderen Mitarbeiter der

Patientenberatung, die ausschließlich dort angestellt werden und weder für die Bg noch ihre Muttergesellschaft tätig sein werden; diese und darüber hinaus auch alle freiberuflichen Mitarbeiter (z.B. Ärzte) müssen entsprechende Neutralitätserklärungen abgeben. Die zu gründende Beratungsgesellschaft wird zudem über ein eigenes von der Bg getrenntes IT-System verfügen. Außerdem ist auch eine operative Kontrolle der Neutralität und Unabhängigkeit durch einen sog. Auditor vorgesehen, der als Vollzeitkraft ausschließlich hierfür abgestellt ist und dessen Kontrolltätigkeit durch den in § 65b Abs. 1 S. 5 und 6 SGB V verankerten Beirat gesteuert wird.

Korrektiv ergänzt werden diese Maßnahmen außerdem durch den mit der Bg abzuschließenden Fördervertrag, der in Bezug auf die Neutralität und Unabhängigkeit der Einrichtung diverse Sanktionsmechanismen enthält. Dies sind insbesondere die vom Auftragnehmer gemäß § 6 zu treffenden Compliance-Maßnahmen, die Rückzahlung der Fördergelder bei nicht zweckentsprechender Verwendung (§ 11, § 9) sowie das Recht zur außerordentlichen Kündigung der Vereinbarung bei Wegfall der gesetzlichen Voraussetzungen der Förderfähigkeit (§ 17 Abs. 2 erster Anstrich) und bei nicht lediglich unerheblichen Beeinträchtigungen der Unabhängigkeit und Neutralität (§ 17 Abs. 2 letzter Anstrich).

Entgegen der Auffassung der ASt kommt es auch nicht darauf an, dass das Konzept der Bg zur Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität der Patientenberatung den in § 65b Abs. 1 S. 5 und 6 SGB V verankerten Beirat einbindet, dieser aber seiner Einbindung bisher nicht zugestimmt habe und dementsprechend die Umsetzung des Konzepts nicht sichergestellt sei. Die Bg hätte – so die ASt – zumindest eine Verpflichtungserklärung des Beirats vorlegen müssen. Die ASt verkennt insoweit allerdings, dass es hier zunächst um die Bewertung eines Konzepts geht, in dem die Bieter darzustellen haben, wie sie die Leistung ausschreibungskonform erbringen wollen. Dementsprechend waren von den Bietern mit ihren Angeboten keine Erklärungen Dritter vorzulegen, die in welcher Form auch immer in die Auftragsausführung eingebunden werden sollen. Das von der ASt hier angesprochene Problem der Einbindung des Beirats ist daher – soweit es hier überhaupt Probleme geben sollte – im Rahmen der Auftragsvorbereitung und -durchführung zu lösen, da auch in diesem Stadium die Neutralität und Unabhängigkeit und die diesbezüglich durch den Zuschlagsdestinatär konkret ergriffenen Maßnahmen seitens des Ag zu prüfen und bei etwaigem Nichterreichen

der vereinbarten Ziele wie bereits beschrieben ggf. zu sanktionieren sind (siehe § 17 Abs. 2 erster Anstrich und letzter Anstrich der Fördervereinbarung). Selbst wenn der Beirat nicht wie im Konzept der Bg vorgesehen eingebunden werden sollte, erscheint darüber hinaus das Projekt der Bg nicht insgesamt gefährdet. Wie bereits oben ausgeführt, sehen das Konzept der Bg im Übrigen sowie die Regelungen der Fördervereinbarungen umfangreiche und ggf. sanktionsbewehrte Regelungen vor, um die Neutralität und Unabhängigkeit zu gewährleisten.

Die Bg ist auch nicht auszuschließen, weil sie als privatwirtschaftliches auf Gewinn ausgerichtetes Unternehmen organisiert ist und deshalb – wie die ASt meint – auch keine gGmbH gründen dürfe, die die Beratung durchführt. Denn aus § 65b SGB V lässt sich nicht einmal ableiten, dass die beratende Einrichtung selbst nicht als gewinnorientiertes Unternehmen organisiert sein darf. Entscheidend ist daher auch hier, ob das angebotene Konzept der Bg tauglich ist, eine unabhängige und neutrale Beratungsleistung zu gewährleisten. Da das Budget der von der Bg zu schaffenden Einrichtung gemäß ihrer verbindlichen Kalkulation vollständig durch die gewährten Fördermittel abgedeckt wird, beeinflusst ein etwaiges Gewinninteresse die Unabhängigkeit und Neutralität der Beratung grundsätzlich nicht. Was die ASt am finalen Angebot der Bg insoweit beanstandet, ist der Gewinn, den die Bg (nicht die beratende gGmbH) daraus erzielt, dass sie der gGmbH bestimmte IT-Leistungen nicht zu Selbstkostenpreisen überlässt. Zunächst ist nichts dagegen einzuwenden, dass die Beratungseinrichtung der Bg Leistungen am Markt einkauft; § 3 Abs. 3 und § 9 Abs. 10 Fördervereinbarung lassen Aufträge an Dritte und Investitionen ausdrücklich zu, soweit es nicht um die „reine Beratungsleistung“ geht (vgl. § 3 Abs. 3 Fördervereinbarung). Die von der Bg geplante Überlassung eines Informationsmanagementsystems an die beratende gGmbH widerspricht entgegen der Auffassung der ASt auch sonst nicht der Fördervereinbarung. Diese schreibt in § 7 Abs. 4 die zweckgebundene Verwendung der Fördermittel „für das Vorhaben“, also die unabhängige Verbraucher- und Patientenberatung vor. Diese Voraussetzung ist beim Einkauf eines Informationsmanagementsystems oder auch sonstiger IT-Ausstattung, die für die Durchführung der Beratungstätigkeit benötigt wird, erfüllt. Dafür, dass die von der Bg hierfür angesetzten Preise oder Lizenzgebühren überhöht sind, liegen keine Anhaltspunkte vor. Die Situation dürfte sich im Übrigen bei der ASt vergleichbar darstellen, soweit diese – was unumgänglich sein dürfte – zur Erfüllung des Beratungsauftrags Leistungen von Dritten einkaufen würde; diese Leistungen

müssten nämlich in aller Regel zu marktüblichen Konditionen – also einschließlich eines Gewinns des Leistungserbringers – beschafft werden.

Im Ergebnis erfüllen damit die von der Bg vorgesehenen Maßnahmen zur Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität der von ihr zu gründenden Gesellschaft die Voraussetzungen des § 65b Abs. 1 S. 3 SGB V. Die insoweit durch den Ag getroffene Wertungsentscheidung ist nicht zu beanstanden. Dass aufgrund der von der ASt vorgelegten Presseberichte über das Ausschreibungsergebnis die Verbraucher und Patienten die Bg derzeit möglicherweise nicht als eigenständig, unabhängig und neutral wahrnehmen, steht dem nicht entgegen. Wie eine erst noch zu schaffende Einrichtung von Dritten beurteilt und wahrgenommen wird, ist naturgemäß nie vorherzusagen. Sollte es sich insoweit überhaupt um eine eigenständige Tatbestandsvoraussetzung des § 65b SGB V handeln, kann auch deren Erfüllung vom Ag daher erst während der Vertragsdurchführung valide geprüft und ggf. durchgesetzt werden.

Auch die Vorgehensweise des Ag bei der Prüfung der Gewährleistung der Unabhängigkeit und Neutralität durch die Bg ist nicht zu beanstanden. Die ASt fordert insoweit eine gewisse Beweislastumkehr dergestalt, dass der Ag von dem Nichtvorliegen der Unabhängigkeit und Neutralität der Bg bzw. der von ihr zu schaffenden Einrichtung hätte ausgehen müssen, die wiederum von der Bg durch eigene Darlegungen hätte widerlegt werden müssen. Unabhängig davon, dass erhebliche vergaberechtliche Bedenken dagegen bestehen, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Angebote „mit zweierlei Maß misst“, steht dem bereits die bei Ausschlussgründen grundsätzlich geltende Lastenverteilung entgegen, dass ein öffentlicher Auftraggeber einen Bieter erst dann aus einem Vergabeverfahren ausschließen darf, wenn er über entsprechende gesicherte Erkenntnisse in Bezug auf den Ausschlussstatbestand verfügt (vgl. nur BGH, Urteil vom 24. Mai 2005, X ZR 243/02; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. April 2008, VII-Verg 1/08 m.w.N.). Dass er sich grundsätzlich auch auf reine Eigenerklärungen verlassen darf, folgt aus § 6 Abs. 3 VOL/A. Doch selbst in einem Fall wie dem hier streitgegenständlichen, in dem den Bietern durch die Forderungen in Bezug auf das Angebotskonzept eine gewisse Darlegungslast auferlegt wurde, sind die insoweit von der Bg gemachten Angaben seitens des Ag nicht ohne kritische Prüfung hingenommen worden (so aber die ASt), sondern die Bg wurde um Aufklärung gebeten. Diesem Aufklärungsersuchen ist die

Bg nachgekommen. Da es sich bei den Antworten der Bg lediglich um Bestätigungen und ausdrückliche Bekräftigungen dessen handelte, was sie ohnehin bereits in ihrem finalen Angebotskonzept niedergelegt hatte (s. insbesondere S. 11 ff. der Anlage C zum finalen Angebot der Bg, Bl. 32 ff. der Vergabeakte, Band IX), stellt dies kein unzulässiges Nachverhandeln oder Nachbessern ihres Angebots oder eine Besserbehandlung der Bg im Verhandlungsverfahren gegenüber der ASt dar. Abgesehen davon widerspricht sich die ASt diesbezüglich selbst, wenn sie einerseits eine vertiefte Prüfung des Ag und Darlegungen der Bg verlangt und andererseits den entsprechenden Schriftwechsel zwischen Ag und Bg zur Aufklärung der zu gewährleistenden Unabhängigkeit und Neutralität für vergaberechtswidrig hält.

Soweit die ASt ihren Vortrag zum Ausschluss der Bg darauf stützt, dass sich der Ag nicht mit den umsatzsteuerlichen Konsequenzen des Konzepts der Bg auseinandergesetzt habe, trifft dies nicht zu. Hinsichtlich des Risikos, dass die ausgeschriebenen Beratungsleistungen entgegen der bisherigen Praxis umsatzsteuerpflichtig werden, trifft dieses Risiko jeden Bieter gleichermaßen. Entsprechende Festlegungen hierzu hat der Ag in § 7 Abs. 3 Fördervereinbarung getroffen, indem er dieses Risiko den Bietern auferlegt hat und alle Bieter ihre Angebote in Kenntnis dieser Vertragsbedingung kalkulieren mussten. Mehr musste der Ag weder im Hinblick auf das Angebot Bg noch auf das Angebot der ASt tun. Soweit sich die ASt des Weiteren darauf beruft, dass sich der Ag speziell bei der Bg nicht mit Risiko auseinandergesetzt habe, dass das von der Bg vorgeschlagene Modell einer umsatzsteuerlichen Organschaft nicht umsetzbar sei, ist auch dieser Vorhalt unzutreffend. Denn der Ag hat sich im Rahmen der Angebotsaufklärung ausdrücklich bestätigen lassen, dass der von der Bg zugesicherte Leistungsumfang unabhängig von der Realisierbarkeit der umsatzsteuerlichen Organschaft sei.

bb) Die Wertung des Angebots der ASt ist im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Da die Höhe des Entgelts, das der Ag an den Fördermittelempfänger für seine Beratungsleistungen zahlt, kraft Gesetzes feststeht (s. § 65b Abs. 2 S. 1 SGB V in der ab dem 1. Januar 2016 geltenden Fassung, s. BGBl. 2014 I S. 1133), kommt es bei der Wertung der Angebote vorliegend nur auf deren Qualität an; den Zuschlag erhält derjenige Bieter, der dem Ag für dieses Entgelt die qualitativ beste Leistung bietet. Der Ag hat die zu erbringende Leistung vorliegend funktional beschrieben und

dementsprechend in Ziffer 11 BWB mehrere Kriterien aufgestellt, um die konzeptionellen Ausführungen der Bieter zu den einzelnen Kapiteln der Leistungsbeschreibung zu bewerten. Bewertet wird die Kreativität der Bieter, inwieweit sie den funktionalen Leistungserwartungen des Ag entsprechen. Dies bedeutet für den vorliegenden Fall Folgendes: Bei der Bewertung von Angeboten steht jedem öffentlichen Auftraggeber ohnehin ein Beurteilungsspielraum zu, der nur eingeschränkt insbesondere daraufhin überprüfbar ist, ob er den wertungsrelevanten Sachverhalt zutreffend und vollständig gewürdigt und keine sachfremden Erwägungen angestellt hat. Wenn es wie hier nicht um die Bewertung objektiv nachprüfbarer Aspekte, sondern um die Bewertung der Kreativität der Bieter geht, darf die Nachprüfungsinstanz ihre Erwägungen umso weniger an die Stelle des öffentlichen Auftraggebers setzen. Die Wertung ist in einem solchen Fall bereits dann vergaberechtskonform erfolgt, wenn die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers vertretbar ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. März 2005, VII-Verg 68/04). Bei seiner Wertung darf der öffentliche Auftraggeber die angebotenen Konzepte zudem untereinander vergleichen, da gerade bei einem solchen Vergleich die Unterschiede in den Konzepten und damit deren ggf. besondere Qualität deutlich werden, was bei der Punktevergabe entsprechend zu würdigen ist. Auf diese Vorgehensweise hatte der Ag ausdrücklich in den BWB hingewiesen (Ziffer 11 BWB, S. 22).

Soweit die ASt ihren Angebotsinhalt und die betreffende Wertungsbegründung des Ag als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis gekennzeichnet hat und die Bg hierzu nicht Stellung nehmen konnte, darf der betreffende Sachvortrag der ASt grundsätzlich nicht berücksichtigt werden, § 71 Abs. 1 S. 2, § 72 Abs. 2 S. 3 GWB gelten auch für die Vergabekammer (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007, VII-Verg 40/07). Unter dieser Prämisse sind vorliegend keine Beurteilungsfehler des Ag erkennbar. Hierbei ist ebenfalls zu berücksichtigen, dass ein Beurteilungsspielraum umso weniger verletzt ist, je besser die bisherige Bewertung bereits ist. Was ein öffentlicher Auftraggeber als „in allen Belangen über dem Durchschnitt liegende Darstellung“ bewertet (hier: 6 bis 8 Punkte) und was darüber hinaus „deutlich über dem Durchschnitt“ liegt (hier: 9 bis 10 Punkte), unterfällt im Wesentlichen der ihm ureigenen Beurteilung. An die Darlegungen eines Antragstellers, der meint, nicht nur eine sehr gute, sondern sogar eine außerordentliche Leistung angeboten zu haben, sind dementsprechend besonders hohe Anforderungen zu stellen. Dies betrifft hier

die Wertung der ASt in den Kriterien „Telefonische Beratung“, „Face to Face-Beratung“, „Zielgruppenorientierung“, „Qualitätssicherung und -management“, „Kooperation und Vernetzung“ und „Berichtswesen“, in denen der Ag der ASt bereits eine überdurchschnittlich Darstellung (also 6 bis 8 Punkte) bescheinigt hat. Darüber hinaus gilt zur Wertung des Angebots der ASt in den einzelnen Kriterien Folgendes:

- Im Kriterium „Verbesserung der Erreichbarkeit“ meint die ASt, die von ihr vorgesehenen Beratungszeiten hätten eine höhere Punktzahl verdient, weil der Ag nicht berücksichtigt habe, dass es nach 18 Uhr und an Wochenenden nur wenig Beratungsbedarf gebe. Die ASt übersieht hierbei, dass es bei der Wertung in diesem Kriterium bereits seinem Wortlaut nach im Wesentlichen um die „Verbesserung“ der Erreichbarkeit ging. D.h. selbst wenn ein Angebot die bisherigen Beratungszeiten erhöht, wird ein anderes Angebot zu Recht noch besser bewertet, wenn es eine noch höhere Erreichbarkeit anbietet. Dies ist bei den von der Bg angebotenen Beratungszeiten der Fall.
- Im Kriterium „telefonische Beratung“ kommt bereits deshalb keine bessere Bepunktung der ASt in Betracht, weil der Ag bisher nicht berücksichtigt hat, dass der Zugang zur Telefonberatung der ASt aus den Mobilfunknetzen nicht kostenfrei möglich ist. Wenn dies nicht bereits zum Ausschluss des Angebots der ASt führt (s. dazu oben unter 2a)bb)), ist die Punktzahl der ASt in diesem Kriterium zumindest deutlich zu reduzieren. Es ist bereits fraglich, ob ein solches Angebotskonzept, das gegen die gesetzlichen und ausgeschriebenen Vorgaben verstößt, beurteilungsfehlerfrei noch als „grundsätzlich den Anforderungen genügend“ (4 bis 5 Punkte) zu bewerten ist oder nicht sogar als nur „in Teilen den Anforderungen genügend“ (1 bis 3 Punkte) hätte bewertet werden müssen. Die Abwertung in diesem Kriterium, das in die Gesamtwertung als zweitwichtigstes Kriterium mit immerhin 14% einfließt, wirkt sich erheblich zu Lasten des Wertungsergebnisses der ASt aus.
- Bei der Bewertung der von ihr angebotenen „Face to Face-Beratung“ hat die ASt die meisten ihrer sachlichen Argumente sowie die Wertungsbegründung des Ag für geheim erklärt, diese können daher gemäß § 71 Abs. 1 S. 2, § 72 Abs. 2 S. 3 GWB grundsätzlich nicht berücksichtigt werden (s.o.). Soweit die Vergabekammer mit diesen Einschränkungen über die Wertung des Ag

entscheiden darf, sind keine Wertungsfehler ersichtlich. Soweit sich die ASt diesbezüglich nämlich auf angebliche Aussagen des Ag oder Vorgaben anderer Personen für die laufende Förderperiode bezieht, sind diese für die verfahrensgegenständliche Ausschreibung ohnehin unerheblich. Gerade die Anzahl der Beratungsstellen und das Angebot einer aufsuchenden Beratung, die für die Qualität der Face to Face-Beratung eine entscheidende Rolle spielen könnten, hatte der Ag auf deren Nachfrage in den Verhandlungsgesprächen ausdrücklich der ASt überlassen bzw. jedenfalls deutlich angesprochen. Außerdem liegt ein Grund für die Erhöhung der finanziellen Mittel für die nunmehr ausgeschriebene Förderperiode gerade darin, die Anzahl der Beratungsstellen zu erhöhen (s. Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit, BT-Drs. 18/1657, S. 63 f.). Da die ASt dies nicht anbietet, hat der Ag ihr Angebot zu Recht in diesem Kriterium nicht besser bewertet als geschehen. Darüber hinaus ist die von der ASt im Nachprüfungsverfahren angebotene besondere Beratungssoftware zur besseren Terminplanung nicht in ihrem Angebotskonzept enthalten und darf daher bereits aus diesem Grund nicht bei der Wertung berücksichtigt werden. Anders als die ASt meint, hätte der Ag diesen Aspekt auch nicht in den Verhandlungsgesprächen erwähnen müssen. Denn dass der Ag hier den Bietern im Anschluss an die Präsentation ihrer Konzepte zur Vorbereitung auf die Verhandlung Hinweise zur Verbesserung ihres bisherigen Konzepts gegeben hat, ist bereits sehr weitgehend. Auf keinen Fall hat ein Bieter jedoch einen Anspruch darauf, dass ein öffentlicher Auftraggeber ihm dabei hilft, sein Angebot vollumfänglich zu optimieren. Es obliegt vielmehr dem Bieter, auf der Grundlage der Leistungsbeschreibung (selbst wenn sie funktional ausgestaltet ist wie hier) selbst das bestmögliche Konzept zu entwickeln und sich hiermit im Bieterwettbewerb durchzusetzen.

- Da die ASt die gesamte Argumentation zur Wertung ihres Angebots im Kriterium „Weitere Zugänge“ für geheim erklärt hat, kann die Wertung des Ag insoweit nicht nachgeprüft werden. Abgesehen davon ist das diesbezügliche Vorbringen der ASt für eine Nachprüfung zu unsubstantiiert. Da ihr Angebot trotz der ausdrücklichen Forderung in Ziffer 2.2.4 BWB keine Angaben zu den Reaktionszeiten auf online-Anfragen enthält (S. Ziffer 4.2.4 des finalen Angebots der ASt, S. 41; Bl. 308 f. der Vergabeakten, Band VIII), bestehen auch sonst

keine Anhaltspunkte dafür, dass der Ag seinen Beurteilungsspielraum fehlerhaft ausgeübt hat.

- Das Vorbringen der ASt zur Wertung im Kriterium „Zielgruppenorientierung“ ist ebenfalls zu unsubstantiiert, um nachvollziehen zu können, warum die bisherige Wertung als „überdurchschnittlich“ (6 bis 8 Punkte) unvertretbar sein soll.
- Die ebenfalls bereits als „überdurchschnittlich“ erfolgte Bewertung des Angebots der ASt im Kriterium „Qualitätssicherung und -management“ erscheint im Ergebnis deshalb vertretbar, weil der Ag hier insbesondere bewerten wollte, inwieweit der Bieter in seinen Beratungsangeboten bundesweit einheitliche Qualitätsstandards verbindlich umsetzen kann (s. Ziffer 5.2 LB). Nachdem die ASt selbst bestätigt hat, dass ihre Bundesgeschäftsstelle keine direkte Weisungsbefugnis auf die regionalen Beratungsstellen hat und die Einheitlichkeit der Beratung stattdessen durch die Träger und die Vorgesetzten vor Ort erfolgen soll, ist es vertretbar, das Konzept der ASt insoweit nicht besser zu bepunkten als geschehen.
- Im Kriterium „Kooperation und Vernetzung“ hat die ASt in ihrem Konzept u.a. die „Koproduktion“ mit dritten Beratungsstellen wie z.B. dem Krebsinformationsdienst dargestellt. Selbst wenn eine solche Zusammenarbeit aus Sicht der ASt „besonders zielführend“ ist, widerspricht eine solche Vorgehensweise nicht nur den ausgeschriebenen Vorgaben, sondern auch dem Gesetzeszweck, bei der Einrichtung der Unabhängigen Patientenberatung Doppelstrukturen zu vermeiden und Ratsuchende mit besonderen Anliegen daher vorrangig an die zuständige Institution zu verweisen; aus demselben Grund soll sich das Beratungsangebot der Unabhängigen Patientenberatung von anderen Tätigkeiten und Beratungsangeboten abgrenzen. Das aufzubauende und zu pflegende Netzwerk soll lediglich dazu dienen, einen Ratsuchenden besser an andere Stellen verweisen zu können, es soll jedoch keine echte Zusammenarbeit erfolgen (s. Ziffer 4.1, 5.3 LB und Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung des Arzneimittelmarktes in der gesetzlichen Krankenversicherung, BT-Drs. 17/2413, S. 25). Die Bewertung des Angebots der ASt in diesem Kriterium als überdurchschnittlich (so der Ag), ist daher jedenfalls nicht als zu schlecht anzusehen.

- Zur angeblich zu geringen Punktzahl im Kriterium „Öffentlichkeitsarbeit“ hat die ASt nur unsubstantiiert vorgetragen, so dass die angebliche Fehlerhaftigkeit der Wertung des Ag nicht nachvollziehbar ist. Dass der Ag ihr Konzept deshalb negativ bewertet hat, weil die ASt den Erfolg von Öffentlichkeitsarbeit kritisch dargestellt hat, ist vertretbar. Denn nur von einem Bieter, der von seinem Konzept überzeugt ist, ist grundsätzlich auch dessen erfolgreiche Umsetzung zu erwarten.
- Zur bereits „überdurchschnittlichen“ Bewertung ihres Angebots im Kriterium „Berichtswesen“ hat die ASt lediglich beanstandet, dass der Ag seine Bewertung nicht näher begründet hat, jedoch – etwa unter Hinzuziehung der ausgeschriebenen Vorgaben – nicht, warum sie wegen ihres angeblich „deutlich überdurchschnittlichen“ Konzepts eine noch höhere Punktzahl „verdient“ hätte. Ein vergaberechtswidriger Wertungs- oder Dokumentationsausfall ist hier nicht zu sehen. Denn wenn ein öffentlicher Auftraggeber bereits eine gute Punktzahl vergibt, braucht er nicht noch näher auszuführen, warum er keine noch bessere Bewertung vorgenommen hat. Denn es ergibt sich bereits aus der erzielten Punktzahl, dass das Angebot gut bewertet wurde. Ein Bieter, der seine Bewertung nachprüfen lassen will, ist auch in diesem Fall nicht gehindert, dennoch die bisherige Punktevergabe als rechtsverletzend zu beanstanden, indem er – etwa unter Heranziehung der Wertungsmatrix und der Leistungsbeschreibung – schlüssig vorträgt, dass eine Vergabe einer höheren Punktzahl für sein Angebot geboten war (vgl. hierzu nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juli 2005, VII-Verg 108/04; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 31. August 2005, VK 3-97/05).

Anders als die ASt meint, hat der ASt auch das in § 65b SGB V vorgeschriebene Verfahren eingehalten, indem er ausweislich der Vergabeakte sowohl an der Erstellung der Vergabeunterlagen als auch am Teilnahmewettbewerb und an der Vergabeentscheidung den Beirat (im Wege der Beratung, s. § 65b Abs. 1 S. 5 SGB V) sowie den Patientenbeauftragten der Bundesregierung (im Wege des Einvernehmens, s. § 65b Abs. 1 S. 4 SGB V) beteiligt hat (s. Vermerk „Dokumentation zum Vergabeverfahren“ vom 13. Oktober 2014, Bl. 4 f., 17, 19, 30, 33 der Vergabeakten, Band V). An der Präsentation der Angebotskonzepte waren

ebenfalls Vertreter des Beirats und des Patientenbeauftragten der Bundesregierung beteiligt (s. Bl. 259 ff. der Vergabeakte, Band V), an den Verhandlungsgesprächen Vertreter des Patientenbeauftragten der Bundesregierung (s. Bl. 204 ff. der Vergabeakten, Band V).

- c) Dass der Ag das Vergabeverfahren zugunsten der Bg manipuliert hat, kann den Vergabeakten nicht entnommen werden.

Die ASt stützt ihren entsprechenden Vorwurf darauf, dass Regelungen der ausgeschriebenen Fördervereinbarung (§ 9 Abs. 10 und § 15 Abs. 1) im Lauf der Verhandlungen geändert wurden. Dies erhärte laut ASt den Verdacht, dass bereits lange vor der Vergabeentscheidung festgestanden habe, dass die Bg den Auftrag erhalten solle und die Angebotswertung samt Beteiligung des Beirats lediglich zum Schein erfolgt seien. Warum die Änderung dieser beiden Regelungen gerade der Bg zugute kommen sollen und somit auf ein vergaberechtswidrige Vorgehensweise des Ag schließen lassen, führt die ASt nicht weiter aus. § 9 Abs. 10 Fördervereinbarung betrifft die Erteilung von Aufträgen an Dritte durch den Fördermittelempfänger und wurde während der Verhandlungen so geändert, dass bestimmte Vergaberegeln hierbei nicht angewendet zu werden brauchen, soweit Leistungen bereits im bezuschlagten Angebot konkret enthalten gewesen waren; § 15 Abs. 1 Fördervereinbarung wurde um Regelungen über Nutzungsrechte des Ag an der Wissensplattform „Wiki“ sowie an übrigen Datenbanken, Dateien, sonstigen Dokumenten sowie dem Internetauftritt des Fördermittelempfängers ergänzt. Ausweislich der Gesprächs- und Präsentationsprotokolle mit der Bg wurden diese Regelungen nicht auf Wunsch der Bg so verändert (Bl. 217 ff., bzw. 275 ff. der Vergabeakten, Band V). Objektiv betrachtet und mangels weiterer Anhaltspunkte für eine einseitige Vorgehensweise des Ag erscheinen diese Regelungen als ausgeglichen, angemessen und üblich für den Fall, dass der Fördermittelempfänger – wovon regelmäßig auszugehen ist – sich für seine beraterische Tätigkeit etwas bei Dritten beschaffen muss (§ 9 Abs. 10) bzw. für den Fall, dass der Fördermittelgeber Vorkehrungen dafür treffen will, dass die Förderung in einer zukünftigen Förderperiode zwar an einen anderen Anbieter vergeben wird, die bisherigen Arbeitsergebnisse aber weiterhin nutzbar sein sollen (§ 15).

Auch sonst ergibt sich aus den Verhandlungs- oder Präsentationsprotokollen oder den Unterlagen über die Wertung der Angebote nicht, dass der Ag zugunsten eines Bieters

voreingenommen gewesen wäre oder einzelne Bieter bevorzugt behandelt hätte. Den Bietern wurden hier nur offene Fragen gestellt, um die angebotenen Konzepte zu erläutern (Bl. 204 ff. der Vergabeakten, Band V). Dass der Ag den Bietern ggf. keine Hinweise darauf gegeben hat, wie sie ihr Angebot verbessern oder – wie im Falle der ASt – einen Ausschluss ihres Angebots wegen Änderungen an den Vertragsunterlagen vermeiden, stellt keinen Vergaberechtsverstoß des Ag dar (vgl. hierzu bereits oben).

Da die Vorgehensweise und die Wertung des Ag fehlerfrei sind, ist das Vergabeverfahren auch nicht – wie die ASt meint – wegen angeblicher schwerwiegender Mängel auszuheben.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zur Bg gestellt, da sie ihren Antrag u.a. darauf stützt, dass die Bg die ausgeschriebenen Anforderungen nicht erfülle und daher nicht den Zuschlag erhalten dürfe. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Bg aufzuerlegen, weil sich diese aktiv durch die Stellung von Anträgen und deren Begründung am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Hierüber hinaus war die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch den Ag und die Bg notwendig, um die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen ASt herzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004, VII-Verg 12/03).

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung

beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Dr. Dittmann