



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 3/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen des Abschlusses einer Rahmenvereinbarung zur „Versorgung mit Sauerstoffbehältern Flüssiggas der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V“ ([...]) hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Waibel auf die mündliche Verhandlung vom 9. Februar 2015 am 20. Februar 2015 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im laufenden Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihr wird aufgegeben, bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen

zurückzusetzen, diese in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Kammer zu überarbeiten und den Bietern auf dieser Grundlage Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im Supplement zum Amtsblatt der EU vom [...]den Abschluss von Rahmenvereinbarungen über die „Versorgung mit Sauerstoffbehältersystemen Flüssiggas der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V“ europaweit im offenen Verfahren aus. Die Ausschreibung ist in elf Gebietslose unterteilt. Pro Gebietslos sollen jeweils drei Rahmenvertragspartner den Zuschlag erhalten, wobei die Lieferung nach dem „Kaskadenprinzip“ erfolgen soll, d.h., dass der Erstplatzierte, solange er lieferfähig ist, auch die vertraglichen Leistungen erbringt. Erst wenn seine Lieferunfähigkeit festgestellt ist, übernimmt der Zweitplatzierte die Vertragsausführung, wenn dieser nicht mehr leistungsfähig ist, der Drittplatzierte (§ 1 Abs. 4 und 5 des Rahmenvertrages).

Bezüglich des Auftragsvolumens der jeweiligen Lose sieht die EU-Bekanntmachung folgende Angaben vor (hier exemplarisch für Los 1, Westfalen-Lippe, dargestellt):

„Bevolligungen Januar bis Juni 2014: 52

Bestandsversorgte zum Stichtag 30.06.2014: 227

Die genannte Bewilligungs- und Versorgungszahl betrifft dieses Gebietslos.

Sie beinhaltet keine Abnahmeverpflichtung der Auftraggeberin. Zu dem tatsächlichen zukünftigen Versorgungsumfang können keine verbindlichen Angaben gemacht werden, da die Auftraggeberin keinen Einfluss auf die Anzahl der Versorgungsfälle hat. Die Angaben über die Anzahl der Bewilligungen im ersten Halbjahr 2014 bzw. der Bestandsversorgung zum Stichtag 30.06.2014 dienen dem Bieter lediglich als Hilfestellung bei der Kalkulation.

Eine Abnahmeverpflichtung bzw. Mengenbegrenzung ist mit den Bewilligungs- und Versorgungszahlen aus dem ersten Halbjahr 2014 bzw. zum Stichtag 30.06.2014 nicht verbunden.“

Weitere Angaben zu kalkulatorisch u.U. relevanten Umständen enthält die Bekanntmachung nicht. In den Vergabeunterlagen werden lediglich die von der Ag in der Bekanntmachung mitgeteilten Kalkulationsgrundlagen in Anlage 5 nochmals tabellarisch zusammengefasst.

Gemäß Anlage 7 der Vergabeunterlagen müssen die Bieter ihren Angebotspreis in Form einer verbrauchsunabhängigen Tagespauschale abgeben; diese wurde von der Ag durch eine Kalkulationsvorgabe der Höhe nach auf maximal [...] netto beschränkt.

Seit Mai 2014 unternimmt die Ag Versuche, die streitgegenständliche Versorgung mit Flüssigsauerstoff auf preisgünstigere Alternativen wie etwa Sauerstoffkonzentratoren und Druckgas-Leichtflaschen aus Aluminium umzulenken. Hierzu versendet sie Schreiben an ihre Versicherten, die eine Sauerstofftherapie beantragen, und teilt Ihnen neben der Aufzählung von Vorteilen der Alternativen (u.a.) mit, dass

„die Genehmigung eines Flüssigsauerstoffsystems an medizinische Indikationen und spezielle Voraussetzungen gebunden [ist]. Danach kommt eine Versorgung mit einem Flüssigsauerstoffsystem nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen für eine Sauerstoff-Langzeittherapie erfüllt sind und eine Versorgung mit einem Sauerstoffkonzentratoren nicht möglich ist. Die medizinische Notwendigkeit zur Versorgung mit Flüssigsauerstoff besteht nur in wenigen Ausnahmefällen. (...) Eine Genehmigung für eine Versorgung mit Flüssigsauerstoff kann daher nicht erfolgen.“

Die Antragstellerin (ASt) stellte am [...] folgende Bieterfragen (19 und 20):

„Welchen Verbrauch haben Ihre heutigen Bestandspatienten? bitte geben Sie die auf den Verordnungen angegebenen Flow-Raten an. Dies wäre auch als Flow-

Raten-Bereiche denkbar: z.B. x Versicherte im Bereich 0 bis 2 Liter/Min., y Versicherte im Bereich 2 bis 4 Liter/Min. usw.

Falls es dabei signifikante Unterschiede in den verschiedenen Losen gibt, geben Sie die Flow-Raten bitte pro Los an.“

Bei den von der ASt erbetenen sog. Flow-Raten handelt es sich um die – im Regelfall – auf der Erstverordnung für die Sauerstofftherapie vom behandelnden Arzt angegebene Menge an Sauerstoffvolumen pro Minute unterteilt nach Ruhe-, Belastungs- und Nachtphasen.

Die Ag antwortete am 30. Dezember 2014 wie folgt auf die Bieterfragen 19 und 20:

„Auswertbare Angaben zu den Flow-Raten liegen nicht vor und können daher nicht angegeben werden.“

Andere Bieter stellten im Laufe der Angebotserstellungsphase vergleichbare Bieterfragen (73-76, 78, 86 und 93) und begehrten Angaben zu den Flow-Raten. Die Ag lehnte jeweils unter Bezugnahme auf die Nichtverfügbarkeit der Daten weitergehende Angaben zu den Flow-Raten ab.

In Bieterfrage 40 begehrte ein Bieter nähere Angaben zum „Kaskadenverfahren“ bei der Auftragsumverteilung und dem Genehmigungsverfahren. In der Antwort hierauf führte die Ag aus:

„(...) Die [...] wird dem Leistungserbringer die Daten der bereits vorliegenden ärztlichen Verordnung zur Verfügung stellen. Alternativ wird die [...] (z.B. wenn die letzte Verordnung mehrere Jahre zurückliegt) eine aktuelle ärztliche Verordnung nebst aktueller Werte anfordern und das Verfahren mit dem Leistungserbringer koordinieren.“

Mit Schreiben vom 30. Dezember 2014 rügte die ASt die Unvereinbarkeit der Ausschreibung mit dem sich aus § 8 EG Abs. 1 VOL/A ergebenden Gebot der erschöpfenden und eindeutigen Leistungsbeschreibung: Die Angaben zu den Flow-Raten bei der Erstverordnung lägen der Ag bei der Antragstellung bzw. spätestens bei der Abrechnung vor. Eigene statistische Erhebungen könne die ASt nicht heranziehen, da die Flow-Raten von der Versichertenstruktur der Ag und den jeweiligen verordnenden Kliniken abhingen.

Die Ag wiesen die Rüge der ASt mit Schreiben vom 8. Januar 2015 unter Verweis auf die nicht in auswertbarer Form vorliegenden Flow-Raten zurück. Die ASt könne ihre eigene Marktkennntnis für die Kalkulation ihres Angebots heranziehen, so dass es einer Übermittlung weiterer Daten seitens der Ag nicht bedürfe.

2. Die ASt stellte mit am 22. Januar 2015 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenem Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten einen Antrag auf Nachprüfung. Diesen Antrag übermittelte die Vergabekammer der Ag am selben Tag.

a) Zur Begründung führt die ASt aus, dass die Ag gegen § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A verstoßen habe, indem sie das in Aussicht genommene Auftragsvolumen nicht so genau wie möglich ermittelt und bekannt gegeben habe. Die unterlassene Angabe der bisher verordneten Flow-Raten verstoße darüber hinaus gegen § 8 EG Abs. 1 VOL/A, weil nicht alles in den Vergabeunterlagen enthalten sei, um den Bietern eine ordnungsgemäße Angebotsabgabe zu ermöglichen. Letztlich bürde die Ag den Bietern dadurch unzumutbare Risiken bei der Kalkulation der Tagespauschalen auf.

Die ASt selbst verfüge nicht über ausreichende Marktkennntnisse, um auch ohne die Flow-Raten der Erstverordnung ein ordnungsgemäß kalkuliertes Angebot abgeben zu können. Zwar decke die ASt bislang ca. [...] % des Bedarfs der Ag ab, allerdings fielen überdurchschnittlich viele der von ihr versorgten Patienten in den sog. High-Flow-Bereich, d.h. sie benötigten deutlich mehr als die bei einem Patienten bundesdurchschnittlich anfallenden 4 l/min. Dies könne daran liegen, dass die ASt von den Ärzten und Kliniken als besonders leistungsfähig im High-Flow-Bereich betrachtet werde, so dass das Marktbild der ASt nicht unbedingt der Realität der Gesamtversorgungslage der Ag entsprechen würde. Die beim streitgegenständlichen Auftrag zu erwartende Versorgungsrate hänge von der Versichertenstruktur, etwaigen regionalen Besonderheiten und dem Ordnungsverhalten der jeweiligen Kliniken und Ärzte ab. Ob diese Faktoren eine Erhöhung des Durchschnitts in der Vergangenheit bewirkt hätten, könne die ASt ohne weitere Angaben nicht nachvollziehen.

Die ASt sei zudem bisher besonders stark im [...] vertreten und verfüge daher über unzureichende Kennntnisse aus den übrigen Landesteilen. Die Ag verweigere jedoch auch eine Stichprobe ihrer Versichertendaten und verhindere so eine statistisch valide Überprüfung der Ausgangsbasis. Der Ag sei zuzugeben, dass die

ursprünglichen Flow-Raten aufgrund von Kontrolluntersuchungen im Laufe der Sauerstofftherapie vom Arzt abgeändert werden können – etwa wenn sich der Gesundheitszustand des Patienten verschlechtere. Als Ausgangspunkt seien die Flow-Raten der Erstverordnung aber dennoch erforderlich, weil diese im Vergleich zu denen der ASt sonst vorliegenden Daten einen erheblichen statistischen Aussagewert in Bezug auf die bereits erwähnte Versichertenstruktur und das übliche Ordnungsverhalten der Ärzte hätten. Daher sei auch die Befürchtung der Ag, die Bieter würden durch die Angaben der Flow-Raten eher verwirrt, als dass sie hilfreich seien, unzutreffend. Wie die zahlreichen Bieterfragen auch anderer Unternehmen zeigten, bestehe ein großes Bedürfnis nach Bekanntgabe der Daten, deren Aussagegehalt von den branchenerfahrenen Bietern zutreffend beim Vergleich der Ausgangsbasen eingeschätzt werden könne.

Dadurch dass die Ag die Umstellung der Patienten weg von der streitgegenständlichen hin zu alternativen Versorgungsformen (Sauerstoffkonzentratoren, Druckgasflaschen) unternähmen, schafften sie zusätzliche Unwägbarkeiten für die Bieter.

Die Flow-Raten seien auch für die Kalkulation der Bieter von erheblicher Bedeutung, da von ihnen nicht nur der voraussichtliche Bedarf an Sauerstoff, sondern auch die logistischen Kosten für Fahrten, für die Aufstellung zusätzlicher Standbehälter und die Personalkosten abhingen. Da schon die Erstverordnung Angaben zu Belastungs-, Ruhe- und Nachtphasen-Flow-Raten enthalte, sei auch der Vortrag der Ag, wonach die Flow-Raten aufgrund der unterschiedlichen Lebensweise des einzelnen Patienten nicht aussagekräftig sei, so nicht zutreffend. Der Patient werde, nach Einstellung des Gerätes auf die in der Verordnung angegebenen Flow-Raten, instruiert, wie er das Gerät selbst – sollte es sich nicht um ein (noch nicht sehr weit verbreitetes) Demand-System handeln – auf Ruhe- und Belastungsphasen einstellen könne. Denn auch zu hohe Sauerstoffraten hätten negative medizinische Auswirkungen. Der Patient verändere daher auch nicht beliebig den Sauerstofffluss oder lasse kontinuierlich die Höchstmenge durchlaufen, sondern werde in seinem Verbrauch durch die Verordnung gelenkt.

Die Daten seien bei der Ag auch vorhanden. Zunächst sei der Vortrag der Ag, wonach die Ärzte die Angabe der Flow-Raten oftmals nicht vornähmen, unzutreffend. Nach den Leitlinien zur Langzeit-Sauerstofftherapie der Deutschen

Gesellschaft für Pneumologie und Beatmungsmedizin (auszugsweise vorgelegt als Anlage ASt 12) müssten diese Angaben gemacht werden.

Die Ag könne die Daten auch zumutbarerweise beschaffen und dürfe sich nicht auf das von ihr beschriebene schwerfällige Ablagesystem in ihren Fach- und Abrechnungszentren zurückziehen. Wollte man dies anders sehen, hätte es ein Auftraggeber selbst in der Hand, sich durch die schlichte Nicht-Auswertung seiner Herausgabepflicht zu entziehen, obwohl die Informationen dem Grunde nach bei ihm vorhanden seien. Notfalls müsse die Ag die 700-1200 Verordnungen entweder auswerten oder alternativ den Bietern geschwärzt zur eigenen Auswertung zur Verfügung stellen. Die Ag hätten in der Antwort auf Bieterfrage 40 zum Ausdruck gebracht, dass ihr die Verordnungen vorlägen bzw. dass sie beim Vertragsübergang aktuelle ärztliche Verordnungen dem Leistungserbringer zur Verfügung stellen würden. Der ASt erschließe sich nicht, weshalb dies erst während der Vertragsausführung, nicht jedoch im Vorfeld der Ausschreibung möglich sein solle. Sollte diese Auswertung von der Kammer als unzumutbar angesehen werden – was aus Sicht der ASt nicht der Fall sei – müsste die Ag den Bietern wenigstens eine repräsentative Stichprobe von etwa 400 Verordnungen, d.h. ca. einem Drittel, zur Verfügung stellen.

Die ASt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die Ag bei der Ausschreibung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens gegen Vergabevorschriften verstoßen hat und die ASt hierdurch in ihren Rechten verletzt ist.
2. Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen und die Angebotsfrist angemessen, mindestens jedoch um vier Wochen ab Rechtskraft des Beschlusses der Vergabekammer, zu verlängern.

Hilfsweise:

Der Ag wird aufgegeben, die Bieterfragen 19 und 20 der ASt umfassend zu beantworten und die Angebotsfrist angemessen, mindestens jedoch um vier Wochen ab Rechtskraft des Beschlusses der Vergabekammer, zu verlängern.

3. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag der ASt vom 22. Januar 2015 wird zurückgewiesen.
2. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag wird für notwendig erklärt.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Ag.

Die Ag ist der Auffassung, es fehle der ASt bereits an der Antragsbefugnis. Der ASt könne – ausweislich ihrer eigenen Ausführungen – schon kein Schaden drohen. Als marktführendes Unternehmen verfüge sie über erhebliche eigene statistische Erkenntnisse, da sie – anders als die Ag – durch die tägliche Versorgungspraxis den direkten Patientenkontakt habe. Sie versorge nicht nur große Teile des deutschen Marktes, sondern auch nahezu [...] % des Gesamtbedarfs der Ag. Auch habe sie hilfsweise vorgetragen, dass es ausreichend sei, ihr Stichproben von einem Drittel des Gesamtbedarfs der Ag zu überlassen; dadurch gebe sie zu erkennen, dass sie auch nur diese Daten für ihre Kalkulation benötige. Über die begehrten Stichproben von einem Drittel der Verordnungszahlen verfüge die ASt angesichts der von ihr durchgeführten Versorgung aber schon selbst. Die ASt kenne somit das Bedarfsverhalten der Versicherten der Ag sehr genau, so dass die ASt auch besser als die Ag einschätzen könne, welchen tatsächlichen Absatz sie erwarten könne. Im Übrigen sei nicht ersichtlich, weshalb sich die durchschnittlich verordnete Flow-Rate bei den Versicherten der Ag von denjenigen Raten anderer Krankenkassen unterscheiden solle. Auch sei der bundesweite Durchschnitt der

Sauerstoffdurchflussrate von ca. 4 Liter/Min. pro Patient der ASt offenbar bekannt, so dass sie auch insoweit keine weiteren Informationen benötige. Ein Schadenseintritt auf Seiten der ASt sei daher ausgeschlossen, sie betreibe daher allenfalls eine Popularklage zugunsten nicht so marktstarker Bieter.

Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Sache unbegründet. Die von der ASt begehrte Angabe der Flow-Raten sei für die Kalkulation der Angebotspreise nicht erforderlich oder gar wesentlich. Bei Rahmenvereinbarungen gelte das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung ohnehin nur eingeschränkt. Es liege zudem in der Risikosphäre der Bieter, wie viele Liter Sauerstoff bei der späteren Vertragsausführung tatsächlich verbraucht würden. Schon bislang würden Tagespauschalen mit den Leistungserbringern abgerechnet, ohne dass dies zu Problemen geführt habe. Durch diese Leistungserbringung, an der auch die ASt partizipiert habe, habe sie ausreichende Kenntnisse über das Verbrauchsverhalten der Versicherten erhalten. Die von ihr darüber hinaus begehrten Flow-Raten der Erstverordnung würden aus Sicht der Ag eher zu neuen Kalkulationsunsicherheiten als zu einer Verbesserung der Datengrundlage führen. Denn die Angaben seien, etwa bei einem Bestandspatienten, der schon lange versorgt werde, nicht mehr aktuell. Die Erstverordnung lege nur einen abstrakten medizinischen Bedarf fest, welcher – nach den von der ASt angezogenen Leitlinien zur Langzeit-Sauerstofftherapie – jeweils Angaben zum Sauerstofffluss im Ruhezustand, unter Belastung und nachts verlange. Nach den Erfahrungen der Ag würden die Ärzte schon nicht immer diese Raten auf der Erstverordnung angeben, sondern den notwendigen Verbrauch des Patienten in Absprache mit Leistungserbringern, wie der ASt, regeln. In einem solchen Fall könne die Ag die Flow-Raten allenfalls aus der dem Abrechnungszentrum vom Leistungserbringer vorgelegten Verordnung entnehmen. Darüber hinaus habe die Ag auch wirtschaftlich kein Interesse an den Flow-Raten, da ohnehin nur eine verbrauchsunabhängige Abrechnung erfolge. Deshalb würden die Daten bei der Ag auch nicht erfasst.

Das tatsächliche Verbrauchsverhalten des Versicherten könne ohnehin von der Verordnung abweichen, hierüber habe die Ag jedoch keinerlei Erkenntnisse, da sie – anders als die ASt – keinen Einblick in das Patientenverhalten habe. Daher wisse die Ag auch nicht, ob die Patienten im Laufe der Zeit anlässlich der etwa alle drei Monate stattfindenden Kontrolluntersuchungen auf andere Flow-Raten umgestellt worden seien oder nicht. Es sei aber zu erwarten, dass es nicht bei der verordneten Rate bleibe, sondern vielmehr, dass diese sich substantiell ändere. Auch die Antwort auf die Bieterfrage 40 – die sich nur auf das Kaskadenverfahren beim Auftragnehmerwechsel beziehe – habe nicht zum Ausdruck

bringen sollen, dass aktuelle Daten der Ag generell vorlägen oder einfach beim verordnenden Arzt beschafft werden könnten.

Die Daten zu den Flow-Raten seien jedenfalls nicht liquide bei der Ag vorhanden. Aufgrund der Irrelevanz der Daten für die Ag würden diese nicht aus den Erstverordnungen ausgelesen und IT-mäßig aufbereitet; elektronisch vorhanden sei lediglich die Tatsache der genehmigten Versorgung an sich. Die Flow-Raten müssten daher erst von den Mitarbeitern der Ag händisch ausgewertet werden, was jedoch nicht zumutbar sei. Die Verordnungen seien entweder in den 13 Hilfsmittel-Fachzentren archiviert oder befänden sich – als Teil der von den Leistungserbringern eingereichten Abrechnungen – in einer der beiden Abrechnungszentren der Ag. Eine Pflicht zur händischen Recherche in Archiven sei von der Rechtsprechung in der vergleichbaren Lage bei Zytostatika-Ausschreibungen abgelehnt worden.

Der Ag dränge sich der Eindruck auf, dass das Hauptproblem der ASt nicht eine generell unzureichende Kalkulationsgrundlage sei, sondern vielmehr die Bemühungen der Ag, die streitgegenständliche Flüssigsauerstofftherapie durch kostengünstigere Varianten zu ersetzen.

In der mündlichen Verhandlung am 9. Februar 2015 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Der ASt wurde Schriftsatznachlass zum Schriftsatz der ASt vom 5. Februar 2015 gewährt.

Im Nachgang zur mündlichen Verhandlung trägt die ASt mit Schriftsatz vom 11. Februar 2015 vor, dass die von der Kammer in der Verhandlung angedeutete Pflicht zur Offenlegung der Flow-Daten aus sozialrechtlichen Gründen unmöglich sei und daher nicht als Maßnahme gemäß § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB von der Kammer angeordnet werden dürfe. Denn bei den Flow-Raten handele es sich um Sozialdaten i.S.d. § 67 Abs. 1 SGB X, deren Übermittlung an Dritte nur unter den im SGB X genannten Voraussetzungen möglich sei. Für den nach dem Sozialrecht erforderlichen Personenbezug reiche es aus, dass auch nur eine theoretische Möglichkeit der Bestimmbarkeit einer Person bestehe. Selbst bei Anonymisierung der Daten könne nicht ausgeschlossen werden, dass Rückschlüsse auf persönliche Daten erfolgen und somit Aufschlüsse über das Krankheitsbild der Versicherten erlauben könnten. Eine Einwilligung der Betroffenen gemäß § 67b SGB V liege ebenfalls nicht vor; ebenso wenig ergebe sich eine Befugnis zur Übermittlung aufgrund gesetzlicher Pflichten gemäß § 71 SGB X, weil vergaberechtliche Informationspflichten nicht in dessen Katalog enthalten seien. Daher

könnten diese sensiblen Daten weder der ASt noch anderen Bietern zur Verfügung gestellt werden.

Darüber hinaus handele es sich bei den Flow-Raten um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Ag. Nähere Informationen über die Patientenstruktur seien geeignet, den Wettbewerb zwischen der Ag und den anderen gesetzlichen/privaten Krankenkassen zulasten der Ag zu beeinflussen. Daran ändere auch nichts, dass die Daten nur über ein Passwort-geschütztes System zur Verfügung gestellt werden würden. Die Ag könne dennoch nicht ausschließen, dass die Daten an ihre Wettbewerber gelangten. Bei der Abwägung der berechtigten Interessen müsse die Kammer zudem berücksichtigen, dass die ASt ohnehin die relevanten Daten aufgrund der eigenen Erfahrung kenne. Auch habe die Angebotsaufklärung bei einem Bieter, der in sechs der elf Gebietslose Bestbieter sei, gezeigt, dass dieser mit einer marktüblichen Annahme von einer Flow-Rate von 4 Liter/Min. zuschlagsfähige Angebote abgegeben habe. Es sei daher nicht erkennbar, wie sich die Zuschlagschancen der ASt durch die Nichtangabe der Flow-Raten verschlechtert haben sollten, da auch ihr diese Durchschnittswerte bekannt seien und insoweit ein Schaden zu ihren Lasten auszuschließen sei.

Mit weiterem Schreiben vom 13. Februar 2015, eingegangen bei der Kammer am 16. Februar 2015, legt die Ag weiteren, vollständig als Geschäftsgeheimnis gekennzeichneten Schriftwechsel mit dem in sechs Gebietslosen führenden Bieter zum Beleg dafür vor, dass die Annahme einer Flow-Rate von 4 Liter/Min marktüblich sei und im Durchschnitt bei mehr als 90 % der Versicherten verordnet würde.

Die ASt erwidert mit Schriftsatz vom 17. Februar 2015, dass weder Belange des Sozialdatenschutzes noch Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse der Ag der Begründetheit ihres Nachprüfungsantrags entgegen stünden. Die von der ASt begehrten Daten seien schon keine Sozialdaten i.S.d. § 67 Abs. 1 SGB X. Personenbezogene Daten seien für die Angebotskalkulation vollkommen irrelevant und könnten von der Ag ohne Weiteres anonymisiert werden. Ausreichend sei die Darstellung der auf den Verordnungen verzeichneten Flow-Raten in Ruhe und Belastung. Mit dem Herauslösen dieser Informationen aus der ärztlichen Verordnung entfalle gemäß § 67 Abs. 8 SGB X der Charakter als Sozialdaten. Die Daten seien absolut anonymisiert, da ein Bezug zu einer Person vollkommen ausgeschlossen sei. Daher benötige die Ag für die Weitergabe auch keine Zustimmung der Patienten.

Die Flow-Raten seien auch keine Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse der Ag. Den anonymisierten Daten lasse sich weder Person noch Wohnort entnehmen, so dass ein Einfluss auf den Wettbewerb mit anderen Krankenkassen aufgrund des von der Ag angenommenen Einblicks in ihre Patientenstruktur nicht ersichtlich sei. Die Nutzung der Daten zu

wettbewerbswidrigen Zwecken könne die Ag jederzeit untersagen und dies vertragsrechtlich absichern bzw. auch eine Löschung der Daten nach Abschluss des Verfahrens verlangen. Die Kammer dürfe – entgegen dem Vortrag der Ag – nicht berücksichtigen, dass die ASt selbst über Daten verfüge, da dies bezüglich der Flow-Raten gerade nicht der Fall sei.

Auch der Vortrag, wonach eine marktübliche Kalkulation des Angebots bei der Annahme von einer Flow-Rate mit 4 Liter/Min. bei mehr als 90 % der Versicherten möglich sei, ändere nichts an der Begründetheit des Antrags. Es komme der ASt gerade nicht auf Durchschnittswerte an, die andere Bieter bei der Angebotskalkulation verwendet haben, sondern die konkreten, bei der Ag vorhandenen Flow-Raten. Denn schon wenige Highflow-Patienten würden das Versorgungsbild verzerren.

Die ASt weist zudem darauf hin, dass sie von der Ag zwischenzeitlich in vier Losen zur Angebotsaufklärung wegen des vermuteten Vorliegens eines außergewöhnlich niedrigen Preises gemäß § 19 EG Abs. 6 VOL/A aufgefordert worden sei. Dies belege, dass die ASt in Unkenntnis der tatsächlichen Flow-Raten gegebenenfalls zu niedrig kalkuliert habe, und sie nunmehr u.U. vom Ausschluss ihres Angebots bedroht sei.

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

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt. Insbesondere handelt es sich bei der Ag als eine gesetzliche Krankenkassen um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs. C-300/07; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. September 2009, L 21 KR 51/09 SFB; VK Bund, Beschluss vom 15. Januar 2010, VK 1 –

227/09 m.w.N.). Bei den ausgeschriebenen Versorgungsverträgen handelt es sich um Rahmenvereinbarungen im Sinne des § 4 EG VOL/A, welche öffentlichen Aufträgen gleichgestellt sind.

- b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Durch die behaupteten Rechtsverletzungen droht der ASt ein Schaden in Form einer möglichen Beeinträchtigung ihrer Zuschlagschancen zu entstehen. Die von der Ag aufgeworfene Frage, inwieweit die ASt trotz ihrer Marktstärke subjektiv von der unterlassenen Angabe der Flow-Raten betroffen sein kann, ist im Rahmen der Begründetheit zu betrachten. Für die Antragsbefugnis ist ausreichend, dass es zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen erscheint – den Vortrag der ASt als richtig unterstellt –, dass ihre Zuschlagschancen durch das von ihr angegriffene Vorgehen im Vergabeverfahren beeinträchtigt worden sein könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; Dicks in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. 2013, Rn. 23 zu § 107 GWB).
 - c) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße rechtzeitig gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB gerügt. Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe eingereicht (vgl. § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB).
2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die ASt wird durch die unzureichenden Angaben im vorliegenden Vergabeverfahren in Bezug auf die Flow-Raten der in der Vergangenheit erfolgten Erstverordnungen in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB, § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A verletzt.
- a) Das Zur-Verfügung-Stellen der Flow-Raten aus der Erstverordnung ist vergaberechtlich geboten.

Gemäß § 4 EG Abs. 1 Satz 2 VOL/A muss der Auftraggeber bei einer Rahmenvereinbarung das mutmaßliche Auftragsvolumen so genau wie möglich ermitteln und bekannt geben; es muss und kann angesichts der Spezifika von Rahmenverträgen auch gar nicht abschließend festgelegt werden. Angeboten bei Rahmenvereinbarungen wohnen daher naturgemäß und im Vergleich zu anderen Aufträgen, die nicht Rahmenverträge sind, erhebliche Kalkulationsrisiken inne, die

typischerweise vom Bieter zu tragen sind; diese zusätzlichen Kalkulationsbelastungen für den Bieter sind - nach Aufgabe der Rechtsfigur des ungewöhnlichen Wagnisses – unter Zumutbarkeitsgesichtspunkten vertretbar (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11). Die grundsätzliche Überbürdung erhöhter Kalkulationsrisiken auf den Bieter ist bei Rahmenverträgen auch europarechtlich abgesichert (Art. 33 RL 2014/24/EU, Art. 32 RL 2004/18/EG).

Diesen erhöhten Kalkulationsunsicherheiten korrespondiert aber die Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, den Bietern zwecks Angebotserstellung jedenfalls alle verfügbaren Angaben hinsichtlich des Auftragsvolumens zur Verfügung zu stellen, soweit sie für die Kalkulation bedeutsam sind oder zumindest sein können. § 4 EG Abs. 1 S. 2 VOL/A bringt dies zum Ausdruck, indem das voraussichtliche Auftragsvolumen "so genau wie möglich" anzugeben ist. Ihm bekannte, zugängliche oder zumutbar, d.h. unschwer zu beschaffende Informationen über den voraussichtlichen Auftragsumfang hat der Auftraggeber den Bietern mit den Vergabeunterlagen zur Verfügung zu stellen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011 – VII-Verg 96/11). Kalkulationsgrundlagen sind im Allgemeinen Erfahrungen aus früheren Beschaffungen, gegebenenfalls ergänzt um eine Abschätzung der Folgewirkungen von zwischenzeitlich eingetretenen oder zukünftig eintretenden Änderungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 99/11). Was die hier streitgegenständlichen Flow-Raten betrifft, so sind diese sowohl kalkulationsrelevant wie für die Ag verfügbar. Sie hätten den Bietern vor Angebotserstellung an die Hand gegeben werden müssen. Im Einzelnen:

aa) Tatsächlich bekannt gegeben wurde die Anzahl der Versicherten, die mit Sauerstoff der streitgegenständlichen Art versorgt werden, und zwar in Gestalt der Neuverordnungen des ersten Halbjahres 2014 und der Bestandspatienten (Stand 30. Juni 2014). Keine Aussage wird aber getroffen über die Menge an Flüssigsauerstoff, die zu liefern sein wird. Der Aussagegehalt der reinen Patientenzahlen ist beschränkt, da sich hieraus zwar mittelbar die später abzurechnende Gesamtsumme (Tagespauschale x Versorgungstage x Patienten) ergibt, nicht jedoch die Höhe des Bedarfs der Patienten an Flüssigsauerstoff. Die Menge des von den Patienten jeweils verbrauchten Sauerstoffs bedingt indes die Wiederbefüllungsrate und damit nicht nur die Kosten für das Material an sich, sondern auch für den Transport und das

Personal. Je mehr Sauerstoff ein Patient benötigt, desto häufiger muss das Personal des Auftragnehmers vor Ort zum Einsatz kommen. Die Einstellung der Patienten auf die verschiedenen Flow-Raten ist damit für die Bieter ein wichtiger Anhaltspunkt, um vernünftig kalkulieren zu können.

Die Ag verfolgt offenbar den Ansatz, dass diese Überlegungen den Bietern aufgrund der ihnen vorliegenden Erfahrungswerte selbst überlassen werden können. Auch wenn ein Auftraggeber grundsätzlich davon ausgehen darf, dass ein potentieller Bieter hinreichend sach- und fachkundig ist, so muss er auch Newcomern oder marktschwächeren Teilnehmern Rechnung tragen, die u.U. erstmals in einem bestimmten Gebietslos tätig werden wollen oder aufgrund geringer Marktanteile über keine repräsentativen Daten verfügen. Im Ausgangspunkt mag hierbei die ASt aufgrund ihrer Marktstärke noch als die privilegierteste Bieterin unter den potentiell in Betracht kommenden Unternehmen gelten; ihre Marktposition führt jedoch nicht dazu, dass sie in Bezug auf die Angabe des Auftragsvolumens rechtsschutzlos gestellt wäre. Denn es ist keineswegs ausgeschlossen, dass auch die ASt bei Offenlegung der Daten über die Flow-Raten in die Lage versetzt wird, ein näher an den tatsächlichen Gegebenheiten orientiertes Angebot und damit ein im Wettbewerb erfolversprechenderes Angebot abzugeben.

Das Bedürfnis der ASt nach Bekanntgabe der Flow-Raten der Erstverordnung wird daher auch nicht durch ihren hilfsweise vorgebrachten Vortrag widerlegt, wonach von ihr für eine ordnungsgemäße Kalkulation „jedenfalls eine Stichprobe von einem Drittel der Verordnungen“ als ausreichend erachtet werde. Zwar deckt die ASt selbst bereits [...] des Bedarfs der Ag ab. Der ASt kommt es jedoch gerade darauf an, herauszufinden, ob die von ihr betreuten Versicherten, nach ihrem Vortrag eine überdurchschnittlich hohe Anzahl von High-Flow-Patienten, repräsentativ für die Ag sind oder ob diese über dem Durchschnitt liegende Rate nur aus ihrer bisherigen Marktstellung als leistungsstarker Marktteilnehmer resultiert, dessen Produkte bislang vorrangig für die besonders bedürftigen High-Flow-Patienten verordnet wurden. Dass die ASt im Hilfsantrag zumindest durch eine Stichprobe diese Struktur durch andere als von ihr versorgte Versicherte zu überprüfen versucht, konterkariert somit nicht ihren sonstigen Vortrag.

- bb) Die Pflicht, den Bietern alle zur Verfügung stehenden Daten auch tatsächlich an die Hand zu geben, stellt sich bei der vorliegenden Ausgestaltung des abzuschließenden Vertrags in ganz besonderer Weise. Denn die Besonderheit des vorliegenden Vergabeverfahrens liegt darin, dass bei der späteren Abrechnung gerade keine verbrauchsabhängige Erstattung erfolgen wird, sondern die Bieter unabhängig vom tatsächlichen Flüssig-Sauerstoffverbrauch und unabhängig von der Frequenz des Personaleinsatzes nur eine – zumal der Höhe nach von der Ag begrenzte – Tagespauschale erhalten werden. Legt ein Bieter seinem Angebot falsche Annahmen zugrunde, so läuft er Gefahr, dass die Pauschale, die eigentlich sämtliche tatsächlich entstehenden Kosten abdecken muss und daneben noch Gewinn abwerfen soll, nicht kostendeckend ist.

Dass die Daten über die konkreten Verbrauchsmengen der Vergangenheit, wofür die Flow-Raten einen belastbaren Anhaltspunkt darstellen, für die Ag selbst in ihrer Funktion als Auftraggeber aufgrund der Abrechnung von bloßen Pauschalen irrelevant sind, entbindet die Ag somit nicht von der Pflicht, die notwendigen Daten für die Bieter bereit zu stellen. Im Gegenteil muss die Ag, wenn sie den Bietern eine verbrauchsunabhängige Tagespauschale abverlangt, das ihrerseits Mögliche tun, um eine taugliche Grundlage für die Berechnung des möglicherweise anfallenden Verbrauchs zur Verfügung stellen zu können. Das Pauschalpreissystem, das die Ag hier vorgibt, weicht ab von den üblichen Gepflogenheiten bei der Abrechnung von Flüssigsauerstoff zwischen Leistungserbringer und gesetzlichen sowie privaten Krankenkassen, die überwiegend auf Basis von Verträgen abgewickelt wird, die zwischen verschiedenen Flow-Raten unterscheiden (so ausdrücklich Anlage 1 zum Schriftsatz der Ag vom 13. Februar 2015). Gibt die Ag in Abweichung von den üblichen Gepflogenheiten ein Pauschalensystem als Abrechnungsbasis vor, so hat sie zwecks Kompensation erst recht die Flow-Raten für die Kalkulation zur Verfügung zu stellen.

- cc) Durch die Bekanntgabe der Flow-Raten ist auch keine zusätzliche Verwirrung der Bieter, wie die Ag vorträgt, zu erwarten. Zunächst kann dahingestellt bleiben, ob der Ausgangspunkt der Ag zutreffend ist, wonach sich die tatsächlichen Verbrauchsmengen ihrer Versicherten schon aufgrund des Zeitablaufs von den in der Verordnung angegebenen Flow-Raten unterscheiden. Jedenfalls hat die Ag –

so ihr eigener Vortrag – aufgrund der schon immer verfolgten, verbrauchsunabhängigen Abrechnung keinen Einblick in die Entwicklung der Flow-Raten, so dass ihre Annahme der späteren substantiellen - und daher bei Offenlegung kalkulationserschwerenden - Abweichung rein spekulativ ist. Die Ag erkennt insoweit aber auch das Begehren der ASt: Den branchenerfahrenen Bietern sind potentielle nachträgliche Veränderungen durchaus bewusst; entscheidend für die ASt (und die anderen nachfragenden Bieter) ist jedoch die Frage, inwieweit sich aufgrund von Besonderheiten, etwa in der Altersstruktur der Versicherten der Ag oder dem regionalen Ordnungsverhalten einzelner Kliniken eine andere Ausgangsbasis für die Kalkulation aus der Erstverordnung ergeben könnte. Diese könnte bei Offenlegung von den Unternehmen mit den ihnen aus anderen Versorgungssituationen vorliegenden Verordnungen verglichen werden und so eine Prognose über die zukünftige Entwicklung und damit den zukünftigen Absatz getroffen werden.

- dd) Zu bedenken ist zusätzlich, dass die Ag – nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der ASt – eine „Umversorgung“ weg von der streitgegenständlichen Sauerstofftherapie über Flüssigsauerstoff hin zu alternativen Therapiemethoden wie Druckgasflaschen und Sauerstoffkonzentratoren betreibt. Dies gilt sowohl hinsichtlich der Neuverordnungen wie auch hinsichtlich der Bestandspatienten. Diese Vorgehensweise ist im Rahmen des von der Ag zu beachtenden sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots sicherlich geboten und von der Kammer nicht zu beanstanden. Allerdings betreibt die Ag damit, alternativ zum Ausschreibungsgegenstand zu beschaffen, und setzt sich damit de facto in Gegensatz zu den bei Rabattverträgen häufig anzutreffenden, vertragliche Nebenpflichten konkretisierenden Vereinbarungen, wonach der Auftraggeber sich verpflichtet, die Durchsetzung des Rabattvertrags durch alle ihm zur Verfügung stehenden Maßnahmen zu befördern. Der Eingriff der Ag selbst in die Umsetzung des streitgegenständlichen Auftrags schon im Vorfeld desselben erhöht ihre Pflicht, das ihrerseits Mögliche für eine bessere Datengrundlage für die Kalkulationsmöglichkeiten der Bieter zu tun. Denn die Umsteuerung führt auch dazu, dass die einzige im vorliegenden Verfahren von der Ag angegebene Datengrundlage – die Bewilligungszahlen und die Anzahl der Bestandspatienten – einer zusätzlichen Unwägbarkeit unterliegt, die den

Bietern unzugänglich und damit nicht ihrer Risikosphäre zuzuordnen ist. Je erfolgreicher die Ag bei ihren Umsteuerungsversuchen sein wird, desto mehr wird der streitgegenständliche Auftrag in wirtschaftlicher Hinsicht für den Auftragnehmer entwertet und desto vorsichtiger müssen die Bieter kalkulieren. Immerhin beschreibt die Ag selbst die streitgegenständliche Versorgung mit Flüssigsauerstoff in ihren Schreiben an antragstellende Versicherte als „Ausnahmefall“. Wenn die einzig vorhandene Kalkulationsgröße jedoch durch Maßnahmen der Ag selbst entkräftet wird, ist es umso verständlicher, dass eine zusätzliche Datengrundlage nachgefragt wird und auch zu liefern ist.

- ee) Die Ag kann auch aus der Tatsache, dass ein potentieller Zuschlagsempfänger jedenfalls mit durchschnittlichen Verbrauchswerten als Kalkulationsgrundlage in sechs Losen zum Bestbieter avancierte, nichts zu ihren Gunsten ableiten. Genauso gut ließe sich daraus ableiten, dass dieser Bieter nur deshalb preislich führen kann, weil die anderen Bieter aufgrund der bestehenden Ungewissheit Risikoaufschläge auf ihren Angebotspreis vorgesehen haben. Ebenso wenig lässt dies den Rückschluss darauf zu, dass nicht auch dieser Bieter oder die ASt ein noch besseres Angebot in Kenntnis der tatsächlichen Flow-Raten hätte abgeben können.

- b) Die Flow-Raten sind bei der Ag auch tatsächlich vorhanden und damit verfügbar. Der Arzt vermerkt die Flow-Raten auf der Verordnung. Die Verordnungen liegen der Ag vor und hätten im Hinblick auf die Flow-Raten vor Beginn der Ausschreibung ausgewertet werden müssen. Die von der Ag vorgetragenen tatsächlichen Schwierigkeiten der Datenbeschaffung stehen der Herausgabepflicht der Daten nicht entgegen. Auch wenn – wie bereits ausgeführt – bei Rahmenvereinbarungen die Gebote der Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung nur eingeschränkt gelten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11), hat der öffentliche Auftraggeber in dieser zumindest diejenigen Daten und Fakten bekanntzugeben, über die er liquide verfügt oder die er sich - gemessen an den Grundsätzen der Zumutbarkeit (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Dezember 2009 - VII-Verg 39/09 m.w.N.) - mit adäquaten Mitteln beschaffen kann.

Nach diesen Grundsätzen erscheinen die Flow-Raten jedenfalls als beschaffbar. Es stellt sich schon im Ausgangspunkt die Frage, ob man die Auswertung von minimal

[...] Fällen (Fachzentrum [...]) bis maximal [...] Fällen (Fachzentrum [...]) durch [...] Institution der Ag – und somit ausblendend, dass manche Erstverordnungen und damit die Flow-Raten nach dem Vortrag der Ag nur in den Abrechnungszentren abgelegt sind und dann von diesen zusätzlichen Stellen ausgewertet werden müssten – überhaupt als unzumutbar qualifizieren kann. Jedenfalls kann die Ag darauf, dass die Daten erst aus den Abrechnungs- und Fachzentren zusammengeführt werden müssen, keine Unzumutbarkeit der Datenherausgabe stützen. Der notwendige Gang ins Archiv ist kein Einwand, mit dem die Ag gehört werden kann. Auch lässt die Antwort auf die Bieterfrage 40 indiziell erkennen, dass jedenfalls bei einem Auftragnehmerwechsel im Kaskadenverfahren (Übergang vom Erst- auf den Zweit-, von Zweit- auf Drittplatzierten) die der Ag vorliegenden Verordnungen zur Verfügung gestellt, gegebenenfalls sogar aktuelle ärztliche Verordnungen angefordert und an den neuen Auftragnehmer weitergereicht werden können. Weshalb dies im Vorfeld der Ausschreibung nicht möglich gewesen sein soll, erschließt sich nicht.

Entscheidend ist letztendlich, dass die Daten jedenfalls bei der Ag vorhanden sind. Hier liegt auch der wesentliche Unterschied zu den von der Ag angeführten Zytostatika-Entscheidungen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. März 2012 – VII Verg 90/11; Beschluss vom 7. Dezember 2011 – VII Verg 96/11; Beschluss vom 18. April 2012 – VII Verg 93/11): Die dort problematisierte Thematik des freien Apothekenwahlrechts des Versicherten betraf die Umsetzungsquote, mithin den Erfolg des Rabattvertrags, für welche das Apothekenwahlrecht eine Unsicherheit darstellt. Da es sich bei den dortigen Verfahren aber um eine erstmalige Ausschreibung der gesetzlichen Krankenkasse handelte, konnten Erkenntnisse zum Wahlrecht auch nicht vorliegen, da es bislang nur eine Situation ohne Rabattvertrag gegeben hatte, also eine durch einen Rabattvertrag ausgelöste Lenkungswirkung noch nicht in Rede stand. Es gab vor der Ausschreibung noch gar keine Apotheke, die der Versicherte optimalerweise in Anspruch hätte nehmen sollen. Daher ergab sich aus den Verordnungen der Vergangenheit schon nicht im Ansatz, ob und in welchem Umfang Patienten von ihrem Apothekenwahlrecht Gebrauch gemacht haben; wenn die Apotheke nicht auf der Verordnung vermerkt ist, hätte es vielmehr zusätzlicher, aufwändiger Wohnort- und Apothekenstandortanalysen bedurft, um dann auch nur Spekulationen über die Gründe für die Wahl dieser oder jener Apotheke durch den Versicherten anzustellen. Vorliegend aber ist die Flow-Rate unmittelbar aus der Verordnung ersichtlich, sie ist – anders als die Problematik bei den Zytostatika – auch

vollkommen unabhängig vom Vorliegen eines Rabattvertrags, da es nicht um die Umsetzungsquote des Vertrags, sondern um die Verbrauchsmenge der Versicherten an Sauerstoff geht. Diese ist medizinisch indiziert, also rabattvertragsunabhängig.

Aus obigen Darlegungen ergibt sich, dass die Flow-Raten zur Verfügung zu stellen sind. Wenn der Ag der Aufwand für eine Nacharbeit im Sinne einer Archivrecherche zu groß ist, so steht es ihr bei fortbestehender Beschaffungsabsicht frei, alternativ ab sofort die Daten zu erheben und die Ausschreibung auf belastbarer Kalkulationsgrundlage zu einem späteren Zeitpunkt neu zu beginnen.

- c) Die Ag hat daher bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, die von der ASt – und anderen Bietern – begehrten Daten zu den Flow-Raten bei der Erstverordnung den Bietern mitzuteilen und ihnen Gelegenheit zu geben, auf dieser Grundlage neue Angebote abzugeben. Da die ASt selbst vorgetragen hat, dass ihr Flow-Range-Bereiche genügen, ist es im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ausreichend, dass die Ag den Bietern auch nur diese zur Verfügung stellt. Sie muss darstellen, wie viele ihrer Versicherten (absolut oder prozentual) in die Versorgungsbereiche 0-2 l/Min., <2-4 l/Min, <4-6 l/Min, usw. fallen. Sollten die Erstverordnungen nach Ruhe- und Belastungsphasen unterteilt sein, sind die Angaben entsprechend aufzubereiten und losweise bekannt zu geben.

Diese Anordnung der Kammer stellt auch keine Verpflichtung der Ag zu einer unzulässigen Weitergabe von Sozialdaten dar. Den diesbezüglichen Bedenken der Ag wird durch die Aggregation der Daten und Einteilung in Spannen entsprochen (vgl. § 67 Abs. 8 SGB X). Denn aus der schieren Anzahl der Erstverordnungsangaben in den jeweiligen Flow-Raten-Bereichen lassen sich keine individualisierbaren Daten mehr ableiten. Ebenso wenig kann sich die Ag auf eine Verschlechterung ihrer Wettbewerbslage gegenüber den konkurrierenden Krankenkassen durch Offenlegung der Flow-Raten-Bereiche berufen. Der Vortrag der Ag ist insoweit schon widersprüchlich: Entweder ist – wie die Ag ursprünglich behauptet hat – das Verbrauchsverhalten bei den Versicherten aller Kassen gleich; dann ist schon kein zu offenbarender Nachteil auf Seiten der Ag erkennbar. Oder aber – so der Vortrag nach der mündlichen Verhandlung – es liegt tatsächlich ein Nachteil aufgrund eines abweichenden Verbrauchsverhaltens der Versicherten bzw. der Patientenstruktur der

Ag vor, dann erscheint die Darstellung desselben aber erst recht als kalkulationsrelevant und als den Bietern mitteilungsbedürftig. Eine missbräuchliche Verwendung der Daten im Übrigen kann die Ag durch entsprechende Vertraulichkeitsklauseln verhindern.

- d) Die Kammer sieht sich aufgrund des Vortrags der ASt im Nachprüfungsantrag vom 22. Januar 2015 (dort Seite 7) veranlasst, auf Folgendes hinzuweisen: Sollten die von ihr dargestellten Zahlen einer deutlichen Erhöhung der Ablehnungsquote der Flüssigsauerstofftherapie bei Neuverordnungen bzw. die Anzahl der „umversorgten“ Bestandspatienten hin zu alternativen Therapiemethoden (im Wesentlichen) der Tatsachenlage entsprechen, ist die Ag gehalten, diese Daten allen Bietern zur Verfügung zu stellen. Denn sie sind geeignet, ein anderes Bild von den zukünftig zu versorgenden Patientenzahlen zu ergeben. Auch Abschätzung der Folgewirkungen von zwischenzeitlich eingetretenen oder zukünftig eintretenden Änderungen sind kalkulationsrelevant und daher offenzulegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 99/11). Im Übrigen ist insoweit ein etwaiger Wettbewerbsvorteil der ASt auszugleichen und Transparenz gegenüber allen Bietern herzustellen.

III.

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

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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 Beschwerdebe-
gründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer an-
gefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Be-
weismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben 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 Ent-
scheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Zeise