



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 45/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Hilfsmittel [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Blöcker auf die mündliche Verhandlung vom 15. Juni 2016 am 21. Juni 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe von „Hilfsmitteln [...]. Die Ag hat die Beschaffung der Hilfsmittel [...] einschließlich der Erbringung damit in Zusammenhang stehender Serviceleistungen in 16 Regionallose aufgeteilt. Streitgegenständlich ist vorliegend das Regionallos [...].

Die Verfahrensbeteiligten streiten über die rechtliche Befugnis der Ag, die Leistungen in einem wettbewerblichen Vergabeverfahren zu beschaffen, sowie über die von der Ag vorgenommene Losaufteilung.

Die Antragstellerin (ASt) betreibt ein Unternehmen des Sanitätsfachhandels und ist derzeit Vertragspartnerin der Ag in Bezug auf die Versorgung der Versicherten mit den streitgegenständlichen Leistungen in [...] und Umgebung. Dieser Vertrag (gemäß § 127 Abs. 2a SGB V) soll gemäß Ziffer 5. mit Zuschlagserteilung im hiesigen Vergabeverfahren der Vergabeunterlagen gekündigt werden.

1. Im Vergabevermerk (dort S. 5f.) begründet die Ag die Einleitung des wettbewerblichen Vergabeverfahrens wie folgt:

„Zweckmäßigkeit der Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V:

Sowohl die Systematik des § 127 Abs. 1 Satz 1 und 4 SGB V als auch der Wille des Gesetzgebers sprechen für eine vorrangige Inanspruchnahme des Instruments der Ausschreibung zur Vorbereitung eines Individualversorgungsvertrages. In diesem Geiste geht das Gesetz auch von einer grundsätzlichen Zweckmäßigkeit der Ausschreibungen aus: § 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V enthält eine Konkretisierung des Zweckmäßigkeitserfordernisses, die jedoch nur Negativbeispiele aufzählt. Danach sind Ausschreibungen für Hilfsmittel, die für einen bestimmten Versicherten individuell angefertigt werden, sowie Versorgungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil in der Regel nicht zweckmäßig (vgl. Adam in Sodan, Handbuch des Krankenversicherungsrechts, 2. Aufl. Seite 840).

Bereits der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verpflichtet die Krankenkassen zu prüfen ob und ggf. mit welcher Ausschreibungskonzeption eine Beschaffung im Wettbewerb möglich ist. Dies gilt erst Recht im vorliegenden Bereich, in dem niemals ein Wettbewerbspreis ermittelt worden ist. Mit den von den Krankenkassen gezahlten Pauschalen für die Versorgung finanzieren die Leistungserbringer bisweilen umfangreiche Akquiseprogramme. Krankenhäusern werden (unentgeltlich) zahlreiche Dienstleistungen angeboten, damit diese die Versicherten im Rahmen

des Entlassmanagements zu den jeweiligen Hilfsmittelnachversorgern steuern. Diese Ergebnisse der Marktanalyse zeigen, dass die Unternehmen Leistungen mit den Geldern der Solidargemeinschaft finanzieren, die unter Korruptionsgesichtspunkten kritisch zu betrachten sind. Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund zwingt das Wirtschaftlichkeitsprinzip dazu, einen Marktpreis abzufragen, der einzig die notwendigen Hilfsmittelversorgungsleistungen für die Versicherten vergütet.

Der Begriff der Zweckmäßigkeit eröffnet Krankenkassen eine Einschätzungsprärogative mit prognostischen Elementen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24.09.2014, Az.: VII-Verg 17/14).

Ausgehend von diesem Grundsatz hat die [...] sich mit der Frage beschäftigt, ob der Abschluss von exklusiven Versorgungsverträgen in diesem Fall unzweckmäßig im Sinne des § 127 Abs. 1 SGB V sein könnte.

Die [...] hat hierzu die gemeinsamen Empfehlungen des GKV-Spitzenverbandes gemäß § 127 Abs. 1 a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 02. Juli 2009 (im Folgenden „gemeinsame Empfehlungen“ genannt) beachtet.

Der Leistungserbringer hat mit dem Versicherten eine geeignete Versorgung auszuwählen, eine Einweisung in den Gebrauch durchzuführen und weitere hilfsmittelbezogene Beratungsleistungen zu erbringen.

Dieser Dienstleistungsanteil kann hinreichend genau standardisiert erfasst werden. Dies ist im Wege der Leistungsbeschreibung geschehen. Es liegt in der Natur der Hilfsmittelversorgung, dass der Umfang der Einweisung in den Gebrauch der Hilfsmittel stets von individuellen Faktoren abhängig ist. Eine fehlende Standardisierbarkeit, die zu einer Unzweckmäßigkeit der Ausschreibung führt, ergibt sich hierdurch nicht.

Der Dienstleistungsanteil an der Versorgung ist komplex. Der Leistungserbringer hat mit dem Versicherten ein geeignetes Versorgungssystem unter einer Vielzahl am Markt erhältlicher Systeme, die sich ständig fortentwickeln, zu identifizieren. Er hat den Versicherten zu beraten, wie dieses System an einer offenen Wunde zu befestigen ist. Die Komplexität des Versorgungsauftrags kann aber auch im Wettbewerb über hohe Eignungsanforderungen berücksichtigt werden. Dies stellt die Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung nicht infrage.

Der Dienstleistungsanteil ist zwar komplex aber im Verhältnis zur Lieferleistung nicht hoch. In vielen Fällen sind die Versicherten lebenslang mit den vertragsgegenständlichen Hilfsmitteln zu versorgen. Der Dienstleistungsanteil an der Versorgung wird im Laufe der Zeit immer geringer bzw. entfällt in einigen Fällen gänzlich. Die Versorgung erfolgt dann vornehmlich im Versandgeschäft. In Anbetracht dieses Verhältnisses geht die [...] nicht davon aus, dass die vertragsgegenständlichen Versorgungsleistungen einen hohen Dienstleistungsanteil i.S.d. § 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V haben.

Gemäß § 2 Ziff. 6 der gemeinsamen Empfehlungen ist eine Ausschreibung auch dann unzweckmäßig, wenn Störungen im Versorgungsablauf nicht vermieden werden können. Ein reibungsloser Versorgungsablauf muss sichergestellt sein. Insofern ist zu prüfen, ob sich in Folge eines Ausschreibungsvertrages Störungen

der Prozessabläufe bzw. der Umsetzbarkeit und damit eine Beeinträchtigung der Versorgungsqualität ergeben könnten.

Die [...] hat sich mit diesen Erwägungen beschäftigt und kommt zu dem Ergebnis, dass Störungen im Versorgungsablauf nicht zu erwarten sind. Denkbar wären solche allenfalls in der Schnittstelle zwischen stationärer und ambulanter Versorgung. Es ist nach § 39 Abs. 1 a SGB V Aufgabe des Krankenhauses den Übergang vom stationären in den ambulanten Bereich zu managen (Entlassmanagement). Der Versicherte hat dabei einen Anspruch auf Unterstützung durch die [...]. Die Krankenhäuser haben nach Auswahl durch den Versicherten den ausgewählten Vertragspartner der Krankenkasse derart in den Entlassungsprozess ein-zubeziehen, dass eine Anschlussversorgung gesichert ist. Die Inhalte der Leistungsbeschreibung gewährleisten, dass die Vertragspartner der [...] den Anforderungen als Anschlussversorger entsprechen.

Im Ergebnis geht die [...] davon aus, dass eine Ausschreibung in dem von der [...] gewählten Design (3-Partnermodell, Anforderungen an die Qualifikation des Personals) zweckmäßig ist und der Versorgungsauftrag nicht gefährdet wird.“

Gemäß § 2 Nr. 4 der im Vergabevermerk in Bezug genommenen Gemeinsamen Empfehlungen gemäß § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 2. Juli 2009 ist für Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil Folgendes vorgesehen:

„§ 2 Zweckmäßigkeitkriterien

Die nachfolgenden Zweckmäßigkeitkriterien sollen zur Entscheidung beitragen, welche Versorgungsleistungen bzw. welche Fallgestaltungen grundsätzlich nicht über Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V geregelt werden sollen.

(...)

4. Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil

- Es handelt sich um eine Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil (vgl. § 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V).*

Bei der Bewertung über eine Ausschreibung ist auch zu berücksichtigen, ob der hohe Dienstleistungsanteil nicht oder nur schwierig standardisiert erfasst werden kann. Dies kann vor allem zutreffen, wenn folgende Maßnahmen maßgeblich im Zusammenhang mit der Hilfsmittelabgabe entstehen bzw. dafür ein individuell unterschiedlicher Aufwand unterstellt werden kann:

- Persönliche intensive und umfangreiche Einweisung oder Nachbetreuung bzw. komplexe und ggf. mehrfache Anleitung von Angehörigen oder Pflegepersonal und/oder*

- *Kontinuierliche Beobachtung des Versorgungsverlaufs zur Komplikationsvermeidung und/oder*
- *Notwendigkeit einer patientennahen Versorgung mit kurzen Reaktionszeiten und/oder*
- *Aufwändig auf das persönliche Umfeld abzustimmende Individualversorgungen mit besonderem Anpassungs-, Einstellungs- bzw. Ausstattungsbedarf des Hilfsmittels.“*

Die zu erbringenden Dienstleistungen beschreibt die Ag unter Ziffer 2.3 und Ziffer 2.4 der Leistungsbeschreibung (auszugsweise) wie folgt:

„2.3 Bedarfsfeststellung

Vor der Durchführung einer Versorgung hat der Auftragnehmer die [...] zu ermitteln und den Bedarf des Versicherten in Bezug auf Art und Menge festzustellen. (...)

2.4 Beratung / Nachbetreuung

Der Auftragnehmer berät den Versicherten bzw. die ihn betreuende(n) Person(en) bezüglich des Hilfsmiteleinsatzes und führt erforderliche Nachbetreuungen durch.

Er führt hierzu nach vorheriger Terminabsprache persönliche Beratungen „vor Ort“, d.h. am Wohnsitz des Versicherten, in der Häuslichkeit des Versicherten oder in Behinderteneinrichtungen, Pflegeheimen oder vergleichbaren Einrichtungen durch.

Die Hilfsmittel bezogene Beratung beinhaltet:

- *Die Beratung des Versicherten (...) über die Versorgungsmöglichkeiten des [...] / auf Basis der vertragsärztlichen Verordnung.*
- *Die Aufklärung des Versicherten über seine Ansprüche hinsichtlich einer aufzahlungsfreien Versorgung und des freien Produktwahlrechts (Wahl des 10stellers) nach diesem Vertrag.*
- *Die persönliche Einweisung des Versicherten oder erforderlichenfalls dessen Pflegeperson in die sachgerechte Handhabung und Verwendung der Hilfsmittel so lange, bis dieser die [...] selbständig und sicher durchführen kann.*
- *Die gemeinsame Auswahl und Anpassung der Hilfsmittel (10stellers) an das verändernde [...] und ggf. Lebensgewohnheiten (...)*
- *Die Beratung zur Vorbeugung und das Erkennen von Komplikationen. Werden Komplikationen festgestellt oder berichtet der Versicherte von entsprechenden Komplikationen, ist in Abstimmung mit dem Versicherten der behandelnde Arzt unverzüglich zu informieren, (...).*
- *Hilfsmittel bezogene Tipps für den Alltag (...)*
- *Ggf. die Anleitung zur Verwendung von Hilfsmittel zur Irrigation*
- *Information über Selbsthilfegruppen*

(...)

Fordert der Versicherte aktiv keine Beratung ein, hat der Auftragnehmer in regelmäßigen Intervallen zumindest alle drei Monate bzw. einmal im Quartal telefonisch beim Versicherten nachzufragen, ob der Wunsch/Bedarf für eine persönliche Beratung besteht.“

Gemäß Ziffer 8 der Leistungsbeschreibung betrug die durchschnittliche Versorgungsdauer im Kalenderjahr 2014 je Versicherten und [...] zwischen sechs [...] und acht Monaten [...]. Im streitgegenständlichen Los 1 wurden 2014 185 Versicherte versorgt, davon 63 in [...] (Tabelle auf S. 35 der Leistungsbeschreibung).

In Bezug auf die Einteilung der streitgegenständlichen Ausschreibung in Gebietslose enthält der Vergabevermerk (dort S. 8f.) folgende Ausführungen:

„Die Ausschreibung erfolgt in 16 regionalen Losen, womit die Interessen mittelständischer Unternehmen hinreichend Berücksichtigung finden. Die Lose gliedern sich wie folgt:

Los Nr. 1: Regionallos [...]

Das Regionallos umfasst die Hilfsmittelversorgung der [...] -Versicherten mit [...] im ausgeschriebenen Umfang für Versicherte, die ihren Wohnsitz in den Bundesländern: [...] haben.

[Beschreibung der Regionallose 2 – 16]

Die Mengen sind so bemessen, dass sich mittelständische Unternehmen an der Ausschreibung beteiligen können. Einzelne Gebietslose können von mittelständischen Unternehmen bedient werden.

Eine weitere Aufteilung des Auftrages in Fachlose erfolgt nicht.

Die Losbildung spiegelt die Besetzung des Marktes ordnungsgemäß wieder.“

Gemäß Ziffer 10.2 der Leistungsbeschreibung wird der Auftrag im Drei-Partner-Modell vergeben. Den Versicherten wird ein freies Wahlrecht unter den drei Vertragspartnern des jeweiligen Regionalloses eingeräumt, der Einzelauftrag wird folglich demjenigen Auftragnehmer erteilt, der vom Versicherten ausgewählt worden ist.

Die ASt rügte mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. Mai 2016 zahlreiche Verstöße gegen sozial- und vergaberechtliche Normen, darunter auch die mit dem Nachprüfungsverfahren verfolgten Angriffe auf den aus ihrer Sicht unzureichenden Loszuschnitt bzw. die generelle Befugnis der Ag, die Leistungen im Wege einer Ausschreibung zu beschaffen. Die Ag lehnte es in einem Schreiben vom 13. Mai 2016 ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit einem am 27. Mai 2016 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Kammer hat den Antrag am gleichen Tag der Ag übermittelt.

a) Die ASt trägt vor, dass die Ausschreibung aufgrund eines Verstoßes gegen § 127 Abs. 1 SGB V schon grundsätzlich unzulässig und daher zu unterlassen sei.

§ 127 Abs. 1 SGB V sehe vor, dass die gesetzlichen Krankenversicherungen im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern über die Lieferung von Hilfsmitteln nur dann schließen könnten, wenn und soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig sei. Der Bundesgesetzgeber habe bei Erlass des GKV-Org-WG zum 1. Januar 2009 die frühere „Soll“-Vorschrift in eine „Kann“-Vorschrift umgewandelt. Der von der Ag angenommene Vorrang einer Ausschreibung bestehe daher schon im Ansatz nicht. Da die Ag somit bereits von einem falschen Regel-Ausnahme-Verhältnis der von ihr herangezogenen Ermächtigungsgrundlage für die Ausschreibung ausgehe, seien ihre auf dieser Grundlage erfolgten Ermessenserwägungen bereits fehlerhaft und könnten den Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit der ASt nicht rechtfertigen.

Da vorliegend die erforderliche Tatbestandsvoraussetzung der „Zweckmäßigkeit“ auch in der Sache nicht vorliege, sei die Ag an der Durchführung der streitgegenständlichen Ausschreibung gehindert. Denn die Voraussetzungen der Norm als Ermächtigungsgrundlage für die Durchführung einer Ausschreibung seien nicht erfüllt, so dass die Ag nur auf im Verhandlungswege zu schließende Verträge gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V zurückgreifen könne. Der Gesetzgeber habe gerade nicht formuliert, dass eine Ausschreibung zu unterbleiben habe, wenn sie nicht zweckmäßig sei, sondern genau das Gegenteil: Eine Ausschreibung verlange als positive Zulässigkeitsvoraussetzung das objektive Bestehen der Zweckmäßigkeit.

Eine Ausschreibung sei in der Regel bei Versorgungsleistungen mit hohem Dienstleistungsanteil nicht zweckmäßig (§ 127 Abs. 1 S. 4 SGB V). Bei diesem Merkmal handele es sich um einen gerichtlich voll überprüfbar unbestimmten Rechtsbegriff; die Ag habe insoweit keinen Beurteilungsspielraum. Das OLG Düsseldorf (Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14) behaupte lediglich, dass § 127 Abs. 1 SGB V eine

Einschätzungsprärogative einräume, ohne dies jedoch näher zu begründen. Insbesondere unterlasse es der Senat, sich mit der restriktiven Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auseinanderzusetzen, wonach der Exekutive bei Verwaltungsentscheidungen aufgrund der Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG bei der Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe kein Beurteilungsspielraum zustehe. Es könne nicht sein, dass die Ag durch die „Auslegung“ des Begriffes der Zweckmäßigkeit selbst darüber entscheiden dürfe, ob die Voraussetzungen für einen Grundrechtseingriff gegeben seien. Ein derartiger Spielraum der Ag komme schon deshalb nicht in Betracht, weil die Ag durch die Durchführung der Ausschreibung letztlich über die Berufsausübung der ASt entscheide und damit in ihr aus Art. 12 Abs. 1 GG verbürgtes Recht eingreife. Hierfür bedürfe sie einer gesetzlichen Ermächtigung, die nicht von einem Beurteilungsspielraum abhängen könne. Selbst wenn man von einem Beurteilungsspielraum ausginge, wäre dieser jedenfalls fehlerhaft ausgeübt worden. Denn die Ag gehe von einer unkorrekt erfassten Rechtslage aus und negiere die Komplexität und den Umfang der zu erbringenden Dienstleistung.

Die Regelausnahme „*Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil*“ des § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V sei vorliegend erfüllt, so dass „*in der Regel*“ von der Unzweckmäßigkeit der Ausschreibung auszugehen sei. Insoweit seien die gemäß § 127 Abs. 1a SGB V erlassenen Gemeinsamen Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 2. Juli 2009 maßgeblich. Ausweislich des Vergabevermerks habe sich die Ag an den gemeinsamen Empfehlungen orientiert und sich damit an sie gebunden. Es könne daher dahinstehen, ob die Empfehlungen, was das OLG Düsseldorf in dem bereits zitierten Beschluss verneine, bieterschützende Wirkung zukomme oder nicht. Die Ag habe selbst die Bindung an sie akzeptiert und müsse sich deshalb daran messen lassen. Im Übrigen habe der Gesetzgeber selbst in § 127 Abs. 1a SGB V die Bedeutung der gemeinsamen Empfehlungen hervorgehoben, so dass ihnen eine besondere Rolle bei der gerichtlichen Kontrolle zukomme.

Für die diesbezügliche Auslegung des Regelbeispiels „*hoher Dienstleistungsanteil*“ sei auch der Schutzzweck der Norm zu berücksichtigen. Da der Versorgungserfolg und deren Qualität vorliegend in besonderer Weise vom Vertrauen des Versicherten abhängen, steige die Dienstleistungsintensität umso mehr, je stärker die Versorgung in die unstreitig betroffene Intimsphäre des Versicherten eingreife. Vorliegend müsse schon bei der Bedarfsfeststellung und der Produktauswahl der Versicherte über intimste

Details seiner Ausscheidungen sprechen und seine Wunden vom Fachpersonal des Auftragnehmers untersuchen lassen. Auch die Anleitung des Versicherten bzw. seiner Angehörigen setze ein Vertrauensverhältnis voraus. Konzentriere sich die Ausschreibung auf einen Ausschreibungsgewinner, würden die Versicherten zum bloßen Objekt staatlicher Behandlung gemacht. Dies greife in den Kern des Schutzbereichs der freien Selbstbestimmung und der Menschenwürde ein (Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG).

Darüber hinaus sei die Dienstleistung besonders komplex bzw. von besonderer Bedeutung für die qualitätsgesicherte Betreuung. Dies belegten auch die Ausführungen der Ag in ihrem Vergabevermerk. Jedoch seien die besondere Komplexität und die fortschreitende Spezialisierung in diesem Bereich von der Ag – unzulässigerweise – als der Zweckmäßigkeit nicht entgegenstehend angesehen worden. Die Ausführungen der Ag wiederholten nahezu die Erwägungen der gemeinsamen Empfehlungen; so anerkenne die Ag etwa auch, dass eine kontinuierliche Beobachtung des Versicherten und eine umfassende Einweisung erfolgen müssten. Dennoch ziehe sie nicht den notwendigen Schluss, dass aufgrund der komplexen und permanent zu erbringenden Dienstleistungen die Ausschreibung unzweckmäßig sei. Sie sei offenbar von dem Willen geleitet, sich entgegen der gesetzgeberischen Wertung nicht von der Durchführung eines Verfahrens nach § 127 Abs. 1 SGB V abbringen lassen zu wollen.

Der Dienstleistungsanteil sei entgegen der Schlussfolgerungen der Ag auch hoch. Nach den Vergabeunterlagen der Ag (dort Ziffer 8) werde die durchschnittliche Versorgungsdauer – je nach [...] – mit zwischen sechs und acht Monaten angegeben. Der von der Ag angeführte Fall der lebenslangen Versorgung, welche zu einem quantitativ niedrigen Anteil der Dienstleistungen aufgrund des Überwiegens der Lieferanteile führe, sei offensichtlich nicht der Regelfall, der die vorliegende Ausschreibung charakterisiere. Der Warenwert der Hilfsmittel würde gegenüber den zu erbringenden Dienstleistungen (vgl. Ziff 2.3 und 2.4 der Leistungsbeschreibung) in dem durchschnittlichen von der Ag angegebenen Versorgungszeitraum eindeutig zurücktreten.

Es bestehe eine hohe Haftungsgeneigntheit, weshalb die Ag auch ausdrücklich die Leistungserbringung durch besonders ausgebildete Fachkräfte verlange (Ziff. 2.9 der Vergabeunterlagen). Das Personal müsse in der Lage sein, Komplikationen zu

erkennen und diese richtig einzuordnen. Auch dies spreche gegen die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung.

Die vorliegende Ausschreibung werde auch dazu führen, dass die Qualität der Versorgung leiden werde. Dass die Ag keinen Zusammenhang zwischen dem Vertrauen der Versicherten und den Leistungserbringern zu erkennen vermöge, zeige das sehr technische Verständnis von ihrer Aufgabe gegenüber den Versicherten. Ebenso werde die wohnortnahe Versorgung aufgrund der Größe der Lose leiden.

Durch den exklusiven Zuschlag in einem Vergabeverfahren solle die ASt von der regelhaften Erbringung von Leistungen bei der [...] ausgeschlossen werden, wodurch die Ag in das Grundrecht der ASt aus Art. 12 Abs. 1 GG eingreife. Soweit dadurch bestehende Kundenbeziehungen zu [...] betroffen seien, sei zudem das Grundrecht aus Art. 14 Abs. 1 GG verletzt. Diese aus dem sozialversicherungsrechtlichen Dreiecksverhältnis resultierenden Umstände verkenne die Ag ebenso wie das OLG Düsseldorf in seinem zitierten Beschluss. Der von der Ag vorgenommene Eingriff in diese Vertragsbeziehungen sei – unabhängig von der Frage, ob § 127 Abs. 1 SGB V überhaupt eine verfassungsgemäße Schranke dieser Grundrechte darstelle könne – nicht zu rechtfertigen, da – wie gezeigt – die Voraussetzungen der Norm gerade nicht vorlägen.

Hilfsweise müsse die Ag jedenfalls den Zuschnitt des Regionalloses Nr. 1 modifizieren. Aufgrund der schieren Größe des Loses seien mittelständische Interessen bei der Losbildung nicht ausreichend berücksichtigt worden und eine Beteiligung der ASt als regional tätigem Dienstleistungsunternehmen damit faktisch ausgeschlossen. Dies verletze die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 3 GWB. Danach seien mittelständische Interessen bei der Vergabe vornehmlich zu berücksichtigen. Dies bedeute zwar nicht, dass die Ag die Losbildung zwingend auf die Geschäftsbezirke bestimmter Anbieter – wie hier auf diejenigen der ASt – zuschneiden müsse. Die Ag lasse bei ihrer Losbildung jedoch unberücksichtigt, dass hierdurch Unternehmen, die gerade dem gesetzlichen Auftrag folgend eine wohnortnahe Versorgung gewährleisten, von der Vergabe systematisch ausgeschlossen würden. Die Ag verlange auch gemäß Ziff. 2.3 und 2.4 der Vergabeunterlagen ausdrücklich, dass die Leistungen im Wesentlichen am Wohnort des Versicherten zu erbringen seien.

Das Regionallos 1 umfasse ca. [...]. Aufgrund des hier vorliegenden hohen persönlich zu erbringenden Dienstleistungsanteils verlange die Ag die Überwindung von (einfachen) Distanzen durch die Mitarbeiter der ASt von bis zu [...] km bei der Erbringung der Leistungen. Kleineren und mittleren Unternehmen sei eine dienstleistungsorientierte Abdeckung in dieser Größenordnung nicht möglich. Die Ag müsse auch bedenken, dass die Anforderung einer „*wohnnahen*“ Versorgung auch die Möglichkeit der Versicherten beinhalte, den Leistungserbringer vor Ort aufzusuchen, zumal es bei der streitgegenständlichen Versorgung um Dienstleistungen gehe, die den Intimbereich der Versicherten betreffen. Daher halte die ASt etwa auch Behandlungsräume vor Ort vor. Durch die offenbar intendierte „*Zentralisierung der Leistungserbringung*“ verhindere die Ag faktisch eine Kontaktaufnahme durch den Versicherten beim Auftragnehmer. Die Versicherten dürften nicht von der Ag gezwungen werden, ihren persönlichen Lebensbereich den Mitarbeitern des jeweiligen Leistungserbringers zu öffnen.

Die diesbezüglichen Ausführungen der Ag im Vergabevermerk, mittelständische Interessen durch die Aufteilung in Regionallose berücksichtigt zu haben, stellten schlichte Behauptungen dar, ersetzten jedoch nicht die erforderlichen Ermessenserwägungen. Zwar könnten mittelständische Unternehmen die absolute Zahl der Versorgungsfälle des Loses 1 durchaus bewältigen. Die Ag setze sich jedoch nicht mit dem Problem der Entfernungen mit der Folge unwirtschaftlicher Fahrten bei der Versorgung auseinander. Der Verweis der Ag im Nachprüfungsverfahren, Mitarbeiter in der Fläche stationieren zu können, um eine Versorgung vor Ort zu gewährleisten, sei unbehelflich, weil die ASt gerade ein regionaler Anbieter sei und über keine Stützpunkte „in der Fläche“ verfüge. Ebenso unmaßgeblich sei, dass die ASt vertragliche Verpflichtungen für eine bundesweite Versorgung gegenüber der Ag übernommen habe. Denn da sich die Versicherten aufgrund ihrer Wahlfreiheit Anbieter vor Ort aussuchten, würden sich die faktischen Versorgungsgebiete auf natürliche Weise regeln. Die ASt sei daher nicht bundesweit tätig. Im vorliegenden Fall müsste die ASt Mitarbeiter einstellen, die jedoch aufgrund der Wahlfreiheit der Versicherten im ausgeschriebenen Drei-Partner-Modell u.U. kaum zum Einsatz kämen. Dieses wirtschaftliche Risiko könne und wolle die ASt nicht eingehen. Ebenso wenig entspreche es dem Geschäftsmodell der ASt als regionaler Leistungserbringerin, Bietergemeinschaften zu bilden oder Nachunternehmer in den anderen Bundesländern einzusetzen.

Die Ag verfüge gerade nicht über ein Leistungsbestimmungsrecht in Bezug auf den Loszuschnitt, sondern müsse vielmehr die wirtschaftliche Notwendigkeit der Versorgung in der ausgeschriebenen Größe belegen. Dies könne die Ag nicht, da sie bislang auch schon ihre Versicherten über Verträge gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V habe versorgen lassen. Es sei nicht erkennbar, dass diese Versorgung unwirtschaftlich sei und die Aufrechterhaltung dieser Vertragsbeziehungen demzufolge unzumutbar für die Ag wäre. Die bloße Behauptung, kleinere Lose seien unwirtschaftlicher als große, könne den Beleg für die Notwendigkeit der gewählten Vorgehensweise und der diesbezüglichen Ermessensbetätigung nicht ersetzen. Die Ag zerschlage ohne Rechtfertigung eine bestehende patientennahe Dienstleistungsstruktur; dies sei unverhältnismäßig.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, in dem Ausschreibungsverfahren (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union [...]) für das Regionallos Nr. 1 [...] den Zuschlag und/oder Zuschlüsse zu erteilen,

hilfsweise

der Ag aufzugeben, das Gebiet des derzeitigen Regionalloses Nr. 1 [...] in kleinteiligere Regionallose aufzuteilen und die Abgabe von Angeboten auf einzelne dieser zu schaffenden Regionallose zu ermöglichen.

2. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
3. die Hinzuziehung der anwaltlichen Bevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.
4. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen;

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 26. Mai 2016 zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.
3. Dem Akteneinsichtsantrag wird nur in dem Rügeumfang stattgegeben.

Die Ag ist der Ansicht, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig, darüber hinaus unbegründet sei. Sämtliche der von der ASt aufgeworfenen und mit ihrem Nachprüfungsantrag verfolgten Rechtsfragen seien im Rahmen der grundlegenden Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 24. September 2014, VII-Verg 17/14) zugunsten des Ausschreibungsmodells geklärt worden.

Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, soweit die ASt eine Verletzung des § 127 Abs. 1 SGB V geltend mache, weil es sich hierbei nicht um eine bieterschützende Norm i.S.d. §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 S. 1 GWB handele. Der Zweckmäßigkeitvorbehalt des § 127 Abs. 1 SGB V solle – auch nach dem Vortrag der ASt – den Versicherten schützen, nicht dagegen einen Schutz potentieller Marktteilnehmer vor Wettbewerb bewirken. Eine Verletzung der ASt in ihren Rechten komme daher von vornherein nicht in Betracht.

Auch soweit die ASt einen Verstoß gegen § 97 Abs. 3 GWB geltend mache, habe sie ihre diesbezügliche Antragsbefugnis nicht ausreichend dargelegt. Sie behaupte lediglich, dass sie sich als mittelständisches Unternehmen nicht am Wettbewerb um das streitgegenständliche Regionallos Nr. 1 beteiligen könne. Diese pauschale Behauptung lasse jeden konkreten Bezug zum eigenen Unternehmen vermissen. Sie werde auch dadurch widerlegt, dass Angebote mittelständischer Unternehmen eingegangen seien. Es wäre an der ASt gewesen vorzutragen, aufgrund welcher individueller Umstände sie nicht in der Lage sei, ein Angebot einzureichen. Darüber hinaus unterhalte die ASt derzeit ein Vertragsverhältnis mit der Ag, welches die Verpflichtung zur bundesweiten Versorgung mit den streitgegenständlichen Hilfsmitteln beinhalte, so dass die Überforderung mit einem Bruchteil der Fläche im streitigen Regionallos Nr. 1 darlegungsbedürftig sei.

Aber auch in der Sache lägen die vorgebrachten Verstöße nicht vor, weshalb sich der Nachprüfungsantrag jedenfalls als unbegründet erweise.

Entgegen der Auffassung der ASt sei die Ausschreibung nicht unzumutbar i.S.d. § 127 Abs. 1 SGB V. Im Ausgangspunkt bestehe eine Einschätzungsprärogative der Ag im Hinblick auf die Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung. Diese habe das OLG Düsseldorf in der zitierten Entscheidung ausdrücklich bestätigt und die prognostischen Elemente einer solchen Einschätzung anerkannt. Die Krankenkassen müssten selbst bestimmen, wie sie ihren Beschaffungsbedarf befriedigen wollten. Insoweit definiere die Ag autonom, wie sie im Rahmen ihres Versorgungsauftrags die Leistungen und von wie vielen Leistungserbringern zu erhalten gedenke. Aufgrund des sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots könne die Ag erst dann auf eine Ausschreibung im Wettbewerb verzichten und sich eines Zulassungs-/Open-House-Verfahrens bedienen, wenn sie zum Ergebnis käme, dass eine wirtschaftliche und qualitativ gesicherte Versorgung in einem Wettbewerbsverfahren gerade nicht sichergestellt werden könne. Dies sei nach der Einschätzung der Ag vorliegend gerade nicht der Fall; auf die gegenteilige, von der ASt vertretene Einschätzung komme es nicht an. Dem Vortrag der ASt lasse sich nicht entnehmen, weshalb die Ausschreibung zu einer unwirtschaftlicheren oder qualitativ schlechteren Versorgung der Versicherten führen werde.

Ebenso wenig würden die Gemeinsamen Empfehlungen gemäß § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 2. Juli 2009 alleinige Maßgeblichkeit für sich beanspruchen. Die ASt verkenne, dass diese der Ag allenfalls eine Orientierungshilfe bieten sollten. Die abschließende Entscheidung für oder gegen ein wettbewerbliches Verfahren liege allein bei der Ag. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf entfalte diese Empfehlung als reines Verwaltungsinnenrecht ohnehin keine bieterschützende Wirkung.

Die ASt könne daher allenfalls dann erfolgreich gegen die vorliegende Ausschreibung vorgehen, wenn sie eine unrichtige oder unzureichende Sachverhaltsermittlung oder das Beruhen der Entscheidung auf einer groben Fehleinschätzung oder Willkür belegen könne. Hierfür habe die ASt nichts vorgebracht.

Die vorgenommene Ausschreibung sei im Übrigen auch tatsächlich zweckmäßig, um eine wirtschaftliche und in der Qualität gesicherte Versorgung sicherzustellen. Die Wirtschaftlichkeit lasse sich schon anhand der nunmehr geöffneten Angebote belegen, welche ein deutlich niedrigeres Preisniveau im Vergleich zu den früher ohne wettbewerbliches Verfahren geschlossenen Verträgen belege. Auch die Qualität leide nicht durch die Ausschreibung; im Gegenteil werde das Qualitätsniveau der Vergangenheit durch die Vorgaben an die zu erbringende Leistung sowie die Anforderungen an das einzusetzende Personal erhöht.

Der Vorwurf der ASt, die Ag mache ihre Versicherten zu einem Objekt staatlichen Handelns, sei vollkommen haltlos. Aufgrund des im Hilfsmittelbereich geltenden Vertragsprinzips erfolge die Versorgung immer durch Vertragspartner der Ag (§ 126 SGB V). Vor diesem Hintergrund sei die von der ASt angegriffene Reduktion des Wahlrechts der Versicherten auf den Auftragnehmer systemimmanent. Exklusivverträge seien von den Nachprüfungsinstanzen daher auch nie beanstandet worden. Einen Eingriff in die Menschenwürde, wie in die ASt vortrage, sei bei einer (im Wesentlichen) Lieferleistung schlicht abwegig.

Dass – nach der Argumentation der ASt – schon aufgrund eines hohen Dienstleistungsanteils die Zweckmäßigkeit i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V zu verneinen sei, treffe ebenfalls nicht zu. Zum einen dürfe die Ag auch bei einem hohen Dienstleistungsanteil ein wettbewerbliches Verfahren durchführen, wenn die Qualität der Versorgung sichergestellt sei. Die ASt könne nicht belegen, dass die Durchführung des Wettbewerbs kausal zu einer Absenkung des Qualitätsniveaus führe. Die Ag könne auch nicht – so aber die ASt – Vertrauensbeziehungen zwischen den Versicherten und den Hilfsmittelleistungserbringern im Rahmen der Qualität berücksichtigen. Es sei schon fraglich, wie sich dies auf die Qualität der Versorgung auswirken solle und ob dies vergaberechtlich ein zulässiger Maßstab sei. Ohnehin führe eine derartige Vertrauensbeziehung oftmals zur Beschaffung unnötiger Hilfsmittel mit der Folge von Zuzahlungspflichten der Versicherten.

Darüber hinaus sei der Dienstleistungsanteil auch nicht so hoch wie von der ASt dargestellt. Zum einen würden die Patienten schon vor ihrer Entlassung aus dem Krankenhaus im Hinblick auf die [...] angeleitet, was den Aufwand des ambulant tätigen Hilfsmittelleistungserbringers bei der Erstberatung reduziere. Zum anderen würden die

Hilfsmittel in vielen Fällen lebenslang benötigt. Der Dienstleistungsanteil an der Versorgung nehme daher im Zeitablauf ab und entfalle in einigen Fällen gänzlich. Die Versorgung stelle sich dann als reines Versandgeschäft dar.

Die Ausschreibung greife auch nicht in den Schutzbereich des Art. 12 GG ein. Dieser gewähre keinen Schutz vor Konkurrenz oder die Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten. Die verfassungsmäßigen Rechte der ASt würden durch ihre Beteiligungsmöglichkeit an dem wettbewerblichen Verfahren garantiert. Aufgrund der begrenzten Vertragslaufzeit sei ein (potentieller) Ausschluss von der Leistungserbringung auch nicht auf Dauer.

Letztlich verletze der von der Ag gewählte Loszuschnitt auch nicht § 97 Abs. 3 GWB. Auch dieser sei vom OLG Düsseldorf bei der vergleichbaren Entscheidung bezüglich ableitender Inkontinenzartikel mit entsprechender häuslicher Betreuung der Versicherten, dort aufgeteilt in 15 Regionallose, bestätigt worden. Die Ag habe den ihr zustehenden Ermessens- und Gestaltungsspielraum auch im vorliegenden Fall ordnungsgemäß ausgeübt. Die Ag sei nicht gehalten, die Lose auf die Geschäftssitze einzelner Marktteilnehmer auszurichten. Außerdem müsse die Ag die unwirtschaftliche Zersplitterung der Leistungserbringung verhindern. Das streitgegenständliche Los sei bereits eines der kleinsten Regionallose in Bezug auf die nachgefragten Mengen. Bei einer weiteren Unterteilung würde die zu erwartende Wirtschaftlichkeit der Angebote leiden.

Im „Homecare“-Bereich sei es ohnehin üblich, Mitarbeiter in der Fläche zu stationieren, um Anfahrtswege abzukürzen. Weshalb die ASt dieses Modell nicht bedienen könne, erschließe sich nicht. Ebenso könne die ASt Bietergemeinschaften bilden oder Nachunternehmer einsetzen. Die Argumentation der ASt werde auch durch die erfolgte Beteiligung mittelständischer Unternehmen widerlegt.

Ein Verstoß gegen das Gebot der wohnortnahen Versorgung (§ 127 Abs. 1 SGB V) liege in diesem Zusammenhang ebenfalls nicht vor. Da die Versorgung nach den Vorgaben der Leistungsbeschreibung in der Häuslichkeit des Versicherten erfolge, sei die wohnortnahe Versorgung gewährleistet. Eine von der ASt als wünschens- und schützenswert angesehene Versorgung beim Auftragnehmer selbst habe die Ag nicht verlangt, so dass die ASt hieraus nichts für sich ableiten könne. Im Übrigen könne sich

die ASt schon deshalb nicht auf das Gebot der wohnortnahen Versorgung berufen, weil es den Versicherten, nicht jedoch den Leistungserbringer schützen solle.

3. In der mündlichen Verhandlung vom 15. Juni 2016 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Der ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Da das Vergabeverfahren vor dem 18. April 2016 begonnen wurde, ist nach Art. 1, § 186 Abs. 2 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) des am 23. Februar 2016 bekanntgemachten Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (BGBl. I S. 203, 230) nicht nur für das Vergabeverfahren, sondern auch für das sich daran anschließende Nachprüfungsverfahren das Recht anwendbar, das zum Zeitpunkt der Einleitung des Vergabeverfahrens galt. Anwendbar ist somit das GWB in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Art. 258 der Verordnung vom 31. August 2015 (BGBl. I S. 1474).

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
 - a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag mit Dienstleistungs- und Lieferelementen bezieht, dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt. Die Vergabekammer des Bundes ist auch gemäß §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig, da die Ag als öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 2 GWB aufgrund der überwiegenden Finanzierung durch den bundesgesetzlich geregelten Gesundheitsfonds dem Bund zuzurechnen sind (vgl. VK Bund, Beschluss vom 16. Juli 2010, VK 1-58/10, m.w.N.).
 - b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB a.F., soweit sie die Ausgestaltung des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens in Bezug auf die Losaufteilung beanstandet. Sie hat insbesondere ihr Interesse am Auftrag durch Rüge der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße und das Einreichen des

Nachprüfungsantrags dokumentiert. Insoweit reicht es aus, dass nach der Darstellung der ASt eine Verletzung eigener Rechte, hier durch die Verhinderung ihrer Beteiligungsmöglichkeit, denkbar erscheint.

Soweit sie hingegen geltend macht, ein Vergabeverfahren zum Abschluss von Verträgen zur [...] dürfe gar nicht durchgeführt werden, fehlt ihr die Antragsbefugnis. Denn damit macht sie ein Begehren geltend, dass nicht – wie im Nachprüfungsverfahren erforderlich – auf das Unterlassen (oder die Vornahme) einer Handlung in einem Vergabeverfahren und damit auf die Beseitigung einer Verletzung von dem Bieter oder Interessenten im Vergabeverfahren zustehenden Rechten (vgl. §104 Abs. 2 sowie §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2, 114 Abs. 1 GWB a.F.) gerichtet ist. Aus Gründen des effektiven Rechtsschutzes kann die Antragsbefugnis zwar nur einem Unternehmen fehlen, bei dem eine Rechtsbeeinträchtigung offensichtlich nicht vorliegt (BVerfG, Beschl. v. 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03; BGH, Beschl. v. 10. November 2009, X ZB 8/09; BGH, Beschl. v. 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 04. Februar 2009, VII-Verg 66/08). Wenn jedoch ein Antragsteller - wie hier - das Unterlassen der Durchführung eines Vergabeverfahrens begehrt, fehlt es ihr an einer solchen Verletzung in eigenen Rechten (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 13. Mai 2015, VII-Verg 38/14 „Eingliederungshilfen“, Beschlussumdruck S.8; so auch schon Beschl. v. 17. Januar 2011 und 11. Mai 2011, VII-Verg 3/11 „Grippeschutzimpfung“, vorhergehend: 3. VK Bund, Beschl. v. 2. Dezember 2010, VK 3 – 120/10; ebenso OLG Brandenburg, Beschluss vom 07. Oktober 2010 – Verg W 12/10). Denn die Frage, ob und inwieweit die Ag aus sozialrechtlichen Gründen berechtigt oder nicht berechtigt ist, einen Bedarf im Wege einer vergaberechtlichen Ausschreibung zu decken, ist dem Vergabeverfahren vorgelagert und nicht in diesem zu prüfen. Für die Zusammenhänge des Nachprüfungsverfahrens ist ausschließlich die Tatsache relevant, dass die Ag sich entschieden haben, einen Rahmenvertrag abzuschließen und dafür ein Vergabeverfahren durchzuführen, was angesichts ihrer Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber auch grundsätzlich geboten und erforderlich ist. Die Frage, ob möglicherweise sozialrechtliche Gründe der Ausschreibung entgegenstehen unterliegt der Rechtsprechung der Sozialgerichte.

Allenfalls soweit man den Antrag der ASt dahingehend zu verstehen hat, dass die Ag aufgrund der von der ASt vorgebrachten Unzweckmäßigkeit kein offenes Verfahren

und stattdessen vielmehr ein Verhandlungsverfahren (Beitrittsmodell nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V) hätte durchführen müssen und insoweit die falsche „Verfahrensart“ gewählt hat, betrifft dies eine Frage der Durchführung des Vergabeverfahrens. Hierdurch kann die ASt gegebenenfalls auch in eigenen Rechten verletzt sein, weil eine Zuschlagsentscheidung an den Bestbieter dazu führt, dass unterlegene Bieter in ihren Marktchancen berührt werden, ohne dass sie Vertragsverhandlungen mit der Ag hätte führen können (so im Ergebnis auch OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14 „ableitende Inkontinenzartikel“). Ob und inwieweit tatsächlich eine Verletzung der ASt in eigenen Rechten durch eine – nach ihrem Vortrag – unzumutbare Ausschreibung vorliegt, ist insoweit daher eine Frage der Begründetheit.

- c) Eine Rüge wurde von der ASt am 1. Mai 2016 angebracht.
- d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 13. Mai 2016 eingereicht (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB a.F.).

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Durchführung der streitgegenständlichen Ausschreibung als wettbewerbliches Verfahren i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 SGB V ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden und verletzt demzufolge die ASt auch nicht in ihren Rechten. Insbesondere ist das streitgegenständliche Vergabeverfahren nicht unzumutbar i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V und daher auch nicht vorrangig ein Verhandlungs- bzw. Beitrittsmodell i.S.d. § 127 Abs. 2, 2a SGB V durchzuführen (dazu sub a)).

Ebenso wenig begegnet die von der Ag vorgenommene Aufteilung in Regionallose durchgreifenden Bedenken. Eine Verpflichtung der Ag zur weitergehenden Unterteilung des streitgegenständlichen Regionalloses 1 kann nicht festgestellt werden (dazu sub b)).

- a) Die Ag war vergaberechtlich nicht gehalten, auf das bekannt gemachte offene Verfahren zu verzichten und stattdessen einen Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V mit

der ASt bzw. anderen Hilfsmittelleistungserbringern abzuschließen und (in der Folge) Beitritte hierzu nach § 127 Abs. 2a SGB V zu ermöglichen. Die Wahl des offenen Verfahrens und damit einer Ausschreibung i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 SGB V zur Deckung ihres Beschaffungsbedarfs ist nicht zu beanstanden.

aa) Die Ag ist schon als öffentliche Auftraggeberin i.S.d. § 98 Nr. GWB a.F. verpflichtet, öffentliche Aufträge (§ 99 GWB a.F.) im Wettbewerb zu vergeben (§ 97 Abs. 1 GWB a.F.). Dabei ist vorrangig ein offenes Verfahren (§ 101 Abs. 2 GWB a.F.; § 3 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A) durchzuführen, wenn kein begründeter Ausnahmefall vorliegt. Dies gilt auch für die streitgegenständlichen Leistungen, vgl. § 69 Abs. 2 S. 4 SGB V. Gleiches folgt aus dem europäischen Richtlinienrecht (RL 2004/18/EG und 2014/24/EU).

(1) Die ASt kann demzufolge nicht damit Gehör finden, die Ag verfüge über keine ausreichende gesetzliche Legitimation für das von ihr initiierte Vergabeverfahren bzw. dieses würde schon an der Unbestimmtheit des § 127 Abs. 1 SGB V scheitern. Das wettbewerbliche Verfahren zur Beschaffung der streitgegenständlichen Dienst- und Lieferleistungen ist von der Ag – auch aufgrund der Überlagerung des nationalen (Sozial-) Rechts durch das europäische (Vergabe-) Recht – zutreffender Weise gewählt worden. Problematischer wäre es gewesen – was hier nicht zu entscheiden ist –, wenn die Ag auf ein wettbewerbliches Verfahren verzichtet und – unbeschadet der Möglichkeit eines dem Vergaberecht entzogenen Beitrittsmodells (vgl. EuGH, Urt. v. 2. Juni 2016, Rs. C-410/14 „Open-House-Modell“) – die bestehende Vertragslandschaft der Direktverträge mit den etablierten Leistungserbringern aufrechterhalten hätte.

(2) Unabhängig von der Frage, ob und inwieweit der deutsche Gesetzgeber demzufolge überhaupt von den europarechtlich determinierten Ausschreibungspflichten abweichen und ein generelles Sonderregime für den Hilfsmittelbereich einführen darf, folgt aus § 127 Abs. 1, 2 SGB V gerade kein Vorrang von Direktvergaben zugunsten einzelner Leistungserbringer außerhalb wettbewerblicher Verfahren des Vergaberechts. Aus der Entstehungsgeschichte der Norm folgt vielmehr, dass der Preiswettbewerb auch im Hilfsmittelbereich Einzug halten sollte (vgl. ausführlich hierzu: OLG

Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14). Daher enthält § 127 Abs. 1 SGB V gerade keine (sozialrechtliche) Vorfestlegung, welche die Anwendbarkeit des Vergaberechts determinieren könnte.

- (3) Entgegen der Auffassung der ASt muss auch nicht die von ihr angeführte verfassungsrechtliche Dimension aufgrund der von ihr befürchteten Verletzung von Grundrechtspositionen (Art. 12 und 14 GG) zu einer anderen Betrachtungsweise führen. Es ist schon fraglich, ob der ASt diesbezüglich eine Grundrechtsposition zukommt und somit, ob der Schutzbereich der grundgesetzlichen Normen überhaupt eröffnet ist. Das BVerfG geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des unterlegenen Bieters berührt (vgl. z.B. BVerfGE 116, 135 [151 f] RdNr 58 ff). Außerdem ist Grundlage für eine Betätigung als Leistungserbringer für die Versicherten der Ag gemäß § 126 Abs. 1 S. 1 SGB V gerade der Abschluss der hier zu vergebenden Verträge i.S.d. § 127 SGB V. Die Ag stellt das bisherige System der Direktverträge mit (regionalen) Leistungserbringern um und vergibt die Aufträge im Wettbewerb. Auch das BSG (Urt. v. 25. November 2015 – B 3 KR 16/15 R) lässt es im Hinblick auf die durch Art. 12 Abs 1 GG garantierte Berufsfreiheit daher ausreichen, dass den Leistungserbringern im Wege einer Ausschreibung der Leistung gleicher Zugang zur Leistungserbringung gewährt wird. Art. 12 Abs 1 GG gewährt den Leistungserbringern danach keinen Anspruch auf unveränderte Wettbewerbsbedingungen und Marktverhältnisse. In Bezug auf das durchzuführende Vergabeverfahren ist somit allenfalls der Schutzbereich des Art. 3 GG eröffnet, der eine diskriminierungsfreie Beteiligungsmöglichkeit hieran ermöglicht. Diese ist vorliegend gegeben.

Zum anderen blendet die ASt – unterstellt auch eine zukünftige Leistungserbringungsmöglichkeit unterfiele den Schutzbereichen der Art. 12 und 14 GG – aus, dass andere potentielle Leistungserbringer aus dem Hilfsmittelbereich ebenfalls Grundrechtsträger der Art. 12 und 14 GG sowie der entsprechenden Grundfreiheiten des AEUV (insbesondere der Dienstleistungsfreiheit, Art. 56 AEUV) sind. In deren Betätigungsmöglichkeiten würde durch die Aufrechterhaltung der „*etablierten Versorgungsstrukturen*“ oder durch den Abschluss bilateraler Verträge mit regionalen

Leistungserbringern ebenfalls eingegriffen. Die Vergabe der streitgegenständlichen Leistungen im Wettbewerb stellt somit einen Ausgleich der widerstreitenden (Grundrechts-)Positionen der potentiellen Marktteilnehmer dar.

- bb) Die Ag hat daher in von der Kammer nicht zu beanstandender Weise entschieden, das wettbewerbliche Verfahren nach § 127 Abs. 1 SGB V durchzuführen. Es erscheint nach den vorstehenden Ausführungen zwar schon fraglich, ob eine Einschränkung der vergaberechtlich bestehenden Ausschreibungspflichten im Oberschwellenbereich durch einen sozialrechtlichen Zweckmäßigkeitsvorbehalt aus übergeordneten Vorgaben des europäischen Richtlinienrechts erfolgen darf. Selbst wenn man dies – auf der Grundlage der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 24. September 2014, VII-Verg 17/14 – aber grundsätzlich unterstellte, liegt die von der ASt vorgebrachte Unzweckmäßigkeit der streitgegenständlichen Ausschreibung nach der zutreffenden Einschätzung der Ag nicht vor.

(1) Zunächst ist im Ausgangspunkt festzustellen, dass entgegen dem Vortrag der ASt der Ag eine Einschätzungsprärogative in Bezug auf die „Zweckmäßigkeit“ der Ausschreibung zusteht, welche von der Kammer nur eingeschränkt überprüft werden kann. Es handelt sich somit nicht – wie die ASt vorträgt – um die volle Überprüfung eines unbestimmten Rechtsbegriffs bei der Erfüllung der tatbestandlichen Voraussetzungen einer Eingriffsnorm; der Prüfungsmaßstab der Kammer in Bezug auf die Zweckmäßigkeit hat sich vielmehr darauf zu beschränken, ob sie auf einer unrichtigen oder unzureichenden Sachverhaltsermittlung oder einer groben Fehleinschätzung beruht oder willkürlich getroffen worden ist (OLG Düsseldorf, a.a.O. Rn. 29, zit. nach juris). Unter dieser Prämisse kann von einer groben Fehleinschätzung oder Willkür der Ag bei ihrer Entscheidung nicht gesprochen werden.

(2) Wenn man den Wortlaut des § 127 SGB V als gegeben hinnimmt, so kann die Ag ein wettbewerbliches Verfahren nach Abs. 1 durchzuführen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist. Tut sie dies nicht, schließt sie Verträge im Verhandlungswege nach Abs. 2 mit der Beitrittsmöglichkeit nach Abs. 2a. Nach

diesen sozialrechtlichen Vorgaben ist – unbeschadet des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 Abs. 1 SGB V – kein Vorrang des einen oder des anderen Modells erkennbar. Lediglich für den Fall der von ihr als unzweckmäßig erkannten Ausschreibung ist die Ag an einer Ausschreibung gehindert und gehalten einen anderen, freilich vergaberechtskonformen Weg zu beschreiten.

(3) Die Zweckmäßigkeit der streitgegenständlichen Ausschreibung ist von der Ag auch ausreichend dargetan worden. Soweit sich ASt diesbezüglich insbesondere auf § 127 Abs. 1 S. 4 SGB V beruft, wonach bei Versorgungs (u.a.) mit hohem Dienstleistungsanteil in der Regel von der Unzweckmäßigkeit auszugehen ist, kann auch dies dem Antrag nicht zum Erfolg verhelfen. Die Ag hat ausweislich des Vergabevermerks den Dienstleistungsanteil der streitgegenständlichen Ausschreibung berücksichtigt, ihm aber im Ergebnis kein derartiges Gewicht beigemessen, das die Ausschreibung hätte als unzweckmäßig erscheinen lassen. Unabhängig von der zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittenen Frage, wie hoch der Dienstleistungsanteil bei einer durchschnittlichen Versorgungsdauer ist, kann die Ag auch bei Versorgungs mit hohem Dienstleistungsanteil ein wettbewerbliches Verfahren durchführen – und muss dies aus europäischem Vergaberecht, wie oben bereits ausgeführt, auch grundsätzlich tun, so dass die Ag sich hier für den europäischen Regelfall entschieden hat.

Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Qualität der Versorgung aufgrund der Ausschreibung nicht mehr gesichert werden könnte. Die Ag hat Umfang und Komplexität der von ihr abgefragten Dienstleistungen durch entsprechende Vorgaben in der Leistungsbeschreibung und Anforderung an die Eignung der Bieter (Beschäftigung ausgebildeter [...]) abgebildet, so dass eine qualitative Versorgung auch bei Durchführung einer Ausschreibung gesichert ist. Dagegen ist nichts zu erinnern. Ebenso wenig kann sich die ASt erfolgreich darauf berufen, dass eine qualitative Versorgung nur durch ein (bestehendes) Vertrauensverhältnis beim (regional ansässigen) Leistungserbringer gewährleistet werden kann. Die Qualität einer Dienstleistung hängt immer von den handelnden Personen und nicht von etablierten Versorgungsstrukturen ab. Ein Wechsel des Auftragnehmers muss daher nicht per se zu einem

Qualitätsverlust führen. Jedenfalls ist der diesbezügliche Vortrag der ASt zu unsubstantiiert, um Zweifel an einer unzweckmäßigen, weil qualitativ nicht mehr gesicherten Versorgung hervorrufen zu können.

(4) Auch die von der ASt herangezogene gemeinsame Empfehlung des GKV-Spitzenverbandes und des Spitzenverbandes der Leistungserbringer vom 2. Juli 2009 führt insofern zu keiner anderen rechtlichen Bewertung. Zwar erscheinen die in § 2 Nr. 4 der gemeinsamen Empfehlung aufgeführten Regelbeispiele für eine Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung (persönliche intensive und umfangreiche Einweisung oder Nachbetreuung bzw. komplexe und ggf. mehrfache Anleitung, Beobachtung des Versorgungsverlaufs zur Komplikationsvermeidung und (...) abzustimmende Individualversorgungen mit besonderem Anpassungsbedarfs des Hilfsmittels) als passend. Allerdings kommt diesen Beispielen kein Charakter einer bindenden Vorgabe zu. Denn sie sind ausweislich ihrer Präambel lediglich *„eine Hilfe bei der Entscheidung über die Durchführung von Ausschreibungen“*. Die gemeinsame Empfehlung würde zudem die Krankenkassen *„nicht von der Verpflichtung (...) [entbinden], jeweils auftragsbezogen im Einzelfall unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen und der Rechtsentwicklung über die Durchführung von Ausschreibungen zu entscheiden“*. Eine Bindung an die gemeinsame Empfehlung existiert daher schon im Ansatz nicht, ebenso wenig wie zwingende Vorgaben für die Krankenkassen.

Die in der Präambel angesprochene „Rechtsentwicklung“ ist exegetisch betrachtet u.a. die im Jahr 2009 noch umstrittene Frage, inwiefern Krankenkassen überhaupt öffentliche Auftraggeber sind. Die (bejahende) Antwort hierauf gab der EUGH in seinem Urteil am 11. Juni 2009 (Rs. C-300/07, „Oymanns“) und somit kurz vor Erscheinen der gemeinsamen Empfehlungen. Der GKV-Spitzenverband geht in seinen Hinweisen zur Umsetzung des GKV-Org-WG vom 6. Februar 2009 selbst davon aus, dass aufgrund der Überlagerung des nationalen Rechts durch das europäische Recht ab Erreichen der Schwellenwerte die Krankassen eine eigenständige Einschätzung der rechtlichen Rahmenbedingungen zu treffen hätten und insofern bei der Beurteilung der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung auch die erwartete Entscheidung des EuGH zur Auftraggebereigenschaft von Bedeutung

sei (Hinweise abrufbar unter: https://www.gkv-spitzenverband.de/krankenversicherung/hilfsmittel/richtlinien_und_empfehlungen/richtlinien_und_empfehlungen.jsp). Insofern erscheint auch fraglich, ob die Gemeinsamen Empfehlungen überhaupt den Oberschwellenbereich und damit die Krankenkassen als vergaberechtlich gebundene öffentliche Auftraggeber betreffen können und auch sollen. Selbst wenn man dies unterstellt, handelt es sich – auch unter Berücksichtigung, dass der Gesetzgeber selbst die gemeinsamen Empfehlungen in § 127 Abs. 1b SGB V erwähnt – jedenfalls um reines Verwaltungsinnenrecht, welches gegenüber (potentiellen) Bietern schon keine drittschützende Wirkung entfalten kann (so ausdrücklich OLG Düsseldorf, a.a.O. Rn. 30). Allein dadurch, dass sich die Ag im Vergabevermerk mit den Empfehlungen auseinandersetzt – so der Vortrag der ASt – werden diese nicht zu bindendem, bieterschützendem Recht.

b) Auch der von der Ag vorgenommene Loszuschnitt des Regionalloses 1 ist nicht zu beanstanden.

aa) Gemäß § 97 Abs. 3 GWB a.F. sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind nach dessen Satz 2 daher u.a. in der Menge aufgeteilt (Teillose) zu vergeben. Bei dieser Entscheidung, ob und inwieweit eine Losaufteilung erforderlich ist, steht dem Auftraggeber eine Einschätzungsprärogative zu, da in die Zukunft gerichtete und somit prognostische Überlegungen anzustellen sind (st. Rspr. des OLG Düsseldorf, vgl. Beschl. v. 11. Juli 2007, VII-Verg 10/07; Beschl. v. 25. November 2009, VII-Verg 27/09).

Vorliegend hat die Ag die Ausschreibung in 16 Regionallose aufgeteilt und dadurch dem Gebot der Teillosbildung des § 97 Abs. 3 S. 2 GWB a.F. Genüge getan. Das hier streitgegenständliche Los ist bezogen auf die zu versorgenden Versicherten (Referenzmenge von 185 Versicherten im Jahr 2014) eines der kleinsten; weniger Versicherte sind nur noch in Brandenburg und Thüringen zu versorgen. Die ASt selbst hält die ausgeschriebene Menge auch gar nicht für mittelstandsfeindlich. Lediglich die zu bewältigende Fahrtstrecke wird von ihr als nicht leistbar moniert. Eine weitere Unterteilung – die ASt erachtet insoweit

einen Umkreis von 100 km um ihren eigenen Geschäftssitz für das aus ihrer Sicht zu schaffende Los als wirtschaftlich tragbar – ist jedoch nicht geboten. Dies würde dazu führen, dass nicht einmal die ausgewiesenen [...] Versorgungsfälle [...] von ihr abdeckt werden könnten, da Städte wie [...] nicht mehr in diesem 100 km – Umkreis liegen. Abgesehen davon, dass die ASt keinen Anspruch darauf erheben kann, dass ein Los genau um ihren Geschäftssitz herum gebildet wird, würde dies wirtschaftlich zu einem Splitterlos führen, zu dessen Bildung der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist (vgl. zur identischen Konstellation der Bildung von 15 Regionallosen durch die Ag bei ableitenden Inkontinenzartikeln: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014, VII-Verg 17/14; vgl. auch Beschl. v. 23. März 2011, VII-Verg 63/10; OLG Koblenz, Beschl. v. 4. April 2012, 1 Verg 2/11). Selbst wenn man davon ausginge, dass die Mehrheit der zu versorgenden Versicherten in [...] und Umgebung wohnhaft wären, würden in der Folge die übrig gebliebenen Landesteile [...] unwirtschaftliche Splitterlose darstellen.

- bb) Die den Loszuschnitt bestätigenden Ausführungen des OLG Düsseldorf zugrundeliegende Inkontinenzartikel-Ausschreibung sah einen exklusiven Zuschlag zugunsten eines Bieters im jeweiligen Regionallos vor. Im vorliegenden Fall ist jedoch ein Drei-Partner-Modell vorgesehen, so dass die nach den Vorstellungen der ASt schon reduzierten Mengen – eine Gleichverteilung unter den drei Leistungserbringern unterstellt – zudem durch drei zu dividieren wären. Auch aus Sicht der potentiellen Auftragnehmer nähme die wirtschaftliche Bedeutung der einzelnen Lose rapide ab, würde man die ausgeschriebenen Mengen durch zusätzliche Unterregionallose weiter aufteilen. Eine wirtschaftliche Beschaffung wäre dann nicht mehr zu erwarten.
- cc) Auch das Gebot der wohnortnahen Versorgung i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 2 SGB V bedingt keine abweichende Beurteilung. Unbeschadet der Frage, ob die Wohnortnähe nicht ohnehin dem Schutz des Versicherten dient und gerade nicht zugunsten des Leistungserbringers besteht, verlangt das Gebot lediglich, dass der Leistungserbringer die Versicherten an ihrem jeweiligen Wohnort zu versorgen hat, nicht jedoch, dass der Geschäftssitz des Leistungserbringers möglichst nah beim Versicherten liegen muss, um Fahrzeiten zu minimieren. Der gebotenen Vor-Ort-Versorgung der Versicherten wird jedoch durch

entsprechende Vorgaben der Ag in der Leistungsbeschreibung Rechnung getragen, die der einzelne Bieter in sein Angebot einzukalkulieren hat und auch einkalkulieren kann.

- dd) Im Übrigen hat die ASt nicht substantiiert vorgetragen, weshalb es ihr unzumutbar wäre, Mitarbeiter in der Fläche zu stationieren, um die zusätzlichen bzw. weiteren Fahrten abzudecken, oder eine Bietergemeinschaft mit Leistungserbringern in [...] einzugehen. Allein der Verweis darauf, dass sie ein regionaler Anbieter ist, der das wirtschaftliche Risiko einer Ausdehnung des Geschäftsbetriebs (jedenfalls über einen Umkreis jenseits von 100 km hinaus) nicht eingehen möchte, und es ansonsten nicht ihrem Geschäftsmodell entspricht, überregional tätig zu werden, ist hierfür unzureichend.
- ee) Letztlich haben auch nach dem Vortrag der Ag mittelständische Unternehmen Angebote für das streitgegenständliche Los abgegeben, was die von der ASt vorgebrachte Beteiligung mittelständischer Unternehmen an der Ausschreibung ebenfalls widerlegt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB a.F.

Die ASt hat als Unterliegende die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu tragen. Insoweit hat die ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

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 Beschwerde-
frist. 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