



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 99/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1)
und 2):

[...]

wegen der Vergabe „Versorgung mit Standard-/Leichtgewichtsrollstühlen, Standard-Elektromobilen, xl-Elektromobilen (Krankenfahrzeugen)“, Gebietslose [...] und [...], – EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...] – hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Jamrath auf die mündliche Verhandlung vom 8. September 2017 am 4. Oktober 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen (Ag) schrieben im offenen Verfahren die Vergabe „Standard-/ Leichtgewichtrollstühle, Standard-Elektromobile, XL-Elektromobile (Krankenfahrzeuge)“ in [...] Losen (Gebietslosen) europaweit aus. Ausschreibungsgegenstand ist die Versorgung der Versicherten der Ag in den jeweiligen Losgebieten mit den fraglichen Krankenfahrzeugen. Der Vertrag soll zunächst für eine Laufzeit von zwei Jahren geschlossen werden (mit Leistungsbeginn am 1. April 2018) und sich automatisch um zwei Jahre verlängern, wenn keine der Vertragsparteien zuvor fristgerecht kündigt. Streitgegenständlich sind vorliegend die Lose [...] und [...]

Nach den Vergabeunterlagen (insbesondere dem abzuschließenden Vertrag und der dazugehörigen Leistungsbeschreibung) stellt der künftige Auftragnehmer nach Erhalt eines entsprechenden Versorgungsauftrags und der Genehmigung durch die Ag dem Versicherten das entsprechende Krankenfahrzeug für den sog. Versorgungszeitraum zur Verfügung und leistet dazu die erforderlichen Beratungen, Reparaturen und Wartungen sowie weitere damit verbundene Leistungen; das Krankenfahrzeug bleibt dabei im Eigentum des Auftragnehmers. Für die Versorgung eines Versicherten für die Dauer des Versorgungszeitraums erhält der Auftragnehmer eine sog. Versorgungspauschale. Der Versorgungszeitraum kann entweder fünf Jahre (einhergehend mit einer sog. 5-Jahres-Versorgungspauschale) oder – nur im Falle der Versorgung mit einem Standard- oder Leichtgewichtrollstuhl – zwei Monate betragen (einhergehend mit einer sog. Kurzzeitpauschale). Unter gewissen Umständen (z.B. Wegfall der medizinischen Indikation) endet der Versorgungszeitraum vorzeitig.

Die Versorgungspauschale erhält der Auftragnehmer zu Beginn des Versorgungszeitraums nach Vorlage der dazu erforderlichen Unterlagen. In § 9 („Abrechnung und Zahlung“) des ausgeschriebenen Vertrags heißt es unter anderem:

„(1) Die einzelne Abrechnung und die Rechnungslegung erfolgen ... nach Lieferung des Krankenfahrzeugs gemäß der Anlage V 3 (Abrechnungsregelung § 302 SGB V). Die Inhalte der Anlage V 3 sind zwingend zu beachten und umzusetzen.

[...]“

In der Anlage V 3 ist unter der Überschrift „II. Rechnungslegung“ unter anderem Folgendes ausgeführt:

„3. [...] Die Abrechnung hat folgende Bestandteile:

- [...]*
- Empfangsbestätigungen der Versicherten oder wie in den Anlagen geregelt*
- [...]*

Im Abschnitt 6 („Leistungsdurchführung) der Leistungsbeschreibung heißt es unter Ziffer 6.7 („Empfangsbestätigung“):

„Bei Auslieferung des Krankenfahrzeugs legt der AN dem Versicherten eine Empfangsbestätigung gemäß Anlage L3 bzw. L4 zur Unterschrift vor. [...]

Eine unterschriebene Empfangsbestätigung ist zwingende Voraussetzung für die Abrechnung der Versorgung und ist der Abrechnung beizufügen. [...]“

Die Anlagen L3 und L4 enthalten jeweils weitgehend gleichlautende Muster (Formulare) für die Bestätigung der Beratung und Empfangsbestätigung zu Standard-/Leichtgewichtrollstühlen bzw. Elektromobilen. Dort ist jeweils unter der Überschrift „Empfangsbestätigung – aufzahlungsfreie Versorgung – vom Versicherten bzw. dessen gesetzlichen Vertreter auszufüllen –“ Folgendes ausgeführt:

„Ich erkläre, dass ich [das Krankenfahrzeug] in einem einwandfreien, funktionsfähigen Zustand und eine Einweisung in den Gebrauch und die Pflege erhalten habe.

Ich verpflichte mich:

- [...]*
- Beschädigungen, die von mir vorsätzlich oder groß fahrlässig herbeigeführt wurden, auf eigene Kosten zu beheben*
- [...]*

- *die Krankenkasse von jeder Haftung freizustellen, die sich aus dem Gebrauch des Hilfsmittels ergeben kann.*

[...]

Von den vorstehenden Bedingungen habe ich Kenntnis genommen und erkläre mich damit einverstanden.“

Zu Reparaturen heißt es unter Ziffer 6.12. („Reparaturen / Wartungen, Ersatzlieferung und Austausch“) unter anderem:

„Der AN ist im Rahmen der [Versorgungspauschale] verpflichtet, notwendige Reparaturen, vom Hersteller vorgeschriebene Wartungen / sicherheitstechnische Kontrollen, Ersatzlieferungen und ggf. einen Austausch des Hilfsmittels innerhalb des Versorgungszeitraums durchzuführen, [...]

[...]

Bei Schäden am Hilfsmittel durch grobe Fahrlässigkeit oder mutwillige Beschädigung durch den Versicherten stellt der AN dem Versicherten die Beseitigung der Schäden in Rechnung.“

Gemäß § 10 des ausgeschriebenen Vertrags ist vom Auftragnehmer eine Sicherheitsleistung zu erbringen. Die Regelung lautet auszugsweise wie folgt:

„(1) Die Pauschalen für die Versorgung der Versicherten werden von dem AN im Voraus, d.h. vor Abschluss des jeweiligen Versorgungszeitraums und der in diesem Zeitraum von dem AN zu erbringenden Leistungen, in Rechnung gestellt. Die auf der Grundlage dieser Rechnungsstellung insofern von den Auftraggebern getätigten Vorauszahlungen sind von dem AN abzusichern.

Der AN hat die beschriebenen Vorauszahlungen für alle begonnenen Versorgungsleistungen auf seine Kosten durch eine Vorauszahlungsbürgschaft im Verhältnis zum jeweiligen Auftraggeber abzusichern. [...]

(2) Die Höhe der Sicherheitsleistung beträgt pro Los für jedes Leistungsjahr 50 v.H. des Gesamtpreises netto für 1 Jahr gemäß einschlägigem Preisblatt (Anlage A 1), mindestens jedoch 10.000 Euro. [...] Die Sicherheitsleistung ist vom Beginn des ersten Versorgungszeitraumes des Leistungsjahres bis zum Ende des letzten begonnenen Versorgungszeitraumes des Leistungsjahres zu erbringen. Im Einzelnen ist die Sicherheitsleistung daher wie folgt zu erbringen:

- *Leistungsjahr vom 01.04.2018 bis 30.03.2019: Sicherheitsleistung für den Zeitraum vom 01.04.2018 bis 30.03.2024*

- *Leistungsjahr vom 01.04.2019 bis 30.03.2020: Sicherheitsleistung für den Zeitraum vom 01.04.2019 bis 30.03.2025*
- *Leistungsjahr vom 01.04.2020 bis 30.03.2021: Sicherheitsleistung für den Zeitraum vom 01.04.2020 bis 30.03.2026*
- *Leistungsjahr vom 01.04.2021 bis 30.03.2022: Sicherheitsleistung für den Zeitraum vom 01.04.2021 bis 30.03.2027.*

[...]“

Nach dem Preisblatt (Anlage A 1) wird der Netto-Gesamtpreis für ein Jahr (Angebotsvergleichspreis netto) durch Multiplikation der jeweiligen Versorgungspauschalen mit den entsprechenden Absatzmengen aus dem Jahr 2016 und Addition der so errechneten Ergebnisse gebildet.

Die „Kosten für die Erbringung der Sicherheitsleistung“ sollen gemäß Ziffer 4.6. bzw. 5.6. der Leistungsbeschreibung mit der Versorgungspauschale abgegolten sein.

Nachdem die Antragstellerin (ASt) zuvor ihre späteren Verfahrensbevollmächtigten um entsprechenden Rechtsrat gebeten hatte, rügte sie mit Schreiben vom 2. August 2017 gegenüber den Ag die vertraglichen Regelungen zur vom Auftragnehmer zu erbringenden Sicherheitsleistung, insbesondere die Regelung des § 10 Abs. 2 des Vertrags; die Höhe der Sicherheitsleistung sei unangemessen hoch. Mit Schreiben vom 7. August 2017 teilten die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfen würden.

Unter dem 15. August 2017 stellte die Ag den Bietern einen Bieterfragen- und Antworten-Katalog zur Verfügung der unter anderem unter Nr. 108 folgende Frage und Antwort enthielt:

Frage:

Anlagen L3 und L4

Die vorgenannten Muster L3 und L4 sind sowohl bei Erst- als auch bei Anschlussversorgungen als abrechnungsbegründende Unterlagen mit einzureichen.

Auf welcher Grundlage können wir Versicherte verpflichten, diese Bestätigungen vollständig zu akzeptieren und zu unterzeichnen?

Wie ist damit umzugehen, wenn die Auslieferung des Hilfsmittels entsprechend Ausschreibung und Vertragsbedingungen erfolgt, der Versicherte jedoch die Unterschrift verweigert?

Wie ist die Situation zu bewerten, wenn der Versicherte zwar die Unterschrift leistet, jedoch bestimmte Klauseln streicht? Dies betrifft insbesondere die Verpflichtungserklärungen, dass bei vorsätzlichen oder grob fahrlässigen Beschädigungen die Kostentragungspflicht allein beim Versicherten liegt, obwohl dies im Widerspruch zu den gesetzlichen Regelungen steht. Der Hilfsmittelanspruch des Versicherten ist grundsätzlich verschuldensunabhängig. Ebenso gilt dieses insbesondere für die Klausel, dass eine Haftungsfreistellung der Krankenkasse erfolgen soll. Eine rechtliche Grundlage für eine solche Forderung an den Versicherten können wir nicht erkennen, insbesondere ist dies nicht Gegenstand des Hilfsmittelanspruches.

Insoweit ist von erheblicher Bedeutung, wie mit einem solchen Versichertenverhalten umzugehen ist, damit trotz ordnungsgemäßer Versorgung unser Vergütungsanspruch aufrecht erhalten [bleibt].

Antwort:

Die Mitwirkung des Versicherten ergibt sich aus § 60 ff. SGB I.

Sollte ein Versicherter wider Erwarten die Unterschrift verweigern, ist dies entsprechend zu vermerken und der [Ag] mitzuteilen.

Das Gleiche gilt, wenn der Versicherte Änderungen/Streichungen an den entsprechenden Dokumenten vornimmt.

Am 16. August 2017 mandatierte die ASt ihre Verfahrensbevollmächtigten für die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens. Den Fragen- und Antworten-Katalog mit Stand vom 15. August 2017 übersandte sie ihren Verfahrensbevollmächtigten per E-Mail am 18. August 2017.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. August 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag den Ag am 18. August 2017 übermittelt.

Die ASt gab fristgerecht vor Ablauf der Angebotsfrist am 23. August 2017 Angebote zu den streitgegenständlichen Losen ab.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 31. August 2017 rügte die ASt die den Vergabeunterlagen beigefügten Muster für Empfangsbestätigungen, nämlich die Anlagen L3 und L4, bzw. deren geforderte Verwendung. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 6. September 2017 teilten die Ag der ASt mit, dass sie auch dieser der Rüge nicht abhelfen würden.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt zunächst geltend, dass die vom Auftragnehmer zu stellende Sicherheitsleistung in Form einer Vorauszahlungsbürgschaft unangemessen hoch sei. Die Ag würden damit gegen das Verbot unzumutbarer Vertragsbedingungen verstoßen. Denn das Sicherungsinteresse der Ag als Auftraggeberinnen werde mit der vorgesehenen Sicherheitsleistung in erheblicher Art und Weise überschritten, und zwar insbesondere vor dem Hintergrund, dass die wesentliche Leistung, die Auslieferung des Krankenfahrzeugs, vom Auftragnehmer bereits zu Beginn des Versorgungszeitraums erbracht werde. Zu beachten sei auch das frühere Vergaberecht, das Sicherheitsleistungen ausdrücklich im Rahmen einer Ausnahmevorschrift ausgestaltet habe. An den Wertungen habe sich nichts geändert. Im Übrigen würde erfahrungsgemäß im überwiegenden Teil der Fälle der fünfjährige Versorgungszeitraum gerade nicht ausgeschöpft werden. Die entsprechenden Rücklaufquoten als typische Versorgungsabläufe hätten die Ag offensichtlich nicht berücksichtigt. Die Höhe der Sicherheitsleistung überschreite auch das marktübliche Maß bei Fallpauschalen.

Des Weiteren beanstandet die ASt später im Nachprüfungsverfahren die Anlagen L3 und L4 der Vergabeunterlagen. Die Anlagen würden als Muster für die vom Auftragnehmer beim Versicherten einzuholenden Empfangsbestätigungen jeweils Bedingungen enthalten, die keine gesetzliche Grundlage hätten und zu deren Bestätigung der Versicherte nicht verpflichtet sei. Es handele sich um die geforderte Erklärung, vorsätzliche oder grob fahrlässig herbeigeführte Beschädigungen auf eigene Kosten (des Versicherten) zu beheben und die Krankenkasse von jeder Haftung freizustellen, die sich aus dem Gebrauch des Hilfsmittels ergeben könne. Da die unterzeichnete Empfangsbestätigung Teil der abrechnungsbegründenden Unterlagen sei, erhalte der Auftragnehmer ohne Unterschrift, die der Versicherte berechtigterweise verweigern dürfe, keine Vergütung, obwohl er seine Leistung bis zur Ablieferung vollständig erbracht habe. Dies stelle einen Vergaberechtsverstoß dar, da hierdurch dem Auftragnehmer ein unzumutbares Risiko als Vertragsbedingung aufgebürdet werde, das außerhalb seiner eigenen Verantwortung und Risikosphäre liege.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, die Ausschreibung zum Abschluss eines Rahmenvertrages zur Versorgung ihrer Versicherten mit Standard-/Leichtgewichtsrollstühlen, Standard-Elektronmobilen, xl-Elektromobilen (Krankenfahrzeugen), Vergabenummer [...], aufzuheben,
2. hilfsweise den Ag zu untersagen, das laufende Vergabeverfahren fortzusetzen und bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor der

Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, dieses unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu bearbeiten und den Bietern auf dieser Grundlage eine neue Möglichkeit zur Teilnahme zu geben,

3. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu geben,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären
5. sowie den Ag die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

Die Ag beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Ag aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Soweit die ASt erst im Nachprüfungsverfahren geltend mache, dass die Verwendung der Anlagen L3 und L4 als abrechnungsbegründende Unterlagen unzumutbar und damit vergaberechtswidrig sei, sei der Nachprüfungsantrag schon unzulässig. Die ASt habe dies erst nach Ablauf der Angebotsfrist am 23. August 2017 und damit zu spät nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB gerügt. Denn der fragliche Vergaberechtsverstoß sei durch die anwaltlich vertretene ASt bereits aus den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen. Die einschlägige Bieterfrage Nr. 108 sei am 15. August 2017 und damit deutlich vor Ablauf der Angebotsfrist beantwortet worden. Im Übrigen seien auch die Voraussetzungen für eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gegeben, da sich die ASt zumindest mutwillig dem Erkennen des nun geltend gemachten Verstoßes verschlossen habe, was einer positiven Kenntnis im Sinne der genannten Vorschrift gleichzusetzen sei.

Der Nachprüfungsantrag sei auch vollumfänglich unbegründet. Insbesondere sei die geforderte Sicherheitsleistung nicht ungemessen hoch. Vielmehr sei die entsprechende vertragliche Regelung zumutbar und verhältnismäßig und daher vergaberechtskonform. Ein Verstoß gegen das Verbot unzumutbarer Vertragsbedingungen sei nicht gegeben, da im Rahmen der erforderlichen Interessenabwägung das Interesse der Ag an einer möglichst umfassenden und kontinuierlichen Leistungserbringung über den gesamten Vertragszeitraum überwiege. Mit der Sicherheitsleistung sollten die sich aus der Vorleistungspflicht der Ag ergebenden Unsicherheiten abgesichert werden. Bereits aus wirtschaftlicher Sicht ergebe sich ein legitimes Interesse daran, die bereits erfolgten Zahlungen etwa für einen Insolvenzfall abzusichern. Die Höhe der

Sicherheitsleistung stelle einen moderaten und angemessenen Ausgleich zwischen der Belastung für die ASt und den Sicherheitsinteressen der Ag dar. Ferner würden durch die Sicherheitsleistung sowohl die fristgerechte Leistung als auch mögliche Nachlieferungs- und Gewährleistungsansprüche und damit die Versorgungskontinuität abgesichert. Neben der Lieferung des Krankenfahrzeugs seien auch die erst später zu erbringenden Leistungen wie mögliche Reparaturen bis hin zum kompletten Austausch des Fahrzeugs zu berücksichtigen. Im Ergebnis werde insbesondere dem Patientenwohl Rechnung getragen. Aus denselben Erwägungen sei die Vertragsklausel des § 10 Abs. 2 auch nicht unverhältnismäßig. Nach Wegfall des zuvor geltenden § 11 EG Abs. 4 VOL/A und bewusstem Verzicht des Gesetz- bzw. Verordnungsgebers auf eine Neuregelung im GWB oder der VgV bestünden auch ansonsten keine gesetzlichen Beschränkungen in Bezug auf die Höhe einer Sicherheitsleistung für die vorliegend ausgeschriebenen Leistungen. Vorliegend sei im Übrigen ausgeschlossen (und dies werde von der ASt auch nicht vorgetragen), dass die geforderte Sicherheitsleistung die Liquidität der ASt derart belaste, dass diese nicht mehr in der Lage sei, ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben. Dies zeige die gute Platzierung ihrer Angebote in preislicher Hinsicht. Zudem habe die ASt in anderen Ausschreibungen zu Hilfsmitteln Sicherheitsleistungen in vergleichbarer Höhe akzeptiert. Darüber hinaus würden alle Bieter gleich behandelt und hätten auf identischen Bedingungen ihre Angebote zu kalkulieren. Unsicherheiten für die Angebotskalkulation brächte die Sicherheitsleistung auch nicht mit sich, da die Mehrkosten einer Vorauszahlungsbürgschaft ohne weiteres bestimmt und in das Angebot eingepreist werden könnten.

Auch die Verwendung der Anlagen L3 und L4 als abrechnungsbegründende Unterlagen sei nicht zu beanstanden. Vielmehr würden die fraglichen Vertragsbedingungen eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht unzumutbar machen. Insbesondere würden die angegriffenen Erklärungen, die vom Versicherten zu unterschreiben seien, nicht von den gesetzlichen Regelungen abweichen, sondern lediglich die geltende Rechtslage widerspiegeln. Dies betreffe sowohl die Kostentragungspflicht bei grob fahrlässigen oder vorsätzlichen Beschädigungen, die sich bereits aus § 823 Abs. 1 BGB ergebe, als auch für die Freistellungsklausel zu Gunsten der Krankenkassen; hier ermögliche § 3 Abs. 2 Satz 2 MPBetreibV eine entsprechende Übertragung der Pflichten auf den Leistungserbringer. Die Beurteilung der Wirksamkeit der entsprechenden vertraglichen Regelungen obliege im Übrigen den ordentlichen Gerichten im Rahmen von Streitigkeiten zur Vertragsdurchführung. Dem möglicherweise bestehenden Risiko der Verweigerung der Unterzeichnung durch den Versicherten könne im Vergabeverfahren mit Risikoaufschlägen im Rahmen der Angebotskalkulation begegnet werden. Dies sei der ASt auch ohne weiteres gelungen, wie sich aus dem Umstand ergebe, dass sie das jeweils preislich beste

Angebot abgegeben habe. Die ASt sei im Übrigen Vertragspartnerin zahlreichen weiteren Verträgen mit entsprechenden Regelungen. Insgesamt sei schon von einer Marktüblichkeit dieser Regelungen auszugehen. Schließlich sei auch in tatsächlicher Hinsicht kein entsprechendes Risiko gegeben, da die Ag in der Vergangenheit bei grundloser Verweigerung der Unterschrift durch den Versicherten trotz allem die Versorgungspauschale an den Leistungserbringer gezahlt hätte.

Nach Schluss der mündlichen Verhandlung machten die Ag mit Schriftsatz vom 21. September 2017 noch geltend, dass nach Aufklärung der Angebote der ASt festgestellt worden sei, dass die geforderten Mindestkriterien für die Leichtgewichtsrollstühle durch die Angebote nicht erfüllt seien und die Angebote der ASt daher auszuschließen seien. Mit weiterem Schriftsatz vom 29. September 2017 teilten die Ag den mittlerweile erfolgten Angebotsausschluss mit. Daher sei auch kein Schaden auf Seiten der ASt gegeben.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 8. September 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 22. September 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 6. Oktober 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Hinsichtlich der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags in Bezug auf die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung (§ 103 Abs. 5 GWB) bestehen keine Bedenken.
- b) Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Durch ihre Rüge und den Nachprüfungsantrag wie auch im Nachgang durch Abgabe ihrer Angebote zu den

streitgegenständlichen Losen hat die ASt ihr Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Des Weiteren macht sie geltend, durch Vergaberechtsverstöße in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Die ASt hat zudem dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht. Dabei genügt jede Verschlechterung der Zuschlagsaussichten aufgrund der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße. Ob eine solche Verschlechterung vorliegt, ist, wenn ein Bieter – wie hier die ASt – die Ausschreibungsbedingungen an sich als vergaberechtswidrig angreift, unabhängig von der aktuellen Platzierung oder auch des Ausschlusses eines eventuell abgegebenen Angebots zu beurteilen. Denn vom Bieter und hier der ASt wird in einem solchen Fall der Zuschlag zu anderen (vergaberechtskonformen) als den als vergaberechtswidrig beanstandeten Ausschreibungsbedingungen begehrt und damit eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe verlangt; erst dies hätte zur Folge, dass die ASt im Anschluss – ihren Vortrag zu den Rechtsverletzungen als richtig unterstellt – überhaupt erstmalig Aussichten auf Zuschlagserteilung zu vergaberechtskonformen Bedingungen hätte.

- c) Die ASt hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß bezüglich der Höhe der Sicherheitsleistung mit Schreiben vom 2. August 2017 rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt. Eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist schon deshalb ausgeschlossen, da die Rüge innerhalb der Angebotsfrist, die erst am 23. August 2017 endete, erfolgte.

Soweit die ASt erst im Nachprüfungsverfahren die Ausgestaltung der Anlagen L3 und L4 der Vergabeunterlagen und deren vorgesehene Verwendung beanstandet, ist sie entgegen der Auffassung der Ag ebenfalls nicht präkludiert.

Eine Präklusion der ASt nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB ist schon deshalb zu verneinen, weil es vorliegend an der erforderlichen Erkennbarkeit des behaupteten Vergaberechtsverstoßes fehlt. Für die Frage der Erkennbarkeit ist mit Rücksicht auf die Zielsetzung des Gesetzes, effektiven Bieterschutz zu gewähren und dies nicht einzuschränken, ein objektiver Maßstab anzulegen. Dementsprechend ist auf einen durchschnittlich fachkundigen, die übliche Sorgfalt anwendenden Bieter abzustellen, der mit den wichtigsten Regeln der öffentlichen Auftragsvergabe vertraut ist. Erkennbarkeit ist gegeben, wenn ein solches Unternehmen den Vergabeverstoß (in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht) erkennen kann, ohne besonderen Rechtsrat einholen zu müssen

(vgl. zum Ganzen grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Juni 2017, VII-Verg 6/16; Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16; jeweils mit Verweis auf EuGH, Urteil vom 12. März 2015, Rs. C-538/13). Vorliegend macht die ASt, indem sie sich gegen die Anlagen L3 und L4 als unzumutbare Vertragsbedingung wendet, einen Vergabeverstoß geltend, der sich nach Wegfall der Vorschrift zum ungewöhnlichen Wagnis vornehmlich aus der im Anschluss ergangenen Rechtsprechung ergibt (vgl. insbesondere OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11; Beschluss vom 28. März 2012, VII-Verg 90/11). Einem durchschnittlich fachkundigen und mit den wichtigsten Vergaberegeln vertrauten Bieter kann jedoch die Kenntnis vergaberechtlicher Rechtsprechung nicht unterstellt werden. Auch der Umstand, dass die ASt vor Ablauf der Angebotsfrist ihre Verfahrensbevollmächtigten zur Beratung hinzugezogen hatte, kann zu keinem anderen Ergebnis führen (noch offen gelassen vom OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. März 2017, VII-Verg 39/16). In Anbetracht der gesetzlichen Zielsetzung (entsprechend den zugrundeliegenden (Rechtsmittel-)Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG, jeweils zuletzt geändert durch Richtlinie 2014/23/EU), effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht zu gewähren, kommt ein Wechsel vom objektiven zum subjektiven Maßstab (oder auch veränderten objektiven Maßstab) in Bezug auf die Erkennbarkeit auch für die Fälle nicht in Betracht, in denen vom Bieter anwaltliche Beratung in Anspruch genommen wird. Es würde Bieter, die gerade mehr zur Klärung von möglichen Vergaberechtsverstößen unternehmen, als ein Bieter es im Hinblick auf eine Erkennbarkeit müsste, schlechter stellen. Im Übrigen würde es zu einer Ungleichbehandlung von Bieter, die selbst – zufällig und untypisch für einen durchschnittlichen Bieter – über ausgeprägte Vergaberechtskenntnisse verfügen, und anwaltlich beratenen Bieter führen, ohne dass hierfür sachliche Gründe erkennbar wären.

Auch eine Präklusion nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB ist vorliegend nicht gegeben. Tatsächliche Grundlage für den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß ist vorliegend die Antwort der Ag auf Bieterfrage Nr. 108; diese wurde den Bieter am 15. August 2017 zur Verfügung gestellt. Die Verfahrensbevollmächtigten der ASt erhielten den Fragen- und Antworten-Katalog von der ASt am 18. August 2017 zugeleitet. In Anbetracht des Umstands, dass der geltend gemachte Vergaberechtsverstoß – wie oben gesehen – auf von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen fußt, sowie des Fehlens anderweitiger Anhaltspunkte, ist nicht davon auszugehen, dass die ASt selbst einen entsprechenden Vergaberechtsverstoß vor Einreichen des Nachprüfungsantrags erkannt

hat; insbesondere kann keine positive Kenntnis bezogen auf die rechtlichen Grundlagen eines solchen Verstoßes unterstellt werden. Auch eine positive Kenntnis seitens der mit der Nachprüfung beauftragten Verfahrensbevollmächtigten, die der ASt gegebenenfalls zuzurechnen wäre, kann vorliegend für die Zeit vor Einreichen des Nachprüfungsantrags nicht unterstellt werden. Denn schon in tatsächlicher Hinsicht hatten die Verfahrensbevollmächtigten der ASt – wie sie selbst vortragen und ihnen nicht widerlegt werden kann – zeitlich keine Möglichkeit mehr, vor Stellen des Nachprüfungsantrags Kenntnis von dem erst am selben Tag übersandten Fragen- und Antworten-Katalog zu nehmen.

- d) Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

- a) Die Höhe der Sicherheitsleistung, wie sie in § 10 Abs. 2 des ausgeschriebenen Vertrags vorgesehen ist und vom künftigen Auftragnehmer gefordert wird, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

Im Anwendungsbereich der VgV, in den das vorliegende Vergabeverfahren fällt, findet sich keine Regelung, die die Höhe von geforderten Sicherheitsleistungen auf eine bestimmte Höhe oder Größenordnung normativ begrenzt. Eine dem § 11 EG Abs. 4 VOL/A entsprechende Regelung ist in die VgV im Rahmen der Vergaberechtsnovelle von 2016 nicht übernommen worden. Es ist davon auszugehen, dass der Verordnungsgeber bewusst darauf verzichtet hat, zumal die zugrunde liegende europäische Richtlinie (Richtlinie 2014/24/EU) ebenso wenig derartige Begrenzungen enthält.

Aber auch unter dem Gesichtspunkt der Zumutbarkeit ist die fragliche Vertragsregelung nicht zu beanstanden. Grundsätzlich unterliegen Ausschreibungsbedingungen und Beschaffungsgegenstand – und so auch hier die Vertragsgestaltung – der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers. Diese Gestaltungsfreiheit kann allerdings unter anderem dann beschränkt sein, wenn die Bedingungen unter dem Gesichtspunkt unzumutbar sind, dass den Bietern eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation nicht möglich wäre. Dieser Gesichtspunkt der Unzumutbarkeit ist insoweit der einzig verbleibende, nachdem das Verbot einer Aufbürdung ungewöhnlicher Wagnisse

für Umstände und Ereignisse, auf die die Bieter keinen Einfluss haben und deren Einwirkung auf die Preise und Fristen sie nicht im Voraus schätzen können, für Dienstleistungs- und Lieferaufträge (und entsprechende Rahmenvereinbarungen) weggefallen ist. Er ist somit schon für sich genommen weniger weitreichend als das früher bestehende Verbot des ungewöhnlichen Wagnisses. Bei Ausschreibungen von Rahmenvereinbarungen (wie hier) erhöht sich die Zumutbarkeitsschwelle weiter zu Lasten der Bieter (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11; Beschluss vom 28. März 2012, VII-Verg 90/11; Beschluss vom 2. November 2016, VII-Verg 27/16).

Nach dem vorgenannten Maßstab ist die Regelung zur Höhe der Sicherheitsleistung schon deshalb nicht zu beanstanden, da sie keine entsprechenden Kalkulationsrisiken für den Bieter und hier die ASt birgt. Denn nach der Regelung des § 10 Abs. 2 des Vertrags lässt sich in Verbindung mit dem vom Bieter auszufüllenden Preisblatt (Anlage A 1) exakt die Höhe der Sicherheitsleistung bestimmen, die der Bieter im Auftragsfall pro Leistungsjahr (und dann für insgesamt sechs Jahre) im Wege einer Vorauszahlungsbürgschaft abzusichern hat. Denn diese ergibt sich, indem die jeweils angebotenen Versorgungspauschalen (netto) für die Krankenfahrzeuge mit den im Preisblatt angegebenen Mengen (von 2016) multipliziert, die so errechneten Ergebnisse aufaddiert werden und von dieser Summe ein Anteil von 50% genommen wird. Damit hat der Bieter im Rahmen der Angebotserstellung bereits die wesentlichen Informationen für den Umfang der Sicherheitsleistung und kann die dazugehörigen Kosten für die Bereitstellung durch ein Finanzinstitut ermitteln und im Angebot einpreisen (vgl. auch Ziffer 4.6. bzw. 5.6. der Leistungsbeschreibung). Eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation ist also ohne weiteres möglich.

Wenn die ASt des Weiteren in der mündlichen Verhandlung vorträgt, dass Sicherheitsleistungen in dieser Größenordnung für Unternehmen wie die ASt dann schwierig oder nur verbunden mit überhöhten Kosten aufzubringen wären, wenn auch in weiteren Ausschreibungen derartige Sicherheitsleistungen gefordert würden, so ist im vorliegenden Verfahren hierüber schon deshalb nicht zu entscheiden, da die ASt vorliegend – wie die Submission ergeben hat – ein dem Preis nach wettbewerbsfähiges Angebot abgeben konnte und ihr danach schon kein Schaden entstanden ist bzw. eine Verletzung in ihren Rechten nicht erfolgt ist (§ 168 Abs. 1 Satz 1 GWB).

- b) Soweit sich die ASt gegen die Verwendung der Anlagen L3 und L4 in der vorliegenden Form wendet, macht sie ebenfalls geltend, dass es sich um eine unzumutbare Ausschreibungsbedingung handelt. Da es sich bei den fraglichen Anlagen um abrechnungsbegründende Anlagen handle, sei der künftige Auftragnehmer trotz ordnungsgemäßer Leistungserbringung für den Erhalt seiner Vergütung von der Unterschrift des Versicherten abhängig, die dieser möglicherweise zu Recht oder auch grundlos verweigere. Dies stelle ein unzumutbares Risiko für den Auftragnehmer dar.

Entgegen der Auffassung der ASt ist jedoch auch hier nicht von einer Unzumutbarkeit der Ausschreibungsbedingungen im oben unter a) ausgeführten Sinne auszugehen.

Der ASt ist zwar zuzugeben, dass sich für die beiden streitgegenständlichen Erklärungen, die nach Anlage L3 bzw. L4 vom Versicherten abgegeben werden müssen und als rechtsgrundlos von der ASt beanstandet werden (Kostenübernahme bei vorsätzlicher oder grob fahrlässiger Beschädigung, Freistellung), keine Rechtsgrundlage findet, die den Versicherten zur Abgabe der fraglichen Erklärungen verpflichtet; auch aus den von den Ag vorgebrachten Vorschriften ergibt sich dies nicht. Richtig mag sein, dass ein Versicherter bei vorsätzlicher oder grobfahrlässiger Beschädigung des Krankenfahrzeugs nach Deliktsrecht zum Schadensersatz (gesetzlich) verpflichtet ist; eine gesetzliche Pflicht zur Abgabe einer entsprechenden Erklärung, wie hier in Anlage L3 und L4, lässt sich dem Deliktsrecht hingegen nicht ohne Weiteres entnehmen; dies tragen die Ag letztlich auch nicht vor. Auch den genannten Vorschriften aus der MPBetreibV lässt sich ein Anspruch der Ag (oder auch des Auftragnehmers als Leistungserbringer) gegenüber ihren Versicherten auf Abgabe der entsprechend pauschalen Freistellungserklärung (Freistellung der Krankenkasse von jeder Haftung, die sich aus dem Gebrauch des Hilfsmittels ergeben kann) nicht entnehmen.

Ist mithin davon auszugehen, dass Versicherte der Ag, die vom Auftragnehmer mit Krankenfahrzeugen versorgt werden, nicht verpflichtet sind und damit auch nicht verpflichtet werden können, die fraglichen Erklärungen zu unterzeichnen, handelt es sich – ähnlich einem ungewöhnlichen Wagnis – um Umstände, auf die der Auftragnehmer keinen oder jedenfalls nur sehr begrenzt Einfluss hat. Dieser Umstand hat jedoch nicht – wie früher für die Begründung eines ungewöhnlichen Wagnisses und nun auch im Rahmen der Unzumutbarkeit erforderlich – Auswirkungen auf die Kalkulation der Preise, d.h. der Versorgungspauschalen für die jeweiligen Krankenfahrzeuge bzw. den

entsprechenden Lieferumfang. Die Auswirkungen der Unsicherheit sind vielmehr allein dahingehend, dass der Auftragnehmer bei ordnungsgemäßer Leistung (Versorgung mit dem Krankenfahrzeug) seine Vergütung (Versorgungspauschale) unter Umständen nicht ohne Weiteres erhält, sondern mit den Ag im Einzelfall eine anderweitige Abwicklung erreichen (so haben es die Ag auch zugesichert) und gegebenenfalls rechtliche Schritte gegenüber den Ag ergreifen muss. Dies betrifft somit nicht die Höhe der zu kalkulierenden Versorgungspauschale ausgehend von der (gegebenenfalls durchschnittlich) zu erbringenden Leistung, sondern ein jeden Leistungserbringer treffendes allgemeines Risiko, seine Vergütung vom Auftraggeber ausbezahlt zu erhalten. Dabei handelt es sich grundsätzlich um ein vertragstypisches Risiko auf Seiten des Auftragnehmers, was als solches eine Unzumutbarkeit nicht zu begründen mag (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Mai 2016, VII-Verg 2/16). Vorliegend ist auch nicht zu erwarten – und von der ASt auch nicht vorgetragen –, dass eine Vielzahl der versorgten Versicherten die Unterschrift verweigern wird, so dass auch in tatsächlicher Hinsicht nicht mit einer atypisch hohen Realisierung des Risikos zu rechnen ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen (insbesondere zu den Voraussetzungen einer Unzumutbarkeit von Ausschreibungsbedingungen), deren Komplexität und Schwierigkeiten 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 Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

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

Behrens

Ohlerich