



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 78/17

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 Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Eisert auf die mündliche Verhandlung vom 8. August 2017 am 16. August 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, das Vergabeverfahren für die Beschaffung des Wiedereinsatzes der vom Fachlos 1 betroffenen Hilfsmittel-Produktgruppen („Wiedereinsatz Rehatechnik/Medizintechnik“) unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen, wenn und soweit eine Beschaffungsabsicht fortbesteht.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.

Gründe

I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den von der Antragsgegnerin (Ag) im streitgegenständlichen Vergabeverfahren festgelegten Zuschnitt eines Fachloses, den die ASt mit den Maßgaben des § 97 Abs. 4 GWB für unvereinbar hält. Des Weiteren bemängelt die ASt einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz wegen sachlich nicht gerechtfertigter Differenzierungen bei der Anforderung von Eignungsnachweisen.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb [...] einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag betr. die Versorgung der bei der Ag. Versicherten mit wieder verwendbaren Hilfsmitteln aus dem „Exklusiv-Pool“ der Ag. und den Neukauf von zum Wiedereinsatz bestimmten Hilfsmitteln im Rahmen der Poolversorgung im offenen Verfahren EU-weit aus [...]. Der Auftrag wurde [...] aufgeteilt, darunter das streitgegenständliche „Fachlos 1 für den Wiedereinsatz Rehatechnik/Medizintechnik“. [...].

Beschaffungsgegenstand des Fachloses 1 ist die Versorgung mit wieder verwendbaren Hilfsmitteln der folgenden Produktgruppen des Hilfsmittelverzeichnisses gemäß § 139 SGB V:

- 04 (Badehilfen),
- 10 (Gehhilfen),
- 11 (Hilfsmittel gegen Dekubitus),
- 14 (Inhalations- und Atemtherapiegeräte),
- 18 (Kranken-/Behindertenfahrzeuge),
- 19 (Krankenpflegeartikel),
- 21 (Messgeräte für Körperzustände/-funktionen),
- 22 (Mobilitätshilfen),
- 32 (Therapeutische Bewegungsgeräte),
- 50 (Pflagemittel zur Erleichterung der Pflege).

Vertragsgegenstand für den Wiedereinsatz aus dem „Exklusiv-Pool“ der Ag sind die im Fachlos aufgelisteten Hilfsmittel (Positionsnummern). [...].

In verschiedenen nummerierten, aber nicht datierten Vergabevermerken dokumentierte die Ag einzelne Maßgaben zur Vorbereitung und Durchführung des Vergabeverfahrens, darunter für den Zuschnitt von Fachlos 1 bzw. die Versorgung mit Hilfsmitteln der Produktgruppen 14 und 21:

- Im Vergabevermerk Nr. 0 „Ausschreibung des Pools“ hielt die Ag fest, den Pool erneut auszuschreiben, aber aus wirtschaftlichen Gründen in einzelnen Bereichen umzustrukturieren und die Fachlose neu zuzuschneiden.
- Im Vergabevermerk Nr. 2 „Bildung der Lose – fachlich“ stellte die Ag zum Fachlos 1 fest, dass der Poolbestand um Hilfsmittel bereinigt werden solle, die selten wiedereingesetzt werden und /oder mit geringen Mengen im Pool enthalten sind. Diese Versorgung solle auf der Grundlage von Einzelverträgen nach § 127 Abs. 3 SGB V erfolgen. Zudem seien im Pool der Ag nur Hilfsmittel enthalten, bei denen Versicherte nur eine Einweisung benötigten und ggf. eine Montage erforderlich sei. Auch wenn eine Präqualifizierung nach § 126 Abs. 2 SGB V für jedes Hilfsmittel obligatorisch sei, sei ein „echtes Spezialistentum“ nicht erforderlich. *„Ein solches ‚Spezialistentum‘ ist auch grundsätzlich im Hilfsmittelmarkt nicht zu beobachten; auch wenn sich einzelne Leistungserbringer auf bestimmte Versorgungsgebiete spezialisiert haben. Allerdings sind diese Spezialisierungen in den beobachteten Fällen indikations- bzw. krankheitsbedingt (z.B. ‚Diabetesbedarf‘) erfolgt, ohne dass diese Kategorisierung feststehenden Regeln unterliegen würde. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, nach welchen Regeln eine Aufteilung des Fachloses 1 erfolgen sollte, zu wirtschaftlichen Ergebnissen führen würde oder aus den Marktbedingungen heraus erforderlich sein sollte.“*
- Im Vergabevermerk Nr. 7 „Teilnahmevoraussetzungen – Präqualifizierung“ stellt die Ag u.a. fest, dass Voraussetzung für die Teilnahme zur Versorgung der Versicherten im Wiedereinsatzverfahren die Erfüllung der Eignungsvoraussetzungen nach § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V sei. *„Ein Abweichen ‚nach unten‘ von dieser gesetzlichen Anforderung ist nicht statthaft“.* Maßgeblich sei daher die Präqualifizierung im Hinblick auf § 126 Abs. 1 S. 3, Abs. 1a SGB V. *„Der Bieter hat dabei den Nachweis für alle vom jeweiligen Fachlos betroffenen Versorgungsbereiche zu erbringen. Die Präqualifizierung nur für einzelne Versorgungsbereiche reicht nicht aus. Die Voraussetzung muss insgesamt erfüllt werden. ...“*
- Im Vergabevermerk Nr. 8 „Festlegung der Poolhilfsmittel im Fachlos 1“ stellt die Ag insbesondere zu den Produktgruppen 14 und 21 fest, dass der Poolbestand von bislang 180 Produktgruppen auf nur noch rund 80 reduziert werden solle. Die Wiedereinsatzzahlen der Produktgruppen 14 und 21 sprächen gegen eine Fortführung der Poolversorgung in diesen Bereichen. Auch könnten nicht alle Leistungserbringer die Aufbereitung und Wartung einzelner Hilfsmittel vornehmen, da erhöhte Anforderungen an die Aufbereitung und Wartung gestellt würden. Zudem führe die technische Entwicklung häufiger dazu, dass diese Hilfsmittel zwar noch brauchbar, aber als technisch überholt zu gelten hätten. Der Pool enthalte wenige Hilfsmittel der Produktgruppen 14 und 21, die recht hochpreisig

seien. Hinsichtlich der Produktgruppen 14 und 21 schlage die Ag daher einen „Mittelweg“ ein: *„Können Leistungserbringer diese Hilfsmittel handeln (Präqualifizierung vorhanden), erfasst das Angebot des Leistungserbringers diese Produktgruppen. Besitzt der Leistungserbringer die entsprechenden Präqualifizierungen nicht, sind die Produktgruppen 14 und 21 vom Angebot nicht erfasst. Wird ein zweiter Zuschlag erteilt und darf der Leistungserbringer diese Produktgruppen versorgen, erfolgt die Versorgung insoweit ausschließlich über ihn. Liegt im gesamten Regionallos kein Zuschlag für diese beiden Produktgruppen vor, erfolgt die Versorgung zunächst über Verträge gemäß § 127 Absatz 3 SGB V; die Pool-Hilfsmittel werden in ein anderes Regionallos abgegeben. Dies hätte zugleich den Vorteil, dass [...] durch den Vergleich beobachten kann, welche Versorgungs- und Vertragsstruktur für die Produktgruppen 14 und 21 (soweit im Pool vorhanden) wirtschaftlicher ist.“*

Ziff. III.1.3 der Vergabebekanntmachung bestimmt folgende Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit:

„Der Bieter hat eine Präqualifizierung gemäß § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V und die Erfüllung von Qualitätsstandards nachzuweisen, sofern ein Angebot oder Angebote nach Abschnitt I des Vertrages (Hilfsmittelpool – Fachlos 1 und 2) abgegeben werden.

Die detaillierten Teilnahmebedingungen sind der Teilnahmeerklärung (Anlage 1, 1a, 1b) und den Bewerbungsbedingungen zu entnehmen.“

Ziff. 8.1 der Bewerbungsbedingungen legt für das Fachlos 1 fest, dass sich die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes nach dem niedrigsten Angebotspreis für die „Grundpauschale Wiedereinsatz“ innerhalb eines Gebietsloses richtet. Nach Anlage 2 zum Vertrag erfolgt die Vergütung des Wiedereinsatzes auf der Grundlage einer Auslieferungs- und einer Rückholpauschale. Diese Pauschalen ergeben sich jeweils zur Hälfte aus der sog. „Gesamtwiedereinsatzpauschale“, dem Produkt der Multiplikation von Grundpauschale und den jeweils für das Fachlos 1 in Anlage 2 definierten Berechnungsfaktoren (Bl. 62-67 der Vergabeakte).

Die Bewerbungsbedingungen bestimmen unter Ziff. 6.5.1 ferner für die Fachlose 1 und 2:

„Für den Nachweis der Eignung als Leistungserbringer im Sinne des § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V hat der Bieter/Leistungserbringer eine Bestätigung über die Präqualifizierung in allen Versorgungsbereichen des jeweiligen Fachloses für das ein Angebot erfolgt vorzulegen.

Für das Fachlos 1 (Wiedereinsatz Rehathechnik/Medizintechnik) sind das die Versorgungsbereiche 04A, 04B, 10B, 11A, 11B, 14A, 14E, 14G, 18A, 18B, 19A, 21A, 22B, 32A.

...

Die Nachweise müssen für jede Betriebsstätte, in der eine Versorgung mit den vertragsgegenständlichen Hilfsmitteln erfolgen soll erbracht werden.

*Sofern ein Bieter im Fachlos 1 für einen oder mehrere der in der Teilnahmeerklärung mit * gekennzeichneten Versorgungsbereiche keine Präqualifizierung vorweisen kann, ist eine Angebotsabgabe gleichwohl möglich, sofern für alle anderen genannten Versorgungsbereiche die Präqualifizierung nachgewiesen wird.“*

Als mit „*“ gekennzeichnete Versorgungsbereiche im Sinne der Ziff. 6.5.1 der Bewerbungsbedingungen sind in Ziff. B.1 („Nachweise gemäß § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V – Präqualifizierung“) der Teilnahmeerklärung die Versorgungsbereiche 14A, 14E, 14G (einzelne Bereiche zur Versorgung mit „Inhalations- und Atemtherapiegeräten“) sowie 21A (einzelner Bereich aus der Versorgung mit „Messgeräten für Körperzustände/-funktionen“) aufgeführt.

Unter Ziff. 14 bestimmen die Bewerbungsbedingungen zur „Präqualifizierung für alle Versorgungsbereiche Fachlos 1“:

„Das Fachlos 1 beinhaltet sowohl Produkte die der Rehathechnik zuzuordnen sind als auch Produkte aus dem Bereich der Medizintechnik. Der Vertragspartner (Poolpartner) muss grundsätzlich die Wiedereinsätze für alle im Fachlos gelisteten Hilfsmittelprodukte durchführen können und dürfen. Der Nachweis erfolgt u.a. durch die Präqualifizierung.

Soweit der Vertragspartner (Poolpartner) wegen fehlender Präqualifizierung nur den Wiedereinsatz für Produkte der Medizintechnik (im Fachlos PG 14 und PG 21) nicht durchführen darf, wird dies bei der Beauftragung zum Wiedereinsatz durch [...] entsprechend berücksichtigt.“

Am 22. Juni 2017 veröffentlichte die Ag zwei ihrer Antworten auf Fragen von dritten Bietern, die diese zu den Ziffern 6.5.1 und 14 der Bewerbungsbedingungen gestellt hatten (Fragen/Antworten Nr. 62 und 63). Insbesondere Frage 63 enthielt die Bitte zu erläutern, *„warum spezialisierte Leistungserbringer der Medizintechnik (14A, 14G, 14E, 21A) von Ihrer Ausschreibung ausgeschlossen werden!“* Es wurde um Erläuterung gebeten, *„warum beispielsweise ein Sanitätshaus die Präqualifizierungsbereiche der Medizintechnik nicht abdecken muss, dass Medizintechnikunternehmen jedoch die fachfremden Präqualifizierungsbereiche – z.B. Kranken-/Behindertenfahrzeuge (18A) – übernehmen muss um sich an der Ausschreibung beteiligen zu können! Wir bitten Sie um Gleichstellung beider Versorgergruppen.“* Die Ag führte hierzu aus, die bisherige getrennte Ausschreibung dieser Produktgruppen habe sich nicht bewährt und sei – auch mit Blick auf die Fallzahlen bei der Poolversorgung der Ag – unwirtschaftlich gewesen. Die Versicherten benötigten in vielen Fällen verschiedene Hilfsmittel, dem stehe eine Verteilung des Poolbestan-

des durch Bildung von Fachlosen entgegen. Man habe daher die beiden Ziffern der Bewerbungsbedingungen aufgenommen, was aber nicht bedeute, dass Einsätze durchgeführt werden müssten, die wegen Fehlens von Präqualifizierungen nicht zulässig seien. Die Ag hatte laut ihrem Vergabevermerk Nr. 28 „Thema: PG 14 und 21“ zur Frage 63 und der dort erhobenen Forderung nach „Gleichstellung beider Versorgungsbereiche“ festgestellt, dass keine hinreichende Differenzierung unterschiedlicher Versorgungsbereiche im Fachlos 1 festzustellen sei: *„Eine erneute Marktrecherche hat hierfür nichts ergeben. Zwar wird der Begriff Medizintechnik verwendet, allerdings ist die inhaltliche Definition dieses Begriffs weder offiziell noch sonstwie näher definiert oder gegen andere Begriffe abgegrenzt. Im Ergebnis obliegt es den einzelnen Leistungserbringern selbst festzulegen, für welche Bereiche die Präqualifizierung gemäß § 126 Abs. 2 SGB V beantragt wird. Eine branchenübliche Unterscheidung, Tätigkeitsabgrenzung oder Spezialisierung ist jedenfalls für [...] als Krankenkasse nicht ersichtlich. ...“*

Den Termin für die Angebotsabgabe endete am [...]. Die ASt gab kein Angebot ab und beanstandete gegenüber der Ag mit Schreiben vom 28. Juni 2017 mehrere Verfahrensfehler. Die ASt trug in diesem Schreiben vor, die Bündelung der Hilfsmittel der Medizintechnik und der Rehathechnik im Fachlos 1 widerspreche dem Gebot der losweisen Vergabe. Die im Fachlos 1 zusammengefassten Hilfsmittel seien unterschiedlichen Märkten auf Bieterseite zuzuordnen, ihre Zusammenfassung nicht zwingend geboten. Die Bieter seien daher üblicherweise nicht in der Lage, die für die diversen Leistungen nach dem Gesetz geforderten Präqualifizierungen in den unterschiedlichen Versorgungsbereichen vorzuhalten bzw. nachzuweisen. Die unterschiedlichen Präqualifizierungsanforderungen nach Ziff. 6.5.1 und 14 der Bewerbungsbedingungen für die im Fachlos 1 genannten Produktgruppen seien zudem eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung der ASt als präqualifiziertem Fachunternehmen für die Produktgruppen 14 und 21. Während in den Bewerbungsbedingungen vorgesehen sei, dass Bieter, die über eine Präqualifizierung für die übrigen Produktgruppen verfügten, nicht aber für die Produktgruppen 14 und 21, für alle Produktgruppen anbieten dürften, sei das für den umgekehrten Fall, der auf die ASt zutreffe, nicht möglich. Die ASt sei daher faktisch an der Angebotsabgabe gehindert, was zu einer erheblichen Wettbewerbsbenachteiligung führe.

Die Ag beantwortete das Schreiben der ASt vom 28. Juni 2017 mit Schreiben vom 29. Juni 2017 und wies das Vorbringen der ASt zurück. Die Ag sehe sich nach nochmaliger Prüfung nicht verpflichtet, *„die Lose so zuzuschneiden, dass einzelne Wirtschaftsteilnehmer und deren einzelwirtschaftliche Interessen bedient werden.“* Ferner hätten Erfahrungen in der Vergangenheit gezeigt, dass eine weitgehende Zersplitterung des Poolbestandes keine wirtschaftlichen Ergebnisse erwarten lasse.

2. Mit Schreiben vom 12. Juli 2017, eingegangen bei der Vergabekammer am selben Tage, hat die ASt einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Vergabekammer hat der Ag den Nachprüfungsantrag am 12. Juli 2017 übermittelt.

a) Zur Begründung ihres Nachprüfungsantrags wiederholt und vertieft die ASt im Wesentlichen ihren Vortrag aus dem Schreiben vom 12. Juli 2017. Sie hält den Zuschnitt des Fachloses 1 für fehlerhaft. Die Erbringung der Produktgruppen 14 und 21 sei einem eigenen Anbietermarkt für Medizintechnikprodukte zuzurechnen, das im Markt und in der Vergabepaxis üblicherweise als eigenständiges Fachlos gehandhabt werde. Fachunternehmen wie die ASt seien nicht darauf aus- und eingerichtet, Lieferungen und Leistungen der Reha- und Sanitätstechnik mitzuerbringen. Die Produktgruppen 14 und 21 umfassten lebenserhaltende Medizintechnik und medizintechnische Versorgungsleistungen, die in besonderer Weise hochqualifizierte Ausstattungen und Fachkenntnisse der Mitarbeiter der Leistungserbringer voraussetzten. Dies sei bei den übrigen Produktgruppen des Fachloses 1 wie z.B. Badehilfen, Gehhilfen oder Mobilitätshilfen nicht der Fall, weshalb diese üblicherweise von Unternehmen der Rehatechnik wie Sanitätshäusern angeboten würden. Diesen Unterschied habe die Ag selbst erkannt, indem sie den Bietern den Nachweis der Präqualifizierung für die Produktgruppen 14 und 21 nachgelassen habe, sofern ein entsprechender Nachweis für die übrigen Produktgruppen vorliege. Umgekehrt könne ein Unternehmen wie die ASt kein Angebot abgeben, weil sie die für ein Sanitätshaus typischen Rehaleistungen/-produkte nicht erbringe. Die Verknüpfung der Produktgruppen 14 und 21 mit den übrigen des Fachloses 1 berücksichtige daher die Marktverhältnisse nicht und sei willkürlich. Des Weiteren seien die von der Ag in diesem Zusammenhang formulierten Eignungsanforderungen des Nachlassens von Präqualifizierungsnachweisen im Hinblick auf die Produktgruppen 14 und 21 mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar, weil insofern ungerechtfertigterweise von den zwingenden Maßgaben des § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V abgewichen werde.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass die ASt durch die verfahrensgegenständliche Ausschreibung in ihren Rechten verletzt wird;
2. der Ag zu untersagen, in dem offenen Verfahren zur Vergabe von Versorgungsleistungen mit wiederverwendbaren Hilfsmitteln, [...], im Los 1 einen Zuschlag zu erteilen und der Ag aufzugeben, für den Fall fortbestehender Vergabeabsicht für verfahrensgegenständlichen Liefer- und Dienstleistungen des Loses 1 erneut unter Aufteilung in Fachlose und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Wettbewerb zu stellen,

3. hilfsweise sonstige geeignete Maßnahmen anzuordnen, um eine Verletzung der Bieterrechte der ASt zu verhindern,
4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen außergerichtlichen Kosten der ASt aufzuerlegen,
5. auszusprechen, dass für die ASt die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Verfahren der Vergabenachprüfung notwendig ist.

b) Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen und

die Kosten des Verfahrens der ASt aufzuerlegen.

Zur Begründung ihrer Anträge hat die Ag mit Schreiben vom 19. Juli 2017 vorgetragen:

- Die Ag weist darauf hin, dass Beschaffungsgegenstand die Versorgung der Versicherten der Ag mit Hilfsmitteln aus dem Pool der Ag sei, nicht aber eine Versorgung der Versicherten aus den betroffenen Produktgruppen insgesamt. Zum Sachverhalt hält die Ag es für geboten klarzustellen, dass auch für die Produktgruppen 14 und 21 eine Leistungserbringung nur erfolgen könne, wenn entsprechende Präqualifizierungsnachweise vorlägen. Die Ag verweist hierzu auf Ziff. 14 der Bewerbungsbedingungen. Daraus folge, dass ggf. in Regionallosen keine Zuschläge für die Versorgung der Produktgruppen 14 und 21 aus dem Pool der Ag erteilt werden könnten. Dies sei dem Umstand der zu erwartenden niedrigen Wiedereinsatzzahlen geschuldet. In so einem Fall solle eine Versorgung von Versicherten im Zweifel auf der Grundlage des § 127 Abs. 3 SGB V erfolgen.
- Den Zuschnitt des Fachloses 1 hält die Ag für vergaberechtlich unbedenklich. Die Produktgruppen 14 und 21 in einem gesonderten Fachlos zusammenzufassen würde zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung führen. Eine ordnungsgemäße Verwaltung und eine auf wirtschaftlichen Einsatz der Hilfsmittel gerichtete Überwachung des Pools sei angesichts der zu erwartenden Anzahl an Ausschreibungsgewinnern nicht möglich. Auch sei ein solcher Neuzuschnitt des Fachloses den Versicherten nicht zuzumuten, weil in der Regel mehrere Hilfsmittel verordnet würden und die Versicherten dann von unterschiedlichen Leistungserbringern zu versorgen wären. Darüber hinaus seien die Produktgruppen 14 und 21 auch keinem selbständigen Markt bzw. Segment zuzuordnen. Die von der ASt als marktüblich beschriebene Spezialisierung sei bei der hier ausgeschriebenen Poolversorgung nicht feststellbar.

Hieran ändere auch die von der ASt bemühte differenzierende Terminologie in Medizintechnik (für die Produktgruppen 14 und 21) und Reha-Technik nichts, da diese Begrifflichkeiten insbesondere im Hilfsmittelverzeichnis des § 139 SGB V nicht verzeichnet seien.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Ag hat mit Schreiben vom 25. Juli 2017 auf Anforderung der Vergabekammer eine Übersicht der zum Fachlos 1 abgegebenen Angebote zur Vergabeakte nachgereicht. Zum Termin der Angebotsabgabe, am 29. Juni 2017, hatte danach ein Drittel der Bieter, die auf das Fachlos 1 angeboten haben, keine Präqualifizierungen für die Produktgruppen 14 und 21 nachgewiesen, dafür aber für die übrigen Produktgruppen der Reha-Technik im Fachlos 1. Ein weiteres Drittel der Bieter, die auf das Fachlos 1 angeboten haben, hatten teils für die Produktgruppen 14 und 21 teils nur für eine der beiden Produktgruppen 14 oder 21 keine Präqualifizierung nachgewiesen, dafür aber für alle übrigen Produktgruppen die Präqualifizierungen nachgewiesen. Für alle vom Fachlos 1 betroffenen Produktgruppen hatte ein weiteres Drittel der Bieter die geforderten Präqualifizierungen nachgewiesen.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 8. August 2017 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert.

Die ASt hat mit nachgelassenem Schreiben vom 10. August 2017 insbesondere zur Frage einer möglichen Splitterlosbildung vorgetragen. Hierauf hat die Ag mit Schreiben vom 14. August 2017 repliziert. Die ASt hat auf dieses Schreiben der Ag ebenfalls mit Schreiben vom 14. August 2017 nochmals Stellung genommen.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist begründet.

1. a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftrag im Anwendungsbereich der VgV – sind erfüllt, insbesondere handelt es sich bei der Ag als bundesunmittelbare Körperschaft des öffentlichen Rechts um einen funktionalen Auftraggeber i.S.v. § 99 Nr. 2 GWB.

b) Auch die individuellen, konkret auf die ASt bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben.

aa) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Denn sie hat ihr Interesse an dem zu vergebenden Auftrag sowie den ihr drohenden Schaden infolge der ihr fehlenden Teilnahmemöglichkeit am Vergabeverfahren nachvollziehbar dargelegt.

bb) Die ASt hat den bemängelten Vergabeverstoß gemäß § 160 Abs. 3 S.1 Nr. 2 GWB mit ihrem Rügeschreiben vom 28. Juni 2017 noch rechtzeitig bis spätestens zum Ablauf der in der Vergabebekanntmachung auf den [...] festgelegten Frist zur Angebotsabgabe gerügt.

cc) Die 15-Tage-Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist mit der Stellung des Nachprüfungsantrags am 12. Juli 2017 ebenfalls eingehalten, denn die Ag hat das Rügevorbringen der ASt am 29. Juni 2017 zurückgewiesen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet. Das Vergabeverfahren leidet an dem hier vorgreiflichen Fehler, dass die Ag im Fachlos 1 keine Basis für vergleichbare Angebote geschaffen hat, indem sie es den Bietern freigestellt hat, entweder auf alle Produktgruppen anzubieten oder aber – für den Fall, dass ein Bieter nicht über die erforderliche sozialrechtliche Qualifikation für die Produktgruppen 14 und 21 verfügt – diese beiden Produktgruppen nicht mit anzubieten. Dies ergibt sich aus Bewerbungsbedingung Ziff. 6.5.1, wonach ein Bieter für Fachlose 1 und 2 als Eignungsnachweis eine Bestätigung über die Präqualifizierung in allen Versorgungsbereichen vorlegen muss. Für Fachlos 1 wird dann aber die Ausnahme festgelegt, dass ein Bieter, der für die den Produktgruppen 14 und 21 zuzuordnenden Versorgungsbereiche im Fachlos 1 keine Präqualifizierung vorweisen kann, gleichwohl ein Angebot abgeben kann, wenn er für die übrigen Bereiche eine Präqualifizierung nachweist. Nach Ziff. 14 der Bewerbungsbedingungen wird dieser Umstand bei einer etwaigen Vertragsdurchführung entsprechend berücksichtigt, was – wie die mündliche Verhandlung ergeben hat – so verstehen ist, dass ein solcher Auftragnehmer jedenfalls keinen Wiedereinsatz in den Versorgungsbereichen der Produktgruppen 14 und 21 durchführen darf.

Folglich decken die Angebote einerseits nicht denselben Bedarf ab – einmal mit, einmal ohne Produktgruppen 14 und 21 -, werden andererseits aber bei der Wertung miteinander

in Wettbewerb gestellt. Es ist nicht plausibel, wie der Vergleich der Angebote hier erfolgen soll, denn im einen Fall erhält die Ag die Bewirtschaftung der Gruppen 14 und 21 mit angeboten, im anderen Fall nicht. Folglich können auch die Preise nicht miteinander verglichen werden. Fehlt aber die Basis für vergleichbare Angebote, so werden Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Der Erhalt vergleichbarer Angebote ist ein wesentlicher vergaberechtlicher Grundsatz, ihm dienen z.B. die Vorgaben über die konkrete und bestimmte Leistungsbeschreibung.

Für das Fachlos 1 ist auf dieser Grundlage keine dem Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB entsprechende Angebotswertung möglich. Angebote, die sich auf den Wiedereinsatz für sämtliche Produktgruppen des Fachloses 1 beziehen, stehen mit Angeboten im Wettbewerb, die sich mangels vorhandener Präqualifizierungen für die Produktgruppen 14 und/oder 21 nur auf die übrigen Produktgruppen der Reha-technik im Fachlos 1 beziehen. Dieses Design schließt es von vornherein aus, dass für das Fachlos 1 wesentlich gleiche Sachverhalte miteinander in Wettbewerb treten können.

Dass dieser Fehler nicht nur theoretischer Natur ist, zeigt das Ergebnis der auf das Fachlos 1 abgegebenen Angebote. Die Ag hat auf Anforderung der Vergabekammer eine auch in der mündlichen Verhandlung thematisierte Übersicht zur Vergabeakte nachgereicht, aus der die auf das Fachlos 1 abgegebenen Angebote sowie die von den einzelnen Bietern nachgewiesenen Präqualifizierungen hervorgehen. Danach weist ein Drittel der Bieter Präqualifizierungen für alle Produktgruppen im Fachlos 1 nach. Ein Drittel aber deckt diese Produktgruppen gar nicht ab, sondern nur die restlichen im Fachlos 1 („Reha-technik“), ein weiteres Drittel deckt zwar die restlichen Reha-technik-Produktgruppen ab, hat aber entweder keine Präqualifizierung für die Produktgruppe 21 (wohl aber für 14) bzw. nur Präqualifizierungen für einzelne Bereiche der Produktgruppe 14 und keine für die Produktgruppe 21. Betrachtet man nun beispielsweise die Bieter 10 (Angebot für alle Gebietslose im Fachlos 1, Nachweis aller Präqualifizierungen) und 17 (Angebot für fast alle Gebietslose im Fachlos 1, Nachweis nur der Präqualifizierungen für die Hilfsmittel der Reha-technik, keine Präqualifizierung für Produktgruppen 14 und 21), so wird deutlich, dass immerhin beide Bieter für eine Reihe von Gebietslosen parallel angeboten haben und somit insofern auch tatsächlich mit nicht vergleichbaren Angebote miteinander im Wettbewerb stehen.

3. a) Durch diesen festgestellten Vergabefehler ist die ASt in ihren Rechten verletzt worden, § 168 Abs. 1 S. 1, 1. Hs. GWB. Das Vorbringen der ASt ergibt, dass sie sich an einer

Angebotsabgabe durch das fehlerhafte Ausschreibungsdesign des Vergabeverfahrens zum Fachloses 1 gehindert sah, in dem sich der hier festgestellte Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB vorgeiflich manifestiert hat. Dass die ASt in erster Linie den Zuschnitt des Fachloses 1 bemängelt und eine Aufteilung im Hinblick auf die Produktgruppen 14 und 21 propagiert hat, steht der Verletzung ihrer Rechte somit nicht entgegen. Denn hätte sie ein Angebot formuliert, beispielsweise als Teil einer Bietergemeinschaft, wäre ihr dies ohne Verstoß gegen ihre Rechte aus § 97 Abs. 1, 2 GWB gar nicht möglich gewesen. Dies wäre ebenso gewesen, wenn – was nach den Ausführungen der Ag in der mündlichen Verhandlung nach den Bewerbungsbedingungen aber gerade ausgeschlossen sein sollte – die Regelungen in den Ziff. 6.5.1 und 14 in Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes auch reziprok auf die ASt angewendet worden wären und diese somit nur ein Angebot für den Wiedereinsatz der Hilfsmittel der Produktgruppen 14 und 21 im Fachlos 1 hätte abgeben können.

b) Das Vergabeverfahren ist im Hinblick auf die Vergabe der vom Fachlos 1 betroffenen Produktgruppen zur Beseitigung des festgestellten vorgeiflichen Vergabefehlers, der die wesentlichen Grundlagen der Ausschreibung betrifft, zu wiederholen. Dies ist nach § 168 Abs. 1 GWB die geeignete Maßnahme, um die Verletzung der Rechte der ASt zu beseitigen.

Sofern die Ag an ihrer Beschaffungsabsicht zum Wiedereinsatz der vom Fachlos 1 betroffenen Hilfsmittel (Poolversorgung) festhält und insbesondere die Produktgruppen 14 und 21 weiterhin einbeziehen will, hat sie insofern zu berücksichtigen, dass eine separate losweise Vergabe nach § 97 Abs. 4 S. 1 GWB in Betracht kommen kann (aa), sofern sie nicht ausnahmsweise doch Gründe für eine Zusammenfassung in einem Fachlos nach § 97 Abs. 4 S. 3 GWB darlegen kann (bb).

aa) Das Gebot der losweisen Vergabe nach § 97 Abs. 4 S. 1, 2 GWB wäre insofern einschlägig. Bei der im Fachlos 1 ausgeschriebenen Poolversorgung mit den Hilfsmitteln der Produktgruppen 14 und 21 einerseits und der darin erfassten übrigen Produktgruppen andererseits handelt es sich jedenfalls um Fachlossegmente, denn es bestehen für diese Produktgruppen Besonderheiten, die in Richtung eines eigenen Marktes gehen (grundlegend zu dieser Voraussetzung: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, Az.: VII-Verg 52/11).

Wie die mündliche Verhandlung letztlich unstreitig ergeben hat, handelt es sich bei den medizintechnischen Hilfsmitteln der Produktgruppen 14 und 21 um solche, die in technischer Hinsicht wesentlich komplexer als die übrigen im Fachlos 1 zusammengefasst sind. Diese Differenzierung ist bereits in der Bezeichnung des Fachloses 1 („Wiedereinsatz Rehathechnik/Medizintechnik“) angelegt. Die Hilfsmittel der Produktgruppen 14 und 21 ermöglichen eine apparatetechnische Unterstützung bzw. Überwachung verschiedener innerer Körperfunktionen (Inhalations-/Atemtherapiegeräte, Messgeräte für Körperzustände/-funktionen), während die Rehathechnik-Geräte verschiedene körperliche Gebrechen auszugleichen geeignet sind bzw. entsprechende Rehabilitationsmaßnahmen begleiten und unterstützen können (Bade-, Geh-, Mobilitätshilfen, therapeutische Bewegungsmittel usw.). An die Aufbereitung und Wartung der Hilfsmittel der Produktgruppen 14 und 21 sind dementsprechend, was die Ag in ihrem Vergabebericht Nr. 08 im Übrigen selbst anerkennt und auch in der mündlichen Verhandlung zugestanden hat, „erhöhte Anforderungen zu stellen, die nicht alle Leistungserbringer vornehmen können“ und die dementsprechend eine diesbezügliche Spezialisierung der betr. Leistungserbringer voraussetzen. Die technische Entwicklung dieser Hilfsmittel führt auch im Gegensatz zu denen der Rehathechnik „häufiger dazu, dass diese bereits nach kurzer Zeit zwar noch brauchbar sind, aber dennoch als technisch überholt zu gelten haben ...“.

Vor diesem Hintergrund ist es nachvollziehbar, dass die Hilfsmittel der Produktgruppen 14 und 21 auf Seiten der Leistungserbringer augenscheinlich eine Spezialisierung gebieten. Dies spricht für ein spezifisch abgegrenztes Marktsegment. Dies wird auch durch die Maßgaben der Ziff. 6.5.1 und 14 der Bewerbungsbedingungen unterstrichen, aus denen folgt, dass die Ag für das Fachlos 1 für den Wiedereinsatz von Hilfsmitteln der Produktgruppen 14 und 21 vom zwingenden Erfordernis einer Präqualifizierung abgesehen hat, sofern für die übrigen Produktgruppen der Rehathechnik die Präqualifizierungen vorhanden sind. Diese Ausnahme hat die Ag, wie ihre Ausführungen in der mündlichen Verhandlung ergeben haben, letztlich auch deshalb vorgenommen, weil sie vor dem Hintergrund der geringen Wiedereinsatzzahlen der vergangenen Jahre befürchtet hat, für den Wiedereinsatz der Hilfsmittel der Produktgruppen 14 und 21 ggf. gar keine Angebote zu erhalten. Dies setzt voraus, dass die potentiellen Interessenten für diese Leistungserbringung kein ausreichendes wirtschaftliches Interesse zeigen würden, wenn sie einzig für eine entsprechende Versorgungsleistung anzubieten hätten. Daraus folgt im Umkehrschluss, dass es auf dem Gesamtmarkt der Hilfsmittelversorgung eine signifikante Anzahl von Anbietern

gibt, die sich im Schwerpunkt auf die Produktgruppen 14 und 21 spezialisiert haben, was für ein eigens abgrenzbares Marktsegment spricht.

Diesen Umkehrschluss bestätigt auch die schon zitierte, von der Ag zur Vergabeakte nachgereichte Übersicht der zum Fachlos 1 eingegangenen Angebote. Zwar weist immerhin ein Drittel der Bieter Präqualifizierungen für alle Produktgruppen im Fachlos 1 nach. Ein Drittel aber deckt diese Produktgruppen gar nicht ab, sondern nur die restlichen im Fachlos 1 („Rehatechnik“), ein weiteres Drittel deckt zwar die restlichen Rehatechnik-Produktgruppen ab, hat aber entweder keine Präqualifizierung für die Produktgruppe 21 (wohl aber für 14) bzw. nur Präqualifizierungen für einzelne Bereiche der Produktgruppe 14 und keine für die Produktgruppe 21. Hinzu kommt die Dunkelziffer derjenigen Unternehmen, deren Schwerpunkt im Bereich der Produktgruppen 14 und 21 liegt, wie die ASt sowie das Unternehmen, das die Bieterfrage 63 gestellt hat, die eine der ASt identische Interessenlage offenbart und das sich ebenfalls nicht in den Reihen der Bieter findet. Das zeigt, dass jedenfalls zwei Drittel derjenigen Unternehmen, die ein Angebot abgegeben haben, für die Erbringung von Leistungen im Bereich der Produktgruppen 14 und 21 gerade nicht oder nur sehr begrenzt am Hilfsmittelmarkt tätig werden. Auch das spricht dafür, derzeit davon auszugehen, dass es sich insofern um einen abgrenzbaren Markt bzw. ein spezifisches Marktsegment handelt, das eine gesonderte Losbehandlung zulässt.

bb) Für den Fall, dass die Ag am Wiedereinsatz der Hilfsmittel auch der Produktgruppen 14 und 21 festhält und gemäß § 97 Abs. 4 S. 3 GWB darlegen kann, dass wirtschaftliche oder technische Gründe ausnahmsweise doch eine Zusammenfassung mehrerer Fachlose und damit eine Gesamtvergabe ermöglichen (vgl. grundlegend: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, Az. VII-Verg 52/11), hat sie diese in einer dem Transparenzgrundsatz des § 97 Abs. 1 S. 1 GWB bzw. dem § 8 VgV entsprechenden Art und Weise nachvollziehbar in der Vergabeakte zu dokumentieren. Freilich wird sie insofern wiederum die oben zum Verstoß gegen § 97 Abs. 2 GWB dargelegte Rechtsauffassung zu berücksichtigen haben.

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 (Bund). Der Ag als Unterliegender sind die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) aufzuerlegen. Sie hat ebenfalls die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen der ASt 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, einzu-legen.

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

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Verga-bekammer. 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.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung