



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1- 11/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Ausschreibung mit Stomaartikeln“, Los [...], EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegismund aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 27. Februar 2018 am 14. März 2018 beschlossen:

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Versorgung ihrer Versicherten mit Stomaartikeln der Produktgruppe (PG) 29 sowie mit Inkontinenzhilfen der PG 15 zur ergänzenden Versorgung von Urostomaanlagen des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V durch.

Zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit mussten die Bieter gemäß Ziffer III.2 der Bekanntmachung u.a. ein Präqualifizierungszertifikat i.S.d. § 126 Abs. 1a S. 2 SGB V vorlegen. Hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistungen sieht die Leistungsbeschreibung vor, dass die künftigen Auftragnehmer die ärztlich verordneten Hilfsmittel an die anspruchsberechtigten Versicherten ausliefern und weitere Dienst- und Serviceleistungen erbringen sollen. Dazu gehören

„alle“ mit einer „fachgerechten und qualitätsorientierten Versorgung der Versicherten (...) im Zusammenhang stehenden **Dienst- und Serviceleistungen**, die sich an den gültigen Hygiene-, Pflege- und Versorgungsstandards orientieren. Hierzu zählen insbesondere die persönliche Beratung, die Lieferung, die Anpassung und eine umfassende Einweisung und Nachbetreuung der Versicherten bzw. der Betreuungspersonen in den sachgerechten Gebrauch der Hilfsmittel“,

einschließlich von Hausbesuchen, sowie die Durchführung der notwendigen Wartungen und Reparaturen (s. Ziffer 2.2.4, 2.3.1 bis 2.3.6 der Leistungsbeschreibung (Version 4, im Folgenden: LB); Fettdruck wie im Original).

„Ziele und Inhalte der Versorgung“ sind gemäß Ziffer 2.3.1 der LB:

„(...), dass sich der Versicherte soweit wie möglich selbst versorgen kann und dass insbesondere ein(e) selbständige(r) Nutzung/Wechsel der Stomaartikel erreicht wird, um so eine möglichst **selbständige und weitestgehend uneingeschränkte Lebensführung** zu erreichen/zu ermöglichen.

Der Versicherte soll die **Risikofaktoren und Anzeichen von Komplikationen** (Hernie, Prolaps, Hautdefekte, Entzündungen usw.) kennen, um so Probleme zu vermeiden, aber auch unvermeidbare zu erkennen und adäquat darauf reagieren zu können. Der Auftragnehmer schult dazu den Versicherten bzw. dessen Betreuungsperson(en) entsprechend, nennt ihm/ihnen in diesem Zusammenhang u.a. Wege sowie Ansprechpartner und deren Kontaktdaten (...) zum Einleiten von erforderlichen Maßnahmen (**Notfall- bzw. Krisenmanagement**).

Ebenso soll der Versicherte **kontinenserhaltende Maßnahmen** kennen und diese, gerade bei temporären Stomaanlagen, auch umsetzen.

Ergänzend gibt der Auftragnehmer dem Versicherten dazu im Rahmen der Stomaberatung regelmäßig **Tipps/Informationen zur Ernährung, zur Anpassung der Trinkmenge (insbesondere bei Uro- und Ileostomie), zur Mobilität, zu prophylaktischen Maßnahmen, zur weiteren Lebensführung, zu Selbsthilfegruppen usw.**“

Der Leistungserbringer soll hierzu

„fachlich qualifiziertes Personal und Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde in der für eine qualitätsorientierte Versorgung notwendigen Anzahl“

einsetzen (s. Ziffer 2.2.4 der LB und § 4 Abs. 7 des ausgeschriebenen Rahmenvertrags).

Zur Qualifikation der „Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde“ ist in Ziffer 2.2.4 der LB Folgendes vorgesehen:

„Die Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde müssen erfolgreiche Weiterbildungen von mindestens 120 Unterrichtseinheiten (theoretischer Teil) und zusätzlich mindestens 40 praktische Unterrichtseinheiten bzw. gleichwertige Qualifikationen oder eine der nachstehenden, höherwertigen Qualifikationen nachweisen können:

- Weiterbildung als Enterostomatherapeut(in) mit einem vom World Council of Enterostomal Therapists (WCET) anerkannten Abschluss oder
- Weiterbildung als Pflegeexpertin/-experte Stoma, Kontinenz, Wunde mit einem von der Fachgesellschaft Stoma, Kontinenz und Wunde e.V. (FgSKW) anerkannten Abschluss oder
- mindestens eine gleichwertige Weiterbildung und Qualifikation.

U.a. müssen die Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde über Kenntnisse und Fähigkeiten in den Bereichen Stoma-Management, Ernährung, onkologische Pflege, Schmerzmanagement, Patientenedukation, Gesundheitssysteme, Kommunikation und Recht verfügen.

Die Angaben des Auftragnehmers (...) zur Anzahl der eingesetzten Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde und zur Anzahl des eingesetzten qualifizierten Fachpersonals werden im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt und gelten als vertraglich vereinbart.“

Das „fachlich qualifizierte Personal“ muss folgende Voraussetzungen erfüllen:

- staatlich anerkannte(r) Gesundheits- und Krankenpfleger(in),
- staatlich anerkannte(r) Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger(in) oder
- staatlich anerkannte(r) Altenpfleger(in) mit dreijähriger Ausbildung,

„Die vorgenannten Mitarbeiter(innen) müssen darüber hinaus und im Sinne dieses Vertrages über ausreichende Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten zur Hilfsmittelversorgung von Versicherten mit Stomaanlage(n) verfügen.“ (s. Ziffer 2.2.4 der LB).

Die Wertung der Angebote erfolgt anhand der Kriterien „Preis“ (gewichtet mit 80%) und „Qualität“ (s. Ziffer 11 der Bewerbungsbedingungen, Version 4). Zwei der insgesamt fünf

Qualitätskriterien sind der „Einsatz von Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde (ohne qualifiziertes Fachpersonal)“ (mit einer Gewichtung von 3%) und der „Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal (ohne Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde)“ (Gewichtung: 2%). Hierzu muss der Bieter in ein Formblatt die „garantierte Anzahl“ der einzusetzenden Pflegeexperten bzw. des Fachpersonals eintragen, die er gemäß Ziffer 2.2.4 der LB einsetzen will, hochgerechnet auf je 1.000 Versicherte der Ag. Die Punktebewertung in diesen beiden Kriterien erfolgt anhand der je Los angegebenen Quote der eingesetzten Pflegeexperten bzw. des Fachpersonals. Das Angebot mit der höchsten Quote erhält die höchste Punktzahl, die übrigen Angebote erhalten Punkte im Verhältnis zur Höchstquote (s. Ziffer 2.2 bzw. 2.3 der Anlage A5 „Beiblatt Angebotswertung“, Version 5).

Zur Begründung ihres Wertungskriteriums „Einsatz von Pflegeexperten“ führte die Ag in Anlage 1 zum Eröffnungsvermerk vom 2. November 2017 aus, dass

es „sich hier um eine unmittelbar auf die Versorgungsqualität wirkende Vorgabe [handele], mit der die Versicherten der [Ag] eine über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung erhalten werden.“

Auf die Bieterfrage 257 antwortete die Ag, dass

„der alleinige Einsatz von fachlich qualifiziertem Personal (keine Pflegeexperten) (...) nicht die Anforderung der Leistungsbeschreibung [erfüllt], so dass ein solches Angebot ausgeschlossen wird.“

Der Rüge der Antragstellerin (ASt) vom 11. Januar 2018, dass der Einsatz von Pflegeexperten nicht gefordert werden dürfe, half die Ag nicht ab.

Die ASt reichte Angebote auf die Lose [...] und [...] ein und gab in den entsprechenden Formblättern an, im Los [...] (bezogen auf je 1.000 Versicherte der Ag mit Stomaanlage) 1,18 Pflegeexperten Stoma, Kontinenz, Wunde einzusetzen und 1,92 solcher Pflegeexperten im Los [...]. Insgesamt sind zu den 20 (Gebiets-)Losen Angebote von mehr als 30 verschiedenen Bietern eingegangen.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30. Januar 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 31. Januar 2018 an die Ag übermittelt.

- a) Die ASt meint, die Ag habe zu Unrecht die Qualifikation eines Pflegeexperten als Zugangsvoraussetzung für den ausgeschriebenen Vertrag statuiert.

Zu ihrer Antragsbefugnis trägt die ASt vor, dass sie als ein vor allem in Mitteldeutschland überregional tätiger und für die ausgeschriebenen Produktgruppen präqualifizierter Leistungserbringer Interesse gehabt hätte, nicht nur für die Lose [...] und [...] ein Angebot abzugeben, sondern auch für das Los [...]. Da sie aber nur wenige Pflegeexperten beschäftige, habe sie sich auf das Los [...] nicht bewerben können.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet, weil die Ag mit ihrer Forderung des Einsatzes von Pflegeexperten Stoma, Kontinenz, Wunde gegen § 6 Abs. 3 VOL/A verstoße und hierdurch die ASt diskriminiere. Gemäß § 6 Abs. 3 VOL/A dürften nur Eignungsnachweise verlangt werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt seien. Dieser Auftragsbezug liege hier nicht vor, weil die Hauptleistungspflichten des ausgeschriebenen Rahmenvertrags die Lieferung von medizinischen Hilfsmitteln und die mit diesen Sachmitteln im Zusammenhang stehende Beratung zur Auswahl und Anwendung der Produkte seien. Hierfür seien Qualifikationen, die der Sache nach Aufgaben der ärztlichen Versorgung oder der häuslichen Krankenpflege auf die Hilfsmittelversorgung verlagerten (wie Ernährungstipps, onkologische Pflege und Patientenedukation), nicht erforderlich. Vielmehr reiche für die hier ausgeschriebenen Standardleistungen die Qualifikation nach dem Kriterienkatalog des GKV-Spitzenverbandes im Rahmen der Präqualifikation vollkommen aus und stelle eine hinreichende Qualität sicher.

Darüber hinaus sei die sozialgerichtliche Rechtsprechung zu beachten (BSG, Urteil vom 21. Juli 2011, B 3 KR 14/10 R), wonach Minimum und Maximum der Eignungsanforderungen für die Abgabe von Hilfsmitteln das Präqualifizierungsverfahren i.S.d. § 126 SGB V sei. § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V sei wegen Art. 12 GG verfassungskonform so auszulegen, dass weitere, über § 126 Abs. 1 SGB V hinausgehende Eignungsvoraussetzungen mangels gesetzlicher Ermächtigungsgrundlage nicht zulässig seien. § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V sei also abschließend und den gesetzlichen Krankenkassen stehe keine Kompetenz zu, die gesetzlichen Regelungen über die Voraussetzungen der Leistungserbringung über das allgemeine Berufsrecht hinaus zu verschärfen. Wegen des Exklusivcharakters einer Ausschreibung müsse jeder Leistungserbringer, der Versicherte nach den öffentlich-rechtlichen Vorgaben mit bestimmten Hilfsmitteln versorgen dürfe, gleichgelagerten Zugang zum Bieterwettbewerb erhalten und dürfe nicht formell wegen des

Nichtvorhaltens einer unzulässigen Qualifikation im Rahmen der Angebotswertung ausgeschlossen werden. Dies gelte sowohl für Verträge nach § 127 Abs. 2 und 3 SGB V als auch für Verträge, die gemäß § 127 Abs. 1 SGB V aufgrund von Ausschreibungen geschlossen werden. Da der deutsche Gesetzgeber im Bereich des Gesundheitswesens gemäß Art. 168 Abs. 7a AEUV eigene originäre Kompetenzen habe, werde das Sozialrecht insoweit auch nicht durch Gemeinschafts-/Vergaberecht überlagert.

Dem Vorbringen der Ag, beim Einsatz von Pflegeexperten handele es sich nicht um ein Eignungs-, sondern um ein Zuschlagskriterium, tritt die ASt damit entgegen, dass eine gesetzliche Krankenkasse auch bei der Bestimmung der Qualitätsparameter nicht frei sei. Maßstab für die GKV-Versorgung und das damit verbundene Qualitätsniveau seien vielmehr die Vorgaben des Hilfsmittelverzeichnisses und die Vorgaben nach dem Präqualifikationsverfahren gemäß § 126 SGB V. Die Ag habe die Leistungsbeschreibung erst in ihrer sehr späten Beantwortung der Bieterfrage 257 unzulässigerweise so konkretisiert, dass sie das Vorhalten eines Pflegeexperten zur Vertragszugangsschwelle erhoben habe. Damit werde diese Forderung zum Eignungskriterium und verlasse die Stufe eines schlichten Zuschlagskriteriums i.S.d. vierten Wertungsstufe. Die Ag vermische hiermit rechtswidrig Eignungs- und Zuschlagskriterien. Den hier zu beachtenden sozial- und verfassungsrechtlichen Vorgaben könne sich die Ag zudem nicht dadurch entziehen, dass sie Anforderungen an die Qualifikation, mithin an die Eignung, feinsinnig in den Bereich der Zuschlagskriterien einordne. Daran habe sich auch durch das Inkrafttreten des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes (HHVG) nichts geändert.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag anzuweisen, die Ausschreibung von Versorgungsmitteln mit Stomaartikeln der Produktartgruppe 29 und den gegebenenfalls in diesem Zusammenhang notwendigen Inkontinenzhilfen der Produktgruppe 15 für das Regionallos [...] aufzuheben;
2. hilfsweise geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen;
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. der Ag die zur entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

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.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, denn es sei angemessen, dass die Ag den Einsatz von Pflegeexperten und von qualifiziertem Fachpersonal fordere.

Entgegen der Auffassung der ASt sei vorliegend weder die Auffassung des Bundessozialgerichts noch die Frage entscheidungserheblich, ob das Präqualifizierungsverfahren i.S.d. § 126 SGB V als Grenze nach unten oder oben fungiere. Denn wie sich aus den Vergabeunterlagen deutlich ergebe, sei die Anforderung von Pflegeexperten ein Zuschlagskriterium und keine Eignungsvoraussetzung. Zusätzlich sei der Antwort der Ag auf die Bieterfrage 257 zu entnehmen, dass Pflegeexperten zwingend anzubieten seien und dass der alleinige Einsatz von fachlich qualifiziertem Personal zum Ausschluss des betreffenden Angebots führe.

Die Vorgehensweise der Ag sei vergaberechtskonform, da einem öffentlichen Auftraggeber bei der Aufstellung und Ausgestaltung von Zuschlagskriterien ein sehr weiter Entscheidungsspielraum zustehe. Die Ag meint, dass der geforderte Einsatz von Pflegeexperten und qualifiziertem Fachpersonal nicht auf sachfremden Erwägungen beruhe und einzelne Bieter nicht unzulässigerweise bevorteile. Denn es handele sich um eine unmittelbar auf die Versorgungsqualität wirkende Vorgabe, mit der die Versicherten der Ag eine über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung erhalten sollten. Ausweislich der Leistungsbeschreibung ließen sich die Hauptleistungspflichten des ausgeschriebenen Rahmenvertrages auch nicht auf die reine Lieferung von medizinischen Hilfsmitteln reduzieren, sondern erforderten ebenfalls Fachwissen im pflegerischen Bereich.

Die von der ASt zitierte Entscheidung des Bundessozialgerichts stehe dem nicht entgegen, weil die Sachverhalte nicht vergleichbar seien. Das Bundessozialgericht habe über den Beitritt zu einem Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V entschieden und nicht über einen

ausgeschriebenen Exklusivvertrag nach § 127 Abs. 1 SGB V, der nach qualitativen und wirtschaftlichen Aspekten vergeben werde. Zudem habe sich die Rechtslage nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts 2011 durch das Inkrafttreten des HHVG im April 2017 geändert. Denn die Krankenversicherungen seien jetzt gemäß § 127 Abs. 1b SGB V verpflichtet, qualitative Wertungskriterien aufzustellen. Damit habe sich die Berücksichtigung qualitativer Eigenschaften der Bieter von der Eignungs- auf die Qualitätswertung verlagert. Außerdem seien die Krankenkassen im Oberschwellenbereich nunmehr gemäß § 127 Abs. 1 S. 7 und § 69 Abs. 3 SGB V zur Ausschreibung und damit zur Anwendung des allgemeinen Vergaberechts verpflichtet, so dass § 126 SGB V vom allgemeinen Vergaberecht überlagert werde. Damit habe der nationale Sozialgesetzgeber die ihm unionsrechtlich eingeräumte Gestaltungsfreiheit i.S.d. Art. 168 AEUV unmissverständlich ausgeübt.

Anders als die ASt meine, stelle sich vorliegend ebenfalls nicht die Frage der verfassungskonformen Auslegung des § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V. Denn da die Ausschreibungsgestaltung hier den vergaberechtlichen und sozialrechtlichen Vorschriften insbesondere des HHVG entspreche, beeinflusse die Ag den Wettbewerb nicht von außen, sondern Sorge für Wettbewerb am Markt. Art. 12 GG, der keinen bestimmten Erfolg, sondern lediglich die Gewährleistung des Wettbewerbs selbst garantiere, sei damit nicht verletzt.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 27. Februar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 27. Februar 2018 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 20. März 2018 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, weil die Ag zu Recht den Einsatz von Pflegeexperten gefordert und zum Gegenstand der Wertung gemacht hat.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Im Rahmen der Antragsbefugnis stellt sich zwar bereits die Frage, ob der ASt infolge des gerügten Vergaberechtsverstoßes, die Ag hätte nicht den Einsatz von Pflegeexperten fordern dürfen, ein Schaden droht und eine Rechtsverletzung zumindest als möglich erscheint. Denn ausweislich ihrer Angebote auf die Lose [...] und [...] verfügt die ASt über Pflegeexperten und sie hat nichts dazu vorgetragen, warum sie diese nicht anteilig auch im – noch dazu räumlich benachbarten Gebiet – des Loses [...] hätte einsetzen können. Da an das Vorliegen der Antragsbefugnis jedoch keine strengen Anforderungen zu stellen sind, darf die Darlegungslast insoweit nicht überspannt werden (BGH, Beschlüsse vom 26. September 2006, X ZB 14/06 m.w.N., und vom 1. Februar 2005, X ZB 27/04). Ausführungen eines Antragstellers dazu, wie sein etwaiges Angebot möglicherweise ausgesehen hätte, sind daher grundsätzlich nicht erforderlich. Der Vortrag der ASt, sie habe kein Angebot auf das Los [...] abgegeben, weil sie sich hieran durch die angeblich rechtswidrige Anforderung der Ag, Pflegeexperten einsetzen zu müssen, gehindert sah, reichen daher für die Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags aus.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, da die Anforderung der Ag, bei der Auftragsdurchführung Pflegeexperten einsetzen zu müssen, rechtmäßig ist. Anders als die ASt meint, handelt es sich hierbei nicht um ein Eignungskriterium (dazu unter a)), außerdem ist diese Anforderung sowohl vergabe-, als auch sozial- und verfassungsrechtlich zulässig (dazu unter b) bis d)).

a) Bei der Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, handelt es sich nicht um ein Eignungskriterium, sondern um eine Anforderung an die Auftragsausführung sowie um ein Zuschlagskriterium.

Eignungskriterien sind solche, die die Fähigkeiten des Bieters an sich und damit sein Unternehmen betreffen, um zu prognostizieren, ob dieses Unternehmen aufgrund seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der

Lage sein wird (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 4/13 m.z.N.; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des § 56 VgV, BR-Drs. 87/16, S. 209). Die Anforderungen der Ag an die Eignung der Bieter ergeben sich vorliegend aus Ziffer III. der Bekanntmachung; gefordert ist hiernach u.a. die Präqualifikation der Bieter i.S.d. § 126 SGB V. Um eine solche Anforderung handelt es sich beim von der Ag geforderten Einsatz von Pflegeexperten jedoch nicht. Denn es kommt der Ag mit dieser Anforderung nicht auf die Feststellung an, ob und/oder wie viele Pflegeexperten ein Bieter vorhält. Vielmehr geht es der Ag darum, dass bei der Ausführung des Auftrags (u.a.) Pflegeexperten tatsächlich eingesetzt werden, außerdem bewertet die Ag die im Einzelnen angebotenen Leistungen danach, wie viele Pflegeexperten der betreffende Bieter einsetzen will und ermittelt aus den entsprechenden Angaben die qualitativen Unterschiede zwischen den Angeboten. Diese Anforderung ist also nicht unternehmensbezogen, sondern betrifft den Umfang der ausgeschriebenen Leistungen und damit den Inhalt des Vertrags bzw. die Maßstäbe für die Wertung der Angebote. Damit handelt es sich bei dieser Anforderung sowohl um eine besondere Bedingung dafür, wie der ausgeschriebene Auftrag ausgeführt wird (also um eine Ausführungsbedingung i.S.d. § 128 Abs. 2 GWB, deren Nichterfüllung gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zum Angebotsausschluss führt), als auch um ein Kriterium, anhand dessen die vom jeweiligen Bieter angebotene Leistung im Rahmen der vierten Wertungsstufe bewertet wird, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln (also um ein Zuschlagskriterium i.S.d. § 127 GWB) (vgl. zur Abgrenzung von Eignungs- und Zuschlagskriterien: BGH, aaO.; OLG Düsseldorf, aaO., sowie Beschluss vom 21. Mai 2008, VII-Verg 19/08, bzw. zu Auftragsausführungsbedingungen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, und die Begründung der Bundesregierung zu § 128 Abs. 2 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 113).

Anders als die ASt meint, hat sich die Ag nicht erst „sehr spät“ (in ihrer Antwort auf die Bieterfrage 257) dafür entschieden, die Wertung der Angebote davon abhängig zu machen, dass Pflegeexperten eingesetzt werden. Vielmehr war bereits in der 1. Version der Leistungsbeschreibung (Ziffer 2.2.4, s. Bl. 75 der Vergabeakte) sowie des ausgeschriebenen Rahmenvertrags (§ 4 Abs. 7, Bl. 140 der Vergabeakte) vorgesehen, dass Fachpersonal „und“ Pflegeexperten einzusetzen sind. Abgesehen davon kommt es für die rechtliche Beurteilung, ob diese Anforderung rechtmäßig ist, nicht darauf an, zu welchem Zeitpunkt der Angebotsphase diese vom Auftraggeber aufgestellt wurde.

- b) Dass die Ag den Einsatz von Pflegeexperten als Auftragsausführungsbedingung und als Zuschlagskriterium aufstellt, ist vergaberechtskonform.

Vorauszuschicken ist zunächst, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer ausgeschriebenen Vorgabe nicht darauf ankommt, was für Anforderungen nach Auffassung der ASt oder des GKV-Spitzenverbandes für die Versorgung von Stomapatienten erforderlich wären. Vielmehr bestimmt der öffentliche Auftraggeber selbst, was er beschafft, – hier also die Ag, mit was für Hilfsmitteln und damit zusammengehörenden Leistungen die bei ihr versicherten Stomapatienten versorgt werden sollen. Gleichermaßen ist die Ag grundsätzlich darin frei, die Anforderungen an die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung zu bestimmen, sowie ebenso darin, die Kriterien zu bestimmen, anhand denen sie das für sie wirtschaftlichste Angebot auswählt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11). Voraussetzung ist allerdings, dass diese Bestimmung anhand nachvollziehbarer objektiver und auftragsbezogener Gründe, vor allem also willkürfrei, getroffen worden ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 30. April 2014, VII-Verg 33/13; vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12 und vom 22. Mai 2013, VII-Verg 16/12) (dazu unter aa)). Bei Auftragsausführungsbedingungen sind darüber hinaus die gesetzlichen Vorgaben des § 128 Abs. 2 GWB zu beachten (dazu unter bb)) bzw. bei Zuschlagskriterien zusätzlich die Anforderungen des § 127 Abs. 3, 4 GWB und § 58 VgV (dazu unter cc)). Sämtliche dieser Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

- aa) Die allgemeinen vergaberechtlichen Grenzen ihres Leistungsbestimmungsrechts hat die Ag nicht überschritten:

Die geforderten Pflegeexperten sollen u.a. über Kenntnisse und Fähigkeiten in den Bereichen Stoma-Management, Ernährung, onkologische Pflege, Schmerzmanagement und Patientenedukation verfügen. In ihrer Vergabeakte begründet die Ag die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, damit, dass sich dies unmittelbar auf die Versorgungsqualität auswirke und ihre Versicherten eine „über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung erhalten“ sollen.

Dies sind objektive und nachvollziehbare Gründe, da die Qualität der Versorgung der Versicherten der Ag tatsächlich steigt, wenn die Stomapatienten durch Personen beraten und versorgt werden, die über die allgemeinen Kenntnisse z.B. eines

Gesundheits- und Krankenpflegers hinaus über Zusatzkenntnisse in den Fragen verfügen, die sich speziell bei Stomapatienten stellen. Damit liegt gleichzeitig der erforderliche Bezug zum konkret ausgeschriebenen Auftrag vor, weil es sich vorliegend gerade um die Versorgung von Stomapatienten handelt.

Dass die ASt demgegenüber meint, für die Versorgung von Stomapatienten mit den notwendigen Hilfsmitteln seien die besonderen Qualifikationen von Pflegeexperten Stoma, Inkontinenz, Wunde nicht erforderlich, ist nach dem oben Gesagten unerheblich. Dasselbe gilt für die Anforderungen, die der GKV-Spitzenverband im Rahmen der üblichen Hilfsmittelversorgung empfiehlt. Denn wie die sachgerechte Anforderung der Ag zeigt, beinhaltet die verfahrensgegenständliche Ausschreibung nicht lediglich eine von der ASt angesprochene Standardversorgung mit bestimmten Hilfsmitteln. Vielmehr will die Ag im Interesse ihrer Versicherten besondere Leistungen beschaffen, die über das Standardmaß hinausgehen, um ihren Versicherten „eine möglichst selbständige und weitestgehend uneingeschränkte Lebensführung (...) zu ermöglichen“ (s. Ziffer 2.3.1 der LB). Dazu reicht der Kriterienkatalog des GKV-Spitzenverbands nicht aus. Dies gilt vor allem für die Anforderungen an die Präqualifikation. Denn selbst wenn ein Bieter präqualifiziert ist, erfüllt dies das objektiv gerechtfertigte Anliegen der Ag nicht, weil die Präqualifikation eines Leistungserbringers noch nicht gewährleistet, dass er sein qualifiziertes Personal bei der Auftragsausführung tatsächlich auch einsetzt. Hierzu sind vielmehr bereits bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigende und vertraglich verbindliche Vorgaben erforderlich, deren Erfüllung die Ag bei der Vertragsdurchführung ggf. durchsetzen kann (vgl. zum Sinn von Auftragsausführungsbedingungen i.S.d. § 128 GWB die Begründung der Bundesregierung zu § 128 Abs. 2 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 113, und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13).

Abgesehen davon sind die betroffenen Leistungserbringer selbst uneins, was die Einordnung der hier ausgeschriebenen Leistungen angeht. Nach Auffassung der ASt handelt es sich lediglich um Standardleistungen ohne hohen Dienstleistungsanteil. Demgegenüber haben allerdings mehrere Bieter in Bieterfragen (Nr. 32, 79), Rügen und in Nachprüfungsverfahren vor der erkennenden Vergabekammer die Meinung vertreten, vorliegend weise dieses Vergabeverfahren einen so hohen Dienstleistungsanteil auf, dass die Ausschreibung nicht zweckmäßig sei i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V und daher aufgehoben werden müsse (was von der

Vergabekammer verneint wurde, s. nur Beschlüsse vom 15. Februar 2018, VK 1-161/17, und vom 1. März 2018, VK 1-7/18).

- bb) Als Auftragsausführungsbedingung genügt die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, ebenfalls den Anforderungen des § 128 Abs. 2 GWB. Die gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Verbindung mit dem Auftragsgegenstand wurde bereits oben unter b)aa) bejaht. Außerdem ergibt sich diese Bedingung – wie in § 128 Abs. 2 S. 2 GWB vorgeschrieben – aus den Vergabeunterlagen, nämlich sowohl aus Ziffer 2.2.4 der LB als auch aus § 4 Abs. 7 des Rahmenvertrags („fachlich qualifiziertes Personal und Pflegeexperten“, Hervorhebung nur hier).
- cc) Anforderungen wie hier die Anzahl der eingesetzten Pflegeexperten, die in die Wertung der Angebote einfließen, müssen zusätzlich zu den oben unter b)aa) genannten Aspekten die in § 127 GWB und § 58 VgV genannten vergaberechtlichen Voraussetzungen an Zuschlagskriterien erfüllen. Dies ist hier der Fall.

(1) Die vorgeschriebene Verbindung mit dem Auftragsgegenstand wurde bereits oben unter b)aa) bejaht.

(2) Des Weiteren schreibt § 127 Abs. 4 GWB vor, dass die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Auch diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Was die Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs angeht, ist nicht auf die individuellen Verhältnisse der ASt, sondern darauf abzustellen, ob es Unternehmen der betroffenen Branche generell möglich war, am streitgegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Denn ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht verpflichtet, jedem einzelnen potentiellen Bieter die Marktteilnahme zu ermöglichen und seine Vergabe so durchzuführen, dass sie zum Unternehmenskonzept jedes möglichen Bieters passt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12; vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12, und vom 3. März 2010, VII-Verg 46/09). Unter dieser Prämisse zeigt das Ergebnis der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, dass es mehr als 30 Unternehmen möglich war, sich mit einem

Angebot an einem oder mehreren der 20 ausgeschriebenen Lose zu beteiligen. Die Bieter haben dabei auch bestätigt, Pflegeexperten einzusetzen, dazu zählt auch die ASt (bzgl. der Lose [...] und [...]). Die Schwelle, ein wertungsfähiges Angebot abgeben zu können, war hier auch nicht hoch. Denn die Ag hat keine Mindestanzahl von einzusetzenden Pflegeexperten vorgegeben, diese mussten auch nicht in Vollzeit für die Bieter tätig werden und konnten zudem auf mehrere Lose verteilt werden (s. Antwort auf Bieterfragen Nr. 64 und 254). Sogar die ASt selbst hätte weitere Angebote abgeben können, da sie insgesamt 3,1 Pflegeexperten einsetzen will (hochgerechnet auf 1.000 Versicherte der Ag). Es kann darüber hinaus nicht davon ausgegangen werden, dass ein Angebot wie das der ASt auf die Lose [...] und [...], in dem nur wenige Pflegeexperten eingesetzt werden sollen, von vornherein keine Chancen hätte, den Zuschlag zu erhalten. Denn zwar würde ein solches Angebot nur wenige Punkte im Kriterium „Anzahl der Pflegeexperten“ erhalten, dafür könnten aber die Personalkosten des betreffenden Bieters und damit sein Angebotspreis entsprechend niedriger sein, so dass dieses Angebot vor allem wegen des erheblich höheren Gewichts des Zuschlagskriteriums „Preis“ (der zu 80% in die Wertung einfließt im Gegensatz zum Kriterium „Pflegeexperten“ mit 3%) durchaus gute Zuschlagsaussichten hätte. Der Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, kommt mithin keine marktausschließende Wirkung zu und beeinträchtigt (auch für die ASt) nicht die Möglichkeit, mit realen Chancen am Wettbewerb teilzunehmen.

Dieses Zuschlagskriterium, Pflegeexperten einzusetzen, wurde von der Ag auch nicht so festgelegt und bestimmt, dass der Zuschlag willkürlich erteilt werden kann. Denn die Angebotswertung erfolgt diesbezüglich anhand der eigenen Angaben der Bieter in den dafür vorgesehenen, mit dem Angebot einzureichenden Formblättern. Damit ist gleichzeitig die weitere Anforderung des § 127 Abs. 4 GWB erfüllt, dass eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Denn hierzu brauchen nur die Bieterangaben in den Formblättern anhand der weiteren Wertungsvorgaben für die Vergabe der konkreten Einzelpunkte nachvollzogen zu werden (s. Ziffer 2.2 der Anlage A5 „Beiblatt Angebotswertung“).

(3) Des Weiteren wurde – wie in § 127 Abs. 5 GWB vorgeschrieben – das Zuschlagskriterium, Pflegeexperten einzusetzen, in den Vergabeunterlagen aufgeführt (s. dazu bereits oben unter b)bb)).

(4) Die Anforderungen des § 58 VgV sind vorliegend ebenfalls erfüllt. Als Beispiel für ein zulässiges Zuschlagskriterium nennt diese Vorschrift die Qualifikation des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn „die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV). So verhält es sich auch hier. Denn wie bereits oben unter b)aa) gesagt, kann der Einsatz von Pflegeexperten, die besonders in der Betreuung von Stomapatienten fortgebildet wurden, die Qualität der Stomaversorgung der Versicherten der Ag verbessern. Damit ist gleichermaßen den Bedenken der ASt Rechnung getragen, dass Eignungs- und Zuschlagskriterien nicht miteinander vermischt werden dürfen. Denn nachdem früher noch streng vertreten wurde, dass z.B. die Qualifikation des Personals, die regelmäßig bei der Beurteilung der Eignung eines Unternehmens eine Rolle spielen kann, grundsätzlich nicht im Rahmen der vierten Wertungsstufe bewertet werden darf, lässt seit einigen Jahren sowohl die Rechtsprechung als auch das Vergaberecht (in § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV bzw. bereits davor in § 4 Abs. 2 S. 2 VgV i.d.F. vom 15. Oktober 2013) ein solches Zuschlagskriterium zu, wenn sich – wie hier – die Qualifikation des Personals auf die Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags auswirkt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 4/13 m.z.N.).

c) Die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, widerspricht darüber hinaus nicht den einschlägigen sozialrechtlichen Vorgaben. Auf die Frage, ob das (EU-)Vergaberecht das nationale Sozialrecht ggf. verdrängt oder ob umgekehrt wegen Art. 168 AEUV das Sozialrecht vor dem EU-Vergaberecht vorrangig ist, kommt es daher vorliegend nicht an.

Denn dass ein öffentlicher Auftraggeber in Verträgen über die Versorgung seiner Versicherten mit Hilfsmitteln qualitative Anforderungen in die Leistungsbeschreibung oder als Zuschlagskriterien aufnehmen muss, ist in § 127 Abs. 1b S. 3, 4 SGB V vorgeschrieben. Die Qualifikation des mit der Auftragsausführung betrauten Personals wird in § 127 Abs. 1b S. 3 SGB V sogar ausdrücklich als ein zulässiges Zuschlagskriterium genannt.

Die dagegen von der ASt aufgeworfene Frage, inwieweit § 126 SGB V hinsichtlich der Aufstellung von Eignungsanforderungen abschließend ist, ist hier bereits deshalb unerheblich, weil es sich bei der Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, nicht um eine Eignungsanforderung handelt (s. dazu oben unter a)). Doch selbst wenn man diese Anforderung aufgrund ihrer eignungsähnlichen Ausschlusswirkung auch vor dem Hintergrund des § 126 SGB V beurteilen wollte, kann § 126 SGB V jedenfalls seit Inkrafttreten des HHVG im April 2017 nicht mehr so verstanden werden, dass ein Leistungserbringer bereits dann ohne Weiteres zur Versorgung mit Hilfsmitteln berechtigt ist, wenn er präqualifiziert ist. Denn anderenfalls würde der durch das HHVG geschaffene § 127 Abs. 1b SGB V leerlaufen. Die Qualifikation des eingesetzten Personals kann nämlich nur dann – wie gesetzlich in § 127 Abs. 1b S. 3 SGB V zugelassen – ein taugliches Zuschlagskriterium sein, wenn der Auftraggeber mehr als die in § 126 SGB V gesetzlich vorgeschriebene Präqualifikation verlangen und dementsprechend je nach Bieter abgestuft bewerten darf. Die Präqualifikation eines Unternehmens i.S.d. § 126 SGB V ist mithin nur noch als eine gesetzliche Mindestanforderung an dessen Eignung bzw. allgemein gesprochen an dessen Recht zu verstehen, an der Versorgung gesetzlich Versicherter grundsätzlich teilnehmen zu dürfen, über die eine gesetzliche Krankenkasse aber hinausgehen darf (in ihrem Entwurf des HHVG spricht die Bundesregierung dementsprechend von der „grundsätzlichen Eignung“ des Leistungserbringers, s. BT-Drs. 18/10186, S. 18). Dies folgt jedoch nicht nur aus dem Zusammenspiel von § 126 SGB V mit § 127 Abs. 1b SGB V, sondern bereits aus dem Wortlaut des § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V „können nur“. Bestätigt wird die hier vertretene Auffassung, dass ein Leistungserbringer nicht bereits aufgrund seiner Präqualifikation ohne Weiteres zur Hilfsmittelversorgung berechtigt ist, auch durch den weiteren Inhalt dieser Norm. Denn zur Versorgung berechtigt ist ein Leistungserbringer gemäß § 126 Abs. 1 S. 1 SGB V nur „auf der Grundlage von Verträgen“ nach § 127 Abs. 1 bis 3 SGB V, also nur dann, wenn zusätzlich ein Vertrag mit ihm abgeschlossen wurde (sog. „Vertragsprinzip“, vgl. Begründung zum Entwurf des HHVG, BT-Drs. 18/10186, S. 17). Dementsprechend haben auch die Versicherten einer gesetzlichen Krankenkasse keinen Anspruch, von jedem präqualifizierten Leistungserbringer versorgt zu werden, sondern nur von denen, mit denen ihre Krankenkasse einen Vertrag geschlossen hat (s. § 33 Abs. 6 SGB V). Hieraus folgt ein Weiteres: Auch das Sozialrecht selbst erkennt an, dass Leistungserbringer von der Versorgung von Versicherten z.B. mit Hilfsmitteln ausgeschlossen werden können. Sei es, weil die betreffende Krankenkasse mit ihnen keinen entsprechenden Vertrag geschlossen hat, oder sei es z.B., weil diese die (gemäß § 127 Abs. 1b S. 3, 4 SGB V zulässigen)

besonderen Anforderungen an die Qualifikation des eingesetzten Personals nicht erfüllen. Gerade soweit es um Anforderungen geht, die wie hier die Qualität der Hilfsmittelversorgung betreffen, entspricht die Vorgehensweise der Ag schließlich dem Sinn und Zweck des HHVG, die Qualität der Hilfsmittelversorgung zu verbessern. Verbessert werden sollten mit den betreffenden Neuregelungen u.a. die Beratung und Information der Versicherten (s. die Neufassung von § 127 Abs. 1 S. 2 SGB V sowie Begründung der Bundesregierung zum Entwurf dieser Norm in BT-Drs. 18/10186, S. 12, 18, 20, 33), wie sie die Ag auch hier von ihren zukünftigen Vertragspartnern verlangt.

Die von der ASt zitierte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 2011 ist daher durch die neue Rechtslage nach dem HHVG 2017 überholt, jedenfalls wenn es sich um Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V handelt, da dann § 127 Abs. 1b SGB V anwendbar ist. Ob und inwieweit dies noch für sog. Beitrittsverträge nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V gilt, ist hier nicht zu entscheiden.

- d) Auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht bestehen gegen die Vorgehensweise der Ag keine Bedenken.

Wie bereits oben gesagt, kommt es auf die Frage, ob § 126 SGB V abschließend ist und die gesetzlichen Krankenkassen keine über die gesetzlichen Voraussetzungen der Leistungserbringung sowie über das allgemeine Berufsrecht hinausgehenden Anforderungen verlangen dürfen, hier bereits deshalb nicht an, weil es sich bei der Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, nicht um eine Eignungsanforderung handelt. Allerdings ist der ASt zuzugeben, dass die hier ausgeschriebene Anforderung ggf. dazu führt, dass ein Leistungserbringer, der keine Pflegeexperten einsetzt, von der Versorgung der Versicherten der Ag im Stomabereich ebenso ausgeschlossen wird wie wenn er eine entsprechende Eignungsanforderung nicht erfüllt. Dies ist aber keine Besonderheit der Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, sondern stets der Fall, wenn ein Bieter in einem Vergabeverfahren nicht den Zuschlag erhält, sei es, weil er entsprechende formale Vorgaben oder die Anforderungen des ausgeschriebenen Vertrags nicht erfüllt oder weil er auf der vierten Wertungsstufe anderen Bietern unterliegt, die ein anhand der Zuschlagskriterien „besseres“ Angebot abgegeben haben. Art. 12 GG ist in diesem Fall nicht verletzt. Die Marktzugangs- und sonstigen Rechte der Leistungserbringer i.S.d. Art. 12 GG werden bei der Durchführung öffentlicher Ausschreibungen gemäß dem Vergaberecht nämlich bereits dadurch gewahrt, dass sie – wie hier – am Wettbewerb um

die ausgeschriebenen Verträge teilhaben können und nicht auf Dauer, sondern nur während der begrenzten Vertragslaufzeit von der Berücksichtigung bei künftigen Versorgungsentscheidungen ausgeschlossen werden (vgl. BSG, Urteile vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 R m.z.N., und vom 10. März 2010, B 3 KR 26/08 R; Jaeger, ZwER 2005, 31, 46; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse vom 1. November 2010, 1 BvR 261/10, und vom 27. Februar 2008, 1 BvR 437/08; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, und vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11). Bei der streitgegenständlichen Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, bestehen diesbezüglich umso weniger Bedenken, weil diese Anforderung keine Marktausschlusswirkung hat (s. hierzu bereits oben unter b)cc) (2)). Die eingegangenen Angebote – auch der ASt selbst – bestätigen dies.

Die von der ASt geforderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für die ausgeschriebenen Anforderungen der Ag liegen ebenfalls vor. In vergaberechtlicher Hinsicht ergibt sich die Befugnis, die Teilnahme an einem ausgeschriebenen Auftrag durch bestimmte Anforderungen zu beschränken, vorliegend aus §§ 127, 128 GWB und § 58 VgV (s. dazu oben unter b)), in sozialrechtlicher Hinsicht vor allem aus § 127 Abs. 1b SGB V (s. dazu oben unter c)).

III.

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

Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Denn durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern u.a. hierüber hinausgehende grundlegende Fragen zum Zusammenspiel von Vergabe- und Sozialrecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

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.

**Der Vorsitzende Behrens ist
wegen Ortsabwesenheit an der
Unterschriftsleistung gehindert.**

Dr. Dittmann

Dr. Dittmann