



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 113/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Pflegerberatung, Referenznummer der Bekanntmachung: [...]“, 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 Barth auf die mündliche Verhandlung vom 17. Oktober 2017 am 6. November 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe „Pflegerberatung, Referenznummer der Bekanntmachung: [...]“ europaweit aus (vgl. Bekanntmachung vom [...], EU-Amtsblatt [...]).

Auftragsgegenstand ist die Durchführung der individuellen Beratung und Hilfestellung durch Pflegerberater/Pflegerberaterinnen nach § 7a SGB XI für die Anspruchsberechtigten gegenüber der Ag nach § 7a Abs. 1 und 2 SGB XI und im Bedarfsfall der allgemeinen Aufklärung und Auskunft nach § 7 SGB XI für Versicherte der Ag und deren Angehörige (vgl. Ziffer II.1.4) der Bekanntmachung). Unter Ziffer 1 („Struktur“) der Leistungsbeschreibung wurde unter anderem Folgendes ausgeführt:

„Die zu erbringende Leistung dient der Sicherstellung des Anspruchs der Versicherten auf kostenfreie und neutrale Pflegerberatung nach § 7a SGB XI. ... Die telefonische Information und Beratung der Anrufer wird durch eine ausreichende Anzahl von festangestellten Pflegerberaterinnen und Pflegerberatern wochentags zwischen 8 und 19 Uhr und samstags zwischen 10 und 16 Uhr sichergestellt.

Darüber hinaus sind weitere Pflegerberaterinnen und Pflegerberater bundesweit in der aufsuchenden Pflegerberatung tätig. Auch diese Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter sind festangestellt, verfügen über ein voll ausgestattetes Homeoffice und einen Dienstwagen. ...“

Die zu erbringenden Beratungsleistungen sind gemäß Ziffer 3 der Leistungsbeschreibung in zwei verschiedene Module unterteilt, und zwar zum einen (Modul 1) die telefonische Pflegerberatung (eigene kostenfreie Servicenummer), die telefonische Beratung nach § 7 sowie § 7a SGB XI erfasst (Module 1.1 und 1.2), und zum anderen (Modul 2) die Begleitung in der Pflegesituation (in der Regel als aufsuchende Beratung vor Ort). Zum Modul 2 hieß es wiederum:

„Da der Hausbesuch zentraler Bestandteil des Beratungsangebots ist, verfügen die Pflegerberaterinnen und Pflegerberater neben einem Dienstwagen auch über ein voll ausgestattetes Homeoffice. ...“

Eine Aufteilung der ausgeschriebenen Leistungen in Lose ist nicht vorgesehen (vgl. Ziffer II.1.6) der Bekanntmachung und Ziffer 2.2.3 der Ausschreibungsunterlagen).

In dem den Vergabeunterlagen beiliegenden Vertrag heißt es unter § 2 (6):

„Für die Erfüllung der Aufgaben nach Absatz 1 setzt der Auftragnehmer ausschließlich festangestelltes qualifiziertes Personal ein, das die Qualifikationsanforderungen nach § 7a Abs. 3 Satz 2 SGB XI i.V.m. der derzeit geltenden Empfehlung des GKV-Spitzenverbands nach § 7a Abs. 3 Satz 3 SGB XI a.F. (...) und den Grundsatz der Neutralität erfüllt und keiner weiteren Beschäftigung bei Leistungserbringern oder Einrichtungen gemäß §§ 126, 132 sowie 132a bis d SGB V nachgeht.“

Gemäß Ziffer II.2.5) der Auftragsbekanntmachung vom 28. Juli 2017 sollte zunächst der Preis nicht das einzige Zuschlagskriterium sein; im Übrigen wurde auf die Beschaffungsunterlagen verwiesen. Gemäß Ziffer 2.3 der Ausschreibungsunterlagen ist Zuschlagskriterium allein (zu 100%) der Preis, wie er sich aus dem auszufüllenden Preisblatt ergibt. Mit Berichtigungsbekanntmachung vom 6. September 2017 wurde Ziffer II.2.5) der Auftragsbekanntmachung dahingehend geändert, dass der Preis das einzige Zuschlagskriterium sein sollte.

Nachdem die ASt ihre Verfahrensbevollmächtigten am 24. August 2017 mit der rechtlichen Prüfung bestimmter Vorgaben in den Vergabeunterlagen beauftragt hatte, rügte sie mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 25. August 2017 die Vorgaben hinsichtlich der Mitarbeiter nach Ziffer 1 der Leistungsbeschreibung und § 2 (6) des Vertrags, nämlich Festanstellung, Ausstattung mit Homeoffice und Dienstwagen sowie Ausschluss weiterer Beschäftigung bei bestimmten Arten von Leistungserbringern und Einrichtungen. Zudem rügte die ASt den Umstand, dass der Preis nach den Vergabeunterlagen das einzige Zuschlagskriterium sei. Mit Schreiben vom 1. September 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie die Anforderung, dass die Pflegeberater des Auftragnehmers mit einem Homeoffice und einem Dienstwagen ausgestattet sein müssten, fallen lasse, im Übrigen der Rüge aber nicht abhelfe. Mit dem Fragen-Antworten-Katalog Nr. 4 vom 1. September 2017 informierte die Ag alle Bieter über die fallengelassenen Anforderungen.

Im Vorgriff auf den nunmehr beabsichtigten Nachprüfungsantrag beauftragte die ASt ihre Verfahrensbevollmächtigten am 5. September 2017 mit einer ergänzenden Prüfung der Vergabeunterlagen, unter anderem wegen des Umstands, dass die Leistung nicht in Lose

aufgeteilt sei. Daraufhin rügte die ASt mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 5. September 2017 eine fehlende Losaufteilung in Fach- und Regionallose. Mit Schreiben vom 11. September 2017 wies die Ag die Rüge als verspätet nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB zurück.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 18. September 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 19. September 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt zum einen gegen bestimmte Vorgaben in den Vergabeunterlagen zum Mitarbeiterinsatz, nämlich die Vorgabe, dass das für die Pflegeberatung eingesetzte Personal fest eingestellt sein muss, sowie die Vorgabe, dass das eingesetzte Personal nicht bestimmten weiteren Beschäftigungen nachgehen darf. Beide Vorgaben seien unverhältnismäßig und diskriminierend. Die Vorgaben würden über die Anforderungen und Qualifikationen an Pflegeberater, wie sie sich aus § 7a SGB XI – auch in Verbindung mit den Empfehlungen des GKV-Spitzenverbands – ergeben würden, deutlich hinausgehen, ohne dass dafür ein sachlicher Grund ersichtlich sei.

Insbesondere ergebe sich aus § 7a Abs. 3 SGB XI und den Empfehlungen nicht, dass Pflegeberater fest angestellt sein müssten. Es gebe auch sonst keine sachlichen Gründe dafür, die die Vorgabe rechtfertigen würden. Vielmehr laufe die Vorgabe allein auf ein bestimmtes Geschäftsmodell, nämlich das des derzeitigen Auftragnehmers der vorliegend ausgeschriebenen Pflegeberatungsleistungen, der [...], hinaus; mit Inhalt und Qualität der zu erbringenden Leistung stehe das in keinem Zusammenhang. Die ASt selbst würde seit Anfang 2009 Pflegeberatungsleistungen für zahlreiche Pflegekassen durchführen. Die Leistungen würden teils durch festangestellte Mitarbeiter (so vor allem die telefonische Beratung) und teils durch Honorarkräfte erbracht werden; dies betreffe insbesondere die aufsuchende Pflegeberatung. Dass die aufsuchende Pflegeberatung durch Honorarkräfte durchgeführt werde, sei weit verbreitet. Qualitätsprobleme oder andere Probleme, die die Annahme nahelegen würden, dass eine Pflegeberatung durch qualifizierte und zertifizierte Honorarkräfte nicht den gesetzlichen Vorgaben, den Qualitätsanforderungen der Kasse oder in anderer Weise nicht den Bedürfnissen der Versicherten entsprechen würde, seien dabei bisher nicht bekanntgeworden. Eine Pflegeberatung nach § 7a SGB XI dürfe ohnehin nur durch Personen erfolgen, die ein entsprechendes Zertifikat erworben hätten, was wiederum die Teilnahme an entsprechenden Fortbildungsmaßnahmen voraussetze, deren Curriculum den Empfehlungen

des GKV-Spitzenverbands nach § 7a Abs. 3 Satz 3 SGB XI zur Anzahl, Qualifikation und Fortbildung von Pflegeberaterinnen und Pflegeberatern entspreche.

Soweit die Ag geltend mache, ihre Qualitätsanforderungen an die Leistung könnten nur durch festangestellte Pflegeberater erfüllt werden, da sie nur dann die erforderliche zeitliche Flexibilität hätten, um den Wünschen der zu Beratenden entgegenkommen zu können, sei dies unzutreffend. Die Praxiserfahrung spreche im Gegenteil dafür, dass gerade Honorarkräfte, die nur dann etwas verdienen würden, wenn sie auch arbeiten würden, ihren Arbeitseinsatz oftmals deutlich flexibler planen würden, als dies bei festangestellten Mitarbeitern mit festen Arbeitszeiten der Fall sei. Der Verdacht einer Scheinselbständigkeit – wie die Ag meine – ergebe sich demgegenüber nicht, da die ASt über eine Vielzahl von Pflegeberatern verfüge, auf die sie jeweils wechselnd zurückgreife. Eine Festanstellung der Pflegeberater sei auch nicht notwendig, um die Neutralität der Beratung sicherzustellen. Die Neutralität der Beratung gehöre zu den normalen gesetzlichen Leistungsvorgaben. Sie könne bei Honorarkräften mindestens ebenso gut durch andere, zielgerichtete Maßnahmen sichergestellt werden, etwa einer vertraglichen Verpflichtung der Pflegeberater zur Neutralität sowie ein entsprechendes Monitoring der Beratungsleistungen. Auch eine Weisungsgebundenheit lasse sich vertraglich regeln. Aus der Praxis seien keine Probleme hinsichtlich Neutralität der Beratung beim Einsatz von Honorarkräften bekannt. Die Vorgabe der Festanstellung sei im Übrigen gänzlich branchenunüblich und sei wegen des fehlenden Zusammenhangs mit der Leistung (sie betreffe gerade nicht den Leistungsinhalt) auch nicht vom Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers gedeckt. Die Vorgabe betreffe die Rahmenbedingungen und Modalitäten der Leistungserbringung, so dass die Ag hier anders als bei der Leistungsbestimmung nicht frei sei. Die Vorgabe sei vielmehr an § 128 Abs. 2 GWB zu messen, wonach derartige Bedingungen mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen müssten, um zulässig zu sein. Im Übrigen sei auch das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers nicht schrankenlos; Grenzen würden sich insbesondere aus den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Gleichbehandlung und der Transparenz ergeben.

Mit der Vorgabe der Festanstellung werde demnach nur eine unverhältnismäßige Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, die zudem diskriminierend sei. Denn bei der Firma [...] handele es sich bundesweit um den einzigen Anbieter, der flächendeckend aufsuchende Pflegeberatungsleistungen mit ausschließlich festangestellten Mitarbeitern anbiete und damit die fragliche Anforderung erfüllen könne. Die Arbeitsverträge des Unternehmens sähen zudem vor, dass den Mitarbeitern im Bereich der aufsuchenden Pflegeberatung ein voll ausgestattetes

Homeoffice sowie ein Dienstwagen zur Verfügung gestellt würden. Auch daran zeige sich, dass die Ausschreibung gezielt auf die Firma [...] zugeschnitten worden sei. Dieser Diskriminierungsvorwurf sei auch nicht dadurch wieder ausgeräumt worden, dass die Ag auf die Vorgaben von Homeoffice und Dienstwagen mittlerweile verzichtet habe. Der Eindruck einer Diskriminierung werde noch dadurch untermauert, dass bereits vor zwei Jahren die Firma [...] den Vorauftrag ohne EU-weite Ausschreibung erhalten habe. Entscheidend sei insgesamt die Absicht der Ag, den Ausschreibungswettbewerb auf ihren Bestandsdienstleister [...] auszurichten. Dass es möglicherweise einen weiteren Bieter gebe, dessen Angebot auch wertbar sei, ändere nichts an der Diskriminierung.

Gleichermaßen sei auch die Vorgabe nach § 2 (6) des Vertrags, wonach die eingesetzten Pflegeberater keiner weiteren Beschäftigung bei Leistungserbringern oder Einrichtungen gemäß §§ 126, 132 sowie 132a-d SGB V nachgehen dürften, unverhältnismäßig und diskriminierend. Auch hier könne eine Neutralität der Beratung anderweitig sichergestellt werden, und dies geschehe in der Praxis auch, etwa durch die bereits dargestellten Maßnahmen. Darüber hinaus werde über Befragungen der Versicherten die Zufriedenheit mit der Beratungsleistung geprüft; wenn es Beanstandungen gebe, würden entsprechende Maßnahmen ergriffen, wie z.B. die Sperrung der betreffenden Honorarkraft. Die fragliche Vorgabe sei auch deshalb nicht sachgerecht, da durch den Einsatz von Pflegeberatern, die selbst in der Pflege tätig seien, die Möglichkeit geschaffen werde, dass die Berater den Bezug zur eigentlichen Praxis nicht verlieren würden. Damit sei in besonderem Maße eine hochqualitative, praxisgerechte Beratung sichergestellt.

Darüber hinaus wendet sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Umstand, dass als einziges Zuschlagskriterium der Preis bestimmt worden sei. Insbesondere sei dies vorliegend materiell-rechtlich rechtswidrig, da es sich bei der Pflegeberatung nicht um eine homogene Leistung handele, die allein über den Preis bewertet werden könne. Die Leistungsbeschreibung sei nicht so detailliert, dass tatsächlich qualitativ gleichwertige Angebote zu erwarten seien. Vielmehr seien in vielerlei Hinsicht Qualitätsunterschiede möglich und in der Praxis auch anzutreffen, so dass sich eine Auswahl allein auf Basis des niedrigsten Preises verbiete.

Ferner beanstandet die ASt, dass die Ag die ausgeschriebenen Leistungen entgegen § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht in Lose aufgeteilt habe. Wirtschaftliche oder technische Gründe, die ausnahmsweise eine Gesamtvergabe nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB rechtfertigen würden,

lägen nicht vor. Insbesondere hätten Regionallose gebildet werden müssen. Einheitliche Qualitätsstandards könnten dabei durch einheitliche Vorgaben der Ag für alle Regionallose erreicht werden. Umgekehrt könnten – mit Blick auf die Möglichkeit der Bildung von Bietergemeinschaften und des Einsatzes von Nachunternehmern – auch durch eine Gesamtvergabe nicht automatisch einheitliche Qualitätsstandards gewährleistet werden. Eine Aufteilung in Regionallose entspreche auch der Praxis anderer Pflegekassen. So habe etwa die [...] Pflegekasse den Pflegeberatungsauftrag in vier Regionallose aufgeteilt und die [...] Pflegekasse in ihrer aktuellen Ausschreibung zehn Regionallose gebildet. Entgegen der Auffassung der Ag sei die ASt mit dieser Beanstandung auch nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. In rechtlicher Hinsicht habe die ASt erst – nach Beauftragung ihrer Verfahrensbevollmächtigten, die Vergabeunterlagen insgesamt zu prüfen, und anschließender Beratung – am 5. September 2017 von dem Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung Kenntnis erlangt. Mit entsprechender Rüge am selben Tage habe die ASt die entsprechende Ausschlussfrist eingehalten.

Schließlich macht die ASt geltend, dass die Ag ihrer Dokumentationspflicht nach § 8 VgV nicht ordnungsgemäß nachgekommen sei. Es würden wesentliche Inhalte fehlen, die aus Transparenzgründen dokumentationspflichtig seien (wie etwa Überlegungen zur Verfahrensart oder zum Leistungszeitraum). Die Vergabevermerke seien zudem undatiert, was neben weiteren Anhaltspunkten den Verdacht wecke, dass die Vermerke erst nachträglich, nach Einleitung des Nachprüfungsverfahrens, mit entsprechender Ausrichtung erstellt worden seien.

Die ASt beantragt,

1. der Ag aufzugeben, im Vergabeverfahren „Pflegeberatung“ (EU-Amtsblatt [...]) bei fortbestehender Beschaffungsabsicht
 - a) die Anforderungen, dass die Leistungen durch fest angestellte Pflegeberaterinnen und Pflegeberater zu erbringen sind und das eingesetzte Personal keiner weiteren Beschäftigung bei Leistungserbringern oder Einrichtungen gemäß §§ 126, 132 sowie 132a-d SGB V nachgehen darf, aus den Vergabeunterlagen zu streichen;
 - b) neue Zuschlagskriterien festzulegen, die auch andere Kriterien als den Preis betreffen,
 - c) den Auftrag unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in Lose zu teilen;

- d) hilfsweise zu a) bis c): andere geeignete Maßnahmen zur Verhinderung einer Rechtsverletzung der ASt zu ergreifen;
2. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Rechtsverfolgungskosten der ASt aufzuerlegen;
 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt die ASt,

ihr gemäß § 165 GWB Akteneinsicht zu gewähren.

Die Ag beantragt,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt, soweit sie sich gegen die Vorgaben zum Mitarbeiterereinsatz wendet, unbegründet. Sie habe für die Vorgaben gute Gründe, wie sich aus den entsprechenden Vergabevermerken ergebe. So komme es der Begleitung der Betroffenen im Zeitablauf, der Beobachtung des Versorgungsplans und der darin vorgesehenen Koordinierung unterschiedlichster Leistungsangebote zugunsten des Betroffenen zugute, wenn es eine personelle Kontinuität in der Beratung gebe. Pflegeberater müssten zudem flexibel sein. Beides sei durch freie Mitarbeiter nicht zu leisten, durch festangestellte Mitarbeiter hingegen schon. Würden freie Mitarbeiter dennoch jederzeit zur Verfügung stehen, könne das Vorliegen einer Scheinselbständigkeit in Frage kommen. Des Weiteren solle die Beratung bundesweit gleichartig erfolgen; dies setze zwingend voraus, dass die vom Auftragnehmer eingesetzten Mitarbeiter in einem Maße inhaltlich weisungsgebunden sein müssten, dass eine andere Beschäftigungsart als die Festanstellung rechtlich zumindest zweifelhaft erscheinen würde. Auch die Neutralität der Beratung könne nicht in vergleichbarer Weise durch vertragliche Abreden gewährleistet werden. Insbesondere im Bereich von Dienstleistungen könne es durchaus – wie vorliegend – der Fall sein, dass die arbeitsvertragliche Ausgestaltung auf die Art und Weise der zu erbringenden Dienstleistung durchschlage oder zumindest durchschlagen könne und daher auch arbeitsvertragliche Vorgaben gemacht werden dürften. Die Vorgabe, dass Pflegeberater keiner weiteren Beschäftigung bei Leistungserbringern oder Einrichtungen gemäß §§ 126, 132 sowie 132a-d SGB V nachgehen dürften, diene ebenfalls der Flexibilität der eingesetzten Beraterinnen. Zudem werde dadurch eine unabhängige und neutrale Beratung abgesichert. Neutralität und Unabhängigkeit seien eine zentrale Voraussetzung für einen effektiven und nutzbringenden Beratungsprozess. Dies werde nicht befördert, wenn Pflegeberater neben- oder sogar

hauptberuflich für Arbeitgeber tätig seien, die ein Gewerbe in der Pflegebranche ausüben würden. Die Ag halte die Unabhängigkeit und Neutralität der Pflegeberater für ein wesentliches Qualitätskriterium. Deshalb dürfe sie auch nicht verpflichtet sein, Qualitätsmerkmale zu verwässern, nur um möglichst vielen Bietern die Gelegenheit zu geben, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Der Auftraggeber müsse seine Ausschreibung nicht an dem Produktportfolio bzw. den bereits vorhandenen Sach- oder Personalmitteln einzelner Marktteilnehmer ausrichten. Vielmehr sei es Aufgabe des Marktes, sich am Bedarf der Auftraggeber zu orientieren. Es sei vorliegend auch nicht von einer Wettbewerbsverengung auszugehen, da es jedem Unternehmen unbenommen bleibe, entsprechendes Personal einzustellen.

Entgegen der Spekulation der ASt gebe es im Übrigen sehr wohl ein weiteres Angebot, das die geforderten Voraussetzungen erfülle. Zudem sei das von der ASt gewählte Personalkonzept wohl eher weniger durch konzeptionelle (Flexibilität, Praxisbezug) als durch finanzielle Aspekte (Vermeidung von Vollzeitbeschäftigten) bedingt.

Der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium sei ebenfalls zulässig. Ein Auftraggeber sei nicht verpflichtet, neben dem Preis stets weitere Leistungskriterien festzulegen. Vorliegend habe die Ag die Leistung auch und gerade im Hinblick auf die definierten Qualitätskriterien für sich derart präzise beschrieben, dass eine weitergehende Differenzierung in einem Punkteschema für die Ag keinen weiteren Nutzen gehabt hätte und somit bei Erfüllung aller als Ausschlusskriterium definierten Leistungsanforderungen allein der Preis maßgebend sein solle. Diese Vorgehensweise sei auch nicht unüblich, wie die von der ASt erwähnten Ausschreibungen anderer Pflegekassen zeigten.

Soweit die ASt eine fehlende Losaufteilung geltend mache, sei sie mit ihrem Vorbringen bereits präkludiert. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die ASt spätestens im Zeitpunkt der ersten Rüge auch von diesem vermeintlichen Vergaberechtsverstoß Kenntnis gehabt habe; andernfalls sei von einem der Kenntnis gleichstellten mutwilligen Sich-Verschließen auszugehen. Dabei könne nicht unberücksichtigt bleiben, dass die ASt aufgrund ihrer Geschäftstätigkeit im eigenen Haus über vergaberechtliches Know-how und entsprechende Kompetenzen verfüge. Darüber hinaus sei auch kein Rechtsschutzbedürfnis bzw. keine Antragsbefugnis ersichtlich, da weder erkennbar noch von der ASt vorgetragen worden sei, dass der ASt aus Gründen der fehlenden Losbildung die Abgabe eines Angebots unmöglich gewesen sei. Die Ag gehe vielmehr davon aus, dass die ASt bundesweit tätig sei und ein

Angebot für die bundesweite Erbringung der Leistung hätte abgeben können. Dies ergebe sich auch aus ihrem Internetauftritt. Schließlich sei die Entscheidung für eine Gesamtvergabe auch nicht willkürlich getroffen worden, sondern mit Blick auf eine bestmögliche Betreuung der Betroffenen durch eine Leistung aus einer Hand ohne Reibungsverluste bei der Koordinierung der Pflegeberatung.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 17. Oktober 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 17. Oktober 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 6. November 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.

Insbesondere ist die ASt nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert, soweit sie erst mit Schreiben vom 5. September 2017 einen Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung gerügt hat. Obwohl seit dem ersten Rügeschreiben der ASt vom 25. August 2017, das bereits die Verfahrensbevollmächtigten der ASt verfasst hatten, mehr als zehn Kalendertage vergangen waren, kann der ASt nicht nachgewiesen werden, dass sie bereits zu diesem Zeitpunkt positive Kenntnis im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB hatte (bzw. sich dieser mutwillig verschlossen hatte) und das zweite Rügeschreiben verfristet war. Vielmehr ist dem Vortrag der ASt nachvollziehbar zu entnehmen, dass eine Befassung mit den Vergabeunterlagen zeitlich abgestuft stattfand und eine erst spätere Kenntniserlangung damit glaubhaft erscheint. Von der Richtigkeit des Vortrags muss auch deshalb mangels anderweitiger Anhaltspunkte ausgegangen werden, da der Vortrag von den bevollmächtigten Rechtsanwälten der ASt stammt, die als Organe der Rechtspflege besonderen Sorgfaltspflichten unterliegen.

2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Denn die Ag hat mit ihrer Vorgabe, dass die vom künftigen Auftragnehmer einzusetzenden Pflegeberater festangestellt sein müssen, nicht gegen Vergaberecht verstoßen (siehe unten a)). Soweit die ASt darüber hinaus weitere Vergaberechtsverstöße geltend macht, ist sie jedenfalls nicht in ihren Rechten verletzt (siehe unten b)).

a) Die Ag hat sich zulässigerweise dafür entscheiden, den Bietern vorzuschreiben, dass für die Ausführung der streitgegenständlichen Beratungsleistung ausschließlich festangestelltes Personal einzusetzen ist (vgl. § 2 (6) des Vertrags und Ziffer 1 und 3.2 der Leistungsbeschreibung).

Bei der vergaberechtlichen Einordnung dieser von den Bietern zu erfüllenden Anforderung gehen sowohl die ASt als auch die Ag jedenfalls auch davon aus, dass sich die Zulässigkeit dieser Anforderung an den Grenzen des einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich zustehenden Leistungsbestimmungsrechts messen lassen muss. Gegen die vorgenannte Einordnung spricht indes, dass es sich bei der Anforderung der Ag um einen Umstand handelt, der die Ausführung des Vertrages – also die Modalitäten der Leistungserbringung, nicht aber die Beschaffenheit der Leistung selbst – betrifft (siehe zu dieser Abgrenzung Wiedemann in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 4. Auflage 2016, § 128 Rn. 18). Daher spricht viel dafür, hier eine Ausführungsbedingung im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB anzunehmen, deren vergaberechtliche Zulässigkeit dementsprechend nach § 128 Abs. 2 GWB zu beurteilen ist.

Letztlich erübrigt sich eine abschließende Einordnung aber, weil die Forderung nach einer Erbringung der Leistung durch festangestellte Mitarbeiter (und nicht auch durch Honorarkräfte) sowohl als Ausführungsbedingung im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB zulässig ist (hierzu im Folgenden aa)) als auch durch das der Ag zustehende Leistungsbestimmungsrecht gedeckt wäre (hierzu im Folgenden bb)).

aa) Die Voraussetzungen einer zulässigen Ausführungsbedingung im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB erfüllt die fragliche Vorgabe der Festanstellung. Zulässig sind solche Bedingungen zunächst nur unter der Voraussetzung, dass sie sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben (§ 128 Abs. 2

Satz 2 GWB). Dies ist hier der Fall (siehe insbesondere Ziffer 1 und 3.2 der Leistungsbeschreibung sowie § 2 (6) des Vertrags). Die Bedingung lässt sich auch den in § 128 Abs. 2 Satz 3 GWB nicht abschließend („insbesondere“) aufgezählten Belangen zuordnen. Denn die Forderung der Ag dient sowohl beschäftigungspolitischen als auch sozialen Belangen, da festangestellte Arbeitnehmer über eine bessere soziale Absicherung verfügen und Festanstellungsverhältnisse ein höheres Maß an Arbeitsplatzsicherheit vermitteln.

Die fragliche Ausführungsbedingung steht auch gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB i.V.m. § 127 Abs. 3 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung. Denn eine Verbindung ist entsprechend § 127 Abs. 3 Satz 2 GWB insbesondere auch dann anzunehmen, wenn sich die fragliche Bedingung auf Prozesse im Zusammenhang mit der Erbringung der Leistung auswirkt, auch wenn sich dies nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirkt. Von einer solchen Verbindung ist vorliegend auszugehen, da sich die Bedingung auf das die Leistung (Pflegeberatung) erbringende Personal direkt bezieht. Unzulässig sind insoweit allerdings Bedingungen eines Auftraggebers, die dem Unternehmen allgemeine Vorgaben für seine Unternehmenspolitik oder Betriebsorganisation machen, also Bedingungen, die nicht die Ausführung des Auftrags selbst betreffen, sondern auch Auswirkungen auf andere Geschäftsbereiche oder konkrete Aufträge des Unternehmens haben (zum Ganzen siehe die Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 2 GWB, BT-Drucksache 18/6281 vom 8. Oktober 2015, S. 114; Erwägungsgrund 104 der Richtlinie 2014/24/EU). Zulässig ist indes eine Beschränkung auf die mit der Ausführung des Auftrags befassten Mitarbeiter des Auftragnehmers (hierzu Wiedemann in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, a.a.O., § 128 Rn. 28). Dies lässt sich insbesondere auch Erwägungsgrund 98 der Richtlinie entnehmen, wonach sich Ausführungsbedingungen, die soziale Aspekte wie hier die Beschäftigung betreffen, auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Leistungen, hier die Dienstleistungen der Pflegeberatung, beziehen müssen. So liegt der Fall hier, denn die hier gesetzte Bedingung betrifft ausschließlich die Ausführung des streitgegenständlichen Auftrags.

Dennoch sind die Freiheiten des öffentlichen Auftraggebers beim Setzen von Ausführungsbedingungen nicht schrankenlos; auch für solche Bedingungen gelten die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze, insbesondere der Grundsatz der

Nichtdiskriminierung. Die ASt beruft sich insoweit auf eine gezielte Diskriminierung, da sie ein anderes Geschäftsmodell (Einsatz von freiberuflich tätigen Honorarkräften) verfolge, sowie einen „Zuschnitt“ der Ausschreibung auf den Bestandsdienstleister. Dem vermag sich die Vergabekammer nicht anzuschließen. Auch soweit die ASt einen gezielten Zuschnitt auf den Bestandsdienstleister geltend macht, wofür sie weitere Anhaltspunkte wie das ursprünglich geforderte Homeoffice und den Dienstwagen aufführt, ist eine vergaberechtswidrige Diskriminierung jedoch nur gegeben, wenn ein objektiv diskriminierender Zuschnitt tatsächlich vorliegt. Dagegen spricht bereits, dass auch weitere Bieter ein Angebot zu den ausgeschriebenen Bedingungen eingereicht haben. Die Ausschreibungskonzeption gilt zudem für alle Bieter gleichermaßen, die die Leistung zu den geforderten Bedingungen erbringen können und wollen. Davon zu unterscheiden ist die jeder Auftragsbedingung immanente – aber hinzunehmende – Benachteiligung von Unternehmen, die eine Bedingung aus welchen Gründen auch immer nicht erfüllen können oder wollen. Beispielhaft sei hier nur auf die vom Gesetzgeber ausdrücklich als zulässig anerkannte Ausführungsbedingung des Einsatzes von Auszubildenden bei der Auftragsausführung verwiesen (siehe hierzu die Gesetzesbegründung zu § 128 Abs. 2 GWB, a.a.O., S. 114, sowie Erwägungsgrund 99 der Richtlinie 2014/24/EU), die zwangsläufig – aber vergaberechtskonform – Unternehmen benachteiligt, die die unternehmerische Entscheidung getroffen haben, keine Auszubildenden zu beschäftigen.

Des Weiteren verweist die ASt auf Entscheidungen des OLG Düsseldorf, in denen einem Auftragsgeber die sachliche Rechtfertigung für Auftragsbedingungen abgesprochen wird, der bei der Auftragsausführung den Einsatz sozialversicherungspflichtigen Personals verlangt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12) bzw. das Verbot einer Auftragsausführung im Wege der Arbeitnehmerüberlassung vorsieht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 5. Dezember 2012, VII-Verg 29/12). Dabei stützt das OLG Düsseldorf seine Auffassung im Wesentlichen darauf, dass einem Auftragnehmer arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten nur dann versagt werden dürfen, wenn der Auftraggeber einen tragfähigen sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsausführung geltend machen kann. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass sich die den Entscheidungen des OLG Düsseldorf zugrundeliegende Rechtslage mit dem Inkrafttreten des neuen GWB geändert hat. Denn während nach der den

Entscheidungen des OLG Düsseldorf zugrundeliegenden Fassung des GWB (dort § 97 Abs. 4 Satz 2) solche Bedingungen „im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“ mussten, fordert § 128 Abs. 2 Satz 1 GWB nur noch, dass die Bedingungen „mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen“. Dies bedeutet entsprechend § 127 Abs. 3 Satz 2 GWB insbesondere auch, dass sich eine Ausführungsbedingung gar nicht materiell im Auftragsgegenstand niederschlagen muss. Insoweit darf bezweifelt werden, ob die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf angesichts der geänderten Rechtslage auf den streitgegenständlichen Fall überhaupt übertragen werden kann (so auch Dorschfeldt/Mutschler-Siebert in: jurisPK-Vergaberecht, 5. Auflage 2016, § 128 Rn. 36). Letztlich kann dies aber dahingestellt bleiben, denn die Entscheidung der Ag, eine Auftragsausführung durch festangestellte Mitarbeiter vorzugeben, ist auch in der Sache gerechtfertigt. Die Ag macht insoweit mehrere Gründe geltend (mehr personelle Kontinuität, bundesweit einheitliche Beratung mit einheitlichem und verbindlichem Qualitätsstandard, mehr Fluktuation bei Honorarkräften und damit einhergehender erhöhter Einarbeitungssaufwand, Routine bei der Beratung ist nicht gewährleistet, engere Führung der Mitarbeiter über Weisungs- und Direktionsrecht fördert die Einheitlichkeit der Beratungsqualität, Vermeidung von Scheinselbständigkeit), die hier nicht weiter im Einzelnen zu prüfen sind. Denn bereits der ebenfalls durch die Ag geltend gemachte Grund, dass die Pflegeberatung unabhängig und neutral zu erfolgen habe und dieses Ziel am besten durch festangestellte Berater zu erfüllen sei, ist bereits für sich genommen geeignet, die fragliche Ausführungsbedingung zu rechtfertigen.

Insoweit ist zunächst vorzuschicken, dass es sich bei der Pflegeberatung um eine Aufgabe handelt, die originär den Pflegekassen obliegt (§ 7a SGB XI). Die Pflegeberatung dient dem Zweck, den Versicherten bei der Auswahl und Inanspruchnahme von bundes- oder landesrechtlich vorgesehenen Sozialleistungen sowie sonstigen Hilfsangeboten zu beraten. Ein wesentliches Element der Pflegeberatung ist dabei, dass diese unabhängig und neutral zu erfolgen hat (so ausdrücklich § 7b Abs. 2 SGB XI für den Fall, dass die Beratung nicht durch die Pflegekassen selbst erfolgt, sondern durch Beratungsstellen). Für die Nutzer und hier insbesondere ihre Vorstellungen und Wirksamkeitserwartungen in Bezug auf die Pflegeberatung ist die Neutralität und Unabhängigkeit der Beratung daher eine zentrale Voraussetzung für einen effektiven und

nutzbringenden Beratungsprozess (siehe hierzu Bericht des GKV-Spitzenverbandes: „Evaluation der Pflegeberatung nach § 7a Abs. 7 Satz 1 SGB XI“, GKV-Schriftenreihe 2012, Band 10, 2012, Seite 34). Diese Neutralität ist immer dann gefährdet, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Berater auch Interessen außerhalb der Pflegeberatung verfolgt. Beim Einsatz von freiberuflich tätigen Honorarkräften ist die Gefahr einer Realisierung dieses Risikos deshalb besonders hoch – und so sieht es auch die Ag –, weil diese auf Honorarbasis häufig auch für Pflegeeinrichtungen oder andere Leistungserbringer (z.B. Anbieter von Hilfsmitteln) tätig sind. Es liegt mithin auf der Hand, dass hier unterschiedliche Interessen miteinander vermengt werden können. Denn die Pflegeberatung dient der Aufklärung über Leistungsansprüche des Versicherten, die letztlich von Pflegeeinrichtungen oder anderen Diensten erbracht werden. Der Versicherte wiederum kann gemäß § 2 Abs. 2 SGB XI zwischen den Einrichtungen und Diensten verschiedener Träger frei wählen. Wird ein Berater auf Honorarbasis auf beiden Seiten tätig, liegt die Gefahr einer interessen geleiteten, nicht neutralen Beratung somit auf der Hand. Angesichts dieser Gefahr war es der Ag nicht verwehrt, dieses Risiko durch die zwingende Vorgabe des Einsatzes von festangestellten Pflegeberatern weitgehend auszuschließen.

Zwar sieht § 2 (6) des Vertrags als weitere – von der ASt ebenfalls angegriffene – Ausführungsbedingung auch vor, dass parallel weitere Beschäftigungen des Beratungspersonals bei Leistungserbringern oder Einrichtungen im Pflegebereich bzw. -umfeld ausgeschlossen sind, so dass einem möglichen Risiko des Interessenskonflikts oder jedenfalls der Vermengung von Interessen auf diesem Wege bereits grundsätzlich vorgebaut wird. Anders als im Falle von festangestellten Kräften, für die durch die Festanstellung eine gewisse Kontinuität der Beschäftigung besteht, kann für Honorarkräfte jedoch auch mit einer solchen Vertragsregelung nicht abgesichert werden, dass diese in kurzen zeitlichen Abständen immer wieder auch für die fraglichen Unternehmen auf Leistungserbringerseite tätig werden (und in dieser Zeit keine Pflegeberatung geben) und eine Vermengung der Interessen nicht ausgeschlossen werden kann. Dafür, dass bei Honorarkräften gerade eine weitere Beschäftigung auf Seiten der Leistungserbringer üblich und möglicherweise nicht zu vermeiden ist, zeigt auch der Umstand, dass die ASt sich auch gegen diese Vorgabe wendet.

- bb) Soweit man die von der Ag gestellte Anforderung, dass die Beratungsleistung nur durch festangestellte Arbeitnehmer erbracht werden darf, an den Grenzen des einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich zustehenden Leistungsbestimmungsrechts misst, ergibt sich kein abweichender Befund, da die gemachte Vorgabe diese Grenzen nicht überschreitet.

Bei der Beschaffungsentscheidung für ein bestimmtes Produkt, eine Herkunft, ein Verfahren oder dergleichen ist der öffentliche Auftraggeber im rechtlichen Ansatz ungebunden; die Auswahl des Beschaffungsgegenstands unterliegt seiner Bestimmungsfreiheit und ist dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15; Beschluss vom 25. Juni 2014, VII-Verg 47/13, m.w.N.). Mit Blick auf den Sinn und Zweck des Vergaberechts, das Beschaffungswesen der öffentlichen Hand für den Wettbewerb zu öffnen und die Warenverkehrsfreiheit im europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten, sind dem Bestimmungsrecht jedoch vergaberechtliche Grenzen gesetzt. Diese Grenzen ergeben sich im Anwendungsbereich der VgV wie hier vor allem aus § 31 Abs. 6 Satz 1 VgV, wonach in der Leistungsbeschreibung grundsätzlich nicht auf eine bestimmte Produktion, Herkunft oder Verfahren oder ähnliches verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden; dies ist nur (ausnahmsweise) zulässig, soweit es durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist (vgl. auch Art. 42 Abs. 4 der Richtlinie 2014/24/EU). Bei den Regelungen handelt es sich um eine Konkretisierung des Diskriminierungsverbots nach § 97 Abs. 2 GWB, aber auch des Wettbewerbsgrundsatzes nach § 97 Abs. 1 GWB. Vor diesem Hintergrund sind die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit eingehalten, sofern die Bestimmung durch den Auftragsgegenstand sachlich gerechtfertigt ist, vom Auftraggeber dafür nachvollziehbare objektive und auftragsbezogene Gründe angegeben worden sind und die Bestimmung folglich willkürfrei getroffen wurde, solche Gründe tatsächlich vorhanden sind und die Bestimmung andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. April 2016, VII-Verg 47/15; Beschluss vom 22. Mai 2013, VII-Verg 16/12; Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12). Dementsprechend unterliegt die Bestimmung des Beschaffungsgegenstand auch nur insoweit der Kontrolle der Nachprüfungsinstanzen, als diese überprüfen, ob die vergaberechtlichen Grenzen der Bestimmungsfreiheit eingehalten sind (vgl. OLG

Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014, VII-Verg 47/13; Beschluss vom 22. Mai 2013, VII-Verg 16/12; Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12).

Gemessen an dem dargestellten Maßstab hat die Ag die vergaberechtlichen Grenzen ihres Leistungsbestimmungsrechts eingehalten, denn wie bereits dargelegt weist die von der Ag gestellte Anforderung, dass die Beratungsleistung nur durch festangestellte Arbeitnehmer erbracht werden darf, einen hinreichenden Auftragsbezug auf, ist nicht diskriminierend sowie sachlich gerechtfertigt. Insoweit wird auf die bereits oben unter aa) gemachten Ausführungen verwiesen.

- b) Soweit sich die ASt darüber hinaus auch gegen die weitere Vorgabe nach § 2 (6) des Vertrags wendet, wonach das für die Pflegeberatung eingesetzte Personal nicht daneben weiteren Beschäftigungen bei Leistungserbringern oder Einrichtungen nach §§ 126, 132 sowie 132a-d SGB V nachgehen darf, spricht auch hier vieles dafür, dass es hierbei um eine zulässige Ausführungsbedingung handelt (siehe oben a) aa)). Dies kann jedoch letztlich dahingestellt bleiben, da ein solcher vermeintlicher Verstoß wie auch die weiteren geltend gemachten Verstöße (Unzulässigkeit des Preises als alleiniges Zuschlagskriterium und Verstoß gegen das Gebot der Losaufteilung) die ASt nicht mehr in ihren Rechten verletzen können. Denn der ASt ist aufgrund der für vergaberechtskonform befundenen Vorgabe der Festanstellung des für die Pflegeberatung eingesetzten Personals mit ihrem Geschäftsmodell, in der Pflegeberatung nur bzw. jedenfalls ganz überwiegend Honorarkräfte einzusetzen, eine Teilnahme an dem Vergabeverfahren schon grundsätzlich nicht möglich. Sie hat darüber hinaus auch nicht in substantiiertes Weise vorgetragen, in welcher tatsächlichen Größenordnung eines Loses sie möglicherweise den Bedarf mit festangestellten Mitarbeitern decken könnte und sich bei einer losweisen Vergabe entsprechend hätte beteiligen können.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB. Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die 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.