



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 151/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen zu 1):

[...]

[...]

- Beigeladene zu 2) -

[...]

- Beigeladene zu 3) -

Verfahrensbevollmächtigte der Beigeladenen 3):

[...]

wegen der Vergabe „Versorgung mit CPAP-Geräten der Produktgruppe 14“, Vergabenummer:
[...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch die stellvertretende Vorsitzende Leitende
Regierungsdirektorin Dr. Dittmann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich

und den ehrenamtlichen Beisitzer Gadenne auf die mündliche Verhandlung vom 16. Januar 2018 am 31. Januar 2018 beschlossen:

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

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Versorgung ihrer Versicherten mit Schlaftherapiegeräten der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelverzeichnisses ([...]) in 19 Gebietslosen europaweit aus (EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]). Zuschlagskriterien sollen der im Angebot angegebene Gesamtpreis (gewichtet mit 90%) und das Kriterium „Qualität“, unterteilt in zwei Unterkriterien ([...]), sein (siehe Ziffer 3.1 der LB).

Angebote konnten auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden, wobei je Los ein Zuschlag erteilt werden soll. Zu einem Gebietslos wurden jeweils mehrere Postleitzahlenbezirke zusammengefasst, wobei jeweils auf die Leitzahlbezirke auf zweistelliger Ebene abgestellt wurde. Im Fall von Los 2 wurden so diejenigen Postleitzahlenbezirke zusammengefasst, die mit den Ziffern [...] beginnen; das Losgebiet setzt sich dementsprechend aus zwei Teilgebieten zusammen, nämlich aus einem Teilgebiet, das Berlin sowie im Umland unter anderem [...] umfasst (Leitzahlbezirke [...]), und einem Teilgebiet im südwestlichen Sachsen, das unter anderem [...] umfasst (Leitzahlbezirke [...]). Die übrigen Lose, insbesondere auch das Los 1, dessen Losgebiet zwischen den Teilgebieten von Los 2 liegt, bestehen jeweils aus einem räumlich geschlossenen Losgebiet.

Die künftigen Auftragnehmer sollen die ärztlich verordneten Geräte samt Zubehör an die anspruchsberechtigten Versicherten ausliefern (und später wieder abholen) sowie weitere

Dienst- und Serviceleistungen erbringen. Hierzu zählen insbesondere die Einweisung und Beratung des Versicherten sowie die Anpassung, Wartung und Reparatur der Schlaftherapiegeräte ([...]). Die ausgeschriebenen Versorgungsleistungen umfassen sog. Erst- sowie Folgeversorgungen von anspruchsberechtigten Versicherten der Ag. Beide Versorgungsarten decken jeweils einen Versorgungszeitraum ab, für den dem jeweiligen Versicherten das Gerät mit allen vertraglich vereinbarten Zusatzleistungen zur Verfügung gestellt wird; dieser Zeitraum wird als Gewährleistungszeitraum (kurz: GLZ) bezeichnet. Versicherte, die erstmals ein Schlaftherapiegerät für einen Gewährleistungszeitraum erhalten, befinden sich in der sog. Erstversorgung; schließt sich nach der Erstversorgung eine weitere Versorgung an, wird diese Versorgung als „Folgeversorgung“ bezeichnet, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherte zuvor durch denselben oder einen anderen Leistungserbringer (sog. „Umversorgung“) mit einem Schlaftherapiegerät versorgt wurde (vgl. Ziffer 4.2.2 der LB). Für die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen soll sowohl für die Erst- als auch die Folgeversorgung jeweils ein Gewährleistungszeitraum von zwölf Monaten gelten. Die bisherige Versorgung von Versicherten der Ag erfolgt mit Gewährleistungszeiträumen von sechs oder zwölf Monaten (so bei der Erstversorgung, je nach Gerätetyp entsprechend dem Hilfsmittelverzeichnis) bzw. 24 Monaten (so bei der Folgeversorgung).

Die Vergütung des Leistungserbringers soll im Wege von Versorgungspauschalen pro Versichertem und Gewährleistungszeitraum erfolgen, wobei eine einheitliche Pauschale anzubieten ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Erstversorgung ([...]) oder Folgeversorgung ([...]) handelt.

Zur Kalkulation wurden den Bietern mit den Vergabeunterlagen die Versorgungsdaten für 2016 mitgeteilt (siehe Ziffer 5 der LB). Dazu hatte die Ag zu jedem Los die vom Vertrag umfassten Geräte gesondert nach siebenstelliger Positionsnummer des jeweiligen Geräts nach dem Hilfsmittelverzeichnis aufgelistet und dazu jeweils die Anzahl der in 2016 erfolgten Erstversorgungen ([...]) und Folgeversorgungen ([...]) aufgelistet. Am Ende der Auflistung erfolgte noch folgender Hinweis der Ag:

„Die Versichertenzahlen dienen nur der Kalkulation und basieren auf der Anzahl der Erst- und Folgeversorgungen mit CPAP-Geräten [...] aus dem Jahr 2016 der [Ag]. Daraus lässt sich keine Abnahmeverpflichtung für die [Ag] ableiten.“

Im Leistungsverzeichnis waren für jedes Los vier Leistungspositionen aufgeführt, in denen jeweils bestimmte Arten von Schlaftherapiegeräten (bezeichnet nach den siebenstelligen

Positionsnummern nach dem Hilfsmittelverzeichnis) zusammengefasst wurden und für die jeweils eine einheitliche Vergütungspauschale anzubieten war. Bei den einzelnen Leistungspositionen waren jeweils Mengenvorsätze vermerkt, die für die Errechnung des Gesamtpreises bei der Wertung der Angebote in Ansatz kommen sollen. Die jeweils angesetzten Mengen entsprechen jeweils dem Vierfachen der Anzahl der in 2016 abgerechneten Vergütungspauschalen (Erst- und Folgeversorgungen) gemäß Ziffer 5 der LB. In der Bewerberinformation vom 16. Oktober 2017 findet sich zu den im Leistungsverzeichnis angegebenen Mengen die folgende Frage und Antwort:

„Frage 15 Die im Leistungsverzeichnis genannten Pauschalmengen (Multiplikator) wurden je Los und je Versorgungsart angegeben. Wir bitten Sie um Erläuterung, wie Sie diese ermittelt haben.

Antwort Die Mengenangaben im Leistungsverzeichnis liegen den auf 4 Jahre hochgerechneten Abrechnungsdaten aus dem Jahr 2016 zugrunde.“

Auf Bieterfragen stellte die Ag wiederholt klar, dass es sich bei den unter Ziffer 5 der LB aufgeführten Zahlen um Abrechnungsdaten, d.h. abgerechnete (Folge-)Vergütungspauschalen handelt (vgl. unter anderem die Antworten zu Frage 6 der Bewerberinformation vom 10. Oktober 2017, Frage 6 der Bewerberinformation vom 12. Oktober 2017 und Frage 17 der Bewerberinformation vom 16. Oktober 2017).

Auf Bieterfragen und Rügen von Bietern dahingehend, dass kalkulationsrelevante Angaben fehlten, wie etwa in der Bewerberinformation vom 16. Oktober 2017:

„Frage 6 Wir möchten Sie bitten, uns die Gesamtzahl der je Losgebiet zu versorgenden Patienten zu nennen, da gemäß Ihrer Antwort auf Frage [...] nur die zum Stichtag in 2016 abgerechneten Pauschalen ermittelt wurden und somit laufende (2-Jahres-) Pauschalen aus 2015 nicht berücksichtigt wurden.

Antwort Der Auftraggeber hat durch die Patientenzahlen 2016 alle kalkulationsrelevanten Daten zur Verfügung gestellt. Ein Mehr an Daten führt unseres Erachtens nicht zu einer verbesserten Kalkulations-Datenlage, da die Anzahl der Versorgungsfälle für die Folgejahre nicht eingeschätzt werden kann und aus den vergangenen Jahren hierauf keine Rückschlüsse gezogen werden können.“

gab die Ag am 20. Oktober 2017 entsprechend den bereits für das Jahr 2016 zur Verfügung gestellten Versorgungszahlen auch die Versorgungszahlen für die Jahre 2014 und 2015 in einer separaten Anlage 6 den Bietern bekannt. Sie verband dies mit dem Hinweis,

„dass aus unserer Sicht die Angebotskalkulation auf diesen Zahlen nicht beruhen sollte. Die Versorgungszahlen aus den Jahren 2014 und 2015 sind mit anderen Worten aus unserer Sicht nicht kalkulationsrelevant. Einzig die Versorgungszahlen des Jahres 2016 können als zuverlässige Kalkulationsgrundlage herangezogen werden. Die Zahlen der Jahre davor

lassen nur eine Wellenbewegung erkennen, die sich durch eine Umstellung der Pauschalzeiträume in 2013 bis in das Jahr 2015 ausgewirkt hat. Erst das Jahr 2016 spiegelt einen umfassenden Überblick über das Versorgungsgeschehen wieder, so dass dieses als ideales Basisjahr für die notwendigen Kalkulationen anzusehen ist.“

Auf die durch den Wechsel der Pauschalzeiträume (GLZ) 2013 entstehenden Unsicherheiten hinsichtlich der Anzahl der zu versorgenden Patienten wiesen auch Bieter im Rahmen von Bieterfragen hin, so in der Bewerberinformation vom 24. Oktober 2017:

„Frage 8 Durch den Wechsel der Pauschalzeiträume, Mitte des Jahres 2013, von 1-Jahrespauschalen auf 2-Jahrespauschalen gibt es große Schwankungen in der Anzahl der Abrechnungsfälle. Alle bis zur Umstellung fällig gewordenen Versorgungsfälle sind noch einmal in 2014 zur Abrechnung gekommen, dazu kamen die Neuversorgungsfälle. In 2015 waren die abzurechnenden Fälle gegenüber 2014 gering (ca. 50% weniger), jetzt hat sich die Umstellung der Pauschalzeiträume bemerkbar gemacht. Das von Ihnen zugrunde gelegte Jahr 2016 war wieder ein Jahr mit einer hohen Stückzahl von Abrechnungsfällen. Durch den Pauschalzeitraumwechsel im Jahr 2013 unterscheiden sich die Stückzahlen der abzurechnenden Pauschalen jährlich um bis zu 50%. Hinzu kommt, dass in den Produktgruppen 14.24.[22] bis 14.24.25 der Erstpauschalzeitraum 6 Monate beträgt, dieser Patient erscheint möglicherweise zweimal in den von Ihnen angegebenen Zahlen. Die von Ihnen genannten Stückzahlen liefern keine relevanten Zahlen für die Kalkulation. [...]

Antwort Im Hinblick auf die vorliegende Kalkulationsgrundlage teilen wir Ihnen mit, dass wir uns entschlossen haben, die Zahlen der Jahre 2014 und 2015 ebenfalls im Rahmen einer separaten Anlage (Anlage 6) den Ausschreibungsunterlagen hinzuzufügen. Dies geschieht jedoch unter dem ausdrücklichen Hinweis, dass diese Zahlen keinerlei Kalkulationsgrundlage darstellen können. Die Zahlen der Jahre 2014 und 2015 lassen die beschriebene Wellenbewegung erkennen. Das Jahr 2016 ist ein ideales Basisjahr für die notwendigen Kalkulationen.

[...]

Frage 22 [...] Entgegen der Aussage in der Antwort auf Frage 6 der Bewerberinformation vom 16. Oktober werden durch die Patientenzahlen 2016 gerade nicht alle kalkulationsrelevanten Daten zur Verfügung gestellt. Zum einen handelt es sich bei den bisher zur Verfügung gestellten Zahlen offenbar nicht um die Patientenzahlen des Jahres 2016 (im Sinne der Gesamtzahl der in diesem Jahr versorgten Versicherten), sondern um die Zahl der Fälle, für die eine Folgeversorgung abgerechnet wurde (d.h. Abrechnungsfälle). Aufgrund des zweijährigen Abrechnungszyklus für Folgeversorgungen enthalten die Zahlen für das Jahr 2016 daher nicht diejenigen Versicherten, für die bereits im Jahr 2015 eine Folgeversorgung abgerechnet wurde (da für diese erst wieder im Jahr 2017 eine Pauschale abzurechnen war). Sollte diese Annahme unzutreffend sein [...], bitten wir um entsprechende Unterrichtung bzw. Klarstellung. Für eine ordnungsgemäße Kalkulation der Patientenzahlen, die während des Vertragszeitraums zu versorgen sein werden, bedarf es vor diesem Hintergrund insbesondere auch der Zahlen der Erstversorgungen des Jahres 2017, weil es sich dabei um solche Patienten handelt, die ab 2018 zusätzlich zu versorgen sein werden. Ferner bedarf es der Angabe der Folgeversorgungen (im Sinne von Folgeversorgungs-Abrechnungsfällen) des

Jahres 2017, da diese Patienten ab 2019 zusätzlich zu versorgen sein werden. [...] Falls keine Zahlen für 2017 vorliegen sollten, wären ersatzweise die Zahl der Folgeversorgungen (im Sinne von Abrechnungsfällen) aus dem Jahr 2015 anzugeben. Denn dabei handelt es sich um die Fälle, die aufgrund des zweijährigen Abrechnungszyklus im Jahr 2017 erneut als Folgepauschale abgerechnet wurden oder noch werden und dementsprechend ebenfalls eine bessere Einschätzung zulassen, wie viele Patienten unter dem Vertrag ab dem Jahr 2019 zusätzlich zu versorgen sein werden.

Antwort Die Daten wurden in einer neuen Version der Vergabeunterlagen nachgereicht.“

In der Bewerberinformation vom 16. Oktober 2017 fand sich dazu ferner folgende Frage und Antwort:

„Frage 17 Zum besseren Verständnis – hierbei handelt es sich nicht um tatsächliche Patientenzahlen, sondern um abgerechnete Pauschalen aus dem gesamten Jahr 2016, richtig? Die Hälfte (Januar bis Juni) der Patienten, die mit einer Erstversorgung gemeldet wurden, wurden ebenfalls (6-monatige Erprobungspauschale [...]) nochmal bei einer Folgeversorgung im gleichen Jahr aufgeführt, oder?

Antwort Ja; der „Anzahl der Patienten 2016“ liegen berechnete Pauschalen aus dem Jahr 2016 zugrunde.“

Am 7. November 2017 teilte die Ag den Bietern in einer neu bereitgestellten Anlage 7 zusätzlich mit, wie sich die Versorgungszahlen (wieder unterteilt nach Losen und siebenstelligen Positionsnummern gemäß Hilfsmittelverzeichnis) auf die einzelnen Monate der Jahre 2014, 2015 und 2016 verteilen. In der Bewerberinformation vom 7. November 2017 nahm sie dazu den folgenden Hinweis auf:

„Mit heutigem Datum wurde neu die Anlage 7 zur Verfügung gestellt. Diese enthält die bereits veröffentlichten Abrechnungsdaten der Jahre 2014 bis 2016 – ausdifferenziert auf die einzelnen Monate.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass aus unserer Sicht die Angebotskalkulation auf diesen Zahlen – ebenso wie auf den Zahlen der Anlage 6 – nicht beruhen sollte. Einzig die Versorgungszahlen des Jahres 2016, die unter Ziffer 5 der Leistungsbeschreibung [...] zugänglich sind, stellen eine valide Kalkulationsgrundlage dar. Auch bei der Anlage 7 gilt: Durch die Umstellung der Pauschalzeiträume im Jahr 2013 zeigt sich in den Abrechnungszahlen ein Welleneffekt, der sich bis in das Jahr 2015 auswirkt. Erst im Jahr 2016 wurde die Spitze aus der o.g. Vertragsanpassung erreicht, so dass dieses Jahr somit einen umfassenden Überblick über das Versorgungsgeschehen wiedergibt. Die Angebote sollten daher ausschließlich aufgrund der Daten aus dem Jahr 2016 basieren.

[...]“

Die Antragstellerin (ASt) stellte im Laufe der Angebotsphase die folgenden zwei Bieterfragen und erhielt darauf mit Bewerberinformation vom 16. November 2017 die folgenden Antworten:

„Frage 1 Als mittelständisches Unternehmen sind wir nicht bundesweit vertreten, da wir eine wohnortnahe Versorgung sicherstellen wollen. Gerne würden wir uns für das Los 2 bewerben. Los 2 umfasst neben dem Raum Berlin [...] noch Regionen im südlichen Sachsen. Um von unserem Standort vor den Toren Berlins in den sächsischen Teil zu gelangen, müssten wir hin und zurück mit jeweils mehr als 8 h Fahrzeit rechnen. Eine Bewerbung auf dieses Los ist folglich nur möglich, wenn man Standorte in beiden Losgebieten hat oder errichtet. In der kurzen Zeit zwischen Zuschlagsentscheidung und Versorgungsbeginn ist das Gründen einer neuen Niederlassung mit entsprechend qualifiziertem Personal für ein mittelständisches Unternehmen nicht möglich. Folglich können sich auf dieses Los nur überregional tätige Großunternehmen bewerben. Wir halten die Losaufteilung daher für mittelstandsfeindlich; die mittelständischen Interessen werden entgegen § 97 Abs. 4 GWB nicht ausreichend bzw. vornehmlich berücksichtigt. Wir bitten um Abhilfe.

Antwort Die Losaufteilung wurde nach Postleitzahlenleitbereichen erstellt und so ausgewählt, dass gerade kleine und mittelständische Unternehmen Berücksichtigung finden können. Durch die gewählte Losaufteilung entsteht sowohl eine ausgewogene Mischung zwischen Ballungsräumen und Flächengebieten, kann eine persönliche Beratung und Einweisung vor Ort erfolgen, und auch die Lieferung innerhalb des vorgegebenen Radius ist möglich. So entstanden annähernd gleiche Losgrößen verteilt auf insgesamt 19 Lose. Nach unseren Erfahrungen ist der Mittelstand dazu in der Lage, diese Lose bzw. Losgrößen zu versorgen. Auch Los 2 wurde anhand dieser Kriterien erstellt.

Frage 2 Können wir bei der Kalkulation davon ausgehen, dass 2016 alle ggf. umzuversorgenden Versicherten im Rahmen einer 2-Jahres-Pauschale versorgt wurden und die Hälfte dieser Versicherten in den ersten 12 Monaten und die andere Hälfte in den zweiten 12 Monaten umversorgt werden müssen?

b) Verstehen wir die für die Kalkulation bekanntgemachten Zahlen richtig, dass bei gegenüber 2016 unveränderten Rahmenbedingungen ([...]) davon ausgegangen werden muss, dass z.B. in den Produktgruppen [...]) genau wie im Jahr 2016

- in den ersten 12 Monaten nach Beginn der Ausschreibung [...] Umversorgungen und [...] Neuversorgungen zu kalkulieren sind;

- in den zweiten 12 Monaten nach Beginn der Ausschreibung [...] Umversorgungen und [...] Neuversorgungen zu kalkulieren sind;

- in den dritten 12 Monaten nach Beginn der Ausschreibung [...] Umversorgungen und [...] Neuversorgungen zu kalkulieren sind;

- in den vierten 12 Monaten nach Beginn der Ausschreibung [...] Umversorgungen und [...] Neuversorgungen zu kalkulieren sind?

Abweichungen von diesem Kalkulationsgerüst wären dann nur auf äußere Einflüsse wie veränderte Inzidenz der Krankheit, verändertes Ordnungsverhalten der Ärzte, veränderte Sterberate, Umzug von Versicherten, veränderte Mitgliedszahlen der [Ag] etc. zurückzuführen.

Antwort Die Versorgungen mit [...] in 2016 werden in 2018 aus diesen GLZ auslaufen. Dann beginnt der GLZ von 12 Monaten nach diesem Ausschreibungs-Vertrag.

Zu b)

Die Versorgungsleistungen, die für einen bestimmten Losbereich übernommen werden, müssen im Ausschreibungszeitraum fortgeführt werden. Aussagen zu beendeten Versorgungsleistungen (keine weitere Fortführung der Therapie) können nicht getroffen werden.“

Mit Schreiben vom 20. November 2017 rügte die ASt zum einen den Zuschnitt des Loses 2 in Form von zwei separaten Teilgebieten; darin liege eine Benachteiligung mittelständischer Unternehmen und ein Verstoß gegen das Gebot nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, mittelständische Interessen vornehmlich zu berücksichtigen. Zum anderen rügte die ASt, dass ihre Bieterfrage zu den Umversorgungsleistungen im Rahmen des ausgeschriebenen Vertrags von der Ag in der Bewerberinformation vom 16. November 2017 nicht hinreichend beantwortet worden sei. Mit der Frage hätten Unklarheiten der Vergabeunterlagen, die der Preisermittlung dienen und somit kalkulationsrelevant seien, ausgeräumt werden sollen; durch die Nichtbeantwortung der Frage bzw. die nicht erfolgte Auseinandersetzung mit ihr sei das Gebot der Eindeutigkeit der Ausschreibungsunterlagen verletzt.

Mit Schreiben vom 23. November 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Rügen nicht abhelfe. Insbesondere zur zweiten Rüge führte die Ag unter anderem Folgendes aus:

„Das von Ihnen ausgewählte Beispiel bezieht sich auf das Los 5. Hier kam es bei den Produktbereichen [...] im Jahr 2016 zu [...] Erstversorgungsleistungen ([...]) und [...] Folgeversorgungsleistungen ([...]) – nicht Umversorgungsleistungen. Die Anzahl der Folgeversorgungsleistungen wird sich maximal um die Anzahl der Erstversorgungsleistungen des Vorjahres erhöhen. [...] Somit ist für dieses Los und in diesem Segment folgerichtig von maximal [...] Folgeversorgungsleistungen auszugehen. Da bis zum 31.03.2018 Erstversorgungsleistungen unter einem laufenden GLZ von 24 Monaten noch hinzukommen können, wird sich dieser 24-monatige GLZ noch bis ins Jahr 2020 hinein auswirken. Bei Erstversorgungsleistungen ab dem 01.04.2018 ist hingegen mit einem 12-monatigen GLZ zu kalkulieren.“

Es bleibt daher festzuhalten, dass auch in dieser Hinsicht die Vergabeunterlagen eindeutig sind. Ein Vergabeverstoß ist in keinerlei Hinsicht gegeben.“

Mit Information der Bieter am 27. Oktober 2017 und entsprechender europaweiter Berichtigungsbekanntmachung vom 10. November 2017 verlängerte die Ag die ursprünglich am 3. November 2017 ablaufende Angebotsfrist bis zum 24. November 2017. Die ASt gab fristgerecht Angebote zu allen Gebietslosen ab.

Mit Schreiben vom 29. November 2017 forderte die Ag unter anderem die Beigeladene (Bg) zu 3) auf, die Auskömmlichkeit ihrer Angebote nachzuweisen. Hierzu seien unter anderem die Offenlegung der Kalkulation oder die Stellungnahme eines Wirtschaftsprüfers geeignet. Die Bg

zu 3) legte der Ag daraufhin fristgerecht die Stellungnahme ihres Wirtschaftsprüfers vor. Mit Vermerk vom 6. Dezember 2017 kam die Ag zu dem Ergebnis, dass die Angebote der Bg zu 3) als auskömmlich anzusehen seien und eine vertragsgemäße Versorgung der Versicherten ohne zu erwartende wirtschaftliche Schwierigkeiten für die Bg zu 3) möglich erscheine. Dieser Bewertung legte sie die eingereichte Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers, die einen positiven Deckungsbeitrag bestätige, sowie weitere Erwägungen zugrunde, so den Umstand, dass andere Bieter im vergleichbaren Preisrahmen angeboten hätten und ihre Kalkulation nachvollziehbar offengelegt hätten. Zudem handele es sich bei der Bg zu 3) um einen der drei „Großen“ im Markt, so dass sich wegen des hohen Versorgungsanteils der Anteil der Umversorgungen und damit Geräte austauschen verringere. Ferner würde die Bg zu 3) von Synergieeffekten profitieren, die durch den Einsatz von Gebrauchtgeräten und der Eigenschaft als Gerätehersteller resultieren würden. Schließlich hob die Ag auch auf die laufend sinkenden Preise für die ausgeschriebenen Leistungen und insbesondere die jüngsten Ausschreibungsergebnisse anderer Krankenkassen ab.

Mit Schreiben vom 8. Dezember 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 11. Dezember 2017 übermittelt.

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Zuschlag für Los 1 und 2 an die Bg zu 1), den Zuschlag für Los 3 an die Bg zu 2) und den Zuschlag für die Lose 4 bis 19 an die Bg zu 3) erteilen wolle. Das Angebot der ASt liege nach der Angebotswertung in Bezug auf Los 2 auf dem 2. Rang und im Übrigen auf dahinter liegenden Rängen. Mit Schreiben vom 12. Dezember 2017 rügte die ASt eine Verletzung des Auskömmlichkeitsgebots nach § 60 VgV durch die drei Bestbieter; das Ergebnis zeige die Marktverdrängungsabsicht der [...]. Die ASt bat zudem um Darlegung der Gründe, die zur Nichtberücksichtigung der Angebote der ASt geführt hätten. Mit Schreiben vom 15. Dezember 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie den Rügen nicht abhelfe. Die vorgenommene Auskömmlichkeitsprüfung habe keine Anhaltspunkte dafür erkennen lassen, dass die fraglichen Angebote unauskömmlich sein könnten. Die Angebote der ASt hätten nicht berücksichtigt werden können, da sie im Rahmen der Angebotswertung nach Ziffer 3.1 der LB nur die bereits mitgeteilten Platzierungen erreicht hätten.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt zum einen gegen den Loszuschnitt von Los 2. Die Ag verstoße mit dem gewählten Loszuschnitt gegen § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, wonach

beim Zuschnitt mittelständische Interessen vornehmlich berücksichtigt werden müssten. Dies habe die Ag vorliegend nicht getan. Dadurch, dass das Los zwei räumlich vollständig voneinander getrennte Gebiete umfasse, könne das Losgebiet durch ein mittelständisches Unternehmen aufgrund der erheblichen, nicht effektiv nutzbaren Fahrzeiten durch Regionen, die nicht zum Losgebiet gehörten, und in Ermangelung eines zweiten – wohnortnahen – Standorts nicht abgedeckt werden. So verfüge die ASt zwar über einen Standort nahe Berlin, der zur Versorgung präqualifiziert sei und über ausreichend qualifiziertes Personal verfüge, jedoch nicht über einen solchen im anderen Teil des Losgebiets. Im Gegensatz zu den anderen Losen könne bei Los 2 wegen der räumlichen Trennung der Loseilgebiete keine optimierte Tourenplanung dergestalt erfolgen, dass auf dem Weg zu notwendigen, zeitlich determinierten Terminen weitere (flexible) Termine wie Wartungen erledigt werden könnten und damit die Fahrtstrecke effektiv genutzt werden könne. Die Abgabe eines aussichtsreichen Angebots sei daher nur möglich gewesen, wenn man in beiden Bereichen bereits einen entsprechend qualifizierten Standort habe und damit ein überregionales Großunternehmen sei oder aber eine Bietergemeinschaft gründe. Letzteres habe die ASt versucht, habe aber keinen Erfolg gehabt. Daher habe sie für Los 2 nur ein Angebot mit erheblichen Zuschlägen wegen der höheren Kosten abgeben können; eine erfolgsversprechende Beteiligung am Vergabeverfahren sei ihr damit nicht möglich gewesen. Auch dass die ASt letztlich für alle Lose und damit bundesweit angeboten habe, stelle ihr Vorbringen nicht in Frage. Denn die Angebote seien dementsprechend hochpreisig ausgefallen, um im Fall eines Zuschlags die nötigen logistischen und personellen Kapazitäten zu schaffen.

Die von der Ag vorgebrachte Begründung, man habe eine ausgewogene Mischung zwischen Ballungsräumen und Flächengebieten sowie Beratung und Einweisung vor Ort erreichen und die Lieferung innerhalb des vorgegebenen Radius ermöglichen wollen, rechtfertige den Loszuschnitt von Los 2 nicht. Es sei nicht ersichtlich, warum ein ausgeglichenes Verhältnis zwischen städtischen und ländlichen Räumen gerade die Zusammenlegung des Gebiets Berlin/Potsdam mit dem Gebiet Chemnitz/Zwickau erfordere, wenn eine ausgewogene Mischung auch durch eine Zusammenlegung mit dem Gebiet der Leitzahlen 03 und 04 (Cottbus/Leipzig) habe erzielt werden können, zumal die geringere Einwohnerdichte dadurch noch besser die Dichte im Raum Berlin/Potsdam hätte ausgleichen können. Auch die Menge der zu erwartenden Versorgungen würde sich dadurch nicht maßgeblich verändern. Nach allem sei der Loszuschnitt als willkürlich anzusehen; die Ag habe die Grenzen des ihr zustehenden Ermessensspielraums überschritten. Sie habe darüber hinaus nicht die ermessenseinschränkende Regelung des § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V berücksichtigt, wonach

die Ag ihren Versicherten eine wohnortnahe Versorgung gewährleisten müsse, die jedenfalls nicht gegeben sei, wenn der Auftragnehmer im Los 2 nur einen Standort habe und dieser sich damit nur in einem der beiden Teilgebiete befinde.

Der ungewöhnliche Zuschnitt des Loses 2 lege im Übrigen den Verdacht nahe, dass dieser zugunsten der Kooperation der [...] und der [...], die der Ag auch bekannt sei, erfolgt sei. Der Zuschnitt komme den genannten Unternehmen überproportional entgegen. Mit der Vorabinformation vom 11. Dezember 2017 habe sich zumindest bestätigt, dass die [...] Teil der für den Zuschlag vorgesehenen Bietergemeinschaft sei.

Des Weiteren macht die ASt geltend, dass den Vergabeunterlagen die voraussichtlichen Versorgungsmengen nicht präzise entnommen werden könnten und daher gegen das Gebot der Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen verstoßen werde. Aus den Angaben der Ag sei insgesamt nicht klar geworden, ob die im Leistungsverzeichnis angesetzten Gesamtmengen als voraussichtliche Versorgungsmengen anzusetzen seien oder aber – vor allem unter Berücksichtigung von weiteren Versorgungen in dem 2-jährigen Versorgungszeitraum – noch höhere Versorgungsmengen (und wenn ja, in welchem Umfang) der Kalkulation zugrunde zu legen seien. Je nach Ansatz würden sich dabei erhebliche Mengendiskrepanzen ergeben. Aufgrund der Unklarheiten sei die ASt gezwungen gewesen, entsprechend höhere Preise anzubieten.

Nach Mitteilung der Ag vom 11. Dezember 2017, welche Bieter den Zuschlag erhalten sollen, sowie erhaltener Akteneinsicht macht die ASt ferner geltend, dass die Ag in Bezug auf die Bg zu 3) gegen § 60 VgV verstoßen habe. Es sei davon auszugehen, dass die Ag die Zusammensetzung der Angebote der Bg zu 3) nicht hinreichend geprüft und die im konkreten Fall drohenden Gefahren für eine wettbewerbskonforme Auftrags erledigung nicht ausreichend berücksichtigt habe. Die extrem niedrigen Preise der Bg zu 3) hätten die Ag aufgrund der bestehenden Marktlage und des Umstands, dass letztlich 18 von 19 Losen an einen Bieter gingen, zu dem Schluss führen müssen, dass die niedrigen Preise unauskömmlich seien und allein in Marktverdrängungsabsicht abgegeben worden seien. Das von der Bg zu 3) vorgelegte Testat eines Wirtschaftsprüfers sei vorliegend nicht geeignet, die Auskömmlichkeit der Angebote zu belegen. Wenn die Ag dabei auf den positiven Deckungsbeitrag abstelle, sei dieser nicht der entscheidende Faktor. Denn unter einem „positiven Deckungsbeitrag“ sei nur die (positive) Differenz zwischen den erzielten Umsatzerlösen und den variablen Kosten zu verstehen und damit der Betrag, der zur Deckung der Fixkosten zur Verfügung stehe. In Bezug

auf die Auskömmlichkeit eines Angebots müsse daher geprüft werden, ob die Höhe des Deckungsbeitrags ausreiche, um die mit einer solchen Ausschreibung steigenden Fixkosten zu kompensieren. Die Ag habe den Begriff missverstanden und sei deshalb zu einem falschen Ergebnis gekommen. Unzulässig sei es auch, wie es aber die Ag getan habe, die bezuschlagten Preise aus anderen Ausschreibungen, die die Bg zu 3) ebenfalls gewonnen habe, als Vergleichsmaßstab heranzuziehen. Es sei für die ASt im Übrigen auch nicht nachvollziehbar, wie das Angebot der Bg zu 3) noch auskömmlich sein solle; die ASt habe selbst etwa für Los 10 extrem niedrige Preise angeboten.

Mit der Marktverdrängungsabsicht der Bg zu 3) habe sich die Ag trotz gegebener Verdachtsmomente zu keinem Zeitpunkt auseinandergesetzt. Die Bg zu 3) habe die in den Ausschreibungen anderer Krankenkassen vorgegebenen Loslimitierungen durch Kooperationen mit anderen Unternehmen unterlaufen. Die jetzige Ausschreibung solle nun endgültig dazu führen, dass die kleinen und mittelständischen Unternehmen vom Markt verdrängt werden. Die schiere Anzahl der Versorgungen führe dazu, dass auch bei Krankenkassen, die die streitgegenständlichen Leistungen nicht ausgeschrieben hätten, die Bg zu 3) über ihre Präsenz am Markt überproportional zum Zuge komme.

Im Hinblick auf die Vorabinformation vom 11. Dezember 2017 macht die ASt zudem eine Nichtbeachtung von § 134 Abs. 1 GWB geltend, und zwar durch Nichtbenennung der genauen Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung der Angebote der ASt. Der ASt sei es dadurch nicht möglich, den ebenfalls geltend gemachten Verstoß gegen § 60 VgV im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens hinreichend zu begründen.

Schließlich habe die Ag auch gegen ihre Dokumentationspflichten verstoßen. So enthalte der Vergabevermerk keine Ausführungen zur Wahl der Verfahrensart; im Vergabevermerk wäre zu erläutern gewesen, wieso sich die Ag für ein offenes Verfahren und nicht für ein ebenfalls denkbare Verhandlungsverfahren entschieden habe. Des Weiteren seien die im Vergabevermerk unter dem Punkt Losaufteilung/Versichertenzahl gemachten Angaben derart undetailliert, dass die Gründe, die zu der vorgenommenen Losaufteilung geführt hätten, nicht nachvollzogen werden könnten. Inwieweit die mittelständischen Interessen berücksichtigt worden seien, sei dem Vergabevermerk wie auch den Stellungnahmen der Ag im Nachprüfungsverfahren nicht zu entnehmen gewesen.

Die ASt beantragt,

1. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist,
2. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
3. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten durch einen Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB verletzt ist,
4. die Ag zu verpflichten, die Gründe darzulegen, die zur Nichtberücksichtigung der Angebote der ASt geführt haben,
5. festzustellen, dass die Ag ihrer Dokumentationspflicht nicht genügt hat und die ASt dadurch in ihren Rechten verletzt ist,
6. festzustellen, dass die Ag gegen § 60 VgV verstoßen hat und die ASt auch dadurch in ihren Rechten verletzt ist,
7. geeignete Maßnahmen zu treffen, um die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen,
8. der Ag die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Des Weiteren beantragt die ASt, ihr Einsicht in die Vergabeakten gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag nur teilweise zulässig und im Übrigen unbegründet.

Soweit die ASt einen Verstoß gegen das Gebot der Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen geltend mache und behaupte, dass den Vergabeunterlagen die voraussichtlichen Versorgungsmengen nicht präzise zu entnehmen seien, sei klarzustellen, dass die ASt mit Schreiben vom 20. November 2017 nur die aus ihrer Sicht unzureichende Beantwortung einer Bieterfrage beanstandet habe. Dass die ASt trotz Darlegung durch die Ag mit Schreiben vom 23. November 2017 von unklaren oder unzutreffenden Fallzahlen ausgehe, habe sie im Folgenden nicht gerügt, sondern erstmalig im Nachprüfungsantrag und erst nach Ablauf der Angebotsfrist beanstandet. Daher sei der Nachprüfungsantrag insoweit unzulässig. Im Übrigen

habe die Vergabekammer bereits in einem vorangegangenen Nachprüfungsverfahren (VK 1-131/17) zutreffend festgestellt, dass die den Bietern überlassenen Daten weder widersprüchlich noch zu ungenau seien, sondern auf Basis der bereitgestellten Daten eine kaufmännisch vernünftige Angebotskalkulation möglich gewesen sei. Die ASt treffe im Übrigen unzutreffende Annahmen zur Entwicklung der Patientenzahlen, wenn sie davon ausgehe, dass alle Patienten von Beginn der Ausschreibung an über die vier Vertragsjahre konstant weiterversorgt würden und jedes Jahr zusätzlich Erstversorgungen dazukommen würden. Dies entspreche nicht der Versorgungsrealität, da auch jedes Jahr Patientenabgänge zu berücksichtigen wären. Da die Patientenentwicklung jedoch nicht vorhersehbar sei, könne kein eindeutigeres Auftragsvolumen ermittelt werden als nach der für alle Bieter gleichen, in der Ausschreibung veröffentlichten Kalkulationsgrundlage.

Soweit die ASt einen vergaberechtswidrigen Zuschnitt von Los 2 geltend mache, liege ein Vergaberechtsverstoß tatsächlich nicht vor. Bei der Bestimmung des Loszuschnitts von Gebietslosen stehe der Ag ein Beurteilungsspielraum zu. Die Gründe für einen bestimmtem Loszuschnitt müssten nur vertretbar, nicht aber zwingend sein; dass auch ein anderer Zuschnitt möglich gewesen wäre, führe daher noch nicht automatisch zur Fehlerhaftigkeit des Zuschnitts. Die Bildung eines räumlich verbundenen Losgebiets sei zwar naheliegend, aber nicht zwingend. Das Aufsplittern des Loses 2 in einen nördlichen und einen südlichen Teil, unterbrochen durch die vom Los 1 erfassten Flächen, sei maßgeblich auf die Anzahl der Versicherten in den betroffenen Postleitzahlenbereichen zurückzuführen. Außerdem solle jedes Losgebiet eine ausgewogene Mischung zwischen Ballungsräumen und Flächengebieten abbilden, die bei einem anderen Loszuschnitt nicht erreicht worden wäre. Dass ein anderer Loszuschnitt für die ASt attraktiver gewesen wäre, begründe noch keinen Verstoß gegen den Grundsatz einer möglichst mittelstandsfreundlichen Vergabe. Dieser diene allgemein den Interessen kleinerer und mittlerer Unternehmen und nicht den Interessen einzelner Unternehmen. Die Preisangebote zu Los 2 im Vergleich zu den anderen angebotenen Losen würden die von der ASt geltend gemachten erhöhten Fahrt- und Personalkosten im Übrigen nicht widerspiegeln. Den Vorwurf einer gezielten Bevorzugung der Unternehmen [...] und [...] weise die Ag entschieden zurück. Auf § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V, der das Gebot der wohnortnahen Versorgung regelt, könne sich die ASt im Übrigen nicht berufen, da die Regelung allenfalls dem Interesse der Versicherten an einer möglichst qualitätsvollen Versorgung, nicht aber den Interessen der Leistungserbringer in einem Vergabeverfahren diene, also keine Bestimmung über das Vergabeverfahren im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB darstelle.

Soweit die ASt geltend mache, dass die Bg zu 3) in Marktverdrängungsabsicht ungewöhnlich niedrige Angebote abgegeben habe und daher auszuschließen sei, sei festzuhalten, dass die Ag die Bg zu 3) richtigerweise in der Wertung belassen habe. Nachdem die Ag festgestellt habe, dass die Angebote der Bg zu 3) in einem Umfang von Preisniveau der Mitbewerber abwichen, der eine vertiefte Preisprüfung erfordere, habe sie die Bg zu 3) aufgefordert, die Auskömmlichkeit der Angebotspreise nachzuweisen. Auf Basis der daraufhin fristgerecht eingereichten Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers der Bg zu 3) sei die Ag zu der Einschätzung gelangt, dass die kalkulierten Preise vergaberechtlich nicht zu beanstanden seien, weil eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu den angebotenen Konditionen möglich erscheine, nicht zu erkennen sei, dass die Bg zu 3) durch die vergleichsweise niedrigen Angebote in wirtschaftliche Schwierigkeiten gelangen könne, und auch keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vorliegen würden, dass die Angebotspreise mit der zielgerichteten Absicht der Marktverdrängung abgegeben worden seien oder zumindest die Gefahr begründen würden, dass bestimmte Wettbewerber nicht nur von der einzelnen Auftragsvergabe, sondern ganz vom Markt verdrängt würden.

Schließlich sei auch ein Verstoß gegen § 134 Abs. 1 GWB nicht gegeben; die Bieterinformation vom 11. Dezember 2017 genüge unter den vorliegenden Umständen den gesetzlichen Anforderungen. Die geltend gemachten Dokumentationsmängel lägen, soweit eine Dokumentation überhaupt erforderlich sei, ebenfalls nicht vor.

Mit Beschluss vom 19. Dezember 2017 sind die Bg zu 1) bis 3) zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg zu 2) trägt weder schriftsätzlich noch mündlich in der Sache vor und stellt auch keine Anträge.

Die Bg zu 1) und 3) beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Bg zu 1) und zu 3) aufzuerlegen,
3. auszusprechen, dass für die Bg zu 1) und zu 3) die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich ist.

Die Bg zu 1) und 3) machen geltend, dass der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig sei, soweit sie den Loszuschnitt von Los 2 beanstande. Denn der Loszuschnitt würde sich bereits aus den Angaben in der Auftragsbekanntmachung und ergänzend dazu aus der den

Vergabeunterlagen beigefügten Gebietskarte ergeben. Der umfassende Vortrag der ASt im Nachprüfungsverfahren zeige, dass sich die ASt schon sehr frühzeitig mit dem fraglichen Loszuschnitt auseinandergesetzt habe, so dass die Rüge erst mit Schreiben vom 20. November 2017 als verspätet nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB anzusehen sei. Dies ergebe sich auch aus einer Zusammenschau mit den Regelungen des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB; die speziellere, im Zweifel kürzere Rügefrist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB dürfe im Regelfall nicht später enden. Da die Losaufteilung von Anfang an Bestandteil der Bekanntmachung und der Vergabeunterlagen gewesen sei, sei die in der Bekanntmachung genannte erste Angebotsfrist (3. November 2017) maßgeblich, die die ASt aber versäumt habe; mit ihrer Rüge vom 20. November 2017 sei die ASt daher präkludiert. Im Übrigen seien die Gründe, die die Ag zum fraglichen Loszuschnitt bewogen hätten, vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Einem Auftraggeber stünde bei Teillosen noch stärker als bei technisch vorab marktüblich definierten Fachlosen eine Gestaltungsprärogative zu. Die Grenze würden das Willkürverbot und das Gebot der Verhältnismäßigkeit bilden. Die Gründe der Ag seien jedoch keineswegs willkürlich, sondern von nachvollziehbaren Überlegungen getragen. Auch habe der Bieterwettbewerb mit der Losaufteilung keine Schwierigkeiten gehabt. Lediglich die ASt sehe sich in ihren unternehmerischen Möglichkeiten nicht optimal angesprochen, was die hier erfolgte Losbildung allerdings nicht vergaberechtswidrig mache.

Soweit die ASt die Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen in Bezug auf die voraussichtlichen Versorgungsfälle moniere, müsse auch diesbezüglich der Nachprüfungsantrag als verspätet und damit unzulässig angesehen werden. Im Übrigen sei auf den Beschluss der Vergabekammer in Sachen VK 1-131/17 zu verweisen.

Soweit die ASt behaupte, die Angebote der Bg zu 3) seien vermutlich nicht auskömmlich und von einer Marktverdrängungsabsicht getragen, treffe dies nicht zu. Ein Verstoß gegen § 60 VgV läge weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht vor. Die Ag habe vorliegend die erforderliche Preisaufklärung durchgeführt, und die Bg zu 3) sei dem Aufklärungsersuchen ordnungsgemäß nachgekommen. Sie habe insbesondere Wirtschaftsprüferbestätigungen vorgelegt, denen zufolge die Preiskalkulationen nicht zu beanstanden seien. Der Wirtschaftsprüfer habe dabei für jedes Los gesondert festgestellt, dass ein positiver Deckungsbeitrag erzielt werde; dabei seien nicht nur variable, sondern auch fixe Kostenbestandteile berücksichtigt worden. Berücksichtigt worden seien die Aufwendungen für den Geräteinsatz, Zubehör und Verbrauchsmaterialien, Serviceleistungen sowie interne Verwaltungskosten. Im Ergebnis liege jeweils kein Unterkostenangebot vor. Diese

Feststellungen habe wiederum die Ag nachvollzogen und akzeptiert. Selbst wenn die Aufklärung nicht zur Zufriedenheit des Auftraggebers ausfalle, bestünde außer in den Fällen des § 60 Abs. 3 Satz 2 VgV kein echtes Zuschlagsverbot, sondern obliege die Entscheidung allein der Risikoabwägung des Auftraggebers. Eine vergaberechtswidrige Marktverdrängungsabsicht bestehe – entgegen dem Vortrag der ASt – auf Seiten der Bg zu 3) nicht.

Schließlich sei auch die Vorabinformation der Ag nicht zu beanstanden. Der ASt seien mit der Vorabinformation alle nötigen Informationen zur Verfügung gestellt worden.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 16. Januar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung der stellvertretenden Vorsitzenden vom 9. Januar 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 31. Januar 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 überwiegend zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist überwiegend zulässig.

- a) Insbesondere hat die ASt ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB genügt. Der Rügeobliegenheit unterlagen dabei nur die beiden der ASt vor Einreichen des Nachprüfungsantrags bekannten und mit dem Antrag zunächst geltend gemachten (behaupteten) Vergaberechtsverstöße, nämlich der Loszuschnitt von Los 2 und die fehlende Eindeutigkeit der Versorgungszahlen. Die im Weiteren geltend gemachten Verstöße beruhen auf Tatsachen, die der ASt erst im Laufe des Nachprüfungsverfahrens bekannt wurden, und unterliegen daher nicht der Rügeobliegenheit.

Den Loszuschnitt von Los 2 hat die ASt mit Schreiben vom 20. November 2017 gerügt. Dafür, dass die ASt mehr als zehn Tage zuvor bereits (tatsächliche und rechtliche) Kenntnis von einem entsprechenden Vergaberechtsverstoß gehabt hat und damit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert wäre, gibt es keinen Anhaltspunkt. Vielmehr rügte sie den Loszuschnitt vier Tage nach Erhalt der Bewerberinformation vom 16. November 2017, in der unter anderem ihre Frage zum Loszuschnitt – aus Sicht der ASt unbefriedigend – von der Ag beantwortet wurde. Auch die Regelungen des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 und 3 GWB führen zu keinem anderen Ergebnis. Denn – entgegen der Auffassung der Bg zu 1) und 3) – war die entsprechende Präklusionsfrist zum Zeitpunkt der Rüge noch nicht ausgelaufen. Maßgeblich ist hier nämlich die verlängerte und letztlich für die Bieter geltende Angebotsfrist, die erst am 24. November 2017 ablief. Dafür, dass – wie die Bg zu 1) und 3) meinen – die zunächst bekanntgemachte Frist (3. November 2017) maßgeblich sein solle, gibt der 2016 geänderte Wortlaut des § 160 Abs. 3 GWB überhaupt nichts mehr her. Aber auch im Rahmen von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 GWB, der die „in der Bekanntmachung benannte Frist“ in Bezug nimmt, ist die – auch hier im Wege der Bekanntmachung – verlängerte und nicht die zunächst bekanntgemachte Frist maßgeblich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2017, VII-Verg 76/08; Dicks in: Ziekow/Völlink, § 160 GWB, Rn. 51); etwas anderes erscheint auch mit Blick auf das Gebot des effektiven Rechtsschutzes und der Eigenschaft des § 160 Abs. 3 GWB als Ausnahmeregelung nicht vertretbar (vgl. auch VK Bund, Beschluss vom 13. November 2017, VK 1-117/17).

Entgegen der Auffassung der Ag hat die ASt ferner den geltend gemachten Verstoß der fehlenden Eindeutigkeit der Versorgungszahlen gerügt und dies auch rechtzeitig. Auch wenn die ASt ihre Rüge diesbezüglich im Schreiben vom 20. November 2017 damit einleitet, dass ihre Bieterfrage nicht näher beantwortet worden sei, macht sie doch im Folgenden deutlich, dass sie insgesamt beanstandet, dass die Vergabeunterlagen in Bezug auf die Versorgungszahlen nicht eindeutig seien. So führt sie aus, dass mit ihrer Frage „Unklarheiten der Vergabeunterlagen, die der Preisermittlung dienen und somit kalkulationsrelevant sind, ausgeräumt“ werden sollten. Mit der Nichtbeantwortung der Frage bzw. der nicht erfolgten Auseinandersetzung damit sehe sie das Gebot der Eindeutigkeit der Ausschreibungsunterlagen als verletzt an; entsprechend heißt es in der Betreffzeile des Rügeschreibens auch, dass das „Gebot der Eindeutigkeit der Ausschreibungsunterlagen [...] verletzt“ sei. Abgesehen davon ist die Ag in ihrer Rügeantwort auf die zu prognostizierenden Versorgungszahlen eingegangen und hat

die Rüge damit genau so verstanden wie von der ASt gemeint. Aus denselben Gründen wie bei der Rüge des Loszuschnitts ist auch die Rüge der Unklarheit der Vergabeunterlagen in Bezug auf die Versorgungszahlen nicht verspätet erfolgt.

- b) Die ASt ist auch überwiegend antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Dies gilt allerdings nicht, soweit die ASt einen Verstoß gegen § 134 GWB dahingehend geltend macht, dass die Vorabinformation inhaltlich unzureichend gewesen sei. Denn § 134 GWB dient dazu, den Bietern (oder Bewerbern) eines Vergabeverfahrens rechtzeitig vor Zuschlagserteilung die nötigen Informationen zur Verfügung zu stellen, damit diese die Erfolgsaussichten eines Nachprüfungsverfahrens abschätzen und mit einem Nachprüfungsantrag die rechtzeitige Auslösung des Zuschlagsverbots gemäß §§ 169 Abs. 1, 163 Abs. 2 GWB veranlassen können, um ihre Zuschlagschancen zu wahren. Trotz der von ihr geltend gemachten inhaltlichen Defizite des Vorabinformationsschreibens konnte die ASt ihren Nachprüfungsantrag in Bezug auf die behauptete Unauskömmlichkeit der Angebote der Bg zu 3) erweitern und zum Streitstoff machen.

Soweit die ASt vorträgt, die Bg zu 3) sei gemäß § 60 Abs. 3 VgV auszuschließen, droht ihr nur in Los 10 ein Schaden. Nur in diesem Los würde der Ausschluss der Bg zu 3) dazu führen, dass die ASt mit ihrem Angebot auf den ersten Wertungsrang vorrückt. Nur insoweit sind also durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß die Zuschlagschancen der ASt beeinträchtigt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Der Zuschnitt des Loses 2 ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden (siehe unten a)). Des Weiteren hat die Ag in hinreichendem Umfang verständliche Versorgungszahlen als Kalkulationsgrundlagen und insoweit eindeutige und hinreichend bestimmte Vergabeunterlagen den Bietern zur Verfügung gestellt (siehe unten b)). Ferner ist das Angebot der Bg zu 3) zu Los 10 als insoweit einzigem maßgeblichen Los nicht nach § 60 VgV auszuschließen (siehe unten c)). Schließlich sind auch keine Mängel in der Dokumentation des Vergabeverfahrens festzustellen, die die ASt in ihren Rechten verletzen (siehe unten d)).

- a) Der Zuschnitt des Loses 2 ist insbesondere nicht unter dem Aspekt, dass das Los aus zwei räumlich voneinander getrennten Teilgebieten besteht, vergaberechtlich zu beanstanden.

Wenn die ASt zum einen geltend macht, dass die [...] bzw. zumindest letztere durch den Loszuschnitt bevorzugt würden und damit eine Diskriminierung zu deren Gunsten und zu Lasten der anderen Bieter im Sinne eines Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot gemäß § 97 Abs. 2 GWB vorliege, ist dies schon in tatsächlicher Hinsicht nicht der Fall. Denn wie das Ausschreibungsergebnis zeigt, war auch die [...] nicht in der Lage, für das Los 2 ein Angebot als Einzelbieter abzugeben, sondern musste eine Bietergemeinschaft eingehen. Eine möglicherweise gegen das Diskriminierungsverbot verstoßende Besserstellung der [...] wäre allenfalls dann anzunehmen, wenn gerade die Zusammenfassung der beiden Teilgebiete in einem Los zum Geschäftsbetrieb (wie etwa den Standorten) des Unternehmens gepasst hätte, was vorliegend jedoch offensichtlich nicht der Fall ist, da die [...] vornehmlich in Sachsen (und gerade nicht in Berlin) vertreten ist. Die Bietergemeinschaft, die in Los 2 für den Zuschlag vorgesehen ist, ist im Übrigen von der [...] auch nicht mit dem von der ASt zunächst vermuteten Bietergemeinschaftspartner [...] gebildet worden, sondern mit der Bg zu 3).

Die konkrete Losbildung begegnet auch im Übrigen keinen vergaberechtlichen Bedenken. Zunächst ist festzuhalten, dass die Ag dem Gebot der Losaufteilung nach § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB Genüge getan hat, indem sie die ausgeschriebenen Leistungen in 19 Teillöse (Gebietslöse) aufgeteilt hat. Wie sich aus der Angebotslage insgesamt ergibt, insbesondere auch in Bezug auf die Lose 4 und 10, in denen die ASt über qualifizierte Standorte verfügt, sind die Lose grundsätzlich in einer Größenordnung zugeschnitten, die es vor Ort befindlichen kleineren und mittleren Unternehmen wie der ASt ermöglicht, ein Angebot abzugeben. Insoweit ist auch dem Gebot nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB, das insbesondere den Hintergrund für das Gebot der Teillosbildung darstellt (vgl. auch Erwägungsgrund 78 der Richtlinie 2014/24/EU), entsprochen. Die Losgrößenordnung greift die ASt im Übrigen auch nicht an.

Eine darüber hinausgehende Berücksichtigung der Interessen des Mittelstands nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB dahingehend, dass die von der ASt angegriffene räumliche Teilung des Losgebiets aufgehoben wird (etwa durch anderweitigen Zuschnitt zu einem einheitlichen Losgebiet oder durch Teilung des Loses 2 in zwei Einzellöse), ist vorliegend nicht angezeigt. Grundsätzlich ist zu beachten, dass der öffentliche

Auftraggeber bei der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands, wozu auch der Loszuschnitt zählt (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. März 2013, VII-Verg 6/13; Beschluss vom 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15), im rechtlichen Ansatz ungebunden und weitestgehend frei ist. Die Wahl des Beschaffungsgegenstands unterliegt somit grundsätzlich der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, deren Ausübung dem Vergabeverfahren vorgelagert ist und die von den Vergabenachprüfungsinstanzen im Ausgangspunkt nicht zu kontrollieren ist (vgl. hierzu z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15; auch Beschluss vom 14. Februar 2011, VII-Verg 5/11). Grenzen sind dem Auftraggeber allerdings dahingehend gesetzt, dass seine Erwägungen dazu – insbesondere im Falle einer produktspezifischen Ausschreibung – sachbezogen und auftragsbezogen bzw. durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein müssen. Vorliegend hat die Ag diese Grenzen jedoch nicht überschritten. Vielmehr hat sie in ihren Erwägungen zum Loszuschnitt auf tatsächliche, mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Gründe abgehoben, nämlich auf eine ausgewogene Mischung zwischen Ballungsräumen und Flächegebieten und Entfernungen, damit eine persönliche Beratung und Einweisung der Versicherten vor Ort und eine Lieferung innerhalb eines bestimmten Radius erfolgen können. Dementsprechend ist auch in tatsächlicher Hinsicht festzustellen, dass gerade auch das Los 2 mit den beiden Teilgebieten in seiner Gesamtausdehnung (Entfernung zwischen den beiden maximal entfernten Punkten des Loses) nicht größer als andere Flächenlose (wie etwa Los 3 oder Los 5) zugeschnitten ist. Wenn die ASt maßgeblich darauf abstellt, dass durch den Umstand, dass die Kosten für Versorgungsfahrten dadurch höher sind als bei anderen Losen, da zwischen den beiden Teilgebieten ein Raum durchfahren werden muss, in dem keine Leistungen erbracht werden können, und Fahrten auf dieser Strecke daher nicht zur Erbringung von zeitlich flexiblen Leistungen „auf dem Weg“ genutzt werden können, fußt dies darauf, dass ein Bieter nicht jeweils einen Standort in jedem Teilgebiet unterhält. Damit geht es hier vor allem um die Standortfrage des jeweiligen Bieters und damit gegebenenfalls verbundene Vor- oder Nachteile gegenüber anderen Bietern. Weder im Rahmen der Losaufteilung noch der Leistungsbestimmung ist jedoch seitens des Auftraggebers auf das spezifische Leistungsvermögen einzelner Bieter oder darauf zu achten, wie diese sich im Markt aufgestellt haben (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Februar 2011, VII-Verg 5/11). Im Übrigen verfügt auch die ASt als mittelständisches Unternehmen über mehr als nur einen Standort, so dass dies nicht nur Großunternehmen charakterisiert. Nach allem ist es auch nicht aufgrund des Gebots der Berücksichtigung mittelständischer

Interessen nach § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB geboten, den Loszuschnitt von Los 2 zu ändern.

- b) Auch soweit die ASt die Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen dahingehend beanstandet, dass die Anzahl der im Wege der Versorgungspauschalen zu versorgenden Versicherten von der Ag nicht hinreichend transparent bzw. bestimmt mitgeteilt worden sei, liegt ein Vergaberechtsverstoß im Ergebnis nicht vor.

Gemäß § 121 Abs. 1 GWB ist die ausgeschriebene Leistung und damit auch – worauf sich die ASt hier bezieht – deren Umfang so eindeutig und erschöpfend wie möglich zu beschreiben, so dass die Leistungsbeschreibung von allen Bietern im gleichen Sinne verstanden werden kann und die eingehenden Angebote miteinander verglichen werden können. Wenn es wie hier um das zu erwartende Auftragsvolumen von Rahmenvereinbarungen geht, liegt es anders als bei öffentlichen Aufträgen (Einzelaufträgen) in der Natur der Sache, dass die Anzahl der künftigen Einzelaufträge, die auf der jeweiligen Rahmenvereinbarung beruhen, und deren Volumen ungewiss ist und daher weder exakt vorhergesagt noch garantiert werden kann. § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV sieht daher vor, dass der Auftraggeber bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen lediglich so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben hat, aber nicht abschließend festlegen muss. Um den Wettbewerb nicht einzuschränken, sondern die Abgabe wettbewerblich vergleichbarer Angebote zu gewährleisten, muss der Auftraggeber hinsichtlich des Auftragsumfangs aber jedenfalls diejenigen Angaben machen, über die er verfügt oder die von ihm in zumutbarer Weise zu beschaffen sind und die die Bieter für eine seriöse Angebotskalkulation benötigen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 96/11; und vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Für die Frage, welche Daten und Angaben dies sein müssen, kommt vorliegend hinzu, dass der künftige Versorgungsbedarf der Versicherten der Ag hinsichtlich der hier ausgeschriebenen Hilfsmittel und damit verbundenen Leistungen weder für die Ag noch für die Bieter hinreichend sicher vorhersehbar ist, weil dieser – wie bei Vergaben im Arzneimittelbereich – im Wesentlichen unter anderem vom Gesundheitszustand der Versicherten, deren Therapietreue und der Mortalitätsrate und nicht zuletzt dem Ordnungsverhalten der Ärzte, also von Umständen abhängig ist, die weder die Ag noch die Bieter beeinflussen können. Das Einzige, woraus – mit der kaufmännisch gebotenen Vorsicht – gewisse Rückschlüsse auf die zukünftige Nachfrage gezogen

werden können, sind die entsprechenden Abgabedaten aus der Vergangenheit. Es ist daher in der Vergaberechtsprechung (insbesondere zum Arzneimittelbereich) anerkannt, dass immerhin diese Daten ausreichend sind, um eine hinreichend sichere Angebotskalkulation zu ermöglichen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Dies beruht auf der Erwägung, dass in Zukunft mit ähnlichen Werten zu rechnen sein wird. Hält der Auftraggeber diese Anforderungen ein, handelt er vergaberechtskonform, auch wenn weiterhin hinsichtlich des Auftragsumfangs Kalkulationsrisiken bei den Bietern verbleiben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; Beschluss vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12). Die Schwelle, welche Kalkulationsrisiken einem Bieter zumutbar sind und diesem daher rechtmäßig aufgebürdet werden dürfen, ist aus den vorgenannten Gründen bei Rahmenvereinbarungen im Allgemeinen und bei Rahmenvereinbarungen im Gesundheitswesen im Speziellen relativ hoch (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; Beschluss vom 20. Februar 2012, VII-Verg 44/12; vgl. zum Ganzen auch VK Bund, Beschluss vom 7. Dezember 2017, VK 1-131/17).

Nach allem ist die Ag vorliegend nicht verpflichtet, eine Prognose hinsichtlich der Entwicklung der Anzahl der Versorgungsfälle in den Vertragsjahren anzustellen und den Bietern eine entsprechend prognostizierte Anzahl von Versorgungsfällen für den Vertragszeitraum als Kalkulationsgrundlage zu nennen. Diese Prognose haben die Bieter, die – insoweit sei auf den objektiven Empfängerhorizont eines durchschnittlichen fachkundigen, mit entsprechenden Ausschreibungen vertrauten Bieters verwiesen – über entsprechende Branchenkenntnisse verfügen, auf eigenes Risiko selbst anzustellen. Die Ag ist allerdings im oben beschriebenen Rahmen zur Mitteilung der für die Prognose benötigten Tatsachen verpflichtet. Dies hat sie, indem sie die Versorgungszahlen für die Jahre 2014 bis 2016 zur Verfügung gestellt hat, getan. Mit den fraglichen Versorgungsdaten, die zudem nach Positionsnummern gemäß Hilfsmittelverzeichnis und nach Erst- und Folgeversorgungen getrennt ausgewiesen und zuletzt auch noch nach Monaten aufgeschlüsselt sind, hatten die Bieter alle wesentlichen Daten, um die Entwicklung der Versorgungszahlen hinreichend zu prognostizieren und darauf ihre Angebotskalkulation zu stützen.

Dabei ist zunächst festzuhalten, dass es sich bei den Daten, wie die Ag mehrfach auch im Rahmen von Bewerberinformationen klargestellt hatte (vgl. Bewerberinformationen

vom 10., 12. und 16. Oktober 2017), um abgerechnete Versorgungspauschalen handelte. Des Weiteren ist den Bietern, wenn nicht aufgrund eigener Branchenkenntnis heraus, so jedenfalls aufgrund verschiedener Bieterfragen und Antworten in den Bewerberinformationen (insbesondere siehe Fragen 17 und 18 in der Bewerberinformation vom 16. Oktober 2017 und Fragen 8 und 11 in der Bewerberinformation vom 24. Oktober 2017) bekannt, dass die bisherigen Versorgungszeiträume (GLZ) für Erstversorgungen je nach Gerät sechs oder zwölf Monate betragen und für Folgeversorgungen einheitlich 24 Monate. Für eine Prognose der voraussichtlichen Versorgungszahlen, für die gilt, dass nunmehr je Versicherten – ohne Unterschied, ob es sich um eine Erst- oder Folgeversorgung handelt – (genau nur) einmal jährlich eine Versorgungspauschale fällig werden kann, ist aus den bisherigen Versorgungsdaten zu ermitteln, wie viele Versicherte pro Jahr ein streitgegenständliches Gerät brauchen. Dazu liefern die Zahlen für das Jahr 2016 zunächst Erkenntnisse dafür, was die künftig zu erwartenden Folgeversorgungen angeht. Denn es ist – unter den o.g. Prämissen und den üblichen, hier nicht zu beeinflussenden Unwägbarkeiten (Mortalität, Therapietreue, Gesundheitszustand der Versicherten) – davon auszugehen, dass die Patienten in der Erst- und Folgeversorgung 2016 im anschließenden Gewährleistungszeitraum unter die Folgeversorgung fallen. Dasselbe gilt für die zu erwartende Anzahl von Umversorgungen, bei denen es sich ebenfalls um (besondere Fälle von) Folgeversorgungen handelt. Zu bereinigen ist diese Zahl um den Effekt, dass Versicherte, die in der ersten Jahreshälfte 2016 mit einem Versorgungszeitraum von sechs Monaten erstversorgt wurden, möglicherweise als Folgeversorgung ein weiteres Mal in 2016 erfasst wurden. Des Weiteren ist der Effekt zu berücksichtigen, dass Versicherte, für die nur im Jahr 2015 und nicht auch 2016 eine Versorgungspauschale abgerechnet wurde (in der Regel Folgeversorgungen mit einem Versorgungszeitraum vom 24 Monaten), gleichwohl auch im hier ausgeschriebenen Vertragszeitraum (mit jährlicher Pauschale) versorgt werden müssen – immer unter der Voraussetzung, dass eine Versorgung weiterhin verordnet ist. Da die Ag die Abrechnungsdaten aus den Jahren 2015 und 2016 (und dazu noch aus dem Jahr 2014) in der beschriebenen, detailliert aufgeschlüsselten Form zur Verfügung gestellt hat, hat sie alle erforderlichen Rahmendaten für eine entsprechende Prognose zur Verfügung gestellt. Über weitere Daten, die einen hinreichend verlässlichen Rückschluss auf den Versorgungsbedarf zulassen, verfügt die Ag im Übrigen auch nicht ohne Weiteres. Dementsprechend ist auch zu konstatieren, dass die Ag jedenfalls alle Daten, die ihr vorlagen und die sie

ohne Weiteres beschaffen konnte, den Bietern zur Verfügung gestellt hat und ihren vergaberechtlichen Pflichten damit hinreichend nachgekommen ist.

- c) Das Angebot der Bg zu 3) zu Los 10 – nur hier wäre die ASt als zweitplatzierte Bieterin in ihren Rechten verletzt – ist auch nicht nach § 60 VgV auszuschließen. Denn die Ag hat ihrer Prüfungspflicht nach § 60 Abs. 1, 2 VgV genügt und ist beanstandungsfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Preisauflärung zufriedenstellend erfolgt ist und der Bg zu 3) der Zuschlag erteilt werden darf. Da der ASt im Übrigen die Antragsbefugnis fehlt (siehe oben 1. b)), kommt es diesbezüglich nur auf Los 10 an.

Die Ag hat den niedrigen Angebotspreis der Bg zu 3) ordnungsgemäß festgestellt und aufgeklärt. So hat sie zunächst alles Erforderliche unternommen, indem sie nach Angebotsöffnung mit Schreiben vom 29. November 2017 die Bg zu 3) sowie auch andere Bieter zum Nachweis der Auskömmlichkeit ihrer Angebote aufgefordert hat. Die Bg zu 3) hat daraufhin unter dem 1. Dezember 2017 eine Stellungnahme ihres Wirtschaftsprüfers vorgelegt.

Dieses Testat des Wirtschaftsprüfers hat die Ag zudem zu Recht – neben anderen Tatsachen – dem Ergebnis ihrer Aufklärung zugrunde gelegt. Für den Aussagewert solcher methodisch ordnungsgemäß zustande gekommener Testate von Wirtschaftsprüfern gilt dabei grundsätzlich Folgendes: Wirtschaftsprüfer unterliegen strengen berufsrechtlichen Anforderungen. Sie müssen eine besondere Ausbildung absolvieren und sind gemäß § 43 Abs. 1 Wirtschaftsprüferordnung (WiPrO) verpflichtet, ihren Beruf unter anderem unabhängig, gewissenhaft und eigenverantwortlich ausüben. Während ihrer gesamten Prüfung haben Wirtschaftsprüfer eine kritische Grundhaltung zu wahren, indem sie insbesondere Angaben hinterfragen müssen, auf Gegebenheiten zu achten haben, die auf eine falsche Darstellung hindeuten könnten, und die Prüfungsnachweise kritisch beurteilen müssen (§ 43 Abs. 4 WiPrO). Vor diesem Hintergrund durfte sich die Ag grundsätzlich auf das ihr vorgelegte Testat verlassen und dieses ihrer Preisprüfung zugrunde legen (vgl. hierzu insgesamt OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016, VII-Verg 28/15). Hinzu kommt, dass jedenfalls ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag, [...], bei der Angebotswertung regelmäßig nur über beschränkte finanzielle und administrative Ressourcen verfügt. Im Interesse des vergaberechtlich bezweckten raschen Abschlusses von Vergabeverfahren ist einem öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich nur ein eingeschränkter Prüfungsaufwand

zumutbar. Hiernach ist seine Angebotswertung aber jedenfalls dann vergaberechtskonform durchgeführt, wenn er sich auf gesicherte – wie hier durch einen Wirtschaftsprüfer bestätigte – Erkenntnisse stützt und die hieraufhin gezogenen Schlussfolgerungen vertretbar sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016, VII-Verg 28/15, m.w.N.).

Dies ist vorliegend der Fall. Denn dem Wirtschaftsprüfer der Bg zu 3) lagen vorliegend ausweislich seiner Stellungnahme die nötigen Unterlagen vor, um eine Aussage zur Auskömmlichkeit zu treffen. Insbesondere standen ihm neben den Angeboten die Vergabeunterlagen sowie die Unterlagen zu den erforderlichen Aufwendungen für den Geräteeinsatz, Zubehör und Verbrauchsmaterialien, Serviceleistungen und interne Verwaltungskosten zur Verfügung. Für alle angebotenen Lose kam der Wirtschaftsprüfer dabei jeweils separat zu dem Ergebnis, dass ein positiver Deckungsbeitrag erzielt werde und das Angebot kein Unterkostenangebot sei.

Die Ag hat es dabei jedoch nicht bewenden lassen und darüber hinaus zum einen Vergleichspreise aus Ausschreibungen [...] und die allgemeine Preisentwicklung in diesem Marktsegment zur Plausibilisierung herangezogen und zum anderen auch das Ausschreibungsergebnis im vorliegenden Vergabeverfahren. Hier hatte die Ag auch von anderen Bietern im Rahmen der Preisaufklärung Angaben zur Auskömmlichkeit ähnlich niedriger Preise verlangt und erhalten. Schließlich hat sie sich auch konkret mit der Bg zu 3) und ihrer Positionierung am Markt befasst und ebenfalls die Vorteile einer vertikalen Integration auf Seiten der Bg zu 3) (als gleichzeitiger Hersteller entsprechender Geräte) in die Überlegungen mit einbezogen. Damit hat sie umfassend die von der Bg zu 3) behauptete, vom Wirtschaftsprüfer testierte und mithilfe weiterer Umstände plausibilisierte Auskömmlichkeit der Angebote der Bg zu 3) nachvollzogen und durfte zulässigerweise von einer „zufriedenstellenden Aufklärung“ ausgehen, so dass hier ein Ausschluss des Angebots der Bg zu 3) zu Los 10 nach § 60 Abs. 3 VgV schon tatbestandlich nicht in Betracht kommt.

- d) Soweit die ASt schließlich geltend macht, dass die Ag die Entscheidung über den Loszuschnitt von Los 2 nicht hinreichend dokumentiert habe, ist, da der Loszuschnitt an sich vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist (siehe oben a)), eine Rechtsverletzung der ASt insoweit schon deshalb ausgeschlossen, weil nicht ersichtlich ist, inwieweit allein eine Nachholung der – vermeintlich – fehlenden Dokumentation die

Zuschlagschancen der ASt verbessern würde. Dasselbe gilt für die vermeintlich unzureichende Dokumentation der gewählten Vergabeart. Abgesehen vom fehlenden Vortrag der ASt hierzu erscheint grundsätzlich fraglich, dass ein Bieter durch die Wahl des gerade wettbewerbsfreundlichsten offenen Verfahrens in seinen Rechten verletzt sein kann.

III.

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

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg zu 1) und zu 3) aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zu den Bg zu 1) und 3) begründet, indem sie primär die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens anstrebt und damit die Zuschläge an die Bg verhindern will und im Falle der Bg zu 3) auch deren Ausschluss aus dem Vergabeverfahren geltend macht. Die Bg zu 1) und 3) haben zudem eigene Sachanträge gestellt und sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Die Bg zu 2) hat letzteres nicht getan, so dass der ASt der Aufwundersatz nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB insoweit nicht aufzuerlegen ist.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg zu 1) und zu 3) war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich über das in einem Vergabeverfahren übliche hinausgehende Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung

beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

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

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

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

Dr. Dittmann

Ohlerich