



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 161/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Ausschreibung mit Stomaartikeln“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], Amtsblatt [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Kluckhohn aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 2. Februar 2018 am 15. Februar 2018 beschlossen:

1. Durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrags in den Losen [...] bis [...] und [...] ist das Nachprüfungsverfahren insoweit beendet. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Versorgung ihrer Versicherten mit Stomaartikeln der Produktgruppe (PG) 29 sowie mit Inkontinenzhilfen der PG 15 zur ergänzenden Versorgung von Urostomaanlagen des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V durch. Das Vergabeverfahren ist in 20 Gebietslose aufgeteilt, Angebote können auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden, wobei je Los ein Zuschlag erteilt werden soll (s. Ziffer 2 der Bewerbungsbedingungen (Version 4)). Die Wertung der Angebote erfolgt anhand der Kriterien „Preis“ (gewichtet mit 80%) und „Qualität“ (s. Ziffer 11 der Bewerbungsbedingungen).

Die künftigen Auftragnehmer sollen die ärztlich verordneten Hilfsmittel an die anspruchsberechtigten Versicherten ausliefern und weitere Dienst- und Serviceleistungen erbringen. Hierzu zählen insbesondere die persönliche und telefonische bedarfsabhängige Beratung, die Anpassung und eine umfassende Einweisung und Nachbetreuung der Versicherten bzw. der Betreuungspersonen, einschließlich von Hausbesuchen, sowie die Durchführung der notwendigen Wartungen und Reparaturen (s. Ziffer 2.2.4, 2.3.1 bis 2.3.6 der Leistungsbeschreibung (Version 4, im Folgenden: LB)). Einzusetzen ist hierzu besonders qualifiziertes Personal, nämlich sog. „Pflegeexperten Wunde, Kontinenz und Wunde“ sowie besonders fachlich qualifiziertes Personal (s. Ziffer 2.2.4 der LB). Hinsichtlich der Qualität der zu liefernden Hilfsmittel wird auf die gesetzlichen Regelungen und Normen, die technischen und medizinischen Anforderungen sowie auf das Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V verwiesen, dessen Anforderungen die jeweiligen Artikel „mindestens“ erfüllen müssen (s. Ziffer 2.2.1 bis 2.2.3 der LB). Der Versicherte darf innerhalb der für die Versorgung notwendigen Produktarten frei unter den im Produktportfolio des Leistungserbringers aufgeführten Einzelprodukten wählen und ist aufzahlungsfrei zu versorgen. Versicherte, die bereits vor der Versorgung durch den neuen Leistungserbringer Stomaartikel bezogen haben (sog. Fälle der „Folge-“ bzw. „Umversorgung“) erhalten bei gleicher Indikationsstellung weiterhin aufzahlungsfrei die ihnen vertrauten Produkte und Mengen, mit Einverständnis des Versicherten kann eine Erprobung bzw. Umstellung auf andere Produkte erfolgen (s. Ziffer

2.5.3 der LB, S. 18). Die Leistungen sollen monatlich pauschal vergütet werden (Ziffer 4 der LB).

Aufgrund mehrerer Bieterfragen (insgesamt 308) und Rügen wurden die Vergabeunterlagen zum Teil mehrfach überarbeitet: Angebotsschreiben (zwei Versionen), Teil A „Bewerbungsbedingungen“ (vier Versionen), Anlage A4 „Liste mit dem Angebot einzureichender Unterlagen“ (zwei Versionen), Anlage A5 „Beiblatt Angebotswertung“ (fünf Versionen), Anhang 1 zur Anlage A5 „Angaben zur Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien“ (vier Versionen), Teil B „Rahmenvertrag“ (drei Versionen), Anlage B1 „Leistungsbeschreibung“ (vier Versionen) und Anlage B2 „Preisblatt“ (drei Versionen). Die Angebotsfrist wurde nach der letzten Neufassung der Vergabeunterlagen am 15. Januar 2018 um weitere zehn Tage bis zum 26. Januar 2018, 12 Uhr, verlängert.

Zur Kalkulation wurden den Bietern u.a. die Anzahl der bereits bisher mit Stomaartikeln versorgten Versicherten der Ag, aufgeschlüsselt je Los und den drei Stomaarten Kolostoma, Ileostoma und Urostoma (Mittelwerte aufgrund der Rechnungseingänge Januar bis Juni 2017, s. Ziffer 3 der LB) mitgeteilt sowie die Aufteilung, Art und Anzahl der bisher abgegebenen Hilfsmittel (aufgeteilt nach Losen und zehnstelliger Positionsnummer des betreffenden Artikels, basierend auf 30,9% der bei der Ag bundesweit versicherten Stomaträger, die 2016 mit Stomaartikeln versorgt wurden, s. Anhang 4 zur LB und Bieterfragen 238, 249, 275) und die anhand der Rechnungseingänge Januar bis Juni 2017 identifizierten Erst-/Neuversorgungen von versicherten Stomatägern (s. Bieterfrage 263). Die Angaben waren mit dem Hinweis versehen, dass diese nur als Hilfestellung bei der Kalkulation dienten und mit diesen Daten keine entsprechende Abnahmeverpflichtung oder Mengenbegrenzung verbunden sei; Abweichungen/Verschiebungen könnten sich aus dem Ordnungsverhalten der Ärzte und den morbiditätsbedingten Zu- und Abgängen ergeben.

In Teil A „Bewerbungsbedingungen“ (Version 4) heißt es [im Folgenden erfolgt der Fettdruck jeweils wie im Original]:

„11. Zuschlagskriterien

(...) Das wirtschaftlichste Angebot je Los wird (auf der vierten Wertungsstufe) anhand folgender Zuschlagskriterien mit der angegebenen Gewichtung ermittelt:

Gesamtversorgungspreis 80%

Qualitative Kriterien 20%

Die detaillierte Beschreibung der einzelnen Zuschlagskriterien und ihre Bewertung und Untergewichtung kann dem Beiblatt Angebotswertung (**Anlage A5**) entnommen werden.

Die Angaben des Bieters (**Anhang 1 zur Anlage A5**) zu den zu bewertenden Punkten

- Telefonische Erreichbarkeit (8 %)
- Einsatz von Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde (ohne qualifiziertes Fachpersonal) (3 %)
- Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal (ohne Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde) (2 %)
- Produktportfolio (verschiedene Hersteller) (3 %)
- Online-Beratung (Chat- und/oder Video-Beratung) (4 %)

werden Vertrags- und Leistungsinhalt, die der Auftragnehmer zu erfüllen hat.

(...)

Anlage A5 „Beiblatt Angebotswertung“ (Version 5) sieht Folgendes im Hinblick auf die Angebotswertung vor:

„2.1) Telefonische Erreichbarkeit

Der Bieter muss in **Ziff. I. des Anhangs 1 zur Anlage A5** für jedes Gebietslos, für welches er ein Angebot abgibt, jeweils die Sicherstellung der telefonischen Erreichbarkeit der nach der Anlage B1 Leistungsbeschreibung Ziffer 2.5.5 vorzuhaltenden Telefon-Hotline innerhalb des Losgebiets darstellen und mitteilen. Der Bieter hat anzugeben, in welchem Prozentsatz eingehende Anrufe innerhalb von 20 Sekunden persönlich angenommen werden, wobei nach Anlage B1 Leistungsbeschreibung Ziffer 2.5.5 eine Quote von mindestens 70 % sicherzustellen ist.

Die Punktebewertung erfolgt anhand der garantierten telefonischen Erreichbarkeit. Je höher der garantierte prozentuelle Anteil der innerhalb von 20 Sekunden persönlich angenommenen Anrufe innerhalb des Losgebiets ausfällt desto höher fällt die Bewertung aus. Das Angebot mit der höchsten garantierten prozentualen Quote erhält dabei die höchste Punktzahl. Bewertet werden die über die Mindestquote von 70 % hinausgehenden Prozentpunkte. Die übrigen Angebote erhalten Punkte im Verhältnis zur höchsten garantierten über die Mindestquote hinausgehenden Prozentpunktzahl.“

„2.4) Angaben zum Produktportfolio (verschiedene Hersteller)

Der Bieter muss in **Ziff. IV. des Anhangs 1 zur Anlage A5** die garantierte Anzahl der Stoma-Versorgungen von verschiedenen Herstellern für die aufzahlungsfreien Versorgungen angeben (Ziff. 2.5.3 Auswahl der notwendigen Produkte der Leistungsbeschreibung, Anlage B1).

Die Punktebewertung erfolgt anhand der garantierten Anzahl der verschiedenen Hersteller für aufzahlungsfreie Versorgungen. Je höher die garantierte Anzahl, desto höher fällt die Bewertung aus. Das Angebot mit der höchsten Anzahl erhält dabei die höchste Punktzahl. **Bewertet wird die über die Mindestquote von zwei verschiedenen Herstellern für aufzahlungsfreie Versorgungen hinausgehende Anzahl von Herstellern.** Die übrigen

Angebote erhalten Punkte für die über die Mindestanzahl von zwei Herstellern hinausgehende Anzahl im Verhältnis zur höchsten garantierten Anzahl an verschiedenen Herstellern je Produktart für aufzahlungsfreie Versorgungen.

Als Bewertungsmaßstab dient die kleinste gemeinsame Anzahl an verschiedenen Herstellern, die je Los über alle für eine Stoma-Versorgung notwendigen Produktarten angeboten wird.

Hinweise / Ausnahmen

Gibt es bei einer für die Versorgung notwendigen Produktart lediglich **Produkte von zwei Herstellern**, so sind dem Versicherten Produkte dieser zwei verschiedenen Hersteller aufzahlungsfrei zur Auswahl anzubieten. Diese Produktart ist sodann bei der Eintragung der verschiedenen Hersteller in Ziff. IV. des Anhangs 1 zur Anlage A5 außer Acht zu lassen.

Gibt es bei einer für die Versorgung notwendigen Produktart lediglich **Produkte eines Herstellers**, so sind dem Versicherten mindestens zwei verschiedene Produkte dieses einen Herstellers aufzahlungsfrei zur Auswahl anzubieten. (...) Die unterschiedlichen Produkte des einen Herstellers erfüllen in diesem Fall die Anforderung, mindestens zwei Hersteller/Produkte aufzahlungsfrei zur Auswahl anzubieten. Stellt der **alleinige Hersteller nur ein Einzelprodukt** her, kann auch nur dieses angeboten werden. Die Anforderung, mindestens zwei Hersteller/Produkte aufzahlungsfrei zur Auswahl anzubieten, entfällt für diese Produktart. Auch in diesen Fällen sind die Produktarten bei der Eintragung der verschiedenen Hersteller in Ziff. IV. des Anhangs 1 zur Anlage A5 außer Acht zu lassen.

(...)"

„2.5) Online-Beratung (Chat- und/oder Video-Beratung)

Der Bieter muss in **Ziff. V. des Anhangs 1 zur Anlage A5** angeben, ob er im Rahmen der Beratung/Betreuung und neben den üblichen Kontaktmöglichkeiten (Hausbesuch, Telefonie, Briefpost, E-Mail usw.) den Kunden gem. Ziffer 2.5.5 der Leistungsbeschreibung (Anlage B1) auch eine Chat- und/oder Video-Beratung anbietet.

Besteht ein solches Angebot, erhält das Angebot des Bieters im Rahmen der Angebotswertung insgesamt bis zu 4 Punkte zusätzlich:

2 Punkte im Falle des Berater-Chats

2 Punkte im Falle der Video-Telefonie

(...)"

Zu den Qualitätskriterien und ihrer Gewichtung führte die Ag in Anlage 1 zum Eröffnungsvermerk vom 2. November 2017 u.a. aus, dass „die Erreichbarkeit der Leistungserbringer für die Kunden besonders wichtig“ sei. Im Zusammenhang mit einer früheren Ausschreibung über Inkontinenzhilfen habe es insbesondere während der mehrmonatigen Umversorgungsphase immer wieder Beschwerden über die Erreichbarkeit des Leistungserbringers gegeben. Da eine solche Umversorgungsphase auch in der

streitgegenständlichen Ausschreibung bevorstehe, sei auch hier die „hervorragende Erreichbarkeit“ der Auftragnehmer besonders notwendig. Bei zum Verbrauch bestimmten Hilfsmitteln wie Stomaartikeln und den laufenden Belieferungen sei die Erreichbarkeit „sehr wichtig, um z.B. die Versorgung zu klären, Versorgungsengpässe zu vermeiden und Versorgungsprobleme schnellstmöglich beheben zu können“. Zum Wertungskriterium „Video-Chat/Berater-Chat“ führte die Ag aaO. aus, dass sie dies als „innovative Leistung und Mehrwert im Rahmen der Beratung ihrer Versicherten“ anbieten und diese im Hilfsmittelmarkt etablieren wolle. „Zukunftsorientiert“ sollten „moderne Medien als zusätzliche Kontaktkanäle angeboten werden, die Vorteile für alle Beteiligten haben“ würden; dies entspreche zudem dem Digitalisierungstrend“ und sei „in vielen gesellschaftlichen Bereichen bereits Standard“.

Gemäß Ziffer 11 der Bewerbungsbedingungen sollen die Bieter mit ihrem Angebot fünf Konzepte einreichen. Diese „fließen nicht in die Angebotsbewertung ein und werden nicht Teil der auszuführenden Leistung. Sie dienen lediglich der Plausibilisierung des Angebotes.“ (vgl. hierzu auch Anlage A4 Ziffer V. („Liste mit dem Angebot einzureichender Unterlagen“ (Version 2)). Auf Bieterfragen, ob und inwieweit diese Konzepte wertungsrelevant seien, antwortete die Ag, dass diese nicht in die Bewertung einfließen (s. Bieterfragen 20, 99 und 159).

Der Rüge der Antragstellerin (ASt) vom 4. Dezember 2017 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 22. Dezember 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 27. Dezember 2017 an die Ag übermittelt. Nachdem die ASt ihren Antrag zunächst auf alle Lose bezogen hatte, beschränkte sie ihn mit Schriftsatz vom 10. Januar 2018 auf das Los [...], auf das sie innerhalb der Angebotsfrist auch ein Angebot abgab. Die Angebotsbewertung ist bisher noch nicht abgeschlossen. Lediglich die mit dem Angebot vorzulegenden Konzepte hatte die Ag bis zur mündlichen Verhandlung bereits abschließend geprüft. Nach den mündlichen Ausführungen der Ag wurde kein Angebot aufgrund der vorgelegten Konzepte ausgeschlossen, auch nicht das Angebot der ASt.

- a) Die ASt meint, dass das Vergabeverfahren aus mehreren Gründen vergaberechtswidrig und deshalb aufzuheben sei.

So sei die Ausschreibung unzulässig, weil sie aufgrund ihres hohen Dienstleistungsanteils gegen das Zweckmäßigkeitssgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V verstoße. EU-Recht stehe

der Anwendbarkeit solcher Zweckmäßigkeitserwägungen nicht entgegen. Denn mit einem Abschluss von Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V und der daran anschließenden jederzeitigen Beitrittsmöglichkeit stehe einer gesetzlichen Krankenkasse eine rechtmäßige Alternative gegenüber der Durchführung eines Vergabeverfahrens zur Verfügung; da bei den erstgenannten Verträgen keine Auswahlentscheidung unter den potentiellen Vertragspartnern erfolge, handele es sich hierbei nicht um öffentliche Aufträge i.S.d. § 99 GWB, so dass das Vergaberecht nicht anwendbar sei. Zudem habe der nationale Gesetzgeber gemäß Art. 168 AEUV das Recht, sein öffentliches Gesundheitssystem so zu gestalten, dass ein Vergabeverfahren nicht in Betracht kommt. Die ASt weist in diesem Zusammenhang zusätzlich darauf hin, dass das Bundesversicherungsamt mittlerweile wegen der fehlenden Zweckmäßigkeit einen Verpflichtungsbescheid zur Unterlassung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung erlassen habe, und regt an, eine entsprechende Auskunft dieser Behörde einzuholen.

Da die Bieter die Produkte von mindestens zwei Herstellern anbieten müssten und Versicherte, die bereits Stomaartikel bezogen hätten, weiterhin mit den vertrauten Produkten versorgt werden müssten, seien die Bieter faktisch verpflichtet, Produkte aller Hersteller vorzuhalten, ohne dass sich hierzu eine nachvollziehbare Kalkulationsgrundlage in den Vergabeunterlagen finde. Eine Angebotskalkulation sei nur möglich, wenn die Bieter insbesondere Umfang und Namen der Produkte kennen, mit denen die Versicherten der Ag bisher versorgt worden seien. In den letzten Jahren habe die ASt zudem häufig festgestellt, dass Patienten vom bisherigen Leistungserbringer falsch versorgt wurden, außerdem gebe es „Altversorger“, die die Patienten bisher mit einem Aufpreis versorgt hätten. Die Anzahl der erstmals mit Stomaartikeln versorgten Versicherten habe die Ag zwar auf die Bieterfrage Nr. 263 hin mitgeteilt, diese Daten beruhten jedoch auf lediglich 30,9% der Versicherten. Soweit die Ag darauf verweise, dass sie keine weiteren Daten habe, habe die ASt ihrerseits die gegenteilige Erfahrung gemacht, dass Rechenzentren alle gewünschten Angaben aus Abrechnungsdaten herauslesen könnten. Da jeder Bieter aufgrund der ausgeschriebenen Vorgaben die gleiche Zahl von Herstellerprodukten in seinem Portfolio vorhalten müsse, sei das Produktportfolio zudem ein untaugliches Zuschlagskriterium, um die Angebote im Wettbewerb zu unterscheiden.

Des Weiteren meint die ASt, dass die Gewichtung der Wertungskriterien Preis (zu 80%) und Qualität (zu 20%) aus verschiedenen Gründen vergaberechtswidrig sei. Erstens verstoße eine solche Gewichtung gegen § 127 SGB V und zweitens werde eine solche

Gewichtung, die den Preis in den Vordergrund stelle, nicht dem umfangreichen Dienstleistungsanteil gerecht, der wesentlicher Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung sei. Drittens bevorzuge diese Gewichtung große, insbesondere überregional tätige Unternehmen, die aufgrund ihrer Größe und ihres Nachfrageverhaltens deutlich günstigere Einkaufskonditionen erzielen könnten. Des Weiteren würden die einzelnen Qualitätskriterien sachfremd und unangemessen untereinander gewichtet, indem die telefonische Erreichbarkeit fast drei Mal so hoch wie die anderen qualitativen Aspekte bewertet werde. Prägend für die Stomaversorgung sei jedoch die Versorgung an sich, jedoch nicht die Tätigkeiten eines Callcenters. Zudem würden solche Callcenter typischerweise lediglich von großen Unternehmen vorgehalten werden, so dass auch dieses Kriterium die Interessen der kleinen und mittelständischen Unternehmen nicht hinreichend berücksichtige. Dasselbe gelte für die Forderung, eine – zudem völlig branchenunübliche – Chat- bzw. Videoberatung anzubieten. Dies bevorzuge ebenfalls große Unternehmen, denn nur für Unternehmen, die über mehrere Regionen bzw. sogar bundesweit bieten könnten, lohne sich die Investition in eine solche Anlage. Zur Onlineberatung vertritt die ASt außerdem die Auffassung, dass die Angebote nicht objektiv vergleichbar seien, wenn dieser Aspekt nur in die Wertung einfließe, aber dessen Fehlen nicht zum Ausschluss des Angebots führe.

Ein weiterer Vergaberechtsverstoß bestehe darin, dass die Ag mit dem Angebot die Vorlage von Konzepten fordere, ohne darzulegen, in welchem Umfang oder nach welchen Kriterien diese in die Bewertung einfließen oder welche Maßstäbe die Ag an die angekündigte Plausibilitätsprüfung der Konzepte anlege.

Wegen des Umfangs der Ausschreibung und zur gebotenen Wahrung mittelständischer Interessen sei außerdem eine Loslimitierung erforderlich.

Schließlich vertritt die ASt die Auffassung, dass die letzte Verlängerung der Angebotsfrist um zehn Tage unangemessen kurz sei, nachdem die Ag die Vergabeunterlagen häufig – teilweise vier- bis fünfmal – wesentlich geändert habe, so dass die Angebote mehrfach hätten überarbeitet und neu kalkuliert werden müssen.

Weitere Beanstandungen, die die ASt schriftsätzlich geltend gemacht hatte, ließ sie in der mündlichen Verhandlung fallen; die Vergabeunterlagen waren zu diesem Zeitpunkt bereits insoweit überarbeitet worden und die ASt hatte bereits ein Angebot auf das zuletzt von ihr

begehrte Los [...] abgegeben. Fallen gelassen hat die ASt das Vorbringen, dass die Ag den Bietern die kalkulationsrelevanten Daten zum Verhältnis der verschiedenen Arten der Stoma-Versorgung (z.B. Urostoma oder Ileostoma) hätte mitteilen müssen. Außerdem, dass die Ag bei der Bewertung des Einsatzes von Pflegeexperten und qualifiziertem Fachpersonal größere Unternehmen ohne sachlichen Grund bevorzuge. Des Weiteren macht die ASt nicht mehr geltend, dass die Losaufteilung der Ag vergaberechtswidrig sei und dass die Ag Bieterfragen nur bis zu einem bestimmten Tag zugelassen habe. Ferner macht die ASt bestimmte Widersprüche und Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung bzw. den mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen nicht mehr geltend und dass die Anlage A5 zur Angebotswertung hinsichtlich der Wertung der Anzahl der verschiedenen Hersteller nicht transparent und nachvollziehbar sei.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. in dem Vergabeverfahren der Ag über die „Versorgung mit Stomaartikeln der Produktartgruppe 29 und den gegebenenfalls in diesem Zusammenhang notwendigen Inkontinenzhilfen der Produktgruppe 15 gemäß § 127 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 5 (SGB V)“ ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. die Ag zu verpflichten, die Ausschreibung zum Abschluss eines Rahmvertrages zur Versorgung ihrer Versicherten mit Stomaartikeln der Produktartgruppe 29 und den gegebenenfalls in diesem Zusammenhang notwendigen Inkontinenzhilfen der Produktgruppe 15 gemäß § 127 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 5 (SGB V) aufzuheben,
3. hilfsweise der Ag zu untersagen, das laufende Vergabeverfahren fortzusetzen und bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, dieses unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu bearbeiten und den Bietern auf dieser Grundlage ein neue Möglichkeit zur Teilnahme zu geben,
4. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu geben,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären
6. sowie der Ag die zur entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

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

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei teilweise unzulässig und vollumfänglich unbegründet.

Hinsichtlich der angeblichen Verletzung des § 127 Abs. 1 SGB V sei die ASt bereits nicht antragsbefugt, weil diese Vorschrift nicht bieterschützend, sondern vom Gesetzgeber nur eingefügt worden sei, um sicherzustellen, dass Preisvorteile nicht zu Lasten der Versorgungsqualität der Versicherten gingen. Hinsichtlich der begehrten Verlängerung der Angebotsfrist drohe der ASt zudem kein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB, weil sie ein Angebot für das von ihr bevorzugte Los [...] habe abgeben können.

Unabhängig hiervon sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil das Zweckmäßigkeitsgebot des § 127 Abs. 1 SGB V im Oberschwellenbereich durch das europäische und nationale Vergaberecht überlagert werde. Ohnehin sei die vorliegende Ausschreibung zweckmäßig, weil der Dienstleistungsanteil zwar unmittelbar nach der Stomaanlage höher sei als bei anderen Hilfsmittelversorgungen, dieser Anteil reduziere sich jedoch im Laufe der Versorgung deutlich. Zudem sei der Dienstleistungsanteil in der Leistungsbeschreibung hinreichend genau konkretisiert worden. Ein Verpflichtungsbescheid des Bundesversicherungsamts, weil die Ausschreibung angeblich unzweckmäßig sei, liege nicht vor. Der GKV-Spitzenverband habe zudem in seinem aktuellen Rundschreiben vom 31. Januar 2018 keine Zweifel an der Zweckmäßigkeit solcher Ausschreibungen geäußert; dieselbe Auffassung verträten mittlerweile mehrere Sozialgerichte, die mit der Ausschreibung von Stomaartikeln befasst gewesen seien.

Hinsichtlich des Produktportfolios habe die Ag den Bietern keine kalkulationsrelevanten Daten vorenthalten. Insbesondere die Aufteilung, Art und Anzahl der bisher im Rahmen der Stoma-Versorgung den Versicherten der Ag je Los abgegebenen Hilfsmittel sei Anhang 4 zur Leistungsbeschreibung zu entnehmen. Weitere Daten lägen der Ag neben der den Bietern auf die Bieterfrage 263 hin mitgeteilte Anzahl an Erst- und Neuversorgungen je Los nicht vor und müssten den Bietern daher auch nicht zur Verfügung gestellt werden. Bisher

habe die Ag mit den Leistungserbringern Pauschalverträge abgeschlossen und keine weiteren Daten von diesen erhoben. Um weitere Daten zu erhalten, habe die Ag vor der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung eine Markterkundung durchgeführt, auf ihre Fragebögen jedoch nur wenige Antworten erhalten. Unabhängig hiervon handele es sich bei der ASt wie auch den übrigen Bietern um Lieferanten, die letztlich alle Produkttypen beschaffen könnten und über hinreichende eigene Marktkenntnisse verfügten, um die häufig abgefragten Produkte vorzuhalten und ggf. mit einem angemessenen Risikoaufschlag kalkulieren zu können; die Herstellerpreise für einzelne Produkte wichen zudem regelmäßig nicht deutlich voneinander ab.

Die vorgesehene Gewichtung von Preis- und Qualitätskriterien verstoße weder gegen § 127 Abs. 1b SGB V noch gegen vergaberechtliche Bestimmungen. Denn die Ag habe neben dem Preis sowohl weitere qualitative Zuschlagskriterien als auch in der Leistungsbeschreibung qualitative Anforderungen aufgestellt, die über die Vorgaben des Hilfsmittelverzeichnisses hinausgingen. Damit sei die Ag vollumfänglich § 127 Abs. 1b S. 4, 2. Halbsatz SGB V nachgekommen, der eine Gewichtung der Qualitätskriterien zu mindestens 50% nur insoweit vorschreibe, wie qualitative Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt seien.

Die Gewichtung der qualitativen Zuschlagskriterien untereinander sei zudem nicht willkürlich und vergaberechtswidrig. Diesbezüglich sei der Vortrag der ASt bereits unsubstantiiert, weil nicht ersichtlich sei, worin die unangemessene Bewertung liegen soll. Zudem verstießen weder die Vorgaben zur telefonischen Erreichbarkeit noch zur Chat- bzw. Videoberatung gegen § 97 Abs. 4 GWB. Die Ag habe bei der Bestimmung der auszuschreibenden Leistung einen weiten Entscheidungsspielraum, die Berücksichtigung mittelständischer Interessen spiele erst auf der Ebene der Ausschreibungsdurchführung eine Rolle. So müsse sich ein öffentlicher Auftraggeber nicht gegen eine bestimmte Beschaffung entscheiden, nur weil kleinere Leistungserbringer diese Leistung nur mit mehr Aufwand, gar nicht oder zu anderen Konditionen erbringen könnten. Ein Video- oder Berater-Chat sei nach der Marktkenntnis der Ag auch nicht auf einen einzelnen Anbieter zugeschnitten, sondern könne von einer Vielzahl von Anbietern erfüllt werden. Außerdem könne sich ein Unternehmen z.B. eines Call-Centers als Nachunternehmer bedienen. Abgesehen davon sei die Chat- und Videoberatung nicht verpflichtend anzubieten. Angebote, die diese Beratungskanäle nicht enthielten, würden nicht aus dem Verfahren ausgeschlossen, sondern erhielten lediglich nicht die hierfür vorgesehenen Punkte. Aus

dem letztgenannten Grund seien Angebote, die keine Chat- oder Videoberatung anböten, auch nicht mit den anderen unvergleichbar.

Zur Prüfung der Plausibilität der Konzepte trägt die Ag vor, dass es sich insoweit weder um eignungs- noch um zuschlagsrelevante Angebotsbestandteile handele. In der mündlichen Verhandlung führt die Ag diesbezüglich aus, dass die von den Bietern vorzulegenden Konzepte nur Anlass dazu bieten könnten, die Angebote ggf. aufzuklären. Ein Ausschluss aufgrund der vorgelegten Konzepte würde nicht vorgenommen werden, da wie in den Bewerbungsbedingungen ausgeführt, die Konzepte „nicht Teil der auszuführenden Leistung“ werden. In solchen Fällen gebe es keinen vergaberechtlichen Ausschlussgrund. Nachdem die Konzepte inzwischen abschließend geprüft worden seien, sei das Angebot der ASt aufgrund der von ihr vorgelegten Konzepte nicht ausgeschlossen worden.

Die Angebotsfrist ist nach Auffassung der Ag angemessen verlängert worden, weil die Vergabeunterlagen im kalkulationsrelevanten Kern nicht geändert, sondern nur klargestellt worden seien. Da die ASt ein vollständiges Angebots abgegeben habe, drohe ihr zudem kein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB.

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

In der mündlichen Verhandlung am 2. Februar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 26. Januar 2018 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 19. Februar 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.

Mit Schriftsatz vom 10. Januar 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag auf das Los [...] beschränkt. Dies ist in Bezug auf die übrigen ursprünglich streitbefangenen Lose [...] bis [...] und [...] als Rücknahme des Nachprüfungsantrags zu bewerten. Insoweit ist das Nachprüfungsverfahren beendet.

Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag teilweise bereits unzulässig, ansonsten unbegründet, weil die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht vorliegen.

1. Der Nachprüfungsantrag ist teilweise mangels Antragsbefugnis der ASt unzulässig.

Soweit sich die ASt gegen die Zweckmäßigkeit des Vergabeverfahrens, die zur Angebotskalkulation überlassenen Daten und die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung im Einzelnen wendet, ist sie antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Ihr erforderliches Auftragsinteresse wird bereits durch die Abgabe eines Angebots auf das Los [...] belegt. Da diese Vergaberechtsverstöße die Erstellung ihres Angebots betreffen, hat sie darüber hinaus insoweit nicht nur schlüssig eine Verletzung in eigenen Rechten behauptet, sondern ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, weil die Angebotserstellung und -wertung auf der Grundlage von Vergabebedingungen, die die ASt für rechtswidrig hält, auch ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt.

Im Übrigen ist die ASt jedoch nicht antragsbefugt, da sie nicht schlüssig dargetan hat, dass sie insoweit in ihren eigenen Rechten verletzt sein kann oder dass ihr durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß ein Schaden droht:

Denn trotz der angeblich nicht ausreichend verlängerten Angebotsfrist war die ASt in der Lage, ein Angebot auf das Los abzugeben, auf das sich ihr Interesse im Laufe des Nachprüfungsverfahrens beschränkt hat (Los [...]). Da dieses Angebot nach Mitteilung der Ag vollständig war, gibt es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ag bei ihrer Fristverlängerung um zehn Tage seit der letzten Überarbeitung der Vergabeunterlagen die Komplexität der Leistung und die Zeit für die Ausarbeitung der Angebote nicht angemessen berücksichtigt hätte (vgl. § 20 Abs. 1 VgV). Da nicht sämtliche Vergabeunterlagen erst am 15. Januar 2018 in ihrer endgültigen Fassung vorlagen, sondern insbesondere auf Bieterfragen und Rügen hin von der Ag nach und nach überarbeitet wurden, befanden sich die Bieter ohnehin bereits seit der

ursprünglichen Bekanntmachung des Vergabeverfahrens am 7. November 2017 in der Erstellung ihrer Angebote in einem sukzessiven Prozess der Angebotsbearbeitung, in dem sie die einzelnen Änderungen der Vergabeunterlagen mitverfolgen und bereits entsprechend berücksichtigen konnten. Es spricht daher auch sonst nichts dafür, dass aufgrund der mehrfachen Überarbeitungen der Vergabeunterlagen eine längere Angebotsfrist erforderlich gewesen wäre. Auch die ASt hat hierzu nichts weiter vorgetragen.

Hinsichtlich der fehlenden Loslimitierung hat die ASt nicht dargelegt, dass sie hierdurch in ihren Rechten verletzt ist. Auch wenn an die Darlegungslast in Bezug auf das Vorliegen der Antragsbefugnis keine strengen Anforderungen zu stellen sind, muss ein Antragsteller jedenfalls ausführen, dass eine Verletzung seiner eigenen Rechte als möglich erscheint (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06 m.w.N.). Daran fehlt es hier. Denn die ASt beruft sich lediglich pauschal auf Interessen des Mittelstands, ohne ihre eigenen Nachteile darzutun. Des Weiteren fehlt jeglicher Vortrag der ASt dazu, dass die Ag ihr Ermessen, eine solche Limitierung vorzunehmen (vgl. § 30 Abs. 1 VgV), fehlerhaft ausgeübt hätte.

Was die Prüfung der Plausibilität der mit dem Angebot vorzulegenden Konzepte angeht, droht der ASt kein Schaden zu entstehen, da sich diese Prüfung nach den insoweit abschließenden Feststellungen der Ag nicht nachteilig auf die Wertbarkeit ihres Angebots und damit auf ihre Zuschlagschancen ausgewirkt hat.

2. Soweit er nicht bereits unzulässig ist, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet, denn die Ausschreibung verstößt nicht gegen das Zweckmäßigkeitssgebot i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V (dazu unter a)), die den Bietern zur Verfügung gestellten Versorgungsdaten sind ausreichend (dazu unter b)), die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung sind vergaberechtskonform (dazu unter c) bis d)) und die von der ASt beanstandeten Unterkriterien im Rahmen der Bewertung der Qualität der Angebote sind nicht vergaberechtswidrig (dazu unter e) und f)).

a) Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung verstößt nicht gegen das Zweckmäßigkeitssgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V. Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die ausgeschriebenen Versorgungsleistungen tatsächlich einen hohen Dienstleistungsanteil i.S.d. Vorschrift haben. Denn im Oberschwellenbereich sind solche Zweckmäßigkeitssüberlegungen bereits aus vorrangigen EU-rechtlichen Gründen nicht zulässig. Das EU-Vergaberecht schreibt nämlich vor, dass ein öffentlicher Auftraggeber

seinen Bedarf entweder vergaberechtlich (also durch Ausschreibung) oder so decken muss, dass Vergaberecht gar nicht zur Anwendung kommt, also vergaberechtsfrei (z.B. im Wege eines sog. Open-House-Modells). Sofern sich jedoch ein öffentlicher Auftraggeber wie hier für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, ist daneben für Zweckmäßigkeits- oder sonstige Erwägungen, die ggf. dazu führen, von einem Vergabeverfahren abzusehen, kein Raum. Vor Inkrafttreten des HHVG war § 127 SGB V daher entsprechend richtlinienkonform auszulegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16 m.w.N.), inzwischen ist dies nicht mehr notwendig. Vielmehr stellt der durch das HHVG neu eingefügte § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V jetzt ausdrücklich klar, dass öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte, also im Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts, nach Maßgabe des Vierten Teils des GWB zu vergeben sind (vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des HHVG, BT-Drs. 18/10186, S. 33). Oberhalb der Schwellenwerte wird § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V also durch das GWB-Vergaberecht verdrängt. Anders als die ASt meint, steht dem auch nicht Art. 168 AEUV entgegen, wonach die EU-Mitgliedstaaten ihr öffentliches Gesundheitssystem im Wesentlichen in eigener Verantwortung gestalten können. Denn innerhalb der ihm hier unionsrechtlich eingeräumten Gestaltungsfreiheit hat der nationale Sozialgesetzgeber in § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V selbst entschieden, dass oberhalb der Schwellenwerte das nationale Sozialrecht ggf. vom nationalen und damit auch vom EU-Vergaberecht überlagert wird.

Ob dem öffentlichen Auftraggeber daneben andere Handlungsalternativen zur Befriedigung seines Beschaffungsbedarfs zur Verfügung gestanden hätten, bei denen das Verhältnis zum EU-Vergaberecht möglicherweise keine Rolle spielt (die ASt verweist insoweit auf die Möglichkeit, Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V abzuschließen), ist nicht entscheidungserheblich. Streitgegenstand ist vorliegend allein, ob die von der Ag konkret gewählte Vorgehensweise (hier also die Durchführung eines offenen Verfahrens) vergaberechtskonform ist. Dies ist vorliegend nach dem oben Gesagten der Fall. Wie ebenfalls bereits ausgeführt, schreibt auch das nationale Sozialrecht einer gesetzlichen Krankenkasse nicht zwingend vor, bei Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V stets auf die Durchführung von Vergabeverfahren zu verzichten. Denn oberhalb der EU-Schwellenwerte wird § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V vom höherrangigen EU-Recht überlagert.

In dem von der ASt in diesem Zusammenhang zusätzlich angesprochenen Verfahren des Bundesversicherungsamts ist derzeit noch kein Beschluss ergangen. Auf die Frage, ob und inwieweit eine etwaige Entscheidung dieser Behörde unmittelbare Auswirkungen auf dieses Nachprüfungsverfahren hätte, kommt es daher nicht an.

- b) Anders als die ASt meint, braucht die Ag keine weiteren Daten dazu mitzuteilen, mit welchen Produkten ihre Versicherten in welchem Umfang bisher versorgt wurden.

Die Anzahl ihrer Versicherten, die ausweislich der Rechnungseingänge zwischen Januar und Juni 2017 je Los erstmals mit Stomaartikeln versorgt wurden, hat die Ag den Bietern auf die Bieterfrage 263 hin mitgeteilt. Unter Berücksichtigung der den Bietern ebenfalls bekannten Zahlen, wie viele Versicherte der Ag in der Vergangenheit überhaupt „Stomapatienten“ waren, lässt sich hieraus mit der gebotenen Vorsicht, weil es sich – alternativlos (andere Zahlen standen der Ag nicht zur Verfügung) – um Daten aus der Vergangenheit handelt, abschätzen, wie viele Fälle von Folge- bzw. Umversorgungen es im jeweiligen Losgebiet gibt. Darüber hinaus hat die Ag den Bietern auf deren entsprechende Fragen Art (mit zehnstelliger Positionsnummer i.S.d. Hilfsmittelverzeichnisses) und Anzahl der bisher abgegebenen Hilfsmittel je Los mitgeteilt (s. Anhang 4 zur LB, ermittelt anhand der Rechnungseingänge von 30,9% ihrer Versicherten im Jahr 2016). Über weitere Daten verfügt die Ag nach eigenem Bekunden nicht, was deshalb glaubhaft erscheint, weil die bisherigen Leistungserbringer mit ihr pauschal abgerechnet haben. Auch eine entsprechende Markterkundung der Ag vor der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung hat keine weiteren Ergebnisse erbracht, die für eine valide Angebotskalkulation von Nutzen hätten sein können.

In einem solchen Fall gilt bei Rahmenvereinbarungen im Gesundheitsbereich wie hier Folgendes:

Wenn es um das zu erwartende Auftragsvolumen, also die Menge der zukünftig zu liefernden Waren, geht, liegt es bei Rahmenvereinbarungen anders als bei anderen Aufträgen in der Natur der Sache, dass die Anzahl der künftigen Einzelaufträge und deren Volumen ungewiss ist und daher weder exakt vorhergesagt noch garantiert werden kann. § 21 Abs. 1 S. 2 VgV sieht daher vor, dass der Auftraggeber bei Rahmenvereinbarungen das 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 daher nur 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 bzgl. der hier ausgeschriebenen Hilfsmittel weder für die Ag noch für die Bieter hinreichend sicher vorhersehbar ist, weil dieser – wie bei Vergaben im Arzneimittelbereich – im Wesentlichen u.a. 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 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. Anhaltspunkte dafür, dass sich am Bedarf der Versicherten der Ag an Stomaartikeln zukünftig signifikant etwas ändern wird, bestehen nicht und wurden auch von der ASt nicht vorgetragen.

Hält der Auftraggeber diese Anforderungen ein, handelt er vergaberechtskonform, auch wenn hinsichtlich des Auftragsumfangs weiterhin Kalkulationsrisiken bei den Bietern verbleiben (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12). Diese Kalkulationsrisiken, die bei Rahmenvereinbarungen im Allgemeinen und bei Rahmenvereinbarungen im Gesundheitswesen im Speziellen auftreten, sind zumutbar und daher vergaberechtlich nicht zu beanstanden (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2012, VII-Verg 44/12).

Vor diesem Hintergrund hat die Ag vorliegend alles getan, was vergaberechtlich geboten ist. Über weitere Daten, die einen hinreichend verlässlichen Rückschluss auf Art und Umfang der Folgeversorgungen zulassen, verfügt die Ag nicht und können von ihr auch nicht mangels anderweitig vorhandener hinreichend valider Erkenntnisse beschafft werden.

Dass dennoch – immerhin für alle Bieter gleichermaßen – Kalkulationsunsicherheiten verbleiben, ist von den Bietern nach dem oben Gesagten hinzunehmen. Jedenfalls bei den markterfahrenen Bietern, zu denen nach ihrem eigenen Bekunden auch die ASt zählt, werden diese Unsicherheiten jedenfalls in gewissem Umfang durch deren eigene Marktkenntnis ausgeglichen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; und vom 30. Januar 2012, VII-Verg 102/11 und 103/11), so dass diese selbst belastbare Prognosen anstellen können, die sie ihrer Kalkulation zugrunde legen können. Hinzu kommt vorliegend, dass weitere Angaben der Ag dazu, mit welchen und wie vielen Stomaartikeln ihre Versicherten bisher versorgt wurden, die konkreten kalkulatorischen Schwierigkeiten der ASt ebenfalls nicht verringern könnten. Dies betrifft zum einen die nach den Erfahrungen der ASt zu erwartenden Fälle, in denen sie als neuer Leistungserbringer feststellt, dass der betreffende Versicherte bisher falsch versorgt wurde und zum zweiten die Fälle, in denen der „Altversorger“ den Versicherten bisher mit einem Aufpreis versorgt hatte. Um dies verlässlicher kalkulieren zu können, bräuchte die ASt über die bisher von ihr zusätzlich begehrten Daten hinaus noch auf den konkreten Versicherten und seine Krankengeschichte „heruntergebrochene“ Angaben, wie und ggf. mit welchen Aufpreisen die konkrete Versorgung bisher erfolgte, so dass sie im Vorhinein jedenfalls grob prüfen könnte, ob sie die Versorgung unverändert fortführt oder – weil sie diese für fehlerhaft hält – den Versicherten auf ein anderes Produkt umstellt (was mit dessen Einverständnis gemäß Ziffer 2.5.3 der LB zulässig wäre). Abgesehen davon, dass es aus praktischen Gründen zweifelhaft erscheint, dass die ASt vor ihrer Angebotskalkulation für Los [...] mit 491 versicherten Stomapatienten insgesamt (also ca. 26 zu erwartenden Erstversorgten und dementsprechend ca. 465 Folgeversorgten) tatsächlich solche aufwändigen Einzelfeststellungen angestellt hätte, wären solche Ermittlungen der Ag aufgrund ihrer derzeitigen Datenlage erst recht nicht möglich gewesen. Dieses Vorbringen der ASt bestätigt jedoch wiederum, dass die Bieter über umfangreiche Eigenerfahrungen mit den Besonderheiten der zu erwartenden Versorgung verfügen, die sie bei der Angebotserstellung heranziehen können. Unwidersprochen blieb außerdem das Vorbringen der Ag in der mündlichen Verhandlung, dass sich die Preise der einzelnen Hersteller von Stomaartikeln nicht wesentlich voneinander unterscheiden. Das kalkulatorische Risiko jedes Bieters, dass er einen Versicherten mit einem Produkt weiterversorgen muss, das er selbst nicht in seinem üblichen Portfolio hat (wozu der neue Leistungserbringer gemäß Ziffer 2.5.3 der LB grundsätzlich verpflichtet ist, sofern der

Versicherte nicht mit einer Umstellung auf ein anderes Produkt einverstanden ist), dürfte danach beherrschbar sein.

- c) Die Entscheidung der Ag, ihre Zuschlagsentscheidung zu 80% auf das Kriterium „Preis“ und zu 20% auf die Qualität der ausgeschriebenen Dienst- und Serviceleistungen zu stützen, ist vergaberechtskonform.

Die ASt stützt ihre Auffassung, eine solche Gewichtung sei rechtswidrig, ausdrücklich nicht nur auf § 127 Abs. 1b SGB V, sondern auch auf allgemeine vergaberechtliche Erwägungen, dass Zuschlagskriterien stets der Qualität der konkret ausgeschriebenen Leistungen, die ihrer Meinung nach vorliegend insbesondere bei den mitausgeschriebenen Dienstleistungen (hier vor allem Beratungsleistungen) lägen, gerecht werden müssten. Zunächst ist hierzu festzuhalten, dass ein öffentlicher Auftraggeber nicht nur grundsätzlich selbst bestimmen darf, was er beschafft, sondern auch die Kriterien, anhand denen er das für ihn wirtschaftlichste Angebot auswählt; dazu zählt auch die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11, und vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09). Dieses Bestimmungsrecht des Auftraggebers wird allerdings dadurch begrenzt, dass nach dem allgemeinen Vergaberecht die Wirtschaftlichkeit der Angebote nur dann allein oder jedenfalls überwiegend aufgrund des Preises ermittelt werden darf, solange aufgrund der hinreichend klaren Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erwarten ist, dass die wertungsfähigen Angebote inhaltlich homogen und damit vergleichbar sind. Denn nur in einem solchen Fall wird auch bei der reinen Preiswertung ein wirksamer Wettbewerb sowie eine sachgerechte und überprüfbare Zuschlagserteilung hinreichend gewährleistet (vgl. § 127 Abs. 4 S. 1 GWB, vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 4. April 2017, X ZB 3/17, und vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13). Dem steht auch das EU-Recht nicht entgegen, weil der EU-Gesetzgeber die Regelung insoweit den Mitgliedstaaten überlässt (vgl. Art. 67 Abs. 2 S. 3 der RL 2014/24/EU).

So verhält es sich jedoch auch hier. Denn die Ag hat an die Qualität der zu liefernden Stomaartikel in der Leistungsbeschreibung umfassende Anforderungen gestellt (s. Ziffern 2.2.1 bis 2.2.3 der LB) sowie zahlreiche weitere konkrete Vorgaben für die ebenfalls zu erbringenden Dienst-, insbesondere Beratungsleistungen gemacht (s. Ziffer 2.2.4 und 2.3 der LB). Aufgrund dieses kraft Leistungsbeschreibung von jedem Bieter zu erfüllenden Mindeststandards ist auch bei einer hohen Gewichtung des Angebotspreises ein wirksamer Wettbewerb und eine sachgerechte Zuschlagsentscheidung im o.g. Sinne zu erwarten. Die

Gewichtung des Preises mit 80% erscheint zudem deshalb nicht unangemessen hoch, weil davon auszugehen ist, dass sich die ausgeschriebenen Dienstleistungen in erheblichem Umfang im Preis niederschlagen, so dass sich die Qualität des einzelnen Angebots auch in dieser Hinsicht wesentlich im Preis widerspiegeln dürfte.

Auch § 127 Abs. 1b SGB V steht dem nicht entgegen. Zwar darf gemäß § 127 Abs. 1b S. 2 SGB V der Preis nicht das alleinige Zuschlagskriterium sein. Jedoch darf der Preis auch hiernach zu mehr als 50% in die Wertung einfließen, wenn die qualitativen Anforderungen an die zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen – wie hier – bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind (vgl. § 127 Abs. 1b S. 4 SGB V, vgl. auch Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf des HHVG, BT-Drs. 18/11205, S. 68).

- d) Bei der Gewichtung der einzelnen von der ASt beanstandeten Qualitätskriterien hat die Ag ebenfalls die Grenzen des ihr insoweit zustehenden Bestimmungsrechts nicht verletzt. Vor allem ist es sachgerecht, dass sie der telefonischen Erreichbarkeit ein relativ hohes Gewicht eingeräumt hat (8%) und dass ein Bieter bis zu 4 von 100 Punkten erreichen kann, wenn er zusätzlich eine Chat- bzw. Videoberatung anbietet.

Wie bereits oben unter c) dargestellt, ist ein öffentlicher Auftraggeber bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung weitgehend frei. Nachgeprüft werden kann nur, ob der Auftraggeber seine Festlegungen frei von sachfremden Erwägungen und aufgrund eines zutreffend ermittelten tatsächlichen Sachverhalts getroffen hat und andere Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminiert (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11, und vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09).

Solche objektiv nachvollziehbaren und sachgerechten Gründe liegen hier vor. Denn die Ag wollte mit beiden o.g. Zuschlagskriterien die hohe Bedeutung ausdrücken, die die Beratung ihrer Versicherten für sie hat (sei es per Telefon oder online). In ihrem Vergabevermerk beruft sie sich insoweit auf ihre Erfahrungen aus anderen Hilfsmittelausschreibungen und die Wünsche und Beschwerden ihrer Versicherten, für die die Erreichbarkeit eines für die Versorgung zentralen Ansprechpartners besonders wichtig sei. Dies erscheint gerade für den Bereich der Stomaversorgung, bei der die korrekte und vor allem hygienisch und medizinisch einwandfreie Handhabung der Hilfsmittel unerlässlich ist, nachvollziehbar. Da der Anruf des Versicherten beim Leistungserbringer regelmäßig den konkreten

Versorgungsfall auslöst (vgl. Ziffer 2.5.1 der LB), ist vor allem das besondere Gewicht, das die Ag der umfassenden telefonischen Erreichbarkeit des Leistungserbringers beigemessen hat, sachgerecht. Dass dadurch große, insbesondere überregional tätige Unternehmen aufgrund ihrer insoweit vorhandenen Kapazitäten bevorteilt werden, hat die ASt lediglich unsubstantiiert behauptet. Abgesehen davon ist ein öffentlicher Auftraggeber grundsätzlich nicht verpflichtet, Vorteile, die einige Unternehmen z.B. aufgrund ihrer Größe und Markterfahrung haben, zugunsten kleinerer Konkurrenten zu nivellieren oder sonst auszugleichen. Dies gilt vor allem im vorliegenden Fall, wenn dies umgekehrt dazu führen würde, auf Wertungsaspekte, die der Ag objektiv nachvollziehbar wichtig sind, jedenfalls im Rahmen ihrer Wertungsrelevanz zu verzichten. Etwaigen Nachteilen kleinerer Unternehmen ist die Ag vor diesem Hintergrund bereits dadurch hinreichend nachgekommen, dass sie die von der ASt in diesem Zusammenhang vor allem kritisierte Erbringung einer Onlineberatung (per Video bzw. Chat) nicht verpflichtend vorgeschrieben, sondern von deren Vorhandensein lediglich die Wertung abhängig gemacht hat.

Durch die Auswahl und Gewichtung der Zuschlagskriterien fällt auch nicht – was jedoch die ASt befürchtet – die Qualität der Stomaversorgung „unter den Tisch“. Im Gegenteil: Dass hierbei besondere Qualitätsstandards einzuhalten sind, berücksichtigt die Ag nicht in der Qualitätsbewertung der Angebote (mit der Folge, dass der Bieter selbst entscheidet, ob und inwieweit er dies anbietet), sondern sie schreibt die Einhaltung der betreffenden Anforderungen in der Leistungsbeschreibung – vertraglich verbindlich – vor.

- e) Dass das Angebot einer Onlineberatung in die Wertung einfließt, aber deren Fehlen nicht zum Ausschluss des betreffenden Angebots führt, ist auch nicht deshalb vergaberechtswidrig, weil die Angebote nicht miteinander vergleichbar wären (so aber die ASt). Zuschlagskriterien, mit denen nicht nur ein „Besser als die Leistungsbeschreibung“ bewertet wird (so wie hier demgegenüber die telefonische Erreichbarkeit des Leistungserbringers, soweit sie über die Mindestquote von 70% hinausgeht), beinhalten stets das Angebot einer fakultativen Leistung – der Bieter entscheidet selbst, ob er diese Leistung (mit der entsprechenden negativen Bewertungsfolge) gar nicht anbietet und sein Angebot stattdessen eher an den übrigen Zuschlagskriterien, und hier insbesondere am Preis, ausrichtet. Die vergaberechtliche Vergleichbarkeit der Angebote setzt jedoch nicht voraus, dass diese inhaltlich identisch sind (dann wäre eine abgestufte Bewertung der Angebote auf der qualitativen Ebene ohnehin nicht möglich). Vergleichbar sind die Angebote vielmehr (bereits) dann, wenn sie – wie hier – auf denselben ausgeschriebenen

Vorgaben beruhen (vgl. § 121 Abs. 1 S. 1 GWB, s. zur Zulässigkeit der Bewertung solcher zusätzlichen Leistungen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. November 2014, VII-Verg 30/14 m.w.N.).

- f) Abgesehen davon, dass die Ag im Rahmen des anzubietenden Produktportfolios den Bietern für ihre Angebotskalkulation keine weiteren Daten überlassen musste (s. dazu oben unter b)), liegt in diesem Zusammenhang ebenfalls kein Vergaberechtsverstoß darin, dass dieser Aspekt ebenfalls in die Wertung der Angebote mit einfließt. Die ASt meint, dieses Zuschlagskriterium sei untauglich, die Angebote im Rahmen der Wertung untereinander zu unterscheiden, weil aufgrund der ausgeschriebenen Vorgaben jeder Bieter ohnehin faktisch verpflichtet sei, die gleiche Zahl von Herstellerprodukten in seinem Portfolio vorzuhalten.

Identisch sind die Angebote jedoch nur in den Fällen, in denen es nur die von der Ag vorgeschriebene Mindestanzahl von zwei Herstellern je anzubietender Produktart gibt. In diesen Fällen hat jeder Bieter tatsächlich dieselbe Anzahl anzubieten und jedes Angebot ist dementsprechend insoweit gleich zu bewerten. Dies führt jedoch nicht dazu, dass dieses Wertungskriterium per se untauglich wäre. Denn in den Produktarten, in denen es mehr als zwei Hersteller gibt, steht es jedem Bieter frei, ob er weitere Hersteller unter Ziffer IV. des Formblatts „Angaben zur Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien“ anbietet und sich so in der Wertung gegenüber seinen Konkurrenten verbessert. Dasselbe gilt für den laut Bieterfragen tatsächlich vorkommenden Fall, dass es für eine Produktart lediglich Produkte eines einzigen Herstellers gibt, in denen es dem Bieter ebenfalls freisteht, über die Mindestanzahl von zwei verschiedenen Produkten dieses einzelnen Herstellers hinaus weitere anzubieten.

III.

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

Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Denn durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern u.a. hierüber hinausgehende grundlegende Fragen zum

Zusammenspiel von Vergabe- und Sozialrecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

IV.

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

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

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

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