Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 167/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[…]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

wegen der Vergabe „Versorgung mit Stomaartikeln“ – EU-Bekanntmachungs-Nr.: […], Amtsblatt […]“ hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegismund aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 7. Februar 2018 am 19. Februar 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zur Vergabe eines Lieferauftrags über die Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln durch. Der Lieferauftrag umfasst den Abschluss eines Rahmenvertrags zur Lieferung von Stomaartikeln der Produktgruppe der PG 29 sowie Inkontinenzhilfen der PG 15 zur ergänzenden Versorgung von Urostomaanlagen des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V. Der Lieferauftrag ist in 20 Gebietslose aufgeteilt. Angebote können auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden, wobei je Los ein Zuschlag erteilt werden soll. Die Wertung der Angebote erfolgt anhand der Kriterien „Preis“ (gewichtet mit 80%) und „Qualität“.

   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 (insbesondere in den ersten sechs Monaten nach der Stomaanlage), sowie die Durchführung der notwendigen Wartungen und Reparaturen (Ziffer 2.2.4, 2.3.1 bis 2.3.6 Leistungsbeschreibung, Version 4, im Folgenden: 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 Artikel „mindestens“ erfüllen müssen (s. Ziffer 2.2.1 bis 2.2.3 LB).

   Es wurden 308 Bieterfragen und verschiedenen Rügen bei der Ag eingereicht. Die Vergabeunterlagen wurden 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 6 „Rahmenvertrag“ (drei Versionen), Anlage B1 „Leistungsbeschreibung“ (vier Versionen) und Anlage B2 „Preisblatt“ (drei Versionen).

   Die Ag berichtigte die Auftragsbekanntmachung (EU-Amtsblatt […] vom […]) zu den Losen […] bis […] im Hinblick auf einen Schreibfehler bei der Beschreibung des

Beschaffungsgegenstands („Elektrostimulationsgeräte“ statt „Stomaartikel“). In zwei folgenden Bekanntmachungen, […] vom […] und […] vom […] verlängerte die Ag die Angebotsfrist. Nach der letzten Neufassung der Vergabeunterlagen am 15. Januar 2018 wurde die Angebotsfrist um weitere zehn Tage bis zum 26. Januar 2018, 12 Uhr, verlängert. Die Frist für Bieterfragen wurde abschließend bis zum 19. Januar 2018, 12 Uhr, verlängert.

Der Auftragsnehmer soll jedem Versicherten mindestens zwei Stoma-Versorgungen von verschiedenen Herstellern, abgesehen von der gesetzlichen Zuzahlung, aufzahlungsfrei zur Auswahl anbieten. Bietet der Auftragnehmer eine höhere Anzahl von verschiedenen Herstellern an, gilt diese abweichend. Eine höhere Anzahl wird im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt und gilt als vertraglich vereinbart (Ziffer 2.3.3 LB). Einzusetzen ist qualifiziertes Personal, nämlich sog. „Pflegeexperten Wunde, Kontinenz und Wunde“ sowie „fachlich qualifiziertes Personal“ (Ziffer 2.2.4 LB). Zur persönlichen telefonischen Erreichbarkeit stellt die Ag folgende Anforderungen: Es müssen mindestens 70% aller eingehenden Anrufe innerhalb von 20 Sekunden persönlich angenommenen werden. Garantiert der Auftragnehmer eine höhere Quote, gilt diese abweichend. Sie wird im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt und gilt als vertraglich vereinbart (Ziffer 2.5.1 LB).

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

> „**5. Nachunternehmer**
>
> Beruft sich der Bieter darauf, Teile der Leistung von Nachunternehmern ausführen zu lassen, muss er seinem Angebot ein Verzeichnis beifügen, in dem die durch den Nachunternehmer auszuführende Leistung bezeichnet ist (**Anlage B5**). Angaben zu Name, Adresse, etc. des vorgesehenen Nachunternehmers sind in der **Anlage B5** nicht zu machen. (…)
>
> (…)
>
> **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.

(…)

Die mit dem Angebot einzureichenden Konzepte (s. Anlage A4, Nr. V. Konzepte zur Plausibilisierung des Angebotes) fließen nicht in die Angebotsbewertung ein und werden nicht Teil der auszuführenden Leistung. Sie dienen lediglich der Plausibilisierung des Angebotes."

Nach Ziffer V. der Anlage A4 (Version 2) sind vom Bieter fünf Konzepte einzureichen. In den Unterkategorien „1. Fachliche Beratungs- und Informationskonzepte" und „2. Organisatorische und Technische Konzepte":

„Konzept 1.1 „Aktualisierung und Informationsquellen" (max. 2 DIN A 4 Seiten)
(…),

Konzept 1.2 „Inbound-Gespräche" (max. 2 DIN A 4 Seiten)
(…),

Konzept 1.3 „Hausbesuche" (max. 2 DIN A4 Seiten)
Beschreiben Sie einen typischen Haubesuch mit persönlicher Beratung des Kunden von der Entstehung (Eingang der Erst-Verordnung, Eingang des Erstversorgungsauftrages, Anforderung des Kunden usw.) bis zu dessen Abschluss. Gehen Sie dabei im Besonderen auf die Gesprächsführung im Hinblick auf Rhetorik und Fragetechniken zur persönlichen Situation des Versicherten und auf das Erkennen ihrer Bedürfnisse ein.,

Konzept 2.1 „Logistik" (max. 1 DIN A 4 Seiten)
(…),

Konzept 2.2 „Telefonische Erreichbarkeit" (keine Seitenzahlbegrenzung)
Stellen Sie dar, auf welche Art und Weise die Planung, Steuerung und Sicherstellung der angebotenen Quote zur telefonischen Erreichbarkeit im garantierten Umfange erfolgen und ggf. welche Dienstleister, Nachunternehmer und sonstige Beteiligte an der Sicherstellung in welchem Umfang beteiligt werden sollen. Insbesondere sollen dabei Angaben zum Namen und Hersteller der Telefonanlage, zur Anzahl der Mitarbeiter zur telefonischen Annahme sowie zum Routing-Konzept der eingehenden Anrufe gemacht werden. (…)."

In Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung (Version 5) sieht in Ziffer II folgendes im Hinblick auf die Konkretisierung der Zuschlagskriterien vor:

„**1. Preis (Maximale Punktzahl 80 (=80 % Gewichtung)**

(…)

Die Berechnung erfolgt an Hand der folgenden Formel:

$Pkt_{Bieter} = Pkt_{max} - (Pkt_{max} \times ((Preis_{ang} – Preis_{min}) / Preis_{min}))$

Legende:

Pkt_{Bieter} = vom Auftragnehmer erreichte Punktzahl
Pkt_{max} = maximal erreichbare Punktzahl
$Preis_{ang}$ = vom Auftragnehmer angebotener Preis
$Preis_{min}$ = niedrigster Preis im Vergleich aller wertbaren Angebote

Bei Preisen, die mehr als doppelt so hoch sind, wie der günstigste angebotene Preis, werden null Punkte vergeben, so dass es zu keiner Vergabe von negativen Punkten kommen wird.

(…)

2. Qualitative Zuschlagskriterien (Maximale Punktzahl 20 (=20 % Gewichtung)

(…)

2.2) Angaben zum Einsatz von Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde

(…)

2.3) Angaben zum Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal

Der Bieter muss in **Ziff. III. des Anhangs 1 zur Anlage A5** die je Los garantierte Quote des speziell für die Versorgung mit Stomaartikeln (PG 29) und Inkontinenzhilfen (PG 15) von 1.000 DAK-Kunden ab Vertragsumsetzung eingesetzten qualifizierten Fachpersonals angeben. In Bezug auf die Qualifikation des qualifiziertes Fachpersonals (ohne Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde) wird auf Ziff. 2.2.4 Dienst- und Serviceleistungen der Leistungsbeschreibung (Anlage B1) verwiesen. Bieter können auch „Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde“ i.S.d. Nr. 2.2 als „qualifiziertes Fachpersonal“ anbieten. Es darf jedoch nicht dasselbe Personal sowohl als Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde also auch als qualifiziertes Fachpersonal angeboten werden. Beschäftigt der Bieter z.B. insgesamt 23 Personen, die allesamt als Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde zu qualifizieren sind, so dürfen in Anhang 1 zu Anlage A5 nicht 23 Personen unter II. Angaben zum Einsatz von Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde und 23 unter III. Angaben zum Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal genannt werden, sondern insgesamt unter Nr. II. und III. zusammen nur 23.

(…)

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. Dies gilt z.B. bei der Produktart 29.26.09.0 „Anus Praeter-Bandagenset“. 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.

Gibt es bei einer Produktart gar kein aufzahlungsfreies Produkt am Markt, müssen durch die Bieter auch nicht mindestens zwei entsprechende Produkte angeboten werden. Die Anforderung, mindestens zwei Hersteller aufzahlungsfrei zur Auswahl anzubieten, entfällt für diese Produktart. Diese Produktart ist sodann bei der Eintragung der verschiedenen Hersteller in Ziff. IV. des Anhangs 1 zur Anlage A5 außer Acht zu lassen. Dies gilt insbesondere bei den Produktarten 29.26.11.3 - Beutelbezüge aus Vlies und 29.26.11.4 - Beutelüberzüge aus Textil.“

Die Antragstellerin (ASt) richtete mehrere Bieterfragen an die Ag. Mit Schreiben vom 16. und 24. November 2017 sowie vom 21. Dezember 2017 rügte die ASt verschiedene Vergaberechtsverstöße. Die Ag antwortete mit Schreiben vom 24. November 2017 und half den Rügen mit Schreiben vom 14. und 27. Dezember 2017 teilweise ab.

Die ASt hat mit Ablauf der verlängerten Angebotsfrist auf keines der Lose ein Angebot abgegeben.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 28. Dezember 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 29. Dezember 2017 an die Ag übermittelt.

   a) Die ASt meint, das Vergabeverfahren sei aus mehreren Gründen vergaberechtswidrig und verletze sie in ihren Rechten.

Dem Vergabeverfahren fehle die Vergabereife. Die Vergabeunterlagen seien nicht fertig gestellt. Die vorgenommenen mehrfachen Änderungen (mehrere Versionen auf dem Vergabeportal) gingen weit über eine bloße Korrektur von Fehlern oder Ungenauigkeiten in den Vergabeunterlagen hinaus. In dem Katalog von 308 Bieterfragen, Antworten und „Hinweisen“ habe die Ag in großer Zahl von den Vergabeunterlagen abweichende Anforderungen aufgestellt. Die Auftragsbekanntmachung sei zudem mehrfach geändert worden.

Es sei ferner nicht sicher, dass die Ag das Vergabeverfahren zulässigerweise mit einem Zuschlag beenden könne. So gebe es laut Presseberichten ein rechtsaufsichtliches Verfahren des Bundesversicherungsamts, das die Absicht der Ag beanstande, die hier ausgeschriebenen Leistungen im Wege einer Ausschreibung zu beschaffen.

Die verlängerte Angebotsfrist vom 26.1.2018 sei zu kurz bemessen. Aufgrund der mehrfachen Berichtigungen (u.a. in Ziffer II.2.4 der Anlage A5-Beiblatt Angebotswertung) sei die ASt nicht in der Lage gewesen, mit der erforderlichen Sorgfalt innerhalb der zur Verfügung stehenden Zeit (dritte Verschiebung der Angebotsfrist) ein aussichtsreiches Angebot zu kalkulieren und zu erstellen.

Der Eröffnungsvermerk sei nicht bei Einleitung des Vergabeverfahrens am 7. November 2017, sondern erst am 10. November 2017 erstellt worden. Das Vergabeverfahren sei daher nicht von Beginn an fortlaufend dokumentiert worden. Der Dokumentationsmangel sei ein absoluter Verfahrensfehler.

Die Frist für Bieterfragen sei unzulässig verkürzt worden. In einem Hinweis auf dem Vergabeportal vom 15. Januar 2018 sei die zunächst auf den 26. Januar 2018 verlängerte Frist für Bieterfragen auf den 19. Januar 2018 verkürzt worden. Hierdurch habe den Mitarbeitern der ASt nur noch ein Zeitraum von 3 Tagen für Bieterfragen zu den Vergabeunterlagen in der Fassung vom 15. Januar 2018 zur Verfügung gestanden. Dieser Zeitraum sei zu kurz. Außerdem sei es möglich, dass die ASt bei ihrer Kalkulation andere Umstände zugrunde gelegt habe als andere Bieter.

Die Vergabeunterlagen stellten unzulässige Anforderungen. So seien nach Ziffer V. der Anlage A4 mit dem Angebot „Konzepte zur Plausibilisierung des Angebotes“ einzureichen. Diese würden nach Ziffer 11 Teil A – Bewerbungsbedingungen nicht in die Angebotswertung einfließen und damit nicht Teil der auszuführenden Leistung. Eine Plausibilitätsprüfung im Sinne einer Aufklärung des Angebotsinhalts vor der Abgabe sei nicht möglich. Ein Auftraggeber dürfe eine Aufklärung über Angebotsinhalte gemäß § 15

Abs. 5 S. 1 VgV erst nach Angebotsabgabe und nur verlangen, wenn ein entsprechender Aufklärungsbedarf vorliege. Die Ag werde die „Konzepte“ selbstverständlich in die Angebotswertung so einfließen lassen, dass sie sie bei der Ausfüllung von Bewertungsspielräumen wertend berücksichtige. Dies verstoße gegen den Transparenzgrundsatz aus § 97 Abs. 1 GWB.

Auch das Wertungssystem verstoße gegen das Transparenzgebot. Die „Telefonische Erreichbarkeit“ nach Ziffer I. der Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung werde als Zuschlagskriterium gewertet. Das Verhältnis der Angaben zur telefonischen Erreichbarkeit nach Ziffer I. des Anhangs 1 zur Anlage A5 zu dem geforderten Konzept 2.2 zur „Telefonischen Erreichbarkeit“ sei unklar. Die Vorgabe, ein Konzept, das der Darlegung des Zuschlagskriteriums diene, nicht zu bewerten, sei intransparent. Ein weiterer Verstoß ergebe sich im Hinblick auf die in Anlage B1 – Leistungsbeschreibung geforderten „Hausbesuche“. Weder in Anlage A4 noch in Anlage B1 werde transparent gemacht, dass das Konzept 1.3 „Hausbesuche“ dem Nachweis der Erfüllung einer Muss-Anforderung diene.

Auch die gewählte Berechnungsmethode für die Umrechnung des Preises in Punkte sei vergaberechtswidrig. Die Anwendung der Formel könne zu einer negativen Punktzahl führen. Hierdurch würde etwa das Kriterium Qualität zur Gänze entfallen. Der Preis dürfe aber nicht das alleinige Zuschlagskriterium sein (vgl. § 127 Abs. 1b Satz 2 SGB V). Im Übrigen führe eine Rundung auf Null zu einem Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung. Angebote mit weit überhöhtem Angebotspreis erhielten die gleiche Punktzahl wie Angebote mit einem niedrigeren Angebotspreis.

Der Bewertungsmaßstab für das qualitative Zuschlagskriterium „Angaben zum Produktportfolio (verschiedene Hersteller)“ nach Ziffer II.2.4 der Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung (Version 5, geändert am 15.1.2018) sei unklar und außerdem von den Bietern nicht erfüllbar. Der Bewertungsmaßstab „kleinste gemeinsame Anzahl an verschiedenen Herstellern, die je Los über alle für eine Stoma-Versorgung notwendigen Produktarten angeboten“ werde, sei unverständlich. Die Ag definiere nicht, welche Produktarten für eine Stoma-Versorgung aus ihrer Sicht „notwendig“ seien. In Anlage A5 - Beiblatt Angebotswertung (Version 5) seien nunmehr „Hinweise/Ausnahmen“ für Fälle enthalten, in denen der vorgegebene Bewertungsmaßstab nicht gelte. Das dort genannte „Beispiel“ sei unverständlich. Bieter könnten Hersteller nur bezogen auf Einzelprodukte, d.h. die einzelnen Produktarten, angeben. Die zwischen der vierten und fünften Version der Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung vorgenommene Streichung des Zusatzes „je

Produktart“ ändere nichts daran, dass der Bewertungsmaßstab auf der Vorgabe „jeweils mindestens zwei verschiedene Hersteller je Produktart“ beruhe. Diese Vorgabe sei von den Bietern nicht erfüllbar. Die ASt sei sich nicht darüber im Klaren, welche Anforderungen sie der Erstellung eines Angebots zugrunde zu legen habe. Es bestehe daher die Gefahr, dass ein Angebot der ASt ausgeschlossen werde.

In der quantitativen Bewertung der Mindestquote von zwei Herstellern je Produktart liege eine unzulässige Vermischung von Muss- und Sollanforderungen. Nach Ziffer II.2.4 der Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung (Version 5) werde zwar die Anzahl von Herstellern bewertet, die über die Mindestquote hinausgingen. Dennoch könne die ASt nicht annehmen, dass sich die Ag von der Antwort 189 auf gestellte Bieterfragen, wonach die Mindestquote von zwei Herstellern je Produktart für aufzahlungsfreie Versorgungen in die Bewertung einfließe, distanziert habe.

Die Schlechterwertung von Bietern, die ausschließlich Pflegeexperten einsetzten und nicht auch bloß einfach fachlich qualifiziertes Personal, verstoße gegen den Gleichheitsgrundsatz. Bieter, die – wie die ASt – ausschließlich über höher qualifizierte Pflegeexperten verfügten, würden ungerechtfertigt benachteiligt. Die Ag habe zudem mit Hinweis 244 auf Nr. 2.2 und 2.3 der Anlage B5 unklare Anforderungen im Hinblick auf das vom Bieter gegebenenfalls auszufüllende Nachunternehmerverzeichnis gestellt. Es sei unklar, was gelten solle, wenn die Pflegeexperten eigenes Personal des Bieters seien. Ferner weise das Angebot eines Bieters, der ausschließlich Pflegeexperten einsetze, eine höhere Qualität auf.

Die unter Ziffer V der Anlage A4 (Version 2) für das Konzept „Telefonische Erreichbarkeit“ verlangte Pflicht zur namentlichen Nennung von Nachunternehmern zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe verstoße – es liege hier kein Fall der Eignungsleihe nach § 47 VgV vor – gegen § 36 Abs. 1 VgV. Es sei nicht nur der Hersteller der Telefonanlage als Vorlieferant zu nennen, sondern auch die zuvor genannten „Dienstleister, Nachunternehmer und sonstige Beteiligte“.

Nach Ziffer II.2.2 und Ziffer II.2.3 der Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung (Version 3 und 4) sei für die Berechnung der Versorgungsquoten der eingesetzten Pflegeexperten und des einfach qualifizierten Personals die garantierte Anzahl des Fachpersonals „je 1000 […]-Kunden“ anzugeben. Nach Ziffer II. und Ziffer III. des Anhangs 1 zur Anlage A5 (Version 2 und 3) sei die garantierte Anzahl von Pflegeexperten/einfach qualifiziertem Fachpersonal „je 1000 Kunden mit Stomaanlage“ herangezogen worden. Damit würden unklare Anforderungen gestellt. Die losbezogene Angabe der Versorgung von 1.000 […]-Kunden

sei unklar. In keinem der ausgeschriebenen 20 Gebietslose seien 1.000 […]-Kunden mit Stomaartikeln zu versorgen.

In der mündlichen Verhandlung weist die ASt zu Protokoll darauf hin, dass das Hilfsmittelverzeichnis zwischen dem 7. November 2017 und dem 26. Januar 2018 in den Produktgruppen 29 und 15 mehrfach geändert worden sei.

Das Vergabeverfahren sei aufzuheben, weil die Vielzahl der Verletzungen bieterschützender vergaberechtlicher Vorschriften durch die Ag im laufenden Vergabeverfahren nicht mehr heilbar sei.

Die ASt rügt die Verletzung rechtlichen Gehörs. Sie habe die Bewerbungsbedingungen als Teil der Vergabeakte nicht im Rahmen der Akteneinsicht erhalten. Aus den mindestens 785 Seiten der Vergabeakte habe sie zunächst nur 31 Seiten und später noch einmal 8 teilweise geschwärzte Seiten erhalten.

Die ASt beantragt,

1. a) Der Ag zu untersagen, in dem Vergabeverfahren „Ausschreibung der […] mit Stomaartikeln“, Auftragsbekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom […]:[…], geändert durch Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom […] […], abermals geändert durch Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom […],[…], einen Zuschlag zu erteilen;

   b) hilfsweise die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen und den Bietern auf dieser Grundlage eine neue Möglichkeit zur Teilnahme zu geben;

2. die Vergabeakten beizuziehen und der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten sowie Einsicht in die Verfahrensakten der Vergabekammer zu gewähren;

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Ferner beantragt sie,

zum Beweis der Tatsache, dass das Bundesversicherungsamt wegen des vorliegenden Vergabeverfahrens ein rechtsaufsichtliches Verfahren nach § 89 SGB IV gegen die Ag führt, Beweis zu erheben und vom dem Bundesversicherungsamt eine amtliche Auskunft einzuholen;

zum Beweis der Tatsache, dass das Bundesversicherungsamt der Ag untersagt hat, das vorliegende Vergabeverfahren durchzuführen, Beweis zu erheben und von dem Bundesversicherungsamt die Akten des rechtsaufsichtlichen Verfahrens nach § 89 SGB IV beizuziehen.

b) 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 unbegründet.

Es liege keine fehlende Ausschreibungsreife vor. Allein der Umstand, dass der Auftraggeber im Laufe des Vergabeverfahrens nach Eingang entsprechender Bieterfragen und Rügen seine Anforderungen unter Umständen ändern müsse, mache eine Ausschreibung nicht intransparent.

Die Angebotsfrist gehe über die in § 15 VgV geforderte Mindestfrist weit hinaus. Die Vergabeunterlagen seien im kalkulationsrelevanten Kern nicht geändert worden.

Die Ag sei ihrer vergaberechtlichen Pflicht zur fortlaufenden Dokumentation des Verfahrens von Beginn an nachgekommen. Das Datum unter dem Vergabevermerk sage lediglich aus, wann die ansonsten elektronisch erfolgte Dokumentation ausgedruckt worden sei. Vorliegend drohe der ASt außerdem kein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB.

Es seien nach Kenntnis der Ag keine konkreten Maßnahmen seitens des Bundesversicherungsamtes ergangen; insbesondere habe das Bundesversicherungsamt bisher keinen Verpflichtungsbescheid gegen die Ag erlassen. Es bestehe kein rechtlicher Grund für die Ag, von einer Angebotsaufforderung Abstand zu nehmen.

Bei den mit dem Angebot einzureichenden Konzepten zur Plausibilisierung der Angebote handele es sich weder um eignungs- noch um zuschlagsrelevante Angebotsbestandteile. Die einzureichenden Konzepte räumten den Bietern keine Spielräume für eine eigenständige Gestaltung der eindeutig und erschöpfend beschriebenen Leistung ein. Die Konzepte sollen der Ag vielmehr Sicherheit geben, dass der Bieter die zentral wichtigen

Vorgaben der Leistungsbeschreibung verstanden habe und umsetzen werde. Sie stellten ein Minus zu einer nachträglichen Angebotsaufklärung dar. § 15 Abs. 5 S.1 VgV sehe zwar nach seinem Wortlaut eine Plausibilitätsprüfung vor Angebotsangabe nicht ausdrücklich vor, kodifiziere aber auch kein Verbot anderweitiger Auslegungsansätze.

Das Wertungssystem sei in den Vergabeunterlagen transparent geregelt. So werde in Ziffer II.2.1 der Anlage A5 – Beiblatt Angebotswertung ausschließlich die angebotene Erreichbarkeitsquote bewertet. Auch hier dienten die einzureichenden Konzepte zur „telefonischen Erreichbarkeit“ nur der Plausibilisierung. Auch das Konzept 1.3 „Hausbesuche“ im Rahmen der Anlage A4 diene der Plausibilisierung des Bieters zur Erfüllung der Anforderungen aus der Leistungsbeschreibung.

Die Berechnungsmethode der linearen Interpolation für die Bewertung der Preise verstoße nicht gegen vergaberechtliche Bestimmungen. Es handele sich um eine gängige Formel zur Umrechnung der Preise in Punkte. Wie bei allen linearen Interpolationen verteilten sich die Preispunkte dabei gleichmäßig bis zum Nullpunkt. Der Nullpunkt liege in der Regel bei dem Doppelten des niedrigsten Preises. Es sei dabei Marktstandard, dass bei Überschreiten des Doppelten des niedrigsten Preises keine Minuspunkte vergeben würden. Dies sei Ausfluss des Rechtsgedankens des § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV, wonach auf unwirtschaftliche Angebote kein Zuschlag erteilt werden müsse.

Auch im Hinblick auf die geforderte Angabe der garantierten Anzahl an verschiedenen Herstellern je Produktart (d.h. die drei verschiedenen Stomaversorgungsformen) für die aufzahlungsfreien Versorgungen liege kein Verstoß gegen Transparenzgrundsatz vor. Für jede dieser Versorgungsformen seien unterschiedliche Kombinationen von Produktarten und Produkten erforderlich, ohne die eine Versorgung praktisch nicht durchgeführt werden könnte. Die Produktarten seien mithin für eine Versorgung notwendig. Die Ag habe mit Antwort 213 im Bieterfragenkatalog die von der ASt gerügten Konstellationen abschließend klargestellt. Mit Hinweis 230 habe die ASt klargestellt, dass die Anforderung entfalle, wenn es bei einer Produktart gar kein aufzahlungsfreies Produkt am Markt gebe. In Hinweis Nr. 279 sei der Rüge der ASt abgeholfen worden und darauf hingewiesen worden, dass für alle für die Versorgung notwendigen Produktarten mindestens zwei Hersteller anzubieten seien. Anlage A5 B – Beiblatt Angebotswertung (Version 5) enthalte hierzu ausführliche Hinweise. Es werde insoweit keine unmögliche Leistung von den Bietern verlangt.

Eine Vermischung von Muss- und Sollkriterien liege nicht vor. Es würden nur die über die Mindestquote von zwei verschiedenen Herstellern je Produktart bzw. Produkten je

Hersteller für aufzahlungsfreie Versorgungen hinausgehende Anzahl von Herstellern/Produkten berücksichtigt. Die Mindestquote selbst aber nicht.

Zum Einsatz von Pflegeexperten und qualifiziertem Personal sei durch Hinweis Nr. 244 klar gestellt worden, dass der Bieter sein Personal im Rahmen des Angebots auf die beiden Qualitätskriterien verteilen müsse.

Im Konzept 2.2 „telefonische Erreichbarkeit“ werde keine Nachunternehmernennung verlangt. Es sei lediglich der Name des Herstellers der Telefonanlage ausdrücklich zu nennen. Bei diesen handele es sich jedoch nicht um Nachunternehmer, allenfalls um Vorlieferanten. Hinsichtlich der Forderung, etwaige Dienstleister und Nachunternehmer darzustellen, sei keine namentliche Nennung bei Angebotsabgabe gefordert. Dies werde schon aus Nr. 5 Nachunternehmer der Bewerbungsbedingungen deutlich. Dort heiße es ausdrücklich, dass Angaben zu Name, Adresse etc. des vorgesehenen Nachunternehmers nicht zu machen seien.

Hinsichtlich der Quotenberechnung der Kundenzahl je Los sei durch Antwort 170 geklärt worden, dass die Anzahl je Los anzugeben sei, die für die Versorgung der Versicherten der […] ab Vertragsdurchführung maßgebend sei. Die Hochrechnung auf 1.000 Versicherte diene dabei lediglich dem Umstand, voraussichtlich nicht mit Dezimalstellen arbeiten zu müssen. Die Vorgabe stehe nicht im Widerspruch zu den Fallzahlen der einzelnen Lose.

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

In der mündlichen Verhandlung am 7. Februar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 1. Februar 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.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße liegen nicht vor.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

   a) Die ASt ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Unabhängig davon, dass die ASt kein Angebot abgegeben hat, wird ihr Auftragsinteresse vorliegend bereits durch ihre Rügen und ihren Nachprüfungsantrag belegt, in denen sie geltend gemacht hat, das Vergabeverfahren dürfe aus mehreren Gründen so nicht fortgeführt werden (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 22/13 m.w.N.*).* 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 auf der Grundlage von Vergabebedingungen, die die ASt für rechtswidrig hält, auch ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt.

   b) Die Rügen der ASt sind rechtzeitig gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 3 GWB erfolgt, nämlich am 16. und 24. November 2017 sowie am 21. Dezember 2017 und damit spätestens bis zum Ablauf der Frist zur Angebotsabgabe. Der Nachprüfungsantrag ist gemäß § 160 Abs. 3 Nr. 4 GWB innerhalb einer Frist von 15 Kalendertagen nach der Mitteilung der Ag vom 14. und 27. Dezember 2017, den Rügen nicht vollständig abhelfen zu wollen, eingereicht worden.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Es fehlt nicht an der Ausschreibungsreife des Vergabeverfahrens (a). Die verlängerte Frist für die Einreichung von Bieterfragen und die verlängerte Angebotsfrist waren hinreichend (b). Bewertungsformel (c) und Wertungssystem sind im Hinblick auf die Bewertung des eingesetzten Pflegepersonals vergaberechtskonform (d). Dies gilt auch für die Einforderung von Konzepten zur „Telefonischen Erreichbarkeit“ und zu „Hausbesuchen“ (e). Die vorgeschriebenen Angaben zum Produktportfolio waren nicht unklar (f). Die Nennung von Nachunternehmern zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe war nicht gefordert, jedenfalls im Hinblick auf die „Telefonische Erreichbarkeit“ aber nicht unzumutbar (g). Die Bezugsgrößen für die Berechnung der Versorgungsquoten waren nachvollziehbar (h). Der Eröffnungsvermerk leidet nicht unter einem Dokumentationsmangel (i).

   a) Dem Vergabeverfahren fehlt nicht die erforderliche Ausschreibungsreife. Ausschreibungsreife bedeutet, dass ein Auftraggeber erst ausschreiben soll, wenn alle

Vergabeunterlagen fertig gestellt sind und wenn innerhalb der angegebenen Fristen mit der Ausführung begonnen werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13, Rn. 30). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Zudem verstoßen die seitens der ASt unter dem Aspekt mangelnder Ausschreibungsreife geltend gemachten Mängel des Vergabeverfahrens auch nicht gegen andere vergaberechtliche Bestimmungen.

(1) Die aufgrund der Bieterfragen und -rügen einschließlich entsprechender Änderungsbekanntmachungen erfolgten Überarbeitungen der Vergabeunterlagen führen nicht dazu, dass von einer fehlenden Ausschreibungsreife auszugehen ist. Vielmehr sind erkannte Defizite oder Fehler in jedem Stand des Vergabeverfahrens zu korrigieren. Der Auftraggeber hat insoweit Klarstellungen für alle interessierten Unternehmen herbeizuführen. Falls die Klarstellung/Korrektur bedingt, dass die Bieter mehr Zeit benötigen, um die Angebotserstellung auf die neuen Informationen auszurichten, steht die Möglichkeit der Verlängerung der Angebotsfrist zur Verfügung, (VK Bund, Beschluss vom 28. Januar 2017, VK 2 - 129/16). Diese Möglichkeit hat die Ag hier auch wahrgenommen und im Anschluss an Änderungen der Vergabeunterlagen die Angebotsfrist mehrfach verlängert. Die von der ASt insoweit unter dem Aspekt einer mangelnden Vergabereife geltend gemachte Unübersichtlichkeit der Vergabeunterlagen besteht daher nur vordergründig und mag dem ersten Eindruck einer mehrfachen Überarbeitung der Vergabeunterlagen sowie der hohen Zahl der gestellten Bieterfragen geschuldet sein. Tatsächlich betrafen die vorgenommenen Änderungen der Vergabeunterlagen sowie die Antworten und Hinweise im Katalog der Bieterfragen aber nur punktuelle Anpassungen / Klarstellungen der Ausschreibungsbedingungen, so dass die Bieter die hinreichende Möglichkeit hatten, ihre Angebote sukzessive an die geänderten Bedingungen anzupassen. So hatte die Ag die Angebotsfrist auch nach den letzten erfolgten Klarstellungen zu den Vergabeunterlagen nochmals um 11 Tage verlängert.

(2) Die Ausschreibungsreife könnte dem derzeitigen Vergabeverfahren allenfalls dann fehlen, wenn der ausgeschriebene Vertrag aus rechtlichen Gründen nicht durchgeführt werden könnte. Nach Angaben der Ag in der mündlichen Verhandlung sind bisher aber weder konkrete aufsichtsrechtliche Maßnahmen des Bundesversicherungsamts gegen die Ausschreibung von Hilfsmitteln der Ag eingeleitet, noch ist ein entsprechender Bescheid ergangen. Auf die Frage, ob und inwieweit eine etwaige Entscheidung dieser

Behörde unmittelbare Auswirkungen auf dieses Nachprüfungsverfahren hätte, kommt es daher nicht an. Den Beweisanträgen der ASt war daher nicht nachzugehen.

b) Die Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 26. Januar 2018 war ausreichend, um Bietern die Abgabe eines Angebots zu ermöglichen. Tatsächlich sind bei der Ag Angebote von weit über 20 Bietern eingegangen, die nach der bereits vorgenommen formalen Auswertung die Bedingungen des Vergabeverfahrens eingehalten haben. Dies zeigt, dass Kalkulation und Abgabe eines Angebots innerhalb der ohnehin mehrfach verlängerten Frist einer Vielzahl von Bietern möglich waren; dies muss die ASt gegen sich gelten lassen, soweit sie sich darauf beruft, es sei ihr schlechterdings unmöglich gewesen, innerhalb der gegebenen Zeit ein Angebot zu erarbeiten.

Soweit die ASt – ohne vorherige Rüge – durch ihren zu Protokoll gegebenen Hinweis in der mündlichen Verhandlung geltend macht, dass das Hilfsmittelverzeichnis zwischen dem 7. November 2017 und dem 26. Januar 2018 in den Produktgruppen 29 und 15 mehrfach geändert worden sei, kann hieraus jedenfalls kein Vergabeverstoß hergeleitet werden. Insoweit ist zunächst festzustellen, dass die Bieter gar keine konkreten Hersteller oder Produkte anzubieten hatten, sondern nur angeben mussten, wie viele Hersteller oder Produkte dem Versicherten zur Auswahl gestellt werden. Diese Produkte müssen lediglich im Hilfsmittelverzeichnis gelistet sein oder gegenüber den gelisteten Produkten gleichwertig sein (s. Anlage B1 – Leistungsbeschreibung Version 4 Ziff. 2.2). Hinzu kommt, dass § 139 Abs. 9 SGB V den gesetzgeberischen Auftrag zur laufenden Anpassung des Hilfsmittelverzeichnisses enthält („ist laufend fortzuschreiben“). Für die Bieter heißt dies, dass sie aufgrund der zu erwartenden laufenden Anpassungen des Hilfsmittelverzeichnisses bei ihrer Angebotskalkulation, die ja die Ausführung des Auftrags für einen Zeitraum von bis zu vier Jahren betrifft, ohnehin nie von einem „statischen“ Bestand des Hilfsmittelverzeichnisses ausgehen können. Ein unzumutbares Kalkulationsrisiko – und nur dies wäre vergaberechtlich überhaupt relevant – liegt hierin nicht. Die Bieter können allein aufgrund ihrer Marktkenntnis die Wahrscheinlichkeit einer für sie relevanten Änderung des Hilfsmittelverzeichnisses abschätzen und sind zudem nicht von jeder Änderung betroffen, da sie nicht gezwungen sind, die Versorgung mit Produkten des Hilfsmittelverzeichnisses durchzuführen, sondern auch gleichwertige Produkte einsetzen können. Hinzu kommt, dass der Produktpreis ohnehin nur zu einem Teil in die Kalkulation einfließt, da der Leistungsgegenstand weitere vom Preis losgelöste Dienstleistungsanteile enthält (z.B. Hausbesuche, Beratung).

Auch die Verlängerung der Bieterfragenfrist auf den 19. Januar 2018 war vorliegend hinreichend. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob eine Befristung hier zulässig war, denn die ASt hat nach Ablauf der Frist keine Fragen mehr gestellt und auch nicht vorgetragen, dass sie noch weitere (substantielle) Fragen stellen wollte. Im Übrigen hat die Ag Bieterfragen auch nach dem 19. Januar 2018 noch beantwortet, woraus die ASt aber auch keinen Vergabeverstoß herleiten kann. Denn diese Fragen (Nr. 304 bis 308) waren nicht geeignet, einen Anspruch auf Verlängerung der Angebotsfrist gemäß § 20 Abs. 3 VgV auszulösen, da die insoweit seitens der Ag gegebenen Antworten lediglich Verweise auf bereits gegebene Antworten sowie einen Verweis auf gesetzliche Regelungen (Antwort 306) enthielten.

c) Die Wahl eines linearen Bewertungssystems verstößt nicht gegen das Transparenzgebot nach § 97 Abs. 1 GWB. Die Wahl einer bestimmten Preisumrechnungsmethode kann vergaberechtlich nur beanstandet werden, wenn sich ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erwiese (vgl. BGH, Beschluss vom 04. April 2017, X ZB 3/17). Grundsätzlich ist die von der ASt bemängelte einfache lineare Methode eine gängige Methode und kann nicht per se als vergaberechtswidrig bewertet werden (vgl. BGH aaO.). Die Grenze zur Vergaberechtswidrigkeit der Verwendung eines solchen Wertungsschemas wäre überschritten, wenn Wertungskriterien einzeln oder in ihrer Gesamtheit ein Gewicht zugemessen würde, das sachlich nicht zu rechtfertigen wäre und deshalb die Annahme nahelegt, dass die Kriterien so ausgestaltet wurden, dass nur ein oder einzelne Unternehmen realistische Aussichten auf den Zuschlag haben (BGH, aaO.). Dies ist vorliegend nicht der Fall. Die Ag hat in Anlage A5 klargestellt, dass Minuswerte bei der Preiswertung nicht berücksichtigt werden. Sie vergibt null Punkte bei Preisen, die mehr als doppelt so hoch sind wie der günstigste angebotene Preis (vgl. dort S. 3). Hierdurch verhindert die Ag – was vergaberechtlich nicht zu beanstanden ist –, dass die Angebotswertung sehr teurer Angebote zu Lasten der Qualitätswertung, die mit 20% in die Angebotswertung eingehen soll, ausfällt. Sie vermeidet damit, dass bei solchen Angeboten entgegen ihrer bekanntgemachten Kriterien zur Gewichtung (80%/20%) allein der Preis in die Wertung einfließen würde (vgl. auch § 127 Abs. 1b Satz 2 SGB V).

Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 GWB ist auch nicht im Hinblick auf die pauschale Null-Wertung von mehr als doppelt so teuren Angeboten zu sehen. Es fehlt in diesem Zusammenhang bereits an der notwendigen Kausalität eines Rechtsverstoßes. Denn die von der Nivellierung betroffenen teuren Angebote haben

ohnehin keine realistische Aussicht, in die engere Wahl für den Zuschlag zu kommen. Der 80%-Anteil der Preisgewichtung führt bei dem notwendigen Vorhandensein günstigerer Angebote mit höchster Wahrscheinlichkeit dazu, dass die von der ASt beispielhaft angeführten Angebote mit Null-Wertung nicht in Zuschlagsnähe kämen.

d) Die Entscheidung der Ag eine Differenzierung bei der Wertung des eingesetzten Personals vorzunehmen, nämlich 3% für die höher qualifizierten Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde und 2% für das „nur“ fachlich qualifizierte Personal (s. Ziffer 2.2.4 der LB und Ziffern 2.2) und 2.3) der Anlage A5), begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken.

Ein öffentlicher Auftraggeber ist bei der Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung 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). Eine Unterscheidung zwischen Pflegeexperten und qualifiziertem Personal ist indes sachlich gerechtfertigt, denn der Einsatz besser qualifizierter Mitarbeiter kommt den Anforderungen an eine qualitativ höherwertige Auftragserfüllung zugute. Es ist deshalb sachgerecht, den Einsatz von Pflegeexperten mit 3% und den Einsatz von einfachen Fachkräften mit 2% zu bewerten.

Auch eine unzulässige Nivellierung „besserer“ Angebote findet entgegen der Auffassung der ASt nicht statt. Aufgrund der Vorgaben in Anlage 5 hat der Bieter sein Personal auf die tabellarischen Angaben in Anhang 1 zu Anlage 5 (Ziffern II. und III.) zu verteilen. Er darf Personal allerdings nicht doppelt benennen. Nicht gestattet ist es nach Ziffer 2.3) der Anlage 5, beim Einsatz von z.B. zehn Pflegeexperten dieselben zehn Personen gleichzeitig auch beim fachlich qualifizierten Personal zu benennen. Weil aber keine Quote beim Einsatz des jeweiligen Fachpersonals vorgesehen ist, bleibt es dem Bieter überlassen, durchaus mehr Pflegeexperten bei dem höher bewerteten Zuschlagskriterium „Einsatz von Pflegeexperten“ einzusetzen. Er kann dann lediglich weniger Personal beim Zuschlagskriterium „Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal“ angeben und in die Wertung einbringen. Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz ist darin nicht zu sehen.

Keine Unklarheit besteht im Hinblick auf den Hinweis 244 und den dort vorgenommenen Verweis auf die Anlage B5 (Nachunternehmerverzeichnis) im Bieterfragenkatalog. Es handelt sich offensichtlich um einen Schreibfehler (gemeint war Anlage A5 und nicht B5). Hinweis 244 ist in Version 5 des Anlage A5 unter Ziffer 2.3) aufgenommen worden. Der Verweis auf Anlage B5 ist dort dementsprechend entfallen.

e) Die Vorlage von Konzepten zur Plausibilisierung der Angebote bewegt sich in der zu entscheidenden Fallkonstellation im Rahmen des vergaberechtlich Zulässigen. Nach Ziffer 11 der Bewerbungsbedingungen fließen die mit dem Angebot einzureichenden Konzepte (nach Anlage A4, Nr. V, Konzepte zur Plausibilisierung des Angebotes) nicht in die Angebotsbewertung ein und werden nicht Teil der auszuführenden Leistung. Die mit den Konzepten von der Ag beabsichtigte vorgezogene Aufklärung der Angebote widerspricht nicht den Grundsätzen der Angebotsaufklärung gemäß § 15 Abs. 5 S. 1 VgV. Grundsätzlich richtet sich § 15 Abs. 5 VgV auf die Informationsgewinnung durch reine Aufklärungsmaßnahmen. Eine zeitliche Einschränkung dahingehend, dass Aufklärungen – hier in Gestalt von Erläuterungen zur Leistungserbringung – nur nach Angebotsabgabe und nicht auch bereits vorab eingeholt werden dürfen, enthält die Norm hingegen nicht. § 15 Abs. 5 Satz 2 VgV schließt lediglich ein Verhandeln von Vertragsbestandteilen aus (vgl. Zeise in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, VgV, § 15 Rn. 28). Eine Plausibilisierung des Angebots durch Einforderung eines Konzepts zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe ist nach dem Wortlaut der Norm somit nicht grundsätzlich ausgeschlossen. Ein solches Konzept kann insbesondere die Funktion haben, dem Auftraggeber Sicherheit darüber zu geben, dass der spätere Vertragspartner wichtige Vorgaben der Leistungsbeschreibung verstanden hat und damit auch wirklich beachtet (vgl. VK Bund, Beschluss vom 10. November 2014, VK 2 - 89/14, S. 15). Eine Plausibilisierung der Angebote kann sich deshalb sowohl auf Muss- als auch qualitative Zuschlagskriterien beziehen.

Die Forderung der Konzepte war vorliegend auch zumutbar. Wird bereits mit Angebotsabgabe die Vorlage von Konzepten zur Plausibilisierung ihrer Angebote pauschal von allen Bietern verlangt, so stellt sich dies im Grundsatz als belastend dar. Im Gegensatz dazu wird eine Angebotsaufklärung im Nachhinein regelmäßig nur im Hinblick auf die Angebote vorgenommen werden, die in Zuschlagsnähe kommen. Dies ist verhältnismäßig weniger belastend. Gefordert waren vorliegend allerdings lediglich Darstellungen von maximal zwei DIN A4-Seiten; nur bei der „Telefonischen Erreichbarkeit“ war keine Seitenbegrenzung vorgegeben. Die Anforderungen, die die Ag hier an die Bieter gesetzt hat, waren aber insgesamt leistbar. Sie bewegen sich im Rahmen des noch Zumutbaren, was auch dadurch bestätigt wird, dass sich über 20 Bieter am Wettbewerb beteiligt haben, die offensichtlich in der Lage waren, innerhalb der gesetzten Fristen die geforderten Konzepte vorzulegen.

Aufgrund des Hinweises in Ziffer 11 der Bewerbungsbedingungen war für alle Bieter auch klargestellt, welche Bedeutung die einzureichenden Konzepte hatten (vgl. OLG Sachsen-

Anhalt, Beschluss vom 16. September 2002, 1 Verg 2/02, zu einem für die Bieter intransparenten Fragebogen). Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot liegt nicht vor.

f) Entgegen der Auffassung der ASt sind die Vorgaben zum Produktportfolio, insbesondere der Begriff der notwendigen Versorgung hinreichend klar und transparent.

Für die qualitative Bewertung der über die Mindestquote hinausgehenden Anforderungen an das Produktportfolio sowie die verschiedenen Fallkonstellationen der in der Ausschreibung gewünschten Hersteller-/Produktvielfalt hat die Ag hinreichend verständliche Vorgaben in den Verdingungsunterlagen gemacht. In Ziffer 2.4) der Anlage A5 (Version 5) hat die Ag ausdrücklich erklärt, dass sie die über die Mindestquote von zwei verschiedenen Herstellern für aufzahlungsfreie Versorgungen hinausgehende Anzahl von Herstellern bewertet. Sie hat Ausnahmen für die Fälle geregelt, dass es lediglich Produkte eines einzigen Herstellers (siehe hierzu auch die Hinweise Nr. 230 und 267 im Bieterfragenkatalog) oder ein Einzelprodukt eines einzigen Herstellers gibt. Für den Fall, dass es bei einer Produktart gar kein aufzahlungsfreies Produkt am Markt, gibt es für diese Produktart nach den zwischenzeitlich geänderten Verdingungsunterlagen keine Angebotspflicht. Zu diesen Ausführungen hat die Ag außerdem ein erläuterndes Beispiel angeführt (S. 10 der Anlage A5). Die Erläuterungen sind nach Auffassung der Kammer für einen verständigen, fachkundigen Bieter aus dem Bereich Hilfsmittel insgesamt nachvollziehbar.

Auch der Verweis auf die Angabe der „notwendigen Produktarten“ im Angebot in Ziffer 2.4) der Anlage A5 ist im Zusammenhang mit dem beschriebenen Ausschreibungsgegenstand für den teilnehmenden fachkundigen Bieter verständlich. Die Ag schreibt einen Rahmenvertrag für die Versorgung ihrer anspruchsberechtigten Versicherten aus. Der Vertrag ist auf eine individuelle Versorgung der Versicherten über Einzelaufträge mit Stomaartikeln und Inkontinenzhilfen nach dem jeweiligen Stand des Hilfsmittelverzeichnisses ausgerichtet (§ 1 Absatz 2 des Rahmenvertrags). Der Hinweis in Ziffer 2.4) auf die für eine Stoma-Versorgung „notwendigen“ Produktarten zielt deutlich auf die ausgeschriebene individuelle Versorgung der Patienten. Es ist Aufgabe des Bieters, jeweils im Einzelfall eine Versorgung des Patienten sicherzustellen. Dies bedeutet im Hinblick auf die unterschiedlichen Systeme der Hersteller eine entsprechende Auswahl der Produkte, die für die konkrete Stoma-Versorgung des Patienten „notwendig“ sind. Etwaige hieraus entstehende Kalkulationsrisiken, die bei Rahmenvereinbarungen im Allgemeinen und bei Rahmenvereinbarungen im Gesundheitswesen im Speziellen auftreten, sind darüber hinaus zumutbar und vergaberechtlich nicht zu beanstanden (vgl. OLG Düsseldorf,

Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2012, VII-Verg 44/12). Die Ag hat hier im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren über den Auftragsumfang informiert und den Bietern verschiedene Angaben zur Kalkulation (Anzahl bisher mit Stomaartikeln versorgter Versicherter; Aufteilung, Art und Anzahl bisher abgegebener Hilfsmittel und identifizierte Erst-/Neuversorgungen) zur Verfügung gestellt.

g) Eine Nachunternehmerbenennung mit Angebotsabgabe war bei der „Telefonischen Erreichbarkeit“ nicht gefordert. Dies ergibt sich nach Auffassung der Kammer nicht aus den Ausführungen zur Einreichung des Konzepts 2.2 „Telefonische Erreichbarkeit“. Dort sollte der Bieter darstellen, wie er diese sicherstellt und „ggf. welche Dienstleister, Nachunternehmer und sonstige Beteiligte an der Sicherstellung in welchem Umfang beteiligt werden sollen“. Zudem sollten Angaben zum Namen und Hersteller der Telefonanlage gemacht werden. Hieraus lässt sich in Verbindung mit dem ausdrücklichen Hinweis in Ziffer 5 der Teil A – Bewerbungsbedingungen, wonach keine Angaben zu Name, Adresse, etc. des vorgesehenen Nachunternehmers in der Anlage B5 zu machen waren, nicht ableiten, dass ein einzusetzender Dienstleister bereits bei Angebotsabgabe im – ohnehin nicht in die Angebotswertung einfließenden – Konzept namentlich zu nennen war. Aber selbst wenn man mit der ASt davon ausginge, der Nachunternehmer solle bei Einsatz z.B. eines Call-Centers schon im Konzept benannt werden, so wäre diese einzelne Nachunternehmerbenennung jedenfalls nicht unzumutbar i.S.v. § 36 Abs. 1 S. 1 VgV, da es hier nur um einen einzigen Nachunternehmer für einen klar umrissenen Leistungsbestandteil (Sicherstellung der telefonische Erreichbarkeit) geht. Zudem ist dieser Leistungsteil für die Ag von herausgehobenem Interesse, was sie letztlich dadurch dokumentiert, dass sie die telefonische Erreichbarkeit im Rahmen der qualitativen Zuschlagskriterien mit dem höchsten Gewicht versehen hat.

   Entgegen der Auffassung der ASt war im Hinblick auf den Einsatz eines Call-Centers außerdem keine Präqualifizierung gefordert (vgl. S. 12 Teil A - Bewerbungsbedingungen).

h) Die Bezugsgröße für die Berechnung der Versorgungsquoten des eingesetzten Personals, nämlich die Versorgung von hochgerechnet 1.000 […]-Kunden mit Stomaanlage, ist entgegen der Ansicht der ASt in den Verdingungsunterlagen hinreichend klar vorgegeben. Zwar wird in Ziffer II.2.2 und II.2.3 der Anlage A5 auf die „Versorgung von 1.000 […]-Kunden mit Stomaartikeln“ abgestellt, während sich Ziffer 2 und 3 des Anhangs 1 zur Anlage A5 auf die Versorgung von „1.000 […]-Kunden mit Stomaanlage“ beziehen. Hieraus ist jedoch kein Wertungswiderspruch ableitbar. Aus beiden Formulierungen geht hervor, dass bei der Berechnung entsprechend erkrankte Versicherte zu berücksichtigen sind.

Ebenfalls nachvollziehbar ist die Anforderung der Verdingungsunterlagen, die Versorgungsquote bezogen auf 1.000 Versicherte hochzurechnen, auch wenn in den Losen selbst kleinere Versichertenzahlen genannt werden. Dies stellt rein rechnerisch bei der Kalkulation keinen unzumutbaren zusätzlichen Aufwand dar.

i) Der Eröffnungsvermerk enthält keinen Dokumentationsmangel, der zu einer Aufhebung des Verfahrens führen könnte. Zum einen hat die Ag nachvollziehbar ausgeführt, dass das Datum unter dem Vergabevermerk lediglich dokumentiert, wann die rechtzeitig begonnene elektronische Dokumentation ausgedruckt worden ist. Es ist daher davon auszugehen, dass der Eröffnungsvermerk bei Einleitung des Vergabeverfahrens am 7. November 2017 erstellt worden ist.

   Der ASt droht im Übrigen kein Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 GWB. Ein Bieter kann sich nicht auf eine unterlassene Dokumentation berufen, soweit der nichtdokumentierte Umstand seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren nicht berührt. Vorliegend ist kein konkreter Rechtsnachteil der ASt durch die Tatsache ersichtlich, dass der Eröffnungsvermerk nicht am 7. November, sondern am 10. November 2017 datiert. Angesichts dessen ist auch nicht weiter darauf einzugehen, ob im vorliegenden Fall die Dokumentation im Nachprüfungsverfahren nachgeholt werden durfte (vgl. hierzu: BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011, X ZB 4/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14).

4. Weitergehende Einsicht in die Vergabeakte und in die Akten der Vergabeakten war nicht zu gewähren. Der ASt hat im laufenden Verfahren zwei Mal Akteneinsicht in den fortgeführten Vergabevermerk erhalten, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Das Vergabeverfahren war zum Zeitpunkt der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens noch nicht weiter fortgeschritten. Die abschließende Angebotswertung der zwischenzeitlich eingetroffenen Angebote hat noch nicht stattgefunden. Die ebenfalls in der Vergabeakte enthaltenen Ausschreibungsunterlagen waren der ASt bereits bekannt und sind daher im Rahmen der Akteneinsicht nicht zusätzlich zugänglich gemacht worden. Die Akte der Vergabekammer enthält neben der Zustellung des Nachprüfungsantrags und der Übersendung der beabsichtigten Akteneinsicht an die Ag keine Schriftsätze, die der ASt nicht weitergeleitet worden wären. Die ASt hat insoweit auch nicht dargelegt, inwieweit gerade eine Einsicht in die Verfahrensakte der Vergabekammer, einen Vergabeverstoß dokumentieren könnte, durch den ihr ein Schaden in Gestalt einer Beeinträchtigung ihrer Chancen auf den Erhalt des Zuschlags in dem Vergabeverfahren droht (§ 160 Abs. 2 GWB).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB.

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.

Behrens Brauer