



1. Vergabekammer des Bundes

VK 1 - 169/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Versorgung mit CPAP-Geräten der Produktgruppe 14“, Vergabenummer: [...], Los [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Siegismund auf die mündliche Verhandlung vom 14. Februar 2018 am 21. 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 und der Beigeladenen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb im offenen Verfahren die Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Versorgung ihrer Versicherten mit Schlaftherapiegeräten der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelverzeichnisses (Vergabenummer: [...]) in 19 Gebietslosen europaweit aus (EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]). Zuschlagskriterien sollen der im Angebot angegebene Gesamtpreis (gewichtet mit 90%) und das Kriterium „Qualität“, unterteilt in zwei Unterkriterien (Verwendung von nur bis zu vier Jahre alten Geräten und Unterhaltung einer kostenlosen Service-Telefonnummer), sein (siehe Ziffer 3.1 der Leistungsbeschreibung – nachfolgend: LB). Angebote konnten auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden, wobei je Los ein Zuschlag erteilt werden soll. Zu einem Gebietslos wurden jeweils mehrere Postleitzahlenbezirke zusammengefasst, wobei jeweils auf die Leitzahlbezirke auf zweistelliger Ebene abgestellt wurde.

Die künftigen Auftragnehmer sollen die ärztlich verordneten Geräte samt Zubehör an die anspruchsberechtigten Versicherten ausliefern (und später wieder abholen) sowie weitere Dienst- und Serviceleistungen erbringen. Hierzu zählen insbesondere die Einweisung und Beratung des Versicherten sowie die Anpassung, Wartung und Reparatur der Schlaftherapiegeräte (siehe Nr. 7 Abs. 3 des Rahmenvertrags (im Folgenden: RV) sowie Ziffer 4 der LB. Die ausgeschriebenen Versorgungsleistungen umfassen sog. Erst- sowie Folgeversorgungen von anspruchsberechtigten Versicherten der Ag. Beide Versorgungsarten decken jeweils einen Versorgungszeitraum ab, für den dem jeweiligen Versicherten das Gerät mit allen vertraglich vereinbarten Zusatzleistungen zur Verfügung gestellt wird; dieser Zeitraum wird als Gewährleistungszeitraum bezeichnet. Versicherte, die erstmals ein Schlaftherapiegerät für einen Gewährleistungszeitraum erhalten, befinden sich in der sog.

Erstversorgung; schließt sich nach der Erstversorgung eine weitere Versorgung an, wird diese Versorgung als „Folgeversorgung“ bezeichnet, und zwar unabhängig davon, ob der Versicherte zuvor durch denselben oder einen anderen Leistungserbringer (sog. „Umversorgung“) mit einem Schlaftherapiegerät versorgt wurde (vgl. Ziffer 4.2.2 der LB). Für die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen soll sowohl für die Erst- als auch die Folgeversorgung jeweils ein Gewährleistungszeitraum von zwölf Monaten gelten. Die Vergütung des Leistungserbringers soll im Wege von Versorgungspauschalen pro Versichertem und Gewährleistungszeitraum erfolgen, wobei eine einheitliche Pauschale anzubieten ist, und zwar unabhängig davon, ob es sich um eine Erstversorgung (Kennziffer für Hilfsmittel (KZH): 08 – Vergütungspauschale) oder Folgeversorgung (KZH: 09 – Folgevergütungspauschale) handelt.

Zu den Produkthanforderungen heißt es in § 5 Abs. 1 UAbs. 2 der RV:

„Hat der Arzt ein konkretes Produkt, ggf. unter Angabe der 10-stelligen Hilfsmittelpositionsnummer verordnet, ist der Auftragnehmer nur dann zur Abgabe dieses Produkts verpflichtet, wenn der Arzt eine medizinische Begründung für die Versorgung mit diesem Produkt auf der ärztlichen Notwendigkeitsbescheinigung angegeben hat.“

Dies entspricht der sozialgesetzlichen Regelung, dass das abzugebende Produkt grundsätzlich vom Leistungserbringer auszuwählen ist, solange keine spezifische Einzelproduktverordnung mit medizinischer Begründung vorliegt (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 2, § 92 Abs. 1 und 2 des Fünften Sozialgesetzbuch (SGB V) i.V.m. § 7 Abs. 3 Satz 3 und 4 der Hilfsmittel-Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses (HilfsM-RL).

Weiterhin regelt die RV hinsichtlich der Vergütung in § 7 Abs. 7 RV, dass „die Erhebung einer wirtschaftlichen Aufzählung gegenüber den Versicherten der Auftraggeberin für die Versorgung mit Hilfsmitteln [...] unzulässig [ist], ausgenommen der Versicherte wünscht trotz ausführlichem Hinweis und Beratung durch den Auftragnehmer eine höherwertige Versorgung als medizinisch notwendig und vertraglich vereinbart.“ In solchem Fall hat der Auftragnehmer den Versicherten über die von diesem gegebenenfalls zu tragenden Mehrkosten und die Abrechnung mit dem Leistungserbringer zu informieren und diesen Vorgang mittels eines Formblatts (Anlage 1 zur LB) zu dokumentieren. Auch dies entspricht der gesetzlichen Regelung (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V).

Die LB enthält im Übrigen den vorgenannten Paragraphen der RV entsprechende Regelungen: Unter Ziffer 4.2.3 zur „Produktauswahl / Lieferung“ und unter Ziffer 4.2.7 zum „Qualitätsmanagement“ und zur Beratung der Versicherten durch den Auftragnehmer.

Am 10. Oktober 2017 machte die Ag allen Bietern eine Bieterfrage zur nicht vorhandenen Zuschlagsbegrenzung ([...]) und ihre Antwort zugänglich, in der die Ag klarstellte, dass es grundsätzlich möglich sei, dass ein einzelner Leistungserbringer den Zuschlag in allen 19 Gebietslosen erhalten könne, auch wenn dies von der Ag aufgrund der Wettbewerbsstrukturen als eher unwahrscheinlich eingeschätzt werde. Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht Angebote zu mehreren Gebietslosen ab. Nach der Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote im streitgegenständlichen Gebietslos lag das Angebot der Beigeladenen (Bg) auf dem ersten Rang.

Mit Schreiben vom 29. November 2017 forderte die Ag die Bg auf, die Auskömmlichkeit ihrer Angebote nachzuweisen. Hierzu seien unter anderem die Offenlegung der Kalkulation oder die Stellungnahme eines Wirtschaftsprüfers geeignet. Die Bg legte der Ag daraufhin fristgerecht die Stellungnahme ihres Wirtschaftsprüfers vor, der unter anderem anhand der ihm vorgelegten Ausschreibungsunterlagen und der Kalkulationsgrundlagen der Bg sowie den Aufwendungen für Geräteeinsatz, Zubehör, Verbrauchsmaterialien und Serviceleistungen einen positiven Deckungsbeitrag und damit die Auskömmlichkeit des Angebots bestätigte.

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

Mit Schreiben vom 11. Dezember 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass die Bg den Zuschlag für [...] von [...] Losen auf das Angebot der Bg bzw. das Angebot einer Bietergemeinschaft unter

Beteiligung der Bg erteilen wolle. Die Angebote der ASt lägen nach der Angebotswertung in Bezug auf Los [...] auf dem 2. Rang und hinsichtlich der Angebote für die weiteren Lose auf dahinter liegenden Rängen.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigte eine Verletzung des Auskömmlichkeitsgebots nach § 60 VgV durch die Bg mit Bezug auf [...] von 19 Gebietslosen. Die ASt gehe davon aus, dass jedenfalls im Los [...] die Bg ein unauskömmliches Angebot abgegeben habe. Die Erfahrungen der letzten Ausschreibungen und die von der Bg gewählte Preis- und Angebotsstrategie zeige die Marktverdrängungsabsicht der Bg. Weiterhin machte die ASt darauf aufmerksam, dass die Zuschlagerteilung an die Bg zu einer hohen Belastung der Versicherten mit wirtschaftlichen Aufzahlungen führen werde, weil die ASt davon ausgehen müsse, dass die Bg im vornherein mit einer Quersubventionierung ihres Angebots mit solchen Aufzahlungen kalkuliere.

Mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe. Die vorgenommene Auskömmlichkeitsprüfung habe keine Anhaltspunkte dafür erkennen lassen, dass die fraglichen Angebote – einschließlich des Angebots für Los [...] - unauskömmlich sein könnten. Die Angebote der ASt hätten nicht berücksichtigt werden können, da sie im Rahmen der Angebotswertung nach Ziffer 3.1 der LB nur die bereits mitgeteilten Platzierungen erreicht hätten.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. Dezember 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 2. Januar 2018 an die Ag übermittelt.

- a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet der ASt die Wertung des Angebots der Bg im Los [...] als vergaberechtswidrig.

Die Ag habe die Auskömmlichkeit des Angebots der Bg nicht ordnungsgemäß geprüft, weil das preislich unter dem Angebot der ASt liegende Angebot der ASt nicht auskömmlich kalkuliert sein könne. Die ASt habe speziell im Los [...] selbst zu einem scharf kalkulierten Preis angeboten. Dies sei ihr aufgrund der Zugriffsmöglichkeit auf eine bereits im Vorjahr erstellte Kalkulation für die Ausschreibung einer anderen Krankenkasse und entsprechende freie personelle und sachliche Kapazitäten möglich gewesen.

Anhaltspunkte für ein unauskömmliches Angebot der Bg seien das Fehlen vergleichbarer kalkulatorischer Vorteile auf Seiten der Bg und die nicht hinreichende Berücksichtigung eines hohen Anteils an kostenträchtigen Umversorgungen, bei denen in der Regel ein Hausbesuch beim Versicherten erforderlich sei.

Das von dem Wirtschaftsprüfer der Bg erstellte Testat könne nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sein. Entweder habe die Bg dem Wirtschaftsprüfer falsche oder unrealistische Angaben zu einzelnen Kostenpositionen gemacht oder falsche Kalkulationsgrundlagen geliefert. Wenn die Beigeladene die Auskömmlichkeit ihres Angebots mit Hilfe eines Wirtschaftsprüfers nachweise, müsse sie diesem gegenüber schlüssige, nachvollziehbare und zutreffende Angaben machen und ihm realistische Grundlagen der Angebotskalkulation liefern, da ein Wirtschaftsprüfer in der für eine Preisprüfung zur Verfügung stehenden Zeit die Angaben zu Einkaufspreisen, Personalkosten, Verwaltungskosten oder Kosten für Beratungstermine nicht umfassend prüfen und nachvollziehen könne. Hierzu gehöre auch die genaue Anzahl der vorhandenen Gebrauchtgeräte. Es genüge nicht, wenn der Wirtschaftsprüfer auf die Absicht der Bg Bezug nehme, Gebrauchtgeräte in hohem Umfang einzusetzen. Weiterhin habe der Wirtschaftsprüfer die Aufbereitungskosten für die Gebrauchtgeräte lediglich als gering eingestuft, obwohl diese durchaus ins Gewicht fielen. Im Übrigen würden auch die Materialkosten für Zubehör (Masken und Schläuche) und Hausbesuche durch die Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers nicht hinreichend berücksichtigt. Bezüglich dieser Aspekte habe sich die Ag nicht mit einer oberflächlichen Plausibilitätsprüfung begnügen dürfen, sondern habe die Pflicht die Richtigkeit der Angaben und Aussagen, die ihr vorgelegt werden, zu überprüfen. Das von der Ag als Beleg für die Plausibilität des Angebotspreises der Bg angeführte Preisniveau bei Ausschreibungen anderer Krankenkassen sei nicht als auskömmlich nachvollziehbar und werde daher bestritten.

Eine derart günstige Angebotskalkulation sei nur möglich, weil und wenn die Bg ihr Angebot systematisch und zu einem hohen Anteil mit wirtschaftlichen Aufzahlungen der Versicherten quersubventioniere. Dies werde durch den Umstand begünstigt, dass von Seiten der Ärzte nur zu einem geringen Anteil der Fälle tatsächlich eine begründete, gerätspezifische Einzelverordnung (10-Stellen-Verordnung) vorgenommen werde. Dies habe zur Folge, dass diejenigen Patienten, die auf ein bestimmtes Gerät eingestellt wurden, aber nur eine nicht begründete 10-Stellen-Verordnung erhalten hätten, von dem Leistungserbringer vor die Wahl gestellt werden könnten, das Gerät zu tauschen oder das verschriebene Gerät aufpreispflichtig weiterzunutzen. Dass die Bg an Versicherte anderer Krankenkassen herantrete und auf die aufpreispflichtige Möglichkeit einer Weiternutzung des gewohnten

Gerätes hinweise, lasse sich durch Schreiben der Bg an Versicherte exemplarisch belegen. Damit weiche das Angebot der Bg auch von den Vergabeunterlagen ab, die eine aufzahlungsfreie Versorgung mit den medizinisch notwendigen Produkten forderten und sei nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen.

Die Bg verfolge mit ihrer Preis- und Angebotsstrategie im Übrigen eine gezielte Marktverdrängungsabsicht. Dabei habe die Bg bei den Versicherten der Ag derzeit einen „Marktanteil“ von ca. 35%, der infolge der Zuschlagerteilung auf ca. 94% wachsen würde. Im gesamten „GKV-Markt“ betrage der Marktanteil ebenfalls ca. 35% und werde auch ca. 44% steigen. Damit werde die Vermutungsschwelle des § 18 Abs. 4 GWB überschritten. Die aggressive Preisstrategie deute auf eine Absicht zur Marktbereinigung hin.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag wird verpflichtet, die Angebotswertung im Los [...] unter Ausschluss des Angebots der Bg zu wiederholen,
2. der Ag die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
4. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

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.

Die Ag beanstandet den Vorwurf, dass die Bg für das Gebietslos [...] in strategischer Marktverdrängungsabsicht ein Unterkostenangebot abgegeben habe, als unzutreffend.

Die Ag habe eine vertiefte Preisprüfung der Angebote der Bg vorgenommen, nachdem sie festgestellt habe, dass die Angebote der Bg in einem erheblichen Umfang vom Preisniveau der Mitbewerber abwichen. Dazu habe sie die Bg aufgefordert, die Auskömmlichkeit der Angebotspreise nachzuweisen. Auf Basis der daraufhin fristgerecht eingereichten

Stellungnahme des Wirtschaftsprüfers der Bg sei die Ag zu der Einschätzung gelangt, dass die kalkulierten Preise vergaberechtlich nicht zu beanstanden seien, weil eine ordnungsgemäße Leistungserbringung zu den angebotenen Konditionen möglich erscheine und nicht zu erkennen sei, dass die Bg durch die vergleichsweise niedrigen Angebote in wirtschaftliche Schwierigkeiten gelangen könne. Zudem würden auch keine belastbaren Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Angebotspreise mit der zielgerichteten Absicht der Marktverdrängung abgegeben worden seien oder zumindest die Gefahr begründen würden, dass bestimmte Wettbewerber nicht nur von der einzelnen Auftragsvergabe, sondern ganz vom Markt verdrängt würden.

Es hätten sich für die Ag auch deshalb keine Anhaltspunkte für schuldhaft irreführende Angaben der Bg. bzw. ihres Wirtschaftsprüfers ergeben, weil weitere Bieter für einzelne Lose in einem vergleichbaren Preisrahmen angeboten und ihre Kalkulation nachvollziehbar offen gelegt hätten, die Bg zu den drei „Großen“ im Markt gehöre, hierdurch einen verringerten Anteil an Umversorgungen habe, durch den Einsatz von Gebrauchtgeräten und als Inhaber einer Herstellerfirma von Synergieeffekten profitiere und schließlich der Ag das Preisniveau auch aufgrund ihr bekannter Ausschreibungsergebnisse anderer Krankenkassen nachvollziehbar erscheine.

Darüber hinaus sei der Ag nicht bekannt, inwiefern die Bg auf eine Quersubventionierung mit wirtschaftlichen Aufzahlungen spekuliere und dass Versicherte in der Vergangenheit Aufzahlungen für neuwertige Geräte in größerem Umfang geleistet haben. Nach Auffassung der Ag gebe es keinen Grund für die Versicherten bei einer vertragsgemäßen Versorgung solche Aufzahlungen zu leisten. Das konkret im Versorgungsfall zum Einsatz kommende Gerät werde durch den behandelnden Arzt bestimmt und der Versicherte im Schlaflabor auf dieses Gerät eingestellt. In Ziffer 7 Abs. 7 der RV werde ausdrücklich untersagt, Mehrkosten für medizinisch notwendige Geräte, Zubehör und Verbrauchsmaterial zu erheben. Dass eine ordnungsgemäße Belehrung der Versicherten über eine aufzahlungspflichtige Versorgung erfolge, werde durch die Beratungs- und Dokumentationspflicht nach Anlage 1 zur RV sichergestellt. Im Übrigen verweist die Ag auf das zum April 2017 eingeführte HHVG, welches Regelungen für über die Kassenleistung hinausgehende Versorgung und deren Abrechnung geschaffen habe (§ 302 Abs. 1 S. 1 SGB V). Aufgrund dieser Regelungen sei sichergestellt, dass der Versicherte vorher über Mehrkosten hinreichend informiert werde und die Leistung von privaten Mehrkosten auch den Krankenkassen zur Kenntnis gelange. Soweit die ASt vorträgt, dass die Bg an

Versicherte anderer Krankenkassen herantrete und auf die aufreispflichtige Möglichkeit einer Weiternutzung des gewohnten Gerätes verweise, lasse dies keine Rückschlüsse auf die vorliegende Ausschreibung zu, weil die Ag – anders als die von der ASt benannte Krankenkasse – ein offenes Produktportfolio ausgeschrieben habe. Mit Beschluss vom 15. Januar 2018 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen.

- c) Die Bg beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Bg aufzuerlegen,
 3. auszusprechen, dass für die Bg die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Nachprüfungsverfahren erforderlich ist.

Die Bg macht geltend, dass die Bg im Losgebiet [...] (u.a.) dieselben kalkulatorischen Überlegungen angestellt habe, wie die von der ASt für sich in Anspruch genommenen und dass diese – insbesondere die bereits vorhandene Versorgungsinfrastruktur und der große Pool an Gebrauchtgeräten sowie die günstigen Beschaffungskonditionen für Neugeräte – es der Bg ermöglichen, entsprechend günstig zu kalkulieren. Der von der Bg beauftragte Wirtschaftsprüfer habe seine bisherigen Feststellungen konkret unter Berücksichtigung der Vorhaltungen der ASt hinsichtlich des Prüfungsvorgangs und der Belastbarkeit der ihm zur Verfügung gestellten Unterlagen ergänzend erläutert und im Ergebnis bestätigt. Die Behauptung der ASt, dass die Angebotskalkulation auf einem Zuzahlungsmodell beruhe, werde zurückgewiesen. Im Übrigen handele es sich hier allenfalls um eine vertragsrechtliche Frage zur Vertragsabwicklung, die vergaberechtlich nicht relevant sei. Überdies habe das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17.02.2016, Verg 28/15) in einem Fall, in dem der Wirtschaftsprüfer eine Angebotskalkulation unter Berücksichtigung erheblicher Umsätze mit wirtschaftlichen Aufzahlungen nicht als rechtswidrig beanstandet, weil dies der Kalkulationsfreiheit des Bieters obliege. Schließlich bestehe – entgegen dem Vortrag der ASt – auf Seiten der Bg keine vergaberechtswidrige Marktverdrängungsabsicht.

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

In der mündlichen Verhandlung am 14. Februar 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 1. Februar 2018 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 23. 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 zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Insbesondere hat die ASt ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB genügt. Die mangelnde Auskömmlichkeit des Angebots der Bg hat die ASt mit Schreiben vom 21. Dezember 2017 gerügt, nachdem sie am 11. Dezember 2017 Kenntnis von der beabsichtigten Zuschlagserteilung an die Bg erhalten hatte. Die Präklusionsfrist war zu diesem Zeitpunkt noch nicht ausgelaufen. Auch soweit die ASt vorträgt, die Bg sei wegen Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen gem. 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen, ist sie nicht präkludiert. Von dem, dem Angebot der Bg zugrundeliegenden Verständnis, dass der Leistungserbringer das Recht habe, das einzusetzende Gerät selbst auszuwählen, wenn der Versicherte von dem behandelnden Arzt keine 10-Stellen-Verordnung mit medizinischer Begründung erhalten hat, hat die ASt erst durch den Vortrag der Bg im Schriftsatz vom 31. Januar 2018 Kenntnis erlangt. Mit ihrem Schriftsatz vom 07. Februar 2018 hat sie diesen Vergaberechtsverstoß dann im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht.
 - b) Die ASt ist auch antragsbefugt gemäß § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat ihren Nachprüfungsantrag auf das Gebietslos [...] beschränkt. In diesem Los würde der Ausschluss der Bg dazu führen, dass die ASt mit ihrem Angebot auf dem ersten Wertungsrang vorrückt. Insoweit werden durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß die Zuschlagschancen der ASt beeinträchtigt.
2. Der Nachprüfungsantrag hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Das Angebot der Bg wurde zu Recht weder nach § 60 VgV (siehe unten a)) noch nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV ausgeschlossen (siehe unten b)).

- a) Die Ag hat ihrer Prüfungspflicht nach § 60 Abs. 1, 2 VgV genügt und ist beanstandungsfrei zu dem Ergebnis gekommen, dass die Preisaufklärung zufriedenstellend erfolgt ist und der Bg der Zuschlag erteilt werden darf.

Die Ag hat den niedrigen Angebotspreis der Bg ordnungsgemäß festgestellt und aufgeklärt. So hat sie zunächst alles Erforderliche unternommen, indem sie nach Angebotsöffnung mit Schreiben vom 29. November 2017 die Bg sowie auch andere Bieter zum Nachweis der Auskömmlichkeit ihrer Angebote aufgefordert hat. Die Bg hat daraufhin unter dem 1. Dezember 2017 eine Stellungnahme ihres Wirtschaftsprüfers vorgelegt. Dieses Testat bestätigt der Bg einen positiven Deckungsbeitrag für ihre angebotene Leistung.

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

stützt und die hieraufhin gezogenen Schlussfolgerungen vertretbar sind (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2016, VII-Verg 28/15, m.w.N.).

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

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

Soweit die ASt geltend macht, dass die Ag verpflichtet gewesen wäre, eine weitergehende Prüfung des Angebots der Bg vorzunehmen, verkennt sie, dass die Anforderungen des § 60 Abs. 2 und 3 VgV hinsichtlich des Prüfungsumfangs und der Prüfungstiefe nicht überspannt werden dürfen. Vorrangiger Normzweck ist der Schutz des Auftraggebers vor den Gefahren unseriöser Angebote, die auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren können.

Die Vorschrift ermächtigt den öffentlichen Auftraggeber ein Angebot auszuschließen, sofern keine zufriedenstellende Aufklärung durch den Auftragnehmer erfolgt (Dicks, in: Kulartz u.a., Kommentar zur VgV, § 60 RdNr. 1, 3, 32 m.w.N.; vgl. auch BGH, Beschluss vom 31.01.2017, X ZB 10/16). Bei der Bewertung der zur Aufklärung durch den Bieter gemachten Angaben handelt es sich dementsprechend um eine Prognoseentscheidung des Auftraggebers, bei der diesem ein Beurteilungsspielraum zusteht, der nur einer eingeschränkten Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen unterliegt. Eine Verletzung des Beurteilungsspielraums liegt nur vor, wenn die von dem Auftraggeber getroffenen Sachverhaltsermittlungen und –feststellungen oder die Anwendung vergaberechtlicher Rechtsbegriffe auf willkürlichen und sachwidrigen Erwägungen beruhen (OLG Frankfurt, Beschluss vom 6. März 2013, 11 Verg 7/12).

Der Vortrag der ASt weist keine Gesichtspunkte auf, die von der Ag getroffene Beurteilung als beurteilungsfehlerhaft erscheinen lassen. Insbesondere wird die vom ASt aufgestellte Behauptung, dass das von dem Wirtschaftsprüfer der Bg erstellte Testat nicht ordnungsgemäß zustande gekommen sein könne, weil die Bg dem Wirtschaftsprüfer falsche oder unrealistische Angaben zu einzelnen Kostenpositionen gemacht oder falsche Kalkulationsgrundlagen geliefert habe, durch Tatsachen in keiner Weise belegt. Die ASt schlussfolgert die mangelnde Auskömmlichkeit des Angebots der Bg und die Fehlerhaftigkeit des Testats lediglich aus eigenen modellhaften Kostenrechnungen, die eine absolute Kostenuntergrenze belegen sollen.

Die Forderung der ASt nach einer grundlegenden Überprüfung des Wirtschaftsprüfertestats dahingehend, ob für das geprüfte Unternehmen in Täuschungsabsicht falsche Angaben zu einzelnen Kostenpositionen gemacht oder falsche Kalkulationsgrundlagen geliefert wurden, würde letztlich auf eine Verpflichtung zur Ersatzvornahme der Wirtschaftsprüfung durch die Vergabestelle hinaus laufen, die die Grenzen des Leistbaren bei Weitem überschreitet. Gegen derartige Gefährdungen wird im Übrigen hinreichender Schutz durch vertrags-, delikts- und strafrechtliche Vorschriften gewährt.

Nachdem die Ag bei ihrer Plausibilitätsprüfung gem. § 60 Abs. 1 und 2 VgV die Auskömmlichkeit des Angebots der Bg als zufriedenstellend aufgeklärt ansehen durfte, kommt es auf den weiteren Vortrag der ASt, dass die Bg in wettbewerbswidriger Marktverdrängungsabsicht gehandelt habe, vergaberechtlich nicht an. Der Nachweis

eines solchen wettbewerbswidrigen Verhaltens könnte allenfalls zum Ausschluss eines Unterkostenangebots führen, das hier nicht vorliegt. Im Übrigen verlangen auch die wettbewerbsrechtlichen Tatbestände des Art. 102 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) und § 19 Abs. 2 Nr. 1 GWB neben dem Nachweis der weiteren Tatbestandsmerkmale (insbesondere der Marktbeherrschung), – für die regelmäßig umfassende Ermittlungen und Marktbetrachtungen erforderlich sind, die schon aus diesem Grund wegen des vergaberechtlichen Beschleunigungsgrundsatzes (§ 167 GWB) im Nachprüfungsverfahren nicht zu leisten sind –, den Nachweis eines missbräuchlichen Unterkostenangebots (Nothdurft, in Langen/Bunte, Kartellrecht Kommentar, 2018, § 19, RdNr. 345).

- b) Das Angebot der Bg war auch nicht § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung wegen einer Änderung oder Ergänzung der Vergabeunterlagen auszuschließen. Das Angebot der Bg weicht nicht von den Vergabeunterlagen ab, insofern als die Bg in ihrem Angebot zutreffend davon ausgeht, dass der Leistungserbringer das Recht hat, das einzusetzende Gerät auszuwählen, sofern der den Versicherten behandelnde Arzt keine spezifische Einzelproduktverordnung (10-Stellen-Verordnung mit medizinischer Begründung) vorgenommen hat. Dieses Verständnis entspricht den Regelungen in den Vergabeunterlagen (§ 5 Abs. 1 UAbs. 2) und der Rechtslage gem. § 33 Abs. 1 Satz 2, § 92 Abs. 1 und 2 SGB V i.V.m. § 7 Abs. 3 Satz 3 und 4 HilfsM-RL. Es besteht im Übrigen auch kein Widerspruch zur Vergütungsregelung in § 7 Abs. 7 der RV, nach der die Erhebung wirtschaftlicher Aufzahlungen nach entsprechender Beratung und Dokumentation der Entscheidung des Versicherten – für eine Höherversorgung über das medizinisch Notwendige hinaus – ausdrücklich zugelassen ist und im Übrigen sichergestellt wird, dass die Ag über die vom Leistungserbringer mit dem Versicherten abgerechneten Mehrkosten informiert wird (vgl. § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V und Ziffer 4.2.3 und Ziffer 4.2.7 der LB).

III.

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

Die ASt hat als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen

der Ag zu tragen. Es entspricht zudem der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der unterliegenden ASt auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die ASt hat ein Prozessrechtsverhältnis zur Bg begründet, indem sie primär die Zurückversetzung des Vergabeverfahrens und den Ausschluss der Bg aus dem Vergabeverfahren anstrebt. Die Bg hat zudem eigene Sachanträge gestellt und sich aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05; Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag und die Bg war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich hinsichtlich der Prüfungspflicht und des Prüfungsumfangs der Ag gem. § 60 VgV eine aufgrund der jüngsten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16) noch relativ neue Rechtsfragen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

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

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

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

Behrens

Brune