



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1- 17/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Ausschreibung von Stomaartikeln“, Los [...], EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], 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 13. März 2018 am 5. April 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird 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 zum Abschluss 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, je Los soll ein Bieter den Zuschlag erhalten (Ziffer II.2.1, IV.1.3 der EU-Bekanntmachung).

Hinsichtlich der ausgeschriebenen Leistungen sieht die Leistungsbeschreibung vor, dass die künftigen Auftragnehmer die ärztlich verordneten Hilfsmittel an die anspruchsberechtigten Versicherten ausliefern und weitere Dienst- und Serviceleistungen erbringen sollen. Dazu gehören

„alle“ mit einer „fachgerechten und qualitätsorientierten Versorgung der Versicherten (...) im Zusammenhang stehenden **Dienst- und Serviceleistungen**, die sich an den gültigen Hygiene-, Pflege- und Versorgungsstandards orientieren. Hierzu zählen insbesondere die persönliche Beratung, die Lieferung, die Anpassung und eine umfassende Einweisung und Nachbetreuung der Versicherten bzw. der Betreuungspersonen in den sachgerechten Gebrauch der Hilfsmittel“,

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); Fettdruck wie im Original).

„Ziele und Inhalte der Versorgung“ sind gemäß Ziffer 2.3.1 der LB:

„(...), dass sich der Versicherte soweit wie möglich selbst versorgen kann und dass insbesondere ein(e) selbständige(r) Nutzung/Wechsel der Stomaartikel erreicht wird, um so eine möglichst **selbständige und weitestgehend uneingeschränkte Lebensführung** zu erreichen/zu ermöglichen.

Der Versicherte soll die **Risikofaktoren und Anzeichen von Komplikationen** (Hernie, Prolaps, Hautdefekte, Entzündungen usw.) kennen, um so Probleme zu vermeiden, aber auch unvermeidbare zu erkennen und adäquat darauf reagieren zu können. Der Auftragnehmer schult dazu den Versicherten bzw. dessen Betreuungsperson(en) entsprechend, nennt ihm/ihnen in diesem Zusammenhang u.a. Wege sowie Ansprechpartner und deren Kontaktdaten (...) zum Einleiten von erforderlichen Maßnahmen (**Notfall- bzw. Krisenmanagement**).

Ebenso soll der Versicherte **kontinenzerhaltende Maßnahmen** kennen und diese, gerade bei temporären Stomaanlagen, auch umsetzen.

Ergänzend gibt der Auftragnehmer dem Versicherten dazu im Rahmen der Stomaberatung regelmäßig **Tipps/Informationen zur Ernährung, zur Anpassung der Trinkmenge (insbesondere bei Uro- und Ileostomie), zur Mobilität, zu prophylaktischen Maßnahmen, zur weiteren Lebensführung, zu Selbsthilfegruppen usw.**“

Der Leistungserbringer soll hierzu

„fachlich qualifiziertes Personal und Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde in der für eine qualitätsorientierte Versorgung notwendigen Anzahl“

einsetzen (s. Ziffer 2.2.4 der LB und § 4 Abs. 7 des ausgeschriebenen Rahmenvertrags).

Zur Qualifikation der „Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde“ ist in Ziffer 2.2.4 der LB Folgendes vorgesehen:

„Die Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde müssen erfolgreiche Weiterbildungen von mindestens 120 Unterrichtseinheiten (theoretischer Teil) und zusätzlich mindestens 40 praktische Unterrichtseinheiten bzw. gleichwertige Qualifikationen oder eine der nachstehenden, höherwertigen Qualifikationen nachweisen können:

- Weiterbildung als Enterostomatherapeut(in) mit einem vom World Council of Enterostomal Therapists (WCET) anerkannten Abschluss oder
- Weiterbildung als Pflegeexpertin/-experte Stoma, Kontinenz, Wunde mit einem von der Fachgesellschaft Stoma, Kontinenz und Wunde e.V. (FgSKW) anerkannten Abschluss oder
- mindestens eine gleichwertige Weiterbildung und Qualifikation.

U.a. müssen die Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde über Kenntnisse und Fähigkeiten in den Bereichen Stoma-Management, Ernährung, onkologische Pflege, Schmerzmanagement, Patientenedukation, Gesundheitssysteme, Kommunikation und Recht verfügen.

Die Angaben des Auftragnehmers (...) zur Anzahl der eingesetzten Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde und zur Anzahl des eingesetzten qualifizierten Fachpersonals werden im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigt und gelten als vertraglich vereinbart.“

Das „fachlich qualifizierte Personal“ muss folgende Voraussetzungen erfüllen:

- staatlich anerkannte(r) Gesundheits- und Krankenpfleger(in),
- staatlich anerkannte(r) Gesundheits- und Kinderkrankenpfleger(in) oder
- staatlich anerkannte(r) Altenpfleger(in) mit dreijähriger Ausbildung,

„Die vorgenannten Mitarbeiter(innen) müssen darüber hinaus und im Sinne dieses Vertrages über ausreichende Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten zur Hilfsmittelversorgung von Versicherten mit Stomaaanlage(n) verfügen.“ (s. Ziffer 2.2.4 der LB).

Die Wertung der Angebote erfolgt anhand der Kriterien „Preis“ (gewichtet mit 80%) und „Qualität“ (s. Ziffer 11 der Bewerbungsbedingungen, Version 4). Zwei der insgesamt fünf

Qualitätskriterien sind der „Einsatz von Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde (ohne qualifiziertes Fachpersonal)“ (mit einer Gewichtung von 3%) und der „Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal (ohne Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde)“ (Gewichtung: 2%). Hierzu muss der Bieter in ein Formblatt die „garantierte Anzahl“ der einzusetzenden Pflegeexperten bzw. des Fachpersonals eintragen, die er gemäß Ziffer 2.2.4 der LB einsetzen will, hochgerechnet auf je 1.000 Versicherte der Ag (s. Anhang 1 zur Anlage A5 (Version 4) „Angaben zur Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien“). Die Punktbewertung in diesen beiden Kriterien erfolgt anhand der je Los angegebenen Quote der eingesetzten Pflegeexperten bzw. des Fachpersonals. Das Angebot mit der höchsten Quote erhält die höchste Punktzahl, die übrigen Angebote erhalten Punkte im Verhältnis zur Höchstquote (s. Ziffer 2.2 bzw. 2.3 der Anlage A5 „Beiblatt Angebotswertung“, Version 5).

Zur Begründung ihrer Wertungskriterien „Einsatz von Pflegeexperten“ bzw. „Einsatz von qualifiziertem Fachpersonal“ führte die Ag in Anlage 1 zum Eröffnungsvermerk vom 2. November 2017 aus, dass

es sich hier „um eine unmittelbar auf die Versorgungsqualität wirkende Vorgabe [handele], mit der die Versicherten der [Ag] eine über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung erhalten werden.“

Die höhere Bepunktung der Pflegeexperten mit bis zu drei statt zwei Punkten beim qualifizierten Fachpersonal begründete die Ag aaO. wie folgt:

„Diese Bewertung liegt mit bis zu einem Punkt über der Bewertung der Quote des eingesetzten qualifizierten Fachpersonals, da der Einsatz von ausgebildeten Pflegeexperten Stoma, Kontinenz und Wunde demgegenüber eine qualitativ höherwertigere Leistungserbringung erwarten lässt.“

Auf die Bieterfrage 257 antwortete die Ag, dass

„der alleinige Einsatz von fachlich qualifiziertem Personal (keine Pflegeexperten) (...) nicht die Anforderung der Leistungsbeschreibung [erfüllt], so dass ein solches Angebot ausgeschlossen wird.“

Zum Nachweis ihrer Eignung mussten die Bieter gemäß Ziffer III.2 der Bekanntmachung u.a. ein Präqualifizierungszertifikat i.S.d. § 126 Abs. 1a S. 2 SGB V vorlegen. Außerdem muss gemäß Ziffer III.1.1 der EU-Bekanntmachung eine Eigenerklärung vorgelegt werden, in der der Bieter bestätigt, dass er bereits mindestens 20 Erst- bzw. Neuversorgungen vorgenommen hat (mit Verweis auf Anlage A3 der BWB als entsprechend auszufüllendes und zu unterschreibendes Formblatt).

Ihre Entscheidung, nur Gebiets-, aber keine Fachlose zu bilden, begründete die Ag in ihrem Vergabevermerk wie folgt (s. Bl. 21 f. der Vergabeakte):

„Die Unterteilung nach Erst-/Neuversorgungen und Anschlussversorgungen erfordert für den Stomaträger einen Lieferanten- und ggf. auch einen Produktwechsel. Dies ist dem Stomaträger nicht zumutbar (sensibler Versorgungsbereich und besonderes Vertrauensverhältnis zum Stoma-Therapeuten des Lieferanten).

Die Unterteilung nach Stomaarten ist ebenfalls problematisch, da einige Kunden zwei verschiedene Stoma haben und so unzumutbar von zwei verschiedenen Lieferanten versorgt werden müssten.

20 Lose sind darüber hinaus auch von der [Ag] beim Ausschreibungsverfahren sowie später bei der Vertragsumsetzung und Qualitätskontrolle optimal handelbar (max. 20 verschiedene Auftragnehmer, Pflege der Vertragsdatenbank, Kontrolle der Auftragnehmer im Sinne des HHVG usw.).

Mit zunehmender Anzahl der Lose steigt der Verwaltungsaufwand überproportional an.“

Aufgrund mehrerer Bieterfragen (insgesamt 308) und Rügen wurden die Vergabeunterlagen bis zum 15. Januar 2018 zum Teil mehrfach überarbeitet.

Die Antragstellerin (ASt) hat auf das Los [...] fristgerecht ein Angebot eingereicht. Im Formblatt „Angaben zur Bewertung der qualitativen Zuschlagskriterien“ gab die ASt an, keine Pflegeexperten einzusetzen (s. Anhang 1 zur Anlage A5, Ziffer II.); das Formblatt A3 „Eigenerklärung zur Anzahl der Erst- und Neuversorgungen“ fügte die ASt zwar ihrem Angebot bei, unterschrieb dieses jedoch nicht und führte hierauf aus, dass diese Anlage „laut Bieterfrage Nr. 253 und 173 (...) abgerügt worden“ sei, weshalb diese Eigenerklärung nicht notwendig sei (die genannten Bieterfragen betrafen eine inhaltlich andere Vorgängerausformulierung des Formblatts A3).

Der Rüge der ASt vom 22. Januar 2018, dass das Vergabeverfahren aus mehreren vergabe- und sozialrechtlichen Gründen fehlerhaft sei, half die Ag nicht ab.

Insgesamt sind zu den 20 (Gebiets-)Losen Angebote von mehr als 30 verschiedenen Bietern eingegangen.

Zeitgleich mit diesem Nachprüfungsverfahren hat sich das Bundesversicherungsamt als für die Ag zuständige Rechtsaufsichtsbehörde mit dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren befasst. Mit im Nachgang zur mündlichen Verhandlung ergangenen Bescheid vom 20. März 2018 verpflichtete das Bundesversicherungsamt die Ag, das Vergabeverfahren aufzuheben,

gleichzeitig wurde die sofortige Vollziehung angeordnet. Die Ag hat gegen diesen Bescheid am 22. März 2018 Rechtsmittel eingelegt.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 15. Februar 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 16. Februar 2018 an die Ag übermittelt.

- a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag sei begründet, weil das Vergabeverfahren aufzuheben sei. Denn die Ausschreibung verstoße wegen ihres hohen Dienstleistungsanteils gegen das Zweckmäßigkeitsgebot i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 1 und 6 SGB V und sei deshalb gesetzlich verboten. Gerade die Frage der Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen habe für den Gesetzgeber erhebliche Bedeutung gehabt, so dass § 127 Abs. 1 SGB durch das Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes (HHVG) so geändert worden sei, dass Ausschreibungen nicht nur „in der Regel“, sondern gar nicht mehr ausgeschrieben werden dürften. Den gesetzlichen Krankenkassen stehe insoweit kein Ermessen zu, vielmehr seien sie in einem solchen Fall verpflichtet, nicht auszuschreiben, sondern Verträge nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V abzuschließen. Dem stehe auch das EU-Vergaberecht nicht entgegen. Denn mangels Auswahlentscheidung handele es sich bei Verträgen nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V um keinen öffentlichen Auftrag, so dass den Krankenkassen eine unionsrechtskonforme Alternative zu einer Ausschreibung zur Verfügung stehe. Dem trage auch der durch das HHVG neu eingefügte § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V Rechnung, der laut Gesetzesbegründung der „Klarstellung“ diene, „dass die §§ 97 ff. GWB bei öffentlichen Aufträgen der Krankenkassen gelten“; aber nur „soweit der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts eröffnet ist“. Die letztgenannte Einschränkung müsse bei der Auslegung des § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V berücksichtigt werden. Danach sei § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V vorliegend nicht einschlägig, weil der nationale Gesetzgeber, der gemäß Art. 168 AEUV sein Gesundheitssystem frei gestalten dürfe, für den Fall der Unzweckmäßigkeit einer Ausschreibung in § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V eine andere Vorgehensweise außerhalb des EU-Vergaberechts vorgesehen habe. Anders als es das OLG Düsseldorf in seiner Entscheidung vom 21. Dezember 2016 vertreten habe (Az. VII-Verg 26/16), gehe das EU-Vergaberecht also nicht automatisch dem nationalen Recht vor. Als jüngerer und speziellerer Gesetz sei § 127 SGB V zudem vorrangig vor § 69 Abs. 3 SGB V. Die Vergabekammern seien verpflichtet, sozialrechtliche Vorgaben wie das Zweckmäßigkeitsgebot, die der Durchführung eines Vergabeverfahrens ggf. entgegenstehen, als vergaberechtliche Vorfragen zu prüfen.

Die ASt weist in diesem Zusammenhang zusätzlich darauf hin, dass das Bundesversicherungsamt als Rechtsaufsicht der Ag mit Bescheid vom 20. März 2018 die Ag verpflichtet habe, die Ausschreibung aufzuheben. Dieser Bescheid habe Tatbestandswirkung und müsse deshalb auch von der Vergabekammer beachtet werden, ohne dass sie die Rechtmäßigkeit dieses Verwaltungsaktes noch einmal überprüfen dürfe. Dies gelte auch dann, wenn der Bescheid des Bundesversicherungsamts noch nicht bestandskräftig sei. Anders als die Ag meine, hätte das Bundesversicherungsamt seinerseits nicht die frühere Entscheidung der Vergabekammer zur verfahrensgegenständlichen Ausschreibung berücksichtigen müssen. Denn die betreffende Entscheidung (Az. VK 1-161/17) mit ihrer Beschlussformel „Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen“ enthalte keine Regelung oder Feststellung zur Zulässigkeit der Ausschreibung, betreffe nur das Los [...] und binde nur die damaligen Verfahrensbeteiligten.

Des Weiteren schließe die Ag die ASt zu Unrecht von der Hilfsmittelversorgung aus, indem sie den Einsatz von Pflegeexperten fordere. Denn die Ag habe als präqualifizierte Leistungserbringerin i.S.d. § 126 SGB V einen gesetzlichen Anspruch, Hilfsmittel abzugeben. Das Bundessozialgericht (BSG) habe bereits am 21. Juli 2011 (Az. B 3 KR 14/10 R) zugunsten der ASt entschieden, dass der Zugang zur Hilfsmittelversorgung nicht von fachlichen Anforderungen abhängig gemacht werden dürfe, die über die gesetzlichen Eignungsvoraussetzungen für eine Hilfsmittelabgabe (§ 126 Abs. 1 SGB V) hinausgingen. An das Präqualifizierungszertifikat nach § 126 Abs. 1a S. 2 SGB V sei die Ag gebunden, sie habe keine – mit Blick auf Art. 12 GG erforderliche – gesetzliche Kompetenz, eigene Eignungsanforderungen aufzustellen und die gesetzlichen Regelungen über die Voraussetzungen der Leistungserbringung zu verschärfen. Da das Fehlen eines Pflegeexperten zum Ausschluss führe, ändere sich hieran nichts, auch wenn die Ag dies als Zuschlagskriterium werten wolle. Diese Anforderung verletze die ASt in ihren Grundrechten aus Art. 12 GG, als präqualifizierte Leistungserbringerin an der Stomaversorgung beteiligt zu werden, und könne deshalb auch nicht damit gerechtfertigt werden, dass sie Pflegeexperten einstellen und ihr Geschäftsmodell ändern oder sich an einer Bietergemeinschaft beteiligen oder einen Subunternehmer beauftragen könne.

Zudem sei das Eignungskriterium, Pflegeexperten einsetzen zu müssen, auch aus vergaberechtlichen Gründen rechtswidrig. Denn dieses Kriterium sei unangemessen und

stehe nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, weil die ASt bereits aufgrund ihrer Präqualifikation zur Leistungserbringung geeignet sei. Der Einsatz von Pflegeexperten sei auch keine fachliche Voraussetzung zur Stomaversorgung, vielmehr könnten die ausgeschriebenen Leistungen wie schon in den bisherigen Jahrzehnten auch von Pflegekräften erbracht werden, die sich nicht zum Pflegeexperten weitergebildet hätten. Auch der Kriterienkatalog des GKV-Spitzenverbands sehe keine weiteren Anforderungen an die Leistungserbringer vor. Zudem gebe es keine Rechtsgrundlage dafür, dass die Ag durch die Einbindung von Pflegeexperten ein „Mehr an Eignung“ fordere. Anders als die Ag meine, handele es sich hierbei nicht um ein Zuschlagskriterium, weil es nicht schwerpunktmäßig der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots diene, sondern mit der Beurteilung der fachlichen und persönlichen Eignung des Bieters zur Ausführung des betreffenden Auftrags zusammenhänge und die Präqualifikation der ASt betreffe. Denn nach der objektiven Zielsetzung der hierfür abgefragten Informationen verfolge die Ag laut ihrer Leistungsbeschreibung den Zweck, ihren Versicherten eine über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung zu gewähren. Damit sei die Eignung der ASt unmittelbar angesprochen, weil vorliegend Leistungen erbracht werden sollten, die dem Pflegeexperten Stoma, Kontinenz, Wunde aufgrund seiner Weiterbildung vorbehalten seien und ohne die nach Auffassung der Ag die ausgeschriebenen Aufgaben nicht erfüllbar seien. Aufgrund des Grundsatzes der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfe die Ag das Eignungskriterium „Pflegeexperte“ nicht zum Zuschlagskriterium erheben. Nur ausnahmsweise und unter den Voraussetzungen des § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV dürfe die Qualifikation des Personals als Zuschlagskriterium herangezogen werden. Da laut der Leistungsbeschreibung fachlich qualifiziertes Personal und Pflegeexperten nebeneinander eingesetzt würden, so dass sich die Versorgungsaufgaben nicht ausschließlich auf den Pflegeexperten bezögen, sei die erste Voraussetzung dieser Vorschrift, dass sich die geforderten Aufgaben ausschließlich auf das mit der Ausübung betraute Personal bezögen, nicht erfüllt. Des Weiteren könne nicht bestimmt werden, welchen erheblichen Einfluss der Einsatz von Pflegeexperten auf das Niveau der Auftragsausführung habe, weil die Ag nicht abgegrenzt habe, welche Aufgaben ausschließlich den Pflegeexperten zugewiesen seien. Ferner verfolge die Ag vergabefremde Zwecke, indem sie kleine Anbieter und Betriebe, die neu beginnen, die neben Pflegekräften nicht noch einen Pflegeexperten vorhalten könnten, von der Teilhabe an der Versorgung ausschließe und Großbetriebe bevorzuge.

Rechtswidrig sei es zudem, dass die Ag in ihrer Ausschreibung (Ziffer 2.2.4 der LB) unterschiedliche Leistungsbereiche, nämlich die Hilfsmittelversorgung i.S.d. § 33 SGB V und die häusliche Krankenpflege i.S.d. § 37 SGB V, miteinander kombiniere. Dies sei im SGB V nicht vorgesehen und nur im Einvernehmen mit den betroffenen Leistungserbringern oder im Rahmen einer – hier nicht vorliegenden – Satzungsleistung i.S.d. § 11 Abs. 6 SGB V möglich. Die ASt wirft in der mündlichen Verhandlung die Frage auf, warum die Ag die ausgeschriebenen Pflegeleistungen an den Hilfsmittellieferanten und nicht an den Pflegedienstleister abgebe, den ohnehin die meisten Stomasträger bereits hätten. Außerdem fehle jede Dokumentation, dass die Ag die naheliegende Frage, ob die ausgeschriebenen Leistungen in Fachlose aufgeteilt werden (Hilfsmittel einerseits, Pflegeleistungen andererseits) überhaupt erwogen habe.

Schließlich verstoße die Ausschreibung gegen Art. 3 GG i.V.m. § 97 Abs. 2, 5 GWB und gegen § 121 Abs. 1 GWB, weil die Leistungsbeschreibung infolge mehrerer Versionen und annähernd dreihundert Fragen und Antworten intransparent sei. Kleine Unternehmen seien damit überfordert und faktisch vom Wettbewerb ausgeschlossen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag zu verpflichten, die Ausschreibung der Versorgung mit Stomaartikeln der Produktgruppe 29 „Stomaartikel“ und den ggf. in diesem Zusammenhang notwendigen Inkontinenzhilfen der Produktgruppe 15 gemäß § 127 Abs. 1 SGB V gemäß der Bekanntmachung der Ag vom [...] 2017, EU-Bekanntmachung [...], aufzuheben,
2. 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 Rechtauffassung der Kammer zu bearbeiten und den Bietern auf dieser Grundlage eine neue Möglichkeit zur Teilnahme zu geben,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären
4. sowie der Ag die zur entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen,
5. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu geben.

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 bereits teilweise unzulässig.

Hinsichtlich der angeblichen Verletzung des § 127 Abs. 1 SGB V sei die ASt nicht antragsbefugt, denn diese Vorschrift sei nicht bieterschützend. Außerdem könne die ASt mangels Eignung kein Interesse am Auftrag haben. Denn die ASt habe die geforderte Eigenerklärung zur Anzahl der Erst- und Neuversorgungen (Anlage A3) nicht unterschrieben, so dass die Eignung der ASt nicht festgestellt werden könne und ihr Angebot wegen fehlender Unterlagen nach § 57 Abs. 1 Nr. 2 VgV auszuschließen sei. Auch bei Erfolg des Nachprüfungsantrags hätte die ASt keine zweite Chance, ein wertungsfähiges Angebot abzugeben. Denn die Ag würde die Anforderung, eine Eigenerklärung i.S.d. jetzigen Anlage A3 abgeben zu müssen, nicht ändern.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag vollumfänglich unbegründet:

Das Zweckmäßigkeitsgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V werde im Oberschwellenbereich durch das höherrangige europäische und das nationale Vergaberecht überlagert. Der durch das HHVG neu eingefügte § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V enthalte ausdrücklich eine Ausschreibungspflicht und bestätige den in § 69 Abs. 3 SGB V festgelegten Regelfall, nach Maßgabe des Vierten Teils des GWB auszuschreiben. Der Anwendungsbereich des EU-Rechts, auf den die von der ASt zitierte Gesetzesbegründung zu § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V abstelle, sei vorliegend eröffnet, weil es sich um den öffentlichen Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers handle, der oberhalb der Schwellenwerte liege und weil kein Ausnahmereich vom EU-Vergaberecht vorliege. Art 168 AEUV gehe nicht so weit, dass ein nationaler Gesetzgeber ganze Bereiche dem Vergaberecht entziehen dürfe – dies sei jedoch der Fall, wenn „unzweckmäßige Ausschreibungen“ generell zu einem Ausschreibungsverbot führten. Abgesehen davon sei die vorliegende Ausschreibung ohnehin 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 könne vorliegend der Dienstleistungsanteil in der Leistungsbeschreibung hinreichend genau konkretisiert erfasst werden. Auch der GKV-Spitzenverband habe in seinem aktuellen Rundschreiben vom 31. Januar 2018 keine Zweifel an der Zweckmäßigkeit solcher Ausschreibungen geäußert.

Das Bundesversicherungsamt habe die Ag zwar am 20. März 2018 verpflichtet, das streitgegenständliche Vergabeverfahren aufzuheben. Dieser Bescheid selbst führe jedoch nicht dazu, dass das Vergabeverfahren bereits aufgehoben sei. Zudem sei dieser Bescheid nicht bestandskräftig. Vielmehr habe die Ag bereits am 22. März 2018 Rechtsmittel hiergegen eingelegt und sich dafür entscheiden, das Vergabeverfahren fortzuführen und nicht aufzuheben. Anders als die ASt meine, entfalte der Bescheid des Bundesversicherungsamts auch keine Tatbestandswirkung gegenüber der Vergabekammer, weil diese Behörde ihrerseits sich nicht an die Tatbestandswirkung der früheren und bestandskräftigen Entscheidung der Vergabekammer vom 15. Februar 2018 (Az. VK 1-161/17) gehalten habe, wonach die streitige Ausschreibung gerade nicht gegen das Zweckmäßigkeitsgebot verstoße.

Für die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, sei entgegen der Auffassung der ASt weder die Auffassung des Bundessozialgerichts noch die Frage entscheidungserheblich, ob das Präqualifizierungsverfahren i.S.d. § 126 SGB V als Grenze nach unten oder oben in Bezug auf die Abgabe von Hilfsmitteln fungiere. Denn wie sich aus den Vergabeunterlagen deutlich ergebe, sei die Anforderung von Pflegeexperten ein Zuschlags- bzw. Musskriterium und keine Eignungsvoraussetzung, da die Bewertung eines Bieters umso höher ausfalle, je höher die Quote der ab Vertragsumsetzung für die Versorgung mit Stomaartikeln und Inkontinenzhilfen eingesetzten Pflegeexperten sei. Zusätzlich sei der Antwort der Ag auf die Bieterfrage 257 zu entnehmen, dass der alleinige Einsatz von fachlich qualifiziertem Personal nicht die Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfülle und zum Ausschluss des betreffenden Angebots führe.

Die Vorgehensweise der Ag, den Einsatz von Pflegeexperten zu fordern, sei auch vergaberechtskonform, da einem öffentlichen Auftraggeber bei der Aufstellung und Ausgestaltung von Zuschlagskriterien ein sehr weiter Entscheidungsspielraum zustehe. Die Ag meint, dass der geforderte Einsatz von Pflegeexperten und qualifiziertem Fachpersonal nicht auf sachfremden Erwägungen beruhe und einzelne Bieter nicht unzulässigerweise bevorteile. Denn es handele sich um eine unmittelbar auf die Versorgungsqualität wirkende

Vorgabe, mit der die Versicherten der Ag eine über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung erhalten sollten. Die Forderung von Pflegeexperten mache einen signifikanten Qualitätsunterschied in Bezug auf die Versorgung der Versicherten aus. Damit trage die Ag den Vorgaben des HHVG gerade in besonderem Maße Rechnung.

§ 58 Abs. 2 Nr. 2 VgV lasse es ausdrücklich zu, die Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals neben dem Preis bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zu berücksichtigen. Der gemäß § 58 VgV erforderliche unmittelbare Leistungsbezug liege hier vor, da die Ag durch besonders qualifiziertes Fachpersonal die Leistungen gegenüber ihren Versicherten verbessern wolle.

Die von der ASt zitierte Entscheidung des Bundessozialgerichts stehe dem nicht entgegen, weil die Sachverhalte nicht vergleichbar seien. Das Bundessozialgericht habe über den Beitritt zu einem Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V entschieden und nicht über einen ausgeschriebenen Exklusivvertrag nach § 127 Abs. 1 SGB V, der nach qualitativen und wirtschaftlichen Aspekten vergeben werde. Zudem habe sich die Rechtslage nach der Entscheidung des Bundessozialgerichts 2011 durch das Inkrafttreten des HHVG im April 2017 grundlegend geändert. Denn die Krankenversicherungen seien nunmehr gemäß § 127 Abs. 1b SGB V verpflichtet, qualitative Wertungskriterien aufzustellen. Damit habe sich die Berücksichtigung qualitativer Eigenschaften der Bieter von der Eignungs- auf die Qualitätswertung verlagert und der frühere Grundsatz, dass das Präqualifizierungsverfahren gemäß § 126 SGB V der Maßstab für die Abgabe von Hilfsmitteln sei, sei überholt. § 126 SGB V mache nur noch für Beitrittsverträge Sinn. Außerdem seien die Krankenkassen im Oberschwellenbereich nunmehr gemäß § 127 Abs. 1 S. 7 und § 69 Abs. 3 SGB V zur Ausschreibung und damit zur Anwendung des allgemeinen Vergaberechts verpflichtet, so dass § 126 SGB V vom allgemeinen Vergaberecht überlagert werde. Da die vorliegende Ausschreibung den gesetzlichen Bestimmungen insbesondere des HHVG entspreche, sei auch Art. 12 GG nicht verletzt, der eben keinen bestimmten Erfolg, sondern lediglich die Gewährleistung des Wettbewerbs selbst garantiere.

Entgegen der Auffassung der ASt kombiniere die Ag vorliegend auch nicht unzulässig verschiedene Leistungsbereiche. Denn die Ausgestaltung der vorliegenden Ausschreibung orientiere sich an § 127 Abs. 1 SGB V und beinhalte die Versorgung mit Hilfsmitteln der

Stomaversorgung und damit zusammenhängende Dienst- und Serviceleistungen, jedoch keine Pflegeleistungen. Die Ag halte sich hier in den Grenzen ihres vergaberechtlichen Leistungsbestimmungsrechts. Anders als die ASt meine, habe die Ag daher auch keine weiteren Erwägungen hinsichtlich der separaten Losaufteilung in Hilfsmittel einerseits und Pflegeleistungen andererseits anstellen müssen. Ein eigenes Los für etwaige Pflegeleistungen wäre zudem ein „Splitterlos“ gewesen und die Ag wolle auch gar nicht, dass ihre Versicherten für die Beantwortung pflegerischer Fragen durch einen weiteren Dienstleister versorgt werden.

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

In der mündlichen Verhandlung am 13. März 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Nach Zustimmung der Verfahrensbeteiligten brauchte die mündliche Verhandlung wegen des inzwischen ergangenen Bescheids des Bundesversicherungsamts nicht wiedereröffnet zu werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Dezember 2015, VII-Verg 24/15).

Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 13. März 2018 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 5. April 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, denn die von der ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße liegen nicht vor.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Soweit sich die ASt gegen die Zweckmäßigkeit des Vergabeverfahrens, die Forderung, Pflegeexperten einzusetzen und die unterbliebene Bildung von Fachlosen wendet, ist sie antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Ihr erforderliches Auftragsinteresse hat sie 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 auf der Grundlage von Vergabebedingungen, die die ASt für rechtswidrig hält, auch ihre Zuschlagschancen beeinträchtigt.

Hierbei kommt es auch nicht darauf an, ob die ASt aus dem Vergabeverfahren auszuschließen wäre, weil sie die Eigenerklärung A3 nicht wie von der Ag gefordert abgegeben hatte. Denn wenn der Nachprüfungsantrag der ASt mangels Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung erfolgreich wäre, müsste die Ag nicht nur neue Angebote abfordern, sondern die Ausschreibung sogar aufheben und die Hilfsmittelversorgung im Stomabereich vollkommen anders organisieren. Ob hier wiederum eine Eigenerklärung i.S.d. jetzigen Anlage A3 gefordert wird, mag die Ag zwar derzeit planen, ist aber nicht so sicher absehbar, dass es von vornherein ausgeschlossen erscheint, dass die ASt unter keinen Umständen Gelegenheit hätte, sich erfolgreich anderweitig an der Versorgung der Versicherten der Ag mit Stomaartikeln zu beteiligen – und nur unter diesen Voraussetzungen wäre ihr Nachprüfungsantrag unzulässig (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Soweit die ASt jedoch meint, die Leistungsbeschreibung sei wegen der zahlreichen Überarbeitungen und Bieterfragen intransparent, ist sie 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 mehrfachen Überarbeitung und Neufassung der Vergabeunterlagen war die ASt in der Lage, fristgerecht ein Angebot auf das von ihr begehrte Los [...] abzugeben. 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 außerdem 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. Immerhin mehr als 30 verschiedene Bieter (darunter die ASt) waren zudem in der

Lage, auf die 20 Gebietslose fristgerecht Angebote abzugeben. Es spricht daher auch sonst nichts dafür, dass aufgrund der mehrfachen Überarbeitungen der Vergabeunterlagen und der zahlreichen Bieterfragen das Vergabeverfahren in vergaberechtswidriger Weise intransparent geworden wäre. Auch die ASt hat hierzu – konkret ihre eigene Person betreffend – nichts weiter vorgetragen, sondern sich lediglich pauschal darauf berufen, dass kleine Unternehmen angeblich überfordert und faktisch vom Wettbewerb ausgeschlossen worden seien. Ein Berufen auf die Interessen anderer Unternehmen reicht jedoch zur Bejahung der Antragsbefugnis nicht aus, vielmehr muss ein Antragsteller darlegen, dass eine Verletzung seiner eigenen Rechte als möglich erscheint (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, aaO. m.w.N.).

2. Soweit er nicht bereits unzulässig ist, ist der Nachprüfungsantrag unbegründet, denn die Ausschreibung verstößt nicht gegen das Zweckmäßigkeitsgebot i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V (dazu unter a), die Anforderung der Ag, bei der Auftragsdurchführung Pflegeexperten einsetzen zu müssen, ist rechtmäßig (dazu unter b)) und die Ag hätte keine Fachlose bilden und pflegerische und Lieferleistungen getrennt voneinander ausschreiben müssen (dazu unter c)).

a) Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung verstößt nicht gegen das Zweckmäßigkeitsgebot 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 Zweckmäßigkeitsüberlegungen 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 die Ag 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. 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 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 (ebenso: § 69 Abs. 3 SGB V).

Ein abweichender Befund kann sich auch nicht daraus ergeben, dass die o.g. Entscheidung des OLG Düsseldorf noch auf der Grundlage einer anderen Fassung des § 127 SGB V ergangen ist, wonach bei „Versorgungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil Ausschreibungen in der Regel [nicht] zweckmäßig“ sind (so § 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V a.F.), während durch das HHVG nun geregelt ist, dass bei „Versorgungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil Ausschreibungen [nicht] zweckmäßig“ sind (so § 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V). Denn die Streichung des Zusatzes „in der Regel“ vermag nichts an der grundlegenden Wertung des OLG Düsseldorf (aaO.) zu ändern, dass oberhalb der EU-Schwellenwerte für Zweckmäßigkeitserwägungen kein Raum bleibt.

Abgesehen davon, dass auch bei Heranziehung der Erwägungen zum entsprechenden Entwurf einer Vorschrift deren Auslegung nicht über den – hier eindeutigen – Wortlaut hinausgehen darf, wird die hier vertretene Auffassung entgegen der Auffassung der ASt auch der Begründung der Bundesregierung zu ihrem Entwurf des § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V gerecht. Denn die Bundesregierung bezweckte mit dieser Regelung eine „Klarstellung, dass die §§ 97 ff. GWB bei öffentlichen Aufträgen der Krankenkassen gelten, soweit der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts eröffnet ist“ (vgl. BT-Drs. 18/10186, S. 33). Letzteres ist jedoch bereits dann der Fall, wenn ein öffentlicher Auftrag eines öffentlichen Auftraggebers oberhalb der einschlägigen Schwellenwerte vergeben wird (vgl. Art. 1 Abs. 1 RL 2014/24/EU) und kein Ausnahmefall nach Art. 7 ff. RL 2014/24/EU vorliegt. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt, das es sich bei der Ag unstreitig um einen öffentlichen Auftraggeber handelt, die ausgeschriebenen Rahmenvereinbarungen die Schwellenwerte überschreiten, die Ag entgeltliche Verträge mit Unternehmen über die Beschaffung von Leistungen abschließen will und dabei – jedenfalls hier – eine Auswahlentscheidung unter den Bietern trifft (s. hierzu nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, und vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14). Wenn jedoch EU-Vergaberecht

anwendbar ist, kann dessen Anwendungsvorrang nicht durch den nationalen Gesetzgeber eines Mitgliedstaats derogiert werden, indem er z.B. als weitere Voraussetzung vom Auftraggeber Zweckmäßigkeitserwägungen verlangt. Wie bereits gesagt, hat der deutsche Sozialgesetzgeber jedoch den Anwendungsvorrang des EU-Vergaberechts bei Ausschreibungen auch gar nicht anders geregelt, sondern in § 127 Abs. 1 S. 7 und § 69 Abs. 3 SGB V ebenso festgelegt, dass bei öffentlichen Aufträgen das nationale (und damit auch das EU-)Vergaberecht anzuwenden ist. Konsequenterweise wurde der Wortlaut des § 127 Abs. 1 SGB V auch nur so ergänzt, dass die Geltung des Vergaberechts lediglich davon abhängig ist, dass es sich um die Vergabe „öffentliche[r] Aufträge im Sinne des § 103 Absatz 1 [GWB]“ handelt und der „maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 [GWB]“ erreicht oder überschritten wird. Das gegenteilige Verständnis der ASt vom angeblichen Willen des Gesetzgebers, die Beachtung des Zweckmäßigkeitsgebots des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V vor die Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts gemäß § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V als weitere Tatbestandsvoraussetzung „vor die Klammer zu ziehen“, findet sich damit auch nicht im Wortlaut des § 127 Abs. 1 SGB V wieder.

Die von der ASt erwähnte Tatsache, dass § 127 SGB V in seiner jetzigen Fassung jünger ist als § 69 Abs. 3 SGB V, führt ebenfalls zu keinem anderen Ergebnis. Denn das Rangverhältnis zwischen dem Zweckmäßigkeitsgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V und dem Vergaberecht wird nicht nur in § 69 Abs. 3 SGB V, sondern mit demselben Regelungsinhalt in § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V adressiert. Die Frage nach dem jüngeren Recht stellt sich insoweit nicht, denn beide Regelungen – § 127 Abs. 1 S. 6 und S. 7 SGB V – wurden durch das HHVG eingeführt und sind damit gleich alt.

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 Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V), 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. Auch das nationale Sozialrecht schreibt einer gesetzlichen Krankenkasse nicht zwingend vor, bei Versorgungsmitteln mit hohem Dienstleistungsanteil i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V stets auf die Durchführung von Vergabeverfahren zu verzichten. Denn wie bereits ausgeführt, gibt es ein solches nationales „Ausschreibungsverbot“ nicht, weil § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V oberhalb der EU-

Schwellenwerte vom höherrangigen EU-Recht überlagert wird. Dies folgt nach der hier vertretenen Auffassung sowohl aus dem Vergabe-, also auch aus dem Sozialrecht. Dass der Nachprüfungsantrag der ASt insoweit keinen Erfolg hat, beruht also nicht darauf, dass die Vergabekammer sozialrechtliche (Vor-)Fragen, die einem Vergabeverfahren entgegenstehen könnten, nicht prüft, sondern darauf, dass die Vergabekammer meint, dass die Ag nicht nur vergabe-, sondern auch sozialrechtskonform handelt.

Auch das beim Bundesversicherungsamt gegen die Ag geführte Verfahren erfordert keine abweichende Beurteilung der Rechtslage durch die Vergabekammer. In diesem von der ASt angesprochenen Verfahren ist zwar bereits ein Bescheid ergangen, nach dem die Ag verpflichtet ist, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mangels Zweckmäßigkeit i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V aufzuheben. Dieser Bescheid ist jedoch noch nicht bestandskräftig und die Ag hat die Ausschreibung bisher nicht aufgehoben, sondern gegen den Bescheid Rechtsmittel eingelegt. Das Nachprüfungsverfahren hat sich daher nicht erledigt. Da das Bundesversicherungsamt in seinem Bescheid weder auf das – nach Auffassung der Vergabekammer entscheidungserhebliche – Rangverhältnis zwischen nationalem und EU-Recht eingeht (nicht einmal auf dessen konkrete Ausprägung in § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V) noch auf die aktuellen Entscheidungen des OLG Düsseldorf oder der Vergabekammern des Bundes, besteht auch sonst kein Anlass, aufgrund dieses Bescheides von der hier vertretenen anderen Auffassung abzuweichen. Anderenfalls würde sich die von der ASt angesprochene Tatbestandswirkung auf einen Tatbestand erstrecken, der durch den Verwaltungsakt des Bundesversicherungsamts gar nicht erfasst wird. Darüber hinaus kann der Inhalt der Entscheidung einer Behörde eine andere Behörde nicht binden, sofern diese Entscheidung noch nicht bestandskräftig ist oder jedenfalls nicht dann, wenn der Adressat der Entscheidung dagegen – wie hier – Rechtsmittel eingelegt hat (vgl. hierzu Kopp/Ramsauer, zu § 43 VwVfG, 18. Aufl., Rz. 23 m.w.N.). Denn sonst würde eine effektive Rechtsverteidigung des Adressaten (hier: der Ag) letztlich ausgehöhlt. Dies zeigt auch der vorliegende Fall: Die Zuständigkeit des Bundesversicherungsamts in dieser Sache unterstellt ist jedenfalls auch die Vergabekammer zuständig, über die Rechtmäßigkeit dieses Vergabeverfahrens zu entscheiden. Die der Ag über den Vergaberechtsweg eingeräumte Möglichkeit, ihre Rechtsposition zu verteidigen, würde leerlaufen, wenn die Vergabekammer im Rahmen ihrer Zuständigkeit nicht selbst entscheiden könnte, sondern an die im Bescheid des Bundesversicherungsamtes getroffenen Feststellungen gebunden wäre. Unabhängig davon stellt sich unter den Prämissen der ASt, dass Behördenentscheidungen zulasten anderer Behörden eine Tatbestandswirkung erzeugen

können, zudem die Frage, ob das Bundesversicherungsamt seinerseits nicht an anderslautende Beschlüsse der Vergabekammer über dieselbe Ausschreibung gebunden gewesen wäre. Die Ag verweist diesbezüglich zu Recht auf eine frühere und sogar bestandskräftige Entscheidung der erkennenden Vergabekammer (Az. VK 1-161/17), in der diese Ausschreibung auch unter Berücksichtigung des Zweckmäßigkeitsgebots nach § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V für rechtmäßig erachtet wurde. Zwar betraf dieser Beschluss insoweit nur das Los [...], nachdem die damalige Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag für die übrigen 19 Lose zurückgenommen hatte. Das Bundesversicherungsamt hat sich in seiner Entscheidung jedoch nicht einmal bzgl. des Loses [...] mit den Erwägungen der Vergabekammer auseinandergesetzt und ebenfalls nicht damit, dass der Beschluss der Vergabekammer nicht auf losspezifischen Besonderheiten dieses einzelnen Loses beruhte, so dass die Entscheidung im Ergebnis für alle Lose gleichermaßen ausfallen muss. Abgesehen davon hat die Vergabekammer dieselbe Auffassung bereits zu anderen Hilfsmittelausschreibungen vertreten (Beschlüsse vom 7. Dezember 2017, VK 1-131/17; und vom 2. März 2018, VK 1-165/17(bestandskräftig)).

- b) Die Anforderung der Ag, bei der Auftragsdurchführung Pflegeexperten einsetzen zu müssen, ist rechtmäßig. Anders als die ASt meint, handelt es sich hierbei nicht um ein Eignungskriterium (dazu unter aa)), außerdem ist diese Anforderung sowohl vergabe-, als auch sozial- und verfassungsrechtlich zulässig (dazu unter bb) bis dd)).

- aa) Bei der Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, handelt es sich nicht um ein Eignungskriterium, sondern um eine Anforderung an die Auftragsausführung sowie um ein Zuschlagskriterium.

Eignungskriterien sind solche, die die Fähigkeiten des Bieters an sich und damit sein Unternehmen betreffen, um zu prognostizieren, ob dieses Unternehmen aufgrund seiner personellen, sachlichen und finanziellen Ausstattung zur Ausführung des Auftrags in der Lage sein wird (vgl. BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 4/13 m.z.N.; Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des § 56 VgV, BR-Drs. 87/16, S. 209). Die Anforderungen der Ag an die Eignung der Bieter ergeben sich vorliegend aus Ziffer III. der Bekanntmachung; gefordert ist hiernach u.a. die Präqualifikation der Bieter i.S.d. § 126 SGB V. Um eine solche Anforderung handelt es sich beim von der Ag geforderten Einsatz von Pflegeexperten jedoch nicht. Denn es kommt der Ag mit dieser

Anforderung nicht auf die Feststellung an, ob und/oder wie viele Pflegeexperten ein Bieter vorhält. Vielmehr geht es der Ag darum, dass bei der Ausführung des Auftrags (u.a.) Pflegeexperten tatsächlich eingesetzt werden, außerdem bewertet die Ag die im Einzelnen angebotenen Leistungen danach, wie viele Pflegeexperten der betreffende Bieter einsetzen will und ermittelt aus den entsprechenden Angaben die qualitativen Unterschiede zwischen den Angeboten. Diese Anforderung ist also nicht unternehmensbezogen, sondern betrifft den Umfang der angebotenen Leistungen und damit den Inhalt des Vertrags bzw. die Maßstäbe für die Wertung der Angebote. Zwar ist der ASt zuzugeben, dass Wissen, Erfahrungen, berufliche Qualifikationen des Personals eines Bieters klassische Eignungskriterien sind. Jedoch zeigt § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV, dass solche Eignungsanforderungen Zuschlagskriterien sind, wenn es darum geht, dass Personal mit bestimmten Erfahrungen oder Qualifikationen bei der Auftragsdurchführung eingesetzt werden soll (vgl. BGH, aaO.; OLG Düsseldorf, aaO., sowie Beschluss vom 21. Mai 2008, VII-Verg 19/08; s. dazu, dass die Anforderungen des § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV hier auch im Übrigen erfüllt sind, unten unter b)bb)(3)). Damit handelt es sich bei dieser Anforderung sowohl um eine besondere Bedingung dafür, wie der ausgeschriebene Auftrag ausgeführt wird (also um eine Ausführungsbedingung i.S.d. § 128 Abs. 2 GWB, deren Nichterfüllung gemäß § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV zum Angebotsausschluss führt), als auch um ein Kriterium, anhand dessen die vom jeweiligen Bieter angebotene Leistung im Rahmen der vierten Wertungsstufe bewertet wird, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln (also um ein Zuschlagskriterium i.S.d. § 127 GWB) (vgl. zu Auftragsausführungsbedingungen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, und die Begründung der Bundesregierung zu § 128 Abs. 2 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 113).

- bb) Dass die Ag den Einsatz von Pflegeexperten als Auftragsausführungsbedingung und als Zuschlagskriterium aufstellt, ist vergaberechtskonform.

Vorauszuschicken ist zunächst, dass es für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer ausgeschriebenen Vorgabe nicht darauf ankommt, was für Anforderungen nach Auffassung der ASt oder des GKV-Spitzenverbandes für die Versorgung von Stomapatienten erforderlich wären. Vielmehr bestimmt der öffentliche Auftraggeber selbst, was er beschafft, – hier also die Ag, mit was für Hilfsmitteln und damit zusammengehörenden Leistungen die bei ihr versicherten Stomapatienten versorgt werden sollen. Gleichermaßen ist die Ag grundsätzlich darin frei, die Anforderungen an

die Durchführung der ausgeschriebenen Leistung zu bestimmen, sowie ebenso darin, die Kriterien zu bestimmen, anhand denen sie das für sie wirtschaftlichste Angebot auswählt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11). Voraussetzung ist allerdings, dass diese Bestimmung anhand nachvollziehbarer objektiver und auftragsbezogener Gründe, vor allem also willkürfrei, getroffen worden ist (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 30. April 2014, VII-Verg 33/13; vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12 und vom 22. Mai 2013, VII-Verg 16/12) (dazu unter (1)). Bei Auftragsausführungsbedingungen sind darüber hinaus die gesetzlichen Vorgaben des § 128 Abs. 2 GWB zu beachten (dazu unter (2)) bzw. bei Zuschlagskriterien zusätzlich die Anforderungen des § 127 Abs. 3, 4 GWB und § 58 VgV (dazu unter (3)). Sämtliche dieser Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt.

(1) Die allgemeinen vergaberechtlichen Grenzen ihres Leistungsbestimmungsrechts hat die Ag nicht überschritten:

Die geforderten Pflegeexperten sollen u.a. über Kenntnisse und Fähigkeiten in den Bereichen Stoma-Management, Ernährung, onkologische Pflege, Schmerzmanagement und Patientenedukation verfügen. In ihrer Vergabeakte begründet die Ag die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, damit, dass sich dies unmittelbar auf die Versorgungsqualität auswirke und ihre Versicherten eine „über dem allgemeinen Standard liegende Beratung, Einweisung, Versorgung und Betreuung erhalten“ sollen.

Dies sind objektive und nachvollziehbare Gründe, da die Qualität der Versorgung der Versicherten der Ag tatsächlich steigt, wenn die Stomapatienten durch Personen beraten und versorgt werden, die über die allgemeinen Kenntnisse z.B. eines Gesundheits- und Krankenpflegers hinaus über Zusatzkenntnisse in den Fragen verfügen, die sich speziell bei Stomapatienten stellen. Damit liegt gleichzeitig der erforderliche Bezug zum konkret ausgeschriebenen Auftrag vor, weil es sich vorliegend gerade um die Versorgung von Stomapatienten handelt.

Dass die ASt demgegenüber meint, für die Versorgung von Stomapatienten mit den notwendigen Hilfsmitteln seien die besonderen Qualifikationen von Pflegeexperten Stoma, Inkontinenz, Wunde nicht erforderlich, ist nach dem oben Gesagten unerheblich. Dasselbe gilt für die Anforderungen, die der GKV-Spitzenverband im

Rahmen der üblichen Hilfsmittelversorgung empfiehlt. Denn wie die sachgerechte Anforderung der Ag zeigt, beinhaltet die verfahrensgegenständliche Ausschreibung nicht lediglich eine von der ASt angesprochene Standardversorgung mit bestimmten Hilfsmitteln. Vielmehr will die Ag im Interesse ihrer Versicherten besondere Leistungen beschaffen, die über das Standardmaß hinausgehen, um ihren Versicherten „eine möglichst selbständige und weitestgehend uneingeschränkte Lebensführung (...) zu ermöglichen“ (s. Ziffer 2.3.1 der LB). Dazu reicht der Kriterienkatalog des GKV-Spitzenverbands nicht aus. Dies gilt vor allem für die Anforderungen an die Präqualifikation. Denn selbst wenn ein Bieter präqualifiziert ist, erfüllt dies das objektiv gerechtfertigte Anliegen der Ag nicht, weil die Präqualifikation eines Leistungserbringers noch nicht gewährleistet, dass er sein qualifiziertes Personal bei der Auftragsausführung tatsächlich auch einsetzt. Hierzu sind vielmehr bereits bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigende und vertraglich verbindliche Vorgaben erforderlich, deren Erfüllung die Ag bei der Vertragsdurchführung ggf. durchsetzen kann (vgl. zum Sinn von Auftragsausführungsbedingungen i.S.d. § 128 GWB die Begründung der Bundesregierung zu § 128 Abs. 2 GWB-E, BT-Drs. 18/6281, S. 113, und OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13).

(2) Als Auftragsausführungsbedingung genügt die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, ebenfalls den Anforderungen des § 128 Abs. 2 GWB. Die gemäß § 128 Abs. 2 S. 1 GWB erforderliche Verbindung mit dem Auftragsgegenstand wurde bereits oben unter b)bb(1) bejaht. Außerdem ergibt sich diese Bedingung – wie in § 128 Abs. 2 S. 2 GWB vorgeschrieben – aus den Vergabeunterlagen, nämlich sowohl aus Ziffer 2.2.4 der LB als auch aus § 4 Abs. 7 des Rahmenvertrags („fachlich qualifiziertes Personal und Pflegeexperten“, Hervorhebung nur hier).

(3) Anforderungen wie hier die Anzahl der eingesetzten Pflegeexperten, die in die Wertung der Angebote einfließen, müssen zusätzlich zu den oben unter b)bb(1) genannten Aspekten die in § 127 GWB und § 58 VgV genannten vergaberechtlichen Voraussetzungen an Zuschlagskriterien erfüllen. Dies ist hier der Fall.

- Die vorgeschriebene Verbindung mit dem Auftragsgegenstand wurde bereits oben unter b)bb(1) bejaht.

- Des Weiteren schreibt § 127 Abs. 4 GWB vor, dass die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Auch diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Was die Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs angeht, ist nicht auf die individuellen Verhältnisse der ASt, sondern darauf abzustellen, ob es Unternehmen der betroffenen Branche generell möglich war, am streitgegenständlichen Vergabeverfahren teilzunehmen. Denn ein öffentlicher Auftraggeber ist nicht verpflichtet, jedem einzelnen potentiellen Bieter die Marktteilnahme zu ermöglichen und seine Vergabe so durchzuführen, dass sie zum Unternehmenskonzept jedes möglichen Bieters passt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12; vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12, und vom 3. März 2010, VII-Verg 46/09). Unter dieser Prämisse zeigt das Ergebnis der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung, dass es mehr als 30 Unternehmen möglich war, sich mit einem Angebot an einem oder mehreren der 20 ausgeschriebenen Lose zu beteiligen. Zahlreiche Bieter haben dabei auch bestätigt, Pflegeexperten einzusetzen. Die Schwelle, ein wertungsfähiges Angebot abgeben zu können, war hier auch nicht hoch. Denn die Ag hat keine Mindestanzahl von einzusetzenden Pflegeexperten vorgegeben, diese mussten auch nicht in Vollzeit für die Bieter tätig werden und konnten zudem auf mehrere Lose verteilt werden (s. Antwort auf Bieterfragen Nr. 64 und 254). Es kann darüber hinaus nicht davon ausgegangen werden, dass ein Angebot, in dem nur wenige Pflegeexperten eingesetzt werden sollen, von vornherein keine Chancen hätte, den Zuschlag zu erhalten. Denn zwar würde ein solches Angebot nur wenige Punkte im Kriterium „Anzahl der Pflegeexperten“ erhalten, dafür könnten aber die Personalkosten des betreffenden Bieters und damit sein Angebotspreis entsprechend niedriger sein, so dass dieses Angebot vor allem wegen des erheblich höheren Gewichts des Zuschlagskriteriums „Preis“ (der zu 80% in die Wertung einfließt im Gegensatz zum Kriterium „Pflegeexperten“ mit 3%) durchaus gute Zuschlagsaussichten hätte. Der Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, kommt mithin keine marktausschließende Wirkung zu und beeinträchtigt nicht die Möglichkeit der Leistungserbringer, mit realen Chancen am Wettbewerb teilzunehmen. Mangels genereller Beeinträchtigung

kleiner oder neuer Betriebe, verfolgt die Ag mit dieser Anforderung mithin auch keine vergabefremden Zwecke. Zudem wäre es auch der ASt mit zumutbarem Aufwand möglich gewesen, einen Einsatz von Pflegeexperten sicherzustellen, indem sie diese entweder als Nachtunternehmer in die Auftragsausführung eingebunden hätte oder eine entsprechende Anstellung im Unternehmen vorgenommen hätte. Aufgrund der nicht vorgegebenen Mindestanzahl von Pflegeexperten (siehe hierzu oben), hätte bereits die Anstellung eines Pflegeexperten in Teilzeit der ASt eine Angebotsabgabe ermöglicht.

Dieses Zuschlagskriterium, Pflegeexperten einzusetzen, wurde von der Ag auch nicht so festgelegt und bestimmt, dass der Zuschlag i.S.d. § 127 Abs. 4 S. 1 GWB willkürlich erteilt werden kann. Denn die Angebotswertung erfolgt diesbezüglich anhand der eigenen Angaben der Bieter in den dafür vorgesehenen, mit dem Angebot einzureichenden Formblättern. Damit ist gleichzeitig die weitere Anforderung des § 127 Abs. 4 GWB erfüllt, dass eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Denn hierzu brauchen nur die Bieterangaben in den Formblättern anhand der weiteren Wertungsvorgaben für die Vergabe der konkreten Einzelpunkte nachvollzogen zu werden (s. Ziffer 2.2 der Anlage A5 „Beiblatt Angebotswertung“).

- Des Weiteren wurde – wie in § 127 Abs. 5 GWB vorgeschrieben – das Zuschlagskriterium, Pflegeexperten einzusetzen, in den Vergabeunterlagen aufgeführt (s. dazu bereits oben unter b)bb)(2)).
- Die gesetzlichen Anforderungen an Zuschlagskriterien gemäß § 58 VgV sind vorliegend ebenfalls erfüllt. Als Beispiel für ein zulässiges Zuschlagskriterium nennt diese Vorschrift die Qualifikation des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn „die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“ (§ 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV). So verhält es sich auch hier. Denn wie bereits oben unter b)bb)(1) gesagt, kann der Einsatz von Pflegeexperten, die besonders in der Betreuung von Stomapatienten fortgebildet wurden, die Qualität der Stomaversorgung der Versicherten der Ag verbessern. Anders als die ASt meint, ändert sich an diesem Ergebnis nichts, auch wenn in der Leistungsbeschreibung den einzusetzenden Pflegeexperten keine besonderen Tätigkeiten zugewiesen werden, sondern die

ausgeschriebenen Leistungen sowohl von Pflegeexperten als auch vom ebenfalls einzusetzenden Fachpersonal erbracht werden sollen. Denn die Ag verlangt eben nicht nur den Einsatz von Pflegeexperten, sondern zusätzlich den von Fachpersonal, weil sie meint, dass nicht nur der Einsatz von Pflegeexperten, sondern auch von qualifiziertem Fachpersonal die Versorgungsqualität ihrer Versicherten verbessert. Dementsprechend bewertet sie es positiv, wenn ein Bieter sowohl Pflegeexperten als auch Fachpersonal einsetzt (das Fachpersonal in geringerem Maße, deshalb mit entsprechend geringerer Bepunktung dieses Kriteriums). Hierfür hat die Ag zwei Zuschlagskriterien vorgesehen, die beide insgesamt die Voraussetzungen des § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV erfüllen, der die Bewertung des „eingesetzten Personals“ zulässt, hier also des geforderten Einsatzes von Pflegeexperten „und“ Fachpersonal.

- Das Gebot der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien steht der hier vertretenen Auffassung ebenfalls nicht entgegen. Denn nachdem früher noch streng vertreten wurde, dass z.B. die Qualifikation des Personals, die regelmäßig bei der Beurteilung der Eignung eines Unternehmens eine Rolle spielen kann, grundsätzlich nicht im Rahmen der vierten Wertungsstufe bewertet werden darf, lässt seit einigen Jahren sowohl die Rechtsprechung als auch das Vergaberecht (in § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV bzw. bereits davor in § 4 Abs. 2 S. 2 VgV i.d.F. vom 15. Oktober 2013) ein solches Zuschlagskriterium zu, wenn sich – wie hier – die Qualifikation des Personals auf die Durchführung des ausgeschriebenen Auftrags auswirkt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Juni 2013, VII-Verg 4/13 m.z.N.).

- cc) Die Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, widerspricht darüber hinaus nicht den einschlägigen sozialrechtlichen Vorgaben. Auf die Frage, ob das (EU-)Vergaberecht das nationale Sozialrecht ggf. verdrängt oder ob umgekehrt wegen Art. 168 AEUV das Sozialrecht vor dem EU-Vergaberecht vorrangig ist, kommt es daher vorliegend nicht an.

Denn dass ein öffentlicher Auftraggeber in Verträgen über die Versorgung seiner Versicherten mit Hilfsmitteln qualitative Anforderungen in die Leistungsbeschreibung oder als Zuschlagskriterien aufnehmen muss, ist in § 127 Abs. 1b S. 3, 4 SGB V vorgeschrieben. Die Qualifikation des mit der Auftragsausführung betrauten Personals

wird in § 127 Abs. 1b S. 3 SGB V sogar ausdrücklich als ein zulässiges Zuschlagskriterium genannt. Damit verdeutlicht § 127 Abs. 1b S. 3 SGB V gleichermaßen, dass der Gesetzgeber die von der ASt geäußerten Bedenken, die Durchführung von Vergabeverfahren gefährde die Qualität der Hilfsmittelversorgung, nicht teilt. Im Gegenteil läßt der Sozialgesetzgeber Ausschreibungen ausdrücklich und mit der Maßgabe zu, hierbei besondere Qualitätsanforderungen, u.a. an die Qualifikation des Personals, zu berücksichtigen.

Die dagegen von der ASt aufgeworfene Frage, inwieweit § 126 SGB V hinsichtlich der Aufstellung von Eignungsanforderungen abschließend ist, ist hier bereits deshalb unerheblich, weil es sich bei der Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, nicht um eine Eignungsanforderung handelt (s. dazu oben unter b)aa)). Doch selbst wenn man diese Anforderung aufgrund ihrer eignungsähnlichen Ausschlusswirkung auch vor dem Hintergrund des § 126 SGB V beurteilen wollte, kann § 126 SGB V jedenfalls seit Inkrafttreten des HHVG im April 2017 nicht mehr so verstanden werden, dass ein Leistungserbringer bereits dann ohne Weiteres zur Versorgung mit Hilfsmitteln berechtigt ist, wenn er präqualifiziert ist. Denn anderenfalls würde der durch das HHVG geschaffene § 127 Abs. 1b SGB V leerlaufen. Die Qualifikation des eingesetzten Personals kann nämlich nur dann – wie gesetzlich in § 127 Abs. 1b S. 3 SGB V zugelassen – ein taugliches Zuschlagskriterium sein, wenn der Auftraggeber mehr als die in § 126 SGB V gesetzlich vorgeschriebene Präqualifikation verlangen und dementsprechend je nach Bieter abgestuft bewerten darf. Die Präqualifikation eines Unternehmens i.S.d. § 126 SGB V ist mithin nur noch als eine gesetzliche Mindestanforderung an dessen Eignung bzw. allgemein gesprochen an dessen Recht zu verstehen, an der Versorgung gesetzlich Versicherter grundsätzlich teilnehmen zu dürfen, über die eine gesetzliche Krankenkasse aber hinausgehen darf (in ihrem Entwurf des HHVG spricht die Bundesregierung dementsprechend von der „grundsätzlichen Eignung“ des Leistungserbringers, s. BT-Drs. 18/10186, S. 18). Dies folgt jedoch nicht nur aus dem Zusammenspiel von § 126 SGB V mit § 127 Abs. 1b SGB V, sondern bereits aus dem Wortlaut des § 126 Abs. 1 S. 2 SGB V „können nur“. Bestätigt wird die hier vertretene Auffassung, dass ein Leistungserbringer nicht bereits aufgrund seiner Präqualifikation ohne Weiteres zur Hilfsmittelversorgung berechtigt ist, auch durch den weiteren Inhalt dieser Norm. Denn zur Versorgung berechtigt ist ein Leistungserbringer gemäß § 126 Abs. 1 S. 1 SGB V nur „auf der Grundlage von Verträgen“ nach § 127 Abs. 1 bis 3 SGB V, also nur dann, wenn zusätzlich ein Vertrag

mit ihm abgeschlossen wurde (sog. „Vertragsprinzip“, vgl. Begründung zum Entwurf des HHVG, BT-Drs. 18/10186, S. 17). Dementsprechend haben auch die Versicherten einer gesetzlichen Krankenkasse keinen Anspruch, von jedem präqualifizierten Leistungserbringer versorgt zu werden, sondern nur von denen, mit denen ihre Krankenkasse einen Vertrag geschlossen hat (s. § 33 Abs. 6 SGB V). Hieraus folgt ein Weiteres: Auch das Sozialrecht selbst erkennt an, dass Leistungserbringer von der Versorgung von Versicherten z.B. mit Hilfsmitteln ausgeschlossen werden können. Sei es, weil die betreffende Krankenkasse mit ihnen keinen entsprechenden Vertrag geschlossen hat, oder sei es z.B., weil diese die (gemäß § 127 Abs. 1b S. 3, 4 SGB V zulässigen) besonderen Anforderungen an die Qualifikation des eingesetzten Personals nicht erfüllen.

Die von der ASt zitierte Rechtsprechung des Bundessozialgerichts aus dem Jahre 2011 ist daher durch die neue Rechtslage nach dem HHVG 2017 überholt, jedenfalls wenn es sich um Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V handelt, da dann § 127 Abs. 1b SGB V anwendbar ist. Ob und inwieweit dies noch für sog. Beitrittsverträge nach § 127 Abs. 2, 2a SGB V gilt, ist hier nicht zu entscheiden.

- dd) Auch in verfassungsrechtlicher Hinsicht bestehen gegen die Vorgehensweise der Ag keine Bedenken.

Wie bereits oben gesagt, kommt es auf die Frage, ob § 126 SGB V abschließend ist und die gesetzlichen Krankenkassen keine über die gesetzlichen Voraussetzungen der Leistungserbringung sowie über das allgemeine Berufsrecht hinausgehenden Anforderungen verlangen dürfen, hier bereits deshalb nicht an, weil es sich bei der Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, nicht um eine Eignungsanforderung handelt. Allerdings ist der ASt zuzugeben, dass die hier ausgeschriebene Anforderung ggf. dazu führt, dass ein Leistungserbringer, der keine Pflegeexperten einsetzt, von der Versorgung der Versicherten der Ag im Stomabereich ebenso ausgeschlossen wird wie wenn er eine entsprechende Eignungsanforderung nicht erfüllt. Dies ist aber keine Besonderheit der Anforderung, Pflegeexperten einzusetzen, sondern stets der Fall, wenn ein Bieter in einem Vergabeverfahren nicht den Zuschlag erhält, sei es, weil er entsprechende formale Vorgaben oder die Anforderungen des ausgeschriebenen Vertrags nicht erfüllt oder weil er auf der vierten Wertungsstufe anderen Bietern unterliegt, die ein anhand der Zuschlagskriterien „besseres“ Angebot abgegeben

haben. Art. 12 GG ist in diesem Fall nicht verletzt. Die Marktzugangs- und sonstigen Rechte der Leistungserbringer i.S.d. Art. 12 GG werden bei der Durchführung öffentlicher Ausschreibungen gemäß dem Vergaberecht nämlich bereits dadurch gewahrt, dass sie – wie hier – am Wettbewerb um die ausgeschriebenen Verträge teilhaben können und nicht auf Dauer, sondern nur während der begrenzten Vertragslaufzeit von der Berücksichtigung bei künftigen Versorgungsentscheidungen ausgeschlossen werden (vgl. BSG, Urteile vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 R m.z.N., und vom 10. März 2010, B 3 KR 26/08 R; Jaeger, ZWER 2005, 31, 46; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse vom 1. November 2010, 1 BvR 261/10, und vom 27. Februar 2008, 1 BvR 437/08; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, und vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11). Bei der streitgegenständlichen Anforderung der Ag, Pflegeexperten einzusetzen, bestehen diesbezüglich umso weniger Bedenken, weil diese Anforderung keine Marktausschlusswirkung hat (s. hierzu bereits oben unter b)bb)(3)). Die eingegangenen Angebote bestätigen dies.

Die von der ASt geforderten gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen für die ausgeschriebenen Anforderungen der Ag liegen ebenfalls vor. In vergaberechtlicher Hinsicht ergibt sich die Befugnis, die Teilnahme an einem ausgeschriebenen Auftrag durch bestimmte Anforderungen zu beschränken, vorliegend aus §§ 127, 128 GWB und § 58 VgV (s. dazu oben unter b)bb)), in sozialrechtlicher Hinsicht vor allem aus § 127 Abs. 1b SGB V (s. dazu oben unter b)cc)).

- c) Die Ag brauchte für die ausgeschriebenen Liefer- und pflegerischen Leistungen keine unterschiedlichen Fachlose zu bilden und pflegerische und Lieferleistungen nicht getrennt voneinander ausschreiben.

Zwar sind Leistungen gemäß § 97 Abs. 4 S. 2 GWB grundsätzlich u.a. getrennt nach Fachlosen zu vergeben. Fraglich ist vorliegend bereits, ob es (u.a. mit der ASt) nicht nur einen eigenständigen Bieterkreis für die Lieferung von Hilfsmitteln im Stomabereich gibt, sondern ob ebenfalls ein eigenständiger Angebotsmarkt für die hier mit ausgeschriebenen pflegerischen Leistungen besteht, für die die Ag den Einsatz von besonders qualifiziertem Personal (Pflegeexperten Stoma, Kontinenz, Wunde sowie weiteres besonders fachlich qualifiziertes Personal) verlangt. Denn nur dann wäre die Bildung eines gesonderten Fachloses für die von der Ag gewünschten pflegerischen Leistungen möglich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11. Januar 2012, VII-Verg 52/11, und vom 8. September 2011,

VII-Verg 48/11). Abgesehen davon darf ein Auftraggeber jedoch gemäß 97 Abs. 4 S. 3 GWB auf die Bildung von Losen abweichen, wenn u.a. wirtschaftliche Gründe dies erfordern. So verhält es sich auch hier. Denn die Trennung der ausgeschriebenen pflegerischen von den Lieferleistungen würde wegen des relativ geringen Umfangs und Werts der erstgenannten im Verhältnis zu den zu erbringenden Lieferleistungen zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung des Auftrags führen, da der pflegerische Anteil an der ausgeschriebenen Leistung schon deshalb nicht im Vordergrund steht, weil die Ag den Einsatz von Pflegeexperten zwar vorschreibt, hierfür aber auch einen ganz geringen Anteil (weniger als eine Vollzeitkraft pro Los) zulässt. Zu berücksichtigen ist hierbei außerdem, dass die Ag bereits 20 (Gebiets-)Lose gebildet hat. Deren Anzahl würde sich durch die je Gebiet zusätzlich zu bildenden Fachlose verdoppeln – und dementsprechend der Aufwand für die Ag für die gesonderte Wertung der Angebote, für den jeweiligen Vertragsabschluss und bei der Vertragsdurchführung, insbesondere der Koordinierung der jeweiligen Tätigkeiten der Vertragspartner bei ihrem Versicherten vor Ort (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012, aaO.). Ein weiterer, von der Ag unerwünschter Effekt der Bildung von Fachlosen wäre, dass der jeweilige Stomaträger i.d.R. von zwei unterschiedlichen Anbietern versorgt werden würde. Diese, teilweise bereits in der Vergabeakte, im Übrigen im Nachprüfungsverfahren von der Ag vorgetragenen Erwägungen sind objektiv nachvollziehbar, also von den Grenzen des nur eingeschränkt überprüfbaren Bestimmungsrechts der Ag gedeckt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 8. September 2011, aaO., und vom 25. November 2009, VII-Verg 27/09). Ob die Ag die Leistungsbereiche „pflegerische Leistungen“ und „Lieferung von Hilfsmitteln“ aus sozialrechtlichen Gründen kombinieren und gemeinsam ausschreiben durfte, ist für die Beurteilung nach § 97 Abs. 4 GWB unerheblich. Es erscheint zudem aber auch fernliegend, dass hier überhaupt eine echte Verbindung der sozialrechtlichen Leistungsbereiche „Lieferung von Hilfsmitteln“ und „Pflegeleistungen“ vorliegt, da die Vorgabe, zwingend Pflegeexperten einzusetzen, einen derart marginalen Charakter aufweist (siehe hierzu bereits die vorstehenden Ausführungen), dass bereits aus diesem Grund keine sozialrechtswidrige Verbindung unterschiedlicher sozialrechtlicher Leistungsbereiche angenommen werden kann.

Da die Entscheidung der Ag, keine Fachloses zu bilden, im Ergebnis nicht zu beanstanden ist, kommt es nicht darauf an, dass die maßgeblichen Gründe hierfür nur teilweise bereits in der Vergabeakte dokumentiert wurden und im Übrigen von der Ag erst in der mündlichen Verhandlung vorgetragen wurden. Denn es wäre eine überflüssige Förmerei, eine

Wiederholung oder Aufhebung des Vergabeverfahrens wegen einer unzureichenden Dokumentation anzuordnen, wenn die Ag anschließend erneut von einer Fachlosbildung absehen dürfte (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2011, aaO.).

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.

Behrens

Dr. Dittmann