



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 14/18

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „*Hilfsmittelversorgung* [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Fischer auf die mündliche Verhandlung vom 5. März 2018 am 14. März 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

**Gründe:**

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), eine gesetzliche Krankenkasse, schrieb mit Bekanntmachung vom [...]. Je Los wird mit bis zu drei Bietern ein Rahmenvertrag nach § 127 Abs. 1 des fünften Sozialgesetzbuches (SGB V) geschlossen, sofern eine ausreichend große Zahl von Bietern die Eignungs- und Zuschlagskriterien erfüllt (sog. 3-Partnersystem). Der Zuschlag auf das drittplatzierte Angebot wird allerdings nur dann erteilt, wenn der Abstand zwischen dem zweit- und drittplatzierten Angebot nicht die Schwelle von 15% überschreitet (siehe Ziffer I.11 der Vergabeunterlagen). Zwischen den so von der Ag ausgewählten zwei oder drei Vertragspartnern gewährt die Ag ihren Versicherten ein Wahlrecht und erteilt den Einzelauftrag entsprechend (vgl. § 33 Abs. 6 Satz 4 SGV V).

Gegenstand der Ausschreibung ist die Versorgung der Versicherten mit Geräten nebst Zubehör und Verbrauchsmaterialien zur häuslichen intermittierenden und lebenserhaltenden Beatmung der Versicherten und begleitender Service- und Dienstleistungen, die auf Basis von Pauschalen abgerechnet werden. Die Versorgung erfolgt im Allgemeinen im Anschluss an einen stationären Aufenthalt der Versicherten, bei dem diese durch den behandelnden Krankenhausarzt bereits im Krankenhaus auf ein konkretes Produkt eingestellt werden und dasselbe Produkt zwingend zur Weiterversorgung im ambulanten Bereich eingesetzt werden muss. Dementsprechend verordnet der behandelnde Krankenhausarzt nicht die Produktart (sog. 7-Steller), sondern das konkrete Einzelprodukt (10-Steller), der auf diese Weise die Nachfrage für [...] nebst Zubehör im ambulanten Bereich steuert. [...]. Aufgrund dieser Besonderheit schrieb die Ag die Versorgung mit den [...] als Portfolioausschreibung aus, bei der der Auftragnehmer das im Krankenhaus ausgewählte und an die Bedürfnisse des Versicherten angepasste Gerät zu liefern hat.

Zuschlagskriterien der Ausschreibung sind der Angebotspreis (siehe Ziffer I.11.1 i.V.m. Ziffer I.10 der Vergabeunterlagen) und eine Qualitätsbewertung hinsichtlich der zu erbringenden begleitenden Nachsorgedienstleistungen. Zur Qualitätsbewertung der Dienstleistungen haben die Bieter die Fragen des Tabellenblatts „Qualitätskriterien“ („Anlage 04“ zu den Vergabeunterlagen) zu beantworten. Diese Anlage 04 definiert neun Qualitätskriterien. Diese fassen zum einen qualitative Anforderungen zusammen, die bereits in der Leistungsbeschreibung (Teil II der Vergabeunterlagen) genannt sind (unter Verweis auf die

einschlägige Fundstelle in den Vergabeunterlagen) und definiert darüber hinausgehende Leistungsmerkmale. Für jedes der neun in der Anlage 04 genannten Qualitätskriterien werden 100 Wertungspunkte für die Erfüllung der in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen („*Mindestanforderung an die Leistungserbringung*“ - vgl. Ziffer I.11.2 der Vergabeunterlagen) ausgelobt. Weitere insgesamt 100 Zusatzpunkte sollen für das Erreichen der in der Anlage 04 aufgeführten weitergehenden Leistungsmerkmale vergeben werden. Auf diese Weise werden für alle neun Qualitätskriterien insgesamt 900 Punkte zuzüglich insgesamt 100 Punkte für die Erfüllung weitergehender Leistungsmerkmale ausgelobt. Die maximal zu erreichende Punktzahl beträgt 1.000 Punkte. Die so erreichten Punkte je Qualitätskriterium werden allerdings unterschiedlich mit einem Prozentsatz zwischen 5 und 20% gewichtet und mit diesem Faktor multipliziert. Die Gesamtbewertung der Angebote nach ihrer Wirtschaftlichkeit erfolgt aufgrund der Richtwertmethode, bei der die Gesamtsumme der Wertungspunkte durch den Angebotspreis dividiert und dieser Quotient mit dem Faktor 1.000 multipliziert wird (siehe Ziffer I.11.3 der Vergabeunterlagen). Die in der Anlage 04 zu den Vergabeunterlagen aufgeführten neun gewichteten Qualitätskriterien lauten:

1. Prozentsatz der Nachfrageabdeckung an [...] (Gewichtung 15%, Mindestanforderung 50%, 10 Zusatzpunkte für eine Quote von 75% - vgl. Ziffer I.13 der Vergabeunterlagen),
2. Zeitraum für die Abholung des reservierten Hilfsmittels beim Zentrallager (Gewichtung: 10%, Mindestanforderung innerhalb von 72 Stunden, 5 Zusatzpunkte für 48 bis 72 Stunden, 10 Zusatzpunkte für unter 48 Stunden - vgl. Ziffer II.5.4 der Vergabeunterlagen),
3. Zeitraum für die Übermittlung des Kostenvoranschlags an die Ag (Gewichtung 10%, Mindestanforderung 48 Stunden, 10 Zusatzpunkte für weniger als 48 Stunden - vgl. Ziffer II.5.5 der Vergabeunterlagen),
4. Zeitraum für die Auslieferung des Hilfsmittels an den Versicherten nach Kostenübernahmeerklärung der Ag (Gewichtung 10%, Mindestanforderung 2 Werktag, 10 Zusatzpunkte für einen Werktag - vgl. Ziffer II.5.7.2 der Vergabeunterlagen),
5. Zeitraum zur Bereitstellung eines Hilfsmittels auf Anforderung eines Krankenhauses zur Anpassung an den Versicherten (Gewichtung 20%, Mindestanforderung 24 Stunden, 5 Zusatzpunkte zwischen 12 und 24 Stunden, 10 Zusatzpunkte für unter 12 Stunden und 15 Zusatzpunkte für weniger als 6 Stunden - vgl. Ziffer II.5.8 der Vergabeunterlagen),

6. Zeitfenster zur Durchführung des medizintechnischen Notdienstes (Gewichtung 20%, Mindestanforderung 24 Stunden, 5 Zusatzpunkte zwischen 12 und 24 Stunden, 10 Zusatzpunkte für unter 12 Stunden und 15 Zusatzpunkte für weniger als 6 Stunden - vgl. Ziffer II.5.8 der Vergabeunterlagen),
7. Quote der Servicehotline zur persönlichen Entgegennahme von eingehenden Anrufen (Gewichtung 5%, Mindestanforderung 90%, 10 Zusatzpunkte für weniger als 90% - vgl. Ziffer II.5.8 der Vergabeunterlagen),
8. Quote der Servicehotline hinsichtlich der Wartezeit der Versicherten bis zur Entgegennahme des Anrufes von höchstens 20 Sekunden (Gewichtung 5%, Mindestanforderung 80%, 10 Zusatzpunkte für weniger als 80% - vgl. Ziffer II.5.8 der Vergabeunterlagen),
9. Qualität des Beschwerdemanagements (Gewichtung 5%, Mindestanforderung Vorhandensein, 10 Zusatzpunkte für Vorhandensein eines zertifizierten Beschwerdemanagements nach ISO-Norm - vgl. Ziffer II.5.9 der Vergabeunterlagen).

Auf entsprechende Bieterfragen stellte die Ag durch eine allgemeine Bieterinformation (Nr. 330) klar, dass die von den Bietern im Rahmen der Qualitätsbewertung (Anlage 04) gemachten Angaben im Falle der Zuschlagserteilung Vertragsgegenstand werden, dass es aus Sicht der Ag lediglich einer entsprechenden Organisation der betrieblichen Abläufe bedürfe, um Zusatzpunkte zu generieren, dass die zur Erfüllung der Angaben erforderlichen Prozesse erst zu Vertragsbeginn vorgehalten werden müssten, die Ag aber bei nicht plausiblen Angaben Aufklärung bei den zum Zuschlag vorgesehenen Bietern betreiben werde.

In der Ausschreibungsbekanntmachung wurde als Schlusstermin zur Einreichung der Angebote nach Verlängerung der 7. Februar 2018 festgelegt. Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht Angebote zu allen Gebietslosen ab.

Mit Schreiben vom 12. Januar 2018 rügte die ASt das Wertungssystem der Ag als vergabe- und sozialrechtswidrig. Die in Ziffer I.11.3 der Vergabeunterlagen niedergelegte erweiterte Richtwertmethode in Verbindung mit der Bewertungsformel und den in Anlage 04 enthaltenen Qualitätskriterien verstoße gegen § 127 Abs. 1b, Satz 5, 2. HS SGB V. Die Qualitätskriterien seien in unzulässiger Weise ausgestaltet und es fehle ihnen an einer ausgewogenen Differenzierung. Insbesondere seien die Qualitätskriterien nicht überprüfbar.

Mit Schreiben vom 22. Januar 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass sie die Rüge zurückweise. Soweit die ASt auf die mangelnde Überprüfbarkeit der Qualitätskriterien abstelle, unterliege sie einem Irrtum. Dass die Ag die Plausibilität der Angaben prüfen werde, sei bereits durch die Bieterinformation Nr. 330 klargestellt worden. Im Übrigen seien die Zuschlagskriterien transparent aufgrund der Entscheidungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers gem. § 127 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) festgelegt worden. Auch ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1b SGB V sei nicht ersichtlich. Die Ag stelle die gesetzlich geforderte Qualität der Leistungserbringung entweder durch Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung oder durch eine Bewertung von nicht preislichen Kriterien sicher.

Am 6. Februar 2018 erfolgte eine weitere Bieterinformation (Nr. 340), die bezugnehmend auf die Bieterinformation Nr. 330 klarstellte, dass sich die Ag von den für den Zuschlag vorgesehenen Bietern die Angaben in Anlage 04 der Vergabeunterlagen „*in einem kurzen Umsetzungskonzept erläutern lassen*“ werde.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 5. Februar 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.
  - a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag beanstandet die ASt eine unzulässige Ausgestaltung der Qualitätskriterien aufgrund mangelnder Überprüfbarkeit und Differenzierung, ein vergabe- und sozialrechtswidriges Wertungssystem und verweist auf die Überprüfung der Rechtmäßigkeit vergleichbarer Ausschreibungen durch das Bundesversicherungsamt.

Die Qualitätskriterien in der Anlage 04 zu den Vergabeunterlagen beruhten in sieben von neun Fällen ausschließlich auf Bieterangaben und enthielten entweder eine zeitliche oder prozentuale Komponente, deren Überprüfung durch die Ag nicht nachvollziehbar sei (ASt verweist exemplarisch auf Qualitätskriterien nach o.g. Nummerierung 2 bis 6 und 7). Es sei auch unklar, welche Konsequenzen Falschangaben der Bieter hätten. Dies verstoße gegen das Gebot der Transparenz gem. § 127 Abs. 4 GWB. Weiterhin differenzierten die Qualitätskriterien nicht ausreichend zwischen den Qualitäten der Leistungserbringung. Dies werde exemplarisch für alle Qualitätskriterien anhand des dritten Qualitätskriteriums (Zeitraum für die Übermittlung des Kostenvoranschlags an die Ag) deutlich. Die Mindestvorgabe sei ein Zeitraum von 48 Stunden. Soweit ein Bieter angebe, einen Kostenvorschlag in weniger als 48 Stunden – etwa in 47 Stunden 59 Minuten und 59

Sekunden – zu übermitteln, würde er 10 Zusatzpunkte mehr erhalten, als ein Bieter, der angebe, eine Sekunde mehr zu benötigen. Dies verstoße ebenfalls gegen das Transparenzgebot sowie das Gebot wirksamen Wettbewerb zu gewährleisten. Weiterhin sei das Wertungssystem vergabe- und sozialrechtswidrig. Nach § 127 Abs. 1b SGB V müsse die Qualität mit mindestens 50% bewertet werden. Aufgrund des hohen Ansatzes der Mindestqualitätsvorgaben mit 900 von 1000 Punkten werde Qualität de facto überhaupt nicht bewertet und es verbleibe lediglich ein Korridor von 10% für eine qualitative Wertung der Angebote. Tatsächlich finde ein reiner Preiswettbewerb statt, weil eine Differenzierungsmöglichkeit der Bieter über ihre Leistungsqualität nicht mehr möglich sei. Dies werde daran deutlich, dass eine Preisabweichung zwischen zwei Bietern von 10% nicht mehr durch eine bessere Qualitätsbewertung ausgeglichen werden könne. Die letzte Klarstellung (Bieterinformation Nr. 340) der Ag zum Umgang mit den Angaben in Anlage 04 zu den Vergabeunterlagen sei außerdem deutlich verspätet erst am Tag vor der Angebotsabgabe übermittelt worden.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. das Vergabeverfahren zur Ausschreibung der Hilfsmittelversorgung der Versicherten der Ag zur [...] der Ag wird in den Stand vor Bekanntmachung des Vergabeverfahrens zurückversetzt und der Ag aufgegeben, das Verhandlungsverfahren bei Fortbestehen der Vergabeabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen,
2. hilfsweise andere geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Vergaberechtskonformität des Verfahrens zur Ausschreibung der Hilfsmittelversorgung der Versicherten der. Ag [...] zu treffen,
3. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen und
5. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 5. Februar 2018 zurückzuweisen,

2. der ASt die Kosten des Verfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig sei, weil die Vorschrift des § 127 Abs. 1b SGB V nicht bieterschützend sei und die ASt nicht vorgetragen habe, inwiefern ihr durch einen Verstoß gegen diese Vorschrift ein Schaden drohe bzw. ein etwaiger Verstoß bei der Ausgestaltung der Qualitätskriterien ursächlich geworden sei, weil die ASt bei der Qualitätswertung die volle Punktzahl erhalten habe. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil nicht gegen die Vorschrift verstoßen werde. Bei der verwendeten einfachen Richtwertmethode erfolge eine gleichmäßige Gewichtung von preislichem und nichtpreislichem Kriterium. Eine zu geringe Gewichtung der Qualitätskriterien von unter 50% folge auch nicht aus der Vorgabe einer bestimmten Punktzahl für die Erfüllung von Mindestkriterien. Diese sei erforderlich, um eine qualitativ hochwertige Leistung zu definieren und die geschuldete Versorgungsqualität sicherzustellen. Eine Unterschreitung der 50%-Vorgabe gem. § 127 Abs. 1b SGB V sei im Übrigen unschädlich, weil diese Vorschrift es den Krankenkassen grundsätzlich freistelle, die gesetzlich geforderte Qualität durch Vorgaben der Leistungsbeschreibung oder durch eine entsprechende Bewertung nichtpreislicher Kriterien zu erreichen. Weiterhin sei auch die Wahl und Ausdifferenzierung der Unterkriterien nicht zu beanstanden. Diese unterlägen der Bestimmungsfreiheit des Auftraggebers, würden bedarfsgerecht anhand der Beschaffungsinteressen ausgewählt und lediglich durch die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung beschränkt. Die Qualitätskriterien seien auch hinreichend ausdifferenziert, so dass sich je Angebot sehr unterschiedliche Ergebnisse ergeben hätten. Es sei der Definition von Grenzwerten immanent, dass diese sowohl leicht über-, als auch unterschritten werden könnten und dies zu unterschiedlichen Bewertungen führe. Die ASt habe keinen Anspruch darauf, dass Unterkriterien nach ihren Vorstellungen ausdifferenziert werden. Im Übrigen sei das von der ASt exemplarisch angeführte dritte Kriterium nur mit einem Gewichtungsfaktor von 5% in die Qualitätsbewertung eingeflossen. Für eine mangelnde Prüfung bzw. Überprüfbarkeit der Zuschlagskriterien ergäben sich aus dem Vortrag der ASt keine Anhaltspunkte. Bei der Prüfung von Bieterangaben handele es sich immer um eine Bewertung zukunftsbezogener Leistungsversprechen, bei der die Vergabestelle grundsätzlich den Angaben Glauben schenken müsse und etwas anderes nur dann gelten könne, wenn konkrete Anhaltspunkte auf fehlenden Vertragserfüllungswillen hindeuten. Zur mangelnden Zweckmäßigkeit der Ausschreibung habe die ASt keine näheren Ausführungen gemacht.

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

In der mündlichen Verhandlung am 5. März 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. 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) Der Antrag ist statthaft. Ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher gemischter Liefer- und Dienstleistungsauftrag im Anwendungsbereich der Vergabeverordnung (VgV) liegt vor. Die Ag ist als gesetzliche Krankenkasse öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB (EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, C-300/07, „Oymanns“; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Dezember 2008, 1 BvR 1665/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16) und als solche zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge verpflichtet.

Der für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge einschlägige Schwellenwert von 209.000 Euro (§ 106 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c) der EU-Richtlinie 2014/24/EU und Art. 1 lit. c) der – aufgrund der noch im Jahr 2017 erfolgten Bekanntmachung – anzuwendenden EU-Verordnung 2015/2170 vom 24. November 2015) nach der Auftragswertschätzung der Ag (vgl. Vergabevermerk, S. 5) vorliegend überschritten. Der streitgegenständliche Auftrag umfasst zwar nicht ausschließlich die Lieferung [...], sondern beinhaltet auch einen Dienstleistungsanteil, nämlich den Betrieb eines medizintechnischen Notdienstes sowie einer telefonischen „Servicehotline“ für die Versicherten der Ag. Dieser Dienstleistungsanteil ergänzt aber nur die Lieferung der Geräte und steht in seiner Bedeutung sowie dem Wertanteil hinter der Lieferung zurück. Ob der Dienstleistungsanteil unter das Sonderregime der von § 130 GWB erfassten



sozialen Dienstleistungen fällt, kann daher offen bleiben, denn gemäß dem Rechtsgedanken der §§ 110, 103 Abs. 2 Satz 2 GWB kommt es für die Zuordnung auf den Hauptgegenstand, hier die Lieferung, an (vgl. auch 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 13. Februar 2018).

- b) Die ASt ist antragsbefugt gem. § 160 Abs. 2 GWB. Nach dieser Vorschrift ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

aa) Diesen Anforderungen wird der Nachprüfungsantrag der ASt gerecht. Unabhängig davon, dass sie inzwischen ein Angebot abgegeben hat, wird ihr Auftragsinteresse vorliegend bereits durch ihre vorprozessuale Rüge und ihren Nachprüfungsantrag belegt, in denen die ASt geltend gemacht hat, das Vergabeverfahren dürfe aus mehreren Gründen so nicht fortgeführt werden (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 22/13 m.w.N.). Da diese Vergaberechtsverstöße die Erstellung ihres Angebots betreffen, hat sie darüber hinaus insoweit nicht nur schlüssig eine Verletzung in eigenen Rechten behauptet, sondern ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht, weil die Angebotserstellung auf der Grundlage von Vergabebedingungen, die die ASt für rechtswidrig hält, auch ihre Zuschlagschancen beeinträchtigen kann. Insofern kommt es nicht darauf an, ob sich der drohende Schaden infolge der Angebotsangabe der ASt und der daraufhin erfolgten Qualitätsbewertung, bei der die ASt die volle Punktzahl in der Qualitätsbewertung erhalten hat, nachträglich realisiert hat oder nicht. Eine Beeinträchtigung der Zuschlagschancen kann darüber hinaus auch dadurch drohen, dass konkurrierende Wettbewerber aufgrund fehlerhaft ausgestalteter Zuschlagskriterien zu Unrecht eine zu gute Bewertung erhalten.

bb) Die ASt ist auch im Hinblick auf ihre Rüge, die Ag habe durch die Ausgestaltung der Zuschlagskriterien gegen § 127 Abs. 1b SGB V verstoßen, antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Anders als die Ag meint, handelt es sich bei § 127 Abs. 1b SGB V um eine bieterschützende Vorschrift im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB, auf die sich die ASt somit berufen kann. Nach § 97 Abs. 6 GWB haben die Unternehmen Anspruch darauf, dass

die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten werden. § 127 Abs. 1, letzter Satz SGB V stellt klar, dass bei Beschaffungsvorhaben oberhalb der Schwellenwerte die Vorschriften über den 4. Teil des GWB einzuhalten sind. § 127 Abs. 1b Satz 1 GWB schreibt vor, dass bei Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Daraus ergibt sich, dass die Vorschrift des § 127 Abs. 1b SGB V eine einzuhaltende Bestimmung über das Vergabeverfahren im Sinne von § 97 Abs. 6 GWB ist.

§ 127 Abs. 1b SGB V entspricht überdies in seiner Funktion dem § 127 Abs. 1, 3 und 4 GWB, der als vergabeverfahrensrechtliche Vorschrift die Erteilung des Zuschlags regelt und unstreitig einen bieterschützenden Zweck hat. Es ist daher nicht ersichtlich, dass dies nicht auch für die speziell für die Beschaffung von Hilfsmitteln geschaffene vergabeverfahrensrechtliche Regelung des § 127 Abs. 1b SGB V gelten soll (vgl. Vergabekammern des Bundes, VK 2 - 5/18, Beschluss vom 13. Februar 2018, VK 1 - 131/17, Beschluss vom 7. Dezember 2017 und VK 1 - 161/17, Beschluss vom 15. Februar 2018).

- c) Die ASt hat auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB genügt, indem sich noch innerhalb der Angebotsabgabefrist die Vergaberechtsverstöße geltend machte. Auch die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wird gewahrt.
2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung ist vergaberechtskonform und verstößt weder gegen § 127 Abs. 1b SGB V, durch eine unzureichende Berücksichtigung nichtpreislicher Anforderungen (a), noch liegt ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 und 4 GWB aufgrund unzureichender Transparenz, Überprüfbarkeit und Ausdifferenzierung der Qualitätskriterien vor (b).
- a) Der Umfang, in dem die Ag ihre Zuschlagsentscheidung auf die Kriterien Preis und Qualität abgestellt hat, ist vergaberechtskonform. Es liegt keine unzureichende Wertung nichtpreislicher Kriterien entgegen der Vorschrift des § 127 Abs. 1b SGB V aufgrund des Umstandes vor, dass die Erreichung der qualitativen Mindestanforderungen mit 900 von 1.000 Punkten bewertet wird und darüber hinaus lediglich 100 Zusatzpunkte für eine weitergehende Wertung der Qualität der Leistungserbringung vergeben werden.

aa) § 127 Abs. 1b Satz 1 SGB V bestimmt, dass bei Ausschreibungen nach § 127 Absatz 1 SGB V der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist. Satz 2 bestimmt, dass der Preis nicht das alleinige Zuschlagskriterium sein darf. Satz 3 definiert ein Berücksichtigungsgebot für den öffentlichen Auftraggeber, wonach verschiedene qualitative Kriterien zu berücksichtigen sind, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. In Satz 4 heißt es: *„Die Leistungsbeschreibung oder die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass qualitative Aspekte angemessen berücksichtigt sind; soweit diese qualitativen Anforderungen der Liefer- oder Dienstleistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind, darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die nicht den Preis oder die Kosten betreffen, 50 Prozent nicht unterschreiten.“*

Der Wortlaut in Satz 4 ist insofern eindeutig, als qualitative Anforderungen sowohl in der Leistungsbeschreibung als auch in den Zuschlagskriterien berücksichtigungsfähig sind. Dies entspricht auch der Intention in der Regierungsbegründung zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetz – HHVG). Darin heißt es: *„Werden die qualitativen Anforderungen der Liefer- und Dienstleistungen nicht erschöpfend in der Leistungsbeschreibung festgelegt, müssen kostenfremde Aspekte wie beispielsweise die Qualität bei der Zuschlagserteilung in Höhe von nicht weniger als 40 Prozent berücksichtigt werden.“* (BT-Drs. 18/10186 vom 2. November 2016, Gesetzentwurf der Bundesregierung zum HHVG, S. 33). In der Beschlussempfehlung des Gesundheitsausschusses des Bundestages wurde allerdings vorgeschlagen, anstatt *„nicht erschöpfend in der Leistungsbeschreibung festgelegt“* durch *„nicht bereits [...] festgelegt“* zu ersetzen und den Prozentsatz von 40 auf 50 Punkte anzuheben (BT-Drs. 18/11205 vom 15. Februar 2017, Gesetzentwurf der Bundesregierung zum HHVG, S. 19f.). In dieser Form wurde das HHVG vom Bundestag auch verabschiedet (BR-Drs. 135/17(B) vom 17. Februar 2017).

In der Begründung des Gesundheitsausschusses heißt es weiter: *„Um Rechtsunsicherheit über die Frage zu vermeiden, wann eine „erschöpfende“ Leistungsbeschreibung für eine wettbewerbliche Ausschreibung von Hilfsmitteln vorliegt, die eine gewichtete Zuschlagsentscheidung anhand von Qualitätsaspekten entbehrlich macht, wird das Verhältnis zwischen Leistungsbeschreibung und Zuschlagskriterien mit der Änderung verdeutlicht. Werden bestimmte Qualitätsanforderungen bereits in der*

*Leistungsbeschreibung formuliert, gelten sie für alle potentiellen Bieter gleichermaßen als Voraussetzung und die Auswahl zwischen insoweit gleichen Angeboten erfolgt letztlich anhand anderer Zuschlagskriterien. Angebote von Anbietern, die diese Qualitätsanforderungen nicht erfüllen, werden von vornherein nicht berücksichtigt. Demgegenüber ermöglichen Qualitätsaspekte als Zuschlagskriterien eine zusätzliche Abwägungsentscheidung zwischen insoweit noch unterschiedlichen Angeboten. Erst die Gewichtung der verschiedenen Zuschlagskriterien über Qualität und Kosten bestimmt dann die Auswahlentscheidung. Nach vergaberechtlichen Grundsätzen ist allerdings eine doppelte Berücksichtigung der gleichen Qualitätsaspekte gleichzeitig auf Ebene der Leistungsbeschreibung und der Zuschlagserteilung nicht zulässig. Insoweit hat die ausschreibende Krankenkasse im Voraus festzulegen, wie bzw. auf welcher Ebene sie die zusätzlichen Qualitätsaspekte berücksichtigt. Die Krankenkassen haben das Ausschreibungsverfahren in jedem Fall so zu gestalten, dass durch Qualitätsaspekte (ob in der Leistungsbeschreibung oder als Zuschlagskriterium) ein effektiver Wettbewerb um eine wirtschaftliche und qualitätsgesicherte Versorgung tatsächlich erreicht wird. Eine Ausschreibung, bei der lediglich die allgemein verbindlichen Qualitätsanforderungen (z. B. die des Hilfsmittelverzeichnisses) in der Leistungsbeschreibung enthalten sind und bei der der Zuschlag dann nur nach Preis oder Kosten erfolgt, erfüllt jedenfalls nicht die gesetzlichen Anforderungen an einen Qualitätswettbewerb.“ (BT-Drs. 18/11205 vom 15. Februar 2017, Gesetzentwurf der Bundesregierung zum HHVG, S. 33).*

Diese Begründung des Gesundheitsausschusses ist zumindest auslegungsbedürftig, wenn nicht mehrdeutig. Zum einen lässt es diese Begründung ausdrücklich weiterhin zu, dass eine Qualitätsbewertung grundsätzlich durch eine erschöpfende Leistungsbeschreibung entbehrlich gemacht werden kann. Zum anderen widerspricht sie diesem Befund mit der späteren Aussage, dass die Festlegung allgemein verbindlicher Qualitätsanforderungen in der Leistungsbeschreibung nicht den gesetzlichen Anforderungen an einen Qualitätswettbewerb entspreche.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Überprüfung der vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Bewertungsmethode eine Gesamtschau vorzunehmen und diese nur dann zu beanstanden, wenn sich diese „im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergaberechts unvereinbar erwiese“ (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, Rn. 33). Dies ist vorliegend nicht der Fall.

Das streitgegenständliche Wertungssystem verstößt jedenfalls nicht gegen § 127 Abs. 1b SGB V nach dem Wortlaut der Vorschrift im Lichte der im Gesetzgebungsprozess angegebenen Begründungen. Die Ag hat in Ziffer I.11.1 und I.11.2 der Vergabeunterlagen sowohl eine Preis- als auch eine Qualitätswertung festgelegt, wobei das Preis-Leistungs-Verhältnis der Angebote nach der in Ziffer I.11.3 niedergelegten Formel aus dem Quotient der in der Qualitätswertung erzielten Gesamtpunktzahl und des Angebotspreises ermittelt wird. Diese Berechnungsmethode lässt keinen Rückschluss auf eine untergeordnete Einbeziehung qualitativer Aspekte zu. Die Ag weist zu Recht darauf hin, dass bei dieser Berechnungsweise grundsätzlich sichergestellt wird, dass beide in die Berechnung einbezogenen Kriterien gleichmäßig berücksichtigt werden. Damit ist die Vorgabe einer Berücksichtigung nichtpreislicher Kriterien zu mindestens 50% erfüllt (§ 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V).

Dabei ist weiterhin zu berücksichtigen, dass die streitgegenständliche Ausschreibung als Portfolio-Ausschreibung ausgestaltet ist, bei der die Auswahl der zu liefernden Produkte bereits durch den behandelnden Krankenhausarzt verbindlich festgelegt wird. In Ermangelung einer Auswahl auf der Produktebene wird insoweit von vorneherein kein Qualitätswettbewerb eröffnet. Vielmehr bleibt es bezüglich des Lieferanteils bei einem reinen Preiswettbewerb aufgrund der von den Bietern angebotenen Lieferpauschalen. Auch dieser steht im Einklang mit der durch das HHVG angestrebten Qualitätsverbesserung im Hilfsmittelbereich, denn mehr als die Einhaltung der qualitativen Mindestanforderungen des Hilfsmittelverzeichnis schreibt das Sozialrecht auch nach der Novellierung durch das HHVG nicht vor. Die Vorschrift des § 127 Abs. 1 S. 3 SGB V, wonach den Verträgen zwischen Krankenkasse und Leistungserbringern „*mindestens*“ die im Hilfsmittelverzeichnis festgelegten Qualitätsanforderungen zugrunde zu legen sind, wurde nämlich durch das HHVG nicht verändert (vgl. auch § 33 Abs. 1 S. 2 i.V.m. § 12 Abs. 1 und § 70 Abs. 1 SGB V). Dies wird dem Zweck des Hilfsmittelverzeichnisses gerecht, alle Qualitätsanforderungen festzulegen, die zur Gewährleistung einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung erforderlich sind (siehe § 139 Abs. 2 S. 1 SGB V). Auch das im SGB V geltende Wirtschaftlichkeitsgebot steht der Gewährung von Leistungen entgegen, die das Maß des Notwendigen überschreiten (BSG, Urteil vom 10.03.2015, B 1 KR 3/15/R). Insofern steht die Aussage in der Begründung des Bundestags-Gesundheitsausschuss, nach denen es nicht den „*gesetzlichen Anforderungen an einen*“

Qualitätswettbewerb“ genüge, wenn „lediglich die allgemein verbindlichen Qualitätsanforderungen (z. B. die des Hilfsmittelverzeichnisses) in der Leistungsbeschreibung enthalten“ seien, im Widerspruch zu Normzweck und Wortlaut des HHVG und der Systematik des SGB V im Übrigen. Es gibt vor diesem Hintergrund keine Pflicht einer Krankenkasse, hier der Ag, von einer Portfolioausschreibung absehen zu müssen und stattdessen eine Auswahlentscheidung in Bezug auf Produkte und deren Qualität herbeiführen zu müssen. Im Gegenteil ist das Anliegen der Ag, ihren Versicherten die gesamte Produktpalette zur Verfügung zu stellen, in deren Interesse.

Es widerspricht auch nicht den Maßgaben des § 127 Abs. 1b SGB V, dass die Ag bereits in der Leistungsbeschreibung hohe qualitative Mindestanforderungen an den Dienstleistungsanteil gestellt hat. Vielmehr hätte es dieser Vorschrift nach Wortlaut und den Gesetzesbegründungen (soweit widerspruchsfrei auslegbar) durchaus auch genügt, eine hinsichtlich der qualitativen Anforderungen erschöpfende Leistungsbeschreibung zu erstellen. Die Ag hat sich darauf jedoch nicht beschränkt, sondern hat über die in Anlage 04 aufgelisteten neun Qualitätskriterien den Bietern die Möglichkeit eröffnet, sich durch eine Übererfüllung der qualitativen Mindestanforderungen hinsichtlich der Nachsorgedienstleistungen Zusatzpunkte zu erwerben und sich dadurch im Wettbewerb von den anderen Bietern abzuheben.

Vor diesem Hintergrund kann die ASt mit ihrem Vortrag, der Ansatz der qualitativen Mindestanforderungen mit 90% sei zu hoch und verletze sie in ihren Rechten, weil diese keinen noch weitergehenden Qualitätswettbewerb und eine Kompensation einer mehr als 10% Preisabweichung erlaube, nicht durchdringen. Ein öffentlicher Auftraggeber genießt einen Beurteilungsspielraum bei der Konzeption geeigneter Zuschlagskriterien und muss diese nicht so zuschneiden, dass es zum Unternehmenskonzept jedes möglichen Bieters passt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12 m.w.N.). Es ist insbesondere nicht als beurteilungsfehlerhaft zu beanstanden, dass die Ag die hohen Mindestanforderungen in die Gesamtqualitätsbewertung einbezogen hat, indem sie 900 von 1.000 Wertungspunkte für das Erreichen der Mindestanforderungen vorgesehen hat (Ziffer I.11.2). Mit dieser Vorgehensweise ist keine unzulässige (doppelte) Verwertung der qualitativen Mindestanforderungen als Ausschlussgrund und als Zuschlagskriterium verbunden. Vielmehr werden in Anlage 04 der Vergabeunterlagen allein die Kriterien für eine weitergehende Bewertung der Qualität der Dienstleistungserbringung aufgeführt und berücksichtigt. Diese werden

jedoch nicht nur untereinander (durch die aufgeführten Gewichtungspunkte), sondern durch die Punktevergabe auch im Verhältnis zu den qualitativen Mindestanforderungen gewichtet. Diese Vorgehensweise erlaubt es der Ag den Mehrwert des so eröffneten Qualitätswettbewerbs in ein aus Sicht der Ag sachdienliches Gesamtverhältnis zu setzen. So hat die Ag vorgetragen, dass eine weitergehende Beschleunigung einzelner Bearbeitungsschritte der die Lieferung begleitenden Dienstleistungen über ein bestimmtes Maß hinaus, weder für die Ag noch für die Versicherten einen qualitativen Vorteil bietet. Es widerspräche aber dem am Preis-Leistungs-Verhältnis orientierten Wirtschaftlichkeitsgebot, wenn in dieser Hinsicht geringfügige Vorteile einen übermäßigen Niederschlag in der Gesamtwertung finden würden. Diesen Aspekt im Rahmen des Wertungskonzepts zu berücksichtigen, in dem die zusätzlichen Qualitätskriterien ins Verhältnis der gesamten Angebotsqualität gesetzt werden, ist grundsätzlich durch den Beurteilungsspielraum der Ag gedeckt.

bb) Das Wertungskonzept der Ag entspricht überdies auch den Grundsätzen des allgemeinen Vergaberechts gem. § 127 Abs. 4 GWB. Ein öffentlicher Auftraggeber bestimmt nicht nur, was er beschafft, sondern auch die Kriterien, anhand denen er das für ihn wirtschaftlichste Angebot auswählt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11). Solange aufgrund der hinreichend klaren Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erwarten ist, dass die wertungsfähigen Angebote inhaltlich homogen und damit vergleichbar sind, kann die Wirtschaftlichkeit der Angebote dabei nach dem allgemeinen Vergaberecht i.S.d. Vierten Teils des GWB sogar allein oder auch überwiegend durch den Preis bestimmt werden. (vgl. § 127 Abs. 4 S. 1 GWB, BGH, Beschlüsse vom 4. April 2017, X ZB 3/17, und vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13).

cc) Da vorliegend das Sozial- und das GWB-Vergaberecht zum selben Ergebnis kommen, kann offen bleiben, ob § 127 Abs. 1b SGB V dem GWB-Vergaberecht spezialgesetzlich vorgeht oder ob oberhalb der Schwellenwerte nicht umgekehrt das Europäische Vergaberecht als höherrangiges Recht die Regelungen des § 127 SGB V im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung insgesamt verdrängt (vgl. § 127 Abs. 1 S. 7, § 69 Abs. 3 SGB V, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16).

- b) Die von der Ag in Ziffer I.11.2 i. V. m. Anlage 04 der Vergabeunterlagen aufgestellten Qualitätskriterien verstoßen auch nicht gegen § 127 Abs. 4 GWB aufgrund unzureichender Überprüfbarkeit und Ausdifferenzierung.

aa) Die Qualitätskriterien erlauben – im Gegensatz zur Einschätzung der ASt – gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB eine wirksame Überprüfung im Zuge des noch laufenden Vergabeverfahrens, ob und wieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Dabei geht es der ASt insbesondere um den Aspekt, dass eine Überprüfung, ob die Vorgaben, deren Einhaltung im Angebot zugesagt wird, im Rahmen der vertraglichen Abwicklung dann auch tatsächlich wie geschuldet umgesetzt wird.

(i) Nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB sollen die Zuschlagskriterien so bestimmt sein, dass willkürliche Entscheidungen ausgeschlossen und eine wirksame Überprüfung dahingehend „möglich“ ist, „ob und wieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen“. Die entsprechende Europäische Vergaberichtlinie stellt darüber hinaus klar, dass eine solche Überprüfung durch den Ag nur „im Zweifelsfall“ zu erfolgen hat (Art. 67 Abs. 4 Satz 3 RL 2014/24 EU). Es liegt in der Natur der Sache, dass die Überprüfbarkeit eines Leistungsversprechens über die Qualität zukünftiger Lieferungen und Dienstleistungen sich auf eine Prognoseentscheidung hinsichtlich der Erfüllbarkeit dieses Leistungsversprechens beschränken muss (OLG München, Beschluss vom 11. Mai 2007, Verg 04/07; sowie eingehend Opitz in Burgi/Dreher, Vergaberecht, 2017, § 127 Rn. 117). Bei derartigen Plausibilitätsprüfungen zur Verifizierung der Angaben ist anerkannt, dass dem Auftraggeber auch bei der Angebotswertung ein Beurteilungsspielraum zuzugestehen ist (BGH, Urteil vom 4. April 2017, X ZB 3/17; OLG München, Beschluss vom 17. September 2015, Verg 3/15; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22 August 2007, VII-Verg 27/07).

Im Rahmen dieses Beurteilungsspielraums ist der Auftraggeber nur dann zu einer Überprüfung verpflichtet, wenn konkrete Tatsachen vorliegen, die einen Rückschluss auf die tatsächlich nicht beabsichtigte Einhaltung des Leistungsversprechens zulassen. Im Übrigen darf der Auftraggeber sich auch ohne Überprüfung darauf verlassen, dass die Bieter ihre mit dem Leistungsversprechen verbindlich eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen auch einhalten werden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juli 2015, VII-Verg 11/15; KG, Beschluss vom 21. November 2014, Verg 22/13, sowie Opitz, aaO, § 127 Rn. 116). Soweit konkrete Tatsachen vorliegen, die das Leistungsversprechen



eines Bieters nicht plausibel erscheinen lassen, ist der Auftraggeber berechtigt, jederzeit im Vergabeverfahren bis zur Zuschlagserteilung von diesen Bietern in geeigneter Form Aufklärung zu verlangen.

Aus der von der ASt angeführten Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „*Wienstrom*“ (Urteil vom 4. Dezember 2013, C-448/01) und dem in der mündlichen Verhandlung zitierten Beschluss des OLG Frankfurt (Beschluss vom 16. Juni 2015, 11 Verg 3/15) ergibt sich nichts anderes. In der *Wienstrom*-Entscheidung hat der EuGH klargestellt, dass die Grundsätze der Transparenz und Gleichbehandlung insbesondere dem Zweck dienen, zu gewährleisten *„dass nachgeprüft werden kann, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“* (EuGH, aaO, Rn. 49). Dies korrespondiert mit dem in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB niedergelegten Willkürverbot. Dies setzt laut EuGH voraus, dass der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich in der Lage sein muss, die von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv dahingehend zu überprüfen, inwiefern diese die Zuschlagskriterien erfüllen (Rn. 50). Diese Grundsätze sah der EuGH in einer Situation verletzt, in der der Auftraggeber bei der Festlegung des Zuschlagskriteriums angab, weder bereit noch in der Lage zu sein, die Richtigkeit der Angaben des Bieters zu prüfen (Rn. 51). Der zitierte Beschluss des OLG Frankfurt verhält sich nicht zur Überprüfbarkeit von (qualitativen) Zuschlagskriterien, sondern zu einem Verstoß gegen das Nachverhandlungsverbot sowie zur Eignungsprüfung bei einer Frage der technischen Leistungsfähigkeit. Hierzu bestätigt auch das OLG Frankfurt, dass der öffentliche Auftraggeber nur bei hinreichenden tatsächlichen Anhaltspunkten an der Leistungsfähigkeit eines Bieters zu zweifeln, verpflichtet ist, diese auch zu überprüfen, wobei die Aufklärung zumutbar sein muss und es dabei genügt, wenn die Prognose noch vertretbar erscheint (OLG, aaO, Rn. 82 – zit. nach juris).

(ii) Im vorliegenden Fall fehlen jegliche Anhaltspunkte dafür, dass ein Bieter ein nicht erfüllbares Leistungsversprechen abgegeben und die Ag beurteilungsfehlerhaft von einer zumutbaren Überprüfung abgesehen oder ein solche Überprüfung zu unververtretbaren Einschätzungen geführt hat.

Soweit die ASt lediglich exemplarisch rügt, dass die Überprüfung der Qualitätskriterien Nummer 2 bis 5 nicht nachvollziehbar sei, ist dem entgegenzuhalten, dass sich alle diese Kriterien auf einzelne Vorgänge der Leistungserbringung im Verhältnis zwischen Auftragnehmer und Ag oder Versichertem bzw. Krankenhaus beziehen. Das ebenfalls

von der ASt bemängelte Qualitätskriterium Nummer 7 bezieht sich dagegen nicht auf einzelne Vorgänge, sondern bewertet insgesamt die Qualität der Erreichbarkeit der Servicehotline. Es ist nicht ersichtlich, weshalb derartige Leistungsversprechen, die unmittelbar auf die Sphäre der Ag und ihrer Versicherten bezogen sind, nicht einer effektiven Überprüfung zugänglich sein sollen und diese Überprüfung von der Ag in Zweifelsfällen nicht im laufenden Vergabeverfahren durch geeignete Maßnahmen erbracht werden kann.

Mit ihren allgemeinen Bieterinformationen (Nr. 330 und Nr. 340) hat die Ag überdies klargestellt, dass die Angaben der Bieter in der Anlage 04 im Falle der Zuschlagserteilung Vertragsgegenstand werden und dass sie nicht nur bei Zweifelsfällen überprüfen wird, sondern auch eine grundsätzliche Plausibilisierung der Angaben durch Einholung eines Umsetzungskonzepts vor Zuschlagserteilung vornehmen wird. Es ist dabei nicht zu beanstanden, sondern entspricht dem Verhältnismäßigkeitsgebot, dass die Ag diese Überprüfung auf die zum Zuschlag vorgesehenen Bieter beschränkt und nicht allen Ausschreibungsteilnehmern die damit verbundenen Kosten aufbürdet. Im Rahmen des der Ag zustehenden Beurteilungsspielraums ist die Anforderung eines Umsetzungskonzepts grundsätzlich ein taugliches Mittel zur Überprüfung der Erfüllbarkeit der Leistungsversprechen. Darüber hinaus ist die Anforderung von Unterlagen, Nachweisen, Bescheinigungen und Gütezeichen zur Überprüfung, inwiefern das Angebot den Anforderungen der Leistungsbeschreibung entspricht, auch ausdrücklich in den § 32 bis 34 VgV vorgesehen.

Soweit die ASt vorträgt, die allgemeinen Bieterinformation Nr. 340 durch die Ag sei am 6. Februar 2018 – einen Tag vor Ablauf Angebotsfrist – verspätet erfolgt, ist dies zurückzuweisen. Es handelt sich bei dieser Bieterinformation (Nr. 340) lediglich um eine weitere klarstellende Spezifikation zur vorherigen klarstellenden Bieterinformation (Nr. 330), mit der alle Bieter zeitgleich darüber informiert wurden, in welcher Form die Ag die bereits angekündigte Plausibilitätsprüfung der Bieterangaben zur Erfüllung der Qualitätskriterien bei den für einen Zuschlag vorgesehenen Bietern vornehmen werde. Es handelt sich daher um keine für die Entscheidung zur Abgabe oder Kalkulation des Angebots erhebliche Information, deren verspätete Übermittlung geeignet sein könnte, einen Bieter zu benachteiligen. Vielmehr muss jeder Bieter grundsätzlich immer damit rechnen, dass seine Angaben einer Plausibilitätsprüfung unterzogen und gegebenenfalls Belege zur Aufklärung angefordert werden.

Soweit die ASt geltend macht, dass es unklar sei, welche Konsequenzen Falschangaben der Bieter hätten, ist dem entgegenzuhalten, dass für solche Situationen das Vertragsrecht einschlägige Regelungen vorhält.

bb) Die von der ASt geltend gemachte mangelnde Ausdifferenzierung der Qualitätskriterien begründet keinen Vergaberechtsverstoß gem. § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB.

Wie bereits ausgeführt, ist Auswahl und Ausgestaltung geeigneter Zuschlagskriterien grundsätzlich dem öffentlichen Auftraggeber überlassen. Er genießt einen von den Nachprüfungsbehörden nur begrenzt kontrollierbaren Beurteilungsspielraum (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Mai 2012, VII-Verg 3/12). Die von der Ag gewählte Ausdifferenzierung hält sich im Rahmen des Vertretbaren und lässt keine Beurteilungsfehler erkennen. Ein Verstoß gegen die durch § 127 Abs. 4, Satz 1 GWB geschützte Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs, würde eine entsprechende Wettbewerbsverzerrung voraussetzen. Eine solche scheidet im vorliegenden Fall zum einen dadurch aus, dass alle Bieter dieselbe Möglichkeit hatten ein wettbewerbsfähiges Angebot auch aufgrund der transparent dargelegten Qualitätskriterien abzugeben. Zum anderen liegt auch keine das Gleichbehandlungsgebot und den wirksamen Wettbewerb beeinträchtigende Gleichbehandlung gravierend unterschiedlicher Angebote vor. Derart ausgeprägte Leistungsunterschiede sind bereits aufgrund der hohen qualitativen Mindestanforderungen ausgeschlossen.

Auch bezüglich der Qualitätskriterien Nummer 3, 7 und 8, die von ASt explizit gerügt werden, sind die Grenzen des Beurteilungsspielraums vorliegend nicht überschritten. Bei diesen drei Qualitätskriterien wird die exakte Erfüllung der qualitativen Mindestanforderungen mit 100 Punkten gewertet und jegliche Übererfüllung mit 10 Zusatzpunkten berücksichtigt. Der Vortrag der ASt ist grundsätzlich nachzuvollziehen, dass die Anforderungen für die Zusatzpunkte bei diesen Qualitätskriterien nicht sehr selektiv erscheinen. Die Ag hat zur Begründung ausgeführt, dass die Übererfüllung der qualitativen Mindestanforderungen bei diesen drei Kriterien für diese (und ihre Versicherten) nur einen „*überschaubaren Mehrwert*“ gehabt habe, was sich auch in der Gewichtung dieser Kriterien niedergeschlagen habe. Deshalb habe man auf eine weitergehende Ausdifferenzierung verzichtet. Auf die Möglichkeit und Zweckmäßigkeit einer noch weitergehenden Ausdifferenzierung einzelner Qualitätskriterien kommt es

allerdings vorliegend nicht an, weil diesbezüglich eine Verletzung des Beurteilungsspielraums durch die Ag nicht ersichtlich ist und die Ausdifferenzierung jedenfalls als nicht unvertretbar angesehen werden muss.

### III.

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

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

### 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.