Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 24/18

# 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 27. März 2018 am 3. April 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 [...] im offenen Verfahren die Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Versorgung ihrer

Versicherten mit Hilfsmitteln […]. 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. Drei-Partner-Modell). 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 Prozent 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 […] 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. Diese besondere Festlegung trifft die […] Richtlinie für […] insofern abweichend von der Hilfsmittel-Richtlinie (vgl. § 7 Abs. 3 der Richtlinie Gemeinsamen Bundesausschusses über die Verordnung von Hilfsmitteln in der vertragsärztlichen Versorgung). Aufgrund dieser Besonderheit schrieb die Ag die Versorgung mit den […] als Portfolioausschreibung aus, bei der der Auftragnehmer das im Krankenhaus vom behandelnden Arzt, aufgrund vertragsärztlicher Verordnung (vgl. Ziffer II.5.3 der Vergabeunterlagen), 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 Prozent 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 […]geräten,
2. Zeitraum für die Abholung des reservierten Hilfsmittels beim Zentrallager,
3. Zeitraum für die Übermittlung des Kostenvoranschlags an die Ag,
4. Zeitraum für die Auslieferung des Hilfsmittels an den Versicherten nach Kostenübernahmeerklärung der Ag,
5. Zeitraum zur Bereitstellung eines Hilfsmittels auf Anforderung eines Krankenhauses zur Anpassung an den Versicherten,
6. Zeitfenster zur Durchführung des medizintechnischen Notdienstes,
7. Quote der Servicehotline zur persönlichen Entgegennahme von eingehenden Anrufen,
8. Quote der Servicehotline hinsichtlich der Wartezeit der Versicherten bis zur Entgegennahme des Anrufes von höchstens 20 Sekunden,
9. Qualität des Beschwerdemanagements.

Als Leistungszeitraum ist in der Bekanntmachung unter Ziffer II.2.7 für die einzelnen Lose eine Vertragslaufzeit von 24 Monaten mit Verlängerungsoption festgehalten. Unter Ziffer II.6.3 der Vergabeunterlagen wird ausgeführt, dass die Ag die derzeit noch laufende Vereinbarung unmittelbar nach Zuschlagserteilung im streitgegenständlichen Verfahren mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende kündigen wird. Zum Vertragsbeginn heißt es: „*Dieser Vertrag tritt sodann am Tage nach dem Ende der vertraglichen Regelung über die Versorgung der Versicherten […] in Kraft*“.

Zum Umfang des erforderlichen Sicherheitsbestandes an […]geräten heißt es unter Ziffer II.1.1 der Vergabeunterlagen: *„Um die Versorgung der Versicherten der [Ag] innerhalb der vertraglichen Fristen zu gewährleisten, hat der Auftragnehmer einen ausreichenden Sicherheitsbestand (Mindest-, Reserve- oder eiserne Bestand) der vertraglichen 10-stelligen Hilfsmittel vorzuhalten. Die Höhe des Sicherheitsbestandes richtet sich nach der jeweiligen Beschaffungsdauer und dem durchschnittlichen Gebrauch."*
Zu den zu erbringenden Service- und Dienstleistungen enthalten die Vergabeunterlagen weitere Ausführungen unter Ziffer II.5.6 „*Beratung, Einweisung*", II.5.7.3 „*Inbetriebnahme des Hilfsmittels*", II.5.7.5 „*Nachbetreuung für die Dauer der Versorgung mit den vertragsgegenständlichen Hilfsmitteln*", II.5.7.6 „*Persönliche Beratungen*", II.5.7.7 „*Reparaturen am* […]", II.5.7.8 „*Wartungen am* […]", II.5.7.9 „*Sicherheitstechnische Kontrollen / Überprüfungen am* […]", II.5.7.10 „*Interimsversorgung*", II.5.7.11 „*Rückholung des* […]", II.5.8 „*Telefonische Erreichbarkeit und Kontaktdaten des Auftragnehmers / telefonischer Notdienst*", II.5.10 „*Personelle Anforderungen*" unter Verweis auf Anlage 08 „*Eigenerklärung über die personellen und fachlichen (Mindest-)Anforderungen*".
Unter Ziffer II.6.6 „*Mengengerüst Hilfsmittelversorgungen*" der Vergabeunterlagen heißt es: „*In der folgenden Tabelle: Anzahl versorgte Versicherte des Jahres 2016 wird das zu erwartende Mengengerüst der mit den vertragsgegenständlichen Hilfsmitteln zu versorgenden Versicherten aufgeteilt nach Regionallosen dargestellt."*

In der Ausschreibungsbekanntmachung wurde als Schlusstermin zur Einreichung der Angebote nach Verlängerung der 7. Februar 2018 festgelegt. Die Antragstellerin (ASt) gab fristgerecht ein Angebot zum Gebietslos […] ab.

Mit Schreiben vom 6. Februar 2018 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten, einen Verstoß gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V aufgrund einer ermessensfehlerhaften Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung. Es sei nicht ersichtlich, dass die Zweckmäßigkeit einer Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil wie im vorliegenden Fall (unter Verweis auf Ziffer II.5.6, II.5.7.3, II.5.7.5 bis II.5.7.11 der Vergabeunterlagen) nach § 2 Nr. 4 der Gemeinsamen Empfehlungen zur Zweckmäßigkeit der Ausschreibungen gem. § 127 Abs. 1a SGB V besonders bei der Entscheidung zur Ausschreibung berücksichtigt worden sei. Hierdurch sei auch gegen das Gebot von Treu und Glauben und das Gebot der Verfahrensfairness verstoßen worden. Gegen diese Gebote würde auch durch fehlende Vorgaben zur datenschutzkonformen Umsetzung der Beschwerdedokumentation verstoßen (unter Verweis auf Ziffer II.5.11 der Vergabeunterlagen).

Weiterhin sei entgegen § 127 Abs. 1b, Satz 3 und 4 SGB V die Qualität der Beratungsdienstleistungen bei den Zuschlagskriterien nicht hinreichend berücksichtigt worden. Dies gelte insbesondere für die Service- und Dienstleistungen der Leistungsbeschreibung (unter Verweis auf Ziffer II.5.6, II.5.7.3, II.5.7.5 bis II.5.7.10 der Vergabeunterlagen). Die in Anlage 04 zu den Vergabeunterlagen aufgeführten Qualitätskriterien enthielten kein einziges Kriterium, das sich auf die Qualität der Beratungsdienstleistungen, der Reparaturleistungen sowie des eingesetzten Personals beziehe.

Die in Ziffer I.11.3 der Vergabeunterlagen genannte Wertungsmatrix verstoße gegen § 127 Abs. 1 b Satz 4, 2. HS SGB V, weil diese nicht sicherstelle, dass qualitative Kriterien zu mehr als 50 Prozent in die Zuschlagsentscheidung einfließen. Diese könne nicht durch die gewählte Berechnungsmethode der Bildung eines Quotienten aus Gesamtwertungspunkten und Gesamtwertungssumme sichergestellt werden. Vielmehr müssten einerseits die Gesamtwertungspunkte mit einem über 0,5 liegenden Faktor und andererseits die Gesamtwertungssumme mit einem unter 0,5 liegenden Faktor multipliziert werden.

Die Vorgaben zur Berücksichtigung von drittplatzierten Angeboten in Ziffer I.11.3 der Vergabeunterlagen seien insofern unklar, als der verwendete Begriff „*Wertungssumme*“ nicht definiert werde, sondern der Wirtschaftlichkeitsquotient für die Bewertung entscheidend sei. Dies verstoße gegen den Transparenzgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB. Ein Verstoß gegen diese Vorschrift liege weiterhin vor, weil der Begriff der „*Gesamtwertungssumme*“ in Ziffer I.11.3 und I.10 nicht definiert werde.

Im Übrigen würden die fehlenden Angaben zum Beginn der Vertragslaufzeit – „*frühestens zum 1. Oktober 2018*“ – (unter Verweis auf Ziffer II.6.3 der Vergabeunterlagen), zum Umfang des erforderlichen Sicherheitsbestandes an […]geräten (unter Verweis auf Ziffer II.1.1 der Vergabeunterlagen) und zur Häufigkeit von Nachbetreuungs- und Beratungsdienstleistungen (unter Verweis auf Ziffer II.5.7.5 und II.5.7.6 der Vergabeunterlagen) gegen § 121 Abs. 1 GWB und § 31 Abs. 1 VgV verstoßen. Gleiches gelte auch für die fehlende Präzisierung der zu erbringenden Service- und Dienstleistungen (unter Verweis auf Ziffer II.5.6 und II.5.7.5 der Vergabeunterlagen) sowie unzureichende Angaben zum Mengengerüst, der Menge an […]geräten, die vom Auftragnehmer zur Verfügung gestellt werden müssen.

Schließlich begründe die fehlende Angabe der objektiven Bedingungen in den Vergabeunterlagen für die Auswahl der Unternehmen zum Abschluss der Einzelaufträge einen Verstoß gegen § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV.

Gleichzeitig erhob die ASt mit weiterem Schreiben vom 6. Februar 2018 Widerspruch gegen die von der Ag gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V getroffene Entscheidung über die Zweckmäßigkeit dieser Ausschreibung.

Mit Schreiben vom 15. Februar 2018 teilte die Ag der ASt mit, dass sie die Rüge in vollem Umfang zurückweise.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 1. März 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 verweist die ASt auf die im Rügeschreiben vom 6. Februar 2018 geltend gemachten Vergaberechtsverstöße. Ergänzend trägt sie vor, dass die Ag im streitgegenständlichen Verfahren, bei dem es um eine Auftragsgegenstand mit hohem Dienstleistungsanteile gehe, verpflichtet gewesen sei, eine ermessensfehlerfreie Entscheidung über die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung gemäß § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V zu treffen. Diese Vorschrift sei eine Spezialregelung, die den allgemeinen Vorschriften des Vergaberechts (Teil 4 des GWB) vorgehe. Die gegenläufige Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16), die von einer Unanwendbarkeit des § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V aufgrund höherrangigen Unionsrechts ausgehe sei unrichtig zumal es an einer Normverwerfungskompetenz fehle. Daran habe sich auch durch Einfügung des § 127 Abs. 1 Satz 7 SGB V infolge des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) vom 4. April 2017 nichts geändert. Auch die darauf gestützte Entscheidung der Vergabekammer des Bundes (VK 1 – 131/17, Beschluss vom 7. Dezember 2017) sei zu Unrecht ergangen und widerspreche dem gesetzgeberischem Willen.

      Die ASt beantragt,

      1. der Ag zu untersagen, in dem durch Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung vom […] eingeleiteten Verfahren den Zuschlag zu erteilen,
      2. der Ag aufzugeben, für den Fall, dass sie an dem Beschaffungsvorhaben festhält, die Vergabeunterlagen nach Maßgabe der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu ändern,

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt vom 1. März 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 unbegründet sei. Soweit der maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 GWB wie im vorliegenden Fall überschritten sei, habe eine Ausschreibung ungeachtet etwaiger Zweckmäßigkeitserwägungen der gesetzlichen Krankenkasse als öffentlicher Auftraggeber zu erfolgen. Dies folge auch aus der Systematik der Vorschriften des SGB V. Nach der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16) habe § 127 SGB V vergaberechtlich unangewendet zu bleiben, soweit hierdurch eine Bereichsausnahme von den vergaberechtlichen Vorschriften geschaffen werde.
Im Übrigen scheide ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 und 6 SGB V schon deshalb aus, weil es sich vorliegend nicht um eine Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil handele, bei der die Zweckmäßigkeit in Zweifel gezogen werden könnte. Nach den Durchführungsempfehlungen zur invasiven außerklinischen […] seien für die Versorgung der Patienten in erster Linie der behandelnde Arzt und das Pflegepersonal ambulanter Pflegedienste verantwortlich. Der Hilfsmittellieferant habe das Hilfsmittel lediglich zur Verfügung zu stellen, in die technische Bedienung einzuweisen und durch Wartungen dafür zu sorgen, dass es durchgehend funktioniert. Dies umfasse nur sonstige zusätzliche Leistungen zur Bereitstellung des Hilfsmittels, die nach § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V vorgesehen sind, ohne dass daraus auf einen hohen Dienstleistungsanteil geschlossen werden könne.
Weiterhin läge auch kein Verstoß gegen § 127 Abs. 1b SGB V vor. Die Ag habe eine über das Hilfsmittelverzeichnis hinausgehende Qualität in der Leistungsbeschreibung vorgegeben und daneben noch weitere qualitätsbezogene Kriterien zur Bewertung gestellt. Die verwendete einfache Richtwertmethode führe zur gleichen Gewichtung des preislichen und nichtpreislichen Wertungskriteriums. Die Verwendung der Begriff „*Wertungssumme*“ und „*Gesamtwertungssumme*“ sei nicht zu beanstanden. Der Begriff „*Wertungssumme*“ finde sich in Anlage 02 „*Preisblatt*“. Die Summe werde dort automatisch aufgrund einer im Preisblatt hinterlegten Formel berechnet, so dass die verwendeten Begriffe verständlich seien. Es liege auch kein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften vor. Vielmehr habe die Ag ein Recht, gemäß § 284 Abs. 1 Nr. 4 SGB V die Daten zu erheben. Schließlich

gebe es auch keine vergaberechtswidrigen Unklarheiten in der Leistungsbeschreibung. Ein ausreichender Sicherheitsbestand an […]geräten liege vor, wenn in jedem Versorgungsfall das nachgefragte […]gerät fristgerecht geliefert werden könne, die Häufigkeit der Nachbetreuungs- und Beratungsdienstleistungen erfolge nach Maßgabe des § 70 SGB V. Hierfür sei die vorgenommene Beschreibung der Leistungen ausreichend. Das für die Angebotskalkulation vorgegebene Mengengerüst stamme aus dem vergangenen Referenzzeitraum, was nach gefestigter Rechtsprechung zulässig sei. Schließlich verweist die Ag hinsichtlich der Zulässigkeit der Vergabe der Einzelaufträge im Mehrpartnermodell auf die gesetzlichen Regelungen (unter Verweis auf § 127 Abs. 1 Satz 4 und § 33 Abs. 6 Satz 4 SGB V.

3. Die Vergabekammer hat der ASt am 12. März 2018 Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. Mit Schreiben vom 19. März 2018 hat die ASt ergänzende Akteneinsicht hinsichtlich der Namen der Herstellerfirmen und Leistungserbringer, die sich an der Markterkundung der Ag im Vorfeld der Ausschreibung im Zeitraum von Mai bis August 2017 beteiligt haben, gestellt. Diesen Antrag hat die Vergabekammer mangels Entscheidungsrelevanz des Akteneinsichtsbegehrens abgelehnt und die ASt mit Schreiben vom 21. März 2018 darüber informiert. Mit Schreiben vom 22. März 2018 hat die ASt ihren Antrag auf Akteneinsicht inhaltsgleich wiederholt. Mit Schreiben vom 23. März 2018 hat die ASt überdies beantragt, der Ag aufzugeben, die Auszüge der Vergabeakte vorzulegen, die den Schriftverkehr zwischen Bundesversicherungsamt und Ag betreffen und der ASt Einsicht in diese Unterlagen zu gewähren.

   In der mündlichen Verhandlung am 27. 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 zunächst statthaft (a). Soweit die ASt einen Verstoß gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V geltend macht ist bereits die Antragsbefugnis gem. § 160 Abs. 2 GWB zweifelhaft. Sie wird im vorliegenden Verfahren – der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf folgend – zugunsten einer eingehenden Prüfung der (mangelnden) Begründetheit unterstellt (b). Im Übrigen ist die ASt antragsbefugt (c) und sind auch die übrigen Zulässigkeitsvoraussetzungen erfüllt (d).

   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, Seite 5) vorliegend überschritten. Der streitgegenständliche Auftrag umfasst zwar nicht ausschließlich die Lieferung der […]geräte, sondern beinhaltet auch einen Dienstleistungsanteil, nämlich die technische Einweisung der Versicherten bzw. seines Pflegepersonals in die Funktionsweise des Geräts, sowie weiterer Dienstleistungen zur durchgehenden Aufrechterhaltung der Funktion (Reparatur- und Wartungsdienstleistungen, Betrieb eines medizintechnischen Notdienstes sowie einer telefonischen „*Servicehotline*“ für die Versicherten der Ag). Dieser Dienstleistungsanteil ergänzt aber nur die Lieferung der Geräte im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V und steht in seiner Bedeutung sowie dem Wertanteil hinter der Lieferung zurück. Daran ändert auch die grundsätzlich hohe Bedeutung der Therapiezwecke (u. a.) […] nichts. Die erfolgreiche […]therapie wird im Wesentlichen durch den Betrieb des zu liefernden […]gerätes sichergestellt, das der behandelnde Krankenhausarzt auswählt. Die Dienstleistung des Auftragnehmers beschränkt sich auf die technische Einweisung von nichtgeschulten Pflegenden (u. a. Angehörigen und Betreuern des Versicherten) in die Funktionsweise des Geräts (vgl. Ziffer II.5.6 der Vergabeunterlagen). Die weiteren Nachsorgedienstleistungen zur Aufrechterhaltung der

Funktion (regelmäßige Wartung und Reparatur im Bedarfsfall, vgl. Ziffer II.5.7.7 bis 5.7.9 der Vergabeunterlagen) sind zweifelslos wichtig, prägen aber nicht den Auftragsgegenstand in einer Weise, die die Lieferung des Geräts in den Hintergrund treten lässt.

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 zum streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren, Beschluss vom 14. März 2018, VK 2 – 14/18).

b) Soweit die ASt einen Verstoß gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V geltend macht, bestehen bereits erhebliche Zweifel an der Antragsbefugnis gemäß § 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.

Ob die Vorschrift des § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V eine Vergabevorschrift im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB ist, braucht allerdings im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nicht entschieden zu werden. Nach der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf zu dieser Rechtsfrage genügt es, die vom Antragsteller auf der Grundlage seines Sachvortrags gezogenen rechtlichen Schlussfolgerungen als richtig zu unterstellen und diese erst im Rahmen der Begründetheit des Nachprüfungsantrags auf seine sachliche Rechtfertigung zu überprüfen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16).

c) Die ASt ist hinsichtlich der übrigen geltend gemachten Vergaberechtsverstöße antragsbefugt gem. § 160 Abs. 2 GWB, da sie ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag und eine Verletzung in ihren Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht.

aa) Die ASt hat ihr Auftragsinteresse durch die Abgabe eines Angebots belegt und durch ihre vorprozessuale Rüge sowie ihren Nachprüfungsantrag geltend gemacht, 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.

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. 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 – 14/18, Beschluss vom 14. März 2018; VK 2 - 5/18, Beschluss vom 13. Februar 2018; VK 1 - 161/17, Beschluss vom 15. Februar 2018).

d) Die ASt hat auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB genügt, indem sie noch innerhalb der (verlängerten) Angebotsabgabefrist die Vergaberechtsverstöße geltend machte. Anhaltspunkte dafür, dass die ASt bereits zu einem früheren Zeitpunkt die Vergabeverstöße im Sinne des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erkannt hat, haben sich nicht ergeben. Auch die Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB wird gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet. Die Vorschrift des § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V ist im Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB nicht

anwendbar, so dass der Ag von vorneherein kein Entscheidungsspielraum zustand, über die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung zu entscheiden (a). Die Festlegung der Zuschlagskriterien und deren Gewichtung in der Wertungsmatrix verstößt nicht gegen § 127 Abs. 1b SGB V, aufgrund unzureichender Berücksichtigung nichtpreislicher Anforderungen (b). Die in den Vergabeunterlagen verwendeten Begriffe „*Wertungssumme*“ und „*Gesamtwertungssumme*“ begegnen keinen Bedenken hinsichtlich ihrer Verständlichkeit, so dass die Vorgaben zur Berücksichtigung von drittplatzierten Angeboten nicht unklar bleiben und ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz ausscheidet (c). Die Angaben in den Vergabeunterlagen zum Beginn der Vertragslaufzeit, zum erforderlichen Sicherheitsbestand an […]geräten, zur Häufigkeit von Nachbetreuungs- und Beratungsdienstleistungen und weiteren Dienstleistungen sowie zum Mengengerüst des ausgeschriebenen Rahmenvertrags erfüllen die Anforderungen gemäß § 121 Abs. 1 GWB und § 31 Abs. 1 VgV und sind nicht zu beanstanden (d). Ein Verstoß gegen § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB aufgrund unklarer Vorgaben zur Berücksichtigung der drittplatzierten Angebote liegt nicht vor (e). Die Auswahl der Unternehmen zum Abschluss der Einzelaufträge verstößt nicht gegen § 21 Abs. 4 VgV, sondern entspricht den gesetzlichen Regelungen (f). Schließlich liegt auch ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche durch mangelnde Vorgaben zur Beschwerdedokumentation fern (g).

a) Ein Verstoß gegen § 127 Abs. 1 Satz 1 und 6 SGB V durch fehlerhafte Entscheidung über die Zweckmäßigkeit einer Ausschreibung scheidet aus, weil diese Vorschrift im Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB nicht anwendbar ist und damit keinerlei Raum für Zweckmäßigkeitserwägungen bleibt. Daher kommt es nicht darauf an, dass im vorliegenden Fall – wie von der Ag hilfsweise geltend gemacht wird – auch tatbestandsmäßig keine Ausschreibung mit einem hohen Dienstleistungsanteil im Sinne des § 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V vorliegt (vgl. hierzu bereits vorstehend unter II. 1 lit. a).

   Die mangelnde Anwendbarkeit des § 127 Abs. 1 SGB V ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des SGB V. Die Vorschrift des § 69 Abs. 3 SGB V stellt klar, dass auf öffentliche Aufträge die Vorschriften des Teils 4 des GWB Anwendung finden. Für bestimmte öffentliche Dienstleistungsaufträge sieht § 69 Abs. 4 eine gesonderte Regelung vor. Ausschreibungen von Hilfsmitteln im Sinne des § 33 SGB V werden hiervon aber nicht erfasst und auch die Vorschrift des § 127 Abs. 1 SGB V wird hier nicht genannt. Die mangelnde Anwendbarkeit des § 127 Abs. 1 SGB V hat der Gesetzgeber durch das HHVG vom 4. April 2017 noch einmal explizit klargestellt, in dem der neue Satz 7 in die

Vorschrift aufgenommen wurde (BGBl. I 2017, 778, 782). Die Regierungsbegründung beschränkt sich darauf hinweisen, dass die Gesetzesänderung der Klarstellung dient, „*dass die §§ 97 ff. GWB bei öffentlichen Aufträgen der Krankenkassen gelten, soweit der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts eröffnet ist.*“ (BT-Drs. 18/10186 vom 2. November 2016, Gesetzentwurf der Bundesregierung zum HHVG, Seite 33).

Der neu eingefügte § 127 Abs. 1 Satz 7 SGB V kann daher nach Wortlaut, Systematik und dem gesetzgeberischen Willen nur so verstanden werden, dass öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich des Teils 4 des GWB auch nach Maßgabe dieser Vorschriften zu vergeben sind. Damit entbehrt die Rechtsansicht der ASt, dass es sich bei der Vorschrift des §127 Abs. 1 SGB V um eine vorrangig anwendbare, weil spezialgesetzliche Vergaberechtsnorm handele, der Grundlage.

Allerdings handelt es sich auch beim neuen §127 Abs. 1 Satz 7 SGB V lediglich um eine deklaratorische Rechtsgrundverweisung, mit der der Gesetzgeber die vorherige Rechtsprechung des OLG Düsseldorfs zur richtlinienkonformen Auslegung des § 127 Abs. 1 SGB V im Einklang mit der Richtlinie 2014/24/EU – die zum selben Ergebnis der mangelnden Anwendbarkeit führte (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16 m.w.N.) – kodifiziert hat (siehe auch 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Dezember 2017, VK 1 – 131/17, Beschluss vom 15. Februar 2018, VK 1 – 161/17). Denn im Oberschwellenbereich sind Zweckmäßigkeits-überlegungen im Sinne des § 127 Abs. 1 SGB V bereits aus vorrangigen europarechtlichen Gründen nicht zulässig. Das EU-Vergaberecht schreibt nämlich ohne Weiteres vor, dass ein öffentlicher Auftraggeber seinen Bedarf entweder vergaberechtlich, also durch Ausschreibung, oder vergaberechtsfrei (z.B. im Wege eines sog. Open-House-Modells) decken muss. Sofern sich jedoch ein öffentlicher Auftraggeber wie hier für die Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, ist daneben für Zweckmäßigkeits- oder sonstige vergaberechtsfremde Erwägungen, die ggf. dazu führen, von einem Vergabeverfahren abzusehen, kein Raum (1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Dezember 2017, VK 1 – 131/17; . OLG Düsseldorf aaO.).
Aufgrund der gesetzgeberischen Klarstellung im neuen § 127 Abs. 1 Satz 7 SGB V ist es allerdings nicht mehr erforderlich, auf den grundsätzlichen Anwendungsvorrang des Unionsrecht vor entgegenstehendem nationalem Recht abzustellen (vgl. nur: EuGH, Urteil vom 9. März 1978, C-106/77, „*Simmenthal II*“).

Soweit die Ag und die ASt auf eine möglicherweise gegenläufige Rechtsauffassung des Bundesversicherungsamtes und auf ein derzeit im Verhältnis zwischen diesem und der Ag laufendes aufsichtsrechtliches Verfahren zur Bewertung der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung im Sinne des § 127 Abs. 1 SGB V verweisen, ist das für das Nachprüfungsverfahren unbeachtlich. Maßstab des Nachprüfungsverfahrens ist das geltende europäische und nationale Vergaberecht.

Aus den vorgenannten Gründen ist auch mangels Rechtsverletzung der von der ASt geltend gemachte Verstoß gegen das Gebot von Treu und Glauben (§ 242 BGB) sowie das Gebot der Verfahrensfairness unbegründet.

b) Soweit die ASt rügt, dass die Qualität nicht mit mehr als 50 Prozent im Rahmen der Bewertungsmatrix berücksichtigt wurde (aa) und die Qualität weiterer Service- und Dienstleistungen nicht bei den Qualitätskriterien in der Anlage 04 berücksichtigt wurde (bb), liegt jeweils kein Verstoß gegen § 127 Absatz 1 SGB V vor.

aa) Die Vorschrift des § 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 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.*“

Insofern ist zunächst festzustellen, dass diese Vorschrift, anders als der ASt vorträgt, nicht eine Berücksichtigung von Qualitätskriterien mit mehr als 50 Prozent fordert, sondern eine zumindest gleichmäßige Berücksichtigung nichtpreislicher Kriterien. Die Vorschrift des § 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V weiterhin, dass qualitative Anforderungen sowohl in der Leistungsbeschreibung als auch in den Zuschlagskriterien berücksichtigungsfähig sind.

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist bei der Überprüfung der vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Bewertungsmethode im Übrigen 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.

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 Richtwertmethode ist als taugliches Mittel anerkannt, eine gleichmäßige Relation der preis- und leistungsbezogenen Bewertungskriterien zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote zu bilden (BGH, Beschluss vom 4. April 2017, X ZB 3/17, Rn. 32 unter Verweis auf Bartsch/v. Gehlen/ Hirsch, NZBau 2012, 393 ff.). Diese Berechnungsmethode lässt keinen Rückschluss auf eine untergeordnete Einbeziehung qualitativer Aspekte zu, sondern stellt diese gerade sicher. Damit ist bereits der Vorgabe einer Berücksichtigung qualitativer Kriterien zu mindestens 50 Prozent (§ 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V) genüge getan.

Darüber hinaus ist 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. Dabei ist es ist gerade im Sinne der Versicherten, dass Ihnen alle Produkte zur Verfügung stehen. Dieser Preiswettbewerb bei einer Portfolio-Ausschreibung steht auch im Einklang mit der durch das HHVG angestrebten Qualitätsverbesserung im Hilfsmittelbereich, denn mehr als die Einhaltung der qualitativen Mindestanforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses schreibt das Sozialrecht auch nach der Novellierung durch das HHVG nicht vor. Die Vorschrift des § 127 Abs. 1 Satz 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 Satz 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 Satz 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. März 2015, B 1 KR 3/15/R).

bb) Soweit die ASt moniert, dass bestimmte Service- und Dienstleistungen bei der Qualitätswertung unzureichend berücksichtigt wurden, weil sich in Anlage 04 „*Qualitätskriterien*“ kein einziges Kriterium auf die Qualität der Beratungs- und Reparaturdienstleistungen sowie die Qualität des eingesetzten Personals beziehe und dies einen Verstoß gegen § 127 Abs. 1b Satz 3 und 4 SGB V begründe, kann dem nicht gefolgt werden. 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). Er 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 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. So hat Ag bereits beurteilungsfehlerfrei in der Leistungsbeschreibung hinreichende Mindestanforderungen an die Qualität der Beratungsleistungen (in Ziffer II.5.6, II.5.7.6) und die Qualität der Reparaturleistungen (in Ziffer 5.7.7 und 5.8) festgelegt. Diese Dienstleistungen sind nach den Grundsätzen des § 70 SGB V sach- und fachgerecht zu erbringen. Gleiches gilt auch für die Fachkundigkeit des eingesetzten Personals (siehe Ziffer

II.5.10 i.V.m. Anlage 08 „*Eigenerklärung über die personellen und fachlichen (Mindest-)Anforderungen*“).

Die Ag hat sich jedoch nicht darauf beschränkt, hohe qualitative Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung festzulegen, 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. Dies ist nach § 127 Abs. 1b SGB V nicht zu beanstanden, sondern vom Beurteilungsspielraum der Ag als öffentlicher Auftraggeberin gedeckt. Eine Art von der ASt geltend gemachter „Anspruch“, dass ein solcher überschießender Wettbewerb auch hinsichtlich der Beratungsqualität, der Qualität der Reparaturen und der Fachkundigkeit des Personals eröffnet werden müsse – soweit dies diesbezüglich überhaupt möglich wäre – entbehrt, angesichts des weit gefassten Leistungsbestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers, der Rechtsgrundlage.

c) Die in den Vergabeunterlagen verwendeten Begriffe „*Wertungssumme*“ und „*Gesamtwertungssumme*“ begegnen keinen Bedenken hinsichtlich ihrer Verständlichkeit, so dass die Vorgaben zur Berücksichtigung der drittplatzierten Angebote nicht unklar sind. Somit liegt weder ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz gemäß § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB (aa) noch eine mangelnde Eindeutigkeit der Vergabeunterlagen gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB noch ein unbestimmtes Zuschlagskriterium gemäß § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB vor (bb).

aa) Nach § 97 Abs. 1 Satz 1 GWB sind öffentliche Aufträge in einem transparenten Verfahren zu vergeben. Dies verlangt, dass die maßgeblichen Kriterien den Bietern bekannt sind, damit eine sachliche Nachvollziehbarkeit der Auswahlentscheidung gewährleistet ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 2011, VII-Verg 62/11). Dies ist im vorliegenden Verfahren aufgrund der Bekanntmachung und der Leistungsbeschreibung sichergestellt. Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür – und es wird auch von der ASt nicht vorgetragen –, dass die Vergabe aufgrund nicht offengelegter und für die Bieter nicht erkennbarer Anforderungen erfolgen soll.

bb) Nach § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB muss die Leistungsbeschreibung den Auftragsgegenstand so eindeutig und erschöpfend beschreiben, dass diese den Unternehmen verständlich ist und deren Angebote miteinander verglichen werden können. Dabei sind Vergabeunterlagen erst dann als nicht mehr eindeutig zu beanstanden, „*wenn fachkundigen Unternehmen auch nach Auslegungsbemühungen mehrere Auslegungsmöglichkeiten verbleiben*“ (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. Dezember 2017, VII-Verg 19/17).

Nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien hinreichend bestimmt sein, damit die Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird.

Auch diesen Anforderungen werden die verwendeten Begriffe „*Wertungssumme*“ in Ziffer I.11 der Vergabeunterlagen und „*Gesamtwertungssumme*“ in Ziffer I.11.3 der Vergabeunterlagen gerecht. Der Begriff der „*Wertungssumme*“ wird durch die hinterlegte Berechnungsformel in der Anlage 02 „*Preisblatt*“ zu den Vergabeunterlagen unmissverständlich in Bezug zu den von den Bietern einzutragenden Angebotspreisen gesetzt. Die dafür erforderlichen Eintragungen werden in Ziffer I.10 der Vergabeunterlagen ebenso wie die Berechnung der „*Wertungssumme*“ nachvollziehbar erläutert. Der Begriff der „*Gesamtwertungssumme*“ bezeichnet das Ergebnis dieser Berechnung, das in die „*Gesamtbewertung*“ nach der in Ziffer I.11.3 der Vergabeunterlagen benannten Berechnungsmethode einzubeziehen war.

Diese Berechnungsweise ist eindeutig und lässt einem fachkundigen Unternehmen nach eingehendem Studium der Vergabeunterlagen keine weitere Auslegungsmöglichkeit offen. Die ASt trägt auch nicht vor, diese Vorschriften tatsächlich abweichend ausgelegt zu haben. Dies kann aber auch dahin stehen, da die Gesamtbewertung aufgrund der festgelegten Berechnungsmethode objektiv hinreichend bestimmt und überprüfbar ist, so dass weder die Vergleichbarkeit der Angebote im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB noch die Möglichkeit wirksamen Wettbewerbs im Sinne des § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB in irgendeiner Weise beeinträchtigt wird.

d) Nach den vorgenannten Grundsätzen zur eindeutigen Beschreibung des Auftragsgegenstands gemäß § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB und § 31 Abs. 1 VgV sind auch die übrigen von der ASt gerügten Angaben in den Vergabeunterlagen zum Beginn der Vertragslaufzeit (aa), zum erforderlichen Sicherheitsbestand an […]geräten (bb), zur

Häufigkeit und fehlenden Präzisierung von Nachbetreuungs- und Beratungsdienstleistungen (cc) sowie zum Mengengerüst des ausgeschriebenen Rahmenvertrags (dd) nicht zu beanstanden.

aa) Der Beginn der Vertragslaufzeit ist in Ziffer II.6.3 der Vergabeunterlagen hinreichend bestimmt festgelegt. Danach wird die Ag die aktuell noch laufende Versorgungsvereinbarung unmittelbar nach Zuschlagserteilung im streitgegenständlichen Ausschreibungsverfahren mit einer Frist von drei Monaten zum Monatsende kündigen, worauf der bzw. die neuen Verträge mit den Auftragnehmern am Folgetag nach dem Ende des laufenden Vertrages in Kraft treten wird. Die Abhängigkeit von der Kündigung des laufenden Vertrages ist im Interesse einer durchgehenden Versorgung der Versicherten nicht zu beanstanden. Andere Auslegungen dieser Bestimmung werden von der ASt nicht vorgetragen und wären auch nicht vertretbar.

bb) Die Angabe in Ziffer II.1.1 der Vergabeunterlagen, dass der Auftragnehmer „*einen ausreichenden Sicherheitsbestand*“ an […]geräten vorzuhalten habe, um die Versorgung der Versicherten der Ag innerhalb der vertraglichen Fristen zu gewährleisten, ist hinreichend bestimmt. Die Ag stellt klar, dass sich dieser nach der „*jeweiligen Beschaffungsdauer und dem durchschnittlichen Gebrauch*“ richtet. Damit bringt die Ag unmissverständlich zum Ausdruck, dass es ihr allein auf die fristgemäße Erfüllung der Vertragspflichten ankommt und es dem jeweiligen Auftragnehmer überlassen bleibt, abhängig von seinen Bezugsmöglichkeiten und seinen Erfahrungswerten – welche Geräte wie häufig über welchen Zeitraum benötigt werden – selbständig und eigenverantwortlich zu planen. Diese klare Festlegung eröffnet keine alternativen Auslegungsmöglichkeiten und ist im Übrigen sachgerecht. Die Ag war insbesondere nicht gehalten, eine konkrete Anzahl an Geräten jedes erdenklichen Produkttyps, für jeglichen Einsatz und jedes Los gesondert vorzugeben. Dies wäre nicht nur potenziell unwirtschaftlich, sondern widerspräche auch dem Konzept der produktoffenen Portfolio-Ausschreibung und würde überdies das Risiko bieterdiskriminierender Ausschreibungsbedingungen erhöhen. Schließlich gehört die Verpflichtung zur fristgerechten Lieferung und das damit verbundene Leistungsrisiko zu den Risiken, die mit der Geschäftstätigkeit eines Lieferanten typischerweise verbunden sind. Das Vergaberecht dient nicht dem Zweck, die Aufteilung von vertragsrechtlichen Pflichten und Risiken abzuändern.

cc) Auch die Angaben zu den Nachbetreuungs- und Beratungsdienstleistungen in Ziffer II.5.7.5 (Nachbetreuung), II.5.7.6 (Persönliche Beratungen), II.5.6 (Beratung, Einweisung) sind nicht als zu unbestimmt zu beanstanden.

Die bedarfsgerechte Erbringung der mit der Lieferung verbundenen Dienstleistungen des Hilfsmittellieferanten in der fachlich gebotenen Qualität genügt den gesetzlichen Grundsätzen. Zur Sicherstellung der nach §§ 33 Abs. 1 Satz 5, 70 Abs. 1 Satz 2, 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V geschuldeten Versorgungsqualität reicht es in Rahmenverträgen aus, den durch das SGB V vorgeschriebenen Mindeststandard zu fordern (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. September 2014, VII-Verg 17/14). Insbesondere war die Ag nicht gehalten, die Häufigkeit der Leistungserbringung zu beziffern. Nach den Durchführungsempfehlungen zur invasiven außerklinischen […] (Ziffer 4.3.3, von der Ag vorgelegt als Anlage 4) obliegt die Versorgung der Patienten in erster Linie dem behandelnden Arzt und dem (ambulanten) Pflegepersonal. Dem entspricht im vorliegenden Verfahren die Regelung in Ziffer II.5.6 der Vergabeunterlagen. Nach der ersten Einweisung in die Bedienung des Geräts durch den Hilfsmittelleistungserbringer beschränkt sich seine Tätigkeit darauf, die Funktion des Gerätes zu gewährleisten. Die Regelung in Ziffer II.5.7.5 bezieht sich allgemein auf die „*Nachbetreuung für die Dauer der Versorgung mit den vertragsgegenständlichen Hilfsmitteln*“. Die Ziffer II.5.7.6 regelt die Verpflichtung zur persönlichen Beratung „*bei Bedarf […] vor Ort*“. Es ist offenkundig, dass die Häufigkeit des „*Bedarfs*“ dieser Dienstleistungen ebenso individuell patientenabhängig ist, wie dessen Behandlungsdauer und daher eine Bezifferung der Häufigkeit objektiv ausscheidet.

dd) Soweit die ASt bemängelt, dass die Vergabeunterlagen nicht spezifizieren, wie viele […]geräte vom Auftragnehmer zur Verfügung zu stellen sind (Mengengerüst), ist auch diese Rüge unbegründet. Die Angabe der Anzahl der Versicherten in den Losregionen im Vorjahr 2016 in Ziffer II.6.6 der Vergabeunterlagen als Referenzzeitraum genügt den Anforderungen der § 121 Abs. 1 GWB und § 21 Abs. 1 VgV.

Denn gerade wenn es wie hier um das zu erwartende Auftragsvolumen geht, liegt es bei Rahmenvereinbarungen anders als bei anderen Aufträgen in der Natur der Sache, dass die Anzahl der künftigen Einzelaufträge und deren Volumen ungewiss

ist und daher weder exakt vorhergesagt noch garantiert werden kann. § 21 Abs. 1 Satz 2 VgV sieht daher vor, dass der Auftraggeber bei Rahmenvereinbarungen das Auftragsvolumen lediglich so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben hat, aber nicht abschließend festlegen muss. Um den Wettbewerb nicht einzuschränken, sondern die Abgabe wettbewerblich vergleichbarer Angebote zu gewährleisten, muss der Auftraggeber hinsichtlich des Auftragsumfangs aber jedenfalls diejenigen Angaben machen, über die er verfügt oder die von ihm in zumutbarer Weise zu beschaffen sind und die die Bieter für eine seriöse Angebotskalkulation benötigen (1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Dezember 2017, VK 1 – 131/17; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 96/11; und vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Für die Frage, welche Daten und Angaben dies sein müssen, kommt vorliegend hinzu, dass der künftige Versorgungsbedarf der Versicherten der Ag bezüglich der hier ausgeschriebenen Hilfsmittel weder für die Ag noch für die Bieter hinreichend sicher vorhersehbar ist, weil dieser im Wesentlichen u.a. vom Gesundheitszustand der Versicherten, deren Therapietreue und der Mortalitätsrate und nicht zuletzt dem Verordnungsverhalten der Ärzte, also von Umständen abhängig ist, die weder die Ag noch die Bieter beeinflussen können. Das Einzige, woraus – mit der kaufmännisch gebotenen Vorsicht – gewisse Rückschlüsse auf die zukünftige Nachfrage gezogen werden können, sind die entsprechenden Abgabedaten aus der Vergangenheit. Es ist daher in der Vergaberechtsprechung anerkannt, dass immerhin diese Daten ausreichend sind, um eine hinreichend sichere Angebotskalkulation zu ermöglichen (VK 1 – 131/17 aaO.; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Dies beruht auf der Erwägung, dass in Zukunft mit ähnlichen Werten zu rechnen sein wird. Anhaltspunkte dafür, dass sich am Bedarf der Versicherten der Ag an […]geräten zukünftig signifikant etwas ändern wird, bestehen nicht und wurden auch von der ASt nicht vorgetragen.

Hält der Auftraggeber diese Anforderungen ein, handelt er vergaberechtskonform, auch wenn weiterhin hinsichtlich des Auftragsumfangs Kalkulationsrisiken bei den Bietern verbleiben (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12). Die Schwelle, welche Kalkulationsrisiken einem Bieter zumutbar sind und diesen daher rechtmäßig aufgebürdet werden dürfen, ist aus den o.g. Gründen bei Rahmenvereinbarungen

im Allgemeinen und bei Rahmenvereinbarungen im Gesundheitswesen im Speziellen relativ hoch (VK 1 – 131/17 aaO; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2012, VII-Verg 44/12).

e) Die Auswahl der Unternehmen zum Abschluss der Einzelaufträge im Rahmen des von der Ag vorgegebenen Drei-Partner-Modells verstößt nicht gegen § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV, sondern entspricht den gesetzlichen Regelungen. Die Vorschrift des § 127 Abs. 1 Satz 5 SGB V erlaubt es ausdrücklich, dass Rahmenverträge mit mehreren Leistungserbringern geschlossen werden können. Die Vorschrift des § 33 Abs. 6 Satz 1 SGB V bestätigt das Auswahlrecht der Versicherten durch die Festlegung, dass die Versicherten alle Leistungserbringer in Anspruch nehmen können, die Vertragspartner ihrer Krankenkasse sind. Das Drei-Partner-Modell ist auch im Übrigen vergaberechtlich nicht zu beanstanden, weil die Bedingungen für alle drei ausgewählten Vertragspartner gleichermaßen gelten und auch nicht für die Bieter mit ungewöhnlichen Wagnissen verbunden sind. Es genügt vergaberechtlich, wenn die zu erbringende Dienstleistung klar beschrieben ist, alle Bieter wissen, was sie anbieten sollen und der Auftraggeber die Angebote miteinander vergleichen kann. Unter diesen Bedingungen können dem Bieter auch Kalkulationsrisiken auferlegt werden, solange diese Risiken nur eindeutig benannt sind und die Angebote vergleichbar bleiben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 2011, VII-Verg 62/11). Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers wird bei der Auferlegung solcher Risiken erst dann überschritten, wenn diese für den Auftragnehmer unzumutbar wären (OLG Düsseldorf, aaO.).
Im vorliegenden Fall ist das Verfahren zur Auswahl der Unternehmen zum Abschluss der Einzelverträge transparent, objektiv eindeutig und diskriminierungsfrei festgelegt. Die Auswahl des zu liefernden Produkts erfolgt durch den behandelnden Arzt im Krankenhaus und die Wahl des Auftragnehmers durch den Versicherten selbst (vgl. Ziffer II.5.3. der Vergabeunterlagen […]). Die Auferlegung branchen- und markttypischer Risiken ist auch nicht unzumutbar. Mit dem Mehrfach-Rahmenvertrag hat der Gesetzgeber gerade ein Instrument geschaffen, bei dem dem Auftragnehmer Ungewissheiten über die tatsächlich abgefragte Menge auferlegt werden (OLG Düsseldorf, aaO.).

f) Schließlich liegt auch ein Verstoß gegen datenschutzrechtliche Vorschriften durch fehlende Vorgaben zur datenschutzkonformen Umsetzung der Beschwerdedokumentation fern. Die Datenerhebung der Ag im Rahmen des

Beschwerdemanagements nach Ziffer II.5.11 der Vergabeunterlagen ist von den gesetzlichen Vorschriften gemäß § 127 Abs. 5a i.V.m. § 284 Abs. 1 Nr. 4, 8 und 16a SGB V gedeckt.

3. Der Antrag der ASt auf ergänzende Akteneinsicht vom 19., 22. und 23. März 2018 wird abgelehnt.
   Nach allgemeiner Auffassung in Rechtsprechung und Literatur ist das Recht auf Akteneinsicht teleologisch auf das zur Durchsetzung des subjektiven Rechts Erforderliche zu beschränken. Hierbei kommt es auf die Entscheidungsrelevanz der Akteneinsicht an (siehe nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juni 2017, VII-Verg 7/17 und Kus, in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2016, § 165 Rn. 25 m.w.N., Rn. 26ff.).

   Im vorliegenden Verfahren fehlt es bereits an jeglichem Bezug zwischen den von der ASt vorgebrachten Rügen und der von der Ag im Vorfeld der Ausschreibung durchgeführten Markterkundung. Die mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Vergaberechtsverstöße beziehen sich ausschließlich auf die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung als solcher, die unzureichende Berücksichtigung qualitativer Zuschlagskriterien, die unzulängliche Konzeption der Qualitätskriterien sowie auf die Forderung weitergehender Angaben in der Leistungsbeschreibung. Weiterhin ist nicht ersichtlich, dass die Identität der Unternehmen, die sich an der – gemäß § 28 VgV ohne Weiteres zulässigen – Markterkundung der Ag beteiligt haben unter irgendeinem Gesichtspunkt entscheidungserheblich sein könnte.

   Daran ändert auch die mit Schreiben vom 21. März 2018 nachgeschobene Begründung der ASt nichts. In dieser Begründung heißt es, „*dass die Antragstellerin wissen muss, welche Hersteller und Leistungserbringer die Antragsgegnerin im Rahmen der Markterkundung kontaktiert hat, weil die an der Markterkundung beteiligten Hersteller oder Leistungserbringer möglicherweise auch als Bieter am Vergabeverfahren teilgenommen haben, ohne dass die Antragsgegnerin die Wissensvorsprünge […] ausgeglichen hat.*“

   Denn die Akteneinsicht ist nicht zu dem Zweck zu gewähren, dem Antragsteller Aufklärung über etwaige weitere, ihm bislang jedoch unbekannte Verstöße gegen Vergabevorschriften zu verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. August 2010, VII-Verg 32/10).

Davon abgesehen, ist die begehrte Akteneinsicht bereits objektiv ungeeignet, zu den von der ASt intendierten Erkenntnisgewinnen zu führen, denn die im Vergabevermerk abgedeckte bloße Identität der an der Markterkundung beteiligten Unternehmen lässt keinen Rückschluss darauf zu, wer wen kontaktiert hat, ob diese auch als Bieter an dem Vergabeverfahren teilgenommen haben – was ebenfalls nicht zu beanstanden wäre –, ob diese dadurch irgendwelche Wissensvorsprünge erzielt haben und inwiefern diese (nicht) ausgeglichen wurden.

Auch die weitergehenden Anträge der ASt mit Schreiben vom 23. März 2018 auf Vorlage der „*Auszüge aus der Vergabeakte, die den Schriftverkehr zwischen [der ASt] und dem Bundesversicherungsamt zur Zweckmäßigkeit der Ausschreibung* im Sinne des *§ 127 Abs. 1 SGB V betreffen*“ und auf Akteneinsicht in dieselben, sind unbegründet. Der Inhalt des Schriftverkehrs zwischen einer gesetzlichen Krankenkasse und dem Bundesversicherungsamt betrifft allein deren Rechtsverhältnis und ist für das vorliegende Nachprüfungsverfahren nicht entscheidungserheblich. Gegenstand des Verfahrens ist allein die vergaberechtliche Überprüfung der von der Ag durchgeführten Ausschreibung. Dieser Schriftverkehr ist daher weder zur Vergabeakte beizuziehen, noch ist dem ASt im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens Akteneinsicht darin zu gewähren.

**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.

Dr. Herlemann Brune