



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 5/18

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Ernst auf die mündliche Verhandlung vom 5. Februar 2018 am 13. Februar 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

#### I.

1. Die Ag ist eine gesetzliche Krankenkasse, deren Tätigkeitsbereich sich im Wesentlichen [...] erstreckt. Die Ag schrieb am [...] einen Rahmenvertrag zur Versorgung ihrer anspruchsberechtigten Versicherten mit Hauptwohnsitz im räumlichen Geltungsbereich der in den Vergabeunterlagen aufgeführten Postleitzahlenbereichen mit [...] nach § 33 SGB i.V.m. § 127 Abs. 1 SGB V, einschließlich aller damit im Zusammenhang stehenden Zubehör, Verbrauchsartikel und Versorgungsleistungen auf der Basis einer pauschalen Vergütung europaweit im offenen Verfahren aus. Das Vorhaben war aufgeteilt in zwei

Gebietslose. Der Vertrag hat eine Laufzeit von zwei Jahren mit einer Verlängerungsoption um zweimal jeweils ein weiteres Jahr [...].

Derzeit gewährleistet die Ag die Versorgung ihrer Versicherten mit den genannten Hilfsmitteln auf der Grundlage eines Vertrages nach § 127 Abs. 2 SGB V.

Die Ag benannte in Ziff. II.2.5 der Auftragsbekanntmachung als Zuschlagskriterium ausschließlich den „Preis“.

Unter Ziff. 14.1 der Bewerbungsbedingungen (*„Zuschlagskriterien und Wertung“*) bestimmte die Ag ferner: *„Das wirtschaftlichste Angebot wird für jedes Regionallos einzeln ermittelt und der Zuschlag losweise erteilt. Hierfür ist die Versorgungspauschale (brutto) anzugeben. Diese ist mit der Anzahl der Jahresversorgungen zu multiplizieren. Daraus ergibt sich die rechnerische Angebotssumme (brutto) je Regionallos. Das Zuschlagskriterium pro Regionallos ist somit die jeweils niedrigste Angebotssumme.“*

Die *„Versorgungspauschale Brutto je Versorgung“* war jeweils von den Bietern in die Preisblätter der beiden Regionallose einzutragen. Im Preisblatt für das Regionallos Nord war als *„Anzahl Jahresversorgungen“* die Zahl [...], im Preisblatt für das Regionallos Süd die Zahl [...] angegeben, ferner jeweils der Pauschalzeitraum von 24 Monaten. Die Anzahl der Jahresversorgungen war jeweils mit der Erläuterung versehen: *„Die Zahlen stellen keine Mindestabnahmemenge dar, sie basieren auf den Versorgungsfällen des Jahres 2016 und dienen der vergleichbaren Angebotsberechnung“*. Die Angebotssummen für die beiden Lose sollten von den Bietern jeweils aus der Multiplikation der vorgegebenen Anzahl Jahresversorgungen [...] mit der vom Bieter einzutragenden Versorgungspauschale errechnet werden.

In einer gesonderten *„Kalkulationsgrundlage“* gab die Ag für die Jahre 2014, 2015 und 2016 eine pro Jahr konkret bezifferte Zahl ihrer versorgten Versicherten je Losgebiet an.

Nach Ziff. 2 der Präambel der Leistungsbeschreibung findet diese Anwendung auf die Hilfsmittel der Produktuntergruppe [...]. Ziff. 3 der Präambel der Leistungsbeschreibung gibt vor, dass für die Produkt- und Qualitätsanforderungen die jeweiligen Regelungen des Hilfsmittelverzeichnisses *„sowie die in dieser Leistungsbeschreibung festgeschriebenen Anforderungen“* gelten sollen.

Die Leistungsbeschreibung definiert sodann u.a. nähere „Voraussetzungen zur Leistungserbringung“, „Grundsätze der Leistungserbringung“, „Anforderungen an Produkte und deren Qualität“, „Anforderungen an das Personal des Auftragnehmers“ sowie „Lieferbedingungen/Auswahl der Hilfsmittel“. Hierauf wird im Einzelnen Bezug genommen.

Ziff. 4 der „Voraussetzungen zur Leistungserbringung“ enthält folgende Anforderung: *„Der Auftragnehmer stellt eine Service- und Beratungshotline – auch an Sonn- und Feiertagen – durch qualifiziertes Personal zur Verfügung. Die Service- und Beratungshotline muss an Werktagen in der Zeit von 08.00 – 18.00 Uhr, an Sonn- und Feiertagen mind. in der Zeit von 13.00 – 16.00 Uhr, erreichbar sein. Die Service- und Beratungshotline muss sowohl für die Auftraggeberin als auch die Anspruchsberechtigten kostenfrei sein und wird durch den Auftragnehmer für die gesamte Vertragslaufzeit sichergestellt.“*

Die ASt registrierte sich am 13. Dezember 2017 in dem von der AG für die Zwecke der Ausschreibung genutzten elektronischen Vergabeportal und rief die Vergabeunterlagen dort ab. Am 19. Dezember 2017 übermittelte die ASt die Vergabeunterlagen zur rechtlichen Prüfung an ihren Rechtsanwalt. Am 23. Dezember 2017 informierte dieser die Geschäftsleitung der ASt über das Ergebnis seiner Prüfungen und dabei festgestellter Vergaberechtsverstöße.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 24. Dezember 2017 bemängelte die ASt gegenüber der Ag, das alleinige Zuschlagskriterium „Preis“ werde den Maßgaben des § 127 SGB V nicht gerecht. Des Weiteren seien die Anforderungen nach Ziff. 4 der Leistungsbeschreibung nicht mit den gesetzlichen Vorgaben des Verbots von Arbeit an Sonn- und Feiertagen vereinbar. Darüber hinaus enthielten die Vergabe- und Vertragsunterlagen kein Mengengerüst, weshalb keine verlässliche, belastbare Kalkulation möglich sei.

Mit Schreiben vom 2. Januar 2018 wies die Ag die Rüge der ASt vom 24. Dezember 2017 zurück.

Die ASt gab innerhalb der Angebotsfrist (bis zum 12. Januar 2018) kein Angebot ab.

2. Mit anwaltlichem Schreiben vom 12. Januar 2018, bei der Vergabekammer per Telefax eingegangen am selben Tage, beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Den Nachprüfungsantrag übermittelte die Kammer der Ag am 15. Januar 2018. Ihren Vortrag hat die ASt mit anwaltlichem Schreiben vom 29. Januar 2018 vertieft.

- a) Die ASt trägt vor, es sei ihr im Hinblick auf die gerügten Vergaberechtsverstöße unzumutbar gewesen, ein eigenes Angebot abzugeben, was aber ihrer Antragsbefugnis nicht entgegenstehe. Ihr entsprechendes Interesse habe sie bereits durch ihre Rügen und ihren Nachprüfungsantrag dokumentiert. Ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB sei sie rechtzeitig nachgekommen. Der von ihr gerügte Verstoß gegen die Maßgaben des § 127 SGB V habe eine bieterschützende Vorschrift zur Grundlage, insbesondere die Maßgaben des § 127 Abs. 1b SGB V. Die ASt habe zudem erst am 23. Dezember 2017 nach Erhalt anwaltlichen Rechtsrats über eine hinreichend profunde vergaberechtliche Einschätzung entsprechender Bedenken verfügt. Erst dadurch habe sie sich in der Lage gesehen, die bemängelten Vergaberechtsverstöße zu erkennen und dementsprechend zu rügen.

Inhaltlich verstoße die Ag mit ihrem alleinigen Zuschlagskriterium „Preis“ gegen die Maßgaben des § 127 Abs. 1b SGB V, wonach der Preis ausdrücklich nicht das alleinige Zuschlagskriterium sei. Vielmehr müssten auch qualitative Zuschlagskriterien benannt werden. Diese Regelung sei mit den Maßgaben der EU-Vergaberichtlinie vereinbar.

Die Anforderungen zur Einrichtung einer Hotline, die auch an Sonn- und Feiertagen verfügbar sein müsse, verstoße gegen den Ordnungswidrigkeitstatbestand des § 22 ArbZG, da für die ausgeschriebene Tätigkeit kein Ausnahmetatbestand greife. Die Ag könne nicht verlangen, dass die ASt sich dem Risiko einer entsprechenden Verfolgung aussetze. Die Forderung nach Einrichtung einer solchen Hotline an Sonn- und Feiertagen sei zudem „absolut branchenunüblich und untypisch“.

Die Leistungsbeschreibung enthalte zudem keinerlei Anhaltspunkte, ob es sich bei den nach Vertragsbeginn zu erbringenden Verordnungen um Erst- oder um Folgeverordnungen handle. Dies sei ein kalkulationserheblicher Umstand, weil gerade Folgeverordnungen, die nur bei chronisch Kranken aufträten, einen gesteigerten Bedarf an Beratungsleistungen und Verbrauchsmaterialien verursachten. Erstversorgungsfälle

erforderten dagegen neben Erstausslieferung und Erstaussstattung nur eine technische Einweisung der jeweiligen Patienten. Derartige Angaben seien marktüblich und auch in anderen vergleichbaren Ausschreibungen enthalten, wobei hierzu keine näheren Angaben gemacht wurden.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren für die Regionallose Nr. 1 und 2 keine Zuschläge zu erteilen und der Ag aufzuerlegen, das Vergabeverfahren in den Stand vor Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung zurückzusetzen, den Vorgaben des „§ 127 Abs. 1a SGB V“ (gemeint war: § 127 Abs. 1b SGB V) genügende Zuschlagskriterien in die Bekanntmachung zu integrieren, auf die Verpflichtung des Auftragnehmers zum Betrieb einer Telefonhotline an Sonn- und Feiertagen zu verzichten und den potentiell interessierten Bietern eine ausreichende und erschöpfende Kalkulationsgrundlage zur Verfügung zu stellen.
2. der ASt nach § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise ihn als unbegründet zurückzuweisen,
3. den Antrag auf Gewährung von Akteneinsicht zurückzuweisen,
4. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag hat mit Schreiben vom 22. Januar und 1. Februar 2018 Stellung genommen. Sie hält den Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis für unzulässig. Die ASt habe bereits kein Angebot abgegeben, so dass sie kein hinreichendes Interesse am Erhalt des Auftrags habe. Zudem beziehe sich der gerügte Verstoß gegen § 127 Abs. 1b SGB V nicht auf eine bieterschützende Norm nach § 97 Abs. 6 GWB. Jedenfalls aber habe die ASt ihre Rügen im Schreiben vom 24. Dezember 2017 nicht rechtzeitig

im Sinne von § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB vorgebracht. Sie habe die Vergabeunterlagen am 13. Dezember 2017 erhalten und sei in der Lage gewesen, die von ihr bemängelten Punkte in diesem Zusammenhang zu erkennen. Dementsprechend sei die Rüge am 24. Dezember 2017 nicht in der 10-Tages-Frist des § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erfolgt.

Inhaltlich liege kein Verstoß gegen § 127 Abs. 1b SGB V vor. Das Zuschlagskriterium „Preis“ sei gemäß den Vorgaben dieser Vorschrift in der Leistungsbeschreibung durch qualitative Kriterien inhaltlich unterlegt worden. Hilfsweise trägt die Ag für den Fall, dass § 127 Abs. 1b SGB V das alleinige Zuschlagskriterium „Preis“ nicht rechtfertigen könne und mit den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinie unvereinbar sei, vor, dass diese Norm dann durch die unionsrechtlichen Vorgaben des GWB-Vergaberechts verdrängt werde.

Die Einrichtung der Telefonhotline an Sonn- und Feiertagen sei keine unzumutbare Anforderung. Beratungsbedarf bestehe insbesondere für anspruchsberechtigte Versicherte grundsätzlich an jedem Wochentag. Der Leistungserbringer müsse daher bei technischen Schwierigkeiten mit den Geräten auch an Sonn- und Feiertagen verfügbar, die Patienten dürften in diesen Fällen nicht erst auf den nächsten Werktag angewiesen sein. Die ASt sei als langjährig erfahrenes Unternehmen in der Lage, eine derart qualifizierte Beratungsleistung zu erbringen, ggf. könne die ASt sich auch eines qualifizierten Call-Centers bedienen. Jedenfalls seien die vom Leistungserbringer zu erbringenden Betreuungsleistungen nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG ausnahmsweise als Sonn- und Feiertagsarbeit zulässig.

Hinsichtlich der Rüge, es fehle an einem zureichenden Mengengerüst für eine hinreichend verlässliche Kalkulation auf Bieterseite, sei zu berücksichtigen, dass es sich um eine Rahmenvereinbarung handele, bei der der Vertragsumfang nicht abschließend festgelegt werden müsse und die Schwelle für zumutbare Kalkulationsleistungen höher liege. Die Ag habe zu diesem Zweck die Versorgungszahlen von 2014 bis 2016 zur Verfügung gestellt, die auf dem bisherigen Vertrag nach § 127 Abs. 2 SGB V beruhten. Der nun ausgeschriebene Vertrag sei der erste dieser Art für die Ag. Die Möglichkeit, die erwarteten Erst- und Folgeversorgungen in den letzten Jahren detailliert darzustellen, sei vor diesem Hintergrund einer zersplitterten Versorgungslandschaft, deutlich eingeschränkt. Überdies übernehme der Leistungserbringer nach § 2

Abs. 2 und § 4 Abs. 3 des Vertrages gemäß § 127 SGB V übernehme der Auftragnehmer die Versorgung eines Anspruchsberechtigten der bereits nach altem Vertrag versorgt worden sei nach Ablauf des alten Versorgungszeitraums.

3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag, auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 5. Februar 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
  - a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, da der nach § 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 delegierten EU-Verordnung 2015/2170 vom 24. November 2015 einschlägige Schwellenwert von 209.000.- € vorliegend überschritten ist. Der streitgegenständliche Auftrag umfasst zwar nicht ausschließlich die Lieferung der [...] sondern beinhaltet auch einen Dienstleistungsanteil, nämlich das Betreiben der Hotline für die Versicherten der Ag. Dieser Dienstleistungsanteil ergänzt und arrondiert 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, wonach ein erheblich höherer Schwellenwert von 750.000.- € gilt, 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. Die Auftragswertschätzung der Ag (vgl. Bl. 87 der Vergabeakte) liegt hier über dem Schwellenwert für einen öffentlichen Lieferauftrag.
  - b) Die weiteren allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen des Nachprüfungsantrags – ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Lieferauftrag im Anwendungsbereich der VgV – sind zweifelsfrei erfüllt. Die Ag ist öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99

Nr. 2 GWB, die Vergabekammer des Bundes ist demnach gemäß § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB – wie in der Bekanntmachung korrekt angegeben - zuständig.

- c) Die ASt ist – anders als die Ag meint – als Teilnehmerin am Wettbewerb antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Antragsbefugt ist nach § 160 Abs. 2 GWB jedes Unternehmen, 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. Diesen Anforderungen wird der Nachprüfungsantrag der ASt gerecht.

aa) Der Antragsbefugnis der ASt steht nicht entgegen, dass sie kein Angebot abgegeben hat. Sie hat im Nachprüfungsantrag hinreichend plausibel dargelegt, dass sie sich durch die von ihr behaupteten Vergaberechtsverstöße außer Stande sah, ein Angebot kalkulieren zu können. Erscheint einem Unternehmen die Angebotsabgabe nach der Art der vorgetragenen Vergaberechtsverstöße derart unzumutbar, kann eine Angebotsabgabe als Zulässigkeitskriterium nicht verlangt werden. Dies würde den Zugang zu effektivem Vergaberechtsschutz unstatthaft verhindern. Die ASt hat durch ihre Rügen und ihren Nachprüfungsantrag hinreichend deutlich gemacht, dass sie ein Interesse am Erhalt des Auftrags hat. Das genügt hier für ihre Antragsbefugnis (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. November 2009, Az.: VII Verg 27/09 sowie Beschluss vom 14. Mai 2008, Az.: VII Verg 27/08).

bb) Die ASt ist auch im Hinblick auf ihre Rüge, die Ag habe durch die Wahl des alleinigen Zuschlagskriteriums „Preis“ 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 auch im Rahmen des anzuwendenden 4. Teils des GWB zu berücksichtigen und somit 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, unstreitig einen bieterschützenden Zweck hat. Es ist danach nicht ersichtlich, dass dies nicht auch für die speziell im Hinblick auf die einzelvertraglich geregelte Beschaffung von Hilfsmitteln geschaffene vergabeverfahrensrechtliche Regelung des § 127 Abs. 1b SGB V gelten soll (vgl. 1. Vergabekammer des Bundes, Az.: VK1 131/17, Beschluss vom 7. Dezember 2017, S. 10 f., 12-14).

Dass es sich, wie die Ag meint, bei § 127 Abs. 1b SGB V um eine Vorschrift handeln soll, die lediglich objektiv-rechtlich die Auftraggeberseite in die Pflicht nimmt, eine spezifisch qualitätsorientierte Hilfsmittelversorgung sicherzustellen, verfängt vor dem genannten Hintergrund nicht.

- d) Die ASt hat die von ihr mit Schreiben vom 24. Dezember 2017 bei der Ag angebrachten drei Rügen auch rechtzeitig innerhalb der Frist von 10 Kalendertagen seit Erkennen der behaupteten Vergaberechtsverstöße gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB bei der Ag vorgetragen. Soweit die Ag meint, die ASt habe die gerügten Verstöße unmittelbar mit dem unstreitig am 13. Dezember 2017 erfolgten elektronischen Abruf der Vergabeunterlagen erkannt, weshalb die Frist nach § 160 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GWB am Tag der Rüge vom 24. Dezember 2018 bereits verstrichen gewesen sei und die ASt daher mit ihrem Vorbringen nicht mehr gehört werden könne, greift der Vortrag nicht durch. Die ASt hat nachvollziehbar – und insoweit von der Ag auch nicht näher bestritten – erklärt, dass sie erst nach eingeholtem anwaltlichem Rechtsrat am 23. Dezember 2017 in der Lage war, das Vorliegen der behaupteten Vergaberechtsverstöße zu erkennen. Damit waren die Rügen der ASt am 24. Dezember 2017 in jedem Fall in der 10-Tages-Frist nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB erfolgt und nicht präkludiert. Im Übrigen sagt die schlichte Tatsache des elektronischen Abrufs der Vergabeunterlagen noch nichts darüber aus, ob die ASt sich unmittelbar nach dem Abruf inhaltlich mit den Unterlagen auseinandergesetzt hat.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet. Die Ag hat weder gegen die Maßgaben des § 127 Abs. 1b Satz 2 SGB V verstoßen, indem sie als Zuschlagskriterium nur auf den „Preis“ abgestellt hat (a), noch hat die Ag mit der Anforderung, die geforderte telefonische Service- und Beratungshotline auch an Sonn- und Feiertagen anzubieten, eine unzumutbare Vorgabe aufgestellt, weil eine solche Tätigkeit unüblich bzw. mit dem ArbZG unvereinbar wäre (b). Letztlich war die Ag auch nicht gehalten, weitere Angaben zu Erst- und Folgeversorgungen ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln in den letzten Jahren zu machen, um der ASt die Kalkulation zu erleichtern; ein Verstoß gegen § 121 GWB, § 31 Abs. 1 und 2 Nr. 1 VgV ist insoweit nicht ersichtlich (c).

- a) Das von der Ag einzig aufgestellte Zuschlagskriterium „Preis“ ist mit § 127 Abs. 1b SGB V vereinbar.

aa) § 127 Abs. 1b SGB V ist auf das streitgegenständliche Vergabeverfahren anzuwenden, was sich aus § 127 Abs. 1, letzter Satz SGB V ergibt. Danach sind öffentliche Aufträge im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB ab bzw. oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB nach Maßgabe des Teils 4 des GWB zu vergeben. Das trifft auf den streitgegenständlichen öffentlichen Lieferauftrag der Ag nach den obigen Feststellungen zu.

Die Verweisung in § 127 Abs. 1, letzter Satz SGB V auf den hier somit einschlägigen 4. Teil des GWB, führt nicht dazu, dass die Regelung des § 127 Abs. 1b SGB V vollständig verdrängt würde, so dass allein auf § 127 GWB abzustellen wäre. Vielmehr schreibt § 127 Abs. 1b Satz 1 SGB V ausdrücklich vor, dass *„bei Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen ist“*. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass bei Vergabeverfahren, die – wie das streitgegenständliche – dem § 127 Abs. 1 SGB V unterfallen, die spezifischen Regelungen des § 127 Abs. 1b SGB V in jedem Fall bei Anwendung der Regelungen des 4. Teils des GWB, hier insbesondere des § 127 Abs. 1, 3 und 4 GWB, zu berücksichtigen sind. Beide Vorschriften widersprechen sich nicht, sondern dienen – in Umsetzung des Art. 67 Abs. 2 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU – dem Zweck, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, das nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis zu ermitteln ist. § 127 Abs. 1b SGB V betont mit Blick auf den spezifischen Bereich der Hilfsmittelversorgung maßgeblich die Sicherstellung einer qualitätsorientierten Versorgung. Damit mag § 127 Abs. 1b SGB V geringfügig spezifischer gefasst sein

als § 127 Abs. 1 GWB, weil darin das Element der Qualität für Leistungsbeschreibung und Zuschlagskriterien besonders hervorgehoben wird, was für den Bereich der Hilfsmittelversorgung im Hinblick auf Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 der EU-Vergaberichtlinie 2014/24/EU möglich ist.

Im Hinblick auf die von der ASt aufgeworfene Rüge, die Ag sei mit ihrem einzigen Zuschlagskriterium „Preis“ von den Vorgaben des § 127 Abs. 1b Satz 2 SGB V abgewichen, ist somit festzuhalten, dass es maßgeblich darauf ankommt, ob diese Vorschrift von der Ag fehlerfrei angewendet worden ist.

bb) Eine fehlerhafte Anwendung des § 127 Abs. 1b SGB V durch die Ag ist nicht ersichtlich.

§ 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. Satz 4 schreibt sodann vor, dass Leistungsbeschreibung oder Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass qualitative Aspekte angemessen berücksichtigt sind; soweit diese qualitativen Anforderungen der Leistungen nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind, darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die nicht den Preis betreffen, 50 Prozent nicht unterschreiten.

Die Ag hat unstreitig in Ziff. II.2.5 der Auftragsbekanntmachung ausschließlich den Preis als Zuschlagskriterium benannt. Diese Vorgabe widerspricht den Maßgaben des § 127 Abs. 1b SGB V allerdings nicht, da die Ag bereits in der Leistungsbeschreibung qualitative Kriterien in angemessenem Umfang berücksichtigt hat und damit den Anforderungen des Normprogramms gerecht geworden ist.

(1) § 127 Abs. 1b SGB V ermöglicht dem öffentlichen Auftraggeber, in der Leistungsbeschreibung qualitative Anforderungen zu definieren, ohne insofern zusätzliche Zuschlagskriterien benennen zu müssen. Das folgt aus § 127 Abs. 1b Satz 4 SGB V, wonach *„die Leistungsbeschreibung oder die Zuschlagskriterien...so festgelegt sein müssen, dass qualitative Aspekte angemessen berücksichtigt sind“*. Dieser

Wortlaut ist mithin so zu verstehen, dass der Auftraggeber auch die Möglichkeit hat, die Qualität der nachgefragten Leistung abschließend auf der Ebene der Leistungsbeschreibung zu definieren, mit der Folge, dass von diesen Vorgaben abweichende Angebote auszuschließen sind. Dem entspricht auch § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V, wonach die Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung u.a. die Qualität der Hilfsmittel und die notwendige Beratung der Versicherten sicherzustellen haben. In diesem Fall vermag auch ein alleiniges Zuschlagskriterium „Preis“ die vom Normprogramm des § 127 Abs. 1b SGB V geforderte spezifische Qualität der Hilfsmittelversorgung grundsätzlich angemessen abzubilden, denn bei Nichteinhalten des in einer Leistungsbeschreibung gesetzten qualitativen Standards ist ein Angebot, das hinter diesen Standards der Leistungsbeschreibung zurückbleibt, sogar zwingend auszuschließen, § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV, wohingegen ein qualitativ minderwertiges Angebot dies bei der Wertung durch einen besonders niedrigen Preis kompensieren kann, wenn Qualitätsvorgaben lediglich auf der Ebene der Wertungskriterien vorgegeben sind. Zur Erreichung des gesetzgeberischen Ziels, Qualitätsstandards in der Hilfsmittelversorgung sicherzustellen, ist deren Verankerung in der Leistungsbeschreibung vor diesem Hintergrund sogar besser geeignet als die Erfassung qualitativer Aspekte auf der Ebene der Wertungskriterien.

- (2) Diese Auslegung wird durch § 127 Abs. 1b Satz 4, 2. Hs. SGB V bestätigt. Soweit danach die nach § 127 Abs. 1b Satz 3 SGB V zu berücksichtigenden qualitativen Anforderungen der ausgeschriebenen Leistung nicht bereits in der Leistungsbeschreibung festgelegt sind, darf die Gewichtung der Zuschlagskriterien, die nicht den Preis betreffen, 50 Prozent nicht unterschreiten. Das besagt, dass ein Auftraggeber dann, wenn er die Qualität der ausgeschriebenen Hilfsmittel-Leistungen nicht bereits abschließend in der Leistungsbeschreibung festgelegt hat, qualitative Zuschlagskriterien aufzustellen und diese mit mindestens 50% zu gewichten hat. In diesem Fall hätte er auf der Ebene der Leistungsbeschreibung korrespondierende qualitative Mindestanforderungen festzulegen, die es den Bietern ermöglichen können, die Qualität ihrer Angebote ausdifferenzieren und so auf der Wertungsebene zu punkten. Ebenso folgt daraus, dass der Auftraggeber die qualitativen Anforderungen nicht gleichzeitig auf der Ebene der Leistungsbeschreibung und auf der Ebene der Zuschlagskriterien in identischer Weise festlegen kann, da in diesem Fall jedes Angebot, das die (in solch einem Fall nicht lediglich Mindestkriterien darstellenden) Anforderungen der Leistungsbeschreibung erfüllt, sogleich

auch das korrespondierende qualitative Zuschlagskriterium vollständig erfüllen würde. In diesem Fall wäre das Zuschlagskriterium ein Scheinkriterium, das den interessierten Bietern aber keinen effektiven Vergabewettbewerb ermöglichte. Daraus folgt, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der die Qualität der von ihm ausgeschrieben Hilfsmittel-Leistungen abschließend in der Leistungsbeschreibung festlegt, keine korrespondierenden Zuschlagskriterien benötigt. Das bedingt die Möglichkeit, in diesem Fall als Zuschlagskriterium nur den Preis festzulegen.

- (3) Von dieser vergaberechtlichen Lage ist auch der Gesetzgeber ausgegangen. Die Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) zur Schaffung des § 127 Abs. 1b SGB V lautet daher wie folgt: *„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 , S. 68).
- (4) Hieraus erschließt sich somit, dass § 127 Abs. 1b SGB V eine spezifische qualitative Versorgung der Versicherten mit Hilfsmitteln gewährleisten soll und die Auftraggeber bei der Hilfsmittelversorgung nicht lediglich allein nach dem günstigsten Preis beschaffen dürfen. Die Maßgaben des § 127 Abs. 1b SGB V sollen *„Rechtsunsicherheiten über die Frage vermeiden, wann eine ‚erschöpfende‘ Leistungsbeschreibung für eine wettbewerbliche Ausschreibung von Hilfsmitteln vorliegt, die eine gewichtete Zuschlagsentscheidung anhand von Qualitätsaspekten entbehrlich macht“* (Beschlussempfehlung des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG), BT-Drs.

18/11205, S. 68). Diesem Ziel dient die Maßgabe des § 127 Abs. 1b Satz 2 SGB V, wenn bestimmt wird, dass der Preis nicht das „*alleinige*“ Zuschlagskriterium sein darf. Ein Zuschlagskriterium „Preis“ muss sich danach entweder durch eine den Maßgaben des § 127 Abs. 1b SGB V entsprechende spezifische qualitative „Aufladung“ im Rahmen der Leistungsbeschreibung auszeichnen, wobei es dem Sinn und Zweck der Regelung nicht genügen mag, lediglich die allgemeinen Anforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses zu wiederholen. Oder ein Auftraggeber hat qualitative Zuschlagskriterien aufzustellen, denen in der Leistungsbeschreibung lediglich festgelegte Mindestanforderungen korrespondieren. Hierbei kann er sich entscheiden, ob er in der Leistungsbeschreibung z.B. lediglich „*allgemein verbindliche(n) Qualitätsanforderungen (z.B. die des Hilfsmittelverzeichnisses)*“ im Sinne von Mindestanforderungen festlegt, um dann gemäß § 127 Abs. 1b Satz 4, 2. Hs. SGB V korrespondierende qualitative Zuschlagskriterien aufzustellen, die mit mindestens 50% zu gewichten sind, oder spezifische qualitative Mindestanforderungen in der Leistungsbeschreibung definiert und korrespondierend geringer als 50% gewichtete Zuschlagskriterien definiert. Für welches Design sich der öffentliche Auftraggeber entscheidet, steht ihm frei, solange er die qualitativen Direktiven des Normprogramms von § 127 Abs. 1b SGB V einhält und sich nicht allein von einer schlicht fiskalisch orientierten Preis-/Kosten-Betrachtung bei der Zuschlagsentscheidung leiten lässt.

- (5) Es ist demzufolge nicht haltbar, dass § 127 Abs. 1b SGB V mit der ASt allein so zu verstehen wäre, dass das Zuschlagskriterium „Preis“ nie als einziges Kriterium benannt werden darf, selbst wenn in der Leistungsbeschreibung in Umsetzung der Maßgaben des § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V sowie unter Berücksichtigung der inhaltlichen Kriterien des § 127 Abs. 1b Satz 3 SGB V qualitative Kriterien, wie z.B. im Hinblick auf die notwendige Beratung der Versicherten, angemessen berücksichtigt worden sind. In diesem Fall wäre der Preis als einziges Zuschlagskriterium funktional betrachtet gerade nicht das „*alleinige*“ Zuschlagskriterium. Ein Angebot, das den in der Leistungsbeschreibung abschließend festgelegten spezifischen qualitativen Anforderungen genügt, beinhaltet somit einen Preis, der die Qualität in angemessener Weise berücksichtigt. Die Ansicht der ASt führte demgegenüber dazu, dass ein öffentlicher Auftraggeber neben dem Preis stets qualitative Zuschlagskriterien aufzustellen hätte, was zwingend darin mündete, dass auch stets

eine Wertungsmatrix aufzustellen ist, die um so komplexer ausfiele, je vielschichtiger das Verhältnis zwischen preislichen und qualitativen Kriterien wäre. Damit wäre der Wertungsprozess selbst je nach Einzelfall kompliziert und fehleranfällig. Im übrigen kann dies auch dazu führen, dass schlechte Qualität auf der Zuschlags-ebene durch einen besonders günstigen Preis aufgewogen werden könnte, so dass entsprechende Zuschlagskriterien im Einzelfall erst recht nicht dem Normprogramm des § 127 Abs. 1b SGB V entsprechen könnten. Die ratio legis des § 127 Abs. 1b SGB V soll eine spezifische Qualität der Hilfsmittelversorgung gewährleisten und sicherstellen, dass öffentliche Auftraggeber sich bei der Zuschlagsentscheidung nicht allein von fiskalischen Gesichtspunkten leiten lassen. Dieser Zweck kann – wie beschrieben – auch durch eine an spezifischen qualitativen Anforderungen orientierte Leistungsbeschreibung erfüllt werden.

- (6) Die Ag wird mit ihren Anforderungen in der Leistungsbeschreibung und dem Zuschlagskriterium „Preis“ diesen Maßgaben gerecht.

Die Leistungsbeschreibung enthält im Einzelnen Maßgaben, die über lediglich allgemein verbindliche Qualitätsanforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses bzw. gesetzliche Anforderungen hinausgehen. Dies folgt insbesondere aus den Anforderungen, die die Ag in der Leistungsbeschreibung aufgestellt hat. Bereits aus der Präambel der Leistungsbeschreibung (Ziff. 3) geht hervor, dass *„hinsichtlich der Produkt- und Qualitätsanforderungen“* nicht nur die jeweiligen Regelungen des Hilfsmittelverzeichnisses (hier zur Produktgruppe 09.37.01), sondern auch *„die in dieser Leistungsbeschreibung festgeschriebenen Anforderungen“* gelten sollen. Damit wird bereits erkennbar, dass nicht allein allgemein verbindliche Qualitätsanforderungen, die sich bereits in gesetzlichen Regelungen finden, perpetuiert werden sollen. Die Ag hat in ihrer Stellungnahme zum Nachprüfungsantrag vom 22. Januar 2018 (Seite 4) im Einzelnen ausgeführt, inwieweit sie in der Leistungsbeschreibung über die Anforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses hinausgeht. Hiervon stechen insbesondere die Ziff. 4, 5 der „Voraussetzungen zur Leistungserbringung“ hervor, wonach – den Maßgaben des § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V für die Leistungsbeschreibung folgend – nähere spezifische Anforderungen an die vom Auftragnehmer einzurichtende Service- und Beratungshotline definiert werden. Die ASt hat dies im Ergebnis auch nicht weiter bestritten, sondern sich in der mündlichen Verhandlung auf lediglich pauschale Erwägungen zurückgezogen, die

darauf hinauslief, die Anforderungen der Leistungsbeschreibung seien in qualitativer Hinsicht unzureichend, die Ag wiederhole im Wesentlichen die Maßgaben des Hilfsmittelverzeichnisses. Das aber ist nach den obigen Feststellungen, beispielsweise zur Beratungs- und Servicehotline, die auch an Sonn- und Feiertagen vorzuhalten ist, gerade nicht ersichtlich.

- (7) Soweit die Leistungsbeschreibung in der erwähnten Ziff. 4 des Abschnitts „Voraussetzungen zur Leistungserbringung“ für die anzubietende telefonische Service- und Beratungshotline die Anforderung aufstellt, diese *„muss an Werktagen in der Zeit von 8.00 Uhr und 18.00 Uhr, an Sonn- und Feiertagen mind. in der Zeit von 13.00 – 16.00 Uhr, erreichbar sein“*, ist auch darin kein Verstoß gegen die Vorgaben des § 127 Abs. 1b Satz 2, 3 und 4 SGB V zu sehen. Die Formulierung legt nahe, dass die Anforderung hinsichtlich der Erreichbarkeit an Sonn- und Feiertagen als Mindestkriterium in der Leistungsbeschreibung abgefasst sein könnte (*„mind.“*), dem ein korrespondierendes qualitatives Zuschlagskriterium zugeordnet hätte werden können, weil ein Bieter sein Angebot insofern qualitativ hätte ausdifferenzieren können. So wäre es denkbar gewesen, die telefonische Hotline an Sonn- und Feiertagen eben auch über den geforderten Zeitrahmen von 13 bis 16 Uhr hinaus anzubieten. Dies hätte auf der Zuschlagsebene durch ein entsprechendes Zuschlagskriterium berücksichtigt werden können. Dadurch dass die Anforderung aber nur in der Leistungsbeschreibung enthalten ist, kann die Anforderung in zeitlicher Hinsicht aber nur erfüllt werden oder nicht, ohne dass ein Bieter auf der Zuschlagsebene insofern zusätzlich punkten könnte.

Allerdings liegt in dieser Vorgehensweise der Ag kein Vergaberechtsverstoß gegen das Programm des § 127 Abs. 1b SGB V bzw. den Grundsatz des chancengleichen Vergabewettbewerbs im Sinne von § 97 Abs. 1,2 GWB, indem den Bietern die Möglichkeit genommen würde, ihr Angebot auf der Zuschlagsebene ausdifferenzieren. Die Ag hat sich hier entschieden, die qualitativen Anforderungen in der Leistungsbeschreibung festzulegen. Die *„mind.“*-Formulierung im Hinblick auf die zeitlichen Erreichbarkeitsvorgaben der Telefonhotline an Sonn- und Feiertagen ist dementsprechend als abschließend zu betrachten, weil eine zeitliche Ausdehnung an Sonn- und Feiertagen für die Ag augenscheinlich keinen spezifischen Mehrwert bietet, der aus ihrer Sicht auf der Zuschlagsebene zu berücksich-



tigen wäre. Bei näherer Betrachtung der Formulierung aus der gebotenen Perspektive des objektiven Empfängerhorizonts ist diese „mind.“-Formulierung mithin nicht als Mindestanforderung der Leistungsbeschreibung zu sehen, sondern als Abgrenzung zur werktäglichen Erreichbarkeit.

Nach allem sind spezifische qualitative Anforderungen im Sinne des Normprogramms des § 127 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 1b SGB V damit durch die Ag in der Leistungsbeschreibung angemessen berücksichtigt, so dass eine Wertung der Angebote nach dem Zuschlagskriterium „Preis“ gerade nicht allein auf rein fiskalischen Erwägungen beruhen wird.

- b) Die Ag hat des Weiteren mit der Anforderung, die telefonische Service- und Beratungshotline auch an Sonn- und Feiertagen mindestens zwischen 13 und 16 Uhr anzubieten (vgl. Leistungsbeschreibung, „Voraussetzungen zur Leistungserbringung“, Ziff. 4), auch keine unzumutbare Vorgabe aufgestellt, weil eine solche Tätigkeit marktüblich bzw. mit dem ArbZG unvereinbar wäre. Mit dieser Rüge bemängelt die ASt in der Sache einen Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB. Die ASt ist der Ansicht, sie werde durch diese Vorgabe der Leistungsbeschreibung dazu angehalten, gegen das gesetzliche Verbot der Arbeit an Sonn- und Feiertagen zu verstoßen, wie es in § 9 Abs. 1 ArbZG geregelt ist, ohne dass ein Ausnahmetatbestand nach § 10 ArbZG erfüllt sei. Eine derartige Tätigkeit an Sonn- und Feiertagen am Standort der ASt durchzuführen, stelle eine bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeit nach § 22 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG dar, was der ASt nicht zuzumuten sei.

aa) Ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB liegt nicht schon deshalb vor, weil – wie die ASt meint – eine derartige telefonische Service- und Beratungshotline an Sonn- und Feiertagen unüblich wäre. Ob dies überhaupt der Fall ist, kann hier dahin stehen. Jedenfalls handelt es sich bei dieser Anforderung – wie bereits festgestellt – um eine zulässige qualitative Anforderung in der Leistungsbeschreibung, die sowohl in der Sache – technischer Support bei Gerätehilffunktionen, die auch am Sonntag auftreten können- als auch durch § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V gerechtfertigt ist.

bb) Es bestehen auch keine Anhaltspunkte dafür, dass diese Vorgabe der Ag gegen das gesetzliche Verbot der Beschäftigung von Arbeitnehmern an Sonn- und Feiertagen nach § 9 Abs. 1 ArbZG verstößt und daher die Ag eine unverhältnismäßige, weil unzumutbare, Anforderung aufgestellt hätte.

Zwar kann im Nachprüfungsverfahren nicht letztverbindlich über derlei vergaberechtliche Vorfragen entschieden werden, die in der Zuständigkeit anderer Behörden – wie hier der für die Feststellung von Ausnahmen nach § 10 ArbZG zuständigen Aufsichtsbehörde nach § 13 Abs. 3 ArbZG – liegen. Dennoch kann und hat eine Nachprüfungsinstanz den ihr vorliegenden Stand der Vergabeunterlagen darauf zu überprüfen, ob offenkundige Widersprüche zu außervergaberechtlichen Vorschriften wie hier dem ArbZG existieren, die vom Bieter offensichtlich eine unmögliche Leistung abverlangen und daher unverhältnismäßig wären (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Februar 2005, Az.: Verg 91/04, sub Ziff. II.3 der Beschlussausfertigung, zur Frage der Prognose des öffentlichen Auftraggebers bei der Eignungsprüfung in einem Vergabeverfahren im Hinblick auf patentrechtliche Vorfragen).

Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass die Vorgaben der Ag, die telefonische Service- und Beratungshotline auch an Sonn- und Feiertagen zu betreiben, mit den §§ 9 Abs. 1, 22 Abs. 1 Nr. 5 ArbZG unvereinbar wäre. Vielmehr bestehen klare Anhaltspunkte dafür, dass diese Tätigkeit nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG an Sonn- und Feiertagen ausnahmsweise zulässig ist und daher diese Ausnahme nach § 13 Abs. 3 Nr. 1 ArbZG feststellungsfähig wäre.

(1) § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG bestimmt, dass Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen abweichend von § 9 ArbZG in Not- und Rettungsdiensten sowie bei der Feuerwehr beschäftigt werden dürfen. Dieser Ausnahmetatbestand ist hinreichend weit gefasst und daher auch dementsprechend weit auszulegen, um all die Tätigkeiten zu erfassen, die aus Gründen eines spezifischen Rechtsgüterschutzes kurzfristig erforderlich sind und deren Aufschub die betroffenen Interesse unverhältnismäßig beeinträchtigen würde (vgl. grundlegend BVerwG, Urteil vom 26. November 2014, Az.: 6 CN 1/13, Rdnrn. 43-56 (56), worin ausdrücklich ausgeführt wird, dass § 10 Abs.1 Nr. 1 ArbZG „weit auszulegen“ ist und alle „Dienstleistungen und Tätigkeiten zur Hilfeleistung, wie Schlüsseldienste, Reparaturennotdienste und Sperrannahmedienste der Banken- und Kreditkartenunternehmen“ erfasst; in diesem Sinne auch Knauff, GewArch 2016, 272

ff. (274) und Wiebauer, NVwZ 2015, 543 ff. (547), der darauf verweist, dass auch „Callcenter der Telefonanbieter zur Beratung und Auftragsannahme bei Störungen“, die der hier geforderten Hotline an Sonn- und Feiertagen vergleichbar sind, unter den § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG zu fassen sein dürften).

(2) Die von der Ag ausgeschriebene Service- und Beratungshotline ist danach als technischer Notdienst einzuordnen. Die mündliche Verhandlung hat unstreitig ergeben, dass die telefonische Hotline an Sonn- und Feiertagen maßgeblich dazu dienen soll, Versicherten einen Ansprechpartner für technische Hilfestellungen zu bieten, falls an solchen Tagen entsprechende Probleme auftreten. Es geht darum, die Versicherten in solchen Fällen nicht hilflos und verzweifelt bis zum nächsten Werktag warten zu lassen, um erst dann eine Störungsannahme zu ermöglichen oder etwaige technische Probleme zu beheben, die beispielsweise die Funktionsfähigkeit oder die konkrete Anwendung der [...] betreffen können. Dieser Aspekt genügt den Anforderungen an einen technischen Notdienst im Interesse des körperlichen Wohlbefindens der Versicherten offensichtlich und rechtfertigt damit auch eine Ausnahme nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG.

Die Ag hat den Zweck der sonn- und feiertäglichen Erreichbarkeit nachvollziehbar mit der Feststellung gerechtfertigt, Schmerz kenne kein Wochenende. Dass, worauf wiederum die ASt hingewiesen hat, an Sonn- und Feiertagen auch telefonische Anfragen von Versicherten zu bearbeiten sein mögen, die zumutbar auch an Werktagen zu bearbeiten sein können oder sogar den Wunsch nach medizinischer Hilfestellung beinhalten können, der aber mit der Hotline unstreitig gar nicht befriedigt werden kann und darf, steht der Einordnung der Telefonhotline als Notdienst bei der gebotenen funktionalen Betrachtungsweise des § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nicht entgegen. Letztlich ermöglicht die Telefonhotline an Sonn- und Feiertagen eine Klärung, ob und inwieweit ggf. sogar ad hoc zu bearbeitende technische Probleme vorliegen oder nicht. Denn auch eine telefonische Klärung dahingehend, dass das Therapiegerät in technischer Hinsicht einwandfrei läuft, ermöglicht [...] die Erkenntnis, sich ggf. selbsttätig an einen ärztlichen Notdienst zu wenden. Auch dies kann Ergebnis eines technischen Notdienstes sein.

Dem arbeitszeitrechtlichen Schutzbedürfnis kommt die Ag im Übrigen dadurch entgegen, dass sie die telefonische Beratung an Sonn- und Feiertagen auf die Zeit zwischen

13 und 16 Uhr beschränkt. Dies kommt dadurch zum Ausdruck, dass die Telefonhotline an Sonn- und Feiertag „mind. in der Zeit 13.00-16.00 Uhr“ erreichbar sein soll. Diese Anforderung ist im Gegensatz zu der vorgegebenen Erreichbarkeit an Werktagen zu sehen (08.00-18.00 Uhr). Daraus wird deutlich, dass die geforderte Mindesterreichbarkeit keine bloße Mindestanforderung ist, sondern der Klarstellung dient, die Erreichbarkeit an Sonn- und Feiertagen auf ein als notwendig erachtetes Minimum zu reduzieren.

(3) Soweit die ASt in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat, sie habe auf Nachfrage bei der für sie zuständigen Behörde die Auskunft erhalten, die Tätigkeit der geforderten Telefonhotline an Sonn- und Feiertagen sei nach dem ArbZG in ihrem Regierungsbezirk bzw. im Bundesland [...] nicht möglich bzw. sie habe nach Studium eines Merkblattes der von ihr als zuständig benannten Behörde, das das [...] gewesen sei, keine Möglichkeit für eine Ausnahme nach dem ArbZG gesehen, sind auch daraus keine Anhaltspunkte für eine Unverhältnismäßigkeit der Anforderung der Leistungsbeschreibung zu entnehmen.

Dem Vortrag der ASt sind bereits keine substantiellen Anhaltspunkte zu entnehmen, ob, wann und mit welcher Fragestellung überhaupt bei der zuständigen Behörde bzw. beim dort zuständigen Mitarbeiter nachgefragt worden ist. Weder hat die ASt das von ihr thematisierte Merkblatt vorgelegt noch eine entsprechende Auskunft der Behörde, die in einer Interessenabwägung nach dem vergaberechtlichen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ggf. berücksichtigt werden könnte. In ihrem schriftlichen Vortrag argumentiert die ASt überdies lediglich, die Telefonhotline erfülle nicht die Voraussetzungen des Ausnahmetatbestandes nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 ArbZG für die Betreuung von Personen in Krankenhäusern und anderen Einrichtung. Danach ist nicht davon auszugehen, dass die ASt konkret und spezifisch zum Tatbestand des § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG nachgefragt hat. Danach ist nicht erkennbar, dass die Anforderung der Leistungsbeschreibung hinsichtlich der Telefonhotline auch an Sonn- und Feiertagen offensichtlich gegen arbeitszeitrechtliche Maßgaben verstößt und daher in vergaberechtlicher Hinsicht unverhältnismäßig ist.

cc) Die Anforderung zur Einrichtung der Telefonhotline auch an Sonn- und Feiertagen ist auch deshalb keine unzumutbare Anforderung, weil, worauf auch die Ag hingewie-

sen hat, die ASt für die Telefonhotline ggf. auch einen Standort außerhalb [...] einrichten bzw. geeignete Subunternehmer hätte einsetzen können. Soweit die in [...] ansässige ASt in der mündlichen Verhandlung eine standortabhängige Ungleichbehandlung bemängelt hat, weil sie aus Rechtsgründen nicht in der Lage sei, die Beratungshotline an Sonn- und Feiertagen selbst am eigenen Standort zu erbringen, ergibt sich daraus kein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

Die mündliche Verhandlung hat insofern ergeben, dass im Bundesland [...] bereits im Jahr 2013 eine spezielle ursprüngliche landesrechtliche Ausnahmeregelung vom Beschäftigungsverbot für Arbeitnehmer an Sonn- und Feiertagen für Dienstleistungsunternehmen, die mit der Entgegennahme von Aufträgen, der Auskunftserteilung und der Beratung per Telekommunikation befasst sind („Callcenter“-Klausel) aufgehoben wurde (vgl. zu allem: BVerwG, Urteil vom 26. November 2014, a.a.O. zur alten Fassung des [...]). In anderen Bundesländern sind ähnliche Ausnahmeregelungen auf der Grundlage von § 13 Abs. 2 ArbZG nach wie vor in Kraft [...].

Es kann dahin stehen, ob die in der Leistungsbeschreibung geforderte Telefonhotline auch an Sonn- und Feiertagen bereits auf der Grundlage einzelner landesrechtlicher Bedarfsgewerbeverordnung ausnahmsweise zulässig sein könnten, während die ASt sich auf eine solche Ausnahmeregelung in [...] nicht berufen könnte. Da davon auszugehen ist, dass diese Tätigkeit bereits die Voraussetzungen des bundeseinheitlich geregelten Ausnahmetatbestandes nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 ArbZG erfüllt, kommt es für die hier zu prüfende vergaberechtliche Frage der Zumutbarkeit der Anforderungen der Leistungsbeschreibung auf etwaige zusätzliche landesrechtliche Ausnahmetatbestände nicht an. Die von der ASt reklamierte Ungleichbehandlung ist vor diesem Hintergrund nicht nachvollziehbar.

dd) Nach allem scheidet ein Verstoß gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des § 97 Abs. 1 Satz 2 GWB aus, da kein offensichtlicher Widerspruch der Leistungsbeschreibung in punkto Telefonhotline auch an Sonn- und Feiertagen zu den Maßgaben des ArbZG ersichtlich ist.

- c) Die Ag war schließlich nicht gehalten, in den Vergabeunterlagen anzugeben, inwieweit sich die angeführten Referenzzahlen für die Jahre 2014 – 2016 aufteilen in Erst- und Folgeversorgungen. Die ASt macht insoweit geltend, die Ag habe gegen § 31

Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV und gleichzeitig gegen den allgemeinen Wettbewerbsgrundsatz verstoßen, indem in den Vergabeunterlagen nicht angegeben worden sei, inwieweit sich die voraussichtlichen Versorgungsleistungen in Erst- und Folgeversorgungsleistungen untergliederten. Ohne diese Information sei eine sachgerechte Kalkulation nicht möglich.

aa) Der von der ASt hergestellte Zusammenhang der Angabe von Erst- und Folgeversorgungsleistungen mit § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 VgV erschließt sich nicht, da diese Bestimmung technische Anforderungen wie in Anlage 1 zur VgV definiert in Bezug nimmt. Technische Normen spielen vorliegend keine Rolle. Ausgangspunkt ist richtigerweise vielmehr § 121 Abs. 1 GWB, wonach der Auftragsgegenstand in der Leistungsbeschreibung so erschöpfend wie möglich zu beschreiben ist, um vergleichbare Angebote zu erhalten und um den Auftragsinteressenten die Umstände zu kommunizieren, die für eine Angebotserstellung erforderlich sind. § 31 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 VgV ergänzt diese gesetzliche Bestimmung, wonach eine Leistungsbeschreibung „so genau wie möglich“ zu fassen ist, damit sie „ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln“ kann und „hinreichend vergleichbare Angebote erwarten“ lässt.

bb) Eine Modifikation erfährt dieser Grundsatz der Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung jedoch für das Instrument der Rahmenvereinbarung. Um eine solche geht es vorliegend. Die Rahmenvereinbarung fällt in Ermangelung eines direkten Austausches von Waren etc. und Geld nicht unmittelbar unter die Definition des öffentlichen Auftrags wie in § 103 Abs. 1 GWB vorgegeben. Nach § 103 Abs. 5 S. 2 GWB sind aber die Vorschriften für öffentliche Aufträge auf Rahmenvereinbarungen entsprechend anzuwenden, soweit nichts anderes bestimmt ist (vgl. zu diesen Zusammenhängen auf Basis des früheren Rechts, das noch keine explizite Differenzierung zwischen öffentlichem Auftrag und Rahmenvereinbarung vorsah, bereits OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – Verg 57/11). Was die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung angeht, so ist in § 21 Abs. 1 S. 2 VgV eine sich aus der Natur der Rahmenvereinbarung ergebende und durch Art. 33 der Europäischen Richtlinie 2014/24/EU gedeckte Ausnahme vorgesehen, wonach das Auftragsvolumen nicht exakt und nicht abschließend angegeben werden muss, sondern nur so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben ist. Andernfalls würde das Instrument der Rahmenvereinbarung keinen Sinn ergeben.

cc) Die Unsicherheit, wie viele Einzelabrufe aus dem Rahmenvertrag in der Folge tatsächlich erfolgen werden, bedingt eine Kalkulationsunsicherheit für die Bieter. Bei dem Abschluss von Rahmenverträgen durch gesetzliche Krankenkassen wie hier durch die Ag kommt noch die Besonderheit hinzu, dass die gesetzlichen Krankenkassen aufgrund der sozialrechtlichen Dreiecksbeziehung zwischen Krankenkasse, Arzt und Versichertem nicht selbst Auslöser für einen Einzelabruf sind, sondern dass ein solcher in der Regel – so auch hier – durch eine ärztliche Verordnung ausgelöst wird. Anders als bei herkömmlichen öffentlichen Auftraggebern kann also eine gesetzliche Krankenkasse das letztendlich nachgefragte und von therapeutischen Notwendigkeiten abhängige Volumen nicht selbst beeinflussen. Hieraus ggfs. zusätzlich resultierende Unsicherheiten in Bezug auf künftig aus dem Rahmenvertrag abgerufene Volumina sind unvermeidbare Konsequenz aus der Tatsache, dass die gesetzlichen Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber gebunden sind an das Vergaberecht und entsprechende Beschaffungen unter Anwendung dieser Normen durchzuführen haben. Die hieraus resultierenden Kalkulationsunsicherheiten sind daher unvermeidbar und folglich haben die Bieter diese hinzunehmen, denn ansonsten wäre eine Vergabe von Rahmenvereinbarungen unmöglich (so bereits grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Februar 2013 - Verg 44/12), was gerade im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen gilt.

dd) Überträgt man diese Grundsätze auf den konkret streitgegenständlichen Sachverhalt, so hat die Ag alle erforderlichen Angaben gemacht. Es ist anerkannt und stetige Praxis, dass die Verordnungs- bzw. Versorgungszahlen aus einem vergangenen Referenzzeitraum die von einer gesetzlichen Krankenkasse geschuldete Angabe darstellen, um „*das in Aussicht genommene Auftragsvolumen (...) so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben*“. Kalkulationsgrundlagen für die Bieter sind hier nämlich diese Erfahrungen aus früheren Beschaffungen, gegebenenfalls ergänzt um eine Abschätzung der Folgewirkungen von zwischenzeitlich eingetretenen oder zukünftig eintretenden Änderungen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 99/11). Es liegt dieser Praxis die Annahme zugrunde, dass die vergangenen Verordnungszahlen, vergaberechtlich also die erfolgten Einzelabrufe aus der Rahmenvereinbarung, in etwa auch den zukünftigen Bedarf widerspiegeln. Hier hat die Ag für die Jahre 2014 – 2016 jeweils getrennt für jedes Los und nach Kalenderjahren exakt die Anzahl ihrer Versicherten angegeben, die ein entsprechendes Gerät [...] im jeweils erfassten Zeitraum nutzten. Auch vorliegend gibt es keine Anhaltspunkte dafür,

dass die Verordnungszahlen zukünftig stark abweichen werden; im Gegenteil lag die Zahl der versorgten Versicherten über die drei Referenzjahre pro Los in derselben Größenordnung.

Zwar ist die Überlegung durchaus richtig, dass eine gesetzliche Krankenkasse angesichts der dargelegten Kalkulationsrisiken und zu deren Kompensation gehalten ist, den Bietern wirklich umfassend alle ihr verfügbaren Daten an die Hand zu geben, wenn diese kalkulationsrelevant sein können. So ist beispielsweise geschuldet, bei der Patientenversorgung mit Flüssigsauerstoff die aus der ärztlichen Verordnung erkennbare sog. „Flow-Rate“ („high flow“, „low flow“ etc.), d.h. die patientenindividuell benötigte Menge an Sauerstoff anzugeben, denn davon hängt die Wiederbefüllungsrate ab, also neben der zu liefernden Menge insbesondere auch die Anzahl der erforderlich werdenden Anfahrten beim Patienten zwecks Wiederauffüllen der Sauerstoffflaschen, die infolge Transport- und Personalkosten hierfür unmittelbar kalkulationsrelevant sind (so 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20. Februar 2015 - VK2-3/15).

Anders verhält es sich aber hier. Bislang werden die Versicherten der Ag über ein Beitrittsmodell nach § 127 Abs. 2 und Abs. 2a SGB V mit [...] versorgt, das eine Vielzahl von Verträgen mit unterschiedlichen Leistungserbringern zur Folge hat. Die Ag schließt hier bislang einjährige Verträge mit den verschiedenen Leistungserbringern ab. Ab 1. April 2018 soll der neue, hier streitgegenständliche Vertrag mit dem Zuschlagsempfänger beginnen, so dass bis maximal 31. März 2018 Verordnungen nach dem Beitrittsmodell erfolgen werden. Versicherte der Ag, die bis maximal 31. März 2018 versorgt werden, behalten demnach das Gerät bis zum Ablauf der einjährigen Vertragslaufzeit und geben das Altgerät dann an den bisherigen Dienstleister zurück. Benötigen sie weiterhin ein [...], so erhalten sie in der Folge das Gerät des Zuschlagsempfängers. Wenn nicht im Einzelfall, bezogen auf den konkreten Patienten, der neue Leistungserbringer - also der Zuschlagsempfänger - identisch ist mit dem alten Leistungserbringer im Beitrittsmodell, so stellt sich aus Sicht des Zuschlagsempfängers jede Versorgung aus seiner Sicht als „Erstversorgung“ dar, und zwar völlig unabhängig davon, ob der Versicherte auch bisher ein [...] hatte und nur infolge des neuen Vertrags ein anderes Gerät nach Auslaufen des bisherigen Vertrages erhält (das wäre in der Diktion der ASt eine „Folgeversorgung“) oder ob der Versicherte noch nie über ein entsprechendes Gerät verfügte („Erstversorgung“). Auch in dem von der ASt als



„Folgeversorgung“ gekennzeichneten Fall muss also der neue Leistungserbringer alle auch bei einer Erstversorgung nötigen Maßnahmen durchführen, so dass in der Sache der Unterschied im Aufwand für den neuen Dienstleistungserbringer zwischen Erst- und Folgeversorgung nicht erkennbar wird. Auch im Umfang dieses Aufwandes selbst bei einer Erstversorgung kann keine Parallele zur Versorgung von Patienten mit Flüssigsauerstoff gezogen werden, denn wie die ASt in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigte, erfolgt die Versorgung der Versicherten postalisch, d.h. Gerät und das nachfolgend benötigte Verbrauchsmaterial wird ausschließlich per Post geschickt; regelmäßige Anfahrten zum Versicherten vergleichbar der kontinuierlich erforderlich werdenden Wiederbefüllung der Sauerstoffflaschen gibt es hier nicht. Es kann allenfalls die Einweisung eines Arztes erforderlich werden, der die Gerätehandhabung dann wiederum dem Versicherten erklärt, wenn der Arzt bisher noch nicht mit dem Gerät des Zuschlagsempfängers vertraut ist. Derlei Kosten stellen sich allerdings ohnehin als allgemeine Markterschließungskosten dar. Sie fallen für einen Hersteller von Produkten im Allgemeinen und grundsätzlich unabhängig von der Auftragslage an bzw. sind einzukalkulieren, da es im ureigenen Interesse des Herstellers liegt, seine Produkte entsprechend zu vermarkten. Auch ohne einen Vertrag mit einer Krankenkasse wird es im Interesse eines Unternehmens wie der ASt liegen, die für die Verordnung ihrer Geräte in Betracht kommende Ärzteschaft von der Funktionalität ihrer Produkte zu überzeugen, beispielsweise im Hinblick auf die Versorgung von Privatpatienten. Dass die Einweisung von Ärzten somit einen für die Ausführung eines Vertrages nach § 127 Abs. 1 SGB V spezifisch kalkulationserheblichen Umstand darstellt, der von der Ag zwingend weitergehende Informationen abverlangt, überzeugt nicht.

Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung ergänzend zum schriftsätzlichen Vortrag darauf hingewiesen, dass es durchaus Versicherte gebe, die einer Umstellung auf ein neues, ihnen unbekanntes Produkt ablehnend entgegenstünden; anstatt das von der Ag bezuschlagte neue Produkt zu nutzen, würden sich diese Versicherten häufig dafür entscheiden, dem bisherigen Leistungserbringer das bisherige, vertraute Produkt abzukaufen und dieses weiter zu nutzen. Hier würde, so die ASt, eine Aufschlüsselung nach Erst- und Folgeversorgungen einen Erkenntniswert für die Kalkulation bringen, denn die absolute Sicherheit, dass der einzelne Versicherte auch wirklich das Zuschlagsprodukt nutzen werde, gäbe es nur bezüglich der Erstversorgungsfälle, bei denen noch keine Gewöhnung an ein bestimmtes Produkt vorläge. Bei den Folgeversor-

gungsfällen gäbe es die geschilderte Ungewissheit, ob diese nicht lieber beim vertrauten Produkt blieben und mithin von den Versorgungszahlen, welche die Ag angegeben habe, in Abzug zu bringen sei. Der ASt, die als fachkundiges Unternehmen die Marktverhältnisse bestens kennt und mithin beurteilen kann, ob es solche Fälle gibt, kann hier ohne weiteres konzidiert werden, dass ihr Vorbringen richtig ist. Allerdings dürfte es sich angesichts der Tatsache, dass der Versicherte in einem solchen Fall nicht nur den Kauf des Gerätes selbst finanzieren müsste, sondern nach § 33 Abs. 6 SGB V auch die nachfolgenden Verbrauchsmaterialien wie [...] etc., nicht um ein Massenphänomen handeln. So hat auch die Ag in der mündlichen Verhandlung bestritten, dass nach ihrer Kenntnis derartige Fälle vorkämen, denn die Bereitschaft der Versicherten, Zahlungen zu ihren eigenen Lasten zu tätigen, sei nicht ausgeprägt. Insgesamt sind damit vereinzelt Ausfälle, die beim bisherigen Leistungserbringer bleiben wollen, vernachlässigbar und dem allgemeinen, dem Bieter zumutbaren Kalkulationsrisiko bei Rahmenvereinbarungen im Gesundheitsbereich zuzuweisen.

### III.

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

### 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, einzu legen.

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

Dr. Brauser-Jung