

B E S C H L U S S

In dem Nachprüfungsverfahren

der Firma

Antragstellerin,

Verfahrensbevollmächtigte:

gegen

AOK xxxx

Antragsgegnerin,

wegen des Vergabeverfahrens Kooperationsvereinbarung im Rahmen der
Qualitätspartnerschaft zur integrierten Versorgung Diabetisches Fußsyndrom in den
Regionen xxxx

hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf auf die mündliche
Verhandlung vom 31.08.2006 am 31.08.2006

durch

Frau Regierungsdirektorin Bork-Galle als Vorsitzende,
Herrn Regierungsrat Machwirth als hauptamtlicher Beisitzer,
Herrn Rechtsanwalt Echarti als ehrenamtlicher Beisitzer

b e s c h l o s s e n:

1.
Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2.
Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer.

3.

Die Antragstellerin trägt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung aufgewandten Kosten der Antragsgegnerin. Die Antragsgegnerin trägt ihre eigenen Kosten der Rechtsverfolgung selbst.

4.

Die Hinzuziehung von anwaltlichen Bevollmächtigten war für die Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig.

5.

Die Gebühren der Vergabekammer werden auf 2.500 (zweitausendfünfhundert) Euro festgesetzt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin veröffentlichte in der Ausgabe 06/2006 der Zeitschrift „Orthopädie-Schuhtechnik“ eine Ausschreibung „Kooperationsvereinbarung im Rahmen der Qualitätspartnerschaft zur integrierten Versorgung Diabetisches Fußsyndrom.“ Neben der Antragsgegnerin waren als „Zur Angebotsabgabe auffordernde und Zuschlag erteilende Stelle“ elf weitere gesetzliche Krankenkassen benannt. Laut Bekanntmachung sollte die Leistung in die drei Lose (xxxx) aufgeteilt werden. Als Vertragszeitraum wurde die Zeit vom 01.09.2006 bis 31.12.2006 genannt. Unter Ziffer h) waren als Eignungsnachweise gefordert:

- Nachweis der ordnungsgemäßen Zahlung der Sozialversicherungsabgaben oder ein Nachweis vergleichbarer Art.
- Darstellung von Referenzen und bisher geleisteten Projekten/Arbeiten in gleicher Art und Größe (Bescheinigung kann durch objektive Dritte, z.B. Netzärzte, Innung etc. erbracht werden) gemäß Vordruck.
- Eigenerklärung über Zuverlässigkeit – Zugelassener Leistungserbringer (Angabe des IK) oder ein Nachweis in vergleichbarer Art.

Die Zuschlags- und Bindefrist sollte am 11.08.2006 enden. Eine europaweite Bekanntmachung erfolgte nicht.

Die Antragstellerin forderte bei der Antragsgegnerin die so bezeichneten „Vergabeunterlagen“ an. Auf dem Anschreiben „Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes ...“ erscheinen die Logos verschiedener Krankenkassen, Arztpraxen und Krankenhäuser. Mit Anschrift benannte sich nur die Antragsgegnerin, an die die Angebote auch zu richten waren. Ebenfalls sollten die Bieter Anfragen bei Unklarheiten an die Antragsgegnerin richten, wo ihnen eine Ansprechpartnerin zur Verfügung stünde. Der Einwand, dass der Bieter über den Umfang der Leistung oder die Ausführung nicht genügend unterrichtet gewesen sei, sei ausgeschlossen. Die

Unterlagen enthielten des weiteren Bewerbungsbedingungen, Angebotsschreiben, besondere Vertragsbedingungen, Leistungsbeschreibung, Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit, Beiblatt Angebotswertung und einen Angebotsumschlag. Zum Leistungsumfang hieß es in den Besonderen Vertragsbedingungen, die Fertigung werde vom Orthopädieschuhtechniker ausschließlich aufgrund einer vertragsärztlichen Verordnung der Netzärzte erbracht. Eine Kostenübernahmeerklärung der beteiligten Krankenkassen sei nicht nötig. Die Vergütung für die jeweilige Leistung werde als Pauschalpreis je Pauschalgruppe auf der Grundlage der Hilfsmittelrichtlinie zwischen „den Krankenkassen“ und dem Bieter vereinbart. Für die Pauschalgruppen 0 – 6 waren Einzelpreise einzutragen (Bl. 16 d. Vergabeakte). Im „Beiblatt Angebotswertung“ wurde als Zuschlagskriterium der Preis benannt, ebenfalls hieß es: „Aufgrund von abrechnungstechnischen Aspekten wird mit den wirtschaftlichsten zehn Bietern ein Verhandlungsverfahren über die Harmonisierung der Preise durchgeführt.“.

Die Antragsgegnerin gab am 03.07.06 ein Angebot ab, nachdem sie neben anderen Unternehmen und auch dem Innungsverband für Orthopädie-Schuhtechnik Anfragen an die Antragsgegnerin gerichtet und eine Beantwortung erhalten hatte. Mit ihrem Angebot gab die Antragstellerin das ausgefüllte Preisblatt ab, weiterhin einen Bescheid über eine Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung vom 05.05.2006 mit der Feststellung, dass für den Auszubildenden die Jahresmeldung 2005 zu ändern sei, weiter eine Bescheinigung der Innung, wonach Herr xxxx seit 1997 eigenständig im eigenen Betrieb diabetische Versorgungen durchführe. Hinsichtlich der nachgefragten Referenzen enthielt das Angebot ein eigenes Schreiben der Antragstellerin, in der auf die entsprechende Tätigkeit des Betriebes hingewiesen wurde, weiter hieß es: „Da vom Auftraggeber keine Angaben zur Größe und Umfang der Arbeiten gemacht wurden, kann ich dazu keine vergleichenden Referenzen erbringen.“.

Mit Schreiben vom 05.07.06 rügte die Antragstellerin, es handele sich nach ihrer eigenen Einschätzung um einen öffentlichen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte, weder die Bekanntmachung noch die Verdingungsunterlagen entsprächen den Vorgaben der §§ 97 ff GWB, der VgV und der VOL/A. Es läge auch ein Verstoß gegen § 8 VOL/A vor, da nicht mitgeteilt worden sei, welcher Leistungsumfang vergeben werden solle. Selbst wenn es sich um eine Rahmenvereinbarung handeln sollte, müsse mitgeteilt werden, wie groß der höchstmögliche Lieferumfang sei. Die Antragsgegnerin half der Rüge nicht ab. Sie teilte der Antragstellerin mit Schreiben vom 06.07.06 mit, es handele sich nicht um einen öffentlichen Auftrag gemäß § 99 GWB. Es handele sich um eine übergreifende gesetzliche Versorgung der Versicherten (integrierte Versorgung, § 140 a I SGB V), die nicht ausgeschrieben werden müsse. Die Rüge der Antragstellerin sei darüber hinaus nicht unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB.

Mit Schreiben vom 24.07.06, bei der Vergabekammer am gleichen Tag eingegangen, beantragte die Antragstellerin die Nachprüfung des Vergabeverfahrens vor der Vergabekammer. Die Kammer hat den Nachprüfungsantrag der Antragsgegnerin ebenfalls am 24.07.06 zugestellt. Auf die Beiladung anderer Unternehmen wurde verzichtet, da die Antragsgegnerin die Angebotsbewertung noch nicht durchgeführt hat.

Die Antragstellerin trägt vor,

es handele sich um einen öffentlichen Auftrag, da es um die kombinierte Beschaffung von Waren und Dienstleistungen im Sinne von § 99 Abs.2 Satz 1 GWB ginge. Es würden Schuhe für die Krankenkassen gegen Bezahlung gefertigt. Die gesetzlichen Krankenkassen seien öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Ziffer 2 Satz 1 GWB. Es seien juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden seien, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen. Sie erfüllten nach dem SGB IV und SGB V die Aufgaben der gesetzlichen Krankenversicherung. Die Leitung der gesetzlichen Krankenkassen unterliege der staatlichen Aufsicht im Sinne von § 98 Ziffer 2 Satz 1 GWB, was sich § 87 SGB IV entnehmen ließe. Dass die Rechtsaufsicht hierfür ausreiche, sei bereits in der Rechtsprechung anerkannt. Es sei zu berücksichtigen, dass die Krankenkassen im Anhang I der Baukoordinierungsrichtlinie (BKR), auf die Art. 1 b Abs.3 der Lieferkoordinierungsrichtlinie (LKR) ausdrücklich Bezug nehme, als öffentliche Auftraggeber genannt seien. Unerheblich sei, dass es sich bei den Verträgen der integrierten Versorgung nach § 140a SGB V wegen der Regelung in § 69 SGB V möglicherweise um öffentlich-rechtliche handele. Denn schon nach dem Wortlaut des § 99 Abs.1 GWB gäbe es keinen Anhaltspunkt, dass der Anwendungsbereich auf privatrechtliche Verträge beschränkt sein solle. Auch die EG-Richtlinien sprächen dafür, dass sowohl privatrechtliche als auch öffentlich-rechtliche Verträge öffentliche Aufträge seien. Sollten die nach § 140a SGB V ausgeschrieben Verträge öffentlich-rechtliche sein, unterfielen sie auch dem deutschen Vergaberecht. Es handele sich auch um entgeltliche Verträge im Sinne des § 99 Abs.1 GWB, da die Krankenkassen die Leistung vergüten würden. Bei Rahmenvereinbarungen sei üblich, dass die Bedingungen bei der Einzelbeauftragung festgelegt würden. Der maßgebliche Schwellenwert sei erreicht. Alle Lose müssten bei der Schätzung des Auftragswerts berücksichtigt werden. Es solle eine unbestimmte Anzahl von Verträgen abgeschlossen werden, bei der der geschätzte Höchstwert für die Anzahl maßgeblich sei. Eine Rechnung, die unter Berücksichtigung der Anzahl von 18 Netzärzten, Diabetologen und Chirurgen und der Durchschnittspauschale der Antragstellerin erfolge und von vier Verordnungen pro Monat ausginge, überschreite den Schwellenwert. Für vier Monate sei ein Wert von 280.000,- Euro realistisch. Da die Antragsgegnerin selber keine Schätzung vorgenommen habe, sei darüber hinaus aus Rechtsschutzgründen von der Erreichung des Schwellenwerts auszugehen. Die Antragsbefugnis bestünde u.a. deswegen, da mangels Leistungsbeschreibung zu befürchten sei, dass die Antragstellerin den Zuschlag nicht erhalten würde. Positive Kenntnis vom Vergaberechtsverstoß habe die Antragstellerin erst nach anwaltlicher Beratung am 04.07.06 erlangt. Die Antragstellerin sei ohne anwaltliche Beratung nicht in der Lage gewesen, den Vergaberechtsverstoß zu bemerken. Die vorbeugende rechtliche Begutachtung des Vergabeverfahrens durch die Verfahrensbevollmächtigten sei von dem Verband der Antragstellerin, der Innung für Orthopädie-Schuhtechnik/Westfalen, in Auftrag gegeben. Unmittelbar im Anschluss an die Begutachtung sei die Beratung der Antragstellerin erfolgt. Die Rüge vom 05.07.06 sei daher unverzüglich. Die gerügten Verstöße seien nicht aufgrund der Bekanntmachung ersichtlich gewesen. Aus Gründen des effektiven Bieterrechtsschutzes sei jede Vorschrift als „bieterschützend“ anzusehen, die keine

reine Ordnungsvorschrift sei. Die Leistung sei entgegen § 8 Abs. 1 VOL/A nicht eindeutig und erschöpfend beschrieben. Die die Preisermittlung beeinflussenden Umstände seien nicht festgestellt und in den Verdingungsunterlagen angegeben worden, eine einwandfreie Preisermittlung sei nicht möglich gewesen. Der Umfang der gewünschten Leistungen sei den Verdingungsunterlagen nicht zu entnehmen. Auch sei unklar, wer tatsächlich Auftraggeber und damit Vertragspartner sei. Die Antragstellerin müsse Preise kalkulieren, ohne Kenntnisse über das wesentliche Preismerkmal „Menge der Lieferungen“ zu haben. Angebote könnten daher nicht miteinander verglichen werden. Den Bietern würde ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Außerdem liege ein Verstoß gegen die Pflicht zur europaweiten Bekanntmachung vor. Als Zuschlagskriterium sei nur der Preis benannt, dies reiche nicht aus. Unteraufträge seien ausgeschlossen, was ebenfalls vergaberechtswidrig sei. Die VOL/B müssten Bestandteil des Vertrages werden, was in den Unterlagen der Antragstellerin fehle. Des weiteren sei die Angebotsfrist von 52 Tagen nicht eingehalten, da diese Frist nur bei europaweiten Bekanntmachungen zu laufen beginne.

Die Antragstellerin beantragt,

die Antragsgegnerin anzuweisen, die Ausschreibung aufzuheben.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Nachprüfungsantrag kostenpflichtig abzuweisen.

Die Antragsgegnerin trägt vor,

nach ihrer Fusionierung bestünde die Aufsichtszuständigkeit des Landes NRW. Die AOK xxxx habe eine Rechtsnachfolge im Sinne der Universalsukzession angetreten. Die AOK xxxx und die aus der Bekanntmachung ersichtlichen Krankenkassen beabsichtigten eine Vereinbarung über eine Qualitätspartnerschaft zur integrierten Versorgung in den Regionen xxxx zwischen Vertragsärzten, Krankenhäusern und Leistungserbringern. Dieser Vereinbarung könnten weitere Leistungsträger beitreten. Der Beitritt eines weiteren Leistungserbringers solle dabei in Form einer Kooperationsvereinbarung zwischen dem Leistungserbringer, den beteiligten Krankenkassen, Vertragsärzten und Krankenhäusern erfolgen. Diese Kooperationsvereinbarung für die Orthopädie-Schuhtechniker befinde sich derzeit in der Abstimmungsphase. Um die Leistungserbringer im Bereich der Orthopädie-Schuhtechniker zu ermitteln, hätten sich die Beteiligten zur Durchführung einer Wettbewerbsmaßnahme durch die beteiligten Krankenkassen entschlossen. Ziel der Wettbewerbsmaßnahme solle sein, für jede der Regionen eine begrenzte Anzahl von Orthopädie-Schuhtechnikern zu ermitteln, die mit den beteiligten Vertragsärzten eng zusammen arbeiten sollten, um dadurch die Qualität in der Versorgung zu optimieren, feste, überschaubare Strukturen zu schaffen und somit die Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Ein Mengengerüst habe nicht erstellt werden können, da eine solche Kooperationsvereinbarung bislang bundesweit noch nicht durchgeführt worden sei. Aufgrund der Erfahrungen hätten lediglich Anhaltswerte zusammengestellt werden können. Außerdem sei es nicht Sinn und Zweck der

Ausschreibung gewesen, eine Auftragsvergabe auszuschreiben, die eine solche Konkretisierung erforderlich mache. Es sei kein öffentlicher Auftrag, sondern eine Maßnahme zur Erkundung der Marktsituation im Bereich der Orthopädie-Schuhtechnik. Ziel sei, die Leistungserbringer zu ermitteln, die in der Lage seien, die in dem Modell geforderten besonderen Voraussetzungen zu erfüllen und diese Leistungen in einem optimalen Preis-Leistungsverhältnis erbringen könnten. Die Wettbewerbsmaßnahme diene der Selektion der Leistungserbringer im Bereich der Orthopädie-Schuhtechnik, um mit einer entsprechenden Anzahl die Kooperationsvereinbarung im Rahmen der Qualitätspartnerschaft zur integrierten Versorgung Diabetisches Fußsyndrom abschließen zu können. Es könne keine Umsatzgarantie abgegeben werden, da der Versicherte die Leistung abrufen müsse. Daher liege keine entgeltliche Leistungsbeziehung zwischen der Antragstellerin und den beteiligten Krankenkassen vor. Es handelte sich vielmehr um eine Dienstleistungskonzession. Der Schwellenwert werde nicht erreicht. Die Laufzeit des Modells sei bis zum 31.12.2006 beschränkt. Diese Beschränkung ergebe sich aus der Tatsache, dass gemäß § 140 d SGB V eine Anschubfinanzierung zur Förderung der integrierten Versorgung lediglich bis zum Ende des Jahres 2006 gewährleistet sei und die integrierten Versorgungsmodelle bis zu diesem Zeitpunkt konzipiert seien. In einem Zeitraum von zwei Jahren ergebe sich ein Betrag von 337.500,- Euro, umgerechnet auf vier Monate Vertragszeitraum ergebe sich damit ein Schwellenwert von ca. 57.000,- Euro. Die Antragstellerin hätte nicht unverzüglich gerügt. Die gerügten vermeintlichen Verstöße seien bei üblicher Sorgfalt früher erkennbar gewesen. Da die Antragstellerin mit ihrem Innungs-Verband in engem Kontakt gestanden hätte, käme es auf deren eigene Erfahrungen mit Vergaberecht nicht an. Außerdem seien die Verfahrensbevollmächtigten nach eigenem Vortrag bereits während des Vergabeverfahrens beratend tätig gewesen. Die Antragstellerin hätte genaue Kenntnis über die Anzahl der beteiligten Vertragsärzte und Krankenkassen gehabt. Eine Wertungsentscheidung sei bislang nicht durchgeführt worden, es sei auch noch kein Bieter für einen Vertragsschluss vorgesehen.

In der mündlichen Verhandlung am 31.08.2006 hatten die Beteiligten Gelegenheit zur ergänzenden Stellungnahme.

Die Antragstellerin hat u.a. vorgetragen,

nach den Verdingungsunterlagen hätten die Patienten Anspruch auf jährlich zwei Paar Schuhe. Für die von der Antragsgegnerin angenommenen Preise seien erfahrungsgemäß die erforderlichen Leistungen nicht zu erbringen, es sei von durchschnittlich 450 Euro für den Therapieschuh und 700 Euro für den Maßschuh auszugehen. Der von ihr dem Angebot beigefügte Prüfbericht sei so zu verstehen, dass sie für die Angestellten alle Abgaben abgeführt habe, beim Auszubildenden sei versehentlich ein Monat nicht addiert worden, für den aber die Beiträge entrichtet worden seien. Der anwaltliche Bevollmächtigte hat erklärt, dass der Vertreter der Antragstellerin im ersten Gespräch keine eigene Auffassung zu möglichen Vergaberechtsverstößen gehabt habe; er, der Bevollmächtigte, habe die Ausschreibung auch im Verbandsinteresse geprüft.

Die Antragsgegnerin hat u.a. vorgetragen,

es gebe derzeit acht Krankenkassen, die am Modell teilnähmen. Bezüglich der örtlichen Lose sei die Zahl unterschiedlich. Es habe im Vorfeld der Ausschreibung eine Abstimmung in Form der Übersendung der Bekanntmachung und der Leistungsbeschreibung gegeben, bei Schweigen sei von der Zustimmung der jeweiligen Kasse ausgegangen. Bei den übrigen Kassen handele es sich um gesetzliche Krankensversicherer. Aus der gesetzliche Systematik ergebe sich für die Leistungen gemäß §§ 140 a ff. SGB V, dass eine förmliche Ausschreibung nicht vorgeschrieben sei. Die Preise seien ehr informatorisch abgefragt worden, Verhandlungen, ggf. auch über die Leistung, hätten noch folgen sollen. Alle Verträge, die im Bereich der integrierten Versorgung geschlossen worden seien, endeten zum 31.12.2006 mit der Möglichkeit der Verlängerung, wenn die Finanzierung gesichert sei. Mit den Leistungserbringern, die sich vorliegend am Wettbewerb beteiligt hätten, würde keine Verlängerung vereinbart werden. Es würde ein erneuter Wettbewerb durchgeführt, da sich bei längerem Vertragszeitraum mehr Wettbewerber beteiligen würden. Bei der Verordnung von einem Paar Schuhen pro Jahr käme sie, die Antragsgegnerin, unter Berücksichtigung von 643 derzeit im Modell eingeschriebenen Diabetes-Patienten und unter Berücksichtigung der von diesen Patienten überwiegend in Anspruch genommenen Versorgung anteilig für vier Monate zu einem Betrag von 72.000 Euro. Dabei seien die Werte der übrigen Kassen berücksichtigt. Für Diabetiker würden überwiegend keine Maßschuhe verordnet, sondern Standardschuhe, die etwa 270 Euro kosten. Bezüglich der Eignung würde die Aussage der Innung zur Berufsausübung den Anforderungen von Referenzen genügen. Bei dem Prüfbericht der Rentenversicherung wäre voraussichtlich bei der Auswertung eine Nachfrage bei der Antragstellerin erfolgt.

Die Vergabeunterlagen haben der Kammer vorgelegen. Zu den weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Vergabeakte, die gewechselten Schriftsätze sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist teilweise zulässig.

II.1

Die Vergabekammer ist zur Entscheidung über den Antrag gemäß § 104 Absatz 1, 2. Halbsatz des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vom 26.08.1998 – BGBl I S. 2512 - zuständig, da es sich um das Vergabeverfahren eines öffentlichen Auftraggebers gemäß § 98 Nr. 2 GWB im Zuständigkeitsbereich der Vergabekammer handelt.

Als Auftraggeber ist dabei die Antragsgegnerin anzusehen, da nur sie erkennbar den Bietern als die Stelle entgegengetreten ist, die zur Angebotsabgabe aufgefordert hat und die die Angebote auswerten wollte. Auch nach Aufklärung in der mündlichen Verhandlung kann nicht erkannt werden, dass und mit welchen anderen Krankenkassen eine Vereinbarung letztlich zustande kommen würde. Der rechtliche Bindungswille weiterer Krankenkassen erscheint angesichts der gewählten Vorgehensweise des „Verschweigens“ nicht hinreichend deutlich zutage getreten. Es erscheint vielmehr so, dass eine bindende Vereinbarung unter allen Versicherern und Leistungserbringern aus Sicht weiterer Kassen noch aussteht und nicht mit der Annahme vorliegender Angebote durch die Antragsgegnerin auch in ihrem Namen bereits zustande kommen könnte. Weder der Text der Bekanntmachung noch die Verwendung verschiedener Logos begründet die Auftraggebereigenschaft weiterer Krankenkassen, da die Kooperationsvereinbarung nicht nur zweiseitig zwischen Krankenkassen und Orthopädie-Schuhtechnikern, sondern auch mit Krankenhäusern und niedergelassenen Ärzten abgeschlossen werden soll. Ein Bindungswille „jeder mit jedem“ kann nach Auslegung nicht – auch nicht in Form der Anscheins- oder Duldungsvollmacht – angenommen werden. Weder die Bekanntmachung noch die Verdingungsunterlagen enthalten hierfür weitere Umstände, etwa die Darlegung von Vertretungsverhältnissen.

Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber. Die Vergabekammer schließt sich hierbei der Einschätzung der Vergabekammer bei der Finanzbehörde Hamburg (Beschluss vom 21.04.2004, Az.: VgK FB 1/04) und der Vergabekammer Niedersachsen bei der Bezirksregierung Lüneburg (Beschluss vom 21.09.2004, Az.: 203 – VgK- 42/2004) an. Die Krankenkassen sind juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art zu erfüllen. Im Wettbewerb mit privaten Anbietern stehen sie weitestgehend nicht. Ihnen obliegt die Sicherstellung der notwendigen Gesundheitspflege ihrer Mitglieder (§ 1 SGB V). Ihre enge Verbindung zu Auftraggebern gemäß § 98 Abs. 1 GWB ergibt sich aus ihrer Finanzierung (§ 98 Abs. 2 Satz 1), die durch Gesetz geregelt ist (§ 22, 28 i SGB IV, § 5 SGB V). Diese stellt sich zwar nicht als eine direkte Staatsfinanzierung dar. Die Versicherten, soweit sie bestimmte Voraussetzungen erfüllen, sind jedoch gesetzlich verpflichtet, durch ihre Beiträge die Versicherungen zu finanzieren. Dem stünde es gleich, wenn staatliche Stellen – in Form von Steuern o.ä. – die Geldmittel einzögen, um sie dann den Krankenkassen zu übergeben (vgl. auch Vorlagebeschluss an den EuGH des OLG Düsseldorf vom 21.07.2006, Az.: VII – Verg 13/06 für öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten). Die Vergabekammer geht abweichend von der Entscheidung des Bayerischen Obersten Landesgerichtes vom 24.05.2004, Az.: Verg 06/04, davon aus, dass ebenfalls das Merkmal der Staatsaufsicht vorliegt (§ 87 SGB IV, § 274 SGB V). Aus der Vorschrift aus § 98 Abs. 2 GWB geht nicht hervor, dass es sich um eine hierarchische Aufsicht handeln müsse, die auch die Zweckmäßigkeit des Handelns umfasst. Auch durch Rechtsaufsicht kann sehr wohl eine Einflussnahme bis auf die Beschaffungspraxis erfolgen, wenn die Anwendung vergaberechtlicher Vorgaben überprüft wird (so im Ergebnis OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.06.2005, Az.: VII - Verg 22/05, jedoch keine tragende Begründung, da Antragsgegner ein gesetzlicher Unfallversicherer war, der auch der Fachaufsicht unterliegt).

Die Merkmale eines öffentlichen Auftrages – Leistungserbringung gegen Entgelt an einen öffentlichen Auftraggeber - liegen vor. Es handelt sich nicht um eine Dienstleistungskonzession, da gerade im Modell der integrierten Versorgung bestimmte Leistungserbringer als direkte Partner der Krankenkassen ausgewählt werden, die von den teilnehmenden Versicherten akzeptiert werden müssen. Aber auch grundsätzlich ist im Verhältnis der Krankenversicherung und der Leistungserbringer nicht von einer Dienstleistungskonzession auszugehen. Das Entgelt wird dem Leistungserbringer nicht von einem Dritten gezahlt, sondern von der Krankenversicherung. Auch der Eigenanteil des Versicherten wird gesetzlich vermittelt zwangsweise an den Leistungserbringer gezahlt. Unsicher für den Leistungserbringer ist lediglich, wie oft er von Patienten in Anspruch genommen wird. Diese Unsicherheit besteht für einen Vertragspartner jedoch genauso, wenn er etwa auf Abruf Bedarfe eines öffentlichen Auftraggebers erfüllt, deren Umfang anfänglich noch nicht abschließend feststeht. Die für eine Dienstleistungskonzession prägende Risikoverlagerung für die Erwirtschaftung eines Entgeltes auf den Konzessionsnehmer liegt darin nicht. Weiter besteht keine Ausnahme von der Anwendung der reglementierten Vergabe durch das Modell der integrierten Versorgung. Zunächst kann durch nationale Gesetzgebung die Unterwerfung eines öffentlichen Auftraggebers unter die reglementierte Vergabe nicht ausgeschlossen werden; die Ausnahmen werden richtlinienkonform abschließend durch die Vorschrift aus § 100 GWB bestimmt. Dies gilt für die Vorschrift aus § 69 SGB V, die somit Wirkung nur unterhalb der Schwellenwerte entfaltet (vgl. Hesselmann / Motz, Integrierte Versorgung und Vergaberecht, MedR 2005, S. 498, 499, 500). Weiter handelt es sich bei dem von der Antragsgegnerin bekannt gemachten Verfahren nicht um bloße Gespräche zur Qualitätsverbesserung, die durch Leistungserbringer „angedient“ würden (Hesselmann / Motz a.a.O., S. 501). Die Antragsgegnerin hat zur Abgabe eines Angebotes aufgerufen, welches durch Annahme in einem Vertragschluss münden soll, bei dem der Leistungserbringer gegen Entgelt zur Erbringung einer fest definierten Leistung verpflichtet sein soll. An diese den Bietern gegenüber bekannt gemachte Handlungsform ist die Antragsgegnerin gebunden. Wenn sie über Preis und Leistung nach Angebotsabgabe Gespräche führen will, ist dies vorliegend eine Frage der Zulässigkeit eines Verhandlungsverfahrens, aber nicht das zwingende Indiz für eine vergaberechtsfreie „Qualitätsvereinbarung“ im Gesundheitswesen.

II.2

Der Schwellenwert gemäß § 2 Nr. 3 der Verordnung für die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) ist erreicht. Zunächst ist dabei von den im Laufe des Nachprüfungsverfahrens von der Antragsgegnerin vorgetragenen Erfahrungswerten auszugehen, die diese bei Bezug von einem Paar Schuhen pro Jahr auf 72.000 Euro für den Vertragszeitraum angesetzt hat. Da in den Verdingungsunterlagen ein Anspruch auf zwei Paar Schuhe niedergelegt ist (Nr. 1 Abs. 6 der Besonderen Vertragsbedingungen), ist diese Summe zu verdoppeln. Ebenso ist die Zuzahlung des Patienten (etwa 80 Euro) zum Auftragswert hinzuzurechnen, da es sich um eine gesetzlich vermittelte zwangsweise Zahlung des Patienten an den Leistungserbringer

handelt. Es ergäbe sich für vier Monate ein Betrag von etwa 40.000 Euro. Der Schwellenwert würde dann mit etwa 180.000 Euro aber immer noch nicht überschritten. Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung jedoch erklärt hat, hat sie die Vereinbarungen im Rahmen der integrierten Versorgung mit weiteren Leistungserbringern durchweg mit Verlängerungsklauseln abgeschlossen für den Fall der entsprechend finanzierten Fortführung dieser Art der Patientenversorgung über das Jahr 2006 hinaus. Allein mit den Leistungserbringern der vorliegend nachgefragten Leistung beabsichtige sie einen Vertrag ohne Verlängerungsmöglichkeit, um einen weiteren Wettbewerb Anfang 2007 gegebenenfalls durchführen zu können. Eine solche Vorgehensweise erscheint als willkürliche Aufteilung eines beabsichtigten Auftrages, § 3 Abs. 2 VgV. Der Wettbewerb einschließlich einer in Aussicht gestellten längeren Vertragslaufzeit hätte auch vorliegend einheitlich erfolgen können mit dem von der Antragsgegnerin beabsichtigten Effekt der Ansprache eines größeren Interessentenkreises. Es ist damit von einer nicht absehbaren Vertragsdauer auszugehen, bei der sich der Auftragswert nach dem 48fachen einer Monatsleistung bestimmt (§ 3 Abs. 3 Satz 3 VgV). Bei einer derartigen Berechnung wäre auch nach der Abschätzung der Antragsgegnerin der Schwellenwert überschritten, so dass es nicht darauf ankommt, ob, wie die Antragstellerin hierzu vorgetragen hat, die von der Antragsgegnerin angenommenen Erfahrungswerte unrealistisch sind oder nicht.

II.3

Die Antragstellerin hat unverzügliche Rügen ausgesprochen, § 107 Abs. 3 GWB.

II.3.1

Die Rügeverpflichtung der Antragstellerin bestand, da es sich bei dem von der Antragsgegnerin durchgeführten Verfahren nicht um eine de-facto-Vergabe handelt, bei der das Nichtbestehen einer Rügeverpflichtung angenommen wird (siehe hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.07.2006, Az.: VII – Verg 26/06). Die Antragsgegnerin hat zwar trotz Überschreiten des Schwellenwertes von 200.000 Euro keinen europaweiten Wettbewerb bekannt gemacht, war dazu jedoch auch nicht verpflichtet, da die nachgefragte Leistung im Bereich des „Gesundheitswesens“ Kategorie 25 des Anhanges I B des zweiten Abschnittes der VOL/A national unter Beachtung des ersten Abschnittes der VOL/A ausgeschrieben werden konnte (§ 1a Nr. 2 Abs. 2 VOL/A). Es handelt sich um eine durch ärztliche Verschreibung vermittelte (anteilige) Dienstleistung zur Gesundheitspflege der Patienten durch eine Personengruppe, deren Berufsausbildung sie zu solchen Hilfstätigkeiten qualifiziert. Die Leistung wird vorliegend auch geprägt durch die Aufklärung und Wissensvermittlung an den Patienten, die auch durch die Orthopädie-Schuhtechniker erfolgen soll. Auch wenn der Warenwert den Wert der Werkleistung und Dienstleistung je nach Einzelfall überschreitet, ist die nachgefragte Leistung insgesamt als eine solche des Gesundheitswesens anzusehen. Wenn die nationale Ausschreibung der Antragsgegnerin wiederum Vergaberechtsverstöße aus Sicht der Antragstellerin enthielt, war diese nicht von der Rügepflicht entbunden.

II.3.2

Das Schreiben der Antragstellerin vom 05.07.2006 ist als unverzügliche Rüge anzusehen. Es kann der Antragstellerin nicht widerlegt werden, dass sie erst durch anwaltliche Beratung am oder nach dem 03.07.2006 die Überzeugung erlangte, dass Vergaberechtsverstöße seitens der Antragsgegnerin vorlägen. Auch wenn diese Überzeugung von Seiten der Innung erst vermittelt wurde, können der Antragstellerin nicht die etwa schon dort vorher angestellten Überlegungen angerechnet werden. Eine regelrechte Verabredung, mit einer beabsichtigten Beanstandung bis nach Angebotsabgabe abzuwarten, wäre zwar als Verzögerung zu werten und nähme der Rüge die Unverzüglichkeit. Eine solche Verabredung kann jedoch nicht unterstellt werden. Inhaltlich hat die Antragstellerin nach anwaltlicher Beratung die Unterlassung der Durchführung eines europaweiten Verfahrens beanstandet sowie die Nichteindeutigkeit und Lückenhaftigkeit der Leistungsbeschreibung. Die weitergehende Beanstandung, weder die Bekanntmachung noch die Verdingungsunterlagen entsprächen den vergaberechtlichen Vorschriften, ist zu pauschal, um inhaltlich als Rüge angesehen werden zu können. Die Antragsgegnerin kann aus einer solchen Formulierung nicht ersehen, welche Umstände sie gegebenenfalls verändern müsste, um der Beanstandung aus Sicht der Antragstellerin wirksam abzuhelpfen.

Soweit die Antragstellerin weitere Vergaberechtsverstöße im Nachprüfungsverfahren geltend macht, (Unsicherheit bezüglich Auftraggeber / Vertragspartner, Preis als einziges Zuschlagskriterium, Ausschluss von Unteraufträgen, Nichteinbeziehung der VOL/B, Nichteinhaltung der Angebotsfrist von 52 Tagen) hat sie diese nicht vorab unverzüglich gerügt und kann sie damit im Nachprüfungsverfahren nicht geltend machen. Zu den Beanstandungen haben nicht erst Erkenntnisse im Nachprüfungsverfahren selbst geführt. Nach anwaltlicher Prüfung der Verdingungsunterlagen hätten somit auch diese Umstände vorab beanstandet werden müssen, da sie sich aus diesen Unterlagen ergaben.

II.4

Die Antragstellerin hat ihr Interesse am Auftrag durch ihr Angebot dokumentiert (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Sie hat eine Verletzung ihrer Rechte aus § 97 Absatz 7 GWB und einen ihr drohenden Schaden schlüssig geltend gemacht, indem sie die Angebotswertung auf der Grundlage einer rechtsfehlerhaften Leistungsbeschreibung beanstandet hat. Es ist denkbar, dass eine derartige Rechtsverletzung, ihr Vorliegen unterstellt, zu einer Beeinträchtigung der Chancen der Antragstellerin führen kann. Ob sie tatsächlich vorliegt, ist einer Frage der Begründetheit.

Die Zulässigkeit des Antrages der Antragstellerin entfällt auch nicht deshalb, weil die Antragstellerin ihrerseits ein Angebot abgegeben hätte, welches für einen Vertragsschluss unter keinem Gesichtspunkt in Betracht käme. Dabei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die Antragsgegnerin nach Zustellung des Nachprüfungsantrages keine weitere Wertung mehr vorgenommen hat und sich aus den Vergabeunterlagen keine Auswahl oder Vergabeentscheidung andeutet.

Umstände, aufgrund derer das Angebot der Antragstellerin zwingend von der Wertung auszuschließen wäre (§ 25 Nr. 1, 2 VOL/A) sind nicht ersichtlich. Zwar hat die Antragstellerin als zur Prüfung der Eignung geforderten Nachweis über die Abführung von Sozialabgaben einen Bescheid über eine Betriebsprüfung durch die Deutsche Rentenversicherung beigelegt, die Antragsgegnerin hatte jedoch Nachweise „vergleichbarer Art“ zugelassen, als der der Bescheid durchaus angesehen werden kann. Wenn das Ergebnis der Betriebsprüfung, wie die Antragstellerin vorgetragen hat, nur einen kleineren formellen Mangel zum Ausdruck bringt, sie jedoch die Beiträge ordnungsgemäß abgeführt hat, kann die Antragsgegnerin nach zulässiger Aufklärung zur Auffassung gelangen, dass die Zuverlässigkeit insoweit nachgewiesen wurde. Eine Aufklärung gemäß § 24 VOL/A wäre vorliegend zulässig, da der geforderte Nachweis mit dem Angebot abgegeben wurde, sein Aussageinhalt anhand der von der Rentenversicherung gewählten Formulierung jedoch nicht eindeutig ist. Hinsichtlich des Nachweises von Referenzen/vergleichbaren Projekten erscheint die von der Antragsgegnerin gewählte Formulierung in der Bekanntmachung nicht eindeutig. Es ist unklar, ob eine Referenz eines Dritten vorzulegen war oder Dritte benannt werden sollte („Darstellung“ einer Referenz), weiter, ob unterschiedliche Darstellungen oder Referenzen beizubringen waren bezüglich eines „Projektes“ und einer bzw. mehrerer Einzelleistungen unter Berücksichtigung der beispielhaft aufgezählten Referenzgeber im Klammervermerk. Der Klammervermerk kann durchaus so verstanden werden, dass die Anforderung insgesamt erfüllt werden kann durch **eine** Bescheinigung **einer** der dort genannten Stellen. Derartige Unsicherheiten in der Auslegung können nicht zu Lasten eines Bieters gehen. Wie die Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung erläutert hat, war der Sinn der Anforderung, zu erkennen, ob ein Anbieter im üblichen Umfang eines Orthopädie-Schuhtechnikers in der Vergangenheit tätig war. Da die „Innung“ als Referenzgeber in der Bekanntmachung zugelassen worden war, erscheint das von der Antragstellerin dem Angebot beigelegte Schreiben ausreichend.

III.

Der Nachprüfungsantrag ist jedoch nicht begründet.

III.1

Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Antragsgegnerin habe die Formalien eines europaweiten Verfahrens einhalten müssen, lag kein Rechtsverstoß vor. Auf die Ausführungen oben unter II.3.1 wird verwiesen. Die Antragsgegnerin war nicht verpflichtet, den Wettbewerb europaweit bekannt zu machen.

III.2

Die Beanstandung des unvollständigen Leistungsverzeichnisses im Hinblick auf den voraussichtlichen Leistungsumfang ist in zweifacher Hinsicht zu prüfen. Soweit die Antragstellerin geltend macht, zu einer ordnungsgemäßen Kalkulation nicht in der Lage gewesen zu sein, kann ein fortdauernder Rechtsverstoß zu ihren Lasten nicht erkannt werden. Sie hat ein Angebot kalkuliert und abgegeben, ohne eine entsprechende Unsicherheit – etwa im Rahmen ihrer sehr ausführlichen Fragestellungen während der Angebotsfrist – deutlich werden zu lassen. Wie in der mündlichen Verhandlung auf Nachfrage durch den anwaltlichen Bevollmächtigten erklärt wurde, hatte die Antragstellerin auch zum Zeitpunkt der Beratung, also nach Angebotserstellung - nicht selbst das Gefühl einer vergaberechtswidrigen Beeinträchtigung ihrer Chancen. Es ist deshalb davon auszugehen, dass sie ein Angebot abgegeben konnte auf der Grundlage der Erfahrungen aus ihrer bisherigen Tätigkeit als zugelassener Kassenlieferant. Die insoweit geltend gemachte Beanstandung basiert jedoch auf einer zum Zeitpunkt der Angebotserstellung tatsächlich vorhandenen Unsicherheit, die nicht erkennbar ist. Die Antragstellerin kann insoweit nicht stellvertretend für den gesamten Bieterkreis und im Interesse des Berufsverbandes eine Behinderung ihrer Chancen konstruieren und geltend machen, die sich bei ihr selbst gar nicht ausgewirkt hat.

Soweit die Antragstellerin die Unmöglichkeit einer vergleichenden Angebotsbewertung beanstandet, gelten die oben geschilderten Bedenken nicht, da es sich um Umstände handelt, die sich unabhängig von der Angebotserstellung der Antragstellerin verwirklichen, gleichzeitig aber auch ihre Chancen beeinflussen können. Gleichwohl kann die Antragstellerin auch insoweit keine Beeinträchtigung ihrer Chancen geltend machen. Da die Antragsgegnerin mit den zehn erstplatzierten Bietern zur Preisvereinheitlichung Verhandlungen führen will – was die Antragstellerin nicht beanstandet hat – relativiert sich die Bedeutung der im Angebot angegebenen Preise für den Preisvergleich erheblich. Bei Vorhandensein von mehr als 10 Angeboten würde sich zwar danach bestimmen, welcher Anbieter zu diesem Kreis zählt, innerhalb dieses Kreises wird die bei Angebotserstellung vorgenommene Preisbildung jedoch überholt durch Verhandlungen gerichtet auf einen Mittelpreis. Von einer fehlerhaften Angebotsbewertung, hervorgerufen durch nicht vergleichbare Preise, kann dann nicht mehr die Rede sein. Da weiterhin nicht mehr als 10 wertbare Angebote vorliegen, kann sich auch bezüglich der Auswahl die Preisgestaltung nicht mehr niederschlagen. Die Antragsgegnerin hat in der Vergabeakte eine Überprüfung des Vorliegens der geforderten Eignungsnachweise dokumentiert (Bl. 432 der Vergabeakte) und bei 6 (mit Antragstellerin: 7) der fristgerecht abgegebenen 16 Angebote das Fehlen von geforderten Angaben verzeichnet Bieter Nr. 1, 4, 13, 14, 15, 16). Da die Angaben mit dem Angebot vorzulegen waren (Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes, Blatt 3, Punkt. 5.3 der Bewerbungsbedingungen), kommt eine Nachreichung nicht in Betracht, die Antragsgegnerin hat aus Gründen der Gleichbehandlung und Transparenz keinen Spielraum, die Nachweise / Angaben nachreichen zu lassen. Die von der Antragsgegnerin vorgenommene Überprüfung ist zutreffend, (mindestens) die aufgeführten Anbieter haben die geforderten Eignungsnachweise nicht vollständig erbracht.

Es besteht damit im Ergebnis keine Veranlassung, einen von der Antragstellerin zulässig geltend gemachten Rechtsverstoß der Antragsgegnerin durch eine

Maßnahme zu beseitigen.

IV.

Die Kostenentscheidung zu den Verfahrenskosten beruht auf § 128 Absatz 3 GWB.

Die Entscheidung zur Erstattung der entstandenen Kosten beruht auf § 128 Absatz 4 Satz 2 GWB i.V.m. § 80 Verwaltungsverfahrensgesetz NRW. Da die Antragstellerin im Verfahren unterliegt, hat sie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Feststellung über die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Bevollmächtigten im Verfahren beruht auf § 128 Absatz 4 Satz 3 GWB in Verbindung mit § 80 Absatz 2 VwVfG. Bei der Antragstellerin handelt es sich um ein Unternehmen, dessen Geschäftszweck nicht in der Durchführung von gerichtlichen/gerichtsähnlichen Verfahren besteht.

Nach § 128 Abs. 2 GWB bestimmt sich die Höhe der Gebühren im Nachprüfungsverfahren nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes der Nachprüfung. Der Gebührenrahmen wurde vom Gesetzgeber auf eine Mindestgebühr von 2.500,- € und eine Höchstgebühr von 25.000,- € festgesetzt, wobei im Einzelfall aus Billigkeitsgründen eine Ermäßigung bis auf 250,- € und - bei außergewöhnlich hohem Aufwand oder entsprechend hoher wirtschaftlicher Bedeutung - eine Erhöhung auf 50.000,- € möglich ist. Nach der von der Kammer ständig angewandten Staffeltabelle wird im vorliegenden Fall eine Basisgebühr von 2.500,- € festgesetzt. Bei der Bemessung der Gebühr ist aus Gründen der Vereinheitlichung vom Auftragswert im Sinne des § 100 Abs.1 GWB auszugehen (vgl. Noelle in Byok/Jaeger, Kommentar zum Vergaberecht, 1. Auflage, § 128 Rdnr. 999). Für die Antragstellerin wird der Auftragswert begrenzt durch die vorgesehene Vertragslaufzeit von vier Monaten. In diesem Zeitraum wird die Grenze der ersten Gebührenstaffel (1 Mio. Euro) nicht erreicht. Die zum Schwellenwert gemachten Ausführungen finden hier keine Berücksichtigung. Besondere Umstände, die eine Erhöhung oder Absenkung der Basisgebühr gebieten, liegen nicht vor.

VI.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig.

Sie ist binnen einer Notfrist von 2 (zwei) Wochen, die mit der Zustellung dieser Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Oberlandesgericht Düsseldorf, 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. Sie muss durch einen bei einem deutschen Gericht zugelassenen Rechtsanwalt unterschrieben 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. Von der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Bork-Galle

Bork-Galle
(Herr Machwirth ist urlaubsbedingt
ortsabwesend und an der
persönlichen Unterschrift gehindert)