
-

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	21
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

1. Instanz

Aktenzeichen	-
Datum	-

2. Instanz

Aktenzeichen	L 21 KR 1/08 SFB
Datum	30.01.2009

3. Instanz

Datum	-
-------	---

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 12.12.2008 zu verlängern bzw. wiederherzustellen, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Beschwerdegegnerinnen (BG) führen aktuell – vertreten durch den BKK Landesverband Niedersachsen-Bremen – die Vergabe "Rahmenvereinbarung über die Versorgung der BKK Versicherten mit ableitenden Inkontinenzhilfen gemäß [§ 127 Abs. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in 50 regionalen Losgebieten" mit Beschränkung auf acht Regionallose "in einem offenen Verfahren gemäß Vergabebekanntmachung vom 19.07.2008" durch (ursprünglich vorgesehene Vertragslaufzeit: 01.01.2009 bis 31.12.2010). Auf die EU-Bekanntmachung vom 19.07.2008 (ABl. EG 2008/S 139-186291) und die Übersendung der Verdingungsunterlagen gingen zahlreiche Fragen, Rügen und Hinweise von Bieterseite ein, die mit Rundschreiben vom 11.08.2008, 29.08.2008, 02.09.2008 sowie 04.09.2008 in insgesamt 132 Einzelpunkten beantwortet wurden. Die BG

setzten die Bieter ferner darüber in Kenntnis, dass die Angebotsfrist bis zum 08.10.2008 verlängert werde (Bieterrundschreiben vom 10.09.2008). Mit weiterem Bieterrundschreiben vom 19.09.2008 wurde u.a. eine aktualisierte Fassung der Verdingungsunterlagen (Stand: 19.09.2008) an die Bieter übersandt und mitgeteilt, dass sich die vorgesehene Vertragslaufzeit auf den Zeitraum 01.02.2009 bis 31.01.2011 verschiebe. Die Beschwerdeführerin (BF) gab im Vergabeverfahren kein Angebot ab.

Nachdem die BF bereits im Vergabeverfahren mit Schreiben vom 20.08.2008 und 01.09.2008 im Wesentlichen geltend gemacht hatte, dass das Vergabeverfahren gegen den Zweckmäßigkeitvorbehalt des [§ 127 Abs. 1 SGB V](#) und weitere Grundsätze des Sozialrechts verstoße, dass den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werde und die ihnen für die Kalkulation zur Verfügung gestellte Datengrundlage in vielerlei Hinsicht unzureichend sei, dass der niedrigste Preis nicht das alleinige Zuschlagskriterium sein dürfe, dass die vorgenommene Loslimitierung vergaberechtswidrig sei, dass die erforderliche Ausschreibungsreife nicht vorgelegen habe und die Leistungsbeschreibung auch vor diesem Hintergrund nicht eindeutig und erschöpfend sei, stellte sie am 08.09.2008 einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Im Nachprüfungsverfahren hat die BF an den im Vergabeverfahren geltend gemachten Rügen festgehalten und darüber hinaus die Auffassung vertreten, dass die Verdingungsunterlagen durch die Antworten auf Bieterfragen in etwa 125 Ziffern intransparent geworden seien. Als marktbeherrschendes Unternehmen hätten die BG ihre marktbeherrschende Stellung i.S.d. [§ 19 GWB](#) missbraucht sowie die BF unbillig behindert und diskriminiert ([§ 20 Abs. 1 GWB](#)).

Die Vergabekammer (VK) hat die BG verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der VK der BF die Möglichkeit einzuräumen, erstmals ein Angebot abzugeben und den übrigen Bietern Gelegenheit zu geben, ihre Angebote – ohne inhaltliche Änderung – neu zu bepreisen (Beschluss vom 12.12.2008 – der BF zugestellt am Samstag, den 13.12.2008).

Mit ihrer hiergegen am Montag, den 29.12.2008 erhobenen sofortigen Beschwerde hält die BF an ihrer bereits geäußerten Rechtsauffassung fest. Den gleichzeitig gestellten Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde hat der Senat abgelehnt und im Wesentlichen darauf abgestellt, dass ein Rechtsschutzbedürfnis angesichts der von der VK getroffenen Maßnahmen bereits deshalb nicht bestehe, weil das Zuschlagsverbot jedenfalls bis zu einer erneuten Angebotswertung durch die BG andauere (Beschluss vom 12.01.2009).

Nachdem die BG nach Ablauf der erneut gesetzten Angebotsfrist am 07.01.2009, 12.00 Uhr, ihre Angebotsbewertung wiederholt haben, haben sie diejenigen Bieter, die nicht für einen Zuschlag in Betracht kommen, mit Schreiben vom 15.01.2008 informiert ([§ 13 VgV](#)). Die BF, die abermals kein Angebot abgegeben hat, ist nicht von den BG informiert worden.

Mit dem am 20.01.2009 erneut gestellten Antrag auf Verlängerung der

aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde macht die BF im Wesentlichen geltend, dass sich die Frage nach dem Rechtsschutzbedürfnis erneut stelle, da die BG nunmehr beabsichtigten, einen Zuschlag zu erteilen. Der Antrag sei nunmehr statthaft, da die BG nach Wegfall der aufschiebenden Wirkung in der Lage wären, vollendete Tatsachen zu schaffen und damit sämtliche Rechtsschutzmöglichkeiten der BF im Beschwerdeverfahren zunichte zu machen.

Die BF beantragt schriftsätzlich sinngemäß,

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 12.12.2008 anzuordnen, hilfsweise, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde wiederherzustellen.

Die BG beantragen,

den Antrag abzulehnen.

Sie vertreten im Wesentlichen die Auffassung, dass der Antrag auf Anordnung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nicht statthaft sei, weil ein solcher Antrag bereits durch Beschluss des erkennenden Senats vom 12.01.2009 abgelehnt worden und überdies die Zwei-Wochen-Frist des [§ 118 Abs. 1 Satz 2 GWB](#) abgelaufen sei. Der hilfsweise gestellte Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung finde im Gesetz keine Stütze. Für eine analoge Anwendung des [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) fehle es an einer planwidrigen Regelungslücke.

Weiterer Einzelheiten wegen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Vergabeakten, der Verfahrensakten der VK und der Gerichtsakten.

II.

Der Antrag ist unzulässig.

Der Antrag ist bereits deshalb unzulässig, weil der Senat die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde mit Beschluss vom 12.01.2009 abgelehnt hat. Er ist davon ausgegangen, dass in den Fällen, in denen die Vergabekammer – wie hier – Maßnahmen i.S.d. [§ 114 Abs. 1 Satz 1 GWB](#) angeordnet hat, sie damit implizit auch ein Zuschlagsverbot ausgesprochen hat (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.11.2005 – [VII-Verg. 82/05](#), Vergabe R 2006, 424). Das Zuschlagsverbot dauert gemäß [§ 118 Abs. 3 GWB](#) so lange fort, wie die Entscheidung nicht nach [§ 123 GWB](#) aufgehoben oder der Zuschlag gemäß [§ 121 GWB](#) gestattet wird oder bis die Vergabestelle den nach [§ 114 Abs. 1 Satz 1 GWB](#) angeordneten Maßnahmen nachkommt. Für die vorliegende Konstellation ergibt sich daraus, dass das Zuschlagsverbot nicht mehr besteht, da die BG den im Beschluss der VK vom 12.12.2008 erteilten Auflagen nachgekommen sind. Sie haben der BF die Möglichkeit eingeräumt, erstmals ein Angebot abzugeben und den übrigen Bietern Gelegenheit gegeben, ihre Angebote neu zu bepreisen (vgl. auch Schreiben der BG vom 17.12.2008).

Eine Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde scheidet aus, weil die aufschiebende Wirkung am Montag, den 12.01.2009 abgelaufen ist. Nachdem der Senat den am 29.12.2008 gestellten Antrag der BF mangels Rechtsschutzbedürfnis abgelehnt hatte und nunmehr die in [§ 118 Abs. 1 Satz 2 GWB](#) genannte Zwei-Wochen-Frist abgelaufen ist, ist ein erneuter Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde nicht (mehr) statthaft (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06.11.2000 - [Verg 20/00](#), WuW/E Verg 399 ff.).

Eine Anordnung der aufschiebenden Wirkung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn man das Begehren der BG als einen Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde auslegt. Denn es ist zu berücksichtigen, dass das GWB einen derartigen Rechtsbehelf nicht vorsieht, so dass - insbesondere vor dem Hintergrund des Grundsatzes der Rechtsmittelklarheit (hierzu BVerfG, Plenarbeschluss vom 30.04.2003 - [1 PBvU 1/02](#), [NJW 2003, 1924](#)) - ein Antrag auf Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde nicht statthaft ist. Denn es fehlt für die von der BF geltend gemachte Analogie zur Überzeugung des Senats bereits an einer planwidrigen Regelungslücke. Unter Berücksichtigung des gegenwärtigen Sach- und Streitstandes ist nämlich nicht anzunehmen, dass der Gesetzgeber die hier vorliegende Konstellation bei der Regelung der Rechtsmittel im Vergabeverfahren übersehen hat. Vielmehr ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber dem Beschleunigungsgrundsatz im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren eine überragende Stellung einräumt (vgl. auch OLG Brandenburg, Beschluss vom 25.08.2008 - [Verg W 12/08](#)). Hierfür spricht insbesondere, dass der Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 13.08.2008 einen Wegfall der durch [§ 118 Abs. 1 Satz 2 GWB](#) angeordneten aufschiebenden Wirkung aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung bereits nach einer Woche nach Ablauf der Beschwerdefrist vorsieht (vgl. [BT-Drs. 16/10117, S. 9.](#) und 24). Zur Überzeugung des Senats ist eine analoge Anwendung des [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) in der hier gegebenen Konstellation auch nicht erforderlich, um die im Hinblick auf [Art. 19 Abs. 4 GG](#) erforderliche Effektivität des gerichtlichen Rechtsschutzes zu gewährleisten. Es ist daran festzuhalten, dass die Vergabekammer erneut mit einem Nachprüfungsbegehren angerufen werden kann, sofern die Vergabestelle beabsichtigt, nach Erfüllung von Auflagen i.S.d. [§ 114 Abs. 1 GWB](#) den Zuschlag nunmehr zu erteilen. Dass es sich hierbei um die Verkürzung von Rechtsschutzmöglichkeiten der Bieter bzw. Beigeladenen handeln soll, vermag der Senat nicht nachzuvollziehen. Ebensowenig greifen die von der BF erhobenen prozessökonomischen Erwägungen durch.

Selbst wenn der Senat zu der Überzeugung gelangt wäre, dass der von der BF erhobene und auf Verlängerung bzw. Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde gerichtete Antrag statthaft wäre, müsste dieser zurückgewiesen werden, da es an einer hinreichenden Erfolgsaussicht der sofortigen Beschwerde fehlt.

Der Senat ist in der Lage, im Verfahren nach [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) auch angesichts des noch beim EuGH anhängigen Vorabentscheidungsverfahrens entscheiden. Er kann dabei offen lassen, ob es sich bei den ausschreibenden BG um

öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#) handelt und ob diese im hier streitigen Vergabeverfahren öffentliche Aufträge gemäß [§ 99 GWB](#) ausgeschrieben haben, weil der Beschluss nicht in materielle Rechtskraft erwächst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2008 - [VII-Verg 15/08](#)).

Der Senat neigt zwar dazu anzunehmen, dass die BF zumindest nicht dargelegt hat, dass ihr durch die behauptete Verletzung von Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht ([§ 107 Abs. 2 GWB](#)). Zweifel ergeben sich daraus, dass die BF nicht nur im Vergabeverfahren kein Angebot abgegeben hat, sondern darüber hinaus auch nach dem angefochtenen Beschluss der VK davon abgesehen hat, nunmehr ein Angebot zu unterbreiten. Letztlich braucht der Senat dies jedoch nicht zu entscheiden.

Denn im Hinblick auf das Vorbringen der BF, dass bei der Ausschreibung von ableitenden Inkontinenzhilfen gegen [§ 127 SGB V](#) verstoßen worden sei und die BG ihre marktbeherrschende Stellung missbraucht sowie die BF diskriminiert habe, kann die sofortige Beschwerde keinen Erfolg haben da der Nachprüfungsantrag unzulässig ist. Im Hinblick auf die weiteren Rügen ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Die VK hat zu Recht darauf abgestellt, dass es an der Möglichkeit einer Rechtsverletzung ([§ 97 Abs. 7 GWB](#)) fehlt, soweit die BF rügt, die BG hätten durch die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens gegen den Zweckmäßigkeitsvorbehalt des [§ 127 SGB V](#) und die dieser Vorschrift zugrunde liegenden sozialrechtlichen Wertentscheidungen verstoßen. Zwar ordnet [§ 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) an, dass die Krankenkassen die Qualität der Hilfsmittel sowie die notwendige Beratung der Versicherten und sonstige erforderliche Dienstleistungen sicherstellen und für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen haben; [§ 127 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) regelt dabei, dass die im Hilfsmittelverzeichnis nach [§ 139 SGB V](#) festgelegten Anforderungen an die Qualität der Versorgung und der Produkte zu beachten sind. Es ist jedoch nichts dafür ersichtlich, dass es sich hierbei um eine bieterschützende Vorschrift handelt. Der Gesetzgeber hat die Regelung vielmehr eingefügt, um sicherzustellen, dass Preisvorteile nicht zu Lasten der Versorgungsqualität gehen ([BT-Drs. 16/3100 S. 141](#)). Auch vor dem Hintergrund, dass im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle durchgeführt wird, kann die BF insbesondere nicht rügen, dass es sich bei den ausgeschriebenen ableitenden Inkontinenzhilfen um "ausgesprochen komplexe Dienstleistungen" handele, für die ein Vergabeverfahren auch angesichts des Patientenschutzes nicht in Betracht komme (vgl. hierzu [§ 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V](#)). Im Verhältnis zu den Versicherten sind es die Krankenkassen und Leistungserbringer, die eine bedarfsgerechte und gleichmäßige, dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entsprechende Versorgung der Versicherten zu gewährleisten haben (vgl. [§ 70 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#)). Die in [§ 127 Abs. 2](#) und 3 SGB V genannten Vorgaben sind letztlich Ausprägung des das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung beherrschenden Grundsatzes der Qualität, Humanität und Wirtschaftlichkeit der Leistungserbringung. Dafür, dass diese Vorschriften einen Bieterschutz i.S.d. [§ 97 Abs. 7 GWB](#) gewährleisten oder Leistungserbringer in die Lage versetzen sollen, Rechte der Versicherten quasi in

Prozessstandschaft im Vergabeverfahren geltend zu machen, ergeben sich demgegenüber keine durchgreifenden Anhaltspunkte. Kommt es im Rahmen der Leistungserbringung zu Mängeln, obliegt es den Krankenkassen – hier den BG – im Rahmen des ihnen obliegenden Sicherstellungsauftrages, bei den Leistungserbringern mit den dafür vorgesehenen Maßnahmen auf vollständige und fachgerechte Erfüllung der Verträge hinzuwirken.

Unzulässig ist der Nachprüfungsantrag ferner im Hinblick auf die kartellrechtlich begründeten Rügen der BF (Verstoß gegen [Art. 81, 82 EG](#); [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. [§§ 19, 20 GWB](#)). Dabei kann zunächst dahinstehen, ob die BF mit dieser Rüge gemäß [§ 107 Abs. 3 GWB](#) präkludiert ist. Jedenfalls schließt sich der Senat der vom OLG Düsseldorf vertretenen Auffassung an (Beschluss vom 10.04.2002 – [Verg 6/02](#)), dass im Hinblick auf eine geltend gemachte Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften weder der Rechtsweg in das Nachprüfungsverfahren eröffnet ist noch eine Antragsbefugnis i.S.d. [§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) geltend gemacht werden kann. Dies ergibt sich bereits aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#). Danach wird angeordnet, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass nichts dafür ersichtlich ist, dass es sich bei den BG tatsächlich um "Unternehmen" (hierzu EuGH, Urteil vom 16.03.2004 – C-246/01 u.a., [EuZW 2004, 241](#) ff.) in marktbeherrschender Stellung handelt. Nach Einschätzung des BKK-Bundesverbandes verfügen sämtliche Betriebskrankenkassen lediglich über einen Marktanteil von etwa 20 % (vgl. hierzu auch [www.bkk.de](#)), so dass schon die in [§ 19 Abs. 3 GWB](#) genannten Vermutungsregeln nicht greifen.

Mit Blick auf die weiterhin von der BF erhobenen Rügen ist der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Entgegen der Auffassung der BF ist die von den BG vorgenommene Loslimitierung auf acht von 50 Gebietslosen nicht zu beanstanden. Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss zu Recht darauf verwiesen, dass die Loslimitierung sowohl der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb als auch der Minimierung des Ausfallrisikos der BG dient. Zu berücksichtigen ist ferner, dass ein vollständiger Verzicht auf eine Limitierung große Lieferanten bevorteilen und sich damit auf den hier sachlich und räumlich relevanten Märkten für die jeweiligen Inkontinenzprodukte konzentrationsfördernd und wettbewerbshindernd auswirken könnte. Nicht zuletzt berücksichtigt die Aufteilung in Gebietslose und die Loslimitierung die Interessen mittelständischer Anbieter (vgl. [§ 97 Abs. 3 GWB](#)).

Nicht begründet sind die Rügen der BF, soweit sie die Schlussfolgerung zieht, ein besonderes Wagnis resultiere aus dem Umstand, dass die zu vergebenden Verträge als Rahmenverträge ausgestaltet werden. Es ist auch unter Zugrundelegung des Vortrages der BF nicht erkennbar, inwieweit der Abschluss von Rahmenverträgen für sich genommen gegen [§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A](#) verstoßen soll. Dass sich bei Rahmenverträgen unter Berücksichtigung der tatsächlichen Verhältnisse im Bereich der Versorgung von Versicherten mit Hilfsmitteln Preise nicht "auf den Punkt genau" kalkulieren lassen, berücksichtigt [§ 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A](#). Dort wird geregelt, dass bei Rahmenverträgen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau

wie möglich zu ermitteln ist, jedoch nicht abschließend festgelegt werden muss. Abgesehen davon handelt es sich beim Rahmenvertrag um eine im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung typische Gestaltungsform, da Hilfsmittel an Versicherte nur auf der Grundlage von Verträgen gemäß [§ 127 Abs. 1](#), 2 und 3 SGB V abgegeben werden dürfen ([§ 126 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#)). Kommt es im Einzelfall zur Versorgung eines Versicherten, ist noch ein (Einzel-)Vertrag zwischen dem Leistungserbringer und der Krankenkasse zu schließen, dessen Inhalt aber durch die bereits getroffenen Vereinbarungen als Rahmenverträge vorgeprägt ist (vgl. BSG, Urteil vom 05.08.1999 - [B 3 KR 12/98 R](#) -, [BSGE 84, 213](#) zu [§§ 124, 125 SGB V](#)). Wenn das Gesetz jedoch gerade für diese Gestaltungsform Ausschreibungen vorsieht, kann in der Ausschreibung von Rahmenvereinbarungen für sich genommen kein Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften gesehen werden.

Die BF kann ferner nicht rügen, dass Ausschreibungsreife i.S.d. [§ 16 Nr. 1 VOL/A](#) nicht gegeben sei, weil die Antragsgegnerin die Angebotsabgabe mehrfach geändert haben. Zwar haben die BG in vier Bieterwettbewerben insgesamt 132 Einzelstellungnahmen abgegeben. Die VK hat jedoch zu Recht darauf verwiesen, dass von professionellen Bietern erwartet werden kann, dass sie sich auch mit einer größeren Anzahl von Fragen und Antworten auseinandersetzen und deren Auswirkungen auf die Angebotserstellung zutreffend ermitteln. Zu berücksichtigen ist ferner, dass die Verdingungsunterlagen (Stand: 19.09.2008) aufgrund der durchgeführten Änderungen nunmehr klar und eindeutig sind. Die von den BG für zweckmäßig gehaltenen Korrekturen sind den Bietern in einem transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mitgeteilt worden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2008, a.a.O.).

Die BF kann ebenfalls nicht einwenden, dass ihr eine Kalkulation und die Unterbreitung eines Angebotes deshalb unmöglich gewesen sei, weil es an einem tragfähigen Datengerüst gefehlt habe. Dabei hat die BF keinen Anspruch auf die von ihr zunächst geltend gemachte Übermittlung von "Rohdaten". Es kann in diesem Zusammenhang dahinstehen, ob die begehrte Überlassung von den Vorschriften zum Sozialdatenschutz ([§§ 284 ff. SGB V](#), [67 ff. SGB X](#)) gedeckt wäre. Jedenfalls ist für den Senat nicht ersichtlich, aus welchen Gründen unter Zugrundelegung der mit den Verdingungsunterlagen zur Verfügung gestellten Frequenzstatistiken (Anhang 16) eine Preiskalkulation nicht möglich sein sollte, da den Bietern die Anzahl der mit den jeweiligen Inkontinenzhilfen versorgten Versicherten, die entsprechenden Festbeträge sowie das jeweilige Verordnungsvolumen bezogen auf Einzelartikel mitgeteilt worden ist. Darüber hinaus gilt es zu berücksichtigen, dass insbesondere in einer Rahmenvertragskonstellation eine "punktgenaue" Kalkulation ohnehin nicht möglich ist, da die Vergabe eines Einzelauftrags letztlich von den – nicht im Vorhinein abschätzbaren – Erkrankungen der Versicherten und dem Ordnungsverhalten der behandelnden Ärzte abhängig ist. Auch vor diesem Hintergrund ordnet [§ 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A](#) an, dass das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben ist, jedoch nicht abschließend festgelegt werden muss. Angesichts dieser normativen Vorgaben und den zur Verfügung gestellten Daten konnte es – wie die VK zu Recht herausgestellt hat – von einem professionellen Anbieter durchaus erwartet werden, einen Preis zu bilden

und ein entsprechendes Angebot zu unterbreiten.

Ein ungewöhnliches Wagnis ergibt sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt, dass einige Versicherte von ihrem Wahlrecht nach [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) Gebrauch gemacht haben oder sich ggf. unter Berufung auf [§ 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V](#) an einen anderen Leistungserbringer wenden werden, sofern ein berechtigtes Interesse besteht. Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend darauf hingewiesen, dass sich aus dem Bierrundschreiben vom 29.08.2008 (Ziff. 63) ergibt, dass die Zahl derjenigen Versicherten, die von ihrem Wahlrecht nach [§ 13 Abs. 2 SGB V](#) Gebrauch gemacht haben, gering ist und es sich bei der Zahl der Versicherten, die gemäß [§ 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V](#) einen anderen Leistungserbringer wählen, um eine vernachlässigbare Größe handelt. Angesichts dessen stünde der Aufwand bei der Ermittlung konkreter Zahlen in keinem Verhältnis zu dem daraus resultierenden Ertrag, zumal die geringe Anzahl der oben genannten Versicherten sich nicht maßgeblich auf die Preiskalkulation auswirken kann. Abgesehen davon haben die Verfahrensbeteiligten in der mündlichen Verhandlung der VK am 09.10.2008 Einvernehmen dahingehend erzielt, dass sich allein aus [§ 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V](#) noch kein ungewöhnliches Wagnis ergibt und die dort geregelten Sachverhalte allenfalls von marginaler Bedeutung sind (S. 3 der Sitzungsniederschrift).

Entgegen der Ansicht der BF sind die – stets gegebenen – Fluktuationen von Versicherten aus der häuslichen Umgebung in stationäre Einrichtungen für die Angebotskalkulation unerheblich. Abgesehen davon, dass die Belieferung von in stationären Einrichtungen untergebrachten Versicherten nicht Gegenstand der hier streitigen Ausschreibung ist, stünde der Aufwand der von der BF gewünschten Erhebung nicht in einem angemessenen Verhältnis zu dem hierdurch nur möglicherweise erreichbaren Erkenntnisgewinn. Außerdem lässt sich naturgemäß nicht prognostizieren, wieviele Versicherte aufgrund von Krankheit und Behinderung zukünftig während der Vertragslaufzeit in einer stationären Pflegeeinrichtung untergebracht werden müssen und somit nicht mehr durch den Ausschreibungsgewinner mit ableitenden Inkontinenzhilfen versorgt werden können. Im Übrigen kann in diesem Zusammenhang nicht unberücksichtigt bleiben, dass sich die Zahl der versorgungsbedürftigen Versicherten auch durch Neuerkrankungen erhöhen kann.

Mit Blick auf die von der BF beanstandete Möglichkeit eines Verzichts auf das Genehmigungserfordernis (vgl. auch § 7 Abs. 10 des Vertrages über die Abgabe von ableitenden Inkontinenzhilfen gemäß [§ 127 Abs. 1 SGB V](#)) bleibt anzumerken, dass es sich hierbei um eine typische vertragliche Gestaltungsmöglichkeit zwischen Krankenkassen und Hilfsmittellieferanten handelt. Ob und inwieweit es sich dabei um einen kalkulationsrelevanten Gesichtspunkt handelt, wird durch die sofortige Beschwerde nicht nachvollziehbar dargelegt.

Zutreffend weist die BF allerdings darauf hin, dass Krankenkassenfusionen einen kalkulationsrelevanten Aspekt darstellen können. Dies gilt insbesondere dann, wenn sich nicht am Ausschreibungsverfahren beteiligte Krankenkassen mit einer der BG zusammenschließen (wie z.B. im Fall der BG zu 92) und der Vereinigten IKK). Als Rechtsfolge ergibt sich gemäß [§ 150 Abs. 2 SGB V](#) i.V.m. [§ 144 Abs. 4 SGB V](#), dass

die Rechte und Pflichten der beteiligten Krankenkassen auf die neue Krankenkasse im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen (vgl. Baier in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung – Pflegeversicherung -, [§ 144 SGB V](#), Rdn. 29 ff.), so dass die jeweiligen Ausschreibungsgewinner in ihren Losgebieten gegebenenfalls eine größere Anzahl von Versicherten zu versorgen haben, als ursprünglich kalkuliert. Wollte man jedoch mit Blick auf etwaige Kassenfusionen davon ausgehen, dass keine tragfähige Kalkulationsgrundlage gegeben ist, könnte auf diese Weise jegliches Ausschreibungsverfahren unterbunden werden. Der Gesetzgeber hat jedoch in [§ 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) die Möglichkeit von Ausschreibungen auch vor dem Hintergrund vorgesehen, dass sich während der Vertragslaufzeiten Änderungen aufgrund von Zusammenschlüssen ergeben können.

Schließlich waren die BG nicht gehindert, den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium zu bestimmen (vgl. nur BGH, Urteil vom 05.04.2008 – [X ZR 129/06](#), [VergabeR 2008, 641](#) ff.; BGH, Urteil vom 16.10.2001 – [X ZR 100/99](#), [VergabeR 2002, 42](#) f.). Insbesondere durften sie dem Umstand Rechnung tragen, dass bei der vorliegenden Ausschreibung entgegen der Ansicht der BF der Lieferanteil gegenüber dem Dienstleistungsanteil deutlich im Vordergrund steht und diesen Aspekt bei der Bestimmung der Zuschlagskriterien entsprechend berücksichtigen. Dabei haben die BG die Qualität der Versorgung nicht außer Acht gelassen, sondern diesen – im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung überragenden – Aspekt bei der Leistungsbeschreibung und den Eignungsanforderungen berücksichtigt. Die BG durften auch – was die VK in dem angefochtenen Beschluss zutreffend herausgestellt hat – dem Gesichtspunkt Rechnung tragen, dass sich hinsichtlich des Merkmals "Qualität" der Angebote als etwaiges weiteres Zuschlagskriterium im besonderen Maße die Gefahr stellt, sich dem Vorwurf einer – vergaberechtlich unzulässigen – Vermengung von verschiedenen Wertungsstufen, insbesondere von Eignungs- und Zuschlagskriterien (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.10.2001, a.a.O.) auszusetzen.

Der Senat nimmt im Übrigen Bezug auf die zutreffenden Ausführungen der VK in dem angefochtenen Beschluss vom 12.12.2008 und sieht von einer weiteren Darstellung der Gründe ab.

Die Kostenentscheidung bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.

Der Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§§ 177, 142a SGG](#)).

Erstellt am: 04.02.2009

Zuletzt verändert am: 04.02.2009