
VK 2-21/09

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

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

1. Instanz

Aktenzeichen	VK 2-21/09
Datum	-

2. Instanz

Aktenzeichen	L 21 KR 52/09 SFB
Datum	06.08.2009

3. Instanz

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

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 15.05.2009 (Az.: [VK 2-21/09](#)) wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines anwaltlich Bevollmächtigten durch den Antragsgegner und die Beigeladene notwendig war.

Gründe:

I.

Umstritten ist die Rechtmäßigkeit einer Ausschreibung zur Vergabe des Auftrags nach [§ 137a Abs. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V).

Der Antrags- und Beschwerdegegner (AG) hat mit Bekanntmachung vom 06.09.2007 (Nr. 2007/S171-210862) die geplante Vergabe von Forschungs-, Entwicklungs- und Beratungsdienstleistungen zur Sicherung der Qualität der Versorgung im Gesundheitswesen nach [§ 137a Abs. 1 SGB V](#) im Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb europaweit ausgeschrieben. Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (AS) ist eine

gemeinnützige GmbH, die seit Anfang 2001 für den AG die Qualitätssicherung im stationären Bereich durchführt. Die Beigeladene (BG) ist eine GmbH, deren Hauptgesellschafter und Geschäftsführer zugleich Direktor des Instituts für B des Universitätsklinikums I ist; ein weiterer (Minderheits-) Gesellschafter ist Institutsleiter und Professor an der Universität G.

Auf den am 16.10.2007 gestellten Teilnahmeantrag forderte der AG die AS mit Schreiben vom 07.03.2009 zur Abgabe eines Angebots auf. Die diesem Schreiben beigefügte Aufgabenbeschreibung enthielt unter Ziffer 5.4 der Anlage eine nähere Beschreibung der Anforderungen an die fachliche Unabhängigkeit des Auftragnehmers sowie unter Ziffer 4.6 Erläuterungen zur Art und Weise der Einbindung von Fachexperten im Rahmen der Auftragsdurchführung.

Nach (erfolgreichem) Abschluss des Teilnahmewettbewerbs forderte der AG die AS mit Schreiben vom 18.11.2008 auf, bis zum 16.12.2008 ein letztverbindliches Angebot abzugeben. Die Angebotsaufforderung enthielt – unter 2.2.1(V) – hinsichtlich der Beschreibung der Einbindung von Fachexperten und des dafür vorgehaltenen Budgets folgenden Hinweis: "Dabei hat der Bieter zum einen darzulegen, wie und mit welcher Qualifikation er Fachexperten, insbesondere der Patientinnen und Patienten, auswählen will und in welchem Umfang und mit welchem Gewicht diese eingebunden werden sollen. Zum anderen ist gesondert zu beschreiben, welches Budget der Bieter für die Hinzuziehung von Fachexperten in sein Angebot einkalkuliert hat. Dabei sind die Annahmen für diese Kalkulation im Einzelnen zu erläutern. Dies gilt auch dann, wenn der Bieter Fachexperten (im Wesentlichen) auf ehrenamtlicher Basis hinzuziehen will."

Die AS gab am 16.12.2008 ihr Angebot ab.

Durch Schreiben vom 09.02.2009 teilte der AG der AS mit, dass er beabsichtige, den Zuschlag auf das Gebot der BG zu erteilen. Auf das Angebot der AS könne der Zuschlag nicht erteilt werden, weil es unter Berücksichtigung der zuletzt mit dem Aufforderungsschreiben vom 18.11.2008 bekanntgegebenen Wertungskriterien nicht die bestmögliche Leistungserbringung gemäß § 16 Abs. 4 der Verdingungsordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) erwarten lasse.

Die AS hat mit Schreiben vom 11. und 17.02.2009 sowie weiteren Schreiben vom 10.03.2009 und 16.03.2009 die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung – erfolglos – gerügt.

Am 19.02.2009 hat die AS bei der Vergabekammer des Bundes (VK) einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die VK hat den Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 15.05.2009 (teilweise als unzulässig, teilweise als unbegründet) zurückgewiesen. Hinsichtlich des Vorbringens der Beteiligten und der Einzelheiten der Begründung wird auf die Gründe Bezug genommen.

Gegen den ihr am 18.05.2009 zugestellten Beschluss hat die AS am 29.05.2009 sofortige Beschwerde bei dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (LSG NRW)

eingelegt. Auf den entsprechenden Antrag der AS hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die sofortige Beschwerde verlängert.

Zur Begründung ihres Begehrens macht die AS geltend: Die BG sei wegen fehlender fachlicher Unabhängigkeit i.S.v. [§ 137a SGB V](#) zwingend vom Vergabeverfahren auszuschließen. Ein Verlust dieses Rügerechts gemäß [§ 107 Abs. 3 GWB](#) sei nicht eingetreten, denn sie habe vor dem Zugang des Informationsschreibens vom 09.02.2009 keine positive Kenntnis davon gehabt, dass die BG sich als Einzelbieter qualifiziert habe und als einziger Mitwettbewerber im Verfahren verblieben sei. Der geschäftsführende Gesellschafter der BG beherrsche diese maßgeblich. Da er zugleich in einem Beschäftigungsverhältnis zum Universitätsklinikum I stehe, welches Leistungserbringer i.S.d. [§ 137a SGB V](#) sei, bestehe ein punktueller potentieller Interessenskonflikt. Ferner fehle es an der Eignung der BG i.S.v. § 13 VOF, weil sie bisher keine Nebentätigkeitsgenehmigung für ihren geschäftsführenden Gesellschafter vorgelegt habe. Auch sei das Angebot der BG im Bereich der Datenauswertung sowie der Auswertungs- und Ergebnisübermittlung unvollständig. Den immensen Aufwand der individuellen Auswertungs- und Ergebnismeldung an die einzelnen Praxen und Krankenhäuser in der Bundesrepublik wälze die BG in ihrem Angebot auf Einrichtungen der Landesebene ab, weil sie davon ausgehe, dass an sie nur anonymisierte Daten weitergeleitet würden. Schließlich sei sie (die AS) von der AG darüber im Unklaren gelassen worden, dass die AG von dem bisher praktizierten Konzept der ehrenamtlich tätigen Fachexperten zu einem System bezahlter Fachexperten habe wechseln wollen.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. Mai 2009 ([VK 2-21/09](#)) aufzuheben,

2. dem Beschwerdegegner zu untersagen, den Zuschlag im Verhandlungsverfahren bezüglich des Projektes "Qualitätssicherung der Versorgung im Gesundheitswesen" in T (Bekanntmachung: 2007/S171-210562) an die B-Institut xxx, vertreten durch den Geschäftsführer, Herrn Prof. Dr. T, N-weg 00, H, (nachfolgend B-Institut GmbH) zu erteilen,

3. den Beschwerdegegner zu verpflichten, den Zuschlag auf das letztverbindliche Angebot der Beschwerdeführerin vom 15. Dezember 2008 zu erteilen,

hilfsweise,

den Beschwerdegegner zu verpflichten, die beiden im Wettbewerb verbliebenen Bieter unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zur Abgabe eines letztverbindlichen Angebotes aufzufordern,

äußerst hilfsweise,

den Beschwerdegegner zu verpflichten, das Vergabeverfahren aufzuheben,

4. dem Beschwerdegegner die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Beschwerdeführerin aufzuerlegen,

5. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Beschwerdeführerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendig war.

Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie halten die Entscheidung der VK für zutreffend. Sie entgegnen: Der Begriff der fachlichen Unabhängigkeit sei ein unbestimmter Rechtsbegriff, der einen sehr weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraum eröffne und nur äußerst eingeschränkt rechtlich überprüfbar sei. Jedenfalls aber stelle die AS überspitzte Anforderungen an die fachliche Unabhängigkeit i.S.d. [§ 137a SGB V](#). Der Geschäftsführer der BG sei vom Betrieb des Universitätsklinikums unabhängig, denn sein Institut sei nicht bettenführend; eine konkrete Interessenkollision sei nicht ersichtlich. Die Vorlage einer Nebentätigkeitsgenehmigung im Vergabeverfahren sei von dem AG nicht verlangt worden. Abgesehen davon, dass nunmehr eine Nebentätigkeitsgenehmigung für den Geschäftsführer der BG vorgelegt worden sei, könne ihr Fehlen nicht die fachliche Ungeeignetheit begründen. Die Rüge, dass die BG die Auswertung und Weiterleitung der Daten an die Landesebene nicht kalkuliert habe, stelle eine reine Verdachtsrüge dar. Tatsächlich jedoch sei die Jahrespauschale "Datenauswertung" der BG deutlich höher kalkuliert als die der AS. Den Vergabeunterlagen sei auch hinreichend deutlich zu entnehmen gewesen, dass sowohl eine Kalkulation mit unabhängigen Fachexperten wie auch mit weniger unabhängigen Fachexperten zulässig gewesen sei. Die Behauptung der AS, sie sei davon ausgegangen, dass die Kalkulation der Kosten der Fachexperten nur zu Vergleichszwecken in das Angebot habe eingestellt werden sollen, mache keinen Sinn. Es habe der AS klar sein müssen, dass dieser Betrag bei der Angebotswertung berücksichtigt werde.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf den Inhalt der Vergabeakten sowie der Verfahrensakten der VK und der Gerichtsakten.

II.

Die zulässige Beschwerde der AS ist sowohl nach den Haupt- als auch nach den Hilfsanträgen unbegründet. Die VK hat den Nachprüfungsantrag zu Recht zurückgewiesen.

Die von der AS erhobenen Rügen sind nicht begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die Anwendbarkeit der [§§ 97 bis 115, 128 GWB](#) für die Zeit ab 18.12.2008 ergibt sich aus [§ 69 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in der

Fassung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-ORG WG) vom 15.12.2008 ([BGBl. I S. 2426](#)); für die Zeit vor dem 18.12.2008 folgt dies aus einer EU-richtlinienkonformen Auslegung der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung des [§ 69 SGB V](#) (§ 69 in der Fassung des Gesetzes vom 23.04.2002, [BGBl. I S. 1412](#)).

Hinsichtlich der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags – die Anwendung des GWB in der bis zum 23.03.2009 geltenden Fassung (GWB a.F.) gemäß [§ 131 Abs. 8 GWB](#), der Eigenschaft der AG als öffentlicher Auftraggeber, das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags, das Überschreiten des Schwellenwertes sowie der Zuständigkeit der VK des Bundes – wird auf die Ausführungen der VK im Beschluss vom 15.05.2009 Bezug genommen; dass diese Voraussetzungen erfüllt sind, ist unter den Beteiligten auch nicht umstritten. Im Übrigen hat der Gesetzgeber die Durchführung eines Vergabeverfahrens in [§ 137a SGB V](#) ausdrücklich angeordnet und damit zugleich auch die Möglichkeit der Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens eröffnet.

Die AS ist auch hinsichtlich der im Beschwerdeverfahren noch weiterverfolgten Rügen antragsbefugt gemäß [§ 107 Abs. 2 GWB](#). Die Antragsbefugnis nach [§ 107 Abs. 2 GWB](#) setzt neben dem Interesse des Bieters am Auftrag eine Verletzung in seinen Rechten nach [§ 97 Abs. 7 GWB](#) durch die Nichtbeachtung (bieterschützender) Vergabevorschriften voraus. Ein Interesse der AS am Auftrag ist hier ohne weiteres zu bejahen; dies ergibt sich regelmäßig schon aus dem Umstand der Angebotsabgabe (vergl. Bundesgerichtshof (BGH), Beschluss vom 26.09.2006, Az [X ZB 14/06](#)). Hinsichtlich der Geltendmachung einer Verletzung in Rechten aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) reicht es aus, dass nach der Darstellung des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Unternehmens eine Verletzung eigener Rechte möglich erscheint. Wegen des Gebots zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes ist im Rahmen der Antragsbefugnis nur die schlüssige Behauptung erforderlich und regelmäßig ausreichend, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Laufe des Vergabeverfahrens missachtet worden sein sollen und, was bei dem Bieter zu einem möglichen Schaden geführt hat (BGH, Beschluss vom 26.09.2006 [aaO](#) mit weiteren Nachweisen (mwN)).

Diese Voraussetzungen sind hier hinsichtlich der im Beschwerdeverfahren von der AS noch aufrechterhaltenen Rügen zu bejahen: Die von [§ 137a Abs. 1 SGB V](#) geforderte "fachliche Unabhängigkeit" der Institution, der der Auftrag – im Rahmen eines Vergabeverfahrens – erteilt werden soll, stellt eine bieterschützende Vorschrift im Sinne des [§ 97 Abs. 7 GWB](#) dar. Es handelt sich um die vom Gesetzgeber aufgestellte maßgebliche Voraussetzung, die potentielle Auftragnehmer zu erfüllen haben und das Vergabeverfahren deshalb zwingend zu beachten hat. Damit liegt auf der Hand, dass unberücksichtigt gebliebene Bieter die Beachtung dieser Voraussetzung beanspruchen können. Soweit die AS aus der behaupteten Nähe des Geschäftsführers der BG zu einem Leistungserbringer, der Universitätsklinik I, auf einen Verstoß hiergegen schließt, hat sie die Rechtsverletzung schlüssig dargelegt. Soweit die AS eine Verletzung des § 13 VOF wegen des (behaupteten) Fehlens einer Nebentätigkeitsgenehmigung für den geschäftsführenden Gesellschafter der BG rügt, ist ebenfalls davon auszugehen, dass damit eine

Rechtsverletzung schlüssig behauptet ist. Ob tatsächlich eine fehlende Nebentätigkeitsgenehmigung (für den Geschäftsführer) überhaupt die Frage der fachlichen Eignung (der GmbH) betrifft, ist eine Frage der Begründetheit. Entsprechendes gilt hinsichtlich der behaupteten Verletzung des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebotes aus [§ 97 Abs. 2 GWB](#) sowie des § 16 Abs. 2, 4 VOF wegen der (angeblichen) Unvollständigkeit des Angebots der BG im Hinblick auf die Datenauswertung sowie Auswertungs- und Ergebnisübermittlung. Schließlich hat die AS im Hinblick auf die von ihr behauptete Unklarheit der Vergabeunterlagen im Zusammenhang mit der Einbindung von Fachexperten einen Verstoß gegen [§ 97 Abs.1, 2 GWB](#) (Gleichbehandlungs- und Transparenzgebot) schlüssig dargetan.

Ein Verlust des Rügerechts gemäß [§ 107 Abs. 3 GWB](#) ist nicht eingetreten. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Dies setzt voraus, dass der Antragsteller zum einen von den tatsächlichen Umständen, auf die er den Vorwurf einer Vergaberechtsverletzung stützt, volle Kenntnis hatte. Zum anderen ist die zumindest laienhafte rechtliche Wertung notwendig, dass es sich um ein rechtlich zu beanstandendes Vergabeverfahren handelt. Eine Obliegenheit, sich die maßgeblichen Kenntnisse durch eigene Nachforschungen zu verschaffen, besteht indes nicht (vergl. OLG Dresden, Beschluss 23.04.2009, Az [WVerg 11/08](#), [WVerg 0011/08](#) mwN).

Ein Verlust des Rügerechts kommt nur hinsichtlich der Rüge, die BG erfülle nicht die Voraussetzung der fachlichen Unabhängigkeit gemäß [§ 137a SGB V](#), in Betracht. Insoweit wäre also auf Seiten der AS neben der Kenntnis von der Teilnahme der BG (als Bieterin) am Vergabeverfahren auch die positive Kenntnis von den gesellschaftsrechtlichen Verhältnissen der BG, insbesondere der Position des Geschäftsführers der BG im Unternehmen und seiner konkreten Tätigkeit für die Universitätsklinik I, erforderlich. Zwar spricht hier Vieles dafür, dass die AS bereits deutlich vor der ausdrücklich erhobenen Rüge Kenntnis von der Tatsache hatte, dass die BG als Bieterin am Vergabeverfahren beteiligt war. Dafür sprechen die von dem Geschäftsführer der BG geschilderten Umstände der Begegnung auf dem Parkplatz anlässlich der Präsentation des Angebots bei dem AG sowie die mehrfachen Treffen von Mitarbeitern der AS und der BG bei verschiedenen Anlässen. In die gleiche Richtung zielen die (schriftlichen) Bekundungen des Prof. Dr. H vom 30.07.2009 über mit dem Geschäftsführer der AS Ende 2008 bzw. Anfang 2009 geführte Gespräche. Weiter ist zu berücksichtigen, dass es sich um ein Vergabeverfahren von erheblicher Bedeutung für die AS handelte. Entsprechend groß dürfte das Interesse der AS an der Kenntnis der Identität konkurrierender Bieter einzuschätzen sein. Hinzu kommt, dass der Kreis der möglichen Bewerber für die Vergabe des hier in Rede stehenden Auftrags überschaubar war, offenbar zahlreiche Kontakte der Beteiligten bei verschiedenen Anlässen bestanden haben und ferner hinsichtlich der Identität der Bieter eine ausdrückliche Geheimhaltungspflicht nicht bestand. Ob damit von einer insoweit bestehenden positiven Kenntnis der AS ausgegangen werden muss, bedarf aber keiner abschließenden Entscheidung. Auch wenn man ein derartiges Ergebnis der Würdigung der dargestellten Umstände annähme: Es bliebe fraglich, ob die AS auch

bereits die näheren Umstände hinsichtlich der Stellung des Geschäftsführers der BG im Unternehmen und seine Position an der Universitätsklinik I kannte. Ob auch dies bereits aufgrund des Wissens der AS über konkurrierende Unternehmen bzw. aufgrund anderer Berührungspunkte mit der BG bzw. ihrem Geschäftsführer unterstellt werden kann, erscheint zweifelhaft. Eine Pflicht der AS, nach (unterstellter) Kenntnis von der Teilnahme der BG am Vergabeverfahren Nachforschungen hinsichtlich möglicher Umstände, die die fachliche Unabhängigkeit berühren könnten, vorzunehmen, bestand jedenfalls nicht.

Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Entgegen der Auffassung der AS ist die BG fachlich unabhängig i.S.d. [§ 137a Abs. 1 Satz 1 SGB V](#).

Der Begriff der fachlichen Unabhängigkeit in [§ 137a Abs. 1 Satz 1 SGB V](#) stellt, wie z.B. die Begriffe der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, einen unbestimmten Rechtsbegriff dar, dessen Inhalt einer näheren begrifflichen Bestimmung bedarf. Diese inhaltliche Begriffsbestimmung hat der BG im Rahmen von Ziffer 5.4 der Anlage A zur Aufgabenbeschreibung vorgenommen. Danach setzt sich der Begriff der "fachlichen Unabhängigkeit" gleichsam aus den vier (jeweils näher beschriebenen) "Elementen" der "Weisungsfreiheit", der "organisatorischen Unabhängigkeit", der "wirtschaftlichen Unabhängigkeit" sowie der "Freiheit von Interessenkollisionen" zusammen. Es kann offen bleiben, ob dem AG als Auftraggeber (auch) bei dieser Inhaltsbestimmung einer gesetzlichen Voraussetzung ein Beurteilungsspielraum zuzubilligen wäre. Denn jedenfalls stellt sich die Festlegung des Inhalts dieses Begriffs durch den AG als vollständig und zutreffend dar; eine Fehlerhaftigkeit ist insoweit nicht ersichtlich und wird auch von der AS nicht behauptet.

Diese – den Begriff der fachlichen Unabhängigkeit verbindlich beschreibenden und gerichtlich voll überprüfbaren – Voraussetzungen erfüllt die BG:

Zur "Weisungsfreiheit" bestimmt Ziffer 5.4 der Anlage A zur Aufgabenbeschreibung: "Der Auftragnehmer muss weisungsfrei arbeiten können. Dies ist nur gewährleistet, wenn die Leistungserbringer ... auf Arbeitsweise und Arbeitsergebnisse des Auftragnehmers (etwa durch gesellschaftsrechtliche Rechtsposition) keinen bestimmenden und den Auftragnehmer bindenden Einfluss nehmen können." Es soll hier die Möglichkeit ausgeschlo-sen werden, dass Leistungserbringer im Sinne des SGB V (die von der sektorenüber-greifenden Qualitätssicherung betroffen sind) durch rechtlich bindende Weisungen die Erfüllung des Auftrags beeinflussen. Im Falle der BG wäre eine solche die BG bindende Einflussnahme nur dadurch möglich, dass der geschäftsführende Mehrheitsgesellschafter derartigen Weisungen eines Leistungserbringers oder eines Zusammenschlusses von mehreren Leistungserbringern ausgesetzt wäre. Der Geschäftsführer der BG ist zugleich ihr Mehrheitsgesellschafter. Wäre dieser – aus seiner rechtlichen Beziehung zur Universitätsklinik I als Direktor des Instituts für B – (bindenden) Weisungen der Universitätsklinik ausgesetzt, bestünde für diesen Leistungserbringer die Möglichkeit, Arbeitsweise und Arbeitsergebnisse der BG als Auftragnehmerin zu

beeinflussen. Allerdings ist in diesem Zusammenhang zunächst einmal festzuhalten, dass derartige bindende Weisungen dem Geschäftsführer der BG in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer und Gesellschafter unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt von Seiten der Universitätsklinik I erteilt werden können. Die Art und Weise wie der Geschäftsführer seine Aufgaben innerhalb der BG erfüllt, ist dem Zugriff der Universitätsklinik vollständig und in jedem Fall entzogen; rechtlich bindende Weisungen vermögen durch die Universitätsklinik insoweit nicht zu erfolgen. Etwas anderes ist auch dem Vortrag der AS nicht zu entnehmen.

Soweit die VK die Auffassung vertreten hat, die (dem geschäftsführenden Gesellschafter der BG) im Rahmen des Berufungsverfahrens gewährte Freistellung gerade im Hinblick auf die gewerbliche, außeruniversitäre Tätigkeit der BG reiche aus, um auf diese Tätigkeit bezogene Weisungen des Dienstherrn ausschließen zu können, ist dem entgegen zu halten, dass der Dienstherr allenfalls die Möglichkeit hätte, eine Tätigkeit für die BG gänzlich zu untersagen (Verweigerung bzw. Entzug einer Nebentätigkeitsgenehmigung). Diese Fallkonstellation wäre aber etwas gänzlich anderes als die Einflussnahme durch Weisungen, für die jede Rechtsgrundlage fehlt.

Es verbleibt damit der Bereich, in dem das Institut für B der Universitätsklinik I mit seinem Direktor als Subunternehmer für die BG im Rahmen des ihr erteilten Auftrags tätig wird. Es ist bereits zweifelhaft, ob überhaupt eine ggfls. bestehende Weisungsgebundenheit grundsätzlich geeignet wäre, sich auf die fachliche Unabhängigkeit des Auftragnehmers auszuwirken. Immerhin hätte der Auftragnehmer die Tätigkeit auch des Subunternehmers zu verantworten und ggfls. dafür Sorge zu tragen, dass Einflüsse des Leistungserbringers unterbleiben. Im vorliegenden Fall ist indes die Personenidentität der jeweils bestimmenden Persönlichkeit sowohl des Subunternehmers wie auch bei der BG zu beachten, die eine effektive Kontrolle des Subunternehmers durch den Auftragnehmer nicht erwarten ließe. Deshalb müsste eine ggfls. bestehende Weisungsgebundenheit dieses Subunternehmers gegenüber einem Leistungserbringer "durchschlagen" auf den Auftragnehmer (hier die BG) und diesen ebenfalls als weisungsgebunden erscheinen lassen. Allerdings ist der geschäftsführende Gesellschafter der BG auch in seiner Eigenschaft als Direktor des Instituts für B einem rechtlich bindenden Weisungsrecht jedenfalls in fachlicher Hinsicht nicht ausgesetzt. Das Institut für B der Universitätsklinik I ist – wie andere Universitätsinstitute auch – organisatorisch verselbständigt und einem Direktor unterstellt, der die Tätigkeit des Instituts verantwortet. Es ist schlechthin nicht ersichtlich, wer ihm in dieser Eigenschaft fachlich (verbindliche) Weisungen erteilen könnte. Das Abstellen der AS auf "das Universitätsklinikum" führt nicht weiter, weil eine gegenüber den Einzelkliniken und Instituten fachlich weisungsbefugte Gesamtleitung nicht existiert.

Die weiteren Elemente der Definition des AG hinsichtlich der fachlichen Unabhängigkeit, nämlich die unvollständige organisatorische und wirtschaftliche Unabhängigkeit sind im Falle der BG gewährleistet. Anhaltspunkte, die insoweit Zweifel erwecken könnten, sind weder ersichtlich noch vorgetragen. Auch das letzte Element der Begriffsbestimmung der fachlichen Unabhängigkeit durch den AG, nämlich die Freiheit von Interessenkollisionen, ist im Falle der BG gegeben. Insofern

bestimmt Ziffer 5.4 der Anlage A der Aufgabenbeschreibung:

"Der Auftragnehmer muss frei von Interessenkollisionen handeln. Der Auftragnehmer und seine Mitarbeiter dürfen keine Interessen verfolgen, die dem Interesse an der Erfüllung ihrer Aufgaben aus [§ 137a SGB V](#) und aus dem mit dem AG zu schließenden Vertrag zuwider laufen."

Diese Bestimmung soll gewährleisten, dass das Bestehen (anderer) sachfremder Interessen des Auftragnehmers oder seiner Mitarbeiter sich nicht auf die Erfüllung des Auftrags iSd [§ 137a SGB V](#) auswirkt.

Festzuhalten ist zunächst, dass nicht ersichtlich ist, dass die BG als Auftragnehmerin selbst sachfremde Interessen bei der Erfüllung ihres Auftrags verfolgen könnte. Insoweit fehlt es an jedem konkreten Anhaltspunkt. Auch insoweit kann nur auf die Person des geschäftsführenden Gesellschafters der BG abgestellt werden. Damit stellt sich die Frage, ob aus seiner Beziehung zur Universitätsklinik auf die Beeinflussung durch sachfremde Interessen bei der Erfüllung des Auftrags gemäß [§ 137a SGB V](#) geschlossen werden kann. Dies ist zu verneinen.

Das Bestehen sachfremder Interessen muss offen zu Tage treten; es muss nach der Lebenserfahrung davon ausgegangen werden können, dass sachfremde Interessen vorliegen und einen Einfluss auf das Verhalten (hier: die Art und Weise der Erledigung des Auftrags) haben werden. Bloße Spekulationen über das Bestehen anderer Interessen oder nur die Unmöglichkeit, solche nicht mit Sicherheit ausschließen zu können, dürfen in diesem Zusammenhang keine Berücksichtigung finden. Ließe man ersteres ausreichen, hätte ein bloßer Verdacht weitreichende (vergaberechtliche) Folgen. Das Zweite dürfte auf eine Vielzahl von Fallgestaltungen zutreffen, kann man doch schon gerade wegen der vielfältigen personalen Beziehungen einen solchen Schluss nicht mit Sicherheit immer ziehen. Der Umstand, dass der geschäftsführende Gesellschafter der BG mit dem von ihm geleiteten Institut organisatorisch in die Struktur der Universitätsklinik I eingebunden ist, reicht nicht aus, um von dem Vorliegen sachfremder Interessen auf Seiten des Geschäftsführers der BG auszugehen. Auch mögen persönliche Beziehungen zu den Direktoren anderer Kliniken und Institute bestehen. Dies reicht – insbesondere unter Berücksichtigung der Stellung als Universitätsprofessor – nicht aus, um davon ausgehen zu können, dass sich der Geschäftsführer der BG mit den Interessen der anderen Kliniken und Institute des Universitätsklinikums I (in deren Eigenschaft als Leistungserbringer) in einem Maße identifiziert, dass er diese zu seinen eigenen machen würde. Eine andere Beurteilung hätte zur Folge, dass spekulative Erwägungen hinsichtlich der Intensität der Beziehungen zur Universitätsklinik bzw. ein nicht näher begründeter Verdacht die Folge des Ausschlusses vom Vergabeverfahren nach sich zögen. Dabei hätte der Betroffene – wegen der Unbestimmtheit der Spekulation und des Verdachts – auch keinerlei Möglichkeit, dies zu widerlegen. Weitere Umstände, aus denen auf sachfremde Interessen schlußgefolgert werden könnte, sind nicht ersichtlich: Das Institut für B selbst ist von der Art und Weise der Erfüllung des Auftrags nach [§ 137a SGB V](#) nicht betroffen, denn es ist nicht bettenführend und erbringt (auch keine anderen) Leistungen nach dem SGB V.

Diese Ausführungen zur fachlichen Unabhängigkeit gelten entsprechend auch für den weiteren Gesellschafter der BG in seiner Eigenschaft als Professor an der Universität G, wobei in diesem Fall ohnehin noch weiter zu berücksichtigen wäre, dass wegen des von ihm gehaltenen geringen Gesellschaftsanteils bei weitem nicht von einem beherrschenden Einfluss auf die BG ausgegangen werden kann.

Auch ist nicht von einer fehlenden fachlichen Eignung der BG i.S.v. § 13 VOF auszugehen. Die AS hat ihre Auffassung, die BG sei fachlich zur Erfüllung des Auftrags nach [§ 137a SGB V](#) nicht geeignet, damit begründet, dass dem geschäftsführenden Gesellschafter der BG eine Nebentätigkeitsgenehmigung seines Dienstherrn fehle. Es erscheint schon fraglich – was hier aber nicht geklärt werden muss – ob im Fall der beabsichtigten Auftragsvergabe an eine juristische Person überhaupt ein ggfls. in der Person des Geschäftsführers gegebener Mangel (der die Beurteilung seiner Person als fachlich ungeeignet rechtfertigt) dazu führt, dass dann von der Ungeeignetheit der GmbH als Auftragnehmerin auszugehen wäre. Immerhin bestünde die Möglichkeit, dass die Unternehmensstruktur mit vorhandenen weiteren Fachkräften eine fachlich einwandfreie Auftragsabwicklung gewährleistet. Auch erschiene es nahe liegend, dass die Gesellschafter bzw. der Geschäftsführer den fachlichen Sachverstand durch Neueinstellungen gewährleisten. Das kann jedoch alles dahingestellt bleiben, weil die Frage des Vorliegens einer Nebentätigkeitsgenehmigung nicht die fachliche Eignung gemäß § 13 VOF betrifft, sondern allein das rechtliche Dürfen des (fachlich geeigneten) Beamten (oder diesem Gleichgestellten) im Verhältnis zu seinem Dienstherrn. Abgesehen davon, dass der Geschäftsführer der BG im Termin zur mündlichen Verhandlung eine derartige Genehmigung vorgelegt hat – die der AG im Rahmen des Vergabeverfahrens nicht verlangt hatte – und es auch keinerlei Hinweise darauf gab und gibt, dass der Dienstherr die Tätigkeit des Geschäftsführers unterbinden wollte oder will, ist auch nicht einzusehen, warum ein konkurrierender Mitbewerber einen derartigen im Verhältnis Beamter-Dienstherr wurzelnden Umstand im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens mit Erfolg rügen dürfen sollte.

Ebensowenig liegt ein Verstoß gegen [§ 97 Abs. 2 GWB](#) wegen einer – nach Ansicht der AS gegebenen – Unvollständigkeit des Angebots der BG hinsichtlich der Datenauswertung vor. Die AS behauptet, das Angebot der BG im Bereich der Datenauswertung sowie der Auswertungs- und Ergebnismeldung sei unvollständig, weil die BG – in anderem Zusammenhang (zur fachlichen Unabhängigkeit) – vorgetragen hat, sie erhalte die konkreten Daten der Leistungserbringer der Landesebene nicht zur Kenntnis, sondern verarbeite diese nur anonymisiert. Hieraus schließt die AS, dass die BG diesen Teil der Leistungen – die individuelle, bezogen auf den Leistungsträger erfolgende Datenauswertung und Rückmeldung – nicht angeboten habe. Dem ist entgegenzuhalten, dass sich das Angebot der BG exakt auf den gleichen Leistungsumfang bezieht wie auch das Angebot der AS. Rechtlich ist die BG damit (im Falle der Zuschlagserteilung) in gleichem Umfang zur Leistungserbringung verpflichtet, wie dies auch die AS gewesen wäre, hätte sie den Zuschlag erhalten. Sollte die BG irrtümlich gemeint haben, dass jene Leistungen nicht zum Umfang der zu erbringenden Leistungen zählten, wäre dies unbeachtlich; sie hätte sich rechtlich wirksam gegenüber der AG zur Leistung verpflichtet. Ein Verstoß gegen das vergaberechtliche

Wettbewerbsprinzip des [§ 97 Abs. 1 GWB](#) oder das Gleichbehandlungsgebot des [§ 97 Abs. 2 GWB](#) liegt bei dieser Konstellation jedenfalls nicht vor.

Schließlich ist eine Verletzung des Transparenzgebots aus [§ 97 Abs. 1 GWB](#) entgegen der Ansicht der AS nicht insoweit zu bejahen, als sich die Verdingungsunterlagen zu der Einbindung bezahlter Fachexperten verhalten. Die AS meint, der AG habe sie über seine Absicht, zu einem System bezahlter Fachexperten wechseln zu wollen, im Unklaren gelassen. Die Verdingungsunterlagen seien insofern unklar gewesen. Ansonsten hätte sie zwei Fachexperten fest angestellt; ihr Angebot wäre dann um 10 Mio. Euro günstiger ausgefallen. Sie sei ferner davon ausgegangen, dass die im Angebot vorgenommene Kalkulation der Kosten für Fachexperten nur zu Vergleichszwecken habe in das Angebot eingestellt werden sollen. Dem vermag der Senat nicht zu folgen.

Die Verdingungsunterlagen sind (auch), soweit sie sich auf die Einbindung bezahlter Fachexperten beziehen, eindeutig und widerspruchsfrei. Bereits der Anlage A zur Aufgabenbeschreibung war unter Nr. 6 zu entnehmen, dass Fachexperten im Rahmen der Auftragsabwicklung einzusetzen sein würden und dass die Kosten dieser Fachexperten in der Kalkulation des Angebots Berücksichtigung finden sollten. Der Angebotsaufforderung war dann (unter 2.2.1(V)) klar zu entnehmen, dass sowohl die Einbindung von bezahlten Fachexperten wie auf ehrenamtlicher Basis tätiger Fachexperten möglich war. In jedem Fall war der Aufwand für diese Fachexperten in das Angebot einzukalkulieren und die Grundlagen der Kalkulation zu erläutern.

Damit musste der AS klar sein, dass der AG den Einsatz bezahlter wie auch ehrenamtlicher Fachexperten für denkbar hielt. Es war nunmehr Sache der AS, die Gründe zu erwägen und zu gewichten, die für bzw. gegen einen Einsatz bezahlter/ehrenamtlicher Fachexperten sprechen würden. In diesem Zusammenhang wäre etwa zu berücksichtigen gewesen, dass nach allgemeiner Lebenserfahrung nicht erwartet werden kann, dass hochqualifizierte Experten ohne eine angemessene Vergütung bereit sind, Leistungen zu erbringen. Natürlich stellt sich die Situation dann anders dar, wenn diese Fachexperten gleichsam im Auftrag von Organisationen (etwa von Leistungserbringern oder ihren Verbänden), bei denen sie angestellt sind, tätig werden. Dass sie bei dieser Tätigkeit dann auch die Interessen ihres Arbeitgebers verfolgen, ist nicht nur naheliegend, sondern ggfs. arbeitsrechtlich sogar geboten. Ferner wäre in diesem Zusammenhang der Gesichtspunkt, dass der AG – der fachlichen Unabhängigkeit verpflichtet – demgemäß ein Interesse daran haben dürfte, zu wissen, in welchem Umfang ein Bieter sich unabhängigen Sachverstand "einkauft" und in welchem Umfang er Experten anderer Organisationen (insbesondere solcher von Leistungserbringern) in Anspruch zu nehmen gedenkt. Andererseits – auch das wäre zu würdigen gewesen – hätten bezahlte Fachexperten das Angebot verteuert. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass der Vortrag der AS, es sei die Festanstellung von zwei Fachexperten als weitaus günstigere Alternative in Betracht gekommen, nicht überzeugt. Die Komplexität des Einsatzes von Fachexperten, wie er von dem AG vorgesehen ist, lässt nicht erwarten, dass die AS den gesamten Bereich mit (nur)

zwei festangestellten Fachexperten hätte abdecken können. In jedem Fall aber war der Umfang des Einsatzes ehrenamtlicher/bezahlter Fachexperten eine Frage der Ausgestaltung des Angebots und damit Sache der AS. Ggfls. könnten auch Rückfragen bei dem AG angezeigt gewesen sein. Keinesfalls aber kann von einer von dem AG zu verantwortenden Unklarheit der Verdingungsunterlagen hinsichtlich des Einsatzes von Fachexperten die Rede sein. Ferner musste der AS deutlich sein, dass das Budget für die Fachexperten, gleich ob auf ehrenamtlicher Basis tätig oder gegen Entgelt, in das Angebot eingestellt werden musste. Warum die AS dann – obgleich sie genau das getan hat – glaubte, die Einstellung dieser Kosten erfolge nur zu Vergleichszwecken, werde also bei der Wertung des Angebots nicht berücksichtigt, erscheint nicht nachvollziehbar. Insoweit ist die AS auch jede Erläuterung schuldig geblieben, worauf sich konkret diese (irrige) Annahme gegründet hat.

Die Rügen der AS erweisen sich somit als sämtlich unbegründet.

Damit sind zugleich auch die weiteren Anträge der AS unbegründet.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Es entspricht gemäß [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 162 Abs. 3 VwGO](#) schon deshalb der Billigkeit, der AS auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, weil diese erfolgreich Anträge gestellt hat (vgl. BSG Urteil vom 31.05.2006 – [B 6 KA 62/04 R](#) -, [NZS 2007, 391](#)).

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

Erstellt am: 12.10.2009

Zuletzt verändert am: 12.10.2009