
VK 3-78/10 (3. Vergabekammer des Bundes)

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

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

1. Instanz

| | |
|--------------|--|
| Aktenzeichen | VK 3-78/10 (3. Vergabekammer des Bundes) |
| Datum | 24.08.2010 |

2. Instanz

| | |
|--------------|---------------------|
| Aktenzeichen | L 21 SF 245/10 Verg |
| Datum | 11.11.2010 |

3. Instanz

| | |
|-------|---|
| Datum | - |
|-------|---|

Auf die sofortige Beschwerde der Antragstellerin wird der Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 24.08.2010 aufgehoben. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, für Los 3 einen Zuschlag aufgrund des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen. Ihnen wird bei fortbestehender Absicht zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrags "Studie zur Vakuumversiegelungstherapie" aufgegeben, für Los 3 ein neues Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsansicht des Senats durchzuführen. Die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene tragen die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu 2/3, die Antragstellerin zu 1/3. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer tragen die Antragsgegnerinnen zu 2/3, die Antragstellerin zu 1/3. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Beteiligten wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen (AG) führen nach europaweiter Bekanntmachung vom

12.06.2010 (2010/S.113-171649) ein Verhandlungsverfahren mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb zur Vergabe eines Dienstleistungsauftrages "Studie zur Vakuumversiegelungstherapie" durch. Bei der Vakuumversiegelungstherapie zur Wundheilung handelt es sich um eine geschlossene Wundbehandlung mit einer Wundauflage (Schaumstoff, Gaze o.ä.) in Kombination mit einem Abtransportsystem. Mittels einer Pumpe wird ein kontrollierter, örtlich begrenzter Unterdruck in der Wunde erzeugt. Durch den gleichzeitigen Abtransport des Wundsekretes wird die Wunde gesäubert. Mittels dieser Methode sollen Wundverschluss und Heilung erleichtert und beschleunigt werden.

Den Anlass für die Ausschreibung der AG bildete der Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses (GBA) vom 15.11.2007. Hier hatte der GBA entschieden, dass im Rahmen einer (geplanten) Änderung der Richtlinie "Methoden vertragsärztliche Versorgung" in Anlage III "Vakuumversiegelungstherapie" neue Daten zur Bewertung dieser Behandlungsmethode ermittelt werden sollen, um eine Bewertung des Nutzens und der medizinischen Notwendigkeit der Therapie vornehmen zu können. Dazu legte der GBA u.a. folgende Anforderungen gemäß § 2 des Beschlusses fest:

"1. Ziel der Modellvorhaben ist die Gewinnung wissenschaftlicher Daten zu patientenrelevanten Endpunkten (insbesondere stabile Wundheilung).

...

6. Im Modellvorhaben ist ein mindestens zweiarmiges randomisiertes Studiendesign vorzusehen, bei dem die Vakuumversiegelungstherapie mit einer Therapie bei der jeweiligen Wundindikation verglichen wird, die dem allgemein anerkannten Stand der medizinischen Erkenntnisse entspricht und in ihrer Durchführung standardisiert ist."

Die tragenden Gründe des Beschlusses beschreiben die Vakuumversiegelungstherapie folgendermaßen:

"Bei der Vakuumversiegelungstherapie von Wunden handelt es sich um eine geschlossene Wundbehandlung mit großflächiger Ableitung über einen drainierten Schaumstoffverband, bei der eine Vakuumsaugpumpe den für die Drainage nötigen Unterdruck erzeugt und dessen Aufrechterhaltung durch eine Klebefolie mit luftdichter Abdeckung ermöglicht wird ...Bei den verwendeten Schaumstoffschwämmen handelt es sich entweder um solche aus haftendem offenporigem Polyurethan (PU) oder nicht haftendem Polyvenylalkohol (PVA)".

Der nach der Ausschreibung der AG zu vergebende Auftrag gliedert sich in drei Lose:

"Los 1: Durchführung der Studie(n) ...

Los 2: Managementleistungen, letztere insbesondere zur Gewinnung und Koordination der Leistungserbringer, die an der Studie beteiligt werden; dieses Los 2 schließt daher Steuerungs- und Koordinierungsleistungen zur Anwendung der

Vakuumversiegelungstherapie im Rahmen der Behandlung durch die im Rahmen dieser auftragsbeteiligten Leistungserbringer (ambulant/stationär) sowie Dokumentationsleistungen durch diese Leistungserbringer ein. Los 3: Lieferung der erforderlichen Medizintechnik (Medizinprodukte) zur Durchführung der Vakuumversiegelungstherapie (nachfolgend auch Medizintechnik); dieses Los 3 enthält voraussichtlich mehrere Teillose ..."

Die Verdingungsunterlagen (im sog. "Informationsmemorandum") bestimmen u.a:

" ...B.III. Nr. 4: Das Los 3 (Medizintechnik) wird voraussichtlich in vier Teillose unterteilt, von denen bei hinreichender Anzahl geeigneter Vertragspartner und Angebote höchstens drei Lose an einen Anbieter vergeben werden sollen; vorbehaltlich einer abweichenden Festlegung aufgrund des Studiendesigns/Studienprotokolls oder der Strukturen für das Studiendesign/ Studienprotokoll sollen diese Lose auf regionaler Grundlage festgelegt werden (nachfolgend auch Regionallose). Die Regionallose werden, soweit dies möglich und sinnvoll ist, jeweils zusammenhängende Gebiete innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erfassen ... Zunächst sollen in Los 3 (Medizintechnik) mehrere Rahmenverträge geschlossen werden. Dies setzt voraus, dass mehrere Unternehmen die Anforderungen des Teilnahmewettbewerbs erfüllen und aus diesem Kreis mehrere Unternehmen Angebote einreichen, auf die nach Verhandlung ein Zuschlag erteilt werden kann. Es kann daher voraussichtlich mehrere Rahmenvertragspartner geben ... Nach Zuschlag auf diese Rahmenverträge wird für jedes der vier Regionallose zu Los 3 ein Einzelauftrag für zunächst mindestens zwei Jahre vergeben.

...D I. Los 1 (Studie)

1. Ziele und Aufgaben

Los 1 ist nach dem Ziel und Zweck der Vergabemaßnahme das zentrale Los. Die vom Auftragnehmer des Loses 1 zu erstellende Studie bildet den Bezugspunkt für die übrigen Lose und Leistungen und bestimmt daher die Maßstäbe für deren Inhalt und Umfang. Art und Umfang der Leistungen in den übrigen Losen können daher während der Vertragslaufzeit anzupassen sein. Der Auftragnehmer des Loses 1 hat im einzelnen für die festgelegten Indikationen jeweils eine wissenschaftliche Studie, die die Anforderungen des GBA-Beschlusses erfüllt, nach einheitlichen Prinzipien zu konzipieren, gemeinsam mit den Auftraggebern fein abzustimmen, durchzuführen, auszuwerten und in einem Medline-gelisteten wissenschaftlichen Journal zu publizieren ...

...III. Los 3 (Medizintechnik)

1. Ziele und Aufgaben

Los 3 hat die wesentliche Aufgabe, die erforderliche Medizintechnik (Verbrauchsmaterialien und Mietgeräte) für die Behandlung der Patienten zuverlässig, insbesondere pünktlich zur Verfügung zu stellen. In dem vorliegenden Vergabeverfahren wird entsprechend den Vorgaben des GBA die Erstellung der Studien sichergestellt. Ein langfristiger flächendeckender Auftrag zur Unterdruckwundversorgung wird im Rahmen dieser Vergabemaßnahme nicht erteilt ...

Die Auftragnehmer des Loses 3 haben nach einem noch festzulegenden Schlüssel Zahlungen für die Leistungen in Los 1 und die Dokumentation der Leistungserbringer (über Los 2) zu innerhalb der hierfür festgesetzten Obergrenzen zu leisten. Die Obergrenze der Zahlungen von Los 3 an Los 1 beträgt insgesamt 1,650 Millionen Euro, die Obergrenze für den Aufwand, der den ärztlichen Leistungserbringern für die Dokumentation (Grundpauschale für alle Patienten sowie Vergütung für Erstdokumentation, Verlaufsdokumentation, Abschlussdokumentation und Nachbeobachtungsdokumentation für Studienteilnehmer) durch Los 3 zu erstatten ist, beträgt insgesamt 650.000,- Euro. Diese Beträge sind abschließend und nicht erweiterbar, sofern nicht bisher nicht berücksichtigte Umstände erkennbar werden ...".

Zur Vorbereitung des Vergabeverfahrens hatten der AOK-Bundesverband GbR und der Verband der Ersatzkassen e.V. (vdek) – die die AG in diesem Verfahren neben der Deutschen Rentenversicherung Knappschaft-Bahn-See vertreten – ein Markterkundungsverfahren durchgeführt. Mitglied der Kommission des Markterkundungsverfahrens war eine (damalige) Mitarbeiterin des vdek, Frau B. (im Folgenden: B.), die seit 01.05.2010 bei der Beigeladenen beschäftigt ist.

Die Antragstellerin (AS) hat sich mit Teilnahmeantrag vom 12.07.2010 an dem Vergabeverfahren beteiligt und für Los 3 – wie auch die Beigeladene – beworben.

Die AS, der das Informationsmemorandum mit Schreiben vom 17.06.2010 übersandt worden war, wies die AG mit Schreiben vom 25.06.2010 darauf hin, dass B. bei der Beigeladenen im Bereich der Vakuumversiegelungstherapie tätig sei. Sie forderte die AG auf, zu erklären, welche Maßnahmen sie ergriffen habe, um den Interessenskonflikt/einen wettbewerbswidrigen Vorteil der Beigeladenen zu beseitigen. Ferner rügte sie mit Schreiben vom 05.07.2010 die ihrer Ansicht nach bestehende Abweichung der Vorgaben des Informationsmemorandums vom Beschluss des GBA. Die AG antwortete (Schreiben vom 12.07.2010 und 14.07.2010), dass sie den Rügen der AS nicht abhelfe.

Am 28.07.2010 hat die AS bei der Vergabekammer des Bundes (VK) einen Antrag auf Nachprüfung gestellt.

Zur Begründung hat sie vorgebracht: Die AG wichen mit der Ausschreibung unzulässig von den Vorgaben des Beschlusses des GBA vom 15.11.2007 ab. Dieser gehe erkennbar von einer schaumstoffbasierten Vakuumversiegelungstherapie aus. Im Gegensatz dazu ließen die AG auch Gebote zu, deren Gegenstand ein anderer sei. Es sei auch widersprüchlich, wenn die AG einerseits den Beschluss des GBA als Grundlage der Ausschreibung bezeichnen würden, andererseits aber ihren Beschaffungsbedarf viel weiter definierten. Außerdem verschaffe die Beschäftigung der B. der Beigeladenen einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil; sie sei deshalb vom Vergabeverfahren auszuschließen.

Die VK hat den Nachprüfungsantrag der AS durch Beschluss vom 24.08.2010 zurückgewiesen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Gründe Bezug genommen.

Gegen den ihr am 25.08.2010 zugestellten Beschluss der VK hat die AS am 08.09.2010 sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie macht geltend: Die zulässige sofortige Beschwerde sei auch begründet, denn der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Ein öffentlicher Auftrag liege hinsichtlich des Loses 3 der Ausschreibung in Form eines Dienstleistungsauftrags vor. Auch sei ihre Antragsbefugnis zu bejahen. Sie rüge Verstöße gegen das kartellvergaberechtliche Wettbewerbs- und Transparenzgebot, weil die AG die Beigeladene zu Unrecht an der Ausschreibung beteiligten und ferner den Beschluss des GBA fehlerhaft umsetzten.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Der GBA-Beschluss, der für die AG rechtsverbindlich sei, beziehe sich ausschließlich auf die schaumstoffbasierte Vakuumversiegelungstherapie. Die AG verstießen dadurch, dass sie diese Vorgabe nicht beachteten, gegen das Wettbewerbsprinzip sowie [§ 8 VOL/A](#), weil die Angebote, denen unterschiedliche Arten der Vakuumversiegelungstherapie zugrunde lägen, nicht miteinander vergleichbar seien. Auch stelle es einen Verstoß gegen das vergaberechtliche Transparenzgebot dar, dass zum einen die Vergabeunterlagen den GBA-Beschluss zur Grundlage und zum Ausgangspunkt der Ausschreibung erklärten, andererseits aber auch andere Arten der Vakuumversiegelungstherapie für zulässig erklärt würden.

Die Beigeladene sei vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen. Die Vergabestelle habe wettbewerbsbeschränkende und unlautere Verhaltensweisen zu bekämpfen ([§ 2 VOL/A](#), [§ 97 Abs. 1, 2 GWB](#), [§ 4 Abs. 5 VgV](#)). Die Beigeladene habe sich einen wettbewerbswidrigen Vorteil dadurch verschafft, dass sie B., die als Sprecherin der Kommission des Markterkundungsverfahrens aufgetreten sei, kurz vor Einleitung des vorliegenden Vergabeverfahrens eingestellt habe. B. habe zuvor maßgeblich die Vergabeunterlagen mit beeinflusst. Nunmehr arbeite B. bei der Beigeladenen in der für das vorliegende Vergabeverfahren zuständigen Abteilung "Wundmanagement". Die Beigeladene sei ebenso wie die AS selbst im Rahmen des Markterkundungsverfahrens darüber belehrt worden, dass jede Kontaktaufnahme zu Angehörigen der Markterkundungskommission unzulässig und vergaberechtswidrig sei. Sofern sich die Vergabestelle nicht in Widerspruch zu ihrer vorherigen Belehrung bzw. zu ihren vorher festgesetzten Verfahrensregeln setzen wolle, müsse sie daher die Beigeladene vom vorliegenden Vergabeverfahren ausschließen. Das Vergabeverfahren sei auch objektiv durch B. beeinflusst worden. Im gesamten Markterkundungsverfahren sei stets die schaumstoffbasierte Vakuumversiegelungstherapie Gegenstand der Gespräche gewesen. Es sei daher völlig überraschend und nicht nachvollziehbar, warum auch die gazebasierte Vakuumversiegelungstherapie mit in das vorliegende Vergabeverfahren aufgenommen worden sei. Es sei bezeichnend, dass gerade die Beigeladene die gazebasierte Vakuumversiegelungstherapie in ihrem Produktportfolio führe. Zudem trete verschärfend hinzu, dass sich der Wettbewerbsvorteil der Beigeladenen nicht nur aus den spezifischen Kenntnissen der B. aus der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen ergebe, sondern vor allem auch aus der Kenntnis von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen der AS. Im Rahmen des Markterkundungsverfahrens hätten im Januar und August 2009 Gespräche

verbunden mit einer Präsentation stattgefunden, aus denen B. Kenntnis von der Kalkulation der Fallmengen erhalten habe, die erforderlich seien, damit sich der Auftrag für die AS rechne. Entsprechendes gelte hinsichtlich der aus einem Telefonat des Geschäftsführers der AS mit dem Rechtsberater der Kommission am 05.02.2010 sowie einer anschließenden E-Mail vom 26.02.2010 stammenden Daten, die an die Mitglieder der Kommission hätten weitergegeben werden dürfen. Es sei lebensfremd – wie die VK – anzunehmen, dass B. auf die Erstellung der Vergabeunterlagen keinerlei Einfluss gehabt habe.

Die AS beantragt,

1. den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 24. August 2010 insoweit aufzuheben, als er den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen hat;
2. den Beschwerdegegnerinnen aufzugeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Landessozialgerichts das Informationsmemorandum zum Teilnahmewettbewerb und die Vergabeunterlagen in dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu überarbeiten und diese überarbeiteten Unterlagen den Bewerbern/Bietern zu übermitteln, insbesondere
a) in Übereinstimmung mit dem Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses vom 15. November 2007 für die im Rahmen des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zu erstellende Studie und durchzuführenden Anwendungsbeobachtungen nur die schaumstoffbasierte Vakuumversiegelungstherapie und die dafür benötigten Leistungen vorzusehen,

hilfsweise,

b) für die im Rahmen des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens zu erstellende Studie und durchzuführenden Anwendungsbeobachtungen eine klare Trennung nach einer schaumstoffbasierten Vakuumversiegelungstherapie einerseits und andererseits einer anderen Vakuumversiegelungstherapie, die auf Gaze und/oder einem anderen Verbandsmaterial basiert, vorzusehen sowie für diese unterschiedlichen Therapien benötigten Leistungen für die jeweiligen Studienarme eine getrennte Vergabe festzulegen,

höchst hilfsweise,

c) in den Studien und Anwendungsbeobachtungen eine klare Trennung und differenzierte Darstellung von Patientenresultaten vorzunehmen, die einerseits mit der schaumstoffbasierten Vakuumversiegelungstherapie und andererseits mit einer Vakuumversiegelungstherapie, die auf andere Verbandsmaterialien, wie z.B. Gaze, beruht, erzielt worden sind. Das heißt, es sind unterschiedliche Studienarme für die schaumstoffbasierte Vakuumversiegelungstherapie und solche, die auf anderen Verbandsmaterialien beruhen, vorzusehen;

3. den Beschwerdegegnerinnen aufzugeben, die Firma T GmbH vom streitgegenständlichen Vergabeverfahren auszuschließen.

Die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Die AG entgegnen: Der Nachprüfungsantrag der AS sei bereits unzulässig. Die AS habe den vermeintlichen Vergaberechtsverstoß durch die Nichtbeschränkung der Ausschreibung auf die schaumstoffbasierte Vakuumversiegelungstherapie nicht rechtzeitig gerügt.

Zudem fehle es insoweit an der Antragsbefugnis der AS. Entsprechendes gelte, soweit die AS geltend mache, dass die Beigeladene aufgrund der Beteiligung von B. am vorbereitenden Markterkundungsverfahren vom Ausschreibungsverfahren auszuschließen sei. Es fehle am Vorliegen eines zumindest denkbaren Schadens.

Der Nachprüfungsantrag sei aber jedenfalls unbegründet. Die AG hätten den Beschaffungsbedarf rechtmäßig festgelegt. Insbesondere sei eine Festlegung auf eine bestimmte Art der Wundaufgabe nicht erforderlich gewesen. Der Beschaffungsgegenstand sei eindeutig und transparent in den Vergabeunterlagen beschrieben worden, der Beschluss des GBA rechtmäßig umgesetzt worden.

Die Beigeladene sei nicht auszuschließen. Der Wettbewerb werde durch den Wechsel von B. zur Beigeladenen nicht verfälscht. Die Daten, die die AS als Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse bzw. als kalkulationsrelevant bezeichne, seien von vornherein nicht geeignet, den Wettbewerb zu verfälschen. Im Übrigen bestehe zwischen einer vermeintlichen Unterstützungsleistung durch B. und der von der AS behaupteten Wettbewerbsverzerrung keine Kausalität. Im Übrigen habe die Beigeladene mit Schreiben vom 22.07.2010 bestätigt, dass B. nicht an der Erstellung des Teilnahmeantrags beteiligt gewesen und auch sonst nicht im Vergabeverfahren tätig sei.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird verwiesen auf den übrigen Inhalt der Streitakten sowie der Akten der VK und der Vergabeakten, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

II.

Die sofortige Beschwerde der AS ist zulässig und teilweise begründet. Der Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 24.08.2010 ist aufzuheben und den AG ist es zu untersagen, in dem Vergabeverfahren "Studie zur Vakuumversiegelungstherapie" für Los 3 einen Zuschlag aufgrund des bisherigen Vergabeverfahrens zu erteilen. Ferner ist ihr aufzugeben, bei fortbestehender Vergabeabsicht für Los 3 ein neues Vergabeverfahren unter Beachtung der Rechtsansicht des erkennenden Senats durchzuführen. Im Übrigen ist die sofortige Beschwerde unbegründet.

Die Anwendbarkeit der [§§ 97 bis 115, 128 GWB](#) ergibt sich aus [§ 69 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V](#) in der Fassung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008 ([BGBl. I S. 2426](#)). Die Regelungen des GWB finden Anwendung in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009

([BGBl. I S. 790](#)), weil das Vergabeverfahren nach Inkrafttreten dieses Gesetzes am 24.04.2009 begonnen hat (vgl. [§ 131 Abs. 8 GWB](#)).

Der Nachprüfungsantrag der AS ist zulässig.

Die AG sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Gesetzliche Krankenkassen werden – jedenfalls mittelbar – durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber zur GKV durch den Bund finanziert (vgl. [§§ 3, 271 SGB V](#)) und unterliegen einer engmaschigen staatlichen Rechtsaufsicht (EuGH, Urteil vom 11.06.2009, – [C-300/07](#) [Oymanns]; vgl. auch Senatsbeschluss vom 03.09.2009, L [5 KR 51/09](#) SFB). Der hier im Rahmen von Los 3 zu vergebende Auftrag stellt einen öffentlichen Auftrag in Form eines öffentlichen Lieferauftrags i.S.d. [§ 99 Abs. 2 GWB](#) dar. Der zu vergebende Auftrag in Los 3 beinhaltet nämlich die Lieferung von Medizinprodukten gegen die Zahlung eines Entgelts. Untypisch ist lediglich, dass sich der Auftragnehmer verpflichtet, seinerseits Zahlungen in bestimmter Höhe zur Finanzierung der Aufträge von Los 1 und Los 2 zu erbringen. Dieser Umstand bewirkt aber nicht, dass Los 3 dadurch sein Gepräge als Lieferauftrag verlöre. Es liegt nach Auffassung des Senats auch keine derart enge Verknüpfung zwischen den in Los 1 und 2 einerseits sowie Los 3 andererseits zu vergebenden öffentlichen Aufträgen vor, dass der Gesamtcharakter eines öffentlichen Auftrags (vergl. [§ 99 Abs. 7 GWB](#)) zu beurteilen wäre. Das ergibt sich schon daraus, dass jedes der Lose 1 – 3 unterschiedliche Auftragnehmer haben wird.

Die AS ist auch antragsbefugt i.S.d. [§ 107 Abs. 2 GWB](#). Die Antragsbefugnis setzt neben dem Interesse des Bieters am Auftrag die Möglichkeit einer 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 (vgl. 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 dass dies bei dem Bieter zu einem möglichen Schaden geführt hat (BGH Beschluss vom 26.09.2006 [a.a.O.](#) [m.w.N.]).

Die AS ist zunächst antragsbefugt, soweit sie die fehlende Vergleichbarkeit der auf der schaumstoffbasierten Vakuumversiegelungstherapie einerseits und auf der gazebasierten Vakuumversiegelungstherapie andererseits beruhenden Angebote geltend macht. Formal handelt es sich um unterschiedliche Behandlungsmethoden, so dass es möglich erscheint, dass insoweit ein Verstoß gegen [§ 8 VOL/A](#) vorliegt und ein Schaden der AS eintreten kann. Die Voraussetzungen für eine Antragsbefugnis der AS sind weiter zu bejahen, soweit die AS geltend macht, die Beigeladene sei wegen der Beschäftigung der B. und der sich hierdurch verschafften Kenntnisse über Interna der Ausschreibung, insbesondere auch von den

Kalkulationsgrundlagen der AS, von der Teilnahme an dem Vergabeverfahren auszuschließen. Die AS rügt hiermit Verstöße gegen die [§§ 97 Abs. 1, 2 GWB](#), [2 VOL/A](#), [4 Abs. 5 VgV](#). Es liegt auf der Hand, dass hierdurch bei der AS möglicherweise ein Schaden eingetreten ist.

Dagegen ist eine Antragsbefugnis der AS nicht gegeben, soweit sie geltend macht, die AG wichen mit der Ausschreibung vergaberechtswidrig von den Vorgaben des Beschlusses des GBA vom 15.11.2007 ab. Denn damit wird keine Verletzung spezifischer vergaberechtlicher Vorschriften geltend gemacht. Es wird vielmehr allgemein die Rechtswidrigkeit des Verhaltens der AG gerügt. Mit dem Antrag zu 2.a., der die Verpflichtung zur Beachtung der (angeblichen) Vorgaben des Beschlusses des GBA voraussetzt, beruft sich die AS auf [§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#) (Wettbewerbs- und Transparenzgebot) sowie auf sozialrechtliche Vorschriften, die ihrer Ansicht nach eine Bindung der AG an den Beschluss des GBA begründen. Ein spezifischer Bezug der Inhalte des Beschlusses des GBA oder der sozialrechtlichen Vorschriften, auf denen der Beschluss beruht, zum Wettbewerbsgebot oder Transparenzgebot ist aber nicht ersichtlich; der Vortrag der AS beschränkt sich auf die bloße Behauptung, die (angebliche) Nichtbeachtung der Vorgaben des Beschlusses bzw. seiner Rechtsgrundlagen verletze die erwähnten Grundprinzipien des Vergaberechts. Dies stellt aber nur die Behauptung einer (allgemeinen) Rechtswidrigkeit, nicht aber die einer Verletzung spezifischer vergaberechtlicher Vorschriften dar. Soweit die AS im Hinblick auf das Transparenzgebot behauptet, die Verdingungsunterlagen seien widersprüchlich, weil einerseits der GBA-Beschluss als Grundlage der Ausschreibung bezeichnet, andererseits aber dessen Vorgaben nicht befolgt würden, ist ihrem Vortrag nicht zu entnehmen, was die konkrete Folge dieses (angeblichen) Widerspruchs für sie als Bieterin ist und inwieweit dadurch spezifische vergaberechtliche Normen verletzt sein könnten. Denn sie macht gerade nicht geltend, dass ihr (und anderen Bietern) deshalb nicht klar sei, was Inhalt eines Angebots sein dürfe (was tatsächlich gegen das Transparenzgebot verstoßen könnte). Die AS hat vielmehr die Verdingungsunterlagen entsprechend dem eindeutigen Wortlaut so verstanden, dass die AG auch solche Angebote zulassen, die auf der gazebasierten Vakuumversiegelungstherapie beruhen. Sie meint lediglich, dieser Widerspruch begründe einen Verstoß gegen den ihrer Ansicht nach Vorrang beanspruchenden Beschluss des GBA. Der Vortrag der AS entspricht deshalb auch insoweit lediglich der Rüge einer allgemeinen Rechtswidrigkeit, aber gerade nicht der Verletzung von spezifischen Rechten iSd [§ 97 Abs. 7 GWB](#).

Ein Verlust des Rügerechts gemäß [§ 107 Abs. 3 GWB](#) ist nach Auffassung des Senats nicht eingetreten. Dies gilt zunächst für die Rüge, die Ausschreibung der AG beziehe zu Unrecht auch die gazebasierte Vakuumversiegelungstherapie mit ein. Die AG übermittelten der AS das Informationsmemorandum mit Schreiben vom 17.06.2010 (Donnerstag); allerdings ist unklar, wann der AS dieses zugegangen ist. Im Hinblick auf mögliche Laufzeiten im Hause der AG kann nämlich nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass dieses Schreiben noch vor dem Wochenende zur Post gegeben wurde; mit einiger Sicherheit kann lediglich davon ausgegangen werden, dass die AS das Schreiben vom 17.06.2010 am Dienstag, 22.06.2010 oder am Mittwoch 23.06.2010, erhalten haben dürfte. Dass die AS dann für die Prüfung der Unterlagen etwa 1 ½ Wochen benötigte, bevor sie unter dem 05.07.2010 (Montag)

ihre schriftliche Rüge formulierte, ist als "unverzüglich" iSd [§ 107 Abs.3 GWB](#) zu beurteilen. Auch im Übrigen ist – wie bereits die VK dargelegt hat – ein Verlust des Rügerechts nicht anzunehmen.

Der Nachprüfungsantrag der AS ist – soweit sie rügt, dass die mit der Vorbereitung der Ausschreibung befasste frühere Mitarbeiterin des vdek nunmehr bei der Beigeladenen beschäftigt ist – auch begründet. Es verstößt gegen das in [§ 97 Abs. 1 GWB](#) normierte Transparenzgebot, dass die AG Art und Weise der Mitwirkung dieser Mitarbeiterin an der Vorbereitung der Ausschreibung, den Inhalt der Gespräche aus Anlass des Ausscheidens, insbesondere ihr eigenes Bemühen und Hinwirken auf Verhinderung einer möglichen Weitergabe von Wissen an den neuen Arbeitgeber und die Reaktion der Mitarbeiterin darauf – ggfs. von dieser abgegebene Zusagen oder Versicherungen – nicht zeitnah nach Erlangung der Kenntnis von dem Wechsel dieser Mitarbeiterin zu einem (potentiellen) Bieter dokumentiert hat. Dieses Versäumnis des vdek, der als Vertreter der AG tätig geworden ist, ist den AG nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen (Rechtsgedanke des [§ 276 BGB](#)) zuzurechnen.

Der Begriff der Transparenz ist ein tragender Grundsatz des Vergaberechts (vergl. EuGH Slg. 1996 I, 2043ff. – Wallonische Busse). Er umfasst u.a. die Verpflichtung, die Ausschreibung öffentlich bekannt zu machen und die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens (Vorbereitung, Durchführung und Wertung, Erwägungen bei der Ermessensausübung sowie die abschließende Entscheidung) zu dokumentieren (vergl. Otting in: Bechtold, GWB, Kommentar, 6. Aufl., § 97 Rdnr. 8 mit weiteren Nachweisen (mwN)).

Dieser Verpflichtung sind die AG nicht (in ausreichendem Maße) nachgekommen.

B. als Mitarbeiterin des vdek, der im Auftrag der AG tätig wurde, hat die streitgegenständliche Ausschreibung mit vorbereitet: Sie hat im Jahr 2009 an mehreren Markterkundungsgesprächen teilgenommen und gehörte bis zu ihrem Ausscheiden Ende April 2010 bei dem vdek Arbeitsgruppen an, die mit der konkreten Ausformung der hier vorliegenden Ausschreibung befasst waren. Aufgrund der umfassenden Beschäftigung mit dieser Thematik gewann sie durch den Kontakt mit potentiellen Bietern wie der AS und der Beigeladenen einerseits sowie die Gespräche und den Austausch mit anderen Mitgliedern der Arbeitsgruppen andererseits besondere Kenntnisse und Einblicke. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass eine besondere Brisanz nicht nur aufgrund des Wissens um einzelne Details, sondern auch aufgrund des sich dieser Mitarbeiterin bietenden Gesamtbildes anzunehmen ist. In dieser Funktion und aufgrund dieses Wissens bestand für die Mitarbeiterin Gelegenheit, die Willensbildung innerhalb der AG im Hinblick auf die Gestaltung der Ausschreibung zu beeinflussen. Dies ist für die Mitarbeit in derartigen Arbeitsgruppen typisch und entspricht der Lebenserfahrung. In diesem Zusammenhang kommt es auf die unter den Beteiligten streitige Frage, ob B. innerhalb der Arbeitsgruppen eine herausgehobene Position als Sprecherin wahrgenommen oder lediglich "einfaches" Mitglied war, nicht an. In jedem Fall bestand für sie Gelegenheit zur Erlangung besonderer Kenntnisse und Einsichten. Bei dieser Sachlage kann es nicht fraglich sein, dass der Wechsel einer solchen Mitarbeiterin zu einem potentiellen Bieter kurz vor der Einleitung des förmlichen

Vergabeverfahrens einen überaus sensiblen Vorgang darstellt. Es ist nachvollziehbar, dass – wie hier die AS – andere Bieter bei einer derartigen Fallgestaltung befürchten, dass ihr Konkurrent durch die (natürlich informelle) Weitergabe von Kenntnissen durch den "abgeworbenen" Mitarbeiter an seinen neuen Arbeitgeber in die Lage versetzt wird, ein überlegenes Angebot abzugeben. Dabei stellt sich aber die Situation der Konkurrenten regelmäßig so dar, dass der konkrete Nachweis der Weitergabe von Kenntnissen durch den vormaligen Mitarbeiter der Vergabestelle nicht ohne weiteres zu erbringen sein dürfte; vielfach wird bereits – wie hier – streitig sein, ob der betroffene Mitarbeiter überhaupt besonderes Wissen besaß und ob sich dies ggfs. für den Konkurrenten positiv auszuwirken vermag. Hinzu kommt, dass es sich um komplexe Vorgänge handelt, die – wenn überhaupt – nur durch eine umfängliche und zeitintensive Beweisaufnahme zu klären wären – was aber in dem regelmäßig unter Zeitdruck stehenden Nachprüfungsverfahren nur ausnahmsweise in Betracht zu ziehen ist. Dieser nach Auffassung des Senats einen fairen Wettbewerb jedenfalls gefährdende Situation kann nur dadurch entgegen gewirkt werden, dass der Auftraggeber von sich aus – sobald er erfährt, dass sein früherer Mitarbeiter zu einem potentiellen Bieter gewechselt ist oder aber wechseln wird – umfassend dokumentiert und damit offen legt, in welcher Funktion der frühere Mitarbeiter beschäftigt war, was seine konkreten Tätigkeiten im Zusammenhang mit der Ausschreibung waren, wann und wie er (der Auftraggeber) von dem Arbeitgeberwechsel erfahren hat, ob und ggfs. mit welchem Inhalt/Ergebnis Gespräche mit dem Mitarbeiter im Hinblick auf seine bisherige Tätigkeit und den nunmehr anstehenden Arbeitgeberwechsel geführt worden sind, ob sich der Mitarbeiter (schriftlich) ausdrücklich zur Geheimhaltung verpflichtet hat, ob der Mitarbeiter nach Kenntniserlangung von der Mitarbeit bezüglich der Ausschreibung bis zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses entbunden wurde, ob und aus welchen Gründen der Auftraggeber selbst davon ausgeht, dass (dennoch) ein fairer Wettbewerb gewährleistet ist.

Die AG haben – auch nachdem sie von der Kündigung der B. bei dem vdek und der (beabsichtigten) Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses zu der Beigeladenen erfahren hatten – überhaupt nichts dokumentiert. Erst auf die Rüge der AS im Nachprüfungsverfahren und im sich anschließenden Beschwerdeverfahren haben die AG zu den (notgedrungen eher pauschalen) Vorwürfen der AS Stellung genommen; eine umfassende Auseinandersetzung und dokumentierte Darstellung dieses Vorgangs in dem oben aufgezeigten Sinn ist dagegen zu keinem Zeitpunkt erfolgt. Dieses Versäumnis vermögen die AG nicht mit dem Hinweis zu rechtfertigen, es handele sich doch lediglich um Vorgänge, die zeitlich noch vor der Einleitung des förmlichen Vergabeverfahrens gelegen hätten. Eine solche formale Betrachtungsweise verbietet sich, weil sie dem Sinn und Zweck des Kartellvergaberechts nicht gerecht wird: Ein fairer Wettbewerb unter den Bietern wird (auch dann) gefährdet, wenn solche "früheren" Umstände oder Ereignisse in dem erst später begonnenen förmlichen Verfahren – wie hier – fortwirken und es so belasten. Die das Kartellvergaberecht prägenden Prinzipien des Wettbewerbs und der Transparenz würden bei einer derart formalen Sicht weitgehend ausgehebelt und blieben wirkungslos.

Die von der AS erhobene Rüge, die Beigeladene habe sich durch die Beschäftigung

der B. intime Kenntnisse über das Vergabeverfahren beschafft, beinhaltet nach Auffassung des Senats (gewissermaßen als "Minus") den hier letztlich durchgreifenden Aspekt der fehlenden Dokumentation der Vorgänge um das Ausscheiden dieser Mitarbeiterin seitens der AG. Die konkret in diesem Zusammenhang von der AS erhobenen Vorwürfe gründen sich letztlich nur auf Vermutungen. Konkretere Tatsachen vermag sie dazu nicht vorzutragen, da jene Vorgänge ihrem Wahrnehmungs- und Einflussbereich nahezu völlig entzogen sind. Dass der AS – als "Minimum" oder "Minus" – eine gewisse Prüfung dieses Vorgangs ermöglicht wird, ist der Sinn und Zweck der den AG obliegenden Dokumentationspflicht. Hält die AS die unzulässige, weil wettbewerbsverzerrende Erlangung von Kenntnissen (irrig) für nachgewiesen und erhebt die entsprechende Rüge, so beinhaltet dies (erst recht) die Rüge, die AG hätten die verdächtigen Vorgänge nicht ausreichend dokumentiert und damit offen gelegt. Im Übrigen können Vergaberechtsverstöße ohnehin von Amts wegen aufgegriffen werden, wenn es sich – wie hier – um die Verletzung subjektiver Rechte der Bieter handelt, die nicht nach [§ 107 Abs. 3 GWB](#) präkludiert sind (vergl. Summa in: jurisPK-VergR § 114 Rdnr. 12, 15 mwN).

Im Übrigen ist die sofortige Beschwerde der AS unbegründet.

Dies gilt zunächst, soweit die AS geltend macht, die Weitergabe von Kenntnissen über die Ausschreibung von B. an die Beigeladene sei nachgewiesen bzw. dies sei aufgrund der allgemeinen Lebenserfahrung anzunehmen, so dass ein Ausschluss der Beigeladenen vom Vergabeverfahren zu erfolgen habe (Antrag zu 3.). Die einen Ausschluss vom Vergabeverfahren rechtfertigenden Tatsachen müssen – schon wegen der Tragweite der Entscheidung – grundsätzlich nachgewiesen sein. Dies ist hier nicht der Fall. Die AS hat in diesem Zusammenhang letztlich nur Vermutungen zu äußern vermocht; die zugrundeliegenden Tatsachen können aber keineswegs als feststehend, also als bewiesen, beurteilt werden. Dies reicht für einen Ausschluss vom Vergabeverfahren nicht aus (vergl. insoweit EuGH, Urt. vom 03.03.2005, Rs.[C-21/03](#), Rs.[C 34/03](#); OLG Celle, Beschluss vom 02.12.2010, [13 Verg 12/10](#) mwN).

Darüber hinaus sind auch die Anträge zu 2. b. und c., die eine fehlende Vergleichbarkeit der schaumstoff- bzw. gazebasierten Vakuumversiegelungstherapie voraussetzen, nicht begründet. Ein Verstoß gegen die [§§ 97 Abs. 1, 2 GWB](#), [2 VOL/A](#), [4 Abs. 5 VgV](#) liegt entgegen der Ansicht der AS nicht vor. Die AG haben mit der Einbeziehung unterschiedlicher Arten der Vakuumversiegelungstherapie in zulässiger Weise ihren Beschaffungsbedarf definiert (vergl. insoweit auch Senatsbeschluss vom 24.08.2009, [L 21 KR 45/09 SFB](#)). Es ist nicht ersichtlich, woraus sich für den Lieferanten der für die Durchführung der Studie (Los 1) zu beschaffenden Medizinprodukte die Befugnis ergeben sollte, den Auftraggebern die ausschließliche oder bevorzugte Verwendung seiner Produkte vorzuschreiben. Außerdem lassen sich – nach Ansicht des GBA – über die Qualität und den medizinischen Nutzen der Vakuumversiegelungstherapie insgesamt im Vergleich zu herkömmlichen Behandlungsmethoden keine gesicherten wissenschaftlichen Aussagen treffen – dies war ja gerade die Ausgangslage für den Beschluss des GBA, neue Daten zur Bewertung dieser

Behandlungsmethode durch eine Studie zu ermitteln. Bei dieser Sachlage lassen sich gesicherte Feststellungen im Hinblick auf eine relevante Überlegenheit einer der beiden verschiedenen Methoden der Vakuumversiegelungstherapie ebenfalls nicht treffen. Im Übrigen wird auf die entsprechenden Ausführungen der VK, denen sich der Senat anschließt, Bezug genommen.

Die Kostenentscheidung für das Verfahren vor der VK beruht auf [§ 128 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 GWB](#). Der Senat hält es im Hinblick auf den Umfang des Obsiegens bzw. des Unterliegens für angemessen den AG 2/3, der AS 1/3 der Kosten aufzuerlegen. Der Beigeladenen sind ihre außergerichtlichen Kosten nicht zu erstatten, weil sie sich an diesem Verfahren nicht aktiv beteiligt hat.

Für das Beschwerdeverfahren erfolgt die Kostenentscheidung aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 142a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. den [§§ 120 Abs.2, 78 GWB](#). Hinsichtlich der Quotelung der Kosten gilt das oben Ausgeführte entsprechend.

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

Erstellt am: 15.03.2011

Zuletzt verändert am: 15.03.2011