

## **Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren

Wegen

Vergabe von Apothekendienstleistungen (Verhandlungsverfahren nach VOL/A,  
Vergabenummer 2008/S xxx)

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen bei dem Regierungspräsidium in Darmstadt auf die mündliche Verhandlung vom 20. August 2009 durch den Vorsitzenden Dipl.- Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin ROR' in Jensen- Löbl und den ehrenamtlichen Beisitzer Rechtsanwalt Ernst am 3. September 2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr von 3.520,00 EUR erhoben, die vom Antragsteller zu zahlen ist.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen notwendigen Kosten sind vom Antragssteller zu tragen. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

## **Sachverhalt:**

Die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ag) schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 26.11.2008 die Vergabe von Apothekendienstleistungen im Wege des Verhandlungsverfahrens aus. Die Ag ist ein Verbund von fünf Kliniken mit 700 Betten an vier Standorten in Hessen.

Für die Versorgung der Ag mit nach geltendem deutschem Recht apothekenpflichtigen Arzneimitteln und apothekenüblichen Produkten war ein Integrationskonzept für die fünf Krankenhäuser an den vier Standorten zu entwickeln und vorzulegen. Die Umsetzung

sollte in zwei Stufen erfolgen; das Konzept sollte die vollständige (Innenhaus-)Logistik bis zu den Stationen bzw. Depots beinhalten, wobei auch an eine personelle Unterstützung bei den Apothekenversorgungsleistungen in Form einer Bereitstellung von Mitarbeitern der Krankenhäuser gedacht war. Die zu erbringenden Apothekenleistungen sollten neben dem Verkauf und der Lieferung auch die mit der Versorgung verbundenen beratungs- und administrativen Leistungen sowie die Sicherung eines 24-stündigen Notfalldienstes umfassen.

Der Antragsteller (im Folgenden: Ast) gab unter dem 22. Dezember 2008 einen fristgerechten und ordnungsgemäßen Teilnahmeantrag ab.

Unter dem 14. Januar 2009 wurde er aufgefordert, ein konkretes Angebot für das nun beginnende Verhandlungsverfahren abzugeben.

Am 27. März 2009 gab der Ast ein fristgerechtes und wirtschaftliches Angebot ab. Es sah für die angebotenen Dienstleistungen eine Bruttogesamtpauschale von 96.000,00 EUR vor.

Am 3. April 2009 fand ein Gesprächstermin mit der Ag statt. Darin wurde mitgeteilt, dass bezüglich einzelner Spezifikationen noch Zusatzinformationen benötigt wurden, im Übrigen wurden die Bieter aufgefordert, ihre Gesamtpauschalen zu überarbeiten, da zwischen den Bietern Preisunterschiede von über 50 % festgestellt worden waren.

Am 21. April 2009 fand eine erste Verhandlungsrunde statt. Mit E-Mail vom 25. Mai 2009 wurden die Bieter nochmals aufgefordert, ihre Angebote zu überarbeiten. Sie wurden insbesondere aufgefordert, eine sogenannte „Bestpreisgarantie“ abzugeben. Eine solche Bestpreisgarantie war bereits Teil des ersten Angebotes des Ast. Weiter wurden die Bieter aufgefordert, ihre Preise nochmals zu überarbeiten.

Am 2. Juni 2009 machte der Ast ein weiteres Angebot, worin die Bruttogesamtpauschale auf 79.500 EUR reduziert wurde.

Am 4. Juni 2009 fand eine zweite Verhandlungsrunde statt. Ein erster Vertragsentwurf der Ag wurde nach einem entsprechenden Hinweis des Ast nochmals in zahlreichen Punkten geändert und unter dem 8. Juli 2009 ein neuer Vertragsentwurf übersandt.

Mit Schreiben vom 16. Juli 2009 teilte die Ag dem Ast mit, dass sein Angebot nicht berücksichtigt werde.

Daraufhin erhob der Ast mit Schreiben vom 20. Juli 2009 vergaberechtliche Rüge nach § 107 Abs. 3 GWB, wandte sich gegen zahlreiche Vergabeverstöße und setzte eine Frist zur Abhilfe bis zum 23. Juli 2009.

Die Ag half der Rüge nicht ab.

Mit Schriftsatz seines Bevollmächtigten vom 24. Juli 2009 stellte der Ast den vorliegenden Nachprüfungsantrag.

Er ist der Ansicht, dass er das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe und ihm daher der Zuschlag zu erteilen sei. Die angebotenen Medikamentenpreise könnten sich nicht signifikant unterscheiden, da es eine Bestpreisgarantie von max. 5 % auf Einzelproduktebene gäbe. Dies käme daher, dass die Medikamente bei der Apothekenversorgung ohne Preisaufschläge an die Ag weitergegeben würden, was marktüblich sei.

Wichtigstes Vergleichskriterium sei die sogenannte Bruttogesamtpauschale, mit der sämtliche in den Kliniken zu erbringenden Dienstleistungen, einschließlich der Logistikkosten, abgegolten seien. Die Ag habe die Versorgung von 700 Betten ausgeschrieben. Bei Zugrundelegung eines potentiellen Preises von 15,00 EUR pro Bett und Monat ergäbe dies eine Jahresbruttopauschale von 126.000,00 EUR. Der Ast habe in seinem finalen Angebot zu einem Gesamtpreis von 79.500,00 EUR angeboten, dies entspreche einem Gesamtpreis pro Bett und Monat von 9,41 EUR. Daher habe er den üblichen Marktpreis schon unterboten. Dies sei nur deshalb möglich, weil er aufgrund einer besonders günstigen Gesamtkostenstruktur arbeite und Synergieeffekte zugunsten der Ag geltend machen könne. Aufgrund der bereits bestehenden Versorgung von Kunden in räumlicher Nähe zu den zu beliefernden Kliniken sei es ihm möglich, die Logistikkosten nahezu vollständig zu minimieren. Ein Bieter, der über diese Möglichkeiten nicht verfüge, müsse Transportkosten von mindestens 40.000,00 EUR zusätzlich kalkulieren. Außerdem sei der Ast in der Lage durch die Besonderheiten im Medikamentenabgabesystem alle Personen und Einrichtungen zu beliefern, während dies für die Beigeladene als Krankenhausapotheke nicht möglich sei. Auch dies würde zu einem günstigeren Angebot des Ast beitragen. Wolle die Beigeladene ein wirtschaftliches Angebot abgeben, müsse sie wenn sie kostendeckend arbeiten wolle, ein Angebot zu Marktpreisen von mindestens 12 EUR pro Bett und Monat anbieten. Dies ergäbe eine Gesamtbruttopauschale von 108.000 EUR. Damit hätte der Ast jedoch das wirtschaftlich günstigere Angebot abgegeben, so dass ihm der Zuschlag zu erteilen wäre.

Sollte die Beigeladene dennoch das günstigere Angebot abgegeben haben, so wäre dies zu einem unangemessen niedrigen Preis geschehen und die Beigeladene müsse aus dem Grund vom Bieterverfahren ausgeschlossen werden.

Im Übrigen sei das Angebot der Beigeladenen auch unlauter und würde dazu dienen, den Ast als Mitbewerber aus dem Wettbewerb zu verdrängen.

Schließlich könne ein Zuschlag an die Beigeladene nicht erfolgen, da sich diese wegen § 121 HGO gar nicht am Wettbewerb beteiligen dürfe.

Der **Antragsteller** beantragt zuletzt,

1. die Ag zu verpflichten, die Wertung des Angebotes des Ast unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen,
2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Ast für notwendig zu erklären,
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen des Ast aufzuerlegen.

Die **Antragsgegnerin** beantragt,

1. den Antrag als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise: den Nachprüfungsantrag als unbegründet zurückzuweisen,
3. dem Ast die Verfahrenskosten und die der Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines anwaltlich Bevollmächtigten für die Ag für notwendig zu erklären.

Nach ihrer Meinung ist der Antrag bereits unzulässig, da er keine schlüssige Darlegung der Zulässigkeitsvoraussetzungen des § 107 GWB enthalte. Insbesondere fehle es an der schlüssigen Darlegung der Antragsbefugnis des § 107 Abs. 2 GWB hinsichtlich der verletzten vergaberechtlichen Vorschriften und einer zumindest schlüssigen Darlegung eines durch diese Verletzung drohenden Schadens für den Ast. Ferner sei auch die Unzulässigkeit gem. § 107 Abs. 3 GWB gegeben, da keine unverzügliche Rüge der behaupteten Vergabeverstöße erfolgt sei.

Im Kern gehe es um die nachstehenden Vergabefehler:

Verstoß gegen die Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot gem. § 97 Abs. 5 GWB. Hier liege ein unrichtiges Verständnis des Ast, was unter dem wirtschaftlichsten Angebot zu verstehen sei, vor. Die Ag habe jedenfalls hinreichend deutlich gemacht, dass sich das wirtschaftlichste Angebot nach den beiden Oberkriterien "Preisangaben" und „Integrationskonzept“ bemessen sollte, wobei letzteres wiederum in drei Unterkriterien untergliedert gewesen sei. Nach einhelliger Meinung in der vergaberechtlichen Literatur und Rechtsprechung seien im Rahmen der Zuschlagsentscheidung neben dem Kriterium „niedrigster Preis“ auch andere Wirtschaftlichkeitskriterien zu berücksichtigen.

Die Ag habe daher die beiden Angebote anhand aller bekannt gegebenen Kriterien bewertet. Die Gesamtpauschale sei untergliedert in 4 Zeiträume anzugeben gewesen. Der Ast habe diesbezüglich eine Gesamtpauschale für den gesamten Leistungszeitraum von 06/2009 bis 05/2012 in Höhe von 256.743,00 EUR brutto angeboten. Die Beigeladene habe für den gesamten Leistungszeitraum eine Gesamtpauschale von 270.155,19 EUR brutto angeboten. Insofern sei die Annahme des Ast, er habe bezüglich der Bruttogesamtpauschale den günstigsten Preis angeboten, zutreffend. Bezüglich der Preisangaben in der Artikelpreisliste (Medikamente) habe der Ast für den gesamten Leistungszeitraum einen Gesamtpreis von 3.003.005,77 EUR brutto angeboten, das Angebot der Beigeladenen habe sich diesbezüglich auf 2.967.849,71 EUR brutto belaufen.

Der Gesamtpreis aller angebotenen Leistungen für den gesamten Leistungszeitraum habe sich aber bei dem Ast auf 3.259.748,77 EUR brutto und bei der Beigeladenen auf 3.238.004,90 EUR brutto belaufen. Damit sei das Angebot der Beigeladenen im Ergebnis das preislich günstigste gewesen. Das Angebot des Ast sei marginal, aber um 0,67% teurer gewesen.

Damit habe bei der Bewertung „Preisangaben“ die Beigeladene eine Punktzahl von 10 Punkten erhalten, der Ast unter Berücksichtigung der prozentualen Abweichung eine Punktzahl von 9 Punkten.

Beim Kriterium „Integrationskonzept“ habe der Ast 7,80 Punkte, die Beigeladene 9,33 Punkte erhalten. Unter Berücksichtigung aller bekanntgegebenen Zuschlagskriterien sei das Angebot des Ast danach mit 8,64 das der Beigeladenen mit 9,80 von jeweils 10 möglichen Punkten bewertet worden.

Verstoß gegen § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A -Unerkostenangebot mit Verdrängungsabsicht -: Der Ast könne sich vorliegend nicht auf eine Verletzung des § 25 Nr.2 Abs.2 und 3 VOL/A als bieterschützende Vorschrift i. S. des § 97 Abs. 7 GWB berufen, da des-

sen Voraussetzungen nicht erfüllt seien. Insoweit fehle es an der für das Vorliegen der Antragsbefugnis nach § 107 Abs. 2 GWB erforderlichen Verletzung einer drittschützenden Norm.

Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur bezwecke § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A grundsätzlich keinen Bieterschutz, sondern diene allein dem Schutz des Auftraggebers. Anders sei dies nur dann zu beurteilen, wenn ein Unterkostenangebot in der zielgerichteten Absicht abgegeben werde, einen oder mehrere Mitbewerber ganz vom Markt zu verdrängen, nicht nur aus der einzelnen Auftragsvergabe. Das Vorliegen dieser Voraussetzungen sei vom Ast nicht schlüssig dargelegt. Für die Angemessenheit des Angebotes sei auf den Gesamtpreis, d. h. die Endsumme des Angebotes abzustellen. Dies ignoriere der Ast, in dem er allein auf die angegebene Bruttogesamtpauschale abstelle, die aber nur einen Teilaspekt des Gesamtpreises darstelle. Der Anteil der Bruttogesamtpauschale an den Gesamtangebotspreisen belaufe sich jeweils nur auf ca. 8 %.

Insoweit stelle die Behauptung des Ast, ein Angebot, das unter der von ihm angebotenen Gesamtpauschale liege, ein Unterkostenangebot sein müsse, keine schlüssige Darlegung eines Unterkostenangebotes dar.

Bezogen auf den maßgeblichen Gesamtangebotspreis bleibe der Ast jeglichen Sachvortrag schuldig, dass dieser insgesamt ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung aufweise. Ein solches liege nach einhelliger Auffassung in der Rechtsprechung dann vor, wenn zwischen dem günstigsten Angebot und dem nächsten Angebot ein preislicher Abstand von mehr als 20 % gegeben sei. Bei dem vorliegend bestehenden Preisunterschied von 0,67% der Gesamtangebotspreise könne kein unverhältnismäßig niedriges Angebot vorliegen.

Auch für die Behauptung, dass die Beigeladene den Ast nicht nur von dem konkreten Vergabeverfahren, sondern vom gesamten Markt zu verdrängen beabsichtige, führe der Ast keinerlei Tatsachen oder Anhaltspunkte an.

Verstoß gegen § 2 Nr.3 VOL/A i. V. § 121 HGO durch eine Betätigung der Beigeladenen außerhalb des Gemeindgebietes: Auch hier enthalte der Vortrag des Ast keine Tatsachen oder Anhaltspunkte für einen Verstoß. Es seien die Regelungen des § 121 HGO in der Fassung vom 1. April 2005 anwendbar. Danach handele es sich bei dem Tätigwerden der Beigeladenen um ein durch das Privileg des § 121 Abs.2 HGO, wonach Tätigkeiten

auf dem Gebiet des Gesundheitswesens nicht als wirtschaftliche Betätigung gelten, abgedecktes Tun.

Verstoß gegen den Gleichheitsgrundsatz gem. § 97 Nr. 2 GWB: Indem die Ag beiden Bietern nach der ersten Verhandlungsrunde mitgeteilt habe, dass Preisunterschiede bei der Gesamtpauschale von über 50% bestünden, habe sie Ag gegen den Gleichheitsgrundsatz verstoßen. Diesen Vortrag hält die Ag für präkludiert, da die entsprechende E-Mail-Mitteilung bereits am 9. April 2009 ergangen sei und es der Ast verabsäumt habe, dies unverzüglich zu rügen. Materiellrechtlich sei gegen die Mitteilung von prozentualen Preisabständen nichts einzuwenden, solange allen Bietern die gleichen Informationen zugänglich gemacht würden. Dies sei vorliegend der Fall gewesen.

Bei der Formulierung im Leistungsverzeichnis nach der gewünschten Ermöglichung des Personalverkaufs von Medikamenten habe es sich um eine bewusst in Ansehung des § 14 Apothekengesetzes gewählte Formulierung gehandelt. Es sei gerade kein zwingender Charakter im Sinne einer Mindestbedingung gegeben, sondern habe eine Wunschvorstellung des Ag zum Ausdruck bringen wollen. Insofern sei kein Ausschlussgrund für das Angebot der Beigeladenen gegeben.

Die **Beigeladene** beantragt die Zurückweisung des Antrages.

Sie trägt im Wesentlichen vor, dass ihr keine Angebotspreise des Ast bekanntgemacht worden seien und dass sie infolge ihr zur Verfügung stehender Strukturen in der Lage sei beispielsweise im Bereich des Logistikmanagements günstig anzubieten. Ihr Preisangebot sei weder unangemessen niedrig noch in der Absicht abgegeben worden, andere insbesondere den Ast vom Markt zu verdrängen. Insgesamt aber sei das Angebot der Bieter komplexer, als es der Ast mit seiner Argumentation glauben machen wolle. Keinesfalls seien die Angebote erschöpfend beurteilt, wenn lediglich die Preise miteinander verglichen worden wären.

Im Bereich der Integration von Systemen sei die Beigeladene im Apothekenbereich führend und von daher sei es wahrscheinlich, dass sie insoweit das bessere Angebot abgegeben habe. Auch verstoße eine Vergabe des Auftrages an sie nicht gegen kommunalrechtliche Vorgaben, da die §§ 121 ff. HGO auf sie gar nicht anwendbar seien, da es vorliegend um eine Tätigkeit auf den Gebieten des Gesundheitswesens gehe.

Mit Verfügung vom 25. August 2009 wurde die Frist zur Entscheidung über den Nachprüfungsantrag gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB bis zum 30. September 2009 verlängert.

Am 20. August 2009 fand die mündliche Verhandlung mit ausführlicher Erörterung des Sach- und Streitstandes statt.

## **II. Gründe**

### **I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.**

Es bestehen weder gegen die örtliche Zuständigkeit der Vergabekammer noch gegen die Eigenschaft der Antragsgegnerin als öffentliche Auftraggeberin im Sinne des § 98 GWB Bedenken. Auch ist die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammer bei einem streitigen Auftragswert gemäß §§ 100 Abs. 1, 127, 102 ff GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VgV gegeben.

Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen vor. Der Ast hat durch die Abgabe eines Angebotes sein Interesse an dem Auftrag bekundet, § 107 Abs. 2 S. 1 GWB. Nach seinem Vortrag ist es auch nicht von vornherein ausgeschlossen, dass er in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist. Die Nichtberücksichtigung des Angebotes des Ast infolge einer möglicherweise vergaberechtsfehlerhaften Wertung führt dazu, dass ihm ein Schaden zu entstehen droht. Damit ist auch die Voraussetzung des § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erfüllt, da an die Darlegung eines möglichen Schadenseintritts im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nach herrschender Auffassung keine allzu hohen Ansprüche gestellt werden.

Der Ast hat die im Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Verstöße gegen Vorschriften des Vergaberechts auch unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB gerügt. Die Mitteilung vom 9. April 2009 über die bei den Gesamtpauschalen festgestellten über 50 %-igen Preisunterschiede führt nicht dazu, dass der Ast mit diesem Vorbringen, dass er erst im Rügeschreiben vom 20. Juli 2009 thematisiert hat, ausgeschlossen wäre. Aus dieser Mitteilung der Ag konnte er nicht ableiten, dass sein Angebot letztendlich nicht berücksichtigt werden würde, da die Bieter zu diesem Zeitpunkt gerade aufgefordert wurden hinsichtlich der Preisgestaltung „Beweglichkeit“ zu zeigen.

### **II. Der Nachprüfungsantrag ist jedoch unbegründet.**



Es liegt kein Verstoß gegen die Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot gem. § 97 Abs. 5 GWB vor, der Ast ist durch die getroffene Zuschlagsentscheidung nicht in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt.

Entscheidet sich ein Auftraggeber für eine Vergabe auf das wirtschaftlich günstigste Angebot, sind alle Zuschlagskriterien, die er zu berücksichtigen beabsichtigt, in den Vergabungsunterlagen oder in der Bekanntmachung anzugeben, und zwar in der Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (vgl. Kullack in Juris Praxiskommentar Vergaberecht RdNr. 87 zu § 97 GWB.) Die Ag hat in der Vergabebekanntmachung und in der Aufforderung zur Angebotsabgabe die Zuschlagskriterien wie folgt benannt:

#### *„0.2.11, Zuschlagskriterien*

*Kriterien für die Bemessung der Wirtschaftlichkeit sind:*

*(1) Preisangaben (Gesamtpauschale und Artikelpreisliste) 70%*

*(2) Integrationskonzept 30% - Anlage Z 1*

*- Angaben zur Inhouse- Logistik (50%)*

*- Angaben zur Umsetzung eines OnlineBestellmoduls (40%)*

*- Angaben zum Personalverkauf(10 %)"*

Die Ag hat mithin in der Vergabebekanntmachung und in der Angebotsaufforderung deutlich gemacht, dass sich das wirtschaftlichste Angebot nach den beiden Oberkriterien "Preisangaben" und "Integrationskonzept" bemessen soll, wobei Letzteres wiederum in 3 Unterkriterien untergliedert wurde.

Wirtschaftlichstes Angebot bedeutet nun nicht, dass es bei der Vergabeentscheidung nur auf den angebotenen Preis ankommt, sondern, dass die genannten weiteren Kriterien nach Abwägung angemessen in die Vergabeentscheidung einzubeziehen sind (vgl. Kullack a. a. O. RdNr. 87 zu § 97 GWB).

Hierbei ist den vergaberechtlichen Geboten der Gleichbehandlung, Transparenz und des Wettbewerbs hinreichend Rechnung zu tragen, wobei dem Auftraggeber ein erheblicher Beurteilungs- und Ermessensspielraum zukommt, der auch nur eingeschränkt überprüfbar ist (vgl. Kullack a. a. O. RdNr. 89 zu § 97 GWB).

Anhand des Vergabevermerks lässt sich die Vorgehensweise der Ag nachvollziehen und es ergeben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass den vorgenannten Prinzipien nicht Rechnung getragen worden wären.

Hinsichtlich des Zuschlagskriteriums "Preisangaben", das mit einer Gewichtung von 70% versehen war, hat sie die Bewertung folgendermaßen durchgeführt:

Die Gesamtpauschale war untergliedert in 4 Zeiträume anzugeben (06 bis 12/2009; 2010; 2011 und 01 bis 05/2012).

Der Ast hat eine Bruttogesamtpauschale für den gesamten Leistungszeitraum (06/2009 bis 05/2012) in Höhe von 256.743,00 EUR (brutto) angeboten.

Die Beigeladene hat eine Bruttogesamtpauschale für den gesamten Leistungszeitraum in Höhe von 270.155,19 EUR (brutto) angeboten.

Der Ast hat daher in der Tat bezüglich der Bruttogesamtpauschale den günstigsten Preis angeboten.

Bezüglich der Preisangaben in der Artikelpreislite (Medikamente) lagen folgende Angebote vor:

Der Ast hat für den gesamten Leistungszeitraum (06/2009 bis 05/2012) einen Gesamtpreis von 3.003.005,77 EUR (brutto) angeboten.

Das Angebot der Beigeladenen beläuft sich diesbezüglich auf 2.967.849,71 EUR (brutto).

Der **Gesamtpreis** aller angebotenen Leistungen für den gesamten Leistungszeitraum beläuft sich daher bei m Ast auf einen Betrag von 3.259.748,77 EUR (brutto) und bei der Beigeladenen auf einen Betrag von 3.238.004,90 EUR (brutto).

Im Ergebnis war daher bezogen auf den allein maßgeblichen Gesamtpreis das Angebot der Beigeladenen das preislich günstigste.

Das Angebot des Ast war zwar lediglich 0,67 % teurer. Letztendlich führte dies aber dazu, dass bei der Bewertung des Kriteriums "Preisangaben" die Beigeladene die höchste erreichbare Punktzahl von 10 Punkten, der Ast wegen der prozentualen Abweichung 9 Punkte erhalten hat.

Bei der Bewertung des Kriteriums "Integrationskonzept" mit 30 % Gewichtung, erhielt die Beigeladene insgesamt 9,33 von 10 erreichbaren Punkten, der Ast erhielt 7,80 Punkte.

Verteilt auf die Unterkriterien

- Inhouse-Logistik (50%)
- Umsetzung eines OnlineBestellmoduls (40%)
- Personalverkauf(10 %)

erhielt die Beigeladene zweimal die Höchstpunktzahl (für Inhouse-Logistik und Online-Bestellmodul) der Ast erhielt die Höchstpunktzahl für den Personalverkauf, dessen Einräumung laut Leistungsbeschreibung gerade kein zwingender Charakter im Sinne einer Mindestbedingung zukommen sollte, sondern auf einer Wunschvorstellung der Ag basierte.

Die Angaben der Bieter in ihren Integrationskonzepten zu dem "OnlineBestellmodus" wurden im Rahmen der Angebotsbewertung unter dem Oberkriterium "Integrationskonzept" (Gewichtung 30%) bei dem Unterkriterium "Angaben zur Umsetzung eines Online-Bestellmodus" (Gewichtung 40%, d.h. 12% im Rahmen der Gesamtgewichtung) bewertet.

Der Ast hat dabei 7 von 10 Punkten erhalten, die Beigeladene 10 von 10 Punkten.

Selbst bei einer Bewertung des Angebotes des Ast bei dem Unterkriterium "Angaben zur Umsetzung eines OnlineBestellmoduls" mit 10 von 10 statt 7 von 10 Punkten hätte der Ast keine Aussicht auf den Zuschlag gehabt. Er hätte in diesem Fall bei dem Oberkriterium "Integrationskonzept" statt 7,80 Punkte nunmehr 9,00 erhalten. Dies ergibt eine Gesamtbewertung von 9,00 Punkten statt der ursprünglichen Punktebewertung von 8,64 Punkten.

Da die Beigeladene unverändert 9,8 Punkte erhalten hätte, wäre der Ast, einen Vergabeverstoß bei der Wertung einmal unterstellt, selbst bei „ordnungsgemäß“ durchgeführtem Vergabeverfahren nicht für den Zuschlag vorgesehen gewesen.

Im Übrigen war die vorgenommene Punktebewertung der Ag durchaus zutreffend und nachvollziehbar.

Der Ast hat 7 von 10 Punkten erhalten. Die 3 fehlenden Punkte beziehen sich auf folgende Teilaspekte und wurden mit folgender Begründung nicht zuerkannt:

- Dokumentation der Bestellung direkt am Patienten

Der Ast weist in seiner Anlage zum Protokoll der ersten Verhandlungsrunde darauf hin, dass IT-Integrationsprojekte nicht in seiner eigenen Kernkompetenz lägen und aus diesem Grund Kooperationspartner gesucht worden seien. Eine ausführliche Beschreibung der geforderten Dokumentation konnte nicht dargestellt werden, da keiner der Kooperationspartner Stellung hierzu bezogen hatte oder in den Verhandlungsrunden anwesend gewesen war.

- Aufzeigen einer möglichen Infrastruktur (Serverlandschaft)

Aufgrund der vorgenannten Probleme konnte der Ast keine mögliche Infrastruktur aufzeigen, wo eine detaillierte Verknüpfung mit der Serverlandschaft der Ag vorgesehen ist.

- Weitere Hilfestellungen/ Investitionsangebote

Seitens des Ast gab es in der Anlage des Protokolls der ersten Verhandlungsrunde eine Zusage zur Übernahme aller internen (eigenen) Kosten, welche bei der Einführung der Onlinebestellung entstehen würden. Dieses war im Leistungsverzeichnis gefordert und in die Brutto-Gesamtpauschale einzurechnen gewesen. Hilfestellungen in der Form, dass spezielle Zusatzsoftware etc. genutzt werden kann, wurde nur seitens der Beigeladenen angeboten.

In der Summe aller bekannt gegebenen Zuschlagskriterien wurde das Angebot des Ast bezüglich des Kriteriums „Integrationskonzept“ damit insgesamt mit 8,64 Punkten und das Angebot der Beigeladenen mit insgesamt 9,80 von jeweils 10 möglichen Punkten bewertet.

Die Ag hat in vergaberechtskonformer Anwendung des § 97 Abs. 5 GWB, d.h. unter Heranziehung aller bekannt gegebenen Zuschlagskriterien, ihre Entscheidung über die vorgesehene Zuschlagserteilung getroffen. Anhaltspunkte für einen Ermessensnicht- oder - fehlgebrauchs oder eine unangemessene Beurteilung der zugrunde gelegten Vergabekriterien sind in dem umfangreichen und gut nachvollziehbar dokumentierten Vergabevermerk nicht erkennbar. Die von dem Ast behauptete Nichteinhaltung des § 97 Abs. 5 GWB liegt somit nicht vor. Durch den an die Beigeladene vorgesehenen Zuschlag kann der Ast somit keinen Schaden erleiden, da er keinesfalls für eine Zuschlagsentscheidung in Frage gekommen wäre. Eine Verletzung des Ast in seinen Rechten nach

§ 97 Abs.7 GWB liegt unter diesem Aspekt jedenfalls nicht vor. Der in diesem Zusammenhang von Ast vorgetragene Sachvortrag war zudem nicht geeignet, einen Verstoß gegen Vergabevorschriften insbesondere die beanstandeten Wertungsfehler zu präzisieren.

Auch ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gem. § 97 Nr. 2 GWB durch die Mitteilung der Ag nach der ersten Verhandlungsrunde, dass Preisunterschiede bei der Gesamtpauschale von über 50 % bestünden, liegt nicht vor. Die Mitteilung des prozentualen Preisunterschiedes zu einem Teil der Preisangaben nach der ersten Verhandlungsrunde im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens stellt keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungs- und Wettbewerbsgrundsatz dar. Im Rahmen von Preisverhandlungen darf der Auftraggeber den Bietern auch prozentuale Abstände zu anderen Angeboten mitteilen. Er ist lediglich verpflichtet, den Gleichbehandlungsgrundsatz einzuhalten, d.h. allen Bietern die gleichen Informationen zur Verfügung zu stellen. Dies hat die Ag getan. Dies gilt umso mehr, als dass beide Bieter gleichberechtigt die Möglichkeit bekommen haben, im Rahmen einer zweiten Angebotsrunde neue Angebotspreise abzugeben. Der vom Ast behauptete Vorteil für die Beigeladene gilt daher gleichermaßen auch für ihn selbst, er hatte aufgrund der Mitteilung über den prozentualen preislichen Abstand die gleiche Kenntnis wie die Beigeladene und insbesondere auch die gleichen Möglichkeiten im Rahmen eines neuen Angebotes in der zweiten Verhandlungsrunde hierauf zu reagieren.

Das Angebot des Ast war auch nicht wegen des Vorliegens eines Unterkostenangebots mit Verdrängungsabsicht zwingend auszuschließen, die Voraussetzungen für einen Ausschluss des Angebotes gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A liegen nicht vor.

Grundsätzlich entfaltet § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A ausnahmsweise nur dann in Verbindung mit § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A bieterschützende Wirkung, wenn das Unterkostenangebot in der zielgerichteten Absicht abgegeben wird oder zumindest die Gefahr begründet, dass ein Mitbewerber vom Markt ganz - und nicht nur aus der einzelnen Auftragsvergabe - verdrängt werden soll. Das Vorliegen der Voraussetzungen, unter denen ein Unterkostenangebot und die Gefahr der Verdrängung der Antragstellerin vom Markt vorliegen sollen, konnte vorliegend vom Ast nicht schlüssig dargelegt werden.

Der Ast stellt zur Begründung der Behauptung eines Unterkostenangebotes allein auf den Preis der anzubietenden "Gesamtpauschale", nicht jedoch auf den Gesamtangebotspreis ab.

Er behauptet in diesem Zusammenhang, dass ein Angebot, das unter seinem angebotenen Preis für die "Gesamtpauschale" liegt, zwangsläufig ein Unterkostenangebot darstellen muss und begründet dies mit einer detaillierten Darlegung der Kalkulation seines eigenen Angebotes, jedoch ausschließlich auf die "Gesamtpauschale" bezogen.

Zur Prüfung der Angemessenheit eines Angebotes ist jedoch nicht auf einzelne Positionen des Leistungsverzeichnisses, sondern auf den Gesamtpreis, also die Endsumme des Angebotes abzustellen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.02.2009, Az.: VII Verg.66/08; Beschluss vom 10.12.2008 - Az.: VII Verg. 51/08 jeweils m. w. N.).

Für die Annahme eines Unterkostenangebotes, d.h. die Feststellung, ob ein Missverhältnis zwischen Leistung und Preis besteht, kommt es ferner darauf an, ob das Angebot insgesamt kein Missverhältnis zwischen Leistung und Preis aufweist (VK Schleswig Holstein, Beschluss vom 06.06.2007, Az.: VK-SH 10107).

Ein solches Missverhältnis liegt jedenfalls nur dann vor, wenn der angebotene Preis derart eklatant von dem von den Erfahrungswerten wettbewerblicher Preisbildung hergeleiteten angemessenen Preis abweicht, dass eine genauere Überprüfung nicht im Einzelnen erforderlich ist, sondern die Unangemessenheit des Angebotspreises sofort ins Auge fällt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. vom 19.11.2003, Verg 22/03).

Der Ast begründet seine Behauptung eines Unterkostenangebotes der Beigeladenen allein nur mit einem Teil der anzubietenden Preise, nämlich mit der Gesamtpauschale und gerade nicht mit dem Gesamtangebotspreis der Angebote.

Zwar hat der Ast bei den Preisangaben der "Gesamtpauschale" das günstigste Teilangebot unterbreitet, hierbei hat die Beigeladene ein höheres Angebot abgegeben, die Ausführungen des Ast zu einem Unterkostenangebot sind in diesem Zusammenhang daher unzutreffend, da die Beigeladene diesbezüglich nicht unter dem Angebotspreis der Antragstellerin liegt.

Bei der gebotenen Betrachtung des "Gesamtangebotspreises" (über die gesamte Laufzeit) ergibt sich aber, dass die Beigeladene insgesamt ein preislich günstigeres Angebot

abgegeben hat, was sich aber beispielsweise mit günstigeren Medikamentenpreisen der Beigeladenen erklären lässt.

Von daher mangelt es an einer schlüssigen Darlegung von Tatsachen, warum es sich vorliegend insgesamt um ein Unterkostenangebot der Beigeladenen handeln soll. Hinsichtlich der vom Ast angegriffenen Preisgestaltung bei der "Gesamtpauschale" ist dies ausweislich der angebotenen Preise nicht gegeben. Weitere Tatsachen, die insbesondere auf den Gesamtpreis abstellen, sind von ihm nicht vorgetragen worden. Die vom Ast dargelegte Kalkulation seines eigenen Angebotes vermag jedenfalls nicht das Vorliegen eines Unterkostenangebotes durch die Beigeladene schlüssig darzulegen. Nach Ansicht der erkennenden Kammer kann ein Bieter sein eigenes Angebot nicht zum Maßstab für die Grenze der Unauskömmlichkeit eines anderen Angebots machen. Eine solche Annahme entbehrt jeglicher Grundlage, da sie eine bloße subjektive Bewertung der anderen Kalkulationen und Preisstrukturen vornimmt, die nicht maßgebend sein kann.

Auch für die vom Ast behauptete Marktverdrängungsabsicht liegen keine Anhaltspunkte vor.

Für die Darlegung einer Marktverdrängungsabsicht reicht es nach einhelliger Rechtsprechung nämlich nicht aus, dass er hier allein auf das gegenständliche Verfahren abstellt.

Die Verdrängung aus einer einzelnen Auftragsvergabe ist grundsätzlich nicht ausreichend (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.09.2008, Az.: VII Verg 50/08).

Vielmehr kommt es auf alle Fälle von Angeboten zu Untereinstandspreisen an, die in der zielgerichteten Absicht abgegeben werden oder die zumindest die Gefahr begründen, dass bestimmte Wettbewerber vom Markt - nicht aus dem konkreten Vergabeverfahren - verdrängt werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.09.2006, Verg. 47/06).

Der Ast hat vorliegend keine Tatsachen oder Anhaltspunkte dafür anführen können, dass die Beigeladene ihn nicht nur von dem konkreten Vergabeverfahren sondern vom Markt zu verdrängen beabsichtigt. Hierzu hätte beispielsweise eine Marktabgrenzung dienen können, aus der sich insbesondere der räumlich relevante Markt für die hier ausgedescribten Dienstleistungen hätte entnehmen lassen. Die in diesem Zusammenhang vom Ast gemachten Ausführungen lassen vielmehr den Schluss zu, dass er recht gut auf dem Markt positioniert ist und keinesfalls die Gefahr einer Marktverdrängung durch die Beigeladene besteht. So ist er in der Lage neue Aufträge gegenüber und in ursprünglichen Geschäftsbeziehungen der Beigeladenen zu akquirieren.

Er verfügt nach eigenem Sachvortrag über eine Vielzahl von Kunden und kann sich am Markt insbesondere der Beigeladenen gegenüber durchaus behaupten und neue Aufträge erhalten.

Die Ausführungen des Ast waren daher insgesamt nicht geeignet, ein in einem Missverhältnis zwischen Preis und Leistung stehendes Unterkostenangebot der Beigeladenen mit Verdrängungsabsicht anzunehmen, dass gemäß § 25 Nr. 2 Abs. 2 und 3 VOL/A zwingend hätte ausgeschlossen werden müssen.

Auch für einen Verstoß gegen § 2 Nr. 3 VOL/A i. V. m. § 121 HGO bestehen keine Anhaltspunkte. Im Unterschied zur VOB ist gem. § 7 Nr.6 VOL/A ist die Beteiligung von juristischen Personen des Privatrechts, deren Gesellschaftsanteile die öffentliche Hand hält, an Ausschreibungsverfahren nicht ausgeschlossen. Der Beigeladenen kommt zudem das Privileg des § 121 Abs. 2 HGO zugute, wonach Tätigkeiten auf dem Gebiet des Gesundheitswesens nicht als wirtschaftliche Betätigung gelten. Zwar ist die Beigeladene nach § 121 Abs. 2 Satz 2 nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu verwalten, die Ausübung ihrer Tätigkeit unterliegt jedoch aufgrund der Privilegierung nicht den Voraussetzungen des § 121 Abs. 1. Dieser ist nur für wirtschaftliche Tätigkeiten einschlägig, die hier nach § 121 Abs. 2 im Falle des Gesundheitswesens aber nicht vorliegen.

Nach § 121 Abs. 5 ist eine Betätigung außerhalb des Gemeindegebietes für "nicht wirtschaftliche" Tätigkeiten dann zulässig, wenn die berechtigten Interessen der betroffenen kommunalen Gebietskörperschaften gewahrt sind. Dies ist vorliegend der Fall.

Die in § 121 Abs. 5 Ziff. 1 aufgestellte Voraussetzung, dass die Voraussetzungen des § 121 Abs. 1 vorliegen müssen, gilt nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 121 Abs. 5 Ziff.1 HGO nur "bei wirtschaftlicher Betätigung". Aufgrund der Privilegierung der Beigeladenen nach § 121 Abs. 2 HGO ist die Betätigung der Beigeladenen auf dem Gebiet des Gesundheitswesens jedoch gerade nicht als wirtschaftliche Betätigung anzusehen.

Der Nachprüfungsantrag war daher insgesamt zurückzuweisen.

**III.**



Die Kostenentscheidung ist wie folgt zu begründen:

1. Gemäß § 128 Abs. 3 GWB hat ein Beteiligter die Kosten des Verfahrens zu tragen, soweit er im Verfahren unterliegt.
2. Die Höhe der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer richtet sich nach der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes, § 128 Abs. 2 GWB. Die Bruttoauftragssumme im Angebot des Ast beträgt ca. 3.259.748,77 EUR, hieraus ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erstellten Gebührentabelle, die auch von der erkennenden Vergabekammer angewandt wird, eine Gebühr von 3.520,00 EUR.
3. Der Ast hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen gem. § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB zu tragen.
4. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen war angesichts der Schwierigkeit des Vergaberechts und des Umfangs des zu klärenden Sachverhaltes notwendig, § 128 Abs. 4 S. 2 GWB, § 80 HVwVfG.