

**1. VERGABEKAMMER**  
**des Landes Hessen**  
bei dem Regierungspräsidium Darmstadt

**69 d · VK - 39/2009**



**Leitsätze**

|                                 |   |
|---------------------------------|---|
| Spruchkörper:                   | 1. Vergabekammer des Landes Hessen<br>bei dem Regierungspräsidium Darmstadt |
| Verkündungsdatum:               | 05.11.2009  |
| Aktenzeichen:                   | 69 d VK - 39/2009 -   |
| Typ des Spruchkörpers:          | Vergabekammer   |
| Ort:                            | Darmstadt   |
| Bundesland:                     | Hessen  |
| Entscheidungserhebliche Normen: | § 107 Abs. 3 GWB, § 8 Nr. 1 Abs. 1 und Abs. 3<br>VOL/A                      |
| Typ der Entscheidung:           | Beschluss   |
| Sofortige Beschwerde:           | Der Beschluss ist nicht bestandskräftig.                                    |

- 1) Eine Rüge setzt voraus, dass der Auftraggeber erkennen kann, dass der Bieter einen Vergaberechtsverstoß unmittelbar beanstanden und nicht nur eine bloße Frage stellen oder eine Bitte um Klarstellung äußern will.
- 2) Rügen dürfen nicht unter die Bedingung gestellt werden, dass der Auftraggeber zunächst Fragen beantwortet oder aus der Sicht des Bieters vorhandene offene Punkte klärt. Der Bieter darf die Rüge nicht unter eine Bedingung stellen.
- 3) Bei der Ausschreibung von medizinischen Hilfsmitteln im Wege einer Rahmenvereinbarung verletzt eine Leistungsbeschreibung nicht § 8 Nr. 1 Abs. 1 und 3 VOL/A, wenn der Bedarf auf der Grundlage der Fallzahlen aus einem kürzlich zurückliegenden Zeitraum ermittelt wird. Der Auftraggeberin, einer Krankenkasse, ist eine genauere Ermittlung nicht möglich, weil diese von objektiven und subjektiven Faktoren, nämlich der Erkrankungsfälle und der ärztlichen Verordnungen, abhängt, die zum Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht absehbar sind und auf die sie selbst keinen Einfluss hat.

## Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

wegen

*Offenes Verfahren nach VOL/A: Rahmenvereinbarung zur Versorgung von Versicherten mit Elektrostimulationsgeräten der Produktgruppe 09, EU-Bekanntmachung 2009/xxx,*

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Dipl.-Ing. Jung, die hauptamtliche Beisitzerin MOR'in Lausen und den ehrenamtlichen Beisitzer RA Ernst die mündliche Verhandlung vom 30.10.2009 am 05.11.2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen.
3. Die Gebühren für das Nachprüfungsverfahren werden auf 3.046,00 € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu tragen.

### Gründe:

#### I.

Die Antragsgegnerin ist eine gesetzliche Krankenkasse. Im Rahmen ihrer gesetzlichen Leistungsverpflichtung nach § 2 SGB V ist sie zur Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln verpflichtet. Mit einer am 06.08.2009 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union erschienenen Bekanntmachung schrieb sie im Offenen Verfahren einen Lieferauftrag in Form einer Rahmenvereinbarung aus. Gegenstand dieses Auftrags war die Bereitstellung von Elektrostimulationsgeräten für die Versicherten einschließlich Serviceleistungen. Bei diesen Elektrostimulationsgeräten handelt es sich um Medizin-

produkte, die in der Produktgruppe 09 des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 Abs. 1 SGB V definiert sind.

Der Auftrag sollte für das Kalenderjahr 2010 gelten. Es bestanden drei Verlängerungsoptionen für jeweils ein weiteres Kalenderjahr. Außerdem war der Auftrag in drei Gebietslose unterteilt. Für diese Lose war eine Schätzung der Anzahl der Versorgungen im Vertragszeitraum angegeben. Einziges Zuschlagskriterium war der niedrigste Preis.

Die Versorgung der Versicherten mit den Elektrostimulationsgeräten erfolgt auf Abruf, dem eine vertragsärztliche Verordnung mit entsprechender Diagnose vorausgeht. Der Auftragnehmer erbringt aufgrund der Verordnung die Versorgungsleistungen direkt gegenüber den Versicherten. Folgeverordnungen sind möglich. Der Auftragnehmer legt der Antragsgegnerin die ärztliche Verordnung zur Abrechnung vor. Diese vergütet sämtliche mit der Versorgung verbundenen Leistungen des Auftragnehmers mit einer Pauschale.

Die Antragstellerin ist ein Unternehmen, das seit Jahrzehnten Elektrostimulationsgeräte zur Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen vertreibt und über die entsprechende Zulassung gemäß § 126 SGB V a. F. verfügt. Sie forderte die Vergabeunterlagen am 11.08.2009 an. Diese enthielten u. a. ein Muster des abzuschließenden Vertrages. Unter Punkt 2.4 der Ausschreibungsbestimmungen war festgehalten, dass Bieter die Verpflichtung hatten, die Vergabestelle unverzüglich über unklare Regelungen in den Vergabeunterlagen, die die Erstellung des Angebots oder die Preisermittlung beeinflussen können, zu informieren.

Bei Durchsicht der Unterlagen stellte sie nach eigenen Angaben fest, dass es dort verschiedene klärungsbedürftige und auch zu rügende Punkte gab. Sie übersandte der Antragsgegnerin daher am 17.08.2009 ein umfangreiches Telefaxschreiben, in dem sie u. a. folgende Angaben machte: *„Nach Durchsicht und erster Prüfung der Verdingungsunterlagen haben sich eine Vielzahl von Fragen ergeben, deren Klärung zur Kalkulation unseres Angebotes von erheblicher Bedeutung ist. Gleichzeitig erheben wir die nachstehenden Fragen als Rügen im Sinne des Vergaberechtes (§ 107 Abs. 3 GWB). Soweit die nachstehenden Fragen nämlich nicht geklärt sind, fehlt es z. B. bereits an einer eindeutigen Leistungsbeschreibung und der Eindeutigkeit der Verdingungsunterlagen, so dass die maßgeblichen Grundsätze eines Vergabeverfahrens - wie z. B. Wettbewerbs- und*

*Chancengleichheit der Teilnehmer - nicht gewahrt sind. ....*“ Es folgten 16 im Einzelnen aufgeführte Punkte. Dazu stellte die Antragstellerin zunächst den Sachverhalt dar. Am Ende der Punkte 1 bis 10 formulierte sie jeweils eine Schlussfolgerung. Dabei handelte es sich entweder um die Bitte, ihr konkrete Angaben zukommen zu lassen (z. B. Punkt 1, Versorgungsberechtigung) oder um die Bitte einer Klarstellung (z. B. Punkt 2, Medizinprodukteberater oder Punkt 3, Nachweis der Zertifizierung). Bei den meisten dieser Punkte formulierte die Antragstellerin einen Zusatz, der z. B. wie folgt lautete: *„Anderenfalls wird dies ausdrücklich als unverhältnismäßig und damit als vergaberechtswidrig gerügt“* (Punkt 4, Persönliche Eignung) oder der folgenden Wortlaut hatte: *„Die Regelungen bedürfen jedenfalls der Klarstellung und werden vorsorglich als vergaberechtswidrig gerügt“* (Punkt 5, Produkt-Leistungsbeschreibung). Bei den Punkten 11 - Mengengerüste -, 12 - Kündigungsfrist -, 13 - Gewährleistung -, 14 - Bestätigungspflicht bei E-Mail, 15 - Vertragsstrafen - und 16 - kostenlose Umversorgungen/Neuversorgungen - sprach die Antragstellerin jeweils eine von Fragen und Bitten um Klarstellungen unabhängige Rüge aus, was sie z. B. durch die Formulierung: *„.... was ausdrücklich als vergaberechtswidrig gerügt wird ...“* zum Ausdruck brachte.

Die Antragsgegnerin versandte daraufhin unter dem Datum 03.09.2009 ein Schreiben an die Antragstellerin. Sie wies die Rügen zurück und führte aus, dass die Punkte in dem Schreiben der Antragstellerin, die ausschließlich dem Verständnis der Unterlagen dienen, als Fragen beantwortet würden.

Die Angebotsfrist endete am 25.09.2009. Beim Verhandlungstermin zur Eröffnung der Angebote lag neben anderen auch ein Angebot der Antragstellerin vor. Diese hatte bereits am 18.09.2009 einen Nachprüfungsantrag eingereicht.

Die Antragstellerin trägt vor, sie habe die von ihr erkannten Vergaberechtsverstöße unverzüglich gerügt. Die Rügen seien auch ordnungsgemäß erfolgt. Inhaltlich müsse eine Rüge erkennen lassen, dass der Bieter von der Vergabestelle die Beseitigung der angegebenen Verfahrensfehler fordere. Bereits durch den Satz in ihrem Schreiben vom 17.08.2009, in dem sie erklärt habe, dass alle Fragen gleichzeitig als Rügen im Sinne des Vergaberechts erhoben würden, seien diese Voraussetzungen erfüllt. Ferner habe sie bei den verschiedenen einzelnen Punkten nochmals wiederholt, dass der jeweilige Punkt *„ausdrücklich als vergaberechtswidrig gerügt“* würde. Insbesondere habe sie in ihrem Schreiben vom 17.08.2009 keine Vorbehalte oder Bedingungen formuliert.

Die Antragstellerin hält den Nachprüfungsantrag auch für begründet. Sie ist der Auffassung, dass die Vergabestelle die Leistung nicht eindeutig und erschöpfend im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A beschrieben hat. Weiterhin meint sie, dass dem Auftragnehmer ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet werden soll. Die Regelung in Nr. 5.1 der Leistungsbeschreibung über die Versorgung mit Elektrostimulationsgeräten, die Nr. 3 der Verdingungsunterlagen (Rahmenbedingungen) konkretisiert, sei zu unbestimmt und als Kalkulationsgrundlage nicht geeignet. Es ginge daraus nicht hervor, welche Geräte und welche Gerätetypen genau zum Einsatz kommen sollten. Ferner seien Art und Umfang der Leistung mit allen dafür maßgebenden Bedingungen und Regelungen nicht zweifelsfrei erkennbar. Die Versorgungen würden z. B. nicht bezüglich der zu erfolgenden Erstversorgungen und der sich daran anschließenden Umversorgungen aufgeschlüsselt. In diesem Zusammenhang fehle auch der jeweilige Versorgungszeitraum.

Die in § 13 Nr. 2 S. 2 des den Verdingungsunterlagen beigefügten Vertrages enthaltene Kündigungsregelung sei viel zu kurz bemessen. Sie stelle eine unangemessene Bieterbenachteiligung dar.

Die Gewährleistung, die nach § 5 Nr. 1 des Vertrages den gesamten Versorgungszeitraum umfasse, sei zum einen zu unbestimmt und stelle zum anderen ebenfalls eine unangemessene Bieterbenachteiligung dar.

Die in § 12 des Vertrages enthaltene Vertragsstrafenregelung verstoße gegen § 12 VOL/A. Sie betreffe nämlich nicht den Fall der Überschreitung von Ausführungsfristen, sondern Allgemeinverstöße gegen den Vertrag. Diese Abweichung sei nicht durch zwingende Gründe gerechtfertigt.

§ 6 Abs. 1 des Vertrages, der regelt, dass innerhalb der ersten sechs Monate eine kostenlose Umversorgung innerhalb von bestimmten Produktuntergruppen durch den Auftragnehmer sicherzustellen sei, sei ebenfalls ein unzumutbares Wagnis im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar. Denn der Leistungserbringer wäre nach der Regelung verpflichtet, ein neues Produkt zu liefern, ohne eine Vergütung dafür zu erhalten, obwohl eine neue ärztliche Verordnung vorläge. Die Lieferung müsste außerdem während eines nicht

genau zu definierenden Zeitraums erfolgen. Schließlich sei auch nicht klar, in wie vielen Fällen es zu derartigen Umversorgungen komme.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die Ausschreibung aufzuheben,
2. hilfsweise, die Ausschreibung zurückzusetzen und die Vergabestelle zu verpflichten, sie unter Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzusetzen,
3. die Hinzuziehung des Bevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären,
4. der Antragsgegnerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 18.09.2009 zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für überwiegend unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

Nach ihrer Auffassung hat die Antragstellerin keine ordnungsgemäßen Rügen erhoben. Die in ihrem Schreiben vom 17.08.2009 enthaltenen Fragen hätten in erster Linie dem Verständnis der Leistungsbedingungen gedient. Soweit diese vorsorglich mit Rügen verbunden worden seien, sei das unzulässig. Nach objektivem Verständnis habe die Antragstellerin ihr weiteres Vorgehen von der Beantwortung der Fragen abhängig gemacht. Somit habe es sich um Rügen gehandelt, die unter einer Bedingung gestanden hätten. Derartigen Rügen fehle aber das wesentlich notwendige Element, nämlich der eindeutigen Aufforderung der Vergabestelle, einen Vergaberechtsverstoß zu korrigieren.

Die Antragsgegnerin hält den Nachprüfungsantrag für unbegründet, da die Leistung im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A eindeutig und erschöpfend beschrieben worden und den Bietern auch kein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet worden sei. Die Antragstellerin sei ein erfahrener Leistungserbringer, der ohne Weiteres habe erkennen können, dass die Vergabestelle zur Versorgung der Versicherten alle Elektrostimulationsgeräte und Zubehör zulässt, die die Anforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses erfüllen. Letzte Unklarheiten habe sie, die Antragsgegnerin, mit der Beantwortung der Fragen der Antragstellerin beseitigt.

Die regelmäßige Versorgungsdauer sei erfahrungsgemäß zeitlich begrenzt. Sie sei den mit der Materie vertrauten Bietern auch bekannt. Im Übrigen würden feststehende Versorgungszeiträume ausscheiden, da die jeweilige Versorgungsdauer von der individuellen medizinischen Notwendigkeit der Versorgung abhängig sei und die Indikationen bei den Versicherten unterschiedlich ausfallen würden. Unabhängig davon sei die Versorgungsdauer aber ganz überwiegend auf ein bis drei Monate beschränkt. Sie selbst könne aus der ihr vorzulegenden Verordnung lediglich die medizinische Notwendigkeit der Versorgung zugunsten der Versicherten, nicht jedoch die Versorgungsdauer entnehmen, zumal diese lediglich eine Prognose sei.

Die von der Antragstellerin behauptete unangemessene Bieterbenachteiligung infolge der aus ihrer Sicht zu kurzen Kündigungsfrist stelle nicht automatisch einen Vergaberechtsverstoß dar. Ein ungewöhnliches Wagnis, das die Kalkulation der Antragstellerin unangemessen erschwere, sei durch die Kündigungsfrist von einer Woche nicht bedingt. Voraussetzung für die Kündigung sei nämlich die Ausschöpfung des festgelegten Mengenkongingentes.

Die Gewährleistungsregelung stelle ebenfalls keinen Verstoß gegen Vergaberecht dar. Eine unangemessene Benachteiligung im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, die sich auf die Kalkulation des Bieters auswirke, sei nicht ersichtlich, da die Antragstellerin in der Lage sei, den mit der Gewährleistung verbundenen Aufwand zu kalkulieren.

Die von der Vergabestelle gewählte Vertragsstrafenregelung sei rechtmäßig, da Vertragsstrafen neben der Überschreitung von Ausführungsfristen auch für andere Tatbestände von Vertragsverletzungen festgesetzt werden dürften. Bezüglich der Angemes-

senheit der Vertragsstrafe habe die Vergabestelle einen Beurteilungsspielraum, der hier nicht überschritten sei, denn die Strafen beträfen überwiegend Verhaltensweisen, die sozialrechtlich verboten seien und auch strafrechtliche Relevanz hätten.

Die Regelung zur Um- und Neuversorgung der Versicherten sei hinreichend bestimmt und enthalte für die Antragstellerin kein ungewöhnliches Wagnis. Da die Umversorgung pro Produktgruppe - d. h. unabhängig von den einzelnen Produktarten in der Produktgruppe - einheitlich zu kalkulieren gewesen sei, wäre ausgeschlossen, dass im Rahmen der Umversorgung das ursprüngliche Gerät durch ein teureres Gerät ersetzt werden müsse. Es bestehe auch kein Kalkulationshindernis darin, dass die Anzahl der Um- bzw. Neuversorgungen nicht in den Verdingungsunterlagen angegeben gewesen sei. Sie, die Vergabestelle, könne aufgrund der ihr vorgelegten ärztlichen Verordnungen die Anzahl nicht erkennen. Die Antragstellerin als langjährig erfahrenes Unternehmen könne dagegen die Anzahl eher einschätzen.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Inhalte der in dem Nachprüfungsverfahren eingereichten Schriftsätze und der Vergabeakte verwiesen.

Am 30.10.2009 fand eine mündliche Verhandlung vor der Vergabekammer statt. Die Beteiligten hatten Gelegenheit, zum Sachverhalt in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Ausführungen zu machen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zum überwiegenden Teil unzulässig, jedenfalls aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft. Die §§ 97 bis 115 GWB sind gemäß § 69 Abs. 2 SGB V anwendbar.
2. Der zu vergebende Auftrag ist ein Lieferauftrag im Sinne der §§ 99 Abs. 2 GWB und 127 Abs. 1 SGB V in Form einer Rahmenvereinbarung nach § 3 a Nr. 4 VOL/A. Der Schwellenwert des Auftrags ist nach §§ 100 Abs. 1 GWB, 2 Nr. 3 VgV überschritten. In der Bekanntmachung gibt die Auftraggeberin unter II. Punkt 1.4 für die beabsichtigte Rahmenvereinbarung mit einem Jahr Laufzeit eine Spanne



zwischen rund 395.000,-- und 498.000,-- € an. Dieser Wert liegt bereits ohne Berücksichtigung der Verlängerungsoptionen über dem maßgeblichen Schwellenwert.

3. Die Antragsgegnerin ist öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 2 GWB (EUGH, Urteil vom 11.06.2009, C-300/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.01.2008, VII-Verg 57/07; VK Bund, Beschluss vom 29.09.2009, VK 3 - 166/09). Als gesetzliche Krankenkasse ist sie nach § 4 Abs. 1 SGB V eine rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit der Befugnis zur Selbstverwaltung. Es liegt auch eine überwiegende Finanzierung durch den Bund vor (§ 221 SGB V). Dem steht nicht entgegen, dass die Mittel der Krankenversicherung daneben durch Mitgliedsbeiträge aufgebracht werden (§ 220 SGB V). Entscheidend ist vielmehr, dass die Finanzierung durch einen staatlichen Akt eingeführt worden ist, durch Träger der öffentlichen Gewalt garantiert wird und die Mitgliedsbeiträge nach öffentlich-rechtlichen Regeln auferlegt, berechnet und erhoben werden (EUGH, Urteil vom 11.06.2009, C-300/07).
4. Die Vergabekammer Hessen ist für das Verfahren örtlich und sachlich zuständig (§ 104 Abs. 1, 98 Nr. 2, 99 Abs. 2 GWB, § 2 Nr. 3 VgV), weil sich der Zuständigkeitsbereich der Antragsgegnerin auf das Land Hessen erstreckt.
5. Die Antragsfrist für den Nachprüfungsantrag ist eingehalten worden (§ 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB). Danach wäre der Antrag unzulässig, wenn mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind. Da die Vergabestelle in ihrem Schreiben am 03.09.2009 ausdrücklich erklärte, dass sie die mit Telefax vom 17.08.2009 erhobenen Rügen der Antragstellerin zurückwies, ist dieses als Mitteilung im Sinne des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB anzusehen. Insofern musste der Nachprüfungsantrag innerhalb der dort normierten Frist eingereicht werden, die auch eingehalten wurde.
6. Die Antragstellerin ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 GWB). Sie hat ihr Interesse an dem Auftrag bekundet, indem sie die Verdingungsunterlagen angefordert und mit Schreiben vom 17.08.2009 Fragen bzw. Rügen dazu geltend gemacht hat. Sie hat darüber hinaus auch dargetan, dass eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 7 GWB durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften droht. Dabei reicht es aus, wenn sich der Schluss auf die begehrte Rechtsfolge aus ihren Ausführungen ergibt. Das ist hier der Fall. Unterstellt, die Einwände der Antragstellerin

rin wären zu Recht erfolgt, hätten diese einen Einfluss auf den Inhalt, insbesondere auf die Kalkulation ihres Angebotes.

Die Antragsgegnerin hat auch ihre Darlegungspflicht, dass ihr ein Schaden entstanden ist bzw. zu entstehen droht, erfüllt. Dafür erforderlich ist der Vortrag von Tatsachen, aus denen sich ergibt, dass sie im Fall eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag gehabt hätte (BGH, Beschluss vom 26.09.2006, X ZB 14/06). Regelmäßig wird ein solcher Schaden unter Berufung auf die Wertung und die Chancen des Angebots aufgrund der Wertungsreihenfolge dargelegt. Im vorliegenden Fall ist eine solche Möglichkeit nicht gegeben, weil die Antragstellerin zum Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrags noch kein Angebot abgegeben hatte. Dazu war sie jedoch auch nicht verpflichtet, weil einerseits die Angebotsfrist noch nicht abgelaufen war, andererseits die Regelung des § 107 Abs. 3 Nr. 4 GWB eingehalten werden musste. Es reicht deshalb aus, dass die Antragstellerin erklärt hat, dass sie ohne die von ihr beanstandeten Vergaberechtsverstöße das Angebot anders, d. h. möglicherweise günstiger hätte kalkulieren können. Damit wäre die Chance auf den Zuschlag erhöht worden.

7. Es liegen nur für einen Teil der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße ordnungsgemäße Rügen im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB vor.

Unabhängig davon, ob der Inhalt des Schreibens der Antragstellerin vom 17.08.2009 tatsächlich ordnungsgemäße Rügen nach § 107 Abs. 3 GWB enthält, wären diese jedenfalls unverzüglich erhoben worden. Die Verdingungsunterlagen sind der Antragstellerin am 11.08.2009 übersandt worden. Selbst wenn sie frühestens am Folgetag, dem 12.08., einem Mittwoch, bei ihr eingegangen sind, sind die mit Schreiben vom 17.08.2009, einem Montag, erhobenen Einwände - soweit es sich dabei um Rügen handelt - unverzüglich erfolgt. Die Antragstellerin musste innerhalb der höchstens drei vorhandenen Werk-tage die Unterlagen durcharbeiten, den für die aus ihrer Sicht vorhandenen Vergaberechtsverstöße zugrunde liegenden Sachverhalt erkennen und werten sowie die erforderlichen rechtlichen Schlüsse daraus ziehen und diese formulieren. Daher besteht an der Unverzüglichkeit kein Zweifel.

Ordnungsgemäße Rügen sind für die in dem Schreiben der Antragstellerin vom 17.08.2009 aufgelisteten Punkte 1 - 10 jedoch nicht gegeben. Der Sinn und Zweck einer

Rüge besteht darin, dass der Bieter, der einen Verstoß gegen das Vergaberecht erkannt hat, diesen gegenüber der Vergabestelle unverzüglich rügen soll, damit sie die Möglichkeit hat, den Fehler zu korrigieren und damit ein Nachprüfungsverfahren zu vermeiden (OLG München, Beschluss vom 02.03.2009, Verg 01/09, OLG Jena, Beschluss vom 30.03.2009, 9 Verg 12/08). Die Rechtsnatur der Rüge ist umstritten. Nach einer Auffassung handelt es sich dabei nicht um eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung, sondern (lediglich) um eine verfahrensrechtliche Erklärung (VK Münster, Beschluss vom 19.09.2006, VK 12/06). Nach einer anderen Auffassung stellt die Rüge eine empfangsbedürftige Willenserklärung dar, die gemäß § 133 BGB so auszulegen ist, wie sie der Erklärungsempfänger nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte verstehen muss (OLG München, Beschluss vom 26.06.2007, Verg 6/07). Der letzten

Auffassung ist zuzustimmen, da die Rüge zunächst gegenüber dem Auftraggeber erhoben wird und damit keine verfahrensrechtliche Erklärung im eigentlichen Sinne ist, sondern eine Voraussetzung für das Nachprüfungsverfahren darstellt. Unabhängig davon ist die Entscheidung dieser Frage jedoch letztlich nicht von Relevanz, weil Adressat der Rüge der Auftraggeber ist und sie in Bezug auf ihren Inhalt in jedem Fall ausgelegt werden muss, soweit sie nicht eindeutig ist. Maßgeblich ist in jedem Fall das Verständnis des Erklärungsempfängers (vgl. OLG Frankfurt am Main, Bescheid vom 02.03.2007, 11 Verg 15/06).

Hier sind die Ausführungen der Antragstellerin zu den Punkten 1 - 10 in ihrem Schreiben vom 17.08.2009 widersprüchlich. Die Vergabestelle konnte sie nicht zweifelsfrei als Rügen einordnen. Relevant für die Auslegung, die aus der Sicht des Empfängers, also der Vergabestelle, erfolgen muss, sind der Wortlaut der Erklärung, die Begleitumstände und die Interessenlage (Ellenberger in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 68. Auflage 2009, § 133, Randnrn. 14 ff.). Nach dem Wortlaut waren die Rügen nicht eindeutig ausschließlich als solche erhoben worden. Die Antragstellerin hat sie eingeschränkt, indem sie z. B. zunächst um Klarstellung gebeten hat und lediglich „*ansonsten*“ einen entsprechenden Vergaberechtsverstoß rügte oder zunächst um Beantwortung von Fragen bat und „*anderefalls*“ einen bestimmten Sachverhalt als vergaberechtswidrig rügte. Weiter rügte sie einen bestimmten Sachverhalt „*vorsorglich*“ oder stellte zu bestimmten Punkten ausschließlich Fragen, ohne zu erkennen zu geben, dass sie die Punkte darüber hinaus rügen wollte. Abgesehen von den einzelnen Sachverhalten, bei denen die Antragstellerin lediglich Fragen stellte, konnte die Auftraggeberin zwar erkennen, dass die Antragstelle-

rin Einwände hatte. Klar wurde durch den Wortlaut aber nicht, ob es sich um eine unmittelbare Beanstandung oder etwa (nur) um eine Frage handelte (vgl. Summa in Juris-PK, 2. Auflage 2008, § 107 GWB, Rn. 110). Die Rügen standen vielmehr unter dem Vorbehalt der vorherigen Beantwortung von Fragen und der Klärung von einzelnen Punkten. Der Auftraggeber konnte daher davon ausgehen, dass die Antragstellerin es ihm überließ, zunächst die Fragen zu beantworten bzw. die strittigen Punkte zu klären und dann erst eine entsprechende Rüge erheben bzw. gelten lassen wollte. Damit standen die jeweiligen Rügen unter einer Bedingung. Dies widerspricht jedoch dem Sinn und Zweck und der erforderlichen Eindeutigkeit einer Rüge. Unklar blieb, ob und in welchem Umfang die Antragstellerin die jeweils angedrohten bzw. erhobenen Rügen aufrechterhalten wollte, wenn die Vergabestelle zwar ihre Fragen beantwortete oder die Klarstellung herbeiführte, dies aber überhaupt nicht oder nicht in vollem Umfang im Sinne der Antragstellerin erledigte. Damit wäre eine erneute Überprüfung des Verhaltens der Vergabestelle - nämlich ihrer Antworten bzw. Stellungnahme - durch die Antragstellerin erforderlich und eine erneute Willensbildung durch die Antragstellerin erforderlich geworden, ob sie die Rügen aufrechterhielt bzw. in welchem Umfang. Damit waren die Rügen sogar vorsorglich erhoben worden. Derartige „Vorratsrügen“ sind jedoch nicht zulässig (VK Lüneburg, Beschluss vom 07.08.2009, VgK-32/2009). Eine vorsorgliche Rüge kann nämlich den situationsbezogenen Interessenausgleich zwischen Auftraggeber und Bieter nicht schaffen und ist daher mit dem Sinn und Zweck der Gesetzesregelung unvereinbar (OLG Koblenz, Beschluss vom 18.09.2003, 1 Verg 4/03).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Antragstellerin den einzelnen Punkten den generellen Obersatz vorangesellt hat, dass sie die nachstehenden Fragen als Rügen im Sinne des Vergaberechts nach § 107 Abs. 3 GWB erhob. Dadurch wird der Widerspruch nicht aufgelöst. Im Gegenteil: Sie selbst bezeichnet denselben Sachverhalt bzw. dieselbe Formulierung gleichzeitig als Frage und als Rüge. Dies widerspricht jedoch bereits vom Wortlaut her einer für den Empfänger notwendigen eindeutigen und klaren Erklärung.

Auch die Begleitumstände und die Interessenlage, die bei der Auslegung einer Erklärung zu berücksichtigen sind, ergeben nichts anderes. Zwar konnte und musste die Vergabestelle erkennen, dass es der Antragstellerin darum ging, für sie bestehende Unklarheiten in den Verdingungsunterlagen zu benennen und Einigkeit über die für die Erstellung ihres Angebots maßgebenden Grundlagen zu schaffen. Sie konnte aber nicht mit

Sicherheit differenzieren, ob es sich dabei – schon – um Rügen handeln sollte oder ob die Antragstellerin lediglich ihrer zwingenden Verpflichtung nachkommen wollte, die sich aus Nr. 2.4 der Verdingungsunterlagen in Verbindung mit § 18 a Nr. 1 Abs. 6 VOL/A ergab, nämlich die Vergabestelle über Unklarheiten zu informieren, die die Erstellung des Angebots oder die Preisermittlung beeinflussen können.

Insgesamt musste die Vergabestelle als Empfängerin der Rügen zu den Punkten 1 - 10 daher davon ausgehen, dass diese unter der jeweiligen Bedingung der Beantwortung bestimmter Fragen bzw. von Klarstellungen standen. Da es aber allein von der Beurteilung des Unternehmens abhing, ob die Antworten bzw. Klarstellungen der Antragsgegnerin zufriedenstellend ausfielen, und da wiederum davon abhing, ob es sich um eine „echte“ Rüge handeln sollte oder nicht, konnte der Sinn und Zweck der Rüge nicht erfüllt werden. Dieser setzt es notwendig voraus, dass der Vergabestelle ein aus der Sicht des Bieters vorliegender Verstoß deutlich benannt wird, so dass sie wiederum entscheiden kann, ob und wie sie diesem abhilft. Es kann jedoch nicht von der Einschätzung und Beurteilung des Bieters abhängen, ob ein eingefordertes Verhalten der Vergabestelle seine zuvor geäußerte Beanstandung nachträglich als Rüge qualifiziert oder nicht.

Anders verhält es sich mit den Rügen der Antragstellerin zu den Punkten 11 - 16 in ihrem Schreiben vom 17.08.2009. Zu diesen Punkten hat sie ausdrücklich dargelegt, dass sie die jeweilige Vorgabe der Antragsgegnerin in den Verdingungsunterlagen als vergaberechtswidrig rügt. Im Ergebnis ist daher der Nachprüfungsantrag bezüglich dieser Punkte nicht präkludiert.

Soweit ordnungsgemäße Rügen erhoben wurden, ist der Nachprüfungsantrag aber unbegründet.

Es liegt keine Verletzung der Rechte der Antragstellerin gemäß § 97 Abs. 7 GWB vor. Insbesondere war die Leistung eindeutig und erschöpfend im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A beschrieben, und den Auftragnehmern wurde auch kein ungewöhnliches Wagnis gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet.

Die im vorliegenden Fall ausgeschriebene Rahmenvereinbarung dient der Flexibilisierung in Bezug auf die Anforderung der Leistung durch den Auftraggeber (Poschmann in Müller-Wrede, Verdingungsordnung für Leistungen, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 3 a Nr. 4,

Rn. 3). Dementsprechend muss gemäß § 3 a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A das in Aussicht genommene Auftragsvolumen zwar so genau wie möglich ermittelt und beschrieben werden; es muss aber nicht abschließend festgelegt werden. Das bedeutet, dass es ausreicht, wenn der Bieter sich ein Bild von dem Umfang der Leistung bzw. vom Bedarf des Auftraggebers machen kann (Poschmann in Müller-Wrede, Verdingungsordnung für Leistungen, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 3 a Nr. 4, Rn. 3). Dabei ist der Auftraggeber verpflichtet, den voraussichtlichen Bedarf so sorgfältig zu ermitteln, wie dies ihm möglich und zumutbar ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 08.03.2005, VII-Verg 40/05). Diese Bedingungen sind hier erfüllt.

Aus den Verdingungsunterlagen, insbesondere Nr. 5.1 der Leistungsbeschreibung, ergab sich, dass nur Elektrostimulationsgeräte, die im Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V aufgeführt sind, eingesetzt werden sollten. Aus Nr. 5.1 der Leistungsbeschreibung ging konkretisierend hervor, dass bestimmte Geräte der im Einzelnen aufgelisteten Produktuntergruppen bzw. Produktarten zugelassen waren. Damit waren die zu liefernden Gegenstände so definiert, dass die Antragstellerin diesbezüglich eine genaue Kalkulationsgrundlage hatte. Ihr Einwand, dass aus den Verdingungsunterlagen nicht klar hervorgegangen sei, welche Geräte und welche Gerätetypen genau zum Einsatz kommen sollten, führt nicht dazu, dass ihr ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet worden wäre. Es ist gerade kennzeichnendes Kriterium einer Rahmenvereinbarung, dass es dem Auftraggeber nicht möglich ist, den Bedarf von vornherein bis ins kleinste Detail festzulegen. Er muss sich insoweit nicht abschließend auf ein bestimmtes Auftragsvolumen festlegen (Poschmann in Müller-Wrede, Verdingungsordnung für Leistungen, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 3 a Nr. 4, Rn. 3). Bezogen auf den konkreten Fall bedeutet das, dass die Frage, welche Geräte und Gerätetypen in jeweils welcher Anzahl zum Einsatz kommen würden, von dem Auftraggeber nicht von vornherein geklärt werden konnte. Die Klärung hängt nämlich nicht von seiner Disposition ab. Vielmehr sind dafür andere Faktoren entscheidend, auf die er keinerlei Einfluss hat. Dies sind die Anzahl der Patienten, die die Versorgung mit einem Elektrostimulationsgerät benötigen, sowie der Inhalt der jeweiligen ärztlichen Verordnungen. Diese zum Zeitpunkt der Ausschreibung unbekannt Faktoren, die eine nähere Eingrenzung der Leistung nicht zulassen, rechtfertigen es aber nicht, ein ungewöhnliches Wagnis nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A anzunehmen. Dieses läge nur vor, wenn der Auftraggeber den Bietern einseitig Risiken auferlegen würde, mit denen sie bei der Abwicklung des Vertrages üblicherweise nicht rechnen müssten (VK Münster, Beschluss vom 24.09.2004, VK 24/04).

So verhält es sich hier aber gerade nicht. Vielmehr kennen die mit der fachlichen Materie vertrauten Bieter, so auch die Antragstellerin, die Abläufe im Rahmen der Versorgung, insbesondere die Tatsache, dass objektive Bedingungen (nämlich die Anzahl und die Art der Krankheitsfälle) sowie subjektive Einflüsse (nämlich die ärztlichen Verordnungen und ihr Inhalt) die Leistung beeinflussen. Somit lag ein geradezu vertragstypisches Risiko vor.

Etwas Anderes ergibt sich auch nicht aus der Argumentation, dass in den Ausschreibungsbedingungen nicht nach Erst- und Umversorgung differenziert wird und dass auch keine Versorgungszeiträume angegeben werden. Unstreitig ist, dass die Antragsgegnerin nur über Datenmaterial, das sich auf die Vergangenheit bezieht, verfügt. Ebenso unstreitig ist, dass sie aufgrund des Abrechnungssystems nur von den Erstversorgungen Kenntnis erhält, weil sie ausschließlich die Grundverordnungen der Ärzte erhält. Dass sie nur diese Daten in die Leistungsbeschreibung einarbeitete, führt nicht zu einem Verstoß der Regelungen in § 8 Nr. 1 Abs. 1 oder Abs. 3 VOL/A. Die Angaben bilden eine hinreichende Grundlage für die Preisermittlung (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.04.2008, 7-Verg 15/08). Unabhängig von der Frage, ob dies überhaupt möglich gewesen wäre, wäre es jedenfalls für die Auftraggeberin nicht zumutbar gewesen, weitere Daten zu generieren. Das hätte einen unverhältnismäßigen Aufwand dargestellt (vgl. VK Bund, Beschluss vom 16.12.2008, VK 1 - 156/08). Entscheidend ist, dass die Antragstellerin, selbst wenn sie Daten gesammelt und zusammengestellt hätte, nur Zahlen aus der Vergangenheit hätte erfassen können. Die in der Zukunft liegenden Fälle konnte sie aufgrund der oben dargelegten Faktoren, auf die sie keinen Einfluss hat, nur schätzen, so dass es ohnehin nicht möglich gewesen wäre, genaue oder nahezu genaue Zahlen anzugeben.

Unter Berücksichtigung der Tatsachen, dass hier eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben wurde, dass die Auftraggeberin ordnungsgemäß alle ihr bekannten Zahlen und Daten angegeben hat und dass die Bieter, so auch die Antragstellerin, erfahrene Unternehmen sind, die mit der Materie vertraut sind, kann hier nicht von einem ungewöhnlichen Wagnis, das den Bietern auferlegt werden soll, ausgegangen werden.

Die Antragstellerin hat nicht dargelegt, inwiefern die in § 13 Nr. 2 S. 2 des in den Verdingungsunterlagen enthaltenen Vertrages normierte Kündigungsfrist für sie nachteilig ist, insbesondere ihre Kalkulation beeinflusst. Die außerordentliche Kündigung ist nur für den Fall vorgesehen, dass das gesamte Kontingent ausgeschöpft ist. Der Auftragnehmer

hätte aber, genauso wie der Auftraggeber, Kenntnis von dieser Tatsache, so dass eine außerordentliche Kündigung für ihn nicht überraschend, sondern absehbar wäre. Aus diesem Grund ist nicht ersichtlich, inwieweit die Antragstellerin in ihren subjektiven Bieterrechten verletzt sein sollte.

Ähnliches gilt für die Gewährleistung nach § 5 Nr. 1 des Vertrages. Auch hier ist nicht ersichtlich, inwieweit ein Nachteil für die Antragstellerin entstehen sollte. Da die Gewährleistungsfrist - nämlich der Versorgungszeitraum - klar feststeht, ist diese gerade nicht unbestimmt. Die Antragstellerin kann dies ohne weiteres in ihrer Kalkulation berücksichtigen.

Sie hat auch nicht dargetan, inwieweit die in § 12 des Vertrages enthaltene Vertragsstrafenregelung für sie nachteilig ist. Nach § 12 VOL/A, der grundlegenden Regelung über Vertragsstrafen, besteht die Möglichkeit, derartige Strafen nicht nur für die Überschreitung von Ausführungsfristen auszubedingen. Da die Fälle, in denen im vorliegenden Fall eine Vertragsstrafe vereinbart wird, klar ausformuliert sind, konnte die Antragstellerin sich darauf einstellen. Im Übrigen ist auch der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht verletzt, weil die Regelung für alle Bieter gilt.

Schließlich führt auch die Bestimmung in § 6 Abs. 1 des Vertrages über Umversorgungen mit Elektrostimulationsgeräten nicht zu einer Rechtsverletzung der Antragstellerin. In diesem Fall lag auch kein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A vor. Da die Umversorgung nur innerhalb bestimmter Produktuntergruppen geregelt ist, bestand eine ausreichend klare Grundlage für die Kalkulation der Antragstellerin. Sie wusste, welche konkreten Geräte zum Einsatz kamen. Bezüglich der Anzahl der Umversorgungen und der Zeiträume gelten die obigen Ausführungen entsprechend; auch hierin ist kein ungewöhnliches Wagnis für die Antragstellerin begründet.

Der Nachprüfungsantrag ist somit zurückzuweisen.

**III.**



1. Die Antragsgegnerin hat die Kosten des Nachprüfungsverfahrens zu tragen, weil sie mit ihren Anträgen unterlegen ist (§ 128 Abs. 3 GWB).
2. Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen (§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB).
3. Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die Antragsgegnerin war notwendig (§§ 128 Abs. 4 Satz 1 GWB, 80 Abs. 2 VwVfg), da auf der Grundlage eines komplexen Sachverhaltes schwierige rechtliche Fragen zu beurteilen waren.

#### IV.

Die Festsetzung der Gebühr für das Nachprüfungsverfahren bestimmt sich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (§ 128 Abs. 1 und 2 GWB).

Hinsichtlich der näheren Ausgestaltung der Gebühren und deren Höhe haben die Vergabekammern des Bundes aufgrund eines Beschlusses des Bundeskartellamtes eine Gebührentabelle aufgestellt. Diese Tabelle legt den durchschnittlichen personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung des jeweiligen Gegenstandswertes zugrunde. Die Vergabekammern Hessen übernehmen die Tabelle bei der Festsetzung der Gebühren. Da im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte ersichtlich sind, wonach sich die Gebühren reduzieren oder erhöhen, wird die nach der Tabelle angegebene Gebühr, die sich nach dem Gegenstandswert, d. h. nach dem Auftragswert richtet, zugrunde gelegt. Vorliegend ist von einem durchschnittlichen Auftragswert in Höhe von ~ 1,8 Mio (siehe auch Bekanntmachung) auszugehen. Insofern beträgt die Gebühr 3.046,00 €.