

69d - VK - 41/2014

Leitsätze:

1. Die Abgabe von zwei oder mehreren Hauptangeboten stellt eine Änderung der Vergabeunterlagen dar. Der Begriff „Änderung“ ist weit auszulegen; maßgeblich ist die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist.
2. Die Abgabe mehrerer Hauptangebote ist zulässig, wenn der Auftraggeber dies ausdrücklich zugelassen hat. Dazu bedarf es zumindest Anhaltspunkte, dass er auf diese Weise Wettbewerb zugelassen hat.
3. Bei mehreren abgegebenen Hauptangeboten ist – falls diese vom Auftraggeber nicht zugelassen wurden – dafür beim Bieter ein Schutzbedürfnis erforderlich. Dies gilt auch im Anwendungsbereich der VOL/A. Ein Schutzbedürfnis ist nicht gegeben, wenn
 - der Bieter durch die gleichzeitige Abgabe mehrerer Hauptangebote das Ausschreibungsergebnis manipulieren will,
 - klare Vorgaben des Auftraggebers der Abgabe mehrerer Hauptangebote entgegenstehen,
 - mehrere Hauptangebote geeignet sind, die Zuschlagschancen des abgebenden Bieters zu erhöhen und diese ihm ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile zulasten aller anderen Bieter verschaffen sollen (im Anschluss an OLG Naumburg, Beschl. v. 27. November 2014 – Az.: 2 U 152/13 –).

Stichworte: Zulassung von zwei oder mehreren zeitgleich abgegebenen Hauptangeboten

Normen: §§ 97 Abs. 2 und Abs. 7 GWB; §§ 8 EG Abs. 1, 19 EG Abs. 3 lit. d VOL/A; § 2 Abs. 1 Satz 1, 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V

Streitgegenstand: Rahmenvereinbarung zur Versorgung mit Inkontinenzhilfen, offenes Verfahren nach VOL/A

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]
[REDACTED]

gegen

[REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

- Antragsgegnerin und Vergabestelle -

weitere Beteiligte:

[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene zu 1. -

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED],
[REDACTED]

[REDACTED]
[REDACTED]

- Beigeladene zu 2. -

wegen

Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Versorgung der Versicherten mit [REDACTED]
[REDACTED] im häuslichen Bereich,

offenes Verfahren nach VOL/A,

hat die 1. Vergabekammer des Landes Hessen beim Regierungspräsidium Darmstadt durch den Vorsitzenden Regierungsdirektor Harnisch, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsobererrat Liebig und der ehrenamtlichen Beisitzerin Rechtsanwältin Trutzel

aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 21. Mai 2015
am 11. August 2015 beschlossen:

- I. Der Antrag wird abgelehnt.

- II. Die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1. trägt die Antragstellerin.
- III. Für das Verfahren vor der Vergabekammer wird eine Gebühr in Höhe von [REDACTED] € festgesetzt.
- IV. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1. wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin und zugleich Vergabestelle – eine gesetzliche Krankenkasse und rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts gemäß § 4 Abs. 1 SGB V – schrieb mit Auftragsbekanntmachung vom 23. August 2014 den Abschluss einer Rahmenvereinbarung zur Versorgung der bei ihr Versicherten (Neukunden und Bestandskunden) mit [REDACTED] einschließlich der dazu erforderlichen Dienst- und Serviceleistungen, im offenen Verfahren nach VOL/A europaweit aus (EU-Abl. 2014/S 161-288547; V-Nr./AKZ HE 1/14-15s).

In Ziff. II.1.9 der Bekanntmachung wurde wie folgt bestimmt:
„Varianten/Alternativangebote sind zulässig: nein“.

Der Vergabegegenstand wurde in fünf Lose (Lose A bis E) aufgeteilt, wobei für jedes Los Mengenkontingente festgelegt waren (Ziff. II.1.8 i.V.m. Ziff. II.3 – Angaben zu den Losen – der Auftragsbekanntmachung). Jeder Bieter durfte auf maximal drei Lose bieten; dabei durfte er für jedes Los nur ein Angebot abgeben (Ziff. VI.3 Nr. 1 der Auftragsbekanntmachung). Es durften nur gelistete – d.h. von der Antragsgegnerin angegebene – Produkte aus dem Hilfsmittelverzeichnis für die Versorgung verwendet werden; bestimmte Ausnahmen bedurften für jeden Versicherten der Genehmigung der Antragsgegnerin (Ziff. II.1.5 der Auftragsbekanntmachung).

Für die Rahmenvereinbarung war eine Laufzeit von einem Jahr vorgesehen (Ziff. II.1.4 der Auftragsbekanntmachung), die dreimal um je zwölf Monate verlängert werden konnte (Ziff. II.2.2, II.2.3 der Auftragsbekanntmachung).

Als Zuschlagskriterium wurde der niedrigste Preis bestimmt (Ziff. IV.2.1 der Auftragsbekanntmachung).

Am 26. August 2014 forderte die Antragstellerin die im Online-Portal der Antragsgegnerin bereitgestellten Vergabeunterlagen an, die sie auch erhielt.

Unter Ziff. 2. der „Vergabeunterlagen zur Ausschreibung für saugende Inkontinenzhilfen im häuslichen Bereich“ wurden die Ausschreibungsbedingungen dargelegt. Das dortige Vorwort statuiert wie folgt: „Die im Folgenden aufgeführten Ausschreibungsbedingungen legen den rechtlichen Rahmen und den Ablauf des Vergabeverfahrens fest. Diese Bestimmungen sind zwingend einzuhalten.“

Ziff. 2.9 dieser Unterlagen lautete in Überschrift und Text folgendermaßen: „Nebenangebote, Änderungsvorschläge, alternative Hauptangebote: Nebenangebote sind nicht zugelassen.“

In Ziff. 3.5 der Unterlagen wurden die zu erwartenden Versorgungsleistungen mit bestimmten Produktarten dargestellt. Dazu wurde jeweils eine bestimmte siebenstellige Ziffer („7 - Steller“) und die dazugehörige Bezeichnung im Hilfsverzeichnis aufgeführt.

Ziff. 5.2 lit. a. der Unterlagen gab vor, dass zum Leistungsumfang der Monatsversorgung die aufzahlungsfreie Versorgung mit [REDACTED] zählt. Dem entsprach eine Regelung im vorgesehenen Vertrag, auf die in der ebengenannten Bestimmung verwiesen wurde (Anhang 4 der Vergabeunterlagen: § 1 Satz 1 des Vertragsentwurfes).

Diese Regelung enthielt eine Aufzählung bestimmter Produktarten - dargestellt mit siebenstelliger Nummer und dazugehöriger Bezeichnung - (§ 1 Satz 1 des Vertragsentwurfes), welche für die Leistung - aufzahlungsfrei - zu verwenden waren; der Aufzählung waren begrenzende (z.B. „nur“) oder beispielhafte (z.B.: „insbesondere“) Formulierungen nicht vorangestellt. Zudem war bestimmt, dass bei medizinischer Notwendigkeit vom Leistungserbringer auch andere Produkte des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V aufzahlungsfrei zur Verfügung zu stellen waren (§ 1 Satz 3 des Vertragsentwurfes), insbesondere wenn dies vom Arzt attestiert wurde (§ 1 Satz 4 des Vertragsentwurfes). Auf das Hilfsmittelverzeichnis wurde in der Präambel des Vertragsentwurfes hingewiesen, indem auf die dortige Auflistung von Inkontinenzhilfen bei bestimmten Verzeichnisnummern verwiesen wurde.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2014 gab die Antragstellerin für drei Lose - Lose B, C und E - jeweils zwei Hauptangebote ab. Diese bezeichnete sie als „Hauptangebot 1“ bzw. „HA 1“ und als „Hauptangebot 2“ bzw. „HA 2“. Sie führte aus, dass die beiden Hauptangebote jeweils vollständig und voneinander getrennt abgegeben worden seien sowie in keinem Zusammenhang stehen würden; sie seien je auf identische Lose abgegeben worden. Beide Hauptangebote würden sich inhaltlich und preislich voneinander unterscheiden. Das Hauptangebot 1 enthielte eine sehr einfache Produktlinie, die Versicherten der Antragsgegnerin hätten insoweit keine Auswahlmöglichkeit; demgegenüber sei die Produktlinie im Hauptangebot 2 qualitativ höherwertiger, den Versicherten stünden dabei in bestimmten ausgeschriebenen Produktarten Auswahlmöglichkeiten zur Verfügung. Beiden Hauptangeboten liegt ein monatlicher Pauschalpreis zu Grunde, der beim Hauptangebot 2 mehr als doppelt so hoch ist wie beim Hauptangebot 1. Beim Hauptangebot 1 wies die Antragstellerin darauf hin, dass eine Versorgung der Versicherten zum darin angebotenen Preis nicht kostendeckend sei; es handele sich bei diesem Angebot um ein Unterkostenangebot, wegen des abzuschließenden Vertrages habe sie mit sog. wirtschaftlichen Aufzahlungen zu Lasten der Versicherten der Antragsgegnerin kalkuliert, wobei sie von Aufzahlungen bei 75 - 88 % der Versicherten ausgehe. Die aufzahlungsfreie Versorgung sei bei beiden Hauptangeboten sichergestellt.

Mit Schreiben vom 8. Oktober 2014 teilte sie der Antragsgegnerin mit, dass deren Versicherte infolge des Ausschreibungsverfahrens Wahlmöglichkeiten hinsichtlich Leistungserbringern und Produkten verlieren sowie mit erheblichen Aufzahlungen belastet werden würden.

In der Folgezeit beantwortete die Antragsgegnerin Bieterfragen mit umfangreichen Informationen - in Form von sog. Zusatzinformationen -, prüfte und wertete die Angebote.

Aufgrund des Wertungsvorschlags entschied sie, dass der Zuschlag für die Lose A und B auf das Angebot der Beigeladenen zu 1. sowie für die Lose C, D und E auf das der Beigeladenen zu 2. erteilt werden soll.

Mit Schreiben vom 17. November 2014 informierte sie die Bieter über ihre Zuschlagsabsichten unter Nennung der zu bezuschlagenden Bieter und des frühesten Zuschlagsdatums. Außerdem teilte sie der Antragstellerin mit, dass ihr Angebot aus formellen Gründen und wegen Änderung der Vertragsunterlagen auszuschließen war. Die Abgabe zweier Hauptangebote sei zum einen wegen Verletzung vergaberechtlicher Grundsätze und des hier vorliegenden Preiswettbewerbs unzulässig, zum zweiten seien dadurch die Vertragsunterlagen geändert worden, weil diese die Abgabe eines bestimmten Produktes und die Auswahl bestimmter Produkte gerade durch die Auftraggeberin nicht vorsehen würden; vielmehr seien Vertragsgegenstand bestimmte Produktarten, nicht aber - wie angeboten - einzelne Produkte. Eine Änderung der Vertragsunterlagen sei auch durch Aufzahlungen für Produkte, die über das medizinisch Erforderliche gehen, gegeben; dies entspreche nicht der vorgegebenen Aufzahlungsfreiheit.

Die Antragstellerin rügte den Ausschluss ihrer Angebote mit Schreiben vom 19. November 2014. Nach ihrer Ansicht sei die Abgabe zweier Hauptangebote zulässig, zumal die Vergabeunterlagen kein ausdrückliches diesbezügliches Verbot enthalten hätten. Die Anforderungen der Rechtsprechung, wonach bei einer Preiswertung sich die Hauptangebote inhaltlich/technisch unterscheiden müssen, seien hier erfüllt; Teilübereinstimmungen seien unschädlich, solange diese Unterschiede bestehen. Auch sei - wie bei einem Hauptangebot - eine Kalkulation mit Aufzahlungen bzw. Mehrkosten zulässig, sofern eine aufzahlungsfreie Versorgung sichergestellt ist.

Mit Schreiben vom 24. November half die Antragsgegnerin der Rüge erklärtermaßen nicht ab. Sie vertiefte ihre Ausführungen, die sie in ihrer Bieterinformation gemacht hatte, und fügte hinzu, dass die in den Vergabeunterlagen enthaltene Auflistung konkret und abschließend sei und es somit keinen Raum für gleichwertige Produkte gebe. Maßgeblich sei die medizinische Notwendigkeit der Leistung. Die Antragstellerin hätte pro Los jeweils zwei unterschiedliche Preise angeboten, nicht aber inhaltlich voneinander abweichende Angebote. Hinsichtlich der verlangten aufzahlungsfreien Versorgung sieht sie bei der Antragstellerin ferner einen Widerspruch, weil diese einerseits von Aufzahlungen bzw. Mehrkosten bei über das medizinisch notwendige Maß hinausgehenden Versorgung ausgehe, andererseits Aufzahlungsfreiheit versichere.

Am 26. November 2014 stellte die Antragstellerin ihren Nachprüfungsantrag, der am folgenden Tag bei der Vergabekammer einging.

Sie begründete ihn im Wesentlichen mit ihrer bereits vorgebrachten Rüge, insbesondere sei die Abgabe mehrerer paralleler Hauptangebote grundsätzlich zulässig, wenn die Angebote sich nicht nur preislich, sondern auch inhaltlich bzw. technisch voneinander unterscheiden; ausreichend sei bereits, dass sie sich in nichtpreislichen Kriterien unterscheiden, was hier der Fall sei. Als Grund für die Abgabe von zwei Hauptangeboten trug sie vor, dass sie in jüngerer Zeit bei Ausschreibungen mit vorliegendem Gegenstand ein erhebliches Absinken der Versorgungspauschalen beobachtet hätte, wodurch eine aufzahlungsfreie Versorgung nicht mehr kostendeckend durchführbar sei. Das Verhältnis von Preis und Leistung sei damit nicht mehr angemessen. Angesichts der jüngeren Preisentwicklung sah sie sich veranlasst, ein Angebot zu einer niedrigen Pauschale mit entsprechend qualitativ geringerwertigen Produkten abzugeben. Um eine Zuschlagschance für den Fall zu erhalten, dass dieses Angebot ausgeschlossen werden sollte, sah sie sich auch veranlasst, ein zweites Hauptangebot abzugeben; dieses beinhalte höherwer-

tige Produkte, weitreichendere Wahlmöglichkeiten der Versicherten und eine erwartungsgemäß wesentlich geringere Aufzählung. Aufgrund der Antworten der Antragsgegnerin auf bestimmte Bieterfragen – hier in ihrer Zusatzinformation Nr. 3 vom September 2014 erbracht – sei die Antragstellerin davon ausgegangen, dass sie entscheiden dürfe, welche Produkte sie aufzahlungsfrei anbieten dürfe, und dass nur gerade insoweit Aufzahlungsfreiheit vorgegeben gewesen sei, ansonsten Angebote mit aufzahlungspflichtigen – d.h. also nicht aufzahlungsfreien –, höherwertigen Produkten zulässig seien. Im Übrigen hätten die Versicherten gemäß § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V einen Anspruch auf höherwertige Versorgung gegen Übernahme der entsprechender Mehrkosten.

Die Antragstellerin beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren in den Stand vor Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Einbeziehung der Angebote der Antragstellerin und Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer erneut durchzuführen;
2. hilfsweise der Antragsgegnerin aufzugeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen;
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Antragstellerin gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Am selben Tag übermittelte die Vergabekammer der Antragsgegnerin den Antrag; unter Fristsetzung gewährte sie ihr dazu rechtliches Gehör. Zudem forderte sie binnen bestimmter Frist die Vergabeakte an.

Mit Schreiben vom 3. Dezember 2014 erwiderte die Antragsgegnerin auf den Nachprüfungsantrag und legte zugleich ihre Vergabeakte der Vergabekammer vor.

Sie beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens aufzuerlegen.

Zur Begründung trug sie zusammengefasst den Inhalt ihrer vorprozessualen Schreiben vor, die sie an die Antragstellerin gerichtet hatte. Dabei führte sie u.a. aus, dass ihre Leistungsbeschreibung nicht die Abgabe eines bestimmten Produktes verlangt hätte, sondern vielmehr sog. Produktarten, die im Hilfsmittelverzeichnis aufgelistet seien. Diese Auflistung sei abschließend; die Kriterien, die ein Hilfsmittel zu erfüllen habe, seien aufgrund § 139 SGB V klar und abschließend vorgegeben. In Folge dessen sei ein Bieter, der unterschiedliche technische Lösungen anbietet, nicht schutzbedürftig. Die Gründe,

welche die Antragstellerin für die Abgabe ihrer beiden Hauptangebote dargelegt hat, würden die Annahme von unzulässigen Doppelangeboten bestätigen.

Am 12. Dezember 2014 sah die Antragstellerin in die Vergabeakte ein, soweit ihr dies aus wichtigen Gründen nicht versagt wurde.

In der Folgezeit setzten die Beteiligten ihre Kontroverse fort.

Am 29. Januar 2015 wurden die Beigeladenen zu 1. und 2. beigeladen. Ihnen wurde rechtliches Gehör gewährt.

Die Beigeladene zu 1. trat schriftsätzlich dem Vorbringen der Antragstellerin entgegen, insbesondere sah auch sie bei ihr kein schützenswertes Bedürfnis zur Abgabe zweier vermeintlicher Hauptangebote; einen Antrag stellte sie nicht.

Die Beigeladene zu 2. äußerte sich nicht.

Die Antragstellerin erwiderte mit Schriftsatz vom 17. März 2015 auf die Beigeladene zu 1., dass ihr das Preis-Leistungs-Verhältnis und eine sog. „Quersubventionierung“ mit wirtschaftlichen Aufzählungen fraglich seien. Schon diese Unklarheiten würden ihr Schutzbedürfnis für mehrere Hauptangebote begründen.

Am 21. Mai 2015 fand die mündliche Verhandlung statt, an der Antragstellerin und Antragsgegnerin aktiv teilnahmen und ihre Anträge stellten. Die Beigeladenen sind beide nicht erschienen.

Die Antragstellerin trug mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 29. Mai 2015 ergänzend vor, dass Rechtsprechung und Literatur gerade nicht der Grundsatz zu entnehmen sei, wonach die Abgabe mehrerer Hauptangebote prinzipiell unzulässig ist. Maßgebend sei das Bestehen eines Schutzbedürfnisses für die Abgabe mehrerer Angebote, welches aus der Unsicherheit des Bieters über die Wertungsfähigkeit seines einen Angebotes resultiere. Dies sei hier der Fall; insbesondere sei unklar gewesen, ob und inwieweit eine Kalkulation mit Aufzählungen zulässig war.

Dieser Vortrag wurde den übrigen Beteiligten zur Kenntnis gegeben. Sie gaben dazu keine Stellungnahme ab.

Die Vergabekammer verlängerte zuletzt die Entscheidungsfrist bis zum 14. August 2015.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nicht begründet.

1. Die Zulässigkeit beruht auf folgenden Erwägungen:

Der Anwendungsbereich der §§ 97 ff GWB ist eröffnet. Bei der Antragsgegnerin handelt es sich um einen öffentlichen Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB, da ihre Finanzierung überwiegend durch den Staat erfolgt und sie der staatlichen Aufsicht unterliegt (VK Hessen, Beschl. v. 21. April 2008 - Az.: 69d VK-15/2008 -; s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 1. August 2012 - Az.: VII-Verg 15/12 -).

Es liegt ein öffentlicher Auftrag i.S.v. § 99 Abs. 4 GWB zu Grunde.

Der Schwellenwert für Dienstleistungsaufträge wurde vorliegend - unstrittig - bei Weitem überschritten. Gemäß § 3 Abs. 1 VgV i.V.m. der Verordnung Nr. 1336/2013 der EU-Kommission vom 13. Dezember 2013 (EU-ABl. L 335 S. 17) beträgt der

Schwellenwert für - wie hier - Dienstleistungsaufträge ██████████ € (Bekanntmachung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 19. Dezember 2013 [BAnz. AT 31.12.2013 B1]). Es sind dabei Netto-Beträge (§ 2 Abs. 1 VgV) sowie alle Optionen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VgV), mithin hier die Verlängerungsoption zur Vertragsdauer, zu berücksichtigen. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.

Die Antragstellerin ist auch antragsbefugt. Sie hat durch die Angabe ihrer Angebote ihr Interesse am Auftrag an den von ihr beworbenen Losen hinreichend bekundet. Unterstellt, die Angebote der Beigeladenen wären nach den Ausführungen der Antragstellerin bei diesen Losen nicht zu bezuschlagen, dann hätte sie zumindest die Chance gehabt, den Zuschlag auf eines ihrer beiden Angebote zu erhalten. Dies ergibt sich aus den einschlägigen Übersichten der sog. Hilfsliste über die Auswertung der Angebote, mit der die Antragsgegnerin eine ausschließlich hilfsweise erfolgte Bewertung aller Angebote dargestellt hat (Bl. 392 ff, 394, 395, 397 d. Vergabeakte). Danach war die Antragstellerin mit einem Angebot erstplaziert, mit dem anderen letztplaziert. Zudem hat sie die Verletzung in eigenen subjektiven Rechten gemäß § 97 Abs. 7 i.V.m. § 97 Abs. 1 GWB und einen drohenden Schaden durch die Nichterteilung des Zuschlags ausreichend dargelegt.

Schließlich hat die Antragstellerin die von ihr geltend gemachten Vergabeverstöße gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB auch unverzüglich gerügt

2. Der Antrag hat aber in der Sache keinen Erfolg.

a.) Die Antragstellerin ist in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB nicht verletzt, da die Antragsgegnerin die Bestimmungen über das Vergabeverfahren eingehalten hat. Insbesondere hat die Antragsgegnerin mit dem Ausschluss der Angebote der Antragsgegnerin nicht gegen das Wettbewerbsprinzip in Form des Gleichbehandlungsgrundsatzes i.S.v. § 97 Abs. 2 GWB verstoßen.

Die Antragsgegnerin durfte die Angebote wegen des Verstoßes gegen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen § 19 EG Abs. 3 lit. d VOL/A ausschließen.

Danach werden Angebote, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vertragsunterlagen vorgenommen worden sind, von der Wertung ausgeschlossen. Die Vertragsunterlagen bestehen gemäß § 9 EG Abs. 1 Satz 2 lit. c in der Regel aus Leistungsbeschreibung - vorliegend die genannten Vergabeunterlagen - und Vertragsbedingungen - hier in Entwurfsfassung - (Heuvels/Höß/Kuß/Wagner-Jürschik, Vergaberecht, 1. Auflg. 2013, § 9 VOL/A-EG Rn. 11).

Hier hat die Antragstellerin ausdrücklich zwei Hauptangebote abgeben, so dass - ungeachtet der Frage nach der Relevanz der Bezeichnung als Haupt- oder Nebenangebot (s. Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, VOL/A, 4. Auflg. 2014, § 9 EG Rn. 72; Diekmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierkes, VOL/A, 1. Auflg. 2013, § 9 EG Rn. 39) - die Einordnung eines dieser beiden Angebote als Nebenangebot ausscheidet, dessen Unterbreitung ihr gemäß Ziff. II.1.9 der Auftragsbekanntmachung bzw. gemäß Ziff. 2.9 der Vergabeunterlagen verwehrt war. Beiden Hauptangeboten kann - wie erforderlich (Weyand, ibr-online-Kommentar Vergaberecht, Stand: 15. Februar 2015, § 8 VOL/A Rn. 63/2) - ein eigener und eindeutiger Erklärungsinhalt beigemessen werden; sie sind damit eindeutig als solche erkennbar sowie in ihrem Inhalt unzweifelhaft bestimm- und voneinander abgrenzbar.

Die Abgabe zweier Hauptangebote ist - wenn dies unzulässig ist - als Änderung der Vorgaben der Vergabeunterlagen i.S.v. § 16 EG Abs. 1 Nr. 1 lit. b VOB/A zu sehen, da der Regelungsgehalt dieser Vorschrift weitgehend § 16 Abs. 3 lit. 3 VOL/A bzw. für den - wie hier - Oberschwellenbereich § 19 EG Abs. 3 lit. d VOL/A entspricht (s. Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Jürschik, a.a.O., § 19 VOL/A-EG Rn. 7 i.V.m. § 16 VOL/A-EG Rn. 31, vgl. § 16 VOB/A Rn. 18 [4. Spiegelstrich]; s. Ziekow/Völlink-Vavra, Vergaberecht, 1. Aufl. 2011, § 19 VOL/A-EG Rn. 1 i.V.m. § 16 VOL/A-EG Rn. 5). Dies gilt auch für den Schutzzweck der genannten Vorschriften, die sich auf die Sicherung der Vergleichbarkeit der Angebote beziehen sowie die übrigen Bieter in ihrem Anspruch auf transparente und gleiche Behandlung der Angebote schützen (s. nur Weyand, a.a.O., § 19 EG VOL/A Rn. 11, § 16 VOL/A Rn. 11, § 16 EG VOB/A Rn. 7). Somit soll vermieden werden, dass Abweichungen von den Vergabeunterlagen einem Bieter einen (kalkulatorischen) Vorteil verschaffen (VK Lüneburg, Beschl. v. 6. Februar 2015 - Az.: VgK-49/2014 - m.w.N.).

Aufgrund Regelungsgehalt und Schutzzweck ist der Begriff „Änderung“ weit auszulegen (VK Lüneburg, Beschl. v. 6. Februar 2015 - Az.: VgK-49/2014 -; s. OLG Koblenz, Beschl. v. 6. Juni 2013 - Az.: 2 U 522/12 -). Eine solche liegt immer dann vor, wenn das Angebots des Bieters von der geforderten Leistung, die der Auftraggeber mit seinen Vorgaben bestimmt hat, abweicht (VK Lüneburg, Beschl. v. 6. Februar 2015 - Az.: VgK-49/2014 -; s. OLG Koblenz, Beschl. v. 6. Juni 2013 - Az.: 2 U 522/12 -). Maßgebend ist die objektive Sicht eines verständigen und fachkundigen Bieters, der mit der Erbringung der ausgeschriebenen Leistung vertraut ist (VK Lüneburg, Beschl. v. 6. Februar 2015 - Az.: VgK-49/2014 -; s. Weyand, a.a.O., § 8 VOL/A Rn. 63/2).

Zwar ist die Zulässigkeit mehrerer Hauptangebote in Rechtsprechung und Literatur noch nicht abschließend geklärt (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. März 2011 - Az.: VII-Verg 52/10 -; s. nur Weyand, a.a.O., § 8 VOL/A Rn. 63 ff). Doch zeichnen sich folgende Grundaussagen ab:

aa.) So ist solch eine Änderung bei der Abgabe mehrerer Hauptangebote im Allgemeinen dann zu verneinen, wenn der Auftraggeber dies ausdrücklich zugelassen hat (Weyand, a.a.O., § 8 VOL/A Rn. 63/1,1).

Hier ist dies nicht der Fall, weil mittels objektiver Sicht solch eine ausdrückliche Zulassung den Vorgaben nicht zu entnehmen ist. Diese ergibt sich jedenfalls nicht aus Ziff. II.1.9 der Auftragsbekanntmachung, weil darin lediglich die Rede von Varianten und Alternativangeboten ist. Hierunter werden gemeinhin Nebenangebote verstanden (Diekmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierkes, a.a.O., § 9 EG Rn. 38; s. Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, a.a.O., § 9 EG Rn. 72), so dass daraus die Zulassung mehrerer Hauptangeboten nur durch einen Umkehrschluss gefolgert werden kann. Ähnlich verhält es sich bei Ziff. 2.9 der Vergabeunterlagen: Zwar wurden im Text dieser Vorgabe deutlich Nebenangebote nicht zugelassen, doch ist in der dazugehörigen Überschrift auch die Rede von alternativen Hauptangeboten. Darunter werden weitere, d.h. mehrere Hauptangebote verstanden (vgl. VK Bund, Beschl. v. 10. Februar 2011 - Az.: VK 3 - 8/11 -), die zusätzlich zu einem bereits vorhandenen abgegeben wurden. Aus dem Umstand, dass diese im Text nicht erwähnt wurden, kann zumindest nicht geschlossen werden, dass sie ausdrücklich - d.h. deutlich und klar erkennbar - zugelassen wurden.

Da die Zulassung mehrerer Hauptangebote gemeinhin der Förderung des Wettbewerbs dienen soll (Hölzl, IBR 2014, 39), kommt es darauf an, ob und inwieweit der Auftraggeber auf diese Weise Wettbewerb zugelassen hat. Für die Zulassung eines solchen Wettbewerbs bedarf es aus Gründen der Gleichbehandlung der Bieter und Transparenz des Vergabeverfahrens konkreter Anhaltspunkte, denn auf Seiten des Bieters erhöht sich mit mehreren Angeboten statistisch seine Zuschlagschance (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Wiedemann, VOL/A, 3. Auflg. 2014, § 16 Rn. 376). Das Transparenzgebot erfordert auf Seiten des Auftraggebers für die Annahme eines - möglicherweise bestehenden (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. März 2011 - Az.: Verg 51/10 -; Diekmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierkes, a.a.O., § 9 EG Rn. 38) - Bedürfnisses an mehreren Hauptangeboten ebenfalls entsprechende Anhaltspunkte, zumal sich dadurch sein Prüfungsaufwand erhöht (s. Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, a.a.O., § 9 EG Rn. 72).

Solche Anhaltspunkte können hier nicht aus dem Fehlen von Textangaben unter einer Überschrift entnommen werden, die eine bestimmte Angebotsart benennt. Zumindest ist ein derartiges Schweigen mehrdeutig, wodurch dem Bieter ein Wettbewerbsvorteil erwachsen könnte, wenn er es in seinem Sinne auslegt. Dies ist der Klarheit und Transparenz von Auftraggeberangaben sowie dem fairen Wettbewerb im Vergabeverfahren abträglich.

Aber auch soweit eine konkludente Zulassung mehrerer Hauptangebote als ausreichend angesehen wird (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Wiedemann, a.a.O., § 16 Rn. 376), führt dies bei objektiver Sicht zu keinem anderen Ergebnis. Denn zum einen gilt dies nur ausnahmsweise - z.B. bei Ausschreibungen, bei denen eine Entscheidung durch Auslosen in Betracht kommt (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Wiedemann, a.a.O., § 16 Rn. 376) -, zum zweiten bedarf es auch dafür Anhaltspunkte, wie der genannte Beispielfall aufzeigt.

Schließlich spricht Ziff. 2. (Vorwort, Satz 2) der Vergabeunterlagen dagegen, wonach eine zwingende Einhaltung der Ausschreibungsbedingungen vorgeschrieben ist. Diese restriktive Vorgabe steht einer Auslegung von Bestimmungen als mehrdeutig oder lediglich konkludent entgegen.

Die Zulassung mehrerer Hauptangebote durch Angaben der Antragsgegnerin ist daher zu verneinen.

bb.) Allerdings wird die Abgabe zweier oder mehrerer Hauptangebote durch einen Bieter dann als vergaberechtlich zulässig angesehen, wenn sie sich nicht nur in technischer Hinsicht (so wohl OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. März 2011 - Az.: Verg 52/10 -; wohl auch Diekmann/Scharf/Wagner-Cardenal-Dierkes, a.a.O., § 9 EG Rn. 38; ebenso Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, a.a.O., § 9 EG Rn. 72), sondern auch in preislicher Hinsicht unterscheiden (OLG München, Beschl. v. 29. Oktober 2013 - Az.: Verg 11/13 -).

Hier unterscheiden sich die beiden Hauptangebote sowohl in preislicher als auch in technischer Hinsicht. Denn zwischen beiden Angeboten besteht eine erhebliche Preisdifferenz und ein qualitativer Unterschied, da das Hauptangebot 2 sich durch komfortablere Ausstattungsmerkmale auszeichnet.

cc.) Zur Vermeidung von Manipulationsmöglichkeiten und wettbewerblicher Vorteile durch unterschiedliche Angebotsausgestaltung mittels mehrerer Angebote ist mit der jüngeren Rechtsprechung bei - wie hier - Doppel- bzw. Paral-

lelangeboten zusätzlich zu prüfen, ob dafür beim Bieter ein schutzwürdiges Interesse vorliegt (OLG Naumburg, Beschl. v. 27. November 2014 - Az.: 2 U 152/13 -; so schon Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Wiedemann, a.a.O., § 16 Rn. 376).

Zwar wird dieses Schutzbedürfnis im Anwendungsbereich der VOB/A angenommen, weil dort bei Ausschreibungen wegen der Bieteröffentlichkeit bei der Submission sowie der Pflicht des Auftraggebers zur Nachforderung fehlender Erklärungen und Nachweise das Risiko einer Manipulation wesentlich höher einzuschätzen sei als bei Ausschreibungen nach der VOL/A (Kulartz/Marx/Portz/Prieß-Wiedemann, a.a.O., § 16 Rn. 376). Jedoch wurde von der Rechtsprechung erkannt, dass diese Umstände für die Zulassung mehrerer Hauptangebote ohne Belang sind (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9. März 2011 - Az.: Verg 52/10 -; s. OLG Naumburg, Beschl. v. 27. November 2014 - Az.: 2 U 152/13 -). Da anerkanntermaßen mehrere Hauptangebote eines Bieters für diesen einen ungerechtfertigten Wettbewerbsvorteil bedeuten können (Müller-Wrede-Gnittke-Hattig, a.a.O., § 9 EG Rn. 72; vgl. Heuvels/Höb/Kuß/Wagner-Heuvels, a.a.O., § 16 VOB/A Rn. 18) und weil bei der Auslegung vergaberechtlicher Vorschriften zu berücksichtigen ist, dass Manipulationsmöglichkeiten allseits ausgeschlossen sein sollen (OLG Naumburg, Beschl. v. 27. November 2014 - Az.: 2 U 152/13 -), hat das Schutzbedürfnis des Bieters an der Abgabe zweier Hauptangebote nach Ansicht der Vergabekammer auch im Anwendungsbereich der VOL/A Geltung. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin selbst sich im vorliegenden Vergabe- und Nachprüfungsverfahren auf dieses Schutzbedürfnis berufen hat und die anderen Beteiligten dessen Anwendbarkeit auf VOL/A-Vorschriften nicht bestritten haben.

Ein Schutzbedürfnis des Bieters an der Abgabe zweier oder mehrerer Hauptangebote wird insbesondere dann verneint, wenn der Bieter sich dadurch ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile gegenüber den Mitwettbewerbern versprochen hat und diese geeignet sind, seine Zuschlagschancen zu erhöhen; dies kann bei Wertbarkeit von nur einem dieser Angebote der Fall sein. Auch wird das Schutzbedürfnis verneint bei klaren Vorgaben, wie Preisermittlungsgrundlagen. Zudem wird es verneint, wenn der Bieter durch die gleichzeitige Abgabe mehrerer Angebote das Ausschreibungsergebnis manipulieren kann, indem er sich nachträglich darauf beruft, es sei von ihm in Wirklichkeit nur ein Angebot abgegeben worden und eines der vorliegenden Angebote habe durch das andere ersetzt werden sollen (OLG Naumburg, Beschl. v. 27. November 2014 - Az.: 2 U 152/13 -).

Das ist hier der Fall; ein Schutzbedürfnis der Antragstellerin ist bei Beachtung dieser Aspekte aus folgenden Erwägungen nicht gegeben:

- (1) Zwar liegen keine Anhaltspunkte vor, dass der wirkliche Wille der Antragstellerin darauf gerichtet gewesen sein könnte, mit einem Angebot das andere zu ersetzen und somit das Ausschreibungsergebnis manipulieren zu wollen.
- (2) Doch liegt bei der Antragstellerin deshalb kein Schutzbedürfnis vor, weil ihre beiden Hauptangebote geeignet sind, ihre Zuschlagschancen zu erhöhen,

und weil diese ihr ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile zum Nachteil aller anderen Bieter verschaffen sollten.

So hat sie erklärt, dass sie eine Zuschlagschance für den Fall erhalten wolle, wenn ihr Hauptangebot 1 ausgeschlossen werden sollte. Damit hat sie eingeräumt, dass ihr Hauptangebot 2 dazu diene, ihre Zuschlagschancen zu erhöhen. Diese beiden Angebote eigneten sich auch dazu, zumal sie zwar separat, aber gleichzeitig innerhalb der Angebotsfrist abgegeben worden sind, und die in ihnen jeweils vorgeschlagene Leistung prüffähig war; denn jede war so eindeutig und erschöpfend beschrieben, dass die Antragsgegnerin sich je ein klares Bild von der vorgeschlagenen Ausführung der Leistung machen konnte. Dadurch hat sich die Antragstellerin einen Wettbewerbsvorteil verschafft.

Dies wird mit ihren Beobachtungen über Preisentwicklung und Absinken der Versorgungspauschalen sowie dem dadurch bedingten angeblichen unangemessenen Preis-Leistungs-Verhältnis nicht gerechtfertigt. Denn zum einen handelt es sich hierbei um Umstände des Markgeschehens, die jeden einschlägigen Bieter – insbesondere auch die Mitwettbewerber der Antragstellerin – betreffen. Zum zweiten unterliegt das Preis-Leistungs-Verhältnis ihrer Kalkulations- und Angebotsfreiheit, die gleichermaßen jedem Mitwettbewerber zusteht; eine Einschränkung dieser Freiheit ist hier nicht ersichtlich.

Auch Auftragsbekanntmachung und Vergabeunterlagen einschließlich entworfenen Vertragsbedingungen rechtfertigen mangels Anhaltspunkte solch eine Erhöhung der Zuschlagschance nicht.

- (3) Ferner besteht Klarheit bei den Vorgaben, wodurch ein Schutzbedürfnis ebenfalls nicht begründet wird.

Hinsichtlich des Auftragsgegenstands wurden bereits in Ziff. II.1.5 der Auftragsbekanntmachung unter Verweis auf das Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V bestimmte Inkontinenzhilfen aufgezählt, die mit einer siebenstelligen Positionsnummer aus diesem Verzeichnis und dazugehöriger Bezeichnung versehen waren. Diese Angaben wurden wiederholt in Ziff. 3.4 der Vergabeunterlagen und § 1 Satz 1 des Vertragsentwurfes; dabei war die Rede von Produktarten. Soweit Ziff. II.1.5 der Auftragsbekanntmachung vorgab, nur gelistete „Produkte“ zu verwenden, führt dies zu keinem anderen Ergebnis. Denn mit § 1 Satz 1 des Vertragsentwurfes waren die dort genannten Produktarten zum Gegenstand des Vertrages bestimmt, die wiederum der Aufzählung in Ziff. II.1.5 der Auftragsbekanntmachung entsprachen. Dass der Aufzählung begrenzende oder beispielhafte Formulierungen nicht vorangestellt waren, ist unschädlich, da schon die getroffene Benennung von gerade bestimmten Produktarten für eine enumerative Darstellung ausreicht, mithin abschließend ist. Hinzu kommt, dass – anerkanntermaßen (s. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014 – Az.: VII-Verg 17/14 –) – zu den Produktarten die sog. 7-Steller im Hilfsmittelverzeichnis zählen, d.h. die in diesem Verzeichnis mit einer siebenstelligen Nummer bezeichneten Inkontinenzhilfen; demgegenüber handelt es sich bei den sog. 10-Steller um konkrete Produkte, die sich aus Produktarten ergeben (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 24. September 2014 – Az.: VII-Verg 17/14).

Soweit § 1 Satz 3 und 4, gleichlautend flankiert durch § 4 Ziff. III.2., des Vertragsentwurfes sowie Ziff. 5.1, vorletzter und letzter Satz, der Vergabeunterlagen davon abweichen, indem damit andere Produkte zugelassen werden können, ändert dies daran nichts, da es sich hierbei um Ausnahmeregelungen handelt. Sie setzen die Erfüllung bestimmter Anforderungen - wie medizinische Notwendigkeit bzw. ärztliches Attest - voraus und begründen deshalb gerade nicht die hier verlangte Regelleistung.

Damit war die ausgeschriebene Lieferleistung gemäß § 8 EG Abs. 1 VOL/A hinreichend konkret beschrieben und ließ keinen Raum für sog. 10-Steller. Verlangt wurden also nur bestimmte Produktarten.

Ebenso war die Aufzahlungsfreiheit bei der Versorgung eindeutig gefordert. Gemäß Ziff. 5.2 lit. a. der Vergabeunterlagen zählt zum Leistungsumfang insbesondere die aufzahlungsfreie Versorgung mit [REDACTED]. Die beispielhafte Formulierung „insbesondere“ steht der Eindeutigkeit nicht entgegen, weil damit allein ein nicht abschließender Leistungskatalog zum Ausdruck gebracht wird; hinzu kommt, dass in der nachfolgenden Ziff. 5.2 lit. c Satz 3 der Vergabeunterlagen gleichfalls von Aufzahlungsfreiheit die Rede ist. Zudem stellt § 1 Satz 1 des Vertragsentwurfes klar, dass Vertragsgegenstand die aufzahlungsfreie Versorgung ist. Dies wird flankiert durch § 4 Ziff. III. 2. Satz 1 und § 4 Ziff. III.4. Satz 3 des Vertragsentwurfes, wonach die dort näher bestimmte Leistung gerade aufzahlungsfrei zu erbringen ist.

Für eine etwaige Mehrdeutigkeit, die bei den Bietern zu Unklarheit oder Unsicherheit führen könnte, weisen Vergabeunterlagen und Vertragsentwurf daher auch insoweit keinen Anhaltspunkt auf.

Gegen die Annahme einer auf die Aufzahlungsfreiheit bezogenen Unklarheit bzw. Unsicherheit, die bei der Antragstellerin bestanden haben könnte, spricht bereits ihr Angebotsschreiben vom 1. Oktober 2014, in dem sie auf Aufzahlungen hinweist, die sie bei ihrer Kalkulation berücksichtigt hatte. Dies folgt auch aus ihrem Schreiben vom 8. Oktober 2014, wonach ihres Erachtens infolge des Ausschreibungsverfahrens erhebliche Aufzahlungen möglich seien. Demnach hatte sie die Möglichkeit von Aufzahlungen durchaus erkannt, welche sie aber dem Ausschreibungsverfahren selbst zuschrieb. Soweit mit dem Ausschreibungsverfahren - wie dem eben genannten Hinweis im Angebotsschreiben entnehmbar ist - auch der Gegenstand von Ausschreibung, Leistung oder Vertrag gemeint sein sollte, spricht gegen eine Unklarheit/Unsicherheit die Zusatzinformation Nr. 3 vom September 2014, welche auch die Antragstellerin erhalten hatte. Die dortige Frage 4 hat hinsichtlich der Aufzahlungsfreiheit nur den Fall einer medizinischen Notwendigkeit zum Gegenstand. Damit befasst sich diese Frage allein mit den Voraussetzungen der Ausnahmeregelungen in Ziff. 5.1, vorletzter Satz, der Vergabeunterlagen sowie in § 1 Satz 4 und § 4 Ziff. III.2. des Vertragsentwurfes. Nach der diesbezüglichen Antwort 4 ergibt sich die medizinische Notwendigkeit aus einer ärztlichen Verordnung oder einem ärztlichen Attest. Damit konnte Antragstellerin den Anwendungsbereich der Ausnahmeregelungen erkennen. Dies war ihr also bereits noch vor Abgabe ihrer Angebote möglich.

Für ein angebliches Wahlrecht zwischen aufzahlungsfreien und -pflichtigen Angeboten, welches die Zusatzinformation Nr. 3 den Bietern gewähren würde, gibt es keine Anhaltspunkte. Solch ein Recht ist diesem Informations-

schreiben nicht entnehmbar, insbesondere nicht den Ausführungen bei Frage 4/Antwort 4. Die darin erwähnten Voraussetzungen stehen für die Antragstellerin nicht zur Disposition, sondern ergeben sich – wie eben dargelegt – allein aus ärztlicher Verordnung oder ärztlichem Attest. Im Übrigen würde dies Ziff. 2 (Vorwort, Satz 2) der Vergabeunterlagen zuwiderlaufen, wonach die Ausschreibungsbedingungen zwingend einzuhalten sind. Diesen ist nicht zu entnehmen, dass sie das besagte Wahlrecht direkt oder indirekt, d.h. mittels Zusatzinformationen, welche die Antragsgegnerin im Vergabeverfahren gibt, begründen.

Schließlich spricht gegen eine Unklarheit bzw. Unsicherheit die im vorliegenden Verfahren abgegebene Erklärung der Antragstellerin, die sie im Zusammenhang mit der Veranlassung zur Abgabe eines zweiten Hauptangebotes gemacht hat: Danach enthält dieses eine wesentlich geringere Aufzahlung. Damit hat sie – abgesehen von dem Widerspruch zur Erklärung in ihren Angeboten, dass bei beiden die aufzahlungsfreie Versorgung sichergestellt sei – Aufzahlungen im Hauptangebot 2 eingeräumt. Da nicht ersichtlich ist, dass dies die ebengenannten Ausnahmeregelungen betrifft, ist von Aufzahlungen gerade bei Regelleistungen auszugehen.

Die vorstehenden Umstände stehen auch einer Annahme von Unklarheit bzw. Unsicherheit bei der Kalkulation und über die Wertungsfähigkeit der Angebote entgegen. Vielmehr bieten Vergabeunterlagen und Vertragsentwurf aus vorgenannten Gründen eine klare und ausreichende Grundlage für Kalkulation und Erarbeitung eines wertungsfähigen Angebotes.

- (4) Letztendlich kann ein Schutzbedürfnis auch nicht durch den aus § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V folgenden Anspruch der Versicherten auf höherwertige Versorgung gegen Übernahme entsprechender Mehrkosten begründet werden. Denn dieser Anspruch besteht gemäß § 2 Abs. 1 Satz 1 SGB V allein zwischen Krankenkassen – hier die Antragsgegnerin – und den bei ihr Versicherten. Soweit § 33 Abs. 6 Satz 1 SGB V eine Inanspruchnahme der Antragstellerin durch die Versicherten zulässt, betrifft dies – wie § 33 Abs. 6 Satz 3 SGB V klarstellt – lediglich das Wahlrecht der Versicherten über die Leistungserbringer, hier die Antragsgegnerin. Ein Schutzbedürfnis für die Abgabe mehrerer Hauptangebote wird damit nicht begründet.

- b.) Die Antragstellerin ist aus vorgenannten Gründen auch nicht in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt, soweit sie den Ausschluss ihres Hauptangebotes 1 beanstandet hat, gleichwohl – wie sie meint – eine Kalkulation mit Aufzahlungen zulässig sei, wenn die Versorgung aufzahlungsfrei erfolge.

Die Antragsgegnerin hat nicht vergaberechtswidrig gehandelt, da sie – wie ausgeführt – Aufzahlungen in der Regel gerade nicht zugelassen hatte. Dies ist mit ihrem Leistungsbestimmungsrecht vereinbar.

Nach alledem war dem Antrag nicht stattzugeben.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 GWB.

Gemäß § 128 Abs. 1 GWB werden für Amtshandlungen der Vergabekammer Kosten (Gebühren und Auslagen) erhoben. Die - was erforderlich ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 4; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 2) - Gebühren auslösende Amtshandlung ist hier schon mit der Prüfung des Antrages gemäß § 110 Abs. 2 Satz 1 GWB durch die Vergabekammer gegeben.

Da die Antragstellerin - was vorherrschend nötig ist (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 16; Kulartz/Kus/Portz-Brauer, a.a.O., § 128 Rn. 16) - ihr Verfahrensziel nicht erreicht hat, ist sie als im Verfahren unterlegen anzusehen. Sie trägt damit gemäß § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB die Kosten.

Gemäß § 128 Abs. 2 Satz 1, 1. Halbsatz GWB beträgt die Mindestgebühr im Nachprüfungsverfahren 2.500,- €.

Die Festsetzung der Gebühr bestimmt sich grundsätzlich nach dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens (s. Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 4, 6, 7). Aus dem geschätzten Auftragswert - für den hier der Bruttobetrag bei vierjähriger Vertragsdauer (§ 3 Abs. 1 Satz 2 VgV) zu Grunde zu legen war - ergibt sich unter Berücksichtigung der von der Vergabekammer des Bundes erarbeiteten Gebührentabelle, die auch die erkennende Vergabekammer anwendet, eine Gebühr von [REDACTED] €.

Die Antragstellerin hat die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen zu 1. zu tragen (§§ 128 Abs. 4 Satz 1 und 2 GWB). Die Aufwendungen der Beigeladenen zu 1. sind erstattungsfähig, da sie sich - wie erforderlich (Ziekow/Völlink-Losch, a.a.O., § 128 GWB Rn. 29; Müller-Wrede-Schröder, a.a.O., § 128 Rn. 28) - mit demselben Rechtsschutzziel wie die Antragsgegnerin aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt, indem sie sich mit eigenen Sach- und Rechtsüberlegungen schriftlich geäußert hat; dies war bei der Beigeladenen zu 2. nicht der Fall. Sie waren daher der unterlegenen Antragsgegnerin aus Gründen der Billigkeit aufzuerlegen (§ 128 Abs. 4 Satz 2 GWB).

Die Hinzuziehungen von Verfahrensbevollmächtigten durch Antragsgegnerin und Beigeladener zu 1. waren angesichts - wie anerkannt (OLG Frankfurt am Main, Beschl. v. 2. Oktober 2013 - Az.: 11 Verg 10/13 -) - der allgemeinen Komplexität des Vergaberechts, der Bedeutung und des Gewichts des vorliegenden öffentlichen Auftrages für die Beteiligten sowie der gebotenen Herstellung der „Waffengleichheit“ gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen Antragstellerin notwendig notwendig (§ 128 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 HVwVfG).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, bei dem Beschwerdegericht

Oberlandesgericht Frankfurt am Main,
- Vergabesenat -,
Zeil 42, 60256 Frankfurt am Main,

einulegen. Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit der Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt. Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten.

Harnisch
Vorsitzender

Liebig
Hauptamtlicher Beisitzer