L 4 KR 4/09 B

Land
Sachsen-Anhalt
Sozialgericht
LSG Sachsen-Anhalt
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
-
Aktenzeichen
L 4 KR 4/09 B
Datum
02.12.2008
2. Instanz
LSG Sachsen-Anhalt
Aktenzeichen
L 4 KR 4/09 B
Datum
29.09.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss
Leitsätze
Ausschreibung von Hilfsmitteln - Schutz des Wettbewerbs
Die sofortige Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss der Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt Sachsen-Anhalt vom 2. Dezember 2008 wird zurückgewiesen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der der Beschwerdegegnerin in diesem Verfahren entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beschwerdegegnerin im Vergabenachprüfungsverfahren wird für notwendig erklärt.

Der Streitwert des Beschwerdeverfahrens wird auf 122.800 EUR festgesetzt.

Gründe:
I.
Die Antragsgegnerin und Beschwerdegegnerin (nachfolgend: Beschwerdegegnerin) schrieb im August 2008 die Versorgung ihrer Versicherten mit Inhalations- und Atemtherapiegeräten der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 des Sozialgesetzbuches Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) in einem EU-weiten offenen Verfahren aus. Die Ausschreibung wurde im Ausschreibungsanzeiger Sachsen-Anhalt am 22. August 2008 veröffentlicht und am 27. August 2008 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft bekannt gemacht; sie galt zugleich für die Versicherten der K Berlin und der K Brandenburg. Ziel der Ausschreibung war die Beauftragung von Vertragspartnern zur Versorgung der Versicherten mit den genannten Hilfsmitteln einschließlich aller damit in Zusammenhang stehenden Versorgungsleistungen auf der Basis einer pauschalen Vergütung für einen Mindestzeitraum von 24 Monaten. Für jede der drei Krankenkassen wurden jeweils zwei regionale Lose und innerhalb dieser regionalen Lose drei Fachlose gebildet, von denen auf die Beschwerdegegnerin die Lose 1 bis 6 entfielen. Die Lose 1 und 2 (Inhalation Nord Sachsen-Anhalt und Inhalation Süd Sachsen-Anhalt) betrafen die Versorgung von rund 1730 Versicherten mit Inhalationsgeräten, die Lose 3 und 4 die entsprechende Versorgung mit Sauerstofftherapiegeräten sowie Druck- und Flüssiggassystemen (rund 3585 Versicherte) und die Lose 5 und 6 die Versorgung mit Systemen zur Schlafapnoebehandlung (rund 2110 Versicherte). Als besondere Bedingung war für die Auftragsausführung die Sicherstellung der Voraussetzungen des § 126 Abs. 1 SGB V für die Vertragslaufzeit genannt. Ferner wurde die Möglichkeit zur Abgabe von Angeboten auf mehrere Lose beschränkt: je Krankenkasse konnte auf ein Regionallos und innerhalb dieses Regionalloses auf maximal zwei unterschiedliche Lose geboten werden (Loslimitierung), so dass ein Bieter bei der Beschwerdegegnerin Angebote auf höchstens zwei Lose abgeben durfte. Das Recht, für das Regionallosgebiet einer anderen Krankenkasse ein weiteres Gebot abzugeben oder dort ausschließlich als Unterauftragnehmer vorgesehen zu sein, blieb berührt. Unzulässig sollte es sein, als Bietergemeinschaft mitzubieten und gleichzeitig als solche für das andere Regionallosgebiet derselben Krankenkasse ein weiteres Angebot abzugeben. Der Antragsteller und Beschwerdeführer (nachfolgend: Beschwerdeführer), der im Vergabeverfahren kein Angebot abgegeben hat, ist als Leistungserbringer für Hilfsmittel bundesweit für alle gesetzlichen Krankenkassen zugelassen und nach seinen Angaben als sog. Vollsortimenter zur Versorgung von Versicherten in fast allen Bereichen der Hilfsmittelversorgung berechtigt. Sein Leistungsspektrum umfasst auch Hilfsmittel der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelkataloges. Er forderte am 22. September 2008 die Ausschreibungsunterlagen bei der Beschwerdegegnerin an, die ihm am 25. September 2008 zugingen. Mit Schreiben vom 26. September 2008, der Beschwerdegegnerin vorab mittels Fax übersandt, rügte der Beschwerdeführer mehrere Verstöße gegen das Vergaberecht: Es sei nicht zulässig, einen Teil einer Bietergemeinschaft davon auszuschließen, innerhalb eines Regionalloses/Fachloses zu bieten und gleichzeitig daneben in einem anderen Regionallos auch ein eigenes Angebot abzugeben bzw. als Teil einer anderen Bietergemeinschaft mitzubieten. Er gehe davon aus, dass die Loslimitierung zum Schutz des geheimen Wettbewerbs in die Verdingungsunterlagen aufgenommen worden sei.

Allerdings sei der Geheimwettbewerb nur in den einzelnen Losen geschützt, im Hinblick auf andere ausgeschriebene Lose sei er aber rechtlich gerade nicht vorgesehen. Zu Unrecht werde den Bietern auch die rechnerische Gewichtung der Angebote aufgebürdet. Die Wichtung der Angebote sei Aufgabe der ausschreibenden Stelle. Falls diese Aufgabe den Bietern übertragen werde, fehle eine Regelung, wie zu verfahren sei, wenn sich der Bieter verrechne. Missverständlich sei der Hinweis in der Bekanntmachung, bei dem ausgeschriebenen Vertrag handele es sich um einen Kauf, denn nach der Leistungsbeschreibung handele es sich um eine Mischung von Miete und Kauf. Auch deshalb sei die Bekanntmachung vergaberechtswidrig. Ferner liege ein Verstoß gegen § 8 VOL/A vor, weil im Vertragsentwurf, der Bestandteil der Ausschreibung sei, ein beiderseitiges Kündigungsrecht für den Fall geregelt werde, dass der Gesetzgeber die Übergangsfrist des § 126 Abs. 2 SGB V verlängere. Hier fehle die Klarstellung, dass dieses Kündigungsrecht nicht für Ausschreibungen gelte. Das Risiko einer Verlängerung der Übergangsfrist auch für Ausschreibungen dürfe nicht auf den Bieter abgewälzt werden, denn er benötige eine ausreichende Kalkulationsgrundlage, mit der er arbeiten kann. Darüber hinaus sei in der Bekanntmachung nicht angegeben, an welche Stelle das Angebot übersandt werden müsse. Auch in den Verdingungsunterlagen sei diese Information nicht enthalten. Schließlich sei es vergaberechtswidrig, dass das Fachlos "Sauerstoff" auch die Versorgung mit Flüssigsauerstoff enthalte. In Sachsen-Anhalt gebe es lediglich drei Unternehmen, die die Versorgung mit Flüssigsauerstoff übernehmen könnten. Die übrigen Produkte und Versorgungen, die mit dem Fachlos "Sauerstoff" ausgeschrieben seien, könnten demgegenüber von einer Vielzahl von Marktteilnehmern angeboten und durchgeführt werden. Da im Rahmen des Ausschreibungsverfahrens unter anderem der Mittelstand geschützt werden solle, sei es vergaberechtswidrig, wenn ein "exotisches" Produkt in Verbindung mit anderen "gängigen" Produkten in ein- und demselben Fachlos ausgeschrieben werde. Um in dem Fachlos "Sauerstoff" einen Wettbewerb stattfinden zu lassen, sei es erforderlich, dass der Flüssigsauerstoff aus dem Fachlos herausgenommen und einem gesonderten Fachlos zugeordnet werde. Auf die Rüge teilte die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 30. September 2008 mit, sie könne den geäußerten Bedenken in keinem der genannten Punkte abhelfen. Die Regelung zur Beschränkung von Angeboten innerhalb der Lose sei nicht nur zur Sicherung des geheimen Wettbewerbs, sondern auch zur Sicherstellung der Loslimitierung getroffen worden. Wären Unterauftragnehmer oder derselbe Bieter im Rahmen einer Bietergemeinschaft auch dazu berechtigt, in den anderen Regionallosen zu bieten, würde die Loslimitierung unterminiert. Das Ausfüllen eines Preisblattes sei für einen Bieter auch unter Beachtung eventueller Gewichtungsfaktoren zumutbar. Sofern die Vergabestelle bei Auswertung der Angebote Unklarheiten aufgrund der vom Bieter vorgenommenen Rechenoperationen feststelle, könne eine Klärung ggf. im Rahmen eines Gespräches gemäß § 24 VOL/A erfolgen. Ferner stelle sie klar, dass vom Anbieter für die ausgeschriebene Leistung eine Pauschale zu kalkulieren sei. Hinsichtlich der vom Beschwerdeführer offensichtlich in Bezug genommenen Regelung des § 15 Nr. 4 des Vertragsentwurfes bestehe nur ein geringes Risiko, dass § 126 Abs. 2 SGB V auch auf Leistungserbringer anzuwenden sei, die aufgrund einer Ausschreibung nach § 127 Abs. 1 SGB V Vertragspartner der Beschwerdegegnerin geworden seien. Von mehreren Gerichten sei inzwischen entschieden worden, dass § 126 Abs. 2 SGB V nicht bei Ausschreibungen im Sinne von § 127 Abs. 1 SGB V anzuwenden sei. Die Gestaltung des Fachloses "Sauerstoff" sei nicht vergaberechtswidrig. Es handele sich bei der Versorgung mit Flüssigsauerstoff um ein gängiges Produkt, da mehrere Versicherte mit Flüssigsauerstoff zu versorgen seien. Im Übrigen bestehe die Möglichkeit, Bietergemeinschaften zu bilden oder Unterauftragnehmer einzusetzen und dadurch die geforderten Anforderungen zu erfüllen. Die Möglichkeiten zum Einsatz von Bietergemeinschaften und Unterauftragnehmern seien in den Verdingungsunterlagen umfassend beschrieben. Die Stelle, an die Angebote zu senden sind, werde in Abschnitt I.1) der EU-Bekanntmachung mitgeteilt. Am 12. November 2008 beantragte der Beschwerdeführer die Nachprüfung des Vergabeverfahrens gemäß § 107 Abs. 1 GWB und begehrte die Aufhebung der Ausschreibung der Fachlose 3 und 4 (Sauerstoff) im Bereich der Regionallose Nord- und Süd-Sachsen-Anhalt. Er sei außerstande gewesen, für die streitigen Regionallose ein Angebot abzugeben, da ein Angebot für den Teilbereich der Sauerstoffkonzentratoren wegen der Fachloskombination mit Flüssigsauerstoffversorgungen von vornherein ausgeschlossen gewesen sei. Durch diese Kombination sei ihm der Zugang zum Markt verwehrt und er müsse mit erheblichen Umsatzverlusten rechnen. Derzeit versorge er viele Versicherte der Beschwerdegegnerin mit Sauerstoffkonzentratoren, die er unter Einsatz erheblicher Kosten eigens für diese Zwecke angeschafft habe. Auch derzeit erfolge eine Vergütung auf der Basis von Pauschalen, was sich nur rechne, wenn der jeweilige Sauerstoffkonzentrator mehrfach zum Einsatz komme. Fielen die Versicherten der Beschwerdegegnerin zukünftig aus seinem Bestand heraus, hätte er kurzfristig eine Vielzahl von gebrauchten Geräten im Inventar, die nicht mehr genutzt würden. Dieser Ausfall könne nicht mit der Versorgung von Versicherten anderer Kassenarten kompensiert werden, da die Beschwerdegegnerin im ausgeschriebenen Bereich die weitaus größte Zahl an Mitgliedern habe. Die gebrauchten Geräte ließen sich nur mit erheblichen Verlusten verkaufen, was zu einem erheblichen wirtschaftlichen Schaden führen würde. Er sei im Bereich der Sauerstoffkonzentratoren Großanbieter, könne jedoch die Versorgung mit Flüssiggas nicht abdecken. Er gehe deshalb davon aus, dass für den Bereich der Flüssiggasversorgung ein weiteres Fachlos hätte gebildet werden müssen. Die von der Beschwerdegegnerin gewählte Fachlosgestaltung im Bereich Sauerstoff sei wegen der sachlich und fachlich nicht gerechtfertigten Kopplung der beiden Versorgungsformen innerhalb eines Loses ermessensfehlerhaft und damit vergaberechtswidrig. Eine geteilte Bildung von Fachlosen sei vor allem wegen der erheblichen technischen Unterschiede beider Versorgungsarten geboten. Sauerstoffkonzentratoren arbeiteten als elektrische Geräte auf der Basis von Granulaten, über die der angesaugte Sauerstoffgehalt der Umgebungsluft mit Sauerstoff angereichert werde. Die Geräte seien in ihren Ausmaßen und nach ihrem Gewicht einfach zu transportieren und einfach zu warten. Die Anschaffungskosten seien für diese Geräte überschaubar. Demgegenüber würden für die Flüssigsauerstoffversorgung teure Behälter verwendet, die beim Versicherten vor Ort regelmäßig für den Austausch doppelt vorzuhalten seien. Diese Behälter ließen sich schwer transportieren und benötigten große geräumige Transportfahrzeuge. Darüber hinaus müssten sie über spezielle Abfüllanlagen befüllt werden. Die Anschaffung einer vollstationären Abfüllanlage erfordere jedoch Investitionen im oberen sechsstelligen Bereich. Für die Versorgung mit Flüssiggas gebe es in den ausgeschriebenen Regionalbereichen auch keine überwiegend mittelständische Versorgerstruktur. Es seien zwar 70 Unternehmen in Sachsen-Anhalt im Bereich der Sauerstoffkonzentratoren tätig, aber nur fünf Unternehmen könnten auch die Versorgung mit Flüssigsauerstoff übernehmen, zu denen auch Hersteller von Flüssiggasen zu zählen seien. Die geringe Zahl der Anbieter sei auf die sehr hohen Investitionskosten im Bereich der Flüssiggasversorgung zurückzuführen. Auf die Versorgung mit Sauerstoffkonzentratoren entfiele mit 76,5% auch der weit größere Anteil der Versicherten, während der Anteil der Versicherten mit einer Sauerstoffversorgung mit Flüssiggas demgegenüber nur 23,5% betrage. Ferner liege in der Ausschreibung auch ein Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOL/A vor, da die Grundlage für die Preisermittlungen nicht ausreichend dargestellt sei. Es fehlten innerhalb des Referenzzeitraumes vom 1. Januar bis 31. Dezember 2007 Angaben zu den Fallzahlen von Neuversorgungen, stationären und Anschlussversorgungen. Dies stehe im Widerspruch zu der den Bietern aufgegebenen Verpflichtung, Preise für Druckminderer, Flüssiggas- und Sparsysteme anzugeben. Diese Preise könnten nicht kalkuliert werden, da die Fallzahlen nicht bekannt seien. Nach den Wichtungsfaktoren von 77% für Konzentratoren, 3% für Druckminderer, 5% für Flüssiggas und 15% für Sparsysteme sei davon auszugehen, dass der Anteil der Flüssigsauerstoffversorgungen noch nicht einmal einen Anteil von 23,5%, sondern nur von 5% umfasse. Daher sei zu vermuten, dass die Druckminderer und Sparsysteme in die Kalkulationsgrundlage Sauerstoff eingegangen sind, ohne dass dies entsprechend kenntlich gemacht worden sei. Die Beschwerdegegnerin trat dem Nachprüfungsantrag entgegen und machte geltend, angesichts von jährlichen Umsätzen von rund 1,8 Mio. EUR, die der Beschwerdeführer durch die Versorgung von Versicherten der Beschwerdegegnerin erwirtschafte, sei der Wegfall eines Teils dieses

Umsatzes in Höhe von rund 199.000 EUR nicht existenzgefährdend. Er sei hauptsächlich im Bereich der Orthopädie und der Prothetik tätig und erwirtschafte insgesamt vermutlich einen Umsatz von 2,6 bis 3,0 Mio. EUR im Jahr. Es könne also keine Rede davon sein, dass durch die Ausschreibung ein Kleinunternehmer in den Ruin getrieben werde. Unzutreffend sei auch der Vortrag, wonach es für die Versorgung mit Flüssigsauerstoff lediglich fünf mögliche Anbieter gebe. Die Beschwerdegegnerin habe für ihren Bereich 16 Angebote von Einzelanbietern erhalten. Dabei sei von der Möglichkeit der Einbeziehung von Unterauftragnehmern und von Bietergemeinschaften kein Gebrauch gemacht worden. Dieses Angebotsverhalten stehe im Gegensatz zu dem in der Baubranche, wo die Bereitschaft der Anbieter ausgeprägter sei, sich zu Bietergemeinschaften oder anderen Kooperationen zusammenzuschließen. Dennoch könne sich die Beschwerdegegnerin nicht über einen Mangel an Angeboten beklagen. Derzeit aussichtsreichster Bieter sei ein mittelständisches Unternehmen. Damit sei auch das Argument des Beschwerdeführers widerlegt, kleine und mittelständische Unternehmen hätten im vorliegenden Verfahren keine Aussichten auf Erfolg. Da sich der Beschwerdeführer nach Zugang des Ablehnungsschreibens der Beschwerdegegnerin vom 30. September 2008 mehr als sechs Wochen lang Zeit gelassen habe, mit Schreiben vom 12. November 2008 den Nachprüfungsantrag einzureichen, sei dieser Antrag auch insgesamt verwirkt. Der Nachprüfungsantrag sei vor allem deshalb unbegründet, weil er auf der falschen Annahme basiere, die in einem Fachlos zusammengefassten Sauerstoffkonzentratoren und Flüssiggasversorgungen stellten eine sachlich und fachlich nicht gerechtfertigte Kopplung der beiden Versorgungsformen dar. Richtig sei vielmehr die Wertung, dass beide Versorgungsformen wegen des identischen Indikationsbereiches eng miteinander verknüpft seien. Sauerstoffkonzentratoren stellten eine Art Grundversorgung der Patienten dar. Ihr Einsatz erfolge besonders in Ruhephasen der Patienten, zum Beispiel während des Schlafes. Diese Geräte dienten zur gleichmäßigen Versorgung mit Sauerstoff in geringer Menge; für den Einsatz im täglichen Leben seien sie aufgrund ihres Gewichtes nur begrenzt einsatzfähig und deshalb für Patienten mit hoher Mobilität weniger geeignet. Flüssiggasbehälter, die aus einer stationären und ggf. mobilen Einheit bestehen, könnten vom Patienten mitgeführt werden und seien deshalb einzusetzen, wenn eine hohe Mobilität sichergestellt werden müsse. Aus diesen Gründen erfüllten Sauerstoffkonzentratoren und Flüssiggasbehälter grundsätzlich dieselbe Funktion, seien aber unter verschiedenen Bedingungen einsetzbar. In Einzelfällen müssten Patienten mit Flüssiggas versorgt werden, wenn allein durch den Einsatz von Sauerstoffkonzentratoren keine ausreichende Sauerstoffzufuhr bewirkt werden könne. Dies zeige, dass es für den Einsatz von Flüssiggas einen breiten Anwendungsbereich gebe, wodurch es sinnvoll erscheine, die Versorgung mit diesen Geräten aus einer Hand anzustreben. Für die Beschwerdegegnerin stehe in erster Linie die Versorgung ihrer Versicherten im Vordergrund, hinter das das mögliche Interesse der Auftragnehmer bzw. der Bieter im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens zurückzustehen habe. Gerade durch die Koppelung beider Produkte im Fachlos Sauerstoff könnten Synergieeffekte entstehen, die sich günstig auf Preisgestaltung und Organisation der Versorgung auswirken. Durch die vom Beschwerdeführer gewünschte Aufsplitterung würden derartige Synergieeffekte verloren gehen. Dabei sei auch zu berücksichtigen, dass im Rahmen eines Vergabeverfahrens die jeweils wirtschaftlichsten Angebote den Vorzug erhalten sollen. § 5 VOL/A enthalte auch die Klausel, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung der Lose zu unterbleiben habe. Nicht durchgreifend sei auch der Hinweis des Beschwerdeführers, er habe erhebliche Investitionen in Geräte zur Versorgung der Versicherten der Beschwerdegegnerin getätigt. Zwischen beiden Seiten bestehe ein jederzeit kündbarer und von der Auftraggeberin inzwischen auch fristgerecht gekündigter Vertrag. Bei der Anschaffung neuer Geräte bzw. bei der Vornahme von Investitionen müsse ein Vertragspartner berücksichtigen, dass Verträge auch gekündigt werden können. Die Rüge hinsichtlich unvollständiger Angaben für den Referenzzeitraum des Jahres 2007 sei gemäß § 107 Abs. 3 GWB verwirkt, da sie im Schreiben vom 26. September 2008 nicht enthalten sei. Davon abgesehen hätten die anderen Bieter keine Schwierigkeiten gehabt, auf der Basis der Zahlen von 2007 zu kalkulieren. Die Beschwerdegegnerin hätte außerdem auf Nachfrage jederzeit zusätzliche Referenzzahlen für die Jahre 2005 und 2006 zur Verfügung stellen können. Da eine Anfrage oder Rüge insoweit zu keinem Zeitpunkt des Verfahrens erfolgt sei, und auch vom Beschwerdeführer ansonsten nicht geltend gemacht worden sei, habe offensichtlich kein Bedarf an zusätzlichen Informationen bestanden. Mit Beschluss vom 2. Dezember 2008 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen, da für Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und gesetzlichen Krankenkassen, die auf § 127 SGB V basieren, allein die Sozialgerichte zuständig seien. Dies gelte auch für diejenigen Angelegenheiten nach § 69 SGB V, bei denen die §§ 19 bis 21 GWB entsprechend anzuwenden seien. Gegen diesen Beschluss hat sich der Beschwerdeführer mit der am 16. Dezember 2008 beim Oberlandesgericht Naumburg eingelegten sofortigen Beschwerde nebst Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung gewandt. Das Oberlandesgericht Naumburg hat mit Beschluss vom 19. Dezember 2008 die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde vorläufig bis zu einer endgültigen Entscheidung über diesen Antrag angeordnet und das Verfahren an das Landessozialgericht Sachsen-Anhalt weitergegeben. Der Beschwerdeführer trägt vor, das Vergabeverfahren sei nicht nur vergaberechtswidrig, sondern auch sozialrechtswidrig, da durch die einschränkende Gestaltung der Losvergabe in dem gesundheitlich hochbrisanten Bereich der Beatmung gegen das Prinzip einer wohnortnahen Versorgungsstruktur verstoßen werde, die zur Vermeidung von Gesundheitsrisiken im vorliegenden Bereich unabdingbar sei. Das Vergabeverfahren erfasse auch die Abgabe von Flüssigsauerstoff als medizinischem Gas, das gerade nicht dem Bereich des § 33 in Verbindung mit § 127 SGB V zuzuordnen sei. Dieses Gas sei nach sozialrechtlichen Vorgaben nicht ausschreibungsfähig. Die Beschwerdegegnerin habe insgesamt die Vorgaben des Vergaberechts und des SGB V verkannt. Nach den Regelungen im Hilfsmittelverzeichnis der Spitzenverbände der Krankenkassen stelle die Versorgungsform Sauerstoffkonzentratoren im Beatmungsbereich die Regelversorgung dar, während die Versorgung mit Flüssigsauerstoff nur nach entsprechender Abwägung aller maßgeblichen Parameter als Sonderfall der Versorgung in Betracht komme. Daraus resultiere eine geringere Versorgungsfrequenz im Bereich Flüssigsauerstoff im Vergleich zu den Standardversorgungen mit Sauerstoffkonzentratoren. Der investive Aufwand, um Flüssigsauerstoffversorgungen eigenständig anbieten zu können, sei jedoch ungleich höher. Allein die Einkaufspreise für die Geräte lägen um 1000 bis 1200 EUR höher. Nur wenige industrienahe Anbieter seien in der Lage, im Bereich der Flüssigsauerstoffversorgung als Spezialdienstleister eigenständig aufzutreten. Es widerspräche dem Wettbewerbsgrundsatz, wenn durch eine Koppelung der beiden Fachlose die sehr geringe Angebotsbreite im Bereich Flüssigsauerstoff auf den Bereich der Sauerstoffkonzentratoren ausgeweitet werde. Aus gutem Grund sei in den bisherigen Vertragsstrukturen immer eine getrennte Regelung beider Bereiche vorgesehen worden. Synergieeffekte gebe es angesichts der erheblichen technischen Unterschiede bei den Geräten durch eine Koppelung der beiden Versorgungsform nicht. Die Zusammenfassung der beiden Versorgungsbereiche sei daher weder wirtschaftlich noch technisch erforderlich und damit vergaberechtswidrig. Mit dem Verweis auf die Möglichkeit, eine Bietergemeinschaft zu bilden, werde der Verstoß nicht ausgeräumt, weil der Schutzzweck des § 97 Abs. 3 GWB darauf gerichtet sei, mittelständischen Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit einer eigenen Beteiligung am Bieterwettbewerb einzuräumen. Die Beschwerdegegnerin habe selbst darauf hingewiesen, dass keines der Angebote von einer Bietergemeinschaft oder von Bietern stamme, die Unterauftragnehmer einsetzen. Wahrscheinlich seien die Gebote fast ausschließlich von industrienahen Einzelunternehmen abgegeben worden, die im Eigeninteresse nicht an einer Bildung von Bietergemeinschaften interessiert seien. Drei der dem Beschwerdeführer inzwischen bekannt gewordenen Anbieter für die Versorgungsbereiche Berlin Nord, Brandenburg Süd und Sachsen-Anhalt Süd gehörten zur A.-Gruppe (A. GmbH) und seien deshalb im vorliegenden Vergabeverfahren als Verbundunternehmen zu qualifizieren. Damit sei belegt, dass entgegen der Annahme der Beschwerdegegnerin mittelständische Unternehmen nicht in der Lage seien, auf die streitige Loskombination zu bieten und den Zuschlag zu erhalten, sondern tatsächlich nur eine sehr eingeschränkte Wettbewerbsbreite auf der Seite von industrienahen Verbundunternehmen

gegeben sei. Die Firma A. GmbH sei Produzent von medizinischen Gasen, was die Angebotsituation für die Beschwerdegegnerin erheblich begünstige. Die Ausschreibung verstoße auch gegen § 127 Abs. 1 SGB V, da sie nicht zweckmäßig sei. Wegen des hohen Dienstleistungsanteiles bei der Versorgung mit Sauerstoff hätte es keiner Ausschreibung bedurft. Insbesondere die permanente technische Beratung, individuelle Einstellung des Hilfsmittels und seiner Zusätze sowie die Notfallüberwachung des Hilfsmittelgebrauches erfordere eine schnell funktionierende und für den Patienten erreichbare individuell abgestimmte Logistik und Beratungskompetenz vor Ort. Im Anwendungsbereich des SGB V seien auch bei Ausschreibungen die Regelungen des Krankenversicherungsrechts zu beachten und ihre Einhaltung von den Landessozialgerichten umfassend zu überprüfen. Zur Frage, wann eine Ausschreibung zweckmäßig im Sinne des SGB V ist, sei auf die Gemeinsamen Empfehlungen gemäß § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 2. Juli 2009 zu verweisen, nach deren Ziff. 3 und 4 der Vortrag des Beschwerdeführers gestützt werde. Ferner sei durch das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts § 97 Abs. 3 GWB geändert worden. Nach der Neufassung seien mittelständische Interessen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen und Leistungen in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art oder Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Damit habe der Gesetzgeber klargestellt, dass bei der Vergabe öffentlicher Leistungen an erster Stelle mittelständische Interessen durch eine getrennte Vergabe nach Fach- und Teillosen zu berücksichtigen sind. Dies gehe über die bisherige Regelung hinaus, wonach mittelständische Interessen nur angemessen zu berücksichtigen waren. Der Beschwerdeführer beantragt, die Entscheidung der Vergabekammer vom 2. Dezember 2008 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die Ausschreibung der Regionallose Sachsen-Anhalt Nord und Süd betreffend die Fachlose 3 und 4 (Sauerstoff) aufzuheben, hilfsweise, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zur Frage der Zuständigkeit der Kammer in eigener Sache zu entscheiden und die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten für notwendig zu erklären. Die Beschwerdegegnerin beantragt, die sofortige Beschwerde und alle weiteren Anträge des Beschwerdeführers zurückzuweisen und die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Beschwerdegegnerin für notwendig zu erklären.

Sie vertritt die Auffassung, der Beschwerdeführer sei bereits nicht antragsbefugt, da er nicht vorgetragen habe, aus welchen Gründen es ihm nicht möglich gewesen sei, eine Partnerschaft zur Bildung einer Bietergemeinschaft oder eines Unterauftragnehmerverhältnisses einzugehen. Wahrscheinlich habe er dies noch nicht einmal versucht. Da er diese Möglichkeit offensichtlich nicht ausgeschöpft habe, würde selbst eine unzulässige Koppelung der Lose für Sauerstoffkonzentratoren und Flüssigsauerstoffversorgung nicht ins Gewicht fallen. Sein Begehren ziele darauf ab, einen lukrativen Auftrag mit Sauerstoffkonzentratoren zu erlangen, ohne gleichzeitig das aus seiner Sicht weniger lukrative Geschäft mit der Flüssigsauerstoffversorgung eingehen zu müssen. Dieses Wunschdenken könne nicht maßgeblich sein für das Ausschreibungsverhalten der Beschwerdegegnerin. Das Ergebnis der Ausschreibung habe gezeigt, dass es eine ausreichende Anzahl von Bietern gebe, die bereit seien, für das von ihr ausgeschriebene Paket Angebote abzugeben. Die Bildung von Fachlosen habe sich an den Vorschriften der VOL, namentlich an § 5 VOL/A zu orientieren. Dort sei zunächst die Zweckmäßigkeit als Erfordernis für eine Zerlegung der zu vergebenden Leistungen in Lose festgehalten. Außerdem werde eine Grenze dort gezogen, wo eine unwirtschaftliche Zersplitterung drohe. Schon diese Grundsätze stünden einer unreflektierten Anwendung des § 4 VOB/A entgegen. Der Beschwerdeführer suggeriere mit seinem Vorbringen, es gebe nur ein einheitliches Fachlos. Dies sei nicht richtig. Es gebe, verteilt auf zwei Regionallose, jeweils drei Fachlose. Die Beschwerdegegnerin habe in zulässiger Weise Fachlose gebildet, wobei Sauerstoffkonzentratoren und Flüssigsauerstoffbehälter keine unterschiedlichen "Fächer" seien, die grundsätzlich getrennt vergeben werden müssten. Auch die Aufteilung in Fachlose und zusätzlich in Regionallose sei mit dem Grundsatz des § 97 Abs. 3 GWB vereinbar. Die Rechte des Beschwerdeführers seien damit angemessen berücksichtigt worden. Schließlich sei ihm eine Teilnahme nicht verboten worden. Zusätzlich habe die Beschwerdegegnerin die Möglichkeit, Kooperationen mit Bietergemeinschaften einzugehen und/oder Haupt- bzw. Unterauftragsverhältnisse zu bilden, ausdrücklich zugelassen. Einen Anspruch des Beschwerdeführers, einen eigenen Alleinauftrag zu erlangen, gebe § 97 Abs. 3 GWB nicht her. Auch seiner Behauptung, mehrere Unternehmen der Firma A. GmbH sollten Aufträge erhalten, sei entgegenzutreten. Aus den Vergabeunterlagen ergebe sich, dass sowohl die Fa. J. als auch die V. GmbH im Angebotsvordruck angegeben haben, verbundene Unternehmen zu sein. Bei der Prüfung, ob die Loslimitierung durch diese beiden Unternehmen eingehalten worden ist, seien beide wie ein einheitliches Unternehmen behandelt worden. Die Fa. V. GmbH habe sich nur in Sachsen-Anhalt beteiligt, die J. in Berlin und Brandenburg. Von einer Unzweckmäßigkeit der Ausschreibung, die zu einem Verstoß gegen § 127 Abs. 1 SGB V führen könnte, sei nicht auszugehen. Es treffe nicht zu, dass es sich bei dem ausgeschriebenen Leistungssegment "Sauerstoffversorgung" um Versorgungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil handele oder um individuell gefertigte Hilfsmittel. Die ausgeschriebenen Gerätschaften seien Massenprodukte, die bei einer Auslieferung an den Patienten einige individuelle Einstellungen für den jeweiligen Bedarf erforderten. Diese Einstellungen könnten jedoch innerhalb kurzer Zeit und zum Teil auch durch die Patienten selbst vorgenommen werden. Der Lieferant der Gerätschaften werde dadurch kaum in Anspruch genommen. Träfe dieses Argument zu, würde sich der Beschwerdeführer damit allerdings auch selbst widersprechen, denn er habe bei der Begründung seines Antrags hervorgehoben, dass die Investitionskosten der Flüssigsauerstoffgeräte außerordentlich hoch seien und er deshalb nicht an der Ausschreibung teilnehmen könne. Dies stehe im Widerspruch zu seinem jetzigen Vorbringen, mit dem er den hohen Dienstleistungsanteil in den Vordergrund rücke. Es liege auch kein Verstoß gegen § 33 in Verbindung mit § 127 SGB V vor, weil Sauerstoff ein medizinisches Gas und kein Hilfsmittel sei. Sauerstofffüllungen seien im Hilfsmittelverzeichnis gelistet. Davon abgesehen sei das Gas ggf. auch als Arzneimittel ausschreibungsfähig. Die vollständigen Ausschreibungsunterlagen und sämtliche Verfahrensakten haben dem Senat zur mündlichen Verhandlung und abschließenden Entscheidung vorgelegen.

II. 1. Das Landessozialgericht Sachsen-Anhalt ist das für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde zuständige Gericht. Die früher zwischen den Gerichten der Sozialgerichtsbarkeit und verschiedenen Zivilgerichten streitige Frage des Rechtswegs bei Streitigkeiten zwischen Leistungserbringern und Krankenkassen über die Rechtmäßigkeit von Ausschreibungen ist durch die mit dem Gesetz zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15. Dezember 2008 mit Wirkung vom 18. Dezember 2008 (BGBl. I S. 2426) vorgenommenen Änderungen bzw. Einfügungen bei den §§ 29, 142a, 207 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zwischenzeitlich geklärt (vgl. Engelmann in: jurisPK-SGB V, Stand 10.2.2009 - juris-online, § 69 RdNr. 276 ff.). Nach der Übergangsregelung des § 207 SGG gehen Verfahren in Streitigkeiten über Entscheidungen von Vergabekammern, die Rechtsbeziehungen nach § 69 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V) betreffen und am 18. Dezember 2008 bei den Oberlandesgerichten anhängig sind, in dem Stadium, in dem sie sich befinden, auf das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Landessozialgericht über. Zu den Rechtsbeziehungen i. S. des § 69 SGB V gehören auch jene zwischen den Krankenkassen und Leistungserbringern nach § 127 SGB V. Das vorliegende Verfahren hat bei Inkrafttreten der Neuregelungen am 18. Dezember 2008 wegen der sofortigen Beschwerde des Beschwerdeführers gegen den Beschluss der Vergabekammer vom 2. Dezember 2008 dem OLG Naumburg vorgelegen. Dieses hat die Sache daher zu Recht gemäß § 207 Satz 1 SGG formlos an das LSG abgegeben, das nunmehr in der Sache zu entscheiden hat (§ 29 Abs. 5 Satz 1 SGG). Der Senat hat aufgrund mündlicher Verhandlung durch Beschluss entschieden (§ 142a Abs. 1 SGG i. V. mit § 69 Abs 1 SGB V, § 120 Abs. 2 und § 71 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [GWB]); die ehrenamtlichen

Richter waren unabhängig von der Durchführung einer mündlichen Verhandlung nicht zuzuziehen (Neuregelung des § 142a Abs. 2 SGG durch das GKV-OrgWG, a.a.O; vgl. zu den Motiven des Gesetzgebers BT-Drucks 16/10609, S. 82 zu § 142a SGG). Damit weicht die Besetzung der zuständigen Senate des LSG bei Entscheidungen über vergaberechtliche Beschwerden von der in § 33 Satz 1 SGG vorgesehenen Besetzung ab, wonach jeder Senat grundsätzlich mit einem Vorsitzenden, zwei Berufsrichtern und zwei ehrenamtlichen Richtern tätig wird. 2. Die sofortige Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer vom 2. Dezember 2008 ist statthaft (§ 142a Abs. 1 SGG i. V. mit § 116 Abs. 1 GWB); sie ist fristgemäß und auch formgerecht eingelegt worden (§ 142a Abs. 1 SGG i. V. mit § 117 GWB). Der Beschwerdeführer war auch hinsichtlich des Nachprüfungsverfahrens gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt, obwohl er kein Angebot abgegeben hat. Er hat durch die Anforderung der Ausschreibungsunterlagen sein Interesse an der Beteiligung am Verfahren und am Versorgungsauftrag dokumentiert. Er macht geltend, gerade wegen der behaupteten Vergaberechtsverstöße der Beschwerdegegnerin an seinem Recht auf Einhaltung der Bestimmungen des Vergaberechts nach § 97 Abs. 7 GWB verletzt zu sein. Ferner legt er u. a. dar, gerade durch die fehlerhafte Gestaltung des Fachloses Sauerstoff von einer Angebotsabgabe abgehalten worden zu sein. Dies reicht für die Antragsbefugnis aus. Es ist einem Beschwerdeführer nicht zuzumuten, in jedem Fall ein Angebot abzugeben, um das ernsthafte wirtschaftliche Interesse an einer Ausschreibung zu dokumentieren (so mit Recht OLG Frankfurt, Beschluss vom 29. Mai 2007, 11 Verg. 12/06, RdNr. 10; ebenso Vergabekammer Sachsen, Beschluss vom 7. Februar 2003, 1/SVK/007-03; beide zitiert nach juris). Er muss auch nicht darlegen, er hätte bei einem rechtmäßigen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten oder eine "echte Chance" auf den Zuschlag gehabt (vgl. hierzu Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 29. Juli 2004 - 2 BvR 2248/03 -, NVwZ 2004, 1224 ff; ferner BGHZ 159, 186, 191 f.). Die Verfahrensbeteiligung des Beschwerdeführers und der Beschwerdegegnerin als Auftraggeberin der Ausschreibung folgt aus § 142a Abs. 1 SGG i. V. mit §§ 119 und 109 GWB. Hiernach sind die am Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer Beteiligten auch am Beschwerdeverfahren zu beteiligen. Die Vergabekammer ist weder beteiligt noch beizuladen (BSG, Beschluss vom 22. April 2009, B 3 KR 2/09 D, RdNr. 19 mit weiteren Nachweisen; zitiert nach juris). 3. In der Sache bleibt die sofortige Beschwerde ohne Erfolg. Der Beschwerdeführer rügt im Wesentlichen die Ausschreibung des Fachloses Sauerstoff, das seiner Auffassung nach nicht auf die Versorgung mit Flüssigsauerstoff hätte erstreckt werden dürfen. Konkret bemängelt er Verstöße gegen das Vergaberecht und gegen allgemeine sozialrechtliche Grundsätze bei der Anwendung des SGB V. Mit seinen Argumenten dringt er insgesamt nicht durch. Der Beschluss der Vergaberechtskammer vom 2. Dezember 2008 ist im Ergebnis zutreffend, denn der Beschwerdegegnerin sind keine Fehler im Ausschreibungsverfahren vorzuwerfen. Anzuwenden sind gemäß § 69 Abs. 2 Satz 1, 127 Abs. 1 SGB V die Bestimmungen des GWB, so dass zu prüfen ist, ob die Ausschreibung hinsichtlich des vom Beschwerdeführer angegriffenen Teils Verstöße gegen die §§ 97 ff. GWB und die Bestimmungen der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV - vom 9. Januar 2001, BGBl. I S. 110, neugefasst durch die Bekanntmachung vom 11. Februar 2003, BGBl. I S. 169, im Jahre 2008 gültig in der Fassung der 3. Änderungsverordnung vom 23. Oktober 2006, BGBl. I S. 2334, in Kraft ab 1. November 2006) sowie auf der Verwaltungsebene die jeweilige Verdingungsordnung (sog "Normenkaskade") enthält. Die Beschwerdegegnerin ist als gesetzliche Krankenkasse eine nach § 4 Abs. 1 SGB V rechtsfähige Körperschaft des öffentlichen Rechts mit der Befugnis zur Selbstverwaltung. Sie ist bei der Ausschreibung von Aufträgen im Rahmen von § 127 Abs. 1 SGB V als ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB an das Vergaberecht gebunden (EuGH, Urteil vom 11.6.2009, C-300/07, zitiert nach juris). Die ausgeschriebenen Verträge sind als Liefer- und Dienstleistungsaufträge in Form von Rahmenvereinbarungen i. S. des § 3a Nr. 4 Abs. 1 der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A - so auch Vergabekammer Bund, Beschlüsse vom 16. Dezember 2008 - VK 1-156/08 - und vom 9. Januar 2008 - VK 3-145/07 -, zitiert nach juris) zu qualifizieren, für die der zweite Abschnitt der VOL/A einschlägig ist (§ 4 Abs. 1 VgV). Die Beschwerdegegnerin war berechtigt, den Abschluss von Verträgen zur Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln der Produktgruppe 14 des Hilfsmittelkataloges durch Ausschreibung vorzubereiten. Nach § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V können die Krankenkassen, soweit dies zur Gewährleistung einer wirtschaftlichen und in der Qualität gesicherten Versorgung zweckmäßig ist, im Wege der Ausschreibung Verträge mit Leistungserbringern oder zu diesem Zweck gebildeten Zusammenschlüssen der Leistungserbringer über die Lieferung einer bestimmten Menge von Hilfsmitteln, die Durchführung einer bestimmten Anzahl von Versorgungen oder die Versorgung für einen bestimmten Zeitraum schließen. Eine solche Ausschreibung hat die Beschwerdegegnerin hier durchgeführt. Bei den Hilfsmitteln der Produktgruppe 14 handelt es sich um Hilfsmittel i. S. von § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Soweit der Beschwerdeführer dagegen geltend macht, die Ausschreibung des Fachloses Sauerstoff sei unzweckmäßig, verstoße daher gegen die vorgenannte Vorschrift und hätte nicht vorgenommen werden dürfen, dringt er mit seiner Ansicht nicht durch. § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V beruht auf der Erwägung, dass für die große Zahl fabrikationsmäßig entsprechend den Anforderungen des Hilfsmittelverzeichnisses hergestellten Hilfsmittel (Standardprodukte) Vertragsabschlüsse aufgrund öffentlicher Ausschreibungen durch die Krankenkassen erfolgen. Mit einer solchen Ausschreibung sollen insbesondere günstige Preisvereinbarungen durch den Vertragsabschluss mit Bietergemeinschaften und den Einkauf von Mengenkontingenten bzw. Langzeitbelieferungen angestrebt werden (so zutreffend Hess in Kasseler Kommentar zum Sozialversicherungsrecht, Stand August 2008, RdNr. 3 zu § 127). Diesem Zweck diente die Ausschreibung hier ersichtlich, was sich auch aus dem eigenen Vorbringen des Beschwerdeführers ergibt. Denn er hat vorgetragen, für die Versorgung mit Flüssigsauerstoff seien teure Geräte anzuschaffen und kostspielige Abfüllanlagen zu betreiben. Dieser hohe Materialaufwand spricht dafür, über eine Ausschreibung einen möglichst leistungsfähigen Anbieter zu ermitteln, der diese teuren Geräte zu einem auch für die Beschwerdegegnerin wirtschaftlichen Preis anbieten kann. Der Dienstleistungsanteil fällt demgegenüber offensichtlich nicht nennenswert ins Gewicht, auch wenn der Beschwerdeführer diesen Aspekt im Widerspruch zu seinem sonstigen Vorbringen der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung entgegenhält. Bei der stationären Anwendung von Systemen auf der Basis mit Flüssigsauerstoff ist eine Neubefüllung der Behälter nur etwa alle zwei bis vier Wochen erforderlich, weshalb sich der erforderliche Personalaufwand bei der Betreuung der Patienten in Grenzen hält. Aus diesen Gründen ist dem Hinweis des Beschwerdeführers auf die Gemeinsamen Empfehlungen gemäß § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen vom 2. Juli 2009 des GKV-Spitzenverbandes und der Spitzenorganisationen und sonstigen Organisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene nicht weiter nachzugehen. Denn auch nach diesen Empfehlungen ist eine Ausschreibung u. a. unzweckmäßig (vgl. § 2 Nr. 4), wenn, was hier aber nicht der Fall ist, es sich um eine Versorgung mit hohem Dienstleistungsanteil handelt. Davon abgesehen sind diese Empfehlungen vom 2. Juli 2009 zur rechtlichen Bewertung der Ausschreibung aus dem Jahre 2008 nicht heranzuziehen, weil sie zu diesem Zeitpunkt noch nicht bekannt waren. An der grundsätzlichen Befugnis der Beschwerdegegnerin zur Ausschreibung des Fachloses Sauerstoff auf der Grundlage dieser Vorschrift ändert es auch nichts, dass es sich bei Flüssigsauerstoff um kein Hilfsmittel i. S. von § 139 Abs. 1 SGB V i. V. mit dem Hilfsmittelverzeichnis handelt. Aus dem Katalog der in der Produktgruppe 14 genannten Sauerstoff-Therapiegeräte ist ersichtlich, dass es sich um verschiedene Systeme, bestehend aus Grundgerät und Behälter- oder Flaschensystemen handelt, bei denen der jeweilige Stoff zur Befüllung zwar genannt, aber nicht als im Gerät enthalten bezeichnet ist. Insofern war es folgerichtig, die Ausschreibung im Kern auf die Gerätebezeichnungen der Produktgruppe 14 zu beziehen. Allerdings durfte die Beschwerdegegnerin diese Leistung als komplexe Leistung einschließlich der Befüllung mit Flüssigsauerstoff ausschreiben und als Vergütung eine Grundpauschale mit Nebenpauschale zur Abdeckung aller Kosten vorsehen. Dem Flüssigsauerstoff kommt dabei keine eigenständige Bedeutung im Rahmen der Ausschreibung zu, da die Geräte ohne ihn nicht wirksam eingesetzt werden können. Davon abgesehen handelt es sich bei dem medizinischen Sauerstoff um ein Arzneimittel i. S. von §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 3 Nr. 1 des

Arzneimittelgesetzes (AMG), für das hier kein Rahmenvertrag im Sinne von § 129 SGB V in Betracht kommt, da der Flüssigsauerstoff nicht von Apotheken zur Verfügung gestellt wird. Er war aus diesen Gründen als Arzneimittel nicht ausschreibungsfähig und musste auch nicht bei der Ausschreibung der Produktgruppe 14 aufgeführt werden, da es sich bei diesem Stoff um kein Hilfsmittel handelt. Bei der Durchführung der Ausschreibung war die Beschwerdegegnerin gemäß § 69 Abs. 2 SGB V an die Regelungen der §§ 19 bis 21 sowie 97 bis 115 und 128 GWB gebunden. Nach den in § 97 GWB geregelten allgemeinen Grundsätzen sind die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln, es sei denn, eine Benachteiligung ist aufgrund anderer Bestimmungen des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet; mittelständische Interessen sind vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen; Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben und der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Aufgrund der in § 97 Abs. 6 GWB erteilten Ermächtigung hat die Bundesregierung die VgV erlassen, nach deren § 4 Abs. 1 die öffentlichen Auftraggeber die Bestimmungen des Zweiten Abschnittes des Teils A der Verdingungsordnung für Leistungen anzuwenden haben. § 5 Nr. 1 VOL/A regelt die Vergabe nach Losen. Der Auftraggeber hat die Leistung in jedem Falle, in dem es nach Art und Umfang zweckmäßig ist, in Lose zu zerlegen, damit sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Die einzelnen Lose müssen so bemessen sein, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird. Die Losaufteilung der Beschwerdegegnerin ist hier nicht zu beanstanden. Sie war verpflichtet, die Auftragsvergabe für die Versorgung ihrer Versicherten auszuschreiben und in Lose aufzuteilen. Bei der Versorgung mit Hilfsmitteln der Produktgruppe 14 "Inhalations- und Atemtherapiegeräte" des Hilfsmittelkataloges nach § 139 SGB V handelt es sich um eine Leistung im Sinne des § 5 Nr. 1 VOL/A, bei der es nach Art und Umfang sowie der Menge zweckmäßig ist, sie in Lose aufzuteilen. Dieser Verpflichtung ist die Beschwerdegegnerin nachgekommen. Die gewählte Verfahrensweise, das Versorgungsgebiet Sachsen-Anhalt in zwei Regionallose aufzuteilen und innerhalb der Regionallose die Produktgruppe 14 in drei Fachlose zu untergliedern, war zweckmäßig und ausreichend im Sinne von § 5 Nr. 1 VOL/A. Die Produktgruppe 14 des Hilfsmittelkataloges umfasst die Gruppen "Inhalationsgeräte", "Sauerstofftherapiegeräte" und "Systeme zur Schlafapnoebehandlung". Schon nach dieser Untergliederung innerhalb der Produktgruppe erscheint es als sinnvoll und zweckmäßig, für diese drei Untergruppen jeweils ein Fachlos zu bilden. Damit wird am ehesten erreicht, dass sich auch kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Diese Schutzwirkung wurde verstärkt durch die Beschränkung der Möglichkeit zur Abgabe von Angeboten auf höchstens zwei Fachlose entweder innerhalb eines Regionalloses oder verteilt auf beide Regionallose. Diese Losaufteilung und Beschränkung bei der Abgabe von Angeboten steht in Übereinstimmung mit dem in § 97 Abs. 3 GWB geregelten allgemeinen Grundsatz, wonach mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose zu berücksichtigen sind. Dieser zulässigen Verfahrensweise der Beschwerdegegnerin kann der Beschwerdeführer nicht mit Erfolg entgegenhalten, es hätte die Untergruppe "Sauerstofftherapie" in die weiteren Fachlose "Sauerstofftherapie, Anreicherung" und "Sauerstofftherapie, Druck- und Flüssiggas" aufgeteilt werden müssen. Mit einer solchen weiteren Aufteilung wäre es möglicherweise zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung der Sauerstofftherapie gekommen, weil, wie der Beschwerdeführer selbst vorträgt, die Anschaffung von Geräten zur Versorgung mit Druck- und Flüssiggas einerseits erhebliche Investitionen erfordert, andererseits aber nur eine wesentlich kleinere Anzahl von Versicherten mit dieser Leistung zu versorgen ist, wodurch die Rentabilität der notwendigen Investitionen möglicherweise schwerer zu erreichen ist. Diese Losaufteilung trüge auch den grundsätzlichen Nachteil, dass getrennte Zuschläge für verschiedene Unternehmen mögliche Synergieeffekte beim Personaleinsatz, Kundendienst und Einsatz von Geräten verhinderten, was nicht nur wettbewerbsrechtlich, sondern auch im Hinblick auf das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V zu beanstanden wäre. Eine unwirtschaftliche Fachlosgestaltung steht aber eindeutig im Widerspruch zu der Regelung in § 5 Nr. 1 Satz 2 VOL/A und ist damit wettbewerbswidrig. Eine getrennte Losvergabe der Sauerstofftherapiegeräte mit Druck- und Flüssiggas stünde auch im Widerspruch zu den in § 127 Abs. 1 Satz SGB V genannten Grundsätzen, wonach die Krankenkassen verpflichtet sind, die Qualität der Hilfsmittel, die notwendige Beratung der Versicherten und sonstige erforderliche Dienstleistungen sicherzustellen sowie für eine wohnortnahe Versorgung zu sorgen. Die Versorgung mit Sauerstoffgeräten soll nach der Definition und Indikation für die Produktgruppe 14 vorrangig durch Sauerstoffkonzentratoren als Grundversorgung erfolgen, weil es sich hierbei in der Regel um die wirtschaftlichste Methode handelt (Bekanntmachung der Spitzenverbände der Krankenkassen über die Fortschreibung der Produktgruppe 14 "Inhalations- und Atemtherapiegeräte" vom 8. Juli 2005, BAnz. Nr. 128 vom 12. Juli 2005). Im Einzelfall ist unter Berücksichtigung der Mobilitätsbedürfnisse und Mobilitätsmöglichkeiten des Versicherten zu prüfen, ob die Versorgung mit einem Sauerstoffkonzentrator und zusätzlichen kleinen tragbaren Druckgasflaschen oder einem Flüssiggassystem praktikabler und wirtschaftlicher ist. Die Versorgung mit Flüssigsauerstoff sollte sich auf mobile Patienten beschränken, die sich regelmäßig täglich außerhalb des Hauses bewegen sowie auf Patienten mit ausgeprägter Belastungshypoxämie (Diffusionsstörungen im Rahmen einer institutionellen Lungenfibrose mit Ruhe-Normoxie). Nach der Bekanntmachung der Spitzenverbände gibt es für den Einsatz von Sauerstoffgeräten zur Anreicherung (Sauerstoffkonzentratoren) und zur Versorgung mit Druck- und Flüssiggas keine unterschiedlichen Indikationen. Daraus folgt, dass der betroffene Personenkreis zumindest teilweise identisch ist. Dafür spricht auch, dass die Versorgung mit Druck- und Flüssiggas in der Regel (nur) ergänzend zur Versorgung mit einem Sauerstoffkonzentrator erfolgt, so dass zumindest ein erheblicher Teil der Versicherten mit beiden Varianten der Sauerstoffgeräte versorgt ist. Dann liegt es auf der Hand, dass die Versorgung beider Gerätetypen durch einen Anbieter nicht nur für die Krankenkasse wirtschaftlicher, sondern auch für die Versicherten qualitativ besser und sicherer ist und damit der in § 127 Abs. 1 SGB V genannten Zielsetzung eher entspricht. Auch aus der gegenteiligen Annahme, nach der ein weiteres Fachlos "Sauerstoff, Druck- und Flüssiggas" wettbewerbsrechtlich zulässig wäre, folgt nicht, dass eine derartige Losaufteilung als die wettbewerbsrechtlich einzig richtige anzusehen wäre. Der Schutz von mittelständischen und kleineren Unternehmen erfordert es nicht, dass der Auftraggeber bei der Ausschreibung versuchen muss, mit einer gezielten Aufteilung in Fachlose das begrenzte Leistungsspektrum möglichst vieler kleinerer Unternehmen zu berücksichtigen. Jedenfalls dann, wenn ähnliche Produkte innerhalb einer Gruppe des Hilfsmittelkataloges ausgeschrieben werden, wird das Interesse von kleineren und mittelständischen Unternehmen durch getrennte Fachlose für jede Untergruppe einer Produktgruppe regelmäßig ausreichend gewahrt ... In Anbetracht der nach umfassender Prüfung aus den vorgenannten Gründen rechtmäßigen Fachlosaufteilung brauchte der Senat nicht zu klären, ob der Beschwerdegegnerin bei der Entscheidung über die Losaufteilung ein gerichtlich nur beschränkt nachprüfbarer Beurteilungsspielraum zugestanden hat (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. September 2004, VII Verg 38/04 [u. a.], zitiert nach juris). Der Beschwerdeführer kann hiergegen auch nicht mit Erfolg einwenden, die von ihm gewünschte Aufteilung sei in der Vergangenheit ständig auf vertraglicher Grundlage praktiziert worden. Die frühere, und nach heutigen Regeln wahrscheinlich wettbewerbswidrige, Verfahrensweise der Beschwerdegegnerin ist seit 1. April 2007 nicht mehr uneingeschränkt zulässig, weil die gesetzlichen Krankenkassen nach § 127 Abs. 1 SGB V Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln im Wege der Ausschreibung schließen können. Dabei sind, wie ausgeführt, die Bestimmungen des GWB unmittelbar anzuwenden. Eine unveränderte Fortschreibung der früheren Vertragslage ist damit grundsätzlich nicht mehr möglich. Auch sein Hinweis, wonach mehrere Angebote von formal unterschiedlichen Unternehmen abgegeben worden seien, hinter denen jeweils die Firma A. GmbH verborgen sei, ist wettbewerbsrechtlich unbeachtlich. Zutreffend hat hierzu die Beschwerdegegnerin erwidert, die Anbieter hätten auf den Firmenverbund hingewiesen und seien dem entsprechend wie ein einheitliches Unternehmen behandelt worden. Davon abgesehen betrifft diese vom Beschwerdeführer aufgeworfene Frage das Angebotsverhalten von Wettbewerbern, beschreibt aber keinen Mangel des Ausschreibungsverfahrens. Träfe es zu,

dass sich hinter mehreren Angeboten auf unterschiedliche Lose tatsächlich nur ein (Groß-)Anbieter verbirgt, wäre es Sache der Beschwerdegegnerin, solche Angebote entsprechend zusammenzufassen bzw. auszuschließen. So ist sie hier offenbar auch vorgegangen. Soweit der Beschwerdeführer ferner geltend macht, es gäbe zwar viele Anbieter für Sauerstoffkonzentratoren, aber deutlich weniger Anbieter für Flüssigsauerstoffgeräte, spricht dies nicht gegen die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung. Hierzu hat die Beschwerdegegnerin mit Recht vorgetragen, dass in der Ausschreibung ausdrücklich der Zusammenschluss zu Bietergemeinschaften oder die Begründung von Unterauftragnehmerverhältnissen zugelassen war. Der Beschwerdeführer hätte demzufolge versuchen können, seine Leistung als Unterauftragnehmer anzubieten oder im Rahmen einer Bietergemeinschaft mit einem Anbieter, der sich auf die Versorgung mit Flüssigsauerstoff konzentriert. Er hat nicht vorgetragen, dass diese Möglichkeit faktisch nicht zur Verfügung stand. Schließlich dringt er auch mit seiner Rüge, es fehlten zusätzliche Zahlen für einen Referenzzeitraum vom 1. Januar bis 31. Dezember 2007, nicht durch. Sein Vorbringen ist so zu verstehen, dass er sich auf der Grundlage der in der Ausschreibung mitgeteilten Daten außerstande gesehen hat, ein wirtschaftliches Angebot für die Versorgung mit Sauerstoff zu kalkulieren. Mit dieser Rüge ist er im Verfahren der sofortigen Beschwerde ausgeschlossen, weil er sie bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Nach der Ausschreibung war der Schlusstermin für den Eingang der Angebote der 9. Oktober 2008. Bis zu diesem Tag hat der Beschwerdeführer weder ein Angebot abgegeben noch der Beschwerdegegnerin durch Rüge mitgeteilt, dass er sich an der Abgabe eines Angebotes (auch) wegen der unzureichenden Datengrundlage gehindert sieht. Erstmals mit seinem Antrag auf Nachprüfung des Vergabeverfahrens vom 12. November 2008 hat er diesen Gesichtspunkt hervorgehoben, der wegen § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB schon in diesem Verfahren nicht und dann auch nicht im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen war. Davon abgesehen machen solche möglicherweise teilweise unvollständigen Daten die Ausschreibung nicht vergaberechtswidrig, wenn durch eine rechtzeitige Rüge ein solcher Mangel, sofern er tatsächlich bestanden hat, unverzüglich von der Beschwerdegegnerin beseitigt worden wäre. Dafür spricht hier, dass sie zahlreiche Fragen anderer Anbieter in kürzester Zeit umfassend beantwortet und dieses Ergebnis sämtlichen Anbietern auch mitgeteilt hat. Es ist kein Grund für die Annahme ersichtlich, die Beschwerdegegnerin wäre bei den vom Beschwerdeführer gewünschten Daten nicht ebenso vorgegangen. Verstöße gegen allgemeine Grundsätze der Leistungserbringung bei der Anwendung des SGB V liegen ebenfalls nicht vor. Soweit der Beschwerdeführer meint, eine ausreichende Versorgung der Versicherten sei nur durch möglichst ortsnahe Anbieter gewährleistet, befindet er sich im Widerspruch zum Wettbewerbsrecht, das eine Bevorzugung von bestimmten oder in der Region ansässigen Unternehmen gerade verhindern will. Wie bereits ausgeführt, verpflichtet § 127 Abs. 1 Satz 2 SGB V die Krankenkassen bei der Durchführung einer Ausschreibung die Qualität der Hilfsmittel sowie die notwendige Beratung der Versicherten und sonstige erforderlichen Dienstleistungen sicherzustellen und für eine wohnortnahe Versorgung der Versicherten zu sorgen. Dieser Verpflichtung ist die Beschwerdegegnerin hier dadurch nachgekommen, dass sie in der Ausschreibung ausreichende qualitative Anforderungen an die persönliche Lage des Anbieters, seine wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit sowie an seine Qualifikation gestellt hat. So war von vornherein gesichert, dass Verträge nur mit solchen Anbietern zustande kommen, die eine wirtschaftliche und in der Qualität gesicherte Versorgung der Versicherten gewährleisten können (§ 127 Abs. 1 und 2 SGB V). Eine qualitativ ausreichende und ortsnahe Versorgung der Versicherten erfordert es aber nicht, dass der Sitz des Anbieters ebenfalls ortsnah ist. Er kann seine Leistung, beispielsweise mit Hilfe von Außendienstmitarbeitern, auch bei auswärtigem oder im Ausland gelegenem Firmensitz erbringen. Schließlich hat der Beschwerdeführer auch keinen Erfolg mit dem Hinweis auf die seiner Ansicht nach zu seinen Gunsten ab 24. April 2009 durch Änderung des § 97 Abs. 3 GWB geänderte Rechtslage (Gesetz vom 20. April 2009, BGBl. I S. 790). Diese Rechtsänderung ist nach § 131 Abs. 8 des GWB in der Fassung des Gesetzes vom 20. April 2009 nicht auf Vergabeverfahren anzuwenden, die vor dem 24. April 2009 begonnen haben, einschließlich der sich an diese anschließenden Nachprüfungsverfahren sowie der am 24. April 2009 anhängigen Nachprüfungsverfahren. Hinsichtlich der übrigen vom Beschwerdeführer mit Schreiben vom 26. September 2008 gerügten Mängel, die sämtlich entweder sachlich unzutreffend oder vergaberechtlich nicht erheblich sind, wird auf die zutreffenden Ausführungen der Beschwerdegegnerin im Schreiben vom 30. September 2008 verwiesen, denen der Beschwerdeführer im Vergabenachprüfungsverfahren nicht entgegengetreten ist, und die deshalb als von ihm zutreffend zugestanden zu werten sind. Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 2 SGG i. V. mit § 154 Abs. 1 und 2 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO); die Festsetzung des Streitwertes beruht auf §§ 63 Abs. 2 Satz 1, 52 Abs. 1, 50 Abs. 2 Gerichtskostengesetz (GKG). Nach § 50 Abs. 2 GKG beträgt der Streitwert in Verfahren über die Beschwerde gegen die Entscheidung der Vergabekammer (§ 116 GWB) 5% der Bruttoauftragssumme, die sich nach den Angaben der Beschwerdegegnerin in der mündlichen Verhandlung bei der Versorgung mit Sauerstoffgeräten in Sachsen-Anhalt für das Jahr 2007 auf 2.456.000 EUR belief. Demnach war der Streitwert auf 122.800 EUR festzusetzen. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war angesichts der sachlichen und rechtlichen Schwierigkeiten des Falles notwendig (§ 128 Abs. 4 GWB i. V. mit § 80 Abs. 2 des Verwaltungsverfahrensgesetzes des Landes Sachsen-Anhalt [VwVfG LSA]). Dieser Beschluss ist nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht anfechtbar (§§ 142a, 177 SGG).

Rechtskraft
Aus
Login
SAN
Saved
2012-10-01