



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 133/11

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

wegen der Vergabe „...“ zur Versorgung der Versicherten der ... mit aufsaugenden Inkontinenzartikeln der Produktgruppe 15 und Krankenunterlagen der Produktgruppe 19 des Hilfsmittelverzeichnis (Bekanntmachungsnummer ...), hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch den stellvertretenden Vorsitzenden Leitender Regierungsdirektor Schneider, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Hagen auf die mündliche Verhandlung vom 31. Oktober 2011 am 11. November 2011 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

A.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die von der Antragsgegnerin (Ag) vorgesehene Loslimitierung sowie die ihrer Ansicht nach unzureichende Datengrundlage für die Kalkulation ihrer Angebote in denjenigen Losen, in denen sie bislang nicht Auftragnehmerin der Ag war. Die ASt hatte in der Ausschreibung des Vorauftrages (...) in vier Losen (Nordrhein-Westfalen 1, Baden-Württemberg 2, Hessen und Berlin/Brandenburg) den Zuschlag erhalten und beliefert seitdem in diesen Gebietslosen ca. ... Versicherte der Ag mit Inkontinenzprodukten. Daneben führt die ASt Mängel in der Dokumentation des Vergabeverfahrens durch die Ag an.

Die Antragsgegnerin machte ... im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften den Folgeauftrag für die Hauszustellung von Inkontinenzartikeln für ca. ... Versicherte im Rahmen eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit bekannt (Bekanntmachungs-Nr. ...). Die Grundvertragslaufzeit ist für den Zeitraum vom 1. Februar 2012 bis 31. Januar 2014 vorgesehen, optional kann der Vertrag um zwei weitere Jahre verlängert werden. Der Vertragsabschluss ist mit einem Teilnehmer pro Los beabsichtigt.

Die Ag hatte – analog zur Ausschreibung des Vorauftrages – 20 Gebietslose gebildet. Eine Angebotsabgabe war nach den Teilnahmebedingungen nur auf fünf Gebietslose zulässig.

Zur Begründung dieser Loslimitierung hatte die Ag in der Vergabeakte ausgeführt:

„ Die Abgabe von Angeboten soll für maximal 5 Lose zulässig sein.

Diese Regelung dient dazu, eine Konzentration des Marktes auf wenige große Anbieter (Oligopol) mit entsprechender Marktmacht möglichst einzuschränken.

Darüber hinaus soll verhindert werden, dass der logistische Aufwand und der Beratungsaufwand je Anbieter zu hoch werden und damit die Sicher-

stellung einer zeit- und sachgerechten Versorgung gefährden. Je größer die Zahl der zu versorgenden Patienten ist, umso größere Aufwände entstehen in der Beratung, Logistik etc.. Da es im Rahmen der letzten Ausschreibung zu Engpässen bei der Auftragsannahme und Beratung durch den Versicherten sowie bei der Auslieferung kam, soll diese Gefahr durch die Begrenzung auf 5 Losbereiche möglichst weitgehend eingeschränkt werden.

Letztlich dient die Begrenzung auf maximal 5 Lose zudem dem Schutz der Wenn ein Leistungserbringer - z.B. durch Insolvenz - die Versicherten nicht mehr beliefern kann, wären die finanziellen und verwaltungstechnischen Aufwände der ..., die durch die umgehend notwendige und kurzfristige Belieferung der Versicherten mit den notwendigen Inkontinenzmaterialien durch einen anderen Leistungserbringer entstehen, bei einem "bundesweiten Los" ungleich größer, als bei 5 von 20 Einzellosen. Hier kann bei den übrigen Ausschreibungsgewinnern aufgrund der bestehenden Kapazitäten davon ausgegangen werden, dass eine relativ zügige Belieferung einer größeren Menge an Versicherten aus einem anderen Los für eine kurzweilige Übergangszeit erfolgen kann. Außerdem müsste der Auftraggeber mit hohen finanziellen Mehraufwänden rechnen, wenn eine kurzfristige Versorgungsübernahme durch andere Leistungserbringer für eine sehr hohe Anzahl von Versicherten erfolgen müsste.

Die vorliegende Losbegrenzung auf ca. ein Drittel der zu versorgenden Versicherten (ausgehend von den 5 größten Losen) stellt das Ergebnis der Abwägung zwischen wirtschaftlichem Anreiz für Bieter und den Versorgungsrisiken des Auftraggebers dar.

Schlussendlich dient diese Regelung auch dem Schutz des Mittelstandes. Durch die vorgesehene Limitierung wird verhindert, dass ein großer Leistungserbringer auf viele Lose bietet und aufgrund der zu erwartenden großen Patienten- bzw. Einkaufsmenge und dem damit einhergehenden günstigeren Einkaufspreis die mittelständischen Anbieter keine Chance erhalten, ein vergleichbar günstiges Angebot abzugeben.“

Gemäß Ziffer 3.2.1. lit. e) der Vorgängerausschreibung ... mussten die Auftragnehmer eine Statistik/Frequenzanalyse über die Versorgung der Versicherten führen und diese der Ag quartalsweise in elektronischer Form zur Verfügung stellen. Diese Statistik sollte die Angaben der Anlage 5.3 enthalten. In dieser war die Übermittlung der Versichertennummer, der IK-Nummer des Auftragnehmers, des Datums der Verordnung, des Liefermonats, der Liefermenge und der Mengeneinheit, der Hilfsmittelpositionsnummer des Hilfsmittelverzeichnisses, der Artikelbezeichnung, des Herstellers sowie die Angabe, ob es sich um eine Erst- oder Folgeversorgung handelt, vorgesehen.

Die Bieter sollten im vorliegenden Verfahren eine monatliche Versorgungspauschale zur Abdeckung aller Leistungen für die zu versorgenden Versicherten unabhängig von der Schwere der Inkontinenz anbieten (Ziffer 6. Abs. 2 bis 4 der Vertragsbedingungen und Ziffer 2 der Leistungsbeschreibung). Die Ag hatte in der Bekanntmachung für das jeweilige Gebietslos unter dem Topos

„Menge oder Umfang“ eine ca.-Angabe der zu versorgenden Versicherten vorgenommen. Weitergehende Daten enthielten weder die Bekanntmachung noch die Vergabeunterlagen.

Als Zuschlagskriterien waren der Preis (zu 90 %) und die Qualität (zu 10 %) vorgesehen.

Die ASt rügte gegenüber der Ag mit Email vom 14. September 2011 die Loslimitierung sowie die unzureichende Kalkulationsgrundlage als vergaberechtswidrig. Mit Schreiben vom 22. September 2011 teilte die Ag mit, der Rüge nicht abhelfen zu wollen.

Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 7. Oktober 2011 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Bundes. Diesen Antrag übermittelte die Kammer der Ag am selben Tag.

Die ASt trägt vor, dass die in der Bekanntmachung von der Ag angegebene Versichertenzahl pro Gebietslos keine taugliche Kalkulationsgrundlage für die bislang von ihr nicht belieferten Gebiete darstelle. Damit verstoße die Ag gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und das Transparenzgebot sowie gegen das Verbot der Aufbüdung eines ungewöhnlichen Wagnisses. Die Angebotsabgabe sei aufgrund des Fehlens einer ordnungsgemäßen Preisermittlungsgrundlage für die Bieter jedenfalls in den Gebieten, in denen sie bislang über keine eigenen Lieferdaten verfügen, unzumutbar. Auch wenn die Verpflichtung zur Angabe sämtlicher die Preisermittlung beeinflussenden Umstände und die Rechtsfigur des ungewöhnlichen Wagnisses in der VOL/A 2009 nicht mehr ausdrücklich normiert seien, sei anerkannt, dass sie als ein Unterfall des § 8 EG Abs. 1 VOL/A bzw. des Gebotes der Nichtdiskriminierung und Transparenz weiterhin fortgelten.

Weder die reinen Versichertenzahlen noch die Übertragung der Daten aus den bisher von der ASt belieferten Gebietslosen würden der ASt eine ordnungsgemäße Kalkulation erlauben. Die ASt benötige, um verlässlich kalkulieren zu können, mindestens die Angabe des Produktmixes der Produktgruppen 15 (aufsaugende Inkontinenzartikel) und 19 (Krankenunterlagen), um Rückschlüsse auf die Schwere der Inkontinenz der zu versorgenden Versicherten ziehen zu können, sowie die Angabe der bisherigen Liefermengen und -intervalle. Der Auftragnehmer müsse sich an die Verordnung des Arztes und der darauf ausgewiesenen Produktuntergruppe (7-Steller gemäß dem Hilfsmittelverzeichnis) halten. Ebenso müsse die ASt wissen, in wie vielen Fällen der Arzt ein konkretes Produkt verordnet habe (sog. 10-Steller), da dies für die Frage der Notwendigkeit der Beschaffung von Drittprodukten entscheidend sei. Daher seien die bisherigen Verordnungen von maßgeblicher Bedeutung für die Kalkulation, ebenso die Lieferintervalle, da der Auftragnehmer das

Belieferungsintervall mit dem Versicherten individuell vereinbare. Die Häufigkeit der Belieferung sei entscheidend für die Logistikkosten. Das Verhältnis von Erst- zu Folgeversorgungen sei für die Frage der Beratungsintensität und damit die Personalkosten ausschlaggebend. Da angesichts der Marktstruktur davon auszugehen sei, dass für die Frage des Zuschlags letztlich Cent-Abweichungen der Angebotspreise den Ausschlag geben werden, sei ein möglichst vollständiges Bild von der bisherigen Leistungserbringung notwendig für die Kalkulation. Anderenfalls müsste die Ag gegebenenfalls das sich aus der ungenauen Grundlage ergebende Risiko vorsorglich höherer Preise durch Risikozuschläge tragen.

Die benötigten Daten würden der Ag auch vorliegen. Aufgrund der Verpflichtung der bisherigen Lieferanten zur Führung und Übermittlung der Frequenzstatistik in der Vorläuferausschreibung ... verfüge die Ag über elektronisch aufbereitete Access-Datenblätter der jeweiligen Auftragnehmer der Gebietslose. Diese müsse sie den Bietern nunmehr aggregiert zur Verfügung stellen. Soweit die Ag schriftsätzlich vortrage, dass die aktuellen Auftragnehmer ihrer Pflicht zur Führung und Übermittlung der Statistik nicht nachgekommen seien und die Ag daher nur über lückenhafte Daten verfüge, sei dies unmaßgeblich. Die Ag habe weiterhin einen nicht verjährten Anspruch darauf, dass ihre Auftragnehmer ihren vertraglichen Verpflichtungen Folge leisten und der Ag die entsprechenden Datenblätter gegebenenfalls nachliefern müssten. Die Ag dürfe sich daher nicht auf den Standpunkt zurückziehen, dass sie über die von der ASt begehrten Daten nicht verfüge, sondern müsse die Daten – insoweit sie sich nicht ohnehin aus den Abrechnungsdaten durch die Ag selbst ermitteln ließen – von den Auftragnehmern u.U. auch im Klageweg einfordern. Jedenfalls die ASt selbst, sowie der Auftragnehmer von Los 12 hätten ihrer Pflicht Genüge getan und die geforderten Datenblätter übermittelt. Dass die ASt dabei statt des begehrten Liefermonats den Tag des Warengangs angegeben habe, vermindere nicht die Qualität der Daten, da in jedem Fall auch der Monat erkennbar gewesen sei.

Ebenso wenig verfange die Argumentation der Ag, dass dem Rahmenvertrag immer eine gewisse Unsicherheit hinsichtlich des Auftragsvolumens anhafte. Denn das voraussichtliche Auftragsvolumen sei auch bei dieser Konstruktion den Bietern gemäß § 4 EG Abs. 1 VOL/A mitzuteilen. Daher seien die begehrten Daten auch bei einer Ausschreibung in Form des Rahmenvertrages zur Verfügung zu stellen. Letztlich könne die Ag sich auch nicht erfolgreich darauf berufen, dass die Weitergabe der Daten Betriebsinterna der bisherigen Auftragnehmer darstellten. Da die Ag im Rahmen ihrer gesetzlichen Aufgaben diese Daten erhalte und ihre Weitergabe im Vergabeverfahren zur Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes diene, erschließe sich der ASt nicht, inwiefern vergaberechtswidrige Wettbewerbsvorteile bei Preisgabe der Daten zu besorgen seien.

Darüber hinaus verstoße die von der Ag vorgesehene Loslimitierung, hier in der Form einer Gebotslimitierung, gegen das Vergaberecht. Die vorgesehene Beschränkung der Angebotsabgabemöglichkeit lediglich auf fünf der 20 Gebietslose verletze den Wettbewerbsgrundsatz. Denn trotz ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit werde der ASt verwehrt, sich an der Versorgung aller Versicherten der Ag zu beteiligen und könne sich daher nicht ihrer im Wettbewerb erarbeiteten Vorteile gegenüber ihren Konkurrenten bedienen. Betrachte man die Gebietslose als getrennt zu vergebende Einzelrahmenverträge, würde die ASt allein deswegen bei der (zeitlich späteren) Vergabe eines weiteren Einzelrahmenvertrages allein deswegen ausgeschlossen, weil sie bereits einen Auftrag erhalten habe.

Gerade im Hinblick auf die Intention des europäischen Vergaberechts, Waren- und Dienstleistungsfreiheit durch einen EU-weiten Zugang zu den Beschaffungsmärkten zu fördern, verhindere eine Loslimitierung eine vollständige Teilnahme am Wettbewerb und stelle damit ein Hindernis bei der Schaffung des gemeinsamen Binnenmarktes dar. Die Rechtsfigur der Loslimitierung sei – anders als die Ag es darstelle – in der Rechtsprechung keineswegs allgemein anerkannt. Nur in Ausnahmefällen, etwa wenn existentielle öffentliche Aufgaben (z.B. Sicherstellung eines Rettungsdienstes) oder wenigstens gewichtige Beschaffungen (Euro-Münzen/-Banknoten) betroffen gewesen seien, habe die Rechtsprechung diese Wettbewerbsbeschränkung akzeptiert. In den genannten Fallkonstellationen hätten darüber hinaus Marktgegebenheiten vorgelegen, die eine etwa zu besorgende Ersatzbeschaffung als schwierig oder gar ausgeschlossen haben erscheinen lassen. Im hier zu entscheidenden Fall liege indes keine vergleichbare Situation vor.

Die Ag stütze sich neben allgemeinen Rechtmäßigkeitserwägungen zudem ausschließlich auf den Gesichtspunkt des Mittelstandschutzes. Dieser werde allerdings schon ausreichend durch die vorgenommene Gebietslosaufteilung berücksichtigt. Ein darüber hinausgehender Schutz von kleineren und mittleren Unternehmen wäre eine unzulässige Bevorzugung dieser Unternehmergruppe, da die resultierende Privilegierung mit dem Wettbewerbs- und dem Gleichbehandlungsgebot nicht zu vereinbaren sei. Soweit die Ag in ihrer Antragserwiderung auch auf die Gesichtspunkte des allgemeinen Leistungsbestimmungsrechts des Auftraggebers, der Gleichbehandlung aller Bieter aufgrund der gleichförmigen Geltung der Loslimitierung, den Erhalt der Anbietervielfalt und der – ihrer Ansicht nach – nicht notwendigen Rechtsgrundlage abstelle, müsse die Kammer den Vortrag unberücksichtigt lassen, da er sich nicht aus der Vergabedokumentation ergebe.

Auch sachlich lägen die Ausführungen der Ag neben der Sache. Das Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers erschöpfe sich in seiner Definition des Vertragsinhaltes – hier also in der Festlegung des Beschaffungsbedarfs „Versorgung der Versicherten mit Inkontinenzartikeln“. Die Loslimi-

tierung sei von diesem Bestimmungsrecht des Auftraggebers indes losgelöst. Unabhängig von ihrer gleichförmigen Anwendung auf alle Bieter sei die Gebotslimitierung schon aufgrund der einseitigen Benachteiligung großer Unternehmen gleichbehandlungswidrig. Letztlich existiere kein Gebot, dass der Auftraggeber die Anbietervielfalt erhalten solle, weder vergabe-, noch – jedenfalls nicht für den Hilfsmittelbereich – sozialversicherungsrechtlich. Die Ag sei nicht gehalten, in die Anbieterstruktur und die Marktgegebenheiten einzugreifen, um bestehende Wettbewerbsvorteile auszugleichen. Im Übrigen gebe es derzeit ca. 21.400 Apotheken, ca. 2.500 Sanitätshäuser und ca. 800 medizinische Fachhändler, welche sich an der Versorgung der gesetzlich Versicherten beteiligen könnten. Eine Entwicklung hin zu einer Oligopolisierung des Marktes für die Belieferung mit aufsaugenden Inkontinenzprodukten sei auch vor diesem Hintergrund nicht zu erwarten.

Auch soweit sich die Ag in ihrem Vergabevermerk für die Rechtfertigung der Loslimitierung auf eine Reduktion des Verwaltungs- und Bürokratieaufwandes bei den Leistungserbringern berufe, vermöge dies den Eingriff in den Wettbewerb nicht zu rechtfertigen. Diese Argumentation „zugunsten der Bieter“ greife zu kurz. Die Bieter könnten im Gegenteil Synergieeffekte erzielen, wenn mit einer Zunahme der Versichertenzahlen durch die Akquise einer höheren Zahl von Losen zu rechnen sei. Diese Vorteile könnten die Bieter an die Ag weiterreichen, wodurch sich die Wirtschaftlichkeit verbessere. Außerdem berücksichtige diese Argumentation nicht, dass vergaberechtlich jedes Los für sich betrachtet werden müsse.

Die Minimierung des Ausfallrisikos infolge von Insolvenzen der Auftragnehmer sei zwar an sich ein tragfähiger Grund für eine Loslimitierung. Allerdings habe die Ag den sozialversicherungsrechtlichen Kontext nicht ausreichend gewürdigt. Im Unterschied zu anderen Beschaffungsgegenständen der gesetzlichen Krankenkassen verfüge die Ag bei Insolvenz des Auftragnehmers über die Möglichkeiten der Versorgung auf Basis von Kostenvoranschlägen gemäß § 127 Abs. 3 SGB V und der Umstellung auf Festbetragsabrechnungen. Interimsweise könne die Ag auch Verhandlungs- und Beitrittsverträge abschließen. Dies zeige, dass der Gesetzgeber der Ag bei den Hilfsmittelbeschaffungen ein flexibles Handlungsinstrumentarium zur Verfügung gestellt habe. Einer Loslimitierung bedürfe es daher nicht. Im Übrigen könnten auch die Apotheken, welche derzeit die Versorgung der Bevölkerung mit Inkontinenzartikeln zu ca. 56 % durchführten, problemlos die Weiterversorgung gewährleisten.

Die Ag habe im Übrigen das schärfste Schwert, eine Gebotslimitierung, statt einer ebenfalls denkbaren Zuschlagslimitierung vorgesehen. Damit setze die Limitierung schon vor der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Angebote an und könne dem Ziel der Risikostreuung schon aus diesem Grund nicht gerecht werden.

Letztlich sei die Ag auch ihrer Dokumentationspflicht nicht vollumfänglich nachgekommen. In formaler Hinsicht ließen die im Rahmen der Akteneinsicht übersandten Dokumente Mängel erkennen. So sei der Vermerk zur Losgröße bzw. Loslimitierung weder unterzeichnet noch trage er ein Datum. Darüber hinaus enthalte der Vermerk auch inhaltliche Mängel und lasse keine dezidierte Auseinandersetzung mit der Frage der Loslimitierung erkennen. Die vor Einleitung des Verfahrens (losweise zu betrachtende) Frage des Vorliegens eines ausreichenden Datengerüsts, welches den Bietern zur Verfügung gestellt werden müsse, sei ebenfalls nicht angesprochen worden, ebenso wenig wie die Möglichkeit, bei Fehlen der Daten diese nachträglich von den derzeitigen Auftragnehmern zu beschaffen. Allein diese – nicht heilbaren – formellen und materiellen Mängel müssten zur Aufhebung des Verfahrens führen. Denn diese Mängel hätten die Rechtsstellung der ASt im Vergabeverfahren beeinträchtigt. Bei ordnungsgemäßer Auseinandersetzung mit den angesprochenen Themen hätte die Ag z.B. bei der Loslimitierung erkennen können und müssen, dass deren Voraussetzungen nicht vorliegen. In diesem Fall hätte sie die Loslimitierung unterlassen und die ASt hätte ein Angebot auf alle Lose abgeben können. Die Heilung des formalen Mangels der fehlenden Erkennbarkeit des Ausstellers sei nicht möglich, da § 114 Satz 2 VwGO nur das Heilen eines inhaltlichen Mangels erlaube. Da aus der Parallelwertung zu §§ 45 Satz 1, 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG die „Nichtigkeit“ der Vergabedokumentation folge und die Heilung eines nichtigen Verwaltungsaktes nicht möglich sei, bleibe der formale Verstoß unheilbar.

Die ASt beantragt,

1. der Ag aufzugeben, den Bietern bezüglich der Lose:
 - Nr. 1 (Inkontinenzartikel/Schleswig-Holstein/Hamburg),
 - Nr. 2 (Inkontinenzartikel/Niedersachsen/Bremen),
 - Nr. 3 (Inkontinenzartikel/Niedersachsen),
 - Nr. 5 (Inkontinenzartikel/Nordrhein-Westfalen 2),
 - Nr. 6 (Inkontinenzartikel/Nordrhein-Westfalen 3),
 - Nr. 7 (Inkontinenzartikel/Nordrhein-Westfalen 4),
 - Nr. 8 (Inkontinenzartikel/Nordrhein-Westfalen 5),
 - Nr. 10 (Inkontinenzartikel/Rheinland-Pfalz/Saarland),
 - Nr. 12 (Inkontinenzartikel/Baden-Württemberg 2),
 - Nr. 13 (Inkontinenzartikel/Bayern 1),
 - Nr. 14 (Inkontinenzartikel/Bayern 2),
 - Nr. 16 (Inkontinenzartikel/Mecklenburg-Vorpommern 1),
 - Nr. 17 (Inkontinenzartikel/Mecklenburg-Vorpommern 2),
 - Nr. 18 (Inkontinenzartikel/Sachsen),

Nr. 19 (Inkontinenzartikel/Sachsen-Anhalt) und
Nr. 20 (Inkontinenzartikel/Thüringen)

die jeweils zugehörigen weiteren kalkulationsrelevanten Angaben / Daten hinsichtlich Art und Umfang der Versorgungen, dabei insbesondere Angaben hinsichtlich:

der Anteile von Erstversorgungen und Folgeversorgungen in der Gesamtversichertenanzahl;

der durchschnittlichen Versorgungsdauer im Rahmen von Erst- und Folgeversorgungen;

der durchschnittlichen Anzahl parallel zu versorgender Versicherter;

der durchschnittlichen Liefermenge und Lieferintervalle je Versichertem (z. B. monatlich oder quartalsweise);

der in der Vergangenheit bestehenden Struktur der Inkontinenzversorgung (leicht, mittel und schwer);

der in der Vergangenheit zu Lasten der Ag bzw. für ihre Versicherten abgegebenen, Artikel, aufgeschlüsselt nach den einzelnen ausschreibungsgegenständlichen Produktuntergruppen der Produktgruppe (PG) gemäß Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V;

der Anzahl der vertragsärztlichen Verordnungen über bestimmte Produkte (10-Steller) und

der Anzahl der in der Vergangenheit zu Lasten der der Ag bzw. für ihre Versicherten abgegebenen, ausschreibungsgegenständlichen Artikel der Produktuntergruppe 194005 gemäß Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V zwecks einwandfreier Preisermittlung und Angebotserstellung zur Verfügung zu stellen und die Angebotsfrist hiernach angemessen zu verlängern bzw. - für den Fall einer Entscheidung der Kammer erst nach Ablauf der Angebotsfrist - das Vergabeverfahren nach Übermittlung der entsprechenden Angaben / Daten unter angemessener Verlängerung der Angebotsabgabefrist in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen;

hilfsweise,

der Ag aufzugeben; den Bietern die nach Rechtsauffassung der Vergabekammer für eine ordnungsgemäße Kalkulation erforderlichen zusätzlichen Angaben bzgl. der vorgenannten Lose unter angemessener Verlängerung der Angebotsfrist zur Verfügung zu stellen;

2. der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren nur unter Verzicht auf die vorgesehene Loslimitierung fortzusetzen und die Angebotsfrist unter Aufgabe einer erneuten Bekanntmachung angemessen zu verlängern bzw. - für den Fall einer Entscheidung der Kammer erst nach Ablauf der Angebotsfrist - das Vergabeverfahren unter erneuter Bekanntmachung und angemessener Verlängerung der Angebotsabgabefrist in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen;
3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.
5. der ASt Akteneinsicht in die Vergabeakten nach § 111 Abs. 1 GWB zu gewähren.

Mit Schriftsatz vom 26. Oktober 2011 beantragt die ASt zusätzlich,

6. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren gemäß den Anforderungen nach § 24 EG VOL/A fortlaufend ordnungsgemäß zu dokumentieren und das Vergabeverfahren zu diesem Zweck ab dem Zeitpunkt der Bekanntmachung zu wiederholen.

Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag trägt vor, dass sie mit der Angabe der zu versorgenden Versicherten in dem jeweiligen Gebietslos den Bietern eine ordnungsgemäße Kalkulationsgrundlage zur Verfügung gestellt habe. Ein ungewöhnliches Wagnis sei – abgesehen von dessen Streichung in der VOL/A 2009 – jedenfalls damit nicht verbunden. So sei die Vorläuferausschreibung im Hinblick auf ungewöhnliche Wagnisse

oder eine nicht erschöpfende Leistungsbeschreibung beim OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17. April 2004, VII-Verg 15/08) unbeanstandet geblieben. Der Senat habe ausdrücklich die Angabe der Versicherungszahlen in den Gebietslosen ausreichen lassen. Es sei davon auszugehen, dass dies nach Streichung der Rechtsfigur des ungewöhnlichen Wagnisses erst recht ausreichen müsse.

Zwar sei zutreffend, dass die Ag in der Vorläuferausschreibung den Bietern Statistikführungs- und -übermittlungspflichten auferlegt habe. Diese beabsichtigte Sammlung von Daten habe man vor dem Hintergrund der zu erwartenden Beschwerden bei der erstmaligen Ausschreibung und der damit erfolgenden Umstellung der Versorgung der Versicherten festgelegt. Die Daten sollten somit der Qualitätskontrolle dienen und nicht als Grundlage für spätere Ausschreibungen herangezogen werden. Die Auftragnehmer hätten diese Verpflichtung aber nur unzureichend erfüllt. Die Daten seien oft erst auf mehrfache Mahnung hin geliefert worden, seien unvollständig und hätten nicht den Vorgaben der Anlage 5.3 entsprochen. Manche Bieter hätten die Daten von vornherein nicht zusammengestellt, andere nach der teilweisen Lieferung das Führen der Statistik eingestellt. Eine kontrollfähige Aufbereitung wäre daher nur mit einem hohen administrativen Aufwand, der nach Ansicht der Ag in keinem Verhältnis zu den Erkenntnisgewinnen gestanden hätte, verbunden gewesen. Daher habe man sich auch entschieden, eine erneute Verpflichtung der Bieter zum Führen und Übermitteln der Frequenzstatistik im Rahmen der neuerlichen Ausschreibung nicht mehr in den Vertrag aufzunehmen.

Die Daten seien darüber hinaus nicht belastbar. So ließe z.B. die Angabe der Produkte keinen Rückschluss auf die Schwere der Inkontinenz zu, da sie ausweislich des Hilfsmittelverzeichnisses zur Versorgung unterschiedlicher Schweregrade zugelassen seien. Ebenso würde die Auswahl des konkreten Produkts oft von der ärztlichen Verordnung abweichen. Da die Ärzte von der Produktbreite der Produktgruppe 15 oft nur eine eingeschränkte Kenntnis hätten, hätten die Auftragnehmer bei der Verordnung eines konkreten Produkts in Gesprächen mit dem verordnenden Arzt oft Änderungen erreicht, die sich nicht in dem bei der Ag vorhandenen Datenmaterial widerspiegeln. Eine händische Auswertung der Verordnungen könne nicht von ihr verlangt werden.

Ohnehin unterlägen Art und Umfang, insbesondere auch die Frage der Häufigkeit von Erst- und Folgeversorgungen, ständigen Schwankungen. Verlässliche Aussagen, wie die jeweiligen neuen Auftragnehmer die Versorgung in den kommenden Jahren zu gestalten hätten, ließen sich nicht aus den zu gewinnenden Daten ableiten. Denn letztlich sei die Kalkulation von den vom Auftragnehmer zu wählenden Produkten und von der von ihm mit dem Versicherten vereinbarten Lieferhäufigkeit und -menge abhängig. Dies sei jedoch jeweils eine eigenständige unternehmerische Entscheidung, die je nach Ausrichtung des Unternehmens sehr unterschiedlich ausfallen könnte

und damit erheblich für seine individuelle Kalkulation sei. Jedenfalls habe der Bieter einen entscheidenden Einfluss auf diese Vorgänge und Gestaltungsmöglichkeiten, die allein für ihn beherrschbar seien und damit auch kein ungewöhnliches Wagnis darstellten.

Da die von der ASt begehrten Daten im Ergebnis ein Abbild der unternehmerischen Entscheidungen der bisherigen Auftragnehmer darstellten, wie diese in der Vergangenheit ihren Vertrieb zur Versorgung der Versicherten ausgerichtet hätten, würde eine Weiterleitung der Daten an die ASt zudem die Betriebsgeheimnisse der bisherigen Auftragnehmer verletzen.

Die von der Ag vorgesehene Loslimitierung sei auch ohne ausdrückliche gesetzliche Normierung vergaberechtskonform. Die Rechtsprechung halte die Loslimitierung für ein zulässiges vergaberechtliches Mittel, welches der Auftraggeber einsetzen könne, jedoch nicht müsse. Der Auftraggeber sei zudem frei darin zu entscheiden, was er beschaffe. Die Ag habe daher den Wettbewerb von vornherein nur beschränkt durch die Loslimitierung eröffnet. Daher könne ein Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz schon im Ansatz nicht vorliegen. Ebenso wenig sei der Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt. Da alle Bieter unabhängig von ihrer Größe von der Loslimitierung betroffen seien, gelte diese Beschränkung gleichförmig für alle.

Sowohl die erkennende Kammer (Beschluss vom 12. Dezember 2008, VK 2 – 130/08) wie auch das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen (Beschluss vom 30. Januar 2009, L 21 KR 1/08 SFB) hätten daher in einer Parallelausschreibung von ableitenden Inkontinenzartikeln die Loslimitierung für zulässig erachtet. Die anerkannten Gründe der mittel- bis langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung, der Schutz des Mittelstandes, der Verhinderung von Konzentrationsprozessen sowie die Minimierung des Ausfallsrisikos für die Krankenkasse träfen auch drei Jahre nach diesen grundlegenden Entscheidungen noch zu. § 130a Abs. 8 SGB V bringe zudem zum Ausdruck, dass der Anbietervielfalt Rechnung zu tragen sei. Bei der Leistungserbringung durch lediglich einen Anbieter sei nach diesem Rechtsgedanken die ordnungsgemäße Erfüllung des Vertrages und damit die Versorgungssicherheit gefährdet. In dem höchst bedeutsamen Bereich der Daseinsvorsorge müsse die Abhängigkeit von einem Anbieter daher vermieden werden können.

Dass die Ag eine Gebots- und keine Zuschlagslimitierung als Vergabebedingung gewählt habe, liege daran, dass aufgrund der schwierigeren Handhabbarkeit der Zuschlagsverteilung bei der Zuschlagslimitierung – welche fünf Lose solle ein Bieter erhalten, der z.B. in sieben Losen Mindestbieter ist – eine höhere Wirtschaftlichkeit keineswegs gewährleistet sei. Daher habe man sich für den für die Bieter transparenteren und damit eindeutigen Weg der Gebotslimitierung entschieden.

Ein Verstoß gegen die Pflicht zur zeitnahen Dokumentation des Verfahrens liege ebenfalls nicht vor. Angesichts des frühen Verfahrensstadiums – der Nachprüfungsantrag wurde vor Ablauf der Angebotsabgabefrist gestellt – stelle die Vergabeakte nur ein vorläufiges Abbild der bislang erfolgten Verfahrensschritte, wie sie im elektronischen Workflowsystem abgelegt wurden, dar. Ein Unterschriftserfordernis unter den Vermerk ergebe sich aus § 24 EG VOL/A nicht. Auch sei unschädlich, dass der Vermerk zur Losbildung kein eigenständiges Datum trage. Das fragliche Dokument sei im Vergabevermerk eingebunden. Eine nachträgliche Erstellung, wie sie die ASt insinuiere, sei daher ausgeschlossen. Im Übrigen hätten sich etwaige Mängel auf die Rechtsstellung der ASt im Vergabeverfahren nicht nachteilig ausgewirkt. Dokumentationsmängel seien zudem nach dem Rechtsgeanken des § 114 Satz 2 VwGO im Nachprüfungsverfahren heilbar.

Der ASt wurde unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen Einsicht in die Vergabeakte gewährt.

In der mündlichen Verhandlung vom 31. Oktober 2011 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte vorzutragen.

Die Ag hat im Nachgang zur mündlichen Verhandlung auf die im Protokoll festgehaltene Aufforderung hin, zu erklären, in wie vielen Losen eine den Bedingungen des Vorauftrags entsprechende Frequenzstatistik von den Auftragnehmern vorliegt, mit Schriftsatz vom 3. November 2011 erklärt, dass nur in einem Los eine vollständige Statistik vorliegt. Zur Untermauerung ihres Vortrags reichte sie eine tabellarische Übersicht mit den von ihr festgestellten Lücken bzw. Fehlern der Statistiken bezogen auf die einzelnen Auftragnehmer ein. Darüber hinaus legte sie – ebenfalls auf der Grundlage einer entsprechenden Anforderung der Kammer – die Laufzettel des elektronischen Workflows vor. Daraus ergebe sich nach ihrem Vortrag, dass das Dokument zur Losgröße bereits unter dem 5. August 2011 zum Ausdruck gebracht wurde, dass es der elektronischen Akte angefügt werden sollte und am 6. September 2011 – mithin vor der Bekanntmachung – tatsächlich auch der Vergabeakte hinzugefügt worden sei.

Die ASt erwiderte, dass diese Ausführungen von der Ag bereits schriftsätzlich, spätestens in der mündlichen Verhandlungen hätten abgegeben werden müssen und dieses somit verspätete Vorbringen unberücksichtigt bleiben müsse. Selbst wenn in einigen Losen keine oder nur unzureichende Daten vorhanden sein sollten, hätte sich die Ag damit auseinandersetzen müssen, wie sie die Daten gegebenenfalls bei den Auftragnehmern noch beschaffen könnte. Dies habe sie jedenfalls nicht dokumentiert. Im Übrigen könne der Laufzettel vom 5. August 2011 nicht das Dokument

„Losgröße.doc“ gemeint haben, da es ausweislich seines Anlagedatums erst am 6. September 2011 erstellt worden sein.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

B.

Der zulässige Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

I. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

1. Die Vergabekammer ist nach §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB zuständig, da der ausgeschriebene Auftrag dem Bund zuzurechnen ist. Die Ag ist als Krankenkasse öffentliche Auftraggeberin nach § 98 Nr. 2 GWB (vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs. C-300/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Dezember 2007, Verg 51/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07). Gesetzliche Krankenkassen werden - jedenfalls mittelbar - durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber zur gesetzlichen Krankenversicherung und durch den Gesundheitsfonds durch den Bund finanziert (vgl. §§ 3, 2, 71 SGB V). Es kann daher dahinstehen, ob die Ag auch aufgrund der staatlichen Rechtsaufsicht (EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009 - C-300/07 (Oymanns); vgl. auch LSG NRW, Beschluss vom 26. März 2009 - L 21 KR 26/09 SFB) als dem Bund zuzurechnende öffentliche Auftraggeberin anzusehen wäre.
2. Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, da die Kosten für die Versorgung von mehr als ... Versicherten schon über die Grundlaufzeit des Vertrages den einschlägigen Schwellenwert für Warenlieferungen und Dienstleistungen i.H.v. 193.000 Euro weit überschreiten.
3. Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Der Antragsbefugnis für die streitgegenständlichen Lose im Rahmen des Antrags zu 1) steht nicht entgegen, dass die ASt keine Angebote unterbreitet hat. Sie trägt gerade vor, aufgrund der mangelhaften Kalkulationsgrundlage keine Angebote abgeben zu können. Die Richtigkeit ihres Vortrages unterstellt, droht der ASt durch die behauptete Verletzung

vergaberechtlicher Vorschriften auch die Entstehung eines Schadens, da sie sich nicht – sei es aufgrund der ihrer Ansicht nach unzureichenden Datengrundlage, sei es aufgrund der Loslimitierung – durch eine Angebotsabgabe beteiligen kann.

4. Die ASt ist ihren bestehenden Rügeobliegenheiten vollumfänglich nachgekommen.
5. Die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde ebenfalls gewahrt.

II. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

Die Angabe lediglich der Versichertenzahl pro Gebietslos verletzt die ASt nicht in ihren Rechten (dazu unter 1.). Des Weiteren ist die von der Ag vorgesehene Loslimitierung vergaberechtlich nicht zu beanstanden (dazu unter 2.). Letztlich dringt die ASt auch mit ihrem zusätzlichen Antrag zur Zurückversetzung des Verfahrens wegen unzureichender Dokumentation des Vergabeverfahrens nicht durch (dazu unter 3.).

1. Kalkulationsgrundlage

Die Ca. - Angabe der Versichertenzahl pro Gebietslos durch die Ag in der Bekanntmachung verstößt weder gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung, gegen das Gebot der Wirtschaftlichkeit und das Transparenzgebot noch – soweit dieses überhaupt noch als existent zu betrachten ist – gegen das Verbot der Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses. Ebenso wenig macht es die Angebotskalkulation für die ASt unzumutbar.

- a) Ein Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung (§ 8 EG Abs. 1 VOL/A) liegt nicht vor.

aa) Dabei kann die Kammer zunächst offen lassen, inwiefern das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung überhaupt anwendbar ist, wenn dem Bieter kalkulatorische Risiken durch das Unterlassen der Mitteilung von preiserheblichen Umstände aufgebürdet werden. Nach dem Wegfall des § 8 Abs. 1 Nr. 3 VOL/A 2006 und somit der – zumindest formalen – Streichung der Rechtsfigur des ungewöhnlichen Wagnisses ist die Frage der Fortgeltung in anderen Normen streitig. Teilweise (vgl. VK Sachsen, Beschluss vom 10. Mai 2005, 1/SVK/009-11) wird vertreten, dass das Abwälzen ungewöhnlicher Wagnisse die Leistungsbeschreibung per se uneindeutig werden lasse. Nach Ansicht des

OLG Düsseldorf (vgl. Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11) ist diese Folge indes nicht zwingend. Das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung soll vielmehr dazu führen, dass die zu erbringende Leistung oder der geschuldete Erfolg klar beschrieben wird. Die Bieter sollen wissen, was sie anbieten müssen. Von dieser inhaltlichen Frage zu unterscheiden ist jedoch, wie viel die Bieter anbieten müssen und gegebenenfalls auch wann. Für den hier zu entscheidenden Fall bedeutet dies, dass die von der ASt begehrten Angaben zu den Liefermengen und –zeiträumen bei den einzelnen Versicherten schon tatbestandlich nicht unter das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung fallen dürften.

Ebenso ist das ehemalige Gebot nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A 2006, wonach, um eine einwandfreie Preisermittlung zu ermöglichen, alle die Preiskalkulation beeinflussenden Umstände in den Verdingungsunterlagen (Vergabeunterlagen oder Vertragsbedingungen) anzugeben sind, gestrichen worden.

bb) Denn selbst wenn man zugunsten der ASt von einer Subsumtionsmöglichkeit unter den § 8 EG Abs. 1 VOL/A ausgeht (vgl. Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, Rn. 27 zu § 8 EG VOL/A), dass kalkulatorische Risiken bzw. Preisermittlungsumstände im Einzelfall auch das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung tatbestandlich tangieren können – hier etwa in Bezug auf die Schweregrade der Inkontinenz und die dann zu liefernden Produkte –, liegt ein Verstoß im konkreten Fall nicht vor.

Schon hinsichtlich der Vorläuferausschreibung hatte das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 17. April 2008, VII-Verg 15/08) entschieden, dass die Angabe der Versichertenzahlen pro Gebietslos hinreichend für die Kalkulationsmöglichkeit der Bieter ist und die Bildung des Angebotspreises auf dieser Grundlage kein ungewöhnliches Wagnis darstellt. Dieses Erkenntnis gilt in Bezug auf das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung entsprechend.

Soweit der Senat im damaligen Fall ausgeführt hat, dass „nicht unter Beweis steht, dass die Antragsgegnerin über die von der Antragstellerin geforderten Daten verfügt“ zwingt dies nicht zu einer andern Beurteilung des hier zu entscheidenden Falles. Denn die Ag verfügt auch nicht über die von der ASt begehrten Daten. Nach der von der Ag vorgelegten und der ASt im Rahmen der Akteneinsicht im Nachgang zur mündlichen Verhandlung zur Verfügung gestellten Tabelle

liegt lediglich in einem der 16 streitgegenständlichen Gebietslose eine vollständige Frequenzstatistik vor.

Im Übrigen liegen die Daten nicht vor; es bestehen lediglich vertragliche Ansprüche der Ag auf Lieferung der Frequenzstatistik. Die Ag ist jedoch nicht darauf zu verweisen, dass sie die Daten – notfalls gerichtlich – von den derzeitigen Auftragnehmern einfordern und dann den Bietern im laufenden Vergabeverfahren zur Verfügung stellen muss. Zum einen geht die Rechtsprechung davon aus, dass der Auftraggeber allenfalls die bei ihm in seinem Geschäftsbereich bekannten oder feststellbaren Daten im Vergabeverfahren zur Verfügung stellen muss (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Dezember 2007, VII-Verg 35/07).

Zum anderen geht die ASt in ihrer Annahme, die Daten wären unproblematisch und einfach von den Auftragnehmern auf der Grundlage der vertraglichen Verpflichtung zu erlangen, fehl. Dass die derzeitigen Auftragnehmer die Datenblätter zwar erstellt, die Frequenzstatistik aber lediglich nicht an die Ag gesendet hätten, ist keine lebensnahe Annahme. Nach dem Vortrag der Ag in der mündlichen Verhandlung ist vielmehr davon auszugehen, dass die Auftragnehmer – (teilweise) von vornherein und andere im Laufe der Leistungserbringung – die Daten nicht mehr erstellt und elektronisch zusammengeführt haben. Es ist kaum anzunehmen, dass die Auftragnehmer mit entsprechendem Personaleinsatz einen „Datenfriedhof“ bei sich anlegen wollten. Die Anforderung der nachträglichen Erstellung und anschließende Übersendung der Daten und gegebenenfalls die gerichtliche Geltendmachung dieses Anspruches würden das Vergabeverfahren im Übrigen über Gebühr und damit unzumutbar verzögern.

Eine Zusammenstellung zumindest der bei der Ag aufgrund der Abrechnungen vorhandenen Daten würde bei den hier zu versorgenden 112.000 Versicherten und einer quartalsweise Abrechnung bezogen auf die der Ag bislang wohl vorliegenden Abrechnungszeiträume 2008 bis Mitte 2010 zu einer Auswertung von über 1 Mio. Datensätzen führen. Dass sich die Ag angesichts der lückenhaften Lieferung ihrer Auftragnehmer und zur Ersparung eigener Kosten nicht dafür entschieden hat, die vorhandenen Daten des einen Loses (Nr. 12) zu übernehmen und die anderen 19 Lose selbst zu generieren und stattdessen Sicherheitsaufschläge der Bieter in Kauf zu nehmen, ist betriebswirtschaftlich jedenfalls nachvollziehbar und vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Ebenso ist es nachvoll-

ziehbar, dass die Ag nicht die Daten des fraglichen Loses 12 und die von der ASt gelieferten Daten in der Ausschreibung zur Verfügung gestellt hat. Selbst wenn man den Wettbewerb losweise betrachtet, hätte eine entsprechende Datengrundlage angesichts der Beschränkung der Angebotsabgabemöglichkeit gerade auf fünf Lose tendenziell eine Sogwirkung zu Lasten der anderen Lose entwickeln können.

- b) Ein über diese Betrachtungen hinausgehender Verstoß gegen das Verbot der Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse liegt schon deshalb nicht vor, weil – wie das OLG Düsseldorf nunmehr klargestellt hat (Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11) – mit der Streichung des § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A 2006 formal das Verbot der Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse kein geltender Rechtsgrundsatz mehr ist und allenfalls ein „Weiterleben“ dieses Rechtsgedankens in anderen Normen zu prüfen wäre.
- c) Ein Verstoß gegen den Wettbewerbs- oder den Transparenzgrundsatz scheidet ebenfalls aus. Dafür, dass ein erheblicher Teil der Marktteilnehmer aufgrund der für sie untragbaren Risiken kein Angebot eingereicht hat, ist nichts ersichtlich. Angesichts der der Kammer vorgelegten preislichen Auswertung der eingegangenen Angebote lässt sich eine rege Teilnahme an der Ausschreibung über alle Gebietslose hinweg ablesen. Im Übrigen war die ASt das einzige Unternehmen, welches die Unkalkulierbarkeit des Angebotspreises für bislang nicht belieferte Gebiete gerügt hat. Darüber hinaus ist die Leistung jedenfalls so klar beschrieben, dass man als erfahrener Marktteilnehmer auch den Leistungsumfang dem Grunde nach kennen konnte. Daraus stellt sich das Risiko für die Unternehmen auch hinreichend deutlich dar. In der Leistungsbeschreibung sind die Bieter ausdrücklich darauf hingewiesen worden, dass die monatliche Pauschale unabhängig von der Schwere der Inkontinenz erfolgen solle. Das gegebenenfalls durch Zuschläge zu kalkulierende Risiko wurde damit angesprochen und war im Übrigen für jeden fachkundigen Bieter ohne weiteres erkennbar.
- d) Letztlich ist auch die Angebotsabgabe für die ASt nicht unzumutbar (vgl. zum zusätzlichen Kriterium der Zumutbarkeit BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07; OLG München, Beschluss vom 22. Januar 2009, Verg 26/08, OLG Dresden, Beschluss vom 2. August 2011, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11).

Die ASt verfügt aufgrund der Belieferung von annähernd ... Versicherten in den vier Gebietslosen (Nordrhein-Westfalen 1, Baden-Württemberg 2, Hessen und Berlin/Brandenburg) und damit von mehr als einem Viertel der Inkontinenzpatienten der Ag über den größten Erfahrungswert aller teilnehmenden Bieter. Auch sind diese Gebietslose über die gesamte Republik verteilt. Es ist nicht substantiiert vorgetragen worden oder sonst ersichtlich, dass – etwa aufgrund regionaler Besonderheiten – eine Übertragung dieser statistischen Daten auf die anderen Gebietslose von vornherein ausgeschlossen ist. Im Gegenteil hat die ASt selbst dargelegt, dass in den von ihr belieferten Gebieten eine Schwankungsbreite der Inkontinenz-Schweregrade von (lediglich) vier Prozent vorliegt. Demzufolge liegen die Unterschiede ihres eigenen Angebotspreises in den von ihr bebotenen Gebietslosen auch nur im Cent-Bereich.

Im Übrigen hängt nach dem insoweit unstreitigen Vortrag der Verfahrensbeteiligten die Kalkulation des Bieters von den Ergebnissen der Beratung des Auftragnehmers mit dem zu beliefernden Patienten und den sich daraus ergebenden Lieferintervallen, der Lagerkapazität beim Versicherten und dem einzusetzenden Produkt ab. Auf diese Ergebnisse nimmt der spätere Auftragnehmer mit seiner Beratung maßgeblichen Einfluss. Je nach seiner Produktpalette bzw. der Auswahl hieraus ergeben sich unterschiedliche Lieferintervalle und gegebenenfalls auch –mengen. Die Daten der Vorauftragnehmer zu den bisherigen Lieferungen hängen dementsprechend von deren betriebswirtschaftlichen Entscheidungen und deren Produktpalette ab und müssen daher nicht zwangsläufig in eine gleichförmige Lieferpraxis des späteren Auftragnehmers münden. Vielmehr wird dieser gegebenenfalls versuchen, diese bisherige Praxis auf seine eigene unternehmerische Ausrichtung hin zu optimieren. Ob ihm dies gelingt, ergibt sich nicht aus den Daten, sondern erst nach Vertragsschluss aus den Beratungsgesprächen mit den Versicherten. Die Daten der Vorauftragnehmer stellen daher kein „must have“ dar, ohne die ein Bieter kein Angebot abgeben kann.

Letztlich muss auch die Wertung des Normgebers bei der Schaffung des Instrumentariums der Rahmenvereinbarung bei der Zumutbarkeitsprüfung beachtet werden. Ungewissheiten sind dieser immanent. Dass diese durch Risikozuschläge seitens der Bieter abgedeckt werden – worauf die ASt selbst hinweist –, ist eine Kostenfolgenabschätzung, die im Verantwortungsbereich des Auftraggebers liegt. Die Kammer ist nicht befugt, dem Auftraggeber, jedenfalls solange die Vergleichbarkeit der Angebote im Übrigen gewährleistet bleibt, im Nachhinein eine für ihn letztlich günsti-

gere Ausschreibungsvariante vorzuschreiben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11).

2. Loslimitierung

Die von der Ag vorgesehene Beschränkung der Angebotsabgabemöglichkeit auf fünf von 20 Gebietslosen ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Wie die erkennende Kammer bereits in einer Parallelausschreibung zu ableitenden Inkontinenzartikeln bei einer insoweit mathematisch ähnlichen Relation (acht von 50 Gebietslosen) entschieden hat (vgl. VK 2 – 130/08, Beschluss vom 12. Dezember 2008, nachfolgend Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Januar 2009, L 21 KR 1/08 SFB), dient eine Loslimitierung sowohl der mittel- und langfristigen Sicherstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung im Wettbewerb als auch der Minimierung des Ausfallrisikos für den Auftraggeber (vgl. dazu grundlegend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2000, Verg 6/00). Die von der Ag schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung angeführten Gründe für die Einführung der Limitierung sind neben den in der Vergabeakte dokumentierten Gründen von der Kammer im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Zwar vermag der Schutz des Auftragnehmers vor zu großen Belastungen durch zu hohen Verwaltungs- und Beratungsaufwand nicht zu überzeugen. Zu Recht wendet die ASt dagegen ein, dass der jeweilige Auftragnehmer gerade ein hohes Interesse habe, seine vorhandenen Kapazitäten auszulasten, um Synergien zu generieren. Insoweit muss der Auftragnehmer jedoch nicht geschützt werden. Soweit Bieter ihren Beratungspflichten in der Vergangenheit nicht nachgekommen sein sollten, wäre dies durch entsprechende Eignungsanforderungen und/oder Sanktionsmechanismen aufzufangen gewesen.

Jedenfalls rechtfertigt der Schutz der Ag vor einem Ausfall – im Extremfall bei Gewinn aller Lose durch ein (Groß)Unternehmen – des einzigen Auftragnehmers infolge dessen Insolvenz und der dann notwendigen Umstellung der Versorgung die Vergabebedingung „Loslimitierung“. Denn die Ag muss sich – so aber der Vortrag der ASt – nicht darauf verweisen lassen, dass bei Ausfall des (einzigen) Auftragnehmers zumindest mehr als die Hälfte der Lieferung durch die Apotheker gewährleistet sei und im Übrigen die sozialrechtlichen Mechanismen die Versorgung auf Basis von Kostenvoranschlägen gemäß § 127 Abs. 3 SGB V und die Umstellung auf Festbetragsabrechnungen vorsähen, oder gar darauf, dass gegebenenfalls auch interimswise Verhandlungs- und Beitrittsverträge abgeschlossen werden könnten. Dass die Ag diesen (hypothetischen) Mehraufwand jedenfalls zu reduzieren versucht, ist ihr nicht zu verwehren.

Auch dass die ASt sich hinsichtlich des zu schützenden Unternehmenskreises lediglich mit dem Mittelstand und nicht mit dem Schutz großer Unternehmen und der Auswirkung der Loslimitierung auf deren Wettbewerbsmöglichkeiten auseinandergesetzt hat, macht die Loslimitierung nicht vergaberechtswidrig. Gesetzgeberischer Auftrag in § 97 Abs. 3 GWB ist allein der Schutz mittelständischer Interessen. Die Zielvorgabe des Gesetzgebers hat die Ag zu Recht als Ausgangspunkt genommen und die möglichen Auswirkungen auf Großunternehmen allenfalls am Rande bei der Abwägung des Interesses an der wirtschaftlichen Beteiligung und der Begründung der Beschränkung auf gerade fünf Lose angedeutet. Unschädlich ist auch, dass bislang keine oligopolistische Marktstruktur erkennbar ist. Die Loslimitierung soll eine derartige Struktur gerade verhindern und muss nicht so lange zurückgehalten werden, bis „das Kind in den Brunnen gefallen ist“ oder jedenfalls das Oligopol zum Greifen nahe ist.

Der von der ASt angeführten Spruchpraxis und Rechtsprechung (VK Brandenburg, Beschluss vom 23. Februar 2010, VK 8/10; VK Sachsen, Beschluss vom 5. März 2007, 1/SVK/006-07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2000, Verg 6/00 und Beschluss vom 27. Oktober 2010, VII-Verg 47/10) lässt sich auch kein Verständnis dahingehend entnehmen, dass eine Loslimitierung nur dann eingesetzt werden dürfe, wenn Beschaffungen im Bereich existentieller öffentlicher Aufgaben (Sicherstellung eines Rettungsdienstes) oder wenigstens gewichtige Beschaffungen (Euro-Münzen/Banknoten) anstünden. Abgesehen davon, dass die Versorgung von Inkontinenzpatienten mit Hilfsmitteln keine unbedeutende Beschaffung – weder aus Sicht der Ag noch aus der Sicht der Versicherten – darstellen dürfte, hatte der Vergabesenat in der zitierten grundlegenden Münzplättchen-Entscheidung vom 15. Juni 2000 über einen Verstoß gegen die vom Auftraggeber eigentlich bekannt gegebene Loslimitierung zu befinden. Im Rahmen der Auseinandersetzung mit der Frage, welche Schutzrichtung die Loslimitierung hatte, brachte der Senat zum Ausdruck, dass es sich zwar um einen bedeutsamen Geschäftsbereich der Bundesrepublik Deutschland handle, den die Loslimitierung schützen solle. Allerdings könne sich dennoch ein Bieter bei Verstoß gegen die – so der Senat einleitend – sowohl nach § 97 Abs. 3 GWB als auch nach § 5 Nr. 1 und Nr. 2 VOL/A (2006) zulässige Vergabebedingung „Loslimitierung“ auf diesen berufen. Der Senat hat daher in dieser Entscheidung keineswegs zum Ausdruck gebracht, dass die Loslimitierung überhaupt nur bei „staatserhaltenden“ oder besonders gewichtigen Vergabeverfahren zum Einsatz kommen dürfe, sondern lediglich den im Ergebnis bejahten bieterschützenden Charakter der Vergabebedingung im konkreten Fall herausgearbeitet.

Die vergaberechtliche Vorgabe, wirtschaftlich und im Wettbewerb zu beschaffen, schließt auch nicht aus, dass die Ag eine Loslimitierung einsetzen darf. Dies gilt insbesondere dann, wenn das entsprechende Risiko – wie im vorliegenden Fall – erst dadurch entsteht bzw. beträchtlich erhöht wird, dass der Vergabevorgang im Übrigen so ausgestaltet ist, dass mit besonders wirtschaftlichen Angeboten zu rechnen ist. Abgesehen davon, dass die Kammer der Ag ohnehin nicht eine möglichst billige Ausschreibungsvariante aufzubrechen darf, ist nach dem eigenen Vortrag der ASt der Wettbewerb so intensiv, dass eine Auswahlentscheidung der Ag aufgrund preislicher Unterschiede im Cent-Bereich erfolgen werde. Da die Ag ... aufgrund ihres Nachfragevolumens jedenfalls kein unmaßgebliches Auftragsvolumen exklusiv in den einzelnen Gebietslosen vergibt und der Vertrag (wegen der Verlängerungsoption) eine Laufzeit von vier Jahren haben könnte, ist der Anreiz, „scharf“ zu kalkulieren, besonders hoch. Gerade ein großes Unternehmen könnte daher seine Skalenvorteile nutzen, um am Rande seiner Grenzkosten kalkulierend gegebenenfalls alle Gebietslose auf sich zu vereinen. Dies hätte – im Sinne der Argumentation der ASt – für den hypothetischen Alleingewinner in der nächsten Ausschreibungsrunde auch den Vorteil, als einziger über alle Belieferungsdaten zu verfügen. Daher ist die Möglichkeit eines einzelnen Gewinners und die Gefahr des Eintritts in ein „Hoflieferantentum“ nicht von der Hand zu weisen. Demzufolge ist auch die Folgegefahr, dass bei Ausfall dieses einen Gewinners entweder auf sozialversicherungsrechtliche Notfallszenarien zurückgegriffen werden oder letzten Endes neu ausgeschrieben muss, jedenfalls latent vorhanden. Dem begegnet die von der Ag vorgesehene Loslimitierung.

Dass die Ag im Rahmen der Definition ihrer Vergabebedingungen keine Zuschlagslimitierung, sondern eine Gebotslimitierung eingeführt hat, begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken. Es steht – wie die Ag zutreffend in der mündlichen Verhandlung ausgeführt hat – nicht fest, dass dieses alternative Modell für sie zu wirtschaftlicheren Ergebnissen geführt hätte. Zudem hätte sich die vergaberechtliche Frage gestellt, wie unter Wahrung des Transparenzgrundsatzes die Verteilung der Zuschläge hätte erfolgen sollen, wenn ein Bieter in mehr als fünf Losen den Zuschlag hätte erhalten können. Wenn die Ag sich bei der Definition der Vergabebedingung für den transparenteren, statt für den u.U. wirtschaftlicheren Weg entscheidet, ist dies hinzunehmen.

Letztlich verstößt die Loslimitierung auch nicht gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz. Sie gilt gleichermaßen für große, mittlere und kleine Unternehmen. Kleine und mittlere Unternehmen könnten sich durch die Bildung von Bietergemeinschaften zu der Fähigkeit

aufschwingen, alle Lose zu bebiehen und wären dann gleichermaßen von der Limitierung betroffen wie Großunternehmen wie die ASt.

3. Dokumentation

Die Ausschreibung leidet überdies nicht an einem Dokumentationsmangel, der zur Wiederholung des Verfahrens zumindest ab der Aufforderung zur Angebotsabgabe nötigte. Soweit überhaupt ein Verstoß gegen § 24 EG VOL/A zu bejahen sein sollte, folgt aus ihm kein Schaden der ASt.

Nach § 24 EG Abs. 1 VOL/A sind die einzelnen Stufen des Verfahrens, die Maßnahmen, die Feststellung sowie die Begründung für die einzelnen Entscheidungen zeitnah zu dokumentieren. Sinn der Dokumentationspflicht ist es, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Nachprüfungsinstanzen als auch für die Bieter überprüfbar zu machen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Juli 2007, VII-Verg 10/07). Entgegen der Auffassung der ASt bleibt die seitens der Ag vorgenommene Dokumentation weder in formaler noch in inhaltlicher Hinsicht hinter diesen Anforderungen zurück.

- a) Die Dokumentation ist entgegen der Auffassung der ASt nicht schon deshalb fehlerhaft, weil der Vergabevermerk keine handschriftliche Unterschrift, bzw. der Vermerk zur Losgröße und -limitierung keine Unterschrift oder ein Datum trägt.

In § 24 EG Abs. 1 VOL/A wird eine fortlaufende Dokumentation gefordert und in seinem Abs. 2 ein Mindestumfang vorgeschrieben. § 24 EG VOL/A regelt demgegenüber kein bestimmtes Formerfordernis, insbesondere keine Schriftform, zu deren Erfüllung es nach § 126 BGB einer Unterschrift bedürfte. Zwar ist aufgrund der Beweissicherungsfunktion regelmäßig die Unterschrift und die Angabe des Datums ratsam. In einem elektronischen Workflow-System, wie es die Ag im vorliegenden Vergabeverfahren eingesetzt hat, in dem jeder Nutzer und dessen Tätigkeit minutiös in Logfiles protokolliert werden, kommt der Unterschrift und dem Datum jedoch keine zusätzliche Beweisfunktion zu. Der Ausdruck auf elektronischen Medien gespeicherter Dokumente, auf denen wie hier jedenfalls im Ausgangsdokument die Vergabestelle angegeben und die Ausschreibungsnummer durchgängig verwendet werden, genügen den Zwecken des § 24 EG VOL/A, selbst wenn sie nicht handschriftlich unterschrieben sind. Jedenfalls steht zur Überzeugung der Kammer nach den vorliegenden Logfiles fest, dass eine Dokumentation der Wahl der Losgröße und der Loslimi-

tierung durch einen Mitarbeiter der Ag vor der Bekanntmachung stattgefunden hat – unabhängig von der insoweit nicht entscheidungserheblichen Frage, ob das Dokument bereits am 5. August oder erst am 6. September 2011 eingebunden worden ist.

Eine Parallelwertung zu den Nichtigkeitsvorschriften der §§ 44, 45 VwVfG für Verwaltungsakte – wie sie die ASt vorträgt – vermag die Kammer nicht zu ziehen. § 44 Abs. 2 Nr. 1 VwVfG verlangt selbst keine Unterschrift, sondern nur, dass die erlassende Behörde erkennbar sein muss. Die Erkennbarkeit ist durch die Angabe der Vergabestelle im Vergabevermerk jedenfalls gewahrt. Dies gilt umso mehr dann, wenn ein Ausdruck des Vergabevermerks einschließlich umfangreicher Logfiles – wie hier – als Teil der Vergabeakte der Kammer zusammen mit einem handschriftlich unterschriebenen Anschreiben übersandt werden, der Auftraggeber schriftsätzlich auf diese Dokumente Bezug nimmt und kein Zweifel daran bestehen kann, dass er sie als das Vergabeverfahren dokumentierende Unterlagen gegen sich gelten lassen will (so ausdrücklich die von der ASt in Bezug genommene Entscheidung der VK 2 – 80/11 vom 30. September 2011; anders ohne Begründung: OLG München, Beschl. V. 15. Juli 2005, Verg 14/05). Anders könnte die Entscheidung allenfalls dann ausfallen, wenn mangels Namen und Datum nicht zugeordnet werden kann, ob z.B. ein wesentlicher Verfahrensschritt, wie etwa die Wertung des Angebots, von einem eingeschalteten Planungsbüro oder von der Vergabestelle selbst vorgenommen wurde, oder ob die Präsentationsbewertung tatsächlich zeitnah von einem Prüfer des Auftraggebers oder erst nachträglich von dritter Seite erstellt wurde. Eine derartige Sachverhaltskonstellation ist hier indes nicht gegeben.

- b) Die Dokumentation der Ag ist auch nicht in Bezug auf die fehlende Auseinandersetzung mit der Kalkulationsgrundlage oder die unzureichende Rechtfertigung der Loslimitierung in materieller Hinsicht fehlerhaft. Selbst wenn man über die von der ASt diesbezüglich angeführten Vergaberechtsverstöße hinaus einen isolierten Dokumentationsmangel in diesen Lücken erkennen wollte, ist dieser Mangel zum einen im Laufe des Nachprüfungsverfahrens jedenfalls geheilt worden, zum anderen hat er die ASt nicht geschädigt.

Die Ag hat im Nachprüfungsverfahren dargelegt, weshalb aus ihrer Sicht – nach den obigen Ausführungen im Ergebnis zutreffend – den Bietern nur die Versichertenzahl pro Gebietslos mitgeteilt wurde. Gleiches gilt für die Begründung der Loslimitierung,

soweit sie über die bereits im Vermerk zur Losgröße und –limitierung von der Ag gegebene Begründung hinausgeht. Ein solches Nachschieben von Gründen für die getroffenen Entscheidungen ist entsprechend der gesetzgeberischen Wertung in § 114 S. 2 VwGO, wonach die Heilung unterlassener oder fehlerhafter Ermessenserwägungen im laufenden Verwaltungsgerichtsprozess möglich ist, auch im Vergabenaachprüfungsverfahren grundsätzlich zu billigen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26. November 2008 – VII-Verg 54/08; vgl. auch Beschl. v. 10. September 2009 – VII-Verg 12/09; Beschl. v. 22. Oktober 2009 – VII-Verg 25/09; gegen überhöhte Dokumentationsanforderungen auch Beschl. v. 9. Juni 2010 – VII-Verg 5/10; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschl. v. 21. September 2009 – VK 2 – 126/09; Beschl. v. 22. Dezember 2009 – VK 2 – 204/09; Beschl. v. 30. September 2010 – VK 2 – 80/10). Es wäre ein unnötiger Formalismus und führte zu einer sachlich nicht zu rechtfertigenden Verzögerung der Auftragsvergabe, wenn die Nachprüfungsinstanzen eine mittlerweile fehlerfrei begründete Entscheidung des Auftraggebers allein deshalb aufheben müssten, weil diese die Entscheidung rechtfertigenden Erwägungen im Vergabevermerk zunächst keinen Niederschlag gefunden haben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 26. November 2008 – VII-Verg 54/08). So hat das OLG Düsseldorf gerade in Bezug auf die Dokumentation der Losbildung in seinem Beschluss vom 8. September 2011 (VII-Verg 48/11) ausgeführt, dass es diesbezüglich auf den Zeitpunkt nicht ankomme. Denn die Ag wäre nicht gehindert, bei einer wegen des Dokumentationsmangels angeordneten Aufhebung oder Wiederholung des Vergabeverfahrens erneut von einer Fachlosbildung abzusehen (allerdings bei nunmehr ordnungsgemäßer Dokumentation), weil ihre Entscheidung in der Sache nicht zu beanstanden ist. So liegen die Dinge auch hier (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Januar 2011 - VII-Verg 63/10; Beschluss vom 23. März 2011 - VII-Verg 63/10).

Unabhängig von dem Vorstehenden haben die vorgetragenen Dokumentationsmängel jedenfalls zu keinem Nachteil der ASt geführt. Da die von der Ag getroffenen Entscheidungen nach den obigen Ausführungen in der Sache berechtigt waren, vermögen etwaige Dokumentationsmängel die Rechtsposition der ASt nicht zu beeinträchtigen.

Nach alledem war der Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen.

C.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1, 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeit anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben. Im Übrigen ist auch aus Gründen der Waffengleichheit gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten notwendig gewesen.

D.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer 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.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

