



Bundesversicherungsamt

Eingegangen

27. NOV. 2014

IRLE MOSER LLP

Bundesversicherungsamt · Friedrich-Ebert-Allee 38 · 53113 Bonn

IRLE MOSER LLP
z.Hd. Herrn Rechtsanwalt Dr. Irle
Unter den Linden 32-34
10117 Berlin

HAUSANSCHRIFT Friedrich-Ebert-Allee 38
53113 Bonn

TEL +49 (0) 228 619 - 1603

FAX +49 (0) 228 619 - 1872

E-MAIL German.Schneider@bva.de

INTERNET www.bundesversicherungsamt.de

BEARBEITER(IN) Herr Schneider

DATUM 27. November 2014

AZ 114 - 59042.700 - 2557/2014
(bei Antwort bitte angeben)

**Ausschreibung „Regionale Pressearbeit“ der BIG direkt gesund (BIG)
Einhaltung von vergaberechtlichen Bestimmungen**

**Bisherige Korrespondenz; zuletzt unser Schreiben vom 10. November 2014
Ihr Zeichen: 518-14/CW/cg**

Sehr geehrter Herr Rechtsanwalt,
sehr geehrte Damen und Herren,

unter Bezugnahme auf Ihr - auch per Fax übermitteltes - Schreiben vom 26. August 2014, in dem Sie eine Fachaufsichtsbeschwerde gegen die BIG direkt gesund wegen der Ausschreibung „Regionale Pressearbeit“ einreichten, teilen wir Ihnen mit, dass wir eine Stellungnahme der BIG direkt gesund erhalten haben.

Nach Ihrer Auffassung hatte die BIG direkt gesund bei der o.g. Ausschreibung in sachlich nicht gerechtfertigter Weise den möglichen Kreis der Teilnehmer eingeschränkt. Denn in der Bekanntmachung zum Dienstleistungsauftrag wurde verlangt, dass die Bieter als Eignungsvoraussetzung mindestens einen Referenzauftrag für eine gesetzliche Krankenkasse nachweisen sollten. Da es kaum Agenturen gebe, die allein in einem bestimmten Themengebiet tätig sind, bestanden aus Ihrer Sicht für den geforderten Eignungsnachweis keine sachlichen Gründe. Die Agenturen seien es gewohnt, sich in fremde Themenkomplexe einzuarbeiten. Durch die Einschränkung auf eine Agentur, die bereits Erfahrungen in der Arbeit mit gesetzlichen Krankenkassen hatte, habe ohne sachliche Rechtfertigung eine Diskriminierung von möglichen Teilnehmern stattgefunden.

Sie berufen sich hierbei auf den Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg vom 18. November 2011 (VgK-50/2011), in dem entschieden worden war, dass der Nachweis der Fachkunde durch die Vorlage von Referenzobjekten abgefragt werden konnte, jedoch eine Beschränkung auf gleichartige Leistungen problematisch war. Denn je enger der Kreis der zugelassenen Referenzobjekte gezogen wurde, desto intensiver war der vom öffentlichen Auftraggeber bewirkte Eingriff in den freien Wettbewerb und desto höhere Anforderungen waren an die auftragsbezogene sachliche Rechtfertigung dieses einschränkenden Fachkundemerkmals zu stellen.

Mit Schreiben vom 9. Oktober 2014 teilte die BIG direkt gesund mit, dass während des gesamten Vergabeverfahrens keine Fragen, Hinweise, Rügen oder Ähnliches zu den von Ihnen aufgeworfenen Fragen eingegangen sind.

Gegenstand des Auftrags war die Vergrößerung des Bekanntheitsgrads der BIG direkt gesund bei den Meinungsmachern und potentiellen Kunden durch Öffentlichkeitsarbeit, wobei durch den Auftragnehmer unter anderem Pressemeldungen und Advertorials erstellt werden sollten. Um diesen Anforderungen gerecht werden zu können, habe der künftige Auftragnehmer schon von Auftragsbeginn an Kenntnis der gesetzlichen Rahmenbedingungen mit den grundlegenden Entwicklungen der letzten Jahre und Kenntnis der Marktentwicklungen und Marktteilnehmer müssen.

Die von Ihnen angeführte Fähigkeit aller Agenturen, sich in fremde Themenkomplexe einzuarbeiten zu können, war aus Sicht der BIG direkt gesund für den hier ausgeschriebenen Auftragsgegenstand nicht ausreichend. Denn die Krankenkasse habe einen Auftragnehmer gesucht, der die BIG direkt gesund, ohne Einarbeitung in die geforderten Fachkenntnissen, von Auftragsbeginn an fachkompetent beraten sollte. Denn auch mit den geforderten Fachkenntnissen müsste sich der Auftragnehmer in die besondere Situation der BIG direkt gesund als Direktkrankenkasse einarbeiten.

Bei der Ausschreibung „Regionale Pressearbeit“ handelte es sich um eine geistig-schöpferische Dienstleistung, über deren Vergabe im Rahmen einer wertenden Prognose zu entscheiden war.

Dem Auftraggeber war dadurch ein Beurteilungsspielraum eröffnet, dessen Ausfüllung der Überprüfung durch die Vergabenachprüfungsinstanzen weitgehend entzogen ist (vgl. Brandenburgisches Oberlandesgericht Vergabesenat, Beschluss vom 13. September 2005, Az.

Verg W 8/05; Bayerisches Oberstes Landesgericht Vergabesenat, Beschluss vom 10. September 2001, Az. Verg 14/01).

Die Beschränkung des möglichen Teilnehmerkreises war diskriminierte die Bewerber/Bieter nicht, weil eine sachliche Rechtfertigung durch den festgelegten Auftragsgegenstand gegeben war. Zudem handelte es sich bei der Beschränkung des Teilnehmerkreises um keine dem Sachverhalt in dem Beschluss der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Lüneburg vom 18. November 2011 (VgK-50/2011) vergleichbare Beschränkung des Wettbewerbs. Denn in dem Beschluss des vor der Vergabekammer verhandelten Vergabeverfahrens waren nur ca. 100 Berufsfeuerwehren als Referenzobjekte zugelassen, somit kamen ca. 22.000 Freiwillige Feuerwehren als Referenzobjekte nicht in Betracht.

Bei der Beschränkung auf einen Referenzbeauftragter aus dem Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung waren jedoch nicht nur 131 Krankenkassen, sondern auch die zahlreichen Untergliederungen (Landes- und Regionalabteilungen) als Referenzobjekte zulässig.

Nach Prüfung der Unterlagen und des uns vorliegenden Sachverhalts bestand ein für die BIG direkt gesund berechtigtes Interesse, dass der künftige Auftragnehmer schon von Auftragsbeginn an Kenntnis der gesetzlichen Rahmenbedingungen mit den grundlegenden Entwicklungen der letzten Jahre und Kenntnis der Marktentwicklungen und Marktteilnehmer haben sollte. Somit hat die BIG direkt gesund bei ihrer Einschätzungsprärogative die Grenzen des dem öffentlichen Auftraggeber zustehenden Beurteilungsspielraums nicht überschritten.

Anlass für ein weiteres aufsichtsrechtliches Tätigwerden ergibt sich vor diesem Hintergrund nicht.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag



(Schmidt)