



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 33/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladener -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

wegen der Vergabe „Herstellung und Lieferung von apothekenpflichtigen, parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie an bundesweite Betriebsstätten“, Gebietslos Nr. [...] – EU-Bekanntmachung: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Bier nach Lage der Akten am 20. April 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Der Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht wird abgelehnt.
3. Der Antrag des Beigeladenen auf Vorabgestattung des Zuschlags wird abgelehnt.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu neun Zehnteln, der Beigeladene zu einem Zehntel. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen des Beigeladenen trägt die Antragstellerin zu neun Zehnteln. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt der Beigeladene zu einem Zehntel.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin, die Antragsgegnerin und den Beigeladenen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) [...] führt derzeit ein europaweites, offenes Verfahren zur Vergabe von Rahmenverträgen nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V über die Herstellung und Lieferung parenteraler Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie durch (Absendung der Bekanntmachung am [...]). Solche parenteralen Zubereitungen dienen der Behandlung von Krebspatienten und werden nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben insbesondere in Bezug auf die Betriebsräume (s. § 35 Abs. 3, 6 ApBetrO) aus Fertigarzneimitteln von der betreffenden Vertragsapotheker hergestellt und direkt an die Ärzte ausgeliefert, in deren Betriebsstätten die Zubereitungen den Patienten verabreicht werden. Die Ausschreibung ist in mehrere Gebietslose aufgeteilt, der jeweilige Zuschlagsdestinatär erhält u.a. das Recht, die Versicherten der Ag im jeweiligen Gebiet während der Vertragslaufzeit exklusiv zu versorgen (s. § 3 Abs. 2; § 5 Abs. 3 der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung (RV)). Die Vertragsdauer soll drei Jahre betragen, die Ag darf zum Ende des ersten Vertragsjahrs ordentlich kündigen (§ 11 Abs. 1, 2 RV).

Bereits am 25. Juli 2016 wurden gesetzliche Regelungen vorgeschlagen, um u.a. die für solche Zubereitungen einschlägigen Rechtsvorschriften durch ein „GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz“ (AMVSG) zu ändern, die Verbändeanhörung erfolgte am 23. August 2016. Laut Kabinettsentwurf vom 12. Oktober 2016 (abrufbar über die homepage des Bundesministeriums für Gesundheit) sollte das Recht der Versicherten, ihre Apotheke frei zu wählen (§ 31 SGB V), zukünftig ausdrücklich auch für Verträge zwischen Apotheken und gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V über parenterale Zubereitungen gelten, des Weiteren sollte § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V gestrichen werden und Rabatte im Zusammenhang mit parenteralen Zubereitungen sollen nur noch mit pharmazeutischen Unternehmern vereinbart werden können (s. § 130a Abs. 8a SGB V in der Fassung des AMVSG-E). Auf mehrere Bieteranfragen führte die Ag hierzu aus, dass sie trotz der in diesem Gesetzentwurf enthaltenen Regelungen die Ausschreibungen fortführen wolle (s. Bewerberinformationen der Ag vom 19. Oktober 2016). Am 27. Oktober 2016 stellte die Ag den Bietern überarbeitete Vergabeunterlagen zur Verfügung; § 11 Abs. 4 RV wurde nunmehr so abgeändert, dass

„(...) der Vertrag (...) automatisch mit Inkrafttreten einer gesetzlichen Regelung [endet], wonach die Versicherten der [Ag] in Bezug auf die Versorgung mit parenteralen Zubereitungen in der Onkologie, welche Gegenstand dieser Rahmenvereinbarung ist, frei unter verschiedenen Apotheken wählen können (Apothekenwahlfreiheit i.S.d. § 31 Abs. 1 Satz 5 SGB V) und in der Folge deren grundsätzlich exklusive Versorgung durch die Auftragnehmerin i.S.d. § 3 Abs. 2 dieser Rahmenvereinbarung entfällt.“

In den Bewerberinformationen vom 2. und 3. November 2016 reagierte die Ag auf mehrere Bieterfragen zu dieser Neufassung des Rahmenvertrags und wies mehrfach auf die geänderte Vertragsklausel zur Vertragsbeendigung bei Inkrafttreten des AMVSG hin. Die Antragstellerin (ASt) trug gegenüber der Ag in einer Bieterfrage am 1. November 2016 vor, dass die in § 11 Abs. 4 RV vorgesehene automatische Beendigungsoption eine neue Angebotskalkulation erforderlich mache. Die Ag antwortete hierauf:

„Das grundsätzliche Risiko einer Änderung von gesetzlichen Vorschriften, die zum Wegfall der in der Rahmenvereinbarung (§ 3 Abs. 2 Satz 1) vorgesehenen Exklusivität führt, besteht unabhängig von dem jetzt vorliegenden Entwurf eines [AMVSG] und ist dementsprechend von den Anbietern bei der Kalkulation ihrer Preise bzw. den Verhandlungen mit Herstellern von Wirkstoffen und/oder fertigen Zubereitungen zu berücksichtigen. (...) Mit der nunmehr maßgeblich zugunsten der jeweiligen Vertragspartner vorgesehenen automatischen Beendigung des Vertrages bei Inkrafttreten des Gesetzes werden nach Auffassung der [Ag] keine weiteren Kalkulationsrisiken begründet. (...) Unabhängig vom vorliegenden Gesetzentwurf kann (...) nicht sicher von einer dreijährigen Vertragslaufzeit ausgegangen werden. (...)“

Am 3. November 2016 rügte die ASt, wegen der Neufassung von § 11 Abs. 4 RV sei es ihr nicht möglich, ein Angebot zu kalkulieren, denn die Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrages und damit das Auftragsvolumen seien je nach dem, ob das AMVSG in Kraft trete oder nicht, unbestimmt; die ASt bat die Ag „diese Mängel der Ausschreibung schnellstmöglich zu beheben und zumindest die Angebotsfrist angemessen zu verlängern“. Am 7. November 2016 teilte die Ag der ASt mit, dass sie ihrer Rüge nicht abhelfe.

Innerhalb der Angebotsfrist (9. November 2016, 16 Uhr) gaben die ASt und der Beigeladene (Bg) Angebote auf das Gebietslos [...] ab.

Mit Schreiben vom 9. März 2017 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Der Zuschlag solle auf das Angebot des Bg erteilt werden.

Am 9. März 2017 nahm der Bundestag den Entwurf eines AMVSG an. Hiernach bleiben die bisherigen Regelungen zum Apothekenwahlrecht der Versicherten (§ 31 SGB V) unverändert, § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V über den Abschluss von Verträgen über parenterale Zubereitungen mit Apotheken wird wie im Gesetzentwurf vorgesehen gestrichen, allerdings wird in § 129 Abs. 5 SGB V ein neuer Satz angefügt, wonach Verträge, die nach dem bisherigen § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V geschlossen wurden, mit Ablauf des dritten auf das Inkrafttreten des AMVSG folgenden Kalendermonats „unwirksam“ werden. Der Bundesrat hat am 31. März 2017 beschlossen, nicht den Vermittlungsausschluss anzurufen. Das AMVSG ist derzeit noch nicht in Kraft getreten.

Der Rüge der ASt vom 14. März 2017, in der sie u.a. beanstandete, die auf dem früheren Recht basierende Ausschreibung sei durch den Beschluss des Deutschen Bundestags zum AMVSG vom 9. März 2017 rechtswidrig geworden und müsse daher aufgehoben werden, half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. März 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, sie habe einen Anspruch darauf, dass das Vergabeverfahren aufgehoben werde, weil gesetzliche Krankenkassen wie die Ag mit der im AMVSG vorgesehenen

Streichung des § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V mit Apotheken keine Verträge mehr über die Versorgung der Versicherten mit parenteralen Zubereitungen abschließen dürften. Die auf der früheren Rechtslage basierende Ausschreibung sei damit gesetzwidrig geworden und dürfe nicht mehr fortgeführt werden. Die Ag sei zudem deshalb zur Aufhebung verpflichtet, weil sich die für drei Jahre vorgesehene Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrags mit Inkrafttreten des AMVSG gemäß § 11 Abs. 4 RV wesentlich auf wenige Wochen verkürze. Da die Vertragslaufzeit von erheblicher Bedeutung für die Kalkulation der Angebote sei, sei hierdurch eine entscheidende Angebotsbedingung nachträglich entfallen. Zudem sei es unzumutbar und vergaberechtswidrig, die ausgeschriebenen Verträge lediglich für einen kurzen Übergangszeitraum abzuschließen, weil die Vertragsbeteiligten erhebliche Umstellungskosten aufwenden müssten.

Darüber hinaus trägt die ASt vor, dass jedenfalls der Bg mangels Eignung, mangels Auskömmlichkeit seines Angebots und mangels Einhaltung der formalen Anforderungen des Vergabeverfahrens auszuschließen sei.

Auf den rechtlichen Hinweis der Vergabekammer vom 30. März 2017 hin, dass der Nachprüfungsantrag aus mehreren Gründen unzulässig und unbegründet sei, führt die ASt aus, dass sie sich sehr wohl auf die Verletzung von vergaberechtlichen Vorschriften berufe. Hierzu zählten auch die gesetzlichen Grundlagen der Ausschreibung, die nur im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren effizient überprüft werden könnten, zudem berufe sich die ASt dadurch auf bieterschützende Vorschriften, dass sie sich gegen die Wertung des Angebots des Bg wende. Die ASt stellt ausdrücklich in Abrede, dass der zweitplatzierte Bieter die Bindefrist verlängert habe und dessen Angebot im Übrigen wertungsfähig sei.

Zur Auffassung der Vergabekammer, die ASt sei mit ihrem Vorbringen gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB präkludiert, weil sie nach der Nichtabhilfe ihrer Rüge durch die Ag am 7. November 2016 nicht innerhalb von 15 Kalendertagen ein Nachprüfungsverfahren eingeleitet habe, trägt die ASt vor, ihre Rüge vom 3. November 2016 ziele auf einen anderen Vergaberechtsverstoß ab als ihre Rüge vom 14. März 2017 und habe sich in einem anderen Stadium des Gesetzgebungsverfahrens zum AMVSG abgespielt. Am 3. November 2016 habe die ASt die Unwägbarkeiten der Angebotskalkulation im Hinblick auf den zu diesem Zeitpunkt ungewissen Verlauf des weiteren Gesetzgebungsverfahrens gerügt, damit die Ag die Leistung präzisiere und die Angebotsfrist verlängere. Ihren Anspruch auf

Aufhebung des Vergabeverfahrens habe die ASt erst am 17. März 2017 gerügt, weil der Gesetzgeber inzwischen bereits im AMVSG über die Aufhebung des Ausschreibungsmodells entschieden habe. Einwendungen gegen die Wertung des Angebots des Bg habe die ASt gar nicht früher rügen können.

Dass das AMVSG noch nicht in Kraft getreten sei, ändere – anders als die Vergabekammer in ihrem rechtlichen Hinweis meine – nichts daran, dass die Ag die bevorstehende Rechtsänderung im Rahmen ihrer Ermessensentscheidung, ob sie das Vergabeverfahren aufhebe, berücksichtigen müsse, wenn die Gesetzesänderung so wie hier mit hinreichender Sicherheit absehbar zu erwarten sei. Diese entsprechende Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gelte auch für gesetzliche Krankenkassen wie die Ag, weil diese zwar keine Behörde, aber öffentlicher Auftraggeber im Sinne des Vergaberechts seien. Zum Beleg ihrer Auffassung, dass die Ag die zukünftige Rechtslage bereits jetzt beachten müsse, legt die ASt ein Schreiben der parlamentarischen Staatssekretärin im Bundesministerium für Gesundheit vor, wonach „die bisherige Möglichkeit der Krankenkassen von § 129 Abs. 5 Satz 3 (...) SGB V, nach der die Krankenkassen Exklusivverträge mit Apotheken schließen können, gestrichen“ werde; „der Wegfall der Exklusivität gilt ab Inkrafttreten des AMVSG“ und „aufgrund einer weiteren Änderung durch das AMVSG in § 129 Abs. 5 SGB V werden die laufenden Verträge drei Monate nach Inkrafttreten des AMVSG unwirksam“.

Zum Antrag des Bg auf Vorabgestattung des Zuschlags gemäß § 169 Abs. 2 S. 1 GWB meint die ASt, dass dieser bereits unzulässig sei, weil er keine Begründung enthalte, warum mit einer Zuschlagsentscheidung nicht bis zur Hauptsacheentscheidung der Vergabekammer abgewartet werden könne. Zudem fehle dem Bg das Rechtsschutzbedürfnis, weil er nichts zur besonderen Dringlichkeit seines Antrags vorgebracht habe. Darüber hinaus sei der Antrag des Bg unbegründet, weil der Bg keine gravierende und nicht anders abwendbare Notsituation angeführt habe, die eine Vorabgestattung des Zuschlags rechtfertigen würde. Auch bei Inkrafttreten des AMVSG könne die Ag die Versorgung ihrer Versicherten mit parenteralen Zubereitungen sicherstellen.

Schließlich meint die ASt, dass die Vergabekammer nicht nach Lage der Akten entscheiden dürfe, weil sie sich vor ihrer Entscheidung gemäß § 166 GWB ernsthaft mit dem Vortrag aller Verfahrensbeteiligten in einer mündlichen Verhandlung auseinandersetzen müsse.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB;
 2. der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren aufzuheben, hilfsweise der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren mindestens in die Phase der Angebotswertung zurückzusetzen und die Angebotswertung unter Ausschluss der Bg und unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen;
 3. der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren;
 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären;
 5. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der außergerichtlichen Kosten der ASt aufzuerlegen.
- b) Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits nicht statthaft, weil das Antragsziel der ASt, den Abschluss einer Rahmenvereinbarung gemäß § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V vollständig zu verhindern, kein zulässiger Gegenstand eines Nachprüfungsantrags sei.

Zudem sei die ASt nicht antragsbefugt, weil sie kein Interesse mehr an dem ausgeschriebenen Vertrag habe, sondern der Auffassung sei, dass der Abschluss einer Rahmenvereinbarung i.S.d. § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V wegen des Inkrafttretens des AMVSG rechtswidrig sei.

Soweit die ASt meine, die Laufzeit der Rahmenvereinbarung sei wegen des AMVSG kürzer als zunächst vorgesehen, so dass eine Angebotsbedingung nachträglich entfalle, hätte sie dies bereits vor Ablauf der Angebotsfrist rügen müssen. Denn bereits seit dem Entwurf des AMVSG Mitte Oktober 2016 sei bekannt, dass die ausgeschriebene Exklusivversorgung mit Inkrafttreten des AMVSG entfalle, so dass die Laufzeit der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung mit hoher Wahrscheinlichkeit nur noch wenige Monate betrage.

Soweit die ASt den Ausschluss des Angebots des Bg verlange, fehle ihr das Rechtsschutzbedürfnis, weil ihr Angebot nur das drittplatzierte sei. Darüber hinaus sei der diesbezügliche Vortrag der ASt ins Blaue hinein behauptet und deshalb unbeachtlich.

Zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags trägt die Ag vor, dass der Abschluss der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung derzeit nicht gesetzeswidrig sei, weil das AMVSG

noch nicht in Kraft sei. Da den Bietern bereits seit Oktober 2016 bekannt sei, dass die Rahmenvereinbarung ggf. nur wenige Monate laufe, hätten sie dieses Risiko bei der Angebotskalkulation bereits berücksichtigen können. Wie die Ag zudem im Einzelnen näher ausführt, müsse der Bg nicht ausgeschlossen werden.

- c) Mit Beschluss vom 28. März 2017 wurde der Bg zum Verfahren hinzugezogen. Dieser beantragt über seinen Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der Ag zu gestatten, vorläufig den Zuschlag gemäß § 169 Abs. 3 GWB zu erteilen,
 3. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Bg für notwendig zu erklären.

Der Bg meint, der Vortrag der ASt sei erkennbar un schlüssig, weil das AMVSG noch nicht in Kraft getreten sei. Zudem stehe es jedem Bieter frei, sich an Ausschreibungen für einen kurzen Zeitraum zu beteiligen. Soweit die ASt meine, das Angebot des Bg sei auszuschließen, sei ihr Vorbringen unsubstantiiert und widerspreche dem Umstand, dass der Bg bereits mehrere Gebietslose aus vergleichbaren Ausschreibungen anderer gesetzlicher Krankenkassen anstandslos bediene. Was die Eignung des Bg angehe, seien die Ausführungen der ASt bewusst wahrheitswidrig und das insoweit rechtsmissbräuchliche Verhalten der ASt bereits im Nachprüfungsverfahren VK 2-113/16 festgestellt worden. Zudem sei die ASt insoweit nicht antragsbefugt, weil sie nur drittplatzierte Bieterin sei.

Zu seinem Antrag nach § 169 Abs. 3 GWB trägt der Bg unter Verweis auf die Rechtsprechung des Bundessozial- und des Bundesverfassungsgerichts vor, nach der gegenwärtigen Rechtslage überwiege das Wirtschaftsgebot bei der Versorgung der Angehörigen gesetzlicher Krankenkassen die Wahlfreiheit der Patienten. Da sich die Rechtslage in den nächsten Tagen ändern könne, dürfe das Verfahren nicht weiter verzögert werden.

Gemäß § 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist bereits unzulässig (dazu unter 1.), über dessen Begründetheit ist daher von der Vergabekammer nicht zu entscheiden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juni 2015, VII-Verg 4/15). Aus demselben Grund ist der ASt keine Akteneinsicht zu gewähren (dazu unter 2.) und die Vergabekammer durfte nach Lage der Akten entscheiden (dazu unter 3.). Der Antrag des Bg auf Vorabgestattung des Zuschlags ist abzulehnen (dazu unter 4.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, weil die ASt nicht antragsbefugt ist (dazu unter a)), zudem steht der Zulässigkeit § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB entgegen, soweit sich die ASt darauf beruft, eine Angebotskalkulation sei ihr aufgrund der ungewissen Vertragsdauer unzumutbar (dazu unter b)).

a) Die ASt ist nicht antragsbefugt.

aa) Soweit die ASt meint, das Vergabeverfahren müsse aufgehoben werden, weil der Abschluss solcher Verträge aufgrund des AMVSG verboten sei, fehlt ihr bereits die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB.

Denn dieser Vortrag lässt bereits nicht schlüssig und nachvollziehbar auf eine Rechtsverletzung der ASt schließen. Das AMVSG ist derzeit nämlich noch nicht in Kraft und entfaltet mithin keine Rechtswirkungen für vorher abgeschlossene Verträge – im Gegenteil sollen diese gemäß § 129 Abs. 5 SGB V i.d.F. des AMVSG ausdrücklich sogar noch für weitere drei Monate fortgelten. Die von der ASt zitierte Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, wonach Behörden auch bevorstehende Rechtsänderungen berücksichtigen müssten, ist jedenfalls nicht auf Fälle übertragbar, in denen das geänderte Recht die Reichweite etwaiger „Vorwirkungen“ selbst (und damit als vorrangiges *lex specialis*) ausdrücklich regelt – hier sogar so, dass die neue Rechtslage gerade keine Vorwirkungen entfaltet, sondern bisher geschlossene Verträge in ihrer bis zum Verkündungsdatum des AMVSG „geltenden Fassung“ erst nach Ablauf von drei Monaten „unwirksam“ werden. Die von der ASt zitierte Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts ist auch aus weiteren Gründen nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. Diese Entscheidung betraf nämlich einen klassischen Fall der hoheitlichen Eingriffsverwaltung, demgegenüber geht es bei der

Durchführung von Vergabeverfahren um rein fiskalisches Handeln. Zudem gelten für gesetzliche Krankenkassen wie die Ag nicht die strengen verwaltungsverfahrenrechtlichen Maßstäbe wie für Behörden i.S.d. § 1 Abs. 4 VwVfG. Sofern das von der ASt vorgelegte Schreiben der parlamentarischen Staatssekretärin im Bundesministerium für Gesundheit so zu verstehen sein sollte, dass die vertraglich vereinbarte Exklusivität bereits mit Inkrafttreten des AMVSG und nicht erst drei Monate später wegfiel, findet diese weitergehende Auslegung im – jede Auslegung begrenzenden – Gesetzeswortlaut jedenfalls keine Stütze.

Des Weiteren fehlt einem Antragsteller das Auftragsinteresse und ein Schaden in Gestalt einer Verschlechterung seiner Zuschlagschancen, wenn er – wie hier die ASt – ein Vergabeverfahren endgültig verhindern will und begehrt, Vergaberecht nicht anzuwenden. Ein solches Rechtsschutzziel ist nicht vom Vergaberechtsschutz umfasst (vgl. OLG Brandenburg, Beschluss vom 3. November 2011, Verg W 4/11 m.z.N.; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 28. Mai 2014, VK 2-35/14).

Schließlich fehlt bei der insoweit geltend gemachten Rechtsverletzung, ein Vergabeverfahren dürfe nicht durchgeführt werden, die ebenfalls für die Antragsbefugnis eines Antragstellers erforderliche vergaberechtliche Anknüpfungsnorm (vgl. hierzu Dicks in: Ziekow/Völlink, 2. Aufl., zu § 107 GWB, Rz. 21). Diesbezüglich kommt es – anders als die ASt meint – nicht darauf an, dass die ASt ihr Begehren jedenfalls insoweit zweifelsfrei auf vergaberechtliche Normen stützt, wie sie sich z.B. gegen die Wertung des Angebots des Bg wendet. Denn die Antragsbefugnis eines Antragstellers ist für jeden Vergaberechtsverstoß gesondert zu prüfen.

- bb) Soweit die ASt ihr Vorbringen darauf stützt, eine Fortführung des Vergabeverfahrens komme vorliegend deshalb nicht in Betracht, weil sich die Vertragslaufzeit, die von erheblicher Bedeutung für ihre Kalkulation gewesen sei, wegen Inkrafttretens des AMVSG erheblich verkürze und der Abschluss eines so kurzen Vertrages sei den Bietern unzumutbar, ergibt sich hieraus ebenfalls nicht schlüssig und nachvollziehbar, dass die Aussichten der ASt auf den Zuschlag hierdurch beeinträchtigt worden sind oder dass ihre Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein können. Auch wenn die Antragsbefugnis grundsätzlich nur die Funktion eines groben Filters erfüllt, ist der ASt die Antragsbefugnis hier abzusprechen. Denn angesichts der Bieterfrage und der Rüge der ASt vom 3. November 2016, in der sie auf die Unmöglichkeit, wegen

der ungewissen Vertragsdauer ein Angebot zu kalkulieren, hinwies, ist davon auszugehen, dass sie diese Kalkulationsschwierigkeiten bereits bei der Angebotserstellung berücksichtigt hat. Wie die gesetzgeberische Wertentscheidung der §§ 313, 314 BGB zeigt, besteht in solchen Fällen, in denen die Vertragspartei die Änderung eines grundlegenden vertraglichen Umstands (wie hier die vorzeitige Beendigung des Vertrags aufgrund des Inkrafttretens des AMVSG) vorausgesehen hat, grundsätzlich nicht einmal ein berechtigter Grund, den Vertrag vorzeitig zu beenden. Diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers hat in einem noch nicht durch Zuschlag beendeten Vergabeverfahren gleichermaßen zu gelten, da hier ein (potenzieller) Vertragspartner in Kenntnis bestimmter kalkulationsrelevanter Umstände ein ihn bindendes Angebot abgegeben hat. Um etwaigen Unbilligkeiten vorzubeugen, den abgeschlossenen Vertrag wegen des Inkrafttretens des AMVSG fortzuführen, hat die Ag vorgesehen, dass dieser mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes ohnehin automatisch endet (§ 11 Abs. 4 RV).

Dass das AMVSG aufgrund der Beschlüsse des Deutschen Bundestags und des Bundesrats vom 9. bzw. 31. März 2017 demnächst tatsächlich in Kraft treten wird, führt ebenfalls nicht dazu, dass ein Bieter jedenfalls jetzt einen Anspruch darauf hat, das betreffende Vergabeverfahren nunmehr abzubrechen. Denn mit diesen Beschlüssen hat sich lediglich das bei der Kalkulation bereits bekannte Risiko, dass der ausgeschriebene Vertrag möglicherweise kürzer als vorgesehen läuft, konkretisiert.

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch für den Fall einer Bejahung der Antragsbefugnis dies nichts an den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu ändern vermag. Denn in diesem Fall wären die gleichen Erwägungen bei der Prüfung der Begründetheit zu berücksichtigen und würden in materieller Hinsicht dazu führen, dass sich die ASt nicht mit Erfolg auf kalkulatorische Unzumutbarkeiten berufen kann, da sie diese bei der Angebotserstellung bereits kannte und dementsprechend berücksichtigen konnte. Der Nachprüfungsantrag wäre in diesem Falle offensichtlich unbegründet.

- cc) Soweit sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die Wertung des Angebots des Bg wendet oder meint, der Bg sei mangels Eignung auszuschließen, ist die ASt deshalb nicht antragsbefugt, weil ihr eigenes Angebot nach der Wertung der Ag nur auf dem dritten Platz liegt. Ein Ausschluss des Bg würde daher die Aussichten der ASt auf

den Erhalt des Zuschlags nicht verbessern. Die ASt kann ihre Rangstelle auch nicht durch einen Ausschluss des zweitplatzierten Bieters verbessern. Denn es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass dessen Angebotswertung fehlerhaft ist.

Anders als die ASt meint, ist ihre Rangstelle für ihre Antragsbefugnis entscheidungserheblich, soweit sie die Wertung des Bg beanstandet. Wie bereits oben gesagt, ist die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags für jeden geltend gemachten Vergaberechtsverstoß gesondert zu prüfen. Dementsprechend ist der ASt zwar zuzugeben, dass der Rang ihres Angebots keine Rolle spielt, soweit sie sich gegen die Grundlagen der Ausschreibung wendet. Dies liegt aber daran, dass es auf die Ordnungsmäßigkeit der Wertung eines Angebots und damit dessen ggf. „schlechten Rang“ nicht ankommt, wenn die Bieter wegen der Fehlerhaftigkeit der Ausschreibungsgrundlagen Gelegenheit erhalten müssen, neue Angebote abzugeben (vgl. zur Bejahung der Antragsbefugnis in einem solchen Fall nur: BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. Oktober 2008, VII-Verg 48/08). Demgegenüber kommt es für den Erfolg eines Nachprüfungsantrags auf den Rang eines Angebots an, wenn sich ein Bieter gegen die Wertung des Zuschlagsdestinatärs wendet – nur dann, wenn gerade der Ausschluss des Zuschlagsdestinatärs die Zuschlagschancen des Antragstellers verbessert, droht ihm aufgrund des geltend gemachten Vergaberechtsverstoßes ein Schaden zu entstehen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Juni 2004, VII-Verg 20/04).

- b) Darüber hinaus ist der Nachprüfungsantrag ebenfalls gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB unzulässig, soweit sich die ASt darauf beruft, eine Angebotskalkulation sei ihr aufgrund der ungewissen Vertragsdauer unzumutbar. Denn dieser Vergabeverstoß wurde von der ASt bereits am 3. November 2016 gerügt und seitens der Ag durch Nichtabhilfemitteilung vom 7. November 2016 zurückgewiesen. Um zulässig zu sein, hätte die ASt also einen entsprechenden Nachprüfungsantrag gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang dieser Mitteilung der Ag bei der Vergabekammer einreichen müssen und nicht erst wie hier am 17. März 2017.

Anders als die ASt meint, betrifft ihre Rüge vom 3. November 2016 denselben Vergaberechtsverstoß. Denn bereits in ihrer damaligen Rüge wie auch in der weiteren Rüge vom 14. März 2017 und in ihrem Nachprüfungsantrag beanstandete die ASt die wegen der bevorstehenden Rechtsänderung ungewisse Vertragsdauer und deren Auswirkungen auf

die Angebotskalkulation. Um dem gesetzlichen Zweck des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gerecht zu werden, Vergabeverfahren nicht weiter als für einen effizienten Rechtsschutz erforderlich zu verzögern, macht es daher im Ergebnis keinen Unterschied, dass die ASt aus demselben beanstandeten Verstoß jeweils andere Schlussfolgerungen gezogen hat, nämlich einmal, sie könne aus diesen Gründen ihr Angebot „zumindest“ nicht innerhalb der vorgesehenen Angebotsfrist kalkulieren (so am 3. November 2016) und später dann im März 2017, das Vergabeverfahren dürfe aufgrund derselben Umstände (Ungewissheit der Vertragslaufzeit wegen des AMVSG) nicht fortgeführt werden. Mit dem Fortschreiten des Gesetzgebungsprozesses hat sich lediglich das Risiko weiterhin konkretisiert, dass die ASt bereits bei Angebotserstellung erkannt und dementsprechend im November 2016 gerügt hat.

Da die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags für jeden Vergaberechtsverstoß gesondert zu prüfen ist (vgl. bereits oben), kommt es auch hier nicht darauf an, dass die Rüge der ASt gegen die Wertung des Angebots des Bg rechtzeitig erfolgte.

2. Der Antrag der ASt auf Akteneinsicht war abzulehnen, da ihr Nachprüfungsantrag unzulässig ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 15. August 2011, VII-Verg 71/11; und vom 14. Juli 2003, Verg 11/03).
3. Im Falle der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags – wie hier – kann nach Lage der Akten, also ohne mündliche Verhandlung, entschieden werden (§ 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB). Das ihr zustehende rechtliche Gehör wurde der ASt auf den entsprechenden rechtlichen Hinweis der Vergabekammer hin – wie kraft Gesetzes in einem solchen Fall erlaubt – schriftlich gewährt.
4. Der Antrag des Bg auf Vorabgestattung des Zuschlags ist zwar so auszulegen, dass er § 169 Abs. 2 (und nicht wie beantragt Abs. 3) GWB betrifft. Dieser Antrag ist jedoch im Ergebnis abzulehnen, weil der Bg nichts dazu vorgetragen hat, warum unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen (vgl. § 169 Abs. 2 S. 1 GWB).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten.

Da in der Hauptsache die ASt und in dem Verfahren auf Vorabgestattung des Zuschlags nach § 169 Abs. 2 GWB der Bg unterlegen ist, erfolgt vorliegend eine Kostenquotelung von neun Zehnteln zu einem Zehntel. Auf die Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen i.S.d. § 182 Abs. 4 GWB ist diese Quote auf das Prozessverhältnis von ASt und Bg entsprechend zu übertragen; die Ag ist insoweit nicht zu berücksichtigen, da sie sich dem Antrag des Bg nicht angeschlossen hat.

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Bg gestellt, da sie ihren Antrag u.a. darauf stützt, dass der Bg aus mehreren Gründen nicht den Zuschlag erhalten dürfe. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Bg aufzuerlegen, weil sich dieser aktiv durch die Stellung von Anträgen und deren Begründung am Nachprüfungsverfahren beteiligt und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag und den Bg war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags und zum anzuwendenden Recht aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06). Dasselbe gilt für die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt, soweit diese ihre Aufwendungen wegen der Entscheidung über den Antrag des Bg nach § 169 Abs. 2 GWB vom Bg erstattet bekommt. Ein solcher Antrag wirft erhebliche tatsächliche und rechtliche Schwierigkeiten auf, allein schon, weil die Entscheidung hierüber für die ASt erhebliche Bedeutung hat, da sie im Falle der Stattgabe ihren Primärrechtsschutz verliert (vgl. OLG München, Beschluss vom 24. Januar 2012, Verg 16/11).

IV.

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 unterzeichnet 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.