



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 93/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe „Versorgung mit Verbandmitteln nach § 31 Abs. 1a SGB V“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und die ehrenamtliche Beisitzerin Schönwiese aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 6. September 2017 am 28. September 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein offenes Verfahren zur Vergabe der Versorgung ihrer Versicherten mit Verbandmitteln nach § 31 Abs. 1a SGB V in 67 Gebietslosen in den Regionen [...] durch. Pro Gebietslos soll ein Bieter den Zuschlag erhalten. Die Versorgung erfolgt bisher regelmäßig so, dass ein Versicherter die ärztliche Verordnung über ein Verbandmittel dem Leistungserbringer (eine Apotheke oder ein anderer Leistungserbringer) zuleitet, der den Versicherten dann beliefert und ggf. berät. Die Versorgung findet derzeit gemäß den Arzneilieferverträgen [...] über Apotheken statt (diese auf § 129 Abs. 2, 5 SGB V gestützten Rahmenvereinbarungen wurden zwischen der Ag, mehreren weiteren gesetzlichen Krankenkassen und den jeweiligen Apothekerverbänden abgeschlossen), außerdem werden ca. 20% bis 30% der Versicherten – ohne rahmenvertragliche Vereinbarungen – über andere Leistungserbringer versorgt (von der Ag als „Sonstige Leistungserbringer“ bezeichnet; dieser Begriff wird auch im Folgenden verwendet). In beiden Fällen haben sich alle Beteiligten bisher an den Regelungen der o.g. Arzneilieferverträge orientiert und die Leistungen daher zu einem Apothekeneinkaufspreis (AEK) + 18% abgerechnet.

An der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung können sich die Sonstigen Leistungserbringer und weitere Leistungserbringer, u.a. Apotheken, beteiligen.

Im Zusammenhang mit Apotheken wird in den Bewerbungsbedingungen u.a. darauf hingewiesen, dass die Belieferung der Versicherten der Ag mit Verbandmitteln durch Apotheken „unberührt“ bleibt, selbst wenn die Apotheke nicht bezuschlagt wurde oder an der Ausschreibung nicht teilgenommen hat (ebenso wurden entsprechende Bieterfragen beantwortet, s. die Antworten auf die Fragen Nr. 36, 37, 40, 70, 75 und 94 mit entsprechendem Verweis auf die Fortgeltung des Arzneiliefervertrags). In § 2 Abs. 1 S. 2 des ausgeschriebenen Rahmenvertrags (RV) ist diesbezüglich geregelt:

„Dieser Vertrag wird exklusiv mit einem Sonstigen Leistungserbringer für das [bezuschlagte] Gebietslos (...) geschlossen und umfasst nicht die Versorgung mit Verbandmitteln im Sinne des Vertrags mit Apotheken“.

Sofern eine Apotheke den Zuschlag in einem Gebietslose erhält,

„treten die Verpflichtungen des ausgeschriebenen Rahmenvertrags anstelle der Vorgaben zur Abgabe von Verbandmitteln auf Grundlage sonstiger Vereinbarungen oder des aktuellen regionalen Arzneiliefervertrags“ (s. Ziffer II.1.4 der Bekanntmachung, vgl. auch

die „Klarstellung“ der Ag am Ende des Katalogs der am 8. September 2017 an die Bieter versandten Bieterfragen und Antworten).

Gemäß § 2 Abs. 3 RV wird

„die freie Wahl des Versicherten unter den Leistungserbringern (..) insoweit eingeschränkt, dass der Versicherte ausschließlich zwischen dem exklusiven Vertragspartner unter den Sonstigen Leistungserbringern für das jeweilige Gebietslos und Apotheken wählen kann. (...). [Die Ag] ist berechtigt, ihre Versicherten über den Vertragspartner (...) zu informieren.“

Auf Bieterfragen, wie die Ag ihre Versicherten informiere, teilte die Ag mit, dass sie „verpflichtet sei, die Versicherten über die bestehenden Versorgungsverträge in geeigneter Weise zu informieren“ (s. Bieterfrage Nr. 49).

Ihren Antworten auf die Bieterfragen hatte die Ag den Zusatz vorangestellt, dass diese „Bestandteil des Verfahrens werden“.

Die Eignungskriterien zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit ergeben sich gemäß Ziff. III.1.1 und III.1.3 der EU-Bekanntmachung aus den „Auftragsunterlagen“, weitere Angaben zu Eignungskriterien enthält die EU-Bekanntmachung nicht. Punkt B der Bewerbungsbedingungen (BWB) verweist diesbezüglich auf die (nicht vorhandene) Ziffer III.2 der Bekanntmachung und listet zusätzlich mehrere, „mit dem Angebot“ „zwingend“ vorzulegende Eignungsnachweise zum Beleg der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde auf.

§ 4 RV ist überschrieben mit „Eignung der Leistungserbringer“ und sieht vor, dass

„jeder Leistungserbringer seine Eignung zur Erbringung der Leistung vor Vertragsschluss nachzuweisen hat“, „um eine qualitativ hochwertige, fach- und funktionsgerechte Versorgung der Versicherten [der Ag] zu garantieren.“

Für die zu erfüllenden Eignungsstandards verweist § 4 Abs. 1 RV auf Anlage 1 des RV, der seinerseits u.a. „personelle“ und „Servicestandards“ enthält, aufgrund der die zur Leistungserbringung eingesetzten Mitarbeiter des Vertragspartners für die Leistungserbringung fachlich qualifiziert und durch regelmäßige Information und Einweisung für die Leistungserbringung fortgebildet sein müssen, erfahrenes und geschultes Personal muss der Vertragspartner hiernach während der gesamten Vertragslaufzeit vorhalten.

Gemäß A.III.6, A.III.11 und B.II.2 der BWB müssen die Bieter „mit Abgabe des Angebots“ des Weiteren ein sog. „Drittunternehmerverzeichnis“ vorlegen sowie Verpflichtungserklärungen der in diesem Verzeichnis benannten „Drittunternehmer“. „Drittunternehmer“ sind

- „- andere Leistungserbringer, die Teile des Lieferauftrags übernehmen
- zwischen Bieter / Bietergemeinschaftsmitglied und Leistungserbringer zwischengeschaltete Dritte (natürliche oder juristische Person)“,

ausdrücklich nicht zu benennen sind hier jedoch

„etwa Hersteller von Verbandmitteln oder Großhandlungen, die Verbandmittel im Sortiment führen, bei denen der Bieter (...) die vertragsgegenständlichen Produkte bezieht, oder Dritte, derer sich der Bieter (...) lediglich als Logistikdienstleister (Lagerung, Fracht etc.) bedient.“ (s. hierzu A.III.11.1 und 11.2 der BWB).

Laut der Antworten der Ag auf die Bieterfrage 98

sind „Drittunternehmer“ „typischerweise Vertragspartner des Anbieters (...), die auf eigenem, wirtschaftlichen Risiko eigenunternehmerisch tätig sind“, wobei deren Leistungen „unmittelbar im Zusammenhang mit dem Versorgungsauftrag (mit Ausnahme der Auslieferung) stehen“ müssen (s. Bieterfrage Nr. 46).

Wie sich aus den von der Ag im Zusammenhang mit der Einbeziehung von Drittunternehmern vorbereiteten Formblättern ergibt, müssen die Bieter Name und Anschrift dieser „Unterauftragnehmer“ sowie Art und Umfang der von diesen auszuführenden Teilleistungen nennen (Anlage 4 der BWB), in Anlage 5 der BWB sind u.a. Referenzen des Drittunternehmers anzugeben und der Drittunternehmer muss sich verbindlich gegenüber dem Bieter verpflichten, diesem im Fall der Zuschlagserteilung die genannten Leistungen zu erbringen und Mittel zur Verfügung zu stellen. Außerdem muss der Drittunternehmer gemäß B.II.2, A.III.11.1 der BWB eine Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit, einen Handelsregisterauszug und eine Eigenerklärung zu bestehenden oder zukünftigen Geschäftsbeziehungen zu Herstellern/Lieferanten (Großhandel) von Verbandmitteln gemäß Anlage 7 zu den BWB vorlegen.

In Anlage 2 des RV hat die Ag Verbandmittel in zwei Preisgruppen (A und B) eingeteilt. Die Preisgruppe A umfasst Mittel der sog. konventionellen Wundversorgung wie z.B. Mullbinden unterschiedlicher Art, Kompressen, Pflaster, Watte, die Preisgruppe B Verbandmittel im Rahmen der sog. modernen Wundversorgung wie besondere Wundauflagen und besondere Verbände. Die 53 unterschiedlichen Verbandmittel i.S.d. Preisgruppe A und die 17 Verbandmittel i.S.d. Preisgruppe B hat die Ag durch Bezugnahme auf die entsprechende Gruppennummer der Vertragsdatenbank (VDB) des Deutschen Apothekenverbands näher bezeichnet, die über die sog. Lauer-Taxe (Große Deutsche Arzneimittelspezialitätentaxe)

abgerufen werden kann. Laut Preisblatt müssen die Bieter je einen Zu- oder Abschlag auf den AEK für beide Preisgruppen A und B anbieten (s. Anlage 3 des RV).

Was die vom Auftragnehmer zu liefernden Verbandmittel angeht, ist „Gegenstand des Vertrags“ gemäß § 1 Abs. 1 RV die Versorgung der Versicherten der Ag mit „Verbandmitteln nach § 31 Abs. 1a“ SGB V, gemäß A.I.2 der BWB erfolgt die Ausschreibung für Produkte i.S.d. o.g. Preisgruppe A und Preisgruppe B. Unter A.I.6 der BWB weist die Ag darauf hin, dass für Produkte, die nicht der Preisgruppe A oder B zugeordnet werden können,

„während der Vertragslaufzeit Preise vereinbart werden müssen, sofern diese für Versicherte [der Ag] (...) verordnet werden.“

Auf Bieterfragen hierzu antwortete die Ag, dass für Produkte, die nicht den Preisgruppen A und B zugeordnet werden können

„keine Vertragspreise vereinbart werden – gleichwohl sind derartige Produkte Teil des regionalen Versorgungsbedarfs. (...)“ (s. Bieterfrage Nr. 14, vgl. auch Bieterfragen Nr. 2, 42, 58, 68).

Laut der Antwort der Ag auf die Bieterfrage Nr. 97 sind Produkte, die nicht zu den Preisgruppen A und B gehören,

„bereits Gegenstand der Ausschreibung“,

auf die Bieterfragen Nr. 110 antwortete die Ag, dass

„diese Ausschreibung (...) ausschließlich Produkte der Produktgruppen A und B“ umfasst. „Anderweitige Produkte müssen einer Einzelfallprüfung – auch hinsichtlich der Verordnungsfähigkeit – unterzogen werden und sind nicht Bestandteil dieses Vergabeverfahrens“ (vgl. auch Bieterfragen Nr. 111, 127c).

In Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung hatte die Ag unter „Zuschlagskriterien“ angegeben:

„Der Preis ist nicht das einzige Zuschlagskriterium; alle Kriterien sind nur in den Beschaffungsunterlagen aufgeführt.“

Laut A.IV.2 der BWB ist

„alleiniges Bewertungskriterium (...) der Angebotspreis“, „den Zuschlag erhält das Angebot mit dem niedrigsten Angebotspreis in dem jeweiligen Los“.

Bieterfragen hierzu hatte die Ag wie folgt beantwortet:

„Sofern die nach den Vergabeunterlagen geforderten Voraussetzungen erfüllt sind, ist (...) das letztendlich entscheidende Zuschlagskriterium der günstigste Angebotspreis“ (Bieterfrage Nr. 17, vgl. auch Bieterfrage Nr. 112), „der angebotene Preis ist nicht das alleinige Zuschlagskriterium, da zuvor die angeforderten Erklärungen und Nachweise von der [Ag] zu prüfen und zu werten sind.“ (Bieterfrage Nr. 47, 56, 96),

„Ein gültiges Angebot ist nur dann gegeben, wenn die Eignungsnachweise und die darin enthaltenden Qualitätsnachweise vollständig mit dem Angebot eingereicht werden. Erst dann ist das einzig verbleibende Zuschlagskriterium der Preis“ (Bieterfrage Nr. 136).

Zur Berechnung des zuschlagsrelevanten Angebotspreises führte die Ag in A.IV.2 der BWB aus, dass die vom Bieter gemäß seinem Preisblatt angebotenen Konditionen je Preisgruppe „auf Grundlage der Verteilung der Verordnungsmengen auf die Preisgruppen gewichtet bzw. mit dem Verordnungsanteil der Preisgruppe an allen Verordnungen (über beide Preisgruppen) multipliziert“ werden, anschließend würden die Ergebnisse dieser Multiplikation addiert, die Summe bilde den „Angebotspreis“ (ein Rechenbeispiel hat die Ag in ihrer Antwort auf die Bieterfrage Nr. 33 angeführt). Der Anteil von Verbandmitteln der Preisgruppe A an den Einzelverordnungen wurde von der Ag hier pauschal für alle Gebietslose mit ca. 70% angegeben, der Umsatzanteil der Produkte der Preisgruppe A beträgt hiernach ca. 40%.

Für die „Preisprüfung“ hat die Ag in Ziffer A.I.6 der BWB zudem darauf hingewiesen, dass „der Preis gemäß Arzneliefervertrag gemäß § 129 Abs. 5 SGB V zwischen dem Bremer Apothekerverein e.V. und den Primärkassen in Bremen vom 01.4.2012 (Arzneliefervertrag Bremen/Bremerhaven) die Obergrenze“ bildet, „welche während der gesamten Vertragslaufzeit nicht überschritten werden darf“.

Für die Preiskalkulation der Bieter enthielten die Bewerbungsbedingungen u.a. Angaben zur Anzahl der Versicherten der Ag in jedem Gebietslos sowie zu den Umsätzen und der Anzahl der Einzelverordnungen, die durch Sonstige Leistungserbringer vom 1. Januar bis zum 31. Dezember 2016 mit der Ag abgerechnet wurden. Unter A.I.10 der BWB führte die Ag hierzu aus,

„Angaben zu dem voraussichtlichen Abgabe- und Umsatzvolumen nur auf der Basis von Erfahrungswerten und Analysen aus der Vergangenheit machen“ zu können und weist „ausdrücklich“ darauf hin, „dass die künftigen Mengen der für die Versicherten“ der Ag „abzugebenden Verbandmittel insbesondere vom Gesundheitszustand der (...) Versicherten [der Ag], dem Ordnungsverhalten der Ärzte sowie der vom Gesetzgeber vorgegebenen Struktur der ambulanten Versorgung abhängen“.

Mengen- oder Umsatzgarantien sollen laut der Ag mit diesen Angaben nicht verbunden sein.

Der Rüge der Antragstellerin (ASt), die als sog. Sonstige Leistungserbringerin bisher bereits Versicherte der Ag mit Verbandmitteln versorgt hat, vom 14. Juli 2017 half die Ag nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 10. August 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 11. August 2017 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, das Vergabeverfahren sei aus mehreren Gründen nicht rechtskonform ausgestaltet.

Aus sozialrechtlichen Gründen könne die Ag dem Ausschreibungsgewinner kein exklusives Versorgungsrecht einräumen, vielmehr seien neben diesem weiterhin sowohl sämtliche Apotheken als auch alle übrigen Sonstigen Leistungserbringer versorgungsberechtigt. Die ASt verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung u.a. des Bundessozialgerichts (BSG), wonach Beschränkungen des Zugangs von Leistungserbringern aufgrund ihrer Grundrechtsrelevanz einer spezialgesetzlichen Ermächtigunggrundlage bedürften, auch wenn eine gesetzliche Krankenkasse den Vertragspartner durch eine Ausschreibung ermittele. Bei der Versorgung mit Verbandmitteln gebe es jedoch anders als bei Hilfsmittel- oder (bis zum Inkrafttreten des AMVSG) Zytostatika-Versorgungsverträgen und bei Arzneimittelrabattverträgen keine solche gesetzliche Grundlage. Jeder Leistungserbringer habe daher allein aufgrund der Erfüllung der berufsrechtlichen Voraussetzungen einen Anspruch auf Versorgung der Versicherten und Abrechnung der erbrachten Leistungen, auch wenn er nicht von der Ag bezuschlagt worden sei. Anders als im Hilfsmittelbereich könne die Ag nach Abschluss des ausgeschriebenen Vertrags die Versorgung durch einen anderen Sonstigen Leistungserbringer auch nicht (z.B. mithilfe eines Unterlassungsanspruchs) verhindern. Als sie 2016 ein Open-House-Verfahren über die Versorgung ihrer Versicherten mit Verbandmitteln eingestellt habe, habe die Ag selbst erkannt, dass sie bei einer solchen Versorgung keine Exklusivität einräumen könne. Zudem spiele bei der Verbandmittelversorgung die Wahlfreiheit der Versicherten eine wesentliche Rolle. Denn ein Versicherter habe häufig eine langjährige Bindung zu einem bestimmten Leistungserbringer, ohne dass die Ag ihre Versicherten „umsteuern“ oder sonst verhindern könne, dass die Versicherten ihre Verbandmittel bei einem Sonstigen Leistungserbringer bezögen, der nicht Rahmenvertragspartner geworden sei. Die Tatsache, dass die Ag eine Exklusivität verspreche, die sie gar nicht gewährleisten könne, verstoße ebenfalls gegen das Diskriminierungsverbot und den Transparenzgrundsatz.

Entgegen § 121 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1 VgV habe die Ag darüber hinaus den Bietern keine belastbaren Kalkulationsgrundlagen zur Verfügung gestellt, damit diese die

anzubietenden Abschläge auf den AEK für die Preisgruppe A und B ermitteln könnten. Denn die Ag erwarte von den Bietern für ca. 29.000 Produkte, die in die Preisgruppen A und B eingeteilt seien, die Kalkulation eines Mischpreises in Form eines prozentualen Abschlags auf den AEK, ohne anzugeben, welche Produkte welcher Hersteller wie oft abgegeben und/oder verordnet wurden. Ohne solche Angaben könnten die Bieter sich jedoch nicht auf bestimmte „Bestseller“ konzentrieren oder bei Großhändlern oder verschiedenen Herstellern mengenbezogen besondere (Staffel-)Preisangebote einholen. Die Ag hätte zumindest Daten zur Abgabe- und Verordnungshäufigkeit für alle 70 VDB-Gruppen der Preisgruppen A und B zur Verfügung stellen müssen. Diese kalkulationsrelevanten Daten wären für die Ag auch verfügbar, weil ihr die Verordnungen sowie die Rechnungen der bisher erbrachten Versorgungsleistungen aufgrund der elektronischen Abrechnung der Leistungserbringer gemäß § 300 SGB V vorlägen. Der mit der Ermittlung dieser Daten verbundene Aufwand könne nicht zu Lasten der Bieter gehen. Sofern Sonstige Leistungserbringer nach § 302 SGBV V abrechneten, hätte die Ag auch diese Abrechnungen auswerten oder den Bietern jedenfalls die „§ 300er-Abrechnungsdaten“ der Apotheken zur Kalkulation überlassen müssen. Ggf. hätte die Ag die Ausschreibung für weitere Marktermittlungen verschieben müssen, ohne dass die Versorgung ihrer Versicherten mit Verbandmitteln gefährdet gewesen wäre. Zudem sei die Einteilung der Verbandmittel anhand der VDB-Gruppen i.S.d. Lauer-Taxe unverbindlich (ein rein privates „Nachschlagewerk“) und somit die Klassifizierung der Produkte der Ag willkürlich. Diese Einteilung führe dazu, dass sehr unterschiedliche und (hinsichtlich Einsatzzweck, Wirkweise, Inhaltsstoffen, Ausstattung, Größe und Preis) nicht miteinander vergleichbare und substituierbare Produkte unter einer Gruppennummer zusammengefasst werden würden.

Des Weiteren wirke es sich auf die Kalkulationssicherheit nachteilig aus, dass ein Auftragnehmer sein Hersteller- und Produktportfolio auf sämtliche Hersteller und sämtliche Produkte ausbauen müsse. Nach den Erfahrungen der ASt erfolgten bis zu 90% aller Verordnungen im Verbandmittelbereich produktbezogen, so dass der Auftragnehmer dieses spezifische Produkt abgeben müsse und nicht durch ein gleichwertiges Produkt eines anderen Herstellers, das er auf Lager habe, ersetzen dürfe. Aufgrund ihrer bisherigen Vertragsbeziehungen könne die ASt allenfalls eine Mischkalkulation für bestimmte Hersteller und Lieferanten anstellen, nicht aber für mehr als 150 verschiedene Hersteller und Lieferanten. Wie die eigene Markterkundung der Ag ergeben habe, bestünden innerhalb der einzelnen Produkte der Preisgruppe A Preisunterschiede von über 60% bzw.

innerhalb der Preisgruppe B von bis zu 25%. Abgesehen vom AEK müsse bei jedem Produkt dessen Verfügbarkeit und Lieferzeit gesondert kalkuliert werden. Bei Verbandmitteln gebe es zudem keinen vollversorgenden Großhandel, der jeden Leistungserbringer mit sämtlichen Produkten aller Hersteller beliefern könne oder müsse, zahlreiche Produkte würden außerdem nur an Apotheken geliefert werden - es sei unmöglich, diese Fälle im Vorhinein sicher zu kalkulieren. Die ASt legt hierzu zwei E-Mails von Verbandmittelherstellern vor, in der diese die Bitte der ASt nach speziellen Einkaufskonditionen ablehnen, da die ASt die zu liefernden Produkte und deren Mengen nicht angeben könne.

Zur Markterkundung der Ag trägt die ASt Folgendes vor: Da sie für 1.426 Verbandmittel Preise beim Großhandel abgefragt und geprüft habe, was ca. 20% der tatsächlich abgerechneten Verbandmittel (Pharmazentralnummern, PZN) entspreche bzw. die Hälfte der von Apotheken abgerechneten Verordnungen, sei es ihr möglich und zumutbar gewesen, auch die verbliebenen PZN abzufragen oder jedenfalls Verteilungsmengen für die VDB-Untergruppen anzugeben. Dasselbe gelte für die Daten über 1.522 PZN für Sonstige Leistungserbringer. Des Weiteren meint die ASt, dass die Ag ihre hausintern ermittelten Daten über die mit Sonstigen Leistungserbringern abgerechneten PZN zur Verfügung hätte stellen müssen und beantragt

Akteneinsicht in die von der Ag mit Schriftsatz vom 13. September 2017 überlassenen Auszüge aus ihrer hausinternen Datenbank.

Schließlich wendet sich die ASt gegen die Ausführungsfrist zwischen Zuschlagserteilung und Vertragsbeginn, die Regelungen zur Vertragsstrafe in § 18 Abs. 2 RV und die beim Einsatz von sog. „Drittunternehmen“ bereits mit dem Angebot vorgeschriebene Vorlage der Anlagen 4 und 5 der BWB.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Ag wird unter angemessener Verlängerung der Angebotsfrist aufgegeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht dahingehend abzuändern, dass den Bietern zwecks Ermöglichen einer ordnungsgemäßen Angebotserstellung und -kalkulation

- mitgeteilt wird, dass sie im Zuschlagsfalle auch im Kreise der sog. Sonstigen Leistungserbringer nicht exklusiv zur Versorgung berechtigt sind und welche Versorgungsanzahlen nach Zuschlagserteilung auf dieser Grundlage zu erwarten sind;
 - angegeben wird, wie sich die Versorgungsmengen und Bruttoumsätze jeweils auf die unterschiedlichen, in den beiden Preisgruppen A und B zusammengefassten Untergruppen (VDB-Gruppennummern) verteilen und in welchem Umfang seitens der Vertragsärzte konkrete Verbandmittel bestimmter Hersteller verordnet und abgegeben wurden und wie sich diese innerhalb der Untergruppen auf die einzelnen Produkte und Hersteller verteilen;
insoweit hilfsweise für den Fall, dass der Ag eine vollständige Angabe der konkreten Produktverordnungen und -abgaben hersteller- und produktbezogen nicht möglich sein sollte, den Bietern ermöglicht wird, im Rahmen ihres Angebotes für die verschiedenen Untergruppen bestimmte Produkte als vertragsgegenständliche Produkte anzubieten und zu definieren, die dann auch ausschließlich zur Versorgung der Versicherten der Ag einzusetzen sind;
 - auf Basis der vorstehenden Angaben zur Verteilung der Versorgungsmengen und Bruttoumsätze ermöglicht wird, Angebote auf die verschiedenen Untergruppen mit unterschiedlichen Preisen je Untergruppe als Bezugspunkt (auch eines eventuell anzubietenden v.Hd. Satzes) die dann von der Ag nach deren Anteil an der Versorgung transparent zu gewichten sind abzugeben; dies im Wege einer feststehenden, eindeutig definierten absoluten Preisangabe in EUR als Vertragspreis, die nicht abhängig ist von – im Bereich der Verbandmittel nicht gesetzlich definierten – variablen Größe sich ändernder „Apothekeneinkaufspreise“ (AEK) der Hersteller;
 - für den Fall, dass den Bietern keine Möglichkeit zur abschließenden Festlegung der angebotenen, vertragsgegenständlichen Produkte im Angebot eingeräumt wird, eine Frist zur Versorgung der Versicherten der Ag von mindestens 48 Stunden einzuräumen, um eine Beschaffung eventuell nicht unmittelbar bevorrateter Produkte zu ermöglichen;
2. der Ag wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die Ausführungsfrist angemessen lang zu bemessen, auf eine Benennung von Nachunternehmern bereits mit Angebotsabgabe zu verzichten und für laut Vertrag vorgesehene Vertragsstrafen jeweils eine angemessene Obergrenze festzulegen;

3. hilfsweise der Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Beschaffungsabsicht nur unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen;
4. der Ag die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
6. der ASt kurzfristig gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu-gewähren; dies möglichst mittels Übersendung von Kopien der entsprechenden Aktenbestandteile in die Kanzleiräume (ggf. per Fax).

b) Die Ag beantragt:

1. Der Nachprüfungsantrag vom 10. August 2017 wird zurückgewiesen.
2. Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, denn ihre Leistungsbeschreibung sei korrekt und die Kalkulationsgrundlagen weder unvollständig, noch fehlerhaft oder irreführend.

Zur Versorgung von Versicherten der gesetzlichen Krankenversicherung mit Verbandmitteln trägt die Ag vor, dass Sonstige Leistungserbringer anders als (über § 129 Abs. 5 SGB V) Apotheken keinen gesetzlichen Kostenerstattungs- bzw. Vergütungsanspruch hätten. Ohne entsprechende gesetzliche Grundlage habe die Ag die Versorgung über Sonstige Leistungserbringer bisher lediglich toleriert. Dies wolle die Ag mit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ändern, weil es dann eine vertragliche Abgabe- und Abrechnungsgrundlage für Sonstige Leistungserbringer gebe.

Es treffe nicht zu, dass nach der Zuschlagserteilung neben dem Sonstigen Leistungserbringer auch die Apotheken und alle übrigen Sonstigen Leistungserbringer versorgungsberechtigt wären. Denn Sonstige Leistungserbringer hätten keinen bedingungslosen Zugang zur Versorgung, sondern nur, wenn ein entsprechender Vertrag abgeschlossen worden sei. Wie das Bundesverfassungsgericht bestätigt habe, benötige die Ag für solche Verträge keine ausdrückliche Ermächtigungsgrundlage, ausreichend sei das Wirtschaftlichkeitsgebot (§§ 12, 70 SGB V). Abrechnungen von Sonstigen

Leistungserbringern würde die Ag somit schon seit dem 1. September 2017 nicht mehr ausgleichen. Hierüber habe die Ag die Sonstigen Leistungserbringer, u.a. die ASt, bereits schriftlich informiert. Außerdem wolle die Ag nach erfolgter Bezuschlagung der einzelnen Losgebiete ihre Versicherten durch geeignete Maßnahmen (z.B. entsprechende Informationsschreiben) auf die Ausschreibungsgewinner „umsteuern“.

Die Ag trägt weiter vor, dass ihr bisher ca. 36.000 verschiedene Verbandmittel durch Sonstige Leistungserbringer in Rechnung gestellt worden seien. Mangels gesetzlich vorgegebener Klassifizierung habe die Ag den Auftragsgegenstand anhand einer „Quasi-Klassifizierung“ der Hersteller definiert, nämlich anhand der Vertragsdatenbank (VDB). Diese Klassifizierung sei allgemein in der Gesundheitsbranche anerkannt und in der Lauer-Taxe gemeldet. Dabei sei die Lauer-Taxe mehr als ein „Nachschlagewerk“, nämlich die einzig anerkannte Grundlage für eine einheitliche Preisberechnung in der Gesundheitsbranche, an der sich auch der AEK orientiere. Innerhalb dieser Klassifizierung gebe es Ober- und Untergruppen („VDB-Gruppen“), die jeweils zahlreiche Produkte enthielten. Die Untergruppen unter den Gruppen A und B enthielten alle rund 36.000 von der Ag in der Vergangenheit vergüteten Arzneimitteltypen und bildeten somit ihren Versorgungsbedarf ab. Die Ag weist darauf hin, dass die Apotheken bisher in der Lage seien, ihr Tagesgeschäft für sämtliche Verbandmittel mit der Ag sogar anhand einer einzigen Preisgruppe abzuwickeln. Alternativ hätte die Ag die bisher verordneten 36.000 Produkte einzeln in der Leistungsbeschreibung aufzählen können. Dies sei ihr jedoch nicht zuzumuten und der Ausschreibungsgegenstand wäre hierdurch nicht transparenter beschrieben worden. Dass die einzelnen Produkte nicht untereinander austauschbar seien, sei unerheblich, weil es bei Verbandmitteln anders als bei Arzneimitteln keine Substitutionsvorschriften gebe. Darüber hinaus wäre jede andere Klassifizierung willkürlich und intransparenter Weise nicht auf entsprechende Branchenstandards zurückzuführen gewesen.

Zur Überlassung weiterer kalkulationsrelevanter Daten vertritt die Ag die Auffassung, dass sie bereits ausreichend und hinreichend transparente Unterlagen zur Verfügung gestellt habe. Weitere Informationen etwa zu jedem der bisher abgegebenen ca. 36.000 Verbandmittel aufgeteilt nach Menge pro Gebietslos könne sie nicht in zumutbarer Weise zur Verfügung stellen, so dass die ASt auch keinen weitergehenden Informationsanspruch habe. Das Leistungsspektrum bei den bisherigen Verordnungen für Verbandmittel sei auch für sie selbst intransparent. Denn mangels gesetzlicher Regelung für die Abgabe von

Verbandmitteln und deren Abrechnung benützten ca. 2/3 der Sonstigen Leistungserbringer nicht die Abrechnung im elektronischen Datenaustausch nach § 300 SGB V, sondern den Abrechnungsweg nach § 302 SGB V. Im letztgenannten Fall sei die Abrechnung nicht in Form von Scans bzw. Images der jeweiligen Rechnung digitalisiert, sondern bestehe aus einer Papierrechnung als Sammelrechnung mit dem Bruttobetrag der abgegebenen Produkte, ohne dass erkennbar wäre, was abgerechnet und verordnet worden sei. Die Ag hätte in diesen Fällen jede Abrechnung sichten und für eine Auswertung die einzelnen Daten händisch übertragen müssen. Der Rückgriff allein auf die Abrechnung nach § 300 SGB V, vor allem also der Apotheken, hätte im vorliegenden Fall keine belastbaren Daten ergeben, weil Apotheken weniger Produkte aus dem Bereich der modernen Wundversorgung abgaben. Erst seit dem 1. September 2017 akzeptiere die Ag von Sonstigen Leistungserbringern nur noch Abrechnungen gemäß § 300 SGB V; Daten, auf die die Bieter verlässlich ihre Angebotskalkulation stützen könnten, lägen ihr hieraus erst nach einem längeren Zeitraum vor.

Zu ihrer eigenen hausinternen Datenbank trägt die Ag mit Schriftsatz vom 13. September 2017 vor, diese umfasse 10.693 Artikel/PZN von Verbandmitteln. Laut dieser Liste hätten Apotheken bisher 4.484 verschiedene Verbandmittel mit der Ag abgerechnet, jedenfalls die Sonstigen Leistungserbringer, die ihre Leistungen über § 300 SGB V abrechneten, demgegenüber 1.522 PZN. Die Datenbank der Ag decke mithin deutlich weniger PZN ab als die ausgeschriebenen VDB-Gruppen und sei somit nicht repräsentativ für die am Markt abgegebenen bzw. verordneten Produkte.

Die Ag meint, sie müsse der ASt nicht jegliches kaufmännische Risiko abnehmen; vielmehr seien branchen- und markttypische Kalkulationsrisiken den Bietern zumutbar, wobei unterstellt werden dürfe, dass Leistungserbringer in der Regel die besonderen Markt- und Umsetzungsumstände im Bereich der Lieferung ihrer Produkte kennen. Aufgrund eigener Recherchen habe die Ag erfahren, dass die Leistungserbringer Verbandmittel regelmäßig zu einem Preis bezögen, der erheblich unter dem AEK liege. Der Einkauf erfolge branchenüblich mit einem Skonto über 3% und bei Produkten der Preisgruppe A zu mindestens 30% unter AEK. Die Ag legt hierzu eine vor der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung durchgeführte Markterkundung vor, in der sie für 786 PZN bei einem Großhändler Abschläge auf den Listenpreis erfragt habe. Hierbei habe sich gezeigt, dass die Rabatte in der Preisgruppe A zwischen 10% und 93,9% lägen und in der Preisgruppe B zwischen 5% und 35%. Außerdem, so die Ag, habe sie zur Vorbereitung eines 2016

durchgeführten Open-House-Verfahrens für Verbandmittel für ca. 20% der mit ihr abgerechneten Verbandmittel (1.426 PZN) deren Preise beim pharmazeutischen Großhandel abgefragt und erfahren, dass die Rabatte in der Preisgruppe A zwischen 12% und 75,5% betragen und für die Preisgruppe B 3,5% bis 27,5%.

In der mündlichen Verhandlung am 6. September 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Durch Verfügung des Vorsitzenden vom 6. September 2017 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 28. September 2017 einschließlich verlängert.

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 zulässig und begründet, weil das Vergabeverfahren in mehrfacher Hinsicht intransparent ist und jedenfalls auch hinsichtlich der Zuschlagskriterien nicht vergaberechtskonform ausgestaltet ist.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken. Vor allem ist die ASt antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB), auch wenn sie kein Angebot abgegeben hat. Denn wenn sich ein Antragsteller wie hier gegen die Grundlagen der Ausschreibung wendet, die es ihm unmöglich machen, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben, wird sein Interesse am Auftrag i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB hinreichend durch seine entsprechende Rüge und seinen Nachprüfungsantrag belegt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2013, VII-Verg 35/12). Da sie aufgrund der geltend gemachten Vergaberechtsverstöße kein Angebot abgeben konnte, droht der ASt hieraus auch ein Schaden zu entstehen.

Da die ASt vor Ablauf der Angebotsfrist gerügt hat, erfolgte ihre Rüge nach jedem Tatbestand des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 bis 3 GWB rechtzeitig. Die hier von Amts wegen festgestellten Vergaberechtsverstöße (s. unter 2d)), kannte die ASt nicht und musste sie auch nicht

erkennen, so dass diese auch ohne Rüge der ASt berücksichtigt werden können (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. Dezember 2010, VII-Verg 24/10 m.w.N.).

Die 15-Tage-Frist nach § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB hat die ASt ebenfalls eingehalten.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Zwar ist braucht die Ag für ihr Vorgehen keine Ermächtigungsgrundlage und kann dem Zuschlagsgewinner die versprochene Exklusivität einräumen (dazu unter a)), des Weiteren braucht die Ag den Bietern keine weiteren Daten für ihre Angebotskalkulation zu überlassen (dazu unter b)) und die Sonstigen Leistungserbringer werden gegenüber Apotheken auch nicht vergaberechtswidrig diskriminiert (dazu unter c)). Jedoch sind die Vergabeunterlagen in mehrerlei Hinsicht nicht eindeutig und klar formuliert, was zumindest in der Gesamtschau gegen den Transparenzgrundsatz verstößt und die Zuschlagskriterien sind ebenfalls vergaberechtswidrig ausgestaltet (dazu unter d)).

a) Wesentliche, von der ASt aufgeworfene Vorfrage ist, ob die Ag überhaupt die Versorgung ihrer Versicherten mit Verbandmitteln ausschreiben darf oder ob hierfür eine gesetzliche Ermächtigungsgrundlage erforderlich gewesen wäre. Dies ist nicht der Fall, weil die Ag als öffentlicher Auftraggeber ihren Beschaffungsbedarf (hier: zur Erfüllung ihres Versorgungsauftrags nach § 31 Abs. 1, 1a SGB V) auch ohne individuelle Ermächtigungsnorm im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens decken darf (dazu unter aa)). Aus denselben Erwägungen folgt, dass die Ag durch den ausgeschriebenen Vertrag Sonstigen Leistungserbringern im Zuschlagsfall die vertraglich versprochenen exklusiven Versorgungsrechte (also hier nur gegenüber den übrigen Sonstigen Leistungserbringern, aber nicht gegenüber den Apotheken) einräumen darf; die ausgeschriebenen Bedingungen sind also auch nicht unter dem Gesichtspunkt rechtswidrig, dass die Ag den Bietern vertraglich etwas Unmögliches oder Unzutreffendes versprechen will (dazu unter bb)).

aa) Die Ag braucht für den Abschluss eines Selektivvertrages keine Ermächtigungsgrundlage. Der Grundsatz des „Vorbehalts des Gesetzes“ ist diesbezüglich nicht anwendbar. Dies gilt sowohl nach rein sozialrechtlicher Betrachtung, weil sich eine gesetzliche Krankenkasse grundsätzlich aller rechtlich zulässigen Mittel des Verwaltungshandelns bedienen und mithin gemäß §§ 53 ff. SGB X auch Verträge mit Leistungserbringern schließen darf (BVerfG, Beschluss vom 13. September 2005, 2 BvF 2/03; BSG, Urteil vom 10. März 2010, B 3 KR 26/08 R; BSG, Urteil vom 28. Juli 2008, B 1 KR 4/08 R). Dasselbe gilt erst recht unter

zusätzlicher Betrachtung des EU-Vergaberechts. Denn hiernach ist es einem öffentlichen Auftraggeber gestattet, seinen Beschaffungsbedarf im Wege eines Vergabeverfahrens zu decken – ob er hierzu wie im vorliegenden Fall ein förmliches Vergabeverfahren durchführt oder vergaberechtsfrei z.B. ein sog. Open-House-Verfahren, unterliegt allein der ihm zukommenden Bestimmungsfreiheit (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16). Da förmliche Vergabeverfahren einen transparenten und offenen Wettbewerb unter den Marktteilnehmern bewirken, überschreitet ein öffentlicher Auftraggeber die Grenzen dieses Bestimmungsrechts nicht, wenn er sich für diese Variante entscheidet – dies gilt insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden, in dem in einem bestimmten Bereich bisher noch nie ein wettbewerbliches Verfahren durchgeführt worden ist (vgl. zu einem ähnlichen Fall OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, aaO.).

Aus dem EU-Vergaberecht folgt ein Weiteres: Führt der öffentliche Auftraggeber ein förmliches Vergabeverfahren durch, sind wegen des vorrangigen EU-Rechts dem entgegenstehende sozialrechtliche Normen entsprechend richtlinienkonform auszulegen und ggf. nicht anzuwenden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, aaO.). Dasselbe ergibt sich aus § 69 Abs. 3 (hier i.V.m. § 31 Abs. 1, 1a) SGB V), wonach auf öffentliche Aufträge der gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. SGB V die Vorschriften des Vierten Teils des GWB anzuwenden sind. Einer solchen richtlinienkonformen Auslegung des Sozialrechts bedarf es im vorliegenden Fall jedoch nicht, um das Handeln der Ag zu beurteilen. Denn sozialrechtliche Normen, die der Art und Weise der Bedarfsdeckung im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens entgegenstünden, gibt es bei Verbandmitteln nicht (s. zu den laut ASt vorrangigen Leistungsrechten Sonstiger Leistungserbringer sogleich unter bb)).

- bb) Sobald aber eine gesetzliche Krankenkasse im Wege eines förmlichen Vergabeverfahrens zu Recht (s.o. unter aa)) Verträge abgeschlossen hat, hat sie dem jeweiligen Vertragspartner rechtswirksam Exklusivität eingeräumt. Denn erstens ist die Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zugunsten eines bestimmten Vertragspartners oder ggf. auch mehrerer Vertragspartner dem Abschluss von Verträgen im Wege eines Vergabeverfahrens immanent (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, Rs. C-410/14; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14). Bei sozialrechtlich motivierten Beschaffungen kommt hinzu, dass nur durch die Einräumung einer solchen exklusiven Versorgungsbefugnis des Vertragspartners die

Ag dem ihr obliegenden Wirtschaftlichkeitsgebot (§§ 12, 70 SGB V) gerecht wird. Denn nur wenn die ausschreibende Krankenkasse dem Ausschreibungsgewinner in seinem Zuschlagsgebiet Exklusivität garantieren kann, gibt es für die potentiellen Bieter einen Anreiz, ein für die Krankenkasse wirtschaftlich günstiges Angebot zu unterbreiten (vgl. BSG, Urteil vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 R m.w.N.). Unabhängig davon, welche Leistungsbeziehungen vorher bestanden haben, ist nach Abschluss des ausgeschriebenen Vertrags gemäß den getroffenen vertraglichen Vereinbarungen mithin nur noch der Losgewinner zur Leistungserbringung samt damit synallagmatisch verknüpfter Abrechnung berechtigt. Anders als die ASt meint, stehen der Ag nach Vertragsabschluss damit auch wirksame, rechtliche Mittel zur Verfügung, die Versorgung durch andere Sonstigen Leistungserbringer zu verhindern. Denn da diese nicht mehr versorgungs- und abrechnungsberechtigt sind, braucht die Ag deren Lieferungen an ihre Versicherten nicht zu erstatten (auch nicht aufgrund Bereicherungsrechts oder aufgrund eines öffentlich-rechtlichen Erstattungsanspruchs, vgl. BSG, Urteil vom 25. November 2015, aaO., BSG, Urteil vom 28. September 2010, B 1 KR/10 R m.z.N.).

Die Ag ist mithin in der Lage, mit dem hier ausgeschriebenen Vertrag dem betreffenden Vertragspartner in seinem Losgebiet rechtswirksam die versprochene Exklusivität einzuräumen; entsprechend der hier zu treffenden vertraglichen Vereinbarungen also jedenfalls gegenüber den übrigen Sonstigen Leistungserbringern. Anders als die ASt meint, stehen dem nicht etwaige Rechte der übrigen Sonstigen Leistungserbringer entgegen. Denn mangels entsprechender gesetzlicher Regelungen steht Sonstigen Leistungserbringern nicht ohne Weiteres ein Anspruch auf Versorgung der Versicherten der Ag (mit korrespondierender Vergütung) zu. Vielmehr bestehen diese Ansprüche – auch nach Auffassung der von der ASt zitierten Sozialgerichte – nur innerhalb des „Vorrangs des Gesetzes“, also nur soweit abschließende Rechtsvorschriften und/oder Rechte Dritter nicht entgegenstehen (BSG, Urteil vom 10. März 2010, aaO.; vgl. auch BSG, Urteil vom 25. November 2015, aaO.: nur „im Rahmen der gesetzlichen und untergesetzlichen Vorgaben“, wobei zu letzteren auch vertragliche Vereinbarungen zählen; vgl. auch Sächsisches LSG, Urteil vom 24. August 2011, L 1 KR 74/09: nur „nach den für diese Art der Versorgung geltenden gesetzlichen und vertraglichen Bestimmungen“). Darüber hinaus umfasst das Leistungserbringungsrecht der Sonstigen Leistungserbringer ohnehin lediglich die „Möglichkeit“ zur Beteiligung an der Versorgung der Versicherten (BSG, Urteile vom

10. März 2010, aaO.; und vom 25. November 2015, aaO., jeweils m.z.N.; Sächsisches LSG, Beschluss vom 1. Dezember 2010, L1 KR 99/10 B ER). Ersteres bedeutet im vorliegenden Fall, dass u.a. die (hier: durch den ausgeschriebenen Vertrag eingeräumten) Rechte Dritter das Versorgungsrecht anderer Leistungserbringer überlagern. Das allgemeine Marktzugangsrecht Sonstiger Leistungserbringer verdrängt also nicht die vertraglichen Rechte des Losgewinners, sondern wird im Gegenteil von dessen besonderen vertraglichen Versorgungsrechten ausgeschlossen. Letzteres, also die Möglichkeit, an der Versorgung der Versicherten beteiligt zu werden, wird den Sonstigen Leistungserbringern durch die verfahrensgegenständliche Ausschreibung gerade nicht genommen, sondern im Gegenteil gerade dadurch gewährt, dass sie am Wettbewerb um die ausgeschriebenen Verträge teilhaben können und nicht auf Dauer, sondern nur während der begrenzten Vertragslaufzeit (ein Jahr mit zweimaliger Verlängerungsoption von jeweils sechs Monaten) von der Berücksichtigung bei künftigen Versorgungsentscheidungen ausgeschlossen werden (vgl. BSG, Urteil vom 10. März 2010, aaO.; Jaeger, ZwER 2005, 31, 46).

Aus denselben Gründen stehen der Vorgehensweise der Ag auch nicht die Grundrechte der Sonstigen Leistungserbringer entgegen. Denn Art. 12 GG sichert nicht die Erwartung künftiger Erwerbsmöglichkeiten und gewährt den Leistungserbringern keinen Anspruch auf unveränderte Wettbewerbsbedingungen und Marktverhältnisse. Die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an ein anderes Unternehmen unter Ausschluss der eigenen weiteren Betätigungsmöglichkeiten im vergebenen Umfang tangiert also nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des unterlegenen Marktteilnehmers (vgl. BSG, Urteil vom 25. November 2015, aaO., m.z.N.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16).

Gegen die hier vertretene Rechtsauffassung sprechen auch nicht die Rechte und Versorgungsansprüche der Versicherten der Ag, den konkreten Leistungserbringer selbst zu wählen. Unabhängig von der Frage, ob sich die ASt überhaupt auf die Rechte Dritter berufen könnte (dagegen: LSG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2010, L 21 SF 152/10 Verg), gibt es eine Wahlfreiheit der Versicherten, wo sie ihren Bedarf an erstattungsfähigen Leistungen (hier: Verbandmitteln) decken, nur im Hinblick auf Apotheken, nicht aber hinsichtlich Sonstigen Leistungserbringern (vgl. § 31 Abs. 1 S. 5 SGB V). Darüber hinaus wird aus den allgemeinen sozialrechtlichen Grundsätzen des SGB V deutlich, dass der Anspruch eines Versicherten auf medizinische Versorgung

und damit auch sein Recht, hierbei die Apotheke frei zu wählen, nicht uneingeschränkt gilt, sondern unter dem Vorbehalt des Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1 S. 2 SGB V, § 70 SGB V) steht (vgl. BSG, Urteil vom 25. November 2015, aaO., m.z.N.). Wenn also eine gesetzliche Krankenkasse die Versorgung ihrer Versicherten mit Verbandmitteln so sicherstellt, dass diese exklusiv über im Wege eines Vergabeverfahrens ermittelte Vertragspartner erfolgt, braucht sie Verbandmittel nur noch dann zu erstatten, wenn diese vom Ausschreibungsgewinner abgegeben wurden. Die Möglichkeit des Versicherten, einen anderen Leistungserbringer auszuwählen, mag dann theoretisch noch bestehen, wird aber faktisch dadurch ausgeschlossen, dass der vom Versicherten ausgewählte Leistungserbringer nur dann einen Anspruch auf Erstattung der von ihm erbrachten Leistungen hat, wenn er auch Vertragspartner der Ag ist (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 16. Januar 2017, VK 1-130/16 m.z.N.; s. dazu, dass der Leistungserbringer dementsprechend nicht einmal einen bereicherungs- oder erstattungsrechtlichen Vergütungsanspruch hat, bereits oben). So erfolgt in der Praxis auch die von der ASt in Abrede gestellte „Umsteuerungsmöglichkeit“ der Versicherten auf den Ausschreibungsgewinner. Erstens will die Ag ihre Versicherten gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 RV über die jeweiligen Losgewinner informieren und hat sogar auf ihre Pflicht zu solchen Informationen hingewiesen (s. Antwort auf die Bieterfrage Nr. 49). Des Weiteren beabsichtigt die Ag, auch die verordnenden Ärzte darüber zu informieren, entsprechende Anfragen von Versicherten, bei wem sie ein verordnetes Verbandmittel beziehen können, an die Ag zu verweisen. Da der Ausschreibungsgewinner die Versicherten der Ag preiswerter versorgt als die ebenfalls versorgungsberechtigten Apotheken (für die weiterhin die teureren Konditionen des Arzneiliefervertrags gelten, sofern sie nicht selbst bezuschlagt wurden), liegt es nicht zuletzt im (wirtschaftlichen) Eigeninteresse der Ag, solche Informationsmaßnahmen tatsächlich durchzuführen. Abgesehen davon erfolgt eine Umsteuerung spätestens dann, wenn die Ag dem Versicherten ein Verbandmittel, das er von einem Nichtvertragspartner bezogen hat, nicht erstattet.

Damit entspricht die Rechtslage dem, was die Ag in den Bewerbungsbedingungen und im Vertrag den Bietern mitgeteilt hat: Der Ausschreibungsgewinner erhält das exklusive Versorgungsrecht in seinem Losgebiet gegenüber Sonstigen Leistungserbringern, aber nicht gegenüber den Apotheken. Die ausgeschriebenen Vorgaben sind daher auch nicht intransparent oder deshalb rechtswidrig, weil die Ag den Bietern etwas

Unmögliches oder Unzutreffendes versprochen hätte (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11).

Ob die Ag aufgrund ihres Open-House-Verfahrens über Verbandmittel 2016 vom Gegenteil überzeugt ist (so die Einschätzung der ASt), ändert hieran nichts. Denn die Motivation oder rechtliche Einschätzung des Auftraggebers selbst spielt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit seiner Vorgehensweise keine Rolle.

b) Die den Bietern überlassenen Kalkulationsgrundlagen waren hinreichend. Was die Zusammenfassung zahlreicher Produkte in die Preisgruppen A und B angeht, ist die Leistungsbeschreibung hinreichend eindeutig und erschöpfend i.S.d. § 121 GWB, § 31 VgV (dazu unter aa), s. aber zur unbestimmten Formulierung des Ausschreibungsgegenstands unten unter d)aa)) und die Ag bürdet den Bietern keine unzumutbaren Kalkulationsrisiken auf (dazu unter bb)), weil sie diesen alle kalkulationserheblichen Daten überlassen hat, die sie zumutbar ermitteln konnte.

aa) Die Leistungsbeschreibung ist nicht unbestimmt i.S.d. § 121 GWB, § 31 VgV, auch wenn die Ag zahlreiche in Anwendung, Zusammensetzung und Preis unterschiedliche Verbandmittel entsprechend der VDB i.S.d. Lauer-Taxe in zwei Gruppen (A und B) zusammengefasst und von den Bietern verlangt hat, je Gruppe einen einzigen Zuschlag/Abschlag auf den AEK anzubieten. Dies tangiert allenfalls die Sicherheit der Kalkulation (dazu unter bb)), aber nicht die Frage der Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung.

Denn die eindeutige und erschöpfende Beschreibung der Leistung durch den öffentlichen Auftraggeber soll dazu führen, dass die vom Auftragnehmer geschuldete Leistung so klar beschrieben ist, dass alle Bieter wissen, was sie anbieten sollen, und der Auftraggeber die Angebote miteinander vergleichen kann, weil sie inhaltlich nicht wesentlich voneinander abweichen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11). Dass die Bieter aufgrund der ausgeschriebenen Klassifizierung der Verbandmittel in Preisgruppe A und B nicht wussten, welche konkreten Produkte konkret hierunter fallen, behauptet die ASt selbst nicht und wird auch von der bisherigen ständigen Praxis belegt, nach der nicht nur die Apotheken, sondern auch die Sonstigen Leistungserbringer Verbandmittel aufgrund derselben Klassifizierung angeboten und abgerechnet haben. Was er seiner Meinung nach zur

Befriedigung seines Bedarfs benötigt und dementsprechend ausschreibt, obliegt der Leistungsbestimmungsfreiheit eines öffentlichen Auftraggebers. Die diesbezüglichen Grenzen hat die Ag vorliegend nicht überschritten, weil ihre Produktklassifizierung nicht willkürlich erfolgte, sondern auf einem langjährig anerkannten branchenweiten Standard beruht – ob dieser Standard hoheitlich vorgegeben oder sich wie hier möglicherweise allein aufgrund eines „common sense“ aller Marktteilnehmer entwickelt hat, ist irrelevant, solange die einschlägigen Kreise ihn nur einheitlich verstehen und anwenden. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ob die Produkte aufgrund ihrer Unterschiede untereinander austauschbar sind, weil auch dies – auch aus Sicht der ASt – nicht dazu führt, dass den Bietern der Inhalt beider Preisgruppen unbekannt war. Auch sonst ist es gerade bei Rahmenverträgen nicht unüblich, hierin Produkte zusammenzufassen, bei denen selbst bei grober Betrachtung z.B. lediglich der Anwendungsbereich ähnlich ist (z.B. über Büromaterial). Es handelt sich hier also schlicht um einen Rahmenvertrag, der unterschiedliche Produkte für unterschiedliche Anwendungsgebiete enthält, wobei aufgrund der Orientierung am AEK (zuzüglich des vom Bieter angebotenen Auf- oder Abschlags) für jedes Produkt ein eigener – und gerade kein einheitlicher – Preis festgesetzt wird.

Die vergaberechtlichen Beanstandungen der ASt sind mithin nicht auf die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung zurückzuführen, sondern auf die Unsicherheit der Kalkulation eines Angebotspreises, weil die ASt meint, hierfür mehr Daten zu brauchen. Die Überbürdung von Kalkulationsrisiken führt hier jedoch nicht zur Nichtvergleichbarkeit der Angebote i.S.d. § 121 GWB, § 31 VgV (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 2011, VII-Verg 62/11).

- bb) Die Ag bürdet den Bietern keine unzumutbaren Kalkulationsrisiken auf, vor allem braucht sie den Bietern keine weiteren kalkulationsrelevanten Daten mitzuteilen.

Zunächst ist Folgendes vorzuschicken: Eine Vergabe ist nicht bereits deshalb rechtswidrig, weil einem Bieter Risiken auferlegt werden, insbesondere indem er bei der Angebotserstellung Umstände und Ereignisse zu berücksichtigen hat, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf die Preise er nicht im Voraus schätzen kann (vgl. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A a.F., der seit Inkrafttreten des § 8 EG VOL/A-2009 nicht mehr gilt). Die Grenze des vergaberechtlich Zulässigen ist allerdings dann überschritten, wenn für die Bieter eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation

schlechterdings unzumutbar ist (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14 m.w.N.; und vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12, jeweils m.w.N.). Die Schwelle, welche Kalkulationsrisiken einem Bieter zumutbar sind und diesen daher rechtmäßig aufgebürdet werden dürfen, ist jedoch bei Rahmenvereinbarungen relativ hoch (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2012, VII-Verg 44/12). Denn gerade wenn es wie hier um das zu erwartende Auftragsvolumen geht, liegt es bei Rahmenvereinbarungen anders als bei anderen Aufträgen in der Natur der Sache, dass die Anzahl der künftigen Einzelaufträge und deren Volumen ungewiss und daher weder exakt vorhergesagt noch garantiert werden kann. § 21 Abs. 1 S. 2 VgV sieht daher vor, dass der Auftraggeber bei Rahmenvereinbarungen das Auftragsvolumen lediglich so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben hat, aber nicht abschließend festlegen muss. Um den Wettbewerb nicht einzuschränken, sondern den Eingang wettbewerblich vergleichbarer Angebote zu gewährleisten, muss der Auftraggeber hinsichtlich des Auftragsumfangs aber jedenfalls diejenigen Angaben machen, über die er verfügt oder die von ihm in zumutbarer Weise zu beschaffen sind und die die Bieter für eine seriöse Angebotskalkulation benötigen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 96/11; und vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Hält der Auftraggeber diese Anforderungen ein, handelt er vergaberechtskonform, auch wenn weiterhin hinsichtlich des Auftragsumfangs erhebliche Kalkulationsrisiken bei den Bietern verbleiben (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12). Dass die Bieter deshalb ggf. Risikoaufschläge einkalkulieren, die die Vergabe verteuern, ist demgegenüber das Risiko, das seinerseits der Auftraggeber zu tragen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11).

Unter diesen Prämissen sind die den Bietern aufgrund der von der Ag überlassenen Daten verbleibenden Kalkulationsunsicherheiten vorliegend nicht unzumutbar und führen deshalb nicht zu einem Vergaberechtsverstoß der Ag:

- (1) Die ASt meint, die Ag müsse den Bietern mitteilen, welche Produkte welcher Hersteller wie oft abgegeben bzw. verordnet worden seien und wie oft die Verbandmittelversorgung der Versicherten der Ag bisher über Apotheken erfolgt ist; anderenfalls sei ihr eine ordnungsgemäße Kalkulation nicht möglich.

Was die Abgabedaten der Apotheken angeht, hat die Ag die o.g. Grenzen vorliegend bereits deshalb nicht verletzt, weil die Bieter die Umsatz- und Verordnungszahlen der über Apotheken abgesetzten Verbandmittel für eine seriöse Angebotskalkulation nicht benötigen. Denn es ist aus folgenden Gründen davon auszugehen, dass ein Sonstiger Leistungserbringer die Versicherten der Ag in seinem Losgebiet zukünftig nicht in größerem Umfang versorgen wird als die bisherigen Sonstigen Leistungserbringer: Der künftige Bedarf der Versicherten der Ag, der – wie bei Vergaben im Arzneimittelbereich – u.a. vom Ordnungsverhalten der Ärzte abhängt, ist weder für die Ag noch für die Bieter hinreichend sicher vorhersehbar. Hinzu kommt, dass es sich vorliegend um die erste Ausschreibung von Verbandmitteln im Geschäftsbereich der Ag handelt, so dass auch aus diesem Grund keinem Marktteilnehmer weitere Daten (Erfahrungswerte o.ä.) vorliegen. Das Einzige, woraus – mit der kaufmännisch gebotenen Vorsicht – gewisse Rückschlüsse auf die zukünftige Nachfrage gezogen werden können, sind die entsprechenden Abgabedaten aus der Vergangenheit. Es ist daher in der Vergaberechtsprechung (insbesondere zum Arzneimittelbereich) anerkannt, dass immerhin diese Daten ausreichend sind, um eine hinreichend sichere Angebotskalkulation zu ermöglichen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11). Dies beruht auf der Erwägung, dass in Zukunft mit ähnlichen Werten zu rechnen sein wird – jedenfalls solange keine anderen Erkenntnisse bestehen, etwa weil signifikante Änderungen der Sach- und/oder Rechtslage bevorstehen. So verhält es sich auch hier. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür und wurden auch von der ASt nicht vorgetragen, dass sich jedenfalls an Umsatz und Verordnungshäufigkeit der Verbandmittel, die den Versicherten der Ag bisher von Sonstigen Leistungserbringern verschafft wurden, zukünftig signifikant etwas ändern wird. Damit ist jedoch gleichermaßen die Frage zu verneinen, ob die Bieter über die Abgabe- und Abrechnungsdaten zu Sonstigen Leistungserbringern hinaus auch die zu Apotheken benötigen. Denn da alle Apotheken (zu Recht, s.o. unter a)) auch nach Abschluss der verfahrensgegenständlichen Verträge weiterhin Versicherte der Ag mit Verbandmitteln versorgen dürfen, ist davon auszugehen, dass sich deren „Versorgungsanteil“ (bisher ca. 70 bis 80%) nicht zugunsten des künftigen Vertragspartners in kalkulationsrelevantem Umfang verschiebt – jedenfalls solange wie hier keine anderen validen Erkenntnisse bestehen. Ausschreibungsgegenstand ist vorliegend also im Grunde genommen nur der

Anteil an der Gesamtversorgung der Versicherten der Ag mit Verbandsmitteln, der bisher über Sonstige Leistungserbringer erbracht wurde. Allenfalls könnte man erwarten, dass sich der Versorgungsanteil der Apotheken zukünftig steigern könnte, weil den Versicherten der Ag nach Abschluss der ausgeschriebenen Exklusivverträge weniger leistungs- und abrechnungsberechtigte „Verbandmittelversorger“ zur Verfügung stehen und ein Versicherter seine Verbandmittelverordnung möglicherweise eher bei der mutmaßlich ortsnäheren Apotheke als bei dem Losgewinner vorlegt, z.B. wenn letzterer für ihn schwerer zu erreichen ist als der bisherige Leistungserbringer. In diesem Fall würde sich aber allenfalls der Anteil des Losgewinners im Vergleich zum früheren Sonstigen Leistungserbringer verringern und nicht auf den „Versorgungsanteil“ der Apotheken ausweiten, so dass die Bieter auch bei dieser Hypothese die bisherigen Versorgungsdaten der Apotheken für ihre kalkulationsrelevanten Umsatz- und Kostenerwartungen nicht benötigen. Abgesehen davon können verfügt auch die Ag über keine genaueren Erkenntnisse über das „Abwandern“ ihrer Versicherten zur mutmaßlich ortsnäheren Apotheke, die für eine valide Angebotskalkulation tauglich wären. Auch aus diesem Grund braucht die Ag die Wahrscheinlichkeit und die Auswirkungen dieses Szenarios nicht näher zu ermitteln und etwaige Daten an die Bieter weiterzugeben. Dass sich dieses Szenario möglichst nicht realisiert, will die Ag – nicht zuletzt im eigenen Interesse, Verbandmittel möglichst wirtschaftlich zu beschaffen – zudem dadurch beeinflussen, dass sie ihre Versicherten über den Ausschreibungsgewinner (also die preiswertere Bezugsquelle) informiert und auch die verordnenden Ärzte hierauf hinweisen will.

Die Kalkulation würde für die Bieter zudem nicht dadurch sicherer werden, wenn die Ag ihnen trotz des soeben Gesagten die „Apothekendaten“ überlassen würde. Denn unabhängig davon, dass der Versorgungsanteil der Apotheken hier nicht ausgeschlossen ist, wären diese Daten auch sonst nicht aussagekräftig gewesen. Denn nach den Erkenntnissen der Ag sind ihre Daten über die „Apothekenversorgung“ bei Verbandsmitteln nicht auf die Versorgung durch Sonstige Leistungserbringer übertragbar, da das Nachfrageverhalten der Versicherten signifikant unterschiedlich ist. So versorgten Apotheken die Versicherten der Ag bisher weit überwiegend mit Verbandsmitteln der Preisgruppe A (sog. konventionelle Wundversorgung). Sonstige Leistungserbringer könnten hieraus also für ihre voraussichtlich eher im Bereich der modernen

Wundversorgung zu erbringenden Leistungen (Preisgruppe B) keine belastbaren Annahmen entwickeln. Daten, die für eine seröse Angebotskalkulation nicht tauglich sind, braucht ein öffentlicher Auftraggeber den Bietern jedoch nicht zu überlassen (s. hierzu bereits oben); im Gegenteil wären die Transparenz des Vergabeverfahrens und die Gleichbehandlung der Bieter gefährdet, wenn ein Auftraggeber die Bieter durch fehlerhafte kalkulationsrelevante Daten „in die Irre führt“.

Was die Bereitstellung weiterer aus Sicht der ASt kalkulationsrelevanter Daten zu den einzelnen ausgeschriebenen Produkten angeht, verhält es sich wie folgt:

Die Ag hat den Bietern nicht die bisher von Sonstigen Leistungserbringern an ihre Versicherten abgegebenen Mengen oder Umsätze der einzelnen Produkte mitgeteilt, sondern nur die insgesamt für Produkte beider Preisgruppen je Gebietslos getätigten Umsätze und die Anzahl der Einzelverordnungen im Referenzjahr 2016 sowie – über alle Gebietslose ermittelt – den Anteil von Produkten der Preisgruppe A bzw. B am Umsatz bzw. an den Einzelverordnungen. Eine exakte, weil jedem einzelnen Produkt gerecht werdende Kalkulation wäre nur dann möglich, wenn die Ag den Bietern für jedes einzelne der ca. 29.000 Produkte die entsprechenden Umsätze und die Anzahl der Einzelverordnungen nennen würde, diese jeweils aufgeschlüsselt je Gebietslos, also insgesamt für 67 Lose. Mag eine solche Aufschlüsselung aufgrund der Regelung zu Rahmenverträgen, wonach das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben ist (§ 21 Abs. 1 S. 2 VgV), grundsätzlich geboten sein, gilt sie dennoch nicht ohne Einschränkungen. Denn bei der Beurteilung, welches Verhalten von einem öffentlichen Auftraggeber vergaberechtlich zu verlangen ist, ist auch der Aufwand zu berücksichtigen, der hierdurch entsteht (Kosten, Zeit- und Personalbedarf, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14 m.w.N.). Diese Zumutbarkeitsschwelle ist vorliegend bereits aufgrund der o.g. Datenmenge (zwei Werte (Umsatz und Einzelverordnung) für ca. 29.000 Produkte in 67 Gebietslosen) überschritten. Diese Unzumutbarkeit wird dadurch verstärkt, dass die Sonstigen Leistungserbringer, die ca. 20% bis 30% der Versicherten der Ag mit Verbandmitteln versorgen, anders als die Apotheken ihre Leistungen bisher nicht gemäß § 300 SGB V mit der Ag abgerechnet haben, sondern etwa 2/3 von diesen gemäß § 302 SGB V. Unabhängig davon, ob die Ag

den letztgenannten Abrechnungsweg hätte akzeptieren müssen, liegen ihr diese Daten unstreitig also nur in dieser Form vor. Hieraus kann die Ag die gewünschten Versorgungsdaten (insbesondere welches Verbandmittel abgerechnet wurde) jedoch nicht ohne Weiteres ablesen. Vielmehr muss sie jede einzelne Abrechnung physisch sichten und die ermittelten Daten händisch in eine entsprechende Datenbank übertragen, was angesichts der o.g. großen Datenmenge einen unzumutbaren Aufwand dargestellt hätte. Aus denselben Gründen ist es der Ag nicht zuzumuten, die Abrechnungsdaten (Menge und Umsatz) für die 70 von ihr anhand der Vertragsdatenbank (VDB) gebildeten Untergruppen offenzulegen. Auch dies hätte bedeutet, trotz der genannten praktischen Schwierigkeiten der Datenerhebung aufgrund der bisher regelmäßigen Leistungsabrechnung gemäß § 302 SGB V die entsprechenden Daten für 70 Untergruppen in 67 Gebietslosen aufzubereiten. Jede Zusammenfassung der Produkte in eine geringere Anzahl von Gruppen, um den Bietern zumindest hierzu Abrechnungsdaten zur Verfügung zu stellen, wäre zu Recht dem Vorwurf ausgesetzt gewesen, anders als die allgemein akzeptierte VDB willkürlich zu sein. Da die Ag keine weiteren Recherchen anzustellen brauchte, kommt es auf den Vorschlag der ASt, die Ag hätte das Vergabeverfahren zugunsten genauerer Recherchen verschieben können, nicht an. Auch weitere Abfragen bei den Großhändlern, wie sie die ASt vorschlägt, hätten das Informationsbedürfnis der ASt nicht befriedigt, weil die Ag von den Großhändlern nur allgemein hätte erfragen können, zu welchen Konditionen diese Verbandmittel weiterverkaufen, aber nicht, zu welchen Konditionen Verbandmittel gerade den Sonstigen Leistungserbringern überlassen werden, die ihrerseits Versicherte der Ag versorgen wollen.

- (2) Untauglich für die Erhöhung der Kalkulationssicherheit der Bieter wäre es ebenfalls, wenn die Ag den Bietern jedenfalls die Abrechnungsdaten der Sonstigen Leistungserbringer zur Verfügung stellt, die bereits gemäß § 300 SGB V abgerechnet haben. Diese Daten stünden der Ag zwar nach eigenem Bekunden unschwer zur Verfügung. Da die entsprechenden Werte jedoch nur 1/3 der bisherigen Versorgung widerspiegeln, wären diese für eine Angebotskalkulation nicht hinreichend repräsentativ. Es wäre daher nicht vergaberechtlich geboten, sondern im Gegenteil eher fragwürdig gewesen, wenn die Ag den Bietern eine derart invalide Kalkulationsgrundlage zur Verfügung gestellt hätte. Dasselbe gilt für die Ergebnisse der hausinternen Datenbank der Ag, die ebenfalls nur ca. 1/3

der ausgeschriebenen Verbandmittel umfasst (ca. 11.000 von ca. 29.000 PZN) und somit ebenso wenig verlässliche Abgabedaten vermittelt.

- (3) Aus denselben Gründen braucht die Ag auch nicht das Verhältnis zwischen Produkten der Gruppe A und der Gruppe B für jedes der 67 Gebietslose anzugeben. Hieraus könnten die Bieter zwar in Verbindung mit den bereits überlassenen Angaben zu Umsatz und Anzahl der Einzelverordnungen genauer abschätzen, was für Verbandmittel im betreffenden Gebietslos in der Vergangenheit verordnet und zu welchem Preis diese mit der Ag abgerechnet wurden. Jedoch kann die Ag auch diese Angaben aufgrund der ihr vorliegenden Daten nicht so zuverlässig ermitteln, dass diese für eine verlässliche Angebotskalkulation tauglich wären. Denn wie bereits oben gesagt ist ihr die Sichtung der „§ 302er-Abrechnungen“, die gerade die hier relevanten Werte der Sonstigen Leistungserbringer enthalten, nur unter großem Aufwand möglich, da die Ag zunächst händisch ermitteln müsste, welches Verbandmittel abgegeben wurde und welcher Produktgruppe (A oder B) dieses zuzuordnen ist. Der Wert, den die Ag im Rahmen der Ermittlung des günstigen Angebotspreises unter A.IV.2 der BWB mitgeteilt hatte, ist ihrer Auskunft nach für eine sichere Angebotskalkulation zu ungenau, weil er im Wesentlichen auf Daten aus „§ 300er-Abrechnungen“ sowie einzelnen Stichproben aus anderen Abrechnungen (nach § 302 SGB V) beruht. Nach eigenem Bekunden der Ag gebe es zudem Gebietslose, in denen sie bisher über gar keine Abrechnungsdaten nach § 300 SGB V hinsichtlich der Preisgruppen A und B verfügt, so dass sie der Verteilung der verordneten und abgerechneten Verbandmittel auf A und B nicht für alle Gebietslose zur Verfügung stellen könnte.
- (4) Auch der Vergleich der ASt mit einer den Bieter unzumutbaren Mischkalkulation verfängt nicht. Denn die Ag hat von den Bieter nicht verlangt, ca. 29.000 Produkte zu einem (bzw. angesichts der beiden Preisgruppen zwei) Pauschalpreisen anzubieten. Preisbestandteil jedes abgerechneten Produkts ist nämlich vor allem der AEK, der für jedes einzelne Produkt besteht. Lediglich der angebotene Zu- oder Abschlag gilt dann pauschal für alle Produkte einer Preisgruppe und ist individuell von jedem Bieter zu kalkulieren. Den kalkulationsrelevanten Besonderheiten und Eigenschaften jedes Produkts wird somit weitestgehend bereits der jeweilige AEK gerecht, der einen einheitlichen Maßstab für den

Anschaffungswert jedes Verbandmittels abbildet. In seinem anzubietenden Zu- oder Abschlag muss der Bieter also nur die Verfügbarkeit beim Großhandel/Hersteller, Lieferzeiten sowie etwaigen Beratungsaufwand einkalkulieren. Dies ist den Bietern – vor allem unter Berücksichtigung der im Folgenden unter (5) dargestellten Erwägungen, die das Kalkulationsrisiko abmildern – zuzumuten und ist im vorliegenden Fall gleichzeitig ein weiterer Grund dafür, dass es für die Frage der Zumutbarkeit der Angebotskalkulation nicht darauf ankommt, ob die einzelnen Produkte miteinander vergleichbar oder wie hier unterschiedlich sind.

- (5) Abgesehen davon werden die hier bestehenden Kalkulationsunsicherheiten vorliegend in gewissem Umfang von der eigenen Marktkennntnis der in der Regel markterfahrenen Bieter wie der ASt ausgeglichen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14; und vom 30. Januar 2012, VII-Verg 102/11 und 103/11), so dass diese praktisch belastbare Prognosen anstellen können, die sie einer seriösen Kalkulation zugrunde legen können. Denn mangels entgegenstehender Anhaltspunkte ist grundsätzlich davon auszugehen, dass zu einem Sonstigen Leistungserbringer auch in der Vergangenheit regelmäßig ein repräsentativer Durchschnitt von Versicherten mit dem Bedarf an einem bestimmten Verbandmittel gekommen ist, so dass dieser sich selbst zumindest ein ebenso gesichertes Bild von der zu erwartenden Versorgung machen kann wie die Ag mithilfe ihrer eigenen Erkenntnisse. Etwaige Preisschwankungen können die Bieter zudem dadurch planungs- und kostensicher abmildern, indem sie mit den Verbandmittelherstellern und -großhändlern individuelle Preisvereinbarungen treffen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11 m.w.N.; LSG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2010, L 21 SF 152/10). Diese Möglichkeit kommt auch für die ASt in Betracht, die laut ihrer homepage Mitglied in einem Verbund von mehreren Unternehmen aus der Gesundheits- und Sanitätsbranche ist [...], der für seine Mitglieder u.a. das Beschaffungsmanagement wahrnimmt, deren Einkaufsvolumen bündelt und bereits über umfangreiche Geschäftsbeziehungen zu Herstellern und Großhändlern samt entsprechender Einkaufsvorteile und Bezugssicherheiten verfügt. Aufgrund ihrer bisherigen Markterfahrungen kann die ASt zudem hinreichend verlässlich einschätzen, wie oft sie Versicherte bisher nicht versorgen konnte, weil das verordnete Produkt nicht oder für sie nur zu unwirtschaftlichen

Konditionen zu beschaffen war. Dass es tatsächlich „Lieferboykotte“ bestimmter Hersteller oder Großhändler gibt, erscheint aus kaufmännischen Gründen unwahrscheinlich, jedenfalls dürften diese praktisch allenfalls seltenen Fälle kalkulatorisch kaum ins Gewicht fallen. Hinzu kommt, dass die Leistungserbringer nach den Marktrecherchen der Ag Verbandmittel regelmäßig zu einem Preis deutlich unterhalb des jeweiligen AEK einkaufen können. Bereits die Differenz zwischen eigenem Einkaufspreis und mit der Ag abgerechneten AEK dürfte daher ebenfalls zu einem maßgeblichen Anteil etwaige Risiken abmildern. Sollten die Preise dennoch unzumutbar unauskömmlich werden, verbleibt dem Auftragnehmer zudem die Möglichkeit, die Rahmenvereinbarung gemäß § 20 RV, §§ 313, 314 BGB aus wichtigem Grund zu kündigen (hierauf weist auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11, hin).

Bei alledem verkennt die Vergabekammer nicht, dass die Bieter bei der hier vorliegenden Beschreibung des Auftragsvolumens durch die Ag nicht exakt wissen, welche konkreten Produkte im jeweiligen Gebietslos voraussichtlich nachgefragt werden. Hierdurch ist den Bietern – unbestreitbar – eine möglichst genaue Kalkulation ihres Angebots nicht möglich. Unzumutbar ist dies indes nicht, da das beschriebene Risiko durch entsprechende Risikoaufschläge aufgefangen werden kann.

Auch die von der ASt vorgelegten E-Mails von zwei Herstellern von Verbandmitteln widerlegen die hier vertretene Auffassung, dass die Angebotskalkulation einem Bieter zumutbar ist, nicht. Diese haben gegenüber der ASt erklärt, vorab kein verbindliches Angebot über Einkaufskonditionen bzgl. Verbandmitteln machen zu können, weil ihnen keine Mindestabnahmemenge oder konkret abzunehmende Produkte zugesagt wurde. Diese E-Mails haben indes keine Aussagekraft dahingehend, zu welchen Konditionen die ASt Produkte beziehen kann. Sie belegen insbesondere nicht, dass ihr ein Bezug von Verbandmitteln gänzlich unmöglich ist. Die vorgelegten E-Mails besagen lediglich in sehr allgemeiner Form, dass ohne die Angabe konkreter Abnahmemengen keine „speziellen Konditionen“ bzw. „kein spezielles Angebot“ unterbreitet werden kann. Das heißt aber nicht, dass die ASt nicht anhand der ansonsten üblichen Konditionen (z.B. für einen Bezug ohne die konkrete Angabe von Bezugsmengen) kalkulieren kann, so dass ihr eine Kalkulation weder unmöglich geschweige denn unzumutbar ist.

- (6) Den Belangen der ASt nach einer verlässlicheren Angebotskalkulation hätte die Ag schließlich nicht dadurch gerecht werden können, dass sie von den Bietern nicht verlangt, alle Produkte der Gruppen A und B liefern und dementsprechend in ihren Angebotspreis einkalkulieren zu müssen, sondern diesen gestattet, sich auf einzelne zu beschränken (z.B. weil deren Beschaffungsaufwand verlässlicher vorherzusagen ist). Abgesehen von den tatsächlichen Schwierigkeiten während der Vertragsdurchführung (welcher Vertragspartner darf welche Mittel abrechnen?), spricht hiergegen, dass die abgegebenen Angebote nicht vergleichbar wären, wenn jeder Bieter nach eigener Wahl nur bestimmte Verbandmittel anbietet. Gerade die von der ASt angesprochene mangelnde Substituierbarkeit der hier ausgeschriebenen Verbandmittel untereinander stünde also der Rechtmäßigkeit dieser Vorgehensweise entgegen.
- c) Das Vergabeverfahren ist auch nicht deshalb fehlerhaft, weil die Apotheken die Versicherten der Ag unabhängig vom Ausgang dieses Vergabeverfahrens weiterversorgen dürfen. Hierin liegt keine vergaberechtswidrige Besserbehandlung der Apotheken bzw. Diskriminierung der Sonstigen Leistungserbringer. Denn wie bereits oben unter b)bb)(1) aufgezeigt, umfasst der ausgeschriebene Vertragsgegenstand nur den Anteil der Versicherten der Ag, der bisher von Sonstigen Leistungserbringern mit Verbandmitteln versorgt wurde. Nur in diesem Bereich findet also der von der Ag über ihre Ausschreibung eröffnete Bieterwettbewerb statt, so dass es also auch nur auf die Gleichbehandlung der Bieter in diesem Bereich ankommt. Diese ist hier indes gewährleistet. Denn wenn sich Apotheken an diesem Vergabeverfahren beteiligen, unterliegen sie denselben Vergabe- und (nach Zuschlagserteilung:) Vertragsbedingungen wie die Sonstigen Leistungserbringer. Vor allem können sie nach Zuschlagserteilung die Versicherten der Ag im gewonnenen Losgebiet nicht mehr zu den Konditionen des Arzneiliefervertrags versorgen (AEK + 18%), sondern – wie ein Sonstiger Leistungserbringer, der bezuschlagt wurde – nur noch zu den niedrigeren Preisen, die sie im Vergabeverfahren unter Beachtung der von der Ag gesetzten Preisobergrenze „AEK + 3%“ angeboten haben.
- d) Das Vergabeverfahren leidet allerdings unter anderen Mängeln. Diese hat die Vergabekammer von Amts wegen festgestellt. Diese Mängel dürfen auch zugunsten der ASt berücksichtigt werden, weil sie insoweit nicht präkludiert ist (vgl. oben unter 1.). Die Vergaberechtsverstöße betreffen erstens die Transparenz des Vergabeverfahrens und

ergänzen sich jedenfalls in einer Gesamtschau so, dass das Vergabeverfahren aus diesem Grund so nicht fortgeführt werden darf (dazu unter aa) bis cc)), des Weiteren sind die Zuschlagskriterien vergabefehlerhaft (dazu unter dd)).

aa) Die Ag hat den Vertragsgegenstand nicht hinreichend transparent und eindeutig festgelegt, so dass keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind (§ 121 Abs. 1 S. 1 GWB, vgl. zum Auslegungsmaßstab eines objektiven, branchenkundigen Bieters nur: BGH, Urteil vom 15. Januar 2013, X ZR 155/10). So erwähnt sie einerseits unter A.I.6 der BWB, dass für Produkte, die nicht den Preisgruppen A oder B zugeordnet werden können, während der Vertragslaufzeit Preise vereinbart werden müssten, andererseits bezeichnet sie diese Produkte entweder als „Gegenstand der Ausschreibung“ (s. Bieterfrage Nr. 97) oder als nicht von der Ausschreibung umfasst (Bieterfragen Nr. 110, 111, 127c). Auch die weiteren Vergabeunterlagen klären diese Widersprüche hinsichtlich des Umfangs der Ausschreibung nicht auf. Denn laut Preisblatt sind nur Verbandmittel der Gruppen A und B zu bepreisen und gemäß A.I.2 der BWB erfolgt „die Ausschreibung (...) für Produkte der (...) Preisgruppe A und der (...) Preisgruppe B“, gemäß § 1 Abs. 1 RV muss der Ausschreibungsgewinner die Versicherten der Ag jedoch weitergehend „mit Verbandmitteln nach § 31 Abs. 1a“ SGB V versorgen. Ob Verbandmittel, die nicht unter die Preisgruppen A oder B fallen, jetzt schon vom ausgeschriebenen Vertrag umfasst werden, insbesondere ob bei etwaigen späteren Verhandlungen hierüber der jetzt laut Preisblatt angebotene Preis auch für diese Produkte gilt und ggf. ebenfalls die unter A.I.6 der BWB genannte Preisobergrenze aus dem Arzneiliefervertrag [...] bleibt unklar.

bb) Die von den Bietern zu erfüllenden Eignungsanforderungen sind ebenfalls in vergaberechtswidriger Weise nicht eindeutig formuliert. Die Bekanntmachung verweist diesbezüglich auf die „Auftragsunterlagen“ (Ziffer III.1.1 und III.1.3 der Bekanntmachung), letztere wiederum verweisen diesbezüglich teilweise auf Ziffer III.2 der Bekanntmachung (s. unter B. der BWB), so dass der Verweis insoweit leer läuft. Darüber hinaus finden sich in § 4 i.V.m. Anlage 1 zum RV weitere Anforderungen, die wie Eignungsanforderungen formuliert sind (fachliche Qualifikation des Personals) und von der Ag dementsprechend auch „vor Vertragsschluss“ geprüft werden sollen (§ 4 Abs. 1 RV), wohingegen die systematische Stellung im Vertrag diesbezüglich ebenso für Auftragsausführungsbedingungen i.S.d. § 128 GWB sprechen könnte. Die Bieter wissen daher nicht eindeutig, welche Eignungsanforderungen oder

Auftragsausführungsbedingungen sie erfüllen müssen. Hieran anschließend ist die Rechtsfolge unklar, wenn das Personal eines Bieters die genannten Qualifikationsanforderungen nicht erfüllt – handelt es sich um Eignungsanforderungen, würde der betreffende Bieter ausgeschlossen und dürfte nicht bezuschlagt werden, vertragliche Ausführungsbedingungen ziehen jedoch ggf. nur rein vertragliche Sanktionen nach sich.

Darüber hinaus verlangt die Ag, dass auch „Drittunternehmer“ mit dem Angebot bestimmte Eignungsnachweise vorlegen müssen (u.a. Handelsregisterauszug, Verpflichtungserklärung, Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit und zu den Geschäftsbeziehungen). Dies ist jedoch dann vergaberechtswidrig, soweit es sich bei diesen Unternehmen um reine Nachunternehmer i.S.d. § 36 VgV handelt. In diesem Fall darf ein Auftraggeber von den Bietern lediglich verlangen, den Teil des Auftrags zu benennen, den er an Nachunternehmer überlassen möchte, und die Namen der Nachunternehmer anzugeben, allerdings nur, falls dies zumutbar ist (§ 36 Abs. 1 S. 1 VgV). Verpflichtungserklärungen dürfen beim Einsatz von Nachunternehmern nicht bereits mit dem Angebot, sondern nur von den Bietern verlangt werden, deren Angebote „in die engere Wahl“ kommen. Mehr darf die Ag nur im Fall der Eignungslleihe verlangen, insbesondere Eignungsnachweise der Eignungsverleiher (die die fehlende Eignung des Bieters insoweit ergänzen) und Verpflichtungserklärungen (vgl. § 47 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 VgV).

Ob ein weiterer Vergaberechtsverstoß darin besteht, dass die Ag die Eignungskriterien nicht in der Bekanntmachung genannt hat, kann vor diesem Hintergrund offen bleiben. Zwar verlangt § 122 Abs. 4 GWB, dass Eignungskriterien in der Bekanntmachung anzugeben sind, allerdings enthält diese hier in Ziffer I.3 jedenfalls einen link auf die Vergabeunterlagen, einschließlich des ausgeschriebenen Vertrags, aus denen sich die Eignungsanforderungen ergeben. Die gebotene Transparenz kann in einem solchen Fall grundsätzlich gewahrt sein (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. November 2011, VII-Verg 60/11). Ob dieser link auch hier den Anforderungen des Transparenzgrundsatzes genügt, weil aus den Vergabeunterlagen und dem Vertrag die Eignungsanforderungen der Ag nicht ohne weitere aufwändige Recherchen hervorgehen und nach dem oben Gesagten nicht eindeutig zu bestimmen sind, ist vorliegend jedoch fraglich.

- cc) Die Zuschlagskriterien sind den Bietern ebenfalls nicht transparent und eindeutig bekannt gegeben worden. Denn laut Ziffer II.2.5 der Bekanntmachung ist der Preis „nicht das einzige Zuschlagskriterium“, ähnlich lauten auch die Antworten der Ag auf die Bieterfrage Nr. 47 („Preis ist nicht das alleinige Zuschlagskriterium“, vgl. auch die Bieterfragen Nr. 17, 112, 136). Demgegenüber gab die Ag unter A.IV.2 der BWB an, dass als „alleiniges Bewertungskriterium“ „der niedrigste Angebotspreis“ über den Zuschlag entscheide.

Vor diesem Hintergrund braucht wiederum nicht entschieden zu werden, ob ein weiterer Vergabefehler der Ag diesbezüglich darin besteht, dass die Zuschlagskriterien nicht in der Bekanntmachung angegeben wurden. Dafür sprechen Art. 49, 51 i.V.m. Anhang V Teil C Nr. 18 der RL 2014/24/EU, dagegen der Wortlaut des § 127 Abs. 5 GWB, wonach eine Angabe in den Vergabeunterlagen ausreicht.

- dd) Schließlich führt die von der Ag angekündigte Berechnungsmethode nicht zum wirtschaftlichsten Angebot, das die Ag jedenfalls unter A.IV.2 der BWB als das mit dem „niedrigsten Angebotspreis“ bezeichnet hat. Denn die Ag will den niedrigsten Angebotspreis im Ausgangspunkt so ermitteln, dass sie (je Preisgruppe) den angebotenen Rabattsatz mit dem Anteil an Einzelverordnungen multipliziert. Dies führt jedoch gerade deshalb zu keinen sachgerechten Ergebnissen, weil die Verordnungshäufigkeit bei Verbandsmitteln in der Preisgruppe B sehr gering ist (ca. 30% im Vergleich zur Preisgruppe A), die in dieser Preisgruppe zu Lasten der Ag erzielten Umsätze jedoch relativ hoch (ca. 60%). Ein Angebot mit einem verhältnismäßig hohen Rabattsatz in dieser Preisgruppe, bei dem die Ag also relativ viel spart, fließt jedoch aufgrund des niedrigen Multiplikators nur verhältnismäßig gering in das Gesamtergebnis ein (das aus einer Addition der in den beiden Preisgruppen erzielten Einzelergebnissen ermittelt wird). Umgekehrt kann ein Angebot in der Preisgruppe A, die die preiswerteren Verbandsmittel umfasst, aufgrund der hohen Gewichtung dieser Gruppe bereits einen hohen Wert erreichen, auch wenn nur ein niedriger Rabatt angeboten wird. Vereinfacht gesagt, ermittelt die Ag auf diese Weise eher, wie häufig sie aufgrund eines bestimmten Rabattangebots spart, aber nicht wie viel. Nur der letztere Wert entspricht jedoch ihrer gemäß § 127 Abs. 1 S. 1 GWB vergaberechtlich verbindlichen Vorgabe, das Angebot mit dem niedrigsten Preis (also den höchsten Einsparungen für die Ag) zu bezuschlagen. Anders verhielte es sich, wenn die Ag die angebotenen Rabattsätze jeweils mit dem Umsatzanteil der

entsprechenden Preisgruppe multipliziert, weil dieser Anteil den entgeltlichen Wert dieser Verbandmittel ausdrückt.

Durch die hier unter d) genannten Vergaberechtsverstößen ist die ASt in ihren Rechten verletzt, weil jedenfalls in der Gesamtschau die ausgeschriebenen Bedingungen so unklar sind, dass keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind und ein transparenter, diskriminierungsfreier Bieterwettbewerb nicht gewährleistet ist.

3. Da die ASt durch das derzeitige Wertungssystem der Ag in ihren Rechten verletzt ist, darf die Ag in diesem Vergabeverfahren keinen Zuschlag erteilen. Die Ag kann selbst entscheiden, wie sie weiter verfährt. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht muss sie das Vergabeverfahren wegen der fehlenden und insgesamt widersprüchlichen Eignungsanforderungen in den Stand vor der Bekanntmachung zurückversetzen und das Vergabeverfahren entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer wiederholen.

Da der Nachprüfungsantrag der ASt bereits aus diesem Grund Erfolg hat, kommt es für die Entscheidung auf die weiteren von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße nicht an.

4. Wie der ASt bereits schriftlich mitgeteilt wurde, wurde ihr keine Einsicht in die Vergabeakten der Ag gewährt, weil diese Akten keine Unterlagen enthalten, die für die streitigen Sach- und Rechtsfragen relevant sein könnten. Denn die hierin enthaltenen Bieteranfragen und Antworten der Ag hierzu und die aktuelle Fassung der Vergabeunterlagen sind der ASt bereits bekannt; die in der Vergabeakte enthaltenen Rügen wurden, soweit sie sich mit den Beanstandungen der Antragstellerin überschneiden, von der Ag inhaltlich so beantwortet wie gegenüber der ASt.

Der Antrag der ASt auf weitere Einsicht in die von der Ag mit Schriftsatz vom 13. September 2017 überlassenen Auszüge aus ihrer hausinternen Datenbank ist abzulehnen. Der konkrete Inhalt dieser Datenbank ist nicht entscheidungserheblich, weil die hierin enthaltenen Daten nicht für eine ordnungsgemäße Angebotskalkulation tauglich sind (s. hierzu bereits oben unter 2b)bb)(2)).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, Abs. 3 S. 2 VwVfG.

Die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die ASt war notwendig. Durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern hierüber hinausgehende grundlegende, vom EU-Vergabe- und nationales Sozialrecht beeinflusste Rechtsfragen zur Art und Weise einer Ausschreibung, die erstmals so durchgeführt wird, und die deshalb hinsichtlich des Vertragsgegenstands „Verbandmittel“ noch nicht gerichtlich geklärt sind. Aufgrund der herausragenden rechtlichen und wirtschaftlichen Bedeutung dieses Pilotverfahrens erscheint daher die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt als sachgerecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

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.

Behrens

Dr. Dittmann