Bundeskartellamt

3. Vergabekammer des Bundes
VK 3 – 68/11

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

…,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

…,

gegen

…,

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

…,

wegen der Vergabe „Gewährung von Rabatten bei der Versorgung mit Schaumverbänden“, …, Fachlos Nr. 1, hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Brinkmann auf die mündliche Verhandlung vom 16. Juni 2011 am 27. Juni 2011 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im vorliegenden Vergabeverfahren den Zuschlag auf das Fachlos 1 zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren in den Stand vor Bekanntmachung

zurückzuversetzen und entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen.

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 Vergabeverfahren zur „Gewährung von Rabatten bei der Versorgung mit feinporigen, arzneistoff- und silberfreien Polyurethan-Weichschaumstoff- und Hydropolymerverbänden“ durch. Das Fachlos 1 umfasst rechteckige Schaumverbände. Die Laufzeit des Vertrages beträgt ein Jahr. Es ist eine Verlängerungsoption um ein weiteres Jahr vorgesehen.

a) Im Vorfeld der Ausschreibung hat die Ag zur Frage der Losbildung folgende Überlegungen getätigt (Vergabeakte, Sachheft 1, S. 36):

> *„**5. Hat der zuständige Fachbereich bereits eine Markterkundung durchgeführt?***
> *(...)*
> *Im Rahmen der Vorbereitungsphase für das Ausschreibungsverfahren wurde eine Markterkundung durchgeführt. Im Ergebnis dieser Erkundung hat der erkennende Fachbereich festgestellt, dass in den gebildeten Fachlosen sowie Preiskategoiren mindestens zwei Hersteller vorhanden sind. Weiterhin wurde festgestellt, dass eine relative Preisinhomogenität existiert. Der Fachbereich sieht sich daher hinsichtlich seiner Annahme zu möglichen Wirtschaftlichkeitspotentialen bestätigt.*
>
> *(...)*
> ***12. Ist die Vergabe in Losen vorgesehen?***
> *(...)*
> *Die Ausschreibung sieht die Vergabe in Fachlosen (rechteckige S. und S. in Sonderformaten) vor. Gebietslose sind dagegen nicht vorgesehen. Eine Loslimitierung ist ebenfalls nicht vorgesehen.*
>
> *Im Rahmen der Vorbereitung hat der Fachbereich die bisherige Versorgungstruktur analysiert. Hierbei wurden diejenigen Großen im Bereich der Schaumverbände identifiziert, die am Stärksten eingesetzt werden. Diese lassen sich in den Fachlose*

rechteckige Schaumverbände und Schaumverbände in Sonderformaten sinnvoll bündeln.

Aus Gründen der Umsetzungspraktikabilität ist es Ziel der … für jedes Fachlos einen Zuschlagsgewinner zu ermitteln. Jede darüber hinausgehende Differenzierung wäre den Ärzten in … nicht mehr vermittelbar und würde somit die Umsetzung der Ausschreibung selbst gefährden. Insoweit sind auch die Bestimmungen zu Bietergemeinschaften zu verstehen.

Dabei schätzt der Fachbereich die Möglichkeit, dass ein Hersteller die geforderten Produkte beider Fachlose gleichzeitig und wirtschaftlich anbieten kann, als gering ein. Dadurch würden ggf. mittelständische Unternehmen von der Vergabe ausgeschlossen. Eine weitere Aggregation der zwei Fachlose wurde insoweit unterlassen.

Auf die Bildung von Gebietslosen wurde verzichtet. Aus Sicht des Fachbereiches ist bei der Bildung von Losen insbesondere darauf zu achten, dass die in den Losen ausgeschriebenen Mengen wirtschaftlich zusammengefasst werden müssen. Die in Rede stehende Menge rechtfertigt aus Sicht des Fachbereichs keine weitere Trennung, denn hierin liegt die Gefahr einer unwirtschaftlichen Zersplitterung.“

Zur Gewichtung der Preiskategorien hält der Vergabevermerk (Vergabeakte, Sachheft 1, S. 36) fest:

„Die vorgenommenen Wichtungen der Preiskategorien des ersten Fachloses bilden das Verhältnis der Wertigkeiten der verschiedenen Preiskategorien untereinander ab. Wertigkeiten meint dabei nicht ausschließlich den tatsächlich Versorgungsanteil im Jahr 2010. Es handelt sich folglich nicht um eine Mengenwichtung. Vielmehr beabsichtigt der Fachbereich mit der vorgenommenen Wichtung neben dem Mengenaspekt auch dem strategischen Aspekt gerecht zu werden. So stellen die ersten vier Preiskategorien des Fachloses 1 – auch aufgrund des mengenmäßigen Anteils – die strategisch wichtigsten Positionen dieses Fachloses dar. Es ist insoweit aus Sicht des Fachbereiches folgerichtig, diese Preiskategorien leicht höher zu bewerten, als es bei den übrigen drei Kategorien erfolgt ist.

Im Übrigen weichen die vorgenommenen Wichtungen in Höhe von 12 und 16 Prozent nur marginal voneinander ab. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass eine zu breite Streuung der Wichtungsfaktoren (z.B. 1 Prozent vs. 20 Prozent) ein preisliches Ausweichen potentieller Bieter auf die untergewichtigen Preiskategorien zuließe. In der Folge bedeutete die insbesondere eine faktische Verteuerung dieser unterbewerteten Kategorien. Mit der vorgenommenen Wichtung ist aus Sicht des Fachbereiches sichergestellt, dass trotz vorliegender strategischer Präferenzen – eine relativ gleichwertige Kalkulation je Preiskategorie erfolgen wird. So weichen die oberen und unteren Grenzen nur sehr schwach vom Mittelwert (14,28%) ab.

Die zwei Preiskategorien des zweiten Fachloses wurden in Anlehnung an die Verordnungsmengen im Jahr 2010 gewichtet.“

Ferner enthält der Vergabevermerk auf Seite 40 f. eine Analyse der in 2010 zu Lasten der Ag abgegebenen Abmessungen sowie der Preisunterschiede bei nicht haftenden und selbsthaftenden Verbänden. Die sieben am meisten verschriebenen Maße hat die Ag als

ausschreibungsrelevante Abmessungen für das Fachlos 1 zusammengefasst. Die Ag stellt dort abschließend fest:

„Bei der Analyse wurde weiterhin festgestellt, dass im Bereich der relevanten Abmessungen und folglich in den jeweiligen Preiskategorien eine Anbieterpluralität gewahrt ist.

5. <u>Preisunterschiede zwischen nicht haftenden und selbsthaftenden Schaumverbänden</u>

Selbsthaftende Schaumverbände mit Kleberand sind bei der Betrachtung gleicher Größe (bzw. Wundauflagefläche) eines Herstellers teurer als nicht haftende. Jedoch gibt es auch die Konstellation, dass beschichtete und somit auch selbsthaftende Schaumverbände preiswerter sind als das nichthaftende Produkt.
(...)
Die Auswertung der 2010 für Versicherte der … verordneten Schaumverbände ergibt im Durchschnitt einen niedrigeren Stückpreis für selbsthaftende Produkte.
(...)
Aufgrund der obigen Auswertungen den dabei offenbar gewordenen marginalen Preisunterschieden (in beide Richtungen) hält es der Fachbereich für angemessen, für die in Rede stehenden Produkte nur einen Stückpreis je Preiskategorien auszuschreiben. Ausgehend von den zur Verfügung gestellten Kalkulationsgrundlagen ist es potentiellen Bietern möglich einen entsprechend gewichteten Stückpreis zu kalkulieren.“

b) In der Bekanntmachung ist das Fachlos 1 unter Ziffer II.3) folgendermaßen beschrieben:

„Rechteckige Schaumverbände in den Größen:
- 7,5 x 7,5 cm,
- 10 x 10 cm,
- 10 x 12 cm,
- 12,5 x 12,5 cm,
- 15 x 15 cm,
- 15 x 20 cm,
- 20 x 20 cm.
Definition Schaumverbände siehe Vertrag § 1.“

Die Stückzahlen im Bereich der rechteckigen Schaumverbände wurden mit ca. 160.000 angegeben.

Der Rabattvertrag besagt:

„§ 1 Gegenstand

1) Gegenstand des Vertrages ist die Gewährung von Rabatten bei der Versorgung mit feinporigen, arzneistoff- und silberfreien Polyurethan-Weichschaumstoff- und Hydropolymerverbänden in Form von Verbänden oder Kompressen gemäß § 31 SGB V (im Folgenden Schaumverbände genannt) in den für die Auftraggeberin relevanten Abmessungen (Anlage 2). Neben den rechteckigen Schaumverbänden sind auch die Sonderformate für die Ferse und den Sakralbereich Gegenstand des Vertrages.

(...)

3) Die Auftraggeberin verpflichtet sich, für die Vertragslaufzeit zu der Gewährung von Rabatten bei der Versorgung mit vertragsgegenständlichen Schaumverbänden keine Vereinbarungen außerhalb dieses Vergabeverfahrens zu schließen."

Anlage 1 (Teilnahmebedingungen) zum Rabattvertrag enthielt u.a. folgende Anforderungen:

*„**Nachweis der Voraussetzungen zur Teilnahme am Vertrag über die Gewährung von Rabatten bei der Versorgung mit Schaumverbänden***
Wichtiger Hinweis: Wird eine der Fragen des Formulars mit „Nein" beantwortet, gelten die Teilnahmebedingungen als nicht erfüllt. Dies führt zum Ausschluss vom Verfahren.
(...)

3. <u>Personelle Anforderungen (bitte zutreffendes ankreuzen)</u>
3.1 Bei dem von mir spätestens mit Vertragsbeginn vorgehaltenen Personal zur Durchführung von Beratungen, Schulungen etc. zu den vertragsgegenständlichen Produkten handelt es sich um Medizinprodukteberater im Sinne des Medizinproduktegesetzes.
☐ Ja
☐ Nein
3.2 Spätestens mit Vertragsbeginn halten wir das laut Anlage 2 des Vertrages notwendige Beratungspersonal in Sachsen-Anhalt vor.
☐ Ja, in … stehen mindestens drei Mitarbeiter ausschließlich für die in Rede stehende Ausschreibung zur Verfügung
☐ Nein
(...)

4. <u>Produktanforderungen (bitte zutreffendes ankreuzen)</u>
(...)
4.3 Übersicht der zum Einsatz vorgesehenen Produkte

[hier waren für jede der in der Vergabebekanntmachung genannten Verbandsgrößen (was einer Preiskategorie entsprach) die entsprechenden PZN einzutragen; Anmerkung der Vergabekammer].
(...)

(*Hinweis:*

In Anlage 2 zum Rabattvertrag wurde ausgeführt:

*„**Leistungsbeschreibung***

Die Leistungsbeschreibung bestimmt den Inhalt der Leistung - Versorgung mit feinporigen, arzneistoff- und silberfreien Polyurethan-Weichschaumstoff- und Hydropolymerverbänden in Form von Verbänden oder Kompressen gemäß § 31 SGB V (im Folgenden Schaumverbände genannt) in den für die Auftraggeberin relevanten Abmessungen. Neben den rechteckigen Schaumverbänden mit selbsthaftenden bzw.

nicht-selbsthaftenden Eigenschaften (Fachlos 1) sind auch die Sonderformate für die Ferse („heel“) und den Sakralbereich („sacrum“) Gegenstand des Vertrages (Fachlos 2). (...)

3. Die … beabsichtigt, mit der Ausschreibung von Schaumverbänden Rabatte auf die Hersteller-Abgabepreise zu erzielen. Die bisherige Versorgungstruktur soll erhalten bleiben, d.h. die direkte Belieferung erfolgt grundsätzlich weiterhin über die bisherigen Leistungserbringer z.B. Apotheken, sonstige Leistungserbringer. Die Ausschreibung richtet sich daher insbesondere an die Hersteller der entsprechenden Verbände, die die Versorgung der Versicherten außerhalb des Sprechstundenbedarfs abdecken.

Anforderungen an Produkte und deren Qualität
(...)
7. Die im Rahmen des Vertrages eingesetzten Schaumverbände müssen mindestens das 10-fache ihres Eigengewichtes Exsudat aufnehmen können. Dadurch muss gewährleistet sein, dass der Schaumverband im Regelfall bei mäßig bis stark exsudierenden Wunden mindestens fünf bis sieben Tage auf der Wunde verbleiben kann. (...)

Grundsätze der Leistungserbringung
(...)
2. Die Belieferung der an dem Versorgungsprozess teilnehmenden Institutionen ist innerhalb von maximal zwölf Stunden nach Zugang der entsprechenden Bestellung durch den Auftragnehmer sicherzustellen. Bei mehrstufigen Versorgungsprozessen (z.B. bei Einbindung eines Zwischenhändlers) muss die o.g. Belieferungsfrist für die Stelle, die Schaumverbände direkt an den Anspruchsberechtigten abgibt, eingehalten sein.
(...)
5. Hinsichtlich der relevanten Abmessungen legen die Vertragsparteien fest, dass Produkte bei nachträglichen Größenänderungen des Auftragnehmers bzw. Einführung von neuen Produkten mit anderen Abmessungen im Toleranzbereich von plus/minus 20% in den Preiskategorien 1-4 bzw. 10% in den Preiskategoiren 5-7 ebenfalls Vertragsgegenstand und zu dem zugeschlagenen Preis der jeweils günstigeren Preiskategorie abzurechnen sind. Produktänderungen/-neueinführungen, die offensichtlich die Regelungen des Vertrages unterlaufen, berechtigen die Auftraggeberin zu einer außerordentlichen Kündigung. Weitere Forderungen der Auftraggeberin bleiben unberührt.

Maßnahmen zur Vertragsumsetzung

1. Die Auftraggeberin hat keine Berechtigung, den verordnenden Ärzten einen bestimmten Leistungserbringer zum Bezug der Schaumverbände vorzuschreiben. Unter Beachtung des auch für die Vertragsärzte bindenden Wirtschaftlichkeitsgebots sind dies jedoch gehalten, zur Vermeidung von Regressen nur Schaumverbände des Ausschreibungsgewinners zu verordnen (so auch Beschluss …
(...)
3. Unmittelbar vor Umsetzungsbeginn des Vertrages kontaktiert und informiert der Auftragnehmer die in … ansässigen Vertragsärzte selbständig in umfassender Weise. Hierzu wählt er die geeigneten Kommunikationsmittel und –wege aus und informiert die Auftraggeberin über den Stand der Kommunikationsmaßnahmen. (...)
(...)

5. Die Vertragsparteien sind sich darüber einig, dass die erfolgreiche Umsetzung insbesondere von der Praktikabilität der Ausschreibungsergebnisse abhängig ist. Zum Zwecke der einheitlichen Kommunikation gegenüber Ärzten tritt eine Bietergemeinschaft in Bezug auf ihren Namen und ihre Produktbezeichnungen daher einheitlich auf. Die Mitglieder der Bietergemeinschaft tragen dafür untereinander Sorge, hierfür geeignete Maßnahmen zu ergreifen und diese mit Vertragsbeginn umzusetzen."

Aus der Anlage 3 (Kalkulationsgrundlage) ließ sich aus Übersichten Stückzahlen der sieben Preiskategorien für Fachlos 1 sowie der zwei Preiskategorien für Fachlos 2 entnehmen. Die Zahlen stammten aus den Abrechnungsdaten der … für das Jahr 2010. Die Preiskategorie 1 wurde am häufigsten verordnet (ca. 57.000 Stück) Kategorie 2 am zweithäufigsten (ca. 40.000 Stück), Kategorien 3 und 4 beliefen sich auf ca. 23.000 Stück. Die Preiskategorien 5 bis 7 wurden am wenigsten (ca. 5.000 bis 7.000 Stück) verschrieben.

Anlage 4 enthielt die Preisblätter:

„1. Fachlos – rechteckige Schaumverbände

Preiskategorie	*Maße in cm*	*Rabatt in %*	*Herstellerabgabepreis netto nach Rabattabzug/Stück*	*Wichtungsfaktor*	*gewichteter Herstellerabgabepreis*
1	*7,5 x 7,5*			*0,16*	
2	*10 x 10*			*0,16*	
3	*10 x 12*			*0,16*	
4	*12,5 x 12,5*			*0,16*	
5	*15 x 15*			*0,12*	
6	*15 x 20*			*0,12*	
7	*20 x 20*			*0,12*	
Angebotssumme:					

b) Die ASt rügte mit Schreiben vom 29. April 2011 mehrere Vergaberechtsverstöße.

Die Ag hat insgesamt fünf Nachinformationen versandt, in denen sie zu Bieterfragen und Rügen Stellung nahm. Sie hat im Rahmen der Nachinformationen mehrmals einzelne Bestandteile der Vergabe- und Vertragsunterlagen geändert. Die Ag hat die Rügen der ASt vom 29. April 2011 mittelbar durch Versendung ihrer Nachinformation Nr. 2 vom 9. Mai 2011 zurückgewiesen, indem sie mitteilte, dass kein Änderungsbedarf bestehe. Zu den relevanten Abmessungen stellte die Ag insoweit klar, dass es sich hierbei um Außenmaße handele. Die Außenmaße würden unabhängig davon gelten, ob die Schaumverbände mit

einer selbsthaftenden Beschichtung oder einem in diversen Breiten auf dem Markt vorhandenen Kleberand versehen seien (Antwort zu Bieterfrage Ziffer 3.5.1). In der Antwort zur Bieterfrage 3.5.2 teilte die Ag mit:

> *„Es ist darauf hinzuweisen, dass ein potentieller Bieter nicht alle Produkte selbst herstellen muss. So richtet sich die Ausschreibung nicht ausdrücklich an Hersteller. Die Gewährung von Rabatten auf den Herstellerabgabepreis ist auch z.B. im Rahmen von Reimporten möglich. Daneben steht es jedem Bieter selbstverständlich frei, im Wege von Bietergemeinschaften bzw. durch Einbindung von Unterauftragnehmers ggf. eigene fehlende Leistungsbestandteile zu ergänzen.*
> *An den gewählten Preiskategorien und den hierfür zugrunde liegenden Abmessungen hält die Auftraggeberin fest. Bei den relevanten Abmessungen handelt es sich um diejenigen, die von den Vertragsärzten für Versicherte der Auftraggeberin überwiegend verordnet worden sind. Im Übrigen bestimmt die Auftraggeberin den Gegenstand der Ausschreibung. Die Ausschreibung trifft zudem keine Aussagen bezüglich des zukünftigen Verfahrens der nicht von der Ausschreibung umfassten Produkte.“*

In der Antwort Ziffer 3.6 auf eine Bieterfrage zur Gewichtung mit:

> *„Wie in den Bewerbungshinweisen bereits ausgeführt, bilden die vorgenommenen Wichtungen das Verhältnis der Wertigkeiten der verschiedenen Preiskategorien untereinander ab. Weitere Aussagen dazu muss die Auftraggeberin nicht vornehmen, da dieses Wissen für einen Bieter nicht kalkulationsrelevant ist. Hier ist allein ausschlaggebend, dass dem Bieter zum Zeitpunkt der Kalkulationserstellung bekannt war, ob und in welcher Höhe einzelne Losuntergruppen preisgewichtet werden.*
> *(...)“*

Im Rahmen der Bieterinformation Nr. 4 vom 16. Mai 2011 teilte die Ag zudem in Antwort Ziffer 12.1 mit:

> *„Ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot liegt nicht vor. Es ist nicht ausgeschlossen, bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Auftragsgegenstands an die für die Auftraggeberin relevanten und auf dem Markt erhältlichen Maße anzuknüpfen. Die Anknüpfung an die Produktaußenmaße gewährleistet vielmehr die Beachtung des § 8 Nr. 1 Abs. 1 EG VOL/A, wonach die Anforderungen an die Leistung/Lieferung so genau zu fassen sind, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen. Eine Vergabestelle verstößt nicht allein deshalb gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Gleichbehandlungsgrundsatz, weil sie nicht auf die kompletten Produktpaletten aller Unternehmen Rücksicht nimmt, sondern die Ausschreibung innerhalb der vom Vergaberecht gezogenen Grenzen nach ihren Vorstellungen gestaltet. (...)“*

Die ASt rügte mit weiterem Schreiben vom 12. Mai 2011, dass die Möglichkeit des Zukaufs von Wettbewerbsprodukten mangels exklusiver Bindung von Apotheken, Fachhändlern und sonstigen Leistungserbringern an den Bezug über den Ausschreibungsgewinner keine taugliche Option zur Ermöglichung einer Angebotsabgabe darstelle.

Die ASt sah sich aufgrund des gerügten Produktbezugs der zwingend bei Angebotsabgabe einzuhaltenden relevanten Abmessungen nicht in der Lage, ein Angebot abzugeben. Die ASt verfügt nicht über alle der in Fachlos 1 geforderten, exakten Abmessungen.

2. Mit einem am 24. Mai 2011 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten stellte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes einen Nachprüfungsantrag. Die Vergabekammer übermittelte diesen der Ag am 25. Mai 2011.

a) Der Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet. Zur Begründetheit führt die ASt u.a. aus:

- Die in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Abmessungen des Fachloses 1 verstießen gegen das Gebot der Produktneutralität. Die Anforderungen führten mittelbar dazu, dass nur ein bestimmter Anbieter diese vollumfänglich erfüllen könne. Der Rabattvertrag gewähre keine Exklusivität der Leistungserbringung und damit keine exklusive Bezugsquelle. Denn der Großhandel beziehe das zugekaufte Wettbewerbsprodukt nicht bei dem Ausschreibungsgewinner, sondern bei dem betreffenden Wettbewerbshersteller. Gleichwohl werde aber der Ausschreibungsgewinner von der Ag zur Zahlung des Rabattbetrags aufgefordert.

  Durch das gleichzeitige Verbot, ein Nebenangebot abzugeben, werde von vornherein eine erhebliche Anzahl von Wettbewerbsteilnehmern ausgeschlossen.

  Eine Rechtfertigung der relevanten Abmessungen in den Preiskategorien scheide im Sinne von § 8 Abs. 7 S. 1 VOL/A-EG aus. Da die relevanten Abmessungen die absoluten Außenmaße kennzeichnen, mithin die mit dem Schaumverband abzudeckende Wundfläche unerheblich sei, scheide eine aus medizinischen bzw. Gesichtspunkten der adäquaten Versorgung der Versicherten resultierende Rechtfertigung aus. Für diesen Fall hätte die Ag Vorgaben für die Mindestinnenmaße treffen müssen. Dass die Abmessungen nicht unter dem Gesichtspunkt der Versorgung gerechtfertigt werden könnten, stimme auch mit der vertraglichen Öffnungsklausel für die Einbeziehung von Schaumverbänden mit abweichenden Abmessungen überein. Es sei ohne weiteres möglich gewesen, die Schaumverbände je Preiskategorie mit Toleranzschwellen bezüglich der Abmessungen zu beschreiben und wettbewerbsoffen zu beschaffen. Dies gelte auch deshalb, weil es mangels gültiger Vorgaben weder Standardgrößen noch Standardabmessungen gebe. Es

bestünde die Möglichkeit, nahe beieinander liegende Größen aufgrund ihrer Funktion zu Produktgruppen zusammenzufassen (klein, mittel, groß sowie Sonderformate). Die existierenden Größen der Wettbewerber wichen je Funktionsgröße nur stets geringfügig um beispielsweise 0,5 cm voneinander ab.

Die ASt geht davon aus, dass die überwiegende Anzahl der Einzelverordnungen der Vergangenheit PZN-bezogen waren, so dass nicht die Abmessungen, sondern der konkrete Artikel eines Herstellers (PZN) im Vordergrund bei der vertragsärztlichen Verordnungsweise gestanden habe.

- Den Vergabeunterlagen könnten nicht alle für die ordnungsgemäße Angebotskalkulation erforderlichen Angaben entnommen werden. Das Fehlen der Angaben zu der voraussichtlichen Umsetzungsquote, dem Anteil der „generischen" vertragsärztlichen Verordnungen sowie der Ausgestaltung des integrierten Versorgungsvertrags verstoße gegen den Transparenzgrundsatz und das Wirtschaftlichkeitsgebot des § 97 Abs. 1 und Abs. 5 GWB sowie die Bestimmung der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung gem. § 8 EG Abs. 1, § 9 EG Abs. 1 VOL/A.

- Die für die Angebotswertung verwendeten Wichtungsfaktoren entsprächen nicht den in den Kalkulationsgrundlagen angegebenen Verordnungszahlen der Vergangenheit und führten dazu, dass der Zuschlag nicht auf das wirtschaftlichste Angebot im Sinne von § 97 Abs. 5 GWB erteilt werde. Unredlich kalkulierenden Bietern würden hierdurch Manipulationsmöglichkeiten im Rahmen der Preisgestaltung eröffnet. Denn hiernach spielten Produkte, die in der Vergangenheit in erheblichem Umfang an Versicherte zu Lasten der Ag abgegeben worden seien, im Rahmen der Gewichtung eine untergeordnete Rolle.

- Die Vorgabe zur Sicherstellung der Lieferfähigkeit binnen 12 Stunden auch bei mehrstufiger Lieferkette sowie die im Vertrag vorgesehene Ahndung stellten eine unangemessene Benachteiligung gemäß § 307 BGB dar.

- Unabhängig davon verstoße die Ausschreibung auch gegen Vorrang des Gesetzes. Die Ag sei zwar frei Verträge mit Leistungserbringern zu schließen. Da sie sich aber hier zur Übertragung des für generische Arzneimittel vorgesehenen Rabattvertragsmodells gem. § 130a Abs. 8 SGB V auf den Bereich der Versorgung der Versicherten mit Schaumverbänden i.S.v. § 31 Abs. 1 SGB V entschieden habe, hätte

die Ag – da der Grundsatz des Vorbehalt des Gesetzes nicht gelte – stattdessen für ein anderes möglicherweise sachgerechteres Vertragsmodell entscheiden müssen.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren bezogen auf das Fachlos 1 (rechteckige Schaumverbände) aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Wahrung des Grundsatzes der Produktneutralität gem. § 8 EG Abs. 7 VOL/A sowie des Diskriminierungsverbots gem. § 97 Abs. 2 GWB erneut durchzuführen,

2. *hilfsweise* die Ag zu verpflichten, das Vergabeverfahren bezogen auf das Fachlos 1 (rechteckige Schaumverbände) unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer fortzuführen,

3. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen und

4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gem. § 128 Abs. 4 S. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Darüber hinaus wird beantragt,

der ASt Akteneinsicht in die vollständigen Vergabeakten gem. § 111 Abs. 1 GWB möglichst durch Übersendung von Aktenauszügen per Telefax zu gewähren.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt mit den Anträgen zu Ziffer 1. bis 4. aus dem Schriftsatz vom 24. Mai 2011 zurückzuweisen;

2. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären;

3. der ASt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen.

Die Anträge der ASt seien zurückzuweisen, weil bereits die mangelnde Zulässigkeit entgegenstehe und weil im Übrigen keine vergaberechtswidrigen Handlungen der Ag vorlägen, die eine Aufhebung der Ausschreibung rechtfertigten.

So sei der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig beziehungsweise unstatthaft, weil nach den Ausführungen der ASt bereits kein öffentlicher Auftrag nach § 99 GWB vorläge.

Im Übrigen sei der Antrag nicht begründet:

- Die relevanten Abmessungen verstießen nicht gegen das Gebot der Produktneutralität gem. § 8 Abs. 7 VOL/A-EG. Die gewählten – nach den Außenabmessungen definierten – Preiskategorien bildeten die Produkte ab, die von den Vertragsärzten vorzugsweise verordnet worden seien. Die Ag sei grundsätzlich bei der Bestimmung und Definition des Beschaffungsbedarfs frei. Sie habe ihr Auswahlermessen pflichtgemäß ausgeübt. So sei sie berechtigt gewesen, sich am Verordnungsverhalten der Vertragsärzte zu orientieren. Auch bevorzuge die Ausschreibung keine bestimmte Marke, Produktion oder Herkunft. Die Ag sei nicht verpflichtet, Produkte so auszuschreiben, dass sie durch das Warenangebot der ASt abgedeckt seien. Die Ag weist darauf hin, dass kein einzelner Anbieter sämtliche ausgeschriebenen Produkte im Sortiment habe. Die Ag weist zudem das Vorbringen der ASt zurück, dass aufgrund der fehlenden Exklusivität der Leistungserbringung keinerlei Pflicht der Apotheken, Fachhändler und Sanitätshäuser bestünde, die Produkte beim Ausschreibungsgewinner zu beziehen. Ferner führten Circa- oder Rahmenangaben bei den Abmessungen zu Verzerrungen. Bieter könnten eine Diskriminierung reklamieren, weil geringer große Formate wegen geringeren Materialaufwands preislich günstiger angeboten werden könnten. Zudem sollte durch die Aufnahme von sog. Toleranzschwellen in den Rabattvertrag lediglich ein Schutzmechanismus gegen die Umgehung des Rabattvertrags eingebaut werden.

- Eine Einengung des Bieterkreises finde auch deshalb nicht statt, weil die Bildung von Bietergemeinschaften, die Einbeziehung von Subunternehmern und -lieferanten sowie der Zukauf von Produkten ausdrücklich zugelassen worden sei.

- Ferner liege kein ungewöhnliches Risiko wegen angeblich fehlender Angaben für eine ordnungsgemäße Angebotskalkulation vor. Es sei in den Verdingungsunterlagen mehrfach darauf hingewiesen worden, dass zum Zeitpunkt der Ausschreibung bedingt durch die Therapie- und Verordnungsfreiheit der Vertragsärzte keine prozentuale Aussage zum Umsetzungsgrad getroffen werden könne.

- Die Wichtungsfaktoren seien nicht nur nach der Menge, sondern auch nach der strategischen Wichtigkeit des jeweiligen Produktes bestimmt. Die ersten vier Preiskategorien des Loses 1 seine aufgrund ihres mengenmäßigen Anteils und

aufgrund ihrer strategischen Wichtigkeit von größerer Bedeutung als die übrigen drei Preiskategorien. Eine lineare Beziehung zu dem Versorgungsanteil im Jahr 2010 bestehe ausdrücklich nicht. Dies sei den Preisblättern eindeutig zu entnehmen gewesen.

- Die vorgesehenen Lieferfristen von 12 Stunden seien im Bereich der Versorgung mit Arzneien und medizinischen Hilfsmitteln, auch mit Verbandsmitteln, üblich. Sie stellten kein ungewöhnliches Wagnis dar. Die Ag habe in ihren Antworten zu den Bieterfragen zudem deutlich gemacht, dass die Einhaltung der 12 Stunden Lieferfrist nur bei Eingang der Bestellung zu den üblichen Geschäftszeiten zu erfüllen sei.
- Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Vorrangs des Gesetzes liege nicht vor. Die ASt räume selbst ein, dass es den gesetzlichen Krankenkassen grundsätzlich freistehe, Verträge mit den Leistungserbringern abzuschließen. Welches Vertragsmodell die Ag aus Sicht der ASt hätte wählen sollen, werde jedoch nicht vorgetragen. Die Ag sei nicht gehindert, dass Rabattvertragsmodell nach § 130a Abs. 8 SGB V auf die hier betroffenen Ausschreibungsgegenstände anzuwenden. Sowohl Arzneimittel als auch Verbände seien in § 31 SBG V geregelt, so dass eine ähnliche Interessenlage bestehe, zumal Verordnungspraxis und Versorgungswege dieselben seien.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Akteneinsicht in dem durch § 111 Abs. 2 GWB vorgegebenen Rahmen gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 16. Juni 2011 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorlagen, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und in der Sache erfolgreich.

1. Die Zulässigkeit ist gegeben.

a) Das Nachprüfungsverfahren ist vorliegend nach § 102 GWB eröffnet, da es sich beim Abschluss des geplanten Rabattvertrags um den Abschluss einer Rahmenvereinbarung nach § 4 VOL/A-EG handelt, die mit Abgabe der vertragsgegenständlichen Produkte an Versicherte der Ag zu einem späteren Zeitpunkt durch Einzelverträge ausgefüllt werden wird, die ihrerseits unter die Definition des öffentlichen Auftrags zu subsumieren sind, da die Ag öffentlicher Auftraggeber ist (EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009 – Rs. C-300/07). Der Abschluss derartiger Rahmenvereinbarungen hat nach den Regeln zu erfolgen, die für die Vergabe öffentlicher Aufträge gelten, vgl. Art. 32 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG sowie § 4 VOL/A-EG (ausführlich hierzu 3. Vergabekammer des Bundes, Beschlüsse vom 10. Juni 2011, VK 3-59/11; vom 14. Juni 2011, VK 3-62/11; vom 15. Juni 2011, VK 3-65/11).

b) Die Vergabekammer des Bundes ist nach § 104 Abs. 1 GWB auch zuständig für die Überprüfung, da der Auftrag auch dem Bund zuzurechnen ist. Der Bund gewährleistet mittels Bundesgesetzgebung mittelbar die Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen, so dass die Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. der Abschluss von Rahmenvereinbarungen durch diese dem Bund zuzurechnen sind. Die Ag untersteht zwar zusätzlich der Aufsicht durch das Landesversicherungsamt …, was – vgl. § 98 Nr. 2 GWB – eine doppelte Zuordnung des Auftrags bewirkt. Der ASt steht bei dieser Sachlage analog § 35 ZPO ein Wahlrecht zu, das sie mit der Einreichung des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer des Bundes ausgeübt hat.

c) Die ASt ist antragsbefugt gemäß § 107 Abs. 2 GWB. Für die Antragsbefugnis ist ausreichend, dass die ASt geltend macht, mit ihrem Produkt kein Angebot auf die vorgegebene Abmessung abgeben zu können.

d) Die Rechtzeitigkeit der Rüge sowie die Antragstellung innerhalb der Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB sind unstreitig gegeben.

2. Der ASt ist im Ergebnis darin zu folgen, dass die Ag die Ausschreibung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen hat.

a) Was das Vorbringen der ASt in der Sache anbelangt, so ist ihr zwar in Bezug auf die Notwendigkeit einer sozialrechtlichen Grundlage für den Abschluss des streitgegenständlichen Rahmenvertrags nicht zu folgen. Da die Ag öffentlicher Auftraggeber ist, handelt sie vollkommen korrekt, indem sie den Abschluss der Rahmenvereinbarung nach Vergaberecht durchführt. Wie oben sub 1.a) ausgeführt, geht es hier um einen Rahmenvertrag nach § 4 VOL/A-EG, der – ohne selbst qua definitionem öffentlicher Auftrag zu sein – nach vergaberechtlichen Vorgaben abzuschließen ist, Art. 32 Abs. 2 Richtlinie 2004/18/EG. Einer zusätzlichen Ermächtigung im Sozialrecht bedarf es nicht. Die Frage, ob sich die Ag nach Sozialrecht überhaupt entschließen durfte, einen Rahmenvertrag über Schaumverbände zu vereinbaren, ist dem Vergaberecht vorgelagert und ggfs. durch die hierfür zuständigen Sozialgerichte zu überprüfen; für die vergaberechtliche Überprüfung zählt allein die Tatsache, dass sie diese Beschaffungsmaßnahme durchführt (3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 2. Dezember 2010, VK 3-120/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2011, VII-Verg 3/11). Und insoweit ist es für die Ag als öffentlichem Auftraggeber richtig, dies nach Vergaberecht zu tun. Ein Verbot an die Ag, überhaupt einen Rahmenvertrag über Schaumverbände abzuschließen, also das Ausschreibungsprojekt gänzlich zu unterlassen, kommt nicht in Betracht und wird auch von der ASt so nicht beantragt. Auch ergibt sich hieraus kein Verstoß gegen § 8 Abs. 1 VOL/A-EG wegen rechtlicher Unsicherheiten aufgrund einer vermeintlich fehlenden sozialrechtlichen Ermächtigungsgrundlage.

b) Die grundlegenden Einwände der ASt gegen die Ausschreibung liegen darin begründet, dass die Ag auf die Außenmaße bezogene, zentimetergenaue Verbandabmessungen vorgibt und diese sodann zu einer einheitlichen Vergabe zusammenfasst. Im Fokus steht dabei insbesondere Los 1 mit sieben Größenabmessungen, wobei jede Größe eine sog. „Preiskategorie“ bildet. Diese Vorgaben verhindern eine Teilnahme der ASt am Wettbewerb, da in ihrer Produktpalette nicht alle sieben Preiskategorien verfügbar sind.

Die Ag hat hier bei Ausgestaltung der Ausschreibung den Wettbewerbsgrundsatz nicht ausreichend berücksichtigt:

aa) Grundsätzlich ist die Ag als öffentlicher Auftraggeber zwar frei, ihren Beschaffungsbedarf zu definieren; sie hat sich nicht vorschreiben zu lassen, was sie zu beschaffen hat (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2010, VII-Verg 42/09, und vom 22. Oktober 2009, Verg 25/09). Bei der Festlegung ihres Beschaffungsgegenstandes in Form von exakt abgemessenen Verbänden hat die Ag auch Überlegungen angestellt, die durchaus sachgerecht sind. Bei der Einteilung der auf konkrete Abmessungen bezogenen Verbände hat sie sich am bisherigen Verordnungsverhalten der Ärzte orientiert und auf die Größen abgestellt, die am meisten verordnet wurden. Ungeachtet einer sich möglicherweise aus dem Rahmenvertrag ergebenden Steuerungswirkung hin zu den vom Rahmenvertrag erfassten Schaumverbandsgrößen (dazu sogleich unten sub bb)) verhält es sich zunächst einmal so, dass nur die dort konkret benannten Produkte, also die sieben Preiskategorien mit ihren zentimetergenauen Abmessungen, vom Vertrag und dessen im Vergleich zum Herstellerabgabepreis günstigeren, da rabattierten Preis erfasst werden. Verordnet der Arzt eine Schaumverbandsgröße, die nicht einer der sieben vertraglichen Größenkategorien entspricht, so wird diese Verordnung nicht vom Rabattvertrag erfasst, es besteht weder eine aus dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz abgeleitete Verpflichtung des Arztes, das Vertragsprodukt zu verschreiben, noch greift der rabattierte Preis. Lediglich bei Verordnung einer Vertragsgröße ist der Arzt gehalten, das Produkt des Rahmenvertragspartners zu verordnen. Da mit dem Vertrag Einsparungen gegenüber einem vertragslosen Zustand realisiert werden sollen, liegt es im wohlverstandenen Interesse der Ag, mit dem Rahmenvertrag die Produkte zu erfassen, die schwerpunktmäßig verordnet werden. Je mehr der Vertrag das Verordnungsverhalten der Ärzte aufnimmt, desto weniger Widerstände sind bei der Ärzteschaft zu überwinden und desto erfolgreicher dürfte sich der Vertrag umsetzen. In gleicher Weise liegt es im Interesse des Leistungserbringers als Vertragspartner, dass der Vertrag die häufig verordneten Größen erfasst, da die Absatzmenge und damit der wirtschaftliche Erfolg spiegelbildlich zur Ag auch für den Leistungserbringer hiervon abhängt.

bb) Die Ag hat aber bei der Definition des Beschaffungsbedarfs die Marktverhältnisse auf Leistungserbringerseite in zweifacher Weise nicht ausreichend in ihre Überlegungen mit einbezogen und damit letztendlich dem in § 97 Abs. 1 GWB verankerten Wettbewerbsgrundsatz nicht ausreichend Rechnung getragen. Die Ag hat zwar die

Marktverhältnisse untersucht und im Ansatz völlig richtig auch hierauf abstellen wollen. Sie hat jedoch relevante Aspekte außer Acht gelassen:

(1) Die Marktverhältnisse sind dadurch gekennzeichnet, dass es eine Vielzahl unterschiedlicher Größenabmessungen an Verbänden gibt; jeder Hersteller ist frei in der Wahl der Abmessung seiner Schaumverbände. Es gibt keine vereinheitlichenden rechtlichen Vorgaben oder Richtlinien, die etwa den Normpackungskennzeichen im Arzneimittelbereich vergleichbar wären, und somit keine Standardprodukte. Zwar hat die Ag untersucht, welche Größen wie häufig verordnet wurden (vgl. Vergabeakte, Sachheft 1, Balkendiagramm auf Seite 40). Das Material, auf das sich ihre Untersuchungen stützen, sind die bei der Ag vorhandenen Abrechnungsdaten, aus denen sie ablesen kann, welche Größen zu ihren Lasten verordnet wurden. Die Ag hat vorgetragen, dass nach ihren Markterhebungen jedenfalls mindestens zwei Anbieter pro Größe vorhanden seien.

Es ist aber bereits problematisch, angesichts der skizzierten Marktverhältnisse den Beschaffungsbedarf auf eine ganz konkrete Größe bezogen zu definieren, die möglicherweise nur von zwei Anbietern lieferbar ist; alle anderen Marktteilnehmer sind von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen. Dies ist umso schwerwiegender, als zu erwarten ist, dass der Vertrag über die Wirtschaftlichkeitsverpflichtung der Ärzte eine gewisse Lenkungswirkung über seinen unmittelbaren Anwendungsbereich hinaus entfalten wird. Wie bereits oben (sub aa)) skizziert, erfasst der Vertrag direkt zwar nur solche Schaumverbände, die den im Vertrag genannten konkreten Größenabmessungen entsprechen; nur dann sollte der Arzt das Vertragsprodukt statt eines Konkurrenzproduktes hierzu verordnen. Eine Wirkung des Vertrags dahin scheint aber als wahrscheinlich, dass der Arzt sich bereits bei der Vorfrage, nämlich welche Größe er verordnet, am Vertrag orientiert. Dies ist deshalb möglich, weil die teilweise geringfügigen Größenunterschiede bei den verschiedenen Anbietern die Austauschbarkeit der Produkte nicht ausschließen (zur Thematik Innen- und Außenabmessung s.u.); der Arzt kann sich also durchaus bei ein- und derselben zu versorgenden Wunde alternativ entscheiden, entweder z.B. einen 7,0 x 7,0 cm-Verband oder statt dessen einen 7,5 x 7,5 cm-Verband zu verordnen. Damit stehen die Produkte in Wettbewerb miteinander. Ist aber z.B. das 7,5 x 7,5 cm-Produkt mit dem

Rabattvertrag belegt, so wird der Arzt möglicherweise eine Neigung haben, sich von vornherein für diese Größe und eben nicht für die 7,0 x 7,0 cm-Größe zu entscheiden, um Wirtschaftlichkeitsgesichtspunkten Rechnung zu tragen und ein rabattiertes Produkt zum Einsatz bringen zu können. Die Produkte mit ähnlicher Abmessung stehen also tatsächlich miteinander im Wettbewerb. Die Situation ist nicht vergleichbar mit dem Abschluss von Rabattverträgen für generische Arzneimittel, wo es keine Interdependenzen zwischen den verschiedenen Wirkstoffen gibt: Der Abschluss eines Rabattvertrags z.B. für den Wirkstoff Amlodipin tangiert den Wirkstoff Ibuprofen in keiner Weise und entfaltet mangels Austauschbarkeit keine Steuerungswirkung zu Lasten von Ibuprofen. Vorliegend aber müssen die nicht vom Vertrag abgedeckten Größen, wenn die vorstehenden Überlegungen zutreffen, die wirtschaftlichen Folgen aufgrund der Austauschbarkeit und der daraus resultierenden Lenkungswirkung einerseits mittragen. Andererseits bleibt diesen Anbietern aber aufgrund der konkreten Größenvorgaben von vornherein die Möglichkeit versperrt, mit ihren Produkten überhaupt am Wettbewerb teilzunehmen. Dies ist kein sachgerechtes Ergebnis; es kann nicht richtig sein, dass die Anbieter anderer Größen wirtschaftlich negativen Folgen dieses Rabattvertrags ausgesetzt sind, ihnen aber keine Chance auf Erhalt des Vertrags eingeräumt wird. Bei dieser Sachlage muss auch den Herstellern von Schaumverbänden mit anderen Abmessungen die Möglichkeit eröffnet werden, überhaupt am Wettbewerb teilzunehmen. Die Ag darf nicht auf konkrete Größen abstellen, sie hat die Preiskategorien vielmehr anhand bestimmter Margen zu definieren.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen daneben zweierlei, nämlich einmal, dass es in der Sache keine Notwendigkeit für eine zentimetergenaue Vorgabe gibt, was auch auf Seiten der Ag unstreitig ist. Dies zeigt die von der Ag akzeptierte Zulassung von Toleranzmargen bei nach Zuschlagserhalt neu vom Rabattvertragspartner eingeführten Abmessungen. Des Weiteren ergibt sich hieraus, dass es sachgerecht ist, auf die Innenabmessungen, also auf die Fläche der Wundauflage abzustellen. Denn es gibt nach Lauer-Taxe durchaus häufig Schaumverbände mit identischer Außenabmessung, die aber eine völlig andere Wundauflagefläche haben und daher in der überwiegenden Zahl der Fälle nicht miteinander austauschbar sind, mithin nicht auf dieselbe Wunde passen. Es ist daher sachgerecht und erforderlich, nicht auf die Außenabmessung abzustellen,

sondern auf die Wundauflagefläche und die Preiskategorien mit den Toleranzbereichen hierauf zu beziehen, da nur Produkte mit vergleichbarer Wundauflagefläche miteinander im Wettbewerb stehen können.

(2) Ein weiteres Wettbewerbsdefizit entsteht ferner dadurch, dass die Ag die sieben exakt abgemessenen Größen zu einem Los 1 zusammenfasst. Die Folge ist, dass nur solche Anbieter an der Ausschreibung teilnehmen können, die alle sieben, exakt vorgegebenen Größen genau abdecken können. Die ASt hat unwidersprochen vorgetragen, dass nach aktuellem Stand der Lauer-Taxe, in der alle Schaumverbände mit Pharmazentralnummer gelistet sind, diese Voraussetzungen auf keinen einzigen Hersteller zutreffen, auch nicht durch Zukauf fremder Produkte, die dann ja unter einer eigenen Pharmazentralnummer des zukaufenden Herstellers neben der anderen Pharmazentralnummer des liefernden Herstellers gelistet sein müssten. Die Ag hat zwar vorgetragen, anhand ihrer Verordnungszahlen recherchiert zu haben, dass es je Größe mindestens zwei Anbieter auf dem Markt gibt. Nach dem unbestrittenen Vortrag der ASt zur Lauer-Taxe gibt es aber keinen Anbieter – und dies ist entscheidend – der alle sieben Größen im Portfolio hat.

Die Interessenten am Auftrag hätten also, um am Wettbewerb teilnehmen zu können, alternativ die in ihrem Portfolio fehlenden Produkte hinzufügen müssen, indem sie speziell für diese Ausschreibung einen Schaumverband mit einer neuen Abmessung, also ein neues Produkt herstellen. Auch wenn dies rein technisch betrachtet natürlich möglich wäre, so ist dies aber weder aus Wirtschaftlichkeitserwägungen eine realistische Option, da sich die Herstellung eines neuen Produkts einschließlich der Beschaffung der hierfür erforderlichen Maschinen etc. angesichts des überschaubaren Ausschreibungsvolumens und der zweijährigen Vertragslaufzeit nicht amortisiert. Es können auch nicht für jede mögliche Krankenkassenausschreibung jeweils ad hoc neue Produkte eingeführt werden. Des Weiteren war bereits bei Angebotsabgabe eine Pharmazentralnummer für das jeweilige Produkt einzutragen, so dass die Einführung eines neuen Produkts einschließlich Erhalt einer Pharmazentralnummer im Zeitraum zwischen Bekanntmachung -…- und Ende Angebotsfrist -…- auch faktisch nicht möglich war. Zu Unrecht verweist die Ag in diesem Zusammenhang auf die Möglichkeit der Bieter, im Preisblatt lediglich auf

eine beantragte PZN zu verweisen. Eine solche Möglichkeit war den Verdingungsunterlagen nicht zu entnehmen, vielmehr war durch die eindeutige Vorgabe im Preisblatt lediglich eine bereits erteilte und nicht erst beantragte PZN einzutragen. Was den Zukauf als Alternative zur eigenen Herstellung anbelangt, so besteht hier ebenfalls das Problem der Beischaffung einer eigenen Pharmazentralnummer. Im Übrigen dürfte es schwierig sein, bei Wettbewerbern Zukäufe zu tätigen mit dem Argument, von diesen erst in die Lage versetzt zu werden, an der Ausschreibung teilnehmen zu können, da der Wettbewerber in der Regel selbst ein Interesse am Erhalt des Rabattvertrags hat. Gleiche Probleme stellen sich hinsichtlich der Bildung von Bietergemeinschaften, die vorliegend auch ordnungspolitisch wenig wünschenswert sind: Unternehmen, die im Wettbewerb miteinander stehen, sollten nicht zu Abstimmungen miteinander in Bietergemeinschaften gezwungen werden. Der klassische Arbeitsgemeinschaftsgedanke greift hier nicht überzeugend, da prinzipiell jedes auf dem Markt befindliche herstellende Unternehmen sowohl fachlich als auch quantitativ allein in der Lage wäre, Los 1 zu bedienen, eben nur nicht genau in der exakt vorgegebenen Größe.

Eine Ausschreibung, bei der jedenfalls nach Stand Lauer-Taxe kein Marktteilnehmer in der Lage ist, sich aufgrund der Definition des Beschaffungsbedarfs überhaupt zu beteiligen, bietet keine ausreichende Basis für Wettbewerb. Zwar hat die Ag das Vergabeverfahren nach Erhalt des vorliegenden Nachprüfungsantrags nicht weitergeführt und insbesondere auch keine Auswertung vorgenommen. Nach der bisherigen Grobsichtung, deren Ergebnis der Vergabekammer seitens der Ag mit als vertraulich gekennzeichneter E-Mail vom 17. Juni 2011 übermittelt wurde, bestätigt das Ergebnis der Ausschreibung diese Einschätzung. Danach sind insgesamt sieben Angebote von vier Anbietern eingegangen sind, davon vier auf Los 1. Zwei der Angebote sind wegen Unvollständigkeit auszuschließen, da andere als die vorgegebenen Abmessungen angeboten wurden. Es liegen somit nach der vorläufigen Prüfung lediglich zwei wertbare Angebote zu Los 1 vor, wobei sich der Vergabekammer angesichts der von der Ag unbestrittenen Aussagen der ASt zur Lauer-Taxe – kein Hersteller kann, auch nicht durch Zukäufe, alle sieben Preiskategorien anbieten – nicht erschließt, wie sich diese Vollständigkeit erklärt. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass beide „wertbaren“ Angebote jeweils in

verschiedenen Preiskategorien Rabatte in Höhe von 0% aufweisen, was dafür sprechen könnte, dass die Bieter hier beabsichtigten, die in Fachlos 1 fehlenden Eigen-Produkte ohne Rabatt von Dritten zuzukaufen, um eine formal korrektes Angebot abgeben zu können. Dies bedarf allerdings im vorliegenden Verfahren keiner weiteren Aufklärung; die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens beurteilt sich nicht in einer ex-post-Betrachtung nach dessen Ergebnis, der Auftraggeber hat vielmehr ex ante zu einem Zeitpunkt Entscheidungen zu treffen, zu dem das Wettbewerbsergebnis naturgemäß noch nicht feststeht. Insofern kommt es auf das für die rechtliche Beurteilung nur bestätigende, nicht aber konstitutive Ergebnis nicht im Detail an.

c) Weitere Bedenken bestehen hinsichtlich der von der Ag vorgenommenen Gewichtung der in den sieben Preiskategorien des Fachloses 1 abgegebenen Einzelpreise zu einem einzigen Wertungspreis. Einziges Zuschlagskriterium war nach der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen der Preis. Die hier vorgenommene – in den Verdingungsunterlagen auch mitgeteilte – Untergewichtung der Preiskategorien korrespondiert allerdings nicht mit den ebenfalls mitgeteilten Absatzvolumina der einzelnen Preiskategorien. Die Ag hat die ersten vier – sehr umsatzstarken – Preiskategorien mit einer Gewichtung von jeweils 16% und die drei schwach abgegebenen Preiskategorien mit einer Gewichtung von jeweils 12% versehen. Damit werden alle Preiskategorien nahezu gleich gewichtet, obwohl die vier ersten Preiskategorien für Produkte stehen, die in erheblich höherem Umfang abgesetzt werden. Die Ag hat in der Vergabeakte (vgl. Sachheft 1, S. 36) darauf Bezug genommen, dass neben dem reinen Preis auch strategische Gesichtspunkte für die Gewichtung eine Rolle gespielt hätten. Deshalb seien die strategisch wichtigsten Positionen des Fachloses 1 „leicht höher“ gewichtet worden. Hätte man allerdings auf die zu erwartenden Umsätze und deren strategische Wichtigkeit abstellen wollen, hätte ihre Gewichtung eigentlich deutlich höher ausfallen müssen. Das heißt, dass die von der Ag vorgelegte Begründung für die eher niedrige Gewichtung gerade nichts hergibt. Auch schriftsätzlich und in der mündlichen Verhandlung hat die Ag nicht dargelegt, aus welchen – sonstigen - strategischen Gründen die Gewichtung in der vorliegenden Weise erfolgen soll. Zu bedenken ist aus Sicht der Kammer vielmehr gerade die Tatsache, dass angesichts der nahezu gleichartigen Gewichtung aller Preiskategorien Bieter versucht sein könnten, in den umsatzstärkeren Preiskategorien niedrigere Rabatte anzubieten, um diese für das Wertungsergebnis mit höheren Rabatten für die weniger stark verordneten Größen auszugleichen. Damit bestünde für die Bieter eine – die

Vergleichbarkeit der Angebote gerade einschränkende – Manipulationsmöglichkeit: Im Ergebnis könnten Bieter eine günstige Wertungssumme erzielen, während sie in der tatsächlichen Abrechnung aufgrund der statistisch gesehen häufigeren „Standardgrößen“ zu ihren Gunsten einen geringeren Rabatt abrechnen könnten. Angesichts dieser Problematik wäre es daher notwendig gewesen, die strategischen Überlegungen der Ag zu der vorliegenden Gewichtung nachvollziehbar darzulegen.

d) Kein Vergaberechtsverstoß ist hingegen bei der Vorgabe einer Lieferfrist von 12 Stunden zu sehen. Ein ungewöhnliches Wagnis liegt darin nicht.

Zwar ist die Vorschrift des § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A 2006, nach der an die Beschaffenheit der Leistung ungewöhnliche Anforderungen nur so weit gestellt werden durften, wie es unbedingt notwendig war, in der aktuellen VOL/A 2009 gestrichen worden. Schutzzweck der alten Vorschrift war es u.a. den Auftragnehmer davor zu schützen, dass sich sein Risiko aufgrund der ungewöhnlichen Anforderungen bei der Auftragsdurchführung unangemessen erhöht (vgl. Prieß in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 2. Auflage, § 8 EG, Rn. 48). Da dieses Risiko insbesondere kleinere und mittlere Wettbewerber trifft, während ein entsprechend finanzkräftiger Bieter ein solches Risiko eventuell besser tragen kann, ist es aus Gründen des Gleichbehandlungsgebots gemäß § 97 Abs. 2 GWB i.V.m. § 8 Abs. 1 VOL/A-EG auch im Rahmen der VOL/A 2009 nach wie vor erforderlich, dass ungewöhnliche Anforderungen in der Leistungsbeschreibung nur dann gestellt werden, wenn sie unbedingt notwendig sind (vgl. Prieß aaO, § 8 EG, Rn. 49). Denn nur dann sind die Angebote aller Bieter nach § 8 Abs. 1 VOL/A-EG miteinander vergleichbar.

Vorliegend sind allerdings keine ungewöhnlichen Anforderungen an den Auftragnehmer ersichtlich. So liegt ein ungewöhnliches Wagnis nicht vor, wenn der Auftragnehmer die Möglichkeit hat, das Wagnis in wirtschaftlicher, also in vergütungsmäßiger Hinsicht, kalkulatorisch abzusichern. Vorliegend hat die Ag eine Lieferfrist von 12 Stunden im Bereich der Versorgung mit Arzneien, medizinischen Hilfsmitteln sowie für die Versorgung mit Verbandsmitteln als üblich angesehen. Die ASt ist dem nicht substantiiert entgegen getreten, sondern hat lediglich pauschal auf ein Wagnis verwiesen. Sie hat auch nicht hinreichend dargelegt, weshalb sie – wenn denn ein Risiko bestünde – sie dessen Auswirkungen nicht im Rahmen ihrer Preiskalkulation berücksichtigen könne. Im Rahmen

der Wiederholung der Ausschreibung steht es der Ag jedoch frei, die konkrete Ausgestaltung der Anforderung an die Lieferfrist zu überdenken.

3. Die Ag ist frei darin, zu entscheiden, wie sie dem Wettbewerbsgrundsatz bei einer neuen Ausschreibung zur Geltung verhelfen will. Der von der Ag im Vergabevermerk angestellten zutreffenden Überlegung, wonach die Ärzte im Sinne einer Akzeptanz des Rabattvertrags nicht mit zu vielen verschiedenen Rabattvertragspartnern konfrontiert werden sollen, dürfte am besten entsprochen werden, wenn es weiterhin bei den beiden Losen bleibt, jedoch Toleranzmargen hinsichtlich der Größen eingeführt werden. Bei der Wichtung der Preiskategorien wird die Ag darauf zu achten haben, dass die Wirtschaftlichkeit der Angebote über die sieben Preiskategorien hinweg angemessen berücksichtigt wird.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1, 2 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG. Die Kostenentscheidung folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Die ASt obsiegt weit überwiegend. Die Bildung einer minimalen Kostenquote zu Lasten der ASt ist insoweit nicht angemessen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war aufgrund der Schwierigkeit und Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig.

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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Dr. Herlemann Brauer