



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 66/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Abschluss von Rabattvereinbarungen gem. § 130a Abs. 8 SGB V über Arzneimittel, die an Versicherte der [...] abgegeben werden, für den Zeitraum vom 1. Oktober 2014 bis 30. September 2016“, ABl. [...], ber. ABl. [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 22. August 2014 am 10. September 2014 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, im Fachlos 1 einen Zuschlag zu erteilen. Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht hat die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zurückzusetzen. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu einem Fünftel. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens zu vier Fünfteln.
3. Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin trägt die Antragstellerin zu vier Fünfteln, die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin trägt die Antragsgegnerin zu einem Fünftel. Im Übrigen tragen die Beteiligten ihre zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. -verteidigung notwendigen Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit ein europaweites offenes Verfahren zum Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V über bestimmte an ihre Versicherten abzugebende Arzneimittel durch. Das Verfahren ist in vier wirkstoffbezogene Fachlose aufgeteilt. Die Verträge im Fachlos 1 sollen mit bis zu drei Unternehmen, die für die Lose 2 bis 4 mit jeweils einem Unternehmen abgeschlossen werden. Die Vertragslaufzeit beträgt jeweils 24 Monate.
Fachlos 1 umfasst den Wirkstoff [...]. Der Wirkstoff [...] wird in Deutschland von den Originalherstellern [...] und [...] vertrieben. Diese Originalhersteller bieten zu ihren Medikamenten besondere Applikationshilfen (Injektomaten, Autoinjektoren) sowie die Beratung von Patienten und Ärzten an. Die Antragstellerin (ASt) ist nach eigenen Angaben [...] für den Parallel-/Reimport von Arzneimitteln (s. Nachprüfungsantrag, S. 8). Sie deckt sich in anderen Ländern über dortige Großhändler mit den Originalprodukten ein und bringt diese sodann nach Umetikettierung/Umverpackung in Deutschland auf den Markt. Die ASt verfügt über die erforderlichen arzneimittelrechtlichen Zulassungen. Sie vertreibt ihre Produkte, zu denen auch Autoinjektoren für Medikamente mit dem Wirkstoff [...] gehören, unter eigenen Pharmazentralnummern.

Die Ag sowie andere [...] führen bereits seit 2013 Auftragsvergaben über einige der verfahrensgegenständlichen Wirkstoffe (u.a. [...]) durch. So schlossen diese [...] im Frühjahr 2013 ohne vorherige Auftragsbekanntmachung Rabattverträge mit einzelnen Originalherstellern ab, weil sie meinten, dass nur der patentberechtigte Hersteller in der Lage sei, die geforderte Lieferfähigkeit zu gewährleisten. Die betreffenden Verträge sind u.a. auf Antrag der jetzigen ASt vom OLG Düsseldorf bzw. dem OLG Karlsruhe für unwirksam erklärt worden, die Voraussetzungen des § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A lagen nach Auffassung dieser Gerichte nicht vor (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 21/13, 24/13 und 25/13 bzw. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20. Dezember 2013, 15 Verg 6/13, 7/13 und 8/13). Zwei dieser [...] schrieben daraufhin gemeinsam den Abschluss von Rabattverträgen für [...] im September 2013 europaweit im offenen Verfahren aus, die Ag machte ihr europaweites offenes Verfahren für diesen sowie weitere Wirkstoffe am [...] 2014 öffentlich bekannt. U.a. gegen die an den Nachweis der Lieferfähigkeit gestellten Anforderungen dieser [...] leitete die ASt bei den Vergabekammern des Bundes wiederum Nachprüfungsverfahren ein (Az. VK 2-96/13 und VK 1-50/14).

Am 25. Juni 2014 entschied das OLG Düsseldorf (Az. VII-Verg 38/13; Aufhebung des Beschlusses VK 2-96/13) zu dem o.g. Vergabeverfahren von zwei [...] aus September 2013, dass die mit dem Angebot vorzunehmende verbindliche Angabe von Unterauftragnehmern und deren Lieferkapazitäten den Arzneimittelimporteuren wie der ASt nicht zuzumuten sei. Daraufhin teilte die Ag in dem insoweit vergleichbaren streitgegenständlichen Vergabeverfahren den Bietern am 7. Juli 2014 mit, dass sie das Vergabeverfahren zurückversetze und ihre Anforderungen an die zu erbringenden Eignungsnachweise abschwäche. Die ASt erklärte hieraufhin das Verfahren VK 1-50/14 für erledigt; die Berichtigung der entsprechenden Bekanntmachung durch die Ag erfolgte am [...] 2014 (ABl. EU [...]).

Im vorliegenden Nachprüfungsverfahren streiten sich die Beteiligten darüber, ob die Ag die Anforderungen des OLG Düsseldorf vom 25. Juni 2014 bzgl. der von den Bietern vorzulegenden Eignungsunterlagen vollständig umgesetzt hat, über zwei Vertragsklauseln (§ 6 Abs. 4 und 5 des Vertragsentwurfs) sowie über das bei Los 1 vorgesehene Zuschlagskriterium „Qualität“.

Zur „Wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit“ sah die Bekanntmachung der Ag in Ziffer III.2.2 Folgendes vor (vgl. auch B.II der Bewerbungsbedingungen (BWB), S. 32 ff.; hierbei bezeichnete der Begriff „Drittunternehmen“ gemäß B.II.2. der BWB (S. 32) „alle Unternehmen, von denen der Bieter im Zuschlagsfall auf Grund einer unmittelbaren Vertragsbeziehung die Rabattarzneimittel ganz oder teilweise beziehen wird (§ 7 Abs. 9 VOL/A-EG)“:

„Nach Abschluss der vorläufigen Angebotsbewertung wird die [Ag] diejenigen Bieter, die im Fachlos 1 auf einem der ersten vier Plätze oder in den Fachlosen 2 bis 4 auf einem der ersten 2 Plätze der Wirtschaftlichkeitsbewertung liegen, zur Abgabe von Eignungsnachweisen auffordern, aus denen sich die Leistungsfähigkeit des Bieters im Hinblick auf die Zurverfügungstellung der Rabattarzneimittel in hinreichender Menge sowie bei Fachlos 1 weiterer vertragsgegenständlicher Leistungen während der Vertragslaufzeit ergibt. Dabei wird der Bieter verschiedene Möglichkeiten haben, den Nachweis seiner Leistungsfähigkeit insoweit zu erbringen. Vorzulegen sind in diesem Fall:

- a) Eine Eigenerklärung zu Lieferkapazitäten und Drittunternehmen nach näherer Maßgabe der Verdingungsunterlagen (Anlage 5 zu den Bewerbungsbedingungen).
- b) Im Fall der Nennung von Drittunternehmen der „letzten Reihe“ in Anlage 5 (relevant sind dabei nur Unternehmen, von denen der Bieter im Zuschlagsfall die Rabattarzneimittel bezieht oder derer er sich zur Erbringung der Zusatzleistungen bedient und mit denen der Bieter im Zuschlagsfall jeweils in einem direkten Vertragsverhältnis stehen wird) hat der Bieter der Auftraggeberin nachzuweisen, dass ihm im Auftragsfall die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen. In diesem Fall sind daher zusätzlich folgende Verfügbarkeitsnachweise erforderlich:
 - aa) Entweder: Vorlage entsprechender Eigenerklärungen des/der in der Anlage 5 benannten Drittunternehmen(s) nach näherer Maßgabe der Vergabeunterlagen (Anlage 6 zu den Bewerbungsbedingungen);
 - bb) oder: Vorlage von Kopien der Verträge zwischen dem Bieter und dem/den in der Anlage 5 benannten Drittunternehmen bezogen auf angebotsgegenständliche Arzneimittel des ausgeschriebenen Wirkstoffs.
- cc) Aus den Erklärungen bzw. Unterlagen im Sinne der vorstehenden Buchstaben aa) und bb) muss sich jeweils zumindest die grundsätzliche Zusage des Drittunternehmens ergeben, dem Bieter zur Vertragsdurchführung diejenigen Mittel zur Verfügung zu stellen, hinsichtlich derer sich der Bieter gemäß seiner Erklärung in Anlage 5 auf das Drittunternehmen beruft, sowie die verbindliche Erklärung des Drittunternehmens darüber, ob und ggf. welche Arzneimittelmengen und sonstigen Mittel das Drittunternehmen dem Bieter im Zuschlagsfall über die Vertragslaufzeit hinweg gesichert zur Verfügung stellen wird. Die Vorlage eines Auszugs aus einem Vertrag genügt, soweit sich daraus der genannte Inhalt ergibt. Wenn und soweit sich aus den Erklärungen bzw. Unterlagen im Sinne der vorstehenden Buchstaben aa) und bb) nicht ergibt, dass die erforderlichen Arzneimittelmengen und sonstigen Mittel von Drittunternehmen gesichert zur Verfügung gestellt werden, hat der Bieter nach näherer Maßgabe der Vergabeunterlagen zusätzlich darzulegen, auf Basis welcher Tatsachen gleichwohl die Annahme gerechtfertigt ist, dass von seiner Liefer- und Leistungsfähigkeit im Zuschlagsfalle auszugehen ist. Zu diesem Zweck kann beispielsweise auch eine schriftliche Darstellung der Lieferbeziehungen und Verläufe einschließlich der Bezugsmengen und

Dosiereinheiten im Einzelnen für den Zeitraum vom 1.3.2013 bis einschließlich 28.2.2014 nach näherer Maßgabe der Vergabeunterlagen in Betracht kommen.

In der Anforderung der Eignungsnachweise nach den Buchstaben a) und b) wird den betroffenen Bietern eine nicht verlängerbare Nachfrist von 4 Wochen nach Zugang der Aufforderung gesetzt werden.“

Auf Basis der Abrechnungsvolumina für die ausgeschriebenen Wirkstoffe aus bestimmten früheren Zeiträumen gab die Ag je Wirkstoff bestimmte nachzuweisende Mindestliefermengen (in einer bestimmten Anzahl an „Basiseinheiten“ je „Versorgungsbedarfsgruppe“) vor. Für das Fachlos 1 waren hiernach 33%, für die Fachlose 2 bis 4 jeweils 100% der auf einen zweijährigen Zeitraum entfallenden Basiseinheiten nachzuweisen (s. hierzu Anlage 2 i.V.m. A.I.5 der BWB, S. 5 f.).

Die in Ziffer III.2.2 der Bekanntmachung erwähnten Anlagen 5 und 6 zu den BWB lauteten auszugsweise wie folgt: Anlage 5 ist die

„Erklärung zu Lieferkapazitäten und Drittunternehmen“.

Hierin sollten die Bieter unter Ziffer I. erklären:

„Im Zuschlagsfall stehen mir/uns hinsichtlich der angebotenen künftigen Rabattarzneimittel die folgenden eigenen oder fremden Lieferkapazitäten zur Verfügung“

und in einer Tabelle hierzu u.a. angeben, welche Anzahl an nachzuweisenden Basiseinheiten je Wirkstoff (bzw. Versorgungsgruppe) ihnen „gesichert zur Verfügung“ stehen (Spalte C, diese Eintragung ist als „fakultativ“ gekennzeichnet); in der Spalte D dieser Tabelle war Folgendes einzutragen:

„Eigene oder fremde Lieferkapazitäten, mit Hilfe derer während der gesamten Vertragslaufzeit die Lieferfähigkeit sichergestellt wird (bitte konkret mit Anschrift [bei Drittunternehmen zusätzlich mit Namen des Drittunternehmens] benennen oder beschreiben“.

Aufgrund des Vorbringens der ASt im Nachprüfungsverfahren wies die Ag in einer Interessenteninformation vom 8. August 2014 darauf hin, dass diese Formulierung

„nicht so zu verstehen“ sei, „dass nur Lieferkapazitäten bzw. Drittunternehmen genannt werden dürften, welche vom Bieter über den gesamten Zeitraum der Vertragslaufzeit hinweg eingesetzt werden (sollen). Vielmehr ist damit gemeint, dass sämtliche Lieferkapazitäten und Drittunternehmen anzugeben sind, welche der Bieter im Laufe der Vertragslaufzeit einzusetzen gedenkt – unabhängig davon, ob die jeweilige Lieferkapazität bzw. das jeweilige Drittunternehmen dem Bieter seine Leistungen über den gesamten Zeitraum hinweg oder nur über einen Teil-Zeitraum zur Verfügung stellen wird. Dementsprechend können Drittunternehmen im Rahmen der Erklärung gemäß Anlage 6 zu den Bewerbungsbedingungen sowohl nach Abschnitt I als auch nach Abschnitt II für

ihre Leistung, die sie dem Bieter zur Verfügung stellen, jeweils auch einen Zeitraum angeben, der kürzer ist als die Vertragslaufzeit.“

Des Weiteren sollten die Bieter in der Anlage 5 unter Ziffer III. u.a. folgende Eigenerklärung abgeben:

„In den Abschnitten I. und II. dieser Eigenerklärung habe/n ich/wir sämtliche Drittunternehmen angegeben, die ich/wir im Zuschlagsfalle einzusetzen beabsichtige/n.“

Unter Ziffer V. der Anlage 5 musste der Bieter u.a. erklären, dass er sich „bewusst“ sei, dass er,

wenn er keine Angaben zu den zur Verfügung stehenden Basiseinheiten gemacht hat oder nur solche Mengen angegeben hat, die kleiner sind als die nachzuweisenden Basiseinheiten, oder wenn innerhalb der jeweiligen „Versorgungsbedarfsgruppe“ die Summe der von den Drittunternehmen gesichert zugesagten Liefermengen, die sich aus den Verfügbarkeitsnachweisen der Drittunternehmen ergibt, hinter den nachzuweisenden Basiseinheiten zurückbleibt, in einem „selbst zu erstellendem Anhang zu dieser Anlage 5 schriftlich darzulegen [hat], auf Basis welcher Tatsachen gleichwohl die Annahme gerechtfertigt ist, dass von meiner/unserer Liefer- und Leistungsfähigkeit im Zuschlagsfall für die gesamte Vertragslaufzeit auszugehen ist.

Hinweis: Zur Schließung von im Hinblick auf die Liefer- bzw. Leistungsfähigkeit in diesem Sinne bestehenden Erkenntnislücken und zum Nachweis der vollständigen Liefer- bzw. Leistungsfähigkeit kann – ergänzend zu dieser Eigenerklärung und den Verfügbarkeitsnachweisen – beispielsweise (im Rahmen des gesonderten, vom Bieter selbst zu erstellenden Anhangs zu dieser Anlage 5) die schriftliche Darstellung der Lieferbeziehungen und Verläufe einschließlich der Bezugsmengen und Dosiereinheiten im Einzelnen für den Zeitraum vom 1. März 2013 bis einschließlich 28. Februar 2014 in Betracht kommen.“

Anlage 6 der BWB war überschrieben mit

„Verfügbarkeitsnachweis Drittunternehmen“.

Dieses vom Bieter zu ergänzende Formular lautete auszugsweise wie folgt:

„Hinweis an das Drittunternehmen:
Abgegeben werden kann

- entweder die Erklärung gemäß nachfolgendem Abschnitt I.
- oder gemäß nachfolgendem Abschnitt II.

[Hinweis an den Bieter:

Gibt das Drittunternehmen lediglich die Erklärung gemäß Abschnitt I. ab, sind vom Bieter zusätzliche Angaben gem. Abschn. B.III. der Bewerbungsbedingungen zur Darlegung seiner vollständigen Liefer- und Leistungsfähigkeit zu machen.]

I.

Wir sagen hiermit dem Bieter (...) [Name]
zur Vorlage gegenüber der [Ag] in dem oben genannten Vergabeverfahren zu, dass wir grundsätzlich dem o.g. Bieter (...) im Zuschlagsfalle die nachfolgenden genannten Arzneimittel, Tätigkeiten, Fähigkeiten, Kapazitäten oder sonstigen Mittel oder Leistungen zur Ausführung des Auftrags
in dem Zeitraum vom _____ bis einschließlich _____
zur Verfügung stellen werden:

(Erforderlich ist die genaue Bezeichnung der zur Verfügung zu stellenden Mittel. (...))

Eine konkrete Zusage konkreter Liefermengen ist damit nicht verbunden.“

Die Erklärung gemäß Ziffer II. der Anlage 6 betraf die Verpflichtung des Drittunternehmens dem Bieter im Zuschlagsfall bestimmte konkret zu benennende Arzneimittelmengen für einen ebenfalls konkret zu benennenden Zeitraum gesichert zur Verfügung zu stellen.

In dem oben in Anlage 6 unter I. erwähnten Abschnitt B.III der BWB wies die Ag unter der Überschrift „Verfügbarkeitsnachweise bei Einsatz von Drittunternehmen“ auf folgende Alternativen hin (S. 33 f.):

Der Bieter könne entweder einen Verfügbarkeitsnachweis des Drittunternehmens gemäß der Anlage 6 vorlegen, indem dieses Drittunternehmen mindestens eine „grundsätzliche Belieferungszusage“ abzugeben habe, „dem Bieter zur Vertragsdurchführung während der Vertragslaufzeit diejenigen Mittel zur Verfügung zu stellen, hinsichtlich derer sich der Bieter gemäß seiner Erklärung in Anlage 5 auf das Drittunternehmen beruft. (...)“
„Statt des Verfügbarkeitsnachweises des Drittunternehmens nach Anlage 6“ könne der Bieter „wahlweise auch die Kopie eines zwischen ihm und dem Drittunternehmen geschlossenen Vertrags vorlegen. (...)“
„Wenn und soweit ausweislich der vorgelegten Anlagen 6 oder ausweislich der vorgelegten Verträge Arzneimittelmengen oder sonstige Mittel oder Leistungen von Drittunternehmen, auf die sich der Bieter in Anlage 5 beruft, nicht gesichert in dem/r vom Bieter angegebenen Umfang/Menge oder Zeitraum zur Verfügung gestellt werden, hat der Bieter nach Maßgabe von Abschnitt V. der Anlage 5 in einem gesonderten Anhang schriftlich darzulegen, auf Basis welcher Tatsachen gleichwohl die Annahme gerechtfertigt ist, dass von seiner Liefer- und Leistungsfähigkeit im Zuschlagsfall für die gesamte Vertragslaufzeit auszugehen ist. Dasselbe gilt, wenn und soweit ausweislich der Verfügbarkeitsnachweise innerhalb der jeweiligen Versorgungsbedarfsgruppe die Summe der von den in Anlage 5 benannten Drittunternehmen gesichert zugesagten Liefermengen (...) hinter der jeweils (...) nachzuweisenden Mindestmenge (Anzahl von Basiseinheiten) zurückbleibt.“

§ 6 Abs. 4 und 5 des den Vergabeunterlagen beigelegten ausgeschriebenen Rabattvertrags (RV) lautete:

„(4) Die Beauftragung eines neuen Drittunternehmens und der Wechsel eines Drittunternehmens nach Vertragsabschluss ist der [Ag] anzuzeigen. Aus wichtigem Grund (z.B. wegen fehlender Zuverlässigkeit, etwa bei Vorliegen begründeter Anhaltspunkte für das Inverkehrbringen von Arzneimittelfälschungen oder dergleichen in der Vergangenheit)

kann die [Ag] der Beauftragung eines neuen Drittunternehmens oder dem Wechsel eines Drittunternehmens widersprechen. Die Anzeige hat jeweils unverzüglich, soweit möglich spätestens zwei Wochen vor Umsetzung der beabsichtigten Maßnahme schriftlich oder in Textform unter Vorlage einer Erklärung des neuen bzw. weiteren Drittunternehmens zu erfolgen, die mindestens der Erklärung entspricht, welche mit Ziffer I. der Anlage 6 zu den Bewerbungsbedingungen (...) abzugeben war („grundsätzliche Lieferzusage“). (...)

(5) Absatz 4 gilt für alle übrigen Änderungen entsprechend, welche Umstände im Hinblick auf ein Rabattarzneimittel betreffen, die Gegenstand von Erklärungen des pharmazeutischen Unternehmens oder von Dritten in dem (...) Vergabeverfahren (...) oder Gegenstand von in diesem Verfahren verlangten Nachweisen waren. (...)

Zuschlagskriterium sollte in den Fachlosen 2 bis 4 gemäß A.IV.3 und 3.1 (S. 24 ff.) der BWB ausschließlich die „Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU“ sein, im Fachlos 1 (Wirkstoff [...]) zusätzlich das Kriterium „Qualität“. Die im letztgenannten Kriterium besonders zu bewertenden Qualitätsmerkmale eines Angebots betrafen:

- a) Die Bereitstellung kostenfreier Applikationshilfen (d.h. Autoinjektor) (zu bewerten mit 10 Punkten),
- b) die Bereitstellung von kostenfreien, die Patienten-Compliance unterstützenden Maßnahmen (zu bewerten mit 6 Punkten) und
- c) die Bereitstellung von kostenlosen Zusatzleistungen für Ärzte (zu bewerten mit 4 Punkten).

Der Inhalt sowie die Wertung dieser von der Ag als „Zusatzleistungen“ bezeichneten Leistungen und Maßnahmen wurde unter A.IV.3.2 der BWB (S. 27 ff.) näher beschrieben. Hiernach versteht die Ag unter „Patienten-Compliance unterstützende Maßnahmen“ insbesondere die Betreuung der Patienten und Angehörigen durch speziell ausgebildetes, medizinisches Fachpersonal, das sowohl in der Anwendung und über Besonderheiten des Arzneimittels als auch über die Krankheit [...] und den zwischenmenschlichen Umgang mit Patienten und Angehörigen geschult sein müsse. „Zusatzleistungen für Ärzte“ im o.g. Sinne sollten besondere Beratungsleistungen sein in Form von telefonischen, qualifizierten Auskünften gegenüber Ärzten durch im Therapiegebiet der [...] erfahrenes und psychologisch geschultes Fachpersonal. Sämtliche Kosten für diese Zusatzleistungen soll der künftige Auftragnehmer tragen. Bei der Angebotswertung soll die für die Qualität des Angebots vergebene Punktzahl mit einem bestimmten Faktor sowie der für den angebotenen „Rabatt-ApU“ ermittelten Wirtschaftlichkeitsmaßzahl multipliziert und dieses Produkt anschließend von der Wirtschaftlichkeitsmaßzahl abgezogen werden.

In Ziffer VI.3 der insoweit nicht berichtigten Vergabebekanntmachung hat die Ag die Vergabekammer Baden-Württemberg als für Rechtsbehelfs-/Nachprüfungsverfahren zuständige Stelle angegeben.

Die ASt gab kein Angebot ab. Den Rügen der ASt vom 9., 16. und 28. Juli 2014, die Eignungsanforderungen, § 6 Abs. 4 und 5 RV und das Zuschlagskriterium „Qualität“ seien vergaberechtswidrig, half die Ag nicht ab. In ihrer Rüge vom 9. Juli 2014 bezog sich die ASt zwar auf ihr gesamtes Vorbringen im Schriftsatz vom 7. Juli 2014 zum erledigten Nachprüfungsverfahren VK 1-50/14, schränkte den Inhalt dieser Rüge aber („für die Rüge bedeutet dies: ...“) auf die o.g. Beanstandungen ein.

2. Mit Schreiben vom 31. Juli 2014 beantragte die ASt durch ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 1. August 2014 an die Ag übermittelt.

a) Die ASt meint, die beanstandeten Anforderungen machten es ihr als Parallelimporteur unmöglich, ein Angebot abzugeben. Unter Verstoß gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz schränke die Ag den Kreis der Bieter faktisch ein.

Zu den Eignungsanforderungen der Ag trägt die ASt vor, dass die Ag die Vorgaben des OLG Düsseldorf vom 25. Juni 2014 nicht ordnungsgemäß umgesetzt habe. Beim Geschäftsmodell der Re- und Parallelimporteure gebe es regelmäßig keine dauerhaften oder konsistenten vertraglichen Verbindungen zu ihren Lieferanten. So verfüge die ASt hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Wirkstoffe zwar über „hinreichende Lieferkapazitäten“ (Nachprüfungsantrag, S. 8), decke sich jedoch typischerweise bei einer Vielzahl von Lieferanten im Ausland ein, je nach deren Lieferfähigkeit oder Preis des Arzneimittels oder Nachfrage im Inland. Auch wenn die ASt selbstverständlich wisse, mit welchen Lieferanten sie in der Vergangenheit Lieferverträge abgeschlossen habe (nach Angabe in der mündlichen Verhandlung seien dies über 50 verschiedene ausländische Unternehmen), könne sie nicht vorhersagen, mit wem und über welche Liefermengen sie entsprechende Verträge in der Zukunft schließen werde. Drittunternehmen, die sie über den gesamten Vertragszeitraum und mit der gesamten Mindestliefermenge belieferten, könne die ASt noch gar nicht angeben. Es sei ihr daher faktisch unmöglich und unzumutbar, wie von der Ag mit der Anlage 5 gefordert, „alle Lieferkapazitäten“ anzugeben, die sie während der Vertragslaufzeit „einzusetzen gedenkt“ und die

betreffenden Drittunternehmen namentlich zu benennen. Das OLG Düsseldorf habe in seiner Entscheidung vom 25. Juni 2014 bewusst offen gelassen, ob die jeweiligen Lieferanten namentlich zu benennen und die Lieferkapazitäten in dem geforderten Umfang nachzuweisen seien. Ihre Vorgabe, dass ein Unternehmen, das wie die ASt stets auf Drittunternehmen zurückgreife, für ein erfolgreiches Angebot Eigenerklärungen für Drittunternehmen abgeben oder Vertragskopien zum Nachweis vorlegen müsse, habe die Ag trotz der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25. Juni 2014 nicht verändert.

Ein weiterer vergaberechtswidriger Mangel der von der Ag geforderten Eignungserklärungen bestehe darin, dass neben den Zuschlagskandidaten in jedem Los ein zusätzlicher Bieter aufgefordert werde, die entsprechenden Nachweise zu erbringen, auch wenn dieser letztendlich nicht den Auftrag erhalten werde. Solche Nachweise könnten gerade von den Arzneimittelimporteuren nur schwer vorgelegt werden. Das OLG Düsseldorf habe hierzu festgestellt, dass die in Betracht kommenden Vorlieferanten solche Zusagen nur tätigen würden, wenn sie auch sichergehen könnten, dass dem betreffenden Abnehmer der Zuschlag erteilt werde. Da Originalhersteller aufgrund der eigenen Produktionskapazitäten eine solche Erklärung nicht abgeben müssten, würden die Arzneimittelimporteure durch diese Anforderungen diskriminiert. Die von der Ag in diesem Zusammenhang angesprochenen Verzögerungen, wenn sich die Ag die Erklärungen nur von den unmittelbar für den Zuschlag in Betracht kommenden Bietern vorlegen lasse und erst dann von einem weiteren Bieter, wenn die geforderten Nachweise von den Zuschlagsdestinatären nicht erbracht werden könnten, könne die Ag durch eine ordnungsgemäße Zeitplanung verhindern.

Die Ag könne ihre Anforderungen an den Nachweis der Lieferkapazität des Vertragspartners auch nicht mit dem Argument der Versorgungskontinuität rechtfertigen. Denn die Sicherheit der Versorgung der Versicherten der Ag mit Arzneimitteln hänge nicht von der Existenz eines Arzneimittelrabattvertrags ab. Der Schaden der Ag bei einer mangelnden Lieferfähigkeit eines Rabattvertragspartners sei rein wirtschaftlicher Natur. Dieses wirtschaftliche Risiko könne sich die Ag z.B. durch eine Vertragserfüllungsbürgschaft absichern.

Die Eignungsanforderungen der Ag seien auch nicht mit dem speziellen Charakter der Arzneimittelrabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V vereinbar. Denn gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 und 7 SGB V gebe es faktisch als Lieferanten der Ag nur den Inhaber des

Arzneimittelrabattvertrags. Ein Bieter, der keinen Rabattvertrag abgeschlossen habe und damit keine wesentlichen Lieferungen nachweisen könne, könne daher die von der Ag vorgesehene Möglichkeit, ggf. Lieferbeziehungen und Verläufe aus einem Referenzzeitraum darzustellen, gar nicht wahrnehmen.

Schließlich sei kein Grund dafür ersichtlich, dass der Ag in den Fachlosen 2, 3 und 4 100% der abgerechneten Basiseinheiten als Mindestlieferkapazität nachzuweisen seien, für das Fachlos 1 jedoch nur 33%. Das OLG Düsseldorf habe am 25. Juni 2014 angemerkt, dass Bieterunternehmen für 50% der jeweiligen Dosiermengen lieferfähig sein sollten. Die ASt meint, dass in Anbetracht der nicht steuerbaren Schwankungen der Abnahme von Arzneimitteln kein sachlicher Grund bestehe, die Mindestlieferkapazität bei 100% der in der Vergangenheit abgerechneten Basiseinheiten anzusetzen.

In der mündlichen Verhandlung trägt die ASt ergänzend vor, dass die BWB samt den von den Bietern auszufüllenden Anlagen unzumutbar viele Anforderungen stellten, die Unterlagen der Ag seien zudem unübersichtlich.

Darüber hinaus meint die ASt, dass § 6 Abs. 4 und 5 RV die Importeure in ihrer Chancengleichheit verletzen. Nach diesen Vertragsklauseln sei der Rabattvertragspartner verpflichtet, der Ag die Beauftragung eines neuen Drittunternehmens, also jeden Wechsel von Lieferanten, anzuzeigen, und die Ag habe aus wichtigem Grund ein Widerspruchsrecht. Aufgrund ihres Geschäftsmodells könnten Importeure diese Vertragsklausel nicht erfüllen und da nur Importeure auf Drittunternehmen zurückgriffen, sei diese Formulierung diskriminierend. Da die Lieferanten der ASt aus verschiedenen Ländern stammten, häufig und kurzfristig wechselten und sich deren Lieferungen zum Teil überlagerten, sei es vollkommen praxisfern, der Ag jeden Lieferantenwechsel anzuzeigen verbunden mit der Gefahr, dass die Ag dem Wechsel widerspreche. Für diesen bürokratischen Mechanismus bestehe keine sachliche Rechtfertigung. Die Ag könne damit weder die Qualität der Arzneimittel überprüfen oder Arzneimittelfälschungen unterbinden noch könne sie damit sicherstellen, dass der Vertragspartner die Arzneimittel liefere. Entlarvend sei, dass die Ag als wichtigen Grund, dem Lieferantenwechsel zu widersprechen, nach der Berichtigung der Bekanntmachung nunmehr nicht mehr auf den fehlenden Nachweis der Lieferkapazitäten abstelle, sondern auf die fehlende Zuverlässigkeit. Die ASt pflege keine vertraglichen Beziehungen zu Unternehmen, denen ein Fehlverhalten vorgeworfen werden könne.

Schließlich sei ungeklärt, was passiere, wenn die Ag der Beauftragung des Drittunternehmens widerspreche, insbesondere wenn der „wichtige Grund“ strittig sei. In der mündlichen Verhandlung erklärt die ASt, dass es ihr nicht isoliert um die Rechtmäßigkeit der § 6 Abs. 4 und 5 RV gehe, sondern um deren Zusammenspiel mit den übrigen Anforderungen, deren Erfüllung speziell für Parallelimporteure wie sie unzumutbar sei.

Das zum Fachlos 1 (interferon beta-1b) vorgesehene Zuschlagskriterium „Qualität“ stimme nicht mit dem Charakter eines Arzneimittelrabattvertrags i.S.d. § 130a Abs. 8 SGB V überein. Da Arzneimittelrabattverträge ausschließlich die Vereinbarung eines Rabatts vorsähen, seien schon aus diesem Grund keine weiteren Zuschlagskriterien erlaubt. Dieses Zuschlagskriterium verstoße zudem gegen die Rechtsprechung des OLG Karlsruhe. Das Gericht habe am 20. Dezember 2013 (Az. 15 Verg 6/13, 7/13 und 8/13) entschieden, dass die Ag für Injektomaten überhaupt keinen mit Hilfe eines Rabattvertrags zu deckenden Beschaffungsbedarf habe, weil diese Applikationshilfen ausschließlich vom betreffenden Originalhersteller von [...] ausgegeben werden würden. Die ebenfalls positiv von der Ag zu bewertende Bereitstellung von kostenfreien, die Patienten-Compliance unterstützenden Maßnahmen und Zusatzleistungen sei „maßgeschneidert“ für die Patentinhaber, da nur diese solche Zusatzleistungen zur Verfügung stellten. Arzneimittelimporteure könnten den Vorsprung, den Originalhersteller im Zuschlagskriterium „Qualität“ erlangen würden, im Zuschlagskriterium „Preis“ nicht mehr aufholen.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Ag wird untersagt, bei der Ausschreibung des Rabattvertrages im Vergabeverfahren, ABl. EU [...], mit der Berichtigung vom [...] 2014 ABl. EU [...] die Eignung der Bieter von der unter Ziffer III.2.2) geforderten „Eigenerklärung zu Drittunternehmen und Lieferkapazitäten für die angebotenen Arzneimittel“ sowie der „Vorlage entsprechender Verpflichtungserklärung(en) des/der Drittunternehmen“ unter Benutzung der Anlagen 5 und 6 der Bewerbungsbedingungen abhängig zu machen sowie im Vertragsentwurf den § 6 Abs. 4 und 5 zu nutzen sowie das Zuschlagskriterium „Qualität“ zu verwenden.
2. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakte gewährt.

3. Die Ag trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der ASt.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

Ihren schriftsätzlich angekündigten weiteren Antrag, die Ag zu verpflichten, die Angebotsabgabefrist gegenüber allen Bietern bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu verlängern, hat die ASt auf entsprechende Nachfrage in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich nicht gestellt.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei unbegründet, denn die von der Ag überarbeiteten Eignungsanforderungen setzten den Beschluss des OLG Düsseldorf vom 25. Juni 2014 genau um und seien nicht zu beanstanden. Das Gericht habe Anforderungen an die Lieferfähigkeit auch bei Arzneimittelimporteuren für zulässig erachtet. Das OLG Düsseldorf habe lediglich vorgegeben, dass Eignungsnachweise zu Lieferkapazitäten und Lieferanten erst von den in die engere Wahl gekommenen Bietern gefordert werden dürften und dass es den Bietern gestattet sein müsse, anstelle verbindlicher Lieferzusagen oder Verträgen von Drittunternehmen „grundsätzliche Belieferungszusagen (ohne konkrete Belieferungsmengen bzw. Zeiträume)“ von Lieferanten vorzulegen und diese durch eine schriftliche Darstellung der Lieferbeziehungen und Verläufe über einen repräsentativen Zeitraum zu ergänzen. Beides habe die Ag umgesetzt, indem sie die Eignungsnachweise zur Lieferfähigkeit nur von den jeweils erstplatzierten und dem jeweils nächstplatzierten Bieter fordern werde. Das OLG Düsseldorf habe nicht nur von den „für den Zuschlag vorgesehenen Bietern“ gesprochen, sondern von den „in die engere Wahl gelangten“. Dieser Kreis sei vergaberechtlich durch § 16 Abs. 6 Nr. 3 S. 1 VOB/A, § 16 EG Abs. 6 Nr. 3 S. 1 VOB/A eindeutig bestimmt und werde durch diese Eignungsanforderungen nicht unzumutbar

belastet. Die Ag habe ihre Anforderungen hierüber hinaus sogar auf diejenigen Bieter beschränkt, die nach Abschluss der vierten Wertungsstufe eine realistische Zuschlagschance hätten. Denn hierzu gehöre mindestens auch der in der Rangfolge nach dem Zuschlagsdestinatär liegende Bieter, da dieser im nach den Erfahrungen der Ag nicht unwahrscheinlichen Fall, dass der vor ihm liegende Bieter die Eignungsnachweisanforderungen nicht erfülle, den Zuschlag erhalten würde. Der Ag könne in diesem Zusammenhang nicht vorgeworfen werden, dass sie das Vergabeverfahren früher hätte einleiten müssen. Denn der Zeitraum zwischen Angebotsabgabe und Beginn der Vertragslaufzeit dürfe nicht zuletzt wegen der Lieferzusagen von Drittunternehmen nicht länger als unbedingt erforderlich dauern; eine lange Vorlaufzeit könne dazu führen, dass die pharmazeutischen Unternehmen auf der Grundlage von Annahmen kalkulierten, die bei Vertragsbeginn nicht mehr zuträfen.

Die weitere Vorgabe des OLG Düsseldorf zu den „grundsätzlichen Belieferungszusagen“ und deren ggf. schriftlicher Ergänzung habe die Ag in Ziffer III.2.2 der berichtigten Bekanntmachung, in B.III.cc) der überarbeiteten BWB (S. 33 f.) und Anlagen 5 und 6 zu den BWB umgesetzt. Fremde Lieferkapazitäten müssten nicht anhand verbindlicher Zusagen belegt werden, sondern es genüge, wenn die benannten Drittunternehmen ihre grundsätzliche Bereitschaft zur Zusammenarbeit mit dem Bieter erklärten und der Bieter ergänzend darstelle, wie er seine Liefer- und Leistungsfähigkeit im Zuschlagsfalle sicherstellen wolle. Auf zumindest solche belastbaren Indizien, dass der Bieter leistungsfähig sein wird, könne die Ag nicht verzichten. Anlage 5 sei nicht so zu verstehen, dass nur solche Drittunternehmen genannt werden dürften, die den Bieter über den gesamten Vertragszeitraum belieferten. Der Bieter müsse vielmehr in der betreffenden Spalte alle Lieferkapazitäten eintragen, die er im Laufe der Vertragslaufzeit einzusetzen gedenke, zudem könnten die Mengenangaben hinter den nachzuweisenden Mengen zurückbleiben. Da die ASt eine etwaige Unklarheit dieser Formulierung nicht gerügt habe, habe die Ag erst auf den Nachprüfungsantrag hin alle interessierten Unternehmen am 7. August 2014 darauf hingewiesen, wie diese Vorgabe zu verstehen sei.

Weshalb es der ASt nicht möglich sein solle, diese Anforderungen zu erfüllen, obwohl sie – wie von OLG Düsseldorf festgestellt und von der ASt in der Presse selbst verlautbart – ihre Lieferanten kenne und über langjährige gewachsene Lieferbeziehungen verfüge, sei nicht nachvollziehbar. Bei Angebotsabgabe müsse zudem noch gar nicht feststehen, auf

welche Drittunternehmen der Bieter während der Vertragslaufzeit tatsächlich zurückgreifen werde, der Bieter müsse sich in diesem Zeitpunkt lediglich überlegen, wie er den Vertrag erfüllen werde. Die BWB sowie § 6 Abs. 4 RV ließen es jedoch zu, dass sich bei der Vertragsdurchführung ggf. sogar die gesamte Planung des Bieters ändere; seine vorherigen Angaben in Anlagen 5 und 6 seien nicht verbindlich und abschließend. Vielmehr könne der Bieter weitere bisher nicht in diesen Anlagen genannte Drittunternehmen einsetzen oder einzelne oder sogar alle der dort angegebenen Drittunternehmen austauschen. Beim Wechsel oder der Hinzuziehung neuer Drittunternehmen sei lediglich gemäß § 6 Abs. 4 RV zu verfahren.

Zum Umfang der nachzuweisenden Lieferkapazitäten trägt die Ag vor, dass sich die Unterschiede zwischen Fachlos 1 einerseits (33%) und den Losen 2 bis 4 andererseits (jeweils 100%) allein schon daraus ergäben, dass im Fachlos 1 Zuschläge an bis zu drei Bieter erteilt werden sollen, so dass anzunehmen sei, dass sich die Abgabemenge dieses Wirkstoffs gleichmäßig auf alle drei Vertragspartner verteile. Die Vorgabe einer Mindestlieferkapazität von 100% in jedem Fachlos sei auch nicht übermäßig, denn die Ag verlange nicht, dass mithilfe der Eignungsangaben der Bieter die Mindestkapazitäten erreicht werden müssten. Vielmehr könne jeder Bieter auch Kapazitäten unterhalb dieser Menge benennen, wenn er zusätzlich darlege, warum er dennoch über die gesamte Vertragslaufzeit hinweg liefer- und leistungsfähig sei.

Der Vortrag der ASt, Erkenntnislücken aufgrund der nur grundsätzlichen Belieferungszusagen von Drittunternehmen könnten faktisch nur vom jeweiligen Inhaber des Rabattvertrags geschlossen werden, sei nicht überzeugend. Denn angesichts der ca. 150 gesetzlichen Krankenkassen in Deutschland, die nicht alle und nicht umfassend Arzneimittelrabattverträge abschließen, und der zahllosen verschiedenen Arzneimittelwirkstoffe sowie angesichts des jenseits des GKV-Marktes bestehenden Arzneimittelmarktes (z.B. im Bereich PKV und Krankenhäuser) bestünden genügend andere Absatzmöglichkeiten für pharmazeutische Unternehmen in Deutschland. Gerade die ASt, die sich als Marktführer der Importeure bezeichne und behaupte, „hinreichende Lieferkapazitäten“ zu haben, müsse daher in der Lage sein, eine solche Darstellung vorzulegen. Davon gehe auch das OLG Düsseldorf aus. Hinzu komme, dass seit Ende letzten Jahres gar keine Rabattverträge der Ag über die verfahrensgegenständlichen Wirkstoffe mehr bestünden.

Entgegen der Auffassung der ASt rechtfertige es der Grundsatz der Versorgungskontinuität, das Vergabeverfahren so zu gestalten, dass eine unterbrechungsfreie Versorgung ihrer Versicherten mit rabattierten Arzneimitteln gewährleistet sei. Angesichts des sonst enormen wirtschaftlichen Schadens habe die Ag ein erhebliches Interesse daran, ihre Versicherten nicht nur mit Arzneimitteln, sondern auch mit rabattierten Arzneimitteln zu versorgen. Von erheblicher Bedeutung sei zudem die Therapietreue, denn wenn kein Rabattvertrag bestehe, könne die Ag keinen Einfluss darauf nehmen, welche Arzneimittel an ihre Versicherten in der Apotheke abgegeben werden, so dass diese Patienten möglicherweise häufig unterschiedliche Medikamente erhielten.

Zur Rechtmäßigkeit von § 6 Abs. 4 RV trägt die Ag vor, dass sie diese Klausel freiwillig und über die Vorgabe des OLG Düsseldorf hinaus geändert habe, um zugunsten der Importeure ein Höchstmaß an Flexibilität beim Austausch von Lieferanten während der Vertragslaufzeit zu ermöglichen. Die Ag verlange nunmehr nur noch das, was sie als absolut notwendig erachte, um die Umsetzung des Vertrags, die Versorgungssicherheit ihrer Versicherten und die Einhaltung ihrer sonstigen berechtigten Interessen während der Vertragslaufzeit sicherzustellen. Die Ag müsse einem Lieferantenwechsel nun nicht mehr zustimmen, sondern könne diesem nur noch aus wichtigem Grund widersprechen. Angesichts verschiedener Skandale um gefälschte Arzneimittel müsse der Ag zum Schutz der Interessen ihrer Versicherten und ihres guten Rufs ein vertragliches Mittel bleiben, um die Einbindung des Drittunternehmens zu prüfen und in begründeten Fällen einschreiten zu können. Der in der vorherigen Vergabe genannte Beispielsfall der fehlenden Lieferkapazitäten oder der fehlenden Solvenz sei gestrichen worden, um Wertungswidersprüche aufgrund der erheblich reduzierten Anforderungen an die verbindlichen Angaben von und zu Drittunternehmen im Rahmen der Eignungsprüfung zu vermeiden. Durch diese Klausel würden Importeure nicht diskriminiert, weil sie unterschiedslos für alle Rabattvertragspartner gelte. Daran, dass Originalhersteller in der Regel über eigene bzw. konzernverbundene Produktionsstätten verfügten, könne die Ag nichts ändern. Etwa bei einer Konzernumstrukturierung könnten jedoch auch Originalhersteller zu einer Anzeige nach § 6 Abs. 4 RV verpflichtet sein. Zudem sei die Ag nicht verpflichtet, ihre Ausschreibung insgesamt auf das Geschäftsmodell der Importeure zuzuschneiden.

Das Zuschlagskriterium „Qualität“ in Fachlos 1 sei zulässig. Dem stehe auch nicht der Beschluss des OLG Karlsruhe vom 20. Dezember 2013 entgegen (Az. 15 Verg 6/13, 7/13 und 8/13). Das OLG Karlsruhe habe hier lediglich entschieden, dass das Anbieten von Applikationshilfen kein Alleinstellungsmerkmal i.S.v. § 3 EG Abs. 4 lit. c) VOL/A begründe. Dem trage die Ag mit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung Rechnung. Denn wenn es sich bei diesen Leistungen nicht um Alleinstellungsmerkmale handele, so müssten diese Leistungen im Wettbewerb beschafft werden. Durch diese Qualitätsgesichtspunkte werde die ASt auch nicht diskriminiert, denn die Qualität sei nur eines von mehreren Zuschlagskriterien. Unternehmen, die ein qualitativ schlechteres Angebot als andere Bieter anböten, könnten diesen Nachteil durch entsprechend niedrigere Rabatt-ApUs kompensieren. Die Qualitätskriterien der Ag seien auch nicht ausschließlich auf Patentinhaber zugeschnitten, sondern könnten auch von der ASt erfüllt werden. So habe die ASt im Verfahren vor dem OLG Karlsruhe selbst vorgetragen, dass sie Injektomaten gelagert habe, die nicht abgerufen werden würden, und in der Lauer-Taxe habe die ASt den Autoinjektor für das Arzneimittel [...] selbst als „in Vertrieb“ samt entsprechender PZN gemeldet. Auch die weiteren Qualitätsmerkmale der Ag seien nicht auf einzelne pharmazeutische Unternehmen „zugeschnitten“. Schon das OLG Karlsruhe habe aaO. festgestellt, dass nicht ersichtlich und fernliegend sei, dass ein dritter Wettbewerber ein entsprechendes Patientenbegleitprogramm nicht ggf. mithilfe von Subunternehmern entwickeln und anbieten könne.

In der mündlichen Verhandlung ergänzt die Ag ihr Vorbringen zum Zuschlagskriterium „Qualität“ wie folgt: Sollte die Vergabekammer dieses Zuschlagskriterium für vergaberechtswidrig erachten, stehe der Ag überhaupt kein Weg zur Verfügung, die hiermit bewerteten Zusatzleistungen zu beschaffen und ihren Versicherten zur Verfügung zu stellen. Die Versuche der Ag und anderer AOKs, diese Zusatzleistungen als Beschaffungsgegenstand mit auszuschreiben, seien vor dem OLG Düsseldorf und dem OLG Karlsruhe gescheitert. Da die Originalhersteller ihre Medikamente nur „im Paket“ mit solchen Zusatzleistungen anböten, habe die Ag auf diese Weise die Chancengleichheit zwischen den Parallelimporteuren und den Originalherstellern gewährleisten wollen. Da die von der Ag gewählten Kriterien in die preisliche Wertung der Angebote einfließen, sei möglicherweise deren Bezeichnung als „Qualitätskriterium“ unzutreffend. Die Ag meint, ihre Anforderungen seien mit Bedarfspositionen vergleichbar, die unter bestimmten Voraussetzungen zulässig seien, auch wenn noch nicht feststehe, ob sie vom Auftraggeber abgenommen werden würden oder nicht.

Die Vergabekammer hat der ASt Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 22. August 2014 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 1. September 2014 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 11. September 2014 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Die Vergabeakten zum Verfahren VK 1-50/14 wurden beigezogen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber nur hinsichtlich Los 1 begründet, weil das nur in diesem Los vorgesehene Zuschlagskriterium „Qualität“ vergaberechtswidrig ist. Die Eignungsanforderungen der Ag sind hingegen vergaberechtskonform, so dass der Nachprüfungsantrag in den Losen 2 bis 4 zurückzuweisen ist.

1. Gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen keine Bedenken. Ob die ASt ihre Beanstandungen gegen die Eignungsanforderungen der Ag vollumfänglich und rechtzeitig gerügt hat, braucht nicht entschieden zu werden, da der Nachprüfungsantrag insoweit zumindest unbegründet ist.

Insbesondere ist die angerufene Vergabekammer des Bundes zuständig, auch wenn die Ag die Vergabekammer Baden-Württemberg in der Bekanntmachung als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren angegeben hatte. Durch ihren Nachprüfungsantrag hat die ASt das ihr analog § 35 ZPO zustehende Wahlrecht ausgeübt, die neben der Vergabekammer Baden-Württemberg ebenfalls zuständige Vergabekammer des Bundes anzurufen (vgl. hierzu nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 21/13).

Außerdem ist die ASt antragsbefugt, auch wenn sie kein Angebot abgegeben hat. Denn sie wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gerade gegen die von der Ag ausgeschriebenen

Anforderungen, die es ihr unmöglich machten, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2013, VII-Verg 7/13).

2. Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise begründet. Denn die von der Ag im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 25. Juni 2014 überarbeiteten Eignungsanforderungen sind vergaberechtskonform (dazu unter a)), allerdings ist das in Fachlos 1 aufgestellte Zuschlagskriterium „Qualität“ vergaberechtswidrig (dazu unter b)).

a) Die Anforderungen der Ag an die Eignung der Bieter (dazu unter aa)) sowie die hierfür verlangten Erklärungen und Nachweise (dazu unter bb)) sind vergaberechtskonform.

aa) Dass die Ag Mindestanforderungen an die Eignung der Bieter stellen darf (hier: an deren Lieferfähigkeit), ergibt sich aus § 7 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A (Art. 44 Abs. 1 RL 2004/18/EG, Art. 58 Abs. 1 S. 1 RL 2014/24/EU). Der nach diesen Vorschriften erforderliche sachliche Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand ist vorliegend deshalb gegeben, weil auch Rabattverträge der streitgegenständlichen Art (öffentliche) Lieferaufträge sind. Es geht um die Lieferung von Waren, geregelt werden die Art der Ware und ihr Preis (std. Rspr., vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07). Darüber hinaus sind beim Abschluss von Rabattverträgen nicht nur die Effizienz und Wirtschaftlichkeit der Beschaffung, sondern auch das Interesse der gesetzlichen Krankenkassen an der Gewährleistung der Versorgungssicherheit der Versicherten und der Versorgungskontinuität anzuerkennen (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 21/13, VII-Verg 24/13 und VII-Verg 25/13). Die Ag braucht sich daher zur Gewährleistung der Lieferfähigkeit ihres künftigen Vertragspartners als dessen Hauptvertragspflicht auch nicht auf Sekundäransprüche wie Vertragsstrafen oder Vertragserfüllungsbürgschaften verweisen zu lassen (so auch OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 25. Juni 2014, aaO., Bl. 6 BA, sowie vom 11. Dezember 2013, aaO.).

Auch der Umfang der für die Lieferfähigkeit eines Bieters darzulegenden Mindestliefermengen ist vorliegend i.S.d. § 7 EG Abs. 1 S. 1 VOL/A angemessen und daher nicht zu beanstanden. Vorauszuschicken ist zunächst, dass die Ag – anders als die ASt meint – in den einzelnen Losen nicht unterschiedlich verfährt. Denn dass in den Fachlosen 2 bis 4 eine Mindestlieferkapazität von 100% nachzuweisen ist und

im Fachlos 1 eine Kapazität von 33% beruht darauf, dass es im ersteren Fall nur einen einzigen Rabattvertragspartner geben, während im Fachlos 1 ein Drei-Partner-Modell vereinbart werden soll. D.h. da in Los 1 jeder der drei potentiellen Vertragspartner jeweils 33% der Liefermenge nachzuweisen hat, erhält die Ag auch hier wie in den übrigen Losen einen Liefernachweis von insgesamt nahezu 100%. Dass die Ag ihre Eignungsprognose auf einen Nachweis der Lieferfähigkeit in dieser Höhe, also der aufgrund ihrer Erfahrungen in der Vergangenheit vollständig zu erwartenden Liefermenge stützen will, ist vom Vergaberecht gedeckt. Denn wie bei der Eignungsprognose bei jeder anderen Ausschreibung geht es auch hier um die Prüfung, ob der betreffende Bieter „die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung“ besitzt (vgl. zu dieser Definition § 19 EG Abs. 5 VOL/A). „Die vertragliche Verpflichtung“ in diesem Sinne besteht hier wiederum u.a. in der Fähigkeit, die in der Zukunft erwarteten Mengen an Arzneimitteln tatsächlich auch liefern zu können (es geht nicht nur um die Gewährung eines Rabatts, s.o.). Lieferausfälle und -verzögerungen können nach dem Vortrag der Ag mit gesundheitlichen Risiken für ihre Versicherten verbunden sein, da deren Gesundheit u.a. davon abhängt, dass regelmäßig möglichst dasselbe Medikament abgegeben wird; in jedem Fall würde die Ag aber wirtschaftliche Nachteile – wegen des Rabattverlustes – erleiden. Vor diesem Hintergrund ist die Einschätzung der Ag nachvollziehbar und berechtigt, die Eignungsprognose des künftigen Rabattvertragspartners könne nur dann positiv ausfallen, wenn der Bieter seine Lieferfähigkeit bzgl. der erwarteten Menge insgesamt hinreichend nachweist. Die vom Bieter zu erfüllenden Anforderungen werden vorliegend dadurch zugunsten der ASt abgemildert, dass sie ihre Lieferfähigkeit von 100% nicht bereits durch die Vorlage entsprechender Verträge belegen muss. Vielmehr reichen zumindest sog. „grundsätzliche Lieferzusagen“ sowie gemäß Anlage 5, Ziffer V. entsprechende schriftliche Eigenangaben des Bieters anhand eines Referenzzeitraums aus (s. dazu ausführlich unten unter 2a)bb)bbb).

Anders hat auch nicht das OLG Düsseldorf am 25. Juni 2014 entschieden. Denn mit der Frage, ob lediglich der Beleg einer Lieferfähigkeit von 50% der jeweiligen Liefermengen angemessen wäre, brauchte sich das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss gar nicht entscheidend auseinanderzusetzen. Der betreffende Antragsteller hatte diese Anforderung nämlich gar nicht beanstandet und mangels

eigener „entgegenstehender Erkenntnisse“ hat sich das OLG Düsseldorf mit dieser Frage nicht weiter beschäftigt (OLG Düsseldorf, aaO., S. 6 unten BA).

- bb) Auch die konkreten, von den Bietern vorzulegenden Eignungsnachweise sind vergaberechtskonform, denn sie belasten die Bieter nicht unangemessen und sind durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt i.S.d. § 7 EG Abs. 1. S. 1, Abs. 9 VOL/A (Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG, Art. 63 RL 2014/24/EU). Dies gilt sowohl für die Frage, von wem und zu welchem Zeitpunkt die geforderten Erklärungen und Nachweise vorzulegen sind (dazu unter aaa)) als auch für den Inhalt dieser Unterlagen (dazu unter bbb)).

Die ASt trägt hierzu vor, es sei ihr aufgrund ihres Geschäftsmodells als Parallelimporteur nicht möglich und ihr auch nicht zuzumuten, vor Vertragsschluss verbindlich sämtliche ihrer während der künftigen Vertragslaufzeit hinzuzuziehenden Lieferanten („Drittunternehmen“) namentlich zu benennen und für diese „grundsätzliche Lieferzusagen“ oder Verträge vorzulegen. Sie wisse noch gar nicht, von wem sie in den nächsten zwei Jahren in welcher Menge und über welchen Zeitraum die ausgeschriebenen Wirkstoffe beziehe. Sie könne außerdem keine Drittunternehmen benennen, die ihr über den gesamten Vertragszeitraum und für die gesamte Mindestliefermenge zur Verfügung stünden.

- aaa) Die Vorgabe der Ag, welche Bieter zu welchem Zeitpunkt die geforderten Unterlagen zum Beleg ihrer Lieferfähigkeit vorzulegen haben, ist vergaberechtskonform. Denn anders als noch in der vorangegangenen (und vom OLG Düsseldorf in einem vergleichbaren Fall insoweit aaO. als rechtswidrig beurteilten) Ausschreibung der Ag vom April 2014 müssen diese Eignungsbelege jetzt nicht mehr bereits mit dem Angebot, sondern erst von den Bietern erbracht werden, die nach einer ersten Wertung der Angebote auf die ersten vier (Los 1) bzw. die ersten beiden Plätze (Lose 2 bis 4) kommen (s. Ziffer III.2.2 der Bekanntmachung). Da die Ag zu Recht Mindestanforderungen an die Eignung der Bieter stellt (s.o. unter 2a)aa)) und bei der Hinzuziehung von Drittunternehmen gemäß § 7 EG Abs. 9 VOL/A von diesen Belege ihrer Lieferbereitschaft zugunsten des betreffenden Bieters fordern darf (dazu ausführlicher sogleich unter bbb)), ist es den Bietern

grundsätzlich zuzumuten, sich zu diesem Zeitpunkt um weitere Unterlagen zu bemühen (vgl. BGH, Urteil vom 10. August 2008, X ZR 78/07).

Dass diese Unterlagen vorliegend nicht nur von dem/den Zuschlagsdestinär/en vorzulegen sind, sondern je Los auch von dem nächstplatzierten Unternehmen, ist ebenfalls sachgerecht und angemessen. Denn wenn die Ag zunächst lediglich die Eignung des bzw. der unmittelbar für den Zuschlag in Betracht kommenden Bieter prüfen würde und einen weiteren Bieter erst dann überprüft, nachdem der oder die vor ihm Platzierten für ungeeignet befunden worden sind, würde der Abschluss des Vergabeverfahrens unangemessen lang verzögert werden. Denn jedem Bieter ist vor der Vorlage der Eignungserklärungen gemäß Ziffer III.2.2 der Bekanntmachung ein Vorlauf von vier Wochen einzuräumen. Solche Verzögerungen sind weder den Bietern noch der Ag zuzumuten und können auch nicht durch eine frühzeitigere Durchführung des Vergabeverfahrens verhindert werden. Denn unabhängig davon, wann die Ag ihr Vergabeverfahren beginnt, belastet dessen Dauer von (mindestens) weiteren vier Wochen die Bieter, die so lange an ihre Angebote gebunden bleiben.

Gegen die den Bietern eingeräumte Frist, innerhalb der die zum Beleg der Lieferfähigkeit geforderten Eignungsunterlagen nach der entsprechenden Anforderung der Ag beizubringen sind, hat die ASt nichts vorgetragen. Diese von der Ag berichtigte Vorgabe ist nunmehr vergaberechtskonform. Insbesondere sind die eingeräumten vier Wochen ausreichend und aufgrund der ausdrücklichen Formulierung, dass diese Frist „nicht verlängerbar“ ist, hinreichend transparent (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014, aaO., Bl. 15 BA; hiernach ist ein Zeitraum von „drei oder vier Wochen“ angemessen).

- bbb) Die in rechtlicher Hinsicht einzuhaltenden Anforderungen an den Inhalt der vorzulegenden Eignungserklärungen und -nachweise ergeben sich aus § 7 EG Abs. 9 VOL/A (Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG, Art. 63 RL 2014/24/EU) und sind vorliegend erfüllt. Denn bei der Angabe der Lieferbeziehungen/Bezugsquellen eines potentiellen Rabattvertragspartners für die zugunsten der Versicherten der Ag zu liefernden Medikamente handelt es sich um die Frage, mit Hilfe

welcher weiterer Unternehmen dieser Bieter seine Leistungsfähigkeit sicherstellen will, also um einen Fall der sog. „Eignungsleihe“. Gemäß § 7 EG Abs. 9 VOL/A (Art. 48 Abs. 3 RL 2004/18/EG, Art. 63 Abs. 1 S. 3 RL 2014/24/EU) braucht sich ein öffentlicher Auftraggeber in einem solchen Fall nicht auf Eigenerklärungen und allgemeine Ausführungen des betreffenden Bieters zu verlassen, sondern kann sich zur Bekräftigung der Eigenangaben des Bieters grundsätzlich auch Erklärungen der „Eignungs-Leihgeber“ (hier als „Drittunternehmen“ bezeichnet) vorlegen lassen (so auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014, aaO., Bl. 8, 12 f. BA). Die o.g. Vorschriften lassen insoweit beispielhaft die Anforderung von Verpflichtungserklärungen zu. Rechtlich zulässig ist also, wenn ein öffentlicher Auftraggeber – wie hier – die konkreten Namen der Lieferanten und grundsätzlich sogar die Vorlage von Verträgen oder Verpflichtungserklärungen verlangt. Eine Einschränkung hat das OLG Düsseldorf insoweit aufgrund des typischen Geschäftsmodells von Parallelimporteuren gemacht. Ein Parallelimporteur kennt seine Lieferanten und die Ausgestaltung der Lieferbeziehungen vor Abschluss eines zweijährigen Rabattvertrags häufig noch nicht, „zu mehr als grundsätzlichen Lieferzusagen werden sich (Vor-) Lieferanten deshalb in der Regel nicht verstehen“ (OLG Düsseldorf, aaO.). Genau so ist auch die Ag verfahren (s. Anlage 6 der BWB, Ziffer I.).

Anders als die ASt meint, führen die Ungewissheiten, wer sie wann und in welchem Umfang beliefert, also nicht dazu, dass ein Parallelimporteur gar keine oder nur noch weiter eingeschränkte Angaben als hier von der Ag vorgesehen über seine Lieferquellen machen muss. Denn wie bereits oben festgestellt, hat die Ag zu Recht Mindestanforderungen an die Lieferfähigkeit ihrer potentiellen Vertragspartner gestellt und hierüber hinaus hat sie das Recht, sich für die Prüfung, ob die Eignung insoweit tatsächlich vorliegt (konkret: dass die Prognose gerechtfertigt ist, der Bieter verfüge über „die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung“, vgl. § 19 EG Abs. 5 VOL/A), nachvollziehbare und aussagekräftige Belege der zur Erfüllung der Eignungsanforderungen herangezogenen Drittunternehmen vorlegen zu lassen. Um den Belangen der Parallelimporteure aufgrund ihres Geschäftsmodells einerseits, aber auch den berechtigten Interessen der Ag an der hinreichend bereits vor Vertragsabschluss belegten Lieferfähigkeit ihres künftigen

Vertragspartners andererseits gerecht zu werden, hat es das OLG Düsseldorf zugelassen, dass ein Bieter, der wie für Parallelimporteure wie die ASt typisch seine künftigen Lieferbeziehungen noch nicht kennt, die zumindest bereits „grundsätzlich erklärten Lieferzusagen“ dadurch „untermauern“ kann (aber aus den o.g. Gründen auch muss), dass er „die Lieferbeziehungen und die Verläufe über einen repräsentativen Zeitraum und dabei auch die Bezugsmengen sowie die Dosiereinheiten im Einzelnen schriftlich“ darstellt (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. Juni 2014, aaO., Bl. 12 f. BA). Auch dies hat die Ag daher zu Recht aufgegriffen und von einem Bieter gemäß Anlage 5 Ziffer V., Anlage 6, Ziffer I. und B.III. der BWB (S. 33 ff.) verlangt, dass dieser schriftlich darlegen muss, „auf Basis welcher Tatsachen gleichwohl die Annahme gerechtfertigt ist, dass von seiner Liefer- und Leistungsfähigkeit im Zuschlagsfall für die gesamte Vertragslaufzeit auszugehen ist.“ Konkrete Liefermengen waren damit ausdrücklich noch nicht zuzusagen (s. Anlage 6, Ziffer I. am Ende).

Dass die ASt vor Vertragsschluss mit der Ag (und wohl auch während der Vertragslaufzeit) noch nicht alle während der künftigen zwei Jahre eingesetzten Drittunternehmen namentlich benennen kann, steht der Rechtmäßigkeit der Anforderungen der Ag nicht entgegen. Denn eine solche verbindliche und abschließende Angabe der hinzuzuziehenden Drittunternehmern vor Zuschlagserteilung hat die Ag gar nicht verlangt. Vielmehr sind Anlage 5, Ziffer III. und § 6 Abs. 4, 5 RV aus maßgeblicher Sicht eines objektiven verständigen Bieters so zu verstehen, dass in Anlage 5 nur diejenigen Drittunternehmen anzugeben sind, deren Hinzuziehung sie im Zeitpunkt der Abgabe dieser Erklärungen planen („sämtliche Drittunternehmen (...), die ich (...) im Zuschlagsfalle einzusetzen *beabsichtige*“; Hervorhebung nur hier). Dass entgegen der vorherigen Planung andere oder weitere Drittunternehmen einbezogen werden können, wird durch § 6 Abs. 4 RV bestätigt, der gerade für diese Fälle ein besonderes Verfahren vorsieht. Hiernach ist die Beauftragung eines neuen und der Wechsel eines Drittunternehmens nach Vertragsabschluss der Ag anzuzeigen; die Ag kann der Hinzuziehung des neuen Drittunternehmens aus wichtigem Grund widersprechen. Dieses Verständnis der Vergabeunterlagen sowie des vorgesehenen Verfahrens wurde von der Ag in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich bestätigt.

Genau so verhält es sich mit der von der ASt beanstandeten Anforderung, sie könne vor Vertragsabschluss keine Drittunternehmen angeben, die sie für die gesamte Vertragsdauer beliefern. Denn auch dies verlangt die Ag gar nicht. Gemäß Anlage 6, Ziffer I. sind die von einem Drittunternehmen zu erfüllenden Lieferzeiträume vom Bieter selbst einzutragen. So ist auch dementsprechend Spalte D der Tabelle in Anlage 5, Ziffer I. zu verstehen. Dass der Bieter nicht nur solche Drittunternehmen benennen darf, die ihn für die gesamte Vertragslaufzeit beliefern, hat die Ag auch in der Interessenteninformation vom 8. August 2014 zur Ausfüllung dieser Tabellenspalten bestätigt.

Unerheblich für die Rechtmäßigkeit der Eignungsanforderungen der Ag ist ebenfalls, wenn die ASt die Mengen an Arzneimitteln, die ein vorgesehenes Drittunternehmen ihr liefern wird, vor Vertragsschluss noch nicht verbindlich und im Hinblick auf die vorgegebene Mindestliefermenge noch nicht vollständig angeben kann. Denn auch eine solche Festlegung hat die Ag von den Bietern gar nicht gefordert. So ist in Anlage 5, Ziffer I., Spalte C zwar vorgesehen, dass die Bieter „gesichert zur Verfügung stehende Lieferkapazitäten“ angeben. Erstens ist diese Angabe laut dieser Tabellenspalte jedoch nicht obligatorisch, sondern ausdrücklich fakultativ, und zweitens ergibt sich aus Anlage 5, Ziffer V., dass ein Bieter in Spalte C auch Mengen eintragen kann, die unter den geforderten Mindestmengen zurückbleiben. Für diesen Fall hat die Ag ein besonderes Verfahren vorgesehen: Der Bieter muss anhand eines bestimmten Referenzzeitraums darlegen, dass „gleichwohl die Annahme gerechtfertigt ist, dass von meiner (...) Liefer- und Leistungsfähigkeit im Zuschlagsfall für die gesamte Vertragslaufzeit auszugehen ist“ (s. Anlage 5, Ziffer V. i.V.m. B.III der BWB).

Dass dies im Fall der ASt praktisch bedeuten kann, dass diese zahlreiche Lieferanten (laut mündlicher Verhandlung ca. 50 Unternehmen) benennen und mit diesen zur etwaigen Einholung jedenfalls einer „grundsätzlichen Lieferzusage“ vor Vertragsabschluss mit der Ag in Kontakt treten muss, ist durch die berechtigten Interessen der Ag, nachvollziehbare und hinreichend plausible Belege über die Lieferfähigkeit ihres künftigen Vertragspartners zu erhalten, gerechtfertigt. Die ASt hat auch nicht vorgetragen, dass ihr dies

unmöglich wäre, sondern lediglich auf den wegen der hohen Anzahl ihrer bisherigen Lieferanten hiermit für sie verbundenen Aufwand hingewiesen.

Das von der Ag vorgesehene Modell, dass ein Bieter zur Ergänzung der „grundsätzlichen Lieferzusagen“ darlegen muss, dass die Annahme seiner Liefer- und Leistungsfähigkeit berechtigt sein soll, widerspricht auch nicht den in der Arzneimittelversorgung herrschenden tatsächlichen Gegebenheiten. Die ASt vertritt die Auffassung, dass es wegen § 129 Abs. 1 S. 3 und 7 SGB V nur dem bisherigen Rabattinhaber möglich sein soll, Lieferbeziehungen und Verläufe aus einem vergangenen repräsentativen Zeitraum so darzustellen, dass die Prognose gerechtfertigt sei, dieser Bieter werde seinen vertraglichen Lieferverpflichtungen für die Vertragslaufzeit nachkommen können. Erstens ist schon fraglich, ob die ASt von dieser Vorgabe überhaupt nachteilig betroffen ist. Denn sie hat selbst vorgetragen, unter sämtlichen Parallelimporteuren der „[...]“ zu sein und vor allem hinsichtlich der verfahrensgegenständlichen Wirkstoffe über „hinreichende Lieferkapazitäten“ zu verfügen. Darüber hinaus „begünstigt“ das Fünfte Sozialgesetzbuch und die dazu vereinbarten Rahmenverträge bei der Abgabe von Arzneimitteln an Versicherte nicht nur Rabattvertragsinhaber, sondern gerade auch Parallelimporteure, deren Medikament unter bestimmten Voraussetzungen immer dann in der Apotheke „zum Zug kommt“, wenn es keinen Rabattvertragspartner gibt (§ 129 Abs. 1, 2 SGB V i.V.m. dem Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung nach § 129 Absatz 2 SGB V). Abgesehen hiervon gilt Folgendes: Sollte es einem Bieter nicht einmal gelingen, durch seine schriftliche Darlegung, wie er in der Vergangenheit seine Lieferfähigkeit sichergestellt hat, eine positive Eignungsprognose der Ag zu erlangen, ist er ungeeignet. Da die Ag als gesetzliche Krankenkasse aufgrund des ihr obliegenden Versorgungsauftrags ein berechtigtes Interesse daran hat, Rabattverträge nur mit geeigneten, also u.a. lieferfähigen, Unternehmen abzuschließen (s.o.), darf sie einen solchen Bieter mangels Eignung ausschließen.

Die von der Ag aufgestellten Eignungsanforderungen sind auch nicht deshalb zu beanstanden, weil jeder Wechsel oder Einsatz eines neuen Drittunternehmens sowie alle übrigen Änderungen i.S.d. § 6 Abs. 5 RV gemäß § 6 Abs. 4, 5 RV der Ag anzuzeigen sind. Vorauszuschicken ist hier zunächst,

dass eine rechtswidrige Diskriminierung einzelner Bieter durch ausgeschriebene Vorgaben nicht schon dann vorliegt, wenn ein Sachverhalt von vornherein zumindest in erster Linie nur auf einen bestimmten Kreis von Bietern anwendbar ist. Denn ungleiche Sachverhalte dürfen auch ungleich behandelt werden. Dass sich die Voraussetzungen und Folgen eines etwaigen Widerspruchs der Ag nicht unmittelbar aus § 6 Abs. 4 oder 5 RV ergeben, ist ein vertragsrechtliches Problem, das ggf. nach der Auftragserteilung im Rahmen der Vertragsdurchführung vor den zuständigen Gerichten zu klären ist, und damit vergaberechtlich irrelevant. Auch die ASt hat nicht vorgetragen, dass sie diese Vertragsklauseln in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzen, sondern nur deren „Zusammenspiel“ mit den Eignungsanforderungen der Ag beanstandet. Was die von den neu hinzugezogenen oder ausgewechselten Drittunternehmen vorzulegenden Eignungsunterlagen angeht, sind die Anforderungen der Ag sachlich gerechtfertigt und damit vergaberechtskonform. Denn die Hinzuziehung solcher Drittunternehmen ist ein Fall der Eignungsleihe i.S.d. § 7 EG Abs. 9 VOL/A, so dass ein öffentlicher Auftraggeber im Vergabeverfahren vom Bieter Belege verlangen darf, dass ihm die erforderlichen Mittel auch zur Verfügung stehen (s. hierzu bereits oben). Wenn ein Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung einen seiner „Eignungs-Leihgeber“ austauscht oder einen neuen hinzuzieht, ist es daher ebenso gerechtfertigt, von diesem dieselben Belege zu verlangen wie er bereits vor der Auftragsvergabe beibringen musste. Anderenfalls wäre das Fortbestehen der Eignung des Auftragnehmers nicht kontinuierlich gewährleistet. Dem steht nicht entgegen, dass die Ag der Neuhinzuziehung eines Drittunternehmens dann widersprechen kann, wenn dies unzuverlässig ist. Die ASt zieht hieraus den Schluss, dass es der Ag mit dieser Klausel gar nicht auf die Lieferfähigkeit des Rabattvertragspartners ankomme. Doch erstens ist dies ausdrücklich nur einer von mehreren möglichen Widerspruchsründen der Ag („z.B.“). Und zweitens ergibt sich aus dem Wortlaut der § 6 Abs. 4 und 5 RV im Übrigen, dass zumindest ein Anlass dieser Vorgabe in der kontinuierlichen Gewährleistung der Lieferfähigkeit des Vertragspartners besteht, denn der Auftragnehmer muss mit seiner Anzeige mindestens eine „grundsätzliche Lieferzusage“ des neuen Drittunternehmens i.S.d. Anlage 6, Ziffer I. vorlegen. Die in zeitlicher Hinsicht gestellten Anforderungen der Ag sind der ASt ebenfalls zumutbar und beeinträchtigen die ASt nicht unzumutbar in der ihrem Geschäftsmodell

angeblich wesenseigenen Flexibilität. Denn § 6 Abs. 4 RV lässt auch die kurzfristige Auswechslung und Neubenennung eines Drittunternehmens zu, die entsprechende Anzeige bei der Ag muss lediglich „unverzüglich“ und nur „soweit möglich“ spätestens zwei Wochen vor Umsetzung der beabsichtigten Maßnahme erfolgen.

Die Eignungsanforderungen der Ag beim Einsatz von Drittunternehmen sind auch nicht unzumutbar umfangreich oder unübersichtlich. Maßgeblich sind insoweit lediglich zwei Anlagen zu den BWB (Anlage 5 und 6) sowie wenige Seiten aus den Bewerbungsbedingungen (S. 31 bis 34). Diese Anforderungen sind nicht zuletzt aufgrund der Rügen und Nachprüfungsverfahren der ASt entstanden und damit gerade für diese verständlich. Jedenfalls die ASt wäre durch die Verständlichkeit der Anforderungen der Ag daher nicht nachteilig betroffen.

- b) Das Zuschlagskriterium „Qualität“ im Fachlos 1, mit dem die Ag bestimmte von den Bietern angebotene Zusatzleistungen positiv bewerten will (Applikationshilfen, bestimmte Unterstützungs- und Beratungsleistungen), ist vergaberechtswidrig.

Zwar ist es regelmäßig der öffentliche Auftraggeber, der bestimmt, anhand welcher Kriterien er bewerten will, welches Angebot am besten seinem Bedarf entspricht. Anders als die ASt meint, kommt es insoweit auch nicht darauf an, ob die Zuschlagskriterien von § 130a SGB V gedeckt sind. Denn § 130a SGB V eröffnet gesetzlichen Krankenkassen zwar ein bestimmtes Vertragsmodell, legt aber nicht abschließend fest, was gesetzlichen Krankenkassen bei der Gestaltung des Vergabeverfahrens gestattet ist. Die von der Ag bei der Festlegung ihrer Zuschlagskriterien einzuhaltenden Grenzen ergeben sich vorliegend aus § 19 EG Abs. 9 VOL/A, d.h. die Zuschlagskriterien müssen durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein (vgl. auch Art. 51 Abs. 1 lit. a) RL 2004/18/EG, wonach die Zuschlagskriterien „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen“ müssen, ebenso Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Diese Grenzen sind vorliegend überschritten.

Zutreffend ist zwar, dass § 19 EG Abs. 9 VOL/A sowie die o.g. Richtlinienvorschriften u.a. das Zuschlagskriterium „Qualität“ als zulässig erachten. Allerdings fehlt bei den von der Ag ggf. positiv bewerteten Qualitätsaspekten eines Angebots der erforderliche Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. „Auftragsgegenstand“ i.S.d. § 19 EG

Abs. 9 VOL/A ist vorliegend der unter Gewährung eines bestimmten Rabatts zu liefernde Wirkstoff [...]. Dieser Wirkstoff – und nur dieser – bestimmt mithin den Beschaffungsbedarf resp. den Auftragsgegenstand der Ag. Demensprechend haben sich die Kriterien zur Bewertung der Qualität des Auftragsgegenstandes an diesem zu orientieren. Der Auftragsgegenstand bildet gewissermaßen das Substrat der vom Auftraggeber auszuwählenden Qualitätskriterien, d.h. diese Kriterien müssen sich unmittelbar aus dem Leistungsgegenstand ableiten, wozu weit mehr gehört als ein bloßer Zusammenhang mit demselben. Es versteht sich von selbst, dass hierunter nicht reine Zusatzleistungen oder optionale Leistungsbestandteile (wie z.B. Eventualpositionen) fallen können, da derartige Anforderungen an die Leistung immer eine Erweiterung des Leistungsgegenstandes darstellen, ohne eine Aussage über dessen Qualität zu treffen. So liegt der Fall aber hier, denn bei der Wertungskonzeption der Ag geht es darum, positiv zu bewerten, dass ein Bieter weitere Leistungen anbietet. Ob der Bieter diese Leistungen anbietet, bleibt ihm überlassen. Insbesondere will die Ag ein Angebot nicht wegen Abweichens von den Vertragsunterlagen (§ 19 EG Abs. 3 lit. g) VOL/A) von der Wertung ausschließen, wenn der Bieter keine Applikationshilfen oder Beratungs-/Unterstützungsleistungen anbietet. Die Ag bringt durch ihre Ausschreibungskonzeption also unmissverständlich zum Ausdruck, dass für die vorgenannten Zusatzleistungen gerade kein zwingender Bedarf besteht. Sollte ein solcher zwingender Bedarf tatsächlich bestehen, müsste die Ag ihn als solchen ausschreiben, was aber wiederum ausschließen würde, das bloße Anbieten dieser Zusatzleistungen unter Qualitätsaspekten zu bewerten; allenfalls in Betracht käme dann eine Bewertung der Qualität der Zusatzleistung (z.B. die Handhabung der Applikationshilfe oder die Inhalte eines Patientenbetreuungsprogramms). Für die streitgegenständliche Ausschreibung bedeutet dies, dass die Ag ihre Wertungsentscheidung auf Erwägungen – nämlich das Anbieten von bestimmten Zusatzleistungen – stützen will, die über den von ihr selbst definierten Beschaffungsgegenstand – nämlich der Versorgung der Versicherten mit einem rabattierten Wirkstoff – hinausgehen.

Anders als die Ag meint, ist die Sach- und Rechtslage vorliegend auch nicht mit der bei Bedarfspositionen zu vergleichen. Denn anders als hier bleibt es bei Bedarfspositionen nicht dem Bieter überlassen, was er anbietet (Wirkstoff samt Rabatt mit oder ohne eine / mehrere Zusatzleistungen). Vielmehr ist es der öffentliche Auftraggeber, der entscheidet, was bezuschlagt wird. Demensprechend gehören Bedarfspositionen – als für den

Auftraggeber alternative Zuschlagsvariante – immer zum Auftragsgegenstand und sind daher zwingend mit anzubieten.

Unerheblich ist, ob die Ag ihre Zuschlagskriterien anders hätte bezeichnen können. In der mündlichen Verhandlung hat die Ag hierzu vorgetragen, möglicherweise handele es sich bei dem Kriterium „Qualität“ rechtlich um ein Preiselement, ihre Vorgehensweise sei rechtmäßig, sie habe lediglich eine unzutreffende Formulierung gewählt. Die o.g. Grundsätze gelten gemäß den nationalen und EU-Vorschriften jedoch für alle Zuschlagskriterien. D.h. ein öffentlicher Auftraggeber darf, egal wie er seine Zuschlagskriterien nennt, immer nur solche für die Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots anwenden, die sich aus dem ausgeschriebenen Auftragsgegenstand ergeben. Die Berücksichtigung weiterer, über den von jedem Bieter anzubietenden Leistungsinhalt hinausgehender Leistungen wäre also auch im Rahmen des Angebotspreises nicht zulässig.

Da das Zuschlagskriterium „Qualität“ bereits aus diesen Gründen nicht vergaberechtskonform ist, braucht nicht entschieden zu werden, ob es darüber hinaus Arzneimittelimporteure wie die ASt rechtswidrig diskriminiert.

3. Die Ag hat zu entscheiden, wie sie weiter verfährt. Auf der Grundlage der jetzigen Zuschlagskriterien darf sie im Fachlos 1 keinen Zuschlag erteilen. Ob bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - und soweit ein entsprechender Beschaffungsbedarf besteht – der Wirkstoff [...] gemeinsam mit den hier streitgegenständlichen Zusatzleistungen ausgeschreiben werden darf oder ob alternativ eine Aufteilung in Fachlose zu erfolgen hat, war hier nicht zu entscheiden. Für diesen Fall wäre aber – aufgrund des geänderten Beschaffungsbedarfs - jedenfalls eine Zurückversetzung des Verfahrens in den Stand vor Bekanntmachung erforderlich. Alternativ kann die Ag die Leistungen auch auf der Grundlage ihres in der streitgegenständlichen Ausschreibung formulierten Beschaffungsbedarfs unter Verzicht auf das Zuschlagskriterium „Qualität“ einkaufen. In diesem Fall würde es ausreichen, den Bietern Gelegenheit zu geben, unter Berücksichtigung der überarbeiteten Kriterien neue Angebote abzugeben.
4. Da die ASt ihren schriftsätzlich angekündigten Antrag, die Ag zur Verlängerung der Angebotsabgabefrist zu verpflichten, in der mündlichen Verhandlung nicht gestellt hat, ist hierüber nicht zu entscheiden.

5. Abschließend weist die Vergabekammer auf Folgendes hin: Das OLG Düsseldorf hat in seinem Beschluss vom 25. Juni 2014 festgestellt, dass sich die dortigen Antragsgegnerinnen (andere [...] als die Ag) nicht hinreichend mit der Aufteilung des Auftrags in Gebietslose befasst hätten. Trotz der Kenntnis dieser Rechtsausführungen des OLG Düsseldorf trägt die ASt hierzu weder in ihren Rügen noch im Nachprüfungsverfahren etwas vor, so dass sich die Vergabekammer nicht veranlasst sieht, hierüber zu befinden (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2010, VII-Verg 18/10 m.w.N.). Abgesehen davon fehlt es der ASt diesbezüglich auch an der Antragsbefugnis bzw. wäre die ASt auch bei einer unterstellt fehlerhaften Bildung von Gebietslosen hierdurch nicht in ihren Rechten verletzt, weil die ASt selbst vorbringt, dass sie hinsichtlich der ausgeschriebenen Wirkstoffe über „hinreichende Lieferkapazitäten“ verfüge (s. Nachprüfungsantrag, S. 8).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten. Die ASt obsiegt im Los 1 und unterliegt mit ihrem Vorbringen in den Losen 2 bis 4. Beim Wert der einzelnen Lose ist die Vergabekammer von den Auftragswerten ausgegangen, die ihr von der Ag im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren VK 1-50/14 mitgeteilt worden sind. Berücksichtigt wurde hierbei der Durchschnitt der damals angebotenen Rabatt-ApU je Basiseinheit, die Verordnungsvolumina im Referenzzeitraum vom 1. März 2013 bis zum 28. Februar 2014, die Vertragslaufzeit von zwei Jahren und eine Umsetzungsquote von 90% im Fachlos 1 bzw. 70% in den Fachlosen 2 bis 4.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt und die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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.