



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 107/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragstellerin -

[...],

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 2) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 3) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 4) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 5) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 6) -

- Antragsgegnerin zu 7) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 8) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 9) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 10) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 11) -

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1 bis 11):

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Abschluss von Rabattvereinbarungen gem. § 130a Abs. 8 SGB V [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Daferner auf die mündliche Verhandlung vom 3. Dezember 2015 am 9. Dezember 2015 beschlossen:

1. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, den Zuschlag zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerinnen tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) und die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen.

3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

Die Antragstellerin (ASt) wehrt sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen den Ausschluss ihres Angebots auf der dritten Wertungsstufe (§ 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A).

I.

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag), gesetzliche Krankenkassen, schrieben mit Bekanntmachung vom [...], den beabsichtigten Abschluss von Arzneimittelrabattvereinbarungen gem. § 130a Abs. 8 SGB V für den Zeitraum [...]. Diese Wirkstoffe werden insbesondere zur Empfängnisverhütung eingesetzt. Die gesetzlichen Krankenkassen übernehmen die Kosten für Kontrazeptiva bis zum vollendeten 19. Lebensjahr der Frau. Ab dem 20. Lebensjahr dürfen Kontrazeptiva grundsätzlich nicht mehr auf Kosten der Gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) verordnet werden.

Die Antragstellerin (ASt) ist ein mittelständisches pharmazeutisches Unternehmen, das Generika herstellt und vertreibt. Konzernobergesellschaft ist die [...], mit der ein Gewinnabführungsvertrag besteht. Nach den unbestrittenen Angaben der ASt liegt ihr eigener Marktanteil bei dem Vertrieb der streitgegenständlichen Wirkstoffe derzeit bei rd. 3 % bundesweit.

Zuschlagskriterium ist die Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU. Diese wird pro Gebiets- und Fachloskombination auf der Grundlage der Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen ermittelt, die anhand von Preisvergleichsgruppen, von Verordnungszahlen aus der Vergangenheit und von Vergleichsgrößen ermittelt werden (Bewerbungsbedingungen, Abschnitt A. IV.3 - Zuschlagskriterien).

In den Bewerbungsbedingungen (Abschnitt A.IV.2 - Prüfung der Angemessenheit der Preise) haben die Ag das Verfahren der Aufklärung der Prüfung nach § 19 EG Abs. 6 VOL/A ausführlich beschrieben. Daraus geht insbesondere hervor, dass die Preisprüfung (§ 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A) sich in jeder Fachlos-Gebietsloskombination auf die Gesamtheit der angebotenen Rabatt-ApUs eines Angebots erstrecken wird. Die Ag gehen davon aus, dass ein

Angebot als ungewöhnlich niedrig erscheint, wenn entweder ein auffälliger Abstand der Angebote zueinander, bezogen auf die jeweilige Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl oder/und ein auffälliger Abstand zu den Marktpreisen besteht (Abschnitt A.IV.2.1). Ist ein Angebot als ungewöhnlich niedrig identifiziert, wird der Bieter zur Stellungnahme aufgefordert (Abschnitt IV.2.2):

"Den Bietern, von denen die [...] Aufklärung verlangen, wird eine Frist zur Stellungnahme gesetzt werden. Stellungnahmen, die nach Ablauf dieser Frist eingehen, können unberücksichtigt bleiben."

Abschnitt A.IV.2.2 der Bewerbungsbedingungen enthält sodann detaillierte Angaben zum Prüfungsmaßstab und zu den tauglichen Nachweisen, sollte die Preisprüfung ergeben, dass der Gesamtpreis in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehen (§ 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A).

Der von der ASt für alle von ihrem Angebot umfassten Preisvergleichsgruppen angebotene Rabatt-ApU je Gramm Wirkstoff ist - nach eigener Einschätzung der ASt – „sehr niedrig“. Er liegt ganz erheblich unterhalb des Marktpreises bzw. der von anderen Bietern angebotenen Rabatt-ApU.

Unter Bezugnahme auf Abschnitt A.IV.2 der Bewerbungsbedingungen forderten die Ag die ASt mit Schreiben vom 7. Oktober 2015 und unter Fristsetzung bis zum 13. Oktober 2015 auf, die ihrer Angebotsstellung zugrunde liegende Kalkulation näher zu erläutern.

In ihrem Antwortschreiben vom 12. Oktober 2015 führte die ASt u.a. aus, dass das Angebot auskömmlich sei. Richtig sei zwar, dass das Angebot nicht kostendeckend sei. Die daraus resultierende Unterdeckung werde aber dadurch kompensiert, dass ein großer Teil der Frauen Selbstzahlerinnen seien, für die der Rabattvertrag nicht gelte. Die ASt schätzt das bundesweite Marktvolumen für [...] auf [...], von denen rd. 25 % ([...]) auf das von Rabattverträgen erfasste GKV-Segment und rd. 75 % auf das Segment der Selbstzahlerinnen entfielen. Sollte die ASt den Zuschlag erhalten, würde sich dies positiv auf ihre Marktstellung bei den Selbstzahlerinnen auswirken. Dem Schreiben legte die ASt entsprechende Berechnungen und einen geprüften Jahresabschluss für das Geschäftsjahr 2013 bei.

Mit der Prüfung der im Rahmen der Aufklärung gemachten Angaben der Bieter beauftragten die Ag einen externen Dienstleister, die [...] Aufgabe von [...] war es insbesondere, zu ermitteln, ob und ggf. in welcher Höhe Angebote, welche die Aufgreifkriterien für die

Aufklärung erfüllten, eine Kostenunterdeckung erwarten lassen. [...] kam in einem Memorandum vom 30. Oktober 2015 zu dem Ergebnis, dass der Angebotspreis der ASt zu einer erheblichen Kostenunterdeckung bei dieser führen werde. [...] stellte außerdem fest, dass der Vortrag der ASt und der vorgelegte Bericht über die Prüfung des Jahresabschlusses für das Geschäftsjahr 2013 nicht den Schluss zuließen, die ASt werde während der gesamten Vertragslaufzeit ihren Lieferpflichten ordnungsgemäß nachkommen können.

Die Ag teilten der ASt daraufhin in einem Schreiben vom 30. Oktober 2015 mit, deren Angebot nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A auszuschließen.

Hiergegen wandte die ASt sich mit anwaltlichen Rügeschreiben vom 4. und 5. November 2015. Dem Rügeschreiben vom 4. November 2015 fügte die ASt eine Patronatserklärung ihrer Obergesellschaft, der [...], bei. Die Ag halfen dem Rügevorbringen in einem Schreiben vom 5. November 2015 und einer E-Mail vom 6. November 2015 nicht ab. Eine Berücksichtigung der Patronatserklärung lehnten die Ag ausdrücklich ab; aus Gründen der Gleichbehandlung könnten nur solche von den Bietern beigebrachte Unterlagen berücksichtigt werden, die fristgemäß eingereicht worden seien.

2. Mit einem am Montag, den 9. November 2015, bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte den Ag den Nachprüfungsantrag am selben Tag.

a) Der Auffassung der ASt zufolge erfolgte der Ausschluss ihres Angebots zu Unrecht. Bei der gebotenen wertenden Betrachtung könne ein Missverhältnis zwischen Preis und Leistung dann nicht angenommen werden, wenn der Bieter die Gründe nachvollziehbar dargelegt habe, die es ihm ermöglicht haben, günstiger als die Wettbewerber anzubieten. Dies sei vorliegend der Fall. Die ASt habe belastbar erläutert, dass der hohe Anteil von Umsätzen mit Selbstzahlerinnen evtl. Verluste, die aus der Durchführung des Rabattvertrags resultieren, kompensieren könne. Derzeit sei ihr Marktanteil auf dem bundesweiten Markt für die streitgegenständlichen Wirkstoffe sehr gering. Durch den Rabattvertrag erhalte sie die Möglichkeit, von einem größeren Kreis von Frauen wahrgenommen zu werden. Hätten sich die betreffenden Frauen (bis zum vollendeten 19. Lebensjahr) an das Präparat der ASt gewöhnt, würden sie "markentreu" bleiben, wenn sie ab Erreichen des 20. Lebensjahrs das Präparat selbst bezahlen müssen.

Das von [...] erstellte Gutachten sei unzureichend. Bei der Ermittlung der Unterdeckung sei [...] von unzutreffenden Annahmen ausgegangen. Während [...] seinen Feststellungen eine hundertprozentige Umsetzungsquote zugrunde gelegt habe, sei eine Umsetzungsquote von 70 % realistisch. Folge davon sei eine erheblich geringere Unterdeckung. Entscheidender aber sei, dass das Gutachten sich nicht vertieft mit dem Vortrag der ASt auseinandergesetzt habe.

Hinzu komme, dass die ASt eine Patronatserklärung ihrer Muttergesellschaft vorgelegt habe. Damit habe die ASt die Anforderung erfüllt, die die Ag selbst in den Bewerbungsbedingungen (A.IV.2) an eine positive Vertragserfüllungsprognose gestellt habe. Unschädlich sei, dass die ASt die Patronatserklärung erst mit dem anwaltlichen Rügeschreiben vom 4. November 2015 vorgelegt habe. Denn maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognoseentscheidung des öffentlichen Auftraggebers sei die mündliche Verhandlung. Im Übrigen hätten die Ag in ihrem Aufklärungsersuchen nicht darauf hingewiesen, dass nur die fristwährend eingereichten Tatsachen und Erklärungen Berücksichtigung finden werden.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten,
2. festzustellen, dass die ASt in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und geeignete Maßnahmen zu treffen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen der ASt zu verhindern,
3. die Vergabeakte beizuziehen und der ASt unverzüglich nach § 111 GWB Akteneinsicht zu gewähren,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
5. der Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 128 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Ag notwendig ist.

Die Ag tragen vor, das Angebot der ASt sei nicht kostendeckend und stehe in offenbarem Missverhältnis zur Leistung. Die Ag seien daher verpflichtet gewesen, eine Aufklärung über die Preiskalkulation zu verlangen (§ 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A). Infolge des zulässigen Aufklärungsverlangens sei die Darlegungs- und Beweislast für die Auskömmlichkeit auf die ASt übergegangen. Dieser Obliegenheit habe die ASt in ihrem Antwortschreiben vom 12. Oktober 2015 nicht vollständig genügt. Die ASt habe innerhalb der ihr gesetzten Frist nicht den Nachweis erbracht, das Angebot nicht in Marktverdrängungsabsicht abgegeben zu haben. Aus der Stellungnahme gehe auch nicht hervor, ob die Prognose gerechtfertigt sei, die ASt werde zu dem angebotenen Preis während der gesamten Vertragslaufzeit leistungsfähig sein.

Die Erwägung der ASt, eine aus der Umsetzung des Rabattvertrages resultierende Unterdeckung durch Selbstzahlerinnen kompensieren zu können, sei nicht geeignet, eine positive Vertragserfüllungsprognose zu begründen. Fraglich sei schon, ob die ASt insoweit wettbewerbskonforme Ziele verfolge. Jedenfalls sei nicht absehbar, ob die ASt bei Verfolgung dieser Strategie während der gesamten Vertragslaufzeit leistungsfähig bleiben werde. Während die von [...] festgestellte Unterdeckung des Angebots vom ersten Monat des Vertrags wirksam sein werde, sei mit einer Kompensation aus dem Geschäft mit selbstzahlenden Frauen erst mit einer zeitlichen Verzögerung zu rechnen. Hinzu komme, dass Steigerungen des Absatzes im Segment für Selbstzahlerinnen allenfalls dann in Betracht käme, wenn der Arzt nur einen Wirkstoff verordne; über die Relevanz wirkstoffbezogener Verordnungen von Kontrazeptiva lägen den Ag keine belastbaren Erkenntnisse vor. Habe der Arzt ein Rezept für ein konkretes Produkt ausgestellt, dürfe der Apotheker nur dieses abgeben.

Der von der ASt eingereichte Prüfbericht für das Geschäftsjahr 2013 ändere an dieser Einschätzung nichts. Zum einen betreffe dieser einen fast 2 Jahre zurückliegenden Zeitraum. Zum anderen gehe daraus hervor, dass die ASt erhebliche Verbindlichkeiten zu tragen habe, die den Gewinn überstiegen.

Die mit dem Rügeschreiben vom 4. November 2015 beigebrachte Patronatserklärung der Muttergesellschaft der ASt sei unbeachtlich. Zu diesem Zeitpunkt sei die Angebotswertung aller Angebote bereits abgeschlossen gewesen und die Informationsschreiben (§ 101a GWB) an die unterlegenen Bieter versandt worden. Die Ag seien nicht verpflichtet gewesen, noch einmal in die Angebotswertung einzutreten. Aus Gründen der Gleichbehandlung seien die Ag schon nicht berechtigt gewesen, Nachweise und Erklärungen zu berücksichtigen, die erst nach Ablauf der gesetzten Frist für die Stellungnahme vorgelegt wurden.

- c) Die mit Beschluss vom 17. November 2015 zum Verfahren hinzugezogene Bg schließt sich der Auffassung der Ag an, das Angebot der ASt sei zwingend gem. § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A auszuschließen. Die ASt habe selbst eingeräumt, dass ihr Angebot unauskömmlich sei. In einem solchen Fall obliege es dem Bieter, im Rahmen der Aufklärung Umstände darzulegen, die den Schluss zuließen, der Bieter werde seiner Lieferverpflichtung nachkommen. Diesen Nachweis habe die ASt nicht fristgemäß erbracht. Nach Kenntnis der Bg habe die ASt in der jüngeren Vergangenheit eine Vielzahl ausgeschriebener Arzneimittelrabattverträge für sich entscheiden können. Mit jedem weiteren Vertrag, den die ASt aufgrund ihrer Preispolitik für sich gewinnen könne, steige die Ausfallwahrscheinlichkeit.

Nicht zu beanstanden, sei, dass die Ag die nicht fristgerecht beigebrachte Patronatserklärung unberücksichtigt gelassen haben. Ausführungen zur finanziellen Solidität des Patronatsgebers habe die ASt ebenfalls nicht gemacht, obwohl hierzu Veranlassung bestanden hätte.

- d) Der ASt und der Bg ist Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung am 3. Dezember 2015 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen, ein dem Bund zuzurechnender Auftrag oberhalb des maßgeblichen Schwellenwerts, sind erfüllt.

b) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Ihr bestehendes Interesse am Auftrag hat sie durch ihre Angebotsabgabe dokumentiert. Sollte der von der ASt beanstandete Angebotsausschluss - ihren Vortrag als richtig unterstellt – nicht von § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A gedeckt sein, wäre die ASt in ihren Rechten verletzt, da ihr Angebot in diesem Fall für eine Zuschlagsentscheidung in Betracht käme.

c) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten (§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB) genügt, indem sie sich mit Rügeschreiben vom 4. und 5. November 2015 gegen den ihr mit Schreiben vom 30. Oktober 2015 mitgeteilten Angebotsausschluss wandte. Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ebenfalls nicht entgegen.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Die Ag haben das Angebot der ASt zu Unrecht nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A von der Wertung ausgeschlossen.

Gegenstand der Angebotswertung auf der dritten Stufe ist zunächst die Frage, ob ein Angebot im Verhältnis zu der zu erbringenden Leistung als ungewöhnlich niedrig erscheint. Ist dies der Fall, hat der Auftraggeber nach § 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A in einem ersten Schritt über ungewöhnlich niedrig erscheinende Angebote aufzuklären. In einem zweiten Schritt hat der Auftraggeber, basierend auf den aus der Aufklärung gewonnenen Erkenntnissen, zu entscheiden, ob der Preis im Verhältnis zur Leistung als unangemessen niedrig erscheint. Ist dies der Fall und hat der Bieter keine nachvollziehbaren Gründe für den von ihm angebotenen Preis angeführt, muss das Angebot nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A ausgeschlossen werden. Die Vorschrift dient dem Schutz des öffentlichen Auftraggebers, der davor geschützt werden soll, den Auftrag an ein Unternehmen zu erteilen, das infolge wirtschaftlicher Schwierigkeiten leistungsunfähig wird oder schlecht leistet (vgl. zum Vorstehenden Dicks, in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOL/A, 3. Aufl. (2014), § 19 EG Rn. 230). Ausgehend von diesen Grundsätzen ist festzustellen:

a) Nicht zu beanstanden ist, dass die Ag sich veranlasst sahen, das Angebot der ASt zum Gegenstand einer Preisprüfung zu machen (§ 19 EG Abs. 6 Satz 1 VOL/A).

In Abschnitt A.IV.2.1 der Bewerbungsbedingungen haben die Ag die Bieter darauf hingewiesen, dass sich die Preisprüfung in jeder Fachlos-Gebietsloskombination auf die Gesamtheit der angebotenen Rabatt-ApUs erstrecken wird. Die Ag haben ferner mitgeteilt, von einem ungewöhnlich niedrigen Angebot dann auszugehen, wenn entweder ein auffälliger Abstand der Angebote zueinander (bezogen auf die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl) oder/und ein auffälliger Abstand zu den Marktpreisen besteht. Wie die Ag in ihrer Antragserwiderung vom 16. November 2015 dargelegt haben (ebenda, Seite 7, 3. Abs.), erfüllt das Angebot der ASt diese Aufgreifschwelen (im Einzelnen Geschäftsgeheimnis der ASt). Dies wird von der ASt, die den von ihr angebotenen Rabatt-ApU in der mündlichen Verhandlung selbst als „sehr günstig“, bezeichnet hat, auch nicht ernsthaft bestritten. Auf die in der Rechtsprechung uneinheitlich beantwortete Frage, ab welcher Aufgreifschwelle Anlass für eine Preisprüfung besteht (einen Preisabstand von 20 % zum nächsten Bieter verlangen etwa OLG München, Beschluss vom 7. März 2013, Verg 36/12; OLG Celle, Beschluss vom 17. November 2011, 13 Verg 6/11; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25. April 2012, VII-Verg 61/11), kommt es vorliegend daher nicht entscheidend an.

Ist ein Angebot als ungewöhnlich niedrig identifiziert, kommt allerdings ein per se-Ausschluss nicht in Betracht. Vielmehr ist dem Bieter Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Dem haben die Ag durch ihr Aufklärungsersuchen vom 7. Oktober 2015 Rechnung getragen.

b) Nach § 19 EG Abs. 6 Satz 2 VOL/A sind solche Angebote auszuschließen, deren Preise (Gesamtpreis) in einem offenbaren Missverhältnis zur Leistung stehen und prognostisch erwarten lassen, der Bieter werde seine vertraglichen Verpflichtungen nicht bis zum Ablauf des Vertrags erfüllen können. Entgegen der Auffassung der Ag ist nicht zu erwarten, dass die ASt ihren Lieferverpflichtungen nicht nachkommen wird.

aa) Das Prüfkonzert der Ag, wie es im Aufklärungsersuchen vom 7. Oktober 2015 sowie in Abschnitt A.IV.2.2 der Bewerbungsbedingungen seinen Niederschlag gefunden hat und im Einklang mit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf steht (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13), sieht vor, dass ein offenes Missverhältnis zwischen Preis und Leistung nicht bestehen soll, wenn das Angebot

- auskömmlich ist oder

- zwar unauskömmlich ist, aber weder in Marktverdrängungsabsicht abgegeben wurde noch die Prognose begründet, der Bieter werde zu diesem Preis nicht über die gesamte Laufzeit des ausgeschriebenen Vertrages leistungsfähig bleiben.

Die ASt hat in ihrem Antwortschreiben vom 12. Oktober 2015 auf das Aufklärungsersuchen der Ag ausgeführt, dass ihr Angebot auskömmlich sei. Zur Begründung hat sie auf Marktanalysen von (Pharma-) Marktforschungsunternehmen ([...]) und interne Berechnungen verwiesen. Sie vertritt darin die Auffassung, es sei davon auszugehen, dass der aus der Umsetzung des Rabattvertrags evtl. drohende Verlust durch einen Anstieg bei der Anzahl der selbstzahlenden Frauen ausgeglichen werden könne.

Bei der Prüfung der Frage, ob ein Angebotspreis auskömmlich ist oder nicht, kommt es entscheidend darauf an, ob der Vertrag selbst für den Bieter auskömmlich ist; maßgeblich ist mithin eine vertragsbezogene Betrachtung. Dagegen ist unerheblich, welche Fern- oder Folgewirkungen der ausgeschriebene Vertrag – hier: die von der ASt erwartete Umsatzsteigerung mit Selbstzahlerinnen – haben wird. Die ASt hat nach eigenem Bekunden einen „sehr niedrigen“ Rabatt-ApU angeboten, der nach den Feststellungen der Ag deutlich unterhalb des Marktpreises und unterhalb des nächstgünstigen Angebotspreises eines Wettbewerbers liegt. Der von den Ag mit der Preisprüfung beauftragte externe Dienstleister hat in dem Memorandum vom 30. Oktober 2015 festgehalten, dass mit einer erheblichen Unterdeckung über alle Gebietslose hinweg zu rechnen sei (Geschäftsgeheimnis der ASt). Den Feststellungen der [...] zugrunde liegt die Annahme, dass die Umsetzungsquote des Rabattvertrages bei 100 % liegen wird; dies wird von den Ag nicht bestritten. Auch wenn der ASt zuzubilligen ist, dass die tatsächliche Umsetzungsquote niedriger sein dürfte, wird doch von der ASt selbst nicht substantiiert in Abrede gestellt, dass die Durchführung des Vertrags zu einer Unterdeckung führen wird. Dass auch die ASt selbst bzw. deren Muttergesellschaft von einer Unterdeckung auszugehen scheinen, legt im Übrigen auch die Patronatserklärung der [...] vom 4. November 2015 nahe (Geschäftsgeheimnis der ASt), in der das Unternehmen erklärt, für einen bezifferten Betrag einzutreten, sollte dies erforderlich werden.

Folglich sind die Ag zu Recht davon ausgehen, die ASt habe einen unauskömmlichen Angebotspreis angeboten.

bb) Ist ein Angebot unauskömmlich, ist zu prüfen, ob der Bieter hiermit wettbewerbskonforme Ziele verfolgt. Dies ist zu bejahen.

Nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der ASt erreicht diese auf dem Markt für die Wirkstoffe aktuell einen Marktanteil von rd. 3 %. Selbst wenn es der ASt mit Hilfe des Rabattvertrages und den von ihr prognostizierten Folgewirkungen im Segment der selbstzahlenden Frauen gelingen sollte, ihren Marktanteil zu steigern, wird dies nicht dazu führen, dass die ASt in der Lage sein wird, andere Wettbewerber vom Markt zu verdrängen. Das Bestreben eines Unternehmens, auf einem bislang nicht zugänglichen Markt mit einem Angebot Fuß zu fassen, ist von der Rechtsprechung als wettbewerbskonformes Ziel anerkannt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII-Verg 41/13).

cc) Nicht zu folgen ist hingegen der Auffassung der Ag, die ASt habe nicht nachgewiesen, den Auftrag trotz Unauskömmlichkeit ordnungsgemäß erfüllen zu können.

Liegt ein Unterkostenangebot vor, hat der öffentliche Auftraggeber im Rahmen einer Prognoseentscheidung zu entscheiden, ob der Bieter den Auftrag zum angebotenen Preis voraussichtlich ordnungsgemäß ausführen kann (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9. Mai 2011, VII-Verg 45/11; OLG Brandenburg, Beschluss vom 22. März 2013). Den Bieter trifft dabei eine Mitwirkungsobliegenheit; er muss dem Auftraggeber die nachgefragten und benötigten Informationen zur Verfügung stellen, um den Verdacht eines Unterkostenangebots auszuräumen.

Die ASt hat in ihrem Antwortschreiben vom 12. Oktober 2015 zum einen auf die erhofften positiven Folgewirkungen des Rabattvertrages aufmerksam gemacht, und zum anderen einen geprüften Abschluss für das Geschäftsjahr 2013 vorgelegt. Dem Gutachten von [...] zufolge lässt sich daraus aber nicht ableiten, dass die ASt trotz der prognostizierten Unterdeckung während der gesamten Laufzeit ordnungsgemäß liefern wird, ohne allerdings diese Aussage näher zu begründen. Die Ag selbst haben sich die Auffassung der [...] im Vergabevermerk (Teil C, Rn. 5) nur in sehr pauschaler Weise zu eigen gemacht, nämlich in Bezug auf alle betroffenen Angebote.

Was zunächst die wettbewerblichen Überlegungen der ASt anbelangt, erscheint es als nicht unplausibel, dass Frauen, die zunächst auf Kosten der GKV Kontrazeptiva in der Apotheke erworben haben, dem gewohnten Produkt auch dann treu bleiben werden, wenn sie dieses selbst zahlen müssen. Die ASt hat in ihrem Schriftsatz vom 26. November 2015

(dort S. 6) entsprechende Erfahrungen mit einem anderen Produkt dokumentiert. Die Erwartung entsprechender Mehreinnahmen mit Selbstzahlerinnen erscheinen daher als nicht gänzlich ausgeschlossen.

Soweit die ASt zum Beleg für ihre zukünftige Lieferfähigkeit auf den Prüfbericht für das Geschäftsjahr 2013 Bezug genommen hat, wird seitens der Ag und der Bg moniert, dass dieser veraltet sei. Dem ist entgegen zu halten, dass der Abschluss für das Geschäftsjahr 2015 noch nicht vorliegen kann, weil das Geschäftsjahr aktuell noch nicht abgeschlossen ist. Aktueller als der von der ASt vorgelegte Jahresabschluss ist daher alleine der Abschluss für das Geschäftsjahr 2014. Diesen hat die ASt mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 vorgelegt, weil er ihr vor diesem Zeitpunkt nicht zur Verfügung stand. Der geprüfte Jahresabschluss 2014 lässt erkennen, dass die wirtschaftliche Situation der ASt im Vergleich zum Vorjahr sich verbessert hat.

Auch inhaltlich lässt sich aus dem von der ASt ursprünglich vorgelegten Prüfbericht für das Geschäftsjahr 2013 nicht ableiten, die ASt werde den ausgeschriebenen Rabattvertrag nicht bis zum Ende der Vertragslaufzeit erfüllen können. Die in dem Abschluss ausgewiesenen Verbindlichkeiten der ASt sind [...] abgesichert. Im Ergebnis ändern die Verbindlichkeiten nichts daran, dass die Vermögens- und Finanzlage der Gesellschaft als „unverändert stabil“ bezeichnet wurde (Lagebericht, II.4). Das Unternehmen wies einen im Vergleich zum Geschäftsjahr 2012 um mehr als 8 % gestiegenen Umsatz aus und hat Investitionen im Bereich der Produkterweiterungen getätigt. Der von der ASt mit Schriftsatz vom 1. Dezember 2015 beigebrachte Prüfbericht für das Geschäftsjahr 2014 bestätigt, dass die Vermögens- und Finanzlage des Unternehmens stabil ist.

Entgegen der Auffassung der Ag war im Rahmen der Prognoseentscheidung auch die erst mit dem Rügeschreiben am 4. November 2015 beigebrachte Patronatserklärung zu berücksichtigen.

Zutreffend ist zwar der Hinweis der Ag, dass aus Abschnitt IV.2.2 der Bewerbungsbedingungen hervorgeht, dass die Ag den Bietern im Rahmen der Aufklärung eine Frist zur Stellungnahme setzen konnte. Dort heißt es aber auch:

„Stellungnahmen, die nach Ablauf dieser Frist eingehen, können unberücksichtigt bleiben.“

Aus der Formulierung „können unberücksichtigt bleiben“, folgt, dass die unterbleibende Berücksichtigung nicht die zwangsläufige Folge sein musste. Hierauf durften die Bieter vertrauen.

Der Auffassung der Bg, die ASt hätte die finanzielle Leistungsfähigkeit der Patronatsgeberin nachweisen müssen, ist nicht beizutreten. In Abschnitt A.IV.2.2 heisst es zwar (am Ende):

„Falls nicht offenkundig, ist auch die finanzielle Leistungsfähigkeit des Dritten nachzuweisen.“

Für die Bieter ging aus der Formulierung jedoch nicht klar und unmissverständlich hervor, wann die Leistungsfähigkeit des Patronatsgebers nicht „offenkundig“ ist.

Im Ergebnis haben die Ag somit zu Unrecht angenommen, die ASt werde ihre Lieferpflichten voraussichtlich nicht erfüllen können.

- c) Nach § 114 Abs. 1 Satz 1 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Da nach den vorstehenden Ausführungen der Angebotsausschluss auf der dritten Wertungsstufe vergaberechtswidrig ist, haben die Ag das Angebot der ASt in der Wertung zu belassen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB.

Die Ag als Unterliegende haben die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Es entspricht nicht der Billigkeit (§ 128 Abs. 3 Satz 5 GWB), die Bg an der Tragung der Kosten zu beteiligen. Denn die ASt hat sich mit ihrem Vorbringen nicht in einen direkten Interessengegensatz zur Bg gestellt. Aus dem gleichen Grund ist die Bg auch nicht anteilig an der Tragung der Aufwendungen der ASt für deren zweckentsprechende Rechtsverfolgung zu beteiligen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zu vergaberechtlichen Rechtsproblemen, 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 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.

