Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 126/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…]

- Antragsteller -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

gegen

[…]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…]

wegen der Vergabe „Rahmenvereinbarung Lieferung parenterale Zubereitungen“, Gebietslos Nr. […] – EU-Bekanntmachung […], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Adamczak aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 19. Dezember 2016 am 23. Dezember 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Der Antragsteller trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.

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

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) […] führt derzeit ein europaweites, offenes Verfahren zur Vergabe von gebietsbezogenen Rahmenverträgen nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V über die Herstellung und Lieferung parenteraler Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie durch (Absendung der Bekanntmachung am […] 2016). Solche parenteralen Zubereitungen dienen der Behandlung von Krebspatienten und werden nach bestimmten gesetzlichen Vorgaben insbesondere in Bezug auf die Betriebsräume (s. § 35 Abs. 3, 6 ApBetrO) aus Fertigarzneimitteln von der betreffenden Vertragsapotheke hergestellt und direkt an die Ärzte ausgeliefert, in deren Betriebsstätten die Zubereitungen den Patienten verabreicht werden. Die Ausschreibung ist in mehrere Gebietslose aufgeteilt.

   Ohne solche Verträge werden solche Leistungen zwischen gesetzlichen Krankenkassen und Apothekern derzeit im Rahmen der sog. „Hilfstaxe“ abgerechnet, die zwischen dem Spitzenverband der gesetzlichen Krankenkassen (GKV-Spitzenverband) und dem Deutschen Apothekerverband e.V. (DAV) ausgehandelt wurde (s. Anlage 3 des Vertrages über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen).

   Gemäß Ziffer III.1.2 der Bekanntmachung verlangt die Ag von den Bietern zum Beleg ihrer Eignung Eigenerklärungen zur Zuverlässigkeit gemäß §§ 123, 124 GWB sowie zur „Leistungsfähigkeit und Zusicherung vertraglicher Standards“. Letztere betreffen das Bestehen der erforderlichen Apothekenbetriebserlaubnis, das Erfüllen der gesetzlichen Anforderungen zur Herstellung der ausgeschriebenen parenteralen Zubereitungen (insbesondere nach der ApBetrO), die Zusicherung, die ausgeschriebenen Mengen an parenteralen Zubereitungen herzustellen und ausliefern zu können, die Erreichbarkeit per Telefon und Fax sowie die Erfüllung bestimmter Anforderungen durch einen ggf. einbezogenen Zulieferer.

   Die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung (RV) enthält u.a. folgende Regelungen:

   § 2 Abs. 1 RV: „Die Auftragnehmerin ist zu einer ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Herstellung und Abgabe der parenteralen Zubereitungen verpflichtet (§§ 12, 70 SGB V).“

§ 2 Abs. 4 RV: „Die Auftragnehmerin haftet für die ordnungsgemäße Versorgung im Rahmen dieser Vereinbarung gegenüber der Auftraggeberin nach den allgemeinen gesetzlichen Bestimmungen. (…)“

§ 3 Abs. 2 RV: „Die Auftragnehmerin ist alleiniger Vertragspartner der Auftraggeberin für das jeweils bezuschlagte Gebietslos (…).“
(Vgl. auch § 5 Abs. 3 RV: „Die Auftraggeberin verpflichtet sich gegenüber der Auftragnehmerin, für das jeweilige Losgebiet (…) keine weitere Vereinbarung gemäß § 129 Absatz 5 Satz 3 SGB V zu schließen.“)

§ 3 Abs. 5 RV: „Die Auftragnehmerin ist verpflichtet, die im Rahmen der Versorgung mit parenteralen Zubereitungen zu erbringenden Leistungen gemäß den gesetzlichen Bestimmungen herzustellen. (...)“

§ 3 Abs. 8 RV: „Die Auftragnehmerin stimmt sich mit den von ihr zu beliefernden Betriebsstätten über einen wirtschaftlichen und zweckmäßigen Ablauf der Bestellung und Belieferung ab. Dabei ist den individuellen Wünschen der verordnenden Ärzte Rechnung zu tragen, soweit dies mit dem sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß §§ 12, 70 SGB V vereinbar ist.“

§ 3 Abs. 9 RV: „Die Auftragnehmerin ist dabei verpflichtet, den verordnenden Ärzten zur Klärung des Beratungsbedarfs, sowie des Bestell- und Bezugswegs einen persönlichen Gesprächstermin anzubieten. Das Gespräch mit den verordnenden Ärzten der veröffentlichten Betriebsstätte (…) soll bis zum Beginn der Laufzeit des Vertrages stattgefunden haben. (…)“

§ 3 Abs. 10 RV: „Auf Wunsch des Arztes hat die Auftragnehmerin die vertragsgegenständlichen Zubereitungen an den verordnenden Arzt auf Abruf zu liefern (im Folgenden auch als Ad-Hoc-Lieferung bezeichnet). Bei Ad-Hoc-Lieferungen dürfen zwischen dem Abruf der Zubereitung durch den verordnenden Arzt und Eintreffen der hergestellten Zubereitung bei diesem Arzt nicht mehr als 2 Stunden vergehen. Eine Ad-Hoc-Lieferung hat insbesondere dann zu erfolgen, wenn die Entscheidung über die Durchführung der Arzneimitteltherapie aus medizinischen Gründen erst am Tag der Behandlung getroffen werden kann (z.B. vorherige Kontrolle des Blutbildes erforderlich). (...)“

§ 3 Abs. 13 RV: „Die Auftragnehmerin kann die Auftraggeberin informieren, sofern sie Zweifel an dem wirtschaftlichen und zweckmäßigen Abruf der Bestellung hegt. Die Auftraggeberin wird dies prüfen und die Auftragnehmerin gegebenenfalls durch Kommunikation mit dem Arzt nach besten Kräften unterstützen.“

§ 6 Abs. 1 RV: „Mit den zwischen der Auftraggeberin und der Auftragnehmerin in den Preisblättern (…) vereinbarten Preisen sind sämtliche Leistungen der Auftragnehmerin im Zusammenhang mit der Herstellung und Auslieferung der vertragsgegenständlichen Leistungen abgegolten. (…) Gegebenenfalls anfallender Verwurf ist ebenfalls mit abgegolten.“

(Der sog. Verwurf ist eine nicht mehr weiter bearbeitungsfähige Teilmenge eines Arzneimittels.)

§ 6 Abs. 2 RV: „Die Auftragnehmerin bietet der Auftragnehmerin Preisabschläge auf die zum 15.09.2016 geltenden mg-Preise der Hilfstaxe abzüglich des jeweiligen Abschlags gemäß Hilfstaxe (…) sowie einen pauschalen Abschlag auf die entsprechend jeweilig gültigen Arbeitspreise an. Die so rabattierten Arbeitspreise sowie die so rabattierten mg-Preise im

Preisblatt (…) sind Festpreise für die gesamte Vertragslaufzeit, soweit aus dieser Rahmenvereinbarung nicht etwas anderes folgt. (...)“

Gemäß § 6 Abs. 7 RV finden Preisanpassungsverhandlungen z.B. dann statt, wenn wirkstoffgleiche Arzneimittel zukünftig erstmals in Verkehr gebracht werden, könnten die Preise gemäß § 6 Abs. 7 RV angepasst werden.

§ 6 Abs. 12 RV: „§ 59 SGB X und § 313 BGB bleiben unberührt.“

§ 9 RV enthält mehrere Vertragsstrafenregelungen. Hiernach darf die Ag eine Vertragsstrafe u.a. dann geltend machen, wenn innerhalb eines bestimmten Zeitraums Ad-Hoc-Lieferungen nicht innerhalb der 2-Stunden-Frist des § 3 Abs. 10 RV ausgeführt werden.

Gemäß § 11 Abs. 1 RV beträgt die Vertragsdauer drei Jahre. Beide Vertragsparteien haben u.a. das Recht zur Kündigung aus wichtigem Grund sowie das gesonderte Recht zur außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Vertrags aus wichtigem Grund (§ 11 Abs. 3, § 12 RV).
Ein solcher „wichtiger Grund“ liegt für die Ag insbesondere dann vor, wenn

„die Auftragnehmerin im Vergabeverfahren oder sonst vor oder bei dem Vertragsschluss gegenüber der Auftraggeberin vorsätzlich oder grob fahrlässig falsche oder unvollständige Angaben gemacht hat.“ (§ 12 Abs. 2, zweiter Spiegelstrich RV).

Die Leistungsbeschreibung (LB) enthält Vorgaben zur Herstellung, Auslieferung und Abrechnung der parenteralen Zubereitungen, wobei darauf verwiesen wird, dass „die Bestellung und Belieferung der parenteralen Zubereitung (...) in Abstimmung zwischen Arzt und Apotheker“ erfolgt (S. 6 LB).

Zu jedem Gebietslos beinhalten die Vergabeunterlagen als Kalkulationsgrundlage dienende Angaben zu den von 1. Mai 2015 bis 30. April 2016 je Wirkstoff für die Versicherten der Ag verordneten Mengen in Milligramm (mg) einschließlich des entsprechenden Verwurfsanteils (Anlage X), Angaben zur Gesamtzahl der innerhalb eines Jahres erfolgten Zubereitungen (Anlage Y) sowie die Preisblätter, in denen die Bieter u.a. den von ihnen angebotenen Abschlag auf den Preis pro mg eines bestimmten Wirkstoffs eintragen sollen. Des Weiteren weist die Ag in der Leistungsbeschreibung darauf hin, dass nach ihrer Auffassung

„die Bestimmungen über die Aut-idem-Substitution, insbesondere § 129 Abs. 1 bis 4 SGB V (…) auch für die Fertigarzneimittel gelten, die Grundlage der vertragsgegenständlichen Zubereitungen sind. (…) Nach dem Kenntnisstand und den Erfahrungen der [Ag] ist davon auszugehen, dass bei den vertragsgegenständlichen Zubereitungen die Aut-idem-Substitution nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen wird. Es wird darauf hingewiesen, dass der Arzt zu einer wirtschaftlichen Verordnungsweise verpflichtet ist. Daher hat ein Ausschluss der Aut-idem-Substitution, mit dem die wirtschaftliche Auswahl eines Arzneimittels möglicherweise eingeschränkt wird, nur in seltenen und eindeutigen Ausnahmefällen und mit einer eindeutigen medizinischen Begründung zu erfolgen“ (s. S. 14 der LB).

Auf eine Bieterfrage hin führte die Ag zum selben Thema aus, dass der Aut-idem-Ausschluss durch den Arzt „nach Kenntnis der [Ag] schon wegen der ärztlichen Verpflichtung zur wirtschaftlichen Verordnungsweise Ausnahmefällen vorbehalten“ sei (s. Bieterfrage Nr. 14).

Der Zuschlag wird gemäß Ziffer 9 der LB je Gebietslos auf das Angebot erteilt, das die höchste Gesamteinsparung für die Ag in diesem Gebiet enthält.

Der ASt gab ein Angebot für das Gebietslos […] ab.

Der Rüge des ASt vom 3. November 2016 half die Ag nicht ab. In ihrer Rügeantwort führte sie u.a. aus, dass der verordnende Arzt die Ad-Hoc-Lieferung auch zum Regelfall machen könne.

2. Mit Schreiben seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 23. November 2016 beantragte der ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

   a) Der ASt meint, sein Nachprüfungsantrag sei zulässig und begründet.

      Zur Zulässigkeit seines Nachprüfungsantrags trägt der ASt vor, ihm drohe ein erheblicher Schaden, wenn sein Angebot nicht berücksichtigt werde, denn bei ordnungsgemäßem Ablauf des Vergabeverfahrens seien seine Zuschlagschancen deutlich höher.

      Im Übrigen meint der ASt, die Ausschreibungsunterlagen, insbesondere die Aussagen der Ag in den Bewerberinformationen, seien teilweise unklar, die Kalkulation und die Abgabe eines wirtschaftlich angemessenen Angebots seien ihm dadurch unzumutbar erschwert worden. Im Einzelnen führt er hierzu Folgendes aus:

      - Die Ag dürfe ihre Zuschlagsentscheidung nicht allein auf den Preis stützen. Anders als bei sonstigen Ausschreibungen spiele sich hier das Leistungsgeschehen nicht zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer, sondern zwischen dem Auftragnehmer (der Vertragsapotheke) und dem verordnenden Arzt ab. Die Ag überlasse es nämlich gemäß § 3 Abs. 5 und 8 RV den bietenden Apothekern, in Absprache mit dem verschreibenden Arzt einen Großteil der Leistungserbringung selbst zu definieren (z.B. Anzahl der täglichen Lieferungen, deren Uhrzeit, Handhabung von Plausibilitätskontrollen und Dokumentation, Verpackungsmodi, Häufigkeit der sog. Ad-Hoc-Lieferungen etc.). Bei

einer solchen teilfunktionalen Ausschreibung könne die Ag ohne weitere Zuschlagskriterien gar nicht beurteilen, ob ein preislich günstigeres Angebot so in der Qualität eines anderen Angebots zurückbleibe, dass es nicht das wirtschaftlichste sei. Zudem hätte die Ag ausreichende Mindestregeln aufstellen müssen, wie die Bieter die Leistung im Auftragsfall konkret ausführen. Anderenfalls seien die Angebote mangels eindeutiger und erschöpfender Leistungsbeschreibung nicht untereinander vergleichbar.

- Des Weiteren habe die Ag die Ad-Hoc-Lieferung unklar definiert. Gemäß § 3 Abs. 9, 10 RV sei davon auszugehen, dass die Ad-Hoc-Lieferpflicht die Ausnahme sei, demgegenüber habe die Ag in ihrer Rügeantwort ausgeführt, dass der Arzt diese auch zum Regelfall machen könne. Es werde daher Bieter geben, die die Häufigkeit der Ad-Hoc-Lieferungen in ihrer Kalkulation unterschätzten, und solche Bieter, die dies nicht tun, weil sie bereits im Losgebiet tätig waren und das dortige Verordnungsverhalten der Ärzte kennen. Die Angebote seien daher nicht vergleichbar. Wenn Ärzte häufiger Ad-Hoc-Bestellungen abgäben als vom betreffenden Bieter einkalkuliert, wäre dem Apotheker auch nicht durch die Einwirkungsmöglichkeit der Ag gemäß § 3 Abs. 13 RV geholfen – die dort geregelten Informations-, Prüf- und Unterstützungstätigkeiten der Ag in einem Gespräch mit den betreffenden Ärzten seien unzureichend.

- Die Kalkulation des Verwurfs, der gemäß § 6 Abs. 1 RV mit den vertraglich vereinbarten Preisen abgegolten sei, sei unzumutbar. Verwurf sei die Teilmenge eines Arzneimittels, die nicht mehr weiterverarbeitungsfähig sei, weil deren Haltbarkeit überschritten sei oder weil sie aus rechtlichen Gründen nicht in einer anderen Rezeptur verarbeitet werden dürfe. Nach Möglichkeit stellten Apotheker daher alle Zubereitungen „gebündelt“ her, je seltener ein Mittel jedoch benötigt werde, desto höher sei sein Verwurfsanteil. Gemäß der aktuellen Hilfstaxe trügen die Krankenkassen das Risiko des Verwurfs. Die zukünftige Entwicklung der Verwurfsanteile sei jedoch aus mehreren Gründen nicht absehbar und damit nicht vernünftig kaufmännisch kalkulierbar. Die Referenzangaben der Ag hierzu seien seit dem Urteil des SG Würzburg (vom 14. April 2016, Az.: S 17 KR 260/14) nicht mehr aussagekräftig, da der Anbruch eines Arzneimittels entgegen der bisherigen Praxis zwischen Apothekern und Krankenkassen jetzt nur noch entsprechend der jeweiligen Fachinformation haltbar und damit verwendbar sei. Zudem sei die Entwicklung der Verwurfsanteile deshalb nicht absehbar, da es je nach Krebsart immer mehr unterschiedliche Stoffe gebe, die Krebsbehandlung werde immer individueller auf einen konkreten Patienten zugeschnitten (sog. targeted therapies). Diesbezüglich seien

die Referenzangaben der Ag zudem veraltet, weil bereits zwei neu hinzugetretene targeted therapies hierin gar nicht enthalten seien.

- Die Angaben der Ag in § 6 Abs. 12 RV, dass § 313 BGB „unberührt“ bleibe, seien unrichtig und leiteten die Bieter vergaberechtswidrig fehl. Eine Preisanpassung sei nämlich gemäß § 313 BGB gar nicht möglich, wenn sich die Risiken realisierten, die der Bieter mit seiner vertragliche Festpreisgarantie (§ 6 Abs. 1 RV) übernommen habe. § 313 BGB sei vorliegend also gar nicht anwendbar, wenn sich die Preise für Fertigarzneimittel erhöhten. Bieter ohne juristische Vorkenntnisse würden jedoch wegen § 6 Abs. 12 RV von einer Möglichkeit der Preisanpassung ausgehen und ihre Kalkulation entsprechend ausrichten.

- Darüber hinaus seien die Aussagen der Ag zur Häufigkeit des Aut-idem-Ausschlusses unrichtig. Ein Apotheker müsse gemäß 129 Abs. 1 SGB V verordnete Fertigarzneimittel (Zytostatika Orginalwirkstoffe) durch preisgünstigere Arzneimittel (Biosimilars) ersetzen, wenn der Arzt dies nicht ausgeschlossen habe (aut idem). Nach den Angaben der Ag auf S. 14 der LB und in der Antwort auf die Bieterfrage Nr. 14 würde die Aut-idem-Substitution nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden. Demgegenüber zeige die Erfahrung des ASt, dass viele Ärzte aus medizinischen Gründen skeptisch gegenüber Biosimilars seien und weiterhin das Original verordneten. Die Bieter, die sich auf die Angaben der Ag verließen, würden die tatsächlichen Mengen an verordneten Originalmedikamenten unterschätzen mit der Folge, dass die Angebote nicht vergleichbar seien.

- Schließlich überprüfe die Ag die von ihr selbst gesetzten Eignungskriterien nicht. Gemäß § 3 Abs. 10 RV müsse eine Ad-Hoc-Lieferung innerhalb von zwei Stunden nach dem Abruf bei diesem Arzt eintreffen. Ein Apotheker könne auch Fremdlabore mit der Herstellung beauftragen, die allerdings die Zubereitungen gemäß der ApBetrO nicht direkt an die Ärzte ausliefern dürften. Die Ag müsste prüfen, ob der Transport vom Herstellerbetrieb oder einer Krankenhausapotheke über die bezuschlagte Apotheke an die Arztpraxis innerhalb von zwei Stunden möglich sei.

Der ASt beantragt über seine Verfahrensbevollmächtigten:

1. Der Ag wird aufgegeben, das Vergabeverfahren Rahmenvereinbarung Lieferung parenterale Zubereitungen gemäß § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V (Bekanntmachung vom […]) hinsichtlich des Gebietsloses Nr. […] (Ausschreibung […]) bei fortbestehender Beschaffungsabsicht in einen Stand vor Bekanntmachung zurückzuversetzen und die Vergabeunterlagen unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu überarbeiten.
2. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten des ASt wird für notwendig erklärt.
3. Die Ag trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens.
4. Akteneinsicht.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

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

Zur Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags trägt die Ag Folgendes vor:

- Der Preis dürfe vorliegend das einzige Zuschlagskriterium sein, einem öffentlichen Auftraggeber stehe hierbei eine weite Einschätzungsprärogative zu. Die im ausgeschriebenen Rahmenvertrag und der Leistungsbeschreibung festgelegten Leistungsanforderungen reichten im Zusammenhang mit den gesetzlichen Bestimmungen zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke sowie zur Herstellung und Abgabe von Arzneimitteln aus, um allein anhand des Preises vergleichbare Angebote zu erhalten. Die Ag fordere lediglich eine Leistung gemäß dem gesetzlich definierten Standard, eine darüber hinausgehende Qualität werde von ihr nicht abgefragt und dementsprechend auch nicht bei der Angebotswertung berücksichtigt.

  Ferner treffe es nicht zu, dass die Bieter Unterschiedliches anbieten dürften, die Ag habe es lediglich den Bietern überlassen, wie sie die angebotenen Leistungen im Auftragsfall konkret ausführten. Weitere Vorgaben zur konkreten Abwicklung einer Lieferung zwischen Apotheke und Arzt seien nicht nötig und ihr auch gar nicht möglich, weil die

betreffenden Einzelfälle zu verschieden seien (konkreter Patientenstamm, Art der zu behandelnden Krebserkrankung etc.) und die Ag nicht in die Therapiefreiheit der Ärzte eingreifen wolle.

- Der Vorwurf, die Vergabeunterlagen vermittelten einen unzutreffenden Eindruck vom Umfang der sog. Ad-Hoc-Lieferungen sei unzutreffend. Gemäß § 3 Abs. 10 RV erfolge eine solche Lieferung auf Wunsch des Arztes; aus den Vergabeunterlagen ergebe sich nicht, dass die Ad-Hoc-Lieferpflicht nur ausnahmsweise entstehe. Weitere Voraussetzungen gebe es für eine Ad-Hoc-Lieferpflicht nicht, lediglich der praktisch relevanteste Beispielsfall werde in § 3 Abs. 10 RV „insbesondere“ genannt. Theoretisch könne der Arzt die Ad-Hoc-Lieferung auch zum Regelfall machen, wofür es jedoch keinen vernünftigen Grund gebe. Es liege in der Hand der Vertragsapotheke, einen „ausufernden Gebrauch der Ad-Hoc-Bestellmodalität“ durch den verordnenden Arzt durch eine möglichst frühzeitige und vertrauensvolle Abstimmung mit den Ärzten zu beschränken. Eine in der Herstellung und Lieferung parenteraler Zubereitungen in der Onkologie erfahrene Apotheke könne zudem durchaus abschätzen, in welchem Umfang bzw. unter welchen Umständen der verordnende Arzt von dieser Möglichkeit einer Lieferung auf Abruf Gebrauch mache. Dass einzelne Bieter ein nicht von der Ag vermitteltes wettbewerbsrelevantes Sonderwissen hätten, sei ein allgemeines kaufmännisches Risiko. Etwaiges Sonderwissen über das Verordnungsverhalten der Ärzte könne die Ag zudem gar nicht ausgleichen, weil sie keine Informationen über den Umfang der Ad-Hoc-Lieferungen habe; auch die aktuelle Hilfstaxe enthalte solche Daten nicht.

- Die Kalkulation des Verwurfs sei für die Bieter nicht unzumutbar. Die Vergabeunterlagen enthielten die der Ag bei Erstellung dieser Unterlagen bekannten Angaben zum Verwurf, die der Kalkulation zugrunde gelegt werden könnten. Weitere Informationen hierzu lägen der Ag nicht vor, sie könne des Weiteren nicht bestätigen, dass sich das Abrechnungsverhalten durch das vom ASt zitierte Urteil des SG Würzburg geändert habe. Auch die vom ASt erwähnten targeted therapies führten nicht dazu, dass die nicht gesonderte Abrechnung von Verwürfen von den Bietern nicht kaufmännisch bewältigt werden könnte. Denn viele targeted therapies seien schon lange im Einsatz und die Anzahl der zu behandelnden Patienten werde hierdurch nicht geringer; targeted therapies würden zudem nicht stets die bisherige Therapie ersetzen, sondern ggf. auch ergänzen. Dass es mittlerweile weitere targeted therapies gebe, führe nicht dazu, dass

die den Bietern überlassenen Daten nicht mehr aussagekräftig seien, zumal die vom ASt angesprochenen Wirkstoffe im verfahrensgegenständlichen Los gar nicht mit ausgeschrieben seien.

- Der Verweis der Ag auf § 313 BGB in § 6 Abs. 12 RV habe nur klarstellenden Charakter, dass die dort geregelten Grundsätze nicht abbedungen seien. Zwar scheide eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB aus, wenn sich ein Risiko verwirkliche, das eine Vertragspartei ausdrücklich übernommen habe. Dennoch sei es nicht ausgeschlossen, dass die gesetzlichen Voraussetzungen dieser Vorschrift in anderen Fällen erfüllt seien. Da eine Vertragsanpassung gemäß § 313 BGB zudem nur in eng auszulegenden Ausnahmefällen in Betracht komme, würden die Bieter durch diese vertragliche Regelung auch nicht in die Irre geleitet.

- Zur Häufigkeit der Aut-idem-Substitution habe die Ag alle Angaben gemacht, die sie machen könne. Über das Verordnungsverhalten der Ärzte könne sie nur spekulieren, konkrete Daten zur Häufigkeit des Aut-idem-Ausschlusses habe sie nicht. Abgesehen davon gebe es für parenterale Zubereitungen in der Onkologie bisher allenfalls Generika, aber keinen biosimilaren Wirkstoff, der den Apotheker zum Austausch des verordneten Wirkstoffs verpflichte. Wenn wirkstoffgleiche Arzneimittel zukünftig in den Verkehr gebracht werden, könnten die Preise gemäß § 6 Abs. 7 RV angepasst werden.

- Zur Einhaltung der zweistündigen Lieferfrist bei Ad-Hoc-Bestellungen habe die Ag in ihrer Rügeerwiderung klargestellt, dass die Vertragsapotheke die Kontrolle und Freigabe der Zubereitung vor Auslieferung an den Arzt auf eine andere öffentliche Apotheke, die näher an der betreffenden ärztlichen Betriebsstätte liege, übertragen könne. Im Übrigen habe sie die Losgebiete extra so zugeschnitten, dass eine Belieferung der Ärzte innerhalb von zwei Stunden möglich sei. Eignungskriterien hierzu habe die Ag nicht aufgestellt und auch sonst keine Nachweise gefordert, deren Erfüllung sie im Vergabeverfahren prüfen müsse.

Die Vergabekammer hat dem ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 19. Dezember 2016 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

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

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet, die vom ASt geltend gemachten Vergaberechtsverstöße liegen nicht vor.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

   Der ASt ist gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Durch die Abgabe eines Angebots hat er sein Interesse am Auftrag hinreichend dokumentiert. Des Weiteren macht er, indem er sich gegen die Grundlagen der Ausschreibung, u.a. die Leistungsbeschreibung, wendet, geltend, in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB verletzt zu sein. Unabhängig davon, wie sein Angebot zu bewerten wäre, droht ihm durch die behauptete Rechtsverletzung auch ein Schaden zu entstehen. Denn wenn die Ausschreibungsgrundlagen tatsächlich fehlerhaft wären, erhält er Gelegenheit, ein neues, seines Erachtens zuschlagsfähigeres Angebot abzugeben.

   Des Weiteren hat der ASt die Frist nach § 160 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 GWB eingehalten, indem er seinen Nachprüfungsantrag auf die Nichtabhilfemittelung der Ag vom 8. November 2016 hin am 23. November 2016, also innerhalb von 15 Kalendertagen, eingereicht hat.

   Weitere Bedenken gegen die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bestehen nicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, denn die Ag stützt ihre Zuschlagsentscheidung zu Recht allein auf den Preis (dazu unter a)), hat ausreichende Angaben zu den Ad-hoc-Lieferungen gemacht (dazu unter b)), die Einkalkulierung etwaiger Verwürfe ist für die Bietern zumutbar (dazu unter c)), die Angaben der Ag zu § 313 BGB sowie zur Häufigkeit des Aut-idem-Ausschlusses leiten die Bieter nicht fehl und sind auch sonst nicht vergaberechtswidrig (dazu unter d) bzw. e)) und es ist nicht vergaberechtswidrig, dass die Ag die Einhaltung der

Lieferfrist bei Ad-hoc-Lieferungen im Vergabeverfahren bisher nicht überprüft hat (dazu unter f)).

a) Die Ag darf ihre Wertungsentscheidung allein auf den Preis (bzw. die angebotenen Einsparungen je Gebietslos) stützen. Denn anders als der ASt meint, ist die Ausschreibung nicht (teil-)funktional, so dass ein wertender Vergleich unter den Angeboten auch anhand des Preises möglich ist. Die Leistungsbeschreibung ist mangels weitergehender Vorgaben an die konkrete Vertragsdurchführung auch nicht zu unbestimmt.

   Einem öffentlichen Auftraggeber steht nicht nur bei der Frage, was er beschafft, sondern auch bei der Frage, anhand welcher Kriterien er das für seinen Bedarf wirtschaftlichste Angebot bestimmt, ein nur eingeschränkt überprüfbares Bestimmungsrecht zu (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 105/11). Wie § 127 Abs. 1 S. 3 GWB zeigt, kann er seine Wertungsentscheidung auch allein auf den Preis stützen, wobei jedoch gemäß § 127 Abs. 3, 4 GWB für alle Zuschlagskriterien gilt, dass diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen (was beim Preis bzw. hier den finanziellen Einsparungen der Ag bei der Abrechnung parenteraler Zubereitungen zu ihren Lasten stets der Fall sein dürfte) und so festgelegt und bestimmt sein müssen, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Der Preis kann mithin das einzige Zuschlagskriterium sein, wenn die auszuführenden Leistungen in allen für die Zuschlagsentscheidung in Betracht kommenden Punkten in der Leistungsbeschreibung oder in den übrigen Ausschreibungsunterlagen vom Auftraggeber so hinreichend genau definiert worden sind, dass inhaltlich vergleichbare Angebote zu erwarten sind (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Januar 2014, X ZB 15/13, OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. September 2014, VII-Verg 17/14 m.w.N.).

   Dies ist hier der Fall, denn die verfahrensgegenständliche Ausschreibung ist nicht (teil-) funktional, etwaige – aus maßgeblicher Sicht der Ag (s.o.) – wertungsrelevanten Unterschiede spiegeln sich lediglich im Preis wider. Zwar trifft es zu, dass zahlreiche Modalitäten der Auftragsdurchführung von der Ag nicht im Vorhinein festgelegt wurden, sondern vom betreffenden Auftragnehmer mit dem verordnenden Arzt abzustimmen sind. Dies macht das vorliegende Vergabeverfahren jedoch nicht zu einer (teil-)funktionalen Ausschreibung. Eine solche läge nur dann vor, wenn es gerade Aufgabe der Bieter wäre,

im Rahmen ihrer Angebotserstellung und -kalkulation die zu erbringende Leistung selbst zu ermitteln und ggf. sogar zu planen, weil der öffentliche Auftraggeber die kreativen Ideen der Bieter nutzen will, um so optimale Lösungen für seinen Beschaffungsbedarf entwickeln zu lassen (BGH, Urteil vom 13. März 2008, VII ZR 194/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. Juni 2013, VII-Verg 7/13). Hier verhält es sich jedoch so, dass es der Ag auf eine solche Ermittlung oder Planung der Auftragserfüllung bei der Bestellung, Herstellung und Auslieferung einer parenteralen Zubereitung an den verordnenden Arzt im Einzelfall gar nicht ankommt. Alle Vorgaben, die ihr zur Versorgung ihrer Versicherten mit parenteralen Zubereitungen in der Onkologie wichtig und kraft Gesetzes zwingend einzuhalten sind (etwa wegen des Gebots der ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Versorgung der Versicherten (§ 12 Abs. 1, § 70 SGB V) und den Vorgaben der ApBetrO), hat die Ag im ausgeschriebenen Vertrag und in der Leistungsbeschreibung gemacht. Weitere verbindliche Vorgaben braucht sie zur Erfüllung ihrer Sachleistungspflicht gegenüber ihren Versicherten (§ 2 Abs. 1, 2, 4 SGB V) nicht zu machen. Hinzu kommt, dass die Ag nicht weiter in die (etablierten oder zu etablierenden) Lieferbeziehungen der Leistungserbringer Arzt und Apotheker eingreifen will, allein schon um die Therapiefreiheit der Ärzte nicht weiter als für die hier ausgeschriebenen Verträge nötig einzuschränken. Dass die Ag diesbezüglich nicht die Einzelabreden zwischen Vertragsapotheke und Arzt beeinflussen und im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigen will, wird nicht zuletzt dadurch bestätigt, dass diese Vereinbarungen ausdrücklich erst nach Zuschlag erfolgen sollen, wenn also das Vergabeverfahren bereits abgeschlossen ist. Da es der Ag – über das gesetzlich Vorgeschriebene und zur Versorgung ihrer Versicherten Notwendige hinaus – mithin gar nicht auf die Modalitäten der konkreten Bestellung, Zubereitung und Auslieferung ankommt, sind für sie alle Angebote, die die von ihr gesetzten Anforderungen erfüllen, gleichwertig und inhaltlich homogen. Eine vergleichende Bewertung solcher Angebote ist der Ag mithin allein aufgrund des Unterscheidungskriteriums „Preis“ möglich (so auch in einem vergleichbaren Fall: 2. VK Bund, Beschluss vom 29. September 2016, VK 2-93/16) und wäre mithin nicht willkürlich i.S.d. § 127 Abs. 4 S. 1 GWB.

Aufgrund derselben Erwägungen ist die Leistungsbeschreibung vorliegend auch nicht zu unbestimmt, auch wenn sie den künftigen Auftragnehmern (in Absprache mit den Ärzten) jedenfalls zum Teil die Ausgestaltung der konkreten Bestell- und Lieferabwicklung überlässt. Ob eine Leistungsbeschreibung hinreichend bestimmt ist und dazu führt, dass die Angebote untereinander vergleichbar sind, richtet sich nach dem Beschaffungsbedarf des öffentlichen Auftraggebers: Er bestimmt, was er beschafft, und damit auch, welche

Anforderungen ein Angebot erfüllen muss, um seinen Bedarf zu befriedigen. Dementsprechend sind alle Angebote, die diesem in der Leistungsbeschreibung definierten Beschaffungsbedarf entsprechen, gleichwertig und mithin untereinander hinreichend vergleichbar. Dies gilt auch dann, wenn dieser Bedarf aus Sicht einzelner Bieter zu grob oder offen formuliert sein sollte. Anderenfalls würde nicht der öffentliche Auftraggeber, sondern der einzelne Bieter mit seinem Angebot den Beschaffungsbedarf definieren. Dies ist vergaberechtlich jedoch gerade nicht so vorgesehen – der öffentliche Auftraggeber muss seinen Bedarf nicht so ausgestalten, dass er den Wünschen oder Vorstellungen einzelner Bieter gerecht wird (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12; und vom 25. April 2012, VII-Verg 100/11). Dies bedeutet für den vorliegenden Fall, dass die Ag nur das in die Leistungsbeschreibung aufnehmen musste, was für die Definition ihres Beschaffungsbedarfs erforderlich ist. Dies ist hier geschehen (s.o.). Auf die subjektiven Vorstellungen eines Bieters vom Umfang und Eindeutigkeit der Leistungsbeschreibung kommt es hierbei nicht an (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. April 2013, VII-Verg 50/12).

Dass die Leistungsabwicklung vorliegend nicht wie im „klassischen“ Fall eines öffentlichen Auftrags zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer erfolgt, sondern im vom ASt angesprochenen „sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis“ (Arzt-Apotheker-gesetzliche Krankenkasse) ändert an der vergaberechtlichen Beurteilung dieses Sachverhalts nichts. Denn der Arzt, der einem Versicherten (hier:) eine parenterale Zubereitung verordnet, tritt als Vertreter des öffentlichen Auftraggebers (der betreffenden gesetzlichen Krankenkasse) auf, der damit den Sachleistungspflichten gegenüber seinen Versicherten (§ 2 Abs. 2 SGB V) nachkommt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07; vgl. zur Zurechnung des Arztes zur betreffenden Krankenkasse bei der Verordnung eines Medikaments nur: BSG, Urteil vom 3. August 2006, B 3 KR 6/06 R; BGH, Beschluss vom 25. November 2003, 4 StR 239/03 m.w.N.). Jedenfalls wenn es um die Frage der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze der § 97 Abs. 1, 2 GWB geht, ordnet sich der sozialrechtliche Regulierungsrahmen dem höherrangigen Vergaberecht unter (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. September 2016, VII-Verg 13/16). Abgesehen davon entspricht es der std. Rechtsprechung im Vergaberecht, dass u.a. die Grundsätze des Leistungsbestimmungsrechts eines öffentlichen Auftraggebers und der Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung auch auf Ausschreibungen über Rabattverträge im Arzneimittelbereich ohne Weiteres anwendbar sind (vgl. dazu nur die hier und im Folgenden zitierten Entscheidungen des OLG Düsseldorf).

b) Das Vergabeverfahren ist auch nicht deshalb fehlerhaft, weil die Ag keine weiteren Angaben zur Definition und Häufigkeit der Ad-hoc-Lieferungen gemacht hat. Diesbezüglich kommt es nicht darauf an, ob solche – unstreitig – konstenintensiveren Lieferungen z.B. je nach Verordnungsverhalten der Ärzte in einem Losgebiet häufig vorkommen (so der ASt), oder ob solche Verordnungen nur ausnahmsweise von der Ag als vertragskonform anzuerkennen und dementsprechend zu erstatten sind (so mit Verweis auf das Wirtschaftlichkeitsgebot der § 12 Abs. 1, § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V: BSG, Urteil vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 R, Rz. 35, 40). Denn auch wenn die Bieter ihrer Angebotskalkulation unterschiedliche Auffassungen zugrunde legen sollten, führt dies nicht dazu, dass die Leistungsbeschreibung der Ag zu unbestimmt ist und keine vergleichbaren Angebote i.S.d. § 121 Abs. 1 GWB zu erwarten wären oder dass eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation den Bietern unzumutbar und damit vergaberechtswidrig wäre (vgl. hierzu nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2012, VII-Verg 24/12 m.w.N.).

Denn erstens liegt es in der Natur einer Rahmenvereinbarung wie sie hier ausgeschrieben wurde, dass der tatsächliche Umfang der Leistungspflicht des künftigen Auftragnehmers (hier die Häufigkeit teurer und aufwändiger Ad-Hoc-Lieferungen) ungewiss ist (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 8. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11). Wie § 21 Abs. 1 S. 2 VgV zeigt, gelten die Regelungen des § 121 Abs. 1 GWB über die Bestimmtheit, Eindeutigkeit und Vollständigkeit der Leistungsbeschreibung dementsprechend nur eingeschränkt: Das in Aussicht genommene Auftragsvolumen ist lediglich so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben, braucht aber nicht abschließend festgelegt zu werden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12). Ein öffentlicher Auftraggeber wie die Ag braucht den Bietern daher nur ihm bekannte, zugängliche oder jedenfalls zumutbar, d.h. unschwer zu beschaffende Informationen über den voraussichtlichen Auftragsumfang zur Verfügung zu stellen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, VII-Verg 96/11). Bei öffentlichen Ausschreibungen im Arzneimittelbereich zählen hierzu insbesondere Angaben zum bisherigen Abgabevolumen. Diesen Anforderungen hat die Ag genügt, Angaben zur Ad-Hoc-Bestellquote liegen ihr jedoch nicht vor und können von ihr mangels entsprechender Datenerhebung oder Statistikpflicht der Ärzte bzw. Apotheker auch nicht beschafft werden (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Dezember 2011, aaO.; 2. VK Bund, Beschlüsse vom 29. September 2016, VK 2-93/16; und vom 20. September 2016, VK 2-85/16). Dies wird dadurch bestätigt, dass nicht einmal die derzeit zwischen dem GKV-

Spitzenverband und dem Deutschen Apothekerverband vereinbarte Hilfstaxe Daten zur Häufigkeit der Ad-hoc-Lieferungen enthält, sondern diese ohne Berücksichtigung der auftretenden Häufigkeit schlicht inkludiert. Aus der Natur der Rahmenvereinbarung folgt ein Weiteres, nämlich dass den entsprechenden Angeboten – abhängig vom in der Regel nicht abschließend vorhersehbaren Auftragsvolumen – stets erhebliche Kalkulationsrisiken innewohnen, die typischerweise vom Bieter zu tragen sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 8. April 2012, VII-Verg 93/11; und vom 19. Oktober 2011, VII-Verg 54/11). Was die Verlässlichkeit der Angebotskalkulation angeht, erhöht sich bei der Ausschreibung eines Rahmenvertrags mithin auch im vorliegenden Fall die Zumutbarkeitsschwelle zu Lasten der Bieter. Die Grenze zur Unzumutbarkeit einer vernünftigen kaufmännischen Kalkulation ist auch im vorliegenden Fall nicht überschritten, da gerade die bietenden Apotheken wie der ASt aufgrund ihrer bisherigen Tätigkeit die Häufigkeit von Ad-Hoc-Lieferungen und deren Schwankungen etwa aufgrund von Praxisübergängen auf neue Ärzte besser einschätzen können als die Ag (so auch in einem vergleichbaren Fall: 2. VK Bund, Beschluss vom 20. September 2016, aaO.; vgl. dazu, dass bei der Beurteilung der Kalkulationsgrundlagen die Markterfahrung der Bieter zu berücksichtigen ist, OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 30. Januar 2012, VII-Verg 102/11 und VII-Verg 103/11). Zudem dürfte sich – da eine parenterale Zubereitung bereits an sich teuer ist (laut Ag in der mündlichen Verhandlung kostet eine einzelne Zubereitung durchschnittlich 900 Euro) – der die Ad-hoc-Lieferung betreffende Kostenanteil zumindest nicht wesentlich auf die Kalkulation im Übrigen auswirken. Für die Frage, ob ein Kalkulationsrisiko kaufmännisch zumutbar ist, ist darüber hinaus der „Wert“ der Gegenleistung zu berücksichtigen, die der künftige Auftragnehmer erhält: Diese besteht hier darin, dass der Bieter bei seiner Kalkulation jedenfalls sicher davon ausgehen kann, dass er für eine verhältnismäßig lange Zeit (3 Jahre) der einzige Vertragspartner der Ag für sein Gebietslos ist, so dass alle parenteralen Zubereitungen in diesem Zeitraum nur durch ihn bedient werden (so auch 2. VK Bund, Beschluss vom 29. September 2016, VK 2-93/16). Hinzu kommt im konkreten Fall Folgendes: Der Auftragnehmer (also die Apotheke) selbst kann in seinen vor Beginn seiner Lieferungen mit den in seinem Losgebiet ansässigen Ärzten Gespräche über die Bestellungsmodalitäten führen (§ 3 Abs. 9 RV); außerdem steht auch der vorliegende Vertrag unter dem Wirtschaftlichkeitsgebot (§ 2 Abs. 1, 4, § 3 Abs. 8 S. 2 RV), so dass auch eine Ad-Hoc-Bestellung grds. nur dann in Betracht kommt, „soweit dies mit dem sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß §§ 12, 70 SGB V vereinbar ist“ (vgl. § 3 Abs. 8 S. 2 RV). Zumindest in einem gewissen Maß kann der künftige Auftragnehmer also selbst auf die Bestellungsmodalitäten der Ärzte Einfluss nehmen. Sollten Ärzte tatsächlich

entgegen dem Wirtschaftlichkeitsgebot und über das medizinisch notwendige Maß hinaus Ad-Hoc-Lieferungen anfordern, kann der Auftragnehmer gemäß § 3 Abs. 13 RV darüber hinaus zumindest über die Ag auf das Verordnungsverhalten der Ärzte einwirken. Auch wenn der ASt den letztgenannten Interventionsmechanismus für nicht erfolgversprechend hält, sind dies – neben den o.g. eigenen Beeinflussungsmöglichkeiten der betreffenden Apotheke selbst – jedenfalls Möglichkeiten, die der Ag zukommen und auf die der Auftragnehmer Einfluss nehmen kann. Wegen des oben unter a) angesprochenen sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses können gesetzliche Krankenkassen wie die Ag auf eine Medikamentenabgabe, die den sozialrechtlichen Geboten der ausreichenden, zweckmäßigen und wirtschaftlichen Arzneimittelversorgung entspricht, nicht allein durch den Zugriff auf den mit ihr vertraglich verbundenen Auftragnehmer einwirken. Vielmehr sind alle Beteiligten in diesem Dreiecksverhältnis gleichermaßen an die o.g. sozialrechtlichen Grundsätze gebunden und müssen zu deren Erfüllung entsprechend zusammenwirken – wenn sich Ärzte und/oder Apotheker nicht an diese Grundsätze halten, bleibt der gesetzlichen Krankenkasse als letztes Mittel lediglich die Retaxierung, soweit Ärzte oder Apotheker gegen die ihnen obliegende Verpflichtung zur Erbringung einer wirtschaftlichen Versorgung verstoßen (anschaulich dazu: BSG, Urteil vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 R).

c) Dasselbe gilt für die Zumutbarkeit der Kalkulation trotz Einbeziehung etwaiger Verwürfe, also nicht weiterverwendbarer Teilmengen von Arzneimitteln. Die ihr vorliegenden und zumutbar ermittelbaren Angaben zum Umfang solcher Verwürfe hat die Ag den Bietern für einen Referenzzeitraum in den Vergabeunterlagen mitgeteilt. Aktuellere Daten, etwa zu einem veränderten Verwurfsverhalten wegen der vom ASt zitierten Entscheidung des SG Würzburg vom 14. April 2016 (Az.: S 17 KR 260/14) oder da parenterale Zubereitungen angeblich patientenspezifischer herzustellen und Anbrüche entsprechend weniger für andere Krebspatienten verwendbar sind, liegen derzeit niemandem, insbesondere der Ag, nicht vor und können von der Ag auch nicht mit zumutbarem Aufwand erhoben werden. Neue Wirkstoffe, die der ASt erwähnt hat und die in den derzeitigen Daten nicht enthalten sind, sind im verfahrensgegenständlichen Los gar nicht zu bepreisen, so dass der ASt durch angeblich veraltete Daten nicht in seinen Rechten verletzt wäre. Zudem ist es aufgrund ihrer bisherigen praktischen Erfahrungen eher den bietenden Apotheken zuzumuten, bei ihrer Preiskalkulation abzuschätzen, wie sich die Verwurfszahlen im Hinblick auf die Entscheidung des SG Würzburg oder der Einführung weiterer sog. targeted therapies entwickeln. Wie der Vortrag des ASt zeigt, hat er hierzu entsprechende Vorstellungen, die

er bei seiner kaufmännischen Kalkulation berücksichtigen kann. Zudem wird ebenfalls nachvollziehbar vertreten, dass die Menge der verordneten „klassischen Wirkstoffe“ aufgrund der targeted therapies gar nicht relevant zurückgehen wird (vgl. hierzu: 2. VK Bund, Beschluss vom 29. September 2016, VK 2-93/16). Dass die Bieter hierbei ggf. von unterschiedlichen Annahmen ausgehen, ist grundsätzlich jeder Angebotskalkulation im Bieterwettbewerb wesenseigen und führt jedenfalls nicht dazu, dass deren Angebote in vergaberechtswidriger Weise nicht miteinander vergleichbar wären (vgl. dazu bereits oben unter b)). Das Risiko, den ungewissen Verwurfs mit einkalkulieren zu müssen, zählt – wie bereits obergerichtlich entschieden – damit zu dem vom Auftragnehmer zu tragenden Betriebsrisiko (OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11; und vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11; s. auch 2. VK Bund, Beschlüsse vom 29. September 2016, VK 2-93/16 m.w.N.; vom 28. September 2016, VK 2-91/16; und vom 21. September 2016, VK 2-87/16). Anders als bei den zum selben Ergebnis kommenden Entscheidungen des OLG Düsseldorf (Beschlüsse vom 7. November 2011, und vom 18. April 2012, jeweils aaO.) werden die kalkulationsrelevanten Unwägbarkeiten des künftigen Auftragnehmers hier sogar noch dadurch wesentlich abgemildert, dass er bei seiner Kalkulation jedenfalls sicher davon ausgehen kann, dass er für eine verhältnismäßig lange Zeit (3 Jahre) der einzige Vertragspartner der Ag für sein Gebietslos ist, so dass alle parenteralen Zubereitungen in diesem Zeitraum nur durch ihn bedient werden (so auch 2. VK Bund, Beschlüsse vom 29. September 2016; vom 28. September 2016 und vom 21. September 2016, jeweils aaO.). D.h. umso eher ist der vorliegende Sachverhalt im Einklang mit der obergerichtlichen Rechtsprechung als vergaberechtskonform zu erachten.

d) Die Regelung in § 6 Abs. 12 RV, dass § 313 BGB „unberührt“ bleibe, ist nicht vergaberechtswidrig (vgl. 2. VK Bund, Beschluss vom 29. September 2016, VK 2-93/16). Was den Einwand des ASt angeht, diese Auskunft sei rechtlich unrichtig und führe zur Vergaberechtswidrigkeit des Verfahrens, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass ein öffentlicher Auftraggeber ohnehin nicht befugt ist, verbindliche Rechtsauskünfte zu geben (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2014, VII-Verg 2/14). Unabhängig davon, was Vertragsparteien insoweit regeln, obliegt die rechtsverbindliche Auslegung allein den zuständigen Gerichten (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Februar 2014, aaO.) – dies gilt erst recht, wenn es wie hier um die Auslegung von zivilrechtlichen Vorschriften im Zusammenhang mit der Durchführung eines Vertrags geht. Abgesehen davon ist diese von der Ag vorformulierte Aussage nicht unrichtig. Zwar trifft es zu, dass § 313 BGB nicht eingreift, wenn die Vertragsparteien z.B. das Risiko von Preissteigerungen von vornherein

vertraglich dadurch abbedungen haben, dass sie für einen bestimmten Zeitraum Festpreise vereinbaren (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2013, VIII ZR 47/12). Jedoch erscheint es nicht von vornherein ausgeschlossen, dass auch bei der Ausführung des verfahrensgegenständlichen Vertrags Umstände eintreten, die vertragsgrundlegende Umstände unvorhergesehen schwerwiegend und unzumutbar verändern, so dass der Anwendungsbereich des § 313 BGB eröffnet ist (vgl. auch 2. VK Bund, Beschluss vom 29. September 2016, aaO.). § 6 Abs. 12 RV stellt also nur ausdrücklich klar, was ohnehin zivilrechtlich gilt. Dass Bieter theoretisch – so der ASt – von dieser Vertragsklausel irregeleitet werden, weil sie wegen der Erwähnung des § 313 BGB in § 6 Abs. 12 RV die Anwendungshürden des § 313 BGB unterschätzen, ist ein Risiko, dem jedes am Rechtsverkehr teilnehmende Unternehmen ausgesetzt ist, weil die endgültige Auslegung solcher Normen im Streitfall den zuständigen Gerichten obliegt (s.o.).

e) Die Aussagen der Ag zur geringen Häufigkeit des Aut-idem-Ausschlusses in der Leistungsbeschreibung und in einer Antwort auf eine Bieterfrage sind ebenfalls nicht geeignet, den Bietern unzumutbare Kalkulationsrisiken aufzuerlegen. Abgesehen davon, dass es laut der Ag im Bereich der parenteralen Zubereitungen in der Onkologie gar keine substitutionsfähigen Biosimilars gibt, so dass der vom ASt befürchtete Fall praktisch gar nicht eintreten könnte (allenfalls bei Generika), liegen der Ag konkrete Daten zur Aut-idem-Praxis der verordnenden Ärzte nicht vor und können mangels Statistikpflicht der Apotheker oder der Ärzte von ihr auch nicht mit zumutbarem Aufwand erhoben werden (ebenso: LSG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2010, L 21 SF 152/10 Verg; vgl. zum Umfang der den Bietern mitzuteilenden Kalkulationsgrundlagen oben unter b)). Des Weiteren spricht viel dafür, dass die Aussagen der Ag sogar zutreffend sind, denn wegen des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots (§ 12 Abs. 1, § 70 Abs. 1 S. 2 SGB V) ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Substitution nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen wird (so auch LSG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2010, aaO.). Fehlleiten wie der ASt meint, konnten die Aussagen der Ag die Bieter darüber hinaus deshalb nicht, weil sie stets betont hat, dass es sich insoweit lediglich um „ihre Auffassung“ bzw. „Kenntnis“ handele – einen möglicherweise irreführenden Anspruch auf Allgemeingültigkeit hat die Ag insoweit also nie erhoben. Die Ungewissheit darüber, ob sich die kalkulatorischen Annahmen bewahrheiten (häufige Verwendung eines teuren Orignalpräparats oder Ersetzungsmöglichkeit durch preiswertere wirkstoffgleiche Arzneimittel gemäß § 129 Abs. 1 SGB V) macht die Kalkulation auch nicht im vergaberechtswidrigen Sinne kaufmännisch unzumutbar (vgl. hierzu oben unter b)). Denn anders als die Ag verfügen die bietenden Apotheken aufgrund

ihrer bisherigen Erfahrungen über gewisse Erkenntnisse darüber, ob Ärzte Originalprodukte verordnen oder die Substitution durch preiswertere Wirkstoffe zulassen (so nach seinem eigenen Bekunden auch der ASt) (vgl. auch LSG NRW, Beschluss vom 22. Juli 2010, aaO.). Zudem wird das Risiko, von einem unzutreffenden Produktumsatz oder -absatz ausgegangen zu sein, vorliegend durch den vereinbarten Exklusivvertrag und die verhältnismäßig lange Vertragsdauer von 3 Jahren abgemildert (vgl. hierzu bereits oben unter b)). Dass die entsprechenden Annahmen unterschiedlich ausfallen können, führt nicht dazu, dass die Angebote nicht vergleichbar wären und macht das Vergabeverfahren auch sonst nicht vergaberechtswidrig (vgl. bereits oben unter c)).

f) Rechtswidrig ist es ebenfalls nicht, dass die Ag im Vergabeverfahren bisher nicht überprüft hat, ob ein Bieter tatsächlich in der Lage ist, Ad-Hoc-Lieferungen gemäß § 3 Abs. 10 RV innerhalb von zwei Stunden durchzuführen. Als Eignungsanforderung dürfte die Ag die Einhaltung dieser Lieferfrist gar nicht prüfen. Zunächst ist bereits zweifelhaft, ob die Ag eine solche Anforderung überhaupt für die Beurteilung der Eignung hätte aufstellen dürfen (ablehnend: 2. VK Bund, Beschluss vom 30. November 2016, VK 2-111/16), weil die Einhaltung einer bestimmten Lieferfrist möglicherweise nicht unter die Nachweise der – diesbezüglich allein in Frage kommenden – technischen Leistungsfähigkeit i.S.d. Art. 60 Abs. 4 i.V.m. Anhang XII, Teil II der Richtlinie 2014/24/EU subsumiert werden kann (vgl. zum abschließenden Charakter der dort genannten (und regelungsgleich in §§ 44, 46 Abs. 3 VgV umgesetzten) Vorgaben: EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13). Jedenfalls aber hat die Ag diese Anforderung nicht gemäß § 122 Abs. 3 GWB, § 48 Abs. 1 VgV in der Bekanntmachung als Eignungskriterium aufgestellt oder entsprechende Eignungsbelege gefordert (s. Ziffer III.1.2 der Bekanntmachung). Vielmehr hat sie diese Lieferfrist vergaberechtskonform in § 3 Abs. 10 RV als Auftragsausführungsbedingung i.S.d. Art. 70 RL 2014/24/EU, § 128 Abs. 2 GWB formuliert und vorgesehen, deren Einhaltung im Rahmen der Vertragsdurchführung dergestalt zu prüfen, dass etwaige Verletzungen unter den Voraussetzungen der § 9 Abs. 1, 2, S. 3 RV zu einer Vertragsstrafe oder wegen ggf. schuldhaft falscher Angaben über die Einhaltung der vertraglich vereinbarten Bedingungen zu einer außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Vertrags führen (§ 12 Abs. 1, 2, zweiter Spiegelstrich RV).

Es kann offen bleiben, ob die Ag etwa in augenfälligen Ausnahmefällen auch verpflichtet wäre, bereits während des Vergabeverfahrens zu prüfen, ob ein Bieter sein mit dem

Angebot abgegebenes Versprechen, die Lieferfrist i.S.d. § 3 Abs. 10 RV einhalten zu können, tatsächlich auch einhalten können wird (ablehnend: 2. VK Bund, Beschluss vom 30. November 2016, aaO. unter Verweis auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. Mai 2014, VII-Verg 46/13). Da die Ag nach eigenem Bekunden in der mündlichen Verhandlung die Wertung der Angebote derzeit noch nicht abgeschlossen hat, ist es zu einem daraus ggf. resultierenden vergaberechtswidrigem Verhalten ihrerseits bisher nicht gekommen, so dass eine Rechtsverletzung des ASt zum gegenwärtigen Zeitpunkt schlechterdings ausgeschlossen ist.

III.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Sach- und Rechtsfragen zu den Anforderungen an Vergabeunterlagen aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.

Die hauptamtliche Beisitzerin Dr. Dittmann
ist wegen Ortsabwesenheit an der
Unterschriftsleistung gehindert.

Behrens Behrens