



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 65/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...],

- Antragsgegner zu 2) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 3) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 4) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 5) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 6) -

[...],

- Antragsgegner zu 7) -

[...],

- [...], - Antragsgegnerin zu 8) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 9) -
- [...], - Antragsgegner zu 10) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 11) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 12) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 13) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 14) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 15) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 16) -
- [...], - Antragsgegnerin zu 17) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Abschluss von Rahmenverträgen [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott auf die mündliche Verhandlung vom 22. Juli 2016 am 27. Juli 2016 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die den Antragsgegnerinnen zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt), ein in der Entwicklung, der Herstellung und dem Vertrieb von [...] tätiges Unternehmen, macht die Vergaberechtswidrigkeit der Nachfragebündelung durch die Antragsgegnerinnen (Ag) geltend.

1. Die Ag [...] den beabsichtigten Abschluss von Rahmenverträgen für [...] zur Versorgung der in diesen Regionen radiologisch tätigen Vertragsärzte gemeinschaftsweit bekannt ([...]). Die ausgeschriebene Leistung ist in zwei Gebietslose ([...]) und – je Gebietslos – in zwei Teillose aufgeteilt. In Teillos 1 werden je Gebietslos mehrere Wirkstoffe der gleichen Indikation innerhalb von 13 Fachlosen zusammengefasst. In den 6 Fachlosen des Teillos 2 werden jeweils einzelne Wirkstoffe PZN-bezogen ausgeschrieben. Streitgegenständlich sind in beiden Gebietslosen die Fachlose B, C, G, K und M (in Teillos 1). Die Vertragslaufzeit soll 1 Jahr betragen, beginnend am [...], und optional zwei Mal um jeweils 6 Monate verlängert werden können.

Ebenfalls am [...] den beabsichtigten Abschluss eines Rahmenvertrags zur Versorgung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen in [...] mit Kontrastmitteln im Rahmen eines offenen Verfahrens gemeinschaftsweit bekannt ([...]). Diese Ausschreibung ist inhaltlich nahezu identisch mit der streitgegenständlichen Ausschreibung. Gegen die Parallelausschreibung richtet sich ein weiterer Nachprüfungsantrag der ASt (VK 2 – 63/16).

Die Kontrastmittel gehören in [...] sog. Sprechstundenbedarf, der in der Arztpraxis zum Einsatz kommt. Die Krankenkassen haben mit den für die betreffenden Bezirke zuständigen KV'en Vereinbarungen über die ärztliche Versorgung von Sprechstundenbedarf abgeschlossen. Die in diesen KV-Bezirken niedergelassenen Vertragsärzte lösen den

Bestellvorgang in der Weise aus, dass sie bei freier Produktwahl Rezepte für ihren Bedarf ausstellen und die Bestellung bei einem Hersteller oder Großhändler eigenverantwortlich und auf Rechnung der federführenden Ag vornehmen. Aufgrund einer Ergänzungsvereinbarung zur Sprechstundenbedarfsvereinbarung sind die Vertragsärzte verpflichtet, diese direkt vom Hersteller oder Großhandel zu beziehen, wenn ein solcher Direktbezug wirtschaftlich sinnvoller ist. Die radiologisch tätigen Vertragsärzte werden von den Ag über den/die Ausschreibungsgewinner informiert, so dass die Ärzte die Bestellung direkt bei dem/den entsprechenden Unternehmen aufgeben können (vgl. etwa § 2 Abs. 2 des Entwurfs des Rahmenvertrags für [...] in Anlage ASt 3).

Der Zuschlag soll gemäß Ziffer IV.2.1) der Bekanntmachung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erteilt werden. Die Angebotsabgabefrist endete am 17. Juni 2016.

Die ASt beteiligte sich durch Abgabe eines Angebots an der Ausschreibung.

Mit anwaltlichem Schreiben vom [...] brachte die ASt diverse Rügen gegen die Vergabeunterlagen an. Die ASt monierte insbesondere, dass die zeit- und inhaltsgleiche Ausschreibung aller gesetzlichen Krankenkassen und Krankenkassenverbände [...] mit dem Kartellverbot unvereinbar sei. Die Ag teilten der ASt in einem Schreiben vom 23. Juni 2016 mit, dem Rügevorbringen nicht abhelfen zu wollen.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 8. Juli 2016 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Die ASt hält die Vergabekammer für kompetent, zu prüfen, ob eine kartellrechtswidrige Nachfragebündelung vorliege. Vergaberechtliche Anknüpfungsnormen für eine solche Prüfung sind nach Ansicht der ASt § 97 Abs. 1 GWB und § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV. Das OLG Düsseldorf habe in einer Entscheidung vom 27. Juni 2012 (Az.: Verg 7/12) deutlich gemacht, dass die Vergabekammer befugt sei, kartellrechtliche Verstöße festzustellen, wenn diese ohne zeitaufwändige Untersuchung einwandfrei festzustellen seien. Dies sei vorliegend der Fall.

Zur Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 Satz 1 GWB) trägt die ASt vor, ihr Interesse am Auftrag durch Angebotsabgabe dokumentiert zu haben. In ihren Rechten werde sie durch den Missbrauch des Instituts der Rahmenvereinbarung (§ 21 Abs. 1 Satz 3 VgV) und durch

die wettbewerbswidrige Nachfragebündelung (§ 97 Abs. 1 GWB) verletzt. Die geltend gemachten Rechtsverletzungen drohten, ihre Zuschlagschancen zu beeinträchtigen. Der durch die gemeinsame Ausschreibung aller Krankenkassen ausgelöste Wettbewerbsdruck erschwere die Angebotskalkulation erheblich. Außerdem werde sie im Falle der Zuschlagserteilung an einen Wettbewerber ca. 24 % ihres inländischen Umsatzes verlieren.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet.

In Rechtsprechung (z.B. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.1.2011, VII-Verg 3/11) und Literatur sei anerkannt, dass eine kartellrechtlich unzulässige Nachfragebündelung gegen das Mißbrauchsverbot des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV verstoßen könne.

Wie sich aus § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V ergebe, seien die Krankenkassen grundsätzlich verpflichtet, die dort im Einzelnen aufgeführten kartellrechtlichen Bestimmungen, insbesondere das Kartellverbot des § 1 GWB, entsprechend anzuwenden. Da nach § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V das Kartellrecht nur „entsprechend“ gelte, komme es auf die insbesondere im EU-Kartellrecht streitige Frage, ob Krankenkassen als Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV zu qualifizieren seien, im Ergebnis nicht an. Von dem Grundsatz der entsprechenden Anwendbarkeit des nationalen Kartellrechts mache § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V eine Ausnahme in Fällen, in denen die Krankenkassen von Gesetzes wegen zum Abschluss eines Vertrags oder einer sonstigen Vereinbarung verpflichtet seien. Eine sozialgesetzliche Verpflichtung, Rahmenverträge über Röntgenkontrastmittel abzuschließen, gebe es jedoch nicht. Insofern unterscheide sich die Rechtslage von derjenigen etwa im Bereich der Versorgung der Versicherten mit Schutzimpfungen. Der Abschluss von Verträgen über die Versorgung mit Schutzimpfungen habe in § 132e SGB V eine ausdrückliche Regelung gefunden.

Auf dem bundesweit abzugrenzenden Markt für Röntgenkontrastmittel erreichen die Ag nach Schätzungen der ASt - aufgrund der Nachfragebündelung in den [...] - einen gemeinsamen Marktanteil von rd. 24 %. Der in den Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission genannte Schwellenwert von 15 %, bis zu dem eine Nachfragebündelung grundsätzlich kartellrechtlich unbedenklich sei, werde folglich deutlich überschritten. Das LG Hannover habe in einer zu Gripeschutzimpfungen ergangenen Entscheidung festgestellt, dass die Horizontalleitlinien der Europäischen Kommission auch auf die

Nachfragebündelung durch Krankenkassen Anwendung finden (LG Hannover, Urt. v. 15.6.2011, 21 O 25/11).

Durch die gemeinsame, zeit- und inhaltsgleiche Ausschreibung der Rahmenverträge für Kontrastmittel werde eine Beschränkung des Nachfragewettbewerbs zwischen den Ag bezweckt und bewirkt. Aufgrund der einheitlichen Bewertungskriterien in den beiden Vergabeverfahren sei zu erwarten, dass derselbe Bieter die Zuschläge auf alle Lose erhalten werde. Die unterlegenen Bieter hätten sodann – bei Ausübung der Optionen – über einen Zeitraum von 2 Jahren hinweg keine Gelegenheit, in den [...] im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung zu erzielen.

Das Nachfragekartell sei nicht nach § 2 Abs. 1 GWB freistellungsfähig. Soweit es den Ag gelingen sollte, Kosteneinsparungen zu erzielen, würden die Verbraucher, d.h. die Versicherten, hieran nicht beteiligt werden. Die Krankenkassen selbst hätten keine Möglichkeit, auf die Höhe der Versicherungsbeiträge einzuwirken. Die Festsetzung der Beitragshöhe falle in die Zuständigkeit des Gesetzgebers. Hinzu komme, dass die Ausschreibung ein Anbietersterben von kleinen und mittleren Pharmaherstellern zur Folge haben werde, so dass mittel- bis langfristig die Arzneimittelkosten der Krankenkassen aufgrund des dann geringeren Wettbewerbsdrucks steigen würden.

Die gemeinsame Ausschreibung sei auch nicht unerlässlich, um vermeintliche Effizienzgewinne zu generieren. In einzelnen Bundesländern, wie z.B. [...], hätten die Krankenkassen mit der zuständigen KV eine Kontrastmittelpauschale vereinbart. Vorteil der Vereinbarung von Pauschalen sei, dass der Arzt eigenständig entscheiden könne, welche Kontrastmittel er für seine Praxis beziehen wolle. Der Arzt werde also nicht – wie bei dem ausgeschriebenen Rahmenvertrag – verpflichtet, grundsätzlich nur noch das bezuschlagte Produkt zu beziehen. Aus Sicht der Hersteller habe die Vereinbarung von Pauschalen den Vorteil, dass sie um die Nachfrage jedes einzelnen Arztes konkurrieren könnten.

Die kartellrechtswidrige Nachfragebündelung sei auch mit dem Wettbewerbs- und Verhältnismäßigkeitsgebot des § 97 Abs. 1 GWB nicht vereinbar. Denn die Bündelung führe zu einer Beschränkung des Wettbewerbs zwischen den Anbietern.

Hilfsweise macht die ASt geltend, dass es darauf, ob die Nachfragebündelung auch mit § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV und/oder § 97 Abs. 1 GWB vereinbar sei, im Ergebnis nicht ankomme, weil die Vergabekammer Kartellrechtsverstöße auch isoliert aufgreifen könne. Das OLG Düsseldorf habe eine solche Prüfständigkeit der Nachprüfungsinstanz jedenfalls in den Fällen anerkannt, in denen die kartellrechtlichen Verstöße des Auftraggebers ohne zeitaufwändige Untersuchung festzustellen seien (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 27.6.2012, VII-Verg 7/12). Für diese Sichtweise spreche die Vorschrift des § 156 Abs. 2 Satz 1 GWB, die eine Zuständigkeitskonzentration zugunsten der Nachprüfungsinstanzen für die Geltendmachung von Primärrechtsschutz vorsehe. Die von der ASt geltend gemachten Verstöße gegen Kartellrecht seien ein „sonstiger Anspruch“ im Sinne des § 156 Abs. 2 Satz 1 GWB. Im Übrigen gebieten nach Ansicht der ASt auch der vergaberechtliche Beschleunigungsgrundsatz und § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V die Prüfung von Kartellrechtsverstößen durch die Nachprüfungsinstanzen.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu verpflichten, hinsichtlich des Gebietsloses 1 - Fachlose B, C, G, K und M (in Teillos 1) und hinsichtlich des Gebietsloses 2 – Fachlose B, C, G, K und M (in Teillos 1) keine Zuschläge zu erteilen und das Vergabeverfahren aufzuheben,
2. der ASt Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren,
3. den Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der ASt für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären.

b) Die Ag beantragen,

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

Nach Ansicht der Ag fällt die Prüfung der von der ASt geltend gemachten Kartellrechtsverstöße nicht in die Zuständigkeit der Vergabekammer. Wie sich aus § 156 Abs. 2 GWB ergebe, könnten vor den Nachprüfungsinstanzen Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB sowie sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber geltend gemacht werden, die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet seien. Die zwischen den Ag getroffene Vereinbarung, die Kontrastmittel gemeinsam zu beschaffen, sei bereits im Vorfeld der Ausschreibung getroffen worden.

Der Vorwurf, es liege ein nicht nach § 2 GWB freistellungsfähiges Kartell vor, sei wegen der damit verbundenen Rechtsfolgen schwerwiegend. Eine solche Feststellung setze eine umfassende Marktermittlung voraus, in der die Abgrenzung des sachlich und räumlich relevanten Marktes sowie die Marktstellung der nachfragenden Krankenkassen aufzuklären wäre. Aus rechtsstaatlichen Gründen verbiete es sich, komplexe Fragen wie diese in dem unter einem besonderen Beschleunigungsgebot stehenden Nachprüfungsverfahren mit bindender Wirkung für evtl. Schadensersatzansprüche entscheiden zu wollen. Entgegen der Auffassung der ASt ergebe sich aus der bisherigen Rechtsprechung nichts anderes.

Eine Zuständigkeit der Vergabekammer zur Prüfung kartellrechtlicher Fragen ergebe sich auch nicht aus § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV, wonach eine Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden darf, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Die Norm treffe keine Aussage zum Prüfungsmaßstab der Nachprüfungsinstanzen. Dass eine vollumfängliche Prüfung der kartellrechtlichen Auswirkungen des Vergabeverfahrens zu erfolgen habe, sei der Vorschrift nicht zu entnehmen.

Der Nachprüfungsantrag sei auch deshalb unzulässig, weil die ASt nicht antragsbefugt sei. Die ASt habe weder substantiiert dargetan, durch eine Verletzung von Vergabevorschriften in ihren Rechten verletzt zu werden, noch gehe aus ihrem Vortrag hervor, ob und inwiefern ihr ein Schaden zu entstehen drohe. Die ausschließliche Geltendmachung eines Verstoßes gegen § 1 GWB sei kein Recht im Sinne des § 97 Abs. 6 GWB. Die Zuschlagschancen würden durch die Nachfragebündelung nicht beeinträchtigt.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet.

Die Norm des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV, auf die sich die ASt berufe, komme nur zur Anwendung, wenn das Instrument der Rahmenvereinbarung selbst missbräuchlich verwendet worden sei. Hierfür sei seitens der ASt nichts vorgetragen worden. Die aufgrund des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes (2016) neu in das Gesetz eingefügte Vorschrift des § 4 VgV verdeutliche, dass der Gesetzgeber eine gemeinsame Auftragsvergabe als grundsätzlich zulässig erachtet habe. In der Begründung zu § 4 VgV habe der Verordnungsgeber klargestellt, dass die kartellrechtlichen Grenzen der Zusammenarbeit unberührt bleiben. Im Umkehrschluss sei daraus zu schlussfolgern, dass es sich bei denjenigen Vorschriften, die gemeinsamen Beschaffungen Grenzen setzen können, gerade nicht um vergaberechtliche Bestimmungen handele.

Ungeachtet dessen, dass eine isolierte Geltendmachung von Kartellrechtsverstößen in einem Nachprüfungsverfahren aus rechtsstaatlichen Erwägungen ausscheiden müsse, sei Kartellrecht auf den vorliegenden Sachverhalt ohnehin nicht anwendbar. § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V zufolge sei Kartellrecht auf den Abschluss einer Vereinbarung zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern dann nicht anwendbar, wenn die Krankenkassen zu dem Abschluss der Vereinbarung gesetzlich verpflichtet seien. Die Sprechstundenbedarfsvereinbarung und die Ergänzungsvereinbarung seien inhaltlich als Gesamtvertrag gem. § 82 Abs. 2 Satz 1, 83 SGB V zu qualifizieren, zu deren Abschluss die Krankenkassen verpflichtet seien.

§ 1 GWB sei aber auch deshalb nicht anwendbar, weil die Krankenkassen nicht Adressaten des Kartellverbots seien. Der EuGH habe in mehreren Entscheidungen zum Ausdruck gebracht, dass gesetzliche Krankenkassen beim Abschluss von Verträgen mit Leistungserbringern nicht als Unternehmen im Sinne des Art. 101 AEUV zu qualifizieren seien. In einer Entscheidung vom 11. Juli 2006 (EuGH, Urt. v 11. Juli 2006, C-205/03 - Fenin) habe das Gericht deutlich gemacht, dass *„es das Anbieten von Gütern und Dienstleistungen auf einem bestimmten Markt ist, was den Begriff der wirtschaftlichen Tätigkeit kennzeichnet.“* Beschränke sich die Tätigkeit - wie hier - auf eine reine Nachfragetätigkeit, liege eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Art. 101 AEUV nicht vor. Die zu Art. 101 AEUV ergangene Rechtsprechung des EuGH sei auch für die Auslegung des § 1 GWB maßgeblich. Den Gleichlauf des nationalen mit dem EU-Kartellrecht habe der nationale Gesetzgeber u.a. in § 22 GWB angeordnet.

Hilfsweise tragen die Ag vor, die Marktanteilsberechnung durch die ASt sei fehlerhaft. Die ASt sei, ohne dies näher zu begründen, von einem nationalen Markt ausgegangen. Tatsächlich sei der räumlich relevante Markt mindestens EU-weit abzugrenzen, weil die Kontrastmittel nach einheitlichen, internationalen Standards vertrieben würden. Die ASt selbst werbe im Internet damit, ihre Produkte weltweit zu vertreiben.

Selbst wenn der ASt darin zu folgen sein sollte, dass der Markt bundesweit abzugrenzen sei, sei der Marktanteil der Ag wettbewerblich unkritisch. Bei der Marktanteilsberechnung habe die ASt ausschließlich auf die gesetzlich Versicherten abgestellt. Auch dies sei fehlerhaft. Denn dabei bleibe unberücksichtigt, dass Kontrastmittel auch von Krankenhäusern nachgefragt würden, deren Marktanteil bei ca. 30 % liege. Die Ag schätzen den eigenen Marktanteil auf ca. 12,6 %.

Jedenfalls sei das Nachfragekartell nach § 2 GWB freistellungsfähig. Die Nachfragebündelung führe zu Kosteneinsparungen, welche die finanzielle Stabilität des Systems der gesetzlichen Krankenversicherung erhöhe. Die Versicherten würden an den Einsparungen mittelbar beteiligt, indem eine Anhebung der Beitragssätze vermieden werde. Vergleichbare Effizienzgewinne ließen sich nicht auf andere Weise erzielen, etwa durch den Abschluss von Pauschalvereinbarungen.

Die von der ASt hilfsweise begehrte isolierte Geltendmachung von Verstößen gegen Kartellrecht – d.h. ohne eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm – komme aus den bereits dargelegten Gründen erst Recht nicht in Betracht.

3. Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 165 Abs. 2 GWB) gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 22. Juli 2016 wurde der Sachverhalt umfassend zwischen allen Beteiligten erörtert. 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 teils schon wegen Unzulässigkeit zu verwerfen. Soweit er zulässig ist, ist die Begründetheit zu verneinen.

1. Soweit die ASt direkt oder im Rahmen von § 21 Abs. 1 S. 3 VgV die Feststellung eines Verstoßes gegen § 1 GWB infolge der gemeinsamen Beschaffung durch die Ag begehrt, ist der Nachprüfungsantrag nicht zulässig.

a) Es handelt sich vorliegend bei den einzelnen Losen um Rahmenverträge, die zwischen den Ag, denen als gesetzliche Krankenkassen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zukommt, und pharmazeutischen Unternehmen abgeschlossen werden sollen. Der addierte Wert der Einzelaufträge liegt unbestritten oberhalb der für Lieferungen einschlägigen Schwellenwerte für die europaweite Vergabe, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB. Da gemäß § 103 Abs. 5 S. 2 GWB für Rahmenverträge dieselben Vorschriften gelten wie für öffentliche Aufträge, ist das Nachprüfungsverfahren als solches statthaft; gleichzeitig ist auch grundsätzlich die Vergabekammer des Bundes zur Entscheidung berufen, § 159 Abs. 1 Nr. 6 GWB.

b) Trotz des damit grundsätzlich eröffneten Rechtswegs zu den Vergabekammern des Bundes wird die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammern generell, also auch diejenige der Länder, in § 155 GWB klar umrissen und definiert. Danach haben die Vergabekammern, soweit im vorliegenden Verfahren relevant, „*die Vergabe öffentlicher Aufträge*“ nachzuprüfen. Es muss mithin ein öffentlicher Auftrag und folglich ein Vergabeverfahren vorliegen, was sich in gleicher Weise in dem Statthaftigkeitserfordernis für Nachprüfungsanträge manifestiert, wonach ein Vergabeverfahren im Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrags schon begonnen haben muss und noch nicht beendet sein darf, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB (vgl. zum Erfordernis eines laufenden Vergabeverfahrens als Statthaftigkeitsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren bereits Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00).

(1) Aus diesen Grundsätzen folgt, dass Verhaltensweisen, die von öffentlichen Auftraggebern vor dem eigentlichen Vergabeverfahren praktiziert werden und deren Zulässigkeit sich nach anderen Vorschriften als nach dem vergaberechtlichen Normengerüst beurteilt, nicht durch die Vergabekammern zu überprüfen sind. Dies gilt beispielsweise für die Frage, ob gesetzliche Krankenkassen sich trotz möglicherweise entgegenstehenden sozialrechtlichen Vorgaben im Einzelfall entschließen dürfen, überhaupt auszuschreiben; diese, dem Vergabeverfahren vorgelagerte

Fragestellung ist durch die Sozialgerichte zu prüfen und wurde im konkreten Einzelfall auch tatsächlich durch die Sozialgerichte geprüft (vgl. zu diesem Sachverhalt, der sich im Rahmen einer Ausschreibung von Grippeimpfstoff in Sachsen-Anhalt gestellt hatte, 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 2. Dezember 2010 – VK 3-120/10 mit Hinweis auf das Aktenzeichen, unter dem dieser Vorgang beim Landessozialgericht Sachsen-Anhalt geführt worden war, bestätigt im Ergebnis durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2011 nach § 118 GWB und vom 11. Mai 2011 in der Hauptsache, VII-Verg 3/11; vgl. zu einer parallelen Problematik der Ausschreibungsberechtigung nach Sozialrecht bei Hilfsmittelausschreibungen nach § 127 SGB V die 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 21. Juni 2016 – VK2-45/16 (nicht bestandskräftig). Die Vergabekammer hatte im Grippeimpfstoffverfahren in Anwendung der Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, wonach dem Vergabeverfahren vorgelagerte Entscheidungen und Entschlüsse eines öffentlichen Auftraggebers nicht zum Gegenstand der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen gemacht werden können, entschieden, dass die Überprüfung seitens der Kammer lediglich ab der Umsetzung eines Beschaffungsentschlusses nach außen in Form eines Vergabeverfahrens greift, nicht aber die vorgelagerte Beschlussfassung als solche erfassen kann.

Die vorliegende Konstellation ist vergleichbar, lediglich mit dem einen Unterschied, dass der rechtliche Bezugspunkt nicht das Sozial-, sondern das Kartellrecht ist. Die ASt im vorliegenden Verfahren macht nicht geltend, sozialrechtliche Regelungen stünden dem Beschaffungsentschluss entgegen, sondern der Entschluss, die Röntgenkontrastmittel gemeinsam zu beschaffen, stelle ein unzulässiges Nachfragekartell dar. Hier ist die Zuständigkeit der 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes eröffnet; die Beschlussabteilung ist zur Entscheidung berufen, ob die gemeinsame Beschaffung der Ag unter dem Gesichtspunkt der unzulässigen Nachfragemachtkonzentration einen Verstoß gegen § 1 GWB darstellt. Diese Auffassung teilt offenbar auch die ASt, da sie sich parallel zur Einreichung des Nachprüfungsantrags mit einem nahezu identischen Schriftsatz auch an die 3. Beschlussabteilung gewandt hat.

§ 156 Abs. 2 GWB, der im Sinne einer Konzentration auf das Nachprüfungsverfahren neben den Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB auch „sonstige Ansprüche gegen

Auftraggeber“ als Prüfungsmaßstab für die Vergabekammern vorsieht, steht in Gleichklang mit dem in § 155 GWB vorgegebenen Rahmen für die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammern, indem die dort in Bezug genommenen „*sonstigen Ansprüche*“ ebenfalls eingegrenzt werden auf solche, die auf die „*Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren*“ (Hervorhebung nur hier) gerichtet sind.

- (2) Es ist zu betonen, dass die vorgenommene Differenzierung zwischen der vorgelegerten Beschlussfassung zur Ausschreibung und der Ausschreibung selbst weder eine pure Förmerei darstellt noch mit der Intention erfolgt, den Vergabenaachprüfungsinstanzen erhöhten Prüfungsaufwand zu ersparen. Es gibt vielmehr gute Gründe hierfür:

Zwar hat die ASt Recht mit ihrem Hinweis in der mündlichen Verhandlung, wonach eine Feststellung der Vergabekammer, die Ag würden gegen § 1 GWB verstoßen, nicht automatisch zu einem Bußgeld führen würde. Hierfür wäre nach dem Ordnungswidrigkeitenrecht vielmehr Vorsatz oder Fahrlässigkeit erforderlich. Dennoch wäre eine solche Feststellung, wie die damalige 3. Vergabekammer des Bundes bereits im Jahr 2009 in einer Serie von Entscheidungen ausführlich begründet hatte (vgl. statt aller 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20. März 2009 – VK 3-22/09) und die von dem damals für sofortige Beschwerden im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen zuständigen Landesozialgericht Nordrhein-Westfalen bestätigt worden waren (vgl. Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. April 2009 - L 21 KR 40/09 SFB), aus rechtsstaatlichen Überlegungen heraus höchst problematisch. Das Landesozialgericht hat unter Bezugnahme auf vorhergehende Entscheidungen des OLG Düsseldorf u.a. folgende Ausführungen gemacht (Randziffer 46 ff. des Beschlusses, zitiert nach https://www.justiz.nrw.de/nrwe/sgs/lsg_nrw/j2009/L_21_KR_40_09_SFBbeschluss20090428.html):

„Unbegründet ist der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die kartellrechtlichen Rügen der AS (Verstoß gegen § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V i.V.m. §§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1 und 2 GWB). Der Senat hält im Anschluss an die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Be-

schluss vom 10.04.2002 - Verg 6/02) daran fest, dass im Hinblick auf eine geltend gemachte Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften der Rechtsweg in das Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nicht eröffnet ist (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 30.01.2009 - L 21 KR 1/08 SFB). Das ergibt sich bereits aus §§ 107 Abs. 2 Satz 1, 97 Abs. 7 GWB. Danach ist im Vergabenaachprüfungsverfahren allein zu prüfen, ob der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Hierzu gehören die §§ 19 und 20 GWB jedoch nicht, weil sich diese Normen auf Verstöße außerhalb des Vergabeverfahrens beziehen (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, a.a.O.; Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, § 97 GWB, Rdn. 120). Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind u.a. die Regelungen in den Verdingungsordnungen, die das Verfahren betreffenden Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung sowie weitere ungeschriebene Vergaberegeln, wie z.B. das Gebot der Fairness im Vergabeverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.04.2002, a.a.O.; Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, § 97 GWB, Rdn. 29, m.w.N.).

Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend darauf verwiesen, dass sich an dieser Bewertung nichts durch die in § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB geregelte Rechtswegkonzentration ändert. Denn die von der AS geltend gemachten kartellrechtlichen Abwehransprüche beziehen sich nicht auf Handlungen in einem Vergabeverfahren im vorbeschriebenen Sinne, sondern sind gemäß § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB durch die Kartellbehörden und/oder im Sekundärrechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zu prüfen. Der von der AS gerügte "Zusammenschluss" der AG zu einer "Einkaufsgemeinschaft" kann schon deshalb nicht in dem hier anhängigen Verfahren unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gerügt werden, weil dieses Verhalten der AG zeitlich und sachlich vor dem Beginn des Vergabeverfahrens lag. Wie bereits das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 10.04.2002, a.a.O.) ausgeführt hat, liegt die Bildung eines "Einkaufskonsortiums" zeitlich vor dem Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens und stellt sich mithin lediglich als eine vorbereitende Handlung, jedoch nicht als Verfahrenshandlung im Vergabeverfahren dar. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass missbräuchlichen Verhaltensweisen öffentlicher Auftraggeber gerade durch das Vergabeverfahren vorgebeugt werden soll und sich dieses - wie hier bei fehlerfreier Durchführung - als Ausgleich für die gebündelte öffentliche Nachfrage macht der Krankenkassen darstellt (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, a.a.O.; Zeiss in: jurisPK-VergR, Einl. VergR, Rdn. 181).

Ebenso wenig ist ein Verstoß gegen die Artikel 81, 82 des EG gegeben, denn die AG handeln beim Abschluss von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V nicht als Un-

ternehmen im Sinne dieser Vorschriften. Hinsichtlich der Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland hat der EuGH bereits explizit und unmissverständlich entschieden (Urteil vom 16.03.2004 - Az C-264/01), dass diese von dem Begriff des Unternehmens im Rahmen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht erfasst werden, weil sie ohne die Möglichkeit der Einflussnahme ihren Mitgliedern im Wesentlichen die gleichen Pflichtleistungen zu gewähren hätten und zudem untereinander zu einer Art Solidargemeinschaft zusammengeschlossen seien. Dies hat der EuGH für die Berufgenossenschaften unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung jüngst noch einmal ausdrücklich bestätigt (Urteil vom 05.03.2009 - Az.: C - 350/07). Die Erwägungen des EuGH in dem zitierten Beschluss beanspruchen auch im Hinblick auf die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen im deutschen Krankenversicherungsrecht (Einführung von Wahltarifen zum 01.04.2007 - § 53 SGB V - sowie die Schaffung des Gesundheitsfonds zum 01.01.2009 - § 266 SGB V) weiterhin Gültigkeit, weil trotz dieser gesetzlichen Änderungen die relevanten Grundstrukturen erhalten geblieben sind (vgl. insoweit auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, a.a.O.).

Entgegen der Ansicht der AS haben die AG das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder wettbewerbseinschränkend angewendet (§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A). Der Senat folgt der Ansicht der VK und der AG, dass die Rahmenvereinbarung nach § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A vergaberechtlich die adäquate Form der Ausschreibung von Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V ist. (...)

Diese Überlegungen bleiben weiterhin gültig. Aufgrund des Beschleunigungsgebotes hat die Vergabekammer als funktionales Gericht erster Instanz im Regelfall binnen fünf Wochen eine Entscheidung zu treffen; diese Frist soll, so der Gesetzgeber in § 167 Abs. 1 GWB, nicht länger als um zwei Wochen verlängert werden. Auch wenn diese gesetzlichen Fristen nicht unumstößlich sind und in seltenen Einzelfällen auch überschritten werden, so ist doch klar, dass das Nachprüfungsverfahren unter einem besonderen Beschleunigungsgebot steht. Dazu passt es nicht, komplizierte kartellrechtliche Fragestellungen zu klären, die schon vom Ansatz her einen längeren Zeitraum für die Aufklärung benötigen als ihn das beschleunigte Nachprüfungsverfahren zulässt. Auch wenn man an dieser Stelle ungeachtet tatsächlich vorhandener rechtlicher Probleme (insbesondere: Sind Krankenkassen im deutschen Kartellrecht trotz der Verneinung im europäischen Kartellrecht überhaupt Unternehmen und damit Adressaten kartellrechtlicher Verbote? Sind die Horizontalleitlinien der Kommission einschlägig, wenn man - wie die ASt - allein auf das nationale Recht abstellt?) zugunsten der ASt konzidiert, dass – wie sie in der

mündlichen Verhandlung meinte – das Kartellrecht keine besonderen Probleme aufwerfe und gerade im vorliegenden Fall einfach zu beurteilen sei, so liegen kartellrechtliche Herausforderungen in der Ermittlung der Faktenbasis. Die ASt macht hier die Gleichung auf: Nachfragemarktanteil aller Ag zusammen bei 24 % → Horizontalleitlinien der Kommission, dort 15 % Marktanteil maßgeblich, ist überschritten = Nachfragekartell, § 1 GWB-Verstoß. Der Nachfragemarktanteil der Ag, den die ASt hier anführt, wird von den Ag aber gerade bestritten; sie gehen von anderen Prämissen aus und kommen konsequent zu anderen Ergebnissen. Seriöserweise, und die Vergabekammer bleibt hier bei der auf die Rechtsstaatlichkeit abstellenden Linie aus den Entscheidungen aus dem Jahr 2009, können hier nicht einfach Aussagen übernommen werden, wenn sie streitig sind. Dies stünde in Gegensatz zu rechtsstaatlichen Grundsätzen, da ein Verstoß gegen § 1 GWB den objektiven Tatbestand für eine Ordnungswidrigkeit darstellt und damit grundsätzlich bußgeldbewehrt ist. Die Vergabekammer müsste hier also, um rechtsstaatlich zu bleiben, Marktverhältnisse aufklären (Welches ist der sachliche, welches der räumlich relevante Markt? Nachfragemengen der einzelnen Nachfrager bei den verschiedenen Fach- und Gebietslosen?). Wie der Vergabekammer aus der Tätigkeit der Beschlussabteilungen bekannt ist, nimmt die Aufklärung derartiger Sachverhaltsfragen erhebliche Zeit in Anspruch, beispielsweise infolge von notwendig werdenden Auskunftersuchen. Da die Vergabekammer also, nochmals zusammenfassend, aus Überlegungen der Rechtsstaatlichkeit einerseits nicht unbesehen angebliche Fakten übernehmen darf, wenn sie bestritten sind, binnen der regulären fünfwöchigen Entscheidungsfrist die notwendigen Ermittlungen aber nicht zu leisten vermag, ist die Entscheidung des Gesetzgebers in §§ 155, 156 Abs. 2 GWB, vorgelagerte Beschlussfassungen öffentlicher Auftraggeber, die an anderen als vergaberechtlichen Normen zu messen sind, gerade nicht der Jurisdiktion der Nachprüfungsinstanzen zu unterstellen, sachgerecht. Die Feststellung, ein bzw. mehrere öffentliche Auftraggeber hätten gegen § 1 GWB verstoßen, ist eben nicht einfach zu treffen (zum Gesichtspunkt der Einfachheit der Feststellung vgl. OLG Düsseldorf in Verfahren Grippeimpfstoff Sachsen-Anhalt, Beschlüsse vom 17. Januar 2011 und vom 11. Mai 2011 – VII-Verg 3/11).

Aufgrund der Bindungswirkung nach § 179 Abs. 1 GWB kommt den Entscheidungen von Oberlandesgerichten in Nachprüfungsverfahren eine weitergehende, über

die reine vergaberechtliche Nachprüfung hinausgehende Bedeutung für Schadensersatzstreitigkeiten zu, was der Notwendigkeit der zuverlässigen Absicherung von Annahmen über Märkte, Marktverhältnisse etc. ein weiteres besonderes Gewicht verleiht.

Das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit wird untermauert dadurch, dass die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren weder für die erste noch für die Beschwerdeinstanz auf die Bestimmungen der §§ 90, 90 a GWB verweisen, wonach in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten nach § 87 GWB eine Informations- und Beteiligungspflicht von Bundeskartellamt und Europäischen Kommission vorgesehen ist. Die Verweisungsnorm des § 175 Abs. 2 GWB für die zweite Instanz des Vergabenachprüfungsverfahrens nimmt diese Vorschriften gerade nicht in Bezug. Sollte der Gesetzgeber aber im Sinn gehabt haben, die Nachprüfungsinstanzen mit einer reinen Kartellrechtsprüfung zu betrauen, so wäre zu erwarten gewesen, dass diese in gleicher Weise die nationale bzw. die europäische Kartellbehörde einzubinden hätten.

Abschließend tritt noch die Überlegung hinzu, dass der Instanzenzug gegen Entscheidungen der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamts ein anderer ist als bei Entscheidungen der Vergabekammer in der Ausgangsinstanz; eine Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof ist bei Nachprüfungsverfahren, anders als in Kartellsachen nach § 94 GWB, nicht vorgesehen.

- (3) Das Verbot des § 21 Abs. 1 S. 3 VgV, Rahmenvereinbarungen in einer wettbewerbsbehindernden Art missbräuchlich anzuwenden, und auf diesen 2. Halbsatz stützt sich die ASt maßgeblich, rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Vergabekammer ist sachlich weder dann zuständig, wenn ein isolierter Verstoß gegen § 1 GWB infolge gemeinsamer Nachfrage geltend gemacht wird, noch, wenn dieser in die Bestimmung des § 21 Abs. 1 S. 3 VgV hineingelesen wird. Die geschilderten Probleme bleiben dieselben, auch wenn die Prüfung und Feststellung eines Verstoßes gegen § 1 GWB in das Missbrauchsverbot des § 21 Abs. 1 S. 3 VgV hineingezogen und damit lediglich in einen anderen Rahmen gestellt wird.

Entgegen der Argumentation der ASt stellt die Bestimmung des § 21 Abs. 1 S. 3 VgV auch kein vergaberechtliches Novum dar, denn die bis zur Novelle der VOL/A vom 20. November 2009 geltende Fassung der VOL/A, also die Fassung in der Bekanntmachung vom 6. April 2006, enthielt in § 4 EG Abs. 2 VOL/A ein einschließlich des Halbsatzes 2 exakt identisch mit dem aktuellen § 21 Abs. 1 S. 3 VgV formuliertes Missbrauchsverbot. Die oben zitierte Rechtsprechung des Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen stammt aus dem Monat März 2009 und wurde mithin zu einem Zeitpunkt geprägt, in welchem die Rechtslage bezüglich des Missbrauchsverbots bei Rahmenvereinbarungen identisch war mit der im vorliegenden Verfahren geltenden, aktuellen Rechtslage. Die Argumentation der ASt, wonach mit § 21 Abs. 1 S. 3 VgV eine völlig neue rechtliche Situation entstanden sei, die erstmalig ein Hineinziehen von § 1 GWB in § 21 Abs. 1 S. 3 VgV und damit in das Nachprüfungsverfahren bedinge, trägt vor diesem Hintergrund nicht. Im Übrigen kann wohl kaum davon ausgegangen werden, dass in einer Interimsphase während der Geltung der VOL/A Fassung 6. April 2006, in welcher das Missbrauchsverbot nicht *expressis verbis* normiert war, aus der interimswisen Streichung der Schluss gezogen werden konnte, in dieser Phase hätten Rahmenvereinbarungen missbräuchlich angewandt werden dürfen. Höherrangige Rechtsgrundsätze stehen dem entgegen; auf eine parallele Fallgestaltung des „*ungewöhnlichen Wagnisses*“, dessen Streichung in der VOL/A-EG durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf nicht kompensationslos hingenommen wurde, sondern sehr überzeugend durch eine „*Zumutbarkeitsgrenze*“ kompensiert wurde, kann verwiesen werden (z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Oktober 2011 - Verg 54/11).

- (4) Wohl aber ist die Vergabekammer für die Prüfung von § 21 VgV zuständig, soweit nicht der dem Vergabeverfahren vorgelagerte Entschluss der Ag angegriffen wird, sondern soweit die Zusammenfassung des Bedarfs aller Ag in der streitgegenständlichen Ausschreibung eine konkrete Auswirkung im Vergabeverfahren hat. Eine solche Auswirkung ist insoweit gegeben, als die nachgefragte Menge infolge der Bedarfszusammenfassung größer wird.
- c) Aus den Ausführungen zur Zuständigkeit der Vergabekammer ergibt sich ebenfalls, dass die Antragsbefugnis der ASt nur partiell bejaht werden kann. Es besteht insoweit Deckungsgleichheit zwischen der fehlenden Zuständigkeit der Vergabekammer und

der fehlenden Antragsbefugnis. § 160 Abs. 2 S. 1 GWB setzt für die Antragsbefugnis nämlich voraus, dass der jeweilige Antragsteller eine Verletzung in eigenen Rechten nach § 97 Abs. 6 GWB infolge Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend machen muss. § 1 GWB stellt aber keine Bestimmung über das Vergabeverfahren dar. Das Nachprüfungsverfahren ist keine Popularklage, sondern ein Instrument des subjektiven Rechtsschutzes. Marktveränderungen, welche die ASt infolge der Zusammenfassung von Nachfragemacht auf Seiten der Ag geltend macht (u.a. Wegfall von kleinen Unternehmen, Verstärkung von oligopolistischen Strukturen), haben erst einmal keinen direkten Bezug zur ASt, ebenso wenig wie mögliche positive Auswirkungen auf die Verbraucher, die im Rahmen von § 2 GWB relevant werden.

Die ASt trägt, was die Antragsbefugnis jenseits von § 1 GWB anbelangt, an keiner Stelle vor, nicht in der Lage zu sein, das zusammengefasste und mithin größere Nachfragevolumen aller Ag gemeinschaftlich bedienen zu können. Sie macht lediglich geltend, infolge des größeren Volumens nicht ordnungsgemäß kalkulieren zu können, da sie infolge der Zusammenfassung erhöhtem Wettbewerbsdruck ausgesetzt sei. Der Zusammenhang zwischen der Nachfragemenge und den Kalkulationsschwierigkeiten erschließt sich zwar nicht spontan, da aber keine überhöhten Anforderungen an die Antragsbefugnis zu stellen sind, ist die Zulässigkeitsvoraussetzung der Antragsbefugnis jenseits von § 1 GWB zu bejahen.

- d) In Bezug auf die Erfüllung der Rügeobliegenheit und die Wahrung der Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gibt es vorliegend keine Probleme, beide Voraussetzungen sind hier unstreitig erfüllt.
2. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er nicht begründet. Es liegt keine missbräuchliche Anwendung einer Rahmenvereinbarung, § 21 Abs. 1 S. 3 VgV, vor. Die ASt macht geltend, bei Nichterhalt der Aufträge von 24 % des deutschen Marktes für Röntgenkontrastmittel ausgeschlossen zu sein. Wie im Rahmen der Zulässigkeit hinlänglich begründet wurde und worauf hier zwecks Vermeidung von Wiederholungen nur verwiesen werden soll, kommt es auf die von der ASt genannte, seitens der Ag streitig gestellte Höhe des (Nachfrage-) Marktanteils nicht an. Relevant ist allein die implizite Aussage der ASt, sie hätte im Extremfall keinen Zugang mehr zu einem relevanten Teil des Marktes für ihre Produkte mehr.

- a) Diesem Argument ist einmal mit der ganz grundsätzlichen Überlegung zu begegnen, wonach es in der Natur der Sache von Vergabewettbewerben liegt, dass ein Unternehmen den Zuschlag und damit den Auftrag erhält und andere, konkurrierende Bieter eben nicht, womit diese ebenfalls von Teilen des Marktes ausgeschlossen sind, die – je nach dem konkreten Ausschreibungsgegenstand – ebenfalls durchaus relevant sein können. Auch wenn die Ausschreibungen gesetzlicher Krankenkassen schon infolge der sozialrechtlichen Dreiecksbeziehungen durch verschiedene Besonderheiten geprägt sind – ein Beispiel wären die Umsetzungsquoten von Rabattverträgen-, so gibt es doch in Bezug auf den Ausschluss von Teilen des Marktes infolge Nichterhalt des Zuschlags keine Besonderheiten im Vergleich zu Ausschreibungen anderer, „klassischer“ öffentlicher Auftraggeber. Der Effekt, von Teilen des Marktes – um hier die Formulierung der ASt zu übernehmen - „ausgeschlossen“ zu sein, trifft stets alle unterlegenen Bieter. Das von der ASt angeführte „Bayrische Modell“, wonach dem Arzt eine Pauschale zur Verfügung gestellt wird, mag - was die Vergabekammer nicht geprüft hat - ein gangbarer Weg sein; vorzugswürdig ist er der Ausschreibung jedoch in keinem Fall. Die Ag haben mit ihrer Anlage AG 10 zu Recht auf die mit diesem Modell verbundenen negativen Effekte verwiesen, die durch eine Ausschreibung gerade vermieden werden.
- b) Zwar haben die Ag ihren Bedarf zunächst zusammengefasst, was vergaberechtlich in § 120 Abs. 4 GWB sogar über die Bildung von zentralen Beschaffungsstellen zwecks Erzielung von Synergieeffekten ausdrücklich zugelassen wird, ebenso bietet § 4 VgV eine Basis für die hier vorliegende gelegentliche gemeinsame Beschaffung mehrerer öffentlicher Auftraggeber.

Über beide Ausschreibungen hinweg, welche die ASt in den beiden Verfahren VK 2-63/16 und VK 2-65/16 parallel angreift, haben aber die Ag die von der ASt geltend gemachte Ausschlusswirkung von Teilen des Marktes in der Folge insofern deutlich und richtigerweise dadurch relativiert, dass sie das Gebot der Losaufteilung, § 97 Abs. 4 S. 2 GWB, auf diese zusammengefasste Menge angewandt haben. Beide Ausschreibungen zusammengenommen, wurden drei Gebietslose gebildet sowie 13 Fachlose, von denen die ASt vier angreift. Es gibt mithin, um auf der Argumentationslinie der ASt zu bleiben, nicht nur eine Zuschlagschance pro Ausschreibung, insgesamt also zwei Chancen, sondern im Gegenteil zwölf Chancen (drei Gebietslose mul-

tipliziert mit vier Fachlosen). Auch beträgt die reguläre Laufzeit ein Jahr, optional verlängerbar um ein weiteres Jahr, so dass auf der Zeitschiene spätestens in zwei Jahren erneuter Wettbewerb hergestellt werden wird. Ohne die streitige Frage des Nachfragemarktanteils erneut zu berühren, muss doch des Weiteren festgestellt werden, dass es neben den Ag schon in den Regionen, auf welche sich die Ausschreibung bezieht, andere Nachfrager als die Ag gibt, nämlich Krankenhäuser, Unfallversicherungen (Berufsgenossenschaften), privat versicherte Patienten, therapeutische Notwendigkeiten aufgrund patientenindividueller Gegebenheiten (Unverträglichkeiten des Produkts des Ausschreibungsgewinners), welche die Verwendung des Produktes der ASt auch bei Versicherten der Ag nötig machen könnten. In der restlichen Bundesrepublik und europaweit kann die ASt ihre Produkte jedenfalls im Konzern über die dortigen nationalen Tochtergesellschaften ebenfalls absetzen.

Es ist bei dieser Sachlage nicht erkennbar, dass die Absatzmöglichkeiten der ASt unzumutbaren, missbräuchlichen negativen Effekten ausgesetzt werden.

- c) Abschließend ist zugunsten der Ag anzumerken, dass eine wie auch immer geartete missbräuchliche Absicht, um beispielsweise infolge des zusammengefassten Volumens besonders günstige Angebote zu erzwingen, nicht zu erkennen ist. Aus Sicht der Vergabekammer kommt den Abläufen in der Arztpraxis hier eine entscheidende Rolle zu. Es geht vorliegend um Sprechstundenbedarf, also um die Kontrastmittel, die der Radiologe in seiner Praxis für eine Vielzahl von Patienten, die bei unterschiedlichen Krankenkassen und privaten Krankenversicherungen versichert sind, zur Anwendung bringt. Würde jede Ag hier einzeln ausschreiben mit dem Ergebnis unterschiedlicher Zuschlagsempfänger, so hätte dies in der praktischen Umsetzung zur Folge, dass in der radiologischen Praxis zunächst jeweils geprüft werden müsste, mit welchem pharmazeutischen Unternehmen die Kasse des einzelnen Patienten für die jeweilige Anwendung (Fachlos) einen Vertrag abgeschlossen hat, was bereits einen Verwaltungsaufwand generieren würde (erstmaliges Einpflegen der Daten, Recherche bei jedem Patienten, kontinuierliche Pflege des Datenbestandes infolge sich ändernder Rahmenvertragspartner). Sodann wäre ein häufiger Austausch von Kontrastmittelflaschen beim Injektomaten vorzunehmen, je nachdem, wo der einzelne Patient versichert ist und mit welchem pharmazeutischen Unternehmen die jeweilige Versicherung für die konkrete Anwendung einen Rahmenvertrag abgeschlossen hat. Dies würde die Abläufe in der Arztpraxis spürbar beeinträchtigen. Hinzu kommt die

Verwurfsproblematik, die sich daraus ergibt, dass je nach patientenindividuell errechneter Jodbeladungsmenge und nach sonstigen patientenindividuellen Berechnungsfaktoren die Packungen für die identische Anwendung, z.B. Angiographie, für mehrere Patienten zum Einsatz kommen, bis diese aufgebraucht sind. Müssten parallel mehrere Produkte je nach Krankenkasse des Patienten herangezogen werden, so würde angesichts der geringen Haltbarkeit geöffneter Packungen die Verwurfsproblematik verschärft, was unwirtschaftlich wäre.

Nach alledem ist dem Nachprüfungsantrag der Erfolg zu versagen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Satz 4, 1. Alt., Abs. 4 GWB.

Die ASt als Unterliegende hat die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die den Ag zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war nicht nur zur Herstellung der „Waffengleichheit“ mit der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt notwendig, sondern vorliegend auch deshalb, weil die ASt den Nachprüfungsantrag ausschließlich darauf gestützt hat, die Nachfragebündelung sei mit Kartellrecht (§ 1 GWB) unvereinbar.

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, einzu legen.

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.

Dr. Herlemann

Thiele