



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 37/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladener -

wegen der Vergabe „Herstellung und Lieferung von apothekenpflichtigen, parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie an bundesweite Betriebsstätten“, 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 Bier nach Lage der Akten am 21. April 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten 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 [...]). 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 Vertragsapothekerkette hergestellt und direkt an die Ärzte ausgeliefert, in deren Betriebsstätten die Zubereitungen den Patienten verabreicht werden. Die Ausschreibung ist in mehrere Gebietslose aufgeteilt, der jeweilige Zuschlagsdestinatär erhält u.a. das Recht, die Versicherten der Ag im jeweiligen Gebiet während der Vertragslaufzeit exklusiv zu versorgen (s. § 3 Abs. 2; § 5 Abs. 3 der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung (RV)). Die Vertragsdauer soll drei Jahre betragen, die Ag darf zum Ende des ersten Vertragsjahrs ordentlich kündigen (§ 11 Abs. 1, 2 RV).

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

Bereits am 25. Juli 2016 wurden gesetzliche Regelungen vorgeschlagen, um u.a. die für solche Zubereitungen einschlägigen Rechtsvorschriften durch ein „GKV-Arzneimittelversorgungsstärkungsgesetz“ (AMVSG) zu ändern, die Verbändeanhörung erfolgte am 23. August 2016. Laut Kabinettsentwurf vom 12. Oktober 2016 (abrufbar über die homepage des Bundesministeriums für Gesundheit) sollte das Recht der Versicherten, ihre Apotheke frei zu wählen (§ 31 SGB V), zukünftig ausdrücklich auch für Verträge zwischen Apotheken und gesetzlichen Krankenkassen i.S.d. § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V über parenterale Zubereitungen gelten, des Weiteren sollte § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V gestrichen werden und

Rabatte im Zusammenhang mit parenteralen Zubereitungen sollen nur noch mit pharmazeutischen Unternehmen vereinbart werden können (s. § 130a Abs. 8a SGB V in der Fassung des AMVSG-E). Dieselben Regelungen enthält insoweit der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 7. November 2016 (s. BT-Drs. 18/10208, S. 9, 11 ff.).

Auf mehrere Bieteranfragen führte die Ag unter Hinweis auf den Kabinettsentwurf vom 12. Oktober 2016 aus, dass sie die Ausschreibungen trotz der vorgeschlagenen neuen Regelungen fortführen, aber ein Sonderkündigungsrecht vorsehen wolle (s. Bewerberinformationen der Ag vom 19. Oktober 2016). Am 27. Oktober 2016 stellte die Ag den Bietern überarbeitete Vergabeunterlagen zur Verfügung; § 11 Abs. 4 RV wurde nunmehr so abgeändert, dass

„(...) der Vertrag (...) automatisch mit Inkrafttreten einer gesetzlichen Regelung [endet], wonach die Versicherten der [Ag] in Bezug auf die Versorgung mit parenteralen Zubereitungen in der Onkologie, welche Gegenstand dieser Rahmenvereinbarung ist, frei unter verschiedenen Apotheken wählen können (Apothekenwahlfreiheit i.S.d. § 31 Abs. 1 Satz 5 SGB V) und in der Folge deren grundsätzlich exklusive Versorgung durch die Auftragnehmerin i.S.d. § 3 Abs. 2 dieser Rahmenvereinbarung entfällt.“

In den Bewerberinformationen vom 2. und 3. November 2016 reagierte die Ag auf mehrere Bieterfragen zu dieser Neufassung des Rahmenvertrags und wies mehrfach auf die geänderte Vertragsklausel zur Vertragsbeendigung bei Inkrafttreten des AMVSG hin. In der Frage 12 vom 2. November sowie in Frage 1 vom 3. November 2016 wiesen Bieter darauf hin, dass diese Neuregelung aus ihrer Sicht eine neue Preiskalkulation erforderten. Die Ag antwortete hierauf:

„Seit dem Beschluss des Entwurfs eines [AMVSG] durch das Bundeskabinett am 12.10.2016 ist marktbekannt, dass die in § 3 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrages vorgesehene Exklusivität während der Laufzeit der Rahmenvereinbarung faktisch entfallen kann. Mit der nunmehr maßgeblich zugunsten der jeweiligen Vertragspartner vorgesehenen automatischen Beendigung des Vertrages bei Wegfall des Exklusivität aufgrund einer gesetzlichen Neuregelung hat die [Ag] auf diesen Umstand nur reagiert. (...)“

Innerhalb der Angebotsfrist (9. November 2016, 16 Uhr) gaben die Antragstellerin (ASt) und der Beigeladene (Bg) Angebote auf das Gebietslos [...] ab.

Mit Schreiben vom 9. März 2017 informierte die Ag die ASt darüber, dass ihr Angebot nicht berücksichtigt werden könne, da es nicht das wirtschaftlichste sei. Der Zuschlag solle auf das Angebot des Bg erteilt werden.

Am 9. März 2017 nahm der Bundestag den Entwurf eines AMVSG an. Hiernach bleiben die bisherigen Regelungen zum Apothekenwahlrecht der Versicherten (§ 31 SGB V) unverändert, § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V über den Abschluss von Verträgen über parenterale Zubereitungen mit Apotheken wird wie im Gesetzentwurf vorgesehen gestrichen, allerdings wird in § 129 Abs. 5 SGB V ein neuer Satz angefügt, wonach Verträge, die nach dem bisherigen § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V geschlossen wurden, mit Ablauf des dritten auf das Inkrafttreten des AMVSG folgenden Kalendermonats „unwirksam“ werden. Der Bundesrat hat am 31. März 2017 beschlossen, nicht den Vermittlungsausschluss anzurufen. Das AMVSG ist derzeit noch nicht in Kraft getreten.

Mit Rüge vom 17. März 2017 machte die ASt mehrere Vergaberechtsverstöße geltend. Die Ag half der Rüge nicht ab.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. März 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.
 - a) Die ASt meint, durch den Beschluss des Deutschen Bundestages vom 9. März 2017, das AMVSG anzunehmen, werde die in § 11 RV vorgesehene Vertragslaufzeit von drei Jahren voraussichtlich auf ca. drei Monate verkürzt. Somit habe sich der Vertragsgegenstand wesentlich geändert und die Ag müsse zwingend von der Zuschlagserteilung absehen. Mit einer solchen Laufzeitverkürzung habe die ASt zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe nicht rechnen können, denn weder die Bewerberinformation noch § 11 Abs. 4 RV oder der Gesetzentwurf vom 7. November 2016 enthielten etwas zur verkürzten Vertragslaufzeit, sondern nur zum Wegfall der Exklusivität durch Änderung des § 31 SGB V. Zudem sei stets offen, wie Gesetzgebungsverfahren ausgingen.

Durch die neue Rechtslage ändere sich die Kalkulationsgrundlage der ASt erheblich. Sie habe ihr Angebot für eine dreijährige Vertragslaufzeit und den Fall kalkuliert, dass das AMVSG nicht beschlossen werde. Hätte sie von der kürzeren Vertragslaufzeit gewusst, hätte sie einen deutlich niedrigeren Preis angeboten und möglicherweise den Zuschlag erhalten.

In ihrem Schriftsatz vom 3. April 2017 (versandt an die Vergabekammer am 11. April 2017) trägt die ASt des Weiteren vor, dass ihr eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation unzumutbar gewesen sei, da die Ag nicht darauf hingewiesen habe, dass der Vertrag nur ca. drei Monate laufe und weil Verwürfe (also nicht mehr weiterverwendbare Teilmengen von Arzneimitteln) aus pharmazeutischen Gründen nicht vorausberechnet werden könnten, aber laut Rahmenvertrag mit dem eingereichten Preis mit abgegolten sein sollten.

Darüber hinaus meint die ASt, das „Ausschlusschreiben“ sei rechtswidrig. „Vorsorglich“ rügt die ASt zudem die „Ausschreibungsunterlagen und das durchgeführte Ausschreibungsverfahren insgesamt als vergaberechtswidrig und intransparent“. Des Weiteren bezweifelt die ASt, dass die Ag das Vergabeverfahren ordnungsgemäß dokumentiert habe.

Ferner beanstandet die ASt ebenfalls „vorsorglich“ „den Wertungsvorgang insgesamt als rechtswidrig“ und fordert eine Neubewertung des Loses [...], hilfsweise die Aufhebung, damit die ASt eine neue Zuschlagschance erhalte. In ihrem Schriftsatz vom 3. April 2017 (versandt an die Vergabekammer am 11. April 2017) wirft die ASt diesbezüglich die Frage auf, ob die Ag bei der Wertung des Angebots des Bg zutreffend geprüft habe, ob dieser bei einer Vergabe von Unteraufträgen die Einhaltung der gesetzlichen Rahmenbedingungen kontrolliert.

Die ASt meint, dass ihre Rechtsposition durch ein Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 6. April 2017 bestätigt werde, in dem die parlamentarische Staatssekretärin die neue Rechtslage nach dem AMVSG darlegt.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. Ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 GWB wird eingeleitet;
2. der Ag wird es untersagt, das o.g. Vergabeverfahren auf Grundlage der bisherigen Ausschreibung durch Zuschlagserteilung an die ASt abzuschließen.
3. Hilfsweise: das Vergabeverfahren wird aufgehoben.
4. Hilfsweise zu 3., das Vergabeverfahren wird bei fortbestehender Vergabeabsicht in den Stand vor Bekanntmachung der Vergabe, äußerst hilfsweise vor Versand der Vergabeunterlagen, zurückversetzt, und der Ag wird bei fortbestehender

Vergabeabsicht aufgegeben, die Vorgaben der Vergabekammer bei der Durchführung des weiteren Vergabeverfahrens zu beachten.

5. Hilfsweise zu 4., die Vergabekammer wirkt unabhängig auf eine Rechtmäßigkeit des Verfahrens hin (vgl. § 168 Abs. 1 S. 2 GWB).
6. Die Vergabeakten der Ag werden beigezogen.
7. Der ASt wird Einsicht in die Vergabeakte gewährt.
8. Der Nachprüfungsantrag wird der Ag unverzüglich, notfalls per Fax, zugestellt.
9. Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die ASt wird gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.
10. Die Ag hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt zu tragen.

- b) Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits weitestgehend unzulässig und im Übrigen unbegründet.

Die Rüge der ASt, dass die Laufzeit der ausgeschriebenen Rahmenvereinbarung deutlich kürzer sei als zunächst vorgesehen, sei verspätet erfolgt. Denn auch wenn die finale Fassung des AMVSG erst am 9. März 2017 beschlossen worden und erst jetzt klar sei, dass bestehende Rahmenvereinbarungen i.S.d. § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V nach drei Monaten unwirksam werden, sei bereits lange vor Ablauf der Angebotsfrist bekannt gewesen, dass es im Frühjahr 2017 zu einer Gesetzesänderung kommen werde. Zudem hätten die Bieter aufgrund der zahlreichen Bewerberinformationen der Ag und der Änderung des § 11 Abs. 4 RV davon ausgehen können, dass die Rahmenvereinbarung automatisch ende, sobald das AMVSG in Kraft trete. Damit hätten sich alle Bieter darauf einstellen müssen, dass die Laufzeit der Rahmenvereinbarung ggf. nur wenige Monate betragen wird und dies bei der Kalkulation berücksichtigen müssen.

Soweit die ASt allgemein beanstande, das bisher durchgeführte Verfahren verstoße gegen die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung, der Wertungsvorgang sei „insgesamt (...) rechtswidrig“ und die Dokumentation sei mangelhaft, sei ihr Vortrag unsubstantiiert und damit prozessual unbeachtlich.

- c) Mit Beschluss vom 28. März 2017 wurde der Bg zum Verfahren hinzugezogen. Dieser gab keine Stellungnahme ab.

Die Verfahrensbeteiligten hatten Gelegenheit, zum rechtlichen Hinweis der Vergabekammer vom 30. März 2017, dass der Nachprüfungsantrag aus mehreren Gründen unzulässig und unbegründet sei, Stellung zu nehmen. Gemäß § 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB ergeht die Entscheidung nach Lage der Akten.

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 bereits unzulässig (dazu unter 1.), über dessen Begründetheit ist daher von der Vergabekammer nicht zu entscheiden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Juni 2015, VII-Verg 4/15). Aus demselben Grund ist der ASt keine Akteneinsicht zu gewähren (dazu unter 2.) und die Vergabekammer durfte nach Lage der Akten entscheiden (dazu unter 3.).

1. Soweit die ASt beanstandet, die Kalkulationsgrundlagen hätten sich wegen des bevorstehenden Inkrafttretens des AMVSG wesentlich geändert und die Kalkulation sei ihr wegen der ungewissen Vertragsdauer unzumutbar gewesen, ist ihr Nachprüfungsantrag bereits mangels rechtzeitiger Rüge (dazu unter a)) bzw. mangels drohender Rechtsverletzung unzulässig (dazu unter b)). Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag mangels hinreichender Substantiierung unzulässig (dazu unter c)).

a) Die Ag ist mit ihrem Vorbringen, dass sich die Kalkulationsgrundlagen durch das bevorstehende Inkrafttreten des AMVSG erheblich geändert hätten mangels rechtzeitiger Rüge bis zum Ablauf der Angebotsabgabefrist am 9. November 2016 präkludiert (§ 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB).

Denn dass die Vertragslaufzeit wegen des Inkrafttretens des AMVSG ungewiss ist und der Vertrag möglicherweise kürzer als in § 11 Abs. 2 RV vorgesehen (mindestens ein Jahr) läuft, war für die ASt bereits im Zeitpunkt der Angebotserstellung erkennbar, nachdem die Ag auf diese Gesetzesänderung auf entsprechende Bieterfragen hin am 19. Oktober sowie am 2. und 3. November 2016 ausdrücklich hingewiesen und den ausgeschriebenen Vertrag

am 27. Oktober 2016 so abgeändert hat, dass er mit Inkrafttreten des AMVSG automatisch endet (§ 11 Abs. 4 RV). Der Vortrag der ASt, sie habe nicht damit rechnen können, dass sich das AMVSG (auch) auf die Laufzeit der ausgeschriebenen Verträge auswirkt, ist nicht glaubhaft. Denn bereits am 19. Oktober 2016 hat die Ag betont, dass die Rahmenvereinbarung wegen des AMVSG-Entwurfs demnächst ein Sonderkündigungsrecht enthalten wird; zudem beschäftigten sich nach der entsprechenden Ergänzung in § 11 Abs. 4 RV mehrere weitere Bieterfragen speziell mit der hierin enthalten vorzeitigen Vertragsbeendigung und verwiesen auf die hiermit verbundenen Kalkulationsschwierigkeiten. In einem solchen Fall, in dem ein bestimmter Umstand nicht nur in der Öffentlichkeit und den einschlägigen Verbänden, sondern unmittelbar auch mit den konkret betroffenen Bietern ausführlich thematisiert wird, liegt es nahe, dass ein Bieter, der sein Angebot wie hier angeblich die ASt trotz der ungewissen Vertragsdauer kalkuliert und abgibt, seine vergaberechtlichen Bedenken in der Hoffnung auf eine Zuschlagserteilung samt Exklusivbelieferungsbefugnis bewusst zurückstellt und sich den geradezu aufdrängenden Bedenken bewusst verschlossen hat. Vor diesem Hintergrund liegt es im vorliegenden Fall auf der Hand, dass die dem geltend gemachten Vergaberechtsverstoß zugrundeliegenden Tatsachen für die ASt „erkennbar“ i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB waren. Auch die für das Entstehen einer Rügeobliegenheit erforderliche Erkennbarkeit „im Rechtsinne“, dass das Vergabeverfahren aus diesem Grund vergaberechtswidrig ist, lag bereits im Zeitpunkt der Angebotskalkulation vor, denn gerade die Vertragsdauer ist – wie die ASt selbst zugibt – von erheblicher Kalkulationsrelevanz, so dass sich etwaige Unzulässigkeiten solcher Vertragskonstellationen auch ohne vergaberechtliche Kenntnisse aufdrängen. Die ASt hätte daher bis zum Ablauf der Angebotsfrist am 9. November 2016, 16 Uhr, gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 3 GWB rügen müssen, dass ihr die Kalkulation aufgrund der ungewissen Vertragsdauer unzumutbar ist. Im Übrigen liegt es hier nahe, sogar einen Fall des sog. „mutwilligen Sichverschließens“ anzunehmen, so dass die ASt die betreffenden Vergaberechtsverstöße gemäß § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB bereits innerhalb von zehn Kalendertagen nach entsprechender Kenntnis (die hier spätestens mit der Kalkulation des Angebots vorgelegen hat) hätte rügen müssen. Dies braucht hier jedoch nicht entschieden zu werden, da die erst am 17. März 2017 erhobene Rüge auf jeden Fall zu spät erfolgte.

Dass das AMVSG erst am 9. März 2017 vom Deutschen Bundestag beschlossen wurde, ändert hieran nichts. Zwar steht erst seitdem fest, dass bereits abgeschlossene Verträge nach § 129 Abs. 3 S. 5 SGB V drei Monate nach Inkrafttreten des AMVSG enden. Nach

dem oben Gesagten hatten sich die Bieter jedoch bereits seit den Gesetzentwürfen im Oktober und November 2016 und den Bieterinformationen der Ag sowie der Ergänzung des § 11 Abs. 4 RV darauf einstellen müssen, dass die Vertragsdauer jedenfalls ungewiss ist und der Vertrag nach dem für Frühjahr 2017 geplanten Inkrafttreten des AMVSG endet. Durch den Beschluss des Deutschen Bundestages hat sich also lediglich ein kalkulationsrelevanter Umstand konkretisiert, der in den Vertragsbedingungen bereits angelegt war.

Die erst am 11. April 2017 erhobene Beanstandung, eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation sei der ASt nicht zumutbar gewesen, weil Verwürfe zwar durch den angebotenen Preis mitabgegolten sein sollten, aber nicht im Voraus berechenbar seien, hat die ASt vorher überhaupt nicht gerügt, so dass ihr Nachprüfungsantrag insoweit bereits aus diesem Grund unzulässig ist. Dasselbe gilt für den von der ASt ebenfalls erst am 11. April 2017 vorgetragenen Umstand, die Ag habe das Angebot des Bg nicht hinreichend auf die Einhaltung der Anforderungen an die Unterauftragnehmerversgabe geprüft (vgl. hierzu auch unten unter c)).

- b) Auch wenn die Antragsbefugnis grundsätzlich nur die Funktion eines groben Filters erfüllt, ist der ASt die Antragsbefugnis (§ 160 Abs. 2 GWB) abzusprechen. Denn da nach dem oben unter a) Gesagten davon auszugehen ist, dass die ASt so wie alle anderen Bieter auch in Kenntnis der ungewissen Vertragslaufzeit die hiermit verbundenen Unwägbarkeiten bereits in ihrer Kalkulation berücksichtigt hat, ist aus dem Vortrag der ASt nicht schlüssig und nachvollziehbar, dass die Aussichten der ASt auf den Zuschlag wegen der durch das Inkrafttreten des AMVSG verkürzten Vertragslaufzeit beeinträchtigt worden sind oder dass ihre Zuschlagschancen zumindest verschlechtert worden sein können. Denn wie die gesetzgeberische Wertentscheidung der §§ 313, 314 BGB zeigt, besteht in solchen Fällen, in denen die Vertragspartei die Änderung eines grundlegenden vertraglichen Umstands (wie hier die vorzeitige Beendigung des Vertrags aufgrund des Inkrafttretens des AMVSG) vorausgesehen hat, grundsätzlich nicht einmal ein berechtigter Grund, den Vertrag vorzeitig zu beenden. Diese Wertungsentscheidung des Gesetzgebers hat in einem noch nicht durch Zuschlag beendeten Vergabeverfahren gleichermaßen zu gelten, da hier ein (potenzieller) Vertragspartner in Kenntnis bestimmter kalkulationsrelevanter Umstände ein ihn bindendes Angebot abgegeben hat. Um etwaigen Unbilligkeiten vorzubeugen, den abgeschlossenen Vertrag wegen des Inkrafttretens des AMVSG fortzuführen, hat die Ag vorgesehen, dass

dieser mit dem Inkrafttreten des neuen Gesetzes ohnehin automatisch endet (§ 11 Abs. 4 RV).

Ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch für den Fall einer Bejahung der Antragsbefugnis dies nichts an den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags zu ändern vermag. Denn in diesem Fall wären die gleichen Erwägungen bei der Prüfung der Begründetheit zu berücksichtigen und würden in materieller Hinsicht dazu führen, dass sich die ASt nicht mit Erfolg auf kalkulatorische Unzumutbarkeiten berufen kann, da sie diese bei der Angebotserstellung bereits kannte und dementsprechend berücksichtigen konnte. Dass die ASt möglicherweise bei der Erstellung ihres Angebots von der Hoffnung ausgegangen ist, der Ausgang eines Gesetzgebungsverfahrens sei nicht vorhersehbar und das AMVSG könne doch noch scheitern, und sich diese Annahme nunmehr als falsch erweist, ist ein Risiko, das jeder Unternehmer selbst tragen muss. Der Nachprüfungsantrag wäre jedenfalls offensichtlich unbegründet. Zudem ist der Umstand, dass Verträge vorzeitig beendet werden, kein besonderes, und deshalb ggf. unzumutbares und vergaberechtswidriges Risiko für einen Bieter. Dies gilt insbesondere auch für die verfahrensgegenständlichen Leistungen. Denn zwar erfordert die Herstellung und Lieferung parenteraler Zubereitungen besondere kostenrelevante Aufwendungen (insbesondere an die Räumlichkeiten der Vertragsapothekens, s. § 35 Abs. 3, 6 ApBetrO). Dieser Aufwand ist im Fall der vorzeitigen Vertragsbeendigung bei der Vertragsapothekens jedoch ohnehin bereits angefallen und ist auch bei Kündigung des ausgeschriebenen Vertrags nicht vergeblich gewesen, da der Bedarf der (Versicherten der Ag) an parenteralen Zubereitungen hierüber hinaus fortbesteht (und dann sogar nach der regelmäßig höheren Hilfstaxe abgerechnet wird) – geändert hat sich in diesem Fall lediglich das exklusive Versorgungsrecht des Vertragspartners. Dass bei dieser Sachlage die Grenze zur Unzumutbarkeit überschritten sein könnte, ist nicht ersichtlich (vgl. hierzu bereits 1. VK Bund, Beschluss vom 16. Januar 2017, VK 1-130/16).

- c) Das Vorbringen der ASt, das Ausschluss schreiben, die Ausschreibungsunterlagen sowie das Ausschreibungsverfahren seien „insgesamt vergaberechtswidrig und intransparent“, wird im Nachprüfungsantrag nicht weiter substantiiert. Was das Ausschluss schreiben angeht, ist schon nicht nachvollziehbar, welches Schreiben die ASt hier meint, da ihr Angebot von der Ag nicht ausgeschlossen wurde, sondern deshalb nicht für den Zuschlag vorgesehen ist, weil das Angebot der Bg wirtschaftlicher ist. Insoweit ist der Nachprüfungsantrag mangels konkreter, schlüssiger und nachvollziehbarer Darstellung der

Sach- und Rechtsauffassung der ASt unzulässig (§ 161 Abs. 2 GWB). Mangels hinreichender Substantiiertheit ist der Vortrag der ASt auch nicht geeignet, die Vergabekammer vom Amts wegen zur Prüfung einer konkreten Rechtsverletzung zu veranlassen (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 13. Januar 2011, 13 Verg 15/10; OLG München, Beschluss vom 7. August 2007; OLG Frankfurt, Beschluss vom 9. Juli 2010, 11 Verg 5/10).

Dasselbe gilt für die pauschale Behauptung der ASt, der „Wertungsvorgang insgesamt“ sei rechtswidrig erfolgt. Soweit es um Umstände geht, die ein Bieter naturgemäß nicht kennt wie die konkrete Durchführung der Wertung der Angebote durch einen öffentlichen Auftraggeber, sind an dessen Darlegungen zwar keine hohen Anforderungen zu stellen. § 161 Abs. 2 GWB fordert von einem Antragsteller jedoch auch in diesen Fällen Tatsachen darzulegen, die auf eine Rechtsverletzung hindeuten und die der Antragsteller für wahrscheinlich oder möglich halten darf, weil dafür objektive Anhaltspunkte vorliegen (vgl. hierzu Dicks in: Ziekow/Völlink, 2. Aufl., zu § 107 GWB, Rz. 18 m.w.N.). Ein so wie hier ins Blaue hinein gerichteter Vortrag ist unzulässig und damit prozessual unbeachtlich (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Dezember 2008, VII-Verg 55/08; OLG Celle, Beschluss vom 13. Januar 2011, 13 Verg 15/10) und führt auch nicht dazu, dass die Vergabekammer von Amts wegen etwaige Rechtsverstöße suchen und beurteilen muss (vgl. bereits oben). Konkreter, aber ebenfalls nur auf Mutmaßungen und keine Tatsachen gestützt, ist zwar der Vortrag der ASt, die Ag habe bei der Wertung des Angebots des Bg möglicherweise die Einhaltung bestimmter Vorgaben bei der Vergabe von Unteraufträgen nicht ordnungsgemäß kontrolliert. Selbst wenn dieser Vortrag der ASt den Anforderungen des § 161 Abs. 2 GWB genügen könnte (auch wenn er nur als Frage formuliert wurde und keine Belege etwa für die Frage vorgelegt wurden, inwieweit der Bg überhaupt Unterauftragnehmer einbindet), hat der Nachprüfungsantrag insoweit deshalb keinen Erfolg, weil die ASt dies nicht gerügt hat (s. hierzu bereits oben am Ende von a)).

Soweit die ASt die Ausschreibungsunterlagen, das Ausschreibungsverfahren und den Wertungsvorgang lediglich „vorsorglich“ beanstandet, ist ihr Vorbringen zudem allein schon wegen dieser unzulässigen Bedingung verfahrensrechtlich unbeachtlich. Dasselbe gilt für die Beanstandungen der ASt hinsichtlich der Dokumentation der Ag, die die ASt nur als „Zweifel“ äußert, ohne also eine konkrete Rechtsverletzung jedenfalls zu behaupten (vgl. § 161 Abs. 2 GWB).

Des Weiteren erübrigt sich mangels hinreichender Nachvollziehbarkeit des Vorbringens ein Eingehen auf das Schreiben der parlamentarischen Staatssekretärin im Bundesministerium für Gesundheit vom 6. April 2017. Die ASt legt nicht näher dar, inwiefern dieses von ihr vorgelegte Schreiben ihre Rechtsauffassung konkret stützt.

2. Da der Nachprüfungsantrag unzulässig ist, ist der Antrag der ASt auf Akteneinsicht abzulehnen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 15. August 2011, VII-Verg 71/11; und vom 14. Juli 2003, Verg 11/03).
3. Im Falle der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags – wie hier – kann nach Lage der Akten, also ohne mündliche Verhandlung, entschieden werden (§ 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB). Das ihr zustehende rechtliche Gehör wurde der ASt auf den entsprechenden rechtlichen Hinweis der Vergabekammer hin – wie kraft Gesetzes in einem solchen Fall erlaubt – schriftlich gewährt.

III.

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

Zwar hat sich die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zum Bg gestellt, da sie ihren Antrag u.a. darauf stützt, dass die Wertung des Angebots des Bg vergabefehlerhaft war. Da sich der Bg jedoch nicht am Nachprüfungsverfahren beteiligt hat, entspricht es nicht der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Auslagen des Bg aufzuerlegen (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags 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.

Behrens

Dr. Dittmann