



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 48/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

[...],

[...],

[...],

[...],

[...],

[...],

[...],

[...],

[...],

- Antragstellerin -

- Antragsgegnerin zu 1)-

- Antragsgegnerin zu 2)-

- Antragsgegnerin zu 3)-

- Antragsgegnerin zu 4)-

- Antragsgegnerin zu 5)-

- Antragsgegnerin zu 6)-

- Antragsgegnerin zu 7)-

- Antragsgegner zu 8)-

- Antragsgegnerin zu 9)-

[...],

- Antragsgegnerin zu 10)-

[...],

- Antragsgegnerin zu 11)-

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1)

bis 11):

[...],

wegen der Vergabe „Abschluss von Verträgen über die Versorgung mit Kontrastmitteln im Sprechstundenbedarf [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Twele auf die mündliche Verhandlung vom 8. Mai 2017 am 11. Mai 2017 beschlossen:

1. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, im streitgegenständlichen Vergabeverfahren einen Zuschlag zu erteilen. Ihnen wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese in Bezug auf die Vorgabe eines Mindestrabattsatzes unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Antragsgegnerinnen tragen $\frac{3}{4}$, die Antragstellerin $\frac{1}{4}$ der Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen).
3. Die Antragsgegnerinnen tragen die zur Rechtsverfolgung erforderlichen Aufwendungen der Antragstellerin zu $\frac{3}{4}$, die Antragstellerin trägt die zur Rechtsverteidigung erforderlichen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen zu $\frac{1}{4}$.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Verfahrensbeteiligten werden jeweils für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Der Antragsgegner und die Antragsgegnerinnen (im Folgenden gemeinsam „Ag“) machten am [...] die beabsichtigte Vergabe „Abschluss von Verträgen über die Belieferung von radiologisch tätigen Vertragsärzten [...] gemeinschaftsweit bekannt. Streitgegenständlich [...] sind vorliegend die Fachlose C-1, C-2, G, M-1, M-2 und N. Die Antragstellerin (ASt), ein pharmazeutisches Unternehmen, welches Kontrastmittel herstellt, wendet sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gegen die Vorgabe eines Mindestrabattsatzes und die unzureichende Berücksichtigung von 10er-Packungen bei den Wertungsvorgaben für die Fachlose M1 und M2.

1. Ausweislich der Bewerbungsbedingungen (dort Ziff. 4) ist für das Anbieten von Erstattungssätzen durch die Bieter Folgendes vorgesehen [Anm. d. Kammer: Hervorhebungen im Original]:

„ 4.1 Jeder Bieter kann ein Angebot für nur eines, mehrere oder alle Fachlose abgeben. Eine Loslimitierung findet nicht statt.

Da die Angebotswertung für jedes Fachlos gesondert erfolgt, dürfen Angebote für mehrere oder alle Lose nicht unter dem Vorbehalt einer gemeinsamen Vergabe dieser Lose abgegeben werden. (...)

*4.2 Jeder Bieter hat je Fachlos, für das er ein Angebot abgeben möchte, sein gesamtes Sortiment aller Kontrastmittel, die er während der Vertragslaufzeit in Vertrieb hat bzw. haben wird und/oder in den Verkehr bringt bzw. bringen wird, in das Angebot einzubeziehen und durch Ankreuzen in der Spalte „Vertrags-VBG“ in dem (jeweils fachlosspezifischen) **Preisblatt** (Anlage 4 zu den Bewerbungsbedingungen) kenntlich zu machen, welche VBGs [Anm. d. Kammer: Versorgungsbedarfsgruppen] von seinem Angebot umfasst sind. Kann ein Arzneimittel keiner aufgeführten VBG zugeordnet werden, so ist das Preisblatt unter Angaben der notwendigen Daten (...) um eine weitere VBG zu ergänzen.*

Der Bieter hat dabei für jedes Fachlos, zu dem er ein Angebot abgibt, einen bestimmten einheitlichen Erstattungssatz in Prozent anzubieten (s. hierzu näher unter 5.) und im Preisblatt (Anlage 4 zu den Bewerbungsbedingungen) anzugeben, welcher für alle VBG gilt, die Gegenstand des Angebots sind und im Zuschlagsfall Gegenstand des Vertrages sein werden. (...)“

Gemäß Ziff. 5.1 der Bewerbungsbedingungen ist für die anzubietenden Preise und die spätere Abrechnung Folgendes geregelt:

*„Der vom Bieter für ein angebotsgegenständliches Fachlos angebotene einheitliche **Erstattungssatz in Prozent („Erstattungssatz“)** ist im Zuschlagsfall nach näherer Maßgabe der vertraglichen Regelungen die Grundlage für die Berechnung der Rückerstattung der Ausgleichsbeträge an die Auftraggeber. Der Erstattungssatz muss mindestens 15 % betragen; Angebote mit einem geringeren Erstattungssatz werden von der Wertung ausgeschlossen. Der Netto-Abrechnungspreis (AP-Netto_{VBG}) ist der Preis, der gegenüber den Auftraggebern zzgl. USt. abgerechnet werden kann. Der Netto-Abrechnungspreis je VBG vermindert um den Erstattungssatz ergibt den **Netto-Erstattungspreis je VBG (EP- Netto_{VBG})**. Der **Erstattungsbetrag je Packung** eines vereinbarten Kontrastmittels (EB_{PZN}) errechnet sich aus der Differenz zwischen dem Brutto-Abrechnungspreis (AP- Brutto_{VBG}) und dem Brutto-Erstattungspreis (EP- Brutto_{VBG}) der entsprechenden VBG (EB_{PZN} = AP- Brutto_{VBG} - EP-Brutto_{VBG}; s. auch § 2 Abs. 2 des Vertrages - Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen).*

Der im fachlosspezifischen Preisblatt (Anlage 4 zu den Bewerbungsbedingungen) je VBG angegebene Brutto-Abrechnungspreis entspricht jeweils dem am 1. Januar 2017 günstigsten ApU zzgl. gesetzlicher Mehrwertsteuer in Höhe von derzeit 19 % unter den ApUs aller Arzneimittel, die der jeweiligen VBG zugeordnet werden können. Die Preisangaben beziehen sich dabei jeweils auf eine Packung (im Sinne der äußeren Umhüllung gemäß der Angaben zur jeweiligen VBG in Anlage 4 zu den Bewerbungsbedingungen) des Arzneimittels. Wenn zu keiner der PZN, die einer VBG zugeordnet werden können, ein ApU in der Lauer-Taxe (Stand: 1. Januar 2017) abgebildet ist, entspricht der Netto-Abrechnungspreis stattdessen dem günstigsten Listenpreis (ApU, der der [...] vom pharmazeutischen Unternehmer zum Stichtag 01.01.2017 zur Verfügung gestellt wurde).

Der Vertragspartner verpflichtet sich zur Rückerstattung des Erstattungsbetrages für jedes vereinbarte Kontrastmittel, das abgegeben wird an die Auftraggeber nach näherer Maßgabe des Vertrages.“

Anlage 4 (Preisblatt) zu den Bewerbungsbedingungen sieht ebenfalls einen Ausschluss derjenigen Angebote vor, welche die geforderte Mindesthöhe des Rabattes von 15 % bezogen auf den günstigsten, in der Lauer-Taxe ausgewiesenen Abgabepreis pharmazeutischer Unternehmer (ApU) zzgl. Mehrwertsteuer nicht einhalten.

Alleiniges Zuschlagskriterium ist der Preis (Bewerbungsbedingungen S. 8, 26f. und Preisblatt, Anlage 4). Für den Fall, dass die Angebote mehrerer Bieter für dasselbe Fachlos den gleichen Erstattungsbetrag ausweisen, wird der Zuschlag an denjenigen Bieter erteilt, der die größte Sortimentsbreite (d.h. höchste VBG-Anzahl) anbietet; sollte auch diese Zahl identisch sein, entscheidet das Los.

Bei der Ermittlung der Wirtschaftlichkeit des Angebots werden die angebotenen Erstattungssätze mit den Mengen der im Referenzzeitraum 1. November 2015 bis 31. Oktober 2016 von den Vertragsärzten [...] als Sprechstundenbedarf bezogenen Kontrastmittel, die der jeweiligen Versorgungsbedarfsgruppe zuzuordnen sind, gemäß den Angaben in Anlage 2, Abschnitt I zu den Bewerbungsbedingungen gewichtet.

In Bezug auf die Fachlose M1 und M2 enthält die Anlage 2 Angaben zu den VBG der Gadotersäure 0,5mmol/ml in der Darreichungsform Fertigspritzen 1 und 5 Stück (M1) bzw. Durchstech- und Injektionsflaschen 1 und 10 Stück (M2). Im Fachlos M1 sind im Referenzzeitraum ausschließlich Einzelpackungen abgerechnet worden (27.362 Stück). Im Fachlos M2 wurden 61.560 Einzelpackungen verordnet und 46 Stück 10er Packungen.

Mit Bieterfrage vom 29. März 2017 monierte die ASt, dass in den Preisblättern der Fachlose M1, M2, M3, O und P faktisch nur Einzelflaschen einer Wertung zugeführt würden. Abweichende Packungsgrößen (z.B. 10er-Packungen) würden somit vom wirtschaftlichen Wettbewerb ausgeschlossen, obwohl sie nach den Vorgaben der Ag angeboten werden müssten und ein Angebot auch mit einer 10er-Packung wirtschaftlich zur Versorgung der Versicherten geeignet sei.

Die Ag werteten diese Frage als Rüge und teilten der ASt mit Schreiben vom 30. März 2017 mit, dass dieser nicht abgeholfen werde.

Mit Schreiben vom 29. März 2017 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigte zudem, dass sie die Vorgabe eines einheitlichen Mindestersattungssatzes von 15 % bezogen auf den günstigsten in der Lauer-Taxe ausgewiesenen ApU u.a. in ihrer Kalkulationsfreiheit verletze. Auch dieser Rüge halfen die Ag nicht ab und teilten dies der ASt mit Schreiben vom 5. April 2017 mit.

Das von der ASt eingereichte Angebot weist Erstattungssätze von [...].

2. Mit einem am 13. April 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen hat die Kammer den Ag am 18. April 2017 übermittelt.

a) Die ASt trägt vor, dass die Ag unzulässig einen Mindestrabatt in Höhe von 15 % vorgegeben hätten und darüber hinaus in den Fachlosen M1 und M2 zu Unrecht 10er Packungen von der Wirtschaftlichkeitsbewertung ausschließen. Im Einzelnen:

Die Vorgabe eines Mindestrabatts – hier 15 % ausgehend vom günstigsten Marktanbieter – verstoße gegen die grundsätzliche Kalkulationsfreiheit der Bieter und sei auch nicht vom Bestimmungsrecht der Ag gedeckt. Diese müssten den Bieter überlassen, zu welchen Preisen sie die Leistungen anbieten möchten, was letztlich Ausfluss des Wettbewerbsprinzips sei. In die Kalkulationsfreiheit der Bieter könnten die Ag inhaltlich nur eingreifen, wenn hierfür Mechanismen existierten. Keine dieser denkbaren gesetzlichen Determinanten (z.B. Mindestlohnvorgaben, vergaberechtliche Unauskömmlichkeitsprüfung, Vorgaben des Preisgesetzes bzw. der Preisverordnung PR 50/53) seien vorliegend einschlägig. Als Obergrenze hätten die Ag etwa die in der Lauer-Taxe hinterlegten Herstellerabgabepreise ansetzen können – analog zu den Zytostatika-Ausschreibungen, bei denen die Preise der Hilfs-Taxe als Maßstab für die Wirtschaftlichkeit hätte herangezogen worden seien. Auch das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot rechtfertige nicht die Vorgehensweise. Der Grundsatz der sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsmittelverwendung sei auch in sämtlichen Haushaltsgesetzen des Bundes und der Länder kodifiziert, so dass sich die Ag schon nicht auf eine besondere Wirtschaftlichkeit bei der hiesigen Vergabe berufen könnten. Darüber hinaus müssten die Ag auch die gegenläufigen Aspekte wie die Kalkulationsfreiheit der Bieter und die nachprüfbaren Aufhebungsvoraussetzungen im Vergaberecht bei ihrer Betrachtung berücksichtigen. Bei einer Beschaffung nach dem vierten Teil des GWB müsse zudem die in § 97 Abs. 5 GWB verankerte Leitvorstellung einer wirtschaftlichen Beschaffung Vorrang gegenüber den sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben einnehmen.

Die Ag hätten insgesamt die Bedeutung der Kalkulationsfreiheit der Bieter verkannt. Dass sich nach dem Vortrag der Ag ihre Vorgabe lediglich auf den Gesamtpreis beziehe und sie den Bietern somit keine bestimmten Einzelpreise vorschrieben, ändere nichts am Charakter einer unzulässigen Kalkulationsvorgabe. Denn Vorgaben

in Bezug auf den Gesamtpreis könnten noch gravierende Auswirkungen haben als solche für Einzelpositionen.

Es stehe den Ag auch nicht frei, die Wirtschaftlichkeit des Auftrags vorab zu definieren. Wirtschaftlich im Sinne des § 97 Abs. 5 GWB sei dasjenige Angebot zu sehen, was im Verhältnis zu den anderen Angeboten den größten Rabatt enthalte; nicht das, was sich die Ag jenseits des Wettbewerbs abstrakt und fiktiv vorstellten. Die Vorgehensweise der Ag trage vorliegend die Gefahr in sich, dass ein Dumping-Wettbewerb zwischen den Mitbewerbern entstehe und letztlich der Zuschlag auf ein nicht auskömmliches Angebot erteilt werde – auch wenn die Angebote der ASt selbst auskömmlich kalkuliert worden seien.

Außerdem setze die Ag das Instrument der Rahmenvereinbarung missbräuchlich ein, da der von ihnen initiierte Wettbewerb eingeschränkt werde: Die Vorgaben der Ag hielten entweder Unternehmen von der Angebotsabgabe fern oder verleite sie zu veränderten Kalkulationsweisen. Die Effekte des vorgegebenen Zwangsrabatts würden zudem durch die Nachfragebündelung verstärkt. Da alle [...], entfalte die Rabattvorgabe eine umfassende, flächendeckende Wirkung. Die ASt greife – mangels Zuständigkeit der Kammer für diese Frage – die Bildung des möglicherweise unzulässigen Nachfragekartells der Ag nicht mit dem hiesigen Nachprüfungsantrag an, berufe sich jedoch in ihrer Argumentation der Unzulässigkeit des Rabattmodells der Ag auch auf die fehlenden Ausweichmöglichkeiten der Bieter auf – dann nicht mehr mögliche – alternative Ausschreibungen. Der Zusammenschluss aller Krankenkassen werde dazu genutzt, einen ansonsten nicht durchsetzbaren Mindestrabatt von 15 % in Relation zum bereits günstigsten Anbieter bei den Bietern durchzudrücken.

Die Ag stellten sich mit ihrer Vorgabe auch in einen Wertungswiderspruch zu den vergaberechtlichen Regelungen zur Aufhebung des Vergabeverfahrens bei angenommener Unwirtschaftlichkeit. Auch wenn es sich dabei fraglos um einen wichtigen Aspekt der Beschaffung handele, zumal die Ag treuhänderisch die Mitgliedsbeiträge ihrer Versicherten zu verwenden hätten, dürften die Ag durch die Vorgabe eines Zwangsrabatts nicht die Vorgaben der Rechtsprechung, insbesondere diejenige des BGH, zu den Aufhebungsvoraussetzungen umgehen. Denn danach dürfe ein Auftraggeber nicht allein das Verfahren aufheben, nur weil das Ergebnis

nicht seinen subjektiven Wünschen in Bezug auf die Wirtschaftlichkeit entspreche. Vielmehr sei das Wettbewerbsergebnis regelmäßig hinzunehmen, selbst wenn die Angebotspreise etwa zehn Prozent oberhalb der Kostenschätzung lägen. Auch hier müssten die Ag daher zunächst eine Schätzung vornehmen und nach Eingang der Angebote diese der Schätzung gegenüberstellen. Bei der Schätzung sei den Ag zuzugestehen, dass sich diese wohl nicht am durchschnittlichen, sondern am günstigsten Kontrastmittel orientieren dürfe. Gehe dann ein Angebot ein, das etwa 12 -14 % unterhalb des marktgünstigsten Anbieters liege, werde dies jedoch nach dem Preissystem der Ag ohne weitere Prüfung sofort ausgeschlossen. Gemessen an vergaberechtlichen Grundsätzen sei dieses als wirtschaftlich anzusehen und würde vielmehr die Aufgreifschwelle zur Prüfung auf Niedrigpreisigkeit auslösen. Bei Verzicht auf die 15 % - Klausel hätten die Ag dieses Angebot wohl auch ohne weiteres akzeptiert und würden die Ausschreibung nicht aufheben. Ein Bieter hätte mit Erfolg die (unterstellte) Aufhebung des Verfahrens bei einem derartigen Wettbewerbsergebnis angreifen können. Der angedrohte Ausschluss des Bieters erweise sich daher als missbräuchlich, weil sich die Ag proaktiv missliebiger Vergabeergebnisse entledigen wollten, um eine potentielle Aufhebungsentscheidung nicht mehr rechtfertigen zu müssen. Die Ag sprengten im Ergebnis mit ihrem Modell sämtliche vergaberechtlichen Wertungen zur Preisprüfung und zur Aufhebung.

Sie könne sich zur Rechtfertigung auch nicht auf eine erhöhte Transparenz berufen. Sie verhindere gerade – wie der Nachprüfungsantrag zeige – nicht die streitanfällige Wirtschaftlichkeitsprüfung und Aufhebungsentscheidung, sondern zwingt die Bieter zur frühzeitigen Erhebung von Rügen und Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Hilfsweise sei jedenfalls die Höhe von 15 % vergaberechtswidrig. Originalhersteller wie die ASt lägen preislich schon ca. 15 % oberhalb des ApU des marktgünstigsten Generika-Herstellers. Einschließlich des Zwangsrabatts müsste die ASt allein für die Teilnahme am Vergabeverfahren somit mindestens 30 % Rabatt auf ihren ApU kalkulieren. Dass die gegenwärtigen Listenpreise für Kontrastmittel ohne nennenswerten Wettbewerbsdruck entstanden seien, der Markt generell unreguliert sei und daher kein Maßstab für die Betrachtung der ASt sein könne – wie die Ag vortrage – gehe fehl. Es sei eine Unterstellung, dass kein Wettbewerb bei Verzicht auf die 15 % - Klausel entstehen werde. Die Erfahrungen der Vergangenheit belegten eher einen heftigen Wettbewerb über alle Anbietertypen hinweg, ohne das Vorgaben

gemacht worden wären. Als Obergrenze hätte sich – wie bereits ausgeführt – das derzeitige (durchschnittliche oder allenfalls günstigste) Preisniveau, wie es sich aus der Lauer-Taxe ergebe, angeboten. Soweit sich die Ag in der Vergabedokumentation apodiktisch auf Ergebnisse anderer Ausschreibung beriefen, seien diese mit der vorliegenden Vergabe schon deshalb nicht vergleichbar, weil vorliegend sämtliche Krankenkassen gemeinsam ausschrieben. Die von den Ag ins Feld geführte Exklusivität zugunsten des späteren Auftragnehmers kompensiere auch nicht die belastende Vorgabe, weil die Radiologen weiterhin über ein unantastbares Ordnungsrecht verfügten (Ziff. A.1.7 der Bewerbungsbedingungen). Eine flächendeckende Umstellung zugunsten des Ausschreibungsgewinners werde daher nicht stattfinden; ein entsprechender „Ungehorsam“ der Radiologen sei auch bei anderen Ausschreibung schon festzustellen gewesen (Kontrastmittelausschreibung [...]). Open-House-Verfahren könnten aufgrund der jederzeitigen Ein- und Austrittsmöglichkeit ebenfalls nicht als Vergleichsmaterial herangezogen werden. Ebenso wenig plausibel sei, dass der Bundesrechnungshof einschreiten werde, wenn die Ag Verträge unterhalb von 15 % - Rabatt abschließen.

Die Ag könnten auch nicht damit Gehör finden, dass die ASt ja kein Angebot abgeben müsse. Aufgrund des umfassenden Nachfrageverbundes aller gesetzlichen Krankenkassen stelle die Nichtteilnahme keine ernsthafte Option für die ASt dar, weil dies zum faktischen Marktausscheiden führe. Die 15 % - Mindestrabattgrenze sei letztlich willkürlich gewählt worden. Aus dem Vergabevermerk ergebe sich nichts, dass diese Festlegung rechtfertige.

Weiterhin sei der faktische Ausschluss von 10er-Packungen in den Fachlosen M1 und M2 bei der Wertung zu beanstanden. Dies diskriminiere (auch) die ASt und verletze das vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Aufgabe der Ag sei es, einen fairen Wettbewerb zu organisieren, der es den Bietern ermögliche, nach formal gleichen Maßstäben einen Zuschlag zu erhalten. Die Erwägungen der Ag seien insgesamt sachfremd und daher auch nicht von ihrem Bestimmungsrecht gedeckt. Bei den von den Ag vorgegebenen Preisblättern seien nur Angaben zu einem und fünf Stück Fertigspritzen (M1) zu machen. Die Ag hätten daher auch die ebenfalls im Markt erhältlichen 10er-Packungen berücksichtigen müssen. Zwar könnten die Bieter auch eigene Versorgungsbedarfsgruppen eintragen, sie müssten dies sogar tun, weil sie nach den Vorgaben der Ag ihr gesamtes Sortiment anbieten müssten. Bei der

Wirtschaftlichkeitsbetrachtung werde jedoch nur das tatsächlich historisch abgegebene Volumen im Referenzzeitraum angesetzt (1er und 5er Packungen), nicht jedoch die zukünftige Entwicklung (10er-Packungen) berücksichtigt. Für neu vom Bieter eingetragene VBG führe dies dazu, dass diese mit „Null“ gewichtet würden und sich somit bei der Berechnung des Erstattungsbetrages nicht auswirkten. Es verstoße daher gegen den Gleichheitsgrundsatz, wenn die Ag nur deshalb die 10er-Packungen nicht berücksichtigten, weil sie seit ihrer Markteinführung 2014 nicht bzw. nur sehr gering abgegeben worden seien. Dass nahezu ausschließlich 1er-Packungen in der Vergangenheit abgesetzt worden seien, liege daran, dass der ursprüngliche Originalhersteller [...] nur 1er-Packungen vertrieben habe. Auch aufgrund von Patentrechtsstreitigkeiten habe [...] noch eine sehr starke Marktstellung. Angesichts der hohen Volumina an abgerechneten Einzelpackungen (z.B. 12.424 im Fachlos M1-1, im Los M2 sogar 36.096) sei eine kleinteilige Belieferung offenbar auch aus Sicht der Ärzte nicht erforderlich, auch seien die Einzelflaschen drei bis vier Jahre haltbar. In der Zukunft könne sich die Belieferungssituation – je nach Ausschreibungsgewinner und Erfolg der Lenkung seitens der Ag – jedoch völlig anders entwickeln. Denn die Ag könnten auf das Ordnungsverhalten der Radiologen einwirken und eine Umstellung auf 10er-„Großpackungen“ während der Vertragsdurchführung hinwirken. Soweit die Ag sich darauf beriefen, dass sie nicht fiktive Abgabemengen in die Wertung einstellen könnten, sei dies folglich unbehelflich.

Bei Fachlos M1 habe die ASt enorme Anstrengungen innerhalb des Konzerns unternommen, um nur für diese Ausschreibung eine 1er-Packung auf den Markt bringen zu können. In Fachlos M2 sei aus Gründen der Unternehmensethik zur Müllvermeidung keine Freigabe der Produktion einer 1er-Packung möglich gewesen, so dass die ASt ausschließlich 10er-Packungen anbieten könne.

Unerheblich sei, dass die 10er-Packungen noch nicht in der Lauer-Taxe gelistet seien. Nach den Vorgaben der Ag müssten Pharmazentralnummern erst kurz vor Vertragsschluss den Ag mitgeteilt werden (§ 1 Abs. 5 des Vertrages). In anderen Ausschreibungen hätten die dortigen Vergabestellen bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung etwa auf den Preis pro Milliliter und bei identischen Preisen auf die größte Sortimentsbreite abgestellt. Dies habe die Rechtsprechung aufgrund der Wettbewerbsoffenheit akzeptiert (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15). Alternativ könnten die Ag den Flaschenpreis, bezogen auf

eine einzelne Einheit, als Zuschlagskriterium festlegen oder von Vornherein ein Open-House-Modell bekannt machen.

Die vorliegende Methode konterkariere jedoch die eigene Intention der Ag, andere Kontrastmittel in den Vertrag einzubinden, da neue Produkte aufgrund der Gewichtung mit „Null“ faktisch ausgeschlossen würden. Dies verhindere eine wirtschaftliche Beschaffung und verstoße auch gegen das vergabe- und sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot. Denn die in den Vorgaben der Ag liegende Ungleichbehandlung führe dazu, dass die ASt ihre trotz des deutlich höheren Einsparpotentials wirtschaftlich garantiert besseren 10er-Packungen nicht für den Erhalt des Zuschlages anbieten könne.

Mit ihrem Vortrag ist die ASt auch nicht präkludiert. Die ASt habe die zugrundeliegenden Tatsachen in ihren Rügeschreiben gegenüber den Ag angeführt, im Nachprüfungsantrag lediglich vertiefenden Rechtsvortrag vorgebracht. Soweit die Ag meinten, die ASt hätte die Verletzung des Wettbewerbsprinzips gesondert rügen müssen, gehe dieser Vorwurf schon deshalb fehl, weil im Rügeschreiben vom 20. März 2017 ausdrücklich die Initiierung eines Dumpingwettbewerbs moniert worden sei. Der Zusammenschluss aller gesetzlichen Krankenkassen sei von der ASt nicht zu rügen gewesen, weil es sich hierbei nicht um einen selbständig geltend gemachten Vergaberechtsverstoß, sondern nur um einen Umstand handele, der bei den Wirkungen der Vorgaben der Ag zu berücksichtigen sei. Gleiches gelte für die Missbräuchlichkeit der Verwendung der Rahmenvereinbarung sowie die Frage der Umgehung der vergaberechtlichen Vorgaben für die Aufhebung bei Unterstellung der Nichtwirtschaftlichkeit (Nichterreichen der 15%-Schwelle) durch die Ag.

Die ASt beantragt,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 160 ff. GWB;
2. den Ag aufzugeben, das Vergabeverfahren mindestens in die Phase vor Angebotsaufforderung zurückzusetzen und die Bieter unter Korrektur der von der Vergabekammer als vergaberechtswidrig festgestellten Vergabebedingungen – namentlich des 15 %-igen Mindesttrabatts – neu zur Angebotsabgabe aufzufordern;

3. der ASt Akteneinsicht gem. § 165 GWB zu gewähren;
 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären.
 5. den Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens – einschließlich der außergerichtlichen Kosten der ASt – aufzuerlegen;
- b) Die Ag zu 1) beantragte mit Schreiben vom 21. April 2017 zunächst über ihren Verfahrensbevollmächtigten,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
 2. der ASt werden die Kosten des Verfahrens, einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag zu 1) aufzuerlegen.
 3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Ag zu 1) notwendig war.

Mit Schriftsatz vom 25. April 2017 zeigte der Verfahrensbevollmächtigte der Ag zu 1) auch die Vertretung der Ag zu 2) bis 11) an und erklärte in deren Namen und Auftrag die am 21. April 2017 gestellten Anträge auch für diese zu stellen.

Der Nachprüfungsantrag sei schon unzulässig, soweit die ASt vortrage, die Ag hätten ein unzulässiges Nachfragekartell gebildet. Abgesehen davon, dass ein solches nicht vorliege, sei die Kammer für das Überprüfen eines vermeintlichen Verstoßes gegen § 1 GWB nicht zuständig. Darüber hinaus habe die ASt ihre Rügeobliegenheit verletzt, soweit sie mit ihrem Nachprüfungsantrag einen Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip gemäß § 97 Abs. 1 GWB durch die gemeinsame Ausschreibung moniere. Dies habe sie ebenso wenig im Vorfeld gerügt wie einen angeblichen Verstoß gegen § 21 Abs. 1 S. 3 VgV aufgrund der von ihr vorgetragenen missbräuchlichen Verwendung der vorliegenden Rahmenvereinbarung.

Die ASt sei zumindest teilweise auch nicht antragsbefugt, soweit sich ihr Antrag gegen den Mindest-Erstattungssatz von 15 % richte. [...]. Die Höhe des vorgegebenen Rabattsatzes einzuhalten, sei insofern kein Problem für die ASt

gewesen. In den Losen [...] erhalte die ASt darüber hinaus voraussichtlich den Zuschlag, da sie jeweils das wirtschaftlichste Angebot abgegeben habe, so dass es ihr – vorbehaltlich der weiteren Prüfung – insoweit auch am Rechtsschutzbedürfnis fehle.

Der Nachprüfungsantrag sei auch vollumfänglich unbegründet. Die Ag hätten einen Mindestrabattsatz – sowohl grundsätzlich, als auch der Höhe nach – vorgeben dürfen. Derzeit nicht am Markt befindliche 10er-Packungen bei den Fachlosen M1 und M2 seien zu Recht mit dem Mengenfaktor Null in die Wertung eingeflossen, die existenten mit dem in der Vergangenheit abgegebenen Volumen.

Der Ansatz der ASt, die Ag hätten durch die Forderung nach einer Mindestrabatthöhe unzulässigerweise in die Kalkulationsfreiheit der Bieter eingegriffen, sei schon deshalb verfehlt, weil sie lediglich einen Höchstpreis vorgegeben, den Bietern jedoch keine Vorgaben für die Kalkulation ihrer Preise gemacht hätten.

Vergaberechtlich sei anerkannt, dass es sich bei der Forderung nach Mindestpreisen um keine Kalkulationsvorgaben handle (VK Westfalen, Beschluss vom 27. Oktober 2015). Das gelte entsprechend für die Vorgabe, einen gewissen Höchstbetrag nicht zu überschreiten. Auch die erkennende Kammer habe anerkannt, dass in Bezug auf den Abschluss von Rahmenvereinbarungen über parenterale Zubereitung die Hilfstaxen-Preise zulässigerweise als Obergrenze von der dortigen Auftraggeberin habe gesetzt werden dürfen. Eine unzulässige Festpreisvorgabe i.S.d. § 58 Abs. 2 S. 3 VgV liege ebenfalls nicht vor. Zum einen habe man keinen abschließenden Preis vorgegeben, zum anderen sei mit der Sortimentsbreite als Entscheidungskriterium bei identischem Angebotspreis auch ein zusätzliches qualitatives Kriterium vorhanden.

Selbst wenn man die Vorgabe als Eingriff in die Kalkulationsfreiheit der Bieter auffasste, wäre dieser aufgrund des Bestimmungsrechts der Ag gerechtfertigt. Denn die Kalkulationsfreiheit der Bieter sei kein absolut geschütztes Recht. Die Vorgabe der Ag diene dem vergabe- und sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebot, die jeweils von den Ag zu beachten seien, da sie im Sinne ihrer Versicherten wirtschaftlich zu beschaffen hätten. Die ASt könne auch nicht das Haushaltsrecht der Argumentation der Ag entgegenhalten. Der materielle Regelungsgehalt des

sozialversicherungsrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebots gehe über die im Haushaltsrecht angelegte sparsame und wirtschaftliche Haushaltsführung hinaus, da die Ag die Verpflichtung treffe, mit den Mittel eine ausreichende, zweckmäßige und wirtschaftliche Versorgung der Versicherten sicherzustellen. Anders als das Haushaltsrecht entfalte das sozialversicherungsrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot somit Außenwirkung und sei auch sanktionsbewehrt. Die Ag könnten daher nicht verpflichtet werden, gegebenenfalls auch Mehrkosten gegenüber dem vertragslosen Zustand hinnehmen zu müssen.

Die Auswertung der Angebote – auch desjenigen der ASt – belegten, dass die Mindesthöhe von 15 % nicht unzumutbar für die Bieter gewesen sei. Die Ausführungen der ASt gingen völlig an der Realität vorbei, [...]. Eine Diskriminierung der ASt als Originalpräparateherstellerin könne ebenfalls nicht festgestellt werden. Ausweislich der Auskömmlichkeitsprüfung der ASt bei Fachlos M1 vom 2. Mai 2017 berufe sie sich selbst darauf, im Zuschlagsfall ein Generikum zu benennen, für das ihr keine Entwicklungskosten entstanden seien und verweise auf ihre besonders günstigen Kostenstrukturen. Im Übrigen sei es allein ihre unternehmerische Freiheit, wie sie sich aufstelle. Die Ag könnten und dürften unterschiedliche Geschäftsmodelle der Bieter mit unterschiedlichen Kostenstrukturen, Refinanzierungsmöglichkeiten oder Produktportfolios und daraus resultierende Nachteile nicht berücksichtigen oder zugunsten einzelner Bieter auszugleichen versuchen.

Entgegen den Ausführungen der ASt widerspreche die Vorgabe eines Mindest-Erstattungssatzes auch nicht den Wertungen des § 63 VgV, hier der Aufhebung wegen Unwirtschaftlichkeit. Denn die Ag gewährleisteten hierdurch, dass nur Angebote gewertet würden, die nach der Vorab-Definition wirtschaftlich seien. Dies vorab festzulegen, sei zulässig, da die Ag berechtigt seien, das Vergabeverfahren jederzeit aufzuheben, wenn kein wirtschaftliches Ergebnis erzielt worden sei. Die Ag erreichten durch die transparent bekannt gegebene Rabatthöhe, dass Bieter von vornherein ihre Angebote hierauf ausrichten könnten oder aber von einer sinnlosen und aufwändigen Angebotsabgabe absehen könnten.

Die von der ASt zitierte Rechtsprechung zur Aufhebung wegen Unwirtschaftlichkeit sei auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Denn eine Kostenschätzung und deren potentielle Überschreitung um 10 – 20 % könne es hier bei der Betrachtung der

Wirtschaftlichkeit des Auftrags nicht gehen. Auch seien die derzeit existenten Listenpreise ohne Wettbewerbsdruck entstanden und könnten daher nicht ohne Weiteres zum Maßstab zukünftiger Beschaffungsvorgänge gemacht werden. Es handele sich um einen völlig unregulierten Markt, da hier – anders als bei der Arzneimittelversorgung etwa – keine preisdämpfenden Mechanismen vorhanden seien (gesetzliche Zwangsrabatte, Zuzahlungen oder Festpreise). Die pharmazeutischen Unternehmen seien in ihrer Preissetzung vollkommen autonom.

Letztlich könnten die Ag, anders als „normale“ öffentliche Auftraggeber auch nicht von der Beschaffung absehen, da sie als Krankenkassen die Kosten der Versorgung der Versicherten in jedem Fall zu tragen hätten.

Die Höhe des Mindest-Erstattungssatzes von 15 % sei auch sachgerecht erfolgt. Die Ag hätten die bisherigen Erfahrungen (insbesondere) mit Kontrastmittelausschreibungen berücksichtigt. Sie selbst hätten im Vergleich zum vertraglosen Zustand oder zu Open-House-Modellen deutlich höhere Folgekosten zu tragen (Administrationsaufwand/Transaktionskosten). Außerdem müssten die Ag in die Überlegung einstellen, dass über die Vertragslaufzeit von zwei Jahren Preisschwankungen auftreten könnten. Der Mindesterstattungssatz gewährleiste daher auch die nachhaltige Wirtschaftlichkeit der abzuschließenden Verträge. Die angesetzten 15 % bewegten sich an der Untergrenze dessen, was in der Vergangenheit erzielt worden sei. Selbst bei Open-House-Modellen würden Rabatte zwischen 10 und 20 % vereinbart, obwohl keine Exklusivität gewährt werde. Auch die ASt habe solche Verträge geschlossen. Krankenhäuser erzielten bei Kontrastmittelausschreibungen selbst von Großhändlern Rabatte zwischen [...], so dass die Margen der Hersteller eigentlich deutlich größer sein müssten. Auch im patentgeschützten Bereich würden zweistellige Rabatte erzielt, so dass sich die hiesige Vorgabe nicht als unzumutbar erweise. Der für die Ag zuständige Bundesrechnungshof würde Verträge, welche unterhalb dieser Schwelle lägen, zum Anlass für Rügen nehmen können. Dass die Schwelle letztlich unproblematisch sei und die ASt eine Scheindiskussion initiiert habe, [...]. Auch habe sie erklärt, dass diese Angebote ordnungsgemäß kalkuliert worden seien, so dass keine „Knebelung“ stattgefunden habe. Insofern müsse an der Antragsbefugnis der ASt gezweifelt werden.

Die Bewertungsmatrix sei auch in Bezug auf 10er-Packungen vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Sie bilde die reale Marktsituation [...] ab, da sie diejenigen Kontrastmittel in die Wirtschaftlichkeitsbewertung einstelle, die im Referenzzeitraum auch tatsächlich von den ansässigen Radiologen zulasten der Ag abgerechnet worden seien. Die Ag dürften davon ausgehen, dass die bisherige Marktbedeutung eines Produkts ein gewichtiger Indikator für die Vertragslaufzeit sei. Den Ag komme auch nicht die Rolle zu, andere Darreichungsformen, Packungsgrößen oder Wirkstoffe bei den Radiologen durchzusetzen. Im Gegenteil müssten sie davon ausgehen, dass Produkte, für die es bislang keinen Bedarf gebe auch zukünftig keine Rolle spielten. Die Ärzte könnten sich auf einen geringeren (Quartals-)Bedarf als zehn Einheiten, ablaufende Haltbarkeiten oder ihre Lagerhaltungslogistik berufen, um eine Umstellung auf Großpackungen abzuwehren. Die ASt reklamiere eine Besserstellung für sich, indem sie die Berücksichtigung ihrer 10er-Packungen verlange, obwohl keine einzige Packung im Referenzzeitraum abgegeben bzw. abgerechnet worden sei (M1) bzw. nur sehr geringe Mengen (M2). Dies liege aber allein am Bestellverhalten der Ärzte und nicht an den Vorgaben der Ag. Die Gewichtung der Absatzvolumina anhand historischer Abgabemengen sei im Übrigen seit langem vergaberechtlich anerkannt.

Auch in tatsächlicher Hinsicht sei der diesbezügliche Vortrag der ASt nicht nachvollziehbar. Das Fachlos M2 sehe gerade fünf Vergleichsgruppen für 10er-Packungen vor, nur eine hiervon gehe mit dem Faktor Null in die Bewertung ein (M2-2 Gadotersäure 10ml Durchstechflasche 10 Stück). Bei Fachlos M1 seien – entgegen dem Vortrag der ASt – keine 10er-Packungen im Markt befindlich; die ASt möge die diesbezüglichen PZN vortragen. Auch habe die ASt 1er-Packungen angeboten, so dass in der Nichtberücksichtigung von 10er-Packungen keine Diskriminierung der ASt liege. Beim Fachlos M2 habe die ASt bewusst davon abgesehen, 1er-Packungen auf den Markt zu bringen, obwohl dies nur eine einfache Frage der Konfektionierung sei, ob sie die vorhandenen Einzeleinheiten zu größeren Gebinden zusammenfüge oder eben nicht. Die Ag müssten jedoch nicht die unternehmerisch-ethische Entscheidung der ASt, zur Müllvermeidung keine 1er-Packungen liefern zu wollen, in der Bewertungsformel abbilden.

Ebenso wenig könne in der Vorgabe, das gesamte Sortiment anzubieten, eine Diskriminierung der ASt gesehen werden. Denn hierdurch verhinderten die Ag Umgehungsstrategien zu ihren Lasten, welche die Wirtschaftlichkeit des Auftrags

nachhaltig beeinträchtigen könnten. Diese Vorgabe treffe alle Bieter gleichermaßen. Letztlich verstoße auch die Vorgabe nicht gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot. Sie stelle vielmehr einen unverfälschten Preiswettbewerb sicher. Die von der ASt geforderte Bewertungsmatrix würde viel eher den Wettbewerb verfälschen, da Kontrastmittel, welche weder in der Versorgung der Versicherten bislang eine Rolle gespielt hätten, noch in der Lauer-Taxe gelistet seien und nicht einmal existierten mit fiktiven Mengen in die Wirtschaftlichkeitsbetrachtung einfließen. Würden die Ag diese Mengen fiktiv einstellen, diskriminierten sie diejenigen Bieter, die den tatsächlich vorhandenen Bedarf bedienen könnten. Deren erwartbaren Nachprüfungsanträgen wäre eher Erfolg zu bescheiden.

Dem könne die ASt auch nicht entgegenhalten, die Ag sollten auf eine Umstellung des Bestellverhaltens hinwirken. Der diesbezügliche Vortrag der ASt sei schon widersprüchlich: Einerseits solle nicht damit gerechnet werden, dass die Kommunikation der Ag zu einer Umstellung des Bestellverhaltens zugunsten des Ausschreibungsgewinners führen werde, was die bisherigen Erfahrungen mit Kontrastmittelausschreibungen belegten (S. 17 des Antrags); andererseits sollten die bislang nicht berücksichtigten 10er-Packungen aufgrund der möglichen Lenkungswirkung der Ag mit hoher Gewichtung in die Wertung einfließen (S. 23 des Antrags). Unabhängig davon hätten die Ag keinen Ansatz dafür, die Ärzte zu einer vorrangigen Abnahme größerer Packungen anzuhalten, zumal nicht feststellbar sei, dass größere Gebinde automatisch günstiger seien. Den Ag stünde bei Kontrastmitteln keine dem § 132e Abs. 2 S. 2 SGB V entsprechende Norm zur Seite, um die Ärzte vollständig umstellen zu können. Daher müssten die Ag davon ausgehen, dass die Ärzte bei ihrem Bestellverhalten aus der Vergangenheit (1er-Packungen) blieben. In diesem Fall liefere ein Rabattvertrag für das Fachlos M2, der mit einem Unternehmen abgeschlossen worden sei, welches ausschließlich 10er-Packungen liefern könne, wirtschaftlich ins Leere.

3. In der mündlichen Verhandlung vom 8. Mai 2017 wurde der Sachverhalt mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert. Der ASt ist in Absprache mit der Ag Akteneinsicht gewährt worden. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und in der Sache größtenteils begründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben. Es handelt sich vorliegend um Rahmenrabattverträge, die zwischen den Ag, denen als gesetzliche Krankenkassen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zukommt, und den pharmazeutischen Unternehmen abgeschlossen werden sollen. Der Wert der Aufträge 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.

Die ASt hat ausdrücklich erklärt, mangels diesbezüglicher Zuständigkeit der Kammer die Bildung des aus ihrer Sicht möglicherweise unzulässigen Nachfragekartells der Ag aufgrund der gemeinsamen Beschaffung [...] nicht im Rahmen des hiesigen Nachprüfungsantrags angreifen zu wollen. Mangels Streitbefangenheit der Thematik kann der ASt folglich auch keine Unzulässigkeit des Antrags in diesem Punkt entgegengehalten werden.

- b) Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Insbesondere hat sie mit ihrem Rügeschreiben und dem Einreichen des Nachprüfungsantrags ihr Interesse am Auftrag hinreichend belegt. Sie wendet sich gegen Ausschreibungsbedingungen, die ihr nach ihrem Vortrag die Abgabe eines vergaberechtskonformen und aussichtsreichen Angebots unmöglich machten (faktische Nichtberücksichtigung der 10er Packungen bei den Fachlosen M1 und M2) bzw. jedenfalls erschwerten (Vorgabe eines Mindesterstattungssatzes von 15 %).

Ihrer Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Ag in Aussicht gestellt haben, der ASt bei den [...] nach dem derzeitigen Stand der Auswertung der Angebote den

Zuschlag erteilen zu wollen. Da diese Auswertung noch nicht beendet wurde, [...], liegt keine abschließende Zuschlagsentscheidung der Ag vor. Insbesondere haben die Ag auch noch keine Bieterinformationsschreiben verschickt und damit keine gefestigten Rechtspositionen der Zuschlagsdestinatäre geschaffen, die bereits im hiesigen Verfahren zu berücksichtigen wären. Nur in dieser Situation könnte sich die Frage stellen, ob die mit einem Nachprüfungsverfahren zu wahren Zuschlagschancen des betreffenden Antragstellers kausal durch die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße beeinträchtigt wurden oder nicht (vgl. 1. VK Bund, Beschluss vom 21. April 2017, 3. VK Bund, Beschlüsse vom 18. Dezember 2007, VK 3-139/07; und vom 24. November 2006, VK 3-129/06; vgl. auch EuGH, Urteil vom 15. Oktober 2009, Rs. C-275/08, Rz. 36).

- c) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen, indem sie die von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße mit zwei Schreiben, jeweils vom 29. März 2017 gegenüber den Ag vor Ablauf der Angebotsabgabefrist gerügt hat (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB).
 - d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe vom 30. März 2017 bzw. 5. April 2017 eingereicht (vgl. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB).
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, soweit sich die ASt gegen die Nichtberücksichtigung von 10er-Packungen bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots bei den Fachlosen [...] richtet (dazu sub a)). Er ist begründet, soweit sich die ASt dagegen wendet, dass Angebote, die keinen Erstattungssatz von mindestens 15 % ausweisen, vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (dazu sub b)). Bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ist das Vergabeverfahren daher in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu überarbeiten und den Bietern erneut Gelegenheit zur Angebotsabgabe zu geben.
- a) Soweit die Ag der Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote für die Fachlose [...] die in der Vergangenheit zu ihren Lasten abgegebenen Packungen – und auch nur diese – zugrunde gelegt haben, begegnet dies keinen durchgreifenden Bedenken. Das Ausschreibungskonzept der Ag ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

aa) Die von der ASt vorgebrachte Diskriminierung gem. § 97 Abs. 2 GWB durch die Wertungsvorgaben liegt nicht vor. Im Einzelnen:

(1) Grundsätzlich sind die Ag frei, die Wirtschaftlichkeit des zu vergebenden Auftrags aus ihrer Sicht zu bestimmen, da dies Ausfluss der auch dem öffentlichen Auftraggeber zustehenden Vertragsfreiheit ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. August 2012, VII-Verg 10/12). Sie haben vorliegend zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zunächst innerhalb des am jeweiligen ATC-Code orientierten Fachloses Versorgungsbedarfsgruppen (VBG) gebildet. Diese Einteilung war ausgerichtet an den Kriterien Darreichungsform, Wirkstoff- bzw. Iodkonzentration, Packungsinhalt und Stückzahl an Primärverpackungen. Berücksichtigt wurden von den Ag alle Kontrastmittel, die zum Stand 1. Januar 2017 in der Lauer-Taxe gelistet waren; die Bieter mussten zudem nach den Vorgaben ihr gesamtes Sortiment anbieten und konnten auch eigene VBG, z.B. bei einer bereits geplanten Markteinführung, anbieten. Die Ag haben weiterhin für die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Fachlose Angaben zu den historischen Abgabevolumina je nach VBG auf der Basis der ihnen zur Verfügung stehenden Daten vom 1. November 2014 bis zum 31. Oktober 2016, gemacht und diese der Ermittlung des Erstattungsbetrages herangezogen. Hierfür wurden die vom Bieter für die VBG angebotenen Erstattungsbeträge mit dem Abrechnungsvolumen aus der Vergangenheit gewichtet. Für den hypothetischen Fall, dass mehrere Bieter für dasselbe Fachlos den gleichen Preis anbieten, sollte der Zuschlag an den Bieter erteilt werden, der die größte Sortimentsbreite (d.h. höchste VBG-Anzahl) anbietet.

(2) Der Ansatz der Ag, ausschließlich das historische Abgabeverhalten der Radiologen im Rahmen der Gewichtung zu berücksichtigen, ist sachgerecht. Dies führt dazu, dass die 1er-Packungen in den streitbefangenen Losen M1 zu 100 % und im Fachlos M2 zu über 99,99 % die verordneten Packungszahlen widerspiegeln und mit diesem Gewicht in die Wertung eingehen. Dagegen ist nicht zu erinnern; die Ag waren insbesondere nicht verpflichtet, bislang nicht vorhandene Kontrastmittel –

wie hier die von der ASt demnächst in den Markt einzuführenden größeren 10er-Packungen bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung (fiktiv) anzusetzen bzw. ein völlig anderes Modell bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung zu wählen. Dass andere gesetzliche Krankenkassen bei Kontrastmittelausschreibungen in anderen Bundesländern abweichende Modelle, wie etwa die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots über einen Preis pro ml (bei einer indikationsbezogenen Ausschreibung, vgl. z.B. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15), bevorzugt haben, führt zu keiner anderen Bewertung. Die Ag mussten nicht einen potentiellen Marktzutritt neuer Produkte antizipierend die VBG unabhängig ihrer jeweiligen Marktbedeutung in die Wertung einstellen, sei es durch die Abfrage von ml-Preisen, sei es durch einen Preis pro Einheit.

Wie gerade die Fachlose [...] zeigen, ist die bloße Existenz von 5er- oder 10er- Packungen im Markt offenbar nicht geeignet, die Aussicht auf einen entsprechenden Absatz zu belegen. Bei Fachlos [...] existieren ausweislich der Lauer-Taxe 5er-Packungen, die jedoch noch nie nachgefragt wurden. Seit 2014 sind nach den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten auch im Los [...] generische Produkte in 10er Packungen erhältlich. Auch diese wurden nur 46-mal nachgefragt, 1er-Packungen demgegenüber über 60.000-mal.

Schon derzeit, d.h. auch ohne Rabattvertrag gilt nach der Sprechstundenbedarfsvereinbarung [...], dass der Sprechstundenbedarf in einem angemessenen Verhältnis zur Zahl der Behandlungsfälle, bezogen auf das Kalendervierteljahr, stehen muss und folglich Packungsgrößen zu verordnen sind, die dem Bedarf eines Kalendervierteljahres entsprechen (§ 4 Abs. 10). Trotz dieser Vorgaben und vorhandener Produkte werden beim Fachlos M1 keine 5er- Packungen und beim Fachlos M2 10er-Packungen nur in völlig untergeordnetem Umfang nachgefragt. Inwieweit dies an den von der ASt vorgetragenen Patentrechtsstreitigkeiten liegt oder sich die Radiologen darauf berufen können, dass Großpackungen für sie keine wirtschaftliche Beschaffung gem. § 4 Abs. 8 der Sprechstundenbedarfsvereinbarung darstellen, weil die Menge für die einzelne Praxis nicht „am wirtschaftlichsten“ in diesem Sinne ist, bedarf

keiner abschließenden Entscheidung. Denn die Ag können – auch mangels besserer Daten – von einer Fortschreibung des status quo ante ausgehen und sich bei der Gewichtung der Versorgungsbedarfsgruppen am derzeitigen „Bedarf“ der Ärzte orientieren. Sie müssen demgegenüber nicht das Risiko eingehen, dass der Vertrag wirtschaftlich ins Leere läuft, weil die Ärzte ihr Bestellverhalten fortsetzen und auch unter Geltung der rabattierten Preise weiterhin keine Großpackungen beschaffen.

- (3) Hinzu kommt, dass die Ag die Ausschreibung nicht so ausrichten mussten, dass sich jedes in Frage kommende pharmazeutische Unternehmen durch eine Angebotsabgabe optimal am Vergabeverfahren beteiligen kann (2. VK Bund, Beschluss vom 29. Januar 2015, VK2-117/14). [...]. Diese Entscheidung der ASt – [...] und im Sinne der Nachhaltigkeit zu honorieren sie auch sein mag – ist eine solche über ihre eigene unternehmerische Ausrichtung. Die Ag sind indes nicht gehalten, ihr Ausschreibungsdesign zu modifizieren, um ebenfalls zur Durchsetzung größerer Packungen [...]. Die ASt hätte es vielmehr in der Hand gehabt, analog zum Fachlos [...] auch für das Fachlos [...] durch die Produktionsanpassung und der Beantragung einer Zulassung für 1er-Packungen auch einen Erstattungsbetrag für die VBG mit 1er-Packungen zu generieren.

In Bezug auf Fachlos [...] hat die ASt geltend gemacht, die 1er-Packungen zunächst produzieren zu wollen, die Ärzte jedoch während der Vertragslaufzeit auf die wirtschaftlicheren und ökologischeren 10er-Packungen umsteuern zu wollen. Dies wäre ihr – ein entsprechender Wille im Konzern vorausgesetzt – auch beim Fachlos [...] möglich gewesen, so dass auch insofern keine Diskriminierung durch Vorgaben der Ag vorliegt.

Die Vergabekammer teilt zwar die Auffassung der ASt, wonach die Abgabe größerer Packungseinheiten bei gängigen Röntgenkontrastmitteln, die in der Arztpraxis in größeren Mengen zum Einsatz kommen, grundsätzlich förderungswürdig wäre. Davon geht offenbar auch die Sprechstundenbedarfsvereinbarung [...] aus, in der Annahme, diese seien auch wirtschaftlicher. Es ist aber nicht die Aufgabe der Vergabekammer und würde auch deren Kompetenzen überschreiten, die Vorgaben der Ag auf

deren Sachgerechtigkeit oder Zweckmäßigkeit hin zu überprüfen. Allein Vergabefehler dürfen von der Kammer aufgegriffen werden. Eine Gewichtung der einzelnen Packungsgrößen anhand der Zahlen der Vergangenheit ist zulässig, auch wenn es im historischen Referenzzeitraum keine vergleichbaren Rabattverträge gab. Denn andere als diese historischen Daten sind nicht verfügbar.

- bb) Letztlich liegt auch kein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot vor (§ 97 Abs. 1 S. 2 GWB). Es ist nicht zwingend, dass die Methodik der Ag zu unwirtschaftlichen Ergebnissen führt, ebenso wenig, dass die von der ASt intendierte Vorgehensweise wirtschaftlich bessere Ergebnisse nach sich ziehen würde.

Dass die Ag für die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit davon ausgehen durften, dass sich das Beschaffungsverhalten der Ärzte auch unter Geltung des abzuschließenden Vertrages (jedenfalls indiziell) nicht fundamental ändern wird, so dass diese auch weiterhin primär 1er-Packungen beziehen werden, steht nach dem obigen Befund fest. Auch wenn die Ag nach dem Vertragsschluss im hiesigen Vergabeverfahren durch Informationsschreiben lenkend auf das Beschaffungsverhalten der Ärzte einzuwirken versuchen werden oder auch im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen nach §§ 106 ff. SGB V gegen u.U. unwirtschaftliche Ordnungsverhalten einzelner Ärzte vorgehen können, ist nicht gewährleistet, dass sich die Ärzte auf 10er-Packungen umstellen ließen. Die ASt selbst berichtet (S. 17 ihres Schriftsatzes vom 3. Mai 2017) von den Erfahrungen der Vergangenheit (Kontrastmittel-Ausschreibung der [...]); danach sei während der Vertragsdurchführung trotz der in der dortigen Ausschreibung vorgegebenen Umstellungspflicht ein „Ungehorsam“ der Radiologen feststellbar gewesen, so dass eine flächendeckende Umstellung auf den Ausschreibungsgewinner gerade nicht erfolgt sei. Schlössen die Ag bei dieser Ausgangslage einen Rabattvertrag mit einem Unternehmen, das ausschließlich 10er-Packungen vertreibt, könnten die Ärzte durch schlichtes Aufrechterhalten des historischen Bestellverhaltens in Bezug auf die 1er-Packungen den Rabattvertrag leerlaufen lassen. Darauf müssen sich die Ag nicht einlassen.

- b) Der Nachprüfungsantrag hat Erfolg, soweit er sich gegen die Vorgabe eines Mindesterstattungssatzes von 15 % durch die Ag richtet.

Die Ziele der Ag, die mittels der vorliegenden Vergabe günstigere Preise für die Röntgenkontrastmittel im Sprechstundenbedarf erzielen wollen als sie derzeit für die Versorgung ihrer Patienten aufbringen müssen, sind im Ausgangspunkt legitim und aner kennenswert. Denn sie dienen der Umsetzung des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebotes und tragen damit zur Umsetzung der wichtigen Gemeinwohlaufgabe der Finanzierbarkeit des Gesundheitssystems bei. Dies gilt gerade für die Röntgenkontrastmittel als Gegenstand des vorliegenden Beschaffungsvorhabens, denn nach den Ausführungen der Ag in der mündlichen Verhandlung handelt es sich hierbei um einen unregulierten Markt, auf dem keiner der an anderer Stelle im Sozialrecht vorgesehenen gesetzlichen Mechanismen wie gesetzliche Zwangsrabatte, Zuzahlungen oder Festpreise greifen; die pharmazeutischen Unternehmer können ihre Preise vielmehr frei festlegen. Dennoch handelt es sich bei den Ag um öffentliche Auftraggeber, so dass sie ihre Ziele ausschließlich mit den Instrumenten durchsetzen dürfen, die das Vergaberecht zur Verfügung stellt. Gemessen am Vergaberecht ist die Vorgabe der Ag, wonach Angebote vom Wettbewerb ausgeschlossen werden, die einen geringeren Rabatt als 15 %, ausgehend vom geringsten Preis der in der Lauer-Taxe gelisteten Produkte, vorsehen, nicht zulässig.

- aa) Der Sache nach handelt es sich bei dieser Regelung um eine in den Vergabeunterlagen enthaltene Vorgabe der Ag, deren Einhaltung unter Sanktionierung mit der Ausschlussfolge zwingend ist für die Bieter. Zwar geben die Bewerbungsbedingungen, die diese zwingende Ausschlussfolge bei Unterschreiten eines 15 %-igen Rabatts vorsehen, auf der Rechtsfolgenseite sinngemäß nur die geltende Rechtslage des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV wieder, wonach ein Angebot ausgeschlossen wird, wenn es von den Vergabeunterlagen, zu denen nach § 29 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 VgV auch die Bewerbungsbedingungen gehören, abweicht. Die zwingende Ausschlussrechtsfolge bezüglich eines Angebots, das von Vorgaben der Vergabeunterlagen abweicht, ist also keine Besonderheit, welche die Ag sich hätten einfallen lassen, sondern im Gegenteil die Norm. Der öffentliche Auftraggeber definiert in den Vergabeunterlagen, welche Leistung er

beschaffen will. Im Interesse eines vergleichbaren Wettbewerbs haben sich die Bieter hieran zu halten; die Ausschlussrechtsfolge des § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV stellt sicher, dass der Angebotsinhalt bei allen Angeboten gleichmäßig konform ist mit den Vorgaben zur Leistungsdefinition.

- bb) Der Unterschied zur gesetzlich normierten Konstellation liegt bei dem zu entscheidenden Sachverhalt aber darin, dass die von den Ag gesetzte Vorgabe sich nicht auf die von den Bietern zu erbringende Leistung – Lieferung von Röntgenkontrastmitteln – bezieht, sondern vielmehr auf die von den Ag selbst hierfür zu erbringende Gegenleistung, also den von den Ag letztlich zu erstattenden Preis, dessen Höhe durch den Rabatt mitbestimmt wird. Welchen Preis ein Bieter für seine Leistung verlangt, darf aber grundsätzlich nicht der Auftraggeber definieren; er definiert, was er beschaffen will, die Bieter definieren jeder für sich, welchen Preis sie dafür in Rechnung zu stellen beabsichtigen. In Bezug auf die von den Ag selbst zu bezahlende Gegenleistung darf der Auftraggeber keine einer Leistungsbeschreibung vergleichbare, zwingende Vorgabe aufstellen, bei deren Nichteinhaltung ein Ausschluss nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV droht. Derjenige, der einkauft, ist nicht befugt, gleichzeitig den Preis dafür festzulegen und darüber hinaus zu bestimmen, dass ein Angebot, welches einen höheren Preis hat, von vornherein ausscheidet. Eine Ausnahme hiervon sieht lediglich § 58 Abs. 2 S. 2 VgV vor, wonach ein Auftraggeber die von ihm zu zahlende Gegenleistung in Form eines Festpreises abschließend definieren darf; Sinn und Zweck dieser Möglichkeit liegt allerdings darin, den Wettbewerb dann ausschließlich nach Qualitätskriterien oder anderen, strategischen Zielen zu entscheiden. Laut Begründung zu § 58 Abs.2 S. 2 VgV kommt diese Möglichkeit insbesondere in Betracht, wenn die Vergütung für bestimmte Leistungen oder Lieferungen durch nationale Vorschriften festgelegt ist. Ein solcher Fall, in welchem der Wettbewerb sich ausschließlich nach anderen Faktoren als dem Preis entscheidet, liegt hier erkennbar nicht vor; Zuschlagskriterium ist hier – abgesehen von der Sonderkonstellation identischer Erstattungsbeträge – allein der niedrigste Preis.

Es ist daher unzulässig, eine Mindesthöhe für den anzubietenden Rabattsatz vorzugeben, bei dessen Unterschreiten das Angebot ausgeschlossen wird. Die

Ag waren nicht befugt, eine die von ihnen selbst zu zahlende Gegenleistung betreffende zwingende Vorgabe für die Preiskalkulation der Bieter zu machen.

- cc) Dieses Ergebnis steht nicht in Widerspruch zur vorangegangenen Entscheidungspraxis der erkennenden Vergabekammer.

Soweit die Ag die Entscheidung der Kammer vom 21. September 2016 (Az.: VK 2-87/16) anführen, so ist richtig, dass die Vergabekammer in diesem Beschluss die Zulässigkeit einer Vorgabe bestätigt hat, wonach die für parenterale Zubereitungen anzubietenden Preise nicht über der sog. „Hilfstaxe“ liegen dürfen. Die Hilfstaxe enthält die Preise, nach denen parenterale Zubereitungen abgerechnet werden, wenn keine anderen Verträge abgeschlossen wurden. Mit der Setzung der Hilfstaxe als Obergrenze wurde im dortigen Vergabeverfahren deutlich gemacht, dass mit dem Vertragsschluss eine Einsparung generiert werden solle, also nicht die auch ohne Vertrag geltenden Preise angeboten werden sollten. Diese Aussage hatte einen eher deklaratorischen Charakter, da ohnehin jedem Bieter klar sein musste, dass es sinnlos ist, in einem Vergabeverfahren die ohnehin geltenden Preise oder sogar über dem geltenden Preisniveau liegende Preise anzubieten. Die dortige Regelung sah im Übrigen auch keinen Angebotsausschluss vor, sondern eine Art Meistbegünstigungsklausel, indem bei Überschreiten der Hilfstaxe durch die angebotenen Preise die Krankenkasse höchstens die geringeren Preise aus der Hilfstaxe schuldet (vgl. § 6 Abs. 8 des dortigen Rahmenvertrags, S. 5 des Beschlussabdrucks).

- dd) Klarzustellen ist, dass die Ag selbstverständlich gemäß der sich aus der Privatautonomie ergebenden und auch den öffentlichen Auftraggebern zustehenden Vertragsfreiheit frei bleiben, auch in einem Vergabeverfahren ohne vorgegebenem Mindestrabattsatz keines der abgegebenen Angebote anzunehmen.

Wäre ohne Vorgabe eines Mindestrabatts den Ag kein angebotener Rabattsatz hoch genug, also anders herum formuliert kein Preis für die streitgegenständlichen Kontrastmittel niedrig genug, so dürften sie das Vergabeverfahren jederzeit aufheben. Allerdings wäre die Frage, ob wirklich

keines der abgegebenen Angebote im Sinne von § 63 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 VgV wirtschaftlich ist, einer Überprüfung dahin zugänglich, ob nicht nur eine wirksame, sondern gleichzeitig auch rechtmäßige Aufhebung vorliegt und damit Schadenersatzansprüche von Bietern ausscheiden (vgl. zu diesen Grundsätzen zur Aufhebung OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. Oktober 2013, VII-Verg 16/13). Lügen die Preisangebote über (bzw. die Rabatte unter) den Erwartungen der Ag, so wären die Wirtschaftlichkeitsvorstellungen der Ag nach einer sinngemäßen Übertragung der vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze zu überprüfen (Beschluss vom 20. November 2012, X ZR 108/10).

Zu bedenken wäre hierbei, dass mittels eines Vergabeverfahrens von gesetzlichen Krankenkassen zwecks Beschaffung z.B. von Röntgenkontrastmitteln in jedem Fall eine Einsparung im Vergleich zu den ohnehin zu bezahlenden Preisen generiert wird, denn auch ohne Vergabeverfahren sind die Kontrastmittel im Sprechstundenbedarf durch die Krankenkassen zu bezahlen, dann allerdings zu den regulären, unrabattierten Preisen. Ob der interne Aufwand, der im Zuge der Umsetzung solcher Verträge entsteht (Ärzteinformationen, ev. mehrfach; denkbare Wirtschaftlichkeitsüberprüfungen bei Ärzten, die regelhaft außerhalb der abgeschlossenen Verträge bestellen; Berechnung der von den pharmazeutischen Unternehmen am Ende des Abrechnungszeitraums zurückzuzahlenden Rabattbeträge etc.), die Vertragsdurchführung bei einem geringen Rabatt unwirtschaftlich macht, müsste bei einer Berufung auf die Unwirtschaftlichkeit zur Rechtfertigung der Aufhebung von den Ag belegt werden. Es ist durchaus sehr gut nachvollziehbar, dass ein Eingriff in Versorgung im Rahmen des sozialrechtlichen Dreiecksverhältnisses, in welchem die Ärzte Röntgenkontrastmittel bestellen, die Ag diese aber bezahlen müssen, mit einem erheblichem Aufwand für die Ag verbunden ist. Die – sollte ein gegen eine Aufhebung wegen Unwirtschaftlichkeit gerichteter Nachprüfungsantrag gestellt werden - genannten Überprüfungen müssten dann aber erst einmal durchgeführt werden und können nicht antizipiert werden. Die Ag müssten sich in einer Konstellation ohne vorgegebenen Mindestrabattsatz erst einmal entscheiden, ob z.B. ein angebotener Rabatt, der 14 % unterhalb des günstigsten Produkts aus der Lauer-Taxe liegt, eingedenk der erzielbaren Einsparungen (z.B. bei hoher Abdeckung der Sortimentsbreite) im Vergleich

zum Status quo auch angesichts der durch die gemeinsame Beschaffung aller Krankenkassen repräsentierten Mengen wirklich unwirtschaftlich vor dem Hintergrund des Verwaltungsaufwands für sie wäre.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB, § 80 Abs. 2 VwVfG.

Dem Begehren der ASt, die beiden mit ihrem Nachprüfungsantrag angegriffenen Vorgaben zu beseitigen, wurde teilweise entsprochen (Mindestrabattsatz), so dass die ASt erneut Gelegenheit zur Abgabe neuer Angebote auf (teilweise) in ihrem Sinn modifizierter Grundlage erhält. Die Zurückweisung des Rügepunktes in Bezug auf die „10er-Packungen“ (Fachlose M1 und M2) ist von untergeordneter Bedeutung, da auch in diesen Losen eine erneute Angebotsabgabemöglichkeit eröffnet werden wird. Im Ergebnis ist das jeweilige Obsiegen der Verfahrensbeteiligten mit 75 % (ASt) bzw. 25 % (Ag) zu bewerten. Die Erstattung der Aufwendungen der Verfahrensbeteiligten folgt dieser Obsiegens-/Unterliegensquote.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Verfahrensbeteiligten war jeweils notwendig. Der Nachprüfungsantrag hat komplexe und inhaltlich komplizierte Fragestellungen aufgeworfen. Die Ag durften sich eines anwaltlichen Beistandes bedienen, um dem Nachprüfungsantrag sachgerecht entgegenzutreten zu können. Es greift zusätzlich der Aspekt der Waffengleichheit, da die ASt ebenfalls anwaltlich vertreten war.

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 Vorsitzende Dr. Herlemann ist
wegen Ortsabwesenheit an der
Unterschriftsleistung gehindert.**

Zeise

Zeise