Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 56/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[…],

gegen

[…]

wegen der Vergabe „Abschluss von Rahmenverträgen zur Belieferung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen […] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Schlüter auf die mündliche Verhandlung vom 31. Mai 2017 am 7. Juni 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegner und Antragsgegnerinnen.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegner und Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

Die […] Ag) haben am […] „Abschluss von Rahmenverträgen zur Belieferung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen […] einem offenen Verfahren europaweit bekannt gemacht. Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist die Ausgestaltung des Wertungssystems der Ag in Streit.

1. Mit Beschluss vom 25. Juli 2016 hatte die erkennende Kammer unter dem Aktenzeichen VK2-61/16 einen gegen die damalige Ausgestaltung des Vergabeverfahrens gerichteten ersten Nachprüfungsantrag der Antragstellerin (ASt) in Bezug auf das […] als unbegründet zurückgewiesen. Auf die hiergegen von der ASt eingereichte sofortige Beschwerde hin hob das OLG Düsseldorf den Beschluss der erkennenden Kammer auf (Beschluss vom 8. Februar 2017, VII-Verg 31/16) und untersagte den Ag, […] einen Zuschlag zu erteilen. Der Senat erachtete das Wertungskonzept der Ag, welches einen einheitlichen Milliliterpreis auch in Bezug auf unterschiedlich konzentrierte iodhaltige Kontrastmittel vorsah, als ermessensfehlerhaft. Der sich aus der höheren Iod-Konzentration grundsätzlich ergebende Mengenvorteil, der aufgrund des identischen Milliliterpreises für beide Konzentrationen auch einen Wirtschaftlichkeitsvorteil bedeutet, muss nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf in der Wertung Berücksichtigung finden. Denn ein Iod-haltiges Kontrastmittel mit einer Iod-Konzentration von 350 mg/ml sei für dieselbe Untersuchung unter denselben technischen Bedingungen in einer um bis zu 5 % höheren Menge zu applizieren, als ein Kontrastmittel mit einer Iod-Konzentration von 370 mg/ml und damit im Ergebnis unwirtschaftlicher.

   Nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf versetzten die Ag das Vergabeverfahren in Bezug auf das streitgegenständliche […] zurück […]. Die weitere Vorgehensweise in Bezug auf die unterschiedlich konzentrierten Röntgenkontrastmitteln in den beiden in […] geforderten Konzentrationsspannen (320 mg/ml gegenüber 300 mg/ml bzw. 370 mg/ml gegenüber 350 mg/ml) bei der Wirtschaftlichkeitsbetrachtung stellten die Ag in ihrem Schreiben an die Bieter dabei wie folgt dar:

„Die Auftraggeberinnen haben einen Korrekturfaktor […] *eingeführt, der bei der Wertung die vom OLG Düsseldorf angenommenen Mengenvorteile der höher konzentrierten Kontrastmittel wie folgt berücksichtigt:*

Zunächst wird die höhere Konzentration ins Verhältnis zur niedrigeren Konzentration gesetzt. Damit ergeben sich hinsichtlich der unterschiedlichen nachgefragten Konzentrationen folgende Korrekturfaktoren:

Tabelle 1

Konzentration	*Korrekturfaktor für die jeweils höhere Konzentration in einer Konzentrationsstufe*
300 mg/ml	*1*
320 mg/ml	*0,9375 (300/320)*
350 mg/ml	*1*
370 mg/ml	*0,9459 {350/370)*

Zusätzlich haben die Auftraggeberinnen in einem zweiten Schritt die Korrekturfaktoren nach Maßgabe der jeweiligen Verordnungsmengen von Präparaten der verschiedenen Konzentrationen im Referenzzeitraum der beiden Gebietslose (Anlage 4 - 1a/2a) gewichtet. Gemessen an den historischen Abgabemengen ergeben sich folgende Anteile der einzelnen Konzentrationen am Gesamtvolumen

Tabelle 2

Konzentration	***Anteil an Gesamtvolumen***	
	Gebietslos 1	***Gebietslos 2***
Produkt, Iod 300 mg/ ml	*80,42%*	*87,74%*
Produkt, Iod 320 mg/ ml	*0,03%*	*0,89%*
Summe	***80,44%***	***88,63%***
Produkt, Iod 350 mg/ ml	*13,45%*	*7,41%*
Produkt, Iod 370 mg/ ml	*6,11%*	*3,96%*
Summe	***19,56%***	***11,37%***

(…) [Rechenbeispiel; Tabelle 3]

Zur Bestimmung eines Gesamtkorrekturfaktors für das Angebot eines Bieters wird zunächst für die erstgenannte Konzentrationsspanne der Korrekturfaktor aus Tabelle 1 für die hier angebotene Konzentration mit dem prozentualen Anteil für diese Konzentrationsspanne aus Tabelle 2 multipliziert. Dies wird für die zweitgenannte Konzentrationsspanne in gleicher Weise wiederholt. Die beiden Produkte werden addiert. Der so bestimmte Gesamtkorrekturfaktor wird durch Multiplikation auf den angebotenen Preis je ml eines Bieters angewandt. In den beiden Gebietslosen ergeben sich unter Berücksichtigung der Anteile am historischen Gesamtvolumen in den verschiedenen Angebotskonstellationen die nachstehenden Korrekturfaktoren:

Tabelle 4

Gebietslos 1	
Angebotskonstellationen	Gewichteter Korrekturfaktor nach Maßgabe der jeweiligen Verordnungsmengen
Präparate 300 mg/ml und 350 mg/ml	1
Präparate 300 mg/ml und 370 mg/ml	0,9894
Präparate 320 mg/ml und 350 mg/ml	0,9497
Präparate 320 mg/ml und 370 mg/ml	0,9391

"

[…]

Im Zuge der Zurückversetzung wurden auch die Mindestanforderungen in dem […] partiell geändert. In der ersten Konzentrationsspanne 300 mg/ml bis 320 mg/ml sind lediglich Angebote von Präparaten einer Konzentration (entweder 300 mg/ml <u>oder</u> 320 mg/ml) zugelassen; analog in der zweiten Konzentrationsspanne entweder 350 mg/ml- oder 370 mg/ml-Konzentration. Allerdings müssen weiterhin Präparate in beiden Konzentrationsstufen mit einem einheitlichen Milliliterpreis angeboten werden.

Mit Schreiben vom 20. April 2017 rügte die ASt, dass die Ag den vom OLG Düsseldorf anerkannten Korrekturfaktor unzutreffend umgesetzt hätten. Die Wertungsvorgaben der Ag machten zudem die Angebotskalkulation für die ASt unzumutbar.

Mit Schreiben vom 27. April 2017 wiesen die Ag die Rügen zurück.

Am 4. Mai 2017 reichte die ASt ihr Angebot ein. Die Poststelle […] quittierte einen Eingang um 7.36 Uhr. Fristablauf für den Eingang der Angebote war der 4. Mai 2107, 7.30 Uhr (Ziff. 7.1 der Bewerbungsbedingungen). Gemäß Ziff. 7.2 können die Angebote alternativ zum postalischen Versand

> *„auch persönlich oder per Boten in der Poststelle* […] *(…)abgegeben werden. Die Poststelle* […] *ist montags bis freitags von 07:00 bis 16:00 Uhr besetzt. Außerhalb dieser Zeiten können Angebote nicht abgegeben werden."*

2. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. Mai 2017 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag, welcher den Ag am 15. Mai 2017 übermittelt wurde.

   a) Die ASt trägt vor, das neue Wertungskonzept missachte die Vorgaben des OLG Düsseldorf und verstoße gegen § 127 Abs. 1 und 4 GWB, weil ein ermessensfehlerhaft gewichteter Korrekturfaktor für die Iodkonzentrationen vorgesehen sei. Zuschlagskriterium sei das wirtschaftlichste Angebot, wobei je Fachlos der günstigste Preis pro Milliliter zähle. In einem ersten Schritt hätten die Ag zwar grundsätzlich zutreffend einen Korrekturfaktor für Kontrastmittel mit einer höheren Konzentration gebildet – zutreffend berechnet mit rund 5,4 % zugunsten des höher konzentrierten Produkts – und berücksichtigt. In einem zweiten Schritt werde dieser Korrekturfaktor aber gewichtet und damit im Ergebnis neutralisiert, indem der Korrekturfaktor mit dem prozentualen Anteil der jeweiligen Verordnungsmengen aus der Vergangenheit für die jeweilige Konzentrationsspanne multipliziert werde. Durch diese Multiplikation werde der auch vom OLG Düsseldorf für erforderlich gehaltene Korrekturfaktor in Höhe von 5 % entwertet, denn für die beiden streitgegenständlichen Gebietslose komme man danach nur auf einen Korrekturfaktor von ca. 1,1 % bzw. 0,6 % für die 370 mg-Konzentration.

      Eine sachliche Rechtfertigung für diese gewichteten Gesamtkorrekturfaktoren sei nicht ersichtlich. Insbesondere greife die Argumentation der Ag nicht, soweit diese die Gewichtung der Preise für jede Konzentrationsspanne anhand der historischen Referenzmenge für erforderlich hielten, um zwecks Wettbewerbsverzerrungen abzubilden, wie häufig die jeweilige Konzentrationsspanne in der Vergangenheit abgegeben worden sei. Denn nach Ziffer 3.1 der Bewerbungsbedingungen erfolge die Wirtschaftlichkeitsbewertung auf Basis des Milliliterpreises je Fachlos. Für das […]

sei folglich ein einheitlicher Preis pro Milliliter anzubieten, der für beide Konzentrationsspannen gelte. Wettbewerbsverzerrungen seien daher ausgeschlossen, vielmehr eine bewusste Benachteiligung der ASt durch die Ag sei zu befürchten.

Aus der Gewichtung des Korrekturfaktors ergebe sich gleichzeitig die Willkürlichkeit der Zuschlagserteilung. Die Ag hätten erstmalig die historischen Abgabemengen in die Wertung einbezogen, wofür angesichts des Preises pro ml als Wertungsfaktor kein Mehrwert ersichtlich sei, denn der einheitliche ml-Preis gelte unabhängig davon, welcher Konzentrationsspanne das angebotene Kontrastmittel zuzuordnen sei. Ein Einfluss der Abgabemengen auf die Wertung sei daher per se zu vernachlässigen, was die Ag ursprünglich auch richtig erkannt und die historischen Abgabemengen nur als Kalkulationsgrundlage zur Verfügung gestellt hätten. Im Übrigen resultierten die ausgewiesenen Abgabemengen auch aus der vertragslosen Zeit, so dass sie die zu erwartende Umsteuerung durch die hiesige Ausschreibung nicht repräsentieren könnten.

Die Ag könnten auch nicht Rahmenrabattverträge zur Rechtfertigung ihrer Vorgehensweise heranziehen, bei denen über Preisvergleichsgruppen die jeweils abgerechnete Wirkstoffmenge im Referenzzeitraum für den Wirtschaftlichkeitsvergleich herangezogen worden seien. In einer derartigen Konstellation möge die Einbeziehung der historischen Absatzmenge sinnvoll erscheinen. Denn dadurch schaffe der Auftraggeber einen Anreiz, das stärker nachgefragte Produkt günstiger anzubieten. Vorliegend forderten die Ag jedoch die Abgabe eines produktunabhängigen Preises pro Milliliter, so dass es keinen Unterschied machen werde, welches Produkt der Arzt später verwende. Die Einsparpotentiale könnten sich vorliegend – anders als bei Rahmenrabattverträgen – nicht potenzieren.

Des Weiteren liege ein Verstoß gegen § 121 Abs. 1 GWB i.V.m. § 31 Abs. 1 VgV vor, denn die Einbeziehung der historischen Verordnungsmengen führe zu einer Unzumutbarkeit der Kalkulation für die ASt. Es sei nämlich mit hoher Wahrscheinlichkeit zu erwarten, dass sich die in den Vergabeunterlagen aufgeführten historischen Abgabemengen aufgrund der Steuerungsmechanismen der Ag erheblich verschieben würden: Die Ag würden Informationsschreiben an die Radiologen richten

mit dem Hinweis, dass grundsätzlich die Präparate des Zuschlagsempfängers zu bestellen seien, wobei die konkrete Androhung von Wirtschaftlichkeitsprüfungen und die Überwachung des Bestellverhaltens der Ärzte – so etwa die Überwachung der Bestellmengen im Verhältnis zu den Behandlungsfallzahlen – die Steuerungswirkung intensivierten. Es sei daher auch davon auszugehen, dass die Radiologen dazu angehalten würden, das wirtschaftlichste Präparat zu verordnen und gleichzeitig die Bestellmengen je Behandlungsfall aus der Vergangenheit nicht zu überschreiten. Dies sei dem Radiologen nur möglich, wenn er konsequent Präparate mit einer höheren Konzentration einsetze, die aufgrund des Mengenvorteils als wirtschaftlicher einzustufen seien. Die Information der Radiologen werde auch keine Preisangaben enthalten, so dass diese ihr Beschaffungsverhalten nicht an einem Preisgefüge orientieren könnten. Im Ergebnis werde die Information der Radiologen und die Möglichkeit der Ag, die Wirtschaftlichkeit der Bestellungen zu überprüfen, dazu führen, dass die 300 mg/ml-Produkte nicht mehr beschafft würden, sondern die Radiologen auf 370 mg/ml-Produkte umschwenken würden. Hierfür bot die ASt im Schriftsatz vom 29. Mai 2017 Zeugenbeweis an.

Nahezu alle Indikationen könnten auch von den losgegenständlichen Kontrastmitteln abgedeckt werden (Ausnahme: Phlebographie, bei der die Untersuchungen nur mit 300 mg/ml-Kontrastmitteln erfolgten). Aufgrund der freien Wahlmöglichkeit in ca. 98 % der Fälle werde der jeweilige Arzt vermehrt höhere Konzentrationen nachfragen, um die Mengen gering zu halten. Hinzu komme, dass die historischen Verordnungsmengen auch Kontrastmittel beinhalteten, die gar nicht Gegenstand des […] sein könnten, weil sie die Vorgaben der Ag an die Abdeckung bestimmter Anwendungsgebiete nicht erfüllten […]. Daher werde das einzige […] tendenziell von 350 oder 370 mg/ml ersetzt werden. Es liege damit schon nach der Konzeption der Ag selbst auf der Hand, dass sich die Verordnungsmengen im Laufe der Vertragsumsetzung erheblich verändern würden.

Die ASt sei durch den geänderten Wertungsmechanismus gezwungen, die historischen Verordnungsmengen der niedrig konzentrierten Kontrastmittel vorrangig zu berücksichtigen, weil diese wegen des gewichteten Korrekturfaktors stärker in die Wertung einflössen als die hochkonzentrierten. Dennoch müsse die ASt davon ausgehen, dass die am höchsten konzentrierten Kontrastmittel während der Vertragsumsetzung vorrangig abgegeben würden. Die Ag verlangten praktisch eine

Mischkalkulation über die Konzentrationsspannen hinweg. Der Mengenvorteil, den die ASt aufgrund ihrer Präparate mit höherer Konzentration habe, werde marginalisiert, so dass ihre Auftragschancen beeinträchtigt würden. Die Ag hätten – auch wenn die ASt dies nicht ausdrücklich rüge – korrekterweise zwei separate Fachlose entsprechend der Konzentrationsspannen bilden müssen. Dies hätte es ihnen ermöglicht, sowohl die Vorgaben des OLG Düsseldorf bezüglich des Korrekturfaktors umzusetzen als auch die Verordnungsmengen für den Referenzzeitraum abzubilden.

Die ASt sei auch trotz des verspäteten Eingangs ihres Angebots antragsbefugt. Denn die Verspätung sei ihr nicht zuzurechnen. Sie habe einen Kurierauftrag zur Einreichung des Angebots am 3. Mai 2017, 11.18 Uhr, erteilt. Der Kurier sei am 4. Mai 2017 um 7.24 Uhr bei der Vergabestelle eingetroffen. Da die Eingangstür der Poststelle verschlossen gewesen und erst nach Klingeln um 7:26 Uhr geöffnet worden sei, treffe die Ag ein Organisationsverschulden. Denn ausweislich der Bewerbungsbedingungen sei die Poststelle montags bis freitags ab 7 Uhr besetzt (Ziff. 7.2). Aufgrund des verschlossenen Gebäudes sei eine Abgabe ab 7 Uhr jedoch objektiv unmöglich gewesen, was die Ag zu vertreten hätten. Hilfsweise sei die ASt auch antragsbefugt, wenn ihr Angebot wegen der Verspätung auszuschließen wäre. Denn sie mache gerade einen rechtswidrigen und diskriminierenden Wertungsmechanismus geltend, der zu einer Nichtvergleichbarkeit der abgegebenen Angebote führe. Da das Vergabeverfahren mithin zurückzuversetzen sei, wäre selbst ein fehlendes Angebot unschädlich für die – zu bejahende – Frage nach der Antragsbefugnis der ASt.

Die ASt beantragt,

1. der Vergabestelle zu untersagen, aufgrund der Ausschreibung des Abschlusses von Rahmenverträgen zur Belieferung der radiologische tätigen Vertragsarztpraxen […] mit Kontrastmitteln einen Zuschlag […] zu erteilen,

2. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,

3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist.

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.

Die von der ASt geforderte Genauigkeit bei der Wirtschaftlichkeitsbewertung in Bezug auf unterschiedlich konzentrierte Kontrastmittel hätten die Ag konsequent umgesetzt, indem sie im zweiten Gewichtungsschritt des Korrekturfaktors berücksichtigt hätten, dass es beim […] zwei Konzentrationsstufen gebe, dass beide Konzentrationsstufen in der Vergangenheit in unterschiedlichen Mengen nachgefragt worden seien und dass auch künftig zu erwarten sei, dass die Radiologen beide Konzentrationsstufen nachfragen würden. Denn mit dem Ausschreibungskonzept würden den Radiologen die preisgünstigsten Produkte beider Konzentrationsstufen zur Verfügung gestellt, was auch ihrem aktuellen Beschaffungsverhalten entspreche. Es sei nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf zum hiesigen Vergabeverfahren geradezu geboten, bei der Wirtschaftlichkeitsbewertung nicht nur auf die Konzentrationsunterschiede abzustellen. Die Ag müssten vielmehr auch die historischen Abgabevolumina der beiden Konzentrationsstufen mit einbeziehen, um sich nicht erneut dem Vorwurf der Ermessensfehlerhaftigkeit auszusetzen. Das Bestellverhalten der Radiologen bezüglich der Konzentrationsstufen in der Vergangenheit ([…] ca. 89 % Kontrastmittel der Konzentrationsstufe 1 […], lediglich ca. 11 % in der höher konzentrierten Spanne) begründe die Erwartung eines entsprechenden zukünftigen Bestellverhaltens, da die Radiologen auch zukünftig für beide Konzentrationsstufen wirtschaftliche Bezugsquellen i.S.v. § 73 Abs. 8 SGB V hätten, die sie nutzen könnten und nutzen würden. Dies sei ebenso erheblich wie die unterschiedlichen Verbrauchsmengen, welche die Ag nach der Entscheidung des OLG Düsseldorf nicht hätten ignorieren dürfen. Bei Rahmenverträgen lasse sich das zukünftige Abgabevolumen eben nicht abschließend festlegen und müsse nach § 21

Abs. 1 S. 2 VgV auch nicht abschließend festgelegt werden. Mit der danach erforderlichen möglichst genauen Menge kämen nur die Zahlen aus der Vergangenheit in Betracht. Es sei stringent, diese dann auch für die Wirtschaftlichkeitsbewertung zu nutzen, da die Ag weiterhin einen Bedarf in Bezug auf beide Konzentrationsspannen abbilden müssten.

Denn entgegen der Vorstellung der ASt erfolge durch die vorliegende Ausschreibung gerade keine Umsteuerung zugunsten höher konzentrierter iodhaltiger Kontrastmittel, wie etwa dem auch von der ASt angebotenen 370 mg/ml konzentrierten Produkt. Eine völlige Abkehr von historischen Bestellverhalten der Ärzte sei daher nicht zu befürchten. Im Gegenteil würden die Ag die Radiologen nach Abschluss des Vergabeverfahrens darüber informieren, dass sowohl in der niedrigen wie auch der hohen Konzentrationsspanne ein Ausschreibungsgewinner ermittelt worden sei, dessen Produkte von den Radiologen vorrangig bei ihren jeweiligen Bestellungen berücksichtigt werden sollten. Die Ag könnten daher während der Vertragsdurchführung schon im Ansatz keinen Druck dahingehend ausüben, etwa auf die Bestellung von 370 mg/ml des Vertragspartners anstelle von 300 mg/ml-Produkten zu drängen. Denn sie werde den Radiologen gerade auch das 300 mg/ml-Produkt nach Vertragsschluss als wirtschaftliches Kontrastmittel mitteilten. Auch eine Druckausübung im Rahmen von Wirtschaftlichkeitsprüfungen komme nicht in Betracht. Auffälligkeits- oder Zufallsprüfungen seien nach den Prüfvereinbarungen schon nicht einschlägig. Eine Prüfung im Rahmen eines „sonstigen Schadens“ wäre auch in Anbetracht des sich aus der Verwendung eines 300 mg/ml statt 370 oder 350 mg/ml ergebenden Mengenabstandes mangels Auslösen des hierfür notwendigen Fallwertes nicht möglich. Auch insoweit werde folglich keine Umsteuerung erfolgen. Die von der ASt ins Verfahren eingeführten Beispiele von Prüfungsankündigungen (Anlagen C10 ff.) bezögen sich auf andere Produkte, Fallgestaltungen (z.B. unzulässige Eindeckung mit Fertigspritzen vor Abschluss eines Selektivvertrages) oder andere KV-Bezirke mit anderen Prüfvereinbarungen.

Die Forderung der ASt, für […] müssten zwingend entweder zwei voneinander zu trennende Lose gebildet werden oder aber die historischen Abgabemengen müssten unberücksichtigt bleiben, entbehre der Überzeugungskraft, denn die Entscheidung des OLG Düsseldorf gebe hierfür insoweit nichts her. Die Vorgabe des Senats bezüglich der geringeren Menge bei höherer Konzentration hätten die Ag auch nach

Meinung der ASt korrekt abgebildet. Der Entscheidung sei nicht zu entnehmen, dass darüber hinaus zusätzlich eine Fachloseinteilung nach Konzentrationsspannen zu erfolgen habe oder ein weitergehender Bonus zugunsten von 370 mg/ml-Produkten einzuführen wäre. Träfe die Auffassung der ASt zu, dass der Beschaffungsbedarf während der Vertragsdurchführung nahezu vollständig auf die höher konzentrierten Produkte zulaufen werde, hätte der Senat zudem einen deutlich höheren Bonus (> 17 %) zugunsten der Anbieter von 370 mg/ml-Produkten festschreiben müssen. Die ASt blende in ihrer Argumentation im Übrigen aus, dass sie selbst ein 300 mg/ml-konzentriertes Produkt anbiete, an dessen Absatz sie eigentlich ebenfalls ein Interesse haben sollte. Der Vortrag der ASt erschließe sich daher auch nicht unter dem Gesichtspunkt der Beschwer der ASt. Kein anderer Bieter habe mit der Fachlosaufteilung oder der Wirtschaftlichkeitsbewertung unter Berücksichtigung der historischen Abgabemengen ein Problem gehabt. Die Ag könnten nicht auf die alleinigen Interessen der ASt ihre Ausschreibung konzipieren.

Die Forderung nach einer anderen Fachlosaufteilung stelle die ASt zudem erstmals, obwohl ihr die Zusammenfassung verschiedener Konzentrationsstufen durch das […] seit langem bekannt gewesen sei, und sei daher verspätet. Materiell-rechtlich gelte, dass das von den Ag gewählte Konzept einer indikationsbezogenen, wirkstoffübergreifenden und nicht nach Konzentrationen unterscheidende Ausschreibung von der Rechtsprechung mehrfach als vergaberechtskonform erachtet, teilweise sogar gefordert worden sei. Das für die Fachlosbildung maßgebliche Kriterium des Vorhandenseins eines eigenen Marktes läge bezüglich unterschiedlicher Konzentrationen nicht vor, was die ASt mit ihrem Vortrag, dass 98 % der Anwendungsfälle […] von allen in Betracht kommenden Kontrastmitteln – unabhängig von der Iodkonzentration – abgedeckt werden könnten. Eine weitere Aufsplitterung […] auf unterschiedliche Zuschlagsempfänger für die beiden Konzentrationsstufen sei auch wegen der zu erwartenden Verwirrung der Radiologen und Lieferanten nicht im Interesse der Ag. Diese wollten vielmehr, dass der Vertrag auch möglichst umfangreich umgesetzt werde, um die geplanten Einsparungen erzielen zu können.

Soweit die ASt einen Verzicht auf die zweite Gewichtungsstufe begehre, so sei ihre Annahme, die Abgabevolumina würden sich zwischen den beiden Konzentrationsspannen zukünftig verschieben, spekulativ, denn zwischen den

beiden Konzentrationsspannen müsse ein Austausch gerade nicht stattfinden. Die Annahme der ASt, die Produkte der zweiten Konzentrationsstufe seien überragend attraktiv für die Radiologenbestellung, hätte auch schon in der Vergangenheit Geltung beanspruchen müssen, was die Referenzzahlen allerdings nicht hergäben; die Radiologen bestellten danach überwiegend Kontrastmittel der ersten Konzentrationsstufe. Die auf der Basis des historischen Bestellverhaltens getroffene Prognoseentscheidung, die zur Einführung des weiteren Korrekturfaktors geführt habe, sei daher nicht ermessensfehlerhaft, im Gegenteil wäre die Nichtberücksichtigung der historischen Mengen beider Stufen angreifbar mit dem Argument, die Ausschreibung sei auf bestimmte Hersteller wie die ASt zugeschnitten. Das historische Zahlenmaterial in Anlage 4a der Bewerbungsbedingungen […] sei auch korrekt, obwohl dort auch Produkte gelistet seien, die einzelne Zulassungen, die jetzt in der Ausschreibung indikationsbezogen gefordert worden seien, entbehrten. Denn der künftige Zuschlagsempfänger könne auch das Volumen für sich vereinnahmen, welches in der Vergangenheit auf ein hier nicht erfasstes Produkt entfalle. Eine unzumutbare Erschwerung der Angebotskalkulation sei hierin nicht zu erkennen.

Die ASt habe sich auch in der Lage gesehen, ein Angebot abgeben zu können. Dieses sei aber als verspätet auszuschließen, was zur Unzulässigkeit und Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags führe.

3. In der mündlichen Verhandlung vom 31. Mai 2017 wurde der Sachverhalt mit den Verfahrensbeteiligten umfassend erörtert. Die Ag stellten klar, dass über die Frage des Ausschlusses der ASt wegen des aus der Sicht der Ag verspäteten Eingangs noch nicht abschließend entschieden worden sei. Der Ausschluss sei daher vorliegend nicht streitgegenständlich und müsste – so er denn ausgesprochen werden sollte – von der ASt einem zweiten Nachprüfungsantrag zugeführt werden. Die Ag hätten den (verspäteten) Angebotseingang nur deshalb erwähnt, um darzulegen, dass die ASt sich offenbar in der Lage gesehen habe – anders als in der ersten Runde – ein Angebot zu kalkulieren.

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, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben. Es handelt sich vorliegend um Rahmenlieferverträge, 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; ebenso ist die Vergabekammer des Bundes zur Entscheidung berufen, § 159 Abs. 1 Nr. 6 GWB.

b) Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Insbesondere hat sie mit der Angebotsabgabe, 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 jedenfalls erschwerten (Vorgabe eines gewichteten Korrekturfaktors, unzureichende Abbildung der Umsteuerung der Ag bei der Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote, nicht eindeutig und erschöpfend beschriebene Leistungsbeschreibung).

Ihrer Antragsbefugnis steht nicht entgegen, dass die Ag in Aussicht gestellt haben, das Angebot der ASt wegen der verspäteten Einreichung gegebenenfalls ausschließen zu müssen. Die Ag haben in der mündlichen Verhandlung insoweit klargestellt, dass die diesbezügliche Prüfung noch nicht abgeschlossen ist, so dass der Ausschluss vorliegend nicht streitgegenständlich ist und – eine entsprechende Entscheidung unterstellt – allenfalls in einem zweiten Nachprüfungsverfahren seitens der Kammer zu prüfen wäre. Ob das Angebot der ASt verspätet eingegangen ist und daher eines Ausschlusses bedarf, ist vorliegend auch nicht entscheidungserheblich,

da die ASt die Grundlagen der Ausschreibung angreift und ggfs. eine zweite Chance auf Abgabe eines neuen, dann rechtzeitig eingereichten Angebots erhielte.

c) Die ASt ist ihrer Rügeobliegenheit nachgekommen, indem sie die von ihr geltend gemachten Vergaberechtsverstöße mit Schreiben vom 20. April 2017 gegenüber den Ag und damit vor Ablauf der Angebotsabgabefrist (4. Mai 2017) gerügt hat (§ 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB). Ausweislich ihres Schriftsatzes vom 29. Mai 2017 (dort: Vorbemerkung S. 2) rügt die ASt ausdrücklich nicht die unterlassene Aufteilung des […] in weitere, nach der Iod-Konzentration unterteilte Fachlose, so dass sich insoweit auch nicht die von den Ag aufgeworfene Frage der Präklusion stellt.

d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch innerhalb der Frist von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe vom 27. April 2017 eingereicht (vgl. § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB).

2. Die ASt wendet sich im Kern dagegen, dass die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote anhand eines Faktors bemessen wird, der zwar zunächst – insoweit nicht nur unbeanstandet von der ASt, sondern im vorausgehenden Nachprüfungsverfahren explizit eingefordert – die Tatsache berücksichtigt, dass eine höhere Konzentrationsstufe des Kontrastmittels einen geringeren Mengenbedarf bedingt und folglich bei einem einheitlichen Preis für beide Konzentrationsstufen Wirtschaftlichkeitsvorteile hat („Korrekturfaktor“). Als vergaberechtswidrig sieht die ASt dann aber die Gewichtung des Korrekturfaktors anhand der Mengen an, die im vergangenen Referenzzeitraum abgegeben wurden für die […] zwei Konzentrationsstufen. Da dieses Gewichtungssystem weder sachwidrig ist noch – wie die ASt meint – den Senatsbeschluss des OLG Düsseldorf im vorangegangenen Verfahren (Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8. Februar 2017 - VII-Verg 31/16) konterkariert, ist der Nachprüfungsantrag in der Sache unbegründet. Dabei ist zu beachten, dass die Kontrolle durch die Vergabekammer darauf beschränkt ist, ob der Gleichbehandlungs- und Transparenzgrundsatz durch den Auftraggeber beachtet wurde und ob die Kriterien dem mit ihrer Bestimmung verfolgten Zweck, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, zuwiderlaufen, sachfremde Erwägungen angestellt wurden oder der Auftraggeber bei der Festlegung von unzutreffenden tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen ausgegangen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 3. März 2010, VII-Verg 48/09, juris Rn. 43 OLG Düsseldorf, Beschluss v. 7. Mai 2005, VII-Verg 16/05, juris Rn. 24).

a) Relevant ist im vorliegenden Fall insbesondere, dass das Wertungssystem nicht nur „auf dem Papier“ stimmig zu sein hat, sondern dass es vielmehr auch geeignet sein muss, das Angebot herauszufiltern, welches später im Rahmen der Vertragsdurchführung tatsächlich das wirtschaftlichste ist. Der mit dem vorliegenden Vergabeverfahren bezweckte Einsparungseffekt würde nicht erzielt, wenn ein Angebot als Ausschreibungsgewinner hervorginge, welches zwar formal den besten Preis ausweist, während der Vertragslaufzeit dann aber von den Radiologen nicht nachgefragt würde. Es ist daher sachgerecht, das Nachfrageverhalten der Ärzte, welches – wie die als solche unbestrittenen Zahlen belegen – schwerpunktmäßig auf die geringere Konzentrationsstufe ausgelegt ist, mit in die Wertung einzubeziehen.

b) Richtig ist zwar, dass es in dem vergangenen Referenzzeitraum, dessen Abgabemengen in den „gewichteten Korrekturfaktor“ einfließen, noch keinen Vertrag wie den vorliegenden gab. Daraus ergäbe sich eine Fehlerhaftigkeit des die zurückliegenden Abgabezahlen einbeziehenden Wertungssystems jedoch nur dann, wenn zukünftig, also unter der Geltung eines Vertrags, ein spürbar anderes Nachfrageverhalten der Ärzte zu erwarten wäre. Dies ist indes nicht der Fall. Das ergibt sich daraus, dass die Ag zwar natürlich mit dem Vertrag eine Umsteuerung des Ärzteverhaltens bezwecken, aber – und das ist entscheidend – nur hin zu den bezuschlagten Produkten […] insgesamt, nicht aber hin zu der hohen Konzentrationsspanne innerhalb […]. Die Ag haben ein Ausschreibungskonzept gewählt, welches das Nachfrageverhalten der Ärzte in Bezug auf die Konzentrationsspannen berücksichtigt, so dass die Ärzte zwanglos weiter die ausweislich der Nachfragezahlen schwerpunktmäßig präferierten niedrig konzentrierten Produkte (ca. 80 und 89 % […], das am höchsten konzentrierte 370 mg/ml-Produkt zu ca. 6 bzw. 4 %) beschaffen dürfen, sie sollen eben nur auf diejenigen des Ausschreibungsgewinners umschwenken. Ausschließlich darüber werden die Ag die Ärzte nach § 73 Abs. 8 SGB V informieren, es wird keine Information und damit keine Umsteuerung dahin geben, dass innerhalb der bezuschlagten Produkte dann noch zusätzlich die höchstverfügbare Konzentration zu wählen sei. Ein Arzt, der das bezuschlagte Produkt egal welcher Konzentration bestellt, verhält sich ausschreibungskonform und entspricht vollumfänglich dem Wirtschaftlichkeitsgebot.

Ebenso wenig greift die von der ASt angeführte weitere Schranke für das Bestellverhalten der Ärzte, nämlich die Überwachung der Bestellmengen in Bezug auf die Behandlungsfallzahlen. Wie die Ag in der mündlichen Verhandlung dargelegt haben, wird ein Arzt, der zukünftig geringfügig mehr Menge bei gleich bleibenden Fallzahlen verbraucht, etwa weil er bislang die 320 mg-Konzentration gewählt hatte und nunmehr in der niedrigen Konzentrationsspanne die 300 mg-Konzentration eines fiktiven Ausschreibungsgewinners bestellt, ebenso wenig zur Rechenschaft im Rahmen einer Wirtschaftlichkeitsüberprüfung gezogen werden, da die geringfügige Mengensteigerung mit dem neuen Vertrag erklärbar ist. Auch dieser Arzt verhält sich vollumfänglich wirtschaftlich im Sinne der Ag, denn er bestellt ja das bezuschlagte Produkt. Die von der ASt vorgetragene Motivation der Ärzte, zwecks Mengeneinsparungen das am höchsten konzentrierte Produkt des Ausschreibungsgewinners zu bestellen, ist vor diesem Hintergrund nicht erkennbar, ohne dass es für diese Prognose, die als zukünftige Entwicklung einem Zeugenbeweis ohnehin nicht zugänglich sein dürfte, des von der ASt angebotenen Zeugenbeweises bedurft hätte.

Die Entscheidung der Ag, in ihr Ausschreibungskonzept auch das Nachfrageverhalten der Ärzte einzubeziehen, ist vollständig nachvollziehbar, denn Verträge wie der vorliegende leben auch davon, dass sie von den Ärzten, welche die Beschaffung grundsätzlich autonom und nur durch das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot gelenkt durchführen, tatsächlich angenommen und beachtet werden. Einen gesetzlichen Substitutionsmechanismus wie bei den Rabattverträgen nach §§ 130 a Abs. 8, 127 Abs. 1 SGB V gibt es hier nicht. Es ist sachgerecht, dass die Ag diesen Akzeptanzfaktor berücksichtigen, was auch von der ASt nicht in Zweifel gezogen wird.

Erfolgt aber in Anerkennung der tatsächlichen ärztlichen Präferenzen keine Umsteuerung des Ärzteverhaltens hin auf die höchste Konzentrationsstufe, so ist es die logische Konsequenz, dass die Heranziehung der bisherigen Zahlen zu den Konzentrationsstufen im Rahmen der Wertung ebenfalls sachgerecht und belastbar ist, wenn nicht gar geboten. Andernfalls könnte ein Angebot den Zuschlag erhalten, das zwar formal den günstigsten Milliliterpreis ausweist, aufgrund der geringen Nachfrage (hier z.B. für die 320 und 370 mg/ml-Produkte) auch nur vergleichsweise geringe Einsparungen erzielen wird. Dann käme es zu dem Effekt, dass ein Angebot

formal als das wirtschaftlichste erscheint, ohne es bei der Vertragsdurchführung dann wirklich zu sein. Dies wäre vor dem Hintergrund der Sachgerechtigkeit der Wertungsvorgaben viel eher der problematische Fall.

c) Soweit die ASt vorträgt, die Ag würden den Vorgaben des OLG Düsseldorf zuwider die vom Senat geforderte Einbeziehung eines Korrekturfaktors unterlaufen, indem sie diese mit den historischen Abgabemengen der unterschiedlich konzentrierten Kontrastmittel gewichtet, geht sie fehl. Denn zwar besagt die Entscheidung, dass der Mengenvorteil des am höchsten konzentrierten Kontrastmittels […] (370 mg/ml) gegenüber dem zweithöchsten mit einem Bonus von „bis zu 5 %“ zu berücksichtigen sei. Umgekehrt bedeutet dies jedoch auch, dass in der unteren Konzentrationsspanne ein theoretischer Mengennachteil des am niedrigsten konzentrierten Kontrastmittels (300 mg/ml) gegenüber dem zweitniedrigsten (320 mg/ml) besteht und entsprechend zu berücksichtigen ist. Da nach der Ausschreibungskonzeption die Ag von den Bietern ein (einheitliches) Preisangebot für beide Konzentrationsspannen angefordert hatten - die Zusammenfassung zu einem Fachlos hat die ASt auch ausdrücklich nicht gerügt - mussten die Ag konsequenter Weise alle denkbaren Kombinationsmöglichkeiten der unterschiedlich konzentrierten Produkte in ihrem Wertungssystem abbilden. Formal zwingt sie die Entscheidung des OLG Düsseldorf auch nicht, ausschließlich den Mengenvorteil in der höheren Konzentrationsspanne zu berücksichtigen und dann die Überlegungen einzustellen. Es wäre wenig sachgerecht gewesen, einem Bieter, der wie die ASt über das am höchsten konzentrierte Produkt verfügt, unter Verweis auf den Beschluss pauschal einen 5 %-igen Bonus bei der Preiswertung in Bezug auf das gesamte Los einzuräumen. Denn hierdurch würden die Ag sachwidrig ausblenden, dass je nach Gebietslos von den radiologischen Praxen ca. 80 bzw. 89 % im niedriger konzentrierten Bereich beschafft wird und somit denjenigen Unternehmen einen ungerechtfertigten Vorsprung verschaffen, die zwar über ein 370 mg/ml konzentriertes Produkt verfügen, welches aber nur in den weitaus geringeren Fällen überhaupt von den Radiologen beschafft wird.

Um das Verhältnis zwischen den niedriger und den höher konzentrierten Spannen (300 oder 320 bzw. 350 oder 370 mg/ml) abbilden zu können, mussten die Ag in Ermangelung anderer Faktoren nahezu zwangsläufig auf das Verhältnis der in der Vergangenheit erfolgten Bestellungen zurückgreifen und damit eine Gewichtung der

Konzentrationsstufen vornehmen. Nur hierdurch konnten sie abbilden, ob und inwieweit die Mengenvor- bzw. –nachteile bei den jeweiligen Angeboten auch bei der späteren Vertragsdurchführung zum Tragen kommen werden. Diese kombinatorischen Möglichkeiten führten im Ergebnis zu den in der Tabelle 4 des Schreibens an die Bieter vom 3. April 2017 mitgeteilten gewichteten Korrekturfaktoren. Dagegen ist vergaberechtlich nichts zu erinnern. Wie das Angebot der ASt zeigt, sie hat ein 300 mg/ml- und ein 370 mg/ml-konzentriertes Kontrastmittel angeboten, wirkt sich der Mengenvorteil des höher konzentrierten Kontrastmittels nicht über das gesamte Angebotsportfolio in Höhe der vollen 5 %, sondern nur zu einem deutlich geringeren Prozentsatz aus.

Aus dem Passus in der Entscheidung des Senats *„Eine Berücksichtigung des voraussichtlichen Verbrauchs durch die Hinzuziehung eines Korrekturfaktors war nicht vorgesehen.“* (Beschlussumdruck S. 7) kann nicht geschlossen werden, dass der Senat den Ag habe verwehren wollen, historische Verbrauchsmengen zu berücksichtigen: Der vom OLG Düsseldorf angesprochene „Verbrauch“ bezieht sich ersichtlich nur auf die im jeweiligen Behandlungsfall prognostisch zu applizierende Menge („*voraussichtlich*“), nicht jedoch auf das historische Bestellverhalten der Radiologen.

d) Der von der ASt angenommene Verstoß gegen das Gebot der eindeutigen und erschöpfend beschriebenen Leistungsbeschreibung, § 31 VgV, liegt ebenfalls nicht vor, so dass auch eine Basis für vergleichbare Angebote gegeben ist. Da die Annahmen der ASt in Bezug auf zu erwartende Mengenverschiebungen falsch sind, das von den Ag angelegte historische Mengengerüst insoweit eine taugliche Grundlage für die Kalkulation bzw. für die Betrachtung der Wirtschaftlichkeit der Angebote darstellt, leitet es die Bieter bei ihrer Kalkulation nicht fehl. Ebenso wenig liegt in der Aufnahme der Mengen von Wirkstoffen, welche für sich genommen nicht die Bedingungen für die Beteiligung am Vergabeverfahren erfüllen […] eine vergaberechtswidrige Ungenauigkeit. Denn der Zuschlagsgewinner kann die auf dieses Produkt ursprünglich angefallenen Mengen für sich vereinnahmen. Dass das Produkt die hiesigen Ausschreibungsbedingungen nicht erfüllen kann, lässt den oder die potentiellen Bieter entfallen, nicht jedoch die zugrundeliegenden Anwendungsfälle.

III.

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

Die ASt hat als Unterliegende die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. Der Nachprüfungsantrag hat komplexe und inhaltlich komplizierte Fragestellungen aufgeworfen. Die Ag durften sich eines anwaltlichen Beistandes bedienen, um dem Nachprüfungsantrag sachgerecht entgegentreten 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.

Dr. Herlemann Zeise