



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 62/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

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) -

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

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 Resch im schriftlichen Verfahren am 11. Juli 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Der Antrag der Antragstellerin auf Akteneinsicht wird abgelehnt.
3. Den Antragsgenerinnen und dem Antragsgegner wird vorab gestattet, in dem Vergabeverfahren zum Abschluss von Verträgen über die Versorgung mit Kontrastmitteln im Sprechstundenbedarf [...] nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung den Zuschlag zu erteilen.
4. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen und des Antragsgegners.
5. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen und des Antragsgegners wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

[...] „Ag“) machten am [...] die beabsichtigte Vergabe „Abschluss von Verträgen über die Belieferung von radiologisch tätigen Vertragsärzten [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im

Supplement zum Amtsblatt der EU ([...]) gemeinschaftsweit bekannt. [...]. Die Verfahrensbeteiligten streiten über das nach Ansicht der Antragstellerin (ASt) möglicherweise ungewöhnlich niedrige Angebot der Beigeladenen (Bg).

1. Die ASt hatte bereits am 13. April 2017 einen Nachprüfungsantrag in Bezug auf die Grundlagen der streitgegenständliche Ausschreibung bei der Vergabekammer gestellt. Mit Beschluss vom 11. Mai 2017 (VK 2 – 48/17) hatte die Kammer dem Nachprüfungsantrag teilweise stattgegeben, im Übrigen zurückgewiesen. Die Ag sowie die ASt haben jeweils gegen den Beschluss der Kammer am 24. Mai 2017 Beschwerde beim OLG Düsseldorf eingelegt, soweit sie beschwert sind (dortiges Az.: VII-Verg 24/17).

Die Ag führten das zugrundeliegende Vergabeverfahren trotz des in zweiter Instanz anhängigen Nachprüfungsverfahrens fort und teilten der ASt nach Durchführung der Wertung mit Schreiben vom 16. Mai 2017 gem. § 134 GWB mit, dass deren Angebote in den streitgegenständlichen Losen nicht berücksichtigt werden könnten, weil diese nicht die wirtschaftlichsten Angebote seien. Beabsichtigt sei, den Zuschlag auf die Angebote der Bg zu erteilen.

Hiergegen wandte sich die ASt mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 23. Mai 2017. Es sei davon auszugehen, dass die Angebote der Bg unangemessen niedrig kalkuliert worden seien, wofür auch ohne Kenntnis des Angebots deutliche Indizien sprächen. Nach der Rechtsprechung des BGH (Beschluss vom 31. Januar 2017, X ZB 10/16) sei es Aufgabe der Ag, auch zugunsten der unterlegenen Bieter die Angebote gemäß § 60 VgV einer Prüfung zu unterziehen. Die ASt forderte die Ag darüber hinaus auf, mitzuteilen, ob und mit welchem Ergebnis die Angebote der Bg einer derartigen Preisprüfung unterzogen worden seien.

Die Vorgaben der Bewerbungsbedingungen (dort Abschnitt A.IV.2.2) lauten in Bezug auf die Preisprüfung auszugsweise wie folgt:

„Die Auftraggeber sehen – unbeschadet sonstiger Darlegungsmöglichkeiten – den Nachweis der Auskömmlichkeit eines Angebots jedenfalls dann als erbracht an, wenn eine der beiden folgenden Voraussetzungen erfüllt ist:

(...)

Der Bieter legt eine eindeutige und aussagekräftige Bestätigung eines unabhängigen Wirtschaftsprüfers vor, die insbesondere Angaben zum Prüfungsumfang, der Prüfungstiefe und den herangezogenen Unterlagen sowie die uneingeschränkte Aussage enthält, dass das Angebot für das betroffene Fachlos unter Beachtung der hier gegebenen Hinweise kein Unterkostenangebot darstellt.“

Die Ag lehnten es mit Schreiben vom 24. Mai 2017 ab, der Rüge der ASt zu entsprechen, da sie eine den Vorgaben des Abschnitts A.IV.2.2 der Bewerbungsbedingungen entsprechende Preisprüfung bei der Bg durchgeführt hätten und dabei keinen Verstoß gegen § 60 VgV hätten feststellen können.

2. Mit einem am 8. Juni 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Dieser Antrag wurde den Ag am gleichen Tag übermittelt.
 - a) Die ASt trägt vor, dass die Preisprüfung der Ag in Bezug auf die Angebote der Bg in den drei streitgegenständlichen Fachlosen nicht ordnungsgemäß gewesen sei und die Angebote der Bg demzufolge auszuschließen seien. Die Kammer sei zur Überprüfung des vorgebrachten Vergaberechtsverstoßes ungeachtet des beim OLG Düsseldorf anhängigen Beschwerdeverfahrens zuständig, da es sich um einen neuen Verstoß der Ag handele, welcher im ersten Nachprüfungsverfahren bei der erkennenden Kammer nicht thematisiert worden sei. Den Verfahrensbeteiligten, insbesondere der am ersten Nachprüfungsverfahren nicht beteiligten Bg, dürfe nicht die erste Instanz genommen werden, auch wenn die ASt den Punkt vorsorglich auch im Rahmen der Beschwerde für das erste Nachprüfungsverfahren beim OLG Düsseldorf eingeführt habe.

In Bezug auf die Prüfung unangemessen niedriger Angebote habe der BGH in seiner Entscheidung vom 31. Januar 2017 festgestellt, dass Mitbewerber einen Anspruch auf eine umfassende Preisprüfung und ggf. auf einen Ausschluss des unauskömmlich anbietenden Konkurrenten haben können. Jedenfalls bestehe ein Anspruch auf ordnungsgemäße Aufklärung.

Die ASt habe aus dem Markt erfahren, dass die Bg extrem günstig kalkuliert habe. Sie müsse daher davon ausgehen, dass es sich um niedrigpreisige und vermutlich unaukömmliche Angebote handele. Dieser Vortrag genüge, um eine Verletzung preisrechtlicher Grundsätze und damit eine falsche Durchführung der dritten Wertungsstufe seitens der Ag geltend zu machen. Die ASt verfüge abgesehen von der Nichtabhilfemitteilung über keine Informationen, ob und inwieweit die Ag ihrer Prüfpflicht nachgekommen seien.

Der ASt sei daher angemessen Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren, ggf. sei hierüber ein rechtsmittelfähiger Beschluss zu erlassen. Im Übrigen werde die Kammer gebeten, die Aukömmlichkeit von Amts wegen „in camera“ zu prüfen, insbesondere auch im Wege einer vergleichenden Betrachtung aller Angebote.

Die ASt beantragt,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gem. §§ 160 ff. GWB;
2. den Ag aufzugeben, das Angebot der Bg wegen Niedrigpreisigkeit auf dritter Wertungsstufe vom Vergabewettbewerb auszuschließen und die Angebotswertung unter Berücksichtigung des Angebots der ASt und des vorgenannten Ausschlusses zu wiederholen; hilfsweise eine weitere Angebotsaufklärung zu veranlassen;
3. der ASt Akteneinsicht gem. § 165 GWB zu gewähren, einschließlich der zur Beurteilung der Unaukömmlichkeit des Angebots der Bg erforderlichen Akten- und Angebotsbestandteile; hilfsweise über die Unaukömmlichkeit im Rahmen eines in-camera-Verfahrens ohne Kenntnisnahme durch die ASt zu befinden;
4. im Bedarfsfall über den Umfang der Akteneinsicht durch einen rechtsmittelfähigen Vorabbeschluss zu befinden;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären;
6. den Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens – einschließlich der außergerichtlichen Kosten der ASt – aufzuerlegen.

- b) Die Ag beantragen,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
 3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Ag notwendig war.

Die Ag tragen vor, dass der Vortrag der ASt von Vermutungen und Unterstellungen geprägt sei. Da ihr eigenes Angebot ebenfalls einer Unauskömmlichkeitsprüfung unterzogen worden sei, sei der ASt die Vorgehensweise der Ag bei der Prüfung und insbesondere die gestellten Anforderungen an die Bieter sehr wohl bekannt. Soweit sie sich gegen das Vorgehen bei der Preisprüfung wende, sei sie mit ihrem Vortrag folglich präkludiert, da sie sich rügelos darauf eingelassen habe.

Die Ag hätten die Bg – inhaltsgleich zum an die ASt gerichteten Schreiben – aufgefordert, zu ihrem als ungewöhnlich niedrig identifizierten Angebot Stellung zu nehmen. Dieser Aufforderung sei die Bg gemäß den an die Aufklärung gestellten Anforderungen am 2. Mai 2017 nachgekommen. Sie habe eine Bestätigung ihres Wirtschaftsprüfers eingereicht, wonach unter Berücksichtigung der Bezugspreise, der vollständigen Kostenstruktur der Bg und ihrer Kalkulationsgrundlagen die angebotenen Erstattungsbeträge auskömmlich seien. Dies decke sich mit den Vorgaben der Bewerbungsbedingungen in Abschnitt A.IV.2.2. Die Bestätigung des unabhängigen Wirtschaftsprüfers (§ 1 Abs. 1 WPO) lasse auch die Prüfungstiefe und –umfang sowie die herangezogenen Unterlagen erkennen. Nach der Prüfung der eingereichten Dokumente durch die Ag sei festgestellt worden, dass die Angaben plausibel seien und daher von der Auskömmlichkeit der angebotenen Erstattungsbeträge ausgegangen werden müsse. Die Prüfung sei auch im Einklang mit den Vorgaben des BGH vom 31. Januar 2017 erfolgt. Eine weitere Aufklärung der angebotenen Erstattungsbeträge der Bg sei daher nicht mehr geboten.

Überdies drohe der ASt in Bezug [...] schon deshalb kein Schaden, weil das Angebot der ASt selbst bei unterstellter Unauskömmlichkeit des Angebots der Bg aufgrund seiner Abgeschlagenheit nicht für den Zuschlag in Betracht komme.

Die ASt habe keinen Anspruch auf Einsicht in Angebotsbestandteile der Bg. Denn dies könne das Wettbewerbsverhältnis zwischen der ASt und der Bg – auch vor dem Hintergrund der in absehbarer Zeit erforderlichen Neuausschreibung – verzerren.

- c) Mit Beschluss vom 12. Juni 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden.

Die Bg hat keine Stellungnahme abgegeben oder Anträge zur Sache gestellt. Sie hat der ASt die zwischen ihr und der Ag gewechselten Unterlagen in Bezug auf die Auskömmlichkeitsprüfung – bereinigt um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse – zur Verfügung gestellt.

3. Mit Beschluss vom 28. Juni 2017 zum Nachprüfungsverfahren der ASt VK 2 – 48/17, VII-Verg 24/17 beim OLG Düsseldorf, hat das OLG dem Antrag der Ag auf Gestattung des Zuschlags nach § 176 GWB stattgegeben. Der Senat legte in der Zuschlagsgestattungsentscheidung dar, dass die Erfolgsaussichten der Beschwerde das vorrangig zu bewertende Kriterium sei, dem bei der im Rahmen von § 176 Abs. 1 GWB gebotenen Gesamtabwägung das wesentliche Gewicht zukäme. Hier habe die sofortige Beschwerde der ASt keine Aussicht auf Erfolg, soweit die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der ASt zurückgewiesen habe, wohingegen die sofortige Beschwerde der Ag Erfolgsaussicht habe, soweit die Vergabekammer dem Nachprüfungsantrag im Verfahren VK 2-48/17 entsprochen habe.

Ebenfalls berücksichtigt hat der Senat im Rahmen der Prüfung der Erfolgsaussicht der Beschwerde das Vorbringen der ASt aus deren Schriftsatz vom 8. Juni 2017, den sie zum Gegenstand einer weiteren Rüge und eines neuen, bei der Vergabekammer anhängigen Nachprüfungsantrags gemacht habe, wonach die Bg habe in den streitgegenständlichen Fachlosen unangemessen niedrig angeboten habe und daher den Zuschlag nicht erhalten dürfe. Aus verfahrensrechtlichen Gründen sei die ASt nicht gehindert, in der Beschwerdeinstanz einen neuen Vergaberechtsfehler geltend zu machen, der noch nicht Gegenstand des Verfahrens vor der Vergabekammer gewesen sei, solange dieser nicht präkludiert nach § 160 Abs. 3 GWB sei, was hier nicht der Fall sei, da die ASt erst während des laufenden Beschwerdeverfahrens davon Kenntnis erlangt habe, dass die Angebote der Bg möglicherweise nicht auskömmlich seien. Auch sei die ASt befugt, einen Verstoß gegen § 60 VgV geltend zu machen, da eine Rechtsverletzung nach § 97 Abs. 6 möglich

erscheine. Allerdings liege in der Sache kein Verstoß gegen § 60 VgV vor, wobei der diesbezügliche Vortrag der ASt auf reinen Vermutungen, gestützt auf Gerüchte am Markt, basiere und infolge seiner Pauschalität eine Amtsermittlung eigentlich nicht auslöse. Der Senat habe aber ungeachtet des unbeachtlichen Vortrags der ASt Einblick in die Vergabeakten und in die Auskömmlichkeitsprüfung der Ag genommen. Einen Verstoß gegen § 60 VgV bezogen auf die Angebote der Bg habe der Senat nicht feststellen können.

4. Die Vergabekammer erließ daraufhin am 30. Juni 2017 einen rechtlichen Hinweis mit Stellungnahmemöglichkeit für die ASt dahin, dass von der Unzulässigkeit des vorliegenden Nachprüfungsantrags infolge doppelter Rechtshängigkeit auszugehen sei. Der Senat des OLG Düsseldorf habe in der Zuschlagsgestattungsentscheidung auch das vorliegend streitgegenständliche Vorbringen, also die konkrete Preisprüfung, mit berücksichtigt, und dargelegt, dass das Nachschieben dieses erstinstanzlich noch nicht behandelten Punktes in der zweiten Instanz zulässigerweise erfolgt sei. Damit verstoße eine parallele Geltendmachung in einem zweiten Nachprüfungsverfahren gegen das Verbot der doppelten Rechtshängigkeit, wobei die Vergabekammer beabsichtige, die Rechtsunsicherheit hinsichtlich der Geltendmachung dieses neuen Aspekts alternativ in der zweiten Instanz oder aber mit einem neuen Nachprüfungsantrag im Falle einer Rücknahme kostenmindernd zugunsten der ASt zu berücksichtigen.

Die ASt schloss sich der Sichtweise der Vergabekammer nicht an, sondern hielt ihren Nachprüfungsantrag mit Schriftsatz vom 3. Juli 2017 aufrecht.

5. Mit Schriftsatz vom 30. Juni 2017 beantragen die Ag bei der Kammer zusätzlich, gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB vorab zu gestatten, den Zuschlag [...] zu erteilen.
 - a) Zur Begründung des Gestattungsantrags berufen sich die Ag auf den o.a. Beschluss des OLG Düsseldorf. Der Senat habe nicht nur die ursprünglichen Rügen der ASt aus dem ersten Nachprüfungsverfahren zurückgewiesen, sondern die Erfolgsaussichten auch für den aus Sicht des Senats zulässigerweise im Beschwerdeverfahren nachgeschobenen Vergaberechtsverstoß der (vermeintlichen) Unauskömmlichkeit des Angebotspreises der Bg verneint. Daher sei der Rechtsauffassung der Vergabekammer aus dem rechtlichen Hinweis beizupflichten, wonach der hiesige Nachprüfungsantrag aufgrund anderweitiger Rechtshängigkeit bzw. fehlendem Rechtsschutzbedürfnis zu verwerfen sei. Würde der Nachprüfungsantrag von der ASt

zum jetzigen Zeitpunkt gestellt werden, dürfte er von der Kammer wegen offensichtlicher Unzulässigkeit nicht (mehr) übermittelt werden, so dass sich die ASt auch nicht erfolgreich auf das im hiesigen Verfahren bestehende Zuschlagsverbot zurückziehen könne. Die ASt verkenne die verfahrensrechtliche Situation, die sie selbst verursacht habe, indem sie sowohl beim OLG Düsseldorf als auch der Kammer die Rüge der Unauskömlichkeit anhängig gemacht habe. In jedem Fall sei der Nachprüfungsantrag jedoch unbegründet, was von der Kammer in die Interessensabwägung einzustellen sei.

Eine weitergehende Darlegung der Eilbedürftigkeit des Zuschlags sei nicht erforderlich. Der Gesetzgeber habe in § 169 Abs. 2 GWB Vorgaben zu den zu berücksichtigenden Interessen durch die Kammer gemacht und dabei das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Verfahrens und der wirtschaftlichen Aufgabenerfüllung generell anerkannt. Diese Gesichtspunkte müsse die Kammer ohnehin und somit unabhängig vom Vortrag des Auftraggebers berücksichtigen. Im Übrigen sei in der Sache darauf hinzuweisen, dass angesichts des avisierten Vertragsbeginns (1. Oktober 2017) eine erhebliche Dringlichkeit der Zuschlagserteilung auch tatsächlich vorliege. Denn die Bg benötige eine entsprechende Vorbereitungszeit für die Vertragsumsetzung. Ebenso müssten die Ag Maßnahmen zur Umsetzung treffen, wie etwa die Information der Ärzte. Eine Zuschlagserteilung wäre bei Gestattung seitens der Kammer erst nach Ablauf von zwei Wochen und damit erst Ende Juli möglich. Jede weitere Verzögerung wirke sich daher nachteilig in Bezug auf die reibungslose Umsetzung der Verträge aus.

- b) Die ASt trägt mit Schriftsatz vom 3. Juli 2017 vor, dass das hiesige Nachprüfungsverfahren trotz Gestattung des Zuschlags weiterhin anhängig, das Zuschlagsverbot somit weiterhin in Kraft sei. Die Kammer habe als erste Instanz noch nicht über die Frage der Niedrigpreisigkeit des Angebots der Bg entschieden. Hierauf habe die ASt jedoch einen Anspruch, ebenso wie auf die Gewährung der Akteneinsicht und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung. Dass die Bg der ASt die Unterlagen zur Auskömlichkeitsprüfung als Anlage zu ihrem Schriftsatz zur Verfügung gestellt habe, ersetze nicht den erforderlichen rechtsmittelfähigen Beschluss der Kammer über die Akteneinsicht. Die Ausführungen des OLG Düsseldorf im Zuschlagsgestattungsbeschluss seien darüber hinaus prozessual und materiell unzutreffend. Da mit der von der ASt vorgebrachten Unauskömlichkeit ein

neuer Streitgegenstand vorliege und nicht nur der alte Streitstoff erweitert worden sei, sei allein die erkennende Kammer als erste Instanz zuständig. Der Senat habe objektivrechtlich somit keine Befugnis gehabt, über die neue Rechtsfrage zu entscheiden, so dass seine Äußerungen unbeachtlich und nichtig seien. Ebenso wenig könne der Senat die Verneinung des Verstoßes mit der Unsubstantiiiertheit des Vortrags der ASt begründen. Denn diese sei nach der Rechtsprechung des BGH gerade nicht zu verlangen.

Mit Schriftsatz vom 5. Juli 2017 beantragt die ASt zusätzlich,

den Antrag auf Vorabgestattung des Zuschlags der Ag vom 30. Juni 2017 zurückzuweisen.

Der Gestattungsantrag enthalte keine plausible Begründung, weshalb die Ag nicht bis zu einer Entscheidung der VK in der Hauptsache abwarten könne. Somit könne die VK nicht die gebotene Interessensabwägung vornehmen. Die entsprechenden Anhaltspunkte müssten von den Ag geliefert werden, anderenfalls fehle die Entscheidungsgrundlage für die Vorabgestattung. Eine besondere Dringlichkeit fehle auch in der Sache. Der Auftrag sei weder streng fristgebunden, noch beeinträchtige die Verzögerung die Funktionsfähigkeit oder Aufgabenerfüllung der Ag spürbar. Ebenso wenig sei ersichtlich, dass die Durchführung des Auftrags objektiv keinen Aufschub dulde. Das Nachprüfungsverfahren werde weit vor dem 1. Oktober 2017, dem Start der Leistungserbringung, beendet werden können. Die gesetzliche 5-Wochen-Frist trage der Beschleunigung hinreichend Rechnung. Es seien die Ag gewesen, die den förmlich von der Vorsitzenden anberaumten mündlichen Verhandlungstermin boykottiert und somit das Verfahren verzögert hätten. Sie könnten sich daher nunmehr nicht mehr auf eine besondere Dringlichkeit zur Beschneidung des Primärrechtsschutzes zu Lasten der ASt berufen.

Mit Schriftsatz vom 10. Juli 2017 vertiefte die ASt ihre Ansicht, dass der Vergabesenat des OLG Düsseldorf mangels Rechtshängigkeit der Frage nach der Unauskömmlichkeit bei ihm nicht in der Sache hätte entscheiden dürfen. Denn die ASt habe diese Frage zeitlich vor der vorsorglichen Einführung im Beschwerdeverfahren den hiesigen Nachprüfungsantrag gestellt. Auch habe die ASt

den Senat aufgefordert, ihr einen gerichtlichen Hinweis zu geben, für den Fall, dass der Senat wider Erwarten von der eigenen Zuständigkeit ausgehe. Dieser bitte sei der Senat nicht gefolgt, sondern habe trotz der Rechtshängigkeit bei der Kammer ohne mündliche Verhandlung oder dem Setzen von Stellungnahmefristen nach drei Wochen überraschend die genannte Entscheidung getroffen. Damit habe der Senat das rechtliche Gehör aller Verfahrensbeteiligten verletzt. Die Entscheidung hätte auch deshalb nicht ergehen dürfen, weil die Frage der Unauskömlichkeit nicht vom Antrag der Ag auf Vorabgestattung des Zuschlags umfasst gewesen sei. Da im Rahmen der Abwägung des § 176 GWB die Erfolgsaussichten der Beschwerde seien, könne der Senat nicht über Gesichtspunkte entscheiden, die zuvor nicht bei ihm rechtshängig gemacht worden seien. Bei seiner Entscheidung habe der Senat im Übrigen die Voraussetzungen an die Darlegungslast verkannt, so dass sie auch materiell falsch sei.

Letztlich habe die Ag weiterhin keine Gesichtspunkte für die Eilbedürftigkeit des Zuschlagsgestattungsantrags dargetan, so dass dieser zurückzuweisen und das Nachprüfungsverfahren nach Durchführung einer mündlichen Verhandlung ordnungsgemäß zu Ende zu führen sei.

6. Aufgrund der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags hat die Kammer im schriftlichen Verfahren entschieden, § 166 Abs. 1 S. 3, 2. Alt. GWB. Der ASt wurde keine Akteneinsicht gewährt. 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.

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig, da die Frage der Auskömlichkeitsprüfung hinsichtlich der Preise der Bg bereits im vorangegangenen Nachprüfungsverfahren, das derzeit beim OLG Düsseldorf in der zweiten Instanz anhängig ist, streitgegenständlich ist. Die zusätzliche Geltendmachung im vorliegenden Nachprüfungsantrag verstößt somit gegen das Verbot der doppelten Rechtshängigkeit.

Die ASt hat die Frage eines Verstoßes gegen § 60 VgV aufgrund des von ihr vermuteten unangemessen niedrig kalkulierten Angebotspreises bzw. Erstattungsbetrages der Bg ausweislich ihres Schriftsatzes im Beschwerdeverfahren vom 8. Juni 2017 (Anlage Ag 8, dort S. 2 letzter Absatz) unmittelbar auch im ersten von ihr anhängig gemachten Nachprüfungsverfahren VK 2 – 48/17 beim Beschwerdegericht eingeführt. Der Senat hat diesen neuen Rügepunkt, der sich aus der nach § 169 Abs. 1 GWB bis auf die Zuschlagserteilung zulässigen Fortführung des Vergabeverfahrens trotz anhängigem Nachprüfungsverfahren durch die Ag ergibt, aufgenommen und in der Sache in seine Entscheidung über die Zuschlagsgestattung mit einbezogen. Dabei hat der Senat in Kenntnis der Anhängigkeit der Frage bei der Kammer ausdrücklich festgestellt, dass das Nachschieben eines weiteren Grundes und damit die Erweiterung des Streitstoffs durch die ASt selbst mangels Präklusion des diesbezüglichen Vortrags möglich ist (vgl. auch Möllenkamp, in: Kulartz/Kus/Portz/Prieß, GWB-Vergaberecht, Rn. 11 zu § 178 GWB). Damit hat der Senat den Weg gewiesen, wie mit neu aufkommenden Rügepunkten umzugehen ist, die infolge der Fortführung des Vergabeverfahrens durch einen Auftraggeber entstehen, obwohl das Vergabeverfahren in der zweiten Instanz rechtshängig ist. Korrekterweise sind neue Aspekte in diesem Fall unmittelbar in der zweiten Instanz, die eine eigenständige Tatsacheninstanz darstellt, geltend zu machen. Infolgedessen tritt die Rechtshängigkeit der neuen Rügepunkte bereits im ersten und damit auch in zeitlicher Hinsicht vor dem hiesigen zweiten Nachprüfungsverfahren ein. Die Möglichkeit der Einführung neuer Rügepunkte in der Beschwerdeinstanz ist aus Gründen der Verfahrensökonomie auch sachgerecht und entspricht dem im Rahmen der Vergabenachprüfung besonders bedeutsamen Beschleunigungsgrundsatz, § 167 GWB. Der vorliegende Fall macht dies deutlich, denn es wäre wenig zielführend, wenn die zweite Instanz unter Einbezug der summarischen Überlegungen zur – im vorliegenden Nachprüfungsverfahren allein streitgegenständlichen – Preisprüfung den Zuschlag gestattet, in der ersten Instanz aber wegen derselben Frage der Zuschlag formal infolge eines weiteren Zuschlagsverbots nach § 169 Abs. 1 GWB geblockt wäre. Darüber hinaus könnte der Senat – sollte sich die ASt mit ihrer Argumentation hinsichtlich des Erhalts der ersten Instanz beim Senat in der Hauptsache noch durchsetzen – gemäß § 178 S. 2 GWB die Frage auch der Kammer zur Entscheidung zurückverweisen. Dadurch hätte die Kammer zwei Beschlüsse über den identischen Streitstoff zu treffen, was ebenfalls die doppelte Rechtshängigkeit belegt.

Im Übrigen wird auf den rechtlichen Hinweis der Vergabekammer vom 30. Juni 2017 verwiesen.

2. Aus diesen Gründen ist den Ag auf ihren Antrag hin vorab zu gestatten, der Bg in den streitgegenständlichen Losen nach Ablauf von zwei Wochen nach Bekanntgabe dieser Entscheidung den Zuschlag zu erteilen.

Die Statthaftigkeit des Zuschlagsgestattungsantrags ist gegeben, da mit Übermittlung der Antragsschrift an die Ag das Zuschlagsverbot ausgelöst wurde, § 169 Abs. 1 GWB. Den Ag steht der Gestattungsantrag als Gegenmaßnahme gegen den automatisch eintretenden Suspensiveffekt zu. Dem Antrag ist vorliegend in der Sache zu entsprechen, da die Interessen der Ag bzw. der hinter ihnen stehenden Solidargemeinschaft der Versicherten und damit der Allgemeinheit sowie die Interessen der für den Zuschlag vorgesehenen Bg die Interessen der ASt am Erhalt ihres Primärrechtsschutzes auch im Hinblick auf die Erfolgsaussichten von deren Anliegen überwiegen.

Für die Entscheidung, ob der Zuschlag trotz des noch laufenden Nachprüfungsverfahrens gestattet werden soll, sieht § 169 Abs. 2 S. 1 – 4 GWB eine Interessenabwägung vor. Wie die Entscheidung des Senats vom 28. Juni 2017 deutlich macht, wiegt die Erfolgsaussicht des Anliegens eines Antragstellers im Rahmen dieser Interessensabwägung schwer. Hier hat der Senat in der genannten Entscheidung aber bereits eine summarische inhaltliche Prüfung ebendieses Anliegens der ASt, nämlich der Preisprüfung der Bg, durchgeführt und ist auf der ganzen Linie zu dem Ergebnis gekommen, dass dem Anliegen der ASt in der Sache aller Voraussicht nach der Erfolg zu versagen sein wird. Obwohl der Senat den diesbezüglichen Vortrag der ASt für unsubstantiiert hält, hat der Senat Einsicht in die Vergabeakte genommen und die Preisprüfung der Ag einer Überprüfung unterzogen, die danach nicht zu beanstanden ist. Auch wenn diese Prüfung durch den Senat aufgrund der Eilbedürftigkeit der Entscheidung über den Zuschlag nur summarisch gewesen sein mag, so verfügt gerade der Senat des OLG Düsseldorf aufgrund der hohen Fallzahlen in vergaberechtlichen Streitigkeiten über eine erhebliche Expertise und praktische Erfahrung im Vergaberecht. Die Aussage über die Preisprüfung, die danach korrekt vorgenommen und beantwortet worden sei, und damit über die Erfolgsaussicht des materiellen Anliegens der ASt ist damit definitiv als belastbar und als richtungweisend auch für eine Hauptsacheentscheidung, so es zu einer solchen noch kommen sollte, anzusehen. Damit ist bereits durch die Senatsentscheidung zur Zuschlagsgestattung die Frage nach der

materiellen Erfolgsaussicht des auch im vorliegenden Nachprüfungsverfahren geltend gemachten Vergabefehlens in einem negativen Sinn beantwortet.

Die Interessen der Allgemeinheit, hier insbesondere der Solidargemeinschaft der Versicherten, deren Sachwalter die Ag sind, sind vorrangig vor dem Primärrechtsschutz der ASt, deren Anliegen, s. insoweit sub Ziffer 1., schon wegen doppelter Rechtshängigkeit und damit aus verfahrenstechnischen Gründen, aber auch in der Sache (vgl. den OLG-Beschluss vom 28. Juni 2017) aller Voraussicht nach nicht erfolgreich sein wird. Den streitgegenständlichen Verträgen zur Versorgung mit Röntgenkontrastmitteln als Sprechstundenbedarf kommt eine erhebliche Bedeutung zu: In Bezug auf die Finanzierbarkeit des Systems der gesetzlichen Krankenkassen als einem überragend wichtigen Gemeinschaftsgut insoweit, als die Beitragshöhe mit davon abhängt, wie erfolgreich es den Ag gelingt, die Instrumente zu nutzen und umzusetzen, die der Sozialgesetzgeber den gesetzlichen Krankenkassen an die Hand gegeben hat, um im Interesse der Beitragssatzstabilität Einsparungen zu realisieren. Es ist nicht gerechtfertigt, die aufgeführten Interessen wegen eines Nachprüfungsantrags, der nach den obigen Ausführungen bereits als unzulässig zu verwerfen ist, nach den Feststellungen des Vergabesenats in der Entscheidung über die Zuschlagsgestattung im streitgegenständlichen Punkt zudem aller Voraussicht nach unbegründet ist und somit in toto über sehr geringe Erfolgsaussicht verfügt, hintanzustellen. Der Senat des OLG Düsseldorf hat sich in der Zuschlagsgestattungsentscheidung bereits dezidiert zur hier streitgegenständlichen Preisprüfung geäußert, und zwar nach Einsichtnahme in die Vergabeakte. Auf dieser Basis kam der Senat im Rahmen der Zuschlagsgestattungsentscheidung zu dem Ergebnis, dass die Preisprüfung rechtskonform ist.

3. Dem Begehren der ASt auf Erlass eines rechtsmittelfähigen Beschlusses über die Akteneinsicht war bei dieser Sachlage nicht nachzukommen, zumal es sich bei der begehrten Akteneinsicht um zentrale Geschäftsgeheimnisse der Bg, nämlich um deren Preisgestaltung, handelt. Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags ergibt sich aus der doppelten Rechtshängigkeit und mithin aus einer Frage, für welche die Akteneinsicht in die Preisgestaltung der Bg bzw. in die Preisprüfung durch die Ag unergiebig ist. Unabhängig davon hat die ASt bereits die Dokumente der Auskömmlichkeitsprüfung von der Bg erhalten; die Ag hat zudem das Ergebnis der Prüfung in ihrem Schriftsatz vom 23. Juni 2017 wörtlich zitiert, so dass die ASt über die entscheidungsrelevanten Unterlagen und

Informationen verfügt, um die Vorgehensweise der Ag bei der Auskömmlichkeitsprüfung und deren Ergebnis einschätzen zu können.

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.

Es entspricht nicht der Billigkeit, der ASt die zur zweckentsprechenden Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Zwar hat sich die ASt mit ihrem unmittelbar gegen die Bg gerichteten Antrag in einen direkten Interessengegensatz zu dieser gestellt. Die Bg hat sich jedoch ausdrücklich nicht zur Sache eingelassen und auch keine Anträge gestellt und damit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen.

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 entgegenzutreten zu können. Es greift zusätzlich der Aspekt der Waffengleichheit, da die ASt ebenfalls anwaltlich vertreten war.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer in der Hauptsache 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.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer, den Zuschlag im Verfahren des § 169 Abs. 2 S. 1 GWB zu gestatten, ist der Antrag zulässig, das Verbot des Zuschlags nach § 169 Abs. 1 GWB wiederherzustellen (§ 169 Abs. 2 S. 5 GWB). Dieser ist ebenfalls schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (§ 169 Abs. 2 S. 7 i.V.m. § 176 Abs. 2 S. 1 und 2 GWB).

Dr. Herlemann

Zeise