



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 123/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für den Zeitraum vom 1. April 2018 bis 31. März 2020, [...], Fachlos [...] / Gebietslos [...]“, EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Ohlerich und die ehrenamtliche Beisitzerin Watermann auf die mündliche Verhandlung vom 27. Oktober 2017 am 23. November 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Der Antrag der Antragsgegnerin auf Zuschlagsgestattung nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin zu je neun Zehntel. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu je einem Zehntel.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin und die Antragsgegnerin war jeweils notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin (Ag) schrieb zusammen mit anderen gesetzlichen Krankenkassen den Abschluss von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für verschiedene generische Arzneimittel („[...]“) im offenen Verfahren in wirkstoffbezogenen (Fach-)Losen europaweit aus, die wiederum in jeweils acht Gebietslose (Teillöse) unterteilt sind, wobei das Gebietslos[...] die Versicherten der Ag umfasst. Streitgegenständlich ist vorliegend nur das Gebietslos [...] des (Fach-)Loses für den Wirkstoff [...] (Los Nr. [...]).

Gemäß Abschnitt A.I.7 der Bewerbungsbedingungen sollen unter anderem im Fachlos Nr. [...] / [...] „jeweils – eine hinreichende Zahl von zuschlagsfähigen und wirtschaftlichen (s. hierzu auch A.IV.3) Angeboten vorausgesetzt – drei Rabattvertragspartner für Arzneimittel der entsprechenden Preisvergleichsgruppen aus Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen gesucht“ werden (sog. Drei-Partner-Modell). Weiter heißt es:

„Pro Gebietslos wird demnach ein Rabattvertrag gemäß Anlage 1 zu diesen Bewerbungsbedingungen bei den Fachlosen [...] bis [...] mit bis zu drei pharmazeutischen Unternehmern (jeweils genügend zuschlagsfähige und wirtschaftliche Angebote vorausgesetzt, siehe dazu auch A.IV.3) und bei den Fachlosen [...] bis [...] nur mit einem pharmazeutischen Unternehmer ([...]) geschlossen (Teilexklusivität bzw. Exklusivität).“

In Abschnitt A.IV.3 („Zuschlagskriterien“) der Bewerbungsbedingungen wird unter anderem mitgeteilt, dass die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote je Gebietslos und Fachlos jeweils

anhand der sog. Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl erfolgt, die für jedes Angebot gesondert auf Grundlage der jeweils angebotenen Preisvergleichsgruppen und rabattierten Preise zu berechnen ist. Zudem heißt es dort:

„Den Zuschlag erhalten/erhält je Gebiets- und Fachlos die drei Angebote mit den höchsten Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen (Fachlose [...] bis [...]) bzw. das Angebot mit der höchsten Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl (Fachlose [...] bis [...]). Im Drei-Partner-Modell (Fachlose [...] bis [...]) erfolgt eine Zuschlagserteilung auf das zweit- bzw. drittplatzierte Angebot nur dann, wenn die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl des zweit- bzw. drittplatzierten Angebots jeweils mindestens 60 % der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl des erstplatzierten Angebots beträgt.

Beträgt die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl des drittplatzierten (jedoch nicht des zweitplatzierten) Angebots weniger als 60 % derjenigen des erstplatzierten Angebots, wird ein Zuschlag nur auf das erst- und das zweitplatzierte Angebot erteilt. Beträgt die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl sowohl des zweit- als auch des drittplatzierten Angebots jeweils weniger als 60 % derjenigen des erstplatzierten Angebots, wird ein Zuschlag nur auf das erstplatzierte Angebot erteilt.“

Die ASt gab unter anderem zum Gebietslos [...] des Fachloses Nr. [...] vor Ablauf der Angebotsfrist am 30. August 2017 fristgerecht ein Angebot ab.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 29. August 2017 rügte die ASt zum einen, dass die Wahl, ob ein Fachlos im Ein-Partner- oder Drei-Partner-Modell ausgeschrieben werde, willkürlich vorgenommen worden sei und mit dem Drei-Partner-Modell eine Wettbewerbsbeschränkung einhergehe. Zum anderen rügte die ASt die in Abschnitt A.IV.3 der Bewerbungsbedingungen vorgesehene Abstandsregelung für das Drei-Partner-Modell unter verschiedenen Aspekten (Verstoß gegen § 21 VgV, faktischer rechtsgrundloser Ausschlussgrund, Unzumutbarkeit der Kalkulation) als vergaberechtswidrig. Mit Schreiben vom 28. September 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie der Rüge nicht abhelfe.

Mit weiterem Schreiben vom 28. September 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass sie unter anderem im Gebietslos [...] des Fachloses Nr. [...] den Zuschlag erhalten soll. Aus dem Schreiben geht ebenfalls hervor, dass zu diesem Gebietslos nur zwei Zuschläge (und zwar an die ASt und die Bg) erteilt werden sollen.

Mit Schreiben vom 6. Oktober 2017 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag der Ag am 9. Oktober 2017 übermittelt.

Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sich die ASt zum einen gegen die Wahl des Drei-Partner-Modells für das streitgegenständliche Fachlos. Mit dem Drei-Partner-Modell ginge grundsätzlich eine Wettbewerbsbeschränkung einher, da nicht allein das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erhalte. Daher müsse sich der Auftraggeber und hier die Ag innerhalb seines grundsätzlich gewährten Leistungsbestimmungsrechts von sachlichen Erwägungen leiten lassen und dürfe keine willkürliche Differenzierung zwischen der Vergabe im Ein-Partner-Modell und Drei-Partner-Modell treffen. Dies gelte umso mehr, als es sich bei der Ag um ein marktbeherrschendes, jedenfalls aber marktstarkes Unternehmen im Sinne von § 20 Abs. 1 GWB handele. §§ 19, 20 GWB fänden gemäß § 69 Abs. 2 Satz 1 GWB auch auf Rechtsverhältnisse zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern wie vorliegend entsprechende Anwendung. Die ASt werde gegenüber anderen gleichartigen Unternehmen, welche in anderen Fachlosen im Ein-Partner-Modell den Zuschlag erhalten hätten, ungleich behandelt nach § 19 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB. Eine Begründung für die vorgenommene Differenzierung zwischen Ein-Partner-Modell und Drei-Partner-Modell lasse sich den Vergabeunterlagen nicht entnehmen und sei für die ASt auch nicht ersichtlich. Dies gelte insbesondere konkret für den hier streitgegenständlichen Wirkstoff. Wenn die Ag im Antwortschreiben auf die Rüge zur Begründung vortrage, dass sich die ausschreibenden Kassen entschieden hätten, bestimmte Wirkstoffe mit großen Verordnungszahlen nicht im Ein-Partner-Modell auszuschreiben, um Lieferschwierigkeiten oder Lieferausfälle zu vermeiden und damit dem Ziel der Versorgungssicherheit Rechnung zu tragen, reiche dies für eine sachliche Rechtfertigung nicht aus. Auch gehöre der Wirkstoff [...] – im Gegensatz zu anderen, im Ein-Partner-Modell ausgeschriebenen Wirkstoffen wie [...] oder [...] – nicht zu den sog. Blockbustern (Arzneimittel mit sehr großem Verordnungs- bzw. Abgabevolumen). Der Zuschlagsdestinatär im Fachlos [...] und die ASt seien ihrer Funktion und wirtschaftlichen Stellung nach durchaus miteinander vergleichbar, würden aber ungleich behandelt, indem einmal ein Exklusivzuschlag erteilt würde und im anderen Fall nicht. Zudem stelle die ebenfalls beanstandete Abstandsregelung die Begründung der Wahl des Drei-Partner-Modells wiederum in Frage, da die Ag in Kauf nehme, dass bei Eingreifen der Regelung unter Umständen doch nur ein Bieter den Zuschlag (exklusiv) erhalte. Auch könne es für das Ziel der Versorgungssicherheit keinen Unterschied machen, ob vermeintliche Blockbuster oder andere Wirkstoffe nicht lieferbar seien. Auch sei nicht belegt, dass es bei Blockbustern zu mehr Lieferausfällen komme als bei anderen Wirkstoffen.

Zum anderen wendet sich die ASt gegen die in Abschnitt A.IV.3 der Bewerbungsbedingungen vorgesehene Regelung, wonach auf Angebote mit einer Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl von weniger als 60 % derjenigen des führenden Angebots der Zuschlag nicht erteilt werden soll. Dabei handele es sich um eine Art aufschiebende Bedingung, die jedoch nach § 21 VgV nicht vorgesehen sei. Vielmehr erfolge entweder eine Vergabe im Ein-Partner-Modell nach § 21 Abs. 3 VgV oder eine Vergabe im Mehr-Partner-Modell gemäß § 21 Abs. 4 VgV mit jeweils unterschiedlichen Regelungen zum Einzelabruf; die Entscheidung des Auftraggebers sei insoweit bindend. Die fragliche Abstandsregelung stelle zudem einen faktischen und nicht durch § 57 VgV gedeckten Ausschlussgrund dar. Die Regelung des § 57 VgV sei insoweit abschließend, als danach nur solche Angebote ausgeschlossen werden dürften, die den Erfordernissen des § 53 VgV nicht genügen würden. Darunter falle die Abstandsregelung nicht. Für den Fall nicht wirtschaftlicher Angebote sei hingegen nach § 63 Abs. 1 Nr. 3 VgV die Aufhebung des Vergabeverfahrens vorgesehen und gegebenenfalls eine anschließende Vergabe im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb. Die Abstandsregelung sei zudem unzulässig als Kalkulationsvorgabe. Zunächst sei es keine Kalkulationsvorgabe im eigentlichen Sinne, da keine feststehenden Faktoren für die Preiskalkulation vorgegeben würden. Zudem sei sie intransparent. Denn als Richtwert diene das erstplatzierte Angebot, das in der Angebotsphase in keiner Weise transparent sei. Gerade Ausschlussgründe müssten jedoch vorhersehbar sein. Im Übrigen werde damit ein erheblicher Anreiz zum Spekulieren gesetzt. Nach § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV dürften Rahmenvereinbarungen jedoch nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden, die den Wettbewerb behindern, einschränken oder verfälschen.

Eine kaufmännische Kalkulation sei der ASt aufgrund des Drei-Partner-Modells in Verbindung mit der Abstandsregelung unzumutbar. Insbesondere habe die ASt bei ihrer Angebotskalkulation nicht abschätzen können, ob und wenn ja, mit wie vielen Bietern sie bei der begehrten Rahmenvereinbarung um die spätere Abgabe konkurrieren werde. Die hierdurch herbeigeführte Unsicherheit werde durch die Abstandsregelung um ein Vielfaches verstärkt, als der erstplatzierte Bieter den Maßstab für die Berücksichtigung der weiteren Angebote im Drei-Partner-Modell bestimme. Damit werde die grundsätzliche Unsicherheit über den künftigen Einzelabruf, die dem Mehr-Partner-Modell ohnehin immanent sei, bei weitem überschritten, da der erstplatzierte Bieter den Maßstab für die weiteren Angebote im Mehr-Partner-Modell bestimme. Ferner sei der Schwellenwert von 60 % nicht annähernd begründet und willkürlich festgelegt worden.

Entgegen der Auffassung der Ag sei die ASt auch nicht mit ihrem Nachprüfungsantrag präkludiert. Wenn die ASt hier eine willkürliche Wahl des Drei-Partner-Modells für das streitgegenständliche Fachlos geltend mache, handele es sich dabei um eine komplexe Rechtsfrage, die nicht ohne Weiteres beantwortet werden könne. Die Verfahrensbevollmächtigten der ASt seien hinsichtlich der vorliegenden Ausschreibung erstmals am 25. August 2017 um rechtlichen Rat gebeten worden; bereits vier Tage später sei die Rüge erfolgt. Des Weiteren sei die ASt auch antragsbefugt. Sie begehre den Zuschlag zu anderen als den gerügten Ausschreibungsbedingungen. Erst hierdurch habe sie erstmalig Aussichten auf eine Zuschlagserteilung zu vergaberechtskonformen Bedingungen. Auf die aktuelle Platzierung ihres Angebots komme es daher nicht an. Im von ihr angestrebten Ein-Partner-Modell hätte die ASt anders kalkuliert und eine Chance auf den exklusiven Zuschlag gehabt. Die unzulässige Abstandsregelung habe ihr zudem unzumutbare Kalkulationsrisiken aufgebürdet. Die ASt begehre folglich eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in das Stadium vor Angebotsabgabe und die Bezuschlagung zu anderen, nunmehr vergaberechtskonformen Bedingungen.

Der Antrag der Ag auf vorzeitige Zuschlagsgestattung sei unbegründet, da es bereits an einem hierfür dringenden Bedürfnis für die sofortige Auftragserteilung fehle. Der Rabattvertrag sei erst für den Zeitraum vom 1. April 2018 bis 31. März 2020 ausgeschrieben worden. Zudem habe die Ag etwaige Nachprüfungsverfahren in ihre Planung einkalkuliert. An einer Erfolgsaussicht würde es dem Nachprüfungsantrag im Übrigen nicht fehlen.

Die ASt beantragt:

1. Es wird entschieden, dass die ASt in ihren Rechten verletzt ist, und es werden geeignete Maßnahmen getroffen, um diese Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern.
2. Die Vergabeakte wird beigezogen und der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 165 GWB gewährt.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird für notwendig erklärt.
4. Der Ag werden die Kosten des Nachprüfungsverfahrens sowie die Kosten einer zweckentsprechenden Rechtsverfolgung gemäß §§ 182 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten auferlegt.

Zudem beantragt die ASt,

den Antrag der Ag gemäß § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB im Vergabeverfahren [...], Abl.[...] auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags für das Fachlos [...]/Gebietslos [...] zurückzuweisen.

Die Ag beantragt,

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,
4. der Ag im Vergabeverfahren [...], Abl. [...], zu gestatten, den Zuschlag für das Fachlos [...] im Gebietslos [...] nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Nach Auffassung der Ag ist der Nachprüfungsantrag der ASt schon unzulässig. Zum einen sei die ASt mit ihrem Vorbringen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Da sich die ASt im Rahmen der Ausschreibungsrunden der Ag kontinuierlich anwaltlich begleiten lasse und sich auch schon in allen möglichen Konstellationen als Zuschlagsempfängerin durchgesetzt habe, sei davon auszugehen, dass die ASt die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße durch Wahl des Drei-Partner-Modells bereits vor dem 19. August 2017 erkannt habe; damit sei die Rüge vom 29. August 2017 verspätet. Zum anderen sei die ASt nicht antragsbefugt. Denn weder durch die Wahl des Drei-Partner-Modells noch durch die Zuschlagsbeschränkung durch das 60%-Kriterium sei die ASt, da sie als zweitplatzierte Bieterin gerade den Zuschlag erhalte, beschwert. Nur wegen der Wahl des Drei-Partner-Modells erhalte die ASt trotz Zweitplatzierung überhaupt einen Zuschlag. Auch die Zuschlagsbegrenzung mithilfe des 60%-Kriteriums wirke sich für die ASt nicht nachteilig aus, da sie nicht deshalb ausgeschlossen worden sei. Vielmehr profitiere sie von der Regelung, da der Drittplatzierte deshalb ausgeschlossen worden sei und sich die ASt daher den ausgeschriebenen Bedarf im fraglichen Los nur mit dem Erstplatzierten teilen müsse. Ein Schaden drohe der ASt auch nicht wegen einer angeblichen Kalkulationsunsicherheit oder einer unter anderen Rahmenbedingungen günstigeren Kalkulationsmöglichkeit. Denn die ASt könne nicht widerlegen, dass der Wettbewerb um den Zuschlag in diesem Fall noch wesentlich schärfer ausgefallen wäre, zumal auch andere Bieter wahrscheinlich noch wirtschaftlichere Angebote abgegeben hätten, als sie dies im Drei-Partner-Modell getan hätten. Offensichtlich aufgrund des Umstands, dass ein entsprechender Schaden insgesamt nicht ersichtlich sei, formuliere die ASt

in ihren Anträgen auch kein konkretes Begehren dahingehend, wie die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße beseitigt werden sollen.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Insbesondere sei die Wahl des Drei-Partner-Modells vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Denn dies sei Teil der Bestimmung des Beschaffungsgegenstands und daher nur eingeschränkt überprüfbar. Die Vergaberechtsprechung erachte den Abschluss von Arzneimittelrabattverträgen im Mehr-Partner-Modell auch als zulässig. Entgegen der Auffassung der ASt habe der Auftraggeber keine weitergehende Rechtfertigungs- oder Darlegungspflicht, mit der die unterschiedliche Wahl zugunsten des Ein- oder Drei-Partner-Modells für bestimmte Fachlose zu begründen wäre bzw. zu beweisen wäre, dass die Wahl nicht willkürlich erfolgt sei. Vielmehr müsse die ASt einen vermeintlichen Willkürverstoß darlegen und beweisen. Unabhängig davon sei die Wahl des Drei-Partner-Modells unter anderem für das Fachlos Nr. [...] durch sachliche Erwägungen gerechtfertigt. Zur Vermeidung von Versorgungslücken aufgrund von Lieferschwierigkeiten oder sogar -ausfällen, wie sie sich für einige Arzneimittel bereits ereignet hätten, hätten sich die beteiligten Krankenkassen dazu entschieden, bestimmte Wirkstoffe mit großen Verordnungszahlen, insbesondere sog. Blockbuster, nicht im Ein-Partner-Modell auszuschreiben. Bei dem Wirkstoff [...] handle es sich um einen umsatzstarken generischen Wirkstoff. Langjährige Erfahrungen mit den bereits seit einigen Jahren im Drei-Partner-Modell und zuvor im Ein-Partner-Modell ausgeschriebenen Wirkstoffen würden die Verbesserung der Versorgungssicherheit bestätigen. Eine möglicherweise mit dem Drei-Partner-Modell einhergehende Wettbewerbsbeschränkung würde jedenfalls dadurch aufgewogen. Dem stehe auch nicht entgegen, dass durch Einführung des 60%-Kriteriums unter Umständen weniger als drei Zuschläge erteilt würden. Das verfolgte Ziel der Versorgungssicherheit werde dadurch nicht konterkariert, sondern lediglich nicht um jeden Preis verfolgt. Denn auch die Wirtschaftlichkeit der Versorgung sei ein berechtigtes und legitimes Anliegen bei der Ausschreibung von Rabattverträgen, das hinter dem Aspekt der gesteigerten Versorgungssicherheit in diesem Fall zurücktreten müsse. Beim Wirkstoff [...] komme hinzu, dass durch das Drei-Partner-Modell eine größere Sortimentsbreite in dem segmentierten Markt gewährleistet werden solle. Auch dies diene mittelbar der Versorgungssicherheit sowie auch der Gesamtwirtschaftlichkeit. Soweit die ASt sich auch auf §§ 19, 20 GWB stütze, sei schon nicht nachvollziehbar, was die Wahl des Drei-Partner-Modells mit dem angeblichen Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung zu tun haben solle; der Beschaffungsbedarf sei von jedem öffentlichen Auftraggeber – ungeachtet seiner Marktstärke – zu bestimmen.

Auch die Vorgabe in Abschnitt A.IV.3 der Bewerbungsbedingungen, wonach im Drei-Partner-Modell eine Zuschlagserteilung auf das zweit- und drittplatzierte Angebot nur erfolgt, wenn deren Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl jeweils mindestens 60 % der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl des erstplatzierten Angebots betrage, sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. In der Vergaberechtsprechung seien Kalkulationsvorgaben und die Vorgabe von Mindestrabatten grundsätzlich als zulässig anerkannt. Dies lasse sich auf die vorliegende Vorgabe einer Mindesthöhe der Gesamtwirtschaftlichkeitszahl übertragen. Auch hier werde die Kalkulationsfreiheit der Bieter eingeschränkt, um die Wirtschaftlichkeit der ausgeschriebenen Rabattverträge sicherzustellen. Es gehe auch hier in der Sache um Mindestrabatte und damit Höchstpreise, die von den ausschreibenden Krankenkassen noch als wirtschaftlich und damit zuschlagsfähig akzeptiert werden. Bei der Bestimmung der Breite des „Rabattkorridors“ hätten die beteiligten Krankenkassen sowohl das Interesse an einem möglichst wirtschaftlichen Ausschreibungsergebnis als auch das Interesse an einer Bezuschlagung von möglichst drei Angeboten angemessen berücksichtigt. Auch ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liege nicht vor. Die Zuschlagsbeschränkung sei den Bietern klar und eindeutig in den Vergabeunterlagen kommuniziert worden und sei von allen Bietern in gleicher Weise zu verstehen. Das Transparenzgebot fordere demgegenüber nicht, dass die Anzahl der abzuschließenden Rabattverträge im Mehr-Partner-Modell von vornherein feststehe. Auch müssten nicht aus Transparenzgründen feste Mindestrabattsätze gefordert werden. Die vorliegende Zuschlagsbeschränkung entspreche der Sache nach dem sog. Schwankungsbereich im Rahmen der erweiterten Richtwertmethode nach UfAB. Auch in einem solchen (zulässigen) Ausschreibungsverfahren könne ein Bieter also nicht seine Angebotskalkulation an einem von vornherein feststehenden oder auch nur berechenbaren Kriterium bzw. einer im Voraus zahlen- oder betragsmäßig festgelegten Schwelle ausrichten. Generell sei es für jeden Preiswettbewerb typisch, dass Bieter die Preise ihrer Mitbewerber nicht kennen würden, sondern allenfalls darüber spekulieren könnten. Die damit verbundene Ungewissheit sei im Ein-Partner-Modell, wo es keine Wirtschaftlichkeitsbegrenzung gebe, nicht größer als im hier geltenden Drei-Partner-Modell mit einer 60%-Zuschlagsbegrenzung. Das 60%-Kriterium solle letztlich auch Spekulationsmöglichkeiten im Drei-Partner-Modell verringern, womit im Ergebnis der Wettbewerb gestärkt werde. Ferner sei kein Verstoß gegen § 21 VgV gegeben. Dort finde sich keine Regelung, die der fraglichen Vorgabe entgegenstehe. In § 21 Abs. 3 und 4 VgV sei im Übrigen an keiner Stelle geregelt, dass von vornherein feststehen müsse, dass eine bestimmte Anzahl von Bietern mit Sicherheit den Zuschlag erhalten müsse. Auch im Lichte von § 57 Abs. 1 VgV stelle das 60%-Kriterium keinen Vergaberechtsverstoß dar; öffentliche Auftraggeber seien nicht daran gehindert, Zuschläge nur auf wirtschaftliche Angebote zu erteilen, sofern sich dies

eindeutig und bestimmt aus den Vergabeunterlagen ergebe. Eine entsprechende Einschränkung ergebe sich auch nicht aus § 58 Abs. 2 Satz 2 VgV. Dies werde auch durch die Rechtsprechung bestätigt, die Mindestrabatte zulasse, was auch bedeute, dass die Rechtsprechung die Nicht-Bezuschlagung von Angeboten zulasse, wenn der vorgegebene Mindestrabatt nicht erreicht werde.

Kalkulationsunsicherheiten würden ebenfalls nicht bestehen. Insbesondere mache das 60%-Kriterium eine Kalkulation nicht unzumutbar. Denn ein Bieter müsse auch ansonsten im Drei-Partner-Modell immer damit rechnen, dass mangels einer hinreichenden Zahl von wertungsfähigen Angeboten nicht alle drei Zuschläge erteilt werden könnten und er unter Umständen sogar einziger Vertragspartner werde. Auch bei Zuschlagung von drei Vertragspartnern könne der Bieter im Übrigen nicht mit einem bestimmten Anteil an der Arzneimittelversorgung rechnen, da dies allein vom Verordnungs- und Abgabeverhalten der Ärzte bzw. Apotheker abhängt.

Schließlich sei aus denselben Gründen, aus denen eine Antragsbefugnis zu verneinen sei, auch eine für die Begründetheit erforderliche Rechtsverletzung der ASt zu verneinen.

Der Zuschlagsgestattungsantrag nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB sei zulässig, da die entsprechenden Voraussetzungen nach § 169 Abs. 2 Satz 1 erfüllt seien, und im Übrigen auch begründet. Durch die vorzeitige Zuschlagsgestattung drohten der ASt vorliegend keine nachteiligen Folgen, da sie selbst nach der Angebotswertung für das streitgegenständliche Gebietslos [...] des Fachloses Nr. [...] einen Zuschlag erhalten solle. Die unsichere Aussicht, bei einer alternativen Gestaltung des Vergabeverfahrens einen alleinigen Zuschlag diesbezüglich zu erhalten, stelle dagegen keinen schutzwürdigen Vorteil dar, der im Rahmen der Abwägung zugunsten der ASt zu beachten sei. Ihr Nachprüfungsantrag habe im Übrigen keine Aussicht auf Erfolg. Demgegenüber hätten die Ag und die Allgemeinheit ein besonderes Interesse an der vorzeitigen Zuschlagserteilung. Andernfalls sei eine wirtschaftliche Aufgabenerfüllung der Ag gefährdet. Der Abschluss von Rabattverträgen gehöre zu den Instrumenten, die den gesetzlichen Krankenkassen für den Erhalt der Beitragsstabilität an die Hand gegeben worden seien; die Finanzierbarkeit des Systems der gesetzlichen Krankenkassen sei ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut. Die erfolgreiche Umsetzung eines Rabattvertrags bedürfe eines ausreichenden zeitlichen Vorlaufs.

Mit Beschluss vom 18. Oktober 2017 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg stellt weder Anträge noch trägt sie schriftsätzlich vor.

Die Vergabekammer hat der ASt antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 27. Oktober 2017 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 27. Oktober 2017 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 24. November 2017 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Entgegen der Auffassung der Ag ist die ASt gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Die ASt hat insbesondere ausreichend dargelegt, dass ihr infolge der geltend gemachten Vergaberechtsverletzungen ein Schaden zu entstehen droht. Dabei genügt jede Verschlechterung der Zuschlagschancen aufgrund der geltend gemachten Verstöße. Ob eine solche Verschlechterung vorliegt, ist, wenn ein Bieter – wie hier die ASt – die Ausschreibungsbedingungen an sich als vergaberechtswidrig angreift, unabhängig von der aktuellen Platzierung oder auch des Ausschlusses eines eventuell abgegebenen Angebots zu beurteilen. Denn vom Bieter und hier der ASt wird in einem solchen Fall der Zuschlag zu anderen (vergaberechtskonformen) als den als vergaberechtswidrig beanstandeten Ausschreibungsbedingungen begehrt und damit eine Zurückversetzung des Vergabeverfahrens in den Stand vor Angebotsabgabe verlangt; erst dies hätte zur Folge, dass die ASt im Anschluss – ihren Vortrag zu den Rechtsverletzungen als richtig unterstellt – überhaupt erstmalig Aussichten auf Zuschlagserteilung zu vergaberechtskonformen Bedingungen hätte (vgl. auch VK Bund, Beschluss vom 4. Oktober 2017, VK 1-99/17).

Die ASt ist zudem nicht gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Danach ist ein Vergaberechtsverstoß innerhalb von zehn Kalendertagen ab positiver Kenntnis des Verstoßes gegenüber dem Auftraggeber zu rügen. Dies hat die ASt nach dem von der ASt vorgebrachten und von der Ag nicht widerlegten Sachverhalt getan. Demnach hat die ASt erst nach Einholung von Rechtsrat bei ihren Verfahrensbevollmächtigten am 25. August 2017 in tatsächlicher und auch rechtlicher Hinsicht die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße erkannt. Die Rüge mit Schreiben vom 29. August 2017 erfolgte damit rechtzeitig. Wenn die Ag vorbringt, dass die ASt aufgrund kontinuierlicher Rechtsberatung bei der Beteiligung an Ausschreibungen von Arzneimittelrabattverträgen schon zu einem Zeitpunkt vor dem 19. August 2017 positive Kenntnis von den behaupteten Verstößen gehabt habe, so ist dies – auch wenn es nicht per se ausgeschlossen ist – in der Pauschalität des Vorbringens jedoch nicht geeignet, eine Rügepräklusion mit der Folge des Abschneidens des Rechtsschutzes für die hier im konkreten Einzelfall geltend gemachten Verstöße zu begründen.

Die Frist für die Einreichung des Nachprüfungsantrags nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB hat die ASt gewahrt.

2. Der Nachprüfungsantrag hat in der Sache jedoch keinen Erfolg. Weder die Wahl des Drei-Partner-Modells für die Vergabe des streitgegenständlichen Wirkstoffs noch die Regelung in Abschnitt A.IV.3 der Bewerbungsbedingungen, wonach zweit- und drittplatzierte Angebote den Zuschlag im Drei-Partner-Modell nur erhalten, wenn sie eine Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl von mindestens 60 % der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl des erstplatzierten Angebots aufweisen, sind vergaberechtlich zu beanstanden bzw. verletzen die ASt in ihren Rechten.
 - a) Dass die Ag für die Vergabe des Gebietsloses [...] im Fachlos Nr. [...] das Drei-Partner-Modell gewählt hat, verstößt nicht gegen Vergaberecht.

Dabei ist zunächst – was die ASt auch nicht in Zweifel zieht – festzuhalten, dass die Vergabe von Arzneimittelrabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V, worum es auch vorliegend geht, grundsätzlich im Drei-Partner-Modell erfolgen darf. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung, wie es auch die Rabattvereinbarung nach § 130a Abs. 8 SGB V ist, mit mehreren Vertragspartnern ist nach § 103 Abs. 5 Satz 1 GWB, § 21 Abs. 4 VgV ausdrücklich vorgesehen und auch an keine gesonderten Voraussetzungen (gegenüber dem Ein-Partner-Modell) geknüpft. Auch der Umstand,

dass der Einzelabruf im Falle von solchen Rabattverträgen nach den sozialrechtlichen Substitutionsregeln unter Einschluss eines Auswahlrechts des Apothekers erfolgt (letztlich verbunden mit den entsprechenden Unwägbarkeiten, die den Bietern dem Grunde nach bekannt sind), stellt keinen Verstoß gegen § 21 Abs. 4 Nr. 1 VgV (vgl. Art. 33 Abs. 4 lit. a) der Richtlinie 2014/24/EU) oder die vergaberechtlichen Grundsätze der Transparenz, Gleichbehandlung und des Wettbewerbs dar und ist den Bietern auch zumutbar (vgl. dazu ausführlich OLG Düsseldorf, Beschluss vom 24. November 2011, VII-Verg 62/11, noch zu den weitgehend inhaltsgleichen Regelungen in § 4 EG Abs. 5 lit. a) VOL/A bzw. Art. 32 Abs. 4 UAbs. 2 1. Spiegelstrich der Richtlinie 2004/18/EG). Dies schließt grundsätzlich auch die Möglichkeit mit ein, dass unter Umständen weniger als drei Zuschläge erteilt werden. Insbesondere wenn nicht mindestens genauso viele wertungsfähige Angebote vorliegen, wie Rahmenvertragspartner gesucht werden, können auch entsprechend weniger Zuschläge erteilt werden (vgl. hierzu auch den ausdrücklichen Hinweis in Abschnitt A.I.7 der Bewerbungsbedingungen). Die bisher geltende Regelung des § 4 EG Abs. 4 VOL/A (vgl. auch Art. 32 Abs. 4 UAbs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG), die im Mehr-Partner-Modell noch eine Mindestanzahl von drei Rahmenvertragspartnern vorsah, adressierte diese Konstellation entsprechend ausdrücklich.

Entgegen der Auffassung der ASt ist ein Auftraggeber und hier die Ag darüber hinaus jedoch nicht verpflichtet, das Drei-Partner-Modell nur für eine Vergabe auszuwählen, wenn er bzw. sie dafür sachliche Gründe zur Rechtfertigung anführen kann und dies auch getan hat. Eine entsprechende Pflicht ist dem Vergaberecht nicht zu entnehmen. Insbesondere enthalten diejenigen Vorschriften, die die Definition, die Voraussetzungen und die Vergabebedingungen von Rahmenvereinbarungen (und anschließenden Einzelabrufen) regeln, – dies sind § 103 Abs. 5 GWB und § 21 VgV – eine derartige Verpflichtung zur Rechtfertigung schon nicht ausdrücklich, aber auch nicht implizit. Hier wäre allenfalls an die Regelung des § 21 Abs. 1 Satz 3 VgV zu denken, wonach eine Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer Art angewendet werden darf, die den Wettbewerb behindert, einschränkt oder verfälscht. Hier ist jedoch nicht ersichtlich und auch nicht vorgetragen, inwieweit das Drei-Partner-Modell an sich (zu den Implikationen der 60%-Schwelle siehe gesondert unten b)) in der vorliegenden Ausschreibung Besonderheiten gegenüber dem von der Rechtsprechung bereits als vergaberechtskonform erachteten Drei-Partner-Modell aufweist und damit abweichend davon missbräuchlich oder wettbewerbsschädlich sein könnte.

Darüber hinaus ist im vorliegenden Einzelfall aber auch eine konkrete Diskriminierung der ASt gegenüber anderen Bietern und damit ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot nach § 97 Abs. 2 GWB, der dann gegebenenfalls rechtfertigungsbedürftig wäre, nicht zu erkennen. Denn das Diskriminierungsverbot gebietet die Gleichbehandlung von Teilnehmern „an einem Vergabeverfahren“. Dies bedeutet – so ist die Bezugnahme auf das Vergabeverfahren nach Sinn und Zweck zu verstehen –, dass für alle Teilnehmer, die sich um einen bestimmten öffentlichen Auftrag oder wie hier um eine bestimmte Rahmenvereinbarung bemühen, dieselben Vergabebedingungen in dem jeweiligen Vergabewettbewerb gelten. Dementsprechend ist auf den jeweiligen Vergabewettbewerb und hier konkret auf den Wettbewerb um das Fachlos Nr. [...] (bzw. das entsprechende Gebietslos [...]) abzustellen. Eine Ungleichbehandlung hinsichtlich der Wahl des Drei-Partner-Modells liegt hier unzweifelhaft schon deshalb nicht vor, da dieses Modell hier für alle Bieter gleichermaßen gilt. Wenn die ASt demgegenüber einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot geltend macht, stellt sie auf einen Vergleich mit anderen Fachlosen und damit anderen Vergabewettbewerben ab, in denen die Ag bei vermeintlich vergleichbaren Marktverhältnissen das Ein-Partner-Modell gewählt hat. Diese ausschreibungsübergreifende Zielrichtung ist jedoch wie bereits festgestellt vom Gleichbehandlungsgebot nicht abgedeckt; für eine entsprechende Grenze des dem Grunde nach unbeschränkten Leistungsbestimmungsrechts ist auch kein anderer Rechtsgedanke ersichtlich. Insbesondere gibt das Missbrauchsverbot nach §§ 19, 20 GWB – die Frage der Adressatenstellung der Ag einmal dahingestellt – auf Grundlage des Vorbringens der ASt ebenfalls nichts dazu her.

- b) Soweit die ASt sich gegen die Regelung in den Vergabeunterlagen wendet, wonach im streitgegenständlichen Los ein Zuschlag auf ein zweitplatziertes und ein drittplatziertes Angebot nur dann erteilt werden soll, wenn diese Angebote mit einer Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl von mindestens 60 % der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl des erstplatzierten Angebots bewertet wurden (vgl. Abschnitt A.IV.3 der Bewerbungsbedingungen), ist hier kein Verstoß gegen Vergaberecht bzw. jedenfalls keine Verletzung der ASt in ihren Rechten zu erkennen.

Soweit die ASt geltend macht, dass mit der fraglichen Abstandsregelung ein zusätzlicher faktischer Ausschlussgrund geschaffen werde, für den es jedoch keine Rechtsgrundlage

gebe und der daher unzulässig sei, ist die ASt schon nicht in ihren Rechten verletzt. Denn die ASt ist mit ihrem Angebot gerade nicht aufgrund der 60%-Schwelle ausgeschlossen worden und daher von einem solchen Ausschlussgrund vorliegend gerade nicht in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt.

Soweit die Abstandsregelung dazu führen kann und im vorliegenden Fall auch dazu geführt hat, dass weniger Zuschläge erteilt werden, als nach den Vergabeunterlagen beabsichtigt war, ist darin für sich genommen kein Vergaberechtsverstoß zu erkennen. Unter Hinweis auf die unterschiedlichen Regelungen in § 21 Abs. 3 und 4 VgV macht die ASt letztlich geltend, dass ein Auftraggeber sich im Vorhinein auf eine bestimmte Anzahl von Zuschlägen festlegen müsse, von der keinesfalls abgewichen werden dürfe. Dass dieser Grundsatz so nicht gelten kann, ergibt sich schon aus dem Umstand, dass bei Fehlen einer entsprechenden Anzahl wertungsfähiger Angebote sehr wohl die Zuschläge auf die verbleibenden Angebote erteilt werden können (jedenfalls, wenn dies entsprechend transparent wie vorliegend aus den Vergabeunterlagen hervorgeht). Dies ergibt sich ausdrücklich – wie oben unter a) gesehen – aus der bisherigen Rechtslage, in der im Mehr-Partner-Modell mindestens drei Vertragspartner vorgeschrieben waren. Dabei kann aus dem nun erfolgten Wegfall einer gesetzlich vorgeschriebenen Mindestanzahl von Zuschlägen nicht geschlossen werden, dass neuerdings auch ausgeschlossen sein soll, überhaupt Zuschläge (und zwar genau in der beabsichtigten und vorab festgelegten Anzahl) zu erteilen, wenn nicht genügend zuschlagsfähige Angebote vorliegen. Dazu hätte es vielmehr einer ausdrücklichen Regelung bedurft. Wenn man die fragliche Abstandsregelung nun als Ausschlusskriterium (im Gegensatz zu Bewertungskriterien) im Rahmen der Wirtschaftlichkeitswertung begreift (wofür vieles spricht), bedeutet dies noch nicht einmal eine Erweiterung der fraglichen Fallgruppe. In jedem Fall muss ein Bieter im Drei-Partner-Modell immer damit rechnen und kalkulieren, dass aus Gründen, die allein in der Sphäre der Wettbewerber liegen (wie formale Fehler im Angebot, fehlende Eignung usw.) und daher – wenn überhaupt – nur begrenzt vorhersehbar sind, weniger als drei Zuschläge erteilt werden können. Inwieweit mit der Abstandsregelung in Bezug auf die Anzahl der Vertragspartner nun grundsätzlich zusätzliche Unsicherheiten – auch mit Blick auf die Kalkulation – (für die ASt) einhergehen, vermag die Vergabekammer nicht zu erkennen. Insoweit ist auch eine Rechtsverletzung der ASt hier nicht erkennbar.

Wie die ASt selbst vorträgt, handelt es sich bei der Abstandsregelung auch nicht um eine Vorgabe für die Angebotskalkulation, die damit auch keine vergaberechtlich unzulässige Kalkulationsvorgabe darstellen kann. Vielmehr handelt es sich um eine Ausgestaltung der Wirtschaftlichkeitsbewertung und damit der Bestimmung der wirtschaftlichsten Angebote. Hier hat der Auftraggeber und hier die Ag vor allem die Vorgaben des § 127 GWB einzuhalten und ist ansonsten dem Grunde nach weitgehend ungebunden. Ein Verstoß gegen diese Vorgaben oder die Grenzen des insoweit bestehenden Bestimmungsrechts des Auftraggebers ist vorliegend jedoch nicht erkennbar. Da die fragliche Regelung hier mit der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl letztlich an den Preis für die zu beschaffenden Arzneimittel anknüpft, ist insbesondere eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand im Sinne von § 127 Abs. 3 GWB ohne Weiteres gegeben. Wenn die ASt eine Intransparenz der Regelung und eine Unzumutbarkeit der Kalkulation geltend macht, stellt sie dabei auf den Umstand ab, dass das Eingreifen der Abstandsregelung von dem Angebotspreis des erstplatzierten Angebots abhängt und damit der konkrete Maßstab erst im Nachhinein – nach Angebotsabgabe – betragsmäßig feststeht. Im Rahmen eines Preiswettbewerbs – und einem solchen sind die Bieter letztlich auch im Rahmen der fraglichen Abstandsregelung ausgesetzt – ist es jedoch die Regel, dass im Vorhinein gerade keine Transparenz dahingehend besteht, mit welchem Preis der erste (Preis-)Rang oder nachfolgende (Preis-)Ränge belegt werden können, sondern es handelt sich um einen relativen, vergleichenden Wettbewerb zwischen den Bietern. Dies ist von den Bietern hinzunehmen. Soweit die ASt darüber hinaus dahingehend zu verstehen sein sollte, dass sie mehr Transparenz – etwa durch eine betragsmäßig festgesetzte Schwelle – fordert, um nicht für eine sichere Zuschlagserteilung (diese hat sie ja erlangt und ist insoweit nicht beschwert), sondern für ihre eigenen Belange optimaler (etwa mit Blick auf eine Gewinnerwartung) kalkulieren zu können, so ist dies nicht Schutzzweck des Vergaberechts. Im Hinblick auf Kalkulationsunsicherheiten bzw. eine mögliche Unzumutbarkeit werden Bieter lediglich davor geschützt, auf kaufmännisch unvernünftiger und damit unzumutbarer Basis kalkulieren zu müssen, die sich typischerweise aus einer Verlagerung vertragstypischer Risiken ergibt (vgl. etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Mai 2016, VII-Verg 2/15). Eine solche unzumutbare Risikoverlagerung ist hier nicht erkennbar.

3. Der Antrag der Ag auf vorzeitige Gestattung des Zuschlags nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB ist abzulehnen.

Nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB kann die Vergabekammer auf Antrag – hier von der Ag gestellt – entscheiden, dem Auftraggeber den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der entsprechenden Entscheidung zu gestatten. Voraussetzung dafür ist, dass die nach § 169 Abs. 2 Satz 1 bis 4 GWB vorzunehmende Interessenabwägung in dem Sinne ausfällt, dass die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der Abwägung hat die Vergabekammer alle möglicherweise geschädigten Interessen sowie das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zu berücksichtigen. Dabei sind auch die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Zuschlag zu erhalten, zu berücksichtigen, nicht jedoch in jedem Fall die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags.

Nach diesem Maßstab führt eine Abwägung aller einzustellenden Interessen im vorliegenden Fall dazu, dass mögliche Nachteile eines Zuschlags erst nach Abschluss jedenfalls des erstinstanzlichen Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer die Vorteile der Aufrechterhaltung des Zuschlagsverbots nicht überwiegen. Dabei ist insbesondere zu berücksichtigen, dass der Vertragsbeginn des streitgegenständlichen Rabattvertrags erst für den 1. April 2018 vorgesehen ist, so dass selbst unter Beachtung von möglichen Rüstzeiten im Vorfeld noch ausreichend Zeit nach Abschluss des Kammerverfahrens zur Verfügung steht und der Vertragsbeginn nicht per se gefährdet ist. Im Übrigen wäre eine (wenn auch möglicherweise nicht wirtschaftliche) Versorgung der Versicherten auch im vertragslosen Zustand nicht gefährdet, da trotz allem die entsprechenden Arzneimittel zu Lasten der Ag abgegeben werden dürften. Da es sich hier um ein vergleichsweise weniger umfangreiches Beschaffungsvolumen im Vergleich zu anderen Losen handelt – wie die Ag selbst vorträgt – ist auch dem Interesse an einer wirtschaftlichen Beschaffung vorliegend nicht derart hohe Bedeutung zuzumessen, dass eine Zuschlagsgestattung in jedem Fall zu gewähren wäre. Demgegenüber bedeutet eine Zuschlagsgestattung, dass die ASt ihren Primärrechtsschutz verliert und damit eine fundamentale Beeinträchtigung ihrer Interessen sowie auch des allgemeinen Interesses an einem effektiven Rechtsschutz im Vergaberecht einhergeht. Diesen Interessen ist vorliegend – unabhängig von den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags – daher der Vorrang zu geben und eine Zuschlagsgestattung abzulehnen.

III.

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

Die ASt trifft dabei ein erhebliches – mit neun Zehnteln zu bewertendes – Unterliegen, da sie mit ihrem Antrag in der Hauptsache unterliegt, während die Ag die Kosten zu tragen hat, soweit sie mit ihrem Antrag auf Zuschlagsgestattung nach § 169 Abs. 2 GWB unterliegt.

Es entspricht nicht der Billigkeit nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB, der ASt – soweit sie unterliegt – die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Denn die Bg hat weder eigene Sachanträge gestellt und noch sich anderweitig aktiv am Nachprüfungsverfahren beteiligt. Aufgrund derselben Erwägungen ist die Bg auch nicht an den Kosten zu beteiligen, soweit die ASt obsiegt (vgl. zum Ganzen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12; Beschluss vom 15. Februar 2012, VII-Verg 85/11).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt sowie die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich unter anderem Rechtsfragen zu den Grenzen des Leistungsbestimmungsrechts und zur rechtlichen Einordnung von bestimmten Ausschreibungsbedingungen sowie auch zur vorzeitigen Zuschlagsgestattung, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

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.

Soweit die Vergabekammer den Zuschlag nicht gestattet hat, ist der Antrag beim Beschwerdegericht zulässig, den sofortigen Zuschlag zu gestatten (§ 169 Abs. 2 Satz 6 GWB). Er ist schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sowie der Grund für die Eilbedürftigkeit sind glaubhaft zu machen (§ 169 Abs. 2 Satz 7 i.V.m. § 176 Abs. 2 Satz 1 und 2 GWB).

Der Vorsitzende Behrens ist wegen Ortsabwesenheit an der Unterschriftsleistung gehindert.

Ohlerich

Ohlerich