



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 31/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...]

- Antragsgegner zu 2) -

[...]

- Antragsgegner zu 3) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 4) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 5) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 6) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 2) -

[...]

- Beigeladene zu 3) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 4) -

[...]

- Beigeladene zu 5) -

[...]

- Beigeladene zu 6) -

[...]

- Beigeladene zu 7) -

[...]

[...]

- Beigeladene zu 8) -

[...]

- Beigeladene zu 9) -

[...]

- Beigeladene zu 10) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 11) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 12) -

wegen der Vergabe „*Open-House-Verfahren Kontrastmittel für die [...]*“; EU-Bekanntmachung [...], in den Fachgruppen C, H und K, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, den hauptamtlichen Beisitzer

Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Stertz auf die mündliche Verhandlung vom 17. April 2018 am 7. Mai 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen.
3. Die Beigeladenen tragen die ihnen entstandenen Aufwendungen selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag) kündigten mit Bekanntmachung vom [...] im Amtsblatt der Europäischen Union den geplanten Abschluss von nicht-exklusiven Vereinbarungen zu verschiedenen Kontrastmittelwirkstoffen im Rahmen eines Open-House-Verfahrens an (EU-Bekanntmachung [...]). Dabei wurden mehrere Kontrastmittel wirkstoffübergreifend aufgrund vergleichbarer Indikationen in acht Fachgruppen zusammengefasst.

Kontrastmittel sind Arzneimittel im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 2 Arzneimittelgesetz (AMG). Sie sind gemäß § 47 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 lit. d) AMG nicht an den Bezugsweg über öffentliche Apotheken gebunden. Der von den Ag mittels des Open-House-Verfahrens zu deckende Bedarf ist auf die Lieferung von Kontrastmitteln für den „Sprechstundenbedarf“ radiologisch tätiger Vertragsarztpraxen mit Sitz im Gebiet der Kassenärztlichen Vereinigung KV[...] gerichtet (vgl. Vermerk zur Durchführung des Verfahrens vom 22. Dezember 2017 – nachfolgend „Durchführungsvermerk“, [...] der Vergabeakte). Der Bezug von Kontrastmitteln durch die radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen wird durch die Sprechstundenbedarfsvereinigung der KV[...] (nachfolgend SSBV) geregelt. Der Bedarf von Krankenhäusern ist hiervon ausdrücklich ausgenommen (Durchführungsvermerk, S. [...]f.).

Nach § 3 Abs. 3 SSBV erfolgt die Verordnung auf einem – erforderlichenfalls mehreren – Arzneimittelverordnungsblättern (Muster 16) (vgl. auch § 1 Abs. 4 der Vereinbarung über Kontrastmittel (Open-House-Verfahren für die KV-Region [...]) – nachfolgend „Open-House-Vertrag“). Nach Anlage 2 zur SSBV sind Kontrastmittel von den Vertragsärzten zu Lasten der Ag anzufordern.

Die Ag verwendeten zur Bekanntmachung des Open-House-Verfahrens, in Ermangelung eines spezifischen Formulars, das für Lieferverträge im offenen Verfahren vorgesehene Bekanntmachungsformular. Dass hiermit die geplante Durchführung eines Open-House-Verfahrens bekannt gemacht werden sollte, wurde von den Ag in mehreren Abschnitten des Formulars (u. a. in Ziffer II.1.1 „*Bezeichnung des Auftrags*“, Ziffer II.1.4 „*Kurze Beschreibung*“ und Ziffer VI.3 „*Zusätzliche Angaben*“) ausgeführt. Unter Ziffer VI.3 Nummer 1 heißt es:

„Unter Vorgabe einheitlicher Vertragskonditionen sowie eines einheitlichen Zugangsverfahrens wird allen geeigneten und interessierten Unternehmen oder Gemeinschaften interessierter Unternehmen der jederzeitige Abschluss eines Vertrages angeboten. [...] Jedes Unternehmen, das die Teilnahmebedingungen (s.u. III.) erfüllt sowie die vorgegebenen Vertragsinhalte (jeweils fachgruppenbezogen) akzeptiert und dies jeweils durch Unterzeichnung der Erklärungen und des Vertrages dokumentiert, kann dem Vertrag beitreten. Eine Exklusivität ist nicht gegeben. Der Beitritt bzw. der Vertragsabschluss kann jederzeit und zu den gleichen Bedingungen erfolgen. Individuelle Verhandlungen werden nicht geführt; es gelten einheitliche Konditionen („Pauschalenmodell“). Die vorgegebenen Preise (Pauschalen) sind zu akzeptieren. Der früheste Vertragsbeginn ist der 01.02.2018. Davon ausgehend beträgt die Vertragslaufzeit maximal 24 Monate. Der Vertrag endet spätestens am 31.01.2010, unabhängig vom Datum des Vertragsschlusses.“

Weiter heißt es unter Nummer 3: *„Bei der vorliegenden Veröffentlichung handelt es sich nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne der Vergabekoordinierungs-Richtlinie 2014/24/EU [...] bzw. des Vergaberechts. Um ein weitest gehendes Maß an Transparenz für die beabsichtigten Vertragsabschlüsse zu gewährleisten, erfolgt die Veröffentlichung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union. In Ermangelung eines entsprechenden Veröffentlichungsformulars wird die Auftragsbekanntmachung genutzt. Die daraus resultierenden begrifflichen Vorgaben, wie bspw die Verfahrensbezeichnung „offenes Verfahren“ sind einzig der Nutzung dieses Bekanntmachungsformulars und der Veröffentlichungsplattform geschuldet. Eine weitergehende Bedeutung, insbesondere eine Unterwerfung unter vergaberechtliche Regelungen, soweit sie nicht direkt aus dem AEUV und aus der Rechtsprechung des EuGH zu open house- bzw. Zulassungs-Modellen folgen, ist damit nicht verbunden. [...] Eine Bekanntgabe der vergebenen Aufträge erfolgt ausschließlich auf der Internetseite [...]“*

Für die verfahrensgegenständlichen Fachgruppen C, H und K wurde jeweils unter Ziffer II.2.4 der Bekanntmachung vermerkt: *„Darreichungsform: alle zugelassenen Darreichungsformen eines Wirkstoffs müssen angeboten werden. Konzentrationen: [...] alle Konzentrationen eines Wirkstoffes müssen angeboten werden. Packungsgröße: alle zugelassenen Packungsgrößen eines Wirkstoffes müssen angeboten werden.“* Für die Fachgruppen C und H wurde im Einzelnen spezifiziert, dass die Konzentrationen *„1. 300 mg/ml 2. >350 mg/ml – 370 mg/ml“* (für Fachgruppe C) sowie *„1. 270 mg/ml 2. 320 mg/ml“* (für Fachgruppe H) angeboten werden müssen.

In § 1 Abs. 2 Open-House Vertrag heißt es: *„Bei Vertragsunterzeichnung werden alle in Vertrieb befindlichen Präparate des Vertragspartners einer Fachgruppe Bestandteil des Vertrages. Dies gilt für alle Darreichungsformen, Packungsgrößen und Konzentrationen eines Kontrastmittels sowie darüber hinaus für alle Wirkstoffe, die der jeweiligen Fachgruppe zugeordnet sind. Ein Vertragspartner muss somit sein gesamtes Sortiment anbieten;“*

Zur Bildung der acht Fachgruppen heißt es im Durchführungsvermerk, dass in diesen Fachgruppen diejenigen Wirkstoffe zusammen gefasst wurden, die für die gleichen Indikationen zugelassen sind und aus pharmakologischer Sicht vergleichbare therapeutische Eigenschaften aufweisen: *„Entscheidend für das wirkstoffübergreifende Open House Verfahren ist die zugrunde liegende Vergleichbarkeit und Austauschbarkeit der jeweils einer Fachgruppe zugeordneten Kontrastmittel. Durch die gewählte Verfahrensgestaltung werden untereinander austauschbare Produkte in den Wettbewerb gestellt. Der Arzt hat damit bei der Verordnung und Bestellung von Kontrastmitteln die grundsätzliche Verpflichtung, den wirtschaftlichen Bezugsweg, durch Auswahl eines Vertragsproduktes aus der jeweiligen Fachgruppe, auszuwählen. Ziel ist es, in jeder Fachgruppe eine hohe Anzahl von Kontrastmittel-Verträgen zu schließen. Dies versetzt den Verordner in die Lage, unter mehreren wirtschaftlichen Vertragsprodukten auswählen zu können. Zu Wahl einer der wirtschaftlichen Bezugsquellen ist der Vertragsarzt aufgrund des Wirtschaftlichkeitsgebots grundsätzlich verpflichtet.“* (Durchführungsvermerk, S. 4f.).

Weiter heißt es im Durchführungsvermerk zur Lieferantenauswahl: *„Soweit in einer Fachgruppe ein Vertrag vorliegt, besteht bei der Verordnung von Sprechstundenbedarf durch den radiologisch tätigen Vertragsarzt grundsätzlich die Verpflichtung den wirtschaftlich günstigen Bezugsweg zu wählen und damit das wirtschaftlichste Vertragsprodukt (bei Vorliegen eines Vertrages oder ein wirtschaftliches (bei Vorliegen mehreren Verträgen) aus der Fachgruppe zu verordnen. [...] Die [...] wird selbst – entsprechend der Regelung in den SSB-*

Vereinbarungen – keine Substitution im Hinblick auf Wirkstoffe innerhalb einer Fachgruppe vornehmen.“ (Durchführungsvermerk, S. 6).

Als einheitlicher Vertragspreis gaben die Ag für die verfahrensgegenständlichen Fachgruppen C und H einen Preis von [...] Euro/ml und u.a für die Fachgruppe K von [...] Euro/ml an (Durchführungsvermerk, S. 16f.). Zur Begründung dieser Preisfestsetzung wird weiter ausgeführt, dass dieser *„grundsätzlich die Pauschalenmodelle der KV Regionen [...],[...] zu Grunde“* liegen (Durchführungsvermerk, S. 17).

Hinsichtlich der Preisgestaltung in der Fachgruppe H, die ausschließlich das Kontrastmittel [...]® der ASt enthält, wird ergänzend ausgeführt, dass hierfür das Pauschalenmodell in [...] als Grundlage gewählt wurde, das keine höhere Vergütung für das Kontrastmittel [...] gewährt, als für die anderen, in Fachgruppe C zusammen gefassten Kontrastmittel für Röntgen- und CT-Anwendungen. Weiter heißt es:

„Bei dem Wirkstoff [...]ist grundsätzlich die Einteilung in eine gesonderte Fachgruppe notwendig, da es sich bei [...] um das einzig derzeit in Deutschland zugelassene isoosmolare dimere iodhaltige Kontrastmittel handelt. Das bedeutet, es hat geringfügig andere physikochemische Eigenschaften als die anderen iodhaltigen niedrigosmolaren Kontrastmittel (beispielsweise aus Fachgruppe C). Das führt jedoch nicht zu unterschiedlichen Anwendungsgebieten bzw. unterschiedlichen zugelassenen Indikationen, diese stimmen mit den Indikationen der Kontrastmittel aus Fachgruppe C überein.“ (Durchführungsvermerk, S. 17).

Weiter wird ausgeführt, dass sich [...] im Nebenwirkungsprofil unterscheidet, aber bislang nicht geklärt sei, ob dieses besser verträglich sei und es von den aktuellen ESUR-Leitlinien gleichermaßen empfohlen werde. Hierzu heißt es: *„Deshalb ist zwar die Einteilung in eine eigene Fachgruppe (H) notwendig, da das Kontrastmittel jedoch nicht qualitativ besser ist, sondern (nur) anders, ist ein höherer Vertragspreis nicht gerechtfertigt, da keine besonderen Nebenwirkungen gegeben sind.“* (Durchführungsvermerk, S. 18).

Durch § 3 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 2 Open-House-Vertrag wird festgelegt: *„Senkt der Hersteller den ApU (Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers [EUR]) für ein Kontrastmittel nach Anhang 1 unter den Vertragspreis [...], gilt für dieses Kontrastmittel im Verhältnis der Vertragspartner anstelle des Vertragspreises [...] der ApU.“*

Der Abruf der Leistung wird durch § 2 Abs. 1 des Open-House-Vertrages unter Verweis auf die SSBV folgendermaßen geregelt: *„Ein Abruf der [vertragsgegenständlichen] Produkte*

erfolgt nur, wenn eine Bestellung durch einen der radiologisch tätigen Vertragsärzte in Brandenburg vorliegt. Die Auswahl des Kontrastmittels (Wirkstoff, Darreichungsform, Konzentration und Packungsgröße) obliegt ausschließlich dem Vertragsarzt; die [Ag zu 1.] wird lediglich entsprechend den vertraglich normierten Grundsätzen (vgl. insb. Absatz 2) den Lieferanten dafür auswählen. Ein wirkstoffübergreifender Austausch innerhalb der Fachgruppen wird durch die [Ag zu 1.] nicht vorgenommen.“

In § 2 Abs. 2 des Open-House-Vertrages wird festgelegt, dass die Auswahl unter mehreren Vertragspartnern in einer Fachgruppe zur Bedienung einer eingehenden Bestellung nach der Reihenfolge des Vertragsschlusses erfolgen soll. Weiter heißt es: *„Ist der Vertragspartner, der als nächster an der Reihe wäre, nicht in Bezug auf die gesamte Bestellung (alle Positionen pro Muster-16-Beleg) lieferfähig, wird die Bestellung bei dem nächsten Vertragspartner ausgelöst. Der „übersprungene“ Vertragspartner wird bei der nächsten Bestellung berücksichtigt, die er vollumfänglich beliefern kann.“* Bei mehreren Bestellungen am selben Tag entscheidet das Los (vgl. auch die Anlage 2 zu den Verfahrensunterlagen, S. 2).

In der Angebotsaufforderung (Anlage 2 zu den Verfahrensunterlagen) wird auf Seite 2 weiter ausgeführt: *„dass nur Kontrastmittel mit identischer Handelsbezeichnung (aber z.B. in verschiedenen Packungsgrößen) auf einem Muster-16 Beleg zusammengefasst werden. Sofern doch eine „Misch-Verordnung“ (d.h. Kontrastmittel mit unterschiedlichen Handelsbezeichnungen auf einem Beleg) vorgenommen wird, fordert die [...] neue Verordnungen beim Arzt an. Für das vorliegende Verfahren bedeutet dies, dass keine „Fachgruppen-übergreifenden“ Verordnungen vorkommen können.“*

Die Antragstellerin (ASt) ließ sich am 11. Januar 2018 für das Beschaffungsverfahren freischalten. Am 7. Februar 2018 forderte sie die für das Beschaffungsverfahren erforderlichen Unterlagen von den Ag an.

Mit Schreiben vom 28. Februar 2018 rügte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten das Beschaffungsverfahren als rechtswidrig. Bereits die Wahl des Open-House-Modells sei unzulässig. Die Beschaffung von Kontrastmitteln erfordere einen ausschreibungspflichtigen öffentlichen Auftrag i.S.d. EU-Vergaberechts und die Ausschreibungsweise genüge nicht den vom EuGH geforderten Transparenzanforderungen. Weiterhin sei es unzumutbar und intransparent den Vergütungspreis einheitlich festzusetzen und den Anbietern so aufzuzwingen. Die Zulassungsbedingungen enthielten diskriminierende Bedingungen und Preise im Falle der Senkung der ApU durch einen Vertragspartner. Die Vergütungshöhe sowie

die Zusammenfassung von Kontrastmitteln unterschiedlicher Konzentration seien unzumutbar und wirkten diskriminierend. Im Übrigen enthielte der Open-House-Vertrag unangemessene Vertragsbestimmungen, die einer AGB-Kontrolle nicht standhielten.

Am [...] 2018 veröffentlichten die Ag auf der in der EU-Bekanntmachung (Ziffer VI.3 unter Nr. 3) genannten Internetseite eine Übersicht der Vertragspartner für Kontrastmittel für die KV Region [...] unterteilt in 14 Fachgruppen – darunter auch die acht in der EU-Bekanntmachung genannten Fachgruppen.

Darin wurden in den verfahrensgegenständlichen Fachgruppen C und K jeweils 10 Vertragspartner aufgeführt. Auch in der Fachgruppe H wurde mit der Beigeladenen (Bg) zu 9) ein Vertragspartner aufgeführt. Dieser Vertrag wurde zwischenzeitlich während des laufenden Nachprüfungsverfahrens durch die Bg zu 9) mit Schreiben vom 9. April 2018 gegenüber den Ag außerordentlich aus wichtigem Grund mit sofortiger Wirkung gekündigt. Zur Begründung gab die Bg zu 9) an, dass sie „*durch den Hersteller nicht mehr in die Lage versetzt*“ sei, ihre „*Vertragsverpflichtungen aufrecht zu erhalten*“.

Mit Schreiben vom 7. März 2018 wiesen die Ag die Rügen der ASt vollumfänglich zurück.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 19. März 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag macht die ASt geltend, dass die Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Open-House-Verfahren im vorliegenden Fall nicht erfüllt seien. Die Ag hätten gegen die Informations- und Wartepflichten i.S.d. § 135 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 134 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verstoßen und eine unzulässige Direktvergabe i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorgenommen. Die ASt beanstandet im Einzelnen, dass

- die Ermittlung der vorgegebenen Vertragspreise – insbesondere die Orientierung an den „*Pauschalen-Modellen*“ anderer KV-Regionen ohne vorherige Markterkundung gegen den Transparenzgrundsatz verstoße;
- die Festsetzung derselben Vertragspreise in unterschiedlichen Fachgruppen das Gleichbehandlungsgebot verletze und den Besonderheiten der jeweiligen Fachgruppen nicht Rechnung trage;

- es unzumutbar sei, den Anbietern einen einheitlichen absolut definierten Vergütungspreis für unterschiedliche Kontrastmittel aufzuzwingen, weil dies zu unterschiedlichen Rabattsätzen ausgehend vom jeweiligen ApU des Herstellers führe und dies unangemessen niedrige, nicht mehr auskömmliche Vergütungen zur Folge habe;
- der festgesetzte Einheitspreis in der Fachgruppe H zu niedrig sei und die ASt als einzige Originalherstellerin des Kontrastmittels [...] diskriminiere und die Ag sich in unzulässiger Weise an den Preisen des Pauschalen-Modells in der KV-Region [...], nicht aber an den höheren Pauschalen in den KV-Regionen [...] orientiert hätten;
- die Ag, entgegen der Vorgabe für eine vergaberechtsfreies Open-House-Zulassungsverfahren, im vorliegenden Beschaffungsverfahren eine faktische Auswahlentscheidung getroffen habe;
- das „*rollierende System*“ der Lieferantenauswahl bei mehreren Vertragspartnern in einer Fachgruppe aufgrund der Verwaltungspraxis, mehrere Kontrastmittel verschiedener Hersteller auf einer Muster-16-Verordnung („*Misch-Verordnung*“) zu bestellen, zu einer Bevorzugung von (Groß-)Händlern und entsprechenden Diskriminierung von Herstellerunternehmen führe. Die Bemühungen der Ag in der KV[...], die Ärzte anzuhalten, auf einer Muster-16-Verordnung nur Produkte eines Herstellers aufzuführen, sei mangels durchsetzbaren Anspruches der Ag und entsprechender Regelung in der SSBV nicht geeignet, die Diskriminierung von Herstellern zu verhindern;
- ungleiche und diskriminierende Bedingungen und Preise für den Fall gelten würden, dass ein Hersteller den ApU unter den vertraglichen Einheitspreis absenkt. Eine solche Klausel sei mit einem Open-House-Zulassungsverfahren unvereinbar. Vielmehr seien einheitliche Vertragsbedingungen und die Vorgabe einheitlicher Preise erforderlich;
- die Anforderung eines verpflichtenden Angebots des gesamten im Vertrieb befindlichen Sortiments einer Fachgruppe zu einer Diskriminierung einzelner Vertragspartner („*exemplarisch*“ für einen Händler dargelegt) führe, die gegebenenfalls Teile ihres (Großhandels-)Sortiments unter Einstandskosten anbieten müssten;
- die einheitliche Vergütung von Kontrastmitteln unterschiedlicher Konzentration gegen die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf verstoße;
- es nicht den Transparenzanforderungen genüge, dass es bis Anfang März an der erforderlichen Bekanntgabe und regelmäßigen Aktualisierung der beteiligten Vertragspartner und den von diesen angebotenen Produkten gefehlt habe;

- der Open-House-Vertrag unangemessene und einseitige Vertragsbestimmungen enthalte, die einer AGB-Kontrolle gemäß § 307 Abs. 1 BGB nicht stand hielten und den Beitritt zum Vertrag behinderten.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten zuletzt:

1. Die Einleitung eines Vergabenaachprüfungsverfahrens gemäß § 160 ff. GWB;
2. den Ag zu untersagen, nicht exklusive Rabattverträge zu verschiedenen Kontrastmittelwirkstoffen für die KV-Region [...] im Rahmen des wirkstoffübergreifenden Open-House-Verfahrens mit EU-Bekanntmachung Nr. [...] vom [...] 2017 in den Fachgruppen C, H, K abzuschließen, und den Ag aufzugeben, das bekannt gemachte Open-House-Verfahren insgesamt aufzuheben;
3. gemäß § 135 Abs. 1 GWB festzustellen, dass Rabattverträge, die die Ag vor Übermittlung des Nachprüfungsantrags mit pharmazeutischen Unternehmen im Rahmen des laufenden Beschaffungsverfahrens in den Fachgruppen C, H, K abgeschlossen haben, von Anfang an unwirksam sind;
4. den Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das vorgenannte Beschaffungsverfahren in den Stand vor der EU-Bekanntmachung zurückzusetzen und den Beschaffungsbedarf (Kontrastmittel in den Fachgruppen C, H und K) auf ordnungsgemäße Weise (in Form eines EU-weiten Vergabeverfahrens oder als ordnungsgemäß ausgestaltetes Open-House-Verfahren) auszuschreiben;
5. der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren;
6. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären;
7. den Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens – einschließlich der außergerichtlichen Kosten der ASt – aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

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 machen geltend, dass der Nachprüfungsantrag unzulässig sei. Im Einzelnen tragen sie vor, dass

- keine Verletzung des Transparenzgebots im Hinblick auf Bekanntmachungspflichten vorliege, sondern die Ag den Transparenzanforderungen durch die Bekanntmachung im Amtsblatt der EU genügt hätten. Darüber hinausgehende Anforderungen an die ex-post-Transparenz habe der EuGH für Open-House-Verfahren nicht aufgestellt. Im Übrigen hätten die Ag die Liste der Vertragspartner pro Fachgruppe und eine Liste der wirtschaftlichen Kontrastmittel bekannt gemacht und aktualisierten diese monatlich;
- die Festsetzung fachgruppeneinheitlicher Vertragspreise rechtmäßig und die Kalkulation von Durchschnittspreisen zulässig sei. Eine weitergehende Verpflichtung aus dem Transparenzgebot, die den Vertragspreisen zugrunde liegende Kalkulation bekanntzumachen, gebe es nicht;
- die Ag keine unzumutbar niedrigen Vertragspreise festgelegt hätten, dass diese durch das Bestimmungsrecht der Ag gedeckt seien und die ASt nicht die Berücksichtigung ihrer Preispolitik durch Vorgabe einheitlicher Rabattsätze auf die jeweiligen ApU der Hersteller fordern könnten;
- es auch im Fach H für das Kontrastmittel [...] der ASt keine diskriminierende Preisvorgabe zu Lasten der ASt gebe. Das Produkt sei sowohl im Rahmen des Open-House-Modells in der KV-Region [...] in mehreren Fällen als auch in der KV[...] in bislang zwei Fällen zu einem vergleichbaren bzw. in der KV[...] zum Vertragspreis lieferbar gewesen.
- es in der Verwaltungspraxis zwischen den Ag und den verordnenden Ärzten in der KV[...] zu keiner Benachteiligung der Hersteller im Rahmen des Zuteilungssystems (§ 2 Abs. 2 des Open-House-Vertrags) aufgrund von Misch-Verordnungen auf dem Muster-16-Verordnungsblatt kommen könne und dies in den Vergabeunterlagen klar gestellt worden sei (Anlage 2 zu den Verfahrensunterlagen, S. 2). Vielmehr würde im Falle einer Misch-Verordnung diese an den verordnenden Arzt zurück gesandt und dieser angehalten, ausschließlich Kontrastmittel eines Herstellers auf einem Muster-16-Verordnungsblatt zu bestellen. Ein entsprechender durchsetzbarer Anspruch folge aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V;
- keine ungleichen, die ASt diskriminierenden Bedingungen für den Fall einer Absenkung der ApU aufgrund der Klausel des § 3 Abs. 2 Open-House-Vertrag vorgegeben würden;
- eine Benachteiligung von Herstellern höher konzentrierter Kontrastmittel durch einen einheitlichen Vertragspreis für alle von der Fachgruppe umfassten Konzentrationen

nicht zu befürchten sei, weil das Open-House-Modell keine Veränderung des Beschaffungsverhaltens der verordnenden Ärzte bewirke;

- die AGB-rechtlichen Einwände der ASt unerheblich und nicht stichhaltig seien;
- es der ASt an der Antragsbefugnis gemäß § 160 Abs. 2 GWB fehle und sie ihrer Rügeobliegenheit gemäß § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB nicht rechtzeitig nachgekommen sei.

- c) Die Vergabekammer hat diejenigen Unternehmen, mit denen die Ag im Vorfeld der Einlegung des Nachprüfungsantrags bereits Verträge in den Fachgruppen C, H und/oder K abgeschlossen hatte und deren Namen sie am 5. März 2018 auf ihrer Internetseite veröffentlichte, zum Verfahren mit Beschluss vom 23. März 2018 beigelegt. Weiterhin hat die Vergabekammer der ASt sowie den Bg zu 1), 3) und 10) Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

Die Bg zu 3) beantragt:

1. den Ag zu gestatten, den Zuschlag für die Fachgruppe C nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung auf das Angebot der Bg zu 3) vom 20. März 2018 zu erteilen;
hilfsweise: den Ag bis zum rechtskräftigen Abschluss des vorliegenden Vergabenaachprüfungsverfahrens zu untersagen, die bereits zu der Fachgruppe C abgeschlossenen nicht-exklusiven Rabattverträge zu vollziehen und die Ag zu verpflichten, die entsprechenden Vertragspartner über die Aussetzung des Vollzugs der Rabattverträge der Fachgruppe C schriftlich zu informieren;
2. der Bg zu 3) Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren;
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Bg zu 3) für notwendig zu erklären;
4. den Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens – einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Bg zu 3) – aufzuerlegen.

Die Bg zu 3) macht geltend, dass sie fristgerecht alle Unterlagen für einen geplanten Beitritt als Vertragspartner zur Fachgruppe C zum 1. April 2018 an die Ag übermittelt habe, aber von der Ag darüber informiert wurde, dass aufgrund eines Nachprüfungsverfahrens aktuell ein „Zuschlagsverbot“ bestehe und aktuell keine weiteren Verträge geschlossen werden

könnten, gleichwohl aber die bereits geschlossenen Verträge wirksam blieben. Dies führe zu einer Benachteiligung der Bg zu 3) gegenüber den aktuellen Vertragspartnern der Ag, die sich auf diese Weise Marktanteile zu Lasten der Bg zu 3) sichern könnten.

Im Übrigen begründe es einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot, dass die Ag ungleiche Rahmenbedingungen vorgesehen hätten, die für die Preisbildung ausschlaggebend seien. Dies gelte für die von der Bg zu 3) angebotenen Kontrastmittel in vorbefüllten Patronen ([...]), deren Einsatz weniger zusätzliche Materialien erfordere als andere Produkte, deren Zusatzmaterialien in größerem Umfang vergütet würden. Gleichwohl müsse die Bg zu 3) als zukünftige Vertragspartnerin auch diese höherwertigen Produkte zu derselben Einheitsvergütung anbieten, wie die Produkte, für die auch benötigte Zusatzmaterialien gesondert vergütet würden.

Die Bg zu 5) trägt vor, dass eine Preisgestaltung des Open-House-Verfahrens, die einen prozentualen Rabattsatz vorsehe, den Vertragspartnern die Kalkulation verschiedener Kontrastmittel, Konzentrationen und Darreichungsgrößen erleichtere und so ermögliche, sich zu auskömmlichen Preisen zu beteiligen.

Die Bg zu 10) trägt vor, dass sie sich lediglich zur Vermeidung von Nachteilen an dem Open-House-Verfahren beteiligt habe, obwohl die Vertragsbedingungen des Open-House-Verfahrens der AGB-Kontrolle unterworfen seien und ein Verstoß gegen das Verbot einer unangemessenen Benachteiligung begründet sei. Im Einzelnen sei der rollierende Zuteilungsmechanismus der Bestellungen widersprüchlich, weil die Vertragspartner – etwa Großhändler – ihr gesamtes Sortiment anzubieten hätten – und es daher zu einem Überspringen des nächsten Vertragspartners in der vorgesehenen Reihenfolge nicht kommen könne. Weiterhin seien die Vertragspartner aus Transparenzgründen auf der Internetseite der Ag in chronologischer Reihenfolge und nicht alphabetisch aufzuführen, weil dies dem rollierenden Zuteilungsmechanismus entspreche. Der jeweilige Vertragspartner könne die Auftragsverteilung so nicht realistisch abschätzen, auch weil nicht alle Vertragspartner alle Produkte angeboten hätten. Schließlich sei die Losvergabe bei mehreren Bestellungen an einem Tag und das Überspringen eines Vertragspartners in der Reihenfolge analog § 8 VgV dokumentationspflichtig, aber von der Ag intransparenter Weise nicht dokumentiert worden.

3. In der mündlichen Verhandlung am 17. April 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern, wobei die Beigeladenen zu 2. und 6. bis 9. nicht an der der mündlichen Verhandlung teilnahmen.

Mit Verfügung des Vorsitzenden vom 17. April 2018 wurde die Entscheidungsfrist nach § 167 Abs. 1 GWB bis zum 7. Mai 2018 einschließlich verlängert. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen. Dies gilt nicht für den nicht nachgelassenen Schriftsatz der ASt vom 2. Mai 2018, der gemäß § 167 Abs. 2 Satz 2 GWB unberücksichtigt bleibt.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unstatthaft, weil es sich bei dem von der Ag betriebenen Open-House-Zulassungsverfahren in den Fachgruppen C, H und K nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne des vierten Teils des GWB handelt und damit auch der Überprüfung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens nach § 155 GWB entzogen ist.

Grundsätzlich sind Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V durch gesetzliche Krankenkassen, in deren Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber, als Rahmenverträge (§ 103 Abs. 5 GWB) nach den für öffentliche Aufträge geltenden Vorschriften zu vergeben (vgl. etwa zu Kontrastmittel-Ausschreibungen: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2017, VII-Verg 31/16; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Juni 2017, VK 2 – 56/17).

Als Ausnahme von diesem Grundsatz wurde anerkannt, dass es reine (nicht exklusive) Zulassungsverfahren geben kann, die einem Beschaffungsvorgang den Charakter eines öffentlichen Auftrages nehmen. Sie können folglich ohne Anwendung des Vergaberechts durchgeführt werden. Zentrales Merkmal für ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren ist das Fehlen einer Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zwischen mehreren Angeboten, verbunden mit der Möglichkeit aller Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, ein solches Angebot abzugeben (vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 Abs. 2 unter beispielhafter Nennung des Anwendungsbereiches „*Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen*“ und die Legaldefinition der „*Auftragsvergabe*“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU).

Nach der Rechtsprechung setzt dies voraus, dass für alle geeigneten Marktteilnehmer ein offener Zugang zu gleichen Bedingungen unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgebots und des

Transparenzgrundsatzes gewährleistet sein muss. (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, „*Tirkkonen*“ und Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, „*Dr. Falk Pharma*“, nach Vorlage des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14).

In der Rechtssache „*Tirkkonen*“ hat der EuGH seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass Kriterien, die nicht als „*Zuschlagskriterien*“ qualifiziert werden können, weil sie nicht dazu dienen, „*die zulässigen Angebote zu vergleichen und ordnen*“ bzw. das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, kein Element einer Auswahlentscheidung bilden und daher für die Überprüfung, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, unberücksichtigt bleiben müssen. Dies gilt nach Auffassung des EuGH insbesondere für Kriterien, die sich auf „*die Erfahrung, die Qualifikationen und die Mittel, die geeignet sind, eine ordnungsgemäße Ausführung des betreffenden Auftrags*“ beziehen (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, „*Tirkkonen*“, Rn. 35-37).

Dabei gilt für die Prüfung von Open-House-Modellen im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens Folgendes: Zunächst ist zu prüfen, ob die an ein „vergaberechtsfreies“ Open-House-Verfahren zu stellenden Anforderungen zu Lasten der ASt nicht erfüllt sind. Sollte dies der Fall sein, hat die Vergabekammer in einem nächsten Schritt zu prüfen, ob die konkrete Verletzung die Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags erfüllt; einen Automatismus dergestalt, dass jedwede Verletzung von Open-House-Anforderungen zwangsläufig das Vorliegen der Voraussetzungen eines öffentlichen Auftrags indiziert gibt es nämlich nicht.

Im streitgegenständlichen Verfahren verneint die Vergabekammer ihre Prüfungszuständigkeit bereits auf der „ersten Stufe“. D.h. gemessen an den für ein Open-House-Verfahren geltenden Maßstäben ist der Nachprüfungsantrag der ASt unstatthaft, denn sie wird in den von ihr angegriffenen Fachgruppen C, H und K nicht durch Verstöße gegen das Gleichbehandlungsgebot und den Transparenzgrundsatz in ihren Rechten verletzt. Nachfolgend wird auf die geltend gemachten Verstöße im Einzelnen eingegangen.

1. Die Festlegung der einheitlichen Vertragspreise verstößt nicht gegen den Transparenzgrundsatz.

Die ASt vermag mit ihrem Vortrag, dass die Festlegung der Vertragspreise aufgrund ihrer Orientierung an dem Pauschalen-Modell in anderen KV-Bezirken und in Ermangelung eines Markterkundungsverfahrens gegen den Transparenzgrundsatz verstoße, nicht durchdringen. Derartige Transparenzanforderungen lassen sich der Rechtsprechung nicht entnehmen. Der EuGH hat sich auf die Feststellung beschränkt, dass das

Transparenzerfordernis eine Bekanntmachung voraussetze, „die es den potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, vom Ablauf und von den wesentlichen Merkmalen eines Zulassungsverfahrens [...] gebührend Kenntnis zu nehmen.“ (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, „Dr. Falk Pharma“, Rn. 45). Das OLG Düsseldorf hat in seinem Vorlagebeschluss beispielhaft weitergehende Transparenzanforderungen, etwa eine europaweite Publikation des Zulassungsverfahrens, die Festlegung eindeutiger Regeln über den Vertragsschluss bzw. –beitritt sowie eine vorherige Festlegung von Vertragsbedingungen, die eine Einflussnahme der Vertragspartner auf den Inhalt des Vertrages ausschließt, vorgeschlagen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14, S. 3).

Diesen Transparenzanforderungen hat die Ag im vorliegenden Verfahren genügt. Die nach europaweiter Bekanntmachung auf Anforderung übersandten Vergabeunterlagen enthielten eine eindeutige Festlegung des Vertragspreises in den jeweiligen Fachgruppen. Auch die im Durchführungsvermerk dokumentierte Orientierung am Pauschalen-Modell in anderen KV-Regionen ist nicht als intransparent zu beanstanden. Aus dem Durchführungsvermerk ergibt sich eindeutig, welche Pauschalen auf welche Weise zur Ermittlung des Vertragspreises im vorliegenden Verfahren herangezogen wurden. Eine vorherige Markterkundung ist aus Transparenzgründen nicht erforderlich. Zum einen besteht eine solche Verpflichtung auch nicht für die dem Vergaberecht unterworfenen förmlichen Vergabeverfahren (vgl. § 28 Abs. 1 VgV). Zum anderen entspricht es der Verpflichtung des öffentlichen Auftraggebers, im Rahmen eines vergaberechtsfreien Open-House-Zulassungsverfahrens eine eigenständige Festlegung des Vertragspreises vorzunehmen. Eine Markterkundung, die sich selektiv an den ApU der potenziellen Vertragspartner orientiert, birgt gerade die erhöhte Gefahr, eine unzulässige Einflussnahme der potenziellen Vertragspartner zu ermöglichen und hierdurch gegen das Gleichbehandlungsgebot zu verstoßen.

2. Die Vorgabe eines Einheitspreises für alle in einer Fachgruppe zusammengefassten Präparate anstatt eines einheitlichen Rabatt-Prozentsatzes auf den jeweiligen ApU des Herstellers beinhaltet keinen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot zu Lasten der ASt.

Grundsätzlich ist es vergaberechtlich anerkannt, dass der öffentliche Auftraggeber einen Beurteilungsspielraum bei der Konzeption geeigneter Zuschlagskriterien genießt und diese nicht so zuschneiden muss, dass es zum Unternehmenskonzept jedes möglichen Bieters

passt (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 7/12 m.w.N.). Auch aus den von der Rechtsprechung für einfache Zulassungsverfahren entwickelten Grundsätzen lässt sich keine Präferenz weder für die Vorgabe eines einheitlichen Rabatt-Prozentsatzes noch für einen Einheitspreis ableiten. Nach den Grundsätzen der Rechtsprechung ist es vielmehr entscheidend, dass keinerlei vergleichende Wertung der Angebote hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit und entsprechende Auswahl erfolgt (vgl. EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, „*Tirkkonen*“ und Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, „*Dr. Falk Pharma*“).

In Erfüllung seiner Verpflichtung zur wirtschaftlichen Beschaffung hat sich der öffentliche Bedarfsträger in einem Open-House-Zulassungsverfahren daher auf eine entsprechende Preisvorgabe zu beschränken, die aus Gründen der Gleichbehandlung gerade nicht an der unternehmerischen Kalkulation einzelner Marktteilnehmer, sondern an einer Prognose auszurichten ist, dass mit diesem Preis der Beschaffungsbedarf tatsächlich am Markt realisierbar ist. Es obliegt in der Folge den Marktteilnehmern zu entscheiden, ob sie sich zu diesem Preis an dem Open-House-Verfahren wirtschaftlich beteiligen können oder nicht.

Anhaltspunkte dafür, dass die ASt im vorliegenden Verfahren durch die Vorgabe eines Einheitspreises gegenüber anderen Marktteilnehmern diskriminiert wird, sind nicht ersichtlich. Allein der Umstand, dass die Marktteilnehmer ihre Preise – sei es preispolitisch veranlasst oder aufgrund ihrer unternehmensinternen Kostenstruktur – unterschiedlich kalkulieren, vermag jedenfalls nicht das Vorliegen einer Diskriminierung des teureren Bieters verbunden mit dem Anspruch auf einen vergaberechtlichen „Schutz“ seiner im Vergleich zur Konkurrenz höheren Marktpreise zu begründen.

Zudem birgt gerade die Vorgabe eines einheitlichen Rabatt-Prozentsatzes auf die jeweiligen ApU aller Marktteilnehmer die Gefahr, dass es zu einer Diskriminierung derjenigen Anbieter kommen könnte, die mit verhältnismäßig günstigen ApU kalkulieren und dass eine solche Preisvorgabe in der Folge zu einer Nivellierung der ApU auf höheren Niveau führen würde.

3. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot lässt sich im vorliegenden Fall auch nicht aus der preislichen Orientierung an den Pauschalen-Modellen in einzelnen KV-Regionen ableiten. Die Ag sind auf diese Weise ihrer Verpflichtung nachgekommen, autonom, d.h. unabhängig von den einzelnen ApU der Marktteilnehmer einen Vertragspreis festzulegen, der für alle Marktteilnehmer gleichermaßen gilt.

Es liegt auf der Hand, dass der öffentliche Bedarfsträger, der die unternehmensindividuellen Kalkulationen für die zu beschaffenden Produkte nicht kennt und sich daran auch nicht selektiv orientieren dürfte, sich im Wesentlichen nur an bisherigen allgemeinen Preisniveaus im Markt orientieren kann. Dabei hat sich der Bedarfsträger bei der Festlegung einerseits am Wirtschaftlichkeitsgebot zu orientieren und andererseits eine Prognose anzustellen, ob der Vertragspreis ausreichend attraktiv ist, dass sich eine ausreichende Anzahl von Vertragspartnern zur Lieferung des Beschaffungsbedarfs im Rahmen des Open-House-Verfahrens beteiligen wird. Es ist daher grundsätzlich nicht zu beanstanden, wenn die Ag im Rahmen eines wirkstoffübergreifenden Beschaffungsverfahrens zur Lieferung von Produkten, die in vergleichbarer bzw. austauschbarer Weise den zu beschaffenden Bedarf decken, fachgruppenspezifisch einen einheitlichen Vertragspreis pauschal festlegen.

Die Orientierung an den Pauschalen-Modellen anderer KV-Regionen wirkt auch nicht diskriminierend, weil – wie die ASt vorträgt – diese auf andere Weise konzipiert sind, als die Beschaffung von Sprechstundenbedarf im streitgegenständlichen Verfahren. Die Pauschalen-Modelle erlauben zwar den eigenständig beschaffenden Ärzten ihr eigenes Einkaufsverhalten so zu optimieren, dass die Pauschalen kostendeckend bleiben. Dies steht aber einer Orientierung an dem Preisniveau der Pauschalen nicht entgegen.

Anders als im Pauschalen-Modell ist im vorliegenden Open-House-Zulassungsverfahren eine solche optimierende Steuerung des Einkaufsverhaltens zwischen Vertragsprodukten gerade nicht vorgesehen. Es bestehen dafür keinerlei finanzielle Anreize für die verordnenden Ärzte zu einer solchen Umsteuerung, denn sie erhalten das verordnete Präparat, ohne dass sie auf dessen Kosten achten müssen. Vor diesem Hintergrund bleibt unklar, auf welche Weise eine rein preisliche Orientierung an den Kostenerstattungspauschalen einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot bewirken soll, wenn im Ergebnis allen Vertragspartnern derselbe Vertragspreis gewährt werden soll. Schließlich belegt der Umstand, dass in den streitgegenständlichen Fachgruppen C und K jeweils zehn Vertragspartner und zunächst auch ein Vertragspartner in Fachgruppe H (die nur das Präparat der ASt umfasst) gefunden werden konnten und diese auch bereits erste Lieferungen erbracht haben, eine (zumindest) im Ansatz zutreffende Prognose über die Möglichkeit der Leistungserbringung zu den festgelegten Vertragspreisen.

Vor diesem Hintergrund ist es auch nicht zu beanstanden, sondern durch den Beurteilungsspielraum des öffentlichen Bedarfsträgers gedeckt, dass die Ag gemäß dem Wirtschaftlichkeitsgebot bei der preislichen Orientierung an den unterschiedlichen

Pauschalen-Modellen anderer KV-Bezirke eine niedrigere Kostenerstattungspauschale gewählt haben.

4. Auch die Festlegung der Vertragspreise in gleicher Höhe für Kontrastmittel, die den eigenständigen Fachgruppen C und H zugeordnet wurden, ist nicht als Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot zu beanstanden.

In ihrer diesbezüglichen Rüge macht die ASt zwar auch Ausführungen zu weiteren Fachgruppen. Diese sind jedoch unbeachtlich, weil die ASt ihre Anträge ausschließlich auf die Fachgruppen C, H und K bezogen hat und es daher an einem Rechtsschutzinteresse hinsichtlich der übrigen Fachgruppen fehlt. Im Einzelnen macht die ASt geltend, dass es nicht zulässig sei, zunächst Kontrastmittel in unterschiedliche Fachgruppen (C und H) einzuteilen und im nächsten Schritt ungeachtet der Unterschiede fachgruppenübergreifend einen einheitlichen Vertragspreis festzulegen. Dies werde den Besonderheiten der jeweiligen Kontrastmittel nicht gerecht.

Hierzu ist zunächst festzustellen, dass sich die ASt nicht gegen die Einteilung des eigenen Präparats ([...]) aufgrund ihres abweichenden Nebenwirkungsprofil wendet, sondern lediglich dagegen, dass für beide Fachgruppen ein identischer Vertragspreis durch die Ag festgelegt wurde. Insbesondere wird die dieser Einteilung zugrundeliegende medizinische Bewertung, die im Durchführungsvermerk der Ag (S. 17f.) niedergelegt ist, in der Sache nicht bestritten und kann daher als zutreffend unterstellt werden. Die Diskriminierung der ASt soll allein darin bestehen, dass die Ag sich nicht an den höheren Kostenerstattungspauschalen für [...] orientiert habe, die in den beiden KV-Bezirken [...] festgesetzt wurden, sondern an der niedrigeren Pauschale im KV-Bezirk [...]. Hinzu käme, dass die Herabsetzung der Pauschalpreise im KV-Bezirk [...] für sozialrechtswidrig gehalten werde und gegenwärtig Gegenstand eines – nicht näher bezeichneten – Rechtsstreites vor dem dortigen Sozialgericht sei. Hierzu ist anzumerken, dass der Verweis auf die Existenz eines anderweitig anhängigen Rechtsstreites weder geeignet ist, das vorliegende Nachprüfungsverfahren zu präjudizieren noch den substantiierten Vortrag eines Verstoßes gegen das Gleichbehandlungsgebot zu ersetzen.

Im vorliegenden Fall fehlt es sowohl an einer diskriminierenden Gleichbehandlung von wesentlich ungleichen Präparaten durch die Festsetzung desselben Vertragspreises für Präparate in Fachgruppe C und H (siehe hierzu a) als auch an einer Ungleichbehandlung der ASt durch die Auswahl der niedrigeren Kostenerstattungspauschale für [...] im KV-

Bezirk [...] als Referenz für die Festlegung des Vertragspreises in Fachgruppe H (siehe hierzu b)).

- a) Aufgrund der von der ASt nicht bestrittenen medizinischen Bewertung der Präparate in Fachgruppe C und H, steht fest, dass diese allesamt als Röntgen-Kontrastmittel wirkstoffübergreifend für dieselben Indikationen einsetzbar sind und somit zurecht als vergleichbar und austauschbar angesehen werden können. Dabei wurde das besondere Nebenwirkungsprofil des [...] -Präparates als Röntgenkontrastmittel durch Zuordnung in eine gesonderte Fachgruppe durchaus berücksichtigt, aber gleichzeitig festgestellt, dass das Kontrastmittel keine qualitativen Vorteile, sondern lediglich andere Nebenwirkungen habe. Eine Benachteiligung der ASt ist damit nicht verbunden. Im Gegenteil wird das Alleinstellungsmerkmal des Präparats der ASt hinsichtlich des Nebenwirkungsprofils durch die Ag ausdrücklich anerkannt. Ein Anspruch auf eine höhere Vergütung ist damit jedoch nicht zwangsläufig verbunden. Die ASt haben auch nicht vorgetragen, dass die Festlegung eines einheitlichen Preises für beide Fachgruppen eine wesentliche Ungleichbehandlung gegenüber anderen Herstellern begründet, deren Präparate in Fachgruppe C eingeordnet wurden.
- b) Auch die Auswahl der niedrigeren Kostenerstattungspauschale der KV-Region [...] als Referenz zur Festlegung des Vertragspreises in Fachgruppe H wirkt nicht diskriminierend. Innerhalb der Fachgruppe H genießt die ASt ein Alleinstellungsmerkmal, so dass es hier bereits an anderen Herstellern fehlt, denen gegenüber eine Ungleichbehandlung bestehen könnte. Die eigenständige Festlegung eines verbindlichen Vertragspreises durch den öffentlichen Bedarfsträger ist Kennzeichen eines nicht selektiven Open-House-Zulassungsverfahrens (s.o.). Bei der Höhe des festzusetzenden Preises genießt die Ag einen Beurteilungsspielraum, für dessen Überschreitung hier keine Anhaltspunkte bestehen. Insbesondere spricht die Tatsache, dass es zunächst mit der Bg. zu 9) einen Vertragspartner in der Fachgruppe H gab, der als Händler bereit und in zwei Fällen auch tatsächlich in der Lage war, das Präparat [...] zum vorgegebenen Vertragspreis zu liefern, dafür, dass der Vertragspreis eine wirtschaftliche Leistungserbringung ermöglicht.

Eine Diskriminierung der ASt kann auch nicht darin gesehen werden, dass ihr ein Preis vorgegeben wird, der – so ihr Vortrag – für sie wirtschaftlich einerseits

inakzeptabel sei, sie andererseits aber gezwungen werden solle, diesen Preis zu akzeptieren, um nicht von der Belieferung der Fachgruppe H ausgeschlossen zu werden. Denn aufgrund des für sie geltenden Wirtschaftlichkeitsgebots seien die Ärzte gehalten, nur die vertraglich gebundenen Produkte zu verordnen. Auch wenn der ASt insoweit nicht abgesprochen werden kann, dass hierdurch ein gewisser Entscheidungsdruck erzeugt werden kann, steht es ihr aber dennoch frei, einen Vertrag abzuschließen, ohne hierbei gegenüber anderen Herstellern oder Lieferanten diskriminiert zu werden. Insoweit unterscheidet sich die hier vorliegende Sachverhaltskonstellation auch von den durch die 2. Vergabekammer entschiedenen Fällen (Beschluss vom 14. Februar 2017, VK 2 - 4/17 und Beschluss vom 6. Februar 2017, VK 2 - 6/17), wo eine Diskriminierung darin gesehen wurde, dass dem dortigen Antragsteller die Angebotsabgabe für eine patentfreie Indikation von vornherein versagt wurde bzw. er durch bestimmte Vertragskonstellationen gezwungen wurde, eine patentgeschützte Indikation zu einem bestimmten Rabattsatz anzubieten (andernfalls wäre er von der Belieferung auch für die patentfreie Indikation ausgeschlossen worden). Dieser Fall liegt hier gerade nicht vor, da es der ASt - ohne Konsequenzen für einen Vertragsschluss bei anderen Fachgruppen – freisteht, einen Vertrag für die Fachgruppe H abzuschließen.

Der Vortrag der ASt, dass die Leistungserbringung durch die Bg zu 9) nicht auskömmlich gewesen sei, ist dagegen nicht nachvollziehbar. Es darf unterstellt werden, dass die Bg zu 9) als Großhändlerin grundsätzlich wirtschaftlich handelt und aus freien Stücken einen Open-House-Vertrag für die Fachgruppe H abschloss, die ausschließlich [...] -Produkte enthält. Hierfür spricht auch, dass die Bg zu 9) nicht in jeder Fachgruppe, sondern durchaus selektiv in vier von acht Fachgruppen Open-House-Verträge mit den Ag abschloss (Stand 5. März 2018). Es ist allerdings fernliegend, dass ein wirtschaftlich handelnder Großhändler aus freien Stücken einen Vertrag abschließt, bei dem er sich verpflichtet, das zu liefernde Produkt dauerhaft unter Einstandspreis abzugeben und tatsächlich keine Perspektive einer kostendeckenden Tätigkeit bestehen soll.

Schließlich sprechen auch die zeitliche Koinzidenz des Schriftsatzes der ASt vom 9. April 2018, in dem darüber spekuliert wird, dass *„sich die wohl nur rein formale Beteiligung der Beigeladenen zu 9) als funktionslos erweisen“* dürfte und der Wortlaut des Kündigungsschreibens der Bg zu 9) vom selben Tag dafür, dass eine etwaige

Unauskömmlichkeit oder ein sonstiges Lieferhindernis erst durch eine nachträgliche Veränderung der Bezugskonditionen durch die ASt im Laufe des Nachprüfungsverfahrens auftrat.

5. Die Verwaltungspraxis der Vertragsärzte (auf Muster-16-Verordnungsblatt) in der KV[...] begründet im Zusammenspiel mit dem rotierenden Zuteilungssystem der Bestellungen nach § 2 Abs. 2 des Open-House-Vertrages keine Diskriminierung der ASt als Herstellerin gegenüber Großhändlern mit größerer Sortimentsbreite.

Zunächst ist festzuhalten, dass das in § 2 Abs. 2 des Open-House-Vertrages niedergelegte Zuteilungssystem nach objektiven, vorab festgelegten und überprüfbaren Kriterien operiert und den Ag keine eine Auswahl des Lieferanten ermöglicht.

Die Auswahl des zur Lieferung berechtigten Vertragspartners erfolgt ausschließlich in chronologischer Reihenfolge nach dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses (und bei zeitgleichen Bestellungen im Losverfahren), so dass dieser Zuteilungsprozess der Ag keinerlei Selektivität bei der Auswahl einräumt. Das einzige weitere Kriterium bezieht sich auf die Lieferfähigkeit des vorausgewählten Lieferanten bezogen auf die konkrete Bestellung, die ausschließlich in der Sphäre der Vertragspartner liegt. Das Zuteilungssystem beinhaltet daher keinerlei formal-rechtliche Diskriminierung der ASt. Das Zuteilungssystem entfaltet darüber hinaus auch keinerlei materiell diskriminierende Wirkung zu Lasten der ASt im Zusammenspiel mit der Verwaltungspraxis in der KV[...].

Die Ag haben vorgetragen, dass es der etablierten Praxis der Bestellung von Kontrastmitteln in der KV[...] entspricht, dass die Vertragsärzte auf einem Muster-16-Verordnungsblatt nur Produkte eines Herstellers gemeinsam verordnen dürfen. Wenn es zu einer gemeinsamen Verordnung von Produkten unterschiedlicher Hersteller kommt (sog. Misch-Verordnung) fordern die Ag vom jeweiligen Vertragsarzt, neue gesonderte Verordnungsblätter je Hersteller an. Diese Praxis haben die Ag auch als Grundlage des Open-House-Zulassungsverfahrens in den Verfahrensunterlagen explizit niedergelegt (Angebotsaufforderung, Anlage 2 zu den Verfahrensunterlagen, S. 2). Nach diesem Verfahren sind die verordnenden Ärzte gehalten, nicht nur ausschließlich Produkte desselben Herstellers auf einem Muster-16-Verordnungsblatt zu bestellen, sondern darüber hinaus nur Produkte derselben Handelsbezeichnung.

Die ASt ist diesem Vortrag in der mündlichen Verhandlung und im nachgelassenen Schriftsatz vom 20. April 2018 entgegen getreten, indem sie Misch-Verordnungen mit Produkten unterschiedlicher Hersteller aus anderen KV-Bezirken – nicht aber der KV[...] –

vorlegte und ausführte, dass es keine verlässliche Handhabe der KV[...] gegenüber den Vertragsärzten der Ag gebe, sondern dies ein Vertrag zu Lasten Dritter sei und es anders als in der KV [...] keine entsprechende Ergänzungsvereinbarung zur SSBV gebe.

Mit diesem Vortrag vermag die ASt nicht durchzudringen. Die Verwaltungspraxis und Ergänzungsvereinbarungen in anderen KV-Bezirken lassen keine Rückschlüsse auf die Praxis in der allein verfahrensgegenständlichen KV[...] zu. Zu Recht haben die Ag weiterhin darauf hingewiesen, dass im Verhältnis zwischen den Ag und den bei ihr bestellenden Vertragsärzten durchaus die Möglichkeit besteht, einen Anspruch auf Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots, das in § 12 SGB V und § 4 SSBV niedergelegt ist, auch tatsächlich durchzusetzen.

Im Übrigen steht der Annahme diskriminierender Auswirkungen der Ausgleichsmechanismus des Zuteilungssystems in § 2 Abs. 2 des Open-House-Vertrags entgegen. Auf diese Weise ist gewährleistet, dass im Falle einer unzulässigen Misch-Verordnung, für die die ASt ihre Lieferfähigkeit verneinen müsste, die ASt sogleich Kenntnis von dem Vorgang erhält und hierdurch in die Lage versetzt wird, auf eine ordnungsgemäße Durchführung des Open-House-Vertrages zu drängen; in jedem Fall würde die ASt einen Ausgleich in Form der nächsten eingehenden Bestellung erhalten.

Im Ergebnis ist daher festzuhalten, dass es keine substantiellen Anhaltspunkte dafür gibt, dass der Open-House-Vertrag aufgrund seiner Konzeption eine Diskriminierung der ASt gegenüber Großhändlern mit größerer Sortimentsbreite bewirken wird.

6. Die Klausel zur Absenkung des Vertragspreises im Falle einer Absenkung der ApU unter den vorgegebenen Vertragspreis des Open-House-Vertrages (§ 3 Abs. 2 UAbs. 3 Satz 2 Open-House-Vertrag) verstößt nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Zunächst ist festzuhalten, dass die Entscheidung eines Vertragspartners, während der Laufzeit des Open-House-Vertrages den eigenen ApU abzusenken, eine autonome unternehmerische Entscheidung ist. Die daraus resultierende Absenkung des Vertragspreises betrifft alle Vertragspartner der Ag, die sich zu einer entsprechenden Preissenkung entschließen, gleichermaßen und diskriminiert somit die ASt, so sie denn ihren ApU unter den Vertragspreis absenken sollte (was allerdings aufgrund ihres Vortrags im Nachprüfungsverfahren äußerst fernliegend erscheint) nicht.

Auch soweit ein anderer Vertragspartner seinen ApU entsprechend absenken würde, hätte dies keine Bevorzugung dieses Vertragspartners zu Lasten der ASt zur Folge, so dass ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot auch in dieser Hinsicht ausscheidet.

Das Zuteilungssystem für die Bestellungen des streitgegenständlichen Open-House-Vertrages wird hierdurch nicht beeinflusst. Insbesondere ist sichergestellt, dass diese Klausel den Ag keinen Spielraum eröffnet, Bestellungen auf denjenigen Vertragspartner umzusteuern, der zuvor den eigenen ApU absenkte. Dies ergibt sich aus dem Durchführungsvermerk, in dem festgelegt ist, dass die Ag „*keine Substitution im Hinblick auf Wirkstoffe innerhalb einer Fachgruppe vornehmen*“ werde (Durchführungsvermerk, S. 6). An verschiedenen Stellen im Durchführungsvermerk wird auch klargestellt, dass sich die Verpflichtung des verordnenden Vertragsarztes aus dem Wirtschaftlichkeitsgebot darauf beschränkt, ein beliebiges Vertragsprodukt aus der jeweiligen Fachgruppe auszuwählen (Durchführungsvermerk, S. 4f., 6 und 13) und dieses auch keiner Begründung bedarf –

anders als bei der Verordnung von Nicht-Vertragsprodukten (Durchführungsvermerk, S. 7). Auch im Vertrag selbst findet die von der ASt befürchtete „Umsteuerung“ auf den aufgrund der ApU-Absenkung nunmehr günstigsten Vertragspartner keinerlei Grundlage.

Soweit die ASt hierzu vorträgt, dass eine solche Klausel mit einem Open-House-Zulassungsverfahren grundsätzlich unvereinbar sei, sondern dieses zwingend einheitliche Vertragsbedingungen und vor allem die Vorgabe einheitlicher Preise erfordere, vermag dies nicht zu überzeugen. Abgesehen davon, dass die Forderung der ASt nach einer einheitlichen Preisvorgabe in Widerspruch zu ihren weiteren Rügen derselben steht, ist dieser Vortrag auch ungeeignet, eine ungleichmäßige Geltung der Klausel oder eine diskriminierende Wirkung aufgrund deren Anwendung zu belegen.

7. Auch die Verpflichtung des Vertragspartners der Ag gemäß § 1 Abs. 2 des Open-House-Vertrages alle in Vertrieb befindlichen Präparate einer Fachgruppe – einschließlich aller Darreichungsformen, Packungsgrößen und Konzentrationen – anzubieten, verstößt nicht gegen das Gleichbehandlungsgebot.

Diese Verpflichtung resultiert konsequent aus der Zuordnung vergleichbarer bzw. austauschbarer Präparate zu einer wirkstoffübergreifenden Fachgruppe unter Festlegung eines einheitlichen Vertragspreises. Diese Festlegung verhindert, dass die Vertragspartner das Konzept der für das gesamte Sortiment festgelegten Einheitspreise pro ml unterlaufen, indem sie nur die kostengünstigeren Präparate, Darreichungsformen, Packungsgrößen und Konzentrationen anbieten. Dies würde dem Wirtschaftlichkeitsgebot der Beschaffung widersprechen. Diese Verpflichtung ist auch sachgerecht, weil auf diese Weise den verordnenden Ärzten eine größtmögliche Auswahl im Rahmen des Open-House-

Verfahrens an wirtschaftlichen Kontrastmitteln eröffnet werden soll (vgl. Durchführungsvermerk, S. 6). Weiterhin dient die Verpflichtung dazu, die Praktikabilität des rollierenden Zuteilsystems der Bestellungen zu gewährleisten.

Eine Diskriminierung der ASt ist mit dieser Verpflichtung aber jedenfalls nicht verbunden. Sie wird ebenso verpflichtet, wie alle anderen Vertragspartner auch. Soweit die ASt aufgrund dieser Vorschrift exemplarisch eine Benachteiligung eines Händlers mit breiterem Sortiment gegenüber einem Hersteller mit einem Sortiment ausschließlich eigener Präparate rügt, fehlt es der ASt – in ihrer Eigenschaft als Herstellerin – an einer Beschwer und mithin am Rechtsschutzinteresse.

8. Gemessen an den Grundsätzen der Rechtsprechung für Open-House-Zulassungsverfahren begründet auch die Zusammenfassung unterschiedlicher Konzentrationen in den Fachgruppen C und H keine Ungleichbehandlung zu Lasten der ASt.

Zwar ist mit der Verpflichtung Kontrastmittel unterschiedlicher Konzentration zum gleichen Vertragspreis anzubieten eine Pauschalierung verbunden, die dazu führt, dass sich die Vertriebsmarge beider Produkte aufgrund abweichender Herstellungskosten unterscheidet. Diese Pauschalierung führt jedoch nicht zu einer Ungleichbehandlung der ASt im Verhältnis zu anderen Marktteilnehmern. Die ASt bietet in den Fachgruppen C und H ebenso wie die überwiegende Anzahl der Vertragspartner sowohl höher als auch niedriger konzentrierte Kontrastmittel an, so dass eine zusätzliche ungleichmäßige Belastung der ASt nicht erkennbar ist und auch von der ASt nicht vorgetragen wird.

Auch aus der von der ASt zitierten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, auf die sich die ASt mit ihrer Rüge im Wesentlichen bezieht, ergibt sich für das verfahrensgegenständliche Open-House-Verfahren nichts anderes.

Das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 8. Februar 2017, VII-Verg 31/16) hat für die Beschaffung von Kontrastmitteln im Rahmen eines offenen Verfahrens festgestellt, dass der öffentliche Auftraggeber bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit der eingereichten Angebote seine Zuschlagsentscheidung ermessensfehlerhaft auf einen unzutreffenden Sachverhalt gestützt hat, indem nicht die höhere Ergiebigkeit der höher konzentrierten Kontrastmittel bei der Ermittlung des Preis-Leistungsverhältnisses berücksichtigt wurde.

Auf das vorliegende Open-House-Verfahren ist diese Rechtsprechung nicht übertragbar, weil diesem als einfachem Zulassungsverfahren gerade eine Auswahl der Vertragspartner nach Zuschlagskriterien und eine Wirtschaftlichkeitsbewertung von Angeboten fremd ist.

Es obliegt vielmehr allen Marktteilnehmern gleichermaßen aufgrund einer eigenen Kalkulation basierend auf den Kosten der höher und niedriger konzentrierten Kontrastmittel und dem Abrufverhalten in zurückliegenden Beschaffungszeiträumen eigenständig darüber zu entscheiden, ob eine Beteiligung an dem Zulassungsverfahren unternehmerisch sinnvoll ist.

Soweit die ASt vorträgt, dass die einheitliche Vergütung höher und niedriger konzentrierter Kontrastmittel die Gefahr birgt, dass sich das Nachfrageverhalten aufgrund eines Umsteuerns der verordnenden Ärzte auf höher konzentrierte, ergiebigere Kontrastmittel ändern werde, so dass die Kalkulation des Vertragspartners nicht aufgehen werde, ist dies nicht nachvollziehbar.

Zum einen haben die Ag dargelegt, dass ein Umsteuern des Nachfrageverhaltens zwischen den allesamt als wirtschaftlich eingestufteten Vertragsprodukten einer Fachgruppe nicht erfolgen wird, sondern die verordnenden Ärzte autonom über die Bestellung des für die jeweilige Behandlung benötigten Präparats in der jeweiligen Konzentration entscheiden.

Zum anderen besteht für die verordnenden Ärzte auch keinerlei wirtschaftlicher Anreiz für ein solches Umsteuern, da das Bestellsystem ihnen keinen finanziellen Vorteil gewährt, wenn sie verstärkt höher konzentriertere Präparate bestellen.

Schließlich wurde bereits in einem Nachprüfungsverfahren zu den verfahrensgegenständlichen Kontrastmitteln der Fachgruppe C festgestellt, dass die verordnenden Ärzte in der Praxis tatsächlich ganz überwiegend niedriger konzentrierte Kontrastmittel präferieren (2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Juni 2017, VK 2 – 56/17). Es fehlt an jeglichen Anhaltspunkten dafür, dass das verfahrensgegenständliche Open-House-Verfahren das etablierte Nachfrageverhalten beeinflussen werde und dies zu einer Ungleichbehandlung der ASt führen könnte.

9. Schließlich begründet es keinen Verstoß gegen das Transparenzgebot, dass die Ag bis zum 5. März 2018 noch keine Namen der bereits am Open-House-Zulassungsverfahren beteiligten Vertragspartner bekannt gegeben hatten, obwohl ein Vertragsbeginn bereits (frühestens) zum 1. Februar 2018 möglich war.

Wie bereits ausgeführt lassen sich derartige Transparenzanforderungen der bisherigen Rechtsprechung zu Open-House-Zulassungsverfahren nicht entnehmen (s.o. unter Nr. 1). Soweit sich der EuGH zu Transparenzanforderungen bislang geäußert hat, bezog sich dies ausschließlich auf die ex-ante Transparenz, die erforderlich ist, um allen interessierten

Wirtschaftsteilnehmern gleichermaßen eine effektive Beteiligungsmöglichkeit bereits zu Beginn des Zulassungsverfahrens zu gewähren.

Bei der Veröffentlichung der Namen von Vertragspartnern, mit denen bereits ein Vertrag geschlossen wurde, handelt es sich dagegen zwingend um eine ex-post Transparenz. Auf diese Weise wird denjenigen Wirtschaftsteilnehmern, die noch keinen Vertrag geschlossen haben, eine zusätzliche Information gewährt, die die Wirtschaftsteilnehmer, die sich als erste zu einer Beteiligung am Zulassungsverfahren entschlossen, bei Vertragsschluss nicht hatten.

Vor diesem Hintergrund ist es bereits zweifelhaft, ob überhaupt eine Verpflichtung besteht, im Rahmen eines Open-House-Zulassungsverfahrens die Namen der Vertragspartner offenzulegen. Dagegen spricht, dass ein schutzwürdiges Interesse an dieser Information weder von der ASt noch den Bg – soweit sie sich beteiligt haben – in ihren Schriftsätzen oder im Rahmen der Erörterung in der mündlichen Verhandlung geltend gemacht wurde.

Ein solches Interesse ergibt sich insbesondere nicht aus den Transparenzanforderungen für formelle Vergabeverfahren, die von der ASt zitiert werden. Kennzeichen eines Open-House-Verfahrens ist gerade das Fehlen jeglicher Selektivität und Exklusivität, so dass unter Beachtung des Gleichbehandlungsgebotes, eine Gefährdung durch Korruption, Betrug und parteiische Verfahrensführung bereits konzeptionell ausgeschlossen werden soll. Daher dürfte es zur Wahrung dieser schutzwürdigen Interessen genügen, hinreichende Transparenz hinsichtlich der Verfahrenskonzeption herzustellen, ohne dass es zwangsläufig auch einer Transparenz hinsichtlich der Identität der Vertragspartner bedarf.

Soweit die ASt erstmals mit Schriftsatz vom 20. April 2018 nach der mündlichen Verhandlung ihre Rüge intransparenter Bedingungen um die Forderung weitergehender ex-post Informationen (welche Unternehmen zu welchem Zeitpunkt mit welchen Produkten beigetreten sind) ergänzt hat, hat dieser Vortrag als verspätet unberücksichtigt zu bleiben (§ 167 Abs. 2 Satz 2 GWB). Der Schriftsatznachlass für die ASt in der mündlichen Verhandlung beschränkte sich darauf, der ASt eine Stellungnahme auf neuen Sachverhaltsvortrag der Ag im Schriftsatz vom 16. April 2018 zu ermöglichen, nicht aber neue Rügen einzuführen.

10. Soweit die Bg zu 3) eigene Rechtsverletzungen in Bezug auf von ihr angebotene Produkte geltend macht, ist dem nicht weiter nachzugehen. Denn das Nachprüfungsverfahren ist ein vom Antragsteller eingeleitetes subjektives Rechtsschutzverfahren und eröffnet eine

Prüfungszuständigkeit der Vergabekammer nur im Hinblick auf Rechtsverstöße, die die Rechtsposition des Antragstellers im streitgegenständlichen Vergabeverfahren betreffen. Soweit andere Verfahrensbeteiligte individuelle Rechtsverletzungen geltend machen wollen, können diese Rechte nur als Antragsteller in einem eigens eingeleiteten Nachprüfungsverfahren verfolgt werden.

Im Ergebnis liegt damit ein nicht dem Vergaberecht unterfallendes Open House-Verfahren vor, das allen interessierten Unternehmen zu einheitlichen Bedingungen sowie unter Wahrung der Grundsätze von Transparenz und Gleichbehandlung den Abschluss von Verträgen über die Belieferung der Ag mit Kontrastmitteln ermöglicht. Für derartige Verträge gelten weder die Vorgaben des Vergaberechts noch ist mangels Vorliegen eines öffentlichen Auftrags das Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer gemäß §§ 155 ff. GWB eröffnet.

Hieraus ergibt sich des Weiteren, dass die von den Ag verwendeten Vertragsbestimmungen keiner weiteren vergaberechtlichen Prüfung bedürfen. Ergänzend sei insoweit nur angemerkt, dass auch in einem statthaften vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren Vertragsklauseln von den Vergabenachprüfungsinstanzen grundsätzlich nicht auf ihre zivilrechtliche Wirksamkeit im Rahmen einer AGB-Kontrolle geprüft werden, da diese Normen keine Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB enthalten. Eine solche Prüfung kann ausnahmsweise dann erfolgen, wenn es eine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm gibt, die im Nachprüfungsverfahren relevant ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6. September 2017, VII-Verg 9/17). Eine solche Anknüpfungsnorm ist vorliegend nicht ersichtlich.

Aufgrund der Nichtstatthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens ist auch über den Antrag der Bg zu 3) auf Gestattung des Zuschlags (§ 169 Abs. 2 GWB) nicht zu entscheiden. Denn die insoweit von der Bg zu 3) beanspruchte Norm gilt nur, soweit ein öffentlicher Auftrag vorliegt, auf den ein Zuschlag gestattet werden könnte.

III.

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

Danach hat die ASt als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Die Bg zu 1), 2), 4), 6) bis 9), 11) und 12) haben sich nicht aktiv am Verfahren beteiligt, keine Schriftsätze eingereicht oder Anträge gestellt und damit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen. Von diesen haben die Bg zu 1), 4), 11) und 12) lediglich an der mündlichen Verhandlung teilgenommen und die Bg zu 1) hat zusätzlich Akteneinsicht begehrt.

Von den weiteren Bg zu 3), 5) und 10) hat die Bg zu 3) als einzige Anträge gestellt und u. a. einen Kostenantrag zu Lasten der Ag gestellt. Insgesamt war der Beitrag aber nicht so substantiiert, dass diese auch an den Kosten zu beteiligen wäre. Es entspricht daher der Billigkeit, dass alle Bg ihre Aufwendungen selbst tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich hinsichtlich der Anforderungen an die Rechtmäßigkeit eines Open-House-Zulassungsverfahrens komplexe Rechtsfragen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der

Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Behrens

Brune