



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 69/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 2) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 3) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 4) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 5) -

[...]

- Antragsgegnerin zu 6) -

diese vertreten durch den

[...]

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen
zu 1) bis 6):

[...]

wegen der Vergabe „Abschluss von Rahmenverträgen zur Belieferung der radiologisch tätigen Arztpraxen in [...] mit Kontrastmitteln“, Fachlose C, E, G und K, EU-Bekanntmachung Nr.: [...], hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Schroers aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 3. August 2018 am 15. August 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag) führen derzeit ein europaweites, offenes Verfahren zur Vergabe von Rahmenverträgen zur Belieferung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen in [...] mit Kontrastmitteln in mehreren Fachlosen durch (EU-Bekanntmachung Nr.: [...]). Laut Ziffer I.1. der EU-Bekanntmachung tritt dabei der „[...]-Bundesverband“ ([...]-Bundesverband [...]) „im Namen“ der Ag auf.

Die Belieferung der Vertragsarztpraxen im Land [...] mit Produkten des Sprechstundenbedarfs wie Kontrastmitteln erfolgt aufgrund der zwischen der Kassenärztlichen Vereinigung [...] (KV [...]) und mehreren gesetzlichen Krankenkassen 2007 abgeschlossenen „Vereinbarung über die Anforderung und Verwendung von Sprechstundenbedarf“ (im Folgenden: SSB-Vereinbarung). Danach unterliegt der nicht-apothekenpflichtige Sprechstundenbedarf grundsätzlich der Substitution. Dementsprechend regelt die Vereinbarung zum „Anforderungs- und Belieferungsverfahren beim nicht-apothekenpflichtigen Sprechstundenbedarf“ u.a. Folgendes:

„1. Der Arzt hat die Produktwahl, d.h. es findet kein Austausch (Substitution) statt, wenn der Arzt dies ausdrücklich vermerkt.“

Laut Anlage 1 der SSB-Vereinbarung („Aufstellung der als Sprechstundenbedarf verordnungsfähigen Mittel“), sind

„apothekenpflichtige Mittel (...) mit einem * gekennzeichnet (...).“

In der anschließenden Liste sind Kontrastmittel nicht mit einem solchen „ * “ versehen.

Laut den Bewerbungsbedingungen (BWB) sollen die von einem Vertragsarzt bestellten Kontrastmittel ggf. zugunsten des jeweiligen Zuschlagsgewinners substituiert werden, sofern der Arzt nicht ausdrücklich auf der Belieferung mit einem bestimmten Kontrastmittel besteht (vgl. Ziffer 3.1 der BWB, S. 7).

Auf die Fachlose C, E, G und K gab u.a. die Antragstellerin (ASt) Angebote ab.

Am 21. Juni 2018 rügte die ASt, dass der Bezug von Kontrastmitteln und die Auswahl der Lieferanten durch die Ag im KV-Bezirk [...] nicht mithilfe eines Vergabeverfahrens umgesetzt werden könne, da die einschlägige SSB-Vereinbarung eine Substitution zugunsten des jeweiligen Ausschreibungsgewinners nicht zulasse. Die Ag half der Rüge nicht ab.

Da die Angebote der ASt in den Fachlosen E und G für den Zuschlag in Betracht kamen, baten die Ag die ASt am 11. Juli 2018 um Aufklärung ihrer Angebotspreise im Rahmen des § 60 Abs. 1, 2, VgV.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 12. Juli 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gegen den [...] Bundesverband „namens und in Vollmacht handelnd für“ die in der EU-Bekanntmachung genannten sechs Ag. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am 13. Juli 2018 an den [...] Bundesverband übermittelt.

a) Die ASt meint, ihr Nachprüfungsantrag richte sich nicht unzulässigerweise gegen den falschen Antragsgegner, weil sie den [...] Bundesverband als Vertreter der sechs Ag angegeben habe; der Antragsgegner lasse sich durch Auslegung des Nachprüfungsantrags ermitteln, das Rubrum sei von der Vergabekammer von Amts wegen entsprechend anzupassen.

Des Weiteren führt die ASt zur Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags aus, dass sie die mangelnde Befugnis der Ag, Kontrastmittel öffentlich auszuschreiben, nicht vor den Sozialgerichten geltend machen könne, weil gemäß § 51 Abs. 3 SGG i.V.m. § 69 Abs. 3 SGB V Streitigkeiten über öffentliche Aufträge nach dem Fünften Buch des SGB vom Sozialrechtsweg ausgenommen seien. Um einen solchen öffentlichen Auftrag i.S.d. SGB V handele es sich auch im vorliegenden Fall, weil die streitige SSB-Vereinbarung, auf der die verfahrensgegenständliche Ausschreibung beruhe, einen Gesamtvertrag i.S.d. § 83 Abs. 1 S. 1 SGB V darstelle. Es sei daher zu erwarten, dass sich die Sozialgerichte weiterhin als unzuständig ansähen – da die Vergabekammern das Verfahren bei angenommener Unzuständigkeit nicht bindend an die Sozialgerichte verweisen dürften, wäre die ASt dann entgegen Art. 19 Abs. 4 GG jedes Rechtswegs und -schutzes beraubt. Zudem sei der Rechtsweg zur Vergabekammer nach § 156 Abs. 2, 2. Alt. GWB eröffnet, weil die ASt die Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren begehre, nämlich dass die Ag keine Vereinbarungen mit pharmazeutischen Unternehmen über die Belieferung der radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen mit Kontrastmitteln in [...] in dem hier bereits begonnenen Vergabeverfahren abschließen dürfen. Der Prüfungsumfang der Vergabekammern umfasse ebenfalls Verhaltensweisen eines Auftraggebers im Vorfeld eines Vergabeverfahrens, da Beschaffungsvorhaben nach dem Willen des Gesetzgebers allumfassend und exklusiv durch die Vergabekammern geprüft und betrachtet werden sollten. Wie der BGH im Jahr 2012 entschieden habe, habe ein Antragsteller deshalb ggf. einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber überhaupt erst ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchführe. Zudem seien die Vorschriften des Vergaberechts und vor allem das Rechtsschutzregime vor den Vergabekammern mit seinen kurzen Fristen auf die besondere Eilbedürftigkeit in Ausschreibungen zugeschnitten.

Zum rechtlichen Hinweis der Vergabekammer vom 23. Juli 2018, dass der Nachprüfungsantrag voraussichtlich mangels Antragsbefugnis unzulässig sei, trägt die ASt vor, ihr Auftragsinteresse werde bereits durch ihre Rüge und ihre Angebotsabgabe belegt. Zudem mache die ASt die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften i.S.d. § 97 Abs. 6, § 156 Abs. 2, § 160 Abs. 2 GWB geltend, indem sie sich auf eine Verletzung des § 83 SGB V als „sonstiger Anspruch“ i.S.d. § 156 GWB berufe. Der erforderliche Bezug zu einem Beschaffungsvorgang bestehe vorliegend darin, dass es vorliegend um die Ausschreibungsbefugnis der Ag gehe; es seien die Ag selbst gewesen, die die SSB-Vereinbarung zur zentralen Ausschreibungsgrundlage gemacht hätten, von denen die

Bieter als Adressaten der Ausschreibung betroffen seien. Zudem verletzen die Ag ihre vergaberechtliche Pflicht zur klaren, eindeutigen und verlässlichen Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 GWB, § 31 VgV), da die Anwendbarkeit der SSB-Vereinbarung auf Kontrastmittelausschreibungen von einem Vertragspartner, namentlich der KV [...] bestritten werde. Es sei für die Bieter unzumutbar und deshalb vergaberechtswidrig, sich an einer Ausschreibung auf einer unklaren Rechtsgrundlage zu beteiligen. Da davon auszugehen sei, dass die Radiologen die Substitution regelmäßig verweigern würden, sei zudem die Kalkulationsgrundlage für die Bieter, für die die Zuerkennung der Exklusivität des Ausschreibungsgewinners zentral sei, grundlegend falsch und in vergaberechtswidriger Weise nicht hinreichend verlässlich. Wenn der Bieter mit seinem Angebot das Versprechen abgebe, z.B. 7.000 l Kontrastmittel pro Jahr zu liefern, wolle er diese Menge tatsächlich auch absetzen, indem die Bestellungen ggf. zu seinen Gunsten substituiert werden. Dies beeinträchtigt zudem den fairen Wettbewerb.

Die von der Vergabekammer zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018 (Az. VII-Verg 59/17) sei aus mehreren Gründen nicht auf den vorliegenden Fall übertragbar. So stelle die ASt anders als im Verfahren des OLG Düsseldorf nicht die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung, sondern deren Rechtmäßigkeit mangels einer Ermächtigungsgrundlage in Frage. Außerdem wolle die ASt nicht verhindern, dass ein Vergabeverfahren nach den Regeln des Kartellvergaberechts gar nicht erst stattfinde, sondern dass die Vergabe aufgrund einer erst noch herbeizuführenden ordnungsgemäßen Ermächtigungsgrundlage durchgeführt wird. Im Rahmen von SSB-Vereinbarungen habe eine Krankenkasse zudem gar keine Wahlmöglichkeit, ob sie ausschreibe oder nicht (anders als im Falle des § 127 Abs. 1 SGB V (Ausschreibung) und § 127 Abs. 2 SGB V (keine Ausschreibung)). Vielmehr sei eine Krankenkasse verpflichtet, die Lieferung von Kontrastmitteln auszuschreiben, benötige hierfür jedoch – so wie es in anderen KV-Bezirken außerhalb [...] der Fall sei – eine ordnungsgemäße Ermächtigungsgrundlage.

Ferner drohe der ASt ein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 1 S. 2 GWB, weil sie als Originalherstellerin der Kontrastmittel auf den Ausschreibungsgegenstand spezialisiert sei. Sollte eine exklusive Rahmenvereinbarung über diese Kontrastmittel rechtswidrig vergeben werden, könne die ASt möglicherweise an dem Beschaffungsbedarf der Ag nicht partizipieren. Entscheidend sei allein, dass durch den Vergaberechtsverstoß die Aussichten der ASt auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein könnten. Hierbei komme es nicht auf die Zuschlagschancen eines Antragstellers in dem im jeweiligen

Nachprüfungsverfahren konkret in Rede stehenden Vergabeverfahren an, sondern allein auf den Erhalt des Auftrags als solchen, ggf. erst in einem späteren, ordnungsgemäßen Vergabeverfahren. Es sei nicht auszuschließen, dass die ASt in einem vergabe- und wettbewerbskonform gestalteten Vergabeverfahren, bei dem insbesondere auch der zugesagte Exklusivitätsstatus eingehalten und somit erst eine verlässliche Kalkulationsgrundlage geschaffen wird, bessere Zuschlagschancen habe als unter den gegenwärtigen und möglicherweise nicht von allen Mitbewerbern erkannten unsicheren Ausschreibungsbedingungen.

Zum Einwand der Ag, die ASt habe in den Losen E und G die Bindefrist nicht verlängert, obwohl sie gewusst habe, dass sie hier für den Zuschlag in Betracht komme, trägt die ASt vor, dass die Kosten für die von den Ag vorgesehene Preisprüfung i.S.d. § 60 VgV aufgrund der bisherigen Erfahrungen der ASt aus anderen Preisprüfungen angesichts des geringen Umfangs dieser Lose zu hoch seien; ihr Angebotspreis liege in diesen Losen bereits unterhalb ihrer Einstandskosten, weitere Kosten habe sie deshalb hierfür nicht tragen wollen.

Darüber hinaus meint die ASt, dass ihr Nachprüfungsantrag begründet sei, weil die Beschaffung der Kontrastmittel mittels einer öffentlichen Ausschreibung unzulässig sei. Die SSB-Vereinbarung lasse es nicht zu, dass apothekenpflichtige Arzneimittel wie Kontrastmittel zugunsten eines Ausschreibungsgewinners substituiert werden. Denn eine Substitutionsbefugnis enthalte die SSB-Vereinbarung nur für nicht-apothekenpflichtigen Sprechstundenbedarf. Kontrastmittel seien jedoch Arzneimittel i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) AMG, gemäß § 48 AMG verschreibungspflichtig und gemäß § 43 Abs. 1 AMG apothekenpflichtig. Etwas anderes folge auch nicht aus § 47 Abs. 1 Nr. 2 lit. d) AMG, da dort lediglich der Vertriebsweg apothekenpflichtiger Arzneimittel an andere Empfänger als Apotheken (vor allem an Ärzte) geregelt werde. Diese Abkürzung des Vertriebswegs beinhalte jedoch weder ihrem Wortlaut noch ihrem Regelungszusammenhang nach eine Ausnahme von der Apothekenpflicht. Mangels Substitutionsbefugnis könne das durch eine solche öffentliche Ausschreibung herbeizuführende Exklusivlieferungsrecht nicht umgesetzt werden.

Da die Vertragspartner der SSB-Vereinbarung keine Befugnis hätten, eigenständig zu definieren und festzulegen, was apothekenpflichtig sei oder nicht, könnten sich die Ag auch nicht darauf berufen, dass Kontrastmittel in der Anlage 1 zur SSB-Vereinbarung nicht mit

einem „*“ gekennzeichnet seien. Maßgeblich seien diesbezüglich allein die gesetzlichen Vorgaben des AMG, über die sich die Ag nicht hinwegsetzen dürften. Anders als die Ag meinten, sei die SSB-Vereinbarung auch nicht so zu lesen, dass sie den Begriff der Apothekenpflichtigkeit nur zwischen den Partnern dieser Vereinbarung definiere. Die SSB-Vereinbarung sei so formuliert, dass sie generell den Fachbegriff der Apothekenpflichtigkeit der dort genannten Mittel ändern wolle. Jedenfalls sei die SSB-Vereinbarung und damit die Grundlage der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung unklar und widersprüchlich, was zu Lasten der Ag gehe. Es treffe auch nicht zu, dass sich die KV [...] seit 2015 nicht gegen eine entsprechende Ausschreibung von Kontrastmitteln gewehrt habe und das Verständnis der Ag teile, dass Kontrastmittel substituierbar seien. Vielmehr hätte die KV [...] allen Radiologen ihres Zuständigkeitsbereichs anlässlich der Vorgängerausschreibung 2015 mitgeteilt, dass sie die Ag zu 1) dazu aufgefordert habe, von einer solchen Ausschreibung und Substitution unverzüglich Abstand zu nehmen. Die [...] Radiologen hätten sich bisher faktisch an diesen Aufruf der KV [...] gehalten und die Belieferung mit einem bestimmten Kontrastmittel verlangt. Es sei davon auszugehen, dass auch die verfahrensgegenständliche Ausschreibung in der Praxis scheitere.

Ferner meint die ASt, die Ag habe die Zulässigkeit der Ausschreibung und der Ausschreibungsunterlagen nicht hinreichend dokumentiert.

Nachdem die Vergabekammer die ASt darauf hingewiesen hat, dass sie aufgrund ihres voraussichtlich unzulässigen Nachprüfungsantrags keine Akteneinsicht erhalte, führte die ASt aus, ihr stehe zumindest beschränkt Akteneinsicht zu, soweit diese notwendig sei, um die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags zu klären und ihren Rechtsschutz zu wahren (Art. 19 Abs. 4 GG). Die ASt dürfe daher zumindest in den Ausgangsvermerk der Ag Einsicht nehmen, in dem sich die Ag mit der Rechtsgrundlage der Ausschreibung und der Ausschreibungsbefugnis befasse.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten

1. die Einleitung eines Vergabenachprüfungsverfahrens gemäß §§ 160 ff. GWB;
2. den Ag zu untersagen, Rahmenvereinbarungen mit pharmazeutischen Unternehmen zur Belieferung von radiologisch tätigen Vertragsarztpraxen in [...] mit Kontrastmitteln im Rahmen des Vergabeverfahrens mit EU-Bekanntmachung

Nr. [...] vom [...] in den Fachlosen C, E, G und K abzuschließen und den Ag aufzugeben, das bekanntgemachte Vergabeverfahren insgesamt aufzuheben;

3. der ASt Akteneinsicht gemäß § 165 GWB zu gewähren;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt für notwendig zu erklären;
5. den Ag die Kosten des Nachprüfungsverfahrens - einschließlich der außergerichtlichen Kosten der ASt - aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragen über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag meinen, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, soweit er gegen den [...] Bundesverband gerichtet sei. Der [...] Bundesverband sei nicht der richtige Antragsgegner, weil er lediglich als Vertreter der Ag (Vergabestelle) das Vergabeverfahren durchführe und nicht durch vergaberechtliche Bestimmungen verpflichtet werde.

Zudem sei die ASt nicht antragsbefugt. Denn in der Sache mache die ASt auf dem falschen Rechtsweg ein Ausschreibungsverbot geltend, ohne dass ein Verstoß gegen Vergaberecht denkbar sei. Die ASt stütze sich allein auf die Auslegung des Sozialversicherungsrechts, welche noch dazu ausschließlich die Vertragsdurchführung und nicht die Vertragsanbahnung betreffe, und nenne keine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm, die ihr eine Antragsbefugnis vermitteln könne. Die Vergabekammer sei auch nicht gemäß § 156 Abs. 2 GWB zuständig, weil die Frage, ob die Ag Verträge der ausgeschriebenen Art überhaupt abschließen dürften, dem Vergabeverfahren als solchem vorgelagert sei.

In der mündlichen Verhandlung tragen die Ag zudem vor, dass die ASt die Bindefrist für die Lose E und G nicht verlängert habe, obwohl die Ag der ASt im Rahmen der vorgesehenen Preisprüfung nach § 60 VgV telefonisch mitgeteilt hätten, dass sie in diesen Losen für den Zuschlag in Frage komme.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag auch unbegründet. Abgesehen davon, dass die Ag für die Durchführung eines Vergabeverfahrens keine Ermächtigungsnorm bräuchten, erlaube die SSB-Vereinbarung für [...] die Substitution von Kontrastmitteln. Laut Ziffer 1 der SSB-Vereinbarung habe der Arzt bei „nicht-apothekenpflichtigem Sprechstundenbedarf“ die Produktwahl, d.h. es finde keine Substitution statt, wenn er dies ausdrücklich vermerke. Unter den „nicht apothekenpflichtigen Sprechstundenbedarf“ i.S.d. SSB-Vereinbarung fielen auch Kontrastmittel. Denn gemäß Anlage 1 der SSB-Vereinbarung seien die apothekenpflichtigen Mittel mit einem „*“ gekennzeichnet, Kontrastmittel enthielten jedoch keinen solchen „*“. Eine solche Definition bzw. Vereinbarung sei den Vertragspartnern der SSB-Vereinbarung durch das AMG nicht verwehrt, da Kontrastmittel gemäß § 47 Abs. 1 Nr. 2 lit. d) AMG vom (alleinigen) Vertriebsweg Apotheke ausgenommen seien. Die SSB-Vereinbarung sei eine vertragliche Absprache, die der Privatautonomie unterliege. Zudem werde die Auslegung der Ag von der KV [...] und den [...] Radiologen geteilt; diese würden aufgrund der seit 2015 so umgesetzten Ausschreibungskonzeption grundsätzlich mit den Produkten der Ausschreibungsgewinner beliefert werden.

Darüber hinaus führen die Ag aus, dass die Ausschreibungsgrundlagen auch nicht aus anderen Gründen zu beanstanden seien.

In der mündlichen Verhandlung vom 3. August 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern.

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 bereits unzulässig (dazu unter 1.). Abgesehen davon spricht viel dafür, dass er ebenfalls unbegründet wäre (dazu unter 2.). Mangels Zulässigkeit ihres Nachprüfungsantrags ist der ASt keine Akteneinsicht zu gewähren (dazu unter 3.).

1. Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig.

Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags scheitert allerdings nicht bereits daran, dass die ASt diesen gegen den „[...] Bundesverband“ gerichtet hat. Dies ist unschädlich, wenn sich – wie hier – nach Auslegung des Nachprüfungsantrags eindeutig ergibt, gegen wen sich der Antrag tatsächlich richtet (vgl. 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 26. Januar 2005, VK 3-224/04; vgl. zum Verwaltungsprozess Kopp/Schenke, VwGO, 23. Auflage, zu § 78 Rn. 16, zu § 82 Rn. 3). Dies ist hier hinreichend deutlich der Fall. So hat die ASt den „[...] Bundesverband“ lediglich als „namens und in Vollmacht handelnd für die folgenden Krankenkassen“ bezeichnet und anschließend ausschließlich die sechs von diesem Bundesverband vertretenen Krankenkassen als „Antragsgegnerinnen“ genannt. Diese sechs Krankenkassen sind tatsächlich in diesem Nachprüfungsverfahren die „richtigen“ Antragsgegner. Darüber hinaus lässt sich das angegriffene Vergabeverfahren und die Auftraggebereigenschaft der Ag zu 1) bis 6) eindeutig aus der im Nachprüfungsantrag genannten Fundstelle der einschlägigen EU-Bekanntmachung und der als Anlage beigefügten Bekanntmachung selbst entnehmen. Hiernach handelt der „[...] Bundesverband“ (richtig: [...] -Bundesverband [...]) für diese lediglich als Vertreter (s. Ziffern I.1 der EU-Bekanntmachung sowie Ziffer 1.2 der BWB). Dementsprechend war das Rubrum des Nachprüfungsantrags von der Vergabekammer von Amts wegen zu berichtigen (vgl. Kopp/Schenke, VwGO, 20. Auflage, zu § 78 Rn. 16, zu § 82 Rn. 3; OLG Celle, Beschluss vom 24. September 2014, 13 Verg 9/14).

Der ASt fehlt jedoch aus mehreren Gründen die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. So ist bereits ihr Auftragsinteresse fraglich (s. dazu unter a)), jedenfalls aber kann sich die ASt nicht auf eine bieterschützende Norm berufen (s. dazu unter b)) und ihr droht auch kein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB (s. dazu unter c)). Dem stehen auch nicht § 156 Abs. 2 GWB oder §§ 69 Abs. 3, § 51 Abs. 3 SGG entgegen (s. dazu unter d) bzw. e)) und die ASt steht auch nicht rechtsschutzlos da (s. dazu unter f)).

a) Soweit die ASt ihren Nachprüfungsantrag darauf stützt, das Vergabeverfahren sei rechtswidrig, da die SSB-Vereinbarung nicht die hierfür erforderliche Rechtsgrundlage beinhalte, die Kontrastmittelbestellungen zugunsten des Zuschlagsdestinatärs zu substituieren, ist bereits das Auftragsinteresse der ASt i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 1 GWB fraglich. Denn zwar betont die ASt, dass sie an einem ihrer Meinung nach rechtmäßigen Vergabeverfahren teilnehmen, also nicht jegliche Ausschreibung durch die Ag an sich verhindern wolle. Da eine solche auch nach Auffassung der ASt rechtskonforme Ausschreibung von einer Rechtsänderung, nämlich einer Änderung der SSB-Vereinbarung

abhängt, zielt das primäre Begehren der ASt im Ergebnis auf die Verhinderung einer Kontrastmittelausschreibung ab: Die ASt will nämlich, dass das verfahrensgegenständliche Beschaffungsvorhaben unterbleibt – jedenfalls solange die SSB-Vereinbarung gilt. Hinzu kommt, dass die Ag, die nur eine Partei der Vertragspartner der SSB-Vereinbarung repräsentieren, die von der ASt begehrte Rechtsänderung gar nicht herbeiführen können; eine entsprechende Anordnung der Vergabekammer wäre ebenfalls wirkungslos, sofern der weitere Vertragspartner (die KV [...]) dem nicht freiwillig folgt (was auch die ASt für unwahrscheinlich hält). An dem auf der Grundlage des geltenden Rechts, und nur über das kann die Vergabekammer entscheiden, ausgeschriebenen Auftrag, hat die ASt mithin kein Interesse. Das Rechtsschutzziel, ein Vergabeverfahren zu verhindern und Vergaberecht nicht anzuwenden, ist nämlich nicht vom Vergaberechtsschutz umfasst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 59/17; OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 3. November 2011, Verg W 4/11 m.z.N. und vom 7. Oktober 2010, Verg W 12/10; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 28. Mai 2014, VK 2-35/14).

Aus diesem Grund kann sich die ASt auch nicht auf die Rechtsprechung des BGH berufen, dass ein Antragsteller ggf. einen Anspruch darauf hat, dass der Auftraggeber überhaupt erst ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren durchführt. In dem Verfahren, über das der BGH in der von der ASt zitierten Entscheidung entschieden hat, ging es dem Antragsteller darum, dass der Auftrag nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB vergeben wird, jedoch nicht um den hier vorliegenden umgekehrten Fall, dass gerade kein Vergabeverfahren im Sinne des Teils 4 stattfindet (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11; darauf weist auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O., hin).

Da die Antragsbefugnis der ASt aber jedenfalls aus anderen Gründen fehlt, braucht deren Auftragsinteresse nicht abschließend festgestellt zu werden. Dasselbe gilt für die Frage, ob das Auftragsinteresse der ASt jedenfalls in den Losen E und G schon deshalb fehlt, weil sie die Bindefrist nicht verlängert hat, obwohl sie voraussichtlich für den Zuschlag vorgesehen war. Auch wenn die ASt ihre Vorgehensweise mit den für sie unangemessen hohen Kosten der von den Ag vorgesehenen Auskömmlichkeitsprüfung und dem geringen wirtschaftlichen Wert dieser beiden Lose für ihr Unternehmen begründet, dürfte dies belegen, dass ihr das Interesse fehlt, den Auftrag jedenfalls in diesen beiden Losen zu erhalten.

b) Auf jeden Fall aber macht die ASt keine Verletzung in ihren „Rechten nach § 97 Absatz 6“ GWB „durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften“ geltend (s. zu dieser Tatbestandsvoraussetzung § 160 Abs. 2 S. 1 GWB). Solche Vorschriften müssen zwar keine vergaberechtlichen Normen sein wie diejenigen in Teil 4 des GWB, der VgV, der VSVgV, der KonzVgV, der VOB/A, der SektVO oder im EU-Vergaberecht. In Betracht kommen vielmehr auch außervergaberechtliche Normen, z.B. aus dem Sozialrecht. Wenn sich ein Antragsteller jedoch auf solche „außervergaberechtlichen“ Normen beruft, bedarf es einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm, die das „Verfahren“ betreffen, „in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt“ (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O. m.w.N.; vgl. auch Dicks in: Ziekow/Völlink, 3. Aufl., zu § 160 GWB, Rz. 21). Der bieterschützende Charakter einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm ergibt sich hier also nicht aus dem Vergaberecht unmittelbar, sondern aus Normen außerhalb des Vergaberechts, die allerdings – wie die unmittelbar dem Vergaberecht zuzuordnenden Normen – den Schutz der an einem Vergabeverfahren beteiligten Bieter oder Bewerber bezwecken, indem sie entweder aus sich heraus einen direkten Bieterschutz vermitteln oder aber Umstände regeln, die sich unmittelbar auf vergaberechtliche Normen auswirken.

Diese Voraussetzung ist hier nicht erfüllt. Denn die Regelungen der SSB-Vereinbarung, die nach Auffassung der ASt dazu führen, dass die Ag die Belieferung der Vertragsarztpraxen mit Kontrastmitteln von vornherein gar nicht ausschreiben dürfen, betreffen nicht die Durchführung des Vergabeverfahrens, also nicht das Verfahren, „in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt“. Denn ein Vergabeverfahren und damit der Bieterschutz beginnt, sobald der öffentliche Auftraggeber seine zunächst intern getroffene Beschaffungsentscheidung nach außen dokumentiert, indem er z.B. den Wettbewerb durch eine Vergabebekanntmachung eröffnet oder – im Fall einer sog. de facto-Vergabe – einen Wirtschaftsteilnehmer für den Vertragsschluss auswählt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Diesem Auftreten mit einem Beschaffungsentschluss nach außen ist die Frage, ob – aus welchen rechtlichen Gründen auch immer – gar nicht ausgeschreiben werden darf, notwendigerweise vorgelagert, da je nach deren Beantwortung der Auftraggeber das Vergabeverfahren einleitet oder nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Etwas anderes gilt auch dann nicht, wenn man die Regelungen der SSB-Vereinbarung über die etwaige Substitution des von einem Arzt bestellten Mittels nicht (nur) als dem Vergabeverfahren vorgelagert versteht, sondern als solche, die die konkrete Durchführung und Abwicklung des ausgeschriebenen Vertrags mit der Lieferung des bestellten Kontrastmittels oder ggf. dessen Substituts

betreffen. Denn das Vergabeverfahren, in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt, und damit auch der Vergaberechtsschutz enden mit dem Zuschlag auf den Rahmenvertrag (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Etwaige Rechtsverletzungen, die die spätere Vertragsdurchführung – hier die Belieferung der Ärzte mit Kontrastmitteln – betreffen, können mithin nicht vor den Vergabenachprüfungsinstanzen geltend gemacht werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.).

Dies gilt auch dann, wenn man das Begehren der ASt nicht unmittelbar auf die SSB-Vereinbarung, sondern auf die (laut ASt) höherrangige Rechtsgrundlage dieser Vereinbarung (§ 83 SGB V) stützt. Denn auch diese Norm betrifft nicht das Vergabeverfahren, sondern die einem Vergabeverfahren vorgelagerte Frage, ob ausgeschrieben werden darf, bzw. die nachgelagerte Frage, wie der ausgeschriebene Vertrag in der Praxis abgewickelt wird (mit Substitution des bestellten Mittels auf der Grundlage dieses Gesamtvertrags oder ohne).

Dementsprechend scheidet eine Verletzung vergaberechtlicher Ansprüche hier aus. Insoweit ist auf die obigen Ausführungen zu verweisen, wonach in einem Vergabenachprüfungsverfahren nur die Verletzung *bieterschützender* Normen geltend gemacht werden kann (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.) und dass bieterschützende Normen nur solche sind, die gerade auch die Rechtsposition der Unternehmen in deren Rolle als Bieter oder Bewerber und damit deren Situation zwischen Erstellung des Angebots (bzw. Teilnahmeantrags) und Zuschlagserteilung betreffen, nicht jedoch die Normen, die deren sonstige Stellung als Marktteilnehmer im Übrigen regeln. Demnach gilt bei Normen, die Sachverhalte betreffen, die einem Vergabeverfahren vor- oder nachgelagert sind, dass deren Auswirkungen auf das Vergabeverfahren, in dem der betreffende Vertrag zustande kommt, einen reinen Rechtsreflex darstellen. Ein solcher Reflex begründet jedoch keinen Bieterschutz i.S.d. § 160 Abs. 2, § 97 Abs. 6, § 156 Abs. 2 GWB.

Wie hieraus folgt, liegt eine Rechtsverletzung, auf die sich ein Antragsteller gemäß § 160 Abs. 2 S. 1 GWB berufen kann, anders als die ASt meint nicht schon dann vor, wenn es einen „Beschaffungsbezug“ gibt. Der Gesetzgeber hat die Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags vielmehr zusätzlich davon abhängig gemacht, dass sich ein Antragsteller auf eine bieterschützende Norm beruft. Die SSB-Vereinbarung (i.V.m. § 83 SGB V) ist hier jedoch keine vergaberechtliche Norm in diesem Sinne, sondern eine solche,

die Vorfagen der Ausschreibung bzw. die Durchführung des ausgeschriebenen Vertrags betrifft.

Eine zulässige vergaberechtliche Anknüpfungsnorm besteht vorliegend auch nicht in den Regelungen über die Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung (§ 121 Abs. 1 GWB, § 31 Abs. 1 VgV) oder den Rechtsgrundsätzen der kaufmännisch zumutbaren Kalkulation. Eine Verletzung dieser vergaberechtlichen Vorschriften kommt von vornherein nicht in Betracht. So ist die Eindeutigkeit und Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung vorliegend nicht tangiert. Was die Ag ausschreiben und wie sie in diesem Zusammenhang die SSB-Vereinbarung verstehen, ist eindeutig und für alle Bieter gleichermaßen aus den Vergabeunterlagen verständlich und transparent erkennbar. Hiernach gehen die Ag von der Substituierbarkeit der bestellten Kontrastmittel zugunsten des Zuschlagsdestinatärs aus. Das Risiko, dass der hier ausgeschriebene Rahmenvertrag später nicht so wie von den Ag erwartet umgesetzt wird, weil z.B. wegen der SSB-Vereinbarung in geringerem Umfang substituiert wird als vorgesehen, muss jeder Bieter, der ein solches Risiko sieht, einkalkulieren. Insbesondere solche Mengenrisiken bestehen bei Rahmenvereinbarungen immer und sind vom Gesetzgeber anerkannt (vgl. § 21 Abs. 1 S. 2 VgV), ohne dass diese gegen den Grundsatz der Bestimmtheit der Leistungsbeschreibung verstoßen (std. Rspr., vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 2. November 2016, VII-Verg 27/16, vom 21. Oktober 2015, VII-Verg 28/14 und vom 20. Februar 2013, VII-Verg 44/12 jeweils m.w.N. sowie speziell zu Kontrastmitteln: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15). Hinzu kommt, dass auch die Ag das aus Sicht der ASt bestehende Risiko der unzureichenden Substitution gar nicht beeinflussen können und die Kalkulationsgrundlagen in dieser Hinsicht gar nicht verlässlicher machen können, weil sie den Regelungsgehalt der derzeit geltenden SSB-Vereinbarung allein nicht ändern können (sondern nur, wenn die übrigen Vergabepartner, die KV [...], freiwillig sich hieran beteiligen). Der Vortrag der ASt in der mündlichen Verhandlung, ihr Risiko bestehe darin, jedes Jahr bis zu 7.000 l Kontrastmittel mangels Substitution nicht abzusetzen, ist zudem zu unsubstantiiert und angesichts der Unternehmensgröße der ASt als Teil eines weltweit tätigen Konzerns nicht nachvollziehbar, um den Schluss zu rechtfertigen, dass die Angebotskalkulation für sie unzumutbar sein soll. Außerdem realisiert sich bei etwaigen späteren Absatzverlusten lediglich das Risiko, das die ASt bereits angesichts ihres Verständnisses der SSB-Vereinbarung vorhergesehen hat und bei ihrer Angebotskalkulation hat berücksichtigen können. Das von der ASt des Weiteren angesprochene Recht auf fairen Bieterwettbewerb kann vorliegend zudem schon deshalb nicht tangiert sein, weil für alle Bieter dieselben

Vergabeunterlagen gelten, also alle Bieter bei der Angebotskalkulation mit denselben Fragestellungen und Unsicherheiten befasst sind.

- c) Darüber hinaus droht der ASt weder ein Schaden noch ist ihr ein solcher entstanden (§ 160 Abs. 2 S. 2 GWB). Ein solcher Schaden liegt dann vor, wenn durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des den Antrag stellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O., jeweils m.z.N). Auch wenn es diesbezüglich nicht nur auf das im Nachprüfungsverfahren konkret in Rede stehende Vergabeverfahren ankommt, sondern eine wirtschaftliche Betrachtungsweise anzustellen ist, wonach es dem Bieter auf den Erhalt des Auftrags als solchen ankommt und nicht, in welchem Vergabeverfahren dies erfolgt (vgl. BGH und OLG Düsseldorf, jeweils a.a.O.), kann der ASt aufgrund des von ihr geltend gemachten Rechtsverstoßes ein solcher Schaden vorliegend nicht entstehen. Denn der aus Sicht der ASt bestehende Rechtsverstoß (die Ag dürften wegen der SSB-Vereinbarung das Vergabeverfahren so gar nicht durchführen) beeinträchtigt nicht deren Zuschlagschancen. So wie im Rahmen der vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm (s.o. unter b)), die sich nach der hier vertretenen Auffassung auf das „Verfahren“ beziehen muss, „in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt“, ist auch der Begriff des „Schadens“ i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB eng zu verstehen, das heißt dieser Schaden muss im Vergabeverfahren entstehen (oder jedenfalls drohen). Dies betrifft insbesondere Nachteile des Antragstellers im Rahmen der Erstellung oder Wertung seines Angebots. Nachteile, die jedoch nicht bereits im (jetzigen oder einem späteren) Vergabeverfahren entstehen und damit das betreffende Unternehmen in seiner Rolle als Bieter (oder Bewerber) beeinträchtigen, sondern in seiner Rolle als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers oder sonstiger Marktteilnehmer, stellen keinen „Schaden“ i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB dar.

Dies ist nicht nur im Hinblick auf die hier vertretene Auslegung der von der Vergabekammer nachprüfbaren Rechte konsequent, sondern folgt auch schon aus der in ständiger Vergaberechtsprechung entwickelten Begriffsdefinition „Schaden = Beeinträchtigung der Zuschlagschancen“. Demnach sind auch die Zuschlagschancen der ASt vorliegend nicht tangiert. Denn ob die Kontrastmittel zugunsten des Zuschlagsdestinatärs substituiert werden oder nicht, betrifft dessen Chance, dass sich das von ihm kalkulierte Angebot tatsächlich im Rahmen der Vertragsdurchführung amortisiert; die Angebotserstellung oder

-wertung und damit die Aussichten der einzelnen Bieter auf den Zuschlagserhalt werden davon jedoch nicht berührt.

Soweit die ASt ihren Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB damit begründet, sie habe in einem vergaberechtskonform gestalteten Vergabeverfahren aufgrund des realistischeren Exklusivitätsstatus und der verlässlicheren Kalkulationsgrundlagen bessere Zuschlagschancen als im jetzigen Vergabeverfahren, fehlt es darüber hinaus an der Beeinträchtigung der subjektiven Rechte der ASt. Denn wie bereits oben (siehe b)) dargelegt, sind die Rechte, deren Verletzung die ASt hier geltend macht, keine im Nachprüfungsverfahren verfolgbaren Rechte.

d) Etwas anderes folgt auch nicht aus § 156 Abs. 2 GWB. Denn wie bereits oben unter b) dargelegt, betreffen die in § 156 Abs. 2 GWB genannten Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB bzw. die sog. „sonstigen Ansprüche“ nur Bestimmungen „über das Vergabeverfahren“ (so § 97 Abs. 6 GWB) oder Ansprüche, „die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind“ (so § 156 Abs. 2 GWB), also nur Rechte eines Bieters (oder Bewerbers) im Vergabeverfahren. Fragen, die einem Vergabeverfahren vor- oder nachgelagert sind, werden auch von § 156 Abs. 2 GWB nicht erfasst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Anders als die ASt meint, besteht der Wille des Gesetzgebers ausweislich des § 156 Abs. 2 GWB nicht darin, dass Beschaffungsvorhaben allumfassend und exklusiv von den Vergabekammern überprüft werden. Vielmehr wurde deren Zuständigkeit von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht und mit dem Anfang und dem Ende des Vergabeverfahrens verknüpft („in einem Vergabeverfahren“). Diese Einschränkungen gelten wie hier aufgezeigt für alle Zulässigkeitsvoraussetzungen gleichermaßen, also nicht nur für die Auslegung des § 156 Abs. 2 GWB, sondern auch für die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch nur in diesem eingeschränkten Umfang ein spezielles Rechtsschutzregime mit besonderen Regelungen geschaffen. Mangels Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags muss sich die ASt Eilrechtsschutz ggf. vor dem zuständigen (Sozial-)Gericht verschaffen.

e) § 69 Abs. 3 SGB V oder § 51 Abs. 3 SGG vermögen die Prüfungsbefugnisse der Vergabekammer ebenfalls nicht zugunsten der ASt zu erweitern. Laut § 69 Abs. 3 SGB V sind die Vergabekammern zuständig, um öffentliche Aufträge nach dem SGB V nachzuprüfen. Da es sich hierbei um eine Rechtsgrundverweisung handelt, ist diese

Tatbestandsvoraussetzung nach Vergaberecht zu entscheiden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Danach liegt ein Vergabeverfahren erst ab nach außen gerichteter Umsetzung des Beschaffungsentschlusses des öffentlichen Auftraggebers bis zur Zuschlagserteilung vor, für vor- bzw. nachgelagerte Fragen wie hier gilt die Rechtswegzuweisung nach § 69 Abs. 3 SGB V (und damit auch des § 51 Abs. 3 SGG) nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.).

- f) Mit der hier vertretenen Rechtsauffassung, dass die ASt den Rechtsverstoß, die Ag dürfe die Kontrastmittelbelieferung wegen (§ 83 SGB V i.V.m.) der SSB-Vereinbarung nicht ausschreiben, nicht vor den Nachprüfungsinstanzen geltend machen dürfe, steht die ASt auch nicht rechtsschutzlos dar. Denn die Prüfung sozialrechtlicher Normen obliegt – soweit (wie hier) keine abdrängende Rechtswegzuweisung vorliegt – den Sozialgerichten, § 51 SGG (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Jedenfalls aber wenn der ausgeschriebene Auftrag durchgeführt wird, kann die ASt die Frage, ob Kontrastmittel zugunsten des Ausschreibungsgewinners gemäß der SSB-Vereinbarung substituiert werden, vor den zuständigen (Sozial-)Gerichten klären lassen.

Anders als die ASt meint, ist die Entscheidung des OLG Düsseldorf, auf die sich die hier vertretene Auffassung im Wesentlichen stützt, auf den vorliegenden Fall übertragbar. Wie beim Beschluss des OLG Düsseldorf vom 27. Juni 2018, ob eine Ausschreibung zweckmäßig ist i.S.d. § 127 Abs. 1 SGB V, so dass ausgeschlossen werden darf oder nicht, handelt es sich bei der Frage, ob die SSB-Vereinbarung [...] mangels Substitutionsmöglichkeit einer Ausschreibung entgegensteht erstens um eine Frage, die die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung insgesamt in Frage stellt (hier: weil sie der SSB-Vereinbarung widerspricht, im Fall des OLG Düsseldorf weil sie nicht zweckmäßig ist), d.h. das Rechtsschutzziel, des jeweiligen Antragstellers, das Vergabeverfahren auf der Grundlage des geltenden Rechts zu untersagen, ist in beiden Fällen gleich. Zweitens handelt es sich in beiden Fällen bei der zu entscheidenden Rechtsfrage um eine Frage, die dem Vergabeverfahren vorgelagert ist, und drittens betreffen beide Fälle eine anhand von sozialrechtlichen Normen zu beurteilende Frage (im einen Fall richtet sich die Antwort nach § 127 SGB V, im anderen Fall nach (§ 83 SGB V i.V.m.) der SSB-Vereinbarung). Auch sonst unterscheidet sich die vom OLG Düsseldorf entschiedene Rechtslage nicht wesentlich vom vorliegenden Fall. Anders als die ASt meint, ist der rechtliche Spielraum einer gesetzlichen Krankenkasse als öffentlicher Auftraggeber wie die Ag bei Ausschreibungen nach § 127 SGB V auch nicht weiter als im vorliegenden Verfahren. Denn die Wahlmöglichkeit auszuschreiben, die die ASt anspricht, hat der

Auftraggeber weder im einen noch im anderen Fall: entweder darf er es mangels Zweckmäßigkeit nicht oder (so die ASt) weil die Regelungen der SSB-Vereinbarung der Ausschreibung entgegenstehen.

2. Abgesehen davon dürfte der Nachprüfungsantrag, ohne dass dies hier abschließend zu prüfen ist, auch unbegründet sein. Denn jedenfalls für den Geltungsbereich der SSB-Vereinbarung [...] zählen auch Kontrastmittel zu den Mitteln des Sprechstundenbedarfs, die substituiert werden können, sofern der betreffende Arzt nicht auf die Belieferung mit einem bestimmten Mittel besteht. Dies ergibt sich aus Ziffer 1 der SSB-Vereinbarung, wonach eine Substitution des bestellten Mittels im Rahmen der Anforderung und Belieferung von nicht-apothekenpflichtigem Sprechstundenbedarf nur dann nicht erfolgt, „wenn der Arzt dies ausdrücklich vermerkt“. Wie sich aus Anlage 1 zu dieser Vereinbarung ergibt, gilt dies auch für Kontrastmittel, denn diese sind nicht mit einem „ * “ gekennzeichnet und gelten damit als nicht-apothekenpflichtiges Mittel i.S.d. Vereinbarung.

Diese Definition gilt – wie alle vertraglichen Vereinbarungen – nur zwischen den Vertragspartnern und ist im Rahmen der Privatautonomie zulässig, da sie nicht gegen höherrangige unabdingbare gesetzliche Vorschriften verstößt (vgl. zum Rechtscharakter von solchen Sprechstundenbedarfsvereinbarungen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Juli 2015, VII-Verg 12/15). Denn anders als die ASt meint, stehen die Regelungen des AMG einer solchen Vereinbarung über die Direktlieferung durch pharmazeutische Unternehmer und Großhändler an Ärzte und über die Substitution eines bestellten Kontrastmittels nicht entgegen. Zwar zählen Kontrastmittel hiernach zu den apothekenpflichtigen Mitteln (§ 43 i.V.m. 2 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) AMG). Jedoch ist es gemäß § 43 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 47 Abs. 1 Nr. 2 lit. d) AMG zulässig, dass Zubereitungen zur Erkennung von Körperfunktionen, also u.a. Kontrastmittel, nicht ausschließlich an Apotheken, sondern ggf. auch direkt an Ärzte abgegeben werden dürfen.

Das Verständnis der ASt, die Substitutionsregelungen der SSB-Vereinbarung seien deshalb rechtswidrig, weil sie so formuliert seien, dass sie generell den gesetzlichen Fachbegriff der Apothekenpflichtigkeit ändern wollten, überzeugt nicht. Denn gerade weil es sich um einen gesetzlich definierten Fachbegriff handelt, kann es gar nicht Zweck und Inhalt dieser Vereinbarung zwischen einzelnen Marktteilnehmern bzw. ihren Vertretungsorganen sein, die gesetzlichen Definitionen mit allgemeiner Gültigkeit zu ändern. Vertragliche Vereinbarungen sind per se zu verstehen, dass sie zunächst (nur) zwischen den Vertragspartnern gelten und

im Interesse der Wahrung der Vertragsautonomie im Zweifel geltungserhaltend auszulegen sind, also so, dass sie im Einklang mit zwingenden gesetzlichen Regelungen stehen, aber dem Willen der Vertragsparteien Rechnung tragen (vgl. Ellenbeger in: Palandt, 74. Aufl., zu § 133 BGB, Rz. 25 m.w.N.). Dementsprechend sind die Parteien der SSB-Vereinbarung hier übereingekommen, auch apothekenpflichtige Kontrastmittel im Rahmen der getroffenen Vereinbarung den Regelungen für den nicht-apothekenpflichtigen Sprechstundenbedarf zu unterwerfen.

Auch die von der ASt geltend gemachten Dokumentationsmängel bestehen nicht, denn die Ag haben sich in der Vergabeakte u.a. mit Frage der Substitutionsbefugnis von Kontrastmitteln aufgrund der SSB-Vereinbarung auseinandergesetzt; mangels erteilter Akteneinsicht (s. dazu unter 3.) hat die ASt diesen Vermerk nicht gesehen.

3. Der Antrag der ASt auf Akteneinsicht war abzulehnen, da ihr Nachprüfungsantrag unzulässig ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 15. August 2011, VII-Verg 71/11; und vom 14. Juli 2003, Verg 11/03).

Auch unter dem Gesichtspunkt, dass ein Antragsteller in diesem Fall jedenfalls Einsicht in diejenigen Unterlagen der Antragsgegnerin erhält, die für die Beurteilung der Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags bedeutend sein können, ist der ASt keine Akteneinsicht zu gewähren. Denn hierzu enthält die Vergabeakte nichts. Die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags beruht vorliegend nicht auf den – von der ASt im Rahmen der Akteneinsicht begehrten – Erwägungen der Ag zum Umfang der Substitutionsbefugnis nach der SSB-Vereinbarung, sondern auf der abstrakten und von der Vergabekammer von Amts wegen allein auf der Grundlage des Sach- und Rechtsvortrags der ASt zu prüfenden Rechtsfrage, ob die ASt antragsbefugt ist oder nicht.

Abgesehen davon wurde der ASt im Ergebnis nichts vorenthalten. Denn die Ag haben sich auf die Rüge hin und im Nachprüfungsverfahren mit den Argumenten der ASt auseinandergesetzt und die ASt hatte Gelegenheit, hierzu Stellung zu nehmen.

III.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.