



## 2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 – 100/18

### Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

die Antragsgegner und Antragsgegnerinnen [...] werden vertreten durch die

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Abschluss von Rahmenverträgen [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Dr. Brauser-Jung und den ehrenamtlichen Beisitzer Knipp auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2018 am 19. November 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.

2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen [...].
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen [...] war notwendig.

## I.

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich dagegen, dass die Antragsgegnerinnen (Ag [...]) eine spezifische Konzentrationsgröße der in das streitgegenständliche Fachlos C fallenden Wirkstoffe nicht in den Loszuschnitt aufgenommen haben, was einen bestimmten Marktteilnehmer, der diese spezifische Konzentrationsgröße als Einziger am Markt anbietet, unsachgemäß bevorzuge, weil dieser so sein Angebot für die übrigen Konzentrationsgrößen des Fachloses C im streitgegenständlichen Vergabeverfahren quersubventionieren könne.

1. Die Ag [...] veröffentlichten am [...] eine EU-weite Auftragsbekanntmachung über den Abschluss einer Rahmenvereinbarung für die Belieferung [...]. Die Leistung war auf zwei Gebietslose aufgeteilt. Für die zu beschaffenden [...] wurden mehrere Wirkstoffe indikationsübergreifend in sechs Fachlosen zusammengefasst, darunter jeweils die streitgegenständlichen Fachlose C, die für jedes Gebietslos die Beschaffung mit [...] betrafen. Eine Loslimitierung gab es nicht, je Fachlos soll ein Zuschlag erfolgen, pro Fachlos ein Rahmenvertrag vergeben werden.

Gemäß Ziff. VI.4.1 der Auftragsbekanntmachung ist die Vergabekammer des Bundes als zuständige Nachprüfungsinstanz benannt worden.

Die Ag [...] gaben in der bekannt gemachten Fachloseinteilung (Anlage 11 der Vergabeunterlagen) für die Fachlose C der beiden Gebietslose vor, dass folgende Wirkstoffkonzentrationen kumulativ angeboten werden mußten:

- „1. 300 mg/ml oder 320 mg/ml
2. 350 mg/ml oder 370 mg/ml“.

In der derzeit noch bis Ende März 2019 laufenden Rahmenvereinbarung, die durch die streitgegenständlich ausgeschriebene Rahmenvereinbarung abgelöst werden soll, war

neben einem entsprechenden Fachlos C noch ein Fachlos F für die Wirkstoffkonzentration 400 mg/ml enthalten. Für diese Wirkstoffkonzentration enthält die streitgegenständliche Ausschreibung kein solches Fachlos F. Die Ag [...] beabsichtigen vielmehr, die Wirkstoffkonzentration 400 mg/ml mit Vertragsbeginn zum 1. April 2019 in einem open-house-Verfahren separat zu beschaffen.

Zur Losbildung heißt es im Vergabevermerk der Ag [...] (Ziff. 2, Seite 4 unten): *„Die [...] werden in zwei Gruppen aufgeteilt. Die erste Gruppe von [...] ist Bestandteil dieser Ausschreibung (wirkstoffübergreifend, indikationsbezogen, exklusiv), die zweite Gruppe (nicht wirkstoffübergreifend) wird in einem separaten Verfahren (Open house) veröffentlicht. ...“*. Mit dieser Zweiteilung beabsichtigten die Ag [...] die bestmögliche Realisierung von Wirtschaftlichkeitsreserven, was nur dann gewährleistet sei, wenn – wie in der ersten Gruppe – ein Wettbewerb zwischen den Anbietern herrsche. Bei den in der zweiten Gruppe zusammengefassten [...] habe die Erfahrung mit früheren Ausschreibungen gezeigt, dass für diese kein intensiver Wettbewerb existiere. Um hierfür die gewünschten Einsparungen zu erzielen, hielten die Ag [...] ein open-house-Verfahren für zweckmäßig. Für die Zuordnung zur wirkstoffübergreifenden Ausschreibung sei die Vergleichbarkeit und Austauschbarkeit der den jeweiligen Fachlosen zugeordneten [...] ausschlaggebend. Die Einteilung der Fachlose orientiere sich an der tatsächlichen Verwaltungspraxis, also der Versorgungsrealität. Eine weitere Aufteilung in kleinere Fachlose laufe dem tatsächlichen Ordnungsverhalten zuwider und führe zu Akzeptanz- und Umsetzungsschwierigkeiten bei der Ärzteschaft. Der Arzt sei nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot verpflichtet, die Produkte des Zuschlagsempfängers in den jeweiligen Fachlosen anzufordern.

Die ASt erhielt die Vergabeunterlagen am 10. September 2018. Am 14. September 2018 wandte sich die ASt mit zwei Fragen an die Ag [...]. In der ersten Frage („Frage 11“ des Fragenkatalogs der Ag [...]) erkundigte sich die ASt generell, ob für die Fachlose, die noch in der Vorgänger-Ausschreibung aus dem Jahr 2016 erfasst gewesen seien, in der streitgegenständlichen Ausschreibung aber nicht mehr, ein open-house-Verfahren durchgeführt werde und wann dies erfolgen solle. Die Ag [...] antworteten am 19. September 2018, dass weitere Ausschreibungsverfahren geplant, aber nicht finalisiert seien; eine Bekanntgabe erfolge zu einem späteren Zeitpunkt.

In einer zweiten Frage erkundigte sich die ASt zum Fachlos C, ob die nicht erfasste Wirkstoffkonzentration 400 mg/ml gegen das Produkt des Zuschlagsempfängers im Fachlos

C ausgetauscht werde oder ob der Arzt das Produkt mit der Konzentration 400 mg/ml erhalte. Die Ag [...] verwiesen in ihrer Antwort zunächst auf ihre Antwort zur Frage 11 und führten weiter aus, dass die höher konzentrierten Produkte mit 400 mg/ml nicht Gegenstand des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens seien. Ein Austausch durch die Krankenkasse erfolge nicht.

Die ASt rügte darauf hin mit Schreiben vom 25. September 2018 einen Verstoß gegen die Grundsätze der Gleichbehandlung, des fairen Verfahrens und der Zumutbarkeit der Angebotskalkulation.

Die Ag [...] halfen dieser Rüge mit Schreiben vom 27. September 2018 nicht ab.

Die ASt gab für das Fachlos C (Gebietslose 1 und 2) am 1. Oktober 2018 Angebote ab.

2. Mit Schreiben vom 12. Oktober 2018 beantragte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Mit anwaltlichem Schreiben vom 31. Oktober 2018 sowie 9. und nachgelassenem Schriftsatz vom 14. November 2018 vertiefte die ASt ihr Vorbringen.
  - a) Die ASt hält ihren Nachprüfungsantrag für zulässig, insbesondere sei ihr Vorbringen nicht nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Die ASt habe sich erst nach Erhalt der Antworten der Ag [...] am 19. September 2018 und durch ihre Arbeiten an der Kalkulation ihrer Angebote veranlasst gesehen, ihren Rechtsanwalt zu konsultieren, durch dessen Prüfung und Beratung sie erst auf die zu rügenden Vergabefehler aufmerksam geworden sei, was schließlich unverzüglich mit anwaltlichem Schreiben vom 25. September 2018 erfolgt sei. Dies sei rechtzeitig nach den Maßgaben des § 160 Abs. 3 Satz 1 GWB erfolgt. Unerheblich seien überdies anderweitige Rügen der ASt in vergangenen Vergabeverfahren.

Die von der ASt gerügten Vergaberechtsverstöße seien auch in der Sache gegeben. Die Konzentrationsgröße 400 mg/ml sei den im Fachlos C grundsätzlich wirkstoffübergreifend-indikationsbezogen erfassten [...] zuzuordnen. Dies könne geschehen, indem die Konzentrationsgröße 400 mg/ml als dritte Konzentrationsgröße der zweiten Gruppe im Fachlos C zugeschlagen wird, also alternativ eine 350- oder 370- oder 400 mg/ml-Konzentration anzubieten sei. Das Nicht-Erfassen dieser Konzentrationsgröße im Fachlos C begünstige den einzigen Hersteller der Konzentrationsgröße 400 mg/ml.

Dieser Hersteller sei dadurch in der Lage, sein entsprechendes Produkt am Markt für einen zunächst unbestimmten Zeitraum, in dem das Produkt nicht Gegenstand einer Rahmenvereinbarung mit den Ag [...] sei, mit der vollen Gewinnmarge zu kalkulieren. Dies beruhe auf der Annahme, dass dieser Hersteller der 400 mg/ml-Konzentration die Liefermenge seines Produkts signifikant steigern, indem es diese zum Listenpreis bei der Ärzteschaft bewürbe, und dieser Hersteller mit den so zu erzielenden zusätzlichen Gewinnen seinen Angebotspreis für die im streitgegenständlichen Vergabeverfahren erfassten geringeren Konzentrationsgrößen in erheblichem Maße quersubventionieren könne. Dies führe zu einer Wettbewerbsverzerrung im streitgegenständlichen Vergabeverfahren, da die in den Vergabeunterlagen benannten Mengenangaben über die Verordnungen in der Vergangenheit vor diesem Hintergrund bedeutungslos bzw. irreführend seien. Vor diesem Hintergrund sei die ASt nicht mehr in der Lage, ihre Angebote verlässlich zu kalkulieren, was ihr nicht zuzumuten sei. Für diese Vorgehensweise seien keine sachlichen Rechtfertigungsgründe bzw. keine nachvollziehbaren, objektiven auftragsbezogenen Gründe ersichtlich; die Ag [...] hätten den Beschaffungsbedarf daher fehlerhaft definiert.

Mit Schreiben vom 9. November 2018 und vertiefend mit nachgelassenem Schriftsatz vom 14. November 2018 bezweifelt die ASt u.a. die von den Ag [...] vorgelegten Studien zur Frage, ob die Konzentrationsgröße 400 mg/ml [...] ermöglicht, die von den mithilfe der im Fachlos C erfassten Konzentrationsgrößen [...] signifikant abweichen und die Größenpakete somit nicht mehr vergleichbar, mithin separaten Losen bzw. Beschaffungsvorhaben zuzuordnen sind. Aus den von den Ag vorgelegten Studien sei kein Alleinstellungsmerkmal der 400er-Konzentrationsgröße abzuleiten.

Die ASt beantragt,

1. den Ag [...] zu untersagen, für das Fachlos C in den Gebietslosen 1 und 2 den Zuschlag zu erteilen,
2. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren,
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist.

b) Die Ag [...] beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,

2. die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag [...] der ASt aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag [...] für notwendig zu erklären.

Mit anwaltlichen Schreiben vom 22. Oktober und 6. November 2018 führen die Ag [...] Folgendes aus:

- Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, insbesondere sei die Rüge nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Es sei davon auszugehen, dass die ASt als langjährig am Markt tätiges Pharmaunternehmen die aus den Vergabeunterlagen zum Fachlos C ersichtliche Einteilung der Wirkstoffkonzentration unmittelbar nach Erhalt der Unterlagen am 10. September 2018 erkannt habe. Der ASt sei die isolierte Vergabe der 400 mg/ml-Konzentrationsgröße seit den ersten Ausschreibungen im Jahr 2014 bekannt. Die erst am 25. September 2018 ergangene Rüge sei vor diesem Hintergrund deutlich zu spät erfolgt.
- Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet. Die Ag [...] hätten ihren Beschaffungsbedarf gemäß dem ihnen obliegenden Leistungsbestimmungsrecht sachgemäß definiert. Hierfür sei maßgebend gewesen, dass die im Fachlos C erfassten Konzentrationsgrößen sich an der ärztlichen Nachfrage orientierten und für diese auch ein hinreichender Wettbewerb auf Seiten der Anbieter existiere. Der von der ASt angeregte Zuschnitt des Fachloses C, mit dem die Konzentrationen 300-320 mg/ml und entweder 350-370 mg/ml oder 400 mg/ml anzubieten seien, ginge somit am bislang bekannten Bedarf der Ärzteschaft vorbei. Schließlich berufen sich die Ag [...] auf medizinische Studien, wonach die 400mg/ml-Konzentration einen spezifischen Anwendungsbereich habe und daher mit den geringeren Konzentrationsgrößen des Fachloses C nicht vergleichbar sei. Daher sei es vertretbar, die hohe Konzentration nicht in das Fachlos C zu integrieren. Es sei aus den zur Akte gereichten Studien nachvollziehbar, dass die [...] bei Verwendung von 400 mg/ml-Konzentrationen von denen bei Verwendung einer 350/370 mg/ml-Konzentration deutlich abwichen, so dass sich daraus unterschiedliche Verwendungsmöglichkeiten der jeweiligen Produkte ergäben. Abweichungen bei den 350/370 mg/ml-Konzentrationen seien demgegenüber nicht nachgewiesen worden.

- Für die Konzentrationsgröße 400 mg/ml sei schließlich nur der alleinige Hersteller bekannt, der die Anforderungen der Ag [...] erfüllen könne. Vor diesem Hintergrund sei eine gesonderte Ausschreibung dieser Wirkstoffgröße geboten, um den Wettbewerb für die geringeren Wirkstoffgrößen im Fachlos C zu gewährleisten. Die beabsichtigte Vergabe in einem open-house-Verfahren diene vor diesem Hintergrund dazu, ein wirtschaftlicheres Ergebnis zu erzielen, als in einem vergaberechtlich regulierten Vergabeverfahren. Außerdem sei eine Einbeziehung der Konzentration 400 mg/ml in das Fachlos C nach den Vorgaben der Ag [...] mit einem Bonus zu versehen, weil der Verbrauch umso geringer sei, je höher die Konzentration liege. Auch dies führe dazu, die Konzentrationsgröße 400 mg/ml gesondert zu beschaffen.
  - Soweit die ASt geltend mache, die jetzige Gestaltung des Fachloses C ermögliche dem einzigen Hersteller der 400 mg/ml-Konzentration eine ungerechtfertigte wettbewerbliche Besserstellung im Hinblick auf dessen Angebote für das Fachlos, träfen die Annahmen der ASt nicht zu. Es fehle bereits an dem von der ASt für ihre Argumentation angenommenen vertraglosen Zustand für den Zeitraum bis zum Inkrafttreten der streitgegenständlichen Vereinbarung, in dem es dem Hersteller der 400 mg/ml-Konzentration möglich sei, die volle Gewinnmarge zu kalkulieren, um dadurch seine Angebote für das Fachlos C der streitgegenständlichen Ausschreibung zu subventionieren. Hierzu verweisen die Ag [...] auf die bis Ende März 2019 laufenden Rahmenverträge, deren Fachlos F diese Konzentrationsgröße erfasse. Überdies solle ab dem 1. April 2019 diese Konzentration in einem open-house-Verfahren vergeben werden. Es komme somit nicht zu einem vertragslosen Zustand und damit nicht zu einer Abgabe der 400-mg/ml-Konzentration zum grundsätzlich frei bestimmbar Listenspreis des Herstellers, so dass auch die von der ASt befürchteten Mengenverschiebungen und damit das Risiko von Quersubventionierungen durch den einzigen Hersteller der Konzentrationsgröße 400 mg/ml für dessen etwaige Angebote für die Konzentrationsgrößen im streitgegenständlichen Fachlos C nicht ersichtlich seien.
3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag [...] der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

Die Vergabekammer hat in der mündlichen Verhandlung vom 12. November 2018 mit den Beteiligten den Sach- und Streitstand umfassend erörtert.

Die Ag [...] vertreten in der mündlichen Verhandlung die Auffassung, das sozialrechtliche Wirtschaftlichkeitsgebot erlaube, ein Bestellverhalten von [...] aufzugreifen, falls diese ohne medizinische Notwendigkeit die Konzentration 400 mg/ml bestellen würden, obwohl diese Konzentration nicht Gegenstand des vorliegenden Vergabeverfahrens ist, weder als Teil des Fachloses C noch als eigenständiges Los. Die ASt bestreitet, dass das allgemeine Wirtschaftlichkeitsgebot eine Rechtsgrundlage dafür bietet, den [...] den Bezug der nicht von dem Vergabeverfahren erfassten 400 mg/ml-Konzentration zu untersagen; der Arzt kenne die rabattierten Preise nicht und sei auch aus diesem Grund nicht in der Lage, einen Wirtschaftlichkeitsvergleich zwischen dem Rabattvertragsprodukt und der 400 mg/ml-Konzentration anzustellen.

Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag [...] soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

Die Ag [...] haben mit nachgelassenem Schriftsatz vom 13. November 2018 die Abgabevolumina für die Konzentrationsgröße 400 mg/ml in den Jahren 2015, 2016, 2017 mitgeteilt.

Die reguläre, am 16. November 2018 endende Entscheidungsfrist wurde mit Verfügung der Vorsitzenden vom 15. November 2018 verlängert bis zum 22. November 2018 einschließlich.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, aber unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.
  - a) Der Antrag ist statthaft. Er betrifft die Vergabe eines öffentlichen Auftrags im Sinne von § 103 Abs. 1, 5 GWB durch öffentliche Auftraggeber im Sinne von § 99 Nr. 2 lit.a) und b) GWB. Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes folgt hier aus § 159 Abs. 1 Nr. 2 GWB, jedenfalls aber aus § 159 Abs. 3 Satz 2 GWB.



- b) Die ASt ist antragsbefugt nach § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat ihr Interesse am Auftrag durch die von ihr abgegebenen Angebote hinreichend dokumentiert. Ferner hat die ASt eine Verletzung ihrer Rechte nach § 97 Abs. 6 GWB durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften vorgetragen, indem sie bemängelt, dass das Herauslassen der Konzentrationsgröße 400 mg/ml ihre wettbewerbliche Position im streitgegenständlichen Vergabeverfahren zu Fachlos C beeinträchtigt. Zwar argumentiert die ASt in der Sache zugunsten einer Verbreiterung des Loses und damit für eine Ausweitung des Vergabewettbewerbs zugunsten des unstreitig einzigen Herstellers der Konzentrationsgröße 400 mg/ml. Dieser Umstand kann hier aber dahinstehen, da dem Vortrag der ASt zu entnehmen ist, dass sie sich durch die von ihr behaupteten Zusammenhänge diskriminiert sieht und negative Folgen für ihre Stellung im Vergabewettbewerb befürchtet, die zumindest nicht von vornherein offensichtlich unbegründet erscheinen mögen.

Die ASt hat auch nach § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB dargelegt, dass ihr durch die behaupteten Vergaberechtsverstöße ein Schaden zu entstehen droht, der sich daraus ergibt, dass die ASt sich außer Stande sieht, ihre Angebote zu zumutbaren Bedingungen zu kalkulieren und dadurch ihre Chancen im Wettbewerb um Fachlos C beeinträchtigt sind.

- c) Die ASt ist auch ihrer Rügeobliegenheit nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB rechtzeitig nachgekommen. Sie hat die von ihr bemängelten Punkte mit Schreiben vom 25. September 2018 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Sie hat plausibel vorgetragen, dass sie erst nach rechtsanwaltlicher Prüfung und Beratung im Nachgang zu den Antworten der Ag vom 19. September 2018 die von ihr vorgetragene Vergaberechtsverstöße erkannt hat. Es ist nachvollziehbar, dass die ASt, auch wenn sie sich in der Vergangenheit bereits auf ähnliche Vergabeverfahren beworben haben mag, die Möglichkeit von Rechtsverstößen in der streitgegenständlichen Ausschreibung gesondert zu prüfen und zu bewerten hat. Etwaige Erkenntnisse aus anderen Vergabeverfahren sind somit unerheblich. Selbst wenn man danach also den 19. September 2018 als den frühestmöglichen Zeitpunkt zugrunde legte, zu dem die ASt anwaltlichen Rat erlangt und infolge dessen die gerügten Fehler erkannt haben könnte, ist die Frist von zehn Kalendertagen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB mit dem Rügeschreiben vom 25. September 2018 gewahrt. Die Frist von § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2, 3 GWB ist ohnehin gewahrt, denn die Angebotsfrist endete am 2. Oktober 2018.

- d) Auf die Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 27. September 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag am 12. Oktober 2018 außerdem noch binnen der Frist von 15 Kalendertagen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB bei der Vergabekammer eingereicht.
2. Die ASt befürchtet, dass das Ausschreibungsdesign, wonach die Konzentrationsgröße 400 mg/ml nicht in Fachlos C aufgenommen wurde, ihrem Konkurrenten einen Wettbewerbsvorteil verschafft, indem sich die 400-er Konzentration nicht in Wettbewerb zu den niedriger dosierten Produkten aus dem für diesen Wirkstoff einschlägigen Fachlos C stellen muss. Das Anliegen der ASt und damit der Nachprüfungsantrag der ASt ist jedoch unbegründet. Durch die Nichtaufnahme der Konzentrationsgröße 400 mg/ml in das Fachlos C haben die Ag [...] nicht gegen den Grundsatz des chancengleichen Vergabewettbewerbs nach § 97 Abs. 2 GWB verstoßen.
- a) Eine Ungleichbehandlung der ASt oder eine unzulässige Bevorzugung des Wettbewerbers, der einziger Hersteller der Konzentrationsgröße 400 mg/ml ist, ist schon vom Sachverhalt her, auf den sie ASt sich maßgeblich stützt, nicht festzustellen. Die Ag [...] haben nachvollziehbar erklärt, dass der von der ASt befürchtete vertragslose Zustand, in dem der alleinige Hersteller der 400-er Konzentrationsgröße in der Lage sein sollte, den Absatz dieser Konzentrationsgröße derart zu steigern, dass die dadurch vereinnahmten Gewinne zur Quersubventionierung von dessen Angeboten für Fachlos C genutzt werden könnten und würden, weder jetzt noch zukünftig gegeben ist. Zum einen ist diese Konzentrationsgröße bis Ende März 2019 – unstrittig – noch Gegenstand des Fachloses F im auslaufenden Rabattvertrag mit den Ag [...] und wird mithin derzeit nicht zum regulären Listenpreis zu Lasten der Ag [...] abgegeben. Zum anderen ist, wie die Ag nochmals in der mündlichen Verhandlung erklärt haben und was von der ASt auch nicht per se in Abrede gestellt worden ist, im Anschluss ab 1. April 2019 eine Neubeschaffung in einem open-house-Verfahren zu den dann dort festgelegten Rabatten beabsichtigt. Schon danach ist nicht zu erwarten, dass die von der ASt argumentierten Wirkungen auf den streitgegenständlichen Wettbewerb zu befürchten sind; es soll danach jedenfalls nach den Vorstellungen der Ag auch für die Konzentrationsgröße 400 mg/ml keinen vertragslosen Zustand geben, in welchem der Hersteller die Möglichkeit hätte, die 400-er Konzentration unrabattiert abzusetzen. Ob, wie die ASt dies befürchtet, dieser Hersteller keinen Anlass haben wird, sich an einem open-house-Modell zu beteiligen, weil der für diese Konzentrationsgröße von den als

Wettbewerbern einzig in Betracht kommenden Händlern ausgehende Wettbewerbsdruck nicht groß genug sein wird, kann hier weder antizipiert noch unterstellt werden; die Ag [...] sind erst einmal gegenteiliger Auffassung und meinen, dass der Hersteller durchaus relevantem Wettbewerbsdruck seitens der Handelsebene ausgesetzt sein wird und ein Interesse haben wird, einem open-house-Modell beizutreten. Die ASt verweist mit Schriftsatz vom 14. November 2018 zwar darauf, dass durch ein open-house-Modell als reinem Zulassungsverfahren kein Wettbewerb begründet werde. Richtig hieran ist, dass dort konträr zum Vergabewettbewerb, wo der Bieter seinen Preis anbietet, der Auftraggeber die Bedingungen für alle Interessierten einschließlich des Preises gleich vorgibt. Auch wenn die Rahmenbedingungen zwischen Vergabe eines öffentlichen Auftrags und open-house-Verfahren sich damit unterscheiden, so bleibt es doch auch beim open-house-Modell in der hier entscheidenden Frage dabei, dass der Hersteller der 400-er Konzentration dem open-house-Modell beitreten muss, wenn er dieses Produkt zu Lasten der Ag [...] absetzen will. Tritt er nicht bei, so wird er nicht Vertragspartner der Ag [...] womit die [...] auch bei dieser open-house-Variante grundsätzlich und vorbehaltlich medizinisch/diagnostischer Besonderheiten nicht befugt wären, die 400-er Konzentration zu bestellen, wenn sie nicht gegen den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz verstoßen wollen. Insofern geht auch von einem open-house-Modell Wettbewerbsdruck aus, nämlich bezüglich der Frage, ob ein Anbieter sich überhaupt daran beteiligt, auch wenn die Konditionen feststehen.

Im Übrigen haben die Ag [...] in der mündlichen Verhandlung erklärt, dass ihres Erachtens die Geltung des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes nicht nur auf die von dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren erfassten Produkte beschränkt ist, sondern darüberhinaus auch gälte, wenn ein [...] ohne diagnostische bzw. therapeutische Notwendigkeit in seinem Bestellverhalten auf die – hier nicht ausgeschriebene - 400-er Konzentration umstellen würde. Mit anderen Worten: Nach Auffassung der Ag [...] könnten diese im Regelfall einen [...] über das Wirtschaftlichkeitsgebot dazu bewegen, das Rabattvertragsprodukt anstatt der 400-er Konzentration zu bestellen. Dies könnte jedoch allenfalls ein Problem aus Sicht des Herstellers der 400-er Konzentration darstellen, wenn eine Steuerungswirkung weg von seinem Produkt hin zum Rabattvertragsprodukt Platz greifen würde, ohne dass er überhaupt die Gelegenheit erhalten hat, mit seinem Produkt am vorliegenden Vergabewettbewerb teilzunehmen. Da das Nachprüfungsverfahren aber ein Instrument des subjektiven Rechtsschutzes darstellt, § 160 Abs. 2 GWB sowie § 168 Abs. 1 S. 1 GWB, bedarf diese

Frage vorliegend keiner Entscheidung, denn es wären nur die Anbieter der 400-er Konzentration antragsbefugt, die diesen Aspekt zulässigerweise geltend machen könnten.

Der Vortrag der ASt, ihr sei eine Kalkulation auf der Grundlage der in den Vergabeunterlagen vorgegebenen Absatzzahlen unzumutbar, ist vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht plausibel.

Schließlich haben die Ag [...] in der mündlichen Verhandlung auf die parallel zum Nachprüfungsverfahren durchgeführte Auswertung der Angebote hingewiesen, wonach tatsächlich kein Hinweis auf die von der ASt befürchtete Quersubventionierung infolge der Herausnahme der 400-er Konzentration aus Fachlos C erkennbar ist.

- b) Die Ag [...] haben ihren Beschaffungsbedarf überdies sachlich begründet; eine Diskriminierung der ASt ist auch unter diesem Gesichtspunkt nicht festzustellen.

Im Einzelnen:

Die Ag haben nachvollziehbare Gründe dafür vorgetragen, die Konzentrationsgröße 400 mg/ml nicht in das Fachlos C aufzunehmen, auch ohne dass es auf die zwischen den Beteiligten umstrittene Frage ankommt, ob die Konzentrationsgröße 400 mg/ml den im Fachlos C im Übrigen erfassten Konzentrationsgrößen möglicherweise auch aus medizinisch/diagnostischer Sicht nicht vergleichbar ist. Eine Herausnahme der Konzentration 400 mg/ml aus dem Fachlos C knüpft nämlich nachvollziehbar an der bisherigen Bestellpraxis der Vertragsärzte an, was bereits im Vergabevermerk vom 6. September 2018 näher beschrieben wird (siehe dort Seiten 4/5). Es ist legitim und sowohl im Interesse der Ärzte wie der Ag [...], wenn den Ärzten ermöglicht wird, trotz Rabattvertrag möglichst bei den von ihnen bevorzugten Konzentrationen zu bleiben. Würde die 400-er Konzentration wie von der ASt vorgeschlagen in Wettbewerb mit den von den Ärzten bevorzugten 350 – 370-er Konzentrationen gestellt, so müsste bei Zuschlag auf die 400er-Konzentration ein Umsteuern auf die wenig bestellte 400-er Konzentration erfolgen. Dies würde den Ärzten nicht entgegenkommen und gleichzeitig die tatsächliche Umsetzung des Rabattvertrags erschweren, denn der Erfolg eines Rabattvertrags im Sinne einer Bestellung der bezuschlagten Produkte durch die Ärzte ist umso größer, je weniger die Ärzte sich umstellen müssen, gerade weil – worauf die ASt zu Recht hinweist – das gesamte System der Rabattverträge auf dem Prinzip der

Umsteuerung auf das jeweils bezuschlagte, rabattierte Produkt basiert; wenn schon ein Umsteuern nötig ist, so ist es legitim, die Umsteuerung möglichst zu begrenzen.

Dass die Ärzte die 400-er Konzentration in deutlich geringerem Umfang nachfragen, ergibt sich aus den von den Ag [...] vorgelegten Bestellzahlen aus den vergangenen Jahren. Die Ag [...] haben hierzu mit nachgelassenem Schriftsatz vom 13. November 2018 die Bestellvolumina für die Konzentrationsgröße 400 mg/ml für die Jahre 2015 bis 2017 nachgewiesen. Aus den Darlegungen der Ag geht hervor, dass sich die Bestellungen der Konzentrationsgröße 400 mg/ml gegenüber denjenigen der im Fachlos C erfassten Konzentrationsgrößen 350/370 mg/ml bei beiden Gebietslosen signifikant unterscheiden. Für die Konzentrationsgröße 400 mg/ml liegen die Bestellungen im Gebietslos [...]. Für die Konzentrationen 350/370 liegen die Bestellungen dagegen erheblich höher: [...]. Diese Werte belegen eine eindeutige Aufgliederung der Bestellpraxis der niedergelassenen [...] in beiden Gebietslosen, ohne eine signifikante Steigerung der 400er-Konzentration zu Lasten der niedrigeren Konzentrationen wie sie im Fachlos C zusammengefasst sind.

Die Ag [...] versprechen sich zudem ein höheres Einsparpotential, wenn sie die Konzentrationsgröße 400 mg/ml nicht vergaberechtlich in einem Fachlos des streitgegenständlichen Vergabeverfahrens, sondern im beabsichtigten open-house-Verfahren beschaffen, weil sie dort einen entsprechenden Rabattsatz vorgeben können. Das für die Ag [...] verbindliche Wirtschaftlichkeitsgebot des § 12 SGB V lasse sich auf diese Weise besser gewährleisten. Das Einsparpotential über Rabatte in einem Vergabewettbewerb sei nach den Erfahrungen der Ag nicht hinreichend. Das ist ein vertretbarer, sachlich nachvollziehbarer Ansatzpunkt für Beschaffungsbedarf und Loszuschnitt bei Fachlos C. Das open-house-Verfahren ist jedenfalls seit der Grundsatzentscheidung des EuGH vom 2. Juni 2016 (Rs. C-410/14 – Falk Pharma/DAK) grundsätzlich als statthaftes Verfahren für nichtexklusive Beschaffungen anerkannt. Da der Zuschnitt des Loses C, wie dargelegt, nicht diskriminierend zu Lasten der ASt ist, sind die Ag [...] befugt, diesen Weg zu wählen, wenn sie sich davon ein größeres Einsparpotential versprechen. An dieser Einschätzung ist nichts per se Sachwidriges festzustellen, auch wenn es, wie die ASt ausführt, andere Gestaltungsalternativen gibt. Es obliegt der Einschätzungsprärogative der Ag [...] zu entscheiden, welche Vorgehensweise aus deren Sicht am Günstigsten ist; entscheidend ist allein, dass die gewählte

Vorgehensweise in sich vergaberechtskonform ist. Aus der Möglichkeit, auch anders vorzugehen, ergibt sich nicht die Vergaberechtswidrigkeit der hier gewählten Variante.

Auftragsbezogene Gründe für die Herausnahme der 400-er Konzentration sind vor diesem Hintergrund nachvollziehbar gegeben.

Nach allem sind die von der ASt behaupteten Vergaberechtsverstöße nicht festzustellen. Der Nachprüfungsantrag ist daher zurückzuweisen.

### III.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 182 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 i.V.m. § 80 Abs. 1, 2 und 3 Satz 2 VwVfG (Bund).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag [...] war notwendig. Ob die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch den öffentlichen Auftraggeber notwendig ist, kann nicht schematisch, sondern stets nur auf der Grundlage einer differenzierenden Betrachtung des Einzelfalles entschieden werden. Dabei ist insbesondere darauf abzustellen, ob sich das Nachprüfungsverfahren hauptsächlich auf auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen einschließlich der dazu gehörenden Vergaberegeln konzentriert hat. Ist dies der Fall, besteht im Allgemeinen seitens des öffentlichen Auftraggebers keine Notwendigkeit, einen Rechtsanwalt einzuschalten. Denn in seinem originären Aufgabenbereich muss der öffentliche Auftraggeber sich selbst die notwendigen Sach- und Rechtskenntnisse verschaffen (OLG Düsseldorf, Beschl. v. 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13, mit Anm. Wild, VergabeR 2015, 484 ff.).

Zu Gunsten der Ag [...] ist zu berücksichtigen, dass sich ihre Rechtsverteidigung im Nachprüfungsverfahren nicht allein zu auftragsbezogenen Sach- und Rechtsfragen verhalten hat. Vielmehr waren von ihnen in Reaktion auf den Nachprüfungsantrag spezifische Rechtsfragen zur Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags zum Vortrag gebracht worden. Des Weiteren zu berücksichtigen ist zu Gunsten der Ag [...] der Aspekt der Waffengleichheit, da auch die ASt anwaltlich vertreten war, ferner der Aspekt der Verfahrenskonzentration, der es gerechtfertigt erscheinen lässt, den insgesamt siebzehn Antragsgegnerinnen betreffenden Sach- und Rechtsvortrag durch einen Verfahrensbevollmächtigten aufzubereiten und zu kanalisieren.

#### 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, einzu-  
legen.

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

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

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Dr. Brauser-Jung