



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 104/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragstellerin -

- Antragsgegnerin
zu 1) -

- Antragsgegnerin
zu 2) -

- Antragsgegnerin
zu 3) -

- Antragsgegnerin
zu 4) -

- Antragsgegnerin zu 5) -

- Antragsgegnerin zu 6) -

- Antragsgegnerin zu 7) -

- Antragsgegnerin zu 8) -

- Antragsgegnerin zu 9) -

- Antragsgegnerin zu 10) -

- Antragsgegnerin zu 11) -

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 11):

[...],

[...],

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

wegen der Vergabe „Abschluss von Rabattverträgen [...] 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 Kluckhohn auf die mündliche Verhandlung vom 12. Dezember 2018 am 17. Dezember 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 11), ihnen im Vergabeverfahren [...] zu gestatten, den Zuschlag [...] nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen, wird zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens vor der Vergabekammer sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 11) und der Beigeladenen zu neun Zehnteln. Die Antragsgegnerinnen zu 1) bis 11) und die Beigeladene tragen die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer zu einem Zehntel als Gesamtschuldner. Ferner tragen die Antragsgegnerinnen zu 1) bis 11) und die Bg die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin zu einem Zehntel jeweils hälftig.
4. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 11), des Verfahrensbevollmächtigten der Beigeladenen sowie des Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin war notwendig.

I.

Die Antragstellerin (ASt) macht mit ihrem Nachprüfungsantrag geltend, die Beigeladene (Bg) sei ungeeignet bzw. ihr Angebot in der Wertung nicht berücksichtigungsfähig, weil die Bg ein Produkt angeboten habe, das den Anforderungen der Vergabeunterlagen gar nicht entsprechen könne. Die Berücksichtigung des Angebots der Bg beruhe auf einem falschen Verständnis der Vergabeunterlagen durch die Ag zu 1) bis 11).

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag) zu 1) bis 11) veröffentlichten am [...] eine EU-weite Auftragsbekanntmachung, mit der sie den Abschluss von Rabattverträgen [...] im offenen Verfahren für eine Laufzeit von zwei Jahren mit Verlängerungsoption um zweimal jeweils sechs Monate bekannt machten. Teil der Fachlose war auch das streitgegenständliche Fachlos [...] für den Wirkstoff [...]. Dieser Wirkstoff wird als Pulver zur Inhalation [...] verabreicht, wobei das Pulver bereits in entsprechenden Inhalatoren enthalten ist, die so an Patienten in der Apotheke abgegeben werden. Das Pulver wird dem Patienten über ein Mundstück am Inhalator zugeführt.

Alle Fachlose waren gemäß Ziff. A.6.1 der Bewerbungsbedingungen in unterschiedliche Preisvergleichsgruppen (im Folgenden: PVG) eingeteilt worden, um den Beschaffungsbedarf zu konkretisieren. Innerhalb der Fachlose wurden die PVG nach den Substitutionskriterien des § 129 Abs. 1 Satz 2 SGB V u.a. wie folgt gebildet:

„- *Wirkstärke (Wirkstoffgehalt je Dosiereinheit)*

- ...“

Eine Übersicht der PVG des Beschaffungsbedarfs hatte die ASt in Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen festgelegt. Ziff. IIa dieser Anlage 1 („IIa. Einteilung der Preisvergleichsgruppen, [...]“ enthielt u.a. tabellarische Angaben zur Einteilung der Preisvergleichsgruppen in der Spalte „PVG“, aus der entnommen werden konnte, welche Preisvergleichsgruppen zum Beschaffungsbedarf gehören. Zum Wirkstoff [...] des Fachloses [...] enthielten die Angaben zur Spalte PVG zuerst die in der jeweiligen Packung (sog. „Container“) enthaltene Wirkstoffmenge und unmittelbar daran anschließend die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge. Die in der Packung enthaltene Wirkstoffmenge lag nach diesen Angaben jeweils höher als die Wirkstoffmenge der Mundstückabgabe.

Die höhere im Behälter abgemessene Wirkstoffmenge hat den Hintergrund, dass bislang auf dem Markt angebotene Produkte stets eine höhere im Behälter abgemessene Wirkstoffmenge benötigen, um die (arzneimittelrechtlich relevante) niedriger liegende über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge abgeben zu können. Demgegenüber verbleibt die Differenzmenge als Verwurf/Verlust im Behälter zurück.

Neben der Konkretisierung des Beschaffungsbedarfs war die Einteilung in PVG auch von Bedeutung für die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote auf der Zuschlagsebene. Für diesen Zweck enthielt die Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen für jede PVG

auch den durchschnittlichen Abgabepreis der Unternehmen (ApU) je Gramm Wirkstoff gemäß Lauer-Taxe sowie die historischen Abgabemengen je Gramm Wirkstoff im festgelegten Referenzzeitraum (1. Februar 2016 bis 31. Januar 2018).

Zuschlagskriterium ist die Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU. Diese wird pro Gebiets- und Fachlos auf der Grundlage von Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen, die anhand von Preisvergleichsgruppen, von Verordnungszahlen aus der Vergangenheit und von Vergleichsgrößen (Rabatt-ApU und durchschnittlicher ApU der Preisvergleichsgruppe, jeweils pro Gramm Wirkstoff) ermittelt werden. Zum Vergleich der Wirtschaftlichkeit der Angebote dient die sog. Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl, die für jedes Angebot pro Gebiets- und Fachlos gesondert ermittelt wird, was in Ziff. A.IV.3 der Bewerbungsbedingungen näher beschrieben wird. Den Zuschlag erhält beim Fachlos [...] je Gebietslos das Angebot mit der höchsten Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl.

Am 7. August 2018 bestätigten die Ag zu 1) bis 11) auf die Frage eines dritten Bieters (Bieterfrage 19 des Bieterfragenkatalogs), dass beim Fachlos [...] für die Berechnung des Rabatt-ApUs die insgesamt enthaltene Wirkstoffmenge herangezogen werde und nicht die Wirkstoffmenge, die per Mundstück abgegeben werde.

Nach vorangegangener Rüge der Bg mit Schreiben vom 24. August 2018, mit der die Bg die Wirtschaftlichkeitsberechnung rügte, veröffentlichten die Ag zu 1) bis 11) als Antwort Nr. 41 im Bieterfragenkatalog am 31. August 2018 den Hinweis, dass die Antwort zu Frage Nr. 19 abgeändert werde und danach nicht bestätigt werde, dass für die Berechnung des Rabatts auf die in den Packungen/Containern insgesamt enthaltene Wirkstoffmenge abgestellt werde. Maßgeblich sei für die Berechnung die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge.

Im Einzelnen hieß es in dem Bieterhinweis Nr. 41 wie folgt:

*„Bei der anlassbezogenen Überprüfung der Berechnungsdaten zum Fachlos [...] hat sich herausgestellt, dass bei den Angaben in **Abschnitt IIa der Anlage 1** zu den Bewerbungsbedingungen der Datenberechnung zur Wirkstoffmenge richtigerweise auf die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge abzustellen ist, nicht hingegen auf die in der Packung jeweils insgesamt enthaltene Wirkstoffmenge. [...] haben die durchschnittlichen ApUs je Gramm Wirkstoff gemäß Lauer-Taxe (Stand: 1. Mai 2018) sowie die in den abgerechneten Packungen enthaltene Wirkstoffmenge in Gramm, hochgerechnet auf 24 Monate, daher auf Basis der über das Mundstück abgegebenen Wirkstoffmenge pro Packung neu berechnet. Daraus ergeben sich die folgenden **Änderungen an den Vergabeunterlagen betreffend das Fachlos** [...]*

Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen: Durchschnittliche ApUs je Gramm Wirkstoff sowie abgerechnete Wirkstoffmenge in Gramm

Das neue Berechnungsergebnis hinsichtlich der Durchschnitts-ApUs und der in den abgerechneten Packungen enthaltenen Wirkstoffmenge in Gramm finden Sie in dem **beigefügten Dokument („Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“)** in der oberen Tabelle, welches für das [...] **nunmehr allein verbindlich ist und insoweit die Angaben in Abschnitt IIa. (S. 15) der Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen ersetzt**. Die entsprechenden Angaben in der Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen sind folglich mit sofortiger Wirkung nicht mehr zu beachten.

Im Übrigen bleibt die Geltung der Anlage 1 zu den Bewerbungsbedingungen, einschließlich der einleitenden Hinweise zum Abschnitt IIa. (S. 13), auf die hiermit vorsorglich nochmals hingewiesen wird, **unberührt**.

Im Rahmen der **Wirtschaftlichkeitsbewertung** werden ausschließlich die nach den vorstehenden Hinweisen korrigierten Daten zugrunde gelegt werden; das [...] -Angebotstool (.xlsb-Datei) ist aber unverändert weiter zu verwenden.

...“

Zusätzlich zum Bieterhinweis Nr. 41 veröffentlichten die Ag zu 1) bis 11) die dort beschriebene *“Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“*, die für den Wirkstoff [...] zwei Tabellen (obere und untere Tabelle) mit den entsprechend im Hinweis Nr. 41 beschriebenen Ergänzungen enthielt. In diesen Tabellen dieser Ergänzung zur Anlage 1 bleiben die Angaben zu den PVG (jeweils die erste Spalte dieser Tabellen) im Vergleich zu den das Fachlos [...] betreffenden Angaben in der Tabelle im Abschnitt IIa der Anlage 1 unverändert und führten dementsprechend für jede PVG zunächst die in der jeweiligen Packung (Container) enthaltene Wirkstoffmenge und unmittelbar daran anschließend die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge auf. Abgeändert wurden in der Ergänzung zur Anlage 1 lediglich die für die Berechnung maßgeblichen Bezugsgrößen im Fachlos [...], die in den Spalten zum durchschnittlichen ApU je Gramm Wirkstoff und in den auf einzelne Gebietslose bezogenen Spalten zu den abgerechneten Packungen Wirkstoffmengen, hochgerechnet auf 24 Monate, enthalten sind.

Am 3. September 2018 fragte die ASt bei den Ag zu 1) bis 11) unter Bezugnahme auf den Bieterhinweis Nr. 41 nach. Die ASt führte aus, die Ag hätten im Hinweis Nr. 41 mitgeteilt, im Fachlos [...] sei *„ausschließlich die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge für die Berechnung und Wertung des Angebotes maßgeblich“* und ob es vor diesem Hintergrund zutreffe, dass in der PVG [...] die in den Vergabeunterlagen für die Mundstückabgabe vorgegebene Einzeldosis herangezogen worden sei. Dies bestätigten die Ag zu 1) bis 11) am 7. September 2018 im Bieterhinweis Nr. 47.

Die Bg vertreibt die im Fachlos [...] zusammengefassten Wirkstoffe mit ihrem Inhalatorprodukt [...] mit den auch von den PVG der Bewerbungsbedingungen der Ag zu 1) bis 11) umfassten Wirkstoffgehalten von 80, 160 und 320 Mikrogramm. Das Produkt der Bg ermöglicht eine Verabreichung des Wirkstoffs, ohne dass es beim Inhalieren zu größeren Verlusten des im Behälter abgemessenen Wirkstoffs kommt. Bei Produkten anderer Hersteller, so auch der ASt, verbleiben Restmengen im Inhalator, weshalb dort die im Behälter abgemessene Wirkstoffmenge größer bemessen ist, als die über das Mundstück an den Patienten abgegebene bzw. von diesem aufgenommene Wirkstoffmenge. Letzteres entspricht der Wirkstärke bzw. Stärke des Arzneimittels als dem Wirkstoffanteil pro Dosierungseinheit im Sinne der Definition von Art. 1 Nr. 22 der EU-Richtlinie 2001/83/EG vom 6. November 2001 zur Schaffung eines Gemeinschaftskodexes für Humanarzneimittel. In der von der Bg hierzu herausgegebenen Fachinformation für ihr Produkt (vorgelegt als Anlagenkonvolut der Bg BG1 und BG 2) führt sie zur qualitativen und quantitativen Zusammensetzung der Wirkstoffe aus, dass jede Inhalation als aus dem Mundstück abgegebene Menge (je nach Wirkstoffgehalt) 80 bzw. 160 Mikrogramm [...] enthalte. *„Beim [...] enthält die abgegebene Menge (die aus dem Mundstück abgegebene Menge) eine vergleichbare Menge der Wirkstoffe wie die abgemessene Menge (im Behälter abgemessene Menge).“*

Die Fachinformation der ASt (ebenfalls vorgelegt mit dem Anlagenkonvolut der Bg BG2) besagt zur qualitativen und quantitativen Zusammensetzung ihres Produkts [...] (ebenfalls erhältlich mit Wirkstoffgehalten von 80, 160, 320 Mikrogramm), dass eine Einzeldosis eine über das Mundstück abgegebene Menge von 80 bzw. 160 Mikrogramm [...] enthalte. Die Angaben für die im Behältnis abgemessenen Mengen an [...] weichen dagegen von den Angaben zur Mundstückabgabe ab und liegen im Vergleich zur Mundstückabgabe jeweils höher.

Die ASt und die Bg gaben Angebote zum Fachlos [...] für alle acht Gebietslose fristgemäß ab (Angebotsfrist: 17. September 2018).

Am 24. Oktober 2018 entschieden die Ag zu 1) bis 11), für das Fachlos [...] in allen Gebietslosen den Zuschlag an die Bg erteilen zu wollen, da diese jeweils das wirtschaftlichste Angebot abgegeben hat.

Mit Schreiben vom 9. November 2018 informierten die Ag zu 1) bis 11) die ASt u.a. darüber, dass man beabsichtige, für das Fachlos [...] der Bg den Zuschlag zu erteilen.

Die ASt erhob mit Schreiben vom 14. November 2018 eine Rüge dahin, dass die Bg auszuschließen sei, die die Ag) zu 1 mit Schreiben vom 16. November 2018 stellvertretend für alle übrigen Ag zurückwies.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 26. November 2018 beantragt die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

a) Zur Begründung führt sie im Nachprüfungsantrag und mit Stellungnahme vom 4. Dezember 2018 Folgendes aus:

- Den Nachprüfungsantrag hält die ASt für zulässig.
 - o Insbesondere sei rechtzeitig nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB gerügt worden. Denn die ASt habe die von ihr bemängelten Punkte erst mit Erhalt des Schreibens der Ag vom 9. November 2018 erkannt. Erst zu diesem Zeitpunkt sei der ASt klar geworden, dass die Ag zu 1) bis 11) und die ASt ein voneinander abweichendes Verständnis zum Erfordernis, die Angaben aus der Ergänzung zu Anlage 1 zum Fachlos [...] einzuhalten, hätten.
 - o Die ASt sei auch antragsbefugt. Ihr Schaden sei in der Verschlechterung ihrer Zuschlagschancen zu sehen; dieser müsse nicht konkret bezifferbar sein. Es reiche die Möglichkeit einer zweiten Chance aus, um einen drohenden Schaden zu begründen.
 - o Schließlich habe die ASt auch ein Interesse am Erhalt des Auftrags, dies folge bereits, aber auch hinreichend, aus dem abgegebenen Angebot der ASt und der Rüge der ASt.
- Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet. Die ASt beruft sich darauf, die Bg sei ungeeignet, ihr Angebot jedenfalls nicht wertbar, weil diese ihren Angeboten ihr Produkt [...] zugrunde gelegt habe, das den Anforderungen in der „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“, genauer den dortigen Angaben zu den Preisvergleichsgruppen, unter Berücksichtigung der Angaben in der Bieterinformation Nr. 41 sowie unter Abschnitt A.1.6.1 der Bewerbungsbedingungen, nicht entsprechen könne. Das Produkt der Bg enthalte im Wesentlichen identische Wirkstoffmengen bei der in der Packung enthaltenen abgemessenen Wirkstoffmenge und der über das Mundstück abgegebenen Wirkstoffmenge. Aus den genannten Anforderun-

gen der Vergabeunterlagen ergebe sich allerdings, dass die Preisvergleichsgruppen zum Fachlos [...] ausdrücklich vorgäben, dass die in der Packung jeweils enthaltene Wirkstoffmenge stets höher sein müsse als die über das Mundstück abgegebene Menge. Die Fachinformation für das Produkt der Bg belege klar, dass dies dort nicht der Fall sei, weshalb die Bg gar nicht in der Lage sei, die Vorgaben der Vergabeunterlagen erfüllen zu können.

- Die ASt beruft sich für ihre Ansicht auf eine Auslegung der genannten Vergabeunterlagen. So schließt sie maßgeblich aus dem Umstand, dass die Angaben zu den PVG in der „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“ ebenso wie schon in der ursprünglichen Fassung der entsprechenden Angaben in Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen (Ziff. IIa) unverändert geblieben sind. Dieser Umstand könne unter Berücksichtigung der Angaben in der Bieterinformation Nr. 41 nur so verstanden werden, dass ein Bieter nur ein Produkt zum Fachlos [...] anbieten könne, das die in den PVG vorgegebenen Anforderungen zu den abgemessenen *und* abgegebenen Wirkstoffmengen einhalte. Anderenfalls hätte die ASt bei der Herausgabe der Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...] die Angaben zu den im Behälter abgemessenen Wirkstoffmengen streichen müssen, was gerade nicht geschehen sei. Daher sei eine genaue Zuordnung zu den PVG nicht mehr möglich. Vielmehr ergebe sich aus der besagten Ergänzung der Anlage 1 zum Fachlos [...], dass die Angaben „für die darin bezeichneten Preisvergleichsgruppen nunmehr allein verbindlich“ seien. Schließlich sei infolge der Bieterinformation Nr. 41 nur die Berechnungsgrundlage des Rabatt-ApUs je g Wirkstoff abgeändert worden, nicht aber die PVG in Ziff. IIa der Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen. Die Bieterinformation Nr. 41 und die darin erfolgte Klarstellung, dass es auf die Wirkstoffmenge ankomme, die über das Mundstück abgegeben werde, beziehe sich daher allein auf die Angebotskalkulation und damit die Wirtschaftlichkeitsbewertung auf der Zuschlagsebene, habe aber keine Bedeutung für den in den PVG der Ergänzung zur Anlage 1 zum Fachlos [...] benannten Beschaffungsbedarf. Da im Hinweis Nr. 41 außerdem darauf hingewiesen werde, dass die einleitenden Hinweise im Abschnitt IIa der Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen unberührt blieben, werde der Eindruck unterstrichen, dass die aufgrund des Hinweises Nr. 41 vorgenommenen Änderungen ausschließlich die Kalkulationsebene und nicht die Leistungsbeschreibung selbst betreffen. Das Verständnis der ASt lasse sich auch aus einem Vergleich mit dem Bieterhinweis Nr. 18 zum Fachlos 111 untermauern, was im Einzelnen ausgeführt wird.

- Die Ag zu 1) bis 11) könnten ihre Auslegung nicht dadurch stützen dass in den Bewerbungsbedingungen (Abschnitt A.1.6.1 bis A.1.6.4) u.a. auf die Wirkstärke als Kriterium zur Bildung der PVG verwiesen wird, nicht aber auf die in den Packungen/Containern abgemessene Wirkstoffmenge. Letzteres folge schließlich aus der Übersicht der PVG des Beschaffungsbedarfs in Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen, auf die dort unter Abschnitt A.1.6.1 gerade hingewiesen werde.
- Soweit die Ag zu 1) bis 11) und die Bg ihre Sichtweise durch eine Betrachtung der arzneimittelrechtlichen Maßgaben unterstützten, wonach auf den Packungen bzw. Beipackzetteln gerade die Wirkstärke anzugeben sei, die bei den Inhalatoren des Fachloses [...] über das Mundstück abgegeben würden, sei dies für die vergaberechtliche Betrachtungsweise irrelevant. Denn die Ag zu 1) bis 11) könnten ihren Beschaffungsbedarf grundsätzlich frei bestimmen. Dies sei durch die Angaben zu den PVG in der Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen unter. Ziff. IIa bzw. der Ergänzung zur Anlage 1 - Fachlos [...], in dem von der ASt näher beschriebenen Sinne geschehen.
- Schließlich sei die Leistungsbeschreibung zu den zum Fachlos [...] geforderten Wirkstoffmengen in der Packung/im Container missverständlich, wenn man die Handhabung/Auslegung der Ag zu 1) bis 11) zugrunde legte. Die Ag zu 1) bis 11) gingen davon aus, die Einhaltung der Wirkstoffmenge im Container sei nicht als Teil der notwendig zu erbringenden Leistungsbeschreibung anzusehen, während die Ergänzung der Anlage 1 – Fachlos [...] wortlautgemäß das Gegenteil besage. Auf der Grundlage der Ansicht der Ag zu 1) bis 11) und der Bg sei die Leistungsbeschreibung fehlerhaft, was dazu führe dass die abgegebenen Angebote schließlich nicht mehr vergleichbar seien. Die ASt habe nach dem von ihr zugrunde gelegten auf dem Wortlaut der PVG in der Ergänzung zur Anlage 1- Fachlos [...] basierenden allein maßgeblichen Verständnisses nicht so kalkulieren können, wie sie kalkuliert hätte, wenn für sie klar gewesen wäre, dass Unternehmen mit Produkten wie die Bg ebenfalls am Vergabeverfahren teilnehmen dürften. Die ASt berücksichtige konkurrenzfähige Bieter mit einem Risikofaktor bei der Kalkulation, das Angebot der ASt werde also mit Blick auf jeden Konkurrenten ggf. kalkulatorisch angepasst, was der ASt im Hinblick auf die Bg nicht möglich gewesen sei.
- Die Vorabgestattung des Zuschlags nach § 169 Abs. 2 GWB hält die ASt für unbegründet. Es fehle an der besonderen Eilbedürftigkeit bzw. einem deutlich überwiegenden Interesse an einer beschleunigten Zuschlagsentscheidung. Die Ag zu

1) bis 11) könnten sich ausschließlich auf finanzielle Interessen stützen, die allerdings einen vorzeitigen Zuschlag nicht rechtfertigen könnten. Der Vertragsbeginn sei für den 1. Juni 2019 geplant, eine signifikante Verzögerung der Umsetzung des Rabattvertrags durch das Nachprüfungsverfahren, wodurch den Ag zu 1) bis 11) erhebliche Einsparungen entgehen könnten, sei vor diesem Hintergrund nicht zu erwarten und daher keine besondere Eilbedürftigkeit gegeben. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die Interessen der Allgemeinheit an einem vorzeitigen Zuschlag schutzwürdig seien.

Die ASt beantragt,

1. die Ag zu 1) bis 11) zu verpflichten, das Fachlos [...] aufzuheben und bei fortbestehender Beschaffungsabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der erkennenden Kammer [...] neu auszuschreiben;

hilfsweise:

2. festzustellen, dass die Ag zu 1) bis 11) bei der Ausschreibung im Fachlos [...] gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen haben und die Antragstellerin hierdurch in ihren Rechten verletzt ist;

sowie:

3. der ASt gemäß § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
4. den Ag zu 1) bis 11) die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der ASt für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

b) Die Ag zu 1) bis 11) beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Ag notwendig war,
4. den Ag zu 1) bis 11) im Vergabeverfahren [...] zu gestatten, den Zuschlag für das Fachlos [...] nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Die Ag zu 1) bis 11) führen in ihrer Stellungnahme vom 26. November 2018 und 06. Dezember 2018 über ihren Verfahrensbevollmächtigten Folgendes aus:

- Sie halten den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Der Antrag sei bereits präkludiert nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB, weil die ASt die von ihr bemängelten Unklarheiten in den Vergabeunterlagen aufgrund der Bieterhinweise Nr. 41 und 47 frühzeitig erkannt habe bzw. jedenfalls bis zum Ablauf der Angebotsfrist habe erkennen können, ohne aber bis zur Abgabe des Angebots gerügt zu haben. Jedenfalls fehle der ASt die Antragsbefugnis, weil nicht erkennbar sei, dass ihr ein Schaden durch den von ihr bemängelten Vergaberechtsverstoß entstehe. Die Rüge der ASt laufe darauf hinaus, dass die ASt ein besseres Angebot abgegeben hätte, wenn sie damit gerechnet hätte, dass auch die Bg ein Angebot abgibt, das nicht von der Wertung ausgeschlossen werde. Dieser Umstand sei als Schaden nicht bezifferbar.
- Jedenfalls halten die Ag zu 1) bis 11) den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Der Vorwurf, die Bg sei ungeeignet, gehe ins Leere, weil die gerügten Vergaberechtsverstöße nicht die Leistungsfähigkeit der Bg zum Gegenstand hätten, sondern die Frage beträfen, ob diese ein wertungsfähiges Angebot abgegeben habe. Daran bestehe allerdings kein Zweifel, da die Auslegung der Vergabeunterlagen durch die ASt lebensfremd und daher nicht haltbar sei. Ein Verstoß gegen das Transparenzgebot bzw. das Gebot der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung scheidet daher aus. Die unterbliebene Streichung der in der Packung (Container) abgemessenen Wirkstoffmenge aus den in der „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“ benannten PVG sei für einen verständigen, fachkundigen Bieter nach Maßgabe eines objektiven Empfängerhorizonts kein Umstand davon auszugehen, dass ausschließlich Medikamente angeboten werden dürften, die neben der niedrigeren Wirkstoffmenge (Wirkstärke), die über das Mundstück abgegeben werde, stets auch eine höhere in der Packung abgemessene Menge enthalten müsse. Letztere entfalte beim Patienten keine Wirkung und sei nur dem Umstand geschuldet, dass zahlreiche am Markt angebotene Produkte eine entsprechende Mengenbevorratung enthielten, um bei der Anwendung auftretende Verluste, die technisch bedingt im Inhalator verbleiben, zu kompensieren und zu gewährleisten, dass die arzneimittelrechtlich zugelassene Wirkstoffmenge über das Mundstück abgegeben werden könne. Schließlich sei für die Wirtschaftlichkeitsbewertung der Angebote auch nur die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge (Wirkstärke) maßgeblich. Die Wirkstärke sei schließlich auch arzneimittelrechtlich die

maßgebliche Größe, die auf Behältnissen und Umhüllungen sowie in den Packungsbeilagen anzugeben sei. Dass die Definition der entsprechenden PVG im Fachlos [...] beide Wirkstoffmengenangaben enthalten, resultiere aus den Marktgegebenheiten. Das Produkt der Bg sei erst 2017 am Markt eingeführt worden, die Ag zu 1) bis 11) hätten das Produkt der Bg erst infolge der Rüge der Bg kennengelernt. Zwar habe sich aus der Rüge Anpassungsbedarf ergeben, der zur „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“ geführt habe. Allerdings seien die PVG auf die Rüge der Bg nicht abgeändert worden, weil die Bg eine mangelnde Zuordnung ihres Produktes zu den PVG auch gar nicht gerügt habe. Ein vergaberechtlicher Bedarf einer Anpassung der PVG habe daher gar nicht bestanden, daher seien die Änderungen an den Vergabeunterlagen so gering wie möglich zu halten gewesen, um (neue) Zuordnungsprobleme zu vermeiden. Schließlich habe es die Beibehaltung der Bezeichnung der PVG allen Bietern ermöglicht, ihre Produkte den PVG zuzuordnen, unabhängig davon, ob die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge der in der Packung enthaltenen entspricht oder letztere größer ist, als die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge. Im Ergebnis widerspreche eine Auslegung im Sinne der ASt auch dem sozial- bzw. vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatz, weil so Bieter wie die Bg ausgeschlossen würden, ohne dass es einen Grund gebe, den Beschaffungsbedarf der Ag zu 1) bis 11) entsprechend zu begrenzen.

- Vor diesem Hintergrund sei auch die Angebotskalkulation der ASt nicht beeinträchtigt. Die ASt habe selbst vorgetragen, die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge, die in den PVG benannt worden ist, sowie die dort darauf bezogenen Angaben zu den durchschnittlichen ApU und zu den hochgerechneten abgerechneten Wirkstoffmengen im Referenzzeitraum ihrer Kalkulation zugrunde gelegt zu haben. Schließlich belege die Bieteranfrage der ASt vom 3. September 2018, dass sie die entsprechenden Daten zur Mundstückabgabe entsprechend verwertet habe. Dass die ASt ggf. anders kalkuliert hätte, wenn sie mit einer Angebotsabgabe der Bg gerechnet hätte, sei kein kalkulationserheblicher Umstand und überdies habe die ASt auch nicht substantiiert dargelegt, dass die von ihr angeführte Risikoanalyse tatsächlich anders ausgefallen wäre, wenn sie vom Angebot der Bg gewusst hätte. Vor diesem Hintergrund sei nicht ersichtlich, dass die abgegebenen Angebote nicht miteinander vergleichbar seien.
- Schließlich sei der Vorabgestattungsantrag nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB zulässig und begründet. Der Nachprüfungsantrag der ASt sei nach den Darlegungen

der Ag zu 1) bis 11) ersichtlich unbegründet. Es bestehe zudem ein besonderes Interesse an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens im Hinblick auf den zu schließenden Rabattvertrag, der bereits zum 1. Juni 2019 in Kraft treten solle und einen entsprechenden Vorlauf benötige, um die Regelungen am Markt zu etablieren. Schließlich nütze das Nachprüfungsverfahren unter dem Aspekt der schiereren Zeitdauer allein der ASt als bisheriger Vertragspartnerin der der Ag zu 1) bis 11). Es sei davon auszugehen, dass die ASt darauf spekuliere, den Suspensivveffekt des Nachprüfungsverfahrens zu nutzen, um die Exklusivität des noch laufenden Vertrages über den 31. Mai 2019 zu verlängern. Dieses Interesse sei aber nicht schutzwürdig.

- c) Die mit Beschluss vom 19. November 2018 zum Verfahren hinzugezogene Bg beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
 2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Bg für ihre zweckentsprechende Rechtsverteidigung aufzuerlegen;
 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Bg gemäß § 182 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 27. und 29. November 2018 führt die Bg im Wesentlichen aus:

- Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, die ASt mit ihrem Vorbringen nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB präkludiert. Denn die ASt habe ihre Rüge nicht binnen der Angebotsfrist bis zum 17. September 2018 vorgebracht, obwohl ihr die bemängelten Aspekte als langjährig erfahrenes Fachunternehmen bereits nach Lektüre der Vergabeunterlagen, spätestens nach Erhalt des Bieterhinweises Nr. 41, erkennbar gewesen seien und sie von einem Angebot durch die Bg habe ausgehen können. Im Bieterhinweis Nr. 41 sei ausdrücklich klargestellt worden, dass es den Ag zu 1) bis 11) allein auf die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge als arzneimittelrechtlich zugelassener Wirkstärke ankomme.
- Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, das Gebot der Transparenz bzw. der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung sei nicht verletzt. Aus Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen ergebe sich für einen fachkundigen Bieter unmissverständlich, dass die Ag zu 1) bis 11) Bedarf an der Beschaffung

von Arzneimitteln mit der Wirkstoffkombination [...] in unterschiedlichen Wirkstärken habe, was aus den in den PVG angegebenen Mundstückabgabemengen folge. Dementsprechend hätten die Ag zu 1) bis 11) in Anlage 1 der Bewerbungsbedingungen zur Bestimmung der PVG ausdrücklich auf die „Wirkstärke (Wirkstoffgehalt je Dosiereinheit“) und im Übrigen auf die Erfüllung der Voraussetzungen für die Aut-idem-Substitution nach § 129 Abs. 1 SGB V abgestellt.

- Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Bg sei angesichts der Komplexität des Verfahrensgegenstandes und der zu beurteilenden Rechtsfragen notwendig, die Bg verfüge nicht über eine eigene Rechtsabteilung.
3. Die Vergabekammer hat, nach Anhörung der Ag zu 1) bis 11) und teilweise auch der Bg, der ASt auszugsweise Einsicht in die Vergabeakte gewährt, soweit nicht Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse betroffen waren.

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

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 zum Fachlos [...] der Gebietslose 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 die Preisvergleichsgruppen in der Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...] nicht wortlautgemäß gehandhabt worden sind, und daher das Angebot der Bg unzulässigerweise berücksichtigt worden sei. Die so in der Sache behauptete Rechtsverletzung erscheint zumindest nicht von vornherein offensichtlich unbegründet.

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 Bg nach dem Vortrag der ASt auf der Grundlage eines falschen, nicht am Wortlaut der in den Vergabeunterlagen definierten Preisvergleichsgruppe orientierten Verständnisses den Zuschlag für Fachlos [...] der acht Gebietslose erhalten soll. Da – wie aus Anlage C16 zum Vergabevermerk Teil C (Übersicht Zuschlagsentscheidungen[...]) sowie der Stellungnahme der Ag zu 1) bis 11) vom 6. Dezember 2018 (ebenda Seite 15) zu entnehmen ist – die ASt in sieben von acht Gebietslosen mit ihren Angeboten an zweiter Stelle, bei einem Angebot an dritter Stelle rangiert, erschließt sich, dass bei Vorliegen des von ihr behaupteten Vergaberechtsverstößes grundsätzlich eine realistische Chance auf den Zuschlag besteht.

- 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 14. November 2018 binnen der Frist von 10-Kalendertagen gerügt. Dass die Bg bei der Angebotswertung berücksichtigt würde und die Zuschläge für die acht Gebietslose erhalten soll, konnte die ASt erst aus dem Informationsschreiben der Ag zu 1) bis 11) vom 9. November 2018 erkennen. Die Angaben in den Bieterhinweisen Nr. 41 und 47 ließen, anders als die Ag zu 1) bis 11) und die Bg meinen, bis zum Erhalt dieser Zuschlagsinformation keinen zwingenden Rückschluss der ASt darauf zu, dass die Ag zu 1) bis 11) die Preisvergleichsgruppen („PVG“) in der Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...] im besagten Sinne auslegen und die Angebote der Bg berücksichtigen würden. Daher bestand vorab keine Rügeobliegenheit der ASt nach § 160 Abs. 3 Satz 1 Nr. 3 GWB bis zum Ablauf der Angebotsfrist.

2. Der Nachprüfungsantrag der ASt ist allerdings unbegründet.

- a) Das Vorbringen der ASt richtet sich in der Sache vorrangig darauf, das Angebot der Bg vom Vergabeverfahren auszuschließen, weil es von den Vorgaben der Vergabeunterlagen, genauer den in der „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“ definierten Preisvergleichsgruppen (siehe dort in der Spalte „PVG“), abweicht. Dies betrifft nicht, wie von der ASt noch im Nachprüfungsantrag vorgetragen, die Eignung der Bg, sondern die Frage, ob das Angebot der Bg. nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV auszuschließen ist.

- b) Das Angebot der Bg ist nicht nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV von der Wertung auszuschließen.

Nach dieser Vorschrift sind Angebote von der Wertung auszuschließen, bei denen Änderungen oder Ergänzungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen worden sind. Als solche gelten insbesondere Angebote, die von den Vorgaben der Vergabeunterlagen abweichen, weil der betreffende Bieter dann etwas Anderes anbietet als vom Auftraggeber nachgefragt und sich Angebot und Nachfrage damit grundsätzlich nicht decken (vgl. nur Dittmann, in: Kulartz u.a. (Hrsg.), Kommentar zur VgV, 2017, § 57 VgV Rdnr. 53 mwN). Dies soll nach dem Vortrag der ASt die Angebote der Bg für die acht Gebietslose zum Fachlos [...] betreffen, weil die im Behälter abgemessene und über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge des von der Bg angebotenen Produkts [...] insofern zwischen den Verfahrensbeteiligten unstreitig, im Wesentlichen gleich ist. Demgegenüber besagt der Wortlaut der in der „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“, Spalte „PVG“, definierten Preisvergleichsgruppen, dass die Menge des im Behälter abgemessenen Wirkstoffs im Einzelnen jeweils höher als die über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmenge, der sog. arzneimittelrechtlich relevanten Wirkstärke, ist.

Anders als die ASt meint, ergibt sich aus diesen Umständen aber keine ausschlussbedürftige Abweichung bzw. Änderung der Vergabeunterlagen. Dies folgt aus einer Auslegung des Wortlauts der Preisvergleichsgruppen zum Fachlos [...] nach dem maßgeblichen Empfängerhorizont eines mit der Ausschreibung befassten fachkundigen objektiven Bieters gemäß den auch auf das Vergabeverfahrensrecht anzuwendenden vertragsrechtlichen Grundsätzen für die Auslegung von Willenserklärungen der §§ 133, 157 BGB (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Februar 2014, AZ.: X ZB 15/13, sub IV.1.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 26. März 2018, Az.: VII-Verg 52/17 sub II.2.a) sowie Beschluss vom 13. Dezember 2017, Az.: VII-Verg 19/17 sub II.1.b)).

Aus dieser Perspektive ausschlaggebend für das Verständnis der Preisvergleichsgruppen sind die über das Mundstück abgegebenen Wirkstoffmengen. Diese entsprechen – wie von den Ag und der Bg letztlich unstreitig ausgeführt – der jeweils arzneimittelrechtlich maßgebenden Wirkstärke, die beim Patienten tatsächlich zur Anwendung kommt und auf der Arzneiverpackung und Verpackungsbeilage anzugeben ist.

Dies gilt sowohl nach der ursprünglichen Anlage 1, Ziff. IIa der Bewerbungsbedingungen als auch nach den mit der Bieterinformation Nr. 41 allen Bietern bekannt gegebenen Änderungen der „Ergänzung zur Anlage 1 – Fachlos [...]“. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Bewerbungsbedingungen unter Ziff. A.I.6.1 für die Einteilung der Fachlose in die dafür definierten Preisvergleichsgruppen ausdrücklich auf die Substitutionskriterien nach § 129 Abs. 1 Satz 2 SGB V und insofern u.a. auf die „*Wirkstärke (Wirkstoffgehalt je Dosiereinheit)*“ Bezug nehmen. Dies ist beim Fachlos [...] – wie auch der Vortrag der Verfahrensbeteiligten ergibt – die über das Mundstück abgegebene Menge an Wirkstoff. Die Ag zu 1) bis 11) haben die Preisvergleichsgruppen für das Fachlos [...] also maßgeblich danach bestimmt, dass austauschbare bzw. vergleichbare/gleichwertige Produkte zugeordnet werden können. Vor diesem Hintergrund ist unmissverständlich, dass den Preisvergleichsgruppen des Fachloses [...] alle substituierbaren bzw. miteinander vergleichbaren Produkte zuordenbar sein sollen und zwar unabhängig davon, ob sie eine gegenüber der über das Mundstück abgegebenen Wirkstoffmenge (Wirkstärke) eine höhere im Behälter abgemessene Wirkstoffmenge enthalten oder nicht. Dies ist dem Umstand geschuldet, dass die Differenz zwischen der im Behälter abgemessenen Wirkstoffmenge und der über das Mundstück abgegebenen letztlich im Behälter verbleibt und gar nicht abgegeben werden kann, mithin eine durch die Inhalatortechnik bedingte Verlustmenge darstellt, wie sie z.B. auch beim Produkt der ASt gegeben ist. Das Produkt der Bg ist, wie von den Ag zu 1) bis 11) in der mündlichen Verhandlung unbestritten vorgetragen, mit dem der ASt austauschbar, so dass es den Preisvergleichsgruppen zu Fachlos [...] zwanglos zuzuordnen ist.

Diese Auslegung wird durch folgende Überlegung bestätigt: Die Zuordnung eines Produktes zu einer der Preisvergleichsgruppen des Fachloses [...] davon abhängig zu machen, dass stets eine höhere im Behälter abgemessene Wirkstoffmenge vorhanden sein muss, was der Definition der Preisvergleichsgruppen den Charakter eines von den Ag zu 1) bis 11) gar nicht bezweckten Mindestzuschlagskriteriums zumäße, führte bei einem Bieter wie die Bg zu einer Diskriminierung, für die es keine vergabe-rechtliche Rechtfertigung gäbe. Dies wäre mit der Maßgabe der produktneutralen Ausschreibung im Sinne von § 31 Abs. 6 VgV gar nicht vereinbar gewesen. Die Ag zu 1) bis 11) sind – wie schon die zitierten Bewerbungsbedingungen belegen – allerdings ohnehin davon ausgegangen, dass die Preisvergleichsgruppen des Fachloses [...] wettbewerbsoffen zu handhaben sind und allen insofern austauschbaren Produkten

die Zuordnung ermöglichen sollten. Dementsprechend stand die Zuordnung zu einer der Preisvergleichsgruppen des Fachloses [...] weder nach der Rüge der Bg noch nach der Abhilfeentscheidung der Ag in ihrer Bieterinformation Nr. 41 zur Diskussion. Es ging vielmehr um die Ausgestaltung der Wirtschaftlichkeitsbewertung.

Die Änderungen gemäß der Bieterinformation Nr. 41 haben schließlich auf die Rüge der Bg hin klargestellt, dass die für die Wirtschaftlichkeitsbewertung relevanten Zahlenwerte von der über das Mundstück abgegebenen Wirkstoffmenge ausgehen. Das setzt voraus, dass damit auch Bietern wie der Bg eine Angebotsabgabe möglich sein muss, zumal diese zuvor gerügt hatte, sonst kein konkurrenzfähiges Angebot abgeben zu können. Daraus erschließt sich auch, dass es keinen Sinn ergäbe, die Änderungen im Sinne der Bieterinformation Nr. 41 bekannt zu machen, aber dann Angebote von Bietern wie der Bg auszuschließen, für deren Produkt diese Änderungen gerade aufgenommen worden sind. Auch wenn die ASt nach ihrem Vortrag davon ausgegangen sein mag, die Angaben im Bieterhinweis Nr. 41, ihr gegenüber bestätigt im Bieterhinweis Nr. 47, seien allein auf die Wirtschaftlichkeitsberechnung für die vierte Wertungsstufe zu beziehen gewesen, liegt es aus Sicht eines fachkundigen objektiven Bieters ersichtlich fern, aus dem Gesamtsachzusammenhang ernsthaft ableiten zu wollen, es könnten nur Angebote berücksichtigt werden, deren im Behälter abgemessene Wirkstoffmenge gemäß den Angaben der einzelnen Preisvergleichsgruppe höher ist, als die jeweils über das Mundstück abgegebene. Eine derartige Betrachtungsweise liefe darauf hinaus, ein ausschreibungs- und vergaberechtskonformes Angebot wie das der Bg, das dem Grundsatz der wirtschaftlichen Beschaffung in spezifischer Weise zu entsprechen vermag, nicht zu berücksichtigen. Bei Anwendung des Produkts der Bg verbleibt schließlich – anders als z.B. beim Produkt der ASt und auch denen der übrigen Marktteilnehmer – gerade keine (wesentliche) Rest- bzw. Verlustmenge im Behälter, die letztlich zwar von den Ag zu entgelten wäre, ohne aber als reiner Verwurf einen darüber hinausgehenden konkreten Wirknutzen beim Patienten entfalten zu können. Die Bg hat in der mündlichen Verhandlung unbestritten bestätigt, dass ihr Produkt derzeit das einzige am Markt erhältliche ist, bei dem im Behälter abgemessene und über das Mundstück abgegebene Wirkstoffmengen im Wesentlichen übereinstimmen. Die Berücksichtigung der Angebote der Bg ermöglicht den Ag zu 1) bis 11) somit, im Sinne des sozial- und vergaberechtlichen Wirtschaftlichkeitsgrundsatzes vorzugehen und durch deren Bezuschlagung ein erhebliches Einsparpotential zu realisieren, was die Ag mit ihrer Stellungnahme vom 26. November 2018 näher

konkretisiert haben (ebenda Seite 20, mit Bezug auf die dortigen Ausführungen, die wegen Geschäftsgeheimnissen der Bg für die ASt teilgeschwärzt worden sind).

c) Vor diesem Hintergrund sind die Angebote der Bg zu Fachlos [...] zu Recht gewertet worden. Ein Ausschlussgrund nach § 57 Abs. 1 Nr. 4 VgV liegt insofern nicht vor.

3. Der zulässige Zuschlagsgestattungsantrag der Ag zu 1) bis 11) nach § 169 Abs. 2 GWB ist unbegründet.

Nach § 169 Abs. 2 Satz 1 GWB kann die Vergabekammer dem öffentlichen Auftraggeber auf seinen Antrag hin gestatten, den Zuschlag nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe der Gestattungsentscheidung zu erteilen, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen. Bei der an den konkreten Umständen des Einzelfalles zu orientierenden Abwägung sind gemäß § 169 Abs. 2 Sätze 2 bis 4 GWB das Interesse der Allgemeinheit an einer wirtschaftlichen Erfüllung der Aufgaben des Auftraggebers zu berücksichtigen sowie die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags müssen nach Satz 4 nicht in jedem Fall Gegenstand der Abwägung sein.

Unter Berücksichtigung der relevanten Interessen ist der Antrag zurückzuweisen. Es ist zum jetzigen Zeitpunkt der Entscheidung der Vergabekammer aus dem Vortrag der Ag zu 1) bis 11) nicht zu erkennen, dass das Abwarten bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens zu erheblichen Verzögerungen der beabsichtigten Vergabe führt. Der zu schließende Vertrag soll zum 1. Juni 2019 in Kraft treten, was zum gegenwärtigen Zeitpunkt noch über ein halbes Jahr in der Zukunft liegt. Zwar ist nachvollziehbar, dass der abzuschließende Rabattvertrag bzw. das mit ihm zu realisierende Einsparpotential von erheblicher Bedeutung für die Versichertengemeinschaften der Ag zu 1) ist 11) ist und die Ag auch noch eine Vorbereitungszeit benötigen, die Regelungen des Rabattvertrages umzusetzen bzw. den betroffenen Kreisen bekannt zu machen, insbesondere die Aufnahme in die Apothekensoftware zu veranlassen. Würde der Abschluss des Rabattvertrags durch das Nachprüfungsverfahren erheblich verzögert, wären diese Umstände, insbesondere entgehende Rabatteinnahmen, grundsätzlich ein Aspekt, der im Einzelfall maßgeblich für

die Vorabgestattung des Zuschlags sprechen könnte (zu einem solchen Fall vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Juni 2017, Az.: VII-Verg 24/17 sub II.2). Die Zeitdauer eines etwaigen Beschwerdeverfahrens gegen die hier vorliegende Entscheidung der Vergabekammer ist auch grundsätzlich geeignet, den Abschluss des Nachprüfungsverfahrens und damit den Vertragsschluss weiter zu verzögern. Sie kann aber durch die Vergabekammer in keinem Fall so verlässlich prognostiziert werden, dass es derzeit gerechtfertigt wäre, auf dieser Grundlage den der ASt von Gesetzes wegen prinzipiell zustehenden primären Vergaberechtsschutz auszusetzen. Auch ist nicht ersichtlich, dass sich die von den Ag benötigte Zeit zur Implementierung des neuen Rabattvertrages mit Blick auf den bis zum geplanten Vertragsbeginn verbleibenden Zeitraum signifikant auswirkt. Zwar ist der zitierten Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 28. Juni 2017 zu entnehmen, dass das OLG für die dort konkret zu entscheidende Beschwerde ab dem Zeitpunkt des dort entschiedenen Vorabgestattungsantrags nach § 176 GWB noch einen Zeitraum von mehr als einem halben Jahr bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens prognostiziert hat, so dass in jenem Fall der Zeitpunkt des geplanten Vertragsbeginns um mehr als vier Monate überschritten worden wäre (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.). Diese zeitliche Prognose zum Ablauf des Beschwerdeverfahrens lässt sich aber nicht schematisch auf den hier zu entscheidenden, in der ersten Instanz gestellten Gestattungsantrag nach § 169 Abs. 2 GWB übertragen, sondern könnte allenfalls vom OLG selbst – ggf. im Rahmen eines etwaigen Beschwerdeverfahrens nach § 169 Abs. 2 Sätze 5 bis 7 GWB – vorgenommen werden.

An diesem Ergebnis vermag auch die Zurückweisung des Nachprüfungsantrags nichts zu ändern. Die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags sind im hiesigen Fall angesichts des einfach gelagerten Sachverhalts zwar im Hinblick auf § 169 Abs. 2 Satz 4 GWB in jedem Fall in die Abwägung einzubeziehen. Allerdings kann allein der Umstand der Zurückweisung des Nachprüfungsantrags dem Antrag nach § 169 Abs. 2 GWB nicht per se und automatisch zum Erfolg verhelfen. Ohne Hinzutreten weiterer Umstände wie z.B. einer zeitlichen Verzögerung des Vertragsschlusses würde dies sonst dazu führen, dass der gesetzlich geregelte primäre Vergaberechtsschutz, zu dem der Antrag nach § 169 Abs. 2 GWB in einem Ausnahmeverhältnis steht, ausgehebelt würde.

Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass das OLG als Beschwerdeinstanz nach § 173 Abs. 1 Satz 3, Abs. 2 GWB in der hier gegebenen Konstellation bei Ablehnung eines Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer auf Antrag des Beschwerdeführers prüft, ob die

aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängert wird. Sollte das OLG ebenfalls keine Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags sehen, besteht zugunsten der Ag zu 1) bis 11) die Möglichkeit, dass das Gericht die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung nicht anordnet, so dass die Ag zu 1) bis 11) den Zuschlag unmittelbar erteilen könnten.

Vor diesem Hintergrund war der Antrag zurückzuweisen.

III.

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

Die Ag zu 1) bis 11) und die Bg obsiegen im Hinblick auf den Nachprüfungsantrag der ASt und unterliegen im Hinblick auf ihren Vorabgestattungsantrag nach § 169 Abs. 2 GWB. Die ASt unterliegt im Hinblick auf ihren Nachprüfungsantrag und obsiegt gegenüber den insoweit unterliegenden Ag zu 1) bis 11) und die Bg im Hinblick auf deren Antrag nach § 169 Abs. 2 GWB. Das Verhältnis des jeweiligen Obsiegens und Unterliegens bestimmt sich nach dem Verhältnis von Nachprüfungsantrag (neun Zehntel) und Gestattungsantrag (ein Zehntel). Die Beteiligten haben daher jeweils im Verhältnis ihres Unterliegens die Verfahrenskosten und die Aufwendungen der jeweils anderen Beteiligten zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 GWB. Soweit die Ag zu 1) bis 11) und die Bg insoweit an der Tragung der Verfahrenskosten zu einem Zehntel zu beteiligen sind, haben sie diese als Gesamtschuldner zu tragen, § 182 Abs. 3 Satz 2 GWB. Soweit die Ag zu 1) bis 11) und die Bg ein Zehntel der Aufwendungen der ASt zu tragen haben, tragen sie diese nach § 182 Abs. 4 Satz 1 GWB jeweils zur Hälfte.

2. Es entspricht der Billigkeit, die zur zweckentsprechenden Rechtverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg der ASt aufzuerlegen, soweit die ASt zu neun Zehnteln unterliegt und insoweit zur Tragung der Aufwendungen der Bg verpflichtet ist.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen eines Beigeladenen sind nach § 182 Abs. 4 Satz 2 GWB nur erstattungsfähig, soweit sie aus Gründen der Billigkeit der unterlegenen Partei auferlegt werden. Die ASt hat die Bg durch ihren Nachprüfungsantrag unmittelbar angegriffen, indem sie deren Ausschluss beantragt

hat. Die Bg wiederum hat sich gegen das Vorbringen der ASt verteidigt und dementsprechende Zurückweisungsanträge gestellt. Vor diesem Hintergrund war die Bg einem unmittelbaren Kostenrisiko ausgesetzt, das es rechtfertigt, ihre notwendigen Aufwendungen der ASt aufzuerlegen, soweit jene unterliegt.

3. Die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Ag zu 1) bis 11) war notwendig, § 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz w VwVfG (Bund).

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 zu 1) bis 11) 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, maßgeblich zur Antragsbefugnis und zur Rügeobliegenheit sowie zum Antrag nach § 169 Abs. 2 GWB, zum Vortrag gebracht worden. Des Weiteren zu berücksichtigen ist zu Gunsten der Ag 1) bis 11) der Aspekt der Waffengleichheit, da auch die ASt sowie die Bg anwaltlich vertreten waren, ferner der Aspekt der Verfahrenskonzentration, der es gerechtfertigt erscheinen lässt, den insgesamt elf Antragsgegnerinnen betreffenden Sach- und Rechtsvortrag durch einen Verfahrensbevollmächtigten aufzubereiten und zu kanalisieren.

4. Auch die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der Bg war notwendig gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz w VwVfG (Bund). Denn die Bg muss als privatwirtschaftlich orientiertes Unternehmen grundsätzlich keinen eigenen spezifisch vergaberechtlichen Sachverstand vorhalten, um sich in einem Nachprüfungsverfahren

verteidigen zu können, sondern kann sich hierzu der Dienste eines Rechtsanwalts bedienen. Entsprechendes gilt für die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten der ASt, die nach 182 Abs. 4 Satz 4 i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz w VwVfG (Bund) somit ebenfalls für notwendig erklärt wird.

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.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer, den Zuschlag im Verfahren des § 169 Abs. 2 S. 1 GWB nicht zu gestatten, ist der Antrag des Auftraggebers zulässig, den sofortigen Zuschlag unter den Voraussetzungen des § 169 Abs. 2 Sätze 1 bis 4 zu gestatten (§ 169 Abs. 2 Satz 6 GWB). Dieser ist ebenfalls schriftlich beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf zu stellen und gleichzeitig zu begründen. Die zur Begründung des Antrags vorzutragenden Tatsachen sind glaubhaft zu machen (§ 169 Abs. 2 S. 7 i.V.m. § 176 Abs. 2 Sätze 1 und 2 GWB).