

Gericht:	Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt Vergabesenat
Entscheidungsdatum:	14.10.2016
Aktenzeichen:	7 Verg 3/16
Dokumenttyp:	Beschluss
Quelle:	
Normen:	§ 14 Abs 5 S 2 Nr 3 ApoG, § 97 Abs 1 GWB vom 26.06.2013, § 18 VOLA2 2009, § 19 Abs 5 VOLA2 2009, § 20 VOLA2 2009 ... mehr

Vergabeverfahren für einen Krankenhausversorgungsvertrag: Anforderungen an die Einhaltung des Transparenzgebots bei der Vergabe einer Rahmenvereinbarung über die Belieferung mit Arzneimitteln und Medizinprodukten

Orientierungssatz

1. Eignungsanforderungen müssen so deutlich formuliert sein, dass ein verständiger Bieter ohne Interpretation klar erkennen kann, was ein Auftraggeber fordert.(Rn.103)
2. Soll die ausgeschriebene Krankenhausversorgung "im Bedarfsfall unverzüglich (Orientierungswert: in max. 60 Minuten)" erfolgen, so ist diese Formulierung intransparent, da sie einen Spielraum bietet und eine Obergrenze nicht klar ersichtlich ist.(Rn.87) (Rn.104)
3. Die Auftragsbedingungen zur Preisbindung sind unklar und lässt die Gefahr verschiedener Interpretationen zu, wenn der Auftraggeber "rechnungswirksame Rabatte" fordert.(Rn.91) (Rn.110)

Verfahrensgang

vorgehend Vergabekammer Sachsen-Anhalt, 23. Mai 2016, 2 VK LSA 40/15

Tenor

1.

Auf die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin vom 23. Mai 2016 und des Beigeladenen vom 18. Mai 2016 wird der Beschluss der Vergabekammer des Landes Sachsen-Anhalt vom 3. Mai 2016 (2 VK LSA 4=715) teilweise abgeändert und wie folgt neu gefasst:

Es wird angeordnet, das Vergabeverfahren betreffend die im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (S ...) ausgeschriebene Vergabe des Lieferauftrages „Vergabe von Apothekenleistungen“ aufzuheben.

Die weitergehenden Beschwerden werden zurückgewiesen.

2.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens vor der Vergabekammer. Die Verfahrenskosten werden auf 4.879,43 Euro festgesetzt.

Für die im Rahmen der Akteneinsicht vor der Vergabekammer angefallenen Kopierkosten hat der Antragsteller 14,60 Euro zu entrichten.

Die Antragsgegnerin hat dem Antragsteller die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen vor der Vergabekammer zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für den Antragsteller war notwendig.

Der Beigeladene hat für die im Rahmen der Akteneinsicht vor der Vergabekammer angefallenen Kopierkosten 7,14 Euro zu entrichten.

3.

Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Antragstellers zu zwei Dritteln, der Beigeladene zu einem Drittel.

4.

Der Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens wird auf 143.261,17 Euro festgesetzt.

Gründe

A.

- 1 Die Beteiligten des Nachprüfungsverfahrens streiten um die Vergabe von Apothekenleistungen für das Krankenhaus der Antragsgegnerin in B.

- 2 Die Antragsgegnerin ist eine Eigengesellschaft des Landkreises in Form einer gemeinnützigen GmbH zum Betrieb eines Krankenhauses mit überregionaler Bedeutung und Akademischen Lehrkrankenhauses der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg, bestehend aus neun klinischen Fachabteilungen mit 418 Betten und zwei Tageskliniken mit 30 Betten sowie einem Seniorenpflegeheim und einem Medizinischen Versorgungszentrum. Jährlich werden ca. 20.000 stationäre und ca. 30.000 ambulante Patienten behandelt.
- 3 Die Antragsgegnerin leitete das EU-weite Vergabeverfahren von Apothekenleistungen im Offenen Verfahren am 23. Juni 2015 durch Absendung des Bekanntmachungstextes ein; die Veröffentlichung erfolgte am 27. Juni 2015 im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften. Auf den Inhalt der Vergabebekanntmachung W/ ... wird Bezug genommen. Die Angebotsfrist endete am 20. August 2015.
- 4 Gegenstand der beabsichtigten Vergabe von Apothekenleistungen ist die Versorgung der stationären Bereiche und Funktionsbereiche (außer Seniorenpflegeheim) mit Arzneimitteln und anwendungsbereiten Zytostatikazubereitungen und apothekenpflichtigen Medizinprodukten sowie die Übernahme aller damit in Zusammenhang stehenden Dienst- und Beratungsleistungen mit einer Vertragslaufzeit von 24 Monaten nebst Verlängerungsoption von weiteren 24 Monaten, weiter die Gewährleistung eines Bereitschaftsdienstes und einer Notversorgung, die Überwachung der Arzneimittel und des Arzneimittelverkehrs im Klinikum, die Gewährleistung einer wirtschaftlichen Arzneimittelverwendung, die Wahrnehmung einer Beratungsfunktion gegenüber den Mitarbeitern des Klinikums sowie die Mitarbeit bei der Erstellung und Fortschreibung der Arzneimittelliste und in der Arzneimittelkommission des Klinikums beginnend ab dem 1. Januar 2016, wobei auf § 14 Abs. 5 ApoG ausdrücklich Bezug genommen wurde. Den jährlichen Brutto-Auftragswert schätzte die Antragsgegnerin auf ca. 1,75 Mio. Euro. Im Ergebnis der Ausschreibung soll eine Rahmenvereinbarung in Form eines Krankenhausversorgungsvertrages (KHVV) nach § 14 ApoG zwischen dem Antragsgegner und dem obsiegenden Bewerber geschlossen werden, die zu ihrer Wirksamkeit der Genehmigung der Apothekerkammer des Landes Sachsen-Anhalt bedarf.
- 5 Die Leistungen gliedern sich ausweislich Ziff. II.1.5 der Bekanntmachung in die Belieferung von Arzneimitteln und apothekenpflichtigen Medizinprodukten zum Apothekenrechnungspreis und zum anderen in Dienstleistungen mit Ausnahme der Sonderleistung durch eine monatliche Bettenpauschale auf.
- 6 Unter Abschnitt III.2.3) heißt es auszugsweise:
- 7 *"Insbesondere muss durch den gewählten Vertragspartner eine ordnungsgemäße Versorgung der Gesundheitszentrum B. gGmbH mit Arzneimitteln gewährleistet wer-*

den, d.h. der Vertragspartner muss die Versorgung im Bedarfsfall unverzüglich (Orientierungswert: in max. 60 Minuten) durchführen."

- 8 Die Einhaltung der Beschaffungsdauer hat der Bieter in einem einzureichenden Versorgungskonzept kurz zu erläutern.
- 9 § 5 des zu schließenden Krankenhausversorgungsvertrages verhält sich zur Beschaffungszeit wie folgt:
- 10 *"Zwischen den Parteien besteht Einigkeit, dass die Apotheke Arzneimittel, die das Krankenhaus zur akuten medizinischen Versorgung besonders dringlich benötigt, unverzüglich und bedarfsgerecht zur Verfügung stellt."*
- 11 Die finanziellen Regelungen bezüglich der Apothekenrechnungspreise ergeben sich aus § 13 Abs. 1 des avisierten Krankenhausversorgungsvertrages:
- 12 *"Die Apotheke gibt an das Krankenhaus die gelieferten Arzneimittel und apothekenpflichtigen Medizinprodukte zum aktuellen Apothekenrechnungspreis einschließlich Mehrwertsteuer ab. Mit Apothekenrechnungspreis ist der Preis gemeint, zu dem die Apotheke die Arzneimittel und apothekenpflichtigen Medizinprodukte selbst bei ihrem Lieferanten bezieht. Gewährte Rabatte werden im Rechnungspreis berücksichtigt. Die Einsichtnahme in die Unterlagen der Apotheke wird dem Verantwortlichen des Krankenhauses ermöglicht."*
- 13 Alleiniges Zuschlagskriterium war der "niedrigste Preis". Die Ausschreibung erfolgte auf der Grundlage der Vergabeordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A).
- 14 Mit Bieterinformation vom 24. Juli 2015 teilte die Antragsgegnerin zur Kalkulation gemäß § 13 Krankenhausversorgungsvertrag mit:
- 15 *"An den Auftraggeber weiterzureichen sind nur alle direkt rechnungswirksamen, also direkten Rabatte. Bonus- oder Kick-Back-Zahlungen sind nicht direkt rechnungswirksam und somit nicht gemeint und müssen deswegen nicht weitergereicht werden."*

- 16 In einem weiteren Schreiben vom 13. August 2015 erklärte die Antragsgegnerin gegenüber den Bewerbern, dass es sich bei dem abzuschließenden Krankenhausversorgungsvertrag um eine Rahmenvereinbarung gemäß § 4 EG VOL/A handele.
- 17 Im Submissionstermin lagen vier Angebote fristgerecht bis zum 20. August 2015, 12.00 Uhr vor. Die Antragsgegnerin vermerkte auf den Umschlägen des Antragstellers und des Beigeladenen jeweils Datum und Uhrzeit der Abgabe sowie den Empfänger.
- 18 Anlässlich der Eröffnung der Angebote am 24. August 2015 wurde festgestellt, dass der Antragsteller das niedrigste Angebot abgegeben hat, gefolgt vom Beigeladenen.
- 19 Der Antragsteller sicherte in dem mit dem Angebot eingereichten Versorgungskonzept, dort Ziff. 6, eine Belieferung durch den diensthabenden Apotheker für den Notfall innerhalb von 60 Minuten zu. Der Antragsgegner erfragte am 25. August 2015 beim Antragsteller Einzelheiten bezüglich der Einhaltung der Entfernung gemäß § 14 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 ApoG, worauf dieser mitteilte, für die Strecke von 108 km eine Fahrtzeit von 60 Minuten einhalten zu können.
- 20 Auf Nachfrage der Antragsgegnerin teilte der Beigeladene am 1. September 2015 mit, die ursprüngliche Inhaberin bzw. Mitinhaberin der Apotheke, C. F., die wegen Betruges bestraft sei, sei aus seinem Unternehmen ausgeschieden.
- 21 Im Ergebnis ihrer Angebotswertung dokumentierte die Antragsgegnerin am 4. September 2015, dass sie unter Zuhilfenahme des Routenplaners Google Maps unter Berücksichtigung der aktuellen Verkehrslage eine Entfernung von 108 km bei einer Fahrtzeit von 1:24 h ermittelt habe. Auch unter Berücksichtigung des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2012, Geschäfts-Nr. 3 C 24/11, (NVwZ 2013, 231-234) sei angesichts der im Übrigen gegebenen technischen Leistungsfähigkeit von einer ordnungsgemäßen Leistungserbringung auszugehen. Sie rechne mit einer Genehmigung des Vertrages durch die Apothekerkammer, weil die Überschreitung des Orientierungswertes von 60 Minuten durch eine entsprechende Leistungsfähigkeit ausgeglichen werde. Anhaltspunkte für ein Unterkostenangebot lägen nicht vor.
- 22 Ebenfalls am 4. September 2015 teilte die Antragsgegnerin dem Antragsteller mit, dass sein Angebot nach Ablauf der Wartepflicht am 17. September 2015 den Zuschlag erhalten werde. Den erfolglosen Bietern wurde am selben Tag die Ablehnung ihres Angebotes mitgeteilt.

- 23 Der Beigeladene rügte am 9. und 11. September die Überschreitung der zulässigen Maximalzeit der Beschaffungsdauer durch den Antragsteller und wies darauf hin, dass der Antragsteller seine Rezepturen in I. fertige, was die Fahrtzeit weiter verlängere. Ferner handele es sich bei dem Angebot des Antragstellers um ein Unterkostenangebot, weil er einem kleineren und damit teurerem Einkaufsverbund angehöre, was die Bettenpauschale durch die hohe Kilometerleistung, die der Antragsteller zu bewältigen habe, nicht ausgleichen könne. Auf eine mögliche Marktverdrängungsabsicht werde hingewiesen. Ferner werden die Mindestumsätze und der Umstand, dass der Antragsteller einen Fachapotheker für klinische Pharmazie habe, bezweifelt.
- 24 Die Antragsgegnerin forderte den Antragsteller am 15. September 2015 auf, die Apothekenrechnungspreise und Referenzumsätze sowie die Fahrtroute nachzuweisen. Der Antragsteller erklärte daraufhin am 13. Oktober 2015 erneut, die Fahrtzeit von einer Stunde einhalten zu können und erklärte im Übrigen, wegen seiner Verschwiegenheitspflichten gegenüber seinen Lieferanten zu seinen Abrechnungspreisen keine detaillierten Auskünfte geben zu können. Er bestätigte die Herstellung der Rezepturen an seinem Standort in I., ein Unterkostenangebot läge nicht vor, seine Preiskalkulation beruhe auf mehreren Faktoren (Arzneimittelpreis, Rabatte im Einkaufsverbund, Erwartung an den Rohertrag, Kostenstruktur).
- 25 Gleichfalls am 15. September 2015 forderte die Antragsgegnerin den Beigeladenen auf, für eine bestimmte Auswahl aus der Arzneimittelliste seine Apothekenrechnungspreise zum Zeitpunkt der Angebotserstellung gemäß § 13 Abs. 1 des Krankenhausvertrages gegenüber der Antragsgegnerin in Form einer Bestätigung des jeweiligen Preises durch den Lieferanten offen zu legen. Der Beigeladene legte eine entsprechende Liste am 14. Oktober 2015 vor, wobei er aus der achtseitigen Rechnung nur die Seite 6 vorlegte und der Mengenrabatt handschriftlich vermerkt war. Weiterhin legte er ein Schreiben eines Pharmaunternehmens vom 8. Oktober 2015 vor, welches seine Bezugspreise auf der Grundlage seines Angebotes vom 24. September 2015 bestätigte und wiederum einen handschriftlichen Vermerk zu einem Mengenrabatt enthielt. Mit Begleitschreiben vom selben Tag wies der Beigeladene auf seine Verdienste bei der Belieferung der Antragsgegnerin hin, auch, dass eine personelle und finanzielle Unterstützung der Mitarbeiter seiner Apotheke insbesondere bei den Hochwasserkatastrophen 2003 und 2013 geleistet worden sei, *"indem unter anderem benötigte Arzneimittel ohne Berechnung bereitgestellt wurden."* Darüber hinaus habe die Apotheke finanzielle Zuwendungen *"auch bei Patiententagen durch Übernahme der Kosten für Organmodelle und ebenso bei der Anschaffung eines Kraftfahrzeuges"* geleistet.
- 26 Am 16. Oktober 2015 bat die Antragsgegnerin den Antragsteller um Mitteilung, dass er die unter § 13 Abs. 1 S. 3 des Krankenhausversorgungsvertrages geforderten Kontrollrechte nach Vertragsschluss zusichere, was durch den Antragsteller erfolgte.

- 27 Mit weiterem Schreiben vom 27. Oktober 2015 bat die Antragsgegnerin den Antragsteller um weitere Angaben zu den Apothekenabrechnungspreisen, weil sie das geltend gemachte Geheimhaltungsinteresse nicht nachvollziehen könne. Am 30. Oktober 2015 teilte der Antragsteller mit, in seinen Preisen seien der Einkaufspreis des Rabattverbundes, Rückvergütungen und weitere Rabattierungen einkalkuliert. Er rügte das Aufklärungsverlangen als nicht vergaberechtskonform und vertrat die Ansicht, die Kalkulation liege allein im Verantwortungsbereich des Bieters.
- 28 Die Rügen des Beigeladenen führten zum Ausschluss des Angebotes des Antragstellers wegen dessen Weigerung, die Apothekenabrechnungspreise offenzulegen und dem Abweichen von der Kalkulationsvorgabe des Auftraggebers im Hinblick auf die maximale Dauer der Bereitstellung der Medikamente. Am 9. November 2015 erging durch die Antragsgegnerin eine erneute Bieterinformation über die beabsichtigte Zuschlagsentscheidung an den Beigeladenen. Zur Begründung führt diese aus, die Beschaffungsdauer des Antragstellers entspreche nicht den Vorgaben, auch wenn sich die Apothekerkammer zu einer eventuellen Genehmigung noch nicht geäußert habe. Außerdem habe der Antragsteller gegen Kalkulationsvorgaben verstoßen und sei dem Aufklärungsverlangen nicht nachgekommen, was zu seinem Ausschluss führe.
- 29 Am 11. November 2015 rügte der Antragsteller den Ausschluss seines Angebotes und den beabsichtigten Zuschlag an den Beigeladenen. Er hat die Auffassung vertreten, die Bedenken hinsichtlich der Genehmigungsfähigkeit des Vertrages durch die Apothekerkammer im Hinblick auf die Beschaffungsdauer seien konstruiert. Hinsichtlich seiner Preiskalkulation sei er frei; gegen eventuelle Kalkulationsvorgaben habe er nicht verstoßen. Das Auskunftsverlangen der Antragsgegnerin gehe über ihre in § 18 S. 1 EG VOL/A geregelten Rechte hinaus. Im Übrigen bestünden Bedenken hinsichtlich der Eignung des Beigeladenen im Hinblick auf die strafrechtliche Verurteilung der Mutter des Beigeladenen und ehemaligen Betreiberin der W. Apotheke. Er bezweifle eine ausreichende Selbstreinigung.
- 30 Daraufhin erging am 16. November 2015 eine Nichtabhilfeentscheidung der Antragsgegnerin.
- 31 Der Antragsteller hat nach dem Nichtabhilfes Schreiben der Antragsgegnerin vom 16. November 2015 am 19. November 2015 bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag gemäß § 107 Abs. 1 GWB gestellt, der der Antragsgegnerin am selben Tage übersandt wurde.
- 32 Er hat die Auffassung vertreten, die Antragsgegnerin habe die Ergebnisse der Überprüfung der Fahrtstrecke mittels Routenplaner bekannt geben müssen; den Orientierungswert von einer Stunde halte er ein. Es sei ihm unbenommen, die Richtgeschwindigkeit

zu überschreiten, um den Orientierungswert zu erreichen. Etwaige Bauarbeiten auf der Strecke zwischen M. und B. seien Ende Dezember 2015 beendet. Er halte die Vorgaben des Urteils des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2012 - Geschäftsnummer 3 C 24/11, NVwZ 2013, 231 - 234, - ein. Die Verengung der Prüfung auf die Bieter, die unter allen Umständen durch die Erlaubnisbehörde genehmigungsfähig seien, sei unzulässig. Nicht zuletzt sei die Vorgabe der Beschaffungsdauer intransparent, weil sie lediglich als "Orientierungswert" angegeben worden sei. Grundsätzlich sei auch seine Fahrtzeit genehmigungsfähig, wie sich aus dem Umstand ergebe, dass der Beigeladene einen Krankenhausversorgungsvertrag mit einem Krankenhaus in M. abgeschlossen habe. Bei den seiner Kalkulation zugrunde gelegten Preisen handle es sich um Listenpreise der Pharmaindustrie, die durch diverse Rabatte, wie Einkaufsgemeinschaften, Direktrabatte mit Lieferanten, umsatz- oder lieferantenbezogene Rabatte verringert werden könnten, die jedoch erst ab Leistungsbeginn nachgewiesen werden könnten. Allein mit aktuellen Angaben könnten jedoch seine Angebotspreise nicht aufgeklärt werden. Das weitergehende Auskunftsverlangen sei gemäß § 18 EG VOL/A unzulässig. Darüber hinaus sei der Beigeladene nicht geeignet. Die Mutter des Beigeladenen sei wegen Betruges bestraft. Eine Selbstreinigung des Beigeladenen sei zweifelhaft. Dieser sei im Übrigen weder finanziell noch technisch in der Lage, den Auftrag zu erfüllen.

- 33 Mit Beschluss vom 19. Januar 2016 hat die Vergabekammer den für die Zuschlagserteilung vorgesehenen Bieter - den Beigeladenen - beigeladen.
- 34 Der Antragsteller hat beantragt,
- 35 festzustellen, dass er im Vergabeverfahren durch diverse Vergabeverstöße der Antragsgegnerin in seinen Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt ist und die Antragsgegnerin zu verpflichten, unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer geeignete Maßnahmen zu treffen, um die Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung seiner betroffenen Interessen zu verhindern.
- 36 Die Antragsgegnerin hat beantragt,
- 37 den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.
- 38 Sie hat die Ansicht vertreten, die Ausschreibungsunterlagen nähmen auf § 14 Abs. 5 ApoG Bezug, aus dem sich eine maximale Beschaffungsdauer und die erforderliche unverzügliche persönliche Beratung durch einen Apotheker von einer Stunde ergeben. Diese Anforderung erfülle der Antragsteller nicht. Ihr Aufklärungsverlangen folge aus § 18 EG VOL/A, weil sie den Verdacht hege, der Antragsteller habe nicht die wirklichen Apothekenrechnungspreise, sondern Preise unter Einrechnung weiterer Rabatte angeboten, was nicht ausschreibungskonform sei. Wegen seiner Weigerung und der Abweichung von

den Kalkulationsvorgaben sei er nach § 19 Abs. 3 lit. a) EG VOL/A auszuschließen. Demgegenüber könne der Beigeladene die Leistung erfüllen. Im Hinblick auf die Eingangsvermerke sei die Vergabekammer zu einer Prüfung nicht befugt. Diese seien ausreichend in Verbindung mit der Eintragung im Posteingangsbuch und den Vermerken auf den Umschlägen.

- 39 Der Beigeladene hat im Nachprüfungsverfahren keinen Antrag gestellt. Er hat sich jedoch der Argumentation der Antragsgegnerin angeschlossen und ergänzend die Zuverlässigkeit und Eignung des Antragstellers bezweifelt, weil dieser ein Blisterzentrum im Jahr 2012 wegen schwerwiegender Mängel habe schließen müssen und im Jahre 2011 Privatkunden rechtswidrig Rabatte gewährt habe.
- 40 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 3. Mai 2016 dem Nachprüfungsantrag in der Form stattgegeben, das Vergabeverfahren aufzuheben und für den Fall, dass weiterhin Beschaffungsbedarf bestehe, das Vergabeverfahren ab Versendung der Bekanntmachung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer neu einzuleiten. Die Vergabekammer hat die Kosten des Hauptsacheverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten des Antragstellers vollständig der Antragsgegnerin auferlegt.
- 41 Zur Begründung hat die Vergabekammer ausgeführt, der gemäß § 107 GWB antragsbefugte Antragsteller sei in seinen Rechten wegen der Nichtbeachtung zwingender Vergabevorschriften verletzt; ihm drohe ein Schaden. Er sei insbesondere nicht gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB mit seiner Rüge hinsichtlich der Fahrtzeit präkludiert. Der Vergabeverstöß sei ihm nicht aus der Bekanntmachung ersichtlich gewesen. Vielmehr sei er davon ausgegangen, dass er die vorgegebene Fahrzeit in jedem Fall einhalten könne und habe daher keinen Anlass gehabt, sich mit der Frage, ob dies ein Maximalwert sei, auseinandersetzen zu müssen. Erst am 9. November 2015 habe er erfahren, dass er deshalb ausgeschlossen werde; hiergegen habe er sich rechtzeitig am 11. November 2015 gewandt. Seine Rüge hinsichtlich der Apothekeneinkaufspreise vom 30. Oktober 2015 sei ebenfalls nach der Information vom 27. Oktober 2015 rechtzeitig; soweit die Antragsgegnerin bereits am 15. September 2015 die Vorlage entsprechender Nachweise verlangt habe, sei dem Antragsteller zu diesem Zeitpunkt nicht erkennbar gewesen, dass die Antragsgegnerin auch bei einer eventuellen Weigerung der Offenlegung der Einkaufspreise im Vergabeverfahren seines Einkaufsverbundes hierauf ihre Entscheidung stützen werde. Soweit er die Zuverlässigkeit des Beigeladenen erst am 11. November 2015 bezweifelt habe, sei dies vor dem Hintergrund der Information vom 9. November 2015 rechtzeitig.
- 42 Die Aufhebung des Vergabeverfahrens folge aus § 20 Abs. 1 lit. d) EG VOL/A. Bereits bei Abfassung ihrer Bekanntmachung habe die Antragsgegnerin gegen das Transparenzgebot verstoßen, weil die Angabe der Beschaffungsdauer von "Orientierungswert: maximal 60 Minuten" missverständlich gewesen und die Bewerberinformation vom 24. Juli 2015 zu § 13 des Versorgungsvertrages bezüglich der Einrechnung von Rabatten auf den Apothekeneinkaufspreis nicht eindeutig gewesen sei. Daher wirke sich ein eventueller Ver-

stoß des Antragstellers hiergegen nicht aus. Bei einer Wiederholung des Vergabeverfahrens habe die Antragsgegnerin die Art der berücksichtigungsfähigen Rabatte klar vorzugeben. Letztlich wirke sich aus, dass keine ordnungsgemäßen Eingangsvermerke i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 1 EG VOL/A auf den Angeboten angebracht seien. Dieser Umstand könne gemäß § 114 Abs. 1 S. 2 GWB auch von Amts wegen aufgegriffen werden. Auch in einem neuen Verfahren sei der Beigeladene keinesfalls als geeignet i.S.d. § 19 Abs. 5 EG VOL/A anzusehen, weil er durch den Text seines Schreibens vom 14. Oktober 2015 dokumentiert habe, dass er nicht zuverlässig sei. Mit dem Hinweis auf erfolgte unentgeltliche Zuwendungen habe er versucht, die Vergabeentscheidung der Antragsgegnerin zu seinen Gunsten zu beeinflussen. Angesichts der Schwere der Verfehlung reduziere sich das Entscheidungsermessen der Antragsgegnerin auf Null.

- 43 Gegen diesen ihnen am 4. Mai bzw. 9. Mai 2016 zugestellten Beschluss wenden sich der Beigeladene und die Antragsgegnerin mit beim Oberlandesgericht Naumburg am 18. Mai 2016 bzw. 20. Mai 2016 eingegangenen Beschwerden.
- 44 Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, bereits der Antrag des Antragstellers sei unbestimmt. Ziffer III.2.3 der Bekanntmachung sei weder intransparent noch widersprüchlich; aus der Wortwahl ergebe sich eine klare Anforderung an die Beschaffungsdauer. Hintergrund sei, dass die dem Antragsteller wie jedem potentiellen Bieter bekannten Voraussetzungen des § 14 Abs. 5 S. 1 ApoG für die erforderliche Genehmigung des Krankenhausversorgungsvertrages durch die Apothekerkammer notwendige Beschaffungsdauer, deren zeitliche Grenze sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2012, Geschäfts-Nr. 3 C 24/11, (NVwZ 2013, 231-234) ergebe, vorliegen müssten. Dabei sei nicht lediglich die reine Fahrtzeit, sondern die Beschaffungsdauer von der Bestellung bis zum Vorliegen auf der entsprechenden Station entscheidend. Dies könne der Antragsteller aufgrund der räumlichen Entfernung nicht einhalten. Seine entsprechende Behauptung sei ein Täuschungsversuch. Mangels unverzüglicher Rüge sei der Antragsteller mit der Geltendmachung ohnehin ausgeschlossen.
- 45 Die Kalkulationsvorgaben aus § 13 des Krankenhausversorgungsvertrages seien klar formuliert. Das Aufklärungsverlangen vom 25. September 2015 stütze sich auf § 18 S. 1 EG VOL/A. Die entsprechende Rüge des Antragstellers sei verfristet, weil ihm spätestens seit dem 25. September 2015 bekannt gewesen sei, welche Anforderungen an den Kalkulationsnachweis gestellt würden. Der Antragsteller sei von den geforderten Kalkulationsvorgaben abgewichen, weil er eigenmächtig weitere Gutschriften und Rückvergütungen einbezogen habe, mit denen er aufgrund seiner Erfahrungen rechne. Diese - nicht bereits feststehenden - Boni seien gemäß § 13 des Krankenhausversorgungsvertrages nicht in den Apothekenrechnungspreis einzurechnen. Die Einrechnung durch den Antragsteller bedeute für diesen einen unzulässigen Wettbewerbsvorteil.
- 46 Die von der Vergabekammer gerügten Eingangsvermerke der Angebote gingen über die Amtsermittlungsbefugnisse aus § 110 GWB und den Anspruch auf rechtliches Gehör hinaus, weil dieser Aspekt nicht erwähnt worden sei. Zudem sei keiner der Verfahrensbetei-

ligten in seinen Rechten beeinträchtigt; die Eingangsvermerke nebst Eintragung im Posteingangsbuch des Geschäftsführers seien zudem ausreichend.

- 47 Der Ausschluss des Beigeladenen wegen einer schweren Verfehlung verletze das rechtliche Gehör, beruhe auf unzureichender Sachverhaltsaufklärung, falscher Tatsachenwertung und greife unzulässig in die Entscheidungskompetenz der Vergabestelle ein. Selbst wenn eine versuchte Manipulation vorliegen sollte, habe diese ihre Entscheidung nicht beeinflusst.
- 48 Der Beigeladene wendet sich gegen die Entscheidung der Vergabekammer, ihn bei einer Wiederholung des Vergabeverfahrens nicht zu beteiligen. Bezüglich der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrages vertritt er wie die Antragsgegnerin die Ansicht, der Antragsteller sei aufgrund der Präklusionsregelung des § 107 Abs. 3 GWB mit seinen Rügen ausgeschlossen. Darüber hinaus hält er den Nachprüfungsantrag für unbegründet. Insoweit schließt er sich der Antragsgegnerin an. Ergänzend führt er aus, der Antragsteller habe sich selbst einer schweren Verfehlung schuldig gemacht, weil er die Nachfragen der Antragsgegnerin nicht bzw. nur bruchstückhaft beantwortet habe; das Berufen auf eine angebliche Verschwiegenheitsverpflichtung gegenüber dem Einkaufsverbund sei eine reine Schutzbehauptung. Bei ihm selbst liege hingegen kein Ausschlussgrund vor; die angegriffene Entscheidung verstoße gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und liege jenseits der Entscheidungskompetenz der Vergabekammer. Der Hinweis auf seine bisherigen Spenden habe seine besondere Zuverlässigkeit untermauern sollen. Eine Beeinflussung der Vergabestelle könne wegen deren Gebundenheit an den Preis nicht vorliegen. Die Vergabekammer habe weiter unberücksichtigt gelassen, dass er die Antragsgegnerin seit Jahren beanstandungsfrei mit Medikamenten beliefere.
- 49 Die Antragsgegnerin beantragt,
- 50 1. den Beschluss der 2. Vergabekammer bei dem Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt vom 3. Mai 2016, Az. 2 VK LSA 40/15 aufzuheben,
- 51 2. den Nachprüfungsantrag des Antragstellers zurückzuweisen,
- 52 3. hilfsweise, der Vergabekammer aufzugeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichts und dessen Hinweisen neu zu entscheiden.
- 53 Der Beigeladene beantragt,

- 54 1. unter Aufhebung des Beschlusses der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt vom 3. Mai 2016 (Az: 2 VK LSA 40/15) den Nachprüfungsantrag des Antragstellers zu verwerfen,
- 55 2. hilfsweise, unter Abänderung des Beschlusses der 2. Vergabekammer beim Landesverwaltungsamt des Landes Sachsen-Anhalt vom 3. Mai 2016 (Az: 2 VK LSA 40/15) festzustellen, dass der Beigeladene im Falle weiteren Beschaffungsbedarfs an der Teilnahme an einem folgenden Vergabeverfahren zuzulassen ist,
- 56 3. hilfsweise, der Vergabekammer aufzugeben, unter Beachtung der Rechtsauffassung des Gerichtes die Parteien neu zu bescheiden.
- 57 Der Antragsteller beantragt,
- 58 die sofortigen Beschwerden zurückzuweisen.
- 59 Er verteidigt im Wesentlichen unter Wiederholung und Vertiefung seines bisherigen Vortrages die angefochtene Entscheidung.

B.

- 60 Die sofortigen Beschwerden der Antragsgegnerin und des Beigeladenen sind zulässig (I.). Sie sind jedoch nicht begründet. Die Vergabekammer ist zu Recht von der Zulässigkeit und Begründetheit des Nachprüfungsantrages des Antragstellers ausgegangen (II.).
- 61 Die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens ist nach den im Zeitpunkt der Einleitung des Verfahrens im Juni 2015 gültigen Vorschriften zu beurteilen (vgl. § 131 Abs. 3 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 26.6.2013, § 186 Abs. 2 GWB i.d.F. des Gesetzes vom 17.2.2016).
- 62 I. Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde
- 63 Das Rechtsmittel der Antragsgegnerin und des Beigeladenen ist jeweils zulässig. Es wurde jeweils frist- und formgerecht (§ 117 Abs. 1 bis 3 GWB in der bis 18. April 2016 gelten-

den Fassung) beim zuständigen Oberlandesgericht Naumburg (§ 116 Abs. 3 S. 1 GWB) eingelegt.

- 64 Die Antragsgegnerin und der Beigeladene sind auch beschwerdeberechtigt.
- 65 Das Recht zur Einlegung der sofortigen Beschwerde steht nach § 116 Abs. 1 S. 2 GWB allen Beteiligten am Verfahren vor der Vergabekammer zu; der Beigeladene ist mit Beschluss der Vergabekammer vom 19. Januar 2016 zum Nachprüfungsverfahren beige-laden worden und damit nach § 109 GWB Verfahrensbeteiligte geworden. Soweit eine Beiladung erfolgte, wie hier, spielt es für die Beschwerdeberechtigung keine Rolle, ob die Voraussetzungen des § 109 Abs. 1 GWB tatsächlich vorlagen oder nicht. Die Ent-scheidung bleibt auch im Beschwerdeverfahren bindend (Stickler in: Reidt/Stickler/Glahs, GWB, 3. Aufl., § 116 Rn. 21 m.w.N.; OLG Naumburg, Beschluss v. 16.01.2003, 1 Verg 10/02 „Multimediazentrum“, zitiert nach Juris, Rn. 12 m.w.N).
- 66 II. Begründetheit der sofortigen Beschwerde der Antragsgegnerin
- 67 Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin hat keinen Erfolg, weil der Nachprüfungs-antrag des Antragstellers zulässig und begründet ist.
- 1.
- 68 Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers ist zulässig.
- a)
- 69 Nach § 100 Abs. 1 Nr. 1 GWB finden die Vorschriften des GWB über die Vergabe öffentli-cher Aufträge Anwendung, da der Auftragswert der einzelnen Lose den nach § 127 GWB i.V.m. § 2 Nr. 2 VgV, Art. 2.2 lit. b) Verordnung (EU) Nr. 1336/2013 festgelegten Schwel-lenwert von 207.000 Euro bei weitem überschreitet. Die Antragsgegnerin ist öffentlicher Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB.
- b)

- 70 Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens ist der Nachprüfungsantrag des Antragstellers vom 19. November 2015, mit dem vier Rügen verfolgt werden, und zwar die Rüge des vergaberechtswidrigen Ausschlusses des Teilnahmeantrags des Antragstellers im Teilnahmewettbewerb wegen angeblich zu weiter Entfernung, die Rüge der mangelnden Transparenz der Kalkulationsvorgaben, des vergaberechtswidrigen Ausschlusses des Angebots des Antragstellers wegen fehlerhaftem Auskunftsverlangen hinsichtlich seiner Kalkulation und der Unzuverlässigkeit und mangelnden Eignung des Beigeladenen.

c)

- 71 Der Antragsteller ist hinsichtlich seiner Rügen antragsbefugt i.S. von § 107 Abs. 2 GWB. Nach § 107 GWB ist der Nachprüfungsantrag zulässig, wenn ein Bieter ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB geltend macht.
- 72 aa) Diesem Erfordernis ist genügt, wenn mit dem Nachprüfungsantrag eine Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften schlüssig vorgetragen wird. Darüber hinaus ist gemäß § 107 Abs. 2 S. 2 GWB erforderlich, dass mit dem Nachprüfungsantrag auch dargelegt wird, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht; nicht erforderlich ist, dass bereits festgestellt werden kann, dass der behauptete Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften tatsächlich vorliegt und den behaupteten Schaden ausgelöst hat oder auszulösen droht, der Nachprüfungsantrag also in der Sache begründet ist (Stockmann in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl., § 116 GWB, Rn. 24; BGH VergabeR 2004, 473).
- 73 Auch kann einem Bieter, der im Nachprüfungsverfahren die Rechtmäßigkeit der Entscheidung des Auftraggebers, sein Angebot nicht als das beste Angebot zu bewerten, zur Überprüfung stellt, der Zugang zum Nachprüfungsverfahren nicht bereits mit der Begründung verwehrt werden, sein Angebot sei - wie hier auch - aus anderen als mit dem Nachprüfungsantrag zur Überprüfung gestellten Gründen auszuschließen gewesen, so dass ihm wegen der von ihm behaupteten Rechtswidrigkeit kein Schaden erwachsen sei oder drohe (vgl. Urt. v. 19.6.2003, Rs C-249/01, zu 29., NZBau 2003, 509, hier zitiert nach Juris).
- 74 bb) Die Voraussetzungen des § 107 Abs. 2 GWB liegen hier vor. Wegen des verfassungsrechtlichen Gebots, effektiven Rechtsschutz zu gewähren, dürfen an die in § 107 Abs. 2 GWB genannten Voraussetzungen keine allzu hohen Anforderungen gestellt werden; die Darlegungslast darf insoweit nicht überspannt werden (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03; BGH Beschluss vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04; beide zitiert nach Juris).

- 75 Dafür, dass dem Antragsteller infolge der Missachtung von § 97 Abs. 1 GWB zumindest ein Schaden zu entstehen droht, genügt, dass der behauptete Vergaberechtsverstoß geeignet ist, die Aussichten auf den Zuschlag zu beeinträchtigen (BVerfG a.a.O.). Der Antragsteller hat sein Interesse am Auftrag durch die Teilnahme am Vergabeverfahren und durch das Nachprüfungsverfahren nachhaltig bekundet. Es ist ohne weiteres ersichtlich, dass er durch einen vergaberechtswidrigen Ausschluss als Bewerber oder als Bieter in seinen Chancen auf den Zuschlag im konkreten Vergabeverfahren und damit in seinen subjektiven Rechten nach § 97 Abs. 7 GWB beeinträchtigt sein kann.
- 76 Soweit der Antragsteller im Beschwerdeverfahren allerdings auch den Dokumentationsverstoß rügt, weil die Antragsgegnerin auf den Angebotsumschlägen unzureichende Eingangsvermerke i.S.d. § 17 Abs. 1 S. 1 EG VOL/A angebracht hat, ist er nicht antragsbefugt. Der Antragsteller hat gemäß § 97 Abs. 7 GWB keinen Anspruch darauf, dass die Antragsgegnerin das Vergabeverfahren ab Aufforderung zur Angebotsabgabe deshalb wiederholt, weil der Eingang der Angebote teilweise nicht ordnungsgemäß dokumentiert ist. Gemäß § 107 Abs. 2 GWB hat ein Interessent, um antragsbefugt zu sein, darzulegen, dass ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht. Auf eine Verletzung der Dokumentationspflicht gemäß § 17 Abs. 1 EG VOL/A, die grundsätzlich bieterschützend ist (Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl., § 17 EG VOL/A, Rn. 4), kann ein Bieter demnach seinen Rechtsschutz nur insoweit stützen, wenn sich die Versäumnisse des Auftraggebers auf seine Rechtsstellung im Vergabeverfahren negativ ausgewirkt haben können (OLG Naumburg, Beschluss vom 14. März 2013, 2 Verg 8/12, Rn. 121; OLG München, Beschluss vom 2. November 2012, Verg 26/12, beide zitiert nach Juris). Ein Verstoß gegen Dokumentationspflichten löst für sich genommen keine Ansprüche aus. Er ist lediglich dann von Bedeutung, wenn er sich tatsächlich im Vergabeverfahren zu Lasten des Antragstellers auswirkt bzw. eine solche nachteilige Auswirkung nicht auszuschließen ist. Eine solche mögliche nachteilige Auswirkung auf seine Rechtsstellung hat der Antragsteller jedoch nicht einmal ansatzweise dargelegt (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25. Juli 2014, 15 Verg 4/14, zitiert nach Juris).
- d)
- 77 Der Antragsteller hat auch die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewahrt.
- 78 Maßgeblich ist allein die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB. Die Antragsfrist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB beginnt mit dem Eingang der Zurückweisung der Rüge durch den Auftraggeber beim Antragsteller. Der Erhalt des Schreibens des Antragsgegners vom 16. November 2015 löste den Fristlauf aus, so dass der am 19. November 2015 eingegangene Nachprüfungsantrag rechtzeitig war.

e)

- 79 Der Antragsteller ist seinen Rügeobliegenheiten gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB gerecht geworden. Er ist mit seinen Rügen daher nicht präkludiert.
- 80 Gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB ist ein Antrag unzulässig, wenn der Antragsteller den gerügten Verstoß gegen die Vergabevorschriften erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat.
- 81 Kenntnis von einem Vergabeverstoß i.S.v. § 107 Abs. 3 S. 1 GWB liegt dann vor, wenn dem Bieter die den Verstoß begründenden Tatsachen bekannt sind. Dabei ist bei der Auslegung des "Kenntnis"-Begriffes ein objektivierter Maßstab hinsichtlich der Bewertung der tatsächlichen Umstände anzulegen. Bedürfen die Vergabeunterlagen der Auslegung, ist dafür der objektive Empfängerhorizont der potenziellen Bieter, also eines abstrakt bestimmten Adressatenkreises, maßgeblich (BGH, Urteil vom 10. Juni 2008, X ZR 78/07, Rn. 12, zitiert nach Juris; Reidt/Stickler/Glahs, Vergaberecht, 3. Aufl. § 107 GWB, Rn. 58). Für die Entstehung der Rügeobliegenheit ist eine zumindest laienhafte rechtliche Wertung des Bieters erforderlich, dass die betreffenden Punkte rechtlich zu beanstanden sind. Eine positive Kenntnis i.S.d. § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB wird regelmäßig auch dann angenommen, wenn sich ein redlich Denkender nicht der Überzeugung verschließen würde, die der rechtlichen Würdigung der tatsächlichen Umstände zu Grunde liegt (Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 27. Juni 2016, 1 Verg 2/16, Juris, Rn. 77). Ist hierfür eine rechtliche Wertung erforderlich, muss diese jedenfalls nach der gängigen praktischen Handhabung oder einer Parallelwertung in der Laiensphäre zu einem Verstoß gegen Vergabevorschriften führen (Summa in: Heiermann/Zeiss, JurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl., § 107 GWB, Rn. 215). Bloße Vermutungen oder ein Verdacht lösen die Rügeobliegenheit demgegenüber nicht aus (OLG Celle, Beschluss vom 5. Juli 2007, 13 Verg 8/07, Juris, Rn. 11).
- 82 Die Präklusionsbestimmungen des § 107 Abs. 3 S. 1 GWB sind gemäß ihrem Wortlaut streng auszulegen und anzuwenden, um den durch die Rechtsmittelrichtlinie der Europäischen Union (Richtlinie 89/665/EWG in der Fassung vom 17. April 2014) garantierten Primärrechtsschutz nicht einzuschränken (ebenso u.a. Dreher in: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, Band 2. GWB/Teil 2, § 107 Rn. 45; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Oktober 2015, Verg 28/14, Juris, Rn. 21).
- 83 Der Antragsteller ist wegen erkennbarer Rechtsverstöße deshalb zu Rügen nur gehalten gewesen, sofern er diese bis zum Ablauf der in § 107 Abs. 3 S. 1 GWB genannten Fristen erkannt hat. Das ist hier nicht der Fall.

84 Im Einzelnen:

85 aa) Beschaffungsdauer

86 Soweit der Antragsteller die Rüge der mangelnden Transparenz hinsichtlich der angegebenen Beschaffungsdauer erhoben hat, ist er mit der Rüge nicht gemäß § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB präkludiert. Zwar wird nicht verkannt, dass bis zur Einleitung des Nachprüfungsverfahrens für den Antragsteller genauere Nachfragen zur Wertung der Beschaffungsdauer angesichts des widersprüchlichen Textes zur Beschaffungsdauer (Orientierungswert: max. 60 min) nahe gelegen hätten. Eine hinreichende positive Kenntnis des Antragstellers von der im Schriftsatz vom 11. November 2015 gerügten Vorgehensweise, dass die Antragsgegnerin aufgrund der von ihr festgestellten Abweichung der Beschaffungsdauer von maximal einer Stunde den Antragsteller ausschließt, lässt sich nicht feststellen. Auch wenn dem Antragsteller die Voraussetzungen einer im Eilfall unverzüglichen Medikamentenbereitstellung im Sinne von § 14 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 ApoG sowie die hierzu ergangene Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts bekannt sein mussten, ließ sich dem Angebotstext angesichts der Formulierung „Orientierungswert“ die von der Antragsgegnerin nun geltend gemachte absolute Grenze und die Folge, einen Bieter wegen eines Verstoßes auszuschließen, trotz der Verwendung des Wortes "max" wegen der gleichzeitigen Verwendung des Wortes "Orientierungswert" nicht zweifelsfrei entnehmen. Eine solche Kenntnis ließe sich auch nicht der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2012, Geschäftsnummer 3 C 24/11 NVwZ 2013, 231, entnehmen, weil dort zwar der geforderte Orientierungswert ebenfalls bei einer Stunde lag, dieser jedoch dort um das Doppelte überschritten war und die Entfernung zudem 216 km betrug. Da dieser Entscheidung ein Sachverhalt zugrunde lag, in dem die Apotheke in einer Entfernung von 216 km lag, konnte er weiter von einem Orientierungswert ausgehen, mit der Folge, dass gewisse Überschreitungen der Beschaffungsdauer womöglich von der Apothekerkammer hingenommen werden würden. Er hatte keinen Anlass, sich mit dieser Frage auseinander zu setzen, weil angesichts seiner Überzeugung, die Fahrtzeit von einer Stunde einhalten zu können, es für ihn auf die Frage, ob diese Angabe ein Maximal- oder Orientierungswert war, nicht ankam. Der Antragsteller hat nach eigenen Angaben unwiderlegt erst mit dem Informationsschreiben vom 9. November 2015 Kenntnis davon bekommen, dass aufgrund der Entfernung das Nähe Kriterium nicht erfüllt sei, weil die Beschaffungsdauer als absolute Höchstgrenze zu verstehen sei.

87 Eine hinreichende positive Kenntnis des Antragstellers lässt sich auch nicht aufgrund des Schreibens vom 25. August 2015 feststellen, mit dem er auf die Anfrage der Antragsgegnerin ausdrücklich geantwortet hat, seine Apotheke liege im genehmigungsfähigen Bereich (100 km); er könne binnen 55 min das Krankenhaus der Antragsgegnerin erreichen. Dies habe er am 28. Juni 2013 getestet. Darüber hinaus hat der Antragsteller mit Schreiben vom 13. Oktober 2015 darauf hingewiesen, dass die Fahrtzeit lediglich 50 min betrage und damit der nach § 14 Abs. 5 Nr. 3 und 4 ApoG erforderliche Wert erreicht werde. Daraus ergibt sich, dass dem Antragsteller die Voraussetzungen einer im Eilfall

unverzöglichen Medikamentenbereitstellung im Sinne von § 14 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 ApoG bekannt waren und er davon ausging, die Grenze von einer Stunde einhalten zu können.

88 Mit seiner Rüge vom 11. November 2015 hat er die Frist des § 107 Abs. 3 S. 1 Nr. 1 GWB eingehalten.

89 bb) Kalkulation

90 Der Antragsteller ist weiter nicht mit seiner Transparenzrüge bezüglich der Nachweisführung der Kalkulation vom 30. Oktober 2015 gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB ausgeschlossen. Er hat die Anforderung, lediglich bereits feststehende Rabatte in den Apothekenrechnungspreis einzukalkulieren, nicht erkannt. Erstmals aus dem Schreiben vom 27. Oktober 2015 hat er erkannt, dass es der Antragsgegnerin auch darauf ankommen könnte, nur bestimmte Rabatte einzukalkulieren. Aus der Bieterinformation vom 24. Juli 2015 ergibt sich lediglich, dass weitere Bonus- und Kick-Back-Zahlungen nicht gemeint seien und daher nicht weitergereicht werden müssten. Dass sie jedoch - wovon der Antragsteller ausgeht - grundsätzlich nicht eingerechnet werden dürften, ergibt sich hieraus gerade nicht, so dass das am 27. Oktober 2015 von der Antragsgegnerin geäußerte Kalkulationserfordernis zuvor nicht zu erkennen und die Rüge des Antragstellers vom 30. Oktober 2015 fristgemäß war.

cc)

91 Der Antragsteller ist mit seiner Rüge des rechtswidrigen Aufklärungsverlangens vom 30. Oktober 2015 ebenfalls nicht gemäß § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB präkludiert. Die Antragsgegnerin hat erstmals am 27. Oktober 2015 erklärt, das Angebot des Antragstellers auszuschließen, weil er die Aufklärung im Hinblick auf die verlangte Nachweisführung der Apothekeneinkaufspreise verweigert habe. Soweit die Antragsgegnerin bereits am 15. September 2015 Kalkulationsnachweise verlangt hat, steht dieser frühe Zeitpunkt der Rechtzeitigkeit nicht entgegen, weil zu diesem Zeitpunkt der Umfang und die Folgen einer eventuellen Auskunftsverweigerung aus Geheimhaltungsgründen noch nicht absehbar waren. Die Antragsgegnerin hat schließlich am 9. November 2015 das Angebot des Antragstellers ausgeschlossen; hiergegen hat er sich am 11. November 2015 rechtzeitig gewandt.

92 dd) Eignung des Beigeladenen

- 93 Der Antragsteller ist auch insoweit seiner Rügeobliegenheit nachgekommen. Mit Kenntnis seines Ausschlusses und der Berücksichtigung des Beigeladenen hat er dessen Eignung am 19. November 2015 gerügt.
- f)
- 94 Der Antrag des Antragstellers war entgegen der Ansicht der Antragsgegnerin in der gefassten weiten Form zulässig. Es ist unschädlich, dass der Antragsteller keinen konkreten Antrag in der Sache gestellt hat, sondern die Vergabekammer allgemein um Überprüfung der Vergabeentscheidung gebeten hat. Die Vergabekammer ist gemäß § 114 Abs. 1 S. 3 GWB nicht an die Anträge der Verfahrensbeteiligten gebunden (Thiele in Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 114, Rn. 1).
- 95 2. Der Nachprüfungsantrag des Antragstellers ist auch begründet.
- 96 In der Sache hat der Antragsteller einen Anspruch auf Aufhebung des Vergabeverfahrens gemäß § 20 Abs. 1 lit. d) EG VOL/A wegen schwerwiegender Verfahrensfehler. Sein Nachprüfungsantrag ist begründet, so dass die Beschwerde keinen Erfolg hat.
- a)
- 97 Auf die vorliegende Ausschreibung ist der 2. Abschnitt der VOL/A in der Fassung vom 29. Dezember 2009 anzuwenden. Der ausgeschriebene Krankenhausversorgungsvertrag ist ein gemischter Vertrag, der sowohl Lieferleistungen (Lieferung von Arzneimitteln) als auch Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich (Beratung) umfasst. Zwar unterfallen nur die Lieferleistungen nach § 4 Abs. 1 VgV uneingeschränkt dem 2. Abschnitt der VOL/A, während für die Dienstleistungen nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 VgV i.V.m. Anlage 1 Teil B als Leistungen der Kategorie 25 der 2. Abschnitt sehr eingeschränkt und überwiegend der 1. Abschnitt der VOL/A gilt. Bei Verträgen, welche sowohl Liefer- als auch Dienstleistungen enthalten, kommt es nach § 99 Abs. 10 S. 1 GWB auf einen Vergleich der Werte der beiden Teilleistungen an. Danach unterliegt der Krankenhausversorgungsvertrag uneingeschränkt dem 2. Teil der VOL/A, weil die Lieferleistungen wertmäßig einen erheblich höheren Anteil am Leistungsgegenstand verkörpern.
- b)

- 98 Die Vergabekammer war gemäß § 114 Abs. 1 S. 2 GWB befugt, die Antragsgegnerin zur Aufhebung der Ausschreibung zu verpflichten.
- 99 Bei ihrer Entscheidung nach § 114 Abs. 1 S. 1 GWB, welche Maßnahmen sie trifft, um die festgestellte Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Bieterinteressen zu verhindern, unterliegt sie dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und darf nur die Maßnahmen anordnen, die geeignet und erforderlich sind, um den festgestellten Vergaberechtsverstoß zu beheben und - soweit geboten - darüber hinaus die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens wieder zu gewährleisten. Kommen mehrere Möglichkeiten in Betracht, den Rechtsverstoß zu beseitigen, muss die Vergabekammer diejenigen auswählen, welche die Interessen der Beteiligten möglichst wenig beeinträchtigen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. November 2000, Verg 15/00, zitiert nach Juris; OLG Düsseldorf ZfBR 2003, 721; OLG Schleswig VergabeR 2011, 586; Thiele in Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 114 GWB, Rn. 5). Im Rahmen ihres Entscheidungsermessens kann sie die Verpflichtung der Vergabestelle zur Aufhebung des Vergabeverfahrens unabhängig von den Anträgen nach § 114 Abs. 1 S. 2 GWB a.F. aussprechen, wenn dies unabwieslich ist und keine mildereren Mittel zur Verfügung stehen, um einen festgestellten Vergabefehler zu beseitigen und auf die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens einzuwirken (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. November 2000, Verg 15/00 zitiert nach Juris; OLG Düsseldorf ZfBR 2003, 721 ff; OLG Schleswig VergabeR 2011, 586). Die Anweisung an den Auftraggeber, das Vergabeverfahren aufzuheben, stellt das einschneidendste Mittel der Vergabekammer dar. Ein solches Vorgehen kommt als ultima ratio nur in Betracht, wenn die EU-Bekanntmachung oder die Verdingungsunterlagen mit solch schwerwiegenden Fehlern behaftet sind, so dass diese nicht mehr im laufenden Verfahren durch Maßnahmen der Vergabekammer geheilt werden können, und die zugrundeliegende Leistungsbeschreibung nicht mehr geeignet wäre, einem fairen, transparenten und die Bieter gleich behandelnden Wettbewerb nach § 97 Abs. 1, Abs. 2 GWB als Grundlage zu dienen (OLG Schleswig VergabeR 2011, 586; OLG Schleswig VergabeR 2016, 97; OLG Celle, Beschluss vom 17. November 2011, 13 Verg 6/11; OLG Celle, Beschluss vom 8. November 2011, 13 Verg 9/09; OLG Naumburg, Beschluss vom 26. Februar 2004, 1 Verg 17/03, zitiert nach Juris; Thiele in Kulartz/Kus/Portz, a.a.O., § 114 GWB, Rn. 7; Gause in Willenbruch/Wiedekind, Vergaberecht, 3. Aufl., § 114 GWB, Rn. 5; Summa in Heiermann/Zeiss, JurisPK-Vergaberecht, 4. Aufl., Bearbeitung 2013, § 114 GWB, Rn. 39).
- 100 Das ist hier der Fall, da die Vergaberechtsverstöße bereits in der Bekanntmachung enthalten sind. Denn die ursprüngliche Leistungsbeschreibung war hinsichtlich der Ziffer III.2.3) und § 13 des Krankenhausversorgungsvertrages i.V.m. der Bieterinformation vom 24. Juli 2015 vergaberechtlich mit einem Fehler behaftet.

aa)

- 101 Die Antragsgegnerin hat bei Abfassung der Bekanntmachung zu Ziff. III.2.3) gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) verstoßen.
- 102 (1) Um dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot zu genügen, muss eine Eignungsanforderung so hinreichend klar und deutlich formuliert sein, dass es einem verständigen Bieter ohne eigene Interpretation eindeutig erkennbar wird, was ein öffentlicher Auftraggeber fordert. Etwaige Unklarheiten gehen nicht zu Lasten der Bieter (OLG Frankfurt, Beschluss vom 15. Juli 2008, 11 Verg 4/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Mai 2012 - VII-Verg 4/12; OLG München, Beschluss vom 30. April 2014, Verg 2/14; Dittmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VOB/A, 2. Aufl., § 13 EG VOB/A Rn. 78).
- 103 Hinsichtlich der Formulierung „Orientierungswert; in max. 60 Minuten“ in Verbindung mit dem Hinweis auf § 14 Abs. 5 ApoG sowie der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts gibt es weder eine exakte juristische noch eine dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprechende exakte Auslegung. Einerseits erscheint die Auslegung des Antragstellers, es handle sich um einen absoluten Wert, zu eng, weil das Wort "Orientierungswert" einen Spielraum vermuten lässt. Andererseits ist der Spielraum nicht definiert. Auch wenn zugleich die Zeit auf maximal eine Stunde beschränkt wurde, ließ doch die Formulierung gewisse Abweichungen zu. Nichts anderes ergibt sich aus dem Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 30. August 2012 - 3 C 24/11 -, in dem die in § 14 Abs. 5 ApoG geregelten Anforderungen an die Unverzüglichkeit ebenfalls als auslegungsbedürftig angesehen wurden. Insoweit kann dahinstehen, ob die Antragsgegnerin aus diesem Urteil im Hinblick auf eine Genehmigungsfähigkeit durch die Apothekerkammer gemäß § 14 Abs. 5 ApoG eine höchstmögliche Beschaffungsdauer von maximal 1 Stunde als absolute Grenze (mithin ab Bestellung bis zur Bereitstellung auf der Station) abzuleiten hat. Jedenfalls ergab sich dies wegen der vorbeschriebenen Auslegungsmöglichkeiten nicht zweifelsfrei aus der Ausschreibung.
- 104 Hinzu kommt, dass die Antragsgegnerin zunächst ebenfalls nicht von einer absoluten Grenze ausging, wie ihr Vergabevermerk vom 4. September 2015 zeigt. Gerade dieses Verhalten untermauert die Auslegungsbedürftigkeit der gegebenen Formulierung, die infolgedessen intransparent i.S.d. § 97 Abs. 1 GWB ist.
- 105 (2) Ob der Krankenhausversorgungsvertrag mit dem Antragsteller überhaupt die Genehmigung nach § 14 Abs. 5 S. 2 Nr. 3 ApoG erhalten kann, wenn die Vergabestelle keine entsprechenden Eignungskriterien aufstellt, ist weder Gegenstand einer Prüfung im Vergabeverfahren noch im Nachprüfungsverfahren, sondern erfolgt durch die Genehmigungsbehörde. Ein Ausschluss des Antragstellers nach § 19 Abs. 5 EG VOL/A kommt - jedenfalls aus diesem Grund - folglich mit dem gegebenen Wortlaut nicht in Betracht (hierzu auch: Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 03. Mai 2016 - Z3-3-3194-1-61-12/15 -, Juris, Rn. 193).

- 106 Ein solcher Ausschluss käme nur dann in Betracht, wenn die Angaben in den Vergabeunterlagen, von denen das Angebot eines Bieters abweicht, eindeutig sind. Verstöße gegen interpretierbare oder missverständliche bzw. mehrdeutige Angaben rechtfertigen keinen Ausschluss (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 29. April 2016, 15 Verg 1/16; BGH Urteil vom 3. April 2012, X ZR 130/10; OLG Frankfurt, Beschluss vom 12. Juli 2016, 11 Verg 9/16, Juris, Rn. 09). Zweifel an der Auslegung und fehlende eindeutige Vorgaben gehen grundsätzlich zu Lasten des Auftraggebers (Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 11. Februar 2015, 1 VK 66/14, zitiert nach Juris, Rn. 116). Hier fehlt es - wie unter (1) dargelegt - an einer derartigen Festlegung, auch wenn aus der Sicht eines verständigen Bieters viel dafür spricht, dass die Beschaffungsdauer als absolute Höchstgrenze gemeint war und der Antragsteller diese Frist aufgrund der räumlichen Entfernung nicht wird einhalten können.
- 107 (3) Es kann weiter dahinstehen, ob ein Ausschluss wegen des nicht erfolgten Nachweises der tatsächlichen Einhaltung der Beschaffungsdauer bzw. wegen der nicht ausgeräumten Zweifel hieran als eine der Voraussetzungen für eine Genehmigung des Krankenhausversorgungsvertrages derzeit in Betracht kommt. Zwar sind Eignungsnachweise zwingend in der Vergabebekanntmachung aufzuführen (§§ 7 Abs. 5 und 15 Abs. 1 EG VOL/A), was hier in der Vergabebekanntmachung vom 27. Juni 2015 nicht erfolgt ist, sondern es wird lediglich auf das Erfordernis der Genehmigung des Vertragsschlusses nach § 14 Abs. 5 ApoG hingewiesen. Nicht aber verlangt wurde, dass die Genehmigungsfähigkeit - hier durch Einhaltung der Beschaffungsdauer - durch den Bewerber nachzuweisen sei. Allerdings, worauf der Senat ergänzend hinweist, reicht es aus, dass die Antragsgegnerin ihre Eignungsentscheidung methodisch vertretbar trifft, sich auf eine befriedigende Erkenntnislage stützt und die Prognose unter Berücksichtigung der aufgrund zumutbarer Aufklärung gewonnenen Erkenntnisse noch vertretbar erscheint (Dittmann in: Kulartz/Marx/Portz/Prieß, a.a.O. § 16 VOL/A, Rn. 205; OLG Frankfurt, Beschluss vom 16. Juni 2015, 11 Verg 3/15, Juris, Rn. 84; zur Fahrtzeit mit den entsprechenden Prüfungskriterien vgl. OLG Celle, Beschluss vom 24. Februar 2015, 3 Verg 1/15, zitiert nach Juris).
- 108 bb) Die Antragsgegnerin hat auch bei Abfassung der Bekanntmachung zu § 13 des Krankenhausversorgungsvertrages in Verbindung mit der Bewerberinformation vom 24. Juli 2015 zu § 13 des Versorgungsvertrages gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 GWB) verstoßen und hierdurch den Antragsteller in seinen Rechten verletzt.
- 109 Die Kalkulationsvorgaben aus § 13 des Krankenhausversorgungsvertrages in Verbindung mit der Bieterinformation vom 24. Juli 2015 sind jedenfalls unklar. Die Antragsgegnerin ist ihren aus § 4 Abs. 1 EG VOL/A folgenden Pflichten nicht nachgekommen. Sie hat entgegen § 4 Abs. 1 EG VOL/A die Bedingungen, zu denen die Preisbildung nebst Berechnungsgrundlage gehört, unter Berücksichtigung der Arzneimittelpreisverordnung (AM-PreisV) nicht hinreichend genau festgesetzt (ebenso: Vergabekammer Südbayern, Beschluss vom 03. Mai 2016 - Z3-3-3194-1-61-12/15 -, Juris, Rn. 200). Zwar ist § 4 Abs. 1

EG VOL/A primär keine bieterschützende Norm, sondern stellt vielmehr eine Befugnisnorm zugunsten der öffentlichen Auftraggeber dar. Aber soweit die Bestimmungen des § 4 Abs. 1 EG VOL/A Verpflichtungen für die Vergabestelle enthalten, resultieren daraus korrespondierende Rechte der Bieter auf Einhaltung dieser Bestimmungen (Scharf in Dieckmann/Scharf/Wagner-Cardenal, VOL/A, 2013, § 19 VOL/A EG, Rn. 306).

- 110 Nach der vergaberechtlichen Spruchpraxis sind Kalkulationsvorgaben durch den öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich zulässig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. Oktober 2012, VII-Verg 17/12, zitiert nach Juris). Sie reglementieren zwar die Kalkulationsfreiheit der Bieter und beeinflussen den Preiswettbewerb, sind jedoch Ausdruck der Bestimmungsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. November 2012, VII-Verg 42/12, zitiert nach Juris).
- 111 Vorliegend ist unklar, welche konkreten Kalkulationsvorgaben gelten sollen. Aus § 13 Krankenhausversorgungsvertrag ergibt sich, dass Rabatte in den Rechnungspreis einbezogen werden sollen und können. Die Bieterinformation vom 24. Juli 2015 stellt demgegenüber klar, dass nur alle direkt rechnungswirksamen Rabatte, nicht aber Bonus- oder Kick-Back-Zahlungen gemeint seien, wobei diese - letzteren - Rabatte nicht weitergegeben werden „müssen“. Allein mit dieser Formulierung ist nach dem allgemeinen Sprachgebrauch die Weitergabe nicht direkt rechnungswirksamer Rabatte aus dem Gesamtumsatz der Bieter nicht ausgeschlossen, weil sich aus der Wortwahl ergibt, dass diese Rabatte weitergegeben werden können. Es bleibt offen, ob weitere und wenn ja, welche Rabatte aus den Umsätzen, ggfls. auch solchen, die nicht mit der Antragsgegnerin generiert werden, weitergegeben werden dürfen und in welchem Umfang. Die Vergabekammer hat weiter zu Recht darauf verwiesen, dass nicht erkennbar ist, was die Antragsgegnerin unter rechnungswirksamen Rabatten versteht. Damit besteht die Gefahr, dass die Bieter ihre Apothekenrechnungspreise in unterschiedlicher Weise berechnen und sich durch die Weitergabe von weiteren Rabatten und Kick-Back-Zahlungen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen können. Der Antragsteller hat vorgetragen, seine Preise unter Einbeziehung von Mengenrabatten auf den Gesamtumsatz sowie anderer spezieller Rabatte, die im Hinblick auf den Gesamtumsatz als Rückzahlung gewährt werden, berechnet zu haben. Augenscheinlich haben die anderen Bieter, jedenfalls der Beigeladene eine andere Preisbildung zugrunde gelegt, so dass die Angebote nicht miteinander vergleichbar sind.
- 112 cc) Inwieweit das Aufklärungsverlangen der Antragsgegnerin vor dem Hintergrund des § 18 EG VOL/A im Hinblick auf § 19 Abs. 6 S. 2 EG VOL/A berechtigt war, braucht nicht mehr entschieden zu werden.

c)

- 113 Aufgrund der o.g. schwerwiegenden Vergabeverstöße scheidet eine Zuschlagserteilung auf Basis der derzeitigen Ausschreibung aus. Die Verstöße zu aa) und bb) können nur dadurch geheilt werden, dass das Verfahren - bei fortbestehender Beschaffungsabsicht - aufgehoben wird, damit die Antragsgegnerin Gelegenheit hat, die von ihr zugrunde gelegten Wertungskriterien in den Vergabeunterlagen gegenüber allen zur Abgabe des Angebots aufgeforderten Bietern zu konkretisieren und die Bieter sodann Gelegenheit haben, auf dieser Grundlage ein neues Angebot zu erstellen (BGH, Beschluss vom 20. März 2014, X ZB 18/13, zitiert nach Juris).
- 114 Dies bedeutet die Wiederholung der Ausschreibung von Anfang an (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 30. April 2014, VII Verg 41/13, zitiert nach Juris).
- 115 III. Die Begründetheit der sofortigen Beschwerde des Beigeladenen
- 116 Die Beschwerde des Beigeladenen hat insoweit Erfolg, als er sich gegen seinen von der Vergabekammer ausgesprochenen zwingenden Ausschluss in einem eventuellen neuen Vergabeverfahren wendet. Das weitergehende Rechtsmittel auf Aufhebung des Beschlusses der Vergabekammer und Verwerfung des Nachprüfungsantrages hat aus den oben genannten Gründen keinen Erfolg.
- 117 1. Die Vergabekammer hält den Beigeladenen nicht nur in dem laufenden Verfahren für ungeeignet, sie hat auch entschieden, dass er in einem künftigen Verfahren "keinesfalls als geeignet i.S. des § 19 EG Abs. 5 VOL/A angesehen werden" kann und auf sein Angebot der Zuschlag daher nicht erteilt werden dürfe. Sie hat außerdem tenoriert, dass die Antragsgegnerin in einem neuen Vergabeverfahren diese Rechtsauffassung zu beachten habe.
- 118 2. Die Vergabekammer hat damit ihre Entscheidungskompetenz überschritten.
- 119 Zwar ist anerkannt, dass die Vergabekammer die Vergabestelle verpflichten kann, ein laufendes Vergabeverfahren unter Beachtung ihrer Rechtsauffassung fortzusetzen. Die Vergabekammer ist jedoch nicht befugt, der Vergabestelle bindende Vorgaben für künftige, noch nicht anhängige Vergabeverfahren zu machen, deren inhaltliche Ausgestaltung und deren Beteiligte zum Zeitpunkt der Entscheidung noch völlig unbekannt sind. Mit einer solchen Bindung würde die Vergabekammer nicht mehr nur über den anhängigen Streit entscheiden, sondern für neue Verfahren rechtsetzend tätig werden.
- 120 Aufgrund der Tenorierung ("hat sie [d. h. die Antragsgegnerin] das Vergabeverfahren ab Versendung der Bekanntmachung unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabe-

kammer neu einzuleiten") könnte zwar der Eindruck entstehen, dass die Vergabekammer das Vergabeverfahren nicht gänzlich aufheben wollte, sondern die Vergabestelle nur verpflichten wollte, das anhängige Verfahren ab dem Zeitpunkt der Verwendung der Bekanntmachung zu wiederholen. Mit diesem Zeitpunkt ist allerdings zwangsläufig die vollständige Aufhebung des Verfahrens verbunden. Dies hat die Vergabekammer in den Entscheidungsgründen auch so gesehen ("Mithin ist das Vergabeverfahren ab Versendung der Bekanntmachung neu einzuleiten. Somit ist das ursprüngliche Verfahren aufzuheben", Bl. 24 der Entscheidung) und ausdrücklich betont, dass das Vergabeverfahren "in Gänze" neu durchzuführen sei.

- 121 3. Die Vergabestelle wird daher in einem neuen Verfahren eigenständig zu prüfen haben, ob der Beigeladene bei Abgabe eines Angebotes als geeignet anzusehen ist. Für dieses Verfahren wird die Vergabestelle bei der Beurteilung der Eignung jedoch sein Verhalten in dem vorliegenden Verfahren zu berücksichtigen und dabei insbesondere folgende Überlegungen zu beachten haben:
- 122 Gem. § 19 Abs. 5 EG VOL/A sind bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, nur Bieter zu berücksichtigen, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung besitzen, die also fachkundig, leistungsfähig und zuverlässig sind. § 19 Abs. 5 EG VOL/A ist auch eine bieterschützende Norm (Weyand, Vergaberecht, 4. Aufl., § 19 EG VOL/A, Rn. 15 m.w.N.). Wichtige Aufschlüsse darüber können namentlich das Verhalten des Unternehmens bei der Erfüllung früherer Verträge, aber auch Vorkommnisse im laufenden oder in einem früheren Vergabeverfahren geben (Stolz in Willenbruch/Wieddekind, Vergaberecht, 3. Aufl., § 16 VOL/A, Rn. 106; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04. Februar 2009, VII-Verg 65/08, Rn. 24; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2004, VII-Verg 48/04, zitiert nach Juris; Weyand, Vergaberecht, a.a.O., § 97 Rn. 774). So reichen bereits Manipulationsversuche eines Bieters in einem Aufklärungsgespräch aus, um seine Unzuverlässigkeit zu bejahen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2004, VII-Verg 48/04, Juris; Weyand, Vergaberecht, a.a.O., § 97, Rn. 774 und 792).
- 123 Das Verhalten des Beigeladenen verstieß in grober Weise gegen den Wettbewerbsgrundsatz aus den § 97 Abs. 7 GWB i. V. m. §§ 2 Abs. 1 EG VOL/A, das seine Eignung in Frage stellt. Es handelt sich dabei um Regelungen zur Gewährleistung eines freien und transparenten Wettbewerbs, denen ein drittschützender Charakter zukommt (Weyand, a.a.O., § 16 VOL/A, Rn. 13). Der Beigeladene hat während des noch offenen Vergabeverfahrens und nach dem 4. September 2015, mithin nachdem er wusste, dass die Antragsgegnerin dem Antragsteller den Zuschlag erteilen wollte, versucht, das Vergabeverfahren zu seinen Gunsten zu beeinflussen und sich einen Wettbewerbsvorteil dadurch zu verschaffen, dass er auf zahlreiche finanzielle Zuwendungen seiner Mutter an die Antragsgegnerin in den vergangenen Jahren hingewiesen hat. Damit beabsichtigte er, den Ausschluss des Antragstellers herbeizuführen und die ihm als zweitplatzierte Bieter verbliebene konkrete Chance auf Auftragserteilung zu wahren. Dieses Verhalten des Beigeladenen stellt sich als unlauter dar, weil es darauf zielt, den Antragsteller als Mitbewerber aus dem Verfahren zu drängen, was unter dem Gesichtspunkt der gezielten Behinderung ein

nach §§ 3 und 4 Nr. 11 UWG (in der bis zum 9. Dezember 2015 geltenden Fassung) zu bewerten ist, das geeignet ist, das Marktverhalten eines Marktteilnehmers - hier der Antragsgegnerin - zu beeinflussen. Der Beigeladene hat sich nicht nur auf ein Handeln seiner durch Vermögensdelikte strafrechtlich in Erscheinung getretenen Mutter, die nicht mehr vertretungsbefugt für die W. Apotheke ist, berufen, welches der Antragsgegnerin einen finanziellen Vorteil verschafft hat, er hat zugleich diese bisherigen Zuwendungen als mögliche Motivation einer Auftragsvergabe an ihn dargestellt; nicht zuletzt suggeriert er mit der Aufzählung auch die Fortsetzung dieser Zuwendungen bei für ihn positiver Vergabe. Zugleich weist er damit auf einen den übrigen Bietern nicht zugänglichen Vorteil hin, der sich im Lichte seines Schreibens für die weiteren Bieter als Nachteil darstellt. Ein solches Verhalten überschreitet die Erheblichkeitsschwelle. Denn mit der Bezugnahme auf die kostenlose Arzneimittelabgabe hat der Beigeladene auf ein unlauteres Verhalten gemäß §§ 4 Nr. 11 UWG, 7 HWG hingewiesen. Nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 HWG ist die - grundsätzlich unzulässige - Gewährung oder Annahme von Zuwendungen und Werbegaben von geringem Wert oder geringwertigen Kleinigkeiten erlaubt (BGH, Urteil vom 26. März 2009, I ZR 99/07, Juris, Rn. 16). Dies war hier nicht mehr der Fall. Ausweislich der Bestätigung über Sachzuwendungen des Landkreises A. hat die W. Apotheke im Jahr 2013 Sachzuwendungen in Höhe von 1.438,33 EUR und 259,91 EUR (Bl. 205 und 205 R Bd. I d. A.) neben der Zuwendung für ein Fahrzeug der Antragsgegnerin geleistet. Damit handelte es sich nicht mehr um geringwertige Kleinigkeiten.

124 Soweit der Beigeladene behauptet, er habe seiner vertrauenswürdigen Mitarbeiterin vertraut und das Schreiben ungelesen unterzeichnet, entlastet ihn das nicht, ebenso wenig wie der Umstand, dass die Antragsgegnerin behauptet, hierdurch nicht in ihrer Vergabeentscheidung beeinflusst worden zu sein. Außerdem hat er sich im Beschwerdeverfahren auf die Argumentation gestützt, er habe seine Zuverlässigkeit untermauern wollen. Dieser Vortrag hinsichtlich seiner Motivation schließt den anderen Vortrag aus.

125 Ein unter Verstoß gegen diese Bestimmungen zustande gekommener Zuschlag hätte eine Schädigung der Interessen des Antragstellers zur Folge, weil nicht auszuschließen wäre, dass der Zuschlag aufgrund der Zuwendungen erfolgt wäre.

126 Es kann dahinstehen, inwieweit sich die Mutter des Beigeladenen strafbar gemacht hat. Bieter in dem hiesigen Verfahren war der Beigeladene als eingetragener Kaufmann. Eine rechtliche Beteiligung der Mutter war ausgeschlossen.

4.

127 Die von dem Beigeladenen - hilfsweise - begehrte Feststellung, dass er im Falle weiteren Beschaffungsbedarfs an der Teilnahme an einem folgenden Vergabeverfahren (zwingend) zuzulassen ist, ist demgegenüber unbegründet. Die Vergabestelle wird auch inso-

weit selbständig zu prüfen haben, ob die Zulassungsvoraussetzungen in dem neuen Verfahren vorliegen.

128 IV. Nebenentscheidungen

129 Hinsichtlich der Festsetzung der Gebühren und Auslagen der Vergabekammer nach § 128 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 GWB sowie der Feststellung der Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Auslagen des Antragstellers nach § 128 Abs. 4 Satz 2 und 3 GWB verbleibt es bei der Entscheidung der Vergabekammer. Der Beigeladene hat im Nachprüfungsverfahren keinen Antrag gestellt, so dass eine Kostenerstattung gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB nicht erfolgt.

130 Die Kostenentscheidung im Beschwerdeverfahren beruht auf §§ 120 Abs. 2, 78 GWB.

131 Der Beschwerdewert ist gemäß § 50 Abs. 2 GKG nach dem Bruttoauftragswert des Antragstellers von 2.865.223,48 EUR (Netto: 2.407.750,82 EUR; hiervon 5 v.H. gemäß § 50 Abs. 2 GKG: 143.261,17 EUR) festgesetzt worden.

132 gez. Dr. Wegehaupt gez. Göbel gez. Bode