



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 103/15

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin zu 1) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 2) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 3) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 4) -

[...],

- Antragsgegnerin zu 5) -

[...],

- Antragsgegner zu 6) -

[...],

[...],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe von Verträgen über die spezialisierte ambulante Palliativversorgung gem. § 132 d SGB V [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regie-

rungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Klisa auf die mündliche Verhandlung vom 17. November 2015 am 23. November 2015 beschlossen:

1. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, einen Zuschlag zu erteilen.
2. Die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene tragen die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch zu jeweils einem Siebtel.
3. Die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene tragen die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu jeweils einem Siebtel.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen den beabsichtigten Abschluss eines Vertrages gemäß § 132 d SGB V über die spezialisierte ambulante Palliativversorgung [...] mit der Beigeladenen (Bg) ohne Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens.

Die ASt ist ein [...] neu gegründeter Anbieter von Leistungen der Hospiz- und Palliativversorgung. [...].

Bei den Antragsgegnerinnen (Ag) handelt es sich um gesetzliche Krankenkassen bzw. deren Verbände. Nach ihrem insoweit übereinstimmenden Vortrag haben die Ag aus Gründen der Verfahrensökonomie vereinbart, Vertragsabschlüsse mit Leistungserbringern über die streitgegenständlichen Leistungen möglichst einheitlich zu bescheiden. Hierzu stimmen sie sich intern ab und erteilen ggf. einem von ihnen die Befugnis, gegenüber dem Leistungserbringer Erklärungen abzugeben oder Handlungen vorzunehmen.

Die spezialisierte ambulante Palliativversorgung (SAPV) gem. § 37 b i.V.m. § 132 d SGB V dient dem Ziel, die Lebensqualität und die Selbstbestimmung schwerstkranker Menschen zu erhalten, zu fördern und zu verbessern und ihnen ein menschenwürdiges Leben bis zum Tod in ihrer vertrauten häuslichen Umgebung oder in einer stationären Pflegeeinrichtung zu ermöglichen. Der mit dem GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetz neu geschaffene Leistungsanspruch steht Palliativpatienten mit einer begrenzten Lebenserwartung zu, die einen besonderen Versorgungsbedarf aufweisen und dennoch ambulant versorgt werden können (vgl. Begründung zum Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung des Wettbewerbs in der gesetzlichen Krankenversicherung vom 24.10.2006, BT-Drs. 16/3100, S. 105).

§ 132 d Abs. 1 SGB V sieht vor, dass die Krankenkassen über die SAPV-Versorgung einschließlich der Vergütung und deren Abrechnung unter Berücksichtigung der Richtlinien nach § 37 b SGB V Verträge mit geeigneten Einrichtungen oder Personen abschließen, soweit dies für eine bedarfsgerechte Versorgung notwendig ist. In den vom Gemeinsamen Bundesausschuss gem. § 37 b Abs. 3 SGB V zu bestimmenden Richtlinien sind v.a. die Anforderungen an die (zum Anspruch auf SAPV-Leistungen berechtigenden) Erkrankungen, Inhalt und Umfang der SAPV-Versorgung sowie Inhalt und Umfang der Zusammenarbeit des verordnenden Arztes mit dem Leistungserbringer niedergelegt.

§ 132 d Abs. 2 SGB V sieht vor, dass der Spitzenverband Bund der Krankenkassen gemeinsam und einheitlich unter Beteiligung der Deutschen Krankenhausgesellschaft, der Vereinigungen der Träger der Pflegeeinrichtungen auf Bundesebene, der Spitzenorganisationen der Hospizarbeit und der Palliativversorgung sowie der Kassenärztlichen Bundesvereinigung Empfehlungen u.a. hinsichtlich der sächlichen und personellen Anforderungen an die Leistungserbringer, der Maßnahmen zur Qualitätssicherung und Fortbildung sowie der Maßstäbe für eine bedarfsgerechte Versorgung festlegt.

Der „Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses zur Verordnung von spezialisierter ambulanter Palliativversorgung“ vom 20. Dezember 2007 i.d.F. vom 16. April 2010“ (Richtlinie) zufolge wird SAPV durch den behandelnden Vertragsarzt bzw. den Krankenhausarzt verordnet (§ 7 Abs. 1 der Richtlinie). In § 8 der Richtlinie wird die Prüfung der Leistungsansprüche durch die Krankenkasse geregelt.

Den „Empfehlungen des GKV-Spitzenverbands nach § 132 d Abs. 2 SGB V für die spezialisierte ambulante Palliativversorgung vom 23.6.2008 i.d.F. vom 5.11.2012“ (Empfehlungen) zufolge werden die SAPV von Leistungserbringern erbracht, mit denen die Krankenkassen zur Sicherstellung einer bedarfsgerechten Versorgung einen Vertrag geschlossen haben. Verträge sollen nur geschlossen werden, sofern sie für eine bedarfsgerechte Versorgung erforderlich sind; auf die bereits tätigen Leistungserbringer soll zurückgegriffen werden, soweit sie die erforderlichen Anforderungen erfüllen (Empfehlungen, Rn. 2.1, 2.2). Aus den Empfehlungen gehen ferner die Mindestanforderungen hervor, welchen die Anbieter in organisatorischer sowie in personeller Hinsicht genügen müssen. In organisatorischer Hinsicht müssen die spezialisierten Leistungserbringer z.B. mind. einen Notfallvorrat an Betäubungsmitteln für den unvorhersehbaren, dringenden und kurzfristigen Bedarf der Patienten verfügen (Empfehlungen, Nr. 4). Die für die Leistungserbringer tätigen Ärzte müssen u.a. über eine anerkannte Zusatzweiterbildung Palliativmedizin sowie über Erfahrungen aus der ambulanten palliativen Behandlung von mind. 75 Palliativpatienten verfügen (Empfehlungen, Nr. 5.2). Die qualifizierten Pflegefachkräfte sollen insbesondere die Erlaubnis zur Führung der dort genannten Berufsbezeichnungen (u.a. Gesundheits- und Krankenpfleger) und Erfahrungen in der ambulanten palliativen Pflege von mind. 75 Palliativpatienten haben. Soweit weitere Fachkräfte (z.B. Sozialarbeiter, Sozialpädagogen) eingebunden werden, habe diese eine Zusatzausbildung Palliative Care nachzuweisen (vgl. zum Vorstehenden Nr. 5.3 und 5.4 der Empfehlungen).

In dem streitgegenständlichen Versorgungsgebiet wohnen derzeit rd. [...] Einwohner. Schätzungen zufolge haben rd. [...] Personen p.a. Anspruch auf SAPV-Leistungen. Seit dem Inkrafttreten der gesetzlichen Regelungen haben die beteiligten Krankenkassen für das Versorgungsgebiet noch keinen Vertrag mit einem Leistungserbringer zur Erbringung von SAPV-Leistungen abgeschlossen.

[...] bieten alle Krankenkassen seit diesem Zeitpunkt für ihre Versicherten flächendeckend [...] SAPV-Leistungen an. Der gemeinsamen Presseerklärung ist u.a. zu entnehmen:

„Um die Versorgung Sterbender sollte kein Preiswettbewerb stattfinden, deshalb haben sich alle [...] Leistungserbringer und Krankenkassen auf ein einheitliches Vertrags- und Vergütungskonzept verständigt.

Vertragsabschlüsse zwischen den Krankenkassen bzw. ihren Verbänden mit einzelnen SAPV-Leistungserbringern sind ab sofort möglich. Interessierte SAPV-Leistungserbringer

können sich bei der [...] melden, die koordinierend für alle Krankenkassen die Anträge entgegennimmt.“

Partner des in der gemeinsamen Presseerklärung erwähnten Mustervertrages [...] sind auf Seiten der Leistungserbringer [...].

Mit Schreiben vom 27. März 2015 stellte die - zum damaligen Zeitpunkt noch in Gründung befindliche - ASt mit einem an die Ag zu 1) gerichteten Schreiben einen Antrag auf Zulassung zu den SAPV. Wie bereits ausgeführt, war die Ag zu 1) in der gemeinsamen Presseerklärung vom 8. April 2011 als Koordinierungsstelle benannt worden. Dem Antrag fügte die ASt ihr Konzept sowie diverse Anlagen bei.

In der Folgezeit fanden mehrere Gespräche zwischen der ASt und Vertretern der Ag statt.

Die Beigeladene (Bg), die ebenfalls SAPV-Leistungen anbietet, ist seit 2010 in Einzelfällen für die verfahrensbeteiligten Krankenkassen tätig geworden. Anfang Juli 2015 führte sie ein erstes Gespräch mit den Ag zum Abschluss eines SAPV-Vertrages.

Mit Schreiben vom 1. Oktober 2015 informierte die Ag zu 6) die ASt namens und im Auftrag der Ag zu 1 bis 5) darüber, dass diese noch keinen zulassungsfähigen Antrag auf Versorgung eingereicht habe. Erforderliche Nachweise bzw. Unterlagen seien nicht vorgelegt worden. Beabsichtigt sei, ab dem 1. Oktober 2015 in [...] einen anderen Leistungserbringer zuzulassen und mit diesem einen Vertrag nach § 132 d SGB V abzuschließen. Den Namen des Vertragspartners nannte die Ag zu 6) in dem Schreiben nicht. Folge der Zulassung des Wettbewerbers sei, so die Ag zu 6), dass für das streitgegenständliche Versorgungsgebiet kein Bedarf mehr im Sinne des § 132 d SGB V bestehe.

Der angefochtene Vertrag zwischen den Ag und der Bg ist zum Zeitpunkt der Stellung des Nachprüfungsantrags noch nicht wirksam geworden, da noch nicht alle Ag den Vertrag unterschrieben haben.

Die ASt rügte gegenüber den Ag mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 14. bzw. 15. Oktober 2015, dass der Vertrag ohne die erforderliche gemeinschaftsweite Ausschreibung vergeben worden sei. Außerdem machte die ASt eine Verletzung der Informationspflichten aus § 101a GWB geltend, da aus dem Schreiben vom 1. Oktober 2015

der Name des Zuschlagsdestinatärs nicht hervorgegangen sei. Die Ag äußerten sich hierzu nicht.

2. Mit einem am Freitag, den 30. Oktober 2015, bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer übermittelte den Ag den Nachprüfungsantrag am Montag, den 2. November 2015.

- a) Die ASt trägt vor, das erforderliche Interesse am Auftrag durch die mit den Ag geführten Gespräche und Verhandlungen sowie die im Rahmen der Antragstellung eingereichten Erklärungen und Nachweise dokumentiert zu haben.

Die ASt sei in ihren Rechten verletzt, weil eine öffentliche Ausschreibung des SAPV-Vertrages unterblieben sei. Hierzu seien die Ag aber verpflichtet gewesen. Nicht zu folgen sei der Auffassung der Ag, dass § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V der Anwendbarkeit des Vierten Teils des GWB entgegenstünde. Vielmehr sehe § 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V ausdrücklich die Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB vor.

Außerdem seien die Ag den sich aus § 101a GWB ergebenden Informationspflichten nicht gerecht geworden. In dem Schreiben vom 1. Oktober 2015 sei der Name des für den Zuschlag vorgesehenen Unternehmens nicht hervorgegangen. Die Gründe für die Nichtberücksichtigung ihres Angebots seien der ASt ebenfalls nicht mitgeteilt worden.

Die ASt beantragt,

1. das Vergabeverfahren betreffend die Vergabe von SAPV-Verträgen [...] durch die Ag in den Stand vor der Entscheidung über die Vergabe zurückzusetzen und der Vergabestelle aufzugeben, das Vergabeverfahren bei fortbestehender Vergabeabsicht unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ordentlich durchzuführen bzw. zu wiederholen,
2. hilfsweise, andere geeignete Maßnahmen zur Sicherstellung der Vergaberechtskonformität des Verfahrens betreffend die Vergabe von SAPV-Verträgen [...],
3. hilfsweise die Unwirksamkeit der zwischen den Ag und Dritten geschlossenen SAPV-Versorgungsverträgen [...],

4. der ASt Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
6. den Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragen,

den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen.

Die Ag haben sich unter Berufung darauf, dass keiner von ihnen ermächtigt sei, im Außenverhältnis als „Federführer“ aufzutreten, in jeweils gesonderten Schriftsätzen zu dem Nachprüfungsantrag geäußert. Daraus geht hervor:

Inhaltlich übereinstimmend machen sie geltend, dass die Regelungen des Vierten Teils des GWB auf den Abschluss von SAPV-Verträgen nicht anwendbar seien.

Nach Ansicht der Ag zu 1, 2, 3, 5 und 6) treffe es zwar zu, dass nach § 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V die Regelungen des Kartellvergaberichts auch auf das SGB V Anwendung fänden. Dies gelte gem. § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V jedoch dann nicht, wenn die Krankenkassen zu dem Abschluss eines Vertrages verpflichtet seien. So liege es aber hier. Sofern ein Bedarf nach SAPV-Leistungen bestehe, seien die Krankenkassen gem. § 132 d SGB V zum Abschluss eines Vertrages mit einem Leistungserbringer verpflichtet. Sei ein entsprechender Versorgungsbedarf zu bejahen und erfülle der Leistungserbringer sämtliche Zulassungsvoraussetzungen, habe dieser einen Anspruch auf Abschluss eines SAPV-Vertrages. Der Anspruch bestehe bis zum Zeitpunkt der Bedarfsdeckung; sei der Bedarf gedeckt, bestehe dieser Anspruch auf Vertragsabschluss nicht mehr. Da - einen entsprechenden Bedarf vorausgesetzt - jeder Leistungserbringer einen Anspruch auf einen Vertragsschluss habe, treffe die Krankenkasse keine Auswahlentscheidung. Eine Auswahlentscheidung sei jedoch ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Auftrags.

Der Gesetzgeber habe den Krankenkassen den Auftrag erteilt, die Erbringung der SAPV-Leistungen sicher zu stellen. Daher sei die Entscheidung, mit welchem

Leistungserbringer ein solcher Vertrag abgeschlossen werden soll, von der Vertragsautonomie der Krankenkassen umfasst. Die Durchführung eines förmlichen Vergabeverfahrens könne dazu führen, dass auch mit solchen Anbietern ein Vertrag abgeschlossen werden müsse, deren Eignung noch nicht nachgewiesen worden sei.

Hinzu komme, dass [...] ein auf der Grundlage der SAPV-Richtlinien erstellter Mustervertrag Anwendung finde, der insbesondere die Vergütung regele. Die Vergütung für die einzelnen Leistungen erfolge über einheitliche Vergütungssätze. Seien aber die wesentliche Bestandteile der Angebotsinhalte identisch, gebe es keine für eine Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Differenzierungsmerkmale.

Würden von dem Mustervertrag inhaltlich abweichende Verträge geschlossen, würde dies nicht ohne Folgen für das Preisniveau bleiben. In überversorgten Gebieten würde der Preis sinken, in unterversorgten Gebieten würden die Leistungserbringer möglicherweise versuchen, höhere Preise durchzusetzen. Diese Risiken würden durch das bisherige Gesamtvertragsmodell minimiert.

Darüber hinaus sei der mit der Bg vereinbarte SAPV-Vertrag als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren. Der Auftragnehmer erhalte von der Krankenkasse nur dann eine Vergütung, wenn ein Versicherter die Leistungen in Anspruch nehme. Ob und ggf. in welchem Umfang dies der Fall sei, sei ungewiss. Daher trage der Auftragnehmer das Risiko der unzureichenden Inanspruchnahme des Vertrages. Im Übrigen könne der Auftragnehmer eigenständig entscheiden, wie und mit welchen Leistungen er seine vertraglichen Pflichten erfülle.

Die Ag zu 4) äußert Zweifel an der Zuständigkeit der erkennenden Vergabekammer. Sie, die Ag zu 4), unterstehe der Aufsicht des [...]. Daher hätte der Nachprüfungsantrag zulässigerweise nur bei der VK [...] gestellt werden können.

In der Sache teilt die Ag zu 4) zwar die Einschätzung der anderen Ag, dass der Vierte Teil des GWB nicht anwendbar sei. Abweichend von diesen stützt die Ag zu 4) allerdings ihre Auffassung auf § 22 Abs. 1 der Verordnung über das Haushaltswesen in der Sozialversicherung vom 21. Dezember 1977 (SVHV). Satz 1 dieser Vorschrift sieht vor, dass Krankenkassen den Abschluss von Verträgen öffentlich auszuschreiben haben, es sei denn, der Vertrag dient der Erbringung gesetzlicher oder satzungsmäßiger Versicherungsleistungen. Von einer Ausschreibung kann nach § 22 Abs. 1 Satz 2 SVHV abgesehen werden, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies

rechtfertigen. Da es sich bei SAPV-Leistungen, so die Ag zu 4), um ungewöhnlich spezielle und komplexe Leistungen handele, seien die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 Satz 2 SVHV erfüllt. In seinem Anwendungsbereich verdränge die Regelung des § 22 Abs. 1 SVHV als *lex specialis* das Kartellvergaberecht. Im Übrigen habe die SVHV - ungeachtet ihrer Bezeichnung als Verordnung - Gesetzesrang, weil sie mehrfach durch Gesetze geändert worden sei.

Jedenfalls erfülle der streitgegenständliche Vertrag die Merkmale des sog. Open House-Modells. Die für den Vertragsabschluss maßgeblichen Regelungen seien zwischen dem [...] einvernehmlich verabschiedet worden. Dies sei in der gemeinsamen Presseerklärung vom [...] in transparenter Weise bekannt gemacht worden. Jeder Leistungserbringer, der die so bekannt gemachten Anforderungen erfülle, habe einen Anspruch auf Beitritt zu dem Vertrag, vorausgesetzt, es bestehe ein entsprechender Bedarf.

- c) Die mit Beschluss vom 3. November 2015 zum Verfahren hinzugezogene Bg vertritt ebenfalls die Auffassung, der Rechtsweg zu den vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen sei aufgrund von § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V nicht eröffnet. Im Übrigen sei es auch mit dem Sinn und Zweck des § 37 b SGB V nicht vereinbar, Verträge nach § 132 d SGB V dem Vergaberechtsregime zu unterwerfen. § 37 b SGB V i.V.m. § 132 d SGB V zielten darauf ab, den Anspruchsberechtigten Versorgungssicherheit und -kontinuität zu gewährleisten. Ein ausschreibungsbedingter häufiger Wechsel des Leistungserbringers stünde dieser Zielsetzung ebenso entgegen wie der zu erwartende Preiswettbewerb.
- d) Nach übereinstimmenden Angaben der Ag gibt es keine Vergabeakten, sondern nur „allgemeine Verfahrensakte“. Diese allgemeinen Verfahrensakte, zu denen insbesondere die seitens der ASt und der Bg eingereichten Unterlagen und die diesbezügliche Korrespondenz und der zum Abschluss vorgesehene Vertrag mit der Bg gehören, haben die Ag der Vergabekammer zur Verfügung gestellt. Mit dieser Einschränkung hat die Vergabekammer der ASt Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 17. November 2015 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie die Vergabeakte der Ag wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.

1. Entgegen der Auffassung der Ag ist die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gegeben.

a) Der Nachprüfungsantrag ist statthaft.

aa) Bei den streitgegenständlichen Leistungen von Ärzten, Pflegefachkräften und weiteren Fachkräften handelt es sich um nachrangige Dienstleistungen im Sinne des § 1 EG Abs. 3 VOL/A in Verbindung mit Anhang 1 Teil B (Nr. 25, Gesundheitswesen). Auf diese finden die Vorschriften des § 4 Abs. 2 VgV Anwendung, dem zufolge die Bestimmungen des § 8 EG VOL/A, § 15 EG Abs. 10 VOL/A und § 23 EG VOL/A sowie die Bestimmungen des ersten Abschnitts der VOL/A anwendbar sind, mit Ausnahme von § 7 EG VOL/A. Ob, wie insbesondere die Ag zu 4) meint, die SAPV-Leistungen als freiberufliche Leistungen zu qualifizieren sind und daher die VOF anwendbar ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil die Ag kein förmliches Vergabeverfahren durchgeführt haben.

Da die §§ 97 ff. GWB in Bezug auf nachrangige Dienstleistungen keine Ausnahmen vorsehen, ist der Vierte Teil des GWB auf diese grundsätzlich uneingeschränkt anwendbar.

bb) Den Ag zu 1,2, 3, 5 und 6) ist nicht darin beizutreten, dass § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V der Anwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB entgegensteht.

§ 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V sieht vor, dass der Satz 1 des § 69 Abs. 2 SGB V nicht gilt für Verträge und sonstige Vereinbarungen von Krankenkassen oder deren Verbänden mit Leistungserbringern oder deren Verbänden, zu deren Abschluss die Krankenkassen oder deren Verbände verpflichtet sind.

Zunächst ist darauf aufmerksam zu machen, dass die Ausnahmeregelung des § 69 Abs. 2 Satz 2 SGB V nur auf die in Satz 1 der Vorschrift genannten Normen anwendbar ist. Zu den in Satz 1 enumerativ aufgeführten Normen gehören jedoch nicht die §§ 97 ff. GWB, sondern ausschließlich die die Kartell- und Missbrauchsaufsicht betreffenden Normen des GWB. Der von den Ag unter Berufung auf die Gesetzeshistorie erwogenen Annahme, der Gesetzgeber habe, über den Wortlaut von § 69 Abs. 2 Satz 1 und 2 SGB

V hinaus, auch die §§ 97 ff. GWB ausschließen wollen, vermag sich die Kammer nicht anzuschließen. Grenze einer jeden Gesetzesauslegung ist der klare Wortlaut einer Norm. Da die §§ 97 ff. GWB in § 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V keine Erwähnung gefunden haben, kommt eine Annahme, der Satz 2 des § 69 Abs. 2 SGB V beziehe diese in seinen Anwendungsbereich mit ein, nicht in Betracht. Wäre diese Annahme der Ag zu 1, 2, 3, 5 und 6) zutreffend, wäre nicht erklärlich, warum der Gesetzgeber in § 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V eine Anwendbarkeit der Vorschriften des Vierten Teils des GWB ausdrücklich angeordnet hat.

Hinzu kommt, dass der Vierte Teil des GWB auch unabhängig vom Normbefehl des § 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V anwendbar ist, sofern der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts eröffnet ist. Soweit nämlich im Vierten Teil des GWB europäisches Vergaberecht, d.h. insbesondere die Richtlinien 2004/18/EG und 2007/66/EG, in nationales Recht umgesetzt wird, fehlt dem nationalen Gesetzgeber die Kompetenz, den Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts einzuschränken. Im Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts kommt § 69 Abs. 2 Satz 4 SGB V somit eine rein deklaratorische Bedeutung zu.

cc) Fernliegend ist die Auffassung der Ag zu 4), die Unanwendbarkeit der §§ 97 ff. GWB ergebe sich aus § 22 Abs. 1 der SVHV, wonach von einer öffentlichen Ausschreibung abgesehen werden kann, wenn die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände dies rechtfertigen.

Es entspricht einem allgemeinen Rechtsgrundsatz, dass das in der Normenhierarchie höherrangige Recht (hier: das GWB, resp. dessen Vierter Teil) das rangniedrigere Recht (hier: die SVHV) verdrängt („lex superior derogat legi inferiori“).

Nicht zielführend ist auch die Hilferwägung der Ag zu 4), die SVHV habe, unabhängig von ihrer Bezeichnung als Verordnung, einen quasi-gesetzlichen Rang dadurch erhalten, dass sie durch ein Bundesgesetz geändert worden sei. Ein entsprechender Rechtsgrundsatz ist der deutschen Rechtsordnung jedoch fremd: Eine Verordnung verliert ihre Rechtsnormqualität als Verordnung nicht dadurch, dass sie aufgrund eines (Artikel-) Gesetzes Änderungen erfährt.

- b) Die Ag sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. § 98 Nr. 2 GWB. Gesetzliche Krankenkassen werden - jedenfalls mittelbar - durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber zur GKV durch den Bund finanziert (vgl. §§ 3, 2, 71 SGB V) und unterliegen einer staatlichen

Rechtsaufsicht (EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009 - C-300/07 (Oymanns). Seit der grundlegenden Entscheidung des EuGH wird dies von den Nachprüfungsinstanzen nicht mehr in Zweifel gezogen.

- c) Bei dem streitgegenständlichen SAPV-Vertrag handelt es sich um einen öffentlichen Auftrag (§ 99 Abs. 1 und 2 GWB) in Gestalt einer Rahmenvereinbarung.

aa) Eine Rahmenvereinbarung ist ein Auftrag, den ein oder mehrere Auftraggeber mit einem oder mehreren Auftragnehmern schließen können, um die Bedingungen für Einzelaufträge, die während eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen, insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis. Die Rahmenvereinbarung selbst muss nicht die Merkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllen; es genügt, wenn die Einzelverträge, die durch die Rahmenvereinbarung inhaltlich festgelegt sind, die Merkmale eines öffentlichen Auftrags erfüllen (§ 4 Abs. 1 VOL/A; grundlegend und ausführlich zur rechtlichen Einordnung von Rahmenvereinbarungen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Januar 2012 – Verg 57/11).

In dem zu den Akten gereichten Vertrag zwischen den Ag und der Bg wird die Erbringung der SAPV-Leistungen durch den Auftragnehmer im Versorgungsgebiet geregelt. Der Vertrag regelt, unter Inbezugnahme auf die Richtlinie des Gemeinsamen Bundesausschusses und die Empfehlungen des GKV-Spitzenverbands, die gegenseitigen Rechte und Pflichten der Vertragsparteien. Danach setzt die Leistungserbringung durch den Auftragnehmer eine Verordnung durch einen Vertragsarzt bzw. einen Krankenhausarzt und die Genehmigung durch die Krankenkasse voraus (§ 8 Abs. 1 des Vertrags). Die in dem Vertrag geregelten Leistungen erbringt der Leistungserbringer außerhalb des Sicherstellungsauftrags der Kassenärztlichen Vereinigung bzw. außerhalb der bestehenden Leistungsverträge (§ 12 Abs. 4 letzter Satz des Vertrags). Anlage 3 zum Vertrag regelt die vergütungspflichtigen Tatbestände und die jeweilige Höhe der Vergütung.

Dass die Ag keinen unmittelbaren Einfluss auf Art und Umfang der von dem Leistungserbringer im Einzelfall erbrachten Maßnahmen haben, ist für die Annahme eines öffentlichen Auftrages ebenso unschädlich wie der Umstand, dass nicht voraussehbar ist, in welchem Umfang anspruchsberechtigte Versicherte die SAPV-Leistungen in Anspruch nehmen werden. Es entspricht vielmehr dem Wesen eines Rahmenvertrages, dass bei dessen Abschluss unklar ist, in welchem Umfang Einzelaufträge erteilt werden. Deshalb

verpflichtet § 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A den Auftraggeber, das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und bekannt zu geben.

bb) Der Auffassung der Ag, der streitgegenständliche Vertrag sei als Dienstleistungskonzession zu qualifizieren und daher – nach noch geltendem Recht – nicht ausschreibungspflichtig, ist nicht beizutreten.

Artikel 1 Abs. 4 der Richtlinie 2004/18/EG definiert Dienstleistungskonzessionen als *„Verträge, die von öffentlichen Dienstleistungsaufträgen nur insoweit abweichen, als die Gegenleistung für die Erbringung der Dienstleistungen ausschließlich in dem Recht zur Nutzung der Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich der Zahlung eines Preises besteht.“*

Wesentliches Merkmal einer Dienstleistungskonzession ist somit, dass die Gegenleistung nicht vom öffentlichen Auftraggeber stammt, sondern von einem an den Auftragnehmer leistenden Dritten, dem Nutzer (Ziekow, in: Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 2. Aufl. (2013), § 99 Rn. 39 und 193 ff). Diese Voraussetzung ist vorliegend nicht erfüllt. Nutzer der SAPV-Leistungen sind die anspruchsberechtigten Versicherten. Die Versicherten zahlen das Entgelt für die erbrachte Dienstleistung nicht an den Auftragnehmer. Es sind vielmehr die Ag, welche mit dem Auftragnehmer abrechnen. Das Entgelt für die erbrachten Dienstleistungen erhält der Auftragnehmer von den Ag. Die Anlage 3 des Vertrages regelt deshalb im Detail die Honoraransprüche des Auftragnehmers für die dort aufgeführten Dienstleistungen. Daher liegt vorliegend die einen Dienstleistungsauftrag kennzeichnende Situation vor, dass die Gegenleistung durch den Auftraggeber erbracht wird.

cc) Der streitgegenständliche Vertrag ist auch nicht mit einer Zulassung von Kassenärzten vergleichbar.

Die Ag haben in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer vorgetragen, dass ein SAPV-Vertrag vergleichbar sei mit der Zulassung von Ärzten zur vertragsärztlichen Versorgung. Denn ebenso wie im Bereich der Arztzulassung habe jeder geeignete Erbringer von SAPV-Leistungen einen Anspruch auf Zulassung, solange jedenfalls im Versorgungsgebiet ein entsprechender Bedarf bestehe. Die Zulassung von Ärzten sei, so die Ag, unstreitig nicht ausschreibungspflichtig.

Die Zulassung von Ärzten auf der einen und der Abschluss von SAPV-Verträgen auf der anderen Seite unterscheiden sich allerdings grundlegend voneinander.

Das Verfahren der Zulassung von Ärzten zur vertragsärztlichen Versorgung wird, nicht zuletzt aufgrund seiner Grundrechtsrelevanz (Art. 12 GG), im SGB V umfassend geregelt. Nach § 95 Abs. 2 SGB V kann sich um die Zulassung als Vertragsarzt jeder Arzt bewerben, der eine Eintragung in ein Arzt- oder Zahnarztregister nachweist. Die Eintragung in ein Arztregister erfolgt auf Antrag nach Erfüllung der Voraussetzungen nach § 95 a SGB V. Über die Zulassung entscheiden die Zulassungsausschüsse (§ 96 SGB V). Die Zulassungsverordnungen enthalten Vorschriften u.a. über die Bedarfspläne (§ 98 Abs. 2 Nr. 8 SGB V). Die Bedarfsplanung erfährt in den §§ 99 ff. SGB V eine detaillierte Regelung. So haben z.B. die Landesausschüsse der Ärzte und Krankenkassen festzustellen, ob eine Überversorgung vorliegt. Ist dies der Fall, sind Zulassungsbeschränkungen anzuordnen (§ 103 SGB V).

Während das Gesetz somit in den §§ 95 ff. SGB V klar zum Ausdruck bringt, dass Regelungsgegenstand die Zulassung von Ärzten ist, und tatsächlich ein wettbewerbliches und über die Sozialgerichte justitierbares – untechnisch gesprochen – „Vergabe“-verfahren durchgeführt wird, findet das Wort „Zulassung“ in § 132 d SGB V keine Erwähnung. § 132 d SGB V sieht vielmehr ausdrücklich den Abschluss von Verträgen zwischen den Krankenkassen und den Leistungserbringern vor. Dass dieser Vertragsschluss die Rechtsqualität einer Zulassung haben soll, ergibt sich aus der Norm nicht.

Die Regelungen über die Zulassung von Ärzten zur vertragsärztlichen Versorgung und § 132 d SGB V unterscheiden sich auch hinsichtlich der Vorgaben zur Prüfung des Bedarfs grundlegend voneinander. Den für die Bedarfsplanung der vertragsärztlichen Versorgung maßgeblichen Regelungen der §§ 99 ff. SGB V fehlen vergleichbare Vorgaben in § 132 d SGB V. Aus den der Vergabekammer zur Verfügung gestellten Unterlagen geht nicht transparent hervor, welche Gründe die Ag zu der Annahme bewogen haben, bereits durch den Abschluss des Vertrages mit der Bg sei der Bedarf gedeckt. Mangels entsprechender Anhaltspunkte ist es der Vergabekammer nicht möglich zu prüfen, ob die Ag den – nach Abschluss des Vertrags mit der Bg - fehlenden Bedarf zutreffend angenommen haben.

dd) Das von den Ag praktizierte Verfahren ist auch nicht mit einem Zulassungsverfahren nach dem Open-House-Modell vergleichbar.

Die rechtliche Zulässigkeit des Open-House-Modells ist derzeit offen. Das OLG Düsseldorf hat mit Beschluss vom 13. August 2014 (VII-Verg 13/14) einen Vorlagebeschluss erlassen, über den der EuGH noch nicht entschieden hat.

Selbst wenn zugunsten der Ag unterstellt würde, dass der EuGH zu dem Ergebnis kommen wird, das Open-House-Modell sei mit Gemeinschaftsrecht vereinbar, würde sich diese Entscheidung nicht zugunsten der Ag auswirken. Ein Open-House-Modell zeichnet sich insbesondere dadurch aus, dass jeder interessierte Wirtschaftsteilnehmer, der die Eignungsvoraussetzungen erfüllt, Zugang zu dem fraglichen Vertrag hat, der öffentliche Auftraggeber mithin keine Auswahlentscheidung trifft. An dieser Grundvoraussetzung fehlt es, wie das vorliegende Nachprüfungsverfahren deutlich zeigt, jedoch, denn es erhält ja gerade nicht jeder geeignete Interessent – vorliegend die ASt und die Bg – einen Vertrag. Eine Open-House-Konstellation würde voraussetzen, dass jede geeignete Einrichtung einen Vertrag abschließen darf, wenn sie dies wünscht, und der Versicherte ein freies Wahlrecht hat, bei welcher Einrichtung er sich versorgen lassen möchte. So liegen die Dinge aber gerade nicht, denn nach den derzeitigen Vorstellungen der Ag dürfte nach Zuschlag ausschließlich die Bg die Versorgung der Versicherten der Ag übernehmen.

Wenn aber eine Auswahlentscheidung getroffen wird, ist es unabdingbar, dass dies nach einem transparenten, diskriminierungsfreien Procedere geschieht. Da der nationale Gesetzgeber, der in der Regelung für nichtprioritäre Dienstleistungen nach Anhang I B zur VOL/A-EG weitgehend nur an das europäische Primärrecht gebunden ist, anders als bei der kassenärztlichen Zulassung kein „Sondervergaberecht“ für die vorliegend streitgegenständlichen SAPV-Leistungen vorgesehen hat, bleibt es beim allgemeinen Vergaberecht des 1. Abschnitts der VOL/A als Prüfungsmaßstab, § 4 Abs. 2 VgV.

- d) Der für Dienstleistungsaufträge einschlägige Schwellenwert des §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.v.m. § 2 Abs. 1 Satz 1 VgV ist überschritten. Nach den Schätzungen der ASt, die von den Ag nicht bestritten wurden, haben in der Region pro Jahr mind. [...] Versicherte Anspruch auf SAPV-Leistungen, Dem Vortrag der ASt zufolge wird pro Versorgungsfall ein Honorarvolumen von ca. [...] € generiert. Damit würde bereits bei einem auf ein Jahr begrenzten Vertrag der Schwellenwert deutlich überschritten. Da der streitgegenständliche Rahmenvertrag – was allerdings wegen § 4 Abs. 1 S. 4 VOL/A unzulässig sein dürfte - auf unbestimmte Zeit abgeschlossen werden soll, ist der 48-fache Monatswert anzusetzen, § 3 Abs. 4 Nr. 2 VgV.

- e) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach §§ 104 Absatz 1 1. Hs, 106a Absatz 1 Nr. 2 GWB eröffnet.

Der Nachprüfungsantrag bezieht sich auf einen dem Bund zuzurechnenden Auftrag. Der Bund stellt durch die bundesgesetzlich angeordnete Beitragspflicht (Gesundheitsfonds) sowie durch ergänzende Zuweisungen aus Steuermitteln die überwiegende Finanzierung der Ag sicher. Soweit einzelne Ag, wie die Ag zu 4), nicht der Aufsicht des Bundes, sondern der Aufsicht eines Bundeslandes unterliegen, ist zwar zugleich auch die Zuständigkeit der Vergabekammer des jeweiligen Bundeslandes eröffnet (vgl. 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 21. Dezember 2009, VK 1 – 212/09). Sind mehrere Vergabekammern parallel zuständig, hat der Antragsteller aber grundsätzlich ein Wahlrecht (§ 35 ZPO analog, vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. Dezember 2013 – Verg 24/13) Dieses Wahlrecht hat die ASt zulässigerweise zugunsten der erkennenden Vergabekammer ausgeübt.

- f) Die ASt ist antragsbefugt (§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB). Ihr bestehendes Interesse am Auftrag hat sie durch ihre Angebotsabgabe sowie die von ihr mit den Ag geführten Gesprächen dokumentiert. Indem sie geltend macht, die Ag beabsichtigten, der Bg ohne vorangegangene Ausschreibung einen Auftrag über die Erbringung von SAPV-Leistungen zu erteilen, ohne dass dies aufgrund eines Gesetzes gestattet ist, macht sie eine Verletzung in ihren eigenen Rechten geltend.

- g) Die ASt hat ihren Rügeobliegenheiten genügt. Von der beabsichtigten Zuschlagserteilung hat die ASt erst aufgrund des Schreibens der Ag zu 6) vom 1. Oktober 2015 Kenntnis erlangt. Die mit anwaltlichen Schreiben vom 14. und 15. Oktober 2015 erhobenen Rügen genügten den Anforderungen des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB. Die Rechtsbehelfsfrist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB steht der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ebenfalls nicht entgegen, da die Ag zu dem Rügevorbringen nicht Stellung genommen haben.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet. Der beabsichtigte Abschluss eines Vertrages mit der Bg über die Erbringung von SAPV-Leistungen verletzt die ASt in ihren Rechten, weil die Auftragsvergabe ohne die Durchführung eines Vergabeverfahrens erfolgen soll, und ohne dass dies aufgrund eines Gesetzes gestattet ist. Nach § 114 GWB trifft die Vergabekammer die geeigneten Maßnahmen, um eine Rechtsverletzung zu beseitigen und eine Schädigung der betroffenen Interessen zu verhindern. Danach ist festzustellen, dass der Abschluss des Vertrages mit der Bg nicht zulässig ist, die Ag dürfen den Zuschlag hierauf nicht erteilen.

Sollten die Ag das Vergabeverfahren weiter betreiben wollen, weist die Vergabekammer vorsorglich auf Folgendes hin:

Aus dem Vortrag der Ag und der gemeinsamen Presseerklärung [...] geht hervor, dass der Mustervertrag, insbesondere dessen Anlage 3, Ergebnis einer Absprache zwischen den Krankenkassen auf der einen und den Verbänden der Leistungserbringer auf der anderen Seite ist. Die Vereinbarung von Preisen erfüllt regelmäßig die Tatbestandsmerkmale des Kartellverbots (§ 1 GWB). § 132 d Abs. 2 SGB V, dem zufolge der Spitzenverband Bund der Krankenkassen Empfehlungen u.a. für die sächlichen und personellen Anforderungen an die Leistungserbringung festlegt, enthält, anders als etwa § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V für den Bereich der Hilfsmittel, keine Ermächtigungsgrundlage für eine Vereinbarung von Preisen. Daher ist fraglich, ob der vorliegende Vertrag nichtig ist, weil er gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (§ 134 BGB i.V.m. § 1 GWB).

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB.

Die Ag als Unterliegenden haben die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als Gesamtschuldner jeweils anteilig zu tragen. Es entspricht der Billigkeit, auch die Bg an der Tragung der Kosten zu beteiligen, da diese sich zum Verfahren geäußert und damit ein Kostenrisiko auf sich genommen hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12; Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05). Auch hat sich die ASt mit ihrem Vortrag in einen direkten Interessengegensatz zur Bg gestellt.

Die Ag und die Bg tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu jeweils einem Siebtel.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen zu vergaberechtlichen Rechtsproblemen, deren Komplexität und Schwierigkeiten anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

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

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

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

Dr. Herlemann

Thiele