



3. Vergabekammer des Bundes  
VK 3 - 62/11

**Beschluss**

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- Antragsgegnerin -

...

- Beigeladene zu 1) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

...

- Beigeladene zu 2) -

...

- Beigeladene zu 3) -

...

- Beigeladene zu 4) -

...

- Beigeladene zu 5) -

- ... - Beigeladene zu 6) -
- ... - Beigeladene zu 7) -
- ... - Beigeladene zu 8) -
- ... - Beigeladene zu 9) -
- ... - Beigeladene zu 10) -
- ... - Beigeladene zu 11) -

Verfahrensbevollmächtigte:

- ...
- ... - Beigeladene zu 12) -
- ... - Beigeladene zu 13) -
- ... - Beigeladene zu 14) -
- ... - Beigeladene zu 15) -
- ... - Beigeladene zu 16) -
- ... - Beigeladene zu 17) -
- ... - Beigeladene zu 18) -
- ... - Beigeladene zu 19) -

...

- Beigeladene zu 20) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

- Beigeladene zu 21) -

...

- Beigeladene zu 22) -

...

- Beigeladene zu 23) -

...

- Beigeladene zu 24) -

...

- Beigeladene zu 25) -

...

- Beigeladene zu 26) -

...

- Beigeladene zu 27) -

...

- Beigeladene zu 28) -

...

- Beigeladene zu 29) -

...

- Beigeladene zu 30) -

...

- Beigeladene zu 31) -

...

- Beigeladene zu 32) -

... - Beigeladene zu 33) -

... - Beigeladene zu 34) -

... - Beigeladene zu 35) -

... - Beigeladene zu 36) -

Verfahrensbevollmächtigte

...  
... - Beigeladene zu 37) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...  
... - Beigeladene zu 38) -  
... - Beigeladene zu 39) -  
... - Beigeladene zu 40) -

wegen der Vergabe „Rabattvertrag gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für ausgewählte Wirkstoffe“ hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott auf die mündliche Verhandlung vom 8. Juni 2011 am 14. Juni 2011 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Vergabeabsicht das Vergabeverfahren in den Stand vor der Bekanntmachung zurückzusetzen und Rabattverträge über die streitgegenständlichen Wirkstoffe erst nach Durchführung eines entsprechend der Rechtsauffassung der Vergabekammer ausgestalteten europaweiten offenen Verfahrens abzuschließen.
2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

### **Gründe:**

#### **I.**

1. Die Antragsgegnerin (Ag) hatte für den Zeitraum vom 1. Januar 2008 bis zum 31. Dezember 2011 nach Durchführung eines europaweiten offenen Verfahrens Rabattverträge über die streitgegenständlichen Wirkstoffe mit einer Vielzahl von pharmazeutischen Unternehmen abgeschlossen. Auf dieses Vergabeverfahren bezieht sich das Nachprüfungsverfahren zum Aktenzeichen VK 3-139/07, das mit Beschluss vom 18. Dezember 2007 abgeschlossen worden war. Diese Rabattverträge enthielten ein ordentliches Kündigungsrecht, das mit einer Frist von drei Monaten ausgeübt werden konnte. Von dieser Kündigungsmöglichkeit machte die Ag mit Schreiben vom ... Gebrauch und kündigte die Verträge zum ....

Mit Schreiben vom ... schrieb sie pharmazeutische Unternehmen an, darunter die ASt. Laut „Vermerk über die Nichtdurchführung eines Vergabeverfahrens“ der Ag (ohne Datum) beabsichtigte die Ag den Abschluss von Rabattverträgen „mit allen Herstellern“ (Hervorhebung im Original) mit Wirkung zum 1. Juli 2011, so dass eine Vielzahl von Unternehmen mit gleichlautenden Schreiben angeschrieben wurde. Adressaten des Schreibens waren zum Teil aktuelle Rabattvertragspartner (rd. 60 pharmazeutische Unternehmen), zum Teil Unternehmen, mit denen derzeit keine Rabattverträge bestehen (insgesamt rd. 110, davon rd. 15 mit Sitz im europäischen Ausland). In diesem Rundschreiben informierte die Ag einmal darüber, dass nach der Kündigung nunmehr das Verfahren zum Abschluss neuer Rabattverträge über etwa 290 Wirkstoffe stattfinden solle. Nach wie vor sei es ein wichtiges Ziel der Ag, ihren Versicherten die für ihre Therapie am besten geeigneten

Arzneimittel zur Verfügung zu stellen. Daher beabsichtige die Ag auch jetzt, Rabattverträge mit möglichst vielen pharmazeutischen Unternehmen abzuschließen und dadurch die Ersetzung verordneter Arzneimittel in der Apotheke zu vermeiden. Die Verträge sähen einheitliche Konditionen für alle Vertragspartner, wirkstoffspezifische Rabattsätze sowie ermäßigte Rabattsätze für besonders preisgünstige Arzneimittel vor. Die Vertragsunterlagen könnten bis zum 26. April 2011 bei der Ag abgefordert werden.

Die ..., die unmittelbare Obergesellschaft der Antragstellerin (ASt), forderte die Unterlagen – bestehend aus Rabattvertrag nebst zwei Anlagen und einer Teilnahmeerklärung- an. Im entsprechenden Übersendungsschreiben der Ag vom 27. April 2011 führte die Ag u.a. nochmals aus, dass die Vertragsbedingungen dem Grunde nach einer Verhandlung nicht zugänglich seien, um die Einheitlichkeit der Rabattkonditionen sicherstellen zu können; werde im Einzelfall allerdings dargelegt, dass der Vertrag wirtschaftlich nicht vertretbar sei, so könnten Anpassungen mit Wirkung für alle Vertragspartner vereinbart werden. Zum Modus des Vertragsabschlusses wird seitens der Ag in diesem Schreiben ausgeführt, dass der Vertragsabschluss durch Rücksendung der unterzeichneten Teilnahmeerklärung bis zum 16. Mai 2011 erfolge. Mit der Teilnahmeerklärung hat der pharmazeutische Unternehmer u.a. zu bestätigen, dass

- eine Exklusivität einer Versorgung mit den vertragsgegenständlichen Wirkstoffen durch die Teilnahme weder bezweckt noch bewirkt werde,
- ausnahmsweise mit einzelnen Unternehmen im Verhandlungswege getroffene, abweichende Regelungen für alle Vertragspartner einheitlich gälten,
- der Vertrag nur dann zustande komme, wenn die Ag dem Abschluss nicht bis zum 30. Mai 2011 in schriftlicher Form widerspreche,
- an dem Vertrag dem Grunde nach alle mit dem Unternehmen verbundenen Unternehmen teilnehmen müssen, die in Deutschland Arzneimittel vertreiben, die den in Anlage 1 aufgeführten Wirkstoffen zugeordnet werden können.

Der Rabattvertrag selbst definiert in § 1 nochmals die Zielsetzung der Ag, nämlich die Vermeidung der Ersetzung verordneter Arzneimittel nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V, weswegen es Ziel der Ag sei, mit möglichst allen Unternehmen einen Vertragsschluss zu erreichen und keine Exklusivität vereinbart werden könne. Gegenstand des Rabattvertrags sind grundsätzlich alle Arzneimittel des jeweiligen pharmazeutischen Unternehmers, die den in der Anlage 1 aufgeführten Wirkstoffen zugeordnet werden können; dies gilt auch für Arzneimittel, die erst nach In-Kraft-Treten des Rabattvertrags vertrieben oder in den Markt

eingeführt werden (§ 2 Abs. 3 Rabattvertrag). Die Rabatthöhe wird - vgl. §§ 3, 4 und 5 des Rabattvertrags - von der Ag in der Anlage 1 zum Rabattvertrag für die streitgegenständlichen Wirkstoffe –in der Höhe nach Wirkstoffen differenziert- vorgegeben, und zwar – so § 2 Abs. 2 des Rabattvertrags - unabhängig von einem bestimmten Umsatzvolumen. Zum Zustandekommen des Vertrages heißt es in § 2a Rabattvertrag:

- „(1) Dieser Vertrag kommt grundsätzlich mit Eingang der durch den Unternehmer unterzeichneten Teilnahmeerklärung und gegebenenfalls der unterzeichneten Anlage 2 bei der ... zustande.  
(2) Die Teilnahmeerklärung ist grundsätzlich bis zum 16. Mai 2011 bei der ... einzureichen. Die ... wird nach Ablauf der in Satz 1 genannten Frist prüfen, ob das Vertragsziel nach § 1 (insbesondere Absatz 2) durch die abgegebenen Teilnahmeerklärungen der Unternehmer erreicht wird. Ist dies nicht der Fall, kommt der Vertrag nicht zustande. Die ... informiert in diesem Fall den Unternehmer, der eine Teilnahmeerklärung abgegeben hat, bis zum 30. Mai 2011 schriftlich, dass der Vertrag nicht zustande gekommen ist. (...)  
(3) Der Unternehmer ist an seine nach Absatz 1 erklärte Teilnahmeerklärung ab dem 16. Mai 2011 unwiderruflich gebunden.  
(4) Teilnahmeerklärungen, die nach dem 16. Mai 2011 bei der ... eingehen, werden nicht ausgeschlossen.  
(5) Bei Unternehmen, die im Sinne der §§ 15 bis 19 Aktiengesetz verbunden sind oder Unternehmen, die Teil eines Unternehmensvertrages gemäß §§ 291, 292 Aktiengesetz oder Konzernunternehmen im Sinne des § 271 Absatz 2 Handelsgesetzbuch sind, kommt der Vertrag grundsätzlich nur zustande, wenn er durch alle derart verbundenen Unternehmen, die in Deutschland Arzneimittel vertreiben, die den in der Anlage 1 aufgeführten Wirkstoffe zugeordnet werden können, abgeschlossen wird.“*

Der Vertrag ist bei einem ordentlichen Kündigungsrecht unbefristet und soll am 1. Juli 2011 in Kraft treten (§ 11 Abs. 1, 2 Rabattvertrag).

2. Die ASt rügte das Vorgehen der Ag mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 5. Mai 2011 insbesondere unter den Gesichtspunkten der fehlenden Bekanntmachung, der Vorgabe einheitlicher Rabatte, des Unterbleibens einer Auswahlentscheidung sowie der Vorgabe, dass ein Vertrag mit konzernverbundenen Unternehmen nur zustande kommt, wenn er durch alle Konzernunternehmen geschlossen wird. Ohne Begründung teilte die Ag der ASt durch Schreiben vom 9. Mai 2011 mit, den Rügen nicht abhelfen zu wollen.
3. Die ASt stellte daraufhin über ihren Verfahrensbevollmächtigten durch Schreiben vom 19. Mai 2011 einen Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer der Ag am selben Tag übermittelte.
4. Während des laufenden Nachprüfungsverfahrens veranlasste die Ag die gemeinschaftsweite Ausschreibung mit Bekanntmachung vom ... im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften (...). Die Beschreibung des Auftrags sowie die sonstigen von der Ag vorgesehenen Rahmenbedingungen sind, wie die nachfolgend wiedergegebene Ziffer II.1.5. der Bekanntmachung belegt, deckungsgleich mit den bereits wiedergegebenen Eckdaten des

Schreibens vom 15. April 2011 sowie des Rabattvertrags nebst Anlagen und der Teilnahmeerklärung:

*„Mit möglichst allen pharmazeutischen Unternehmen sollen Rabattverträge gemäß § 130 a Abs. 8 SGB V unter dem Vertragszeichen 2011001 geschlossen werden.....Der Vertrag sieht einheitliche Konditionen für alle pharmazeutischen Unternehmen, wirkstoffspezifische Rabattsätze sowie ermäßigte Rabattsätze für besonders preisgünstige Arzneimittel vor. Gerade um die Einheitlichkeit der Rabattkonditionen für die pharmazeutischen Unternehmen sicherstellen zu können, sind die Vertragsbedingungen dem Grunde nach einer Verhandlung nicht zugänglich. Wird allerdings im Einzelfall dargelegt, dass der Abschluss des Vertrags wegen einzelner Regelungen des Vertrags oder seiner Anlagen auch bei einer Gesamtschau der Vertragsbestandteile wirtschaftlich nicht vertretbar ist, können Anpassungen mit Wirkung für alle Vertragspartner vereinbart werden. Der Vertrag soll am 1. Juli 2011 in Kraft treten und gilt grundsätzlich unbefristet. Er kann erstmals mit einer Frist von drei Monaten zum 31.01.2013 und anschließend mit einer Frist von drei Monaten zum Ende eines Kalenderhalbjahres gekündigt werden.“*

Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 15. Juli 2011 (Tz. IV.3.4 der Bekanntmachung).

5. Mit Schreiben vom 24. Mai 2011 teilte die Ag allen derzeitigen Rabattvertragspartnern mit, dass die von ihr selbst zum 30. Juni 2011 gekündigten Rabattverträge bis längstens zum 31. August verlängert werden sollen. Die Verlängerung sei notwendig geworden, weil aufgrund anhängiger Nachprüfungsverfahren (neben dem vorliegenden die Parallelverfahren zu den Aktenzeichen VK 3 - 59/11 und VK 3 -65/11) die neuen Rabattverträge nicht – wie vorgesehen – zum 1. Juli 2011 umgesetzt werden könnten. Sofern die Rabattvertragspartner, zu denen auch die ASt gehört, nicht bis zum 31. Mai 2011 der vorgeschlagenen Vertragsverlängerung ausdrücklich widersprechen sollten, gehe sie, die Ag, von dem Einverständnis der Rabattvertragspartner hiermit aus. Auf entsprechenden Antrag der ASt verpflichtete die erkennende Vergabekammer die Ag durch Beschluss vom 31. Mai 2011 gemäß § 115 Abs. 3 GWB dazu, die mit Schreiben vom 25. März 2011 vorgenommene Kündigung der Verträge vom 1. Januar 2008 zum 30. Juni 2011 den zuständigen Stellen zwecks Einspeisung in die Apothekensoftware mitzuteilen. Außerdem wurde der Ag untersagt, den zuständigen Stellen eine Fortsetzung dieser Rabattverträge über den 30. Juni 2011 (Datum des Wirksamwerdens der Kündigung) hinaus zu melden.

Mit Schreiben vom 30. Mai 2011 verlängerte die Ag die in § 2 a Abs. 2 des Rabattvertrags vorgesehene Prüffrist bis zum 15. Juli 2011.

6. Im Nachprüfungsverfahren äußerten sich die Verfahrensbeteiligten wie folgt:

a) Die ASt trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Nach der Rechtsprechung sei die Ag ein dem Bund zurechenbarer Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB (vgl. z.B. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, C-300/07). Der streitgegenständliche Rahmenvertrag sei als entgeltlicher öffentlicher Lieferauftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 und 2 GWB zu qualifizieren. Entgeltlich seien alle Verträge, in denen der Auftraggeber eine geldwerte Gegenleistung verspreche; auf die Art der Vergütung komme es nicht an. Vorliegend bestehe die Gegenleistung der Ag darin, dass diese die Rabattverträge gemäß § 8 Rabattvertrag an die zuständigen Stellen übermittle, um die Einspielung dieser Daten in die Apothekensoftware sicherzustellen. Die Meldung habe zur Folge, dass die Arzneimittel des Anbieters nicht nach § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V substituiert werden. Das geringere Risiko der Substitution durch andere Arzneimittel habe faktisch ein höheres Absatzvolumen des betreffenden Bieters zur Folge. Hierin bestehe dessen geldwerter Vorteil. An dieser Einschätzung ändere nichts das Fehlen einer vertraglichen Vereinbarung von Exklusivität. Es genüge, wenn die Exklusivität durch andere, außerhalb des Vertrags liegende Umstände vermittelt werde. Diese Voraussetzung sei erfüllt, weil denjenigen Unternehmen, die eine Teilnahmeerklärung abgeben, zumindest temporär ein Wettbewerbsvorteil eingeräumt werde.

Die Antragsbefugnis der ASt sei trotz unterlassener Angebotsabgabe zu bejahen. Sie habe ein Interesse am Auftrag. Die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße seien so schwerwiegend, dass ihr die Abgabe eines Angebots nicht möglich bzw. nicht zumutbar sei. Die vergaberechtlichen Mängel führten dazu, dass der avisierte Rabattvertrag nicht wirksam abgeschlossen werden könne.

Verstöße gegen Vergaberecht stellten insbesondere die beabsichtigte Vergabe von Rabattverträgen ohne Durchführung einer gemeinschaftsweiten Ausschreibung, der Verzicht auf eine Auswahl nach Wirtschaftlichkeitserwägungen sowie die vertragliche Verpflichtung aller konzernangehörigen Unternehmen dar. Infolge der geltend gemachten Verstöße entstehe ihr auch ein Schaden, der darin bestehe, dass ihre Zuschlagschance negativ beeinträchtigt würden.

Sollte es sich vorliegend um eine de facto-Vergabe handeln, sei die ASt nach § 107 Abs. 3 Satz 2 GWB von vornherein der Verpflichtung zur rechtzeitigen Rüge enthoben. Jedenfalls habe die ASt vorsorglich durch Schreiben vom 5. Mai 2011 Rüge erhoben.

Die zwischenzeitlich erfolgte Bekanntmachung ändere nichts daran, dass das Verfahren gegen zahlreiche vergaberechtliche Vorschriften verstoße.

Der Nachprüfungsantrag sei begründet. Der beabsichtigte Abschluss der Rabattverträge ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens verletze die ASt in ihrem Recht auf Teilnahme an einem mit den Grundsätzen der §§ 97 ff GWB vereinbaren Verfahren.

Der beabsichtigte Abschluss von Verträgen mit allen pharmazeutischen Unternehmen zu identischen Bedingungen sei mit dem Wettbewerbsgrundsatz nicht vereinbar. Dieser erfordere zwingend eine Auswahlentscheidung.

Die Vorgabe, dass der Rabattvertrag mit einem konzernzugehörigen Unternehmen nur zustande komme, wenn alle Unternehmen des Konzerns Vertragspartner werden, verstoße gegen den Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz sowie das Diskriminierungsverbot. Durch diese Klausel würden Konzernunternehmen gegenüber nicht-konzernverbundenen Unternehmen benachteiligt. Am Beispiel der ASt werde dies deutlich. Da die unmittelbare Obergesellschaft der ASt, die ..., keinen Vertrag mit der Ag abschließen wolle, werde der ASt aufgrund der „Konzernklausel“ eine Angebotsabgabe unmöglich gemacht.

Die Regelung in § 2 a Abs. 1 Rabattvertrag, derzufolge der Vertrag grundsätzlich mit Eingang der Teilnahmeerklärung der Unternehmen bei der Ag zustande komme, sei mit § 21 Abs. 2 VOL/A-EG nicht vereinbar. Nach § 21 Abs. 2 VOL/A-EG habe der Auftraggeber selbst das Angebot des Bieters anzunehmen.

Mit Vergaberecht unvereinbar sei, dass die Ag sich das Recht vorbehalten habe, den Teilnehmern mitzuteilen, dass der Vertrag nicht zustande gekommen ist, sollte die in § 2a Abs. 2 Rabattvertrag vorgesehene Prüfung ergeben, dass die Vertragsziele nicht erreicht worden sind. Eine Rechtsgrundlage für eine Aufhebung der Ausschreibung sei in § 20 VOL/A-EG, der die zulässigen Aufhebungsgründe abschließend aufführe, nicht vorgesehen.

Die ASt beantragt,

1. der Ag zu untersagen, Zuschläge für den Abschluss von Rabattverträgen gemäß § 130 a Abs. 8 SGB V über die streitgegenständlichen Wirkstoffe zu erteilen bzw. Angebote für den Abschluss solcher Verträge anzunehmen;
2. der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht die streitgegenständliche Vergabe unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen und hierbei die gesetzlichen Bestimmungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge anzuwenden;
3. hilfsweise, falls die in Antrag zu 1) genannten Rabattverträge bereits zustande gekommen sind,
  - a) festzustellen, dass diese gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam sind;
  - b) für den Fall, dass diese Rabattverträge noch nicht der Informationsstelle für Arzneispezialitäten GmbH gemeldet sind, der Ag einstweilen zu untersagen, Vertragsabschlüsse der Informationsstelle für Arzneispezialitäten GmbH zu melden oder Ärzte, Apotheke und Versicherte auf anderem Weg über Vertragsabschlüsse zu informieren;
  - c) äußerst hilfsweise zu 3 b), falls diese Rabattverträge bereits zustande gekommen und der Informationsstelle für Arzneispezialitäten GmbH gemeldet sind, der Ag aufzugeben, unverzüglich, spätestens innerhalb von drei Tagen, nach Bestandskraft des Beschlusses in diesem Nachprüfungsverfahren der Informationsstelle für Arzneispezialitäten GmbH mitzuteilen, dass die in Antrag zu 1) genannten Rabattverträge unwirksam sind;
4. der ASt gemäß § 111 Abs. 1 GWB Einsicht in die der Auftragsvergabe zugrunde liegenden Akten zu gewähren;
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
6. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
7. die Ag unverzüglich in Textform über diesen Nachprüfungsantrag zu informieren und anzuweisen, den Zuschlag für die verfahrensgegenständlichen Rabattverträge nicht zu erteilen.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag als unzulässig zu verwerfen,
2. die Anträge 1, 2, 3a bis c sowie 5 bis 7 zurückzuweisen,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag ist der Auffassung, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Die Ag bestreitet nicht, öffentlicher Auftraggeber zu sein, meint aber, dass der streitgegenständliche Rabattvertrag kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB sei. Kennzeichnend für öffentliche Aufträge sei ein Mindestmaß an Exklusivität. Dies sei vorliegend jedoch gerade nicht der Fall, weil die Ag keine Auswahlentscheidung treffen wolle. Der bewusste Verzicht auf eine Auswahlentscheidung ermögliche es allen pharmazeutischen Unternehmen, weiterhin Arzneimittel zu Lasten der Ag zu vertreiben. Da das von ihr gewählte Verfahren keine Veränderungen des Marktes bewirken werde, liege per definitionem kein öffentlicher Auftrag vor.

Wesentliches Anliegen der Ag sei es, ihren Versicherten den Wechsel von einem Präparat zu einem anderen zu ersparen. Die gesundheitlichen Folgen der Substitution für die Versicherten seien derzeit noch nicht abschließend wissenschaftlich geklärt. Der Abschluss von Rabattverträgen mit möglichst vielen pharmazeutischen Unternehmen verhindere eine Substitution, was den Versicherten zugute käme.

Eine öffentliche Ausschreibung sei nicht erforderlich, weil die potentiellen Vertragspartner „abschließend bekannt“ seien. Die Ag habe auch die ihr bekannten Unternehmen mit Sitz im Ausland angeschrieben. Selbst wenn nicht alle Marktteilnehmer angeschrieben worden sein sollten, sei dies unproblematisch, weil ein Vertragsschluss auch zu einem späteren Zeitpunkt möglich sei.

Die ASt habe die Antragsbefugnis verwirkt. Verwirkung sei dadurch eingetreten, dass die ASt vermutlich diverse Rabattverträge abgeschlossen habe, die weder ausgeschrieben worden seien noch darauf abgezielt hätten, zu einem Vertragsschluss mit (möglichst) allen Unternehmen zu führen. Darüber hinaus habe die ASt, die keine Teilnahmeerklärung abgegeben habe, ihr Interesse am Auftrag nicht substantiiert vorgetragen. Es seien auch keine Rechte der ASt verletzt worden. Zwischenzeitlich sei die Bekanntmachung der beabsichtigten Vergabe erfolgt. Der ASt drohe auch nicht die Entstehung eines Schadens. Die ASt habe nicht substantiiert dargelegt, warum sie die Teilnahme nicht habe erklären können.

Dem Gebot des Art. 2 RL 2004/18/EG, alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nicht diskriminierend zu behandeln, habe die Ag dadurch Rechnung getragen, dass für alle Unternehmen dieselben Konditionen gelten sollten. Sollten ausnahmsweise mit einzelnen

Unternehmen abweichende Konditionen vereinbart werden, würden die Änderungen einheitlich auf alle anderen Vertragsverhältnisse übertragen. Die Ag meint, dass es sich hierbei naturgemäß um Verbesserungen handeln werde, von denen alle Unternehmen profitieren würden. Eine unzulässige de facto-Vergabe liege nicht vor.

Die Annahme der ASt, dass Konzernunternehmen stets nur gemeinsam die Teilnahme zum Vertrag erklären könnten, sei unzutreffend. Vielmehr gehe aus dem Rabattvertrag unzweifelhaft hervor, dass Konzernunternehmen „grundsätzlich“ gemeinsam teilnehmen können. Bei Zweifeln über die Auslegung der Vertragsklausel sowie der entsprechenden Klausel in der Teilnahmeerklärung sei es der ASt zuzumuten, die Teilnahme zu erklären und eine Reaktion der Ag abzuwarten.

c.) Mit Beschluss vom 24. Mai 2011 sind diejenigen Unternehmen zum Verfahren beigelegt worden, die der Ag gegenüber eine entsprechende Teilnahmeerklärung abgegeben hatten.

Die Bg zu 37) trägt durch ihren Verfahrensbevollmächtigten mit Stellungnahme vom 30. Mai 2011 vor, der Nachprüfungsantrag sei unzulässig. Der streitgegenständliche Rabattvertrag sei kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 Abs. 1 GWB. Konstitutives Merkmal für einen entgeltlichen Vertrag sei eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers und eine daraus resultierende Einräumung von Exklusivität im Wettbewerb. Eine Auswahlentscheidung werde jedoch von der Ag gerade nicht getroffen, weil jedes interessierte pharmazeutische Unternehmen jederzeit dem Rabattvertrag beitreten könne. Aufgrund dieses jederzeitigen Beitrittsrechts erlange ein pharmazeutisches Unternehmen durch den Vertrag keinen geldwerten Vorteil. Die Ag könnten nicht verpflichtet werden, eine Ausgestaltung zu wählen, welche die fraglichen Rabattverträge erst zu öffentlichen Aufträgen mache. Darüber hinaus seien die vorliegenden Rabattverträge nach § 130 a Abs. 8 SGB V bei der gebotenen funktionalen Betrachtungsweise als Zulassung zu qualifizieren. Zulassungen seien nicht ausschreibungspflichtig.

Die ASt sei nicht antragsbefugt. Das mangelnde Interesse am Auftrag habe die ASt durch die unterlassene Abgabe der Teilnahmeerklärung sowie die Stellung des Nachprüfungsantrags hinreichend deutlich gemacht. Darüber hinaus drohe keine Schadensentstehung. Das von der Ag gewählte Verfahren hätte es der ASt ermöglicht, Vertragspartner zu werden, ohne sich zuvor in einem Bieterwettbewerb gegen andere Bieter durchsetzen zu müssen.

Die Bg zu 37) vertritt die Auffassung, der maßgebliche Schwellenwert nach § 2 Nr. 2 VgV sei schon deshalb nicht erreicht, weil der Rabattvertrag nicht entgeltlich sei. Die Ag leiste an ihre Vertragspartner keine Zahlungen als Gegenleistung für die Rabattgewährung. Ein Umsatzzuwachs zugunsten der Rabattvertragspartner sei ebenso wenig zu erwarten, da es der Ag ja gerade darum gehe, mit allen pharmazeutischen Unternehmen Rabattverträge abzuschließen, um die Substitution nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V in der Apotheke zu vermeiden. Die Meldung des Rabattvertrages an die zuständigen Stellen zum Zwecke der Einspeisung in die Apothekensoftware (§ 8 Rabattvertrag) habe keinen pekuniär messbaren Wert.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet, weil eine Ausschreibungspflicht mangels Vorliegens eines öffentlichen Auftrags nicht bestehe. Hilfsweise trägt die Bg zu 37) vor, die Ag sei vergaberechtlich nicht verpflichtet, die Zahl ihrer Vertragspartner durch eine Auswahlentscheidung zu verringern. Der Ag stehe nicht nur hinsichtlich der Definition des Beschaffungsgegenstandes ein Ermessen zu, sondern auch hinsichtlich der Zahl der Marktteilnehmer, mit denen ein Rabattvertrag abgeschlossen werden solle. Die Entscheidung, mit allen Marktteilnehmern einen Rabattvertrag abzuschließen, sei daher vergaberechtlich unbedenklich. Hinzu komme, dass der Verzicht auf eine Auswahlentscheidung dem Grundsatz des Mittelstandsschutzes Rechnung trage. Effektiver Mittelstandsschutz sei nur durch den Abschluss nicht-exklusiver Rabattverträge zu erreichen.

Die Konzernklausel sei unproblematisch, weil sie Konzerne nicht verpflichte, weitere Vertragspartner beizubringen. Im Übrigen diene diese Klausel dem Schutz mittelständischer Interessen. Denn sie verhindere Preisstrategien großer Konzerne zulasten der mittelständischen Anbieter.

Entgegen der Annahme der ASt verstoße die Regelung in § 2a Rabattvertrag, wonach die Abgabe der Teilnahmeerklärung genügt, nicht gegen § 21 Abs. 2 VOL/A-EG. Ein solcher Verstoß komme schon deshalb nicht in Betracht, weil der Rabattvertrag nicht dem Vergaberecht unterliege. Hinzu komme, dass die Regelung die Bieter begünstige. Nichts anderes gelte im Übrigen hinsichtlich des Prüfrechts der Ag (§ 2a Abs. 2 Rabattvertrag), ob die Vertragsziele erreicht worden sind.

Die anderen Beigeladenen haben sich zu dem Verfahren nicht schriftsätzlich geäußert.

Die Verfahrensbeteiligten hatten in der mündlichen Verhandlung vom 8. Juni 2011 Gelegenheit, ihren Vortrag zu vertiefen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

## II.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet. Bei fortbestehender Vergabeabsicht hat die Ag das Vergabeverfahren erneut europaweit bekannt zu machen und dabei die Rechtsauffassung der Vergabekammer zu berücksichtigen.

1. Im Rahmen der Zulässigkeit bedürfen die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens, die Überschreitung der Schwellenwerte sowie die Antragsbefugnis einer näheren Begründung; die weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen, insbesondere des § 107 Abs. 3 GWB, sind unstreitig gegeben.
  - a. Nach § 102 GWB unterliegen lediglich öffentliche Aufträge der Nachprüfung durch die Vergabekammer, so dass die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens voraussetzt, dass es sich bei den von der Ag intendierten Rabattverträgen um öffentliche Aufträge handelt. Dies ist der Fall.
    - aa. Die grundlegende Definition des öffentlichen Auftrags ist in § 99 Abs. 1 GWB enthalten, wonach es sich um synallagmatische Verträge zwischen einem öffentlichen Auftraggeber und einem Dritten handelt. Auch wenn, was unstreitig ist (vgl. grundlegend EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs. C-300/07, abgedr. in NJW 2009, 2427; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2007, Verg 51/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07), die Ag ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher Auftraggeber ist, liegen die Voraussetzungen des § 99 Abs. 1 GWB hier nicht vor, da der Rabattvertrag als solcher keinen Austauschvertrag in Sinne einer Lieferung und der Gegenleistung hierfür im Sinne eines Entgelts für diese Lieferung darstellt. Der Rabattvertrag enthält keine Lieferverpflichtung, geregelt werden vielmehr Bedingungen für spätere Einzelverträge, insbesondere der Rabatt als wesentliche Determinante für den Preis. Mit jeder Abgabe eines Arzneimittels an einen Versicherten der Ag und damit zu Lasten der Ag kommt ein synallagmatischer Einzelvertrag zwischen Ag und Apotheke zustande, da die Ag das Arzneimittel im Rahmen ihrer dem Versicherten gegenüber bestehenden

Sachleistungsverpflichtung, § 2 Abs. 2 SGB V, zu bezahlen hat. Der Rabattvertrag enthält zwar keine unmittelbare Preisvereinbarung, da dort nicht der Preis, den die Ag zu zahlen hat, direkt festgelegt wird. Der Rabattvertrag beeinflusst aber mittelbar das Entgelt des pharmazeutischen Unternehmers, indem die Ag einen zwingenden prozentualen Rabattabschlag auf den vom Unternehmer festgesetzten Preis vorgibt. Dieser Rabatt ist vom Rabattvertragspartner quartalsweise an die Ag zu erstatten, vgl. § 7 Rabattvertrag. Ein Element der Preisbestimmung für später abzuwickelnde Einzelverträge wird damit vor die Klammer dieser nachfolgenden Einzelverträge gezogen, was unter die Tatbestandsmerkmale von § 4 Abs. 1 S. 1 VOL/A-EG fällt: „Bedingungen für Einzelaufträge“ werden festgelegt, „insbesondere über den in Aussicht genommenen Preis“. Der Abschluss einer Rahmenvereinbarung wird mit § 4 VOL/A-EG entsprechend den Vorgaben der europäischen Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, dort Art. 32 Abs. 2, den Bestimmungen über die Vergabe öffentlicher Aufträge unterstellt, ohne selbst öffentlicher Auftrag zu sein, der Anwendungsbereich der vergaberechtlichen Vorgaben mithin auf Rahmenverträge wie die hier streitgegenständlichen Rabattverträge erweitert.

- bb. Hieraus ergibt sich, dass die Definition der Rahmenverträge nicht etwa in die Begriffsbestimmungen des öffentlichen Auftrags hineinzulesen ist. Es liegt insoweit, wie ausgeführt, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs der vergaberechtlichen Vorgaben auf einen Vertragstypus vor, der ansonsten nicht unter den öffentlichen Auftragsbegriff fiele. Auch wenn § 99 GWB, der die Überschrift „Öffentliche Aufträge“ trägt, die Rahmenvereinbarung nicht erwähnt, so ergeben sich die geschilderten Zusammenhänge doch unmissverständlich aus der Richtlinie 2004/18/EG, die in Art. 1 Abs. 2 die „Öffentlichen Aufträge“ definiert, in Art. 1 Abs. 5 sodann selbständig und vom „Öffentlichen Auftrag“ losgelöst die „Rahmenvereinbarung“. Art. 32 Abs. 1 gibt aufbauend auf dieser Definition den Mitgliedstaaten sodann eine Ermächtigungsgrundlage dahin an die Hand, den Abschluss von Rahmenvereinbarungen in der nationalen Rechtsordnung zu ermöglichen, allerdings unter der in Art. 32 Abs. 2 enthaltenen Vorgabe, dass dieser von Anfang an den Regeln zu unterstellen ist, die für die Vergabe öffentlicher Aufträge gelten. Bereits auf der Basis dieses rechtlichen Hintergrunds ergibt sich, dass die Rahmenvereinbarung nicht selbst und nicht ihrerseits entgeltlich sein muss, da das Tatbestandsmerkmal der Entgeltlichkeit weder in der Definition der Rahmenvereinbarung eine Rolle spielt noch

der Rahmenvertrag in den Kontext der Tatbestandsmerkmale des öffentlichen Auftrags einzubetten ist.

Im Übrigen würde es in der Sache auch keinen Sinn ergeben, „Entgeltlichkeit“ für das Vorliegen einer vergaberechtsrelevanten Rahmenvereinbarung zu verlangen, da dann regelmäßig sämtliche Rahmenvereinbarungen, insbesondere auch andere als Rabattverträge nach § 130 a Abs. 8 SGB V, aus der Begriffsbestimmung herausfielen. Für das bloße Vereinbaren von Bedingungen für spätere Einzelverträge zahlt ein Auftraggeber nämlich regelmäßig kein Entgelt, ganz abgesehen davon, dass es an der für Lieferaufträge erforderlichen „Lieferung“ fehlt. Deutlich wird dies beispielsweise auch anhand der Bestimmung des § 3 Abs. 6 VgV, wonach für die Bemessung der Schwellenwerte beim Abschluss einer Rahmenvereinbarung auf den geschätzten Gesamtwert der Einzelaufträge und nicht etwa auf irgendeine Art von Entgelt für den Abschluss der Rahmenvereinbarung als solcher abzustellen ist.

- cc. Zu fordern ist lediglich, dass die Rahmenvereinbarung auf Einzelverträge gerichtet ist, die ihrerseits öffentliche Aufträge darstellen. Dies ist, wie ausgeführt, der Fall. Der Einzelvertrag kommt zwischen Apotheke und Ag bei Abgabe des Arzneimittels zustande, das die Apotheke dem Versicherten auf entsprechende, vom Arzt als Vertreter der Ag ausgestellte und vom Patienten als Boten überbrachte Verordnung hin aushändigt (so Bundessozialgericht, Urteile vom 17. Januar 1996, 3 RK 26/94; vom 17. März 2005, B 3 KR 2/05 R; und vom 3. August 2006, B 3 KR 6/06 R; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 27. April 2004, 1 StR 165/03 m.w.N.). Da die Ag als öffentlicher Auftraggeber das Arzneimittel bezahlt und damit ihrerseits von der Sachleistungsverpflichtung ihrem Versicherten gegenüber frei wird, liegt im Einzelvertrag ein öffentlicher Lieferauftrag.

Anders als bei üblichen Rahmenverträgen ist hier zwar eine Besonderheit insoweit gegeben, als die Vertragsparteien von Rabatt-/Rahmenvertrag und nachfolgenden Einzelverträgen nicht identisch sind. Vertragspartner sind einmal Ag und pharmazeutisches Unternehmen (Rabattvertrag), einmal Ag und Apotheke (Kaufvertrag als die Rabattvereinbarung ausfüllender Einzelvertrag).

Dieses Auseinanderfallen der Vertragspartner nimmt dem streitgegenständlichen Rabattvertrag aber nicht die Qualität als tauglichem Einzelvertrag im Sinne von § 4 VOL/A-EG, da einmal weder die Richtlinie 2004/18/EG noch § 4 VOL/A-EG eine

Identität der Vertragsparteien von Rahmenvertrag und Einzelverträgen fordern. Außerdem sind beide Verträge wirtschaftlich eng miteinander verknüpft. Dies belegen einmal die direkten Zahlungswege zwischen der Ag und den pharmazeutischen Unternehmen, die ja in ihrer Höhe –vgl. § 7 Abs. 1 Rabattvertrag, der auf die Anzahl der an Versicherte der Ag abgegebenen Packungen abstellt- davon abhängt, wie viele Packungen im Wege des Einzelvertrags an Versicherte der Ag abgegeben wurden. Des Weiteren belegt die Tatsache, dass die Ag überhaupt die Möglichkeit hat, über die Rabattvereinbarung in den Kaufvertrag „hineinzuregieren“, dass hier eine enge wirtschaftliche Verknüpfung gegeben ist. Das Auseinanderfallen beider Vertragstypen ist den sozialrechtlichen Besonderheiten geschuldet und vom Gesetzgeber in § 130 a Abs. 8 SGB V angelegt. Bei der im Vergaberecht gebotenen funktionalen Betrachtungsweise sind folglich beide Verträge als wirtschaftliche Einheit zu sehen und zusammenzufassen (zu den gesamten Ausführungen sub aa. vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Dezember 2007 – Verg 51/07, der einen Rabattvertrag mit Lieferverpflichtung zum Gegenstand hat, sowie Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 14. November 2007, VK 3-124/07, sowie Beschluss vom 18. Dezember 2008, VK 3-139/07).

- dd. Ein Tatbestandsmerkmal dahin, dass die Qualifizierung eines Vorgangs als öffentlicher Auftrag oder als Rahmenvereinbarung im Sinne von Art. 1 Abs. 5, 32 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG, § 4 VOL/A-EG vom Vorliegen einer Auswahlentscheidung des Auftraggebers bzw. –anders herum formuliert- von der Gewährleistung von Exklusivität zugunsten des Auftragnehmers abhängt, sieht weder die Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie noch das nationale Vergaberecht vor. Die Tatsache, dass die Ag hier auf eine Auswahl verzichtet, sondern Rabattverträge mit all denjenigen Interessenten abschließen möchte, die die vorgegebenen Bedingungen akzeptieren, nimmt dem Vertrag folglich nicht den Charakter einer ausschreibungspflichtigen Rahmenvereinbarung im Sinne von § 4 VOL/A-EG. Eine derartige Auswahlentscheidung ist vielmehr regelmäßig die Folge einer Vergabe im Wettbewerb. Erfolgt keine Auswahlentscheidung, stellt dies aber nicht den öffentlichen Auftrag in Frage, sondern betrifft vielmehr die im Rahmen der Begründetheit zu beurteilende Rechtmäßigkeit der Vergabe. Die Begriffsdefinition des Rahmenvertrags ist hiervon unabhängig (im Ergebnis ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss – L 21 KR 51/09 SFB- vom 3.9.2009). Wenn man die Vereinbarung von „Exklusivität“ der Rahmenvereinbarung zugunsten eines oder mehrerer Unternehmen verlangen würde (respektive eine Auswahlentscheidung seitens des Auftraggebers), so wird der Begriff

des öffentlichen Auftrags bzw. der Rahmenvereinbarung über die Vorgaben der Vergabekoordinierungsrichtlinie hinaus eingeschränkt, d.h. Vorgänge, die nach der Richtlinie als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sind, werden durch die Schaffung eines zusätzlichen, von der Richtlinie nicht vorgesehenen Tatbestandsmerkmals dem Vergaberecht entzogen (so bereits 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 12. November 2009, VK 3-193/09 zu Verträgen über Hilfsmittel nach § 127 Abs. 2 SGB V).

Die Schaffung eines ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals wäre weder europarechtskonform noch entspräche dies, wie die Bg zu 37) meint, einer funktionalen Betrachtung. Auch wenn die funktionale Betrachtungsweise, wie die Bg zu 37) richtig ausführt, durchaus auch zu Lasten der Anwendbarkeit des Vergaberechts führen kann (ein Beispiel hierfür ist die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zur In-house-Vergabe), so ist die Beachtung der vergaberechtlichen Vorgaben nicht überflüssig, nur weil der Auftraggeber mit allen Interessenten abzuschließen gedenkt. Der vorliegende Sachverhalt macht dies deutlich. Es gäbe in Ermangelung eines dem Vergaberecht unterliegenden Vorgangs bereits keine Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU und damit nicht die erforderliche Transparenz bezüglich des Beschaffungsinteresses der Ag als öffentlichem Auftraggeber, was die Teilnahmefähigkeit insbesondere von im Ausland ansässigen Bietern in Frage stellt. Auch wenn die Ag vorliegend am 15. April 2011 eine Vielzahl von Unternehmen angeschrieben hat, so kann sie doch möglicherweise nicht alle potentiellen Interessenten, die bisher entweder nicht auf dem deutschen Markt tätig waren oder die sich für den streitgegenständlichen Vertrag möglicherweise sogar erst bilden würden, erreichen. Es muss des Weiteren am Maßstab des materiellen Vergaberechts überprüfbar sein, ob es zulässig sein kann, den pharmazeutischen Unternehmen einen vom Auftraggeber vorgegebenen Rabatt abzuverlangen, ohne dass diese einen Umsatzzuwachs zu verzeichnen haben, da –so die Vorstellung der Ag- mit allen Herstellern entsprechende Verträge abgeschlossen werden sollen und damit die Substitutionsvorgabe des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V nicht greift; es macht in der Sache einen substantiellen Unterschied, ob sich Auftragsinteressenten im Rahmen eines Vergabeverfahrens mit selbst kalkulierten Rabattangeboten beteiligen können, oder ob sie vor die Alternative gestellt werden, einen vom Auftraggeber vorgegebenen Rabatt zu akzeptieren, ansonsten keinen Rabattvertrag zu erhalten.

Diese funktionale Überprüfung macht vielmehr im Gegenteil deutlich, dass die von der Ag gewählte Ausgestaltung insgesamt dazu führt, dass der vorliegende Rahmenvertrag

sogar seinerseits als entgeltlich zu qualifizieren wäre, selbst wenn man die Entgeltlichkeit entgegen obiger Ausführungen auch isoliert für den Rahmenvertrag, also ohne Heranziehen der Einzelverträge, fordern würde. Die „Entgeltlichkeit“ wäre hier nicht in einem positiven Sinne, sondern mit einem negativen Vorzeichen als das Vermeiden von Nachteilen für den Rabattvertragspartner zu sehen: Indem er die Vorgaben akzeptiert, vermeidet er den Nachteil, dass seine Produkte in der Apotheke substituiert werden.

- b. Das Nachprüfungsverfahren ist des Weiteren nur dann eröffnet, solange – vgl. § 114 Abs. 2 S. 1 GWB sowie Bundesgerichtshof, Beschluss vom 19. Dezember 2000 (NZBau 2001, 151 ff.) - noch kein wirksamer Vertragsschluss entgegensteht. § 2a Abs. 1 Rabattvertrag sieht zwar vor, dass der Vertrag „grundsätzlich mit Eingang der durch den Unternehmer unterzeichneten Teilnahmeerklärung und ggf. der unterzeichneten Anlage 2“ bei der Ag zustande kommt. Nach Satz 2 des § 2a Rabattvertrag prüft aber die Ag nach Ablauf des 16. Mai 2011, ob das Vertragsziel nach § 1 Rabattvertrag erreicht wird. Ist dies nicht der Fall, soll der Unternehmer, der eine Teilnahmeerklärung abgegeben hat, hierüber bis zum 30. Mai 2011 informiert werden; diese Prüffrist hat die Ag durch Schreiben vom 30. Mai 2011 bis zum 15. Juli 2011 verlängert. § 2a Abs. 2 letzter Satz Rabattvertrag stellt klar, dass der Vertrag erst nach Ablauf dieser Frist definitiv zustande, wenn kein Widerruf durch die Ag erfolgt. Da diese Prüffrist noch nicht abgelaufen ist, liegen derzeit keine rechtswirksam geschlossenen Rabattverträge vor.
- c. Der maßgebliche Schwellenwert nach § 2 Nr. 2 VgV (193.000,- €) ist überschritten. Nach § 2 Abs. 6 VgV ist beim Abschluss von Rahmenvereinbarungen auf den geschätzten Gesamtwert aller Einzelaufträge während der Laufzeit des Vertrags abzustellen. Die Ag hat ihre Ausgaben für die streitgegenständlichen Wirkstoffe in der Bekanntmachung (ebenda Tz. ...) auf rd. 180 Mio. € für das Bezugsjahr 2010 beziffert. Dies zugrundlegend steht – was auch von der Ag nicht bestritten wird – fest, dass der Schwellenwert deutlich überschritten ist. Die abweichende Auffassung der Bg zu 37), dem streitgegenständlichen Rabattvertrag komme kein pekuniär messbarer Wert zu, geht von der im Ansatz fehlerhaften Prämisse der Notwendigkeit einer Entgeltlichkeit des Rahmenvertrags als solchem aus (hierzu bereits ausführlich oben sub a.bb.).
- d. Die ASt ist nach § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Das Vergabenachprüfungsverfahren, das dem subjektiven Rechtsschutz dient, ist nur eröffnet, wenn und soweit der jeweilige

Antragsteller einen Schaden infolge der behaupteten Rechtsverletzung geltend machen kann, § 107 Abs. 2 S. 2 GWB. Dies hier der Fall.

aa. Zwar hat die ASt unabhängig von einer europaweiten Ausschreibung Kenntnis vom Beschaffungsvorhaben der Ag erlangt und wurde durch das an sie selbst und ihre unmittelbare Obergesellschaft adressierte Schreiben der Ag vom 15. April 2011 schon vor der nachgeholtten europaweiten Bekanntmachung in die Lage versetzt, eine Teilnahmeerklärung abzugeben. Dennoch war auch die ASt vom ursprünglichen Unterbleiben einer europaweiten Bekanntmachung beschwert, da ein Vertrag, der allein auf der Basis dieses Schreibens zustande gekommen wäre, möglicherweise mit der Nichtigkeitssanktion des § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB behaftet gewesen wäre. Diese Norm wird jedenfalls teilweise auch auf den Fall angewandt, in welchem zwar durchaus mehrere Unternehmen am Beschaffungsvorgang beteiligt wurden, aber das erforderliche europaweite offene Verfahren nicht durchgeführt wurde. Die Rechtsfrage, ob § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB hier greift, bedarf an dieser Stelle keiner vertieften Erörterung oder gar Entscheidung. Für die Zwecke der hier zu prüfenden Antragsbefugnis der ASt nach § 107 Abs. 2 GWB, deren Voraussetzungen nicht übermäßig hoch anzusetzen sind (grundlegend Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 BvR 2248/03), reicht die Feststellung aus, dass ein Vertrag ohne europaweite Bekanntmachung vor diesem Hintergrund jedenfalls nicht rechtssicher und damit für die ASt nicht verlässlich wäre. Indem die Ag die Bekanntmachung während der laufenden Nachprüfungsverfahren nachgeholt hat, ist auch keine Erledigung infolge Abhilfe eingetreten; die Ag hat mit Schriftsatz vom 6. Juni 2011 vorgetragen, an der Auffassung festzuhalten, dass es sich vorliegend nicht um einen öffentlichen Auftrag handle, das Vergaberecht somit nicht einschlägig sei. Die Bekanntmachung ist vor diesem Hintergrund als ohne Anerkennung einer Rechtspflicht erfolgt anzusehen, die von der ASt beantragte Vergabe der Rabattverträge nach den Regeln des Vergaberechts bleibt aktuell.

bb. Ein Schaden der ASt ist auch trotz der Sicherheit, auf der Basis der von der Ag vorgegebenen Rabatthöhe einen Vertrag abschließen zu können und damit die Substitution der eigenen Produkte nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V zu vermeiden, ebenfalls gegeben. Dieser liegt darin, dass die ASt mit der von der Ag gewählten Konstruktion gezwungen wird, ihre Produkte mit einem Rabattdeschlag in vorgegebener Höhe abzugeben, ohne dass dem – so die Ag in ihrem Bestreben nach

weitgehender Abdeckung des Marktes mit ihrem Rabattvertrag erfolgreich wäre - ein mengenmäßiger Umsatzzuwachs entgegenstünde.

cc. Die ASt hat in der mündlichen Verhandlung überzeugend und unwidersprochen dargelegt, dass sie als Unternehmen, das über die ..., ohne Weiteres in der Lage ist, alle streitgegenständlichen Wirkstoffe anzubieten. Da sich der Rabattvertrag nach § 2 Abs. 3 S. 2 nicht nur auf das gesamte derzeitige, sondern auch auf das zukünftige Portfolio des Rabattvertragspartners bezieht, ist die Antragsbefugnis in Bezug auf alle streitgegenständlichen Wirkstoffe zu bejahen, auch soweit die ASt sie derzeit noch nicht im Portfolio haben sollte.

dd. Entgegen der Auffassung der Ag hat die ASt die Antragsbefugnis nicht verwirkt. Die Ag meint, Verwirkung sei deshalb eingetreten, weil die ASt – jedenfalls nach Kenntnis der Ag – in der Vergangenheit mehrere Rabattverträge geschlossen habe, die ihrerseits nicht Gegenstand einer öffentlichen Ausschreibung gewesen seien. Dieser Sachverhalt bedarf keiner näheren Aufklärung, da er irrelevant ist für die Frage der Verwirkung des Rechts, in Bezug auf das vorliegende Vergabeverfahren ein Nachprüfungsverfahren einzuleiten. Nach allgemeinen Grundsätzen hat Verwirkung zur Voraussetzung, dass die Stellung des Antrags gegen Treu und Glauben verstößt und sich als unzulässige Rechtsausübung darstellt, insbesondere weil der Antragsteller, obwohl er von dem Antragsgrund bereits längere Zeit Kenntnis hatte oder hätte haben müssen, den Antrag erst zu einem Zeitpunkt stellt, in dem der Antragsgegner nach den besonderen Umständen des Falles nicht mehr mit einer Antragstellung rechnen mußte, d.h. darauf vertrauen durfte, dass kein Verfahren mehr eingeleitet wird (Kopp/Ramsauer, Kommentar zum VwVfG, 11. Aufl. (2010), § 22 Rn. 53 m.w.N.). Kenntnis von dem streitgegenständlichen Vergabeverfahren hat die ASt erst aufgrund des informatorischen Schreibens der Ag vom 15. April 2011 erlangt. Hiergegen richtete sich die am 5. Mai 2011 erhobenen Rügen der ASt. Ein schützenswertes Vertrauen, die ASt werde keinen Nachprüfungsantrag stellen, konnte demnach nicht entstehen.

## 2. Der Nachprüfungsantrag ist vollumfänglich begründet.

a. Im Rahmen der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens (vgl. oben sub 1.a.) wurde bereits ausführlich dargelegt, dass es sich bei dem streitgegenständlichen Rabattvertrag um einen dem Vergaberecht unterworfenen Rahmenvertrag handelt, so dass weitere diesbezügliche Ausführungen an dieser Stelle nicht mehr erforderlich sind.

Da weder ein Ausnahmetatbestand gegeben noch ein sonstiger Ausnahmbereich eröffnet ist, bleibt es beim Grundsatz des § 3 Abs. 1 VOL/A-EG, wonach die Vergabe dieses Rabattvertrags im offenen Verfahren stattzufinden hat. Die Ag wäre folglich von Anfang an gehalten gewesen, ein europaweites offenes Verfahren durchzuführen. Im offenen Verfahren sind Verhandlungen nicht zulässig. Der Auftraggeber hat klare Vorgaben zu machen, die Bieter haben diese bei Angebotsabgabe zu beachten, andernfalls der Ausschlussgrund des Abweichens von den Verdingungsunterlagen vorliegt. Die Ausführungen der Ag in Ziffer II.1.5) der nachgeholtten Bekanntmachung vom ..., wonach die Vertragsbedingungen „dem Grunde nach einer Verhandlung nicht zugänglich“ sein sollen, anders jedoch in begründeten Einzelfällen, stehen hiermit nicht in Einklang.

b. Das von der Ag gewählte Gesamtkonstrukt, bei einer von der Ag vorgegebenen Rabatthöhe ohne Auswahlentscheidung mit allen denjenigen pharmazeutischen Unternehmen einen Rabattvertrag abzuschließen, die einen Teilnahmeantrag abgeben, stellt die missbräuchliche Anwendung einer Rahmenvereinbarung sowie einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz dar und ist vergaberechtswidrig.

aa. Das Verbot, Rahmenvereinbarungen missbräuchlich anzuwenden, besteht als eine Ausprägung allgemeiner Rechtsgrundsätze fort, auch wenn § 4 VOL/A-EG im Gegensatz zu § 3 a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A 2006 keinen expliziten diesbezüglichen Verbotstatbestand mehr enthält (Zeise, in: Kulartz/Marx/Prieß, VOL/A, 2. Aufl., § 4 EG RdNr. 24; OLG Düsseldorf, Beschluss nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB vom 17. Januar 2011, VII-Verg 3/11, bestätigt durch Hauptsachebeschluss vom 11. Mai 2011). Der Missbrauch liegt hier darin, dass die pharmazeutischen Unternehmen de facto gezwungen werden, einen von der Ag vorgegebenen Rabattsatz zu akzeptieren, wenn sie eine Substitution zu Lasten ihrer Produkte in der Apotheke vermeiden wollen. So das von der Ag angestrebte Ziel erreicht würde, nämlich ein Abschluss mit weitgehend allen pharmazeutischen Unternehmen, die an Versicherte der Ag zu deren Lasten Arzneimittel abgeben, so würde diesem Rabatt kein mengenmäßiger Umsatzzuwachs gegenüberstehen. Das Unternehmen wird also gezwungen, einen Rabatt einzuräumen, dessen Höhe es nicht selbst kalkulieren und anbieten kann, was aber angesichts der Tatsache umso nötiger wäre, als diesem Abschlag –die von der Ag angestrebte Zielerreichung unterstellt- kein quantitatives Plus bei den abgesetzten Mengen gegenübersteht. Ein faktischer Zwang, sich auf dieses Modell einzulassen, ergibt sich daraus, dass die Produkte eines Unternehmens, das sich gegen die Teilnahme

entscheidet, in der Apotheke bei Abgabe von Arzneimitteln an die Versicherten der Ag - abgesehen von Ausnahmefällen- nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V substituiert wird. Erschwerend kommt noch hinzu, dass das Unternehmen keine isolierte Entscheidung in Bezug auf einzelne Wirkstoffe treffen und nicht wirkstoffbezogen entscheiden kann, ob der von der Ag wirkstoffbezogen vorgegebene Rabattsatz aus seiner Sicht vertretbar ist, sondern durch die Vorgaben des Rabattvertrags gezwungen wird, das gesamte Portfolio anzubieten, also den Rabattsatz für alle Wirkstoffe als Gesamtpaket akzeptieren muss oder gar nicht am Rabattvertrag teilhaben kann. Vor diesem Hintergrund ist es missbräuchlich, die Unternehmen zur Akzeptanz eines diktierten Rabatts zu veranlassen.

Darüber hinaus wird den Unternehmen nicht nur die Kalkulationsfreiheit, sondern weitergehend sogar jede Kalkulationsmöglichkeit genommen, indem hier die Ag das Angebot vorgibt, das –vorbehaltlich des Nicht-Widerrufs durch die Ag nach § 2 a Abs. 2 des Rabattvertrags- durch die Interessenten am Auftrag angenommen werden muss. „Bieter“ im reinen Wortsinn gibt es bei der vorliegenden Ausgestaltung nicht. Auch wenn ein öffentlicher Auftraggeber die Konditionen für den Auftrag vorgeben kann, so muss es doch ureigenste Aufgabe des Bieters bleiben, den Preis anzubieten. Ebenso muss es eine freie unternehmerische Entscheidung bleiben, für welche Wirkstoffe des eigenen Portfolios ein Rabattvertrag abgeschlossen werden soll. Die von der Ag etablierte Vorgabe des „Alles oder Nichts“, wonach grundsätzlich alle Arzneimittelpackungen der streitgegenständlichen Wirkstoffe Gegenstand des Rabattvertrags zu sein haben (§ 2 Abs. 3 des Rabattvertrags), ist ebenfalls missbräuchlich.

Dies gilt auch, soweit die Ag in § 2a Abs. 5 Rabattvertrag sowie in der Teilnahmeerklärung konzernverbundene Unternehmen zur gemeinsamen Angebotsabgabe zwingt. Die Ag meint zwar, dass es sich bei der Regelung nur um eine Sollvorschrift handle. Diese Annahme findet indes in den vertraglichen Regelungen keine Stütze. Denn aus § 2a Abs. 5 Rabattvertrag geht hervor, dass ein Vertrag „grundsätzlich nur“ zustande kommt, wenn er durch alle verbundenen Unternehmen, die in Deutschland Arzneimittel vertreiben, abgeschlossen wird. Das Wort „nur“ impliziert, dass es sich um eine zwingende Vorgabe handelt, zumal dem Vertrag nicht zu entnehmen ist, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen hiervon Ausnahmen zulässig sein können. Gleiches gilt für die Teilnahmeerklärung. Diese fordert den Unternehmer dazu auf, ausdrücklich u.a. zu bestätigen, dass an dem

Vertrag „...dem Grunde nach alle mit dem Unternehmen verbundenen Unternehmen teilnehmen müssen...“ (Anm.: Hervorhebung nicht im Original).

Die Vorgabe, dass alle Konzernunternehmen Vertragspartner werden „müssen“, stellt einen von der Vergabestelle angeordneten Verstoß gegen den Geheimwettbewerb (§ 97 Abs. 1 GWB) dar. Den konzernangehörigen Unternehmen wird hierdurch von vornherein die Möglichkeit genommen, sich als formaljuristisch selbständige Unternehmen eigenständig zu entscheiden, ob sie sich an diesem Vertrag beteiligen wollen. durch die Abgabe eigener Angebote am Wettbewerb zu beteiligen. Die Unternehmen werden gezwungen, sich im Konzern abzustimmen und gleichförmig zu verhalten. Außerdem spiegelt sich auch in dieser Vorgabe das „Alles oder nichts“-Prinzip wider.

- bb. Die Vergabekammer ist bei Anordnung der Rechtsfolge bei einem vergaberechtswidrigen Verhalten des Auftraggebers zwar nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, § 114 Abs. 1 S. 1 GWB, gehalten, die das Vergabeverfahren am wenigsten belastende Maßnahme anzuordnen. Dennoch scheidet eine partielle Aufrechterhaltung der Vorgaben in der vorliegenden Form im Fall einer Wiederholung der Ausschreibung dahin aus, dass zwar entsprechend den Ausführungen sub aa. die von der Ag vorgegebene Rabatthöhe gestrichen wird, es aber beim Unterlassen einer Auswahlentscheidung bleibt. In diesem Fall würde die Ag mit allen Unternehmen einen Vertrag abschließen, die am Verfahren teilnehmen und einen wie auch immer gearteten Rabatt anbieten; mangels Auswahlentscheidung und mangels Zuschlagskriterien wäre auch das Angebot eines marginalen Rabatts ausreichend, um einen Vertrag zu erhalten und die Substitution in der Apotheke zu vermeiden. Naturgemäß wäre dann nur das Angebot einer äußerst geringen Rabatthöhe zu erwarten, insbesondere angesichts der bereits geschilderten Situation, dass wegen der Vielzahl der Rabattvertragspartner kein bzw. nur ein sehr geringer Mengenzuwachs bezüglich der eigenen Produkte zu erwarten wäre.

Diese Überlegungen zeigen, dass nur eine Vergabe im Wettbewerb, wie sie in § 97 Abs. 1 GWB gefordert wird, Sinn macht und letztendlich vergaberechtskonform ist. Auch entspricht nur die Vergabe im Wettbewerb der Intention des Gesetzgebers, wonach Rabattverträge nach § 130 a Abs. 8 SGB V ein Instrument zur Einsparung im System der gesetzlichen Krankenkassen sind. Die von der Ag angestellten Überlegungen, die Versorgung ihrer Versicherten an erste Stelle zu setzen und die

Substitution der verordneten Arzneimittel möglichst zu vermeiden, ist legitim. Zu erreichen ist dieses Ziel aber über den Weg, von einem Abschluss von Rabattverträgen gänzlich abzusehen; es ist den gesetzlichen Krankenkassen freigestellt, ob sie von diesem Instrument Gebrauch machen wollen. Wenn sie dies aber tun, so hat dies entsprechend den vergaberechtlichen Vorgaben im Wettbewerb zu geschehen. Eine weitere Möglichkeit, ihren Zielen jedenfalls näher zu kommen, besteht darin, eine größere Anzahl von Rabattvertragspartnern für den einzelnen Wirkstoff vorzusehen, so dass die Substitution jedenfalls minimiert wird.

### III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 1 S. 3 Verwaltungsverfahrensgesetz.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war aufgrund der Schwierigkeit und Komplexität der aufgeworfenen Rechtsfragen notwendig (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

Die Bg zu 1) bis 40) sind nicht als mit der Ag unterliegende Parteien anzusehen und damit nicht an den Kosten des Verfahrens oder den Aufwendungen der ASt zu beteiligen. Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag in keinen spezifischen Interessengegensatz zu den Bg gestellt, sondern ausschließlich die Grundlagen der Ausschreibung angegriffen. Abgesehen von der Bg zu 37) haben die Bg auch weder Anträge gestellt noch das Verfahren sonst gefördert. Es ist daher kein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet worden, so dass eine Beteiligung der Bg an den Kosten bzw. am Aufwendungsersatz ausscheidet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 13. August 2003, VII-Verg 1/02 und vom 17. Mai 2004, VII-Verg 12/03 m.w.N.).

### 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