



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 113/14

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 1) -

[...],

- Beigeladene zu 2) -

[...],

- Beigeladene zu 3) -

[...],

- Beigeladene zu 4) -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

[...],

- Beigeladene zu 5) -

wegen der Vergabe „Abschluss einer nicht-exklusiven Rabattvereinbarung nach § 130a Abs. 8 SGB V zum Wirkstoff [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Gadenne auf die mündliche Verhandlung vom 9. Januar 2015 am 21. Januar 2015 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Nachprüfungsverfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) machte am [...] die beabsichtigte Vergabe „Abschluss einer nicht-exklusiven Rabattvereinbarung nach § 130a Abs. 8 SGB V zum Wirkstoff [...] im Rahmen eines offenen Verfahrens im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] gemeinschaftsweit bekannt. Wie sich aus der Bekanntmachung ergibt (ebenda, Ziff. II.1.5) beabsichtigt die Ag mit möglichst allen interessierten pharmazeutischen Unternehmen Rabattverträge abzuschließen. Während der Vertragslaufzeit wird jedem pharmazeutischen Unternehmen zu jeder Zeit und zu gleichen Bedingungen der Abschluss eines Rabattvertrags ermöglicht. Die Ag geht davon aus, dass dieses Verfahren auf Grund einer fehlenden Auswahlentscheidung und einer diskriminierungsfreien Beitrittsmöglichkeit aller pharmazeutischen Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich des

vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) fällt. Außerdem seien die vom OLG Düsseldorf in den Entscheidungen vom 11. Januar 2012 (VII-Verg 57/11) und vom 13. August 2014 (VII-Verg 13/14) aufgestellten Anforderungen beachtet worden. Im Einzelnen heißt es in der Bekanntmachung:

„II.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens

§ 130a Absatz 8 SGB V ermöglicht den Krankenkassen und pharmazeutischen Unternehmen, Rahmenrabattverträge über die zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abzugebenden Arzneimittel zu schließen. In Hinblick auf die dafür einschlägigen gesetzlichen Vorschriften zur Vergabe öffentlicher Aufträge, findet ein regelmäßiger Prozess wirkstoffbezogener, förmlicher Vergabeverfahren nach den Regularien des 4. Teils des GWB durch die [...] statt. Für vom Bieter näher in der Anlage 2 zum Vertrag zu benennende Arzneimittel zu dem o.g. Wirkstoff [...] beabsichtigt die [...] allerdings, bis zum In-Kraft-treten neuer Arzneimittelrabattverträge mit möglichst allen, zumindest allen interessierten pharmazeutischen Unternehmen Arzneimittelrabattverträge abzuschließen. Dabei geht die [...] davon aus, dass dieses Verfahren auf Grund einer fehlenden Auswahlentscheidung und mithin der diskriminierungsfreien Zugangsmöglichkeit aller pharmazeutischen Unternehmen nicht in den Anwendungsbereich des „Kartellvergaberechts“ fällt. Ein Rabattvertrag im Rahmen des Zulassungsmodells tritt erstmals am 01.12.2014 in Kraft und endet spätestens am 30.11.2016. Er endet unabhängig davon automatisch mit Inkrafttreten des Exklusivvertrages zu o.g. Wirkstoff in Folge eines förmlichen Vergabeverfahrens nach den Regularien des 4. Teils des GWB mit einem oder mehreren Vertragspartnern. Um der Vielfalt der potentiellen Vertragspartner im Rahmen des Zulassungsmodells gerecht zu werden, wird jedem pharmazeutischen Unternehmen während der Vertragslaufzeit der Abschluss eines Rahmenvertrags zu jeder Zeit und zu den gleichen Bedingungen ermöglicht. Die hierzu erforderlichen Vertragsunterlagen können über folgende E-Mail Adresse abgefordert werden: [...].

Voraussetzungen für den Abschluss, bzw. den späteren Beitritt zu den erstmals am 01.12.2014 in Kraft tretenden Verträgen ist die vollständige Übersendung folgender Nachweise/Erklärungen/Anlagen (erhältlich auf Anforderung bei vorstehender Kontaktstelle: [...]) an die nachstehend aufgeführte Kontaktperson bei der [...]:

- 1. Angebotsschreiben,*
- 2. Aktueller Nachweis der Eintragung in das Berufs- oder Handelsregister (nicht älter als 6 Monate bei Versendung) nach Maßgabe der Rechtsvorschriften des Landes, in dem das Unternehmen ansässig ist, z. B. aktueller Handelsregisterauszug; Kopie ist ausreichend,*
- 3. Eigenerklärung des Unternehmens, dass keine der Ausschlusskriterien, mit Firmenstempel zu versehen und im Original mit dem Angebot einzureichen,*
- 4. Eigenerklärung darüber, dass für diejenigen Arzneimittel, für die der Interessent einen Vertrag im Rahmen dieses Verfahrens abschließen möchte, eine arzneimittelrechtliche Zulassung besteht und dass der Bieter zum Vertrieb berechtigt ist. Dazu ist die Anlage A2 der Bewerbungsbedingungen zu unterschreiben, mit Firmenstempel zu versehen und im Original mit dem Angebot einzureichen,*
- 5. Anerkennung der vertraglichen Maßgaben [...], insbesondere auch der vorgegebenen Rabatte durch Unterzeichnung des mit einem Firmenstempel versehenen Vertrages (3-fach im Original) durch den Interessenten an der vorgesehenen Stelle,*
- 6. Die ausgefüllten Anlagen 1 und 2 zum Vertrag (je 3-fach im Original). Der Interessent hat hier die Arzneimittel zu dem o.g. Wirkstoff einzutragen, welche Vertragsgegenstand werden sollen.*

Die Unterlagen sind auf postalischem Weg einzureichen bei:

[...]

*Weiterhin ist die Anlage 2 als Exceldatei zeitgleich an die E-Mail-Adresse [...] zu schicken.“
Verträge im Rahmen dieses Modells und zu o.g. Wirkstoff werden erstmalig mit Wirkung zum 01.12.2014 abgeschlossen. Interessenten, die zu diesem Termin Vertragspartner werden wollen, haben die o.g. einzureichenden Unterlagen bis zum 5. des Vormonats bei o.g. Stelle einzureichen. Es kommt auf den Zugang bei der [...] an. Spätere Beitritte sind jederzeit möglich. Um während der Laufzeit des Vertrages zum ersten des Folgemonats beitreten zu können, müssen die oben bezeichneten Unterlagen [...] bis zum 5. des Vormonats vorliegen. Auch hier kommt es auf den Zugang bei [...] an.*

Hinweis: Die Veröffentlichung erfolgt hier unter Verwendung des Formulars für offene Verfahren. Wie bereits deutlich gemacht, handelt es sich hier um solches nicht – die Bekanntmachung musste aus technischen Gründen verwendet werden, da es kein für Zulassungsverfahren passendes Formular gibt.“

Der Wirkstoff [...] ist für die Indikationen [...] zugelassen. Für die beiden letztgenannten Indikationen endete der Patentschutz im November 2014.

Die Antragstellerin (ASt) ist ein pharmazeutisches Unternehmen. Sie vertreibt das Präparat [...] enthält und u.a. zur Behandlung von [...] eingesetzt wird. Der arzneimittelrechtliche Unterlagenschutz für [...] endete Mitte des Jahres 2014.

Der von der Ag vorgegebene Rabattvertrag sieht u.a. vor:

„§ 3 – Rabatt

- (1) Der Auftragnehmer gewährt der [...] Rabatte nach Absatz 2 auf alle in Anlage 2 genannten Arzneimittel.*
- (2) Die Höhe des Rabatts errechnet sich gemäß Anlage 1. Die Rabatte sind zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer zu berechnen.*
- (3) Der Auftragnehmer gewährt die Rabatte bezogen auf die einzelnen PZN ab dem in Anlage 2 jeweils aufgeführten Datum bis zur Entfernung der PZN aus der Anlage 2.*
- (4) Der Rabattfall tritt ein, wenn ein vertragsgegenständliches Arzneimittel zu Lasten der [...] verordnet wurde. Als verordnet gelten die Arzneimittel, die von Apotheken unter Angabe der PZN abgerechnet wurden.*
- (5) Für den Fall, dass der Apothekenverkaufspreis (AVP), abzüglich des zu erstattenden Rabattes, höher ist als der drittgünstigste AVP der austauschfähigen Arzneimittel (vgl. Rahmenvertrag gemäß § 129 Absatz 2 SGB V in der jeweils gültigen Fassung, z. Zt. § 4), verpflichtet sich der Auftragnehmer zusätzlich die quartalsweise errechnete Differenz zwischen dem aktuellen AVP der einzelnen PZN des Vertragsarzneimittels und dem AVP des Drittgünstigsten, gemäß den nach dem jeweils gültigen Rahmenvertrag gemäß § 129 Abs. 2 SGB V festgelegten Regeln zur Substitution, austauschbaren Arzneimitteln zu zahlen. Der maßgebliche Preis berechnet sich jeweils aus dem AVP abzüglich der gesetzlichen Rabatte nach § 130a SGB V. Für die Berechnung wird jeweils vom AVP des letzten Tages des Abrechnungsquartals ausgegangen.“*

In der Anlage 1 wird zur Rabattberechnung Folgendes ausgeführt:

„Die [...] erhält vom Auftragnehmer einen Basisrabatt in Höhe von 21 % des am Abgabetag gültigen ApU des abgegebenen Arzneimittels der Anlage 2. Der Rabatt wird zuzüglich der gesetzlichen Mehrwertsteuer erstattet.

Für die Ermittlung des Rabatts gilt:

Packungen: Anzahl im Abrechnungszeitraum abgerechneter Packungen

APU: Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers zum Zeitpunkt der Abgabe eines Arzneimittels

R: Rabatt in %

Rabatt = Packungen x APU x R + gesetzliche MwSt.“

Die ASt forderte am [...] die Unterlagen bei der Ag an; sie wurden der ASt noch am Abend desselben Tages übermittelt.

Die Beigeladenen zu 1) bis 5) (Bg) forderten ebenfalls die Unterlagen an und schickten jeweils den Arzneimittelrahmenrabattvertrag unterschrieben an die Ag zurück. Die Ag unterzeichnete daraufhin ihrerseits die Verträge mit den Bg und schickte jeweils ein unterzeichnetes Exemplar an die Bg per Post zurück. Die Verträge mit den Bg zu 1) und 2) wurden jeweils am 24. November 2014 von der Ag gegengezeichnet (vgl. die Vertragskopien in der Vergabeakte, dort Seiten 100 und 123), mit der Bg zu 3) am 1. Dezember 2014 (Seite 147 der Vergabeakte) und mit den Bg zu 4) und 5) jeweils am 9. Dezember 2014 (Seiten 164 und 180 der Vergabeakte). Die ersten Rücksendungen seitens der Ag erfolgten mit Begleitschreiben vom 26. November 2014 an die Bg zu 1) sowie die Bg zu 2) vorab per Telefax am 27. November 2014 und per Post; in der bei der Vergabeakte befindlichen „ÜbersichtVertragsabschlüsse, Prüfung Unterlagen“ (Blatt 84 der Vergabeakte) wird in Bezug auf das „Rücksendedatum“ der 28. November 2014 vermerkt. Die nächsten Verträge mit der Bg zu 3) wurden nach demselben Muster mit Schreiben vom 2. Dezember 2014 an die Bg zu 3) sowie mit Schreiben vom 11. Dezember 2014 an die Bg zu 4) und an die Bg zu 5) zurückgeschickt; als Rücksendedatum ist in der „ÜbersichtVertragsabschlüsse, Prüfung Unterlagen“ der 2. Dezember 2014 (Bg zu 3)) und der 11. Dezember 2014 (Bg zu 4) und Bg zu 5)) angeführt.

Mit anwaltlichem Schreiben vom 24. November 2014 rügte die Antragstellerin (ASt) das von der Ag angewandte Verfahren („Open-house-Modell“) als vergaberechtswidrig. Außerdem machte sie

geltend, die rabattbezogenen Vorgaben machten es ihr unmöglich, einen angemessenen Preis anzubieten; der von der Ag geforderte Basisrabatt von 21 % zuzüglich des sog. Preissicherungsrabatts gemäß § 3 Abs. 5 des Rabattvertragsentwurfs führten nach der bisherigen Angebotskalkulation der ASt teilweise sogar zu einem Abrutschen in die Verlustzone und damit zu negativen Verkaufserlösen.

Die Ag lehnte es mit Antwortschreiben vom 28. November 2014 ab, der Rüge zu entsprechen.

2. Mit einem per Fax am 11. Dezember 2014 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Diesen Antrag übermittelte die Vergabekammer der Ag noch am selben Tag.

a) Die ASt meint, antragsbefugt zu sein. Ihr Interesse am Auftrag habe sie durch die Anforderung der Vergabeunterlagen, die Rügeerhebung sowie die Stellung des Nachprüfungsantrags dokumentiert. Der Antragsbefugnis stehe nicht entgegen, dass sie kein Angebot abgegeben habe. Da sie die Vergaberechtswidrigkeit des Open-house-Modells geltend mache, sei ihr die Angebotsabgabe nicht zumutbar.

Mit ihrem Vorbringen sei die ASt auch nicht nach § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB präkludiert. Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des Open-house-Modells sowie des vorgesehenen Rabattmodells habe die ASt erst nach der Einholung von Rechtsrat, d.h. am 20. November 2014, erlangt. Das anwaltliche Rügeschreiben vom 24. November 2014 sei daher unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB; dabei könne offen bleiben, ob das Erfordernis der „unverzüglichen“ Rügeerhebung ohnehin wegen Unvereinbarkeit mit höherrangigem Gemeinschaftsrecht unangewendet bleiben müsse. Im Übrigen sei es der Ag verwehrt, sich auf § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB zu berufen. Denn nach der von ihr selbst in der Bekanntmachung vertretenen Auffassung (Ziff. II.1.5) sei der vierte Teil des GWB, und damit auch § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB, nicht anwendbar.

Die Durchführung des Zulassungsverfahrens stelle eine Umgehung des vierten Teils des GWB dar. Die Ag handele damit der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Vorlagebeschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/13), aber auch derjenigen der Vergabekammern des Bundes (Beschluss vom 20. Februar 2014, VK 1 – 4/14, sowie Beschluss vom 14. Juni 2011, VK 3 – 62/11) zuwider.

Das OLG Düsseldorf habe in seinem Vorlagebeschluss die Auffassung vertreten, dass bloße Zulassungen möglicherweise nicht dem Kartellvergaberecht unterlägen, sofern jedenfalls bestimmte Voraussetzungen erfüllt seien. Zu diesen Voraussetzungen gehöre ein jederzeitiges Beitrittsrecht eines jeden interessierten pharmazeutischen Unternehmens. Obwohl die Ag in der Bekanntmachung und in der Präambel des Rabattvertrages formal dieser Forderung genügt habe, führten die Vorgaben in § 3 Rabattvertrag i.V.m. der Anlage 1 dazu, dass die ASt faktisch daran gehindert werde, ein Angebot abzugeben. Denn der Basisrabatt von 21 % (Anlage 1) in Verbindung mit dem Preissicherungsrabatt nach § 3 Abs. 5 Rabattvertrag führten dazu, dass ein entsprechendes Angebot der ASt nicht auskömmlich wäre. Die von der ASt zu gewährenden Rabatte würden in Bezug auf bestimmte Dosiereinheiten bzw. Packungsgrößen im Ergebnis sogar ihren ApU übersteigen. Ein solches Rabattkonzept sei nicht nur mit § 19 EG Abs. 6 VOL/A, sondern auch mit dem Wettbewerbs-, Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz unvereinbar. Tatsächlich sei der ASt damit ein Beitritt unmöglich, so dass sie diskriminiert werde.

Nach erfolgter Akteneinsicht macht die ASt ergänzend die Unwirksamkeit der an die Bg zu 4) und 5) erteilten Zuschläge geltend. Nach Lage der Akten sei davon auszugehen, dass die Zuschlagsschreiben der Ag am 11. Dezember 2014 per Post versandt worden seien, und damit am selben Tag, an dem die Vergabekammer der Ag den Nachprüfungsantrag übermittelt hat. Die Zuschlagserteilung sei eine empfangsbedürftige Willenserklärung. Als solche werde sie erst wirksam mit Zugang beim Erklärungsempfänger. Bei den beiden am 11. Dezember 2014 per Post versandten Schreiben könne davon ausgegangen werden, dass diese den Bg zu 4) und 5) frühestens am darauffolgenden Tag, d.h. dem 12. Dezember 2014, zugegangen seien. Zu diesem Zeitpunkt sei jedoch das Zuschlagsverbot (§ 115 Abs. 1 GWB) wirksam gewesen. Der Verstoß gegen das Zuschlagsverbot führe automatisch zur Nichtigkeit der durch den Zuschlag geschlossenen Verträge.

Die ASt beantragt zuletzt,

1. die Vergabestelle anzuweisen, das Vergabeverfahren aufzuheben,
hilfsweise, anzuordnen, dass die Vergabestelle keinen weiteren Rabattvertrag im Rahmen des Vergabeverfahrens abschließen darf,
2. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten für die ASt notwendig gewesen ist,

3. Akteneinsicht zu gewähren,
4. festzustellen, dass die zwischen der Ag und den Bg zu 4) und 5) im Wege des „Open-house-Modells“/„Zulassungsverfahrens“ geschlossenen Rabattvereinbarungen gem. § 130 a Abs. 8 SGB V für den Wirkstoff [...] nichtig sind,
5. der Ag aufzugeben, unverzüglich, spätestens jedoch einen Kalendertag ab Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer an die Ag
 - den Ärzten und Apothekern, welche die Ag über die zwischen ihr und den Bg zu 4) und 5) geschlossene Rabattvereinbarung gem. § 130 a Abs. 8 SGB V über den Wirkstoff [...] informiert hat, schriftlich (vorab per Telefax oder E-Mail) mitzuteilen, dass diese Rabattvereinbarung Gegenstand eines laufenden Vergabenachprüfungsverfahrens und somit bis zum Abschluss dieses Verfahrens nicht zu berücksichtigen ist, sowie
 - der IFA-GmbH – Informationsstelle für Arzneispezialitäten – mitzuteilen, dass die zwischen der Ag und den Bg zu 4) und 5) geschlossene Rabattvereinbarung gem. § 130a Abs. 8 SGB V über den Wirkstoff [...] Gegenstand eines laufenden Vergabenachprüfungsverfahrens und daher für die Dauer dieses Verfahrens nicht zu berücksichtigen ist,
6. der Bg zu 4) aufzugeben, unverzüglich, spätestens jedoch einen Kalendertag ab Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer an die Bg zu 4)
 - den Vollzug der zwischen der Ag und der Bg zu 4) geschlossenen Rabattvereinbarung über den Wirkstoff [...], insbesondere die Rabattierung des Wirkstoffs und sämtliche umsatzfördernde Maßnahmen nach Maßgabe dieser Rabattvereinbarung unverzüglich zu unterlassen,
 - Informationen der Ärzte und Apotheker über die zwischen der Ag und der Bg zu 4) geschlossene Rabattvereinbarung über den Wirkstoff [...] bis zum Abschluss des Vergabenachprüfungsverfahrens zu unterlassen,
7. der Bg zu 5) aufzugeben, unverzüglich, spätestens jedoch einen Kalendertag ab Zustellung des Beschlusses der Vergabekammer an die Bg zu 5)

- den Vollzug der zwischen der Ag und der Bg zu 5) geschlossenen Rabattvereinbarung über den Wirkstoff [...], insbesondere die Rabattierung des Wirkstoffs und sämtliche umsatzfördernde Maßnahmen nach Maßgabe dieser Rabattvereinbarung unverzüglich zu unterlassen,
 - Informationen der Ärzte und Apotheker über die zwischen der Ag und der Bg zu 5) geschlossene Rabattvereinbarung über den Wirkstoff [...] bis zum Abschluss des Vergabenaachprüfungsverfahrens zu unterlassen,
8. der ASt im Wege der Akteneinsicht nach § 111 Abs. 1 GWB die Daten des Zugangs der Anträge auf Teilnahme am Zulassungsverfahren der Bg zu 1) bis 5), vgl. Ziffern 1. bis 5. des insoweit geschwärzten Vergabevermerks der Ag vom 11. Dezember 2014, offenzulegen,
 9. die mit den Bg zu 1) bis 5) geschlossenen Verträge nach § 101 b GWB für unwirksam zu erklären.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag insgesamt zurückzuweisen,
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären,
3. der ASt insgesamt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag ist der Auffassung, der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags stehe § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GWB entgegen. Die ASt habe bereits an drei Open-house-Verfahren der Ag mit weitgehend inhaltsgleichen Vorgaben in den Vergabeunterlagen teilgenommen (Wirkstoffe [...]). Eine von der ASt im Parallelverfahren zum Wirkstoff [...] zur Auslegung des Rabattvertrags gestellte Bieterfrage habe die Ag bereits am 31. Oktober 2014 beantwortet. Daher könne davon ausgegangen werden, dass die ASt Kenntnis der vergaberechtlichen Problematik des Open-house-Modells im Allgemeinen und des vorgegebenen Rabattmodells im Besonderen gehabt habe. Die Rügeerhebung sei jedoch erst drei Wochen später, mit Schreiben vom 24. November 2014, erfolgt. Damit sei die Rüge nicht mehr unverzüglich erhoben worden.

Hinzu komme, dass die ASt sich ein widersprüchliches Verhalten vorhalten lassen müsse. Denn die ASt habe der Ag in einem Schreiben vom 30. Oktober 2014 vorgeschlagen, möglichst noch vor dem 1. Dezember 2014 ein Gespräch darüber zu führen, „...wie der Patentschutz für [...]

beachtet werden kann...“. Für die Ag sei ein solches Gespräch jedoch aus Gründen der Gleichbehandlung aller interessierten Pharmaunternehmen nicht in Betracht gekommen. Daher habe sie die Durchführung eines solchen Gesprächs abgelehnt.

Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Das Open-house-Modell sei vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die Frage, ob das Vorliegen einer Auswahlentscheidung Merkmal eines öffentlichen Auftrags ist, hänge letztlich davon ab, wie der EuGH zu dem Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf (VII-Verg 13/14), der einen weitgehend identischen Sachverhalt betreffe, entscheiden werde. Die Ag regt an, ggf. die Entscheidung des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens auszusetzen, sollte es auf diese Frage entscheidungserheblich ankommen.

Entgegen der Auffassung der ASt werde diese durch die Rabattgestaltung nicht diskriminiert. Die Ag habe den Rabattsatz und alle sonstigen Bestimmungen in dem Rabattvertrag autonom vorgegeben. Die Rabattsätze seien für alle interessierten Pharmaunternehmen identisch. Daher habe die Ag den Vorgaben des OLG Düsseldorf vollumfänglich entsprochen. Wenn die ASt ihren ApU so wähle, dass eine Angebotsabgabe aufgrund der Unauskömmlichkeit ausscheide, sei dies ausschließlich der eigenen unternehmerischen Entscheidung zuzuschreiben.

Die zwischen der Ag und den Bg zu 4) und 5) geschlossenen Verträge seien wirksam, da die von den Bg zu 4) und zu 5) unterzeichneten Verträge bereits am 9. Dezember 2014 von der Ag unterzeichnet worden seien.

- c) Die mit Beschluss vom 23. Dezember 2014 zum Verfahren hinzugezogenen Bg zu 1 bis 5) haben sich schriftsätzlich nicht zum Nachprüfungsantrag geäußert. Die Bg zu 4) und zu 5) haben lediglich angekündigt, in der mündlichen Verhandlung zur Wirksamkeit der zwischen ihnen und der Ag geschlossenen Verträge Stellung zu nehmen.

In einem an alle Verfahrensbeteiligten gerichteten Schreiben vom 5. Januar 2015 wies die Vergabekammer zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung darauf hin, dass nach vorläufiger, in der Verhandlung zu diskutierender Einschätzung der Vergabekammer der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags bereits die vor der Übermittlung des Nachprüfungsantrags erteilten Zuschläge an die Bg entgegenstünden, da die Ag mit der Bekanntmachung ein ganz bestimmtes Modell ausgeschrieben habe, welches als solches nicht teilbar sei. Bereits der erste wirksame Zuschlag stünde damit der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens entgegen, § 114 Abs. 2 S. 1 GWB. Durch Verfügung der Vorsitzenden

vom 13. Januar 2015 ist die Entscheidungsfrist bis zum 23. Januar 2015 verlängert worden (§ 113 Abs. 1 Satz 2 GWB).

Der ASt ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Rahmen (§ 111 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung vom 9. Januar 2015 hatten die Beteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer, das Hinweisschreiben der Vergabekammer vom 5. Januar 2015 sowie auf die Vergabeakte wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Das Nachprüfungsverfahren ist nicht statthaft, da die wirksame Zuschlagserteilung an die Bg zu 1) bis 5) entgegensteht. Diese Zuschläge können nach § 114 Abs. 2 S. 1 GWB seitens der Vergabekammer nicht aufgehoben werden. Unabhängig davon und ohne dass es noch entscheidungserheblich darauf ankäme, kann aber auch dem Anliegen der ASt in der Sache, dass nämlich die Vorgaben der Ag zur Rabattgestaltung diskriminierend zu Lasten der ASt seien, nicht gefolgt werden.

1. Das Nachprüfungsverfahren ist ein Instrument des Primärrechtsschutzes. Dies macht § 114 Abs. 2 S. 1 GWB deutlich, wonach ein bereits vor Einreichung eines Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer erteilter, wirksamer Zuschlag nicht aufgehoben werden kann, auch wenn er in einem mit Fehlern behafteten Vergabeverfahren erteilt wurde. Einem nach wirksamer Zuschlagserteilung eingereichten Nachprüfungsantrag fehlt es mithin an der Statthaftigkeit (vgl. Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00).
 - a) So liegen die zeitlichen Abläufe hier. Die ersten beiden Zuschläge wurden am selben Tag erteilt, und zwar mit Unterzeichnung der Verträge mit den Bg zu 1) und zu 2) durch die Ag am 24. November 2014. Ausführungen zum exakten Zeitpunkt des Vertragsschlusses erübrigen sich an dieser Stelle, da die Absendung der Originale hier am 28. November 2014 erfolgte und der Vertrag mit diesen beiden Bg damit auch aus Sicht der ASt unstreitig bereits vor Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer, der am 11. Dezember 2014 eingereicht wurde, gegeben war. Ebenso unstreitig ist der vor Eingang des Nachprüfungsantrags liegende Abschluss mit der Bg zu 3), an die das von der Ag am 1. Dezember 2014 unterzeichnete Original am 2. Dezember 2014 abgesandt wurde.

b) Entscheidungserheblich für die einer Überprüfbarkeit entgegenstehenden Zuschläge sind allein die zeitgleich ersten Zuschläge, hier diejenigen an die Bg zu 1) und zu 2), und deren Wirksamkeit. Die Wirksamkeit ist gegeben.

(1) Wie sich aus den unter a) dargestellten zeitlichen Abläufen bereits ergibt und unstreitig ist, sind die ersten beiden Zuschläge nicht nach § 115 Abs. 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig, da das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB erst mit Übermittlung des Nachprüfungsantrags an die Ag am 11. Dezember 2014 ausgelöst wurde. Die Zuschläge erfolgten zeitlich früher und liegen noch vor Eingang des Antrags der ASt bei der Vergabekammer.

Zur Klarstellung ist anzufügen, dass selbiges auch für die Zuschläge auf die Angebote der Bg zu 4) und zu 5) gilt, die ebenso wenig nach § 115 Abs. 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig sind. Bei der Annahmeerklärung durch die Ag handelt es sich zwar um eine empfangsbedürftige Willenserklärung, § 130 BGB, die dem Schriftformerfordernis des § 56 SGB X unterliegt. Grundsätzlich wird eine empfangsbedürftige Willenserklärung, die der Schriftform bedarf, erst dann wirksam, wenn die formgerecht errichtete Erklärung dem Erklärungsempfänger zugeht, was hier angesichts der Absendung am 11. Dezember 2014 per Post erst nach Einreichung des Nachprüfungsantrags durch die Vergabekammer der Fall war. Allerdings genügt die formlose Mitteilung, wenn der Empfänger auf den Zugang der formgerechten Erklärung verzichtet, wobei der Verzicht auch stillschweigend erfolgen kann (vgl. Palandt, BGB, 71. Auflage (2012), § 126, RdNr. 12 m.w.N.). So liegt der Fall hier. Die Bg zu 4) und zu 5) haben in der mündlichen Verhandlung ausdrücklich erklärt, dass sie auf den Zugang der schriftlichen Annahmeerklärung verzichtet hatten; ohnehin sei es in der Praxis häufig der Fall, dass die von der jeweils ausschreibenden gesetzlichen Krankenkasse gegengezeichneten Verträge überhaupt nicht zurückgeschickt würden. Mit der Meldung der Verträge an die Lauer-Taxe, die am 10. Dezember 2014 durch die Ag erfolgt sei, sei für die Bg zu 4) und zu 5) klar gewesen, dass die Annahme erfolgt war. Die Ag hat diese Abläufe, insbesondere die Meldung an die Lauer-Taxe am 10. Dezember 2014 - also einen Tag nach Vertragsunterzeichnung - in der mündlichen Verhandlung bestätigt. Damit ist ein Vertragsschluss vor dem 11. Dezember 2014 und mithin vor Eingang des Nachprüfungsantrags bei der Vergabekammer gegeben, § 115 Abs. 1 i.V.m. § 134 BGB greift nicht zu Lasten der Verträge mit den Bg zu 4) und zu 5) nicht.

- (2) Die ASt hat zwar in der mündlichen Verhandlung am 9. Januar 2015 zusätzlich zu ihren bereits schriftlich gestellten Anträgen zu Protokoll erklärt, die Unwirksamkeitsfeststellung der Verträge mit allen Bg nach § 101 b GWB zu beantragen. Dieser Antrag wurde auch innerhalb der Frist des § 101 b Abs. 2 GWB gestellt, da die ASt erst mit Beiladungsbeschluss vom 23. Dezember 2014 Kenntnis von den Zuschlägen an die Bg erhielt.

Es liegt aber kein Unwirksamkeitsgrund nach § 101 b GWB vor. Die Ag hat nämlich umfassend und europaweit im regulären Publikationsorgan für Oberschwellenaufträge, dem Supplement zum Amtsblatt der EU, Transparenz hergestellt und die Überprüfungsmöglichkeit des von ihr gewählten Modells eröffnet. § 101 b GWB mit den dort vorgesehenen Nichtigkeitsgründen greift nicht, da ein europaweites, allgemein zugängliches Verfahren (Zulassungsverfahren im Bekanntmachungsmuster des offenen Verfahrens) publiziert worden ist. Es wird mithin nicht, wie § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB dies voraussetzt, ein *„öffentlicher Auftrag unmittelbar an ein Unternehmen erteilt, ohne andere Unternehmen am Vergabeverfahren zu beteiligen“*. Mit einer De-facto-Vergabe bzw. der Durchführung eines Verhandlungs- statt eines eigentlich gebotenen offenen Verfahrens ist der vorliegende Sachverhalt nicht zu vergleichen; alle interessierten Unternehmen hatten und haben nach wie vor die Möglichkeit, aufgrund europaweiter Transparenz ebenfalls einen Vertrag mit der Ag zu erhalten. Ebenso bestand aufgrund der Bekanntmachung auch die Möglichkeit, Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen; die Vergabekammer des Bundes wird ausdrücklich als Nachprüfungsinstanz benannt. Die Tatsache allein, dass die Ag ausweislich der Darlegung in der Bekanntmachung von einem Verfahren sui generis ausgeht, für welches sie in Ermangelung eines passenden Bekanntmachungsmusters auf das Bekanntmachungsmuster für offene Verfahren zurückgegriffen hat, ist kein Umstand, der eine Gleichsetzung mit De-facto-Vergaben rechtfertigen könnte; die Tatbestandsmerkmale des § 101 b Abs. 1 lit. b) GWB knüpfen in keiner Weise hieran an, sondern stellen auf das unzulässige Unterlassen der Herstellung von Wettbewerb, insbesondere auf das Unterlassen einer Bekanntmachung insgesamt, ab. Dies ergibt sich aus einer richtlinienkonformen, an den Vorgaben der Richtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG, jeweils in der Fassung der Richtlinie 2007/66/EG, orientierten erweiternden Auslegung von § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB (so grundlegend OLG Düsseldorf, BEschlüsse vom 21. April 2010 – VII-Verg 55/09, vom 3. August 2011 – VII-Verg 33/11 und vom 11. Januar 2012 – VII-Verg 67/11). Das Gegenteil hat die Ag

mit der Bekanntmachung hier gemacht - sie hat eine umfassende Beteiligungsmöglichkeit eröffnet.

- (3) Der Vollständigkeit halber sei lediglich erwähnt, dass andere, allgemeine zivilrechtliche Nichtigkeitsgründe nicht greifen, insbesondere nicht die Bestimmungen der §§ 134, 138 BGB, und dass auch keine andere, wie auch immer geartete Rückgängigmachung der erteilten Zuschläge - etwa im Wege einer Kündigung, wie sie nunmehr in der Richtlinie 2014/24/EU vom 26. Februar 2014, dort Art. 73 lit. c) vorgesehen ist - geboten ist. Anders als Art. 73 lit. c) RL 2014/24/EU voraussetzt, ist hier keineswegs eine „*schwere Verletzung der Verpflichtungen aus den Verträgen und dieser Richtlinie*“ zu konstatieren. Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass das „Open-house-Modell“ von der obergerichtlichen Rechtsprechung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, wie dessen Vorlage an den Europäischen Gerichtshof zeigt (EuGH, Verfahren C-410/14; OLG Düsseldorf, Vorlagebeschluss vom 13. August 2014 - VII-Verg 13/14), als eine jedenfalls durchaus denkbare Variante angesehen wird, wenn bestimmte, die Gleichbehandlung aller Interessenten und die Transparenz gewährleistende Vorgaben eingehalten werden. Diese Vorgaben sind vorliegend beachtet. In ihrer Stellungnahme vom 11. Dezember 2014 im Rahmen des Verfahrens vor dem Europäischen Gerichtshof hat sich die Bundesregierung der Sichtweise des Oberlandesgerichts Düsseldorf angeschlossen. Gestützt wird die Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf durch den 4. Erwägungsgrund der RL 2014/24/EU, wonach „*einfache Zulassungssysteme*“ unter ausdrücklicher, beispielhafter Nennung von Zulassungen für Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen, die keine Selektivität beinhalten, „*nicht als Auftragsvergabe verstanden werden*“. Wie auch immer der nunmehr zur Entscheidung berufene Europäische Gerichtshof diese Open-house-Modelle im Ergebnis beurteilen wird, so haftet diesen Modellen - die Beachtung der vom Oberlandesgericht aufgestellten Grundsätze unterstellt - kein Unwerturteil an, das einer schweren Verletzung europarechtlicher Prämissen i.S.v. Art. 73 lit. c) RL 2014/24/EU oder einem Verstoß gegen die guten Sitten, § 138 BGB, auch nur im Entferntesten vergleichbar wäre. Die erteilten Zuschläge sind wirksam.
- c) Auch wenn es aufgrund des Charakteristikums des Open-house-Modells weiterhin möglich und erwünscht bleibt, dass weitere Beitritte, in der Sache also weitere Zuschläge erteilt werden (laut Bekanntmachung, dort Ziffer II.1.1), können Beitritte bis zum 30. November 2016 erfolgen), stehen die beiden ersten, zeitgleichen Zuschläge der Überprüfbarkeit des

gesamten Zulassungsmodells durch die Nachprüfungsinstanzen nach § 114 Abs. 2 S. 1 GWB entgegen. Die Ag hat nämlich mit europaweiter Bekanntmachung vom [...] nicht nur den bloßen Abschluss von Rabattverträgen ausgeschrieben, sondern in Ziffer II.1.5) ausführlich dargelegt, dass die Rabattvereinbarungen in einem bestimmten Modell erfolgen sollen. Dieses Modell, das allgemein als „Open-house-Modell“ oder als „Zulassungsverfahren“ bezeichnet wird, zeichnet sich dadurch aus, dass jeder interessierte Marktteilnehmer beitreten kann, allerdings zu den von der Ag vorgegeben Rabattsätzen. Mit der Bekanntmachung hat die Ag deutlich gemacht, dass sie zwar einerseits von der Nichtanwendbarkeit des Kartellvergaberechts ausgeht, sie hat aber - so ist der Gesamtkontext der Bekanntmachung zu verstehen - diese Auffassung durchaus einer Überprüfung durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen zugänglich machen wollen und auch tatsächlich zugänglich gemacht, indem sie ausdrücklich die Vergabekammer des Bundes als für die Einlegung von Rechtsbehelfen zuständige Stelle benannt hat (Ziffer VI.4.1) der Bekanntmachung). Konsequenterweise konnte die ASSt auch einen Nachprüfungsantrag einreichen. Wird aber die Zulässigkeit des „Open-house-Modells“ wie vorliegend, wo die ASSt dieses für vergaberechtswidrig hält, insgesamt zur Disposition gestellt, so ist festzuhalten, dass dieses Modell sich bereits mit dem ersten Zuschlag in der Realisierungs- bzw. Umsetzungsphase befindet. Angriffe gegen das Modell als solches können im Nachprüfungswege aufgrund des entgegenstehenden Zuschlags nicht mehr geltend gemacht werden. Das Modell beruht gerade darauf, dass möglichst viele, wenn nicht sogar - wie von der Ag intendiert - alle Marktteilnehmer den Rabattverträgen beitreten. Würde man nur die ersten Zuschläge bzw. Beitritte als wirksam erachten, weitere Beitritte aber bei unterstellter Begründetheit des Nachprüfungsantrags aufgrund des Tenors der Entscheidung der Vergabekammer bzw. der zweiten Instanz für nicht mehr zulässig halten, so würde das Verbot eines weiteren Beitritts von Unternehmen dem Wettbewerbsgrundsatz sowie der Vorgabe in § 130 a Abs. 8 S. 7 SGB V widersprechen, wonach beim Abschluss von Rabattvereinbarungen der Vielfalt der Anbieter Rechnung zu tragen ist. Gerade diesem gesetzlichen Auftrag will die Ag aber ausweislich der Bekanntmachung entsprechen. Wollte man das Nachprüfungsverfahren noch nach dem ersten Zuschlag als statthaft ansehen, bei Begründetheit aber weitere Beitritte verbieten, so wäre das Ergebnis, dass statt des „Open-house-Modells“ tatsächlich ein exklusiver Rabattvertrag entstünde, nämlich mit den Unternehmen, die - wie hier - vor Eingang des Nachprüfungsantrags bzw. vor dessen Übermittlung nach § 115 Abs. 1 GWB bereits Zuschläge erhalten haben. Ein solches Ergebnis kann auch der ASSt rein wirtschaftlich keinen Erfolg bringen, was wiederum eine denkbare Rechtsverletzung, § 114 Abs. 1 S. 1

GWB, jedenfalls als nicht selbsterklärend erscheinen lässt. Bleibt es nämlich bei der Wirksamkeit der bereits vor Antragseinreichung erteilten Zuschläge, so sind die Produkte der Zuschlagsempfänger jedenfalls nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V vorrangig an die Versicherten der Ag abzugeben, die Produkte der ASt müssten mithin nach den sozialgesetzlichen Vorgaben auch dann zwingend durch die Produkte der – hier fünf - Rabattvertragspartner substituiert werden, auch wenn infolge einer unterstellten Begründetheit des Nachprüfungsantrags keine weiteren Beitritte mehr erfolgen dürften. Die gesetzliche Substitution zu Lasten der ASt würde mithin auch in der vorliegenden Konstellation selbst dann greifen, wenn der Nachprüfungsantrag insgesamt erfolgreich wäre, da es ja bei der Wirksamkeit der bereits erteilten Zuschläge bliebe. Ein solches Ergebnis - exklusiver Rabattvertrag für wenige Unternehmen statt des angestrebten, für alle Marktteilnehmer offen zugänglichen Modells in Widerspruch zu den gesetzgeberischen Wertungen des § 130 a Abs. 8 S. 7 SGB V - kann aber kein sinnvolles Ergebnis eines Nachprüfungsverfahrens sein und brächte aufgrund der gesetzlichen Substitution auch keinen erkennbaren Vorteil für die ASt. Diese Überlegungen zeigen, dass bereit ein wirksam erteilter Zuschlag grundsätzlich der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags entgegen steht; ein Abbruch des bereits in der Umsetzung befindlichen Modells würde zu Ergebnissen führen, die konträr laufen zu den gesetzgeberischen Wertungen und auch dem jeweiligen Antragsteller keinen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil bringen.

- d) Die ASt hätte die Überprüfung früher in die Wege leiten müssen und dies auch können. Ausweislich der Bekanntmachung sollten die Verträge bereits zum 1. Dezember 2014 anlaufen. Die ASt, die nach ihrem eigenen Vortrag die Vergabeunterlagen bereits am Tag der Bekanntmachung, dem [...], angefordert und erhalten hatte, hat erst am 11. Dezember 2014 und mithin zu einem Zeitpunkt den Antrag eingereicht, zu welchem sie selbst ebenfalls davon ausgehen musste, dass schon Zuschläge erteilt waren; andernfalls wäre der Laufzeitbeginn zum 1. Dezember 2014 nicht denkbar. So zeigt auch der Schriftsatz der ASt vom 2. Januar 2015, dass ihr bereits im Verlauf des Monats November 2014 die Preise der ersten Generika-Anbieter für den Wirkstoff [...] bekannt waren (Schriftsatz vom 2. Januar 2015, S. 8, 1. Absatz), sie mithin zu diesem Zeitpunkt bereits Kenntnis vom Vorhandensein des Generikawettbewerbs nach Patentablauf hatte. Auch unabhängig von der ohnehin gegebenen Beteiligungsmöglichkeit der Handelsebene (Großhändler, Importeure) am Modell der Ag musste der ASt klar sein, dass durchaus leistungsfähige

pharmazeutische Unternehmen als Wettbewerber vorhanden sind, die sich für einen Beitritt zum streitgegenständlichen Open-house-Modell interessieren.

Eine Rechtsschutzlücke ist jedenfalls im vorliegenden Sachverhalt nicht ersichtlich. Zwar sind Fallkonstellationen denkbar, wonach unmittelbar nach Bekanntmachung der erste Zuschlag erteilt wird, zumal der Auftraggeber bei diesem Modell die Rabatthöhe vorgibt, die „Angebotserstellung“ mithin keinen großen Aufwand bei den pharmazeutischen Unternehmen generieren dürfte; sie müssen sich einfach zur Teilnahme entschließen oder entscheiden, davon abzusehen, dann allerdings mit der Konsequenz der Substitution zu Lasten ihrer Produkte (zu der Problematik des vorgegebenen Rabattsatzes vgl. die Beschlüsse der erkennenden Kammer, damals noch 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 10. Juni 2011 – VK 3-59/11; Beschluss vom 14. Juni 2011 – VK 3-62/11; Beschluss vom 15. Juni 2011 – 65/11; Beschluss vom 6. Juli 2011 – VK 3-80/11). Da es bei dem Modell keine unterlegenen Bieter im Sinne von § 101 a GWB und mithin keine Wartefrist nach dieser Norm gibt, könnte ein Zuschlag jederzeit, auch unmittelbar nach Bekanntmachung, erteilt werden. Wie in einem solchen Fall die Wirksamkeit der Zuschläge zu beurteilen wäre, müsste entschieden werden, wenn der Vergabekammer ein solcher Sachverhalt zur Entscheidung vorläge. Sinnvoll erschiene es aus Sicht der Vergabekammer, auftraggeberseitig eine angemessene Wartefrist, vor deren Ablauf kein Zuschlag erteilt wird, in die Bekanntmachung aufzunehmen. Abzustellen ist hier aber auf den konkret streitgegenständlichen Sachverhalt. Hier hat die ASt, wie dargelegt, mit der Einreichung des Nachprüfungsantrags bis zu einem Zeitpunkt zugewartet, der sogar nach Beginn der in der Bekanntmachung veröffentlichten Vertragslaufzeit lag. Die Möglichkeit, im Zeitraum zwischen [...] und 30. November 2014 Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen, hat die ASt nicht genutzt. Es besteht weder eine Rechtsschutzlücke zu Lasten der ASt noch sind Gesichtspunkte des Vertrauensschutzes ersichtlich, die eine andere rechtliche Beurteilung als geboten erscheinen lassen. Die ASt musste damit rechnen, dass bereits Zuschläge an Generikahersteller oder Händler erteilt waren, als sie nach Beginn der vorgesehenen Laufzeit des Rabattvertrags den Nachprüfungsantrag einreichte.

2. Auch wenn es aufgrund der einer Nachprüfung entgegenstehenden, wirksamen Zuschläge nicht mehr darauf ankommt, kann die Vergabekammer auch in der Sache im Vorgehen der Ag kein vergaberechtswidriges Verhalten erkennen. Was die Zulässigkeit des Open-house-Modells als solches anbelangt, so wird der Europäische Gerichtshof hierüber befinden. Im Rahmen des Modells hat die Ag aber die Bedingungen, die das Oberlandesgericht Düsseldorf als unabdingbar ausgewiesen hat, exakt umgesetzt. Ein Modell, welches nicht identische

Bedingungen für alle Beitrittsinteressenten gewährleistet, darf nach den gerichtlichen Vorgaben gerade nicht etabliert werden. Eine individuelle, auf ihre jeweiligen Gegebenheiten zugeschnittene Nachverhandlungsmöglichkeit des vom Auftraggeber vorgegebenen Rabattsatzes war somit gerade der Grund dafür, dass ein Beitrittsdesign, welches eine solche, unter bestimmten vordefinierten Voraussetzungen greifende Nachverhandlungsmöglichkeit beinhaltete, als unzulässig angesehen wurde (vgl. die Beschlüsse des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 11. Januar 2012 - VII-Verg 57/11, 58/11, 59/11, 67/11). Auf eine solche Besserstellung will aber die ASt mit ihrem Vorbringen hinaus, indem sie vorträgt, sie könne aufgrund ihrer unternehmensindividuellen Gegebenheiten den vorgegebenen Rabattsatz nicht auskömmlich gewährleisten und werde diskriminiert. Dafür, dass der von der Ag vorgegebene Rabattsatz generell, also für alle bzw. jedenfalls für das Gros der interessierten pharmazeutischen Unternehmen zu hoch sein könnte, spricht aber nichts. Die fünf Bg sind bereits beigetreten, nach Auskunft der Ag liegen weitere Beitrittsangebote vor, die allerdings derzeit aufgrund des mit Übermittlung des Nachprüfungsantrags eingetretenen gesetzlichen Zuschlagsverbots, § 115 Abs. 1 GWB, im durch § 118 Abs. 1 GWB vorgegebenen zeitlichen Rahmen nicht angenommen werden dürfen. Das Interesse einer Vielzahl von Unternehmen belegt aber, dass der Rabattsatz nicht allgemein unverträglich ist.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 4 GWB, § 80 Abs. 1, 2 und 3 S. 2 VwVfG.

Danach hat die ASt als unterliegende Verfahrensbeteiligte die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag war notwendig. Das Nachprüfungsverfahren hat Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, welche die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen.

Dagegen entspricht es nicht der Billigkeit im Sinne des § 128 Abs. 4 Satz 2 GWB, der ASt die Aufwendungen der Bg aufzuerlegen. Die Bg haben sich nicht schriftsätzlich am Verfahren beteiligt und daher kein Kostenrisiko auf sich genommen. Die Bg zu 4) und zu 5) haben zwar an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, dort jedoch lediglich Ausführungen zum tatsächlichen Ablauf beim Vertragsschluss gemacht.

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