



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 87/16

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- [...] -

[...],

- [...] -

[...]

[...],

[...],

[...],

wegen der Vergabe „Rahmenvertrag parenterale Zubereitungen gemäß § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V“; [...], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und

den ehrenamtlichen Beisitzer Steinritz auf die mündliche Verhandlung vom 2. September 2016 am 21. September 2016 beschlossen:

1. In Bezug auf die Gebietslose [...] wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Im Übrigen ist das Nachprüfungsverfahren durch Teilrücknahme beendet.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin [...].
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin [...] war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin [...] die Vergabe von Verträgen für die „parenterale Zubereitung aus Fertigarzneimittel in der Onkologie zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung für Versicherte gemäß § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V“; [...] im Wege eines offenen Verfahrens europaweit ausgeschrieben. Der Auftrag für die Versorgung der ca. [...] Mio. Versicherten [...] ist in [...] Gebietslose aufgeteilt. Die Bieter können Angebote auf beliebig viele Gebietslose abgeben, die Zuschlagserteilung ist nach Ziff II.1.6) der Bekanntmachung jedoch auf acht Gebietslose beschränkt. Die Vertragslaufzeit beträgt 12 Monate und kann von den Ag zweimal um bis zu weitere 12 Monate verlängert werden (§ 11 Abs. 1 und 3 S. 1 des Rahmenvertragsentwurfs).

Die Antragstellerin (ASt) wendet sich gegen die Durchführung der Ausschreibung als solche und macht hierfür sozial- und kartellrechtliche Gründe geltend; daneben macht sie eine Reihe von aus ihrer Sicht vergaberechtswidrigen Vorgaben in den Vergabeunterlagen zum Gegenstand ihres Nachprüfungsantrags, wobei der Nachprüfungsantrag zunächst keine Beschränkung auf einzelne Gebietslose enthielt.

1. Zwischen dem Spitzenverband der gesetzlichen Krankenkassen (GKV-Spitzenverband) und dem Deutschen Apothekerverband e.V. (DAV) besteht aktuell und unabhängig von der

vorliegenden Ausschreibung ein Vertrag über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen gemäß §§ 4 und 5 der Arzneimittelpreisverordnung (nachfolgend „Hilfstaxe“). Nach deren § 2 Abs. 2 gelten die Bestimmungen der Hilfstaxe bundesweit für die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen; hiernach wird bislang und derzeit noch zwischen den Krankenkassen und den Apotheken abgerechnet. Nach Anlage 3 Ziffer 3.5 der Hilfstaxe sind Verwürfe, d.h. nicht mehr weiterverarbeitbare Teilmengen angebrochener Packungen, gegenüber den Krankenkassen abrechnungsfähig.

Ziffer XI der Bewerbungsbedingungen der vorliegenden Ausschreibung legt fest, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erfolgen wird. Grundlage hierfür sind die von den Bietern in den jeweiligen Angebotsblättern zu machenden Angaben. Maßgeblich für die Zuschlagserteilung ist die „Gesamteinsparung pro Gebietslos“. Pro im Angebotsblatt angegebenen Wirkstoff muss ein Abschlag auf den in der Hilfstaxe angegebenen Preis angeboten werden. Dabei muss ein Bieter verpflichtend mindestens einen Abschlag von 0,05 % auf den Hilfstaxenpreis (Stand 1. Juni 2016) anbieten. Ziffer XI.1) (3) der Bewerbungsbedingungen legt zudem fest, dass etwaige Verwürfe mit dem Angebotspreis abgegolten sind. Neben dem Abschlag auf den mg-Preis bei den Wirkstoffen müssen die Bieter auch einen prozentualen Abschlag auf den „Arbeitspreis“ für den Dienstleistungsanteil der Beschaffung anbieten, welcher zur Berechnung des Einsparungspotentials mit der Anzahl der Rezepturen multipliziert wird.

S. 23 der Bewerbungsbedingungen enthält folgenden Hinweis der Ag:

„Bei exklusiven Belieferungsverträgen nach § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V gilt nicht das Apothekenwahlrecht des Versicherten gem. § 31 Abs. 1 Satz 5 SGB V nach der aktuellen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (Az.: B 3 KR 16/15). Parenterale Zubereitungen werden - wie gesetzlich vorgeschrieben - vom Arzt in der Apotheke bestellt und von dieser Apotheke direkt an die ärztliche Praxis geliefert. Patienten haben damit kein rechtlich geschütztes Interesse an der Wahl einer bestimmten Apotheke und sind - wie behandelnde Ärzte auch - auf den wirtschaftlichsten Versorgungsweg beschränkt.

Die aufgrund dieser Ausschreibung geschlossenen Verträge gehen einem Vertrag gemäß § 129 Abs. 5c SGB V - mithin der „Hilfstaxe“ (...) und einem Vertrag nach § 129 Abs. 5 Satz 1 SGB V nach dem Willen des Gesetzgebers vor.“

In § 6 des mit den Ag abzuschließenden Rahmenvertrages wird Folgendes geregelt:

„(1) Mit den in Anlage B3 zu diesem Rahmenvertrag vereinbarten Preisen sind vorbehaltlich der nachfolgenden Absätze sämtliche Leistungen des Apothekers bei der Herstellung der parenteralen Zubereitung abgegolten. Die rabattierten Arbeitspreise (...) sowie die rabattierten mg Preise (...) werden als Festpreis für die Vertragslaufzeit vertragsgegenständlich. (...)

(8) Die auf Grund dieser Vereinbarung zu entrichtende Vergütung für eine Zubereitung darf diejenige Vergütung nicht überschreiten, die nach der Anlage 3 des Vertrages über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen in der jeweils gültigen Fassung (im Folgenden der Hilfstaxe bezeichnet) zu entrichten wäre. Überschreitet die unter Zugrundelegung des in Anlage B3 vereinbarten Preises zu entrichtende Vergütung die Vergütung nach Anlage 3 der Hilfstaxe, schuldet die Krankenkasse höchstens die geringere Vergütung. (...)“

Gemäß § 12 des Rahmenvertragsentwurfs haben beide Vertragsparteien bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Recht zur außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Vertrages. Dies gilt insbesondere dann, wenn *„unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann“*.

Mit Schreiben vom 1. August 2016 rügte die ASt gegenüber den Ag unter Begründung im Einzelnen mit dem Ziel einer Aufhebung der Ausschreibung. Die Rüge bezieht sich auf folgende Aspekte: Vorhandensein einer vorrangigen vertraglichen Regelung in Form der Hilfstaxe, die der Ausschreibung entgegenstehe; Verstoß gegen das freie Apothekenwahlrecht der Versicherten; Abschluss von Individualverträgen als Eingriff in die Berufsfreiheit des Art. 12 GG; monopolistisches Druckmittel der Ausschreibung; Unzulässigkeit der Hilfstaxe als Preisobergrenze; Verluste infolge Nichtabrechenbarkeit von Verwürfen; keine Vorhersehbarkeit der Preisentwicklung in den nächsten drei Jahren, so dass Preisanpassungen zugelassen werden müssten; kein Kündigungsrecht für die Apotheke.

Die Ag reagierten hierauf mit Nichtabhilfeschriften vom 5. August 2016.

2. Über ihre Verfahrensbevollmächtigten stellte die ASt am 19. August 2016 einen Nachprüfungsantrag.

- a) Die ASt trägt zunächst vor, der ausgeschriebene Rahmenvertrag sei als unzulässige Doppelvergabe missbräuchlich gemäß § 21 Abs. 2 S. 2 VgV, da er einen weiteren Vertrag über einen bereits geregelten Gegenstand darstelle, nämlich über die bereits in der sog. „Hilfstaxe“ geregelte Preisbildung für parenterale Zubereitungen. Die Hilfstaxe stelle die Anlage 3 zu dem derzeit geltenden Vertrag zwischen dem Spitzenverband der Krankenkassen, deren Mitglieder alle Ag seien, und dem Deutschen Apothekerverband e.V., deren Mitglied die ASt sei, dar. Zwar müsse es neben der Hilfstaxe zulässigerweise auch weitere Verträge gemäß § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V geben können, die allerdings die freie Apothekenwahl des Patienten berücksichtigen müssten. Das freie Apothekenwahlrecht des Versicherten nach § 31 Abs. 1 S. 5 SGB V gelte hier ebenfalls, werde vorliegend aber mit der Folge der Nichtigkeit des Vertrags nicht berücksichtigt. Das gesetzlich garantierte Recht des Versicherten auf Beauftragung einer Apotheke seiner Wahl könne sich negativ auf die Durchsetzungsquote auswirken, worüber die Ag falsch in den Ausschreibungsunterlagen, wonach das Patientenwahlrecht ausgeschlossen sei, informiert hätten. Die Doppelvergabe sei auch nicht unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts zulässig, was die ASt näher ausführt. Die Hilfstaxe sei Verträgen nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V nicht nachrangig. Die Bestimmung begründe keine Exklusivität der dort erwähnten Verträge, das freie Apothekenwahlrecht solle, wie die Gesetzesbegründung zeige, erhalten bleiben. Das Bundessozialgericht gehe fehl in seiner Argumentation zum fehlenden Wahlrecht, wenn es auf die direkte Lieferung des Arzneimittels von der Apotheke an den Arzt abstelle, da gemäß § 11 Abs. 2 ApoG lediglich die Möglichkeit einer Absprache dahin zwischen Apotheker und Arzt bei anwendungsfertigen Zytostatika gegeben sei, diese unmittelbar an den Arzt zu liefern. Der ASt würde mit Abschluss der ausgeschriebenen Verträge ein Schaden entstehen, wenn ihre bisherigen Lieferungen nach der Hilfstaxe durch die vorliegenden Verträge unterlaufen würden, womit bei ihr 5 bis 10 % des Umsatzes wegfielen.

Als zweites Argument stützt sich die ASt darauf, dass Exklusivverträge die Versorgungssicherheit nicht gewährleisten könnten. Die Zytostatikaherstellung eigne sich per se nicht für Ausschreibungen. Die Versorgung müsse auch wegen der umfassenden onkologischen Dienstleistungen der Apotheken, insbesondere

Beratung, patientennah durch eine am Behandlungsort präsenten Apotheke erfolgen. In Sachsen gäbe es derzeit rund 30 spezialisierte Apotheken. Die durch jahrelanges Zusammenarbeiten zwischen Apotheke und Praxis etablierten und vertrauten Versorgungsstrukturen müssten erhalten bleiben. Die Herstellung der Zubereitungen unterliege hohen qualitativen Anforderungen gemäß dem GMP-Leitfaden, verbunden mit hohen Kosten. Dieser Aufwand sei nur wirtschaftlich, wenn Gewinne erzielt würden. Die Wohnortnähe sei aber kein Zuschlagskriterium. Die Ausschreibung mehrerer Krankenkassen führe dazu, dass die Apotheke unterschiedliche Praxen mit Kleistmengen versorgen müsse, was Fehler und Chaos vorprogrammiere. Die bisher aus Kulanzgründen durch die ASt nicht gegenüber den Kassen abgerechneten jährlichen [...] für Zubereitungen für nicht erschienene Patienten sei nach einer Ausschreibung mit dem niedrigsten Preis nicht mehr möglich, denn die Ausschreibung sehe keine Vergütung hierfür vor. Ohne Einbeziehung der Ärzte sei das Risiko der Bieter unkalkulierbar, wie die fristlose Kündigung zweier Apotheker aus Moers und Krefeld zeige; die Ärzte seien nicht bereit gewesen, neue Lieferanten zu akzeptieren und hätten durch die vermehrte Anforderung von Ad-hoc-Lieferungen, die wirtschaftliche Leistungserbringung durch die Apotheker torpediert. Vorzugswürdig sei das beispielsweise von [...] angewandte Open-House-Verfahren, da es besser geeignet sei, die Qualität der Versorgung über vertraute Strukturen sicherzustellen, was auch die Bereitschaft der Ärzte zur Teilnahme erhöhe. Durch die Ausschreibung exklusiver Verträge entstünden dagegen oligopolistische Industrie-Versorgungsstrukturen.

Außerdem entstünde infolge der gemeinsamen Ausschreibung durch insgesamt [...] eine marktbeherrschende Stellung nach § 18 GWB, die missbräuchlich nach § 19 GWB ausgenutzt werde. Die Grenze einer nach § 4 Abs. 1 S. 1 VgV zulässigen gelegentlichen gemeinsamen Ausschreibung sei dadurch überschritten. Der einzelnen Kasse würde nämlich kein Apotheker einen Abschlag von der Hilfstaxe als Rabatt anbieten, da das Auftragsvolumen pro Kasse sich in einem Bereich bewege, der keine Rabattierung rechtfertige. Allein mit der Bündelung der Bedarfe erreiche man, dass die Bieter nahezu Dumpingpreise anbieten müssten, um überhaupt den Zuschlag erhalten zu können. Daher liege in der Zusammenfassung der Nachfrage ein Rechtsmissbrauch sowie ein Nachfragemissbrauch nach § 20 Abs. 3 GWB.

Die Ausschreibung verstoße gegen die Grundsätze eines fairen Verfahrens. Verwürfe dürften nicht abgerechnet werden. Die Bieter würden durch die – nach Ausübung der

entsprechenden Optionen – maximale Vertragslaufzeit von drei Jahren und das nur einseitig bestehende Kündigungsrecht unverhältnismäßig belastet. Hinzu komme, dass die im Rahmen der Hilfstaxe geltenden Preise für Arbeit und Wirkstoffe als Obergrenze ausgewiesen seien, so dass Angebote nur unterhalb der Hilfstaxe abgegeben werden könnten. Diese Festlegung einer Obergrenze sei wettbewerbswidrig.

Des Weiteren sei die ASt in ihrem Grundrecht aus Art. 12 GG verletzt, da aufgrund der Ausschreibungsbedingungen die grundsätzliche Teilnahme am Wettbewerb beeinträchtigt werde.

Mit Schriftsatz vom 1. September 2016 trägt die ASt zusätzlich zu ihrem bisherigen Vorbringen erstmalig folgende Punkte vor:

- Die ASt werde auch durch die Loslimitierung auf acht Gebietslose in ihren Rechten verletzt.
- Die Vorgaben der Ausschreibung führten zu einer fehlenden Kalkulierbarkeit der Angebotspreise, da die Leistungsbeschreibung unter folgenden Gesichtspunkten nicht erschöpfend sei: fehlende Hinweise auf verwendete Herstellerunternehmen und auf aut-idem-Verordnungen, die nicht nur ausnahmsweise erfolgten; Fehlen eines Instrumentariums, um Einfluss auf das Ordnungsverhalten der Ärzte zu nehmen; Fehlen von Vorgaben, wie viele Einzellieferungen der Auftragnehmer unter Einbezug der Ad-hoc-Lieferungen schuldet, um Transportkosten kalkulieren zu können; Fehlen von Preisanpassungsmöglichkeiten während der Vertragsausführung und fehlende Kündigungsmöglichkeit bei eintretender Unauskömmlichkeit, wenn die Einkaufspreise für benötigte Fertigarzneimittel steigen sollten.

Die ASt beantragt,

1. Die Antragsgegnerinnen werden angewiesen, das Vergabeverfahren aufzuheben.
2. Hilfsweise: Die Antragsgegnerinnen haben bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der

Rechtsauffassung der Vergabekammer in den Stand vor Angebotsabgabe zurückzusetzen.

3. Die Antragsgegnerinnen haben die Kosten des Nachprüfungsverfahrens und die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu tragen.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

b) Die Ag beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Kosten der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen;
3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerinnen für notwendig zu erklären.

Die Ag halten den Nachprüfungsantrag in weiten Teilen bereits für unzulässig. Dies gelte zunächst hinsichtlich der [...] Lose von den insgesamt ausgeschriebenen [...] Losen, in denen die ASt bislang nicht tätig gewesen sei. Die ASt könne hier kein Interesse am Auftrag haben, da sie insoweit keine Leistungsfähigkeit belegt habe. Die Antragsbefugnis fehle der ASt auch bezüglich des angeblichen Eingriffs in das Recht des Versicherten auf freie Wahl des Leistungserbringers, hier der Apotheke, da eine etwaige Beschränkung lediglich den einzelnen Versicherten, nicht aber die Apotheke betreffe. Soweit die ASt die Entstehung einer marktbeherrschenden Stellung behaupte, so handle es sich nicht um Bestimmungen des Vergabeverfahrens i.S.d. § 97 Abs. 6 GWB, auf die der Vergaberechtsschutz sich allein begründe. Die Bildung einer Kooperation sei im Übrigen dem Vergabeverfahren vorgelagert und unterliege damit nicht der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen. Gleiches gelte für die Prüfung eines etwaigen Nachfragemissbrauchs.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag vollumfänglich unbegründet. Dem Rahmenvertrag stünden keine bereits bestehenden Verträge entgegen. Speziellere Vereinbarungen wie hier nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V gingen der Hilfstaxe

ausdrücklich vor, denn die Regelungsmöglichkeiten nach dieser Bestimmung gingen weit über die Hilfstaxe hinaus. Es läge folglich keine unzulässige Doppelvergabe vor; falsch sei ebenfalls die Aussage, die parenteralen Zubereitungen eigneten sich nicht für Ausschreibungen. Da die Ag als öffentliche Auftraggeber an das Vergaberecht gebunden seien, müssten sie ihren Beschaffungsbedarf grundsätzlich im Wege von Ausschreibungen decken. Dass andere Wege nach der neueren Rechtsprechung des EuGH bzgl. des Open-house-Modells möglich gewesen wären, mache das vorliegende Vergabeverfahren nicht automatisch rechtswidrig.

Was das freie Apothekenwahlrecht des Versicherten anbelange, so habe das Bundessozialgericht mit Urteil vom 25. November 2015 dieses bei der Versorgung mit parenteralen Zubereitungen zugunsten von Exklusivverträgen zwischen Krankenkassen und Apotheken eingeschränkt. Bereits in der Vergangenheit habe es aufgrund der Praxis der Ärzte, sich direkt von einer Apotheke ihrer Wahl beliefern zu lassen, de facto kein Wahlrecht des Versicherten gegeben. Da dem Versicherten die Zubereitungen nicht ausgehändigt werden dürften, habe dieser auch kein Interesse daran, sich eine Apotheke seiner Wahl zu suchen.

Die Festsetzung der aktuellen Preise der Hilfstaxe als Preisobergrenze für das hiesige Vergabeverfahren begrenze die Bieter nicht unzulässig in ihrer Kalkulationsfreiheit. Das (auch sozialrechtliche) Wirtschaftlichkeitsgebot verlange, dass die Preise des Rabattvertrags unter den derzeitigen Preisen der Hilfstaxe lägen. Bei Absinken der Preise der Hilfstaxe unter die Rabattvertragspreise würde dem Auftragnehmer kein Schaden entstehen, da auch ohne Rabattvertrag nach der – dann abgesenkten – Hilfstaxe abgerechnet würde. Im Gegenteil wäre dies sogar besonders vorteilhaft für den Auftragnehmer, da er zu Hilfstaxenpreisen abrechnen könnte, aber aufgrund des Rahmenvertrags weiter liefern dürfte.

Die fehlende Abrechenbarkeit von Verwürfen sei durch das Leistungsbestimmungsrecht der Ag gedeckt und nur eingeschränkt seitens der Kammer überprüfbar. Ein unzumutbares Kalkulationsrisiko liege hierin nicht; wie der Vergabesenat des OLG Düsseldorf zudem bereits entschieden habe, danach könne der Verwurf mit den Gesamtmengen abgerechnet und somit zumutbar in die Preise eingerechnet werden.

Die hier mögliche maximale Vertragslaufzeit von drei Jahren liege unter der nach § 21 Abs. 6 VgV zulässigen Gesamtlauzeit von vier Jahren. Beide Partner dürften nach § 12 Abs. 1 der Rahmenvereinbarung außerordentlich aus wichtigem Grund kündigen, so dass auch insofern keine unzumutbare Beeinträchtigung von Bieterinteressen vorliege.

Soweit sich die ASt unsubstantiiert auf eine Verletzung von Art. 12 GG berufe, habe das Bundessozialgericht in der genannten Entscheidung vom 25. November 2015 bereits umfassend zu dieser Thematik Stellung genommen. Danach sei es im Hinblick auf Art. 12 GG ausreichend, wenn den Leistungserbringern im Wege einer Ausschreibung der Leistung gleicher Zugang zur Leistungserbringung gewährt werde. Dies hätten die Ag sichergestellt, so dass auch insoweit eine Verletzung der Rechte der ASt ausscheide.

3. In der mündlichen Verhandlung am 2. September 2016 wurde der Sachverhalt umfassend vor der Vergabekammer erörtert. Auf Nachfrage der Vergabekammer, welche Lose von der ASt streitig gestellt worden und damit Gegenstand des Nachprüfungsantrags seien, da die ASt keine ausdrückliche Eingrenzung auf bestimmte Lose im Nachprüfungsantrag vorgenommen habe und sie im Schriftsatz vom 1. September 2016 zudem vorgetragen habe, durch die Loslimitierung beschwert zu sein, erklärte die ASt zu Protokoll, den Nachprüfungsantrag auf die [...] Lose zu begrenzen, die sie im Schriftsatz vom 1. September 2016 aufgelistet und auf die sie auch Angebote abgegeben habe. Die Ag erklärten, dass hierin eine Teilrücknahme des Nachprüfungsantrags vom 19. August 2016 zu sehen sei.

Auf die Schriftsätze der Verfahrensbeteiligten, auf die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist nur teilweise zulässig, da der ASt in Teilen die Antragsbefugnis fehlt und sie bezüglich weiterer Angriffe mit ihrem Vortrag präkludiert ist. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, ist er in der Sache unbegründet.

1. Der Nachprüfungsantrag ist in weiten Teilen bereits unzulässig.
 - a) Die allgemeinen Zulässigkeitsvoraussetzungen sind gegeben. Es handelt sich vorliegend um Rahmenverträge, die zwischen den Ag, denen als gesetzliche Krankenkassen die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber zukommt, und den jeweiligen Apotheken abgeschlossen werden sollen. Der addierte Wert der Einzelaufträge liegt unbestritten oberhalb der für Lieferungen einschlägigen Schwellenwerte für die europaweite Vergabe, § 106 Abs. 1 S. 1 GWB. Da gemäß § 103 Abs. 5 S. 2 GWB für Rahmenverträge dieselben Vorschriften gelten wie für öffentliche Aufträge, ist das Nachprüfungsverfahren als solches statthaft; gleichzeitig ist auch grundsätzlich die Vergabekammer des Bundes zur Entscheidung berufen, § 159 Abs. 1 Nr. 6 GWB.
 - b) Trotz des damit grundsätzlich eröffneten Rechtswegs zu den Vergabekammern des Bundes wird die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammern generell in § 155 GWB klar umrissen und definiert. Danach haben die Vergabekammern, soweit im vorliegenden Verfahren relevant, „*die Vergabe öffentlicher Aufträge*“ nachzuprüfen. Es muss mithin ein öffentlicher Auftrag und folglich ein Vergabeverfahren vorliegen, was sich in gleicher Weise in dem Statthaftigkeitserfordernis für Nachprüfungsanträge manifestiert, wonach ein Vergabeverfahren im Zeitpunkt der Einreichung des Nachprüfungsantrags schon begonnen haben muss und noch nicht beendet sein darf, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB (vgl. zum Erfordernis eines laufenden Vergabeverfahrens als Statthaftigkeitsvoraussetzung für das Nachprüfungsverfahren bereits Bundesgerichtshof, Urteil vom 19. Dezember 2000 – X ZB 14/00; siehe zum Ganzen auch ausführlich 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 27. Juli 2016, VK 2 – 65/16).
 - aa) Aus diesen Grundsätzen folgt, dass Verhaltensweisen, die von öffentlichen Auftraggebern vor dem eigentlichen Vergabeverfahren praktiziert werden und deren Zulässigkeit sich nach anderen Vorschriften als nach dem vergaberechtlichen Normengerüst beurteilt, nicht durch die Vergabekammern zu überprüfen sind. Dies gilt auch für die hier streitgegenständliche Frage, ob gesetzliche Krankenkassen sich trotz möglicherweise entgegenstehenden sozialrechtlichen Vorgaben im Einzelfall entschließen durften, überhaupt auszuschreiben. Diese, dem Vergabeverfahren vorgelagerte Fragestellung ist durch die Sozialgerichte

zu prüfen (vgl. 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 2. Dezember 2010, VK 3-120/10 „Grippeimpfstoff in Sachsen-Anhalt“, bestätigt im Ergebnis durch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2011 nach § 118 GWB a.F. und vom 11. Mai 2011 in der Hauptsache, VII-Verg 3/11; vgl. zu einer parallelen Problematik der Ausschreibungsberechtigung nach Sozialrecht bei Hilfsmittelausschreibungen nach § 127 SGB V die 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 21. Juni 2016, VK2-45/16 (nicht bestandskräftig)). Die Überprüfung seitens der Kammer greift somit erst ab der Umsetzung eines Beschaffungsentschlusses nach außen in Form eines Vergabeverfahrens, erfasst jedoch nicht die vorgelagerte Beschlussfassung als solche. So liegt der Fall auch hier in Bezug auf die von der ASt geltend gemachten Verstöße gegen sozialrechtliche Maßstäbe.

Soweit die ASt daher vorbringt, die Ag hätten aufgrund des Vorrangs des zwischen dem GKV-Spitzenverband und dem Deutschen Apotheker-Verband abgeschlossenen Vertrages über die Preisbildung für Stoffe und die Zubereitung aus Stoffen gemäß §§ 4 und 5 der Arzneimittelpreisverordnung („Hilfstaxe“) keine Ausschreibung gemäß § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V durchführen dürfen, ohne den kollektivrechtlich fortgeltenden Vertrag vorher zu kündigen, kommt der Kammer keine Prüfungscompetenz zu.

Aus diesem Grund geht auch der Vortrag der ASt, die Ag begingen eine vergaberechtswidrige Doppelvergabe i.S.d. § 21 Abs. 2 S. 2 VgV, da ein weiterer Vertrag über einen bereits kollektiv(sozial-)vertragliche geregelten Gegenstand abgeschlossen werden solle, ins Leere. Denn vergaberechtlich betrachtet liegt nur eine einzige Ausschreibung vor, die aus Sicht der Ag die kollektivvertragliche Situation gerade ablösen soll. Insoweit liegen keine vergaberechtlichen Rechte und Ansprüche der ASt vor, welche sie im Nachprüfungsverfahren geltend machen könnte; aus der vergaberechtlichen Perspektive der Vergabekammer handelt es sich um einen Beschaffungsvorgang mit Auswahlentscheidung durch öffentliche Auftraggeber, so dass die Anwendung des Vergaberechts geboten ist.

Ebenso wenig ist die Kammer befugt zu prüfen, ob die Ausschreibung der Ag sozialrechtlich zweckmäßig ist oder ob nicht ein anderes Modell – Stichwort: Open-House-Verfahren oder rein wirkstoffbezogene Ausschreibung – dem

Beschaffungsbedarf der Ag ebenso oder besser hätte gerecht werden können. Alleiniger Prüfungsgegenstand ist das vorliegende Vergabeverfahren mit den von den Ag gesetzten Ausschreibungsbedingungen.

bb) Auch soweit die ASt geltend macht, dass durch den Entschluss der Ag, die parenteralen Zubereitungen gemeinsam zu beschaffen, ein unzulässiges Nachfragekartell gebildet worden sei, ist die Zuständigkeit der Kammer zu verneinen. Das Aufgreifen der von der ASt insoweit geltend gemachten Verstöße gegen §§ 1 und 19 f. GWB obliegt dem Aufgreifer messen der für diese Branche zuständigen 3. Beschlussabteilung des Bundeskartellamtes, nicht jedoch der Kammer:

§ 156 Abs. 2 GWB, der im Sinne einer Konzentration auf das Nachprüfungsverfahren neben den Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB auch „*sonstige Ansprüche gegen Auftraggeber*“ als Prüfungsmaßstab für die Vergabekammern vorsieht, steht in Gleichklang mit dem in § 155 GWB vorgegebenen Rahmen für die sachliche Zuständigkeit der Vergabekammern, indem die dort in Bezug genommenen „*sonstigen Ansprüche*“ ebenfalls eingegrenzt werden auf solche, die auf die „*Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung **in einem Vergabeverfahren***“ (Hervorhebung nur hier) gerichtet sind.

Der von der ASt gerügte Zusammenschluss der Ag zum Zwecke der gemeinsamen Vergabe kann schon deshalb nicht unter dem Gesichtspunkt des Kartellverbots bzw. des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung im Nachprüfungsverfahren geltend gemacht werden, weil dieses Verhalten der Ag zeitlich und sachlich vor dem Beginn des Vergabeverfahrens lag. Wie bereits das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 10. April 2002, VII-Verg 6/02) ausgeführt hat, liegt die Bildung eines Einkaufskonsortiums zeitlich vor dem Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens und stellt sich mithin lediglich als eine vorbereitende Handlung und damit gerade nicht als Verfahrenshandlung im Vergabeverfahren dar. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass missbräuchlichen Verhaltensweisen öffentlicher Auftraggeber gerade durch das Vergabeverfahren vorgebeugt werden soll und sich dieses – bei fehlerfreier Durchführung – gerade als Ausgleich für die starke Nachfragemacht der Krankenkassen darstellt.

Darüber hinaus wäre die Feststellung eines Missbrauchs bzw. des Verstoßes gegen das Kartellverbot in einem Nachprüfungsverfahren, wie die damalige 3. Vergabekammer des Bundes bereits im Jahr 2009 in einer Serie von Entscheidungen ausführlich begründet hatte (3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 20. März 2009 – VK 3-22/09, ebenso 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 1. März 2012, VK 2 – 5/12, nachfolgend OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 5/12) und die von dem damals für sofortige Beschwerden im Bereich der gesetzlichen Krankenkassen zuständigen Landesozialgericht Nordrhein-Westfalen bestätigt worden waren (vgl. Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. April 2009 - L 21 KR 40/09 SFB), aus rechtsstaatlichen Überlegungen heraus höchst problematisch:

Aufgrund der Schwere des Vorwurfs – der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung und die Bildung eines nicht freigestellten Kartells sind Bußgeldtatbestände – verbietet sich dessen Bejahung in einem rein „summarischen“, weil dem besonderen Beschleunigungsgebot unterliegenden Verfahren, § 167 Abs. 1 S. 1 GWB. Eine die Zivilgerichte für die Frage von Schadensersatzansprüchen zudem bindende Feststellung der Kammer (§ 179 Abs. 1 GWB) ließe sich allenfalls nach umfangreichen Ermittlungen zur sachlichen und räumlichen Marktabgrenzung, den Abhängigkeiten bzw. Ausweichmöglichkeiten der Marktgegenseite (Nachfrage der Krankenhäuser bzw. der privaten Krankenkassen für deren Versicherte) oder der (potentiellen) Rechtfertigung der Kartellbildung aufgrund der angemessenen Beteiligung der Verbraucher (Weiterreichung von Vorteilen an die Versicherten durch Absehen oder Senken von Zusatzbeiträgen) treffen. Derartige Ermittlungen können im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens de facto nicht erfolgen (vgl. auch BGH, Beschluss vom 18. Januar 2000, KVR 23/98). Ein Verfahren, welches im Grundsatz innerhalb der Fünf-Wochen-Frist des § 167 Abs. 1 S. 1 GWB entschieden werden soll und das allgemein unter einem besonderen Beschleunigungsgebot steht (vgl. §§ 163 Abs. 1 S. 4, 172 Abs. 2, 173 Abs. 1 S. 2, 176 Abs. 3 GWB), ist für die Klärung komplexer Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Stellung des Nachfragers in diesem Markt und der Verbraucherbeteiligung grundsätzlich ungeeignet.

Wie der Vergabekammer aus der Tätigkeit der Beschlussabteilungen bekannt ist, nimmt die Aufklärung derartiger Sachverhaltsfragen erhebliche Zeit in Anspruch, beispielsweise infolge von notwendig werdenden Auskunftsersuchen. Da die Vergabekammer aus Überlegungen der Rechtsstaatlichkeit einerseits nicht unbesehen angebliche Fakten übernehmen darf, wenn sie bestritten sind, binnen der regulären fünfwöchigen Entscheidungsfrist die notwendigen Ermittlungen aber nicht zu leisten vermag, ist die Entscheidung des Gesetzgebers in §§ 155, 156 Abs. 2 GWB, vorgelagerte Beschlussfassungen öffentlicher Auftraggeber, die an anderen als vergaberechtlichen Normen zu messen sind, gerade nicht der Jurisdiktion der Nachprüfungsinstanzen zu unterstellen, sachgerecht. Die Feststellung, ein bzw. mehrere öffentliche Auftraggeber hätten gegen § 1 GWB verstoßen oder würden die entstehende Marktmacht missbräuchlich ausnutzen, ist schon grundsätzlich nicht und auch nicht im vorliegenden Fall einfach zu treffen (zum Gesichtspunkt der Einfachheit der Feststellung vgl. OLG Düsseldorf im Verfahren Grippeimpfstoff Sachsen-Anhalt, Beschlüsse vom 17. Januar 2011 und vom 11. Mai 2011 – VII-Verg 3/11 und im Fall Fertigspritzen, Beschluss vom 27. Juni 2012, VII-Verg 5/12).

Das Fehlen der sachlichen Zuständigkeit wird untermauert dadurch, dass die Vorschriften über das Nachprüfungsverfahren weder für die erste noch für die Beschwerdeinstanz auf die Bestimmungen der §§ 90, 90 a GWB verweisen, wonach in bürgerlichen (Kartell-)Rechtsstreitigkeiten nach § 87 GWB eine Informations- und Beteiligungspflicht von Bundeskartellamt und Europäischen Kommission vorgesehen ist. Die Verweisungsnorm des § 175 Abs. 2 GWB für die zweite Instanz des Vergabenachprüfungsverfahrens nimmt diese Vorschriften gerade nicht in Bezug. Sollte der Gesetzgeber aber im Sinn gehabt haben, die Nachprüfungsinstanzen mit einer reinen Kartellrechtsprüfung zu betrauen, so wäre zu erwarten gewesen, dass diese in gleicher Weise die nationale bzw. die europäische Kartellbehörde einzubinden hätten.

Abschließend tritt noch die Überlegung hinzu, dass der Instanzenzug gegen Entscheidungen der Beschlussabteilungen des Bundeskartellamts ein anderer ist als bei Entscheidungen der Vergabekammer als Ausgangsinstanz; eine Rechtsbeschwerde zum Bundesgerichtshof ist bei Nachprüfungsverfahren,

anders als in Kartellsachen nach § 94 GWB, nicht vorgesehen. Eine „kartellrechtliche“ Entscheidung der Kammer würde daher den Rechtsweg des Betroffenen verkürzen. Aufgrund es anderen Instanzenzugs besteht bei parallelem Vorgehen gegen die Ausschreibung bei der Kammer und der Beschlussabteilung auch die Gefahr divergierender Entscheidungen.

- c) Soweit sich die ASt mit ihrem Schriftsatz vom 1. September 2016 erstmals gegen die Zuschlagslimitierung auf acht Gebietslose wendet, ist sie mit ihrem Vortrag präkludiert, § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 1, 2 GWB. Denn diesbezüglich fehlt jegliche Rüge vor Stellung des Nachprüfungsantrags. Die ASt hat die von ihr vorgebrachte Rechtsverletzung auch nicht erst durch die Akteneinsicht im laufenden Nachprüfungsverfahren erkannt, was sie in der mündlichen Verhandlung auch eingeräumt hat. Eine Rüge war vor diesem Hintergrund nicht obsolet; die Zuschlagslimitierung war eindeutig erkennbar und auch im Sinne einer Parallelwertung in der Laiensphäre im Rechtssinne identifizierbar. Im Übrigen ist in der Sache darauf zu verweisen, dass die aktuelle Rechtslage in § 30 Abs. 1 S. 2 VgV die vorangegangene Rechtsprechung des OLG Düsseldorf aufgenommen hat, wonach die Loslimitierung sowohl als Angebots- als auch als Zuschlagslimitierung zulässig ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.01.2013 - Verg 35/12), damit der Sinn der Losaufteilung nicht im Ergebnis wieder konterkariert wird. Gegen die Loslimitierung ist damit unabhängig auch in der Sache nichts zu erinnern.

Präkludiert ist die ASt ebenfalls, soweit sie die Vorgaben der Ausschreibung in Bezug auf die mangelnde Kalkulierbarkeit ihrer Angebote angreift. Die aus Sicht der ASt in der Leistungsbeschreibung fehlenden Hinweise auf in der Vergangenheit verwendete Herstellerunternehmen der einzelnen Wirkstoffe, auf die Anzahl der aut-idem-Verordnungen, das Fehlen eines Instrumentariums, um Einfluss auf das Verordnungsverhalten der Ärzte zu nehmen, das Fehlen von Vorgaben, wie viele Einzellieferungen der Auftragnehmer unter Einbezug der Ad-Hoc-Lieferungen zwecks Kalkulation der Transportkosten schuldet, hat die ASt ebenfalls nicht vor Stellung des Nachprüfungsantrags gerügt und auch nicht im verfahrenseinleitenden, ersten Schriftsatz vorgebracht. Von einer Erkennbarkeit für den Bieter in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ist aber beim angeblichen Fehlen kalkulationsrelevanter Angaben auszugehen, da der Bieter dies im Zuge der Angebotserstellung zwangsläufig

bemerken muss. Die ASt hat Angebote abgegeben auf die nach Teilrücknahme noch streitigen Lose.

Zulässig ist der Antrag dagegen, soweit die ASt die Unzulässigkeit der Hilfstaxe als Preisobergrenze, die Nichtabrechenbarkeit von Verwürfen, das Vorsehen von Fixpreisen für die nächsten drei Jahre (bei unterstellter maximaler Optionsausübung), das fehlende Kündigungsrecht für die Apotheken sowie einen Verstoß gegen Art. 12 GG zu ihren Lasten gegenüber den Ag mit Schreiben vom 1. August 2016 gerügt hatte.

- d) Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB hat die ASt durch Stellung des Nachprüfungsantrags vom 19. August 2016 nach Erhalt der Nichtabhilfemitteilung vom 5. August 2016 eingehalten.

2. Soweit der Nachprüfungsantrag zulässig ist, erweist er sich als unbegründet. Die von der ASt vorgebrachten Vergaberechtsverstöße liegen nicht vor. Im Einzelnen:

- a) Das Setzen der Preise der Hilfstaxe als Obergrenze in § 6 Abs. 8 des Rahmenvertrages stellt keinen vergaberechtlich unzulässigen Eingriff in die Kalkulationsfreiheit des Bieters dar. Diese Grenze spiegelt im Ausgangspunkt die zwischen dem GKV-Spitzenverband und dem Deutschen Apothekerverband ausgehandelten Preise wider. Ziel der Ag ist es jedoch, Einsparungen gegenüber diesen bereits jetzt geltenden Preisen zu generieren, um im Sinne des sozialrechtlichen Wirtschaftlichkeitsgebotes (§§ 12, 70 SGB V) finanzielle Vorteile generieren zu können, insbesondere um an den Rabatten teilzuhaben, die den Apotheken seitens der pharmazeutischen Unternehmen, welche die Wirkstoffe herstellen, gewährt werden. Ließen die Ag ein Überschreiten der Hilfstaxenpreise während der Vertragsdurchführung zu, wäre die Ausschreibung wirtschaftlich unsinnig. Auch im Fall des Absinkens der Preise in der Hilfstaxe wird der spätere Auftragnehmer nicht unbillig beeinträchtigt: Denn ließe man die Ausschreibung außen vor, wären diese abgesenkten Preise ohnehin die Abrechnungsgrundlage gegenüber den Ag.
- b) An diesem Ergebnis ändert sich auch nichts dadurch, dass die Ag eine gesonderte Abrechnung der Verwürfe – wie sie die derzeit geltende Hilfstaxe vorsieht – in ihren

Ausschreibungsbedingungen ausgeschlossen und vielmehr vorgesehen haben, dass diese in den Angebotspreis mit einzukalkulieren sind (Ziffer XI.1) (3) der Bewerbungsbedingungen). Hieraus kann die ASt keine unzumutbare Kalkulationsvorgabe ableiten. Denn die Ag waren nicht verpflichtet, eine Einzelabrechnung des Verwurfs in ihren Ausschreibungsbedingungen vorzusehen. Die den Bietern aufgegebene Einbeziehung etwaig anfallenden Verwurfs in den von ihnen anzugebenden prozentualen Rabatt ist nicht vergaberechtswidrig. Dieser kann in zumutbarere Weise eingerechnet werden, zumal die Ag in den Preisblättern zu den einzelnen Gebietslosen für jeden abgegebenen Wirkstoff den prozentualen sowie den mengenmäßigen Verwurf des Referenzjahres 2015 angegeben hatten, so dass sich die Bieter darauf einstellen konnten. Im Übrigen ist die Frage des Verwurfs nach der obergerichtlichen Rechtsprechung dem Betriebsrisiko des Auftragnehmers zuzurechnen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 7. November 2011, VII-Verg 90/11; Beschluss vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11), so dass auch aus diesem Grund der Senat die Bildung eines Gesamtpreises unter Einschluss des Verwurfs als zumutbar für die Abgabe eines ordnungsgemäß kalkulierten Angebots qualifiziert hat. In der den genannten Entscheidungen zugrundeliegenden Konstellation wurde den Bietern zudem die Höhe des Verwurfs – anders als vorliegend – nicht einmal mitgeteilt; darüber hinaus ging die dortige Auftraggeberin aufgrund des § 31 Abs. 1 Satz 5 SGB V – anders als die Ag im vorliegenden Fall unter Berufung auf die aktuelle Rechtsprechung des BSG (Urteil vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15) – davon aus, den Bietern angesichts des den Patienten nach damaliger Rechtsauffassung zustehenden Apothekenwahlrechts gerade keine Exklusivität bei der Leistungserbringung zusichern zu können. Trotz dieser zusätzlich von den Bietern im Rahmen der Preisbildung im damaligen Fall zu berücksichtigenden Unwägbarkeiten, die sich im vorliegenden Verfahren nicht ergeben, erachtete der Vergabesenat die Einbeziehungspflicht des Verwurfs in die Kalkulation des Angebotspreises durch die Bieter als zumutbar, so dass die Zumutbarkeit hier erst recht gegeben ist.

Hinzu kommt, dass die ASt selbst vorgetragen hat, dass sie durch Umarbeiten von nicht abgerufenen Zubereitungen auch in der Vergangenheit Verwürfe weitgehend zu vermeiden gesucht hat und dabei nach eigenem Bekunden auch relativ erfolgreich war. Dies wird ihr bei einer Erhöhung der an die jeweiligen Betriebsstätten infolge der Gebietsloszuschnitte und der Exklusivität zu liefernden Mengen im Zuschlagsfall tendenziell leichter möglich sein, so dass die Verwurfsquote sinken müsste, wodurch

die von ihr vorgebrachte „Unzumutbarkeit“ der Vorgabe weiter an wirtschaftlicher Bedeutung verlieren wird.

- c) Ebenso wenig vergaberechtlich zu kritisieren ist, dass die von den Bietern anzubietenden Preise für die Grundlaufzeit der Rahmenvereinbarung und auch für den optionalen Verlängerungszeitraum nicht verhandelbar sein sollen (§ 6 Abs. 1 des Rahmenvertrages). Der Vertragszeitraum von maximal drei Jahren hält sich innerhalb des Regelrahmens von vier Jahren, § 21 Abs. Abs. 6 VgV. Dass über die Preise – zumal auf Initiative des Auftragnehmers – innerhalb dieses Zeitraums keine Nachverhandlungen stattfinden sollen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Im Gegenteil ergibt sich aus der Wertung des § 132 GWB, dass bei einer substantiellen Änderung von Bedingungen – wozu auch der Preis gehört – grundsätzlich eine Neuausschreibung geboten ist. Der Vertrag hat daher während seiner Vertragslaufzeit zu den Bedingungen „gelebt zu werden“, wie er ursprünglich abgeschlossen worden war, d.h. folglich zu den vereinbarten Preisen.
- d) Dass den Bietern kein generelles einseitiges Kündigungsrecht seitens der Ag eingeräumt wird, vermag ebenfalls nicht die Rechtswidrigkeit des Ausschreibungsdesigns zu begründen. Auch hier gilt, dass die Vertragsparteien grundsätzlich während der Vertragslaufzeit ihre Leistungspflichten erfüllen sollen. Darüber hinaus hat gemäß § 12 des Rahmenvertragsentwurfs auch der Auftragnehmer bei Vorliegen eines wichtigen Grundes das Recht zur außerordentlichen und fristlosen Kündigung des Vertrages. Dies gilt insbesondere dann, wenn *„unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls und unter Berücksichtigung der beiderseitigen Interessen die Fortsetzung des Vertragsverhältnisses bis zur vereinbarten Beendigung oder bis zum Ablauf der Kündigungsfrist nicht zugemutet werden kann“*. Eine einseitige Beeinträchtigung von Bieterrechten vermag die Kammer daher nicht zu erkennen.

Ob und inwieweit ein Kündigungsgrund bei der späteren Vertragsdurchführung tatsächlich und rechtlich vorliegt, ist zwischen den Vertragsparteien zu klären und wird ggf. zu einer von den Vertragsparteien vor den Gerichten zu klärenden Rechtsfrage; sie ist jedoch nicht im Vorfeld im Rahmen eines vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahrens zu überprüfen. Dass hierin für den späteren Auftragnehmer eine bereits bei der Angebotsabgabe zu berücksichtigende unzumutbare Belastung läge, hat die ASt nicht hinreichend dargetan und ist auch sonst nicht ersichtlich.

- e) Letztlich liegt auch kein Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG zu Lasten der ASt vor. Insoweit ist auf das Urteil des BSG (Urteil vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 unter Verweis auf die Rechtsprechung des BVerfG, BVerfGE 116 135 (151f.)) zu rekurrieren, wonach es im Hinblick auf die nach Art. 12 Abs. 1 GG garantierte Berufsfreiheit im Rahmen von Ausschreibungen nach § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V ausreichend ist, wenn den Leistungserbringern von den Auftraggebern gleicher (potentieller) Zugang zur Leistungserbringung gewährt wird. Der Schutzbereich von Art. 12 Abs. 1 GG umfasst demgegenüber nicht den Schutz vor Veränderungen oder die Aufrechterhaltung etablierter Marktverhältnisse. Den Krankenkassen obliegt daher gerade bei der Ausschreibung exklusiver, selektivvertraglicher Versorgungsverträge, jedem Leistungserbringer die Möglichkeit zu eröffnen, sich an einem transparenten, an sachgerechten und vorhersehbaren Kriterien orientierenden Verfahren zu beteiligen. Diesen Anforderungen sind die Ag gerecht geworden.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3 S. 1, 5, Abs. 4 Satz 1, 3 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 Satz 2 VwVfG.

1. Die ASt hat mit dem Nachprüfungsantrag vom 19. August 2016 zunächst alle Gebietslose angegriffen. Eine Eingrenzung auf bestimmte Lose konnte dem Nachprüfungsantrag nicht entnommen werden, da ohne Einschränkung die Aufhebung des Vergabeverfahrens begehrt wurde. Die ASt stellte in ihrem einleitenden Schriftsatz lediglich dar, in welchen Losgebieten sie derzeit Lieferbeziehungen mit Teilen der Ag unterhält (S. 4f.), so dass von einem universellen Angriff auf das gesamte Vergabeverfahren auszugehen war. Entsprechend wurde das Zuschlagsverbot von der Kammer für alle Gebietslose ausgelöst. Mit Schriftsatz vom 1. September 2016 bekräftigt die ASt in der Folge diese Sichtweise, indem sie erklärte, durch die von den Ag vorgesehene Loslimitierung auf acht Gebietslose in ihren Rechten verletzt zu werden. In der mündlichen Verhandlung vom 2. September 2016 erklärt die ASt demgegenüber, dass es ihr ausschließlich um die von ihr bebotenen [...] Gebietslose gehe. Dies stellt jedoch eine Teilrücknahme dar. In Bezug auf die Gebietslose, auf welche sich die Teilrücknahme bezieht ([...]) ergibt sich die

Kostentragungspflicht der ASt bezüglich der Gebühr für das Verfahren vor der Vergabekammer dem Grunde nach aus § 182 Abs. 3 S. 5, 4 GWB.

Die Vergabekammer sieht aber aus Gründen der Billigkeit von der Erhebung von Gebühren in Bezug auf die zurückgenommenen Gebietslose ab, § 182 Abs. 3 S. 6 GWB. Dies ist deswegen geboten, weil die ursprüngliche Rechtshängigmachung aller Gebietslose keinen nennenswerten Mehraufwand bei der Vergabekammer generiert hat. Es wäre unbillig, die ASt angesichts des Umfangs der wirtschaftlichen Bedeutung der [...] anderen Gebietslose mit beträchtlichen Gebühren zu belasten, ohne dass dem ein angemessener (Zusatz-) Aufwand bei der Vergabekammer gegenüberstünde.

Die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung angefallenen notwendigen Aufwendungen der Ag sind der ASt insoweit nach § 182 Abs. 4 S. 3 GWB aufzuerlegen.

2. Soweit der Nachprüfungsantrag im Übrigen in der Sache nicht erfolgreich ist und zurückgewiesen wird, beruht die Kostenentscheidung auf § 182 Abs. 3 S. 1 GWB und die Entscheidung, wonach die ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen hat, auf § 182 Abs. 4 S. 1 GWB.
3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. Der Nachprüfungsantrag hat komplexe und inhaltlich komplizierte Fragestellungen aufgeworfen. Die Ag durften sich eines anwaltlichen Beistandes bedienen, um dem Nachprüfungsantrag sachgerecht entgegenzutreten zu können. Es greift zusätzlich der Aspekt der Waffengleichheit, da die ASt ebenfalls anwaltlich vertreten war.

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 unterzeichnet sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Dr. Herlemann

Zeise