Bundeskartellamt

2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 – 134/17

# Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[…],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

gegen

[…],

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:
[…],

[…],

- Beigeladene -

wegen der Vergabe […], hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Zeise und den ehrenamtlichen Beisitzer Merath auf die mündliche Verhandlung vom 24. November 2017 am 4. Dezember 2017 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen

Aufwendungen der Antragsgegnerin. Die Beigeladene trägt die ihr entstandenen Aufwendungen selbst.

3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

**Gründe:**

**I.**

Die Antragsgegnerin (Ag) machte am […] die beabsichtigte Vergabe […] im Rahmen eines Verhandlungsverfahrens mit vorgeschaltetem Teilnahmewettbewerb im Supplement zum Amtsblatt der EU […] gemeinschaftsweit bekannt. Es sollten maximal drei erfolgreiche Bewerber zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

1. Ziff. II.1.4) und II.2.4) der Bekanntmachung vom […] beschreiben den Beschaffungsgegenstand wie folgt:

> *„Die [Ag] plant eine Kooperation mit einem externen Partner, der den* […]*Versicherten eine* […] *zur Verfügung stellen soll.*
> *Dabei stellt der Kooperationspartner eine entsprechende Datenbank zur Verfügung und programmiert eine Webversion für die* […]*. Die Umsetzung im Rahmen einer App wird von der [Ag] übernommen.*
> *Die Umsetzung soll in mehreren Schritten erfolgen. (…) Parallel dazu beginnt eine Entwicklungsphase mit dem Kooperationspartner, um die* […] *gemeinsam zu entwickeln.“*

Ziff. II.2.4) enthält zusätzlich die Angabe, dass

> *„neben der Kooperationspartnerschaft und der Pflege und Wartung der Datenbank […] zudem ein Rahmenvertrag für* […] *spezifische Programmierleistungen vorgesehen“ ist.*

Die mit Veröffentlichung der Bekanntmachung den potentiellen Teilnehmern zur Verfügung gestellte Leistungsbeschreibung sieht in Bezug auf die Ausgangsituation für die Vergabe der […] Folgendes vor (dort S. 8):

> *„Die* […] *wird nach* […] *von einem Anbieter im direkten Endkundengeschäft den [Ag]-Versicherten angeboten. Die* […] *wird vom Auftragnehmer (AN) gemeinsam mit der [Ag] entwickelt und anschließend vom AN umgesetzt. Die [Ag] hat großes Interesse an einer standardisierten* […] *mit einer breiten Marktdurchdringung. (…) Mit dieser Leistungsbeschreibung werden die Anforderungen an den AN als Entwickler und Betreiber einer* […] *beschrieben (…).“*

Bei der Beschreibung des Leistungsgegenstandes (Ziff. 2 der Leistungsbeschreibung) wiederholt die Ag die Aussage, dass der AN die […] entwickelt und anschließend umsetzt, sowie kontinuierlich weiterentwickelt (Rn. 10, 25, 43). Vertragspartner des An wird der Versicherte, die Ag wird keinen Zugriff auf die in der […] abgelegten Daten haben (Rn. 38, 45). Der Kundensupport in Bezug auf das Vertragsverhältnis zum Versicherten wird ebenfalls vom Auftragnehmer erbracht (Ziff. 6, Rn. 202ff. der Leistungsbeschreibung).

Die Antragstellerin (ASt) gab nach Prüfung der Vergabeunterlagen selbst kein Angebot ab. Ein von ihr im Jahr 2016 erworbenes Unternehmen […] wurde von der […], die sich am Teilnahmewettbewerb beteiligte, als Nachunternehmerin benannt.

Am 29. Dezember 2017 machte die AG auf ihrer Internetseite eine […] Satzungsänderung bekannt. Danach wird § 25 – […] – mit Wirkung zum 1. Juli 2017 wie folgt gefasst:

> *„(1) Zur Verbesserung der Qualität und Wirtschaftlichkeit der Versorgung gewährt die [Ag] ihren versicherten finanzielle Unterstützung bei* […]
>
> *(„) Anbieter der* […] *ist ein Dritter, der aufgrund eines Kooperationsvertrages mit der [Ag] für die Versicherten tätig ist.*
> *(3) Der Versicherte schließt, um die* […] *nutzen zu können, einen Vertrag mit dem Anbieter gemäß Abs. 2. Die gegenüber dem Anbieter der* […] *anfallenden Nutzungsentgelte trägt für die Dauer des Versicherungsverhältnisses die [Ag].“*

Ausweislich der Bekanntmachung vergebener Aufträge vom […] wurde der Vertrag am 7. Februar 2017 mit der Beigeladenen (Bg) erteilt.

Der letztlich geschlossene Vertrag – dessen Entwurf den Bewerbern nicht schon mit Bekanntmachung zur Verfügung stand – sieht u.a. in seiner Präambel vor, dass

> *„der Kooperationspartner der* […] *ein mit der [Ag] auf Grundlage dieses Vertrages kooperierender Dritter [ist]. Der Versicherte wiederum schließt (…) einen Vertrag mit dem Kooperationspartner. Die gegenüber dem Kooperationspartner (…) vom Versicherten zu tragenden Nutzungsentgelte übernimmt (…) die [Ag]“*

Der Leistungsgegenstand wird in § 22 des Vertrages u.a. definiert als Zurverfügungstellen der Speicherlösung, der Standard[…] einschließlich deren Betrieb bzw. Hosting, Anpassungen auf den aktuellen Stand der Technik, Systemservice, Störungsbeseitigung etc.

Die ASt forderte die Ag mit Schreiben ihrer verschiedenen Verfahrensbevollmächtigten vom 19. Juli 2017, 18. September 2017 sowie vom 4. und 19. Oktober 2017 auf, ihr mitzuteilen, ob bereits ein Konzessionsvertrag mit ihrem „exklusiven Kooperationspartner [Bg]“ (Schreiben vom 19. Juli 2017; Anlage AS 11) abgeschlossen worden sei, der dieser ein ausschließliches Recht zum Vertragsabschluss mit den Versicherten der Ag einräume. Sollte dies nicht der Fall sein, forderte die ASt Aufklärung, ob die Ausschreibung eines Konzessionsvertrags beabsichtigt sei, wie viele Vertragspartner in diesem Fall zugelassen seien oder ob ein Open-House-Modell beabsichtigt sei.

Mit Schreiben vom 31. Juli 2017 und 20. Oktober 2017 teilte die Ag der ASt mit, dass bereits aus den Teilnahmeunterlagen hervorgehe, dass die Ag den Vertrag mit einem Kooperationspartner ausgeschrieben habe, der eine […] entwickeln solle, und dass den Versicherten die ihnen hieraus entstehenden Nutzungskosten seitens der Ag erstatten werden sollten. Ferner erläuterte die Ag, dass sie auf Basis ihrer Satzung Nutzungsentgelte nur zugunsten eines Kooperationspartners erstatten könne. Die ASt habe sich jedoch nicht an der Ausschreibung beteiligt. Die von der ASt entwickelte […] entspreche im Übrigen nicht den aufgestellten Anforderungen der Ag.

2. Mit einem am 30. Oktober 2017 bei der Vergabekammer des Bundes eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

   a) Die ASt trägt vor, dass die Ag durch die Vergabe eines ausschließlichen Kooperationsvertrages zugunsten der Bg ohne entsprechende europaweite Ausschreibung die Rechte der ASt nach § 97 GWB verletzt habe.

Die bekannt gemachte Ausschreibung lasse nicht erkennen, dass nach der Entwicklung der [...] auch ein Konzessionsvertrag zugunsten der Bg abgeschlossen werde, so dass die […] der Bg den Versicherten der Ag exklusiv zur Verfügung gestellt werden solle. Ein derartiges Ausschließlichkeitsrecht setze jedoch einen entsprechenden europaweiten Wettbewerb voraus, der hier nicht stattgefunden habe. Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung stellten den Auftrag als Entwicklungsleistung eines Standardproduktes dar. Nach der dort enthaltenen Beschreibung sei nur eine Kooperation mit einem externen Partner geplant, der den Versicherten eine […] zur Verfügung stellen solle. Der Versicherte erhalte nach Fertigstellung daher nur eine Nutzungsmöglichkeit, die zudem nur über die die […] umsetzende Ag bestehe, nicht jedoch über die Bg selbst. Die Ag könne keine Passage aus Leistungsbeschreibung oder Vertrag zitieren, die bereits von Anfang an eine Exklusivität des mit der Bg geschlossenen Vertrages belegen könne. § 3 des Vertrages besage lediglich, dass der Versicherte seinerseits einen Vertrag über die Nutzung mit der Bg schließen müsse und § 22 konstituiere die Leistungspflichten der Bg, ohne dass ihr bezüglich der Leistungen ein ausschließliches Recht eingeräumt werde. Die Exklusivität ergebe sich auch nicht daraus, dass die Bg den Kundensupport für den Betrieb der von ihr entwickelten […] zu erbringen habe und dies auch bei der Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote eingeflossen sein solle. Denn all dies könne auch bei einem nicht exklusiven Vertrag der Fall sein. Es sei selbstverständlich, dass nach deren Entwicklung die […] bei den versicherten der Ag verbreitet werden solle. Dass die Bg aber auch über das ausschließliche Recht des Zurverfügenstellens einer […] verfügen solle, sei jedoch nicht erkennbar gewesen. Es sei darüber hinaus zu vermuten, dass erst nach der Entwicklung der […] deren Betrieb/Zurverfügenstellung abgerufen werde (Stufenvertrag mit Option). In diesem Fall wäre ohnehin noch kein Vertrag über diesen Leistungsteil geschlossen worden.

Da nach dem Verständnis der ASt vom Bekanntmachungstext reine Entwicklungsleistungen nachgefragt worden seien, habe sie sich nicht an der Ausschreibung beteiligt. Man habe zwar als Nachunternehmer für […] (ausweislich der Vergabeakte über die […]; Anm. d Kammer) fungiert und insoweit die Entwicklungsleistungen einbringen wollen. Hätte die ASt die seitens der Ag geplante Exklusivität erkannt, hätte sie sich jedoch selbst als Bewerber am Verfahren beteiligt,

auch um zu verhindern, dass diejenigen Versicherten der Ag, die bislang schon das Produkt der ASt nutzten, zukünftig wegen der exklusiven Erstattung zugunsten der Bg zu deren […] wechselten. Auch hätte sie auf die Beteiligungsmöglichkeiten kleinerer und mittlerer Unternehmen geachtet und ggf. Bieterfragen gestellt. Dies sei durch die Intransparenz verhindert worden. Das Verständnis der ASt werde auch von der Marktsituation gedeckt; denn es sei sehr unüblich, dass eine Krankenkasse exklusive […]-Verträge abschließe, was sich aus dem Anlagenkonvolut AS 18 ergebe.

Die ASt müsse vermuten, dass der Wille zum Abschluss eines exklusiven Konzessionsvertrages nicht auf der Grundlage der Bekanntmachung bzw. der Leistungsbeschreibung, sondern erst später bei den Verhandlungen mit den Bietern gebildet worden sei. Der Konzessionsteil sei daher als Vertragsänderung oder als neuer Zusatzvertrag zu begreifen. Dies stelle eine wesentliche Vertragsänderung i.S.d. § 132 Abs. 1 Nr. 1 lit a) GWB dar, so dass dieser Leistungsteil isoliert vom Entwicklungsauftrag hätte gesondert europaweit ausgeschrieben werden müssen. Es handle sich auch um eine Konzession, da die Bg jedenfalls zum Teil das Risiko übernommen haben dürfte, ihre Entwicklungskosten erst über die spätere Kostenerstattungen refinanziert zu erhalten. Dies gelinge nur, wenn möglichst viele Versicherte einen Nutzungsvertrag mit ihr abschlössen. Auch handle es sich bei der Nutzung der […] um eine Möglichkeit, die von der Ag eröffnet worden sei, nachdem der Gesetzgeber die Grundlagen hierfür geschaffen habe, so dass die Leistung auch im Interesse der Ag erfolge.

Der Vertragsentwurf sei den Unterlagen für den Teilnahmewettbewerb nicht beigefügt worden, so dass im Übrigen ein Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV vorliege. Die Ag habe nicht alle Unterlagen zur Verfügung gestellt, um den potentiellen Bietern die Entscheidung über die Teilnahme zu ermöglichen. Mit diesem Vorwurf sei die ASt auch nicht präkludiert, weil es angesichts des aus ihrer Sicht lediglich vorliegenden Entwicklungsauftrags keines Vertrages bedurft habe, so dass sein Fehlen nicht als Verstoß erkennbar gewesen sei.

Die Anträge der ASt seien auch zulässig. Mit den Feststellungs- und Verpflichtungsanträgen zu 1) und zu 2) begehre die ASt keinen vorbeugenden Rechtsschutz. Da die Ag davon ausgehe, dass sie einen Vertrag geschlossen habe,

gehe es um die Überprüfung eines existierenden Vertrages. Gelangte die Kammer bei ihrer Prüfung zum Ergebnis, dass dieser Vertrag nicht exklusiv ausgestaltet sei, läge ein Rechtsverstoß der Ag in der Verweigerung der Kostenerstattung zugunsten anderer Anbieter wie der ASt; dieser Verstoß sei ein aktueller.

Die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB (sechs Monate bzw. 30 Tage) seien vorliegend schon nicht ausgelöst worden. Die Bekanntmachung über vergebene Aufträge sei fehlerhaft, da sich auch hieraus keine Exklusivität ergebe, zudem werde der Auftragswert mit 1 € angegeben, was die Länge des Auftrags und die Erstattungssummen verschleiere. Die Ag habe zudem durch Einflussnahme auf die frühere Verfahrensbevollmächtigte der ASt zur Niederlegung ihres Mandats sowie die späte und ungenaue Beantwortung der Fragen bzw. Rügen der ASt in Bezug auf die Exklusivität des Vertrages eine fristgemäße Vergabenachprüfung durch sie verhindert; die Ag könne sich daher nicht auf die Verfristung berufen. Aufgrund der vorliegenden de-facto-Vergabe bestünden Rücksichtnahmepflichten der Ag auch jenseits der Zuschlagserteilung.

Jedenfalls könne ein exklusiver Vertrag mit der Bg ohnehin erst nach dem Wirksamwerden der Satzungsänderung zum 1. Juli 2017 geschlossen worden sein. Daher griffen auch unter diesem Gesichtspunkt die Ausschlussfristen des § 135 Abs. 2 GWB nicht.

Unbeschadet dessen sei der Abschluss eines Konzessionsvertrags mit der Bg ohne entsprechende Ausschreibung wegen eines Verstoßes gegen das Beihilfenrecht unwirksam. Zwar sei aufgrund des § 68 SGB V eine Übernahme der den Versicherten entstehenden Kosten durch die Inanspruchnahme einer […] legitimiert. Dies könne jedoch nur für marktübliche Kosten gelten. Die ASt müsse davon ausgehen, dass die Preise der Bg nicht unter Marktgesichtspunkten gebildet worden seien. Außerdem spreche § 68 SGB V nur von einer finanziellen Unterstützung der Versicherten; die Ag beabsichtige jedoch die volle Kostenübernahme, so dass die gesetzgeberische Intention einer anteiligen Erstattung von ihr missachtet werde. Der Vertrag verstoße insoweit auch gegen ein Verbotsgesetz i.S.d. § 134 BGB.

Der Vertrag mit der Bg sei darüber hinaus wegen bewusster Missachtung des Vergaberechts bzw. jedenfalls mutwilligen Sich-Verschließens bzgl. der

erforderlichen Information der Bewerber über die beabsichtigte Exklusivität des Vertragsverhältnisses gem. § 138 BGB nichtig. Angesichts der vergaberechtlichen Kenntnisse der Bg kann dieser ebenfalls unterstellt werden, dass ihr bewusst gewesen sei, dass es sich um eine jedenfalls teilweise de-facto-Vergabe handele.

Sollte gleichwohl ein wirksamer Kooperationsvertrag zwischen der Ag und der Bg zustande gekommen sein und dieser länger als sechs Monate zurückliegen, sei dessen Vergaberechtswidrigkeit festzustellen. Dies wäre dann die Basis für die von der Kammer auszusprechende Kündigung des Vertrages, welche nach dem Wortlaut des § 133 GWB unbeschadet des § 135 GWB eingreife und nach dem Willen des Gesetzgebers damit gerade bei schwerwiegenden Vergaberechtsverstößen auch nach dem Ablauf der 6-Monats-Frist ausgeübt werden solle. Darüber hinaus müsse die Ag die Mitteilung an die Versicherten unterlassen, dass zukünftig nur noch die […] der Bg erstattet werde, anderenfalls der ASt ein Schaden zu entstehen drohe. Letztlich sei die beantragte Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit Grundlage eines Schadensersatzanspruches der ASt. Auch der Fortsetzungsfeststellungsantrag sei unter diesem Gesichtspunkt zulässig. Darüber hinaus halte die Ag an ihrer unzutreffenden Rechtsauffassung fest, so dass bei zukünftigen Vergaben der Ag Wiederholungsgefahr bestehe.

Die ASt beantragt:

1. Es wird festgestellt, dass die Ag mit der Bg keinen Vertrag über die ausschließliche Nutzung einer von der Bg den Versicherten der Ag zur Verfügung zu stellenden […] abgeschlossen hat.
2. Die Ag wird verpflichtet, bei Beibehaltung der Vergabeabsicht der Zurverfügungsstellung einer […] an die Versicherten der Ag ein förmliches Vergabeverfahren durchzuführen.
3. Hilfsweise: Für den Fall, dass bereits ein Vertrag mit der Bg über die ausschließliche Zurverfügungsstellung einer […] an die Versicherten der Ag abgeschlossen wurde, wird dieser Vertrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 S. 1 GWB für unwirksam erklärt.
4. Hilfsweise: Für den Fall, dass aufgrund Verfristung die Erklärung der Unwirksamkeit eines etwaig abgeschlossenen Vertrages im Sinne

vorstehender Ziffer 3 nicht mehr zulässig sein sollte, wird der Ag aufgegeben, den vergaberechtswidrig geschlossenen Vertrag nach § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu kündigen.

5. Hilfweise: Für den Fall, dass den vorstehenden Anträgen unter Ziff. 1. bis 4. nicht entsprochen wird, wird festgestellt, dass sich die Ag mit dem Abschluss eines etwaigen Vertrages mit der Bg über ein Ausschließlichkeitsrecht zur Nutzung einer […] durch ihre Versicherten vergaberechtswidrig verhalten hat.

6. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt wird gem. § 182 Abs. 4 GWB für notwendig erklärt.

7. Die Kosten des Verfahrens werden der Ag auferlegt.

b) Die Ag beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der Kosten der zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Ag aufzuerlegen;

3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Darüber hinaus beantragt die Ag, den Akteneinsichtsantrag der ASt zurückzuweisen.

Die Ag erachtet den Nachprüfungsantrag bereits für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet.

Die ASt habe schon kein Interesse am ausgeschriebenen Auftrag und sei daher nicht antragsbefugt. Die Ag müsse aufgrund der von ihr durchgeführten Markterkundung davon ausgehen, dass das derzeitige Produkt der ASt nicht den Vorgaben der Leistungsbeschreibung entspreche. Verschlüsselungslösung und die geforderten verfügbaren Services für die Versicherten (Analysen, Erinnerungen, Hinweise) entsprächen nicht den Vorgaben; der Standort der Server (zwei eigene Rechenzentren) befinde sich ebenfalls nicht wie gefordert (Ziff. III.1.4) der

Bekanntmachung) im Gebiet der EU/EWR bzw. EFTA. Daher hätte sich auch die ASt an dem Entwicklungsauftrag beteiligen müssen, um ihre bislang existierende […] entsprechend anzupassen. Sie verfolge mit ihrem Nachprüfungsantrag letztlich das Ziel, dass ihr Produkt trotz der neuen […] weiterhin erstattet werde. Dies widerspreche jedoch dem Leistungsbestimmungsrecht der Ag. Irrelevant sei daher auch, dass sich andere Krankenkassen gegebenenfalls anders verhielten und mehrere […] parallel zuließen. Dass Teile ihrer derzeitigen Bestandskunden zukünftig zur […] der Bg wechseln könnten, sei kein Schaden im vergaberechtlichen Sinne, sondern resultiere aus externen Marktumständen.

Die beantragte Feststellung einer fehlenden Rechtsbeziehung zur Bg und die Verpflichtung zur Einhaltung des Vergaberechts enthielten unzulässige Begehren, da dies der Gewährung vorbeugenden Rechtsschutzes gleichkomme. Die übrigen Anträge seien aufgrund des Fristablaufs gem. § 135 Abs. 2 GWB, einer absoluten Ausschlussfrist, unzulässig. Da der Vertrag mit der Bg bereits am 7. Februar 2017 abgeschlossen worden sei, habe die ASt ihren Nachprüfungsantrag mehr als acht Monate später und damit außerhalb der Sechs-Monats-Frist gestellt. Selbst wenn die Ag überhaupt nicht ausgeschrieben, den Auftrag also unmittelbar der Bg erteilt hätte, wäre der Antrag verfristet, so dass es nicht einmal auf inhaltliche Fragen des vergebenen Auftrags ankomme.

Darüber hinaus habe die ASt auch die 30-Tages-Frist nach Veröffentlichung der Bekanntmachung des vergebenen Auftrags am 2. März 2017 versäumt. Die dort enthaltene Beschreibung des Beschaffungsgegenstandes entspreche derjenigen der Auftragsbekanntmachung vom 2. August 2016, so dass exakt das vergeben worden sei, was ursprünglich auch ausgeschrieben gewesen sei. Eine Markttäuschung oder Verhinderung der Stellung eines Nachprüfungsantrags liege nicht vor. Insbesondere habe die Ag nicht die frühere Verfahrensbevollmächtigte zur Niederlegung des Mandats bewegt. Vielmehr habe ein Interessenkonflikt vorgelegen, welche die vorbefasste Kanzlei intern gelöst habe. Dies habe jedoch nicht die Ag zu verantworten.

Auf die zum 1. Juli 2017 wirksam gewordene Satzungsänderung komme es bei der Frage des Fristlaufs nicht an. Bei der Satzung der Ag handele es sich um im Rahmen ihrer Autonomie zur Regelung eigener Angelegenheiten erlassenes Innenrecht (§ 29

SGB IV). Sie könne daher schon nicht das Verhältnis zu externen Dienstleistern – wie ASt und Bg – regeln, sondern nur das Innenverhältnis zwischen der Ag und ihren Versicherten. Die in § 25 enthaltene Kostentragung betreffe daher die Erstattung zugunsten der Versicherten, nicht die im Vertrag geregelte Vergütung gegenüber der Bg. Darüber hinaus sei die Ag als öffentliche Auftraggeberin zur Vergabe öffentlicher Aufträge verpflichtet und bedürfe keiner ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage für deren Abschluss. Die Kooperationsvereinbarung sei somit unabhängig von der Satzung unmittelbar mit ihrem Abschluss wirksam geworden.

Der Antrag zu 4), gerichtet auf Kündigung des geschlossenen Vertrages sei unzulässig, weil es sich bei § 133 GWB schon nicht um eine bieterschützende Norm handele. Der Bieter genieße Rechtsschutz über § 135 GWB, der Auftraggeber könne das laufende Vertragsverhältnis über § 133 GWB gestalten. Dieser eröffne dem Auftraggeber somit eine Möglichkeit, in Ausübung des ihm zustehenden Ermessens – unterstellt eine Änderung hätte tatsächlich stattgefunden, was aber nicht der Fall sei – eine Kündigung auszusprechen. Keinesfalls könne somit die Kammer eine Kündigung anordnen.

Der Fortsetzungsfestellungsantrag zu 5) gehe schon deshalb ins Leere, weil kein erledigendes Ereignis nach Rechtshängigkeit des Nachprüfungsantrags vorliege. Der Zuschlag sei weit vor dessen Stellung erteilt worden.

Auf den vermeintlichen Verstoß gegen § 41 VgV wegen der Nichtvorlage des Vertragsentwurfs bereits im Teilnahmewettbewerb könne sich die ASt wegen der diesbezüglich eingetretenen Präklusion nicht berufen. Dass kein Entwurf über den in der Bekanntmachung mitgeteilten Link habe heruntergeladen werden können, sei unmittelbar zu diesem Zeitpunkt erkennbar gewesen. Die ASt habe diesen Umstand jedoch nicht vor Ablauf der Teilnahmefrist gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch in der Sache unbegründet. Es sei keine de-facto-Vergabe an die Bg erfolgt; die Ag habe ihren Bedarf ordnungsgemäß bekannt gemacht, so dass § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB schon nicht einschlägig sei. Eines zusätzlichen Konzessionsvertrages zum Betrieb der […] habe es nicht bedurft. Unabhängig davon, dass eine Konzession schon nicht vorliege, weil der Bg keine öffentliche Aufgabe übertragen werde, sei in jedem Fall das Zurverfügungstellen der

[…] mit bezuschlagt worden. Dieses sei auch exklusiv, da sich schon aus der Bekanntmachung, dort Ziff. II.1.4), die beabsichtigte Vergabe an lediglich einen Kooperationspartner ergebe. Hätte die Ag mit mehreren Bietern kontrahieren oder ein Open-House-Modell auflegen wollen, hätte sie dies transparent bekannt machen müssen. Analoges ergebe sich aus den Angaben in der Leistungsbeschreibung (unter Nr. 1, Schaubild Nr. 3; Ziff. 2.3.3), in denen jeweils von einem Anbieter gesprochen werde. Auch das Mengengerüst (S. 33f.) sehe keine Aufteilung auf mehrere […]Anbieter vor. Der Kooperationsvertrag enthalte demzufolge auch Regelungen über die Vergütung der Nutzung der einen […] durch die Versicherten der Ag und die Laufzeit des Vertrages (§§ 22 ff). Diese Regelungen seien auch nicht stufenweise bzw. erst nach der Ausübung von Optionen, sondern vielmehr von vornherein unbedingt vereinbart worden. Eines weiteren Vertrages, der neben den ausgeschriebenen treten müsste, habe es daher nicht bedurft. Diese Kenntnis habe der Geschäftsführer der ASt selbst über […] verbreitet, in denen er das Ermöglichen einer […] durch die Ag kommentiert mit „will (…) aber vorschreiben, wer der Anbieter ist“. Die ASt war mithin die Exklusivität des ausgeschriebenen Vertrages durchaus bewusst.

Da die Ag ihren Bedarf im Wege eines ordnungsgemäßen Vergabeverfahrens gedeckt habe, sei auch kein Verstoß gegen Beihilfenrecht erkennbar. Die Kostenerstattung sei rechtlich zulässig […]; die Preise der Bg hätten sich im Wettbewerb gebildet, so dass sich auch die von der ASt aufgeworfene Frage der Marktüblichkeit nicht stelle. Auch ein Verstoß gegen ein Verbotsgesetz sei im Zusammenhang mit […] nicht erkennbar. Ohnehin wären dies rein sozialrechtliche Sachverhalte, welche die Kammer im Vergabenachprüfungsverfahren nicht zu prüfen habe.

Eine Sittenwidrigkeit gem. § 138 BGB im Sinne eines kollusiven Zusammenwirkens mit der Bg sei angesichts der Durchführung von fünf Verhandlungsrunden mit drei Bietern unter keinem Gesichtspunkt erkennbar.

Der von der ASt geltend gemachte Verstoß gegen § 41 Abs. 1 VgV liege ebenfalls nicht vor. Den Teilnehmern sei alles mitgeteilt worden, was sie für die Entscheidung über die Teilnahme benötigt hätten, der noch nicht existente Vertragsentwurf sei hierfür nicht erforderlich gewesen.

c) Mit Beschluss vom 8. November 2017 wurde die Bg zum Verfahren hinzugezogen. Sie hat an der mündlichen Verhandlung teilgenommen, jedoch auf schriftlichen oder mündlichen Vortrag verzichtet.

3. Die ASt hat teilweise Akteneinsicht in den zwischen Ag und Bg geschlossenen Vertrag erhalten. In der mündlichen Verhandlung am 24. November 2017 wurde der Sachverhalt umfassend mit den Verfahrensbeteiligten erörtert. Auf die Schriftsätze der Beteiligten, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakte der Ag, soweit sie der Kammer vorgelegen hat, wird ergänzend Bezug genommen.

**II.**

Das Nachprüfungsverfahren ist nicht eröffnet, da der Zuschlag bereits am 7. Februar 2017 wirksam erteilt wurde, wohingegen der Nachprüfungsantrag erst am 20. Oktober 2017 gestellt wurde. Die wirksame Zuschlagserteilung führt dazu, dass der Nachprüfungsantrag nicht statthaft ist. Dies gilt auch für die Feststellungsanträge, die ebenso wenig nach wirksamer Zuschlagserteilung gestellt werden können; ein Feststellungsantrag kommt nur in Betracht, wenn nach Erhebung eines zulässigen Nachprüfungsantrags ein erledigendes Ereignis eintritt, § 168 Abs. 2 S. 2 GWB, also hier bei Zuschlagserteilung während des laufenden Nachprüfungsantrags, etwa infolge eines erfolgreichen Zuschlagsgestattungsantrags seitens des Auftraggebers.

1. Der Kooperationsvertrag zwischen Ag und Bg wurde durch die jeweilige Vertragsunterzeichnung der Vertragsparteien am 6. bzw. 7. Februar 2017 geschlossen. Ist der Zuschlag vor Einreichung des Nachprüfungsantrags bereits wirksam erteilt worden, so kann er auch durch die Vergabekammer nicht mehr aufgehoben werden, § 168 Abs. 2 S. 1 GWB, was dazu führt, dass der Nachprüfungsantrag als Instrument des Primärrechtsschutzes nicht mehr statthaft ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Dezember 2000, X ZB 14/00 zu §§ 107, 114 Abs. 2 GWB a.F.; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. März 2017, Az. VII-Verg 38/16; 2. VK Bund, Beschluss vom 2. Juni 2017, VK2-52/17).

2. Es liegt auch kein Fall der schwebenden Wirksamkeit des Vertrags gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. Abs. 2 GWB vor, wonach nach erfolgtem Zuschlag die Unwirksamkeit des Vertrages durch die Vergabekammer festgestellt werden kann, wenn ein Auftraggeber

einen öffentlichen Auftrag ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union vergeben hat, ohne dass dies aufgrund Gesetzes gestattet ist. Der Abschluss des Kooperationsvertrages für die Entwicklung und den Betrieb der […] wurde von der Ag nämlich ordnungsgemäß europaweit bekannt gemacht, so dass schon tatbestandlich kein Verstoß i.S.d. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB vorliegt. Eine auf den Betrieb der […] bezogene, teilweise de-facto-Vergabe kann nicht daraus abgeleitet werden, dass – so das Verständnis der ASt – in der Bekanntmachung nicht explizit zum Ausdruck gekommen sei, dass der abzuschließende Kooperationsvertrag die anderen am Markt befindlichen und – wie etwa im Fall der ASt – derzeit auch schon von Versicherten der Ag genutzten […] verdrängen werde, indem die Ag keine Erstattung bei Nutzung dieser Drittprodukte mehr vornehmen werde.

Die Bekanntmachung (dort Ziff. II.1.4) und II.2.4)) bzw. die Leistungsbeschreibung (Rn. 10, 25, 38, 43, 45, 202ff.) lassen mit hinreichender Deutlichkeit erkennen, dass die Ag nur einen Kooperationspartner mit der Entwicklung und dem Betrieb einer […] beauftragen möchte und dass den Versicherten der Ag die Nutzung eben dieses einen, im Rahmen der Kooperation entwickelten Produkts anheimgestellt werden soll, um eine möglichst breite Marktdurchdringung zu erreichen. Angesichts des finanziellen Entwicklungsaufwands erscheint dies auch als wirtschaftlich sinnvoll. Die von der ASt angegriffene Exklusivität ist somit nicht erst von der Ag während der Verhandlungsrunden entwickelt worden; sie hat folglich nichts anderes bezuschlagt als ursprünglich ausgeschrieben. Dass der Zuschlag zugunsten des einen Unternehmens in letzter Konsequenz den Ausschluss zulasten der Anderen – hier in Bezug auf die Erstattung seitens der Ag – bedeutet, ist die natürliche Konsequenz des von der Ag als öffentlicher Auftraggeberin durchzuführenden Wettbewerbs. Hierauf muss nicht gesondert hingewiesen werden, um den vergaberechtlichen Transparenzanforderungen gerecht zu werden. Vielmehr gilt umgekehrt: Hätte die Ag – abweichend vom Normalfall einer exklusiven Vergabe – einen Rahmenvertrag mit mehreren Auftragnehmern oder gar ein Open-House-Modell ausschreiben oder zumindest andere Dienstleister parallel weiternutzen wollen, hätte sie dies in der Bekanntmachung und der Leistungsbeschreibung explizit erwähnen müssen. Denn dies hätte eine weitreichende Relevanz für die Kalkulation eines entsprechenden Angebots und hätte demzufolge an prominenter Stelle kommuniziert werden müssen. Ebenso hätte das kommunizierte Mengengerüst abgeändert werden müssen, z.B. reduziert um weiterhin zu nutzende bzw. seitens der Ag zu erstattende Produkte. Dies ist nicht geschehen, so dass der Normalfall gegeben ist, wonach ein Vertrag mit einem Partner

bekannt gemacht wurde, der Vertrag mithin schon in der Bekanntmachung als exklusiv ausgewiesen wurde.

Da sich mithin die Exklusivität mit hinreichender Deutlichkeit aus Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung ergibt, ist es auch unerheblich, dass mit Veröffentlichung der Ausschreibung nicht unmittelbar den (potentiellen) Teilnehmern nicht auch der – zu diesem Zeitpunkt nicht existierende – Vertragsentwurf zugänglich gemacht wurde. Soweit dieser überhaupt schon bei einem zweistufigen Vergabeverfahren wie dem vorliegenden von Beginn an bereitzustellen ist (zu den Argumenten dafür und dagegen vgl. Rechten, in: Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, Kommentar zur VgV, 1. Aufl. Rn 36 ff. zu § 41 VgV), fehlt es jedenfalls an einer Kausalität für einen Schaden der ASt: Da sich nach ihrem Vortrag auch aus den von der Ag vorgelegten Vertragsklauseln zum Beleg der Exklusivität der Vergabe dies gerade nicht ableiten lasse, hätte die frühere Bereitstellung auch nicht zu ihrer Teilnahme am Vergabeverfahren führen können. Denn sie hätte auch dem Vertrag nicht den drohenden Ausschluss ihres Produkts entnommen.

Die „drohende“ exklusive Erstattung zugunsten der Bg entspricht ausweislich der von der Ag eingeführten […] des Geschäftsführers der ASt und der Ausführungen der ursprünglichen Verfahrensbevollmächtigten (Anlage AS 11), die jeweils von einer exklusiven Kooperationsvereinbarung mit der Bg ausgegangen sind, im Übrigen wohl auch den Überlegungen der ASt. Da die ASt selbst zudem von acht potentiellen Marktteilnehmern ausgeht, von denen nach dem Teilnahmewettbewerb nur drei zur Angebotsabgabe aufgefordert werden sollten, konnte die ASt nicht davon ausgehen, dass alle vorhandenen Dienstleistungsprodukte von der Ag bei Nutzung durch ihre Versicherten weiter erstattet werden würden. Selbst wenn alle erfolgreichen Teilnehmer der Ausschreibung einen Kooperationsvertrag erhalten hätten, wären fünf Marktteilnehmer ausgeschieden. Auch ist das Produkt der ASt – über die von ihr übernommene […] – im Teilnahmewettbewerb durchaus vertreten gewesen und hätte bei dessen erfolgreichem Durchlaufen und Erfolg im Verhandlungsverfahren die präferierte […] der Ag werden können.

3. Selbst wenn man aber zugunsten der ASt von einer Teil-de-facto-Vergabe allein durch eine unzureichende Transparenz in Bezug auf die zukünftig entfallende Erstattung der Dienstleistungen von Drittanbietern ausginge, wäre der Nachprüfungsantrag unstatthaft. Denn die ASt hat mit Stellung des Nachprüfungsantrags vom 30. Oktober 2017 weder die

30-Tages-Frist nach Bekanntmachung des vergebenen Auftrags […] und – sofern es auf sie noch ankäme – auch nicht die 6-Monats-Frist nach Vertragsschluss […] gewahrt, § 135 Abs. 2 S. 1 2.HS, 2 GWB. Aus Gründen der – absolut wirkenden – Frist zur Herstellung der Rechtssicherheit für das in Rede stehende Vertragsverhältnis ist die beantragte Feststellung der Unwirksamkeit des Vertrages daher nicht mehr möglich.

Auf die erst am 1. Juli 2017 in Kraft getretene Satzungsänderung der Ag, ab welchem – für den Fall der Nutzung der […] durch den Versicherten – eine Erstattung der Nutzungsentgelte eines Anbieters, „der aufgrund eines Kooperationsvertrages mit der [Ag] (…) tätig wird“ möglich wurde, kommt es vergaberechtlich ebenfalls nicht an. Die Satzung betrifft schon nicht das Vertragsverhältnis zwischen Ag und Bg, sondern das Verhältnis der Ag zu ihren Versicherten. Als Innenrecht kann sie nicht die unmittelbare Geltung des angegriffenen Kooperationsvertrages determinieren.

Der Kooperationsvertrag mit der Bg ist im Übrigen auch unbedingt abgeschlossen, d.h. nicht optional ausgestaltet. Es liegt mithin ein in allen Leistungsteilen (Entwicklung, Betrieb, Zurverfügungstellen der […] einschließlich seiner Vergütungsregelungen) wirksamer Vertrag vor, so dass die Sechs-Monats-Frist tatsächlich mit dem Vertragsschluss in Gang gesetzt wurde.

Die von der ASt gegen die Ag erhobenen Vorwürfe der Markttäuschung durch eine unzureichende Darstellung der tatsächlichen Erstattungsfolgen und des zielgerichteten Abhaltens der ASt von der Stellung eines Nachprüfungsantrags, insbesondere durch eine Veranlassung der ursprünglichen Verfahrensbevollmächtigten zur Niederlegung ihres Mandats, mit der Folge, dass sich die Ag nicht auf die Verfristung nach § 135 Abs. 2 GWB berufen könne, greifen ebenfalls nicht durch. Bezüglich der Markttäuschung erscheint mehr als fraglich, woraus sich diese angesichts der ordnungsgemäßen europaweiten Bekanntmachung ableiten soll. In Bezug auf die Mandatsniederlegung der zunächst von der ASt beauftragten Kanzlei wurde von der Ag nachvollziehbar erläutert, dass dies auf einen bestehenden Interessenskonflikt zurückzuführen war, der von Seiten der Kanzlei selbst bereinigt wurde. Zivilrechtliche Nichtigkeitsgründe, etwa gemäß § 134 BGB, oder etwa ein Verbot zulasten der Ag, sich auf die Fristen des § 135 Abs. 2 GWB zu berufen, sind unter keinem Gesichtspunkt erkennbar.

4. Sonstige Nichtigkeitsgründe greifen ebenfalls nicht durch. Die Annahme eines kollusiven Zusammenwirkens zwischen Ag und Bg in bewusster Missachtung des Vergaberechts mit der Folge der Sittenwidrigkeit des Vertrages (§ 138 BGB) ist nach den vorstehenden Ausführungen und angesichts der Durchführung eines wettbewerblichen Verfahrens mit mehreren Bietern ebenso abwegig wie Verstöße gegen Beihilferecht aufgrund der Annahme marktunüblicher Konditionen bei der Preisbildung.

   Eine Nichtigkeit des Vertrages nach § 134 BGB wegen des Verstoßes gegen die gesetzgeberische Intention des § 68 SGB V, der aus Sicht der ASt nur eine partielle, nicht jedoch die volle Kostenerstattung erlaube, kann von der Kammer schon deshalb nicht festgestellt werden, weil insofern keine Rechte aus § 97 GWB betroffen sind, sondern – wenn überhaupt – sozialversicherungsrechtliche Normen tangiert werden, für welche die Zuständigkeit der Kammer nicht eröffnet ist.

5. Mangels Änderung des ursprünglich bekannt gemachten Auftrags kommt eine Kündigung i.S.d. § 133 Abs. 1 Nr. 1 GWB schon tatbestandlich nicht in Betracht, so dass die zwischen den Verfahrensbeteiligten umstrittene Frage, inwieweit sich aus dieser Norm ein bieterschützender Anspruch der ASt ableiten lässt bzw. inwieweit die Kammer zu einer entsprechenden Anordnung angesichts des vom Auftraggeber auszuübenden Ermessens befugt ist, dahinstehen kann.

**III.**

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 1, 2 und S. 4 GWB, § 80 VwVfG.

Danach hat die ASt als unterliegende Partei sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Ag zu tragen.

Es entspricht nicht der Billigkeit, der ASt auch die der Bg entstandenen Aufwendungen aufzuerlegen. Zwar hat die ASt mit ihren Anträgen u.a. auch deren Vertragsverhältnis gegenüber der Ag angegriffen, so dass ein direkter Interessengegensatz zur Bg besteht. Die Bg hat jedoch – abgesehen von der Teilnahme an der mündlichen Verhandlung - nicht am Verfahren mitgewirkt,

weder schriftsätzlich noch mündlich vorgetragen und auch keine Anträge gestellt und somit auch kein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Angesichts des Umfangs und der Komplexität der vergabe- und sozialversicherungsrechtlichen Fragestellungen, zu denen auch die Ag innerhalb kürzester Zeit Stellung nehmen musste, war eine anwaltliche Beratung angezeigt; ebenso aufgrund der Tatsache, dass massive Vorwürfe gegen die Ag vorgetragen wurden. Auch kommt der Aspekt der Waffengleichheit gegenüber der ebenfalls anwaltlich vertretenen ASt hinzu.

**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, einzu¬legen.

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 ange¬ben, 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