



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 4/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...],

- Antragsgegnerin -

wegen der Vergabe nicht-exklusiver Rabattverträge gem. § 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 Fischer auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2017 am 14. Februar 2017 beschlossen:

1. Der Antragsgegnerin wird untersagt, nicht-exklusive Rabattverträge über den Wirkstoff [...] auf der Grundlage des am [...] im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] bekanntgemachten Verfahrens abzuschließen.

2. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) und die der Antragstellerin zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

Zwischen den Verfahrensbeteiligten ist streitig, ob das bekanntgemachte Verfahren zum Abschluss nicht-exklusiver Arzneimittelrabattvereinbarungen zum Wirkstoff [...] in den Anwendungsbereich des Vierten Teils des GWB fällt.

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag), eine gesetzliche Krankenkasse, machte am [...] im Supplement zum Amtsblatt der EU [...] den beabsichtigten Abschluss nicht-exklusiver Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zu diversen Arzneimittelwirkstoffen im Rahmen eines sog. „Open-House-Verfahrens“ gemeinschaftsweit bekannt. Angestrebt wird, mit jedem pharmazeutischen Unternehmen, das die Teilnahmevoraussetzungen erfüllt und die einheitlich vorgegebenen Vertragskonditionen akzeptiert, einen Rabattvertrag abzuschließen. Frühester Vertragsbeginn sollte der 1. Februar 2017, Vertragsende soll der 30. September 2018 sein; die Rabattverträge sollen schon vor dem 30. September 2018 enden, falls es der Ag gelingen sollte, einen exklusiven Rabattvertrag zu dem betreffenden Wirkstoff abzuschließen. Der Beitritt zum nicht-exklusiven Vertrag kann seitens der pharmazeutischen Unternehmen jederzeit erfolgen. Die Ag weist unter Ziff. III.1.1) der Bekanntmachung darauf hin, dass es sich nicht um einen öffentlichen Auftrag im Sinne der Richtlinie 2014/24/EU bzw. handle.

Die Wirkstoffe, auf die sich die Bekanntmachung der Ag bezieht, sind in einer Liste zusammengefasst, deren aktuelle Fassung im Projektraum des Vergabeportals von registrierten Unternehmen eingesehen werden kann [...]. Die Liste hat seit der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung des Verfahrens mehrere Änderungen erfahren. Während die Wirkstoffliste in ihrer ursprünglichen Fassung (Stand: 16. November 2016) den vorliegend alleine streitgegenständlichen Wirkstoff [...] nicht enthielt, nahm die Ag diesen zwei Wochen später mit in die Liste auf (Stand: 2. Dezember 2016), allerdings ohne die Indikation [...]. In der kurze

Zeit später erneut geänderten Wirkstoffliste (Stand: 19. Dezember 2016) fand [...] Erwähnung wie folgt:

„[...] (ausgenommen zur Behandlung von [...])

[...] (einschließlich zur Behandlung von [...])“

[...] wird insbesondere zur Behandlung von [...] und von [...] eingesetzt. Der Wirkstoff [...] war als solcher bis zum [...] patentrechtlich geschützt. Dem lag das Ergänzende Schutzzertifikat [...] zugrunde, welches auf Grundlage des EU-Patents EP [...] erteilt worden war. Inhaberin des Schutzzertifikats war die [...], die mit der Antragstellerin (ASt) konzernverbunden ist. Die Indikation [...] ist am [...] patentfrei geworden. Aktuell besteht für [...] patentrechtlicher Schutz bis zum [...] durch das EU-Patent [...], das die Indikation [...] zum Gegenstand hat und dessen exklusive Lizenznehmerin aller Patentmitinhaber die [...] ist. Der [...] vertreibt den Wirkstoff unter dem Handelsnamen [...], der sowohl für die patentgeschützte als auch für die patentfreie Indikation zugelassen ist. Das Verhältnis der Verordnungen der patentgeschützten Indikation zur patentfreien Indikation liegt bundesweit bei rd. einem Drittel zu zwei Dritteln.

Bereits im Jahr 2014 hatte die Ag versucht, nicht-exklusive Rabattverträge über den Wirkstoff [...] abzuschließen [...]. Aufgrund des zum damaligen Zeitpunkt noch bestehenden umfassenden Patentrechtsschutzes kamen als geeignete Anbieter allerdings nur die Patentrechtsinhaberin selbst oder Re-Importeure in Betracht. Nach Angaben der Ag waren bei ihr keine Vertragsangebote eingegangen.

In einer E-Mail vom 7. Dezember 2016 bat die ASt die Ag um Übersendung der Vertragsunterlagen zum aktuellen Verfahren. Die ASt fügte der E-Mail die von der Ag in der Bekanntmachung vom 16. November 2016 geforderten Eignungsnachweise bei. Die Ag lehnte eine Übersendung der Vergabeunterlagen in ihrer E-Mail vom 12. Dezember 2016 jedoch ab. Zur Begründung führte die Ag aus, die Prüfung der eingereichten Eignungsnachweise habe ergeben, dass das von der ASt angebotene Produkt [...] nicht zum Beschaffungsbedarf des Open-House-Verfahrens gehöre, weil es auch zur Behandlung von [...] zugelassen sei.

Mit Schreiben vom 15. Dezember 2016 rügte die ASt das Verfahren als vergaberechtswidrig. Die ASt machte insbesondere geltend, dass die von der Rechtsprechung definierten Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Open-House-Verfahren nicht erfüllt seien. Denn aus

patentrechtlichen Gründen sei es nicht allen interessierten Anbietern möglich, sich an der Ausschreibung zu beteiligen. Zu dem Rügeschreiben nahm die Ag inhaltlich nicht Stellung.

Am 20. Dezember 2016 stellten die [...] und die [...] beim Sozialgericht [...] einen Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung, der, soweit vorliegend von Interesse, darauf abzielte, der Ag zu untersagen, „auch über den 22. Dezember 2016 hinaus Open-House-Verfahren für Arzneimittel.....mit dem internationalen Freinamen (INN) [...] oder ein pharmazeutisch verwendbares [...] davon zu veröffentlichen oder durchzuführen, ohne dabei alle Maßnahmen zu ergreifen, die angemessen und erforderlich sind, um die Verwendung einer unter Rabattverträgen der Ag abgegebenen Genehmigung die Behandlung von [...] zu verhindern...“. Das Sozialgericht erließ am [...] einen sog. „Hängebeschluss“ [...].

Mit E-Mail vom 20. Dezember 2016 informierte die Ag alle registrierten Nutzer darüber, bis zum 6. Januar 2017 keine Open-House-Verträge über den Wirkstoff [...] abschließen zu wollen. Am darauffolgenden Tag, dem 21. Dezember 2016, veröffentlichte die Ag über die Vergabeplattform eine aktualisierte Wirkstoffliste, aus der hervorging, dass „*Vertragschlüsse für [...].....momentan ausgesetzt (sind).*“ Am gleichen Tag setzte die Ag die ASt über diese Entscheidung per E-Mail gesondert in Kenntnis.

Am 23. Dezember 2016 stellte die Ag auf der Vergabeplattform die Erklärung ein, „*aufgrund einer momentan anhängigen gerichtlichen Auseinandersetzung ...bis auf weiteres nicht berechtigt (zu sein), OpenHouse-Verträge zum Arzneimittelwirkstoff [...] abzuschließen. Dies (gelte) sowohl für den patentgeschützten Bereich der Behandlung [...] als auch für die Behandlung aller anderen Erkrankungen mit diesem Wirkstoff. Bis zu einer abschließenden Erklärung bitten wir Sie um Geduld....*“

Auf die Beschwerde der Ag hin hob das Landessozialgericht [...] mit Beschluss vom [...] den Hängebeschluss des Sozialgerichts [...] auf, ohne in der Sache selbst zu entscheiden. Der Rechtsstreit ist derzeit vor dem Sozialgericht [...] anhängig.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Januar 2017 beantragte die ASt die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.
 - a) Nach Ansicht der ASt ist der Nachprüfungsantrag statthaft. Die von der Rechtsprechung des EuGH (Urt. v. 2.6.2016, Rs. C-410/14) und der nationalen Nachprüfungsinstanzen

aufgestellten Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Open-House-Verfahren lägen nicht vor. Danach sei Voraussetzung für ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren, dass dieses ohne Auswahlentscheidung allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern offenstehe und dass die Vertragsbedingungen rechtmäßig und zumutbar seien.

Ein jederzeitiges Beitrittsrecht aller geeigneten Unternehmen bestehe vorliegend nicht. Die Ag habe der ASt den Beitritt verweigert, indem sie ihr mit E-Mail vom 12. Dezember 2016 eine Übersendung der Vergabeunterlagen mit dem Argument verweigert habe, das Produkt [...] decke nicht die Nachfrage der Ag.

Den Generika-Anbietern, die eine Zulassung für die patentfreie Indikation [...] erhalten haben, sei ein Beitritt zum Vertrag bis zum 28. Oktober 2021 aus patentrechtlichen Gründen zulässigerweise nicht möglich. Der Zuschnitt der Ausschreibung in Verbindung mit den SGB V-Vorschriften stelle nämlich nicht sicher, dass [...] nur im patentfreien Bereich der [...] abgegeben werde. Es werde immer wieder vorkommen, dass [...] in der patentgeschützten [...]Indikation verschrieben werde, ohne dass aus der ärztlichen Verordnung erkennbar sei, für welche Indikation [...] verschrieben worden sei. Ohne hinreichende Maßnahmen würden daher die von Generika-Anbietern auf den Markt gebrachten Arzneimittel aufgrund der Substitution nach § 129 Abs. 1 SGB V auch im patentgeschützten [...]Bereich abgegeben werden. Der Mechanismus der „wilden Substitution“ sei bereits durch die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf aufgegriffen worden. Die vom Senat diskutierte Problematik der nicht nach Indikationen unterscheidenden Arzt- und Apothekensoftware bestehe unverändert fort. Im Anbieten und Liefern des generischen Arzneimittels liege aufgrund der Substitutionsverpflichtung des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V eine mittelbare Patentverletzung, denn dadurch werde das Generikum vorhersehbar auch im patentgeschützten Bereich abgegeben. Die Generika-Anbieter dürften sich daher nicht beteiligen, so dass die von der Rechtsprechung vorausgesetzte Offenheit des Vertrags für alle interessierten Unternehmen nicht gegeben sei.

Darüber hinaus werde die ASt durch die bekanntgemachten einheitlichen Vertragskonditionen diskriminiert. Während die Generika-Anbieter einen Rabatt nur auf die patentfreie Indikation (d.h. [...]) gewähren müssten, müsse die ASt faktisch einen Rabatt in gleicher Höhe auch auf die patentgeschützte Indikation entrichten. Hierdurch werde der ASt ein Sonderopfer auferlegt.

Die ASt habe Interesse am Auftrag, das sie durch das Abfordern der Unterlagen und durch die Rüge nachgewiesen habe, § 160 Abs. 2 GWB. Durch die im unregelmäßigem Verfahren vorgegebenen diskriminierenden Regelungen werde die ASt in ihren Rechten verletzt. Ferner liege ein Verstoß gegen § 122 Abs. 1 und 2 GWB vor, sofern die Ag es unterlasse, Generika-Anbieter aufgrund mangelnder (patentrechtlicher) Leistungsfähigkeit auszuschließen. Außerdem liege eine missbräuchliche Anwendung einer Rahmenvereinbarung vor, § 21 Abs. 1 S. 3 VgV.

Ein Schaden (§ 160 Abs. 2 Satz 2 GWB) sei der ASt schon durch die Weigerung der Ag entstanden, ihr die Vertragsunterlagen zur Verfügung zu stellen. Ein Schadenseintritt drohe aber auch deshalb, weil die ASt bei einer regulären Ausschreibung die Chance auf einen exklusiven Zuschlag hätte. Zudem hätte die Ag in einem vergaberechtskonformen Verfahren dafür Sorge zu tragen, dass die Patentrechtslage nicht zu Lasten der ASt außer Acht gelassen werde.

Eine Rügeobliegenheit habe aufgrund des Verzichts der Ag auf Durchführung eines den Regelungen der §§ 98 ff. GWB entsprechenden Vergabeverfahrens nicht bestanden. Gleichwohl habe die ASt vorsorglich mit Schreiben vom 16. Dezember 2016 eine Rüge angebracht.

Begründet sei der Nachprüfungsantrag schon deshalb, weil ein unregelmäßiges Verfahren durchgeführt werde, obwohl die Voraussetzungen für ein Open-House-Verfahren nicht vorlägen. Dadurch würden Bieterrechte entzogen. Hinzu komme die mangelnde Berücksichtigung der Patentrechtslage, was einen Verstoß gegen § 97 Abs. 1, 2 GWB, § 122 Abs. 1, 2 GWB, § 21 Abs. 1 S. 3 VgV und § 127 GWB, § 58 VgV darstelle. Das OLG Düsseldorf habe bereits im vergleichbaren Fall zum Wirkstoff [...] entschieden, dass den Besonderheiten bei teilweise patentgeschützten Wirkstoffen Rechnung zu tragen sei.

Die ASt beantragt,

1. es der Ag zu untersagen, in dem Vergabeverfahren zum Abschluss von wirkstoffbezogenen Rabattvereinbarungen nach § 130a SGB V, das sie

mit [...] begann und zum 02.12.2016 um weitere medizinische Wirkstoffe ergänzte, Rabattvereinbarungen zum Wirkstoff [...] abzuschließen,

2. der Ag aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das vorgenannten Vergabeverfahren zum Wirkstoff [...] in den Stand vor der EU-Bekanntmachung zurückzusetzen und Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zu diesem Wirkstoff erst nach Durchführung eines gemäß den §§ 97 ff. GWB und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer ausgestalteten Vergabeverfahrens abzuschließen,
3. der ASt Einsicht in die dem Verfahren zugrundeliegenden Unterlagen (Vergabeakte) zu gewähren,
4. der Ag die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der ASt für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen,
5. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der ASt für notwendig zu erklären,
6. die Ag unverzüglich in Textform über den Nachprüfungsantrag zu benachrichtigen und anzuweisen, im o.g. Vergabeverfahren vor einer Entscheidung der Kammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 172 Abs. 1 GWB keinen Zuschlag zu erteilen.

b) Die Ag beantragt

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen.

Die Ag hält den Nachprüfungsantrag für unzulässig. Das Verfahren erfülle die von der Rechtsprechung an ein vergaberechtsfreies Open-House-Verfahren gestellten Anforderungen, sei daher einer Nachprüfung durch die vergaberechtlichen Nachprüfungsinstanzen entzogen. Der von der ASt skizzierten Gefahr von Patentrechtsverletzungen durch die Generika-Hersteller werde sie ggf. durch eine Information der Ärzte und der Kassenärztlichen Vereinigungen über die Patentrechtslage begegnen.

Die ASt werde nicht diskriminiert. Die Wirkstoffliste mit Stand: 2. Dezember 2016 habe [...] nur in der patentfreien Indikation aufgeführt. Zu diesem Zeitpunkt habe der Beschaffungsbedarf der Ag das Präparat [...] der ASt nicht umfasst. Vor diesem Hintergrund sei die Weigerung der Ag in ihrer E-Mail vom 12. Dezember 2016 folgerichtig gewesen. Mit der am 19. Dezember 2016 erfolgten Erweiterung der Wirkstoffliste um [...] auch für die patentgeschützte Indikation habe die Ag den Beschaffungsbedarf auch auf die patentgeschützte Indikation ausgedehnt. Ausgehend hiervon sei es der ASt ermöglicht worden, ein Angebot abzugeben.

Die Ag habe das Verfahren am 20. Dezember 2016 bis zu einer abschließenden gerichtlichen Klärung ausgesetzt.

Die ASt habe kein Interesse am Auftrag. Obwohl die ASt schon seit der gemeinschaftsweiten Bekanntmachung vom [...] die Gelegenheit gehabt habe, mit ihr einen nicht-exklusiven Rabattvertrag zum Wirkstoff [...] abzuschließen, habe weder die ASt selbst noch eines der mit ihr konzernverbundenen Unternehmen ein Angebot abgegeben.

Soweit die Ag zunächst schriftsätzlich Zweifel an der Aktivlegitimation der ASt äußerte, da es in dem vor dem Sozialgericht [...] geführten Verfahren die [...] und die [...] gewesen seien, welche die Inhaberschaft des Patents und des ergänzenden Schutzzertifikats für [...] für sich beansprucht hätten, so hielt sie diese in der mündlichen Verhandlung nicht aufrecht.

3. Der ASt ist antragsgemäß Akteneinsicht im gesetzlich zulässigen Umfang (§ 165 Abs. 2 GWB) gewährt worden. In der mündlichen Verhandlung am 31. Januar 2017 hatten die Verfahrensbeteiligten die Gelegenheit, ihre Standpunkte zu erläutern und zu vertiefen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig und begründet.
 - a) Rabattverträge nach § 130a Abs. 8 SGB V durch gesetzliche Krankenkassen, die öffentliche Auftraggeber sind, stellen Rahmenvereinbarungen dar, die grundsätzlich nach den

für öffentliche Aufträge geltenden Regeln zu vergeben sind, § 103 Abs. 5 GWB. Diese grundlegende Einordnung ist gängige Rechtsprechung (vgl. ausführlich hierzu etwa OLG Düsseldorf, Beschl. v. 11. Januar 2012 – VII Verg 57/11). Folglich ist für den Abschluss von Rabattverträgen grundsätzlich ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Als Ausnahme von diesem Grundsatz ist von der Rechtsprechung anerkannt, dass es reine Zulassungsverfahren geben kann, die einem Beschaffungsvorgang durch einen öffentlichen Auftraggeber den Charakter des öffentlichen Auftrags nehmen. Sie können folglich ohne Anwendung des Vergaberechts durchgeführt werden. Die Voraussetzungen hierfür wurden im Vorlagebeschluss des OLG Düsseldorf (Beschl. v. 13. August 2014 – VII Verg 13/14) sowie in der daraufhin ergangenen Entscheidung des EuGH (Urt. v. 2. Juni 2016 – Rs. C-410/14) definiert. Das zentrale Merkmal für ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren ist das Fehlen einer Auswahlentscheidung zwischen mehreren Angeboten. Für alle geeigneten Marktteilnehmer muss die Möglichkeit bestehen, dem Vertrag jederzeit und zu gleichen Bedingungen beizutreten. Nur dann gibt es keinen Bedarf, nach Vergaberecht zu verfahren, und nur in diesem Fall ist eine Ausnahme von der Regel gerechtfertigt.

An einem diskriminierungsfreien Zugang aller geeigneten Marktteilnehmer zu gleichen Bedingungen fehlt es vorliegend. Der ASt ist es nicht möglich, einen Rabattvertrag zur patentfreien Indikation von [...] abzuschließen.

Die Ag hat in der mündlichen Verhandlung vor der Vergabekammer auf Nachfrage zu Protokoll erklärt, dass die ASt sich nach dem derzeitigen Stand der Wirkstoffliste (Stand: 21. Dezember 2016) ausschließlich in der Kategorie „[...]*(einschließlich...[...])*“ an dem streitgegenständlichen Verfahren beteiligen kann. Was die weitere Kategorie, „[...] *(ausgenommen [...])*“, anbelange, so entspräche das Produkt der ASt, [...], nicht dem Beschaffungsbedarf der Ag, da in dieser Kategorie ausschließlich Präparate ohne die [...] Zulassung beschafft werden sollten. Da [...] auch für [...] zugelassen sei, falle es nicht unter den von ihr definierten Beschaffungsbedarf. Die ASt sei vor dem Hintergrund des so definierten Beschaffungsbedarfs insoweit als nicht geeignet anzusehen.

Indem die Ag es der ASt faktisch unmöglich gemacht hat, sich mit dem Produkt [...] auf die Kategorie „[...] *(ausgenommen..... [...])*“ an dem Verfahren zu beteiligen, hat die Ag der ASt die Möglichkeit des gleichen Zugangs zum Vertrag zu gleichen Bedingungen

verwehrt. Das von der ASt vertriebene Produkt [...] ist sowohl für die patentfreie Indikation als auch für die patentgeschützte Indikation zugelassen. Deshalb wäre es der ASt grundsätzlich ohne weiteres möglich gewesen, sich in Bezug auf beide Indikationen an dem Verfahren zu beteiligen. Die Möglichkeit, sich auf eines oder beide Kategorien zu bewerben, hat die Ag der ASt jedoch für die Kategorie [...] (ausgenommen....[...]) genommen. Die Ausnahmevoraussetzungen des vergabefreien Open-House-Modells liegen daher mangels gleicher Zugangsmöglichkeiten für alle Marktteilnehmer zu einheitlichen Vorgaben nicht vor. Der Beschaffungsvorgang ist bereits deswegen als vergaberechtswidrige De-facto-Vergabe zu qualifizieren. Darauf, ob es auch den Generika-Anbietern aus patentrechtlichen Gründen verwehrt ist, einen Rabattvertrag abzuschließen, kommt es nicht mehr an.

Dass es vergaberechtlich zu missbilligen ist, einem an sich geeigneten Bieter eine Teilnahme an der Ausschreibung unmöglich zu machen, hat das OLG Düsseldorf in einer Entscheidung vom 14. September 2016 (VII-Verg 1/16) klargestellt, die den Wirkstoff [...] betraf. Der Wirkstoff [...] ist teilweise patentgeschützt, teilweise patentfrei. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hatte eine gesetzliche Krankenkasse den Wirkstoff [...] parallel in zwei Vergabeverfahren öffentlich ausgeschrieben. Die eine Ausschreibung betraf den Wirkstoff [...] ausschließlich für die patentfreie Indikation, die andere den Wirkstoff [...] ausschließlich für die patentgeschützte Indikation. Auf die Beschwerde der Patentinhaberin kam das Gericht in seiner Entscheidung zu dem Ergebnis, dass die Patentinhaberin durch die Begrenzung der Ausschreibung auf Arzneimittel mit dem Wirkstoff [...], die ausschließlich für die patentfreien Indikationen zugelassen sind, diskriminiert worden sei. Denn die Patentinhaberin konnte nur auf die patentgeschützte Indikation ein Angebot abgeben, nicht aber auf die patentfreie Indikation. Hierin lag nach Ansicht des OLG Düsseldorf die Diskriminierung des Originators begründet.

- b) Der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags steht nicht entgegen, dass die Ag unter dem 21. Dezember 2016 die Interessenten darüber informiert hat, bis zu einer gerichtlichen Klärung keine Rabattverträge über [...] abschließen zu wollen. Hierdurch hat sie ihre Beschaffungsabsicht nicht aufgegeben und das Vergabeverfahren auch nicht eingestellt.

Ein Nachprüfungsantrag kann grundsätzlich zulässigerweise nur gestellt werden, solange ein Vergabeverfahren läuft. Hat der öffentliche Auftraggeber seine

Beschaffungsabsicht aufgegeben, besteht grundsätzlich kein Raum mehr für das auf die Gewährung von Primärrechtsschutz gerichtete Nachprüfungsverfahren. Dies folgt mittelbar aus der Vorschrift des § 168 Abs. 2 Satz 2 GWB, der zufolge nur noch ein auf Feststellung gerichteter Nachprüfungsantrag zulässig ist, sofern sich das Nachprüfungsverfahren durch Erteilung des Zuschlags, durch Aufhebung, durch Einstellung des Vergabeverfahrens oder in sonstiger Weise erledigt hat.

Vorliegend hat die Ag zwar unter dem 21. Dezember 2016 die Interessenten darüber in Kenntnis gesetzt, das Verfahren in Bezug auf [...] nicht weiter betreiben zu wollen. Ausschlaggebend für diesen Schritt war der Erlass eines sog. „Hängebeschlusses“ durch das Sozialgericht [...]. Deshalb teilte die Ag in dem an die Interessenten gerichteten Schreiben einschränkend mit, dass das Verfahren ruhen soll „bis zu einer abschließenden gerichtlichen Klärung“. Der Hängebeschluss des Sozialgerichts ist allerdings durch den Beschluss des Landessozialgerichts [...] aufgehoben worden. Den Ausführungen der Verfahrensbeteiligten vor der Vergabekammer zufolge ist der Rechtsstreit derzeit vor dem Sozialgericht [...] anhängig. Nach dem Vortrag der ASt, der von der Ag nicht bestritten wurde, würde das sozialgerichtliche Gerichtsverfahren die Ag aus Rechtsgründen nicht daran hindern, Rabattverträge über [...] abzuschließen. Dem Abschluss von Rabattverträgen steht folglich nur das durch das vorliegende Nachprüfungsverfahren ausgelöste Zuschlagsverbot (§ 169 Abs. 1 GWB) entgegen. Die Ag erklärte in der mündlichen Verhandlung, die Wirkstoffliste binnen kürzester Zeit um [...] ergänzen zu können. Ausgehend hiervon ist festzustellen, dass die Beschaffungsabsicht der Ag fortbesteht.

Gleichzeitig ist damit festzustellen, dass es der ASt auch nicht an einem allgemeinen Rechtsschutzbedürfnis fehlt, denn nach Wegfall des gesetzlichen Zuschlagsverbots des § 169 Abs. 1 GWB wäre ein Vertragsabschluss rechtlich jederzeit möglich. Die Ag hat nicht zugesagt, bis zur rechtskräftigen Klärung vor den Sozialgerichten keine Verträge abzuschließen, sondern sich lediglich allgemein auf eine „gerichtliche Klärung“ bezogen, womit auch das vorliegende Nachprüfungsverfahren gemeint sein könnte.

- c) Die Zulässigkeitsvoraussetzungen im Übrigen liegen vor. Die ASt ist antragsbefugt (§ 160 Abs. 2 GWB). Ihr Interesse am Auftrag und die Verletzung in bieter eigenen Rechten, durch die ihr ein Schaden zu entstehend droht, hat sie hinreichend dargetan. Außerdem hat die ASt den Vergaberechtsverstoß mit anwaltlichem Schriftsatz vom 15. Dezember

2016 vorsorglich gerügt, ungeachtet dessen, ob überhaupt eine Rügeobliegenheit bestand. Die Rechtsbehelfsfrist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde mangels Nichtabhilfemitteilung der Ag auf die Rüge der ASt vom 15. Dezember 2016 nicht ausgelöst.

2. Der Nachprüfungsantrag ist begründet.

Die Aktivlegitimation der ASt ist nicht zweifelhaft. Der ASt ist die Nutzung der patentrechtlichen Schutzrechte in Deutschland durch die Rechteinhaber exklusiv gestattet worden. Daher hat die ASt die Befugnis, zum Schutz der ihr übertragenen Rechte einen Nachprüfungsantrag zu stellen.

Wie ausgeführt, liegen die Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Open-House-Verfahren nicht vor. Die Ag hätte die von ihr nachgefragten Rabattverträge zum Wirkstoff [...] in einem regelhaften Vergabeverfahren (§§ 97 ff. GWB) ausschreiben müssen. Durch den Verzicht auf die Durchführung eines regelhaften Vergabeverfahrens hat die Ag die Rechtsschutzmöglichkeiten der ASt beeinträchtigt, auch wenn es zum Abschluss einer vergaberechtswidrigen De-facto-Vergaben nicht gekommen ist. Aufgrund des begründeten Nachprüfungsantrags ist es der Ag untersagt, im Rahmen des vorliegenden Verfahrens Rabattverträge über [...] abzuschließen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 182 Abs. 3, Abs. 4 GWB, § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG. Der Ag als Unterliegenden sind die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) aufzuerlegen. Außerdem hat die ASt der Ag die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen zu erstatten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen im sozialversicherungsrechtlichen Kontext, deren Komplexität und Schwierigkeiten eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt,

beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzu-
legen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegrün-
dung 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 Be-
schwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Verga-
bekammer. 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