



2. Vergabekammer des Bundes

VK 2 - 6/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...],

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...],

gegen

[...]

wegen der Vergabe Abschluss nicht-exklusiver Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V zum Wirkstoff [...] hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Fischer auf die mündliche Verhandlung vom 31. Januar 2017 am 6. Februar 2017 beschlossen:

1. Den Antragsgegnerinnen wird untersagt, im laufenden Beschaffungsverfahren Verträge abzuschließen.
2. Die mit den Beigeladenen geschlossenen Verträge werden für unwirksam erklärt.
3. Den Antragsgegnerinnen wird gemäß § 169 Abs. 3 GWB untersagt, in Bezug auf das vorliegende Beschaffungsvorhaben den zuständigen Stellen Daten zu melden, die diese zur Einspielung von Rabattvereinbarungen gemäß § 130 a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel zu dem Wirkstoff [...] in die Apothekensoftware benötigen. Der Antrag der Antragstellerin, den Antragsgegnerinnen aufzugeben, bereits gemeldete Daten zu korrigieren und den

zuständigen Stellen mitzuteilen, dass geschlossene Verträge unwirksam sind, wird zurückgewiesen.

4. Die Antragsgegnerinnen tragen die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) gesamtschuldnerisch.
5. Die Antragsgegnerinnen tragen die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag) haben mit europaweiter Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU am [...] ihre Absicht bekannt gemacht, Rabattvereinbarungen nach § 130 a Abs. 8 SGB V für den Wirkstoff [...] abzuschließen [...]. Hierfür nutzten die Ag das Bekanntmachungsformular, das für die Vergabe von Lieferaufträgen im offenen Verfahren nach der bis zum 17. April 2016 geltenden Rechtslage einschlägig war und sich auf die Richtlinie 2004/18/EG bezieht. In Ziffer „II.1.5) Kurze Beschreibung des Auftrags oder Beschaffungsvorhabens“ wird das Beschaffungsvorhaben wie folgt beschrieben:

„[...] beabsichtigt, ein europaweites, offenes Vergabeverfahren zu Präparaten mit dem Wirkstoff [...] mit Vertragsstart zum 01.01.2018 durchzuführen. Für den Zeitraum bis zum 31.12.2017 beabsichtigt die [...], nicht-exklusive Rabattvereinbarungen nach § 130 a Abs. 8 SGB V zu diesem Wirkstoff zu schließen. Bis zum Start exklusiver Verträge steht diese Übergangsvereinbarung allen Marktteilnehmern zum Beitritt offen, letztmalig jedoch aufgrund der Fristen zum 10.11.2017. Die Vertragsunterlagen, die teilnehmenden Krankenkassen und deren Umsätze sowie die Termine für die Meldung des Vertrags sind auf dem Vergabeportal der [...] unter [...] nach erfolgter Registrierung für diesen Vertrag einzusehen und herunterzuladen.“

Als Verfahrensart wurde „offen“ angegeben (Ziffer IV.1.1)). Als Schlusstermin für den Eingang von Angeboten wurde unter Ziffer IV.3.4) der 10.11.2017 angegeben. Unter Ziffer „VI.4) Rechtsbehelfsverfahren/Nachprüfungsverfahren“ sind keine Einträge vorhanden. Der Rabattvertrag, der unter der angegebenen Internetadresse abrufbar ist, regelt in § 3 den „Vertragsgegenstand“ wie folgt:

„Gegenstand des Vertrages ist die Gewährung eines Rabatts nach § 130 a Abs. 8 SGB V für die zu Lasten der Krankenkassen verordnungsfähigen und über öffentliche Apotheken oder Versandapotheken abgegebenen Arzneimittel des Herstellers mit dem Wirkstoff [...].“

§ 4 regelt im Einzelnen die „*Rabattgewährung*“ und die Berechnung der Basis, auf welche sich die Rabatthöhe bezieht. Dabei wird unterschieden zwischen zwei Konstellationen:

- „*Konstellation A: Packungen mit generischer Indikation*“, die einen Grundrabatt in Höhe von 17,5 %, bezogen auf die vorgegebene Basis, vorsieht;
- „*Konstellation B: Packungen mit patentgeschützter Indikation*“, für die ein Grundrabatt in Höhe von 7,5 % zu gewähren ist (§ 3 Abs. 4). In § 3 Abs. 5 wird ausgeführt, welche Indikationen unter die patentgeschützte Indikation fallen, nämlich die Indikation [...]. Hierfür habe eine Analyse für alle Patienten der teilnehmenden Kassen aus dem Jahr 2015 ergeben, dass 33,85 % aller Patienten auf diese Indikation entfielen. Um die Abrechnung zu vereinfachen, werde auf Basis dieser Erkenntnisse der realen Versorgungsrealität die Abrechnung für die Unternehmen gesplittet, die sowohl die generische wie die patentgeschützten Indikationen anbieten. Es wird im Einzelnen dargelegt, dass der Rabatt sich in der Konstellation B zu 66,15 % nach der in Konstellation A vorgegebenen Rabatthöhe berechnet und zu 33,85 % zu der in Konstellation B vorgegebenen Rabatthöhe.

§ 6 des Rabattvertrags regelt „*Informationspflichten/Verschwiegenheit*“. Danach ist in Abs. 1 Folgendes vorgesehen:

„(...) Darüber hinaus wird die [...] zum Vertragsstart alle relevanten Verordner in einem Schreiben u.a. über folgende Punkte in Kenntnis setzen:

I. Für den Wirkstoff [...] gibt es patentfreie und patentgeschützte Indikationen.

II. Übersicht der Präparate mit Rabattvertrag sowie deren Indikationen

III. Eine Verordnung in den patentgeschützten Indikationen hat unter Verwendung der dort zugelassenen Präparate zu erfolgen – idealerweise mit Setzung des „Aut-Idem“ Kreuzes“

Die Antragstellerin (ASt) ist [...] der in Deutschland die exklusive Nutzung von patentrechtlichen Schutzrechten am Wirkstoff [...] gestattet ist. Der Wirkstoff [...] war als solcher bis zum 21. Dezember 2016 patentrechtlich geschützt. Dem lag das Ergänzende Schutzzertifikat [...] zugrunde, welches auf Grundlage des EU-Patents EP [...] erteilt worden war. Inhaberin des Schutzzertifikats ist [...], die mit der ASt konzernverbunden ist. Aktuell besteht für [...] bis zum 26. Oktober 2021 patentrechtlicher Schutz durch das EU-Patent [...], das die Indikation [...] zum Gegenstand hat und dessen exklusive

Lizenznehmerin aller Patentmitinhaber die [...] ist. Die Indikation [...] ist am 21. Dezember 2016 patentfrei geworden.

Die ASt beanstandete das Vorgehen der Ag mit Schreiben vom 30. Dezember 2016 ohne Anerkennung einer förmlichen Rügeobliegenheit als vergaberechtswidrig, da die vom Europäischen Gerichtshof aufgestellten Voraussetzungen für sog. Open-House-Modelle nicht gegeben seien. Die Ag hätten der für [...] bestehenden patentrechtlichen Schutzlage nicht ausreichend Rechnung getragen. Die Ag lehnten es mit Schreiben vom 4. Januar 2017 ab, dem Rügevorbringen zu entsprechen, da Open-House-Modelle nicht dem Vergaberecht unterfielen. Patentverletzungen würden durch die im Rabattvertrag vorgesehenen Regelungen verhindert, der Abrechnungsmechanismus führe dazu, dass Arzneimittel für die patentfreien Indikationen von Patentinhabern, Parallelimporteuren und Generika-Herstellern gleichermaßen zu identischen Bedingungen Vertragsgegenstand seien.

Am 5. Januar 2017 schlossen die Ag die ersten beiden Rabattverträge mit zwei der beigeladenen Unternehmen.

2. Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 13. Januar 2017 stellte die ASt einen Nachprüfungsantrag, den die Vergabekammer den Ag am selben Tag übermittelte.
 - a) Die ASt trägt zur Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags vor, die von der Rechtsprechung aufgestellten Voraussetzungen für ein vergaberechtsfreies Open-House-Modell lägen nicht vor. Ein jederzeitiges Beitrittsrecht im Sinne eines für alle interessierten Unternehmen offenen Vertrags bestehe nicht. Voraussetzung für ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren sei sowohl nach dem Vorlagebeschluss des Oberlandesgerichts Düsseldorf als auch nach der Entscheidung des EuGH, dass dieses ohne Auswahlentscheidung allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern offen stehe und dass ferner die Vertragsbedingungen rechtmäßig und zumutbar seien. Vorliegend stehe der Vertrag den Generika-Anbietern, die Zulassungen für die patentfreie Indikation [...] hätten, aber aus patentrechtlichen Gründen nicht offen; 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 werde. 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 Oberlandesgerichts Düsseldorf festgehalten worden. Die vom Senat diskutierte Problematik der nicht nach Indikationen unterscheidenden Arzt- und Apothekensoftware bestehe unverändert fort. Vorliegend sehe der Rabattvertrag schon keine Beschränkung auf patentfreie Indikationen vor. Das Schreiben an die Verordner sei ungeeignet zur Vermeidung der wilden Substitution. 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.

Was die ASt anbelange, so werde sie durch den Vertrag diskriminiert, denn die Teilnahme am Vertrag würde sich für sie im Vergleich zu den Generika-Anbietern wirtschaftlich unterschiedlich auswirken und deswegen zu einer Diskriminierung der ASt führen. Das Produkt der ASt, [...] müsse nach den Vorgaben des Rabattvertrags insgesamt rabattiert werden, um Vertragspartner werden zu können. Die ASt werde gezwungen, auch auf die bis 26. Oktober 2021 bestehende patentgeschützte Indikation einen Rabatt einzuräumen. Keiner der Generika-Anbieter müsse dieses Sonderopfer erbringen. Der ASt sei es aus europarechtlichen Gründen nicht möglich, ihre existierende Zulassung für [...] um eine Indikation zu reduzieren, eine Genehmigung für eine solche Doublette würde nicht erteilt. Die ASt habe bereits einen solchen Antrag auf eine Doublette bei der EU-Kommission gestellt, dieser Antrag sei abgelehnt worden.

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 unregulierten Verfahren vorgegebenen diskriminierenden Regelungen werde die ASt in ihren Rechten verletzt. Außerdem liege eine missbräuchliche Anwendung einer Rahmenvereinbarung vor, § 21 Abs. 1 S. 3 VgV. Der Schaden liege darin, dass die ASt bei einer regulären Ausschreibung die Chance auf einen exklusiven Zuschlag

hätte und dass die Ag in einem vergaberechtskonformen Verfahren dafür Sorge tragen müssten, dass die Patentrechtslage nicht zulasten der ASt außer Acht gelassen werde.

Begründet sei der Nachprüfungsantrag schon deshalb, weil ein ungeregeltes Verfahren durchgeführt werde, obwohl die Open-House-Voraussetzungen nicht vorlägen. Bieterrechte würden dadurch entzogen. Hinzu käme die bereits bei der Statthaftigkeit dargelegte 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 Oberlandesgericht Düsseldorf habe bereits im vergleichbaren Fall zum Wirkstoff [...] entschieden, dass den Besonderheiten bei teilweise patentgeschützten Wirkstoffen Rechnung zu tragen sei.

Rabattverträge, welche die Ag bereits vor Übermittlung des vorliegenden Nachprüfungsantrags geschlossen habe, seien nach beiden Fallgestaltungen von § 135 Abs. 1 GWB unwirksam. Die Ag müssten § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB erst recht gegen sich gelten lassen, weil sie unrechtmäßig ein ungeregeltes Vergabeverfahren durchführten. Die Vergabekammer habe in ihrem Beschluss vom 21. Januar 2015 (VK 2-113/14) bereits eine Rechtsschutzlücke erkannt, die aus der Nichteinhaltung einer Wartefrist bei unrechtmäßig als Open-House geführten Verfahren resultiere, und die Einhaltung einer Wartefrist nahegelegt. Vorliegend habe die EU-Bekanntmachung keine Wartefrist, vor deren Ablauf kein Zuschlag erfolgen werde, benannt. Damit sei es zufallsabhängig, ob ein Nachprüfungsantrag noch rechtzeitig vor dem ersten Zuschlag eingereicht werden könne. Genau diese Konstellation wolle § 135 Abs. 1 Nr. 1 GWB verhindern. Auch § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB sei gegeben, denn die formlose und leere EU-Bekanntmachung, welche die Ag veröffentlicht hätten, stelle keine Bekanntmachung i.S.v. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB dar; hierunter könne nur eine korrekte Bekanntmachung fallen.

Der Antrag auf einstweilige Maßnahmen nach § 169 Abs. 3 GWB rechtfertige sich daraus, dass die Meldung geschlossener Verträge in die Apothekensoftware sofort nach Listung zu einer Substitution nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V zu Lasten der ASt führten. Die Meldungen könnten nur mit erheblichem zeitlichem Nachlauf rückgängig gemacht werden. Der ASt könne hierdurch erheblicher wirtschaftlicher Schaden entstehen.

Die ASt beantragt:

1. es den Antragsgegnerinnen zu untersagen, in dem Vergabeverfahren zum Abschluss wirkstoffbezogener Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V, das sie mit EU-Bekanntmachung [...] begonnen haben, Rabattvereinbarungen zum Wirkstoff [...] abzuschließen;
2. den Antragsgegnerinnen aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das vorgenannte 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. gemäß § 135 Abs. 1 GWB festzustellen, dass Rabattverträge, die die Antragsgegnerinnen vor Übermittlung dieses Nachprüfungsantrags an die Antragsgegnerinnen mit pharmazeutischen Unternehmen in dem vorgenannten Vergabeverfahren abgeschlossen haben, von Anfang an unwirksam sind;
4. der Antragstellerin Einsicht in die dem Verfahren zugrundeliegenden Unterlagen (Vergabeakte) zu gewähren;
5. den Antragsgegnerinnen die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
6. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.
7. die Antragsgegnerinnen unverzüglich in Textform (Faxnummer oben auf Seite 1) über den Nachprüfungsantrag zu benachrichtigen und anzuweisen, im vorgenannten Vergabeverfahren vor einer Entscheidung der Kammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 172 Abs. 1 GWB keinen Zuschlag zu erteilen.
8. soweit Rabattvereinbarungen zum Wirkstoff [...] mit den Antragsgegnerinnen bereits abgeschlossen sind, ihnen einstweilen zu untersagen, den zuständigen Stellen die Daten zu melden, die diese zur Einspielung von Rabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 GWB für Arzneimittel zu dem Wirkstoff [...] in die Apothekensoftware benötigen;
9. soweit solche Rabattvereinbarungen bereits den zuständigen Stellen gemeldet sind, den Antragsgegnerinnen aufzugeben, unverzüglich den zuständigen Stellen mitzuteilen, dass diese Rabattvereinbarungen unwirksam sind und nicht in der Apothekensoftware als Begründung für die Ausweisung/ Kennzeichnung von

Rabattarzneimitteln herangezogen werden dürfen und entsprechende Meldungen zu korrigieren und rückgängig zu machen sind.

b) Die Ag beantragen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird als unzulässig verworfen.
2. Hilfsweise: der Nachprüfungsantrag wird einschließlich der Anträge zu 8) und 9) zurückgewiesen.
3. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Ag. Für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung.
4. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag. wird für notwendig erklärt.

Der Nachprüfungsantrag sei nicht statthaft. Der EuGH habe für die Zulässigkeit des Open-House-Modells allein darauf abgestellt, ob der Auftraggeber eine Auswahlentscheidung treffe. Dies sei hier nicht der Fall. Ohne Auswahlentscheidung liege kein öffentlicher Auftrag vor, der aber nach § 160 Abs. 2 GWB Voraussetzung für eine Entscheidung der Vergabekammer sei. Der von der ASt in den Raum gestellte Vorwurf der Diskriminierung sei für die Frage der Zuständigkeit ohne Bedeutung, da dies keine Auswirkung auf die Frage habe, ob ein öffentlicher Auftrag vorliege. Auch hätten die Ag bereits 14 wirksame Zuschläge erteilt, die einem statthaften Antrag ebenfalls entgegenstünden. Hilfsweise sei vorzutragen, dass das Open-House-Modell keine Patentverletzung verwirkliche und die ASt nicht diskriminiert werde, da es an einer Ungleichbehandlung von wesentlich Gleichem fehle.

Angesichts des hohen Preises des Originalpräparats der ASt, [...] sei eine zeitnahe Beschaffung des Wirkstoffs [...] für die Ag im Interesse einer wirtschaftlichen Versorgung ihrer Versicherten und im Interesse der Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung von großer Bedeutung. Die Ag wollten Maßnahmen initiieren, um die Vorteile des generischen Marktes für die patentfreie Indikation zu nutzen, und hätten sich daher entschieden, ein Open-House-Modell durchzuführen, wobei sich die Ag eine spätere Exklusivausschreibung ausdrücklich vorbehalten. Dabei richte sich das Modell nicht nur an Generika-Hersteller, sondern an sämtliche in Frage kommenden Marktteilnehmer.

Die Ag hätten die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, das beim Wirkstoff [...] bestimmte Anforderungen zur Vermeidung patentverletzender Substitution bei Indikationspatenten aufgestellt habe, berücksichtigt, indem sie im Rabattvertrag zwischen patentgeschützter und patentfreier Indikation unterschieden hätten. Zusätzlich sei ein Informationsschreiben an die Ärzte vorgesehen, um diese zu einer patentwahrenden Verordnungsweise anzuhalten. Mit dem Inhalt des Schreibens, welches die Ag im Entwurf vorlegen, gingen die Ag weit über die Anforderungen, die das OLG Düsseldorf an den Inhalt der Ärztinformation gestellt habe, insbesondere durch die Aufforderung, in der patentgeschützten [...]Indikation die aut-idem-Ersetzungsbefugnis auszuschließen.

Die rechtliche Würdigung des Sachverhalts sei eindeutig. Der EuGH habe festgestellt, dass ein öffentlicher Auftrag überhaupt nur vorliege, wenn eine Auswahlentscheidung vorliege. Unabhängig von der Frage, wann ein öffentlicher Auftrag vorliege, habe der EuGH zur zweiten Vorlagefrage dargelegt, welche Anforderungen sich aus dem AEUV-Unionsrecht an eine solche vergaberechtsfreie Beschaffung im Übrigen ergäben. Zur Beurteilung der Statthaftigkeit sei allein die Frage nach der Auswahlentscheidung relevant, die hier nicht erfolge. Die von der ASt angeregte Beantwortung der Frage, ob die Vertragsbedingungen für den Patentinhaber zumutbar seien, widersprächen dieser Systematik. Fragen der „Zumutbarkeit“ oder der „Diskriminierung“ spielten für das Vorliegen eines „öffentlichen Auftrags“ keine Rolle, sondern kämen, soweit überhaupt relevant, erst später zum Tragen; hierfür sei dann allerdings keine Zuständigkeit der Vergabekammer mehr gegeben.

Vorliegend gebe es keine Auswahlentscheidung. Selbst wenn generischen Anbietern – was bestritten werde – der Beitritt aus patentrechtlichen Gründen untersagt wäre, so käme es dennoch nicht zu einer Auswahlentscheidung der Ag. Über die Frage, ob sich Generikahersteller am vorliegenden Modell beteiligen könnten, müssten die für Patentrecht zuständigen Gerichte entscheiden, sofern sich der Patentinhaber entschlöße, gegen diese vorzugehen. Dies sei nicht Sache der Ag. Wolle man auf die Beteiligungsmöglichkeit aller Marktteilnehmer in faktischer Hinsicht abstellen, so könnte man auch den Entzug der arzneimittelrechtlichen Zulassung den gesetzlichen Krankenkassen als „Auswahlentscheidung“ zurechnen. Ob sich die Generikahersteller aus Patentrechtsgründen beteiligen könnten, sei eine von außen auf das Modell einwirkende Rechtsfrage, auf die die Ag keinen Einfluss hätten. Die Frage des

Patentrechts sei daher im vorliegenden Verfahren ohne Belang. Gleiches gelte für die von der ASt behaupteten wirtschaftlichen Rahmenbedingungen. Auf die Frage, ob der öffentliche Auftraggeber bereits bei der Gestaltung des Open-House-Modells eine Auswahlentscheidung treffe, käme es ebenfalls nicht an, da von der Entscheidung des EuGH nur solche Auswahlentscheidungen umfasst seien, die der Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes zeitlich nachgelagert seien. Sollte die Vergabekammer hier eine andere Auffassung vertreten, werde die Vorlage an den EuGH angeregt. Nach diesen Erwägungen hätten sich die Ag entscheiden dürfen, Arzneimittel mit dem Wirkstoff [...] zu beschaffen, auch wenn dies die Frage nach dem Patentschutz nach sich ziehe.

Hilfsweise sei auf die 14 bereits erteilten Zuschläge zu verweisen, die der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags ebenfalls entgegenstünden. Es käme hier weder auf die Verwendung des „richtigen“ Formulars für die Bekanntmachung an noch darauf, ob eine Frist von zehn Tagen explizit bekannt gemacht worden sei. Die fragliche Konstellation unterscheide sich nicht von dem Sachverhalt, welcher der Entscheidung der Vergabekammer im Beschluss vom 21. Januar 2015 zugrunde gelegen habe.

Hilfsweise sei vorzubringen, dass die Vorwürfe der ASt auch in der Sache ins Leere gingen. Es möge zwar zutreffen, dass in der Vergangenheit zum Wirkstoff [...] seitens der Vergabenachprüfungsinstanzen Patentverletzungen durch gesetzliche Krankenkassen angenommen worden seien. Diese Ausschreibungen hätten allerdings Fallgestaltungen betroffen, die nicht zwischen patentgeschützten und patentfreien Indikationen unterschieden hätten, außerdem habe es sich um exklusive Ausschreibungen, nicht um Open-House-Verfahren gehandelt. Das OLG Düsseldorf habe Ausschreibungen, die zwischen patentgeschützt und patentfrei unterschieden, als zulässig angesehen, wenn Informationsschreiben an die Ärzte ergingen und der Patentinhaber sich beteiligen könne. Beide Vorgaben hätten die Ag vorliegend umgesetzt.

Ebenso hilfsweise sei festzustellen, dass es an einer Diskriminierung fehle, wobei daran zu erinnern sei, dass die Frage nach der Diskriminierung hier bereits wegen der fehlenden Statthaftigkeit des Antrags keine Auswirkungen auf die Frage habe, ob das Open-House-Modell dem Vergaberecht unterliege; dies richte sich allein nach dem

Vorhandensein einer Auswahlentscheidung. Mit dem differenzierten Rabattsatz in § 4 des Rabattvertrags zielten die Ag erkennbar darauf ab, den Interessen der ASt gerecht zu werden und schafften die Voraussetzungen, um gleiche Sachverhalte gleich zu behandeln – alle Arzneimittel mit patentgeschützter Indikation erhalten den Rabattsatz nach Konstellation B, alle mit patentfreier Indikation den Rabattsatz nach Konstellation A. Die ASt habe kein Recht darauf, dass ungleiche Sachverhalte gleich behandelt würden: es sei nicht ersichtlich, wieso die ASt im patentfreien Bereich geringere Rabattsätze für [...] erhalten solle als Generikanbieter. Die Diskriminierungsbehauptung der ASt spiegle allenfalls das wirtschaftliche Ziel der ASt wider, nicht jedoch eine rechtlich gebotene Gleichbehandlung.

Würden die Ag in der patentgeschützten Indikation auf eine Rabattierung verzichten, wäre dies eine Ungleichbehandlung der Marktteilnehmer. Es gäbe nämlich auch [...] -Importe. Bei der Verordnung von [...] in der Patentindikation und dem Eintritt von [...] in den Rabattvertrag würde [...] ohne Gegenleistung durch die Rabattkennzeichnung daher einen Umsatzzuwachs verzeichnen. Die Krankenkassen hätten dafür Sorge zu tragen, dass die Rabattverträge wirtschaftlich seien. Dies sei auch für die patentgeschützte Indikation sicher zu stellen. Daher hätten die Ag hier einen marktüblichen Rabatt für Patentarzneimittel in Höhe von 7,5 % aufgerufen, der zudem durch die potentiellen Import-Zuwächse durch Rabattkennzeichen beim [...] der ASt überkompensiert würden.

Die Folgenbeseitigungsanträge der ASt hätten mangels Zulässigkeit und Begründetheit ebenfalls keine Aussicht auf Erfolg.

- c) Mit Beschluss vom 18. Januar 2017 wurden die Unternehmen zum Verfahren beigeladen, mit denen die Ag vor Übermittlung des Nachprüfungsantrags bereits Verträge geschlossen hatte. Die Bg zu 6) beantragt:
1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13.01.2017 wird als unzulässig verworfen.
 2. Hilfsweise: Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin vom 13.01.2017 wird als unbegründet zurückgewiesen.
 3. Die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten wird für die Antragsgegnerinnen für notwendig erklärt.

4. Der Antragstellerin werden die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen zu 6) auferlegt.

In der Sache schließt sich die Bg zu 6) im Wesentlichen dem Vorbringen der Ag an. Sie hält mit den Ag die Voraussetzungen eines vergabefreien Open-House-Modells für gegeben. Die Ag hätten des Weiteren umfangreiche Vorkehrungen getroffen, um Patentrechtsverletzungen zu vermeiden; Anreize für den Arzt, im patentgeschützten Anwendungsbereich nicht [...] unter Ausschluss von aut idem zu verordnen, seien aufgrund dieser Maßnahmen nicht gegeben.

3. In der mündlichen Verhandlung am 31. Januar 2017 wurde der Sachverhalt umfassend erörtert. Der ASt wurde Akteneinsicht im gesetzlich zugelassenen Umfang gewährt. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Vergabeakte, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen hat, sowie auf die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend verwiesen.

II.

In Streit steht vorliegend vorrangig die Frage, ob es sich bei dem von den Ag praktizierten Modell um einen öffentlichen Auftrag handelt. Dies bedingt, dass die Frage nach der Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gleichzeitig dessen Begründetheit beantwortet. Liegt nämlich kein vergabefreies Open-House-Modell vor, so ist der Nachprüfungsantrag zulässig und in der Folge bereits deswegen begründet, weil die Ag nicht das erforderliche Vergabeverfahren durchgeführt haben, sondern widerrechtlich eine De-facto-Vergabe. Hinzu kommt im Rahmen der Zulässigkeit die Thematik der bereits vor Übermittlung des Nachprüfungsantrags erteilten Zuschläge, die bei Wirksamkeit einem Nachprüfungsbegehren, das – wie § 168 Abs. 2 S. 1 GWB belegt - ein Instrument des Primärrechtsschutzes darstellt, entgegenstehen würden.

1. Die Zulässigkeit ist gegeben.
 - a) Rabattverträge nach § 130 a 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 und kann als allen Beteiligten bekannt vorausgesetzt werden (vgl. ausführlich hierzu OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 11. Januar 2012 – VII Verg 57/11). Folglich ist für den Abschluss von Rabattverträgen grundsätzlich ein Vergabeverfahren durchzuführen.

Als Ausnahme von diesem Grundsatz wurde 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 Oberlandesgerichts Düsseldorf (Beschluss vom 13. August 2014 – VII Verg 13/14) sowie in der daraufhin ergangenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (Urteil vom 2. Juni 2016 – Rs. C-410/14) definiert. Das zentrale Merkmal für ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren ist das Fehlen einer Auswahlentscheidung zwischen mehreren Angeboten. Anders als die Ag meinen, ist dies aber nicht die einzige Voraussetzung für die Vergaberechtsfreiheit. Weitere Voraussetzungen müssen hinzukommen, um von einem Zulassungsverfahren sprechen zu können, bei dem kein Bedarf für die Anwendung des Vergaberechts gegeben ist. Die Ausnahme von der Regel wurde durch die beiden Gerichte nicht anerkannt, damit ein öffentlicher Auftraggeber die Möglichkeit erhält, auf eine Auswahlentscheidung zu verzichten, um in der Folge – was den Ag hier schon angesichts der Unsicherheiten hinsichtlich der erst vor Kurzem ergangenen Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs keineswegs unterstellt werden soll – Sachverhalte auf eine Art und Weise zu regeln, die an vergaberechtlichen Maßstäben gemessen nicht zulässig wäre. Konsequenterweise ergibt sich bereits deutlich aus der Vorlagefrage des Oberlandesgerichts Düsseldorf, und über diese Vorlagefrage hat der Europäische Gerichtshof befunden, dass für alle geeigneten Marktteilnehmer ein offener Zugang zu gleichen Bedingungen gewährleistet sein muss. Nur dann gibt es keinen Bedarf, nach Vergaberecht zu verfahren, und nur dann ist eine Ausnahme von der Regel gerechtfertigt. Dies ist, wie die ASt zutreffend ausgeführt hat, zusätzlich zum Fehlen einer Auswahlentscheidung sozusagen auf der „Tatbestandsseite“ für das vergaberechtsfreie Zulassungsmodell gefordert.

(1) An diesem gleichen Zugang für alle Marktteilnehmer zu gleichen Bedingungen fehlt es vorliegend in Bezug auf die ASt. Ihr steht zwar grundsätzlich die Beitrittsmöglichkeit offen, jedoch nicht zu gleichen Bedingungen. Sie kann nach der in § 4 des Rabattvertrags vorgesehenen Regelung in der patentfreien

[...]Indikation nämlich keinen Rabattvertrag abschließen, ohne gleichzeitig auch den für die patentgeschützte [...]Indikation von den Ag in der „*Konstellation B*“ vorgesehenen Rabatt zu akzeptieren und mit zu vereinbaren. Der Umstand, wonach die Rabatte für beide Indikationen unauflösbar in einem Paket miteinander verknüpft werden, wirkt sich für die ASt wie eine Bedingung aus. Sie muss diese zusätzliche Bedingung erfüllen, andernfalls steht ihr ein Rabattvertrag auch für die patentfreie Indikation nicht offen. Dies stellt keinen gleichen Zugang für alle Marktteilnehmer dar. Ob in der Zusammenfassung beider Konstellationen in einem Rabattvertrag gleichzeitig eine Diskriminierung zu Lasten der ASt liegt, welche die Ag als irrelevant für die tatbestandlichen Voraussetzungen für ein zulässiges Open-House-Modells ansehen, ist unerheblich, da es bereits an der grundlegenden Voraussetzung des gleichen Zugangs für alle Marktteilnehmer zu gleichen Bedingungen fehlt. Eine Diskriminierung lag sicherlich nicht in der bewussten Absicht der Ag; mit der Regelung eines gesplitteten Rabattsatzes für die beiden Indikationsbereiche wollten die Ag der patentrechtlichen Lage gerade im Sinne der ASt Rechnung tragen.

Die Beurteilung, wonach hier kein vergabefreies Open-House-Modell vorliegt, steht nicht in Widerspruch zu den von den Ag in Bezug genommenen Überlegungen, die das Oberlandesgerichts Düsseldorf in einer Fallgestaltung angestellt hat, die ebenfalls einen Sachverhalt betraf, in dem der Wirkstoff nur noch teilweise patentgeschützt war (Beschluss vom 1. Dezember 2015 – VII Verg 20/15), wobei es allerdings anders als vorliegend nicht um ein Open-House-Modell ging, sondern um ein reguläres Vergabeverfahren. Der Senat hatte die Möglichkeit der Losaufteilung in eine patentfreie und eine patentgeschützte Indikation erwogen. Die Ag sind der Meinung, dieser Anregung mit der Ausgestaltung des Rabattvertrags gefolgt zu sein. Dies ist aber aus Sicht der Vergabekammer nur partiell und insoweit der Fall, als für die patentgeschützte [...]Indikation zumindest ein geringerer Rabattsatz vorgegeben wird. Die viel grundlegendere Problematik liegt aber, wie ausgeführt, in der Notwendigkeit, beide Rabatte anzubieten, was die vorliegende Konstellation gerade von einer Losbildung unterscheidet. Werden Lose gebildet, so kann jeder interessierte Marktteilnehmer sich frei entscheiden, ob er auf ein oder auf beide Lose ein Angebot abgibt bzw. – bezogen auf Open-House-Konstellationen – ob er beiden Losen beitreten möchte oder nur einem Los.

Gerade diese Freiheit wurde der ASt genommen, da keine Lose gebildet wurden, sondern nur dem Gesamtpaket beigetreten werden kann.

- (2) Ob eine Losbildung geeignet wäre, die von der ASt zusätzlich diskutierte Problematik der zu erwartenden Patentverletzung infolge fehlerhaften ärztlichen Ordnungsverhaltens oder fehlerhafter Substitution in der Apotheke abschließend zu lösen, bedarf keiner Entscheidung. Hier wurden keine Lose gebildet, so dass dieser Sachverhalt nicht zur Entscheidung ansteht. Ebenso wenig bedarf es im vorliegenden Verfahren einer Entscheidung in der Sache darüber, ob in diesen weitem, von der ASt im Detail dargelegten Gefahren für ihr Indikationspatent durch patentverletzende Abgabe von Generika in der patentgeschützten [...]Indikation eine Diskriminierung der ASt liegt, denn es kommt für die Entscheidung des vorliegenden Streitfalls nicht mehr darauf an. Die Ausnahmevoraussetzungen des vergabefreien Open-House-Modells liegen schon mangels gleicher Zugangsmöglichkeit für alle Marktteilnehmer zu einheitlichen Vorgaben nicht vor. Der Beschaffungsvorgang ist bereits deswegen als vergaberechtswidrige De-facto-Vergabe zu qualifizieren.

Ein öffentlicher Auftrag und damit ein tauglicher Streitgegenstand für die Nachprüfung durch die Vergabekammer, § 155 GWB, liegt vor.

- b) Die Vertragsschlüsse mit den beigeladenen Unternehmen (Bg) fallen zwar nicht unter das gesetzliche Zuschlagsverbot des § 169 Abs. 1 GWB und sind damit nicht nichtig nach § 134 BGB i.V.m. § 169 Abs. 1 GWB. Dennoch stehen sie der Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags nicht entgegen, denn sie sind nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam zu erklären.

- (1) In den obigen Ausführungen sub II.1.a) wurde bereits festgestellt, dass eine unzulässige De-facto-Vergabe durchgeführt wurde, da die Open-House-Ausnahme von der Anwendung des Vergaberechts nicht greift. Dennoch geschlossene Verträge sind nach § 135 Abs. 1 GWB unwirksam, wenn dies binnen der in § 135 Abs. 2 GWB genannten Fristen durch die Vergabekammer festgestellt wird. Beide der dort normierten Fristen sind vorliegend eingehalten, auch die kürzere 30-Tages-Frist, so dass es im Rahmen von § 135 Abs. 2 GWB nicht darauf ankommt, ob die Bekanntmachung am 24. Dezember 2016 als fristauslösendes

Ereignis tauglich war. Der Nachprüfungsantrag wurde bereits am 13. Januar 2017 gestellt.

- (2) Relevant wird die Frage nach der Bedeutung der Bekanntmachung allerdings im Rahmen von § 135 Abs. 3 GWB, wonach die Unwirksamkeit gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB nicht eintritt, wenn der Auftraggeber seine Absicht, ohne vorherige Bekanntmachung einen Vertrag abzuschließen, mit einer anschließenden Wartefrist von zehn Tagen vorab bekannt gemacht hat. Diese Zehn-Tages-Frist wird zwar durch den am 13. Januar 2017 gestellten Nachprüfungsantrag nicht eingehalten. Dies war aber auch nicht erforderlich, denn der Lauf der Frist wurde nicht in Gang gesetzt. Es verhält sich nicht so, wie die Ag meinen, dass irgendeine Art von Bekanntmachung als fristauslösendes Ereignis ausreicht. Wie schon § 135 Abs. 3 S. 2 GWB deutlich macht, sind bestimmte Anforderungen an den Inhalt der Bekanntmachung zu stellen. Ohne dass es vorliegend auf die Problematik ankommt, ob ein für Open-House-Verträge geeignetes amtliches Bekanntmachungsformular vorhanden ist, genügt der Inhalt der Bekanntmachung vom 24. Dezember 2016 hier nicht den Voraussetzungen, die für die Herstellung von Transparenz für die am Auftrag interessierten Unternehmen in jedem Fall zu fordern ist.

Aus Sicht der Vergabekammer war bereits nicht unmissverständlich deutlich, dass ein Open-House-Verfahren angekündigt wurde. Zwar scheinen die ASt sowie die Bg, die sich aufgrund der Bekanntmachung bei den Ag gemeldet und Verträge abgeschlossen haben, dies verstanden zu haben, und letztendlich kommt es auf deren Verständnis als Adressaten der Bekanntmachung an; sie prägen den objektiven Empfängerhorizont. Aus Sicht der Vergabekammer aber wurde die Ankündigung des Beitrittsmodells hier in der Beschreibung des Auftragsgegenstandes unter Ziffer II.1.5) der Bekanntmachung vermengt mit der Bekanntmachung eines offenen Verfahrens, das zu einem Vertragsstart am 1. Januar 2018 führen soll. Es wird nicht, jedenfalls nicht vollständig deutlich, ob dies nun bereits die Bekanntmachung für dieses offene Verfahren sein soll oder ob es um die nach AEUV-Regeln zu fordernde Herstellung von Transparenz für ein Beitrittsmodell gehen soll. Somit erscheint aus Kammersicht schon die Beschreibung des Vorhabens als intransparent.

Ungeachtet des Verständnisses von ASt und Bg fordert § 135 Abs. 3 S. 2 GWB für die Bekanntmachung des Weiteren aber auch die Erläuterung, warum der Auftraggeber meint, berechtigt zu sein, ohne Bekanntmachung vergeben zu dürfen. Die Ag haben hier die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nicht in Bezug genommen und auch keine sonstige Begründung für ihr Vorgehen geliefert; die geforderte Erläuterung ist unterblieben.

Ferner haben die Ag die Bekanntmachung über ein veraltetes Formular platziert, das nur für Beschaffungsvorhaben bis zum 17. April 2016 einschlägig war. Über die Zehn-Tages-Frist wurde nicht informiert, was vor dem Hintergrund des Normzwecks eine *conditio sine qua non* für eine fristauslösende Bekanntmachung darstellt. Gleiches gilt für die Angabe der Vergabekammer als Nachprüfungsinstanz, die hier unterblieben ist. Einem interessierten Marktteilnehmer soll durch diese Angaben gerade klar werden, dass er binnen zehn Tagen aktiv im Sinne der Einreichung eines Nachprüfungsantrags werden muss, um Zuschläge zu verhindern. Unterbleiben Hinweise auf Vergabekammer und auf die Zehn-Tages-Frist, so wird dieses Bewusstsein nicht hergestellt. Die Frist stellt eine Rechtsbehelfsfrist dar und ist bekannt zu geben, andernfalls kann sich der Auftraggeber nicht auf deren Ablauf berufen.

Die Entscheidung der 2. Vergabekammer des Bundes vom 21. Januar 2015 (VK 2-113/14) hat sich nicht mit der in § 135 Abs. 3 GWB vorgesehenen Zehn-Tages-Frist und der Frage, ob die Bekanntmachung inhaltlich ausreicht, um die Frist auszulösen, beschäftigt, da die Entscheidung nach dem bis zum 17. April 2016 geltenden Rechtslage erging. Danach gab es noch keine dem § 135 Abs. 3 GWB entsprechende gesetzliche Regelung (vgl. § 101 a Abs. 2 GWB a.F.).

- (3) Die genannten Regelungen werden nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass nach Auffassung der Ag gerade kein öffentlicher Auftrag vorliegt und Vergaberecht somit keine Anwendung finden soll. Will ein Auftraggeber eine Beschaffung im Wege eines Open-House-Verfahrens durchführen, so ist dies eine Entscheidung, die der Überprüfung durch die Nachprüfungsinstanzen zugänglich ist. Dies ist hier nicht anders zu sehen als in Fallgestaltungen, in welchen der Auftraggeber beispielsweise meint, die Voraussetzungen für ein vergabefreies Inhouse-Geschäft lägen vor und Vergaberecht fände aus diesem Grund keine Anwendung

(vgl. beispielhaft OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. November 2016 – VII Verg 23/16), oder in welchen der Auftraggeber sogar der Meinung ist, er sei gar kein öffentlicher Auftraggeber und daher generell nicht an das Vergaberecht gebunden (vgl. beispielhaft zu einem solchen Fall OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. April 2014 – VII Verg 35/14). Für derartige Fälle steht die Möglichkeit der Herstellung von Ex-ante-Transparenz über eine den gesetzlichen Vorgaben entsprechende Bekanntmachung gerade zur Verfügung. Der Auftraggeber ist zwar im Rechtssinn nicht verpflichtet, diese Möglichkeit zu nutzen; wenn er hiervon keinen oder keinen korrekten Gebrauch macht, dann kann er sich allerdings auch nicht auf die Zehn-Tages-Frist des § 135 Abs. 3 GWB berufen. Abschließend ist anzumerken, dass ein öffentlicher Auftraggeber seriöserweise ein Eigeninteresse haben sollte, Transparenz herzustellen und Rechtsschutz durch sein Verhalten nicht zu vereiteln.

c) Die individuellen, auf den jeweiligen Antragsteller bezogenen Zulässigkeitsvoraussetzungen liegen hier unzweifelhaft vor, so die Antragsbefugnis und die Rüge, die ungeachtet dessen, ob sie nach § 160 Abs. 3 S. 2 GWB geschuldet war, am 30. Dezember 2016 erfolgt ist. Die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB wurde ebenfalls eingehalten.

2. Das Nachprüfungsverfahren ist statthaft und anknüpfend an obige Ausführungen damit schon deswegen begründet, weil das notwendige Vergabeverfahren nicht durchgeführt wurde.

Gleichzeitig liegt in dem avisierten Vertrag im Verhältnis zur ASt die missbräuchliche Anwendung einer Rahmenvereinbarung, § 21 Abs. 1 S. 3 VgV. Die ASt ist zwar formal frei, dem Rabattvertrag mit der dort vorgegebenen Paketlösung für beide Rabatte beizutreten oder aber einen Beitritt zu unterlassen. Diese Freiheit erfährt jedoch eine deutliche faktische Einschränkung durch die Substitutionsregelung des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V. Träte die ASt dem Rabattvertrag nicht bei, so würde ihr Produkt [...] im patentfreien Anwendungsbereich wohl in der Regel schon durch den Arzt seltener verordnet, zumindest nicht unter Ausschluss der aut-idem-Ersetzungsbefugnis. Spätestens in der Apotheke würde in diesem Fall [...] bei Fehlen eines Rabattvertrags der ASt zwingend nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V substituiert, was im patentfreien [...]Anwendungsbereich ja auch legalerweise und ohne Patentverletzung geschehen kann. [...] würde dann bei [...]Indikationen, die ca. zwei Drittel der Verordnungen

ausmachen, einen deutlichen Absatzrückgang bei den Versicherten der Ag hinnehmen müssen. Dies ist zwar der gesetzliche Mechanismus der Substitution nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V; alle pharmazeutischen Unternehmen, die sich nicht an Rabattverträgen beteiligen oder bei Vergabeverfahren keinen Zuschlag erhalten, sind von diesem Effekt betroffen. Insoweit besteht für die Indikation [...] keine Besonderheit bei der ASt. Hier müsste sich die ASt aber auf ein rechtswidriges Verfahren und die dort diktierten gleichheitswidrigen Bedingungen einlassen, um bereits diese, unabhängig von Patentfragen gegebenen Effekte zu Lasten von [...] zu vermeiden (vgl. zur Problematik des faktischen Zwangs, im rechtswidrigen Open-House-Modell vom Auftraggeber vorgegebene Konditionen wegen der Substitutionsregel des § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V akzeptieren zu müssen, bereits 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 10. Juni 2011 – VK 3-59/11). Das legitime Interesse der Ag, Einsparungen zu erzielen, rechtfertigt auf der anderen Seite nicht die Wahl vergaberechtswidriger Wege, um dieses Interesse möglichst schnell durchzusetzen. Wie die Ag dargelegt haben, wollten sie mit der Entscheidung für ein Open-House-Modell unmittelbar nach Ablauf des Wirkstoffpatents Einsparungen generieren und daher offenbar ein aufwendiges Vergabeverfahren, das die Beachtung von Fristen erforderlich macht und im Nachprüfungsfall aufgrund des gesetzlichen Zuschlagsverbots direkte Vertragsabschlüsse erst einmal verhindert, vermeiden. Die Finanzierbarkeit des Sozialversicherungssystems stellt zwar einen überragend wichtigen Gemeinwohlbelang dar, die Gesundheitsversorgung der Bevölkerung ein besonders wichtiges Gemeinschaftsgut (vgl. z.B. Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 20. März 2001 – 1 BvR 491/96). Da die gesetzlichen Krankenkassen aber öffentliche Auftraggeber sind, müssen Einsparungen, die diesen verfassungsrechtlich anerkannt überragend wichtigen Gemeinschaftsgütern dienen, mit vergaberechtskonformen Mitteln verfolgt werden. Dass die Ag ein förmliches Vergabeverfahren bezüglich [...] generell für durchführbar halten, zeigt die Bekanntmachung, in welcher das offene Verfahren für einen späteren Zeitpunkt avisiert wird.

3. Es ist den Ag aufgrund des begründeten Nachprüfungsantrags zu untersagen, weitere Verträge im Rahmen des vorliegenden Beschaffungsverfahrens abzuschließen. Soweit vor Stellung des Nachprüfungsantrags Verträge abgeschlossen wurden, die noch nicht zur Aufnahme in die Apothekensoftware gemeldet wurden, so hat eine Meldung zu unterbleiben, um eine Verletzung von Rechten der ASt auf andere Art als durch die Zuschlagserteilung zu vermeiden, § 169 Abs. 3 GWB. Die mit den Bg vor Übermittlung

des Nachprüfungsantrags geschlossenen Verträge sind nach § 135 GWB für unwirksam zu erklären. Was die von der ASt unter Ziffer 9 beantragte Rückgängigmachung von bereits zur Apothekensoftware gemeldeten Daten anbelangt, so wird diesem Antrag nicht entsprochen. Die Vergabekammer ist nicht befugt, ein Verhalten der Ag gegenüber Dritten anzuordnen; dies ist durch § 156 Abs. 2 GWB nicht gedeckt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 1. Dezember 2015, a.a.O.).

III.

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

Danach haben die Ag als Unterliegende die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer (Gebühren und Auslagen) zu tragen, ebenso wie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt. Die Zurückweisung des Antrags der Ag, bereits erfolgte Meldungen zur Apothekensoftware zu korrigieren, rechtfertigt nicht die Annahme eines Teilunterliegens, da es sich hierbei lediglich um einen Aspekt des Antrags nach § 169 Abs. 3 GWB handelt, der im Übrigen erfolgreich war.

Die Bg zu 1) – 5) und zu 7) bis 14) haben sich weder durch schriftsätzlichen Vortrag noch durch die Stellung von Anträgen am Verfahren beteiligt, so dass deren Beteiligung an der Kostenentscheidung nicht geboten ist. Die Bg zu 6) hat zwar schriftsätzlich vorgetragen und Anträge gestellt, so dass grundsätzlich eine Beteiligung der Bg zu 6) an der Kostenentscheidung in Betracht kommt. Allerdings hat sie sich im Wesentlichen dem Vorbringen der Ag angeschlossen, so dass sie das Verfahren in der Sache nicht wesentlich über den Vortrag der Ag hinausgehend gefördert hat. Eine Beteiligung an der Kostenentscheidung wäre bei dieser Sachlage unbillig.

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbeteiligten durch die ASt war aufgrund der Komplexität und der Schwierigkeit der aufgeworfenen Rechtsfragen, welche mehrere Rechtsgebiete betraf, gegeben.

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 Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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

Dr. Herlemann

Thiele