



1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 - 165/17

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigter:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

wegen der Vergabe „Versorgung mit CPAP-Geräten und CPAP-Spezialgeräten der Produktgruppe 14 „Inhalations- und Atemtherapiegeräte“, Vergabenummer: [...]“, hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Direktor beim Bundeskartellamt Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Leitende Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Gadenne nach Lage der Akten am 2. März 2018 beschlossen:

1. Durch die Rücknahme des Nachprüfungsantrags in den Losen [...] bis [...] ist das Nachprüfungsverfahren insoweit beendet. Im Übrigen wird der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) führt derzeit europaweit ein offenes Verfahren zur Vergabe von Rahmenvereinbarungen über die Versorgung ihrer Versicherten mit Schlaftherapiegeräten der Produktgruppe 14 durch. Das Vergabeverfahren ist in 19 Gebietslose aufgeteilt, Angebote können auf alle oder einzelne Lose abgegeben werden, wobei je Los ein Zuschlag erteilt werden soll.

Die künftigen Auftragnehmer sollen die ärztlich verordneten Geräte samt Zubehör an die anspruchsberechtigten Versicherten ausliefern und weitere Dienst- und Serviceleistungen erbringen. Hierzu zählen insbesondere die Einweisung und Beratung des Versicherten sowie die Anpassung, Wartung und Reparatur der Schlaftherapiegeräte (s. Nr. 7 Abs. 3 des Rahmenvertrags sowie Ziffer 4 der Leistungsbeschreibung).

Der Rüge der Antragstellerin (Ast) vom 20. November 2017, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung gegen § 127 SGB V verstoße, half die Ag nicht ab.

Die Ast gab auf die Lose [...] und [...] ein Angebot ab. Am 11. Dezember 2017 teilte die Ag der Ast mit, dass ihre Angebote nicht berücksichtigt werden können; der Zuschlag solle auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) erteilt werden.

2. Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 24. November 2017 hat die ASt beim Sozialgericht Nürnberg beantragt, die Ag zu verpflichten, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung zu unterlassen, weil diese gemäß § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V unzweckmäßig sei. Mit Beschluss vom 19. Dezember 2017, eingegangen bei der Vergabekammer am 27. Dezember 2017, hat das Sozialgericht Nürnberg den zu ihm beschrittenen Rechtsweg für unzulässig erklärt und den Rechtsstreit an die Vergabekammer des Bundes verwiesen (Az. S 5 KR 824/17 ER). Die Vergabekammer hat das Verfahren daraufhin als Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff. GWB geführt, der ASt Gelegenheit gegeben, ihren Nachprüfungsantrag gemäß § 161 Abs. 1 GWB ergänzend zu begründen, und der Ag den Antrag der ASt sowie die im sozialgerichtlichen Verfahren eingereichten Schriftsätze am 28. Dezember 2017 übermittelt. Nachdem die ASt ihren Antrag zunächst auf alle Lose bezogen hatte, beschränkte sie ihn mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018 auf die Lose [...] und [...].

a) Die ASt meint, dass ihr Nachprüfungsantrag zulässig und begründet sei.

Zur Zulässigkeit ihres Antrags trägt die ASt u.a. vor, dass „der Rechtsweg zur Vergabekammer (...) aufgrund des unanfechtbaren und damit bindenden Verweisungsbeschlusses des Sozialgerichts“ gegeben sei.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag begründet, weil das Vergabeverfahren vergaberechtswidrig und deshalb aufzuheben sei.

So sei die Ausschreibung unzulässig, weil sie aufgrund ihres hohen Dienstleistungsanteils gegen das Zweckmäßigkeitsgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V verstoße. Für den Fall der Unzweckmäßigkeit habe der nationale Gesetzgeber ausdrücklich vorgesehen, dass keine Ausschreibungen erfolgen dürften, sondern Verträge nach § 127 Abs. 2 und 2a SGB V abgeschlossen werden müssten. Denn § 127 Abs. 1 SGB V sei mit Inkrafttreten des Heil- und Hilfsmittelversorgungsgesetzes (HHVG) zum 11. April 2017 so geändert worden, dass Hilfsmittelversorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil nicht mehr wie bisher nur „in der Regel“, sondern mangels Zweckmäßigkeit überhaupt nicht mehr ausgeschrieben werden dürfen. Ein Ermessen stehe den gesetzlichen Krankenkassen daher jetzt nicht mehr zu, vielmehr müssten diese mit den Leistungserbringern Verträge nach Maßgabe des § 127 Abs. 2, 2a SGB V abschließen. EU-Recht stehe der Anwendbarkeit solcher Zweckmäßigkeitserwägungen nicht entgegen. Denn gemäß Art. 168 AEUV dürfe der nationale Gesetzgeber sein Gesundheitswesen so regeln und gestalten, dass ein

Vergabeverfahren nicht in Betracht kommt. Mit dem Abschluss von Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V stehe einer gesetzlichen Krankenkasse auch eine unionsrechtskonforme Alternative zur Verfügung. Denn bei Verträgen nach § 127 Abs. 2 und 2a SGB V und der daran anschließenden jederzeitigen Beitrittsmöglichkeit weiterer Leistungserbringer erfolge keine Auswahlentscheidung unter den potentiellen Vertragspartnern. Es handele sich hierbei also nicht um öffentliche Aufträge, so dass das Vergaberecht nicht anwendbar sei. Eine Krankenkasse halte sich daher bei der Beschaffung von Hilfsmitteln, bei denen Ausschreibungen unzweckmäßig seien, nicht nur im Rahmen des SGB V, sondern verhalte sich ebenfalls EU-rechtskonform.

Des Weiteren meint die ASt, dass der Verstoß der Ag gegen das Ausschreibungsverbot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V sie in ihren in Art. 12 Abs. 1 GG grundgesetzlich garantierten Rechten auf Berufsfreiheit und Marktzugang verletze. Aus diesem Grund sei § 127 SGB V auch bieterschützend, die ASt habe einen Anspruch auf einen Vertrag gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V.

Die ASt weist in diesem Zusammenhang zusätzlich darauf hin, dass das Bundesversicherungsamt als für die Ag zuständige Rechtsaufsichtsbehörde zwischenzeitlich wegen der fehlenden Zweckmäßigkeit einen Verpflichtungsbescheid zur Unterlassung der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung erlassen habe, und regt an, eine entsprechende Auskunft dieser Behörde einzuholen.

Zum Schreiben der Vergabekammer vom 14. Februar 2018, dass der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet sei, weil § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V durch das Vergaberecht verdrängt werde, trägt die ASt vor, dass die Vergabekammer aufgrund der Verweisung des Verfahrens durch das Sozialgericht dazu verpflichtet sei, die Vorfrage, ob ein Vergabeverfahren i.S.d. § 127 SGB V zweckmäßig sei, zu prüfen. Alles andere widerspräche rechtsstaatlichen Gründen und der Rechtsschutzgarantie.

Die ASt beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. die Ag zu verpflichten, die Ausschreibung der Versorgung mit CPAP-Geräten und CPAP-Spezialgeräten der Produktgruppe 14 „Inhalations- und Atemtherapiegeräte“ gemäß § 127 Abs. 1 SGB V gemäß der Bekanntmachung der Ag vom [...], Vergabenummer [...], aufzuheben,

2. hilfsweise der Ag zu untersagen, das laufende Vergabeverfahren fortzusetzen und bei fortbestehendem Beschaffungsbedarf das Vergabeverfahren in den Stand vor der Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, dieses unter Beachtung der Rechtsauffassung der Kammer zu bearbeiten und den Bietern auf dieser Grundlage eine neue Möglichkeit zur Teilnahme zu geben,
 3. der ASt gemäß § 165 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu geben,
 4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt für notwendig zu erklären
 5. sowie der Ag die zur entsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der ASt aufzuerlegen.
- b) Die Ag meint, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Denn die ASt habe zwar am 20. November 2017 u.a. die Verletzung des § 127 SGB V gerügt, nach Zurückweisung dieser Rügen durch die Ag am 22. November 2017 habe die ASt jedoch diese vermeintlichen Vergaberechtsverstöße nicht innerhalb der 15-tägigen Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB zum Gegenstand eines Nachprüfungsantrags gemacht. Zudem sei zweifelhaft, ob § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V bieterschützend sei.

Zur Unbegründetheit des Antrags trägt die Ag vor, dass sie bereits deshalb nicht an einer Ausschreibung gehindert sei, weil diese hier zweckmäßig sei. Denn die wesentlichen Dienstleistungen zur Sicherstellung einer guten Versorgung der Versicherten mit CPAP-Geräten würden bereits im Vorfeld durch die ärztlich geleiteten Schlaflabore erbracht, ausgeschrieben seien lediglich ganz überwiegend standardisierte Dienstleistungen.

Abgesehen davon hänge die Zulässigkeit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung nicht von deren Zweckmäßigkeit ab. Denn seit der Novellierung des § 127 SGB V durch das HHVG stelle § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V nunmehr unmissverständlich klar, dass Aufträge über die Versorgung mit Hilfsmitteln unabhängig von der Frage ihrer Zweckmäßigkeit nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB in einem transparenten Wettbewerbsverfahren zu vergeben seien.

EU-Primärrecht, insbesondere Art. 168 AEUV, stehe der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung nicht entgegen, weil nicht einfach unterstellt werden könne, dass eine Ausschreibung über die Hilfsmittelversorgung mit einem hohen Dienstleistungsanteil per se

zu einer unzureichenden Versorgungsqualität führe und daher vom deutschen Gesetzgeber ohne Weiteres für unzulässig erklärt werden könne.

Auch Art. 12 GG sei vorliegend nicht tangiert, weil es ausreiche, wenn Leistungserbringern wie der ASt im Wege einer Ausschreibung gleicher Zugang zur Leistungserbringung gewährt werde.

Ferner meint die Ag, es sei vorliegend unerheblich, ob Verhandlungs- bzw. Beitrittsverträge i.S.d. § 127 Abs. 2, 2a SGB V vom Anwendungsbereich der §§ 97 ff. GWB freigestellt seien, weil sich die Ag für ein Auswahlverfahren entschieden habe.

Zum von der ASt angesprochenen Verfahren des Bundesversicherungsamts trägt die Ag vor, dass diese Behörde ihr gegenüber am 11. Dezember 2017 zwar die Auffassung vertreten habe, dass diese Ausschreibung mangels Zweckmäßigkeit rechtswidrig sei. Demgegenüber halte sich die Ag jedoch für verpflichtet, nach Maßgabe der §§ 97 ff. GWB auszuschreiben. Sie habe dem Bundesversicherungsamt mitgeteilt, dass sie wegen mehrerer laufender Nachprüfungsverfahren und des hierdurch bestehenden Zuschlagsverbots bis auf weiteres an einem Abschluss von Exklusivverträgen gehindert sei und damit für eine Zwangseinstellung der Ausschreibung gegenwärtig schon kein Bedürfnis bestehe. Bisher habe das Bundesversicherungsamt keinen Bescheid erlassen.

- c) Mit Beschluss vom 20. Februar 2018 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Für diese hat sich zwar ein Rechtsanwalt bestellt, jedoch keine Stellungnahme abgegeben.

Die Entscheidung ergeht nach Lage der Akten, weil der Nachprüfungsantrag nach Auffassung der Vergabekammer offensichtlich unbegründet ist (§ 166 Abs. 1 S. 3, 3. Alt. GWB). Hierauf hat die Vergabekammer die ASt am 14. Februar 2018 hingewiesen.

Durch Verfügungen des Vorsitzenden vom 28. Dezember 2017 wurde die Entscheidungsfrist zunächst bis zum 15. Februar 2018 und durch Verfügung vom 14. Februar 2018 ein weiteres Mal bis zum 2. März 2018 einschließlich verlängert.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegt wurden, wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Mit Schriftsatz vom 13. Februar 2018 hat die ASt ihren Nachprüfungsantrag auf die Lose [...],[...],[...] und [...] beschränkt. Dies ist in Bezug auf die übrigen ursprünglich streitbefangenen Lose [...] bis [...] als Rücknahme des Nachprüfungsantrags zu bewerten. Insoweit ist das Nachprüfungsverfahren beendet.

Im Übrigen ist der Nachprüfungsantrag zulässig, aber unbegründet, weil die Ausschreibung nicht wegen des Verstoßes gegen das Zweckmäßigkeitssgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V aufzuheben ist.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, denn die Vergabekammer ist aufgrund der Verweisung der ursprünglich beim Sozialgericht Nürnberg anhängigen Sache zuständig (dazu unter a)), die ASt ist antragsbefugt (dazu unter b)) und die Frist des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB ist vorliegend ebenfalls gewahrt (dazu unter c)).

a) Zwar hat die ASt zunächst Rechtsschutz vor dem ihrer Auffassung nach allein zuständigen Sozialgericht Nürnberg gesucht. Unabhängig davon, ob diese Auffassung zutrifft, ist die Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes vorliegend aber allein schon deshalb gegeben, weil das Sozialgericht Nürnberg den Rechtsstreit an die Vergabekammern des Bundes verwiesen hat. Diese Verweisung ist rechtskräftig und damit gemäß § 98 S. 1 SGG i.V.m. 17a Abs. 1 GVG bzw. § 202 SGG i.V.m. 17a Abs. 1 GVG bindend. Auf die Frage, ob die Verweisung überhaupt anfechtbar gewesen wäre (gemäß § 172 SGG, so z.B. das Sozialgericht Heilbronn, Beschluss vom 11. Dezember 2017, S 9 KR 3894/17 ER) oder nicht (so das Sozialgericht Nürnberg, aaO, unter Verweis auf § 98 S. 2 SGG), kommt es diesbezüglich nicht an. Denn die am sozialgerichtlichen Verfahren beteiligte Antragstellerin und jetzige ASt des Nachprüfungsverfahrens hat im Anschluss an den sozialgerichtlichen Verweisungsbeschluss gegenüber der Vergabekammer ausdrücklich erklärt, dass sie die Verweisung als „unanfechtbar“ betrachte, diese für die Vergabekammer „bindend“ sei und dementsprechend das Verfahren nunmehr als vergaberechtliches Nachprüfungsverfahren

geführt werden solle. Zudem hat sich die ASt sodann auch in der Sache zum Nachprüfungsverfahren eingelassen. Damit hat die ASt unmissverständlich erklärt, das Verfahren auf dem Sozialrechtsweg nicht weiter verfolgen zu wollen und auf die Einlegung eines Rechtsmittels – soweit man die Verweisung entgegen der Auffassung des SG Nürnberg überhaupt für anfechtbar erachtet – verzichtet. Gleiches gilt für Ag, die sich ebenfalls auf das Nachprüfungsverfahren inhaltlich eingelassen hat.

- b) Soweit die ASt ihren Antrag nicht bereits zurückgenommen hat, also hinsichtlich der Lose [...],[...],[...] und [...], liegt ihre Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB vor. Ihr erforderliches Auftragsinteresse hat sie bereits durch die Abgabe eines Angebots auf die o.g. Lose belegt. Da der von ihr geltend gemachte Vergaberechtsverstoß, die vorliegende Ausschreibung sei wegen des Verstoßes gegen das Zweckmäßigkeitsgebot i.S.d. § 127 SGB V aufzuheben, die Zuschlagsfähigkeit ihrer Angebote betreffen, hat sie darüber hinaus insoweit nicht nur schlüssig eine Verletzung in eigenen Rechten behauptet, sondern ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht.
- c) Zwar hat die ASt nicht innerhalb von 15 Kalendertagen nach der Nichtabhilfemitteilung der Ag vom 22. November 2018 einen Nachprüfungsantrag gestellt. Allerdings hat sie sich am 24. November 2017, also bereits nach zwei Tagen, mit ihrem Begehren an das aus ihrer Sicht zuständige Sozialgericht Nürnberg gewandt. Damit ist der Schutzzweck des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB gewahrt, denn die ASt hat frühzeitig weitere, aus ihrer Sicht zulässige rechtliche Schritte gegen die vermeintlichen Vergaberechtsverstöße eingeleitet. Vor diesem Hintergrund wäre es unbillig, von der ASt zu verlangen, nur zur Wahrung des § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 4 GWB einen Rechtsweg zu beschreiten, den sie für unzulässig hält.
2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet, denn die Ausschreibung verstößt nicht gegen das Zweckmäßigkeitsgebot i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V.

Hierbei kommt es nicht darauf an, ob die ausgeschriebenen Versorgungsleistungen tatsächlich einen hohen Dienstleistungsanteil i.S.d. Vorschrift haben. Denn im Oberschwellenbereich sind solche Zweckmäßigkeitsüberlegungen bereits aus vorrangigen EU-rechtlichen Gründen nicht zulässig. Das EU-Vergaberecht schreibt nämlich vor, dass ein öffentlicher Auftraggeber seinen Bedarf entweder vergaberechtlich (also durch Ausschreibung) oder so decken muss, dass Vergaberecht gar nicht zur Anwendung kommt, also vergaberechtsfrei (z.B. im Wege eines sog. Open-House-Modells). Sofern sich jedoch ein öffentlicher Auftraggeber wie hier für die

Durchführung eines Vergabeverfahrens entscheidet, ist daneben für Zweckmäßigkeits- oder sonstige Erwägungen, die ggf. dazu führen, von einem Vergabeverfahren abzusehen, kein Raum. Vor Inkrafttreten des HHVG war § 127 SGB V daher entsprechend richtlinienkonform auszulegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16 m.w.N.), inzwischen ist dies nicht mehr notwendig. Vielmehr stellt der durch das HHVG neu eingefügte § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V jetzt ausdrücklich klar, dass öffentliche Aufträge oberhalb der Schwellenwerte, also im Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts, nach Maßgabe des Vierten Teils des GWB zu vergeben sind (vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf des HHVG, BT-Drs. 18/10186, S. 33). Oberhalb der Schwellenwerte wird § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V also durch das GWB-Vergaberecht verdrängt.

Anders als die ASt meint, steht dem auch nicht Art. 168 AEUV entgegen, wonach die EU-Mitgliedstaaten ihr öffentliches Gesundheitssystem im Wesentlichen in eigener Verantwortung gestalten können. Denn innerhalb der ihm hier unionsrechtlich eingeräumten Gestaltungsfreiheit hat der nationale Sozialgesetzgeber in § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V selbst entschieden, dass oberhalb der Schwellenwerte das nationale Sozialrecht ggf. vom nationalen und damit auch vom EU-Vergaberecht überlagert wird.

Ein abweichender Befund kann sich auch nicht daraus ergeben, dass die o.g. Entscheidung des OLG Düsseldorf noch auf der Grundlage einer anderen Fassung des § 127 SGB V ergangen ist, wonach bei „Versorgungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil Ausschreibungen in der Regel [nicht] zweckmäßig“ sind (so § 127 Abs. 1 Satz 4 SGB V a.F.), während durch das HHVG nun geregelt ist, dass bei „Versorgungen mit einem hohen Dienstleistungsanteil Ausschreibungen [nicht] zweckmäßig“ sind (so § 127 Abs. 1 Satz 6 SGB V). Denn die Streichung des Zusatzes „in der Regel“ vermag nichts an der grundlegenden Wertung des OLG Düsseldorf (aaO.) zu ändern, dass oberhalb der EU-Schwellenwerte für Zweckmäßigkeitserwägungen kein Raum bleibt.

Ob dem öffentlichen Auftraggeber daneben andere Handlungsalternativen zur Befriedigung seines Beschaffungsbedarfs zur Verfügung gestanden hätten, bei denen das Verhältnis zum EU-Vergaberecht möglicherweise keine Rolle spielt (die ASt verweist insoweit auf die Möglichkeit, Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V abzuschließen), ist nicht entscheidungserheblich. Streitgegenstand ist vorliegend allein, ob die von der Ag konkret gewählte Vorgehensweise (hier also die Durchführung eines offenen Verfahrens) vergaberechtskonform ist. Dies ist nach dem oben Gesagten hier der Fall. Auch das nationale

Sozialrecht schreibt einer gesetzlichen Krankenkasse nicht zwingend vor, bei Versorgungsleistungen mit hohem Dienstleistungsanteil i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V stets auf die Durchführung von Vergabeverfahren zu verzichten. Denn wie ebenfalls bereits ausgeführt, gibt es ein solches nationales „Ausschreibungsverbot“ nicht, weil § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V oberhalb der EU-Schwellenwerte vom höherrangigen EU-Recht überlagert wird. Damit ist das Verhältnis zwischen nationalem Sozialrecht und EU-Vergaberecht abschließend geklärt.

Auch die Grundrechte der ASt stehen dem nicht entgegen. Ihre Marktzugangs- und sonstigen Rechte i.S.d. Art. 12 GG werden bei der Durchführung öffentlicher Ausschreibungen gemäß dem Vergaberecht bereits dadurch gewahrt, dass sie – wie hier – am Wettbewerb um die ausgeschriebenen Verträge teilhaben kann und nicht auf Dauer, sondern nur während der begrenzten Vertragslaufzeit von der Berücksichtigung bei künftigen Versorgungsentscheidungen ausgeschlossen wird (vgl. BSG, Urteile vom 25. November 2015, B 3 KR 16/15 R m.z.N. und vom 10. März 2010, B 3 KR 26/08 R; Jaeger, ZwER 2005, 31, 46; vgl. auch BVerfG, Beschlüsse vom 1. November 2010, 1 BvR 261/10, und vom 27. Februar 2008, 1 BvR 437/08; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16, und vom 18. April 2012, VII-Verg 93/11).

Die hier vertretene Auffassung widerspricht – anders als die ASt meint – auch nicht dem Rechtsstaatsprinzip oder der Rechtsschutzgarantie eines Unternehmens. Denn der Nachprüfungsantrag scheidet hier nicht daran, dass die Vergabekammer die Voraussetzungen des § 127 SGB V gar nicht prüft. Die Entscheidung der Vergabekammer beruht vielmehr darauf, dass die Vorgehensweise der Ag auch unter Berücksichtigung der Regelungen des § 127 SGB V nicht rechtswidrig ist, weil die Vorgaben des nationalen Rechts und des EU-Vergaberechts den Zweckmäßigkeitserwägungen des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V vorgehen.

In dem von der ASt in diesem Zusammenhang zusätzlich angesprochenen Verfahren des Bundesversicherungsamts ist derzeit noch kein Beschluss ergangen. Auf die Frage, ob und inwieweit eine etwaige Entscheidung dieser Behörde unmittelbare Auswirkungen auf dieses Nachprüfungsverfahren hätte, kommt es daher nicht an.

3. Da die Vergabeakte keine Unterlagen enthält, die für die Beurteilung der Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags bedeutsam sein können, ist der ASt keine Akteneinsicht zu gewähren.

III.

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

Die Zuziehung anwaltlicher Bevollmächtigter durch die Ag war notwendig. Denn durch den Nachprüfungsantrag wurden nicht nur einfach gelagerte, auftragsbezogene Sach- und Rechtsfragen aufgeworfen, sondern hierüber hinausgehende grundlegende Fragen zum Zusammenspiel von Vergabe- und Sozialrecht (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Dezember 2014, VII-Verg 37/13).

Da die Bg weder Sachanträge gestellt noch in sonstiger Weise das Nachprüfungsverfahren wesentlich gefördert und somit kein Kostenrisiko auf sich genommen hat, entspricht es nicht der Billigkeit i.S.d. § 182 Abs. 4 S. 2 GWB, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Bg aufzuerlegen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13, und vom 10. Mai 2012, VII-Verg 5/12). Die Bg trägt ihre Kosten mithin selbst.

IV.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Oberlandesgericht Düsseldorf - Vergabesenat -, Cecilienallee 3, 40474 Düsseldorf, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebegründung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

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

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

Behrens

Dr. Dittmann