Bundeskartellamt

1. Vergabekammer des Bundes

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: […]“, Los […], 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 15. Mai 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird 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).

   Nach der Angebotswertung der Ag soll im Los […] der Zuschlag auf das Angebot der Beigeladenen (Bg) erteilt werden. Die Antragstellerin (ASt) hat kein Angebot abgegeben.

2. Am 24. November 2017 ging die ASt mit einem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zunächst auf dem Sozialrechtsweg gegen das streitgegenständliche Vergabeverfahren vor, weil sie meint, dass die Ausschreibung unzweckmäßig i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V und daher rechtswidrig sei. Der Rechtsstreit wurde vom Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen zunächst an das OLG Düsseldorf und am 21. März 2018 von dort an die Vergabekammern des Bundes verwiesen (Az. VII-Verg 12/18). Seit Eingang dieses Verweisungsbeschlusses bei den Vergabekammern am 11. April 2018 wird das Verfahren als Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff. GWB geführt. Der ASt wurde

Gelegenheit gegeben, ihren Nachprüfungsantrag gemäß § 161 Abs. 1 GWB ergänzend zu begründen, hierbei beschränkte sie das Nachprüfungsverfahren auf das Los […]. Am 12. April 2018 wurden der Ag der Verweisungsbeschluss des OLG Düsseldorf sowie der Antrag der ASt vom 24. November 2017 übermittelt.

Am 23. Februar 2018 erließ das Bundesversicherungsamt gegen die Ag einen Bescheid, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung aufzuheben und ordnete die sofortige Vollziehung an. Die Ag hat hiergegen Rechtsmittel eingelegt.

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

Zur Zulässigkeit ihres Antrags trägt die ASt u.a. vor, dass ihre Antragsbefugnis bereits deshalb vorliege, weil sie ein Angebot abgegeben habe. Die Einleitung eines einstweiligen Anordnungsverfahrens gegen die Ag beim Sozialgericht sei als Rüge i.S.d. § 160 Abs. 3 GWB zu werten, weil sie der Ag hierdurch die Vergaberechtsverstöße bekannt gemacht habe, sodass diese die Möglichkeit der Abhilfe gehabt hätte.

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. Der nationale Gesetzgeber habe für den Fall der Unzweckmäßigkeit ausdrücklich vorgesehen, dass keine Ausschreibungen erfolgen dürften. 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 dürften. 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. Solche Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit seien gemäß Art. 56 ff. AEUV aus zwingenden

Gründen des allgemeinen Interesses wie der Versorgung mit Hilfsmitteln und damit der Gesundheit von Menschen auch erlaubt. Mit dem Abschluss von Verträgen gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V stehe einer gesetzlichen Krankenkasse auch eine unionsrechtskonforme Alternative zur Verfügung, mithilfe der sie von Ausschreibungen absehen könne. 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 handele daher bei der Beschaffung von Hilfsmitteln, bei denen Ausschreibungen unzweckmäßig seien, nicht nur im Rahmen des SGB V, sondern verhalte sich ebenfalls EU-rechtskonform. Im Übrigen gehe das EU-Vergaberecht nicht im Wege eines Automatismus dem nationalen Sozialrecht vor; vielmehr sei § 127 SGB V im Sinne einer praktischen Konkordanz mit den europäischen Bestimmungen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen.

Des Weiteren meint die ASt, dass sie der Verstoß der Ag gegen das Ausschreibungsverbot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V in ihren in Art. 3, 12 Abs. 1 GG grundgesetzlich garantierten Rechten auf Berufsfreiheit und Marktzugang verletze. Aus diesem Grund sei § 127 SGB V auch bieterschützend, die ASt habe gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V einen Anspruch auf einen Vertragsabschluss bzw. einen Beitritt.

Die ASt vertritt die Auffassung, dass die sozialrechtliche Vorfrage, ob ausgeschrieben werde dürfe, von der Vergabekammer zu prüfen sei. Jedenfalls müsse die Vergabekammer in entsprechender Anwendung des § 17 Abs. 2 S. 1 GVG über die Zweckmäßigkeit der Ausschreibung anhand des sozialrechtlichen Maßstabs entscheiden, da das vorliegende Verfahren vom Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen an die Vergabekammer verwiesen worden sei. Es könne nicht sein, dass die zwischen der Ag und der ASt streitige Frage der Zweckmäßigkeit gar nicht mehr geprüft werde.

Die ASt weist in diesem Zusammenhang zusätzlich darauf hin, dass das Bundesversicherungsamt als für die Ag zuständige Rechtsaufsichtsbehörde zwischenzeitlich einen Verpflichtungsbescheid erlassen habe, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung zu unterlassen, da diese nicht zweckmäßig sei. Dieser Verpflichtungsbescheid entfalte wie andere Verwaltungsakte eine Tatbestandswirkung, so dass die Vergabekammer keine von diesem Bescheid

abweichende Entscheidung erlassen dürfe. Eine solche Tatbestandswirkung bestehe auch dann, wenn der Bescheid des Bundesversicherungsamts noch nicht bestandskräftig sei.

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 ein 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 unbegründet. So sei die Ag hier bereits deshalb nicht an einer Ausschreibung gehindert, weil diese 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. Eine derzeit durchgeführte Befragung der Versicherten der Ag zeige ebenfalls, dass deren persönliche Betreuung durch den Leistungserbringer in der Praxis nicht sehr umfangreich sei.

Abgesehen davon hänge die Zulässigkeit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung nicht von deren Zweckmäßigkeit ab. Wenn die Ag wie im vorliegenden Fall über eine Ausschreibung eine Auswahlentscheidung treffen wolle, sei der Hilfsmittelversorgungsvertrag i.S.d. § 127 Abs. 1 SGB V ein öffentlicher Auftrag i.S.d. § 103 GWB, der bei Überschreiten des einschlägigen EU-Schwellenwerts nach den §§ 97 ff. GWB und der VgV zu vergeben sei, solange er nicht einer sog. Bereichsausnahme unterfalle.

Eine solche EU-rechtliche Bereichsausnahme gebe es für die Hilfsmittelversorgung anders als z.B. für Leistungen der Notfallrettung nach § 107 Abs. 1 Nr. 4 GWB nicht, so dass der deutsche Gesetzgeber nicht berechtigt sei, von den EU-Richtlinien abweichende weitere Ausnahmen zu kreieren. Seit der Novellierung des § 127 SGB V durch das HHVG im April 2017 stelle § 127 Abs. 1 S. 7 SGB V ausdrücklich 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.

Mit dieser Klarstellung habe der Gesetzgeber den Abschluss exklusiver Verträge mit einzelnen Leistungserbringern und damit den Ausschluss der anderen Leistungserbringer von der Versorgung der Versicherten einer Krankenkasse bewusst in Kauf genommen. Im Hinblick auf Art. 12 GG reiche es aus, wenn Leistungserbringern wie der ASt im Wege einer Ausschreibung gleicher Zugang zum Wettbewerb gewährt werde.

EU-Primärrecht, insbesondere Art. 56 ff. AEUV oder 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 das von der ASt angeführte Prinzip der praktischen Konkordanz von Belangen des Vergaberechts einerseits und des Sozialrechts andererseits führten nicht zu einem Ausschreibungsverbot, sondern nur zur Verpflichtung des Auftraggebers, bei der Ausschreibung – wie in § 127 Abs. 1b SGB V vorgesehen – auf eine ausreichende Versorgungsqualität zu achten.

Abgesehen davon, dass sich die Ag vorliegend für eine gebietsbezogene Auswahlentscheidung zugunsten einzelner Leistungserbringer entschieden habe, sei der Abschluss von Verträgen i.S.d. § 127 Abs. 2 und 2a SGB V entgegen der Auffassung der ASt kein unionsrechtskonformes Alternativverfahren zu einer Ausschreibung. Denn die Ag habe nur die Wahl zwischen einer Ausschreibung von Versorgungsverträgen und dem Abschluss von Verträgen zu einseitig von ihr vorgegebenen einheitlichen Vergütungskonditionen nach den sog. Open House-Kriterien des EuGH. Letztere Anforderungen seien hier nicht erfüllt.

Zur von der ASt angesprochenen Auffassung des Bundesversicherungsamts, dass die Ausschreibung rechtswidrig sei, trägt die Ag vor, dass diese Behörde am 23. Februar 2018 gegenüber der Ag einen Verpflichtungsbescheid erlassen habe, die streitgegenständliche Ausschreibung einzustellen, und den sofortigen Vollzug angeordnet habe. Die Ag habe gegen diesen Bescheid Rechtsmittel eingelegt, so dass dieser mangels Bestandskraft einer anderen Beurteilung der Rechtslage durch die zuständigen Nachprüfungsinstanzen nicht entgegenstehen könne. Zudem blende das Bundesversicherungsamt in seinem Bescheid die vergaberechtliche Einordnung von Zweckmäßigkeitsüberlegungen vollständig aus und könne die Vergabekammer auch aus diesem Grund nicht in ihrer Beurteilung der Rechtslage binden. Außerdem falle jedenfalls im Verhältnis zwischen Krankenkasse und Leistungserbringer die Beurteilung der Zulässigkeit einer Ausschreibung nach den Bestimmungen des Vergaberechts nach einhelliger aktueller Auffassung der Landessozialgerichte in die Zuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen. Die Ag verweist in diesem Zusammenhang u.a. auf die Entscheidung des LSG Niedersachsen-Bremen vom 25. Januar 2018, das den Antrag der ASt auf Erlass einer einstweiligen Anordnung zum OLG Düsseldorf als zuständigem Gericht verwiesen habe, da der Rechtsweg zu den Sozialgerichten nicht eröffnet sei (Az. L 4 KR 16/18 B ER). Darüber hinaus habe das Hessische LSG am 3. Mai 2018 entschieden, dass der Zuständigkeit der Vergabekammern auch kein inzwischen eingeleitetes aufsichtsrechtliches Verfahren des Bundesversicherungsamts entgegenstehe (Az. L 8 KR 31/18 B ER).

c) Mit Beschluss vom 26. April 2018 ist die Bg zum Verfahren hinzugezogen worden. Diese hat zwar einen Rechtsanwalt hinzugezogen, jedoch keine Stellungnahme abgegeben.

Die Entscheidung ergeht nach Lage der Akten, da alle Verfahrensbeteiligten auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet haben (§ 166 Abs. 1 S. 3, 1. Alt. GWB).

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

II.

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

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig, denn die Vergabekammer ist aufgrund der Verweisung der ursprünglich bei den Sozialgerichten anhängigen Sache zuständig (dazu unter a)), die ASt ist antragsbefugt (dazu unter b)) und hat den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß ordnungsgemäß gerügt (dazu unter c)).

   a) Zwar hat die ASt zunächst Rechtsschutz vor den ihrer Auffassung nach zuständigen Sozialgerichten gesucht. Unabhängig davon, ob diese Auffassung zutrifft, ist die Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes vorliegend aber allein schon deshalb gegeben, weil das Landessozialgericht Niedersachsen-Bremen den Rechtsstreit zunächst an das OLG Düsseldorf und dieses die Sache an die Vergabekammern des Bundes verwiesen hat. Diese Verweisung ist in entsprechender Anwendung des § 98 S. 1 SGG i.V.m. 17a Abs. 1 GVG bzw. § 202 SGG i.V.m. 17a Abs. 1 GVG bindend.

   b) Die ASt ist antragsbefugt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Sie hat zwar – anders als sie im Nachprüfungsverfahren vorträgt – ausweislich der Vergabeakte auf das von ihr begehrte Los […] kein Angebot abgegeben. Ihr erforderliches Auftragsinteresse wird jedoch bereits durch ihren Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht und ihren Nachprüfungsantrag belegt, in denen die ASt geltend gemacht hat, das Vergabeverfahren dürfe so nicht fortgeführt werden (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11. Dezember 2013, VII-Verg 22/13 m.w.N.*)*. Da diese Vergaberechtsverstöße die Erstellung ihres Angebots bzw. allgemein die Frage, wie die Ag zukünftig die (u.a.) von der ASt vertriebenen Hilfsmittel beschafft, betreffen, hat sie darüber hinaus nicht nur schlüssig eine Verletzung in eigenen Rechten behauptet, sondern ebenfalls dargelegt, dass ihr infolgedessen ein Schaden zu entstehen droht. Denn eine Bedarfsdeckung der Ag auf der Grundlage von Bedingungen, die die ASt für rechtswidrig hält und die dazu führen können, dass exklusiv andere Leistungserbringer die Nachfrage der Ag befriedigen, beeinträchtigt die Chancen der ASt, zukünftig an der Leistungserbringung beteiligt zu sein.

   c) Eine Rüge ist vorliegend in dem Antrag der ASt beim Sozialgericht auf Erlass einer einstweiligen Anordnung vom 24. November 2017 zu sehen, dass die streitgegenständliche Ausschreibung rechtswidrig und daher aufzuheben sei. Denn eine Rüge ist nicht an eine besondere Form gebunden, sondern muss – wie hier – lediglich erkennen lassen, dass sich

der Antragsteller gegen die Vergabe eines bestimmten öffentlichen Auftrags wendet. Die Rüge wurde hier allerdings gegenüber dem Sozialgericht und nicht gegenüber der Ag erhoben. Die Ag erfuhr von den Beanstandungen der ASt erst nach Ablauf der Angebotsfrist (durch die Übermittlung des Antrags der ASt durch das Sozialgericht am 27. November 2017), so dass sich die Frage stellt, ob die Rüge rechtzeitig i.S.d. § 160 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 GWB „gegenüber dem Auftraggeber“ erfolgt ist. Dies kann hier aber dahingestellt bleiben, weil der Nachprüfungsantrag jedenfalls unbegründet ist.

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 Leistungen 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 die Ag 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; dieser Anwendungsvorrang des EU-Rechts kann nicht durch den nationalen Gesetzgeber eines Mitgliedstaats derogiert werden.

   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 (ebenso: § 69 Abs. 3 SGB V). D.h. der deutsche Sozialgesetzgeber hat den Anwendungsvorrang des EU-Vergaberechts bei Ausschreibungen gar nicht anders geregelt, sondern in § 127 Abs. 1 S. 7 und § 69 Abs. 3 SGB V ebenso festgelegt, dass bei öffentlichen Aufträgen das nationale (und damit auch das EU-)Vergaberecht anzuwenden ist. Konsequent wurde der Wortlaut des § 127 Abs. 1 SGB V durch das HHVG dementsprechend auch nur so ergänzt, dass die Geltung des Vergaberechts lediglich davon abhängig ist, dass es sich um die Vergabe „öffentliche[r] Aufträge im Sinne des § 103 Absatz 1 [GWB]“ handelt und der „maßgebliche Schwellenwert gemäß § 106 [GWB]“ erreicht oder überschritten wird. Dasselbe gilt für die von der ASt angesprochene EU-Dienstleistungsfreiheit. Denn selbst wenn ein Mitgliedstaat diese gemäß Art. 56 ff. AEUV z.B. aus gesundheitspolitischen Gründen einschränken dürfte, hat dies der nationale Sozialgesetzgeber vorliegend nicht getan.

Ein abweichender Befund kann sich auch nicht daraus ergeben, dass die o.g. Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 21. Dezember 2016 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 Verträge gemäß § 127 Abs. 2 und 2a SGB V), 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 vorliegend nach dem oben Gesagten der Fall. Auch das nationale Sozialrecht schreibt einer gesetzlichen Krankenkasse nicht zwingend vor, bei Versorgungen mit hohem Dienstleistungsanteil i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V stets auf die Durchführung von Vergabeverfahren zu verzichten. Denn wie 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. Dies folgt nach der hier vertretenen Auffassung sowohl aus dem Vergabe-, als auch aus dem Sozialrecht. Dass der Nachprüfungsantrag der ASt insoweit keinen Erfolg hat, beruht also nicht darauf, dass die Vergabekammer sozialrechtliche (Vor-)Fragen, die einem Vergabeverfahren entgegenstehen könnten, nicht prüft, sondern darauf, dass die Vergabekammer meint, dass die Ag nicht nur vergabe-, sondern auch sozialrechtskonform handelt.

Auch die Grundrechte der ASt stehen dem nicht entgegen. Ihre Marktzugangs- und sonstigen Rechte i.S.d. Art. 3 und 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).

Auch der Bescheid des Bundesversicherungsamts gegen die Ag erfordert keine andere Beurteilung der Rechtslage durch die Vergabekammer. Mit diesem Bescheid wurde die Ag zwar verpflichtet, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung aufzuheben. Dieser Bescheid ist jedoch noch nicht bestandskräftig und die Ag hat die Ausschreibung bisher nicht aufgehoben, sondern gegen den Bescheid Rechtsmittel eingelegt. Das Nachprüfungsverfahren hat sich daher nicht erledigt. Da das Bundesversicherungsamt in seinem Bescheid nicht auf das – nach Auffassung der Vergabekammer entscheidungserhebliche – Rangverhältnis zwischen nationalem und EU-Recht eingeht, besteht auch sonst kein Anlass, aufgrund dieses Bescheides von der hier vertretenen anderen Auffassung abzuweichen. Anderenfalls würde sich die von der ASt angesprochene Tatbestandswirkung auf einen Tatbestand erstrecken, der durch den Verwaltungsakt des Bundesversicherungsamts gar nicht erfasst wird. Darüber hinaus kann der Inhalt der Entscheidung einer Behörde eine andere Behörde nicht binden, sofern diese Entscheidung noch nicht bestandskräftig ist oder jedenfalls nicht dann, wenn der Adressat der Entscheidung dagegen – wie hier – Rechtsmittel eingelegt hat (vgl. hierzu Kopp/Ramsauer, zu § 43 VwVfG, 18. Aufl., Rz. 23 m.w.N.). Denn sonst würde eine effektive Rechtsverteidigung des Adressaten (hier: der Ag) letztlich ausgehöhlt. Dies zeigt auch der vorliegende Fall: Die Zuständigkeit des

Bundesversicherungsamts in dieser Sache unterstellt, ist gemäß § 69 Abs. 3 SGB V jedenfalls im Verhältnis zwischen der Ag als gesetzlicher Krankenkasse und der ASt als potentiellem Leistungserbringer auch die Vergabekammer zuständig, über die Rechtmäßigkeit dieses Vergabeverfahrens zu entscheiden. Die der Ag über den Vergaberechtsweg eingeräumte Möglichkeit, ihre Rechtsposition zu verteidigen, würde leerlaufen, wenn die Vergabekammer im Rahmen ihrer Zuständigkeit nicht selbst entscheiden könnte, sondern an die im Bescheid des Bundesversicherungsamtes getroffenen Feststellungen gebunden wäre. Unabhängig davon stellt sich unter den Prämissen der ASt, dass Behördenentscheidungen auch schon vor ihrer Bestandskraft zulasten anderer Behörden eine Tatbestandswirkung erzeugen können, zudem die Frage, ob das Bundesversicherungsamt seinerseits nicht an anderslautende Beschlüsse der Vergabekammer über dieselbe Ausschreibung gebunden gewesen wäre. Denn bereits am 7. Dezember 2017 hat die Vergabekammer entschieden, dass die verfahrensgegenständliche Ausschreibung (in allen Losen) auch unter Berücksichtigung des Zweckmäßigkeitsgebots nach § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V rechtmäßig ist (Az. VK 1-131/17, nicht bestandskräftig). Abgesehen davon hat die Vergabekammer dieselbe Auffassung bereits zu anderen Hilfsmittelausschreibungen vertreten (Beschluss vom 15. Februar 2018, VK 1-161/17 (bestandskräftig)).

3. Da die Vergabeakte keine Unterlagen enthält, die für die Beurteilung der Begründetheit 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