



1. Vergabekammer des Bundes  
VK 1 - 83/18

## 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 21. September 2018 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird verworfen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) 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.

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 – kurz vor Ablauf der Angebotsfrist – 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. Das Sozialgericht Speyer verwies den Rechtsstreit mangels Eröffnung des Sozialrechtswegs an das OLG Düsseldorf, die Beschwerde der ASt hiergegen wurde vom Landessozialgericht Rheinland-Pfalz zurückgewiesen. Mangels funktioneller Zuständigkeit verwies das OLG Düsseldorf das Verfahren am 2. August 2018 an die Vergabekammern des Bundes (Az. VII-Verg 57/17). Seit

Eingang dieses Verweisungsbeschlusses bei den Vergabekammern am 20. August 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 21. August 2018 wurden der Ag der Verweisungsbeschluss des OLG Düsseldorf sowie der Antrag der ASt auf Erlass einer Einstweiligen Anordnung beim Sozialgericht Speyer vom 24. November 2017 übermittelt.

Am 23. Februar 2018 erließ das Bundesversicherungsamt (BVA) gegen die Ag einen Bescheid, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung aufzuheben, weil diese i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V unzweckmäßig sei. Die Ag hat hiergegen Klage beim Landessozialgericht Berlin-Brandenburg eingereicht, über die noch nicht entschieden ist.

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

Die neue Rechtsprechung des OLG Düsseldorf stehe der Zulässigkeit nicht entgegen. Zwar vertrete dieses OLG anders als früher nunmehr die Auffassung, dass der Anspruch, den die ASt geltend mache, der Sozialgerichtsbarkeit zuzuordnen sei. Aufgrund der gemäß § 17a Abs. 2 S. 3 GVG bindenden Verweisung des Verfahrens durch das Landessozialgericht sei vorliegend jedoch der Vergaberechtsweg gegeben. Die Vergabekammer dürfe daher eine Entscheidung über die Frage der Zweckmäßigkeit der Ausschreibung insbesondere nicht mit dem Argument verweigern, dass diese Vorfrage in den Zuständigkeitsbereich eines anderen Gerichts fiele. Anderenfalls werde die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verletzt.

Zum Vorliegen ihrer Antragsbefugnis trägt die ASt vor, dass § 127 Abs. 1 SGB V nicht nur das Interesse der Versicherten an einer qualitativ hochwertigen Versorgung sicherstelle, sondern ebenfalls bieterschützend sei. Denn bei einer rechtswidrig eingeleiteten Ausschreibung verletze die Ag den Anspruch der ASt, als geeigneter Leistungserbringer i.S.d. § 126 SGB V einen Rahmenvertrag mit der Ag über die Hilfsmittelversorgung der Versicherten gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V abzuschließen. Zudem sei die ASt in ihren Rechten aus Art. 3, 12 GG verletzt, weil die Ag den Leistungserbringern durch ihr rechtsmissbräuchliches Verhalten faktisch den Zugang zur Versorgung der Versicherten verwehre.

Darüber hinaus sei der Nachprüfungsantrag begründet, weil das Vergabeverfahren vergaberechtswidrig und deshalb aufzuheben sei. Aufgrund des hohen Dienstleistungsanteils verstoße die Ausschreibung gegen das Zweckmäßigkeitgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V. Für diesen Fall habe der nationale Gesetzgeber neuerdings ausdrücklich vorgesehen, dass keine Ausschreibungen erfolgen dürften. Leistungserbringer wie die ASt hätten daher einen Anspruch, zur Versorgung der Versicherten Verträge gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V abzuschließen. Des Weiteren meint die ASt, dass sie ebenfalls in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb i.S.d. Art. 14 GG betroffen sei, weil die Ag die ASt durch ihr rechtswidriges Verhalten bis zu vier Jahre von der Versorgung der Versicherten der Ag ausschließe.

Zusätzlich weist die ASt darauf hin, dass auch das Bundesversicherungsamt die Auffassung vertreten habe, dass eine Krankenkasse verpflichtet sei, die Voraussetzungen des § 127 Abs. 2, 2a SGB V einzuhalten, sofern eine Ausschreibung nicht zweckmäßig sei.

Im Übrigen verweist die ASt auf ihren Vortrag im sozialgerichtlichen Verfahren vor dem Sozialgericht Speyer. Dort hatte sie über ihre Verfahrensbevollmächtigten beantragt,

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 [...], zu unterlassen,
2. hilfsweise, für den Fall der Zuschlagserteilung, der Ag zu untersagen, ihre Versicherten gemäß der vorgenannten Ausschreibung zu versorgen.
3. Die Kosten des Verfahrens trägt die Ag.

b) Die Ag beantragt über ihre Verfahrensbevollmächtigten,

1. den Nachprüfungsantrag der ASt zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Ag aufzuerlegen,
3. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag für notwendig zu erklären.

Die Ag meint, dass eine Fortsetzung des Streitverfahrens als Vergabenachprüfungsverfahren jedenfalls nach der Verweisung grundsätzlich statthaft sei. Allerdings sei die ASt nicht antragsbefugt, weil sie keine Verletzung in eigenen Rechten geltend machen könne, da § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V mit dem Regelungsgehalt, dass Ausschreibungen unter bestimmten Voraussetzungen zu unterbleiben hätten, nicht bieterschützend sei.

Des Weiteren führt die Ag näher aus, dass § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V der von der Ag durchgeführten Ausschreibung auch tatsächlich nicht entgegenstehe. Auch die abweichende Auffassung des Bundesversicherungsamts (BVA) führe nicht zu einem anderen Ergebnis. Denn das LSG Niedersachsen-Bremen habe am 29. Mai 2018 (Az. L 4 KR 173/18 ER) zu einer anderen Ausschreibung derselben Hilfsmittel klargestellt, dass die Zulässigkeit einer Ausschreibung rechtlich vertretbar und der anderslautende Verpflichtungsbescheid des BVA rechtswidrig sei.

- c) Mit Beschluss vom 4. September 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 bereits unzulässig. Zwar ist die Vergabekammer des Bundes aufgrund der rechtskräftigen Verweisung der ursprünglich beim Sozialgericht Speyer anhängigen Sache zuständig (dazu unter 1.), allerdings fehlt der ASt die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB (dazu unter 2.).

1. Die ASt hat 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 Sozialgericht Speyer rechtskräftig den Rechtsstreit zunächst an das OLG Düsseldorf und dieses das Verfahren an die Vergabekammern des Bundes verwiesen hat. Diese Verweisung ist in entsprechender Anwendung des § 98 S. 1 SGG i.V.m. 17a Abs. 2 S. 3 GVG bzw. § 202 SGG i.V.m. 17a Abs. 2 S. 3 GVG bindend.
  
2. Der ASt fehlt jedoch aus mehreren Gründen die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. So ist bereits ihr Auftragsinteresse fraglich (s. dazu unter a)), jedenfalls aber kann sich die ASt nicht auf eine bieterschützende Norm berufen (s. dazu unter b)) und ihr droht auch kein Schaden i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 2 GWB (s. dazu unter c)). Dem stehen auch nicht § 156 Abs. 2 GWB oder §§ 69 Abs. 3, § 51 Abs. 3 SGG entgegen (s. dazu unter d) bzw. e)) und die ASt steht auch nicht unter Verletzung des Art. 19 Abs. 4 GG rechtsschutzlos da (s. dazu unter f)).
  - a) Soweit die ASt ihren Nachprüfungsantrag darauf stützt, das Vergabeverfahren sei rechtswidrig, da es gemäß § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V nicht zweckmäßig sei, ist bereits ihr Auftragsinteresse i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 1 GWB fraglich.

Die ASt stützt ihren Nachprüfungsantrag darauf, dass das streitige Vergabeverfahren aus rechtlichen Gründen gar nicht stattfinden dürfe, vielmehr müsse die Ag mit ihr vergaberechtsfrei Verträge i.S.d. § 127 Abs. 2, 2a SGB V abschließen. Damit besteht das Rechtsschutzziel der ASt darin, die Ausschreibung der Versorgung der Versicherten der Ag mit den verfahrensgegenständlichen Hilfsmitteln zu verhindern. An dem von der Ag ausgeschriebenen Auftrag hat die ASt mithin kein Interesse. Das Rechtsschutzziel, ein Vergabeverfahren zu verhindern und Vergaberecht nicht anzuwenden, ist jedoch nicht vom Vergaberechtsschutz umfasst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 59/17; OLG Brandenburg, Beschlüsse vom 3. November 2011, Verg W 4/11 m.z.N. und vom 7. Oktober 2010, Verg W 12/10; 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 28. Mai 2014, VK 2-35/14). Ein Unternehmen kann vor den Vergabenachprüfungsinstanzen allenfalls geltend machen, dass ein Auftraggeber überhaupt erst ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren nach den Vorschriften des Vierten Teils des GWB durchführt (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juni 2012, X ZB 9/11) – hier geht es der ASt jedoch um den

umgekehrten Fall, dass gerade kein Vergabeverfahren i.S.d. Teil 4 stattfindet (darauf weist auch das OLG Düsseldorf in seinem Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O., hin).

Da die Antragsbefugnis der ASt aber jedenfalls aus anderen Gründen fehlt, braucht deren Auftragsinteresse nicht abschließend festgestellt zu werden.

- b) Die ASt macht keine Verletzung in ihren „Rechten nach § 97 Absatz 6“ GWB „durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften“ geltend (s. zu dieser Tatbestandsvoraussetzung § 160 Abs. 2 S. 1 GWB).

Solche Vorschriften müssen zwar keine vergaberechtlichen Normen sein wie diejenigen in Teil 4 des GWB, der VgV, der VSVgV, der KonzVgV, der VOB/A, der SektVO oder im EU-Vergaberecht. In Betracht kommen vielmehr auch außervergaberechtliche Normen, z.B. aus dem Sozialrecht oder ggf. auch grundgesetzliche Ansprüche. Wenn sich ein Antragsteller jedoch auf solche „außervergaberechtlichen“ Normen beruft, bedarf es einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm, die das „Verfahren“ betreffen, „in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt“ (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O. m.w.N.; vgl. auch Dicks in: Ziekow/Völlink, 3. Aufl., zu § 160 GWB, Rz. 21). Der bieterschützende Charakter einer vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm ergibt sich hier also nicht aus dem Vergaberecht unmittelbar, sondern aus Normen außerhalb des Vergaberechts, die allerdings – wie die unmittelbar dem Vergaberecht zuzuordnenden Normen – den Schutz der an einem Vergabeverfahren beteiligten Bieter oder Bewerber bezwecken müssen, indem sie entweder aus sich heraus einen direkten Bieterschutz vermitteln oder aber Umstände regeln, die sich unmittelbar auf vergaberechtliche Normen auswirken.

An einer solchen vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm fehlt es hier. Denn das Zweckmäßigkeitssgebot des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V, das nach Auffassung der ASt dazu führt, dass die Ag die Versorgung ihrer Versicherten mit den verfahrensgegenständlichen Hilfsmitteln gar nicht ausschreiben dürfe, betrifft nicht die Durchführung des Vergabeverfahrens, also nicht das Verfahren, „in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt“. Denn ein Vergabeverfahren und damit der Bieterschutz beginnt erst, sobald der öffentliche Auftraggeber seine zunächst intern getroffene Beschaffungsentscheidung nach außen dokumentiert, indem er z.B. den Wettbewerb durch eine Vergabebekanntmachung eröffnet oder – im Fall einer sog. de facto-Vergabe – einen

Wirtschaftsteilnehmer für den Vertragsschluss auswählt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Diesem Auftreten mit einem Beschaffungsentschluss nach außen ist die Frage, ob – aus welchen rechtlichen Gründen auch immer – gar nicht ausgeschlossen werden darf, notwendigerweise vorgelagert, da je nach deren Beantwortung der Auftraggeber das Vergabeverfahren einleitet oder nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.).

Dementsprechend scheidet eine Verletzung vergabe- oder ggf. außervergaberechtlicher Bieterrechte i.S.d. § 160 Abs. 2 S. 1 i.V.m. § 97 Abs. 6 GWB hier insoweit von vornherein aus. In einem Vergabenachprüfungsverfahren kann nur die Verletzung bieterschützender Normen geltend gemacht werden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.) und nach dem oben Gesagten sind bieterschützende Normen nur solche, die gerade die Rechtsposition der Unternehmen in deren Rolle als Bieter (oder Bewerber) und damit deren Situation zwischen Erstellung des Angebots (bzw. Teilnahmeantrags) und Zuschlagserteilung betreffen, nicht jedoch die Normen, die deren sonstige Stellung als Marktteilnehmer im Übrigen regeln. Demnach gilt bei Normen, die Sachverhalte betreffen, die einem Vergabeverfahren vorgelagert sind, dass deren Auswirkungen auf das Vergabeverfahren, in dem der betreffende Vertrag zustande kommt, einen reinen Rechtsreflex darstellen. Ein solcher Reflex begründet jedoch keinen Bieterschutz i.S.d. § 160 Abs. 2, § 97 Abs. 6 GWB.

Die Rechte, deren Verletzung die ASt hier geltend macht, sind also keine im Nachprüfungsverfahren verfolgbaren Rechte i.S.d. § 160 Abs. 2, § 97 Abs. 6 GWB. Da es bereits an der erforderlichen Anknüpfungsnorm fehlt, gilt dies sowohl für etwaige Ansprüche der ASt aus § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V als auch aus Art. 3, 12, 14 GG.

- c) Darüber hinaus droht der ASt weder ein Schaden noch ist ihr ein solcher entstanden (§ 160 Abs. 2 S. 2 GWB).

Ein solcher Schaden liegt dann vor, wenn durch den einzelnen beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten des den Antrag stellenden Bieters auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O., jeweils m.z.N). Aufgrund des von ihr geltend gemachten Rechtsverstoßes kann der ASt ein solcher Schaden vorliegend nicht entstehen. Denn der aus Sicht der ASt bestehende Rechtsverstoß (die Ag dürfe



wegen des Zweckmäßigkeitgebots des § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V kein Vergabeverfahren durchführen) beeinträchtigt zwar möglicherweise deren Rechtsposition als potentieller Vertragspartner der Ag und Leistungserbringer gegenüber deren Versicherten, aber nicht die Chancen der ASt, den Zuschlag auf einen solchen Vertrag mit der Ag in einem Vergabeverfahren zu erhalten. Denn so wie im Rahmen der vergaberechtlichen Anknüpfungsnorm (s.o. unter b)), die sich nach der hier vertretenen Auffassung auf das „Verfahren“ beziehen muss, „in dem eine Zuschlagsentscheidung zustande kommt“, ist auch der Begriff des „Schadens“ i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB eng zu verstehen. Das heißt dieser Schaden muss im Vergabeverfahren entstehen (oder jedenfalls drohen). Dies betrifft insbesondere Nachteile des Antragstellers im Rahmen der Erstellung oder Wertung seines Angebots. Nachteile, die jedoch nicht im angegriffenen Vergabeverfahren entstehen und damit das betreffende Unternehmen (gerade) in seiner Rolle als Bieter (oder Bewerber) beeinträchtigen, sondern in seiner Rolle als Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers oder sonstiger Marktteilnehmer/Leistungserbringer, stellen keinen „Schaden“ i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB dar.

- d) Etwas anderes folgt auch nicht aus § 156 Abs. 2 GWB. Denn wie bereits oben unter b) dargelegt, betreffen die in § 156 Abs. 2 GWB genannten „Rechte aus § 97 Abs. 6 GWB“ bzw. die hier ebenfalls genannten „sonstigen Ansprüche“ nur Bestimmungen „über das Vergabeverfahren“ (so § 97 Abs. 6 GWB) oder Ansprüche, „die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind“ (so § 156 Abs. 2 GWB), also nur Rechte eines Bieters (oder Bewerbers) im Vergabeverfahren. Fragen, die – wie hier – einem Vergabeverfahren vorgelagert sind, werden damit von § 156 Abs. 2 GWB nicht erfasst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.).

Beschaffungsvorhaben öffentlicher Auftraggeber sind also nicht allumfassend und exklusiv von den Vergabekammern zu überprüfen. Vielmehr hat der Gesetzgeber deren Zuständigkeit von weiteren Voraussetzungen abhängig gemacht und mit dem Anfang und dem Ende des Vergabeverfahrens verknüpft („in einem Vergabeverfahren“). Diese Einschränkungen gelten wie hier aufgezeigt für alle Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsantrags gleichermaßen, also nicht nur für die Auslegung des § 156 Abs. 2 GWB, sondern auch für die Antragsbefugnis i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB. Dementsprechend hat der Gesetzgeber auch nur in diesem eingeschränkten Umfang ein spezielles Rechtsschutzregime mit besonderen Regelungen geschaffen.

- e) Auch sozialrechtliche Normen (hier: § 69 Abs. 3 SGB V oder § 51 Abs. 3 SGG) vermögen die Prüfungsbefugnisse der Vergabekammer nicht zugunsten der ASt zu erweitern. Gemäß § 69 Abs. 3 SGB V sind die Vergabekammern zuständig, um öffentliche Aufträge nach dem SGB V nachzuprüfen. Da es sich hierbei um eine Rechtsgrundverweisung handelt, ist diese Tatbestandsvoraussetzung nach Vergaberecht zu entscheiden (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.). Danach liegt ein Vergabeverfahren erst ab der nach außen gerichteten Umsetzung des Beschaffungsentschlusses des öffentlichen Auftraggebers bis zur Zuschlagserteilung vor (s. oben unter b)); für vorgelagerte Fragen wie hier gilt die Rechtswegzuweisung nach § 69 Abs. 3 SGB V (und damit auch des § 51 Abs. 3 SGG) nicht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.).
- f) Die hier vertretene Rechtsauffassung, dass die ASt den Rechtsverstoß, die Ag dürfe die Versorgung ihrer Versicherten mit den verfahrensgegenständlichen Hilfsmitteln wegen § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V nicht ausschreiben, mangels Antragsbefugnis nicht erfolgreich im Vergabenachprüfungsverfahren geltend machen kann, beeinträchtigt auch nicht den Anspruch der ASt auf effektiven Rechtsschutz aus Art. 19 Abs. 4 GG.

Die ASt steht nämlich nicht rechtsschutzlos da, denn die Prüfung sozialrechtlicher Normen wie § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V obliegt – soweit (wie hier, s.o. unter e)) keine abdrängende Rechtswegzuweisung vorliegt – den Sozialgerichten, § 51 SGG (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, a.a.O.).

Dem steht vorliegend auch nicht die bindende Verweisung dieses Verfahrens an die Vergabenachprüfungsinstanzen entgegen. Denn das Sozialgericht Speyer hat sich bisher nur im einstweiligen Rechtsschutz mit dem Begehren der ASt befasst. Wie dieses Sozialgericht in der Hauptsache entscheiden würde, ist – gerade im Hinblick auf die aktuelle Rechtsauffassung des OLG Düsseldorf zur Unzuständigkeit der Vergabenachprüfungsinstanzen in diesen Fragen, mit dem sich die Sozialgerichte aus zeitlichen Gründen noch nicht auseinandersetzen konnten – nicht absehbar. Auch sonst widerspricht die hier vertretene Auffassung nicht der Bindungswirkung des rechtskräftigen Verweisungsbeschlusses des Sozialgerichts Speyer nach § 17a Abs. 2 S. 3 GVG (unterstellt, dass diese Vorschrift für die Vergabekammern jedenfalls entsprechend gilt). Denn die Bindungswirkung tritt nach dieser Norm nur „hinsichtlich des Rechtsweges“ ein. Am Rechtsweg scheitert der Nachprüfungsantrag jedoch vorliegend nicht, sondern an den von der Vergabekammer in eigener Zuständigkeit zu beurteilenden übrigen

Zulässigkeitsvoraussetzungen eines – jedenfalls aufgrund der bindenden Verweisung im Übrigen statthaften – Nachprüfungsantrags (hier: der Antragsbefugnis der ASt i.S.d. § 160 Abs. 2 GWB). Die Rechtsauffassung der ASt, die Vergabekammer müsse sich aufgrund der Verweisung des Sozialgerichts Speyer mit der sozialrechtlichen Frage der Zweckmäßigkeit i.S.d. § 127 Abs. 1 SGB V auseinandersetzen, liefe im Ergebnis darauf hinaus, dass zumindest die Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Nachprüfungsantrags von der Vergabekammer nicht mehr zu prüfen, sondern als gegeben zu unterstellen wären. Eine Rechtswegverweisung kann jedoch nicht die Frage vorentscheiden, ob der geltend gemachte Anspruch zulässiger- und/oder begründeterweise verfolgt wird. So weit geht jedoch auch die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG nicht.

Auch sonst verhält es sich nicht so, dass das Vorgehen der Ag nicht gerichtlich überprüft werden kann. Das Gegenteil ist der Fall. Denn die Sozialgerichte sind derzeit bereits mit der von der ASt aufgeworfenen Rechtsfrage insoweit befasst, als dass das zuständige Landessozialgericht Berlin-Brandenburg derzeit aufgrund der Klage der Ag über einen Bescheid des Bundesversicherungsamts (BVA) befindet. Das BVA hatte die Ag am 23. Februar 2018 verpflichtet, die verfahrensgegenständliche Ausschreibung mangels Zweckmäßigkeit i.S.d. § 127 Abs. 1 S. 6 SGB V aufzuheben. Damit wird aufgrund des Einschreitens der für die Ag zuständigen Rechtsaufsichtsbehörde im Ergebnis auch über das hier geltende gemachte Rechtsschutzbegehren der ASt entschieden, nämlich die sozialrechtliche Zulässigkeit der Vorgehensweise der Ag, solche Hilfsmittelversorgungsverträge im Wege einer öffentlichen Ausschreibung abzuschließen.

### 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, 3 S. 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Ag war notwendig, da das Nachprüfungsverfahren umfangreiche Rechtsfragen zur Zulässigkeit eines Nachprüfungsantrags aufgeworfen hat, die die Beauftragung eines Verfahrensbevollmächtigten als sachgerecht erscheinen lassen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06).

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.

vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am vom 21. August 2018 am

Die hauptamtliche Beisitzerin  
Dr. Dittmann ist wegen Ortsab-  
wesenheit an der Unterschrift  
gehindert.

Behrens

Behrens

