



2. Vergabekammer des Bundes
VK 2 - 92/18

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

[...]

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

gegen

[...]

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

[...]

[...]

- Beigeladene zu 1. -

[...]

- Beigeladene zu 2. -

wegen des Abschlusses mehrerer Verträge über die Lieferung [...] Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V, hat die 2. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Regierungsdirektor Brune und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Ott auf die mündliche Verhandlung vom 16. Oktober 2018 am 25. Oktober 2018 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die von der Antragsgegnerin mit den Beigeladenen zu 1. und 2. geschlossenen Verträge über die Lieferung [...] Hilfsmittelverzeichnisses nach § 139 SGB V) unwirksam sind.

2. Der Antragsgegnerin wird aufgegeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht ihren Bedarf unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer vergaberechtskonform zu decken.
3. Der Antrag der Antragsgegnerin auf Durchführung eines Vorlageverfahrens gemäß Art. 267 AEUV wird zurückgewiesen.
4. Die Antragsgegnerin trägt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin.
5. Die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin (Ag) ist eine gesetzliche Krankenkasse. Mit dem Nachprüfungsantrag wendet sich die Antragstellerin (ASt) gegen eine vergaberechtswidrige de-facto-Vergabe von Verträgen zur Versorgung der Versicherten der Ag mit [...] des Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V [...]. [...].

Bei diesen [...] handelt es sich um Hilfsmittel i.S.d. § 33 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Diese werden durch ärztliche Dauerverordnungen mit einer Laufzeit über mehrere, vielfach bis zu zwölf Monaten verschrieben.

Bis zum 30. September 2018 erfolgte die Versorgung der etwa [...] Versicherten der Ag mit solchen [...] auf der Basis exklusiver Rahmenverträge durch acht verschiedene Leistungserbringer in 16 Regionallosen (je Losgebiet ein Lieferant, sog. „Ein-Partner-Modell“). Ein solcher Rahmenvertrag bestand auch mit der ASt. Das jährliche Ausgabevolumen der Ag überschreitet sowohl den niedrigeren allgemein für Liefer- und Dienstleistungen als auch den höheren für soziale und andere besondere Dienstleistungen geltenden Schwellenwert bei weitem (§ 106 Abs. 1 und 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art 4 lit. c) und d) der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 1 Abs. 1 lit. c) der Richtlinie 2017/2365/EU).

Die Ag beabsichtigt zur Versorgung ihrer Versicherten ab dem 1. Oktober 2018 einen neuen Versorgungsvertrag gem. § 127 Abs. 2 SGB V abzuschließen. Hierzu wurde bereits Ende 2017 / Anfang 2018 eine Markterkundung durchgeführt, bei der im Ergebnis festgestellt wurde, „dass

Anschlussverträge auf dem Preisniveau der Ausschreibungsverträge – mit sogar besseren Leistungen – als Verhandlungsverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V möglich sind“ (Ziffer 4. des Vergabeverkehrs vom 1. August 2018, Bl. 1 bis 6 der Vergabeakte – „Vergabeverkehrs“). Hierdurch sollten auch die Ziele des Gesetzes zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung umgesetzt werden und für die Versicherten eine spürbare Qualitätssteigerung in Form erweiterter Service-, Dienst- und Versorgungsleistungen einhergehen.

Im Vergabeverkehrs heißt es unter Ziffer 5. *„Auswahl des Verfahrens nach § 127 Abs. 2 und 2a SGB V“:*

„Die Krankenkassen sind verpflichtet, Verträge nach § 127 Abs. 1 oder 2 SGB V abzuschließen. [...]

Aufgrund der von ihr und anderen Kassen (insbesondere [...]) gemachten Erfahrungen hat sich die [Ag] für einen Abschluss von Verträgen nach § 127 Absatz 2 SGB V und der Beitrittsmöglichkeit nach § 127 Abs. 2a SGB V entschieden.

Die beitragsfähigen Verträge nach § 127 Abs. 2/2a SGB V unterliegen nicht der Ausschreibungspflicht und sind folglich keine öffentlichen Aufträge im Sinne des europäischen Vergaberechts. Es findet keine exklusive Auswahlentscheidung zugunsten eines oder weniger Leistungserbringer statt. Vielmehr können alle geeigneten Leistungserbringer den Verträgen beitreten. Es handelt sich daher um ein vergaberechtsfreies Zulassungsmodell. Die dennoch geltenden Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz sind durch das von der [Ag] gewählte und durchgeführte Verfahren gewahrt.“

Unter Ziffer 6. des Vergabeverkehrs wird ausgeführt:

„Außerdem ist von den Leistungserbringern [...] zu belegen, wie sie die insbesondere in der ab dem 1. Oktober 2018 gültigen Anlage [...] zum Rahmenvertrag aufgeführten (Leistungs-)Vorgaben erfüllen und nachhaltig sicherstellen können:

- Telefonische Erreichbarkeit (80% der Anrufe sind innerhalb von 20 Sekunden anzunehmen)*
- Beschreibung/Konzept zur Umsetzung/Sicherstellung, Personaleinsatz usw.*
- Auslieferung innerhalb von 48 Stunden nach Auftragseingang*
- Beschreibung/Konzept zur Umsetzung/Sicherstellung, Personaleinsatz, Logistik usw.*
- Übrige Vorgaben und Bedingungen der Anlage [...] zum Rahmenvertrag*
- Beschreibungen/Konzepte zur Umsetzung/Sicherstellung“.*

Hierzu veröffentlichte die Ag am 9. August 2018 auf ihrer firmeneigenen Internetseite eine „Bekanntmachung nach § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB Vertragsabsicht [...]“ („Bekanntmachung Vertragsabsicht“). In dieser Bekanntmachung heißt es:

„Die [Ag] beabsichtigt mit Wirkung ab 1. Oktober 2018 Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V über die aufzahlungsfreie Versorgung ihrer Versicherten mit [...] einschließlich evtl. notwendigem Zubehör und allen damit zusammenhängenden Dienst- und Serviceleistungen zu schließen.

Die Vergütung soll über monatliche Pauschalen erfolgen, mit denen alle notwendigen Versorgungsleistungen abgegolten sind.

Verhandlungsbasis ist der von uns vorbereitete Rahmenvertrag [...]. Die vorgenannten Vertragsunterlagen können interessierte Leistungserbringer im Vertragsmanager einsehen und dort auch herunterladen. [...]

Die über den Rahmenvertrag nebst Anlagen A bis D hinaus notwendigen speziellen Regelungen sollen Inhalt einer [...] werden.

Bei Interesse an einem Vertrag nehmen wir gern Ihren Entwurf zur Gestaltung der Anlage [...] mit innovativen Ideen zur Vereinbarung und Sicherstellung einer qualitätsorientierten Versorgung im Sinne des HHVG nebst Preisangebot entgegen. Diesen richten Sie bitte schriftlich an die [Ag]. Angebote, die nach dem 30.09.2018 eingehen, können nicht mehr berücksichtigt werden.

Nach Abschluss der Verhandlungen besteht die Möglichkeit eines Vertragsbeitrittes nach § 127 Abs. 2a SGB V. Für interessierte Leistungserbringer stehen die geschlossenen Verträge sukzessive im Vertragsmanager zur Verfügung.“

Den abrufbaren Unterlagen, die einen Rahmenvertrag nebst weiteren Anlagen enthielten, war ein Vermerk „Anlage [...] (Vergabeakte, Bl. 53) beigefügt, in dem es heißt:

„Die [...] ist bewusst nicht gefüllt, weil wir diese mit den Vertragslieferanten gestalten und mit innovativen Ideen zur Vereinbarung und Sicherstellung einer qualitätsorientierten Versorgung im Sinne des HHVG füllen möchten. Bei Interesse freuen wir uns dazu auf Ihren Entwurf nebst Preisangebot.“

Daraufhin reichte die ASt mit Schreiben und E-Mail vom 15. August 2018 ein Vertragsangebot ein. In diesem stellte sie ihre Ideen und Vorschläge zur Gestaltung der Anlage [...] vor, unterbreitete ein Preisangebot und erfragte, wann Vertragsverhandlungsgespräche geplant seien.

Am 16. August 2018 antwortete die Ag per E-Mail:

„Die eingegangenen und eingehenden Ideen/Angebote werden gesichtet und parallel werden Gespräche geplant. Mehr können wir im Moment leider nicht sagen.“

Mit E-Mail vom 29. August 2018 erkundigte sich die ASt nach dem Stand des Verfahrens.

Mit E-Mail vom 31. August 2018 übersandte die Ag der ASt einen „1. Entwurf“ eines neuen Rahmenvertrags (nachfolgend: „Erstentwurf“). In der E-Mail heißt es:

„Uns erreichten in den letzten Tagen eine Vielzahl von Angeboten sowie diverse Ideen und Vorschläge zur Gestaltung der neuen [...] [...]. Wir haben die Ideen und Vorschläge ausgewertet, mit unseren Vorstellungen zusammengebracht und daraus einen 1. Entwurf erarbeitet. Diesen 1. Entwurf erhalten Sie als Anhang.

Verhandlungsmasse sind einzelne Merkmale/Kennzahlen (z.B. „x verschiedene Versorgungen von x verschiedenen Herstellern aufzahlungsfrei zur Auswahl anbieten“) sowie gern weitere Kriterien und Serviceattribute. Von daher stellt dieser Entwurf kein abschließendes Ergebnis dar.“

Dem Erstentwurf war eine ausgefüllte Anlage [...] beigefügt.

Diese enthält in § 4 („Auftragsannahme durch den Leistungserbringer“) unter Absatz 1 Vorgaben zur telefonischen Erreichbarkeit des qualifizierten Fachpersonals: *„mindestens 80% aller eingehenden Anrufe [müssen] innerhalb von 20 Sekunden persönlich angenommen werden.“* Weiter heißt es unter Absatz 2: *„Die vorgenannten persönlichen Erreichbarkeitszeiten und Annahmquoten müssen mindestens vier Wochen vor Vertragsbeginn eingerichtet und funktionsfähig sein“.*

Nach § 3 Abs. 3 des Erstentwurfs sind die Leistungserbringer verpflichtet, mindestens vier individuell geeignete Versorgungen von wenigstens zwei verschiedenen Herstellern aufzahlungsfrei zur Auswahl anzubieten und dabei auch Fremdprodukte abzugeben (§ 4 Abs. 8).

Nach § 5 Abs. 6 des Erstwurfs ist eine kostenlose Chat- und Video-Beratung durch den Leistungserbringer anzubieten.

§ 8 Abs. 1 des Erstentwurfs legt eine unverzügliche Leistungserbringung spätestens innerhalb von 48 Stunden nach Auftragseingang fest. Nach § 8 Abs. 6 ist eine Auftrags- und Paketverfolgung und administrative Abwicklung in Echtzeit mittels Online-Tool und qualifizierten Informationen anzubieten.

§ 9 Abs. 1 des Erstentwurfs setzt eine monatliche Vergütungspauschale fest.

Diese Anforderungen waren im bisherigen Versorgungsvertrag zwischen der Ag und der ASt aus dem Jahr 2014 nicht enthalten (insbesondere Video- und Chat-Funktion, (§ 5 Abs. 6 Anlage [...]), Auftrags- und Paketverfolgung in Echtzeit über Online-Tool (§ 8 Abs. 6 Anlage [...]), Telefonstatistik (§ 4 Abs. 1 Anlage [...]).

Nach § 3 Abs. 1 des Erstentwurfs muss die medizinische Notwendigkeit der Hilfsmittelversorgung für den Versicherten der Ag durch eine ärztliche Verordnung nachgewiesen werden. Der Leistungserbringer hat diese der Ag vorzulegen.

Nach § 12 Erstentwurf tritt die Anlage „*ab Leistungsmonat Oktober 2018 in Kraft*“. Die Mindestlaufzeit beträgt zwei Jahre. In diesem Zeitraum können neue Versorgungsaufträge aufgrund des Rahmenvertrags beantragt werden, die spätestens zwölf Monate nach Vertragsende auslaufen.

Am 3. September 2018 unterzeichneten die Beigeladene (Bg) zu 1. und zu 2. jeweils einen Rahmenvertrag nebst dazugehöriger Anlagen einschließlich einer ausgefüllten Anlage [...]. Die Vertreter der Ag unterzeichneten zwischen dem 10. und 13. September 2018.

Ab dem 6. September 2018 informierte die Ag Versicherte, deren Versorgungsverträge zum 30. September ausliefen, mit einem auf „*September 2018*“ datierten Schreiben, dass ab dem 1. Oktober 2018 die Versorgung nicht mehr durch den bisherigen Leistungserbringer möglich sein werde, sondern durch einen neuen Leistungserbringer erfolgen werde. Hierbei wurden den Versicherten entweder die Bg zu 1. oder die Bg zu 2. namentlich genannt.

In einem von der ASt vorgelegten Schreiben (Anlage 3 zum Nachprüfungsantrag) heißt es:

„Unsere Verträge mit den bisherigen Lieferanten enden. Wir schließen nun neue Verträge ab [...]

Was ändert sich für Sie?

Bis zum 30. September 2018 versorgt Sie Ihr bisheriger Lieferant weiter. Für die Zeit danach wenden Sie sich bitte rechtzeitig an den neuen Lieferanten auf der Rückseite, mit dem wir jetzt verbesserte Verträge geschlossen haben.“

Auf der Rückseite steht:

„Ab 1. Oktober 2018 bietet Ihnen folgender Lieferant alle Vorteile der neu abgeschlossenen Verträge:*

[Name und Kontaktdaten der Bg zu 1.]“

**) Weitere Vertragslieferanten werden dazu kommen. Unter diesen Anbietern können Sie frei wählen. Eine aktuelle Liste erhalten Sie bei Ihrer Kundenberatung in Ihrem Servicezentrum, oder Sie besuchen uns auf unserer Internetseite.“*

In der ersten Septemberwoche 2018 erlangte die ASt Kenntnis von dieser Vorgehensweise der Ag.

Mit Schreiben vom 10. September 2018 wandten sich die Verfahrensbevollmächtigten der ASt an die Ag, machten die Rechtswidrigkeit des Vorgehens geltend, forderten die Ag auf, die bereits geschlossenen Verträge für unwirksam zu erklären und weitere Umsteuerungsversuche ihrer Versicherten zu unterlassen.

Mit Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 17. September 2018 beantragte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens (siehe hierzu unter 2.). Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag am selben Tag an die Ag übermittelt.

Am 18. September 2018 wies der Verfahrensbevollmächtigte der Ag die mit Schreiben der ASt vom 10. und 12. September 2018 erhobenen Vorwürfe zurück. Weiterhin wurde eine Erklärung – ohne Anerkennung einer Rechtspflicht – abgegeben, es künftig zu unterlassen, das im Nachprüfungsantrag monierte Informationsschreiben der Ag an ihre Versicherten (Anlage 3 zum Nachprüfungsantrag) zu versenden.

Mittels Veröffentlichungsaufträgen vom [...] machte die Ag am [...] EU-weit bekannt (EU-Bekanntmachungs-Nr.: [...]) dass die Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmittelvertrag nach

§ 127 Abs.2 SGB V durchführen wolle und benannte als Schlusstermin zur Angebotsabgabe den 1. Oktober 2018 (Ziffer IV.2.2).

Gleichzeitig veröffentlichte die Ag Auftragsbekanntmachungen über die bereits mit den Bg zu 1. und 2. geschlossenen Lieferverträge [...] als „Referenzverträge“, um auf dieser Grundlage weiteren Leistungserbringern den Beitritt zu ermöglichen. Über den im Bekanntmachungsformular angegebenen Link waren die Referenzverträge abrufbar.

In der Folge wurden mehrere Beitrittserklärungen von Leistungserbringern zu den Referenzverträgen abgegeben, darunter von der ASt mit E-Mail vom 20. September 2018, verbunden mit einem Begleitschreiben, in dem die ASt zum Ausdruck brachte, bis zum 1. Oktober 2018 nicht alle Anforderungen erfüllen zu können. Mit E-Mail vom 21. September 2018 bat die Ag um Aufklärung, ob es sich um einen vorbehaltlosen Beitritt oder ein neues Verhandlungsangebot handele. In der Folge wurde es als neues Verhandlungsangebot gewertet und ein Interimsvertrag zwischen ASt und Ag für eine Übergangszeit geschlossen, während der eine geringere Vergütung der ASt aufgrund des unvollständigen Leistungsangebots vereinbart wurde.

Zwischen dem 2. und 9. Oktober bestätigte die Ag gegenüber fünf Unternehmen die Wirksamkeit des Beitritts zu den Referenzverträgen.

2. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens haben die Beteiligten Folgendes vorgetragen.

a) Mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 17. September 2018 beanstandet die ASt die folgenden Punkte:

- Die Ag habe als öffentlicher Auftraggeber einen öffentlichen Auftrag i.S.d. § 103 Abs. 1 und Abs. 5 Satz 2 GWB entgegen den vergaberechtlichen Vorschriften nicht ausgeschrieben, sondern de-facto-Verträge mit den Bg zu 1. und 2. in einem Verhandlungsverfahren nach § 127 Abs. 2 SGB V geschlossen.
- Damit habe die Ag eine Auswahlentscheidung zugunsten bestimmter Unternehmen getroffen und eine faktische Exklusivität gewährt. Die Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien Zulassungsverfahrens nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2014, Rs. C-410/14, „Dr. Falk Pharma“) seien dabei nicht erfüllt, weil sich die Ag entschlossen habe, zunächst Verträge mit zwei ausgesuchten Leistungserbringern zu schließen, deren Preisvorstellungen zu übernehmen, erst zu einem späteren Zeitpunkt den Beitritt zu diesen Verträgen gewährt habe und die ausgesuchten Leistungserbringer bereits im Vorfeld des Vertragsbeginns zum 1.

Oktober 2018 massiv beworben sowie den Versuch unternommen habe, ihre Versicherten von einer weiteren Beschaffung bei den bisherigen Leistungserbringern (darunter der ASt) abzuhalten und auf die neuen Leistungserbringer umzusteuern. Bereits die Ermöglichung eines vorrangigen Vertragsschlusses komme eine de-facto-Exklusivität zu. Der ASt sei nicht die Möglichkeit gewährt worden, die Konditionen des Vertrags zu erfahren und zu gleichen Bedingungen abzuschließen.

- Insbesondere das Informationsschreiben der Ag an die Versicherten gewähre den jeweils ausschließlich genannten Leistungserbringern, der Bg zu 1. und 2., eine faktisch exklusive Sonderstellung im Wettbewerb und schädige die ASt als bisherige Leistungserbringerin entsprechend. Daran ändere auch die mittels Sternchen (*) angefügte Anmerkung nichts, in der darauf verwiesen wird, dass weitere Leistungserbringer hinzukommen werden und sich der Versicherte darüber informieren könne. Damit werde den Versicherten ein aktives Bemühen abverlangt. Dieses sei aber nicht geeignet, den Wettbewerbsvorteil zu kompensieren, der den Bg zu 1. und 2. gewährt worden sei. Dabei sei insbesondere zu berücksichtigen, dass Versicherte, die auf [...] angewiesen seien, in aller Regel ältere Menschen seien, die mit den genannten Informationsquellen (Recherche auf der Internetseite der Ag und Einsicht in die Liste der Leistungserbringer in einem Servicecenter der Ag) möglicherweise überfordert oder zumindest erheblich zusätzlich belastet seien. Daher sei davon auszugehen, dass diese in aller Regel aufgrund des „offiziellen Schreibens“ der Ag davon absehen würden, sich weiter zu informieren und ihren Versorgungsbedarf zukünftig über den im Schreiben genannten Leistungserbringer abwickeln würden. Hinzu komme, dass es sich bei den zur Versorgung mit [...] erforderlichen ärztlichen Verordnungen zumeist um Dauerverordnungen mit einer Laufzeit über mehrere, vielfach über zwölf Monate handele, so dass ein Versicherter über einen längeren Zeitraum an einen Leistungserbringer gebunden und auch regelmäßig darüber hinaus bei diesem bleibe. Diese Verordnungen würden häufig schon etwa vier Wochen vor Auslaufen der aktuellen Verordnung ausgestellt. Auch dies hätte es zur Gewährleistung der Gleichbehandlung der ASt erfordert, einen hinreichenden zeitlichen Vorlauf von mindestens zwei Monaten vor dem Vertragsbeginn einzuplanen.
- Soweit die Ag nachträglich am 18. September 2018 die mit den Bg zu 1. und 2. geschlossenen Verträge veröffentlichte und durch die europaweite Bekanntmachung vom 20. September 2018 eine Beitrittsmöglichkeit eröffnet habe, ändere dies nichts daran, dass die Ag zuvor eine Auswahlentscheidung i.S.d. § 103 Abs. 1 GWB

zugunsten dieser beiden Unternehmen getroffen habe. Auch die damit eröffnete Beitrittsmöglichkeit kompensiere dies nicht. Dies führe lediglich dazu, dass alle beitrittswilligen Leistungserbringer, die Anforderungen der Leistungsbeschreibung nach Anlage [...] binnen maximal sechs oder sieben Werktagen umsetzen mussten. Dabei enthalte die Anlage [...] teils sehr spezifische Anforderungen, die aus technischen Gründen nicht innerhalb dieser Zeitspanne umsetzbar gewesen seien. Eine entsprechende Vorbereitung der Vertragsumsetzung sei aufgrund des am 31. August 2018 übersandten Vertragsentwurfs nicht möglich gewesen, weil dieser ausdrücklich als „*Verhandlungsmasse*“ bezeichnet worden sei und es damit noch nicht klar gewesen sei, welchen Inhalt der Vertrag letzten Endes haben werde. Auf diese Weise habe die Ag den Bg zu 1. und 2. einen uneinholbaren Vorsprung zur Versorgung der Versicherten der Ag ab dem 1. Oktober 2018 gewährt.

- Insbesondere enthalte die Leistungsbeschreibung [...] neue Anforderungen, die aus technischer Sicht nicht innerhalb der gewährten Umsetzungsfrist hätten erfüllt werden können. Hierzu gehörten die Verpflichtung des Auftragnehmers eine Chat- und Videoberatung (§ 5 Abs. 6), eine Auftrags- und Paketverfolgung in Echtzeit einschließlich kompletter Abwicklung der administrativen Prozesse über ein Online-Tool (§ 8 Abs. 6), eine qualifizierte Auswahl zwischen mehreren individuellen Versorgungsgängen einschließlich der Abgabe von Fremdprodukten (§ 3 Abs.3 und § 4 Abs. 8) anzubieten sowie eine qualifizierte Telefonstatistik zu führen. Zudem müsse ein Umsetzungskonzept erstellt werden. Diese Anforderungen gingen über das übliche Maß in vergleichbaren Verträgen hinaus, erforderten technisch aufwendige Entwicklungen/Programmierungen unter Einhaltung der Vorgaben des Datenschutzrechts (§ 16 des Rahmenvertrags) und damit einhergehend eine Nejustierung entsprechender Prozesse und den Einsatz neuer Mitarbeiter. Zum Teil (Vorgabe des Fremdbezugs) seien die Anforderungen unzumutbar und wirkten für Hersteller diskriminierend, weil diese anders als Händler noch keine entsprechenden Bezugsverträge hätten. Jedenfalls seien diese Anforderungen in der kurzen Zeitspanne von eineinhalb Wochen zwischen der Veröffentlichung der Referenzverträge mit der Bg zu 1. und 2. und dem Versorgungsbeginn am 1. Oktober 2018 nicht zu erfüllen. Damit werde den Bg zu 1. und 2. ein uneinholbarer Vorsprung gewährt. Nur aufgrund dieser faktischen Bevorzugung sei es den Bg. zu 1. und 2. möglich, so günstige Preisangebote (Ausschreibungspreise) zu unterbreiten – im Wissen um die für einen erheblichen Zeitraum gesicherte faktische Exklusivität der Belieferung.

- Sonderkonditionen würden den Bg zu 1. und zu 2. auch dadurch gewährt, dass die Ag von diesen nicht die Einreichung einer ärztlichen Verordnung forderte, obwohl dies nach § 3 Abs. 1 Anlage [...] Voraussetzung für die Versorgung sei.

Die ASt beantragt,

1. die von der Ag am 3. September 2018 / 10. September 2018 mit [...] geschlossenen Versorgungsverträge über die Versorgung der Versicherten der Ag mit [...] 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für unwirksam zu erklären,
 2. der Ag aufzugeben, es zu unterlassen, ihre Versicherten schriftlich oder mündlich darüber zu informieren, dass andere Leistungserbringer als die unter 1. genannten Leistungserbringer, insbesondere die ASt, ab dem 1. Oktober 2018 nicht mehr für die Versorgung mit [...] in Anspruch genommen werden dürfen, und sämtliche sonstigen Umsteuerungsversuche einzustellen,
 3. der Ag aufzugeben, ihren Beschaffungsbedarf in (vergabe-) rechtskonformer Weise zu decken, etwa in Form eines rechtskonformen Verfahrens gemäß § 127 Abs. 2, 2a SGB V, bei dem
 - a) sämtlichen Unternehmen, einschließlich der ASt, einheitlich und rechtzeitig zum Leistungsausführungsbeginn, hier mit Ablauf der laufenden Rahmenvereinbarungen ab dem 1. Oktober 2018, die Möglichkeit zum Vertragsschluss zu gleichen Bedingungen eingeräumt wird, und
 - b) eine hinreichend neutrale Vorabinformation über die versorgungsberechtigten Vertragspartner mit ausreichendem Vorlauf an sämtliche Versicherte übermittelt wird,
 4. der Ag die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer einschließlich der Kosten zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der ASt aufzuerlegen,
 5. die Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der ASt gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären,
 6. der ASt gem. § 165 Abs. 1 GWB Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren.
- b) Die Ag beantragt,
1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
 2. der ASt die Kosten des Nachprüfungsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung erforderlichen Kosten der Ag aufzuerlegen,
 3. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Ag für notwendig zu erklären.

Nach der mündlichen Verhandlung stellte die Ag mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 19. Oktober 2018 folgenden weiteren Antrag:

„Sollte die Vergabekammer jedoch an ihrer im Verhandlungstermin dargelegten vorläufigen Rechtsansicht festhalten, beantragen wir aufgrund der hier gefährdeten Versorgungssicherheit der Versicherten und damit einhergehend zur Beschleunigung des Verfahrens bereits jetzt das Verfahren auszusetzen und dem EuGH gern. Art. 267 Abs. 2 AEUV folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen:

Ist Art. 1 Absatz 2 der RL 2014/24/EU dahin auszulegen, dass der Begriff „öffentliche Aufträge“ im Sinne dieser Richtlinie kein sozialrechtlich vorgegebenes Auftragssystem umfasst, mit welchem gesetzliche Krankenkassen nach öffentlicher Bekanntgabe der Absicht über die Versorgung mit bestimmten Hilfsmitteln Verträge zu schließen, mit einzelnen Leistungserbringern in Vertragsverhandlungen treten und Verträge zu schließen, wenn anschließend ein jederzeitiges Beitrittsrecht zu diesen Verträgen zu gleichen Bedingungen anderen Leistungserbringern offen steht?“

Die Ag macht geltend, dass der Nachprüfungsantrag als unzulässig zurückzuweisen sei:

- Es handele sich vorliegend nicht um die Vergabe eines öffentlichen Auftrags gem. § 103 GWB, so dass die vergaberechtlichen Vorschriften keine Anwendung fänden und der Nachprüfungsantrag bereits unstatthaft sei.
- Es bestehe keine Ausschreibungspflicht für Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V, weil zu diesen alle geeigneten Leistungserbringer beitreten könnten und folglich keine Exklusivität bestehe. Dies entspreche der Rechtsprechung und einhelliger Literaturmeinung.
- Es sei auch nicht zu einer faktischen Bevorzugung gekommen. Es liege auf der Hand, dass eine Aufforderung zum Beitritt zu gleichen Bedingungen i.S.d. § 127 Abs. 2 und 2a SGB V einen Vertrag voraussetze, der zuvor als Referenzvertrag geschlossen wurde. Das darin allein aufgrund der zeitlichen Abläufe eine gewisse zeitliche Bevorzugung immanent sei, entspreche dem gesetzlich vorgesehenen Maß. Dadurch, dass die Ag in Anlehnung an Open-House-Bekanntmachungen eine europaweite Bekanntmachung vorgenommen habe, seien die von der ASt geltend gemachten – weiterhin von der Ag bestrittenen – Rechtsverstöße hinsichtlich unzureichender Information jedenfalls geheilt.

- Die Inhalte der letztlich geschlossenen Verträge seien der ASt bereits seit dem 31. August 2018 bekannt gewesen, so dass diese genügend Zeit gehabt habe, einen anderen Verhandlungsvorschlag zu unterbreiten oder den Referenzverträgen beizutreten.
- Auch die Informationsschreiben der Ag an ihre Versicherten begründeten keine faktische Diskriminierung. Diese Informationsschreiben seien nur an diejenigen Versicherten versandt worden, die bereits ab dem 1. Oktober 2018 eine Anschlussversorgung benötigten, so dass eine zeitnahe Information aus Gründen der Versorgungssicherheit erforderlich gewesen sei. Dies beinhalte keine sachlich ungerechtfertigte Bevorzugung oder Umsteuerung der Versicherten.
- Hinsichtlich der von der ASt monierten Sonderkonditionen stelle sich die Situation folgendermaßen dar: Als sich angedeutet habe, dass ggf. einzelne bisherige Leistungserbringer die Vertragsvoraussetzungen nicht schnell genug erfüllen und dem Vertrag beitreten könnten, sei es erforderlich gewesen, eine Regelung für diejenigen Fälle zu finden, in denen eine ärztliche Folgeverordnung bereits beim bisherigen Leistungserbringer eingegangen sei und diese nicht oder nicht rechtzeitig an dem neuen Leistungserbringer übersandt worden sei. In solchen Fälle könne nun unter weiteren Voraussetzungen von der Vorlage einer Verordnung durch den neuen Leistungserbringer für einen Zeitraum von maximal zwölf Monaten abgesehen werden.
- Mit nicht nachgelassenem Schriftsatz vom 19. Oktober 2018 ergänzte die Ag ihren Vortrag dahingehend, dass die vergaberechtliche Einordnung des § 127 Abs. 2 SGB V zwischen den Parteien unstrittig sei. Diese Vorschrift sei nicht mit einem Open-House-Verfahren gleichzusetzen. Gleichwohl habe die Ag sowohl den Voraussetzungen des § 127 Abs. 2 SGB V als auch den Anforderungen der EuGH-Rechtsprechung – insbesondere in der Rechtssache „Tirkkonen“ – genügt, nach der ein öffentlicher Auftrag mangels Auswahlentscheidung nicht vorliege. Insbesondere hätten nach § 127 Abs. 2 SGB V zwingend Verhandlungen dem Vertragsschluss voranzugehen. Damit solle gerade verhindert werden, dass den Leistungserbringern Verträge und Konditionen von den Krankenkassen diktiert würden. Dies entspreche der Rechtsauffassung des Bundesversicherungsamtes, der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sowie eines Gutachtens des Wissenschaftlichen Dienstes des Bundestages zur Zulässigkeit von Open-House-Verträgen mit Leistungserbringern in der Hilfsmittelversorgung, nach der die Durchführung eines Open-House-Verfahrens sozialrechtswidrig gewesen wäre. Dabei sei die Entscheidung zur Durchführung eines

Verfahrens nach § 127 Abs. 2 SGB V dem Anwendungsbereich des Vergaberechts vorgelagert. Auch die Europäische Kommission gehe in ihren Stellungnahmen aus dem Jahr 2009 von der Europarechtskonformität des § 127 Abs. 2 SGB V aus. Inwiefern das Verfahren im vorliegenden Fall den Vorgaben des § 127 Abs. 2, 2a SGB V entspreche, sei keine vergaberechtliche Frage, sondern obliege allein dem sozialgerichtlichen Rechtsweg. Sollte die Vergabekammer an ihrer im Verhandlungstermin dargelegten vorläufigen Rechtsauffassung festhalten, wonach ein öffentlicher Auftrag anzunehmen sei, sei eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage zum EuGH gemäß § 267 Abs. 2 AEUV zur Beschleunigung und aufgrund einer Gefährdung der Versorgungssicherheit der Versicherten angezeigt.

- c) Mit Beschluss vom 18. September 2018 wurden die Bg zu 1. und 2. zum Verfahren hinzugezogen. Die Bg zu 1. und 2. haben nicht zur Sache vorgetragen.
3. Die Vergabekammer hat der ASt am 25. September 2018 Einsicht in die Vergabeakten gewährt, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren. In der mündlichen Verhandlung am 16. Oktober 2018 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen und mit der Vergabekammer umfassend zu erörtern. Die Bg zu 2. nahm an der mündlichen Verhandlung nicht teil. Mit Verfügung der Vorsitzenden vom 19. Oktober 2018 wurde die Entscheidungsfrist bis zum 26. Oktober 2018 verlängert.

Soweit im Zeitraum nach Zustellung des Nachprüfungsantrags an die Ag am 17. September 2018 von der Ag mit weiteren Lieferanten Rahmenverträge geschlossen wurden, bedurfte es keiner Beiladung dieser Lieferanten gemäß § 162 Satz 1 GWB. Eine schwerwiegende Berührung der Interessen dieser Unternehmen ist ausgeschlossen, denn diese haben keine vergaberechtlich schutzwürdige Rechtsposition erlangt. Vielmehr sind die auf diese Weise geschlossenen Verträge gemäß § 169 Abs. 1 GWB i.V.m. § 134 BGB nichtig. Nach § 169 Abs. 1 GWB darf der Auftraggeber nach entsprechender Mitteilung der Vergabekammer, den Zuschlag nicht mehr erteilen (Zuschlagsverbot). Diese Mitteilung erfolgte mit Schreiben der Vergabekammer vom 17. September 2018. Der Abschluss weiterer öffentlicher Aufträge gemäß § 103 Abs. 5 GWB nach diesem Zeitpunkt zieht als Rechtsfolge die Nichtigkeit nach § 134 BGB nach sich, da insofern gegen ein gesetzliches Verbot verstoßen wurde.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist statthaft, zulässig und begründet (1.). Ein dem Bund zuzurechnender öffentlicher gemischter Liefer- und Dienstleistungsauftrag im Anwendungsbereich des GWB liegt vor. Die verfahrensgegenständlichen, von der Ag mit den Bg zu 1. und 2. abgeschlossenen, Rahmenverträge sind gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB unwirksam (2.).

1. Das Nachprüfungsverfahren ist zunächst statthaft. Insbesondere ist die Ag ein öffentlicher Auftraggeber gemäß § 99 Nr. 2 GWB (a) und das Beschaffungsvorhaben eine öffentliche Rahmenvereinbarung gemäß § 103 Abs. 5 GWB, die auf den Abruf öffentlicher Aufträge gerichtet ist (b). Auch die übrigen Anforderungen an die Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens sind erfüllt (c).

a) Die Ag ist als gesetzliche Krankenkasse öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 GWB (EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, C-300/07, „Oymanns“; BVerfG, Nichtannahmebeschluss vom 11. Dezember 2008, 1 BvR 1665/08; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16) und als solche zur Ausschreibung öffentlicher Aufträge verpflichtet.

b) Das Beschaffungsvorhaben ist eine öffentliche Rahmenvereinbarung zum Abruf öffentlicher Aufträge im Sinne des § 103 Abs. 1, 5 GWB. Insbesondere sind die Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien Open-House-Zulassungsverfahrens, das nicht als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren ist und damit einem Nachprüfungsverfahren entzogen wäre, im vorliegenden Fall nicht erfüllt (aa). Die konkrete Verletzung des Grundsatzes der Gleichbehandlung und des Transparenzgebots begründet im vorliegenden Fall eine Auswahlentscheidung, die Kennzeichen eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 103 Abs. 1, 5 GWB ist (bb).

Die Vorschrift des § 127 Abs. 2, 2a SGB V ist keine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm. Sie beschränkt weder den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts noch eröffnet sie eine gesonderte Vergabeverfahrensart (cc).

aa) Grundsätzlich sind Verträge durch gesetzliche Krankenkassen, in deren Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber, nach den für öffentliche Aufträge (§ 103 Abs. 1, 5 GWB) geltenden Vorschriften zu vergeben (vgl. etwa zu Ausschreibungen für [...] OLG

Düsseldorf, Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16 m.w.N.; Beschluss vom 24. September 2014, VII-Verg 17/14).

Als Ausnahme von diesem Grundsatz wurde anerkannt, dass es reine (nicht exklusiv oder selektiv wirkende) Zulassungsverfahren geben kann, die einem Beschaffungsvorgang den Charakter eines öffentlichen Auftrages nehmen. Sie können folglich ohne Anwendung des Vergaberechts durchgeführt werden. Zentrales Merkmal für ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren ist das Fehlen einer Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers zwischen mehreren Angeboten, verbunden mit der Möglichkeit aller Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, sich hieran zu beteiligen (vgl. Erwägungsgrund Nr. 4 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU unter beispielhafter Nennung des Anwendungsbereiches „*Arzneimittel oder ärztliche Dienstleistungen*“ und die Legaldefinition der „*Auftragsvergabe*“ in Art. 1 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU). Nach der Rechtsprechung setzt dies voraus, dass für alle geeigneten Marktteilnehmer ein offener Zugang zu gleichen Bedingungen unter Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes gewährleistet sein muss. (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, „*Tirkkonen*“ und Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, „*Dr. Falk Pharma*“, nach Vorlage des OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14).

In der Rechtssache „*Dr. Falk Pharma*“ wird entscheidend darauf abgestellt, dass ein solches vergaberechtsfreies Zulassungssystem voraussetzt, dass die öffentliche Einrichtung „*mit jedem Wirtschaftsteilnehmer, der sich verpflichtet, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, einen Vertrag schließt, ohne eine Auswahl unter den interessierten Wirtschaftsteilnehmern vorzunehmen, und ihnen während der gesamten Laufzeit gestattet, ihm beizutreten, keinen öffentlichen Auftrag im Sinne [der Richtlinie 2004/18] darstellt.*“ (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, Rn. 42).

Dabei stellt der EuGH auf den Schutzzweck des Europäischen Vergaberechts ab, der darin besteht: „*die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter oder Bewerber bei der Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber auszuschließen*“ (EuGH, a.a.O., Rn. 35).

Danach liegt ein Zulassungsverfahren, bei dem eine solche Gefahr der exklusiven oder selektiven Bevorzugung von vornherein ausgeschlossen ist, weil die

öffentliche Einrichtung keinerlei Auswahlentscheidung zwischen den Angeboten der Bieter trifft, und der Grundsatz der Gleichbehandlung sowie das Transparenzgebot eingehalten wird, außerhalb des Schutzbereichs des Vergaberechts. Der Transparenzgrundsatz setzt dabei eine *„Bekanntmachung voraus, die es den potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmern ermöglicht, vom Ablauf und von den wesentlichen Merkmalen eines Zulassungsverfahrens [...] gebührend Kenntnis zu nehmen.“* (EuGH, a.a.O., Rn. 45).

Das OLG Düsseldorf hat in seinem Vorlagebeschluss ausgeführt, dass den Anforderungen an ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren nur dann Genüge getan wird, *„wenn es jede Selektivität in der Weise ausschließt, dass keinem Wirtschaftsteilnehmer ein irgendwie gearteter Wettbewerbsvorteil verschafft wird. Ein solcher Vorteil beschränkt sich dabei nicht auf wirtschaftliche Vorteile. Eine Diskriminierung und Ungleichbehandlung kann vielmehr bereits durch die Verfahrensgestaltung bewirkt werden und muss ausgeschlossen sein. Es stellt bereits eine Diskriminierung ermöglichenden Wettbewerbsvorteil von Wirtschaftsteilnehmern dar, wenn die Durchführung eines Zulassungsverfahrens nicht hinreichend publiziert wird, keine eindeutigen und klaren Regeln über den Vertragsschluss und den Vertragsbeitritt festgelegt werden, nur einer von ihnen auf den Inhalt des Vertrags Einfluss nehmen kann und Dritte nur die Wahl zwischen einem Vertragsbeitritt zu den von einem anderen zu dessen Bedingungen bereits ausgehandelten Vertrag oder dem Verzicht auf eine Teilnahme bleibt.“* (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14, Seite 15).

Im Ergebnis liegt eine Auswahlentscheidung als Merkmal eines öffentlichen Auftrags gemäß § 103 Abs. 1 GWB bzw. Art. 2 Abs. 1 Nr. 5 der Richtlinie 2014/24/EU *„nur dann nicht [vor], wenn eine Diskriminierung und Ungleichbehandlung von Wirtschaftsteilnehmern in materieller und verfahrensbezogener Hinsicht [...] ausgeschlossen ist“* (OLG Düsseldorf, a.a.O., Seite 16).

In der Rechtssache „Tirkkonen“ hat der EuGH seine Rechtsprechung dahingehend präzisiert, dass Kriterien, die nicht als *„Zuschlagskriterien“* qualifiziert werden können, weil sie nicht dazu dienen, *„die zulässigen Angebote zu vergleichen und ordnen“* bzw. das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, kein Element einer

Auswahlentscheidung bilden und daher für die Überprüfung, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, unberücksichtigt bleiben müssen. Dies gilt nach Auffassung des EuGH insbesondere für Kriterien, die sich auf *„die Erfahrung, die Qualifikationen und die Mittel, die geeignet sind, eine ordnungsgemäße Ausführung des betreffenden Auftrags“* beziehen. (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, „Tirkkonen“, Rn. 35-37). Aus diesen Erwägungen hat der EuGH festgestellt, dass *„ein System [...], durch das eine öffentliche Einrichtung alle Wirtschaftsteilnehmer akzeptiert, die die in der Ausschreibung aufgeführten Eignungsvoraussetzungen erfüllen [...], keinen öffentlichen Auftrag im Sinne [der Richtlinie 2004/18/EU] darstellt, selbst wenn während der begrenzten zeitlichen Laufzeit dieses Systems kein Wirtschaftsteilnehmer zugelassen werden kann“* (EuGH, a.a.O., Rn. 41).

Diesen Anforderungen hat das streitgegenständliche Beschaffungsverfahren in mehrfacher Hinsicht nicht genügt. Dabei kann dahinstehen, ob die Bekanntmachung auf der firmeneigenen Internetseite den Anforderungen genügte oder vielmehr eine vorherige europaweite Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU erforderlich gewesen wäre (i). Es mangelt jedenfalls an einer vorherigen Festlegung des Vertragsinhalts (ii) sowie der Festlegung eindeutiger und klarer Regeln über den Vertragsschluss und den –beitritt. Insbesondere die Auswahl der zu vorrangigen Vertragsverhandlungen eingeladenen Unternehmen erfolgte auf intransparente Weise unter Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz (iii). Gleiches gilt für die nachträgliche Festlegung weiterer qualitativer Leistungsanforderungen im laufenden, exklusiv mit der Bg zu 1. und 2. geführten Verhandlungsprozess (iv). Weiterhin führten die von der Ag an ihre Versicherten versandten Informationsschreiben zu einer faktischen Diskriminierung der ASt (v). Durch einen unzureichenden zeitlichen Vorlauf war der unter Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot gewährte Vorteil für die insoweit benachteiligte ASt faktisch nicht mehr einholbar (vi).

- (i) Zunächst kann dahin stehen, ob ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren grundsätzlich eine vorherige EU-weite Bekanntmachung erforderte oder ob eine Bekanntmachung auf der firmeneigenen Internetseite genügte. Im Vorlageverfahren „Dr. Falk Pharma“ hatte die Ag, als dort ebenfalls verfahrensbeteiligte Krankenkasse, das Open-House-Zulassungsverfahren zum Abschluss eines Arzneimittel-Rahmenvertrags im EU-Amtsblatt bekannt

gemacht. Das Oberlandesgericht Düsseldorf begründete im Vorlagebeschluss eine Verpflichtung zur EU-weiten Bekanntmachung eines solchen Zulassungsverfahrens mit dem Transparenzgebot (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14, Seite 15). Der EuGH hat ausgeführt, dass die Gefahr einer Bevorzugung einheimischer Bieter ausgeschlossen sein müsse und darüber hinaus lediglich gefordert, dass eine Bekanntmachung es den potenziell interessierten Wirtschaftsteilnehmer ermöglichen müsse „*gebührend Kenntnis zu nehmen*“ (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, Rn. 45).

Im vorliegenden Fall spricht viel dafür, dass die Lieferung von Hilfsmitteln und die ergänzenden – mit Fernkommunikationsmitteln zu erbringenden – Beratungsdienstleistungen auch grundsätzlich aus anderen EU-Mitgliedsstaaten erfolgen kann und diese durch eine lediglich nationale Bekanntmachung auf der Internetseite des öffentlichen Auftraggebers gegenüber inländischen Wirtschaftsteilnehmern benachteiligt werden. Im vorliegenden Fall bedarf diese Rechtsfrage im Rahmen allerdings keiner Entscheidung, weil die ASt aufgrund der am 9. August 2018 auf der Internetseite der Ag erfolgten Veröffentlichung jedenfalls gebührend Kenntnis von der Beschaffungsabsicht erlangen konnte und auch tatsächlich genommen hat, so dass eine Verletzung ihrer Rechte auf Gleichbehandlung und Einhaltung des Transparenzgebotes ausscheidet und insoweit die ASt nicht geschädigt wurde.

- (ii) Soweit die Ag darauf verzichtete, den Inhalt des Rahmenvertrags im Vorhinein festzulegen, hat sie gegen das Transparenzgebot verstoßen. Die Ag hat mit der Bekanntmachung lediglich die allgemeinen Regelungen des Rahmenvertrags zur Verfügung gestellt und sich hinsichtlich der als Anlage [...] vorgesehenen Leistungsbeschreibung mit dem Hinweis begnügt, dass diese „*bewusst*“ nicht ausgefüllt wurde, „*weil wir diese mit den Vertragslieferanten gestalten und mit innovativen Ideen zur Vereinbarung und Sicherstellung einer qualitätsorientierten Versorgung im Sinne des HHVG füllen möchten. Bei Interesse freuen wir uns dazu auf Ihren Entwurf nebst Preisangebot.*“ (Vergabeakte, Bl. 53).

Damit hat die Ag entgegen der Vorgaben des EuGH und des OLG Düsseldorf darauf verzichtet, die *essentialia negotii* einer Zulassung im Vorhinein festzulegen (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, Rn. 45; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14, Seite 15). Ausweislich des Vergabevermerks vom 1. August 2018 war es der Ag aufgrund ihrer vorherigen Markterkundung aber ohne weiteres möglich, sowohl die qualitativen Anforderungen an die Beratungsdienstleistungen und die Vergütung vorab festzulegen und bekannt zu machen. So stellt sie im Vergabevermerk als Ergebnis der Markterkundung fest, dass: *„Anschlussverträge auf dem Preisniveau der Ausschreibungsverträge – mit sogar besseren Leistungen – als Verhandlungsverträge nach § 127 Abs. 2 SGB V möglich sind“* (Vergabeakte, Bl. 2). Konkrete Anforderungen an die Qualität der Beratungsdienstleistungen (Telefonische Erreichbarkeit, Auslieferungsfristen) wurden ebenfalls bereits im Vergabevermerk festgelegt, aber nicht bekannt gemacht (Vergabeakte, Bl. 4 unter *„Konzeption der Vertragsunterlagen“*).

Damit unterscheidet sich das vorliegende Beschaffungsvorhaben grundlegend vom Sachverhalt, der dem Vorlageverfahren „Dr. Falk Pharma“ zugrunde lag und in dem die Ag ebenfalls als Beschaffungsträger fungierte. Im Vorlageverfahren hatte die Ag im Voraus festgelegte und nicht verhandelbare Vertragsbedingungen vorgegeben (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, Rn. 14).

- (iii) Die Veröffentlichung vom 9. August 2018 enthält auch keine Festlegung eindeutiger und klarer Regeln über den Vertragsschluss und den –beitritt. Der Rahmenvertrag wird lediglich als *„Verhandlungsbasis“* übermittelt. Interessierte Bieter werden aufgefordert, selbst einen Entwurf einer Leistungsbeschreibung einschließlich schriftlicher Konzepte mit *„innovativen Ideen zur Vereinbarung und Sicherstellung einer qualitätsorientierten Versorgung im Sinne des HHVG“* nebst eines Preisangebots einreichen. Es fehlt an jeglichen Vorgaben, nach denen die Auswertung der Angebote im so eröffneten Preis- und Ideenwettbewerb durch die Ag erfolgen werde, nach welchen Kriterien Bieter zu *„Verhandlungen“* eingeladen und mit welchen vorrangig der Vertragsschluss erfolgen soll. Dagegen soll ein Beitritt erst *„nach Abschluss der Verhandlungen“* und Bekanntmachung der so geschlossen Referenzverträge ermöglicht werden.

Abgesehen von der mangelnden Transparenz der verfahrensbezogenen Vorgaben aufgrund der Veröffentlichung vom 9. August 2018, enthält auch die Vergabedokumentation keinerlei Hinweis darauf, ob und ggf. wie die eingegangenen Angebote tatsächlich gewertet wurden und nach welchen Gesichtspunkten die Bg zu 1. und 2. zu exklusiven Vertragsverhandlungen eingeladen wurden, die ASt dagegen nicht. Der gesamte Vorgang ist in der Vergabeakte gänzlich undokumentiert. Allein dies begründet einen Verstoß gegen Dokumentationspflichten (Transparenzgebot) und den Gleichbehandlungsgrundsatz.

- (iv) Soweit die Ag im Zuge der Angebotsauswertung und der exklusiven Vertragsverhandlungen mit den Bg. zu 1. und 2. nachträglich weitergehende qualitative Leistungsanforderungen aufstellte, begründet dies ebenfalls einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot. Auf diese Weise gewährte sie den exklusiven Verhandlungspartnern auf intransparente Weise die Möglichkeit, Einfluss auf den Inhalt des Vertrags zu nehmen. Hierdurch wurden die Verhandlungspartner bevorzugt, weil sie vorab im Laufe der Verhandlungen exklusive Kenntnis von den bereits im Vergabevermerk vom 1. August 2018 vorgesehenen Leistungsanforderungen erhielten. Mehr noch, sie erfuhren, welche anderen „*innovativen Ideen*“ ihre Wettbewerber eingereicht hatten und welche von der Ag als sachdienlich erachtet wurden. Zusätzlich erhielten sie Gelegenheit die Festlegung der Leistungsanforderungen in ihrem Sinne zu beeinflussen und einen zeitlichen Vorteil für die Vorbereitung der Serviceleistungen.

Im Ergebnis fanden zusätzlich zu den im Vergabevermerk vom 1. August 2018 genannten Leistungsanforderungen (Vergabeakte, Bl. 4) folgende neue Anforderungen Eingang in den bzw. die Referenzverträge:

- Telefonische Erreichbarkeitszeiten und Annahmehquoten müssen mindestens vier Wochen vor Vertragsbeginn eingerichtet und funktionsfähig sein (§ 4 Abs. 2),
- aufzahlungsfreies Angebot einer Auswahl von mindestens vier individuell geeigneten Versorgungsleistungen von wenigstens zwei verschiedenen Herstellern (§ 3 Abs. 3 und § 4 Abs. 8),
- Vorhalten eines Online-Tools zur Auftrags- und Paketverfolgung in Echtzeit und zur vollständigen administrativen Abwicklung (§ 8 Abs. 6).

Soweit die Ag geltend macht, dass diesen Leistungsanforderungen kein Auswahlcharakter zukomme, beruft sich die Ag zu Unrecht auf das Urteil des EuGH in der Rechtssache Tirkkonen, die sich ausdrücklich nicht auf Zuschlagskriterien oder Mindestanforderungen an die Leistungserbringung, sondern auf Eignungskriterien bezieht (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-9/17, Rn. 35-37). Im vorliegenden Fall ist zwischen den Beteiligten aber unstreitig, dass die ASt grundsätzlich die zur Leistungserbringung erforderliche Erfahrung, Qualifikation und Leistungsfähigkeit mitbringt. Dies ergibt sich zudem aus ihrer Stellung als bisherigem Lieferanten und der Tatsache, dass im Laufe des Nachprüfungsverfahrens bereits ein Interimsvertrag zwischen der Ag und der ASt geschlossen wurde.

Soweit die ASt vorträgt, dass diese die – gegenüber dem bisherigen Lieferauftrag erheblich angehobenen – Leistungsanforderungen nicht innerhalb von wenigen Werktagen vor Vertragsbeginn werde erfüllen können und diese als Herstellerin gegenüber Händlern benachteiligt werde, ist dies plausibel. Tatsächlich gewährte die Ag, den Bg. zu 1. und 2. aufgrund dieser Ausgestaltung des Verfahrens, einen zeitlichen Vorteil, sich auf diese Leistungsanforderungen einzustellen. Zudem fungieren die Bg. zu 1. und 2. als spezialisierte Großhändler und Versorgungsdienstleister. Als solche werden sie regelmäßig im Vergleich zu reinen Herstellern (wie der ASt) ein breiteres Produktportfolio unter Einschluss von Produkten mehrerer Hersteller anbieten, so dass sie aufgrund bereits bestehender Bezugsbindungen regelmäßig sehr viel schneller in der Lage sein werden, Fremdprodukte anzubieten.

Da es in der Vergabeakte entgegen des Transparenzgebots an jeglicher Dokumentation über die Angebotsauswertung, den Verhandlungsprozess mit den Bg. zu 1. und 2. und das Zustandekommen der Referenzverträge fehlt, lässt sich nicht mehr aufklären, ob die Bg. zu 1. und 2. tatsächlich Einfluss nehmen konnten und inwiefern diese in der Folge gegenüber der ASt bevorzugt wurden.

- (v) Schließlich führten die von der Ag ab dem 6. September 2018 – mithin noch vor Unterzeichnung der Referenzverträge am 10. bzw. 13. September 2018 – an ihre Versicherten versandten Informationsschreiben zu einer faktischen Diskriminierung der ASt. In diesen Schreiben wurden die Versicherten der Ag

darüber informiert, dass anstelle des bisherigen ein neuer Lieferant ab dem 1. Oktober 2018 die Belieferung übernehmen und „*alle Vorteile der neu abgeschlossenen Verträge*“ bieten werde. Als neuer Lieferant wurde jeweils nur ein Unternehmen – entweder die Bg. zu 1. oder die Bg zu 2. – genannt. Lediglich mit Sternchen (*) wurde darauf hingewiesen, dass weitere Vertragslieferanten dazu kommen werden und sich der Versicherte im Service-Zentrum mittels aktueller Liste oder auf der Internetseite informieren könne.

Diese Vorgehensweise benachteiligt die ASt in mehrfacher Hinsicht. Aufgrund des Schreibens mussten die Versicherten davon ausgehen, dass jedenfalls der bisherige Lieferant nicht mehr als Lieferant in Betracht komme, obwohl dies dem Grundsatz eines diskriminierungsfreien Zulassungsverfahrens widerspricht. Die angebotenen Informationsmöglichkeiten der Versicherten über weitere Lieferanten sind zudem nicht als gleichwertig anzusehen und wirkten schon deshalb diskriminierend. Unabhängig davon, dass es plausibel ist, dass es für die Zielgruppe (Versicherte mit Bedarf an [...]) eine besondere Erschwernis ist, das Service-Center der Ag aufzusuchen oder sich im Internet zu informieren, begründet allein die Tatsache, dass den Versicherten zusätzliche Suchkosten aufgebürdet werden, wenn sie einen anderen Lieferanten im Wettbewerb beauftragen wollen, eine erhebliche Ungleichbehandlung.

Der Vortrag der Ag, nach der die Information der Versicherten dringend erforderlich war, um die Versorgung mit Hilfsmitteln sicherzustellen, trägt nicht. Das Auslaufen des bisherigen Rahmenvertrags zum 30. September 2018 war der Ag seit langem bekannt. Nach dem sie das Beschaffungsverfahren ungeachtet dessen erst am 9. August 2018 in Lauf gesetzt hat, hat sie die Dringlichkeit selbst hervorgerufen. Weiterhin ist die Versorgungssicherheit zu keinem Zeitpunkt gefährdet, weil der Abschluss von Verträgen nach § 127 SGB V – sei es nach Abs. 1, sei es nach Abs. 2 – für die Versorgung der Versicherten nicht konstitutiv ist; werden keine derartigen Verträge mit Hilfsmittel-Lieferanten geschlossen, so können die Versicherten die benötigten [...] zu den regulären, nicht rabattierten Bedingungen bei den Leistungserbringern ihrer Wahl bestellen.

Ein Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung zu Lasten der ASt ist vor diesem Hintergrund nicht gerechtfertigt.

- (vi) Durch einen unzureichenden zeitlichen Vorlauf war der unter Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot den Bg. zu 1. und 2. gewährte Vorteil faktisch nicht mehr einholbar.

Zunächst hatte die ASt – anders als die Bg zu 1. und 2. keine Möglichkeit, vor dem 18. bzw. 20. September 2018 überhaupt vom Referenzvertrag in finaler Fassung Kenntnis zu nehmen und sich auf die Umsetzung der Leistungsanforderungen vorzubereiten. Der am 31. August 2018 (Freitag) übermittelte „1. Entwurf“ vermittelt diese Kenntnis nicht. Im Gegenteil wurde suggeriert, dass dieser noch Gegenstand weiterer Verhandlungen sein werde und noch nicht zum Abschluss bzw. Beitritt zur Verfügung stehe. Tatsächlich verfügten die Bg zu 1. und zu 2. so über einen erheblichen zeitlichen Vorsprung, denn sie konnten bereits den Referenzvertrag am 3. September 2018 (Montag) unterschreiben und zuvor während der exklusiven Vertragsverhandlungen darauf hinwirken, dass in den Referenzvertrag Leistungsanforderungen aufgenommen werden, die sie selbst, nicht aber ihre Wettbewerber zeitnah erfüllen können.

Weiterhin ist der Vortrag der ASt plausibel, dass die Umsetzung der zusätzlichen qualitativen Leistungsanforderungen einen erheblichen zeitlichen Vorlauf erforderte und der Vorsprung für einen Vertragsbeginn zum 1. Oktober 2018 am 18. bzw. 20. September uneinholbar war. Dies gilt umso mehr, als § 4 Abs. 2 der Anlage [...] (Leistungsbeschreibung) zum Referenzvertrag verlangt, dass die telefonische Service-Hotline einschließlich der Vorgaben zur Erreichbarkeit und der Annahmehquoten *„mindestens vier Wochen vor Vertragsbeginn eingerichtet und funktionsfähig sein [muss]“*.

- bb) Nachdem im ersten Schritt festgestellt wurde, dass die Anforderungen an ein vergaberechtsfreies Open-House-Verfahren im vorliegenden Fall zu Lasten der ASt nicht erfüllt sind (hierzu zuvor aa), ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die konkrete Verletzung die Voraussetzungen für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags erfüllt; einen Automatismus dergestalt, dass jedwede Verletzung von Open-House-Anforderungen zwangsläufig das Vorliegen der Voraussetzungen

eines öffentlichen Auftrags indiziert gibt es nämlich nicht (1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Mai 2018, VK 1 – 31/18).

Im vorliegenden Fall führen die Verstöße gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und des Transparenzgebots dazu, dass dies selektive Bevorzugung der Bg zu 1. und 2. diesen einen signifikanten Wettbewerbsvorteil gewährt, der einer Auswahlentscheidung, die Kennzeichen eines öffentlichen Auftrags i.S.d. § 103 Abs. 1, 5 GWB ist, gleichkommt.

Zu diesen Verstößen gehören die Einholung von individuell bepreisten Angeboten und damit einhergehend die Eröffnung eines Konzept- und Ideenwettbewerbs zur konkreten Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung, der grundsätzlich nur dann Sinn ergibt, wenn diese Angebote einer vergleichenden Wertung hinsichtlich ihrer Wirtschaftlichkeit unterzogen werden soll. Auf dieser Grundlage erfolgte die exklusive Einladung der Bg zu 1. und 2. zu Vertragsverhandlungen. Dies gewährte diesen selektive Einflussmöglichkeiten auf die Ausgestaltung der Leistungsanforderungen und einen exklusiven Wissensvorsprung hinsichtlich deren Umsetzung zum 1. Oktober 2018. Die Informationsschreiben bewirkten eine selektive Umsteuerung von Versicherten zugunsten der Bg zu 1. und 2., die als (zumindest vorläufig) quasi-exklusive Lieferanten vorgestellt wurden. Der von der Ag selbst geschaffene Zeitdruck im Zusammenwirken mit der verspäteten Beteiligungsmöglichkeit der ASt und den – im Vergleich zum vorherigen Liefervertrag – gestiegenen qualitativen Leistungsanforderungen bewirkte spiegelbildlich einen Wettbewerbsnachteil zulasten der ASt.

- cc) Die sozialrechtliche Vorschrift des § 127 Abs. 2, 2a SGB V ist keine vergaberechtliche Anknüpfungsnorm. Sie beschränkt weder den Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts noch eröffnet sie eine gesonderte Vergabeverfahrensart.

Vielmehr ist bereits in § 69 Abs. 3 und § 127 Abs. 1 Satz 7 SGB V geregelt, dass sich die Vergabe öffentlicher Aufträge nach den Vorschriften des vierten Teils des GWB richtet. Für bestimmte öffentliche Dienstleistungsaufträge sieht § 69 Abs. 4 SGB V eine gesonderte Regelung vor. Ausschreibungen von Hilfsmitteln im Sinne des § 33 SGB V werden hiervon aber nicht erfasst und auch die Vorschrift des § 127 SGB V wird hier nicht genannt. Die Geltung des Vergaberechts für die Beschaffung von Hilfsmitteln nach § 127 Abs. 1 SGB V durch die Krankenkassen hat der

Gesetzgeber durch das Gesetz zur Stärkung der Heil- und Hilfsmittelversorgung (HHVG) vom 4. April 2017 noch einmal explizit klargestellt, indem der neue Satz 7 in die Vorschrift aufgenommen wurde (BGBl. I 2017, 778, 782). In der Regierungsbegründung wird ausgeführt: „*dass die §§ 97 ff. GWB bei öffentlichen Aufträgen der Krankenkassen gelten, soweit der Anwendungsbereich des EU-Vergaberechts eröffnet ist.*“ (BT-Drs. 18/10186 vom 2. November 2016, Gesetzentwurf der Bundesregierung zum HHVG, Seite 33).

Der neu eingefügte § 127 Abs. 1 Satz 7 SGB V kann daher nach Wortlaut, Systematik und dem gesetzgeberischen Willen nur so verstanden werden, dass öffentliche Aufträge im Anwendungsbereich des Teils 4 des GWB auch nach Maßgabe dieser Vorschriften zu vergeben sind. Nichts anderes kann für § 127 Abs. 2 SGB V gelten, der sich auf § 127 Abs. 1 SGB V bezieht. Denn für die Qualifikation als öffentlicher Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 GWB ist es grundsätzlich ohne Belang, ob die gesetzliche Krankenkasse die sozialrechtlichen Voraussetzungen einer Ausschreibung gemäß § 127 Abs. 1 SGB V zutreffend bejaht oder verneint hat und dementsprechend den Abschluss von Verträgen nach § 127 Abs. 2 SGB V beabsichtigt. Eine Einschränkung des Anwendungsbereichs des GWB-Vergaberechts begründet dies nicht. Es handelt sich hierbei um Erwägungen, die dem Beschaffungsbeschluss vorausgehen und – anders als das Beschaffungsvorhaben selbst – nicht von den Vergaberechtsinstanzen zu überprüfen sind (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27. Juni 2018, VII-Verg 59/17, Seite 12).

Soweit die Krankenkasse sich für einen Beschaffungsvorgang entscheidet, gilt im sogenannten Oberschwellenbereich das GWB-Vergaberecht. Dies folgt nicht nur aus den Vorschriften des § 69 Abs. 3 und § 127 Abs. 1 Satz 7 SGB V, sondern im Konfliktfall von unionsrechtlichen Normen und nationalen (sozialrechtlichen) Normen aus der Verpflichtung zur richtlinienkonformen Auslegung im Einklang mit der Richtlinie 2014/24/EU (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss vom 21. Dezember 2016, VII-Verg 26/16 m.w.N., siehe auch 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 3. April 2018, 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 7. Dezember 2017, VK 1 – 131/17, Beschluss vom 15. Februar 2018, VK 1 – 161/17) und – sofern eine solche ausscheiden sollte – aus dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor

entgegenstehendem nationalem Recht (vgl. nur: EuGH, Urteil vom 9. März 1978, C-106/77, „Simmenthal II“).

Ungeachtet der mangelnden vergaberechtlichen Relevanz des § 127 Abs. 2 SGB V ist allerdings festzustellen, dass diese Vorschrift nach ihrem Wortlaut nicht den Anforderungen an ein vergaberechtsfreies Open-House-Zulassungsverfahren nach der Rechtsprechung des EuGH und des OLG Düsseldorf widerspricht, sondern mit dieser tatsächlich vereinbar ist. Denn diese Vorschrift schließt es nicht aus, dass die Verträge in einem transparenten Verfahren, unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und Vermeidung jeglicher Selektivität und Exklusivität, geschlossen werden. Insbesondere enthält diese Vorschrift keine Verpflichtung zum Führen exklusiver oder selektiver Verhandlungen mit Leistungserbringern und schließt es weiterhin nicht aus, dass die Krankenkasse vorab die Bedingungen zum Vertragsschluss auf transparente Weise festlegt und auf diese Weise allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern eine gleichberechtigte Beteiligung ermöglicht.

Aus diesem Grund kann die Ag ihre Rechtsauffassung, dass nach § 127 Abs. 2 SGB V – aufgrund einer historischen Auslegung dieser Vorschrift – zwingend Verhandlungen zu führen und „*Verhandlungsverträge*“ zu schließen seien, auch nicht auf die vorgelegten Schreiben der Europäischen Kommission (Referat für Vergabewesen) vom 8. April und 11. Juni 2009 stützen. Im Gegenteil bestätigen diese Schreiben in ihrer Kürze die erst später im Rahmen der Open-House-Rechtsprechung konkret aufgestellten Anforderungen, nach der ein vergaberechtsfreies Zulassungsverfahren nur dann vorliegt, wenn keine Auswahlentscheidung stattfindet und ausreichende Transparenz für ein solches Verfahren hergestellt wird. Eine Billigung eines selektiven oder exklusiven Verhandlungsverfahrens findet sich in diesen Schreiben ebenso wenig, wie § 127 Abs. 2 SGB V keine solche Regelung trifft. Vielmehr weist auch die Europäische Kommission noch einmal ausdrücklich darauf hin, dass der Versorgungsauftrag der Krankenkassen nach dem SGB V keine europarechtswidrige Einschränkung des Vergaberechts gestattet.

Im Ergebnis verbleibt dem öffentlichen Auftraggeber im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts nur die Möglichkeit einer Ausschreibung nach den in § 119

Abs. 1 GWB geregelten Verfahrensarten oder die Durchführung eines vergaberechtsfreien Open-House-Zulassungsverfahrens. Ob ein solches Open-House-Zulassungsverfahren sozialrechtlich zulässig ist, ist als sozialrechtliche Vorfrage für das vergaberechtliche Verfahren unerheblich.

Insofern vermag die Ag auch nichts vergaberechtlich Relevantes aus dem vorgelegten Gutachten des Wissenschaftlichen Dienstes des Deutschen Bundestags vom 26. Juni 2017 und dem Rundschreiben des Bundesversicherungsamtes vom 20. Juli 2017 herzuleiten. Beide Texte verhalten sich allein zu der Frage, ob die Durchführung eines Open-House-Verfahrens sozialrechtlich zulässig ist und verneinen dies im Ergebnis. Mit der Anwendung des GWB-Vergaberechts setzen sich diese Texte nicht auseinander. Sofern die Krankenkassen der in diesen Texten niedergelegten Rechtsauffassung folgen, verbleibt ihnen im Anwendungsbereich des GWB-Vergaberechts von den beiden grundsätzlich vergaberechtlich zulässigen Beschaffungsmöglichkeiten allein die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags gemäß § 97 Abs. 1 GWB.

- c) Der Nachprüfungsantrag ist auch im Übrigen statthaft.
 - aa) Der für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge einschlägige Schwellenwert von 221.000 Euro (§ 106 Abs. 1, 2 Nr. 1 GWB i.V.m. Art. 4 lit. c) der Richtlinie 2014/24/EU und Art. 1 Abs. 1 lit. c) der Verordnung 2017/2365/EU ist ausweislich der Angabe zum jährlichen Ausgabevolumen der Ag für die verfahrensgegenständlichen [...] (vgl. Vergabevermerk, Seite 1 der Vergabeakte) vorliegend überschritten. Im vorliegenden Fall kommt es nicht darauf an, ob der zusätzliche, die Lieferung im Sinne des § 33 Abs. 1 Satz 5 SGB V ergänzende Dienstleistungsanteil (Beratungsdienstleistungen) unter das Sonderregime der von § 130 GWB erfassten sozialen Dienstleistungen fällt. Denn zum einen kommt es gemäß dem Rechtsgedanken der § 110, § 103 Abs. 2 Satz 2 GWB für die Zuordnung auf den Hauptgegenstand, hier die Lieferung, an und zum anderen wäre auch der höhere für soziale Dienstleistungen geltende Schwellenwert (Art. 4 lit. d) der Richtlinie 2014/24/EU i.V.m. mit Anhang XIV) vorliegend bei Weitem überschritten.
 - bb) Die bereits mit den Bg zu 1. und 2. abgeschlossenen Verträge stehen der Statthaftigkeit des Nachprüfungsverfahrens nicht gemäß § 168 Abs. 2 Satz 1 GWB entgegen, weil die Ag gegen § 97 Abs. 1 GWB verstoßen hat, in dem sie kein

Vergabeverfahren durchgeführt und dennoch einen öffentlichen Auftrag vergeben hat. Mit der Feststellung dieses Verstoßes im vorliegenden Nachprüfungsverfahren sind die zwischen der Ag und den Bg zu 1. und 2. geschlossenen Verträge gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch sonst zulässig.

- a) Die ASt ist auch gemäß § 160 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Ihr Interesse am Auftrag hat sie durch Abgabe eines Angebots und die Geltendmachung der Vergaberechtsverstöße dokumentiert, die bei Vorliegen ihre Zuschlagschancen bzw. ihr Recht auf gleichberechtigte Beteiligung an einem Zulassungsverfahren beeinträchtigt haben können, so dass sie das Drohen eines Schadens hinreichend dargelegt hat.

Damit ist gleichzeitig auch ein schutzwürdiges Feststellungsinteresse für den Antrag nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB gegeben.

Ein drohender Schaden ist nicht dadurch widerlegt, dass die ASt einen Beitrittsantrag zum Referenzvertrag im verfahrensgegenständlichen, vergaberechtswidrigen Beschaffungsverfahren gestellt und zwischenzeitlich einen Interimsvertrag zur vorläufigen Aufrechterhaltung der Belieferung abgeschlossen hat, weil dies ihr nicht dieselben Möglichkeiten eröffnet, wie im Rahmen eines Vergabeverfahrens oder eines diskriminierungsfrei ausgestalteten Open-House-Zulassungsverfahrens, das allen Bietern dieselben Beteiligungsmöglichkeiten eröffnet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13. August 2014, VII-Verg 13/14).

- b) Ungeachtet der Tatsache, dass die ASt die Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften vorab monierte, bedurfte es im vorliegenden Fall keiner Rüge gemäß § 160 Abs. 3 Satz 2 i.V.m. § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB.
- c) Des Weiteren hat die ASt die für das vorliegende Verfahren geltende Sechsmonatsfrist gemäß § 135 Abs. 2 Satz 2 GWB gewahrt, weil sie die Unwirksamkeit der zwischen der Ag und den Bg zu 1. und 2. am 10. bzw. 13. September 2018 geschlossenen Verträge bereits mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 17. September 2018 geltend machte.

2. Der Nachprüfungsantrag ist auch begründet.

Wie bereits unter II 1 b) aa) und bb) festgestellt, liegen die Voraussetzungen eines vergaberechtsfreien Zulassungsverfahrens nicht vor. Stattdessen liegt ein öffentlicher Auftrag gemäß § 103 Abs. 5 GWB vor, der EU-weit als Lieferauftrag gemäß § 97 Abs. 1, 119 Abs. 1 GWB hätte ausgeschrieben werden müssen, aber ohne vorherige Bekanntmachung im Amtsblatt der EU vergeben wurde, ohne dass dies gesetzlich gestattet war (§ 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB).

3. Der Antrag der Ag auf Durchführung eines Vorlageverfahrens gemäß Art. 267 AEUV wird zurückgewiesen. Der Ag fehlt es diesbezüglich bereits an der Antragsbefugnis. Die Vergabekammer hat von Amts wegen nach pflichtgemäßen Ermessen über ein Vorabentscheidungsersuchen zu entscheiden, wenn es eine Entscheidung des EuGH für erforderlich erachtet (Art. 267 Abs. 2 AEUV).

Im vorliegenden Fall ist eine Entscheidung nicht erforderlich, denn es bestehen nach der gesicherten Rechtsprechung des EuGH zu nicht selektiven und nicht exklusiven Zulassungsverfahren sowie zur diesbezüglichen Auslegung des Begriffs eines öffentlichen Auftrags im Sinne der EU-Vergaberichtlinien nach der acte-clair-Doktrin (EuGH, Urteil vom 6. Oktober 1982, Rs. 283/81, „CILFIT“, Rn. 14) keine vernünftigen Zweifel an der Auslegung dieses Begriffs.

III.

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

Danach hat die Ag als unterliegende Verfahrensbeteiligte sowohl die Kosten des Verfahrens (Gebühren und Auslagen) als auch die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen.

Die Bg zu 1. und 2. sind an der Kostentragungslast nicht zu beteiligen. Sie haben sich nicht aktiv am Verfahren beteiligt, keine Anträge gestellt oder schriftsätzlich vorgetragen und somit kein Prozessverhältnis zur ASt begründet. Sie sind daher nicht als unterliegende Partei anzusehen und nicht an den Kosten des Verfahrens oder den Aufwendungen der ASt zu beteiligen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Juni 2014, VII-Verg 41/13).

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich neu und komplexe Rechtsfragen zu den Anforderungen an ein vergaberechtsfreies Open-House-Zulassungsverfahren und zum Verhältnis vergabe- und sozialrechtlicher Normen, die eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben.

IV.

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

Dr. Herlemann

Brune