

BUNDESKARTELLAMT

3. Vergabekammer des Bundes

VK 3 - 193/09

Kaiser-Friedrich-Str. 16

53113 Bonn

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...,

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...,

gegen

...,

- Antragsgegnerin zu 1) -

...,

- Antragsgegnerin zu 2) -

...,

- Beigeladene zu 1) -

...,

- Beigeladene zu 2) -

...,

- Beigeladene zu 3) -

Verfahrensbevollmächtigter

...

...,

- Beigeladene zu 4) -

...,

- Beigeladene zu 5) -

...,

- Beigeladene zu 6) -

....,

- Beigeladene zu 7) -

....,

- Beigeladene zu 8) -

....,

- Beigeladene zu 9) -

....,

- Beigeladene zu 10) -

Verfahrensbevollmächtigte

....,

....,

- Beigeladene zu 11) -

...

- Beigeladene zu 12) -

...

- Beigeladene zu 13) -

...

- Beigeladene zu 14) -

...

- Beigeladene zu 15) -

...

- Beigeladene zu 16) -

...

- Beigeladene zu 17) -

....,

- Beigeladene zu 18) -

... - Beigeladene zu 19) -

... - Beigeladene zu 20) -

... - Beigeladene zu 21) -

... - Beigeladene zu 22) -

... - Beigeladene zu 23) -

... - Beigeladene zu 24) -

Verfahrensbevollmächtigte
Beigeladene zu 18 bis 24)

...
... - Beigeladene zu 25) -

... - Beigeladene zu 26) -

... - Beigeladene zu 27) -

... - Beigeladene zu 28) -

... - Beigeladene zu 29) -

... - Beigeladene zu 30) -

...

- Beigeladene zu 31) -

...

- Beigeladene zu 32) -

...

- Beigeladene zu 33) -

...

- Beigeladene zu 34) -

...

- Beigeladene zu 35) -

...

- Beigeladene zu 36) -

...

- Beigeladene zu 37) -

...

- Beigeladene zu 38) -

...

- Beigeladene zu 39) -

...

- Beigeladene zu 40) -

Verfahrensbevollmächtigte

...

...

- Beigeladene zu 41) -

...

- Beigeladene zu 42) -

... - Beigeladene zu 43) -

... - Beigeladene zu 44) -

... - Beigeladene zu 45) -

... - Beigeladene zu 46) -

Verfahrensbevollmächtigte

...

... - Beigeladene zu 47) -

... - Beigeladene zu 48) -

... - Beigeladene zu 49) -

Verfahrensbevollmächtigte

...

...

- Beigeladene zu 50) -

...

- Beigeladene zu 51) -

...

- Beigeladene zu 52) -

...

- Beigeladene zu 53) -

...

- Beigeladene zu 54) -

...

- Beigeladene zu 55) -

...

- Beigeladene zu 56) -

...

- Beigeladene zu 57) -

...

- Beigeladene zu 58) -

Verfahrensbevollmächtigte

...

...

- Beigeladene zu 59) -

...

- Beigeladene zu 60) -

...

- Beigeladene zu 61) -

...

- Beigeladene zu 62) -

...

- Beigeladene zu 63) -

Verfahrensbevollmächtigte

...

...

- Beigeladene zu 64) -

...

- Beigeladene zu 65) -

wegen der Bekanntmachung einer Vertragsabsicht nach § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V über die Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln des Hilfsmittelverzeichnis ... hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, den hauptamtlichen Beisitzer Leitender Regierungsdirektor Thiele und den ehrenamtlichen Beisitzer Pröhl auf die mündliche Verhandlung vom 6. November 2009 am 12. November 2009 beschlossen:

1. Es wird festgestellt, dass die aufgrund der „Bekanntmachung einer Vertragsabsicht nach § 127 Abs. 2 Satz 3 GWB“ vom ... zwischen den Antragsgegnerinnen zu 1 und 2) einerseits sowie den Beigeladenen zu 1 bis 65) andererseits geschlossenen Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln des Hilfsmittelverzeichnis der ... nichtig sind.
2. Den Antragsgegnerinnen zu 1 und 2) wird bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, ein Vergabeverfahren durchzuführen.
3. Die Antragsgegnerinnen zu 1 und 2) haben die Kosten des Nachprüfungsverfahrens (Gebühren und Auslagen) jeweils zu $\frac{66}{134}$, die Beigeladenen zu 10 und 63) jeweils zu $\frac{2}{134}$ als Gesamtschuldner zu tragen.
4. Die Antragsgegnerinnen zu 1 und 2) haben die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragstellerin jeweils zu $\frac{66}{134}$, die Beigeladenen zu 10 und 63) jeweils zu $\frac{2}{134}$ zu tragen.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin war notwendig.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (ASt) ist ein Sanitätshandelsunternehmen. Mit ihrem Nachprüfungsantrag wendet sie sich dagegen, dass die Antragsgegnerin zu 1), zugleich handelnd namens und im Auftrag der

Antragsgegnerin zu 2) (nachfolgend: die „Ag“), Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln gemäß § 127 Abs. 2 SGB V i. d. F. des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung v. 15.12.2008 (GKV-OrgWG - BGBl. I S. 2426) ohne gemeinschaftsweite Ausschreibung abgeschlossen haben.

1. Die Ag machten am ... auf der kasseneigenen Homepage die Absicht bekannt („Bekanntmachung der Vertragsabsicht“), bundesweite und regionale Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V über die Versorgung ihrer Versicherten mit Entsprechende Angebote sollten bis spätestens zum 22. September 2009 an die Ag gerichtet werden. Der Bekanntmachung der Vertragsabsicht zufolge konnten Betriebe, welche die Voraussetzungen des § 126 Abs. 1 Satz 3 SGB V erfüllen, ein Angebot für einen, mehrere oder alle Hilfsmittel.

a) Nachdem die Ag eine schriftliche Anfrage der ASt vom 10. September 2009, ob eine Veröffentlichung im Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften erfolgt sei, zunächst unbeantwortet gelassen hatten, rügte die ASt mit Schreiben vom 17. September 2009 das Unterlassen einer gemeinschaftsweiten Ausschreibung.

Mit Fax vom 29. September 2009 teilten die Ag mit, zu einer Ausschreibung nicht gesetzlich verpflichtet zu sein. Das in wesentlichen Teilen am 1. Januar 2009 in Kraft getretene GKV-OrgWG habe wesentliche Änderungen auch für den Hilfsmittelbereich mit sich gebracht. Der Wortlaut des neu gefassten § 127 Abs. 1 Satz 1 SGB V („...können ... im Wege der Ausschreibung...“) stelle klar, dass eine Verpflichtung zur Ausschreibung nicht bestehe. Vielmehr seien die Krankenkassen befugt, eine wirtschaftliche Versorgung ihrer Versicherten auch über Verträge nach § 127 Abs. 2 oder 3 SGB V sicherzustellen. Dies gelte insbesondere dann, wenn eine Versorgung nicht zweckmäßig sei. Der GKV-Spitzenverband und die Spitzenorganisationen und sonstigen Organisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene hätten am 2. Juli 2009 „Gemeinsame Empfehlungen gemäß § 127 Abs. 1a SGB V zur Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen“ verabschiedet („Gemeinsame Empfehlungen“). Bei der Prüfung der Zweckmäßigkeit sollen – den Gemeinsamen Empfehlungen zufolge – insbesondere die Vertragslandschaft der einzelnen Krankenkasse sowie das Nutzen-Aufwand-Verhältnis eine wesentliche Rolle spielen. Vor diesem Hintergrund habe sie - die Ag - auf eine Ausschreibung verzichtet.

b) Die von der Ag in Bezug genommenen Änderungen des § 127 SGB V gehen – soweit im vorliegenden Verfahren von Interesse – im Wesentlichen zurück auf Empfehlungen des Ausschusses für Gesundheit des Deutschen Bundestages (BT-Drs. 16/10609 vom 15.10.2008) zum Gesetzentwurf der Bundesregierung für das GKV-OrgWG (BT-Drs. 16/9559, 16/10070). Die Änderungsvorschläge sehen u.a. Folgendes vor:

- § 127 Abs. 1 SGB V: Ersetzung des Wortes „sollen“ durch das Wort „können“;
- § 127 Abs. 2 Satz 1 SGB V: Ersetzung der Wörter „zweckmäßig sind“ durch die Wörter „durchgeführt werden“;
- § 127 Abs. 2 SGB V: Einfügung des Satzes: „Über die Inhalte abgeschlossener Verträge sind andere Leistungserbringer auf Nachfrage unverzüglich zu informieren“;
- Einfügung eines 127 Abs. 2a SGB V: „Den Verträgen nach Absatz 2 Satz 1 können Leistungserbringer zu den gleichen Bedingungen beitreten, soweit sie nicht aufgrund bestehender Verträge bereits zur Versorgung der Versicherten berechtigt sind.Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für fortgeltende Verträge, die vor dem 1. April 2007 abgeschlossen wurden....“

In der Begründung zu den Änderungsanträgen wird u.a. ausgeführt:

„Artikel 1- Änderung des Fünften Buches Sozialgesetzbuch

Zu Nummer 1e (§ 69)

Zu Buchstabe a

Zu Buchstabe b

...Beim Abschluss von Einzelverträgen in der GKV ist in jedem Einzelfall zu prüfen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des §§ 97 ff GWB vorliegen, insbesondere ob es sich bei den jeweiligen Vergaben um öffentliche Aufträge i. S. d. § 99 GWB handelt. Diese Frage wird je nach Vertragstyp unterschiedlich zu beantworten sein. Im Wesentlichen hängt die Beantwortung davon ab, ob und inwieweit die Krankenkassen auf die Auswahlentscheidung, welcher Vertragsgegenstand im einzelnen Versorgungsfall abgegeben wird, Einfluss nehmen. Abhängig von der individuellen Vertragsgestaltung könnten Arzneimittelrabattverträge über Generika wegen der Verpflichtung der Apotheken in § 129 Abs. 1 Satz 3, die Ersetzung durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel vorzunehmen, für das ein Rabattvertrag abgeschlossen worden ist, und des damit verbundenen mittelbaren Einflusses der Krankenkassen auf die Auswahlentscheidung des Vertragsgegenstandes als öffentliche Aufträge zu qualifizieren sein. Vergleichbare Überlegungen gelten auch für Verträge über die Versorgung mit Hilfsmitteln nach § 127 Abs. 1, da hier die Versorgung grundsätzlich durch die jeweiligen Ausschreibungsgewinner erfolgen muss.

Eine Pflicht zur Ausschreibung unter Beachtung der Vorschriften des Vergaberechts kommt auch dann nicht in Betracht, wenn der Zugang zur Versorgung zwar durch den Abschluss von Verträgen erfolgt, die Leistungserbringer aber gegenüber der Krankenkasse faktisch einen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages haben.Der Vertragsschluss ähnelt damit einer Zulassung. Für ein Vergabeverfahren, das darauf abzielt, unter mehreren Bietern eine Auswahlentscheidung zu treffen, ist vor diesem Hintergrund kein Raum. Dies gilt auch für Verträge über die Versorgung mit Hilfsmitteln nach § 127 Abs. 2, die aufgrund des ausdrücklichen Beitrittsrechts nicht zu einer exklusiven Versorgungsberechtigung bestimmter Leistungserbringer führen. Die vorgeschriebene Bekanntmachung der Vertragsabsicht ist nicht als eine Ausschreibung im vergaberechtlichen Sinne zu verstehen.“

Zu Nummer 2c (§ 127)

Zu Buchstabe a

Das Ausschreibungsgebot wird in eine „Kann-Vorschrift“ umgewandelt. Damit wird deutlich gemacht, dass die Krankenkassen nicht zur vorrangigen Durchführung von Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 verpflichtet sind, sondern eine wirtschaftliche Versorgung mit Hilfsmitteln auch über Verträge nach Absatz 2 und 3 sicherstellen können.

Zu Buchstabe b

Mit der Regelung soll der Durchführung unzweckmäßiger Ausschreibungen durch gemeinsame Empfehlungen des Spitzenverbandes Bund der Krankenkassen und der Spitzenorganisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene entgegengewirkt werden. Die Empfehlungen sollen den Krankenkassen als Orientierungshilfe bei der Entscheidung über die Zweckmäßigkeit von Ausschreibungen dienen und insbesondere zur Klärung beitragen, welche Versorgungsleistungen entsprechend den gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich nicht über Verträge nach § 127 Abs. 1 sichergestellt werden sollen.

Zu Buchstabe d

Mit der Schaffung eines Beitrittsrechts zu Verhandlungsverträgen nach § 127 Abs. 2 wird die weitere Versorgungsberechtigung der Leistungserbringer, die bisher noch keine Verträge mit den Krankenkassen abschliessen konnten, über den 31. Dezember 2008 hinaus sichergestellt. Dadurch wird auch verhindert, dass Leistungserbringer willkürlich von ausgehandelten Verträgen ausgeschlossen werden. Das Beitrittsrecht gilt für alle Leistungserbringer, die bereit und in der Lage sind, sich zu den gleichen Bedingungen an der Versorgung zu beteiligen, und ist nicht auf bestimmte Verträge beschränkt. Es bezieht sich auch auf Verträge, die vor dem 1. April 2007 abgeschlossen wurden, soweit die Versorgung noch auf der Grundlage solcher Verträge erfolgt. ...“

Voraussetzung für einen Vertragsbeitritt ist, dass der Leistungserbringer die gesetzlichen Anforderungen an die Leistungserbringung nach § 126 Abs. 1 Satz 2 SGB V erfüllt. Bis zum

30. Juni 2010 gelten grundsätzlich alle Leistungserbringer, die am 31. März 2007 zur Versorgung zugelassen waren, als geeignet, einem Vertrag beitreten zu können.

c) Wesentlicher Regelungsinhalt der zwischen dem GKV-Spitzenverband auf der einen und den Spitzenorganisationen und sonstigen Organisationen der Leistungserbringer auf Bundesebene auf der anderen Seite vereinbarten „Gemeinsamen Empfehlungen“ sind die sog. „Zweckmäßigkeitkriterien“ (vgl. dort § 2). Danach sollen Ausschreibungen nach § 127 Abs. 1 SGB V grundsätzlich insbesondere dann nicht erfolgen, wenn

- *das Kosten-Nutzen-Verhältnis eines Ausschreibungsverfahrens im Verhältnis zu dem Auftragsvolumen (geringe Fallzahl) oder zu dem für die Krankenkasse voraussichtlich erreichbaren wirtschaftlichen Vorteil negativ ist,*
- *die Leistung nur von einem engen Anbieterkreis erbracht werden kann,*
- *die Leistungen nicht standardisierbar sind,*
- *die Versorgung einen hohen Dienstleistungsanteil aufweist,*
- *ein hohes Gesundheitsrisikos für die Versicherten besteht,*
- *bei komplexen, übergreifenden Versorgungsstörungen im Versorgungsablauf drohen.*

In der Präambel wird u.a. ausgeführt:

„...Die Empfehlungen stellen für die Krankenkassen eine Hilfe bei der Entscheidung über die Durchführung von Ausschreibungen dar. Sie entbinden nicht von der Verpflichtung der Krankenkassen, jeweils auftragsbezogen im Einzelfall unter Berücksichtigung der rechtlichen Rahmenbedingungen und der Rechtsentwicklung über die Durchführung von Ausschreibungen zu entscheiden. So können insbesondere die Vertragslandschaft der einzelnen Krankenkassen, der konkrete Regelungsinhalt der Verträge, die Leistungserbringerstruktur im Versorgungsgebiet und das jeweilige Auftragsvolumen eine wesentliche Rolle bei der Entscheidungsfindung spielen...“

d) Die zwischen den Ag und den Leistungserbringern (d.h. den Beigeladenen) abgeschlossenen Verträge weisen zwar produktgruppenspezifische Besonderheiten auf, weichen aber ansonsten nicht voneinander ab, d. h., dass z.B. alle Verträge über die Lieferung von ... identisch sind. Die Verträge sehen im Wesentlichen vor:

§ 1 Gegenstand des Vertrages

(1) Gegenstand dieses Vertrages ist die Abgabe der in den Anlagen aufgeführten Hilfsmittel nach § 33 SGB V sowie der ggf. in den Anlagen aufgeführten Produkte der Krankenkost jeweils einschließlich aller damit im Zusammenhang stehenden Dienst- und Serviceleistungen (z.B. Beratung). Die Anlagen sind Bestandteil dieses Vertrages.

§ 2 Versorgungsberechtigung

(1) Der Leistungserbringer hat die Anforderungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der in den Anlagen vereinbarten Hilfsmittel zu erfüllen. Dabei sind die Anforderungen der Empfehlungen nach § 126 Abs. 1 Satz 3 SGB V in der jeweils gültigen Fassung einzuhalten.

(2) Die Versorgungsberechtigung aufgrund dieses Vertrages besteht nur für die in den Anlagen vereinbarten Hilfsmittel.

(3) Die Versorgungsberechtigung wird durch ... in einem gesonderten Bestätigungsschreiben für jeden Betriebssitz ausdrücklich erteilt. Sie gilt ab dem Zeitpunkt der Erteilung. Bei der Entscheidung über die Versorgungsberechtigung hat ... § 126 Abs. 1a SGB V zu beachten. Hiervon unabhängig besteht die Möglichkeit, weitergehende (auftrags-/produktgruppenbezogene) Anforderungen in den Anlagen zu vereinbaren, die nicht Gegenstand des Präqualifizierungsverfahrens sind.

§ 5 Abgabe der Leistungen

(1) ...Sofern eine Veröffentlichung einer Einzelproduktaufstellung zu einer Produktgruppe des Hilfsmittelverzeichnisses erfolgt ist, dürfen nur die in der Einzelproduktaufstellung der Produktgruppe aufgeführten Hilfsmittel geliefert werden – dies gilt auch für Erprobungszwecke....“

In den Anlagen finden sich produktgruppenspezifische Regelungen insbesondere zu der Qualität der Versorgung, zum Genehmigungsverfahren, zum Abrechnungsverfahren nach § 302 SGB V sowie eine Höchstpreisvereinbarung. In Anlage 1 – ... heißt es in § 2 (Qualität der Versorgung):

§ 2 Qualität der Versorgung

„(6) Dem Versicherten ist im Rahmen der Produktauswahl bei Erst- und Umversorgungen die Möglichkeit zu geben, unterschiedliche Produkte zu erproben und für die Versorgung auszuwählen....

(9) Zu den Vertragspreisen liefert der Leistungserbringer qualitativ hochwertige Produkte. U.a. kommen Produkte der ... (z.B. ...) oder des Herstellers ... (z.B. ...) in Betracht.“

2. Mit einem am 12. Oktober 2009 per Fax eingegangenen Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten stellte die ASt bei der Vergabekammer des Bundes einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Den Antrag hat die Vergabekammer den Ag am selben Tag übermittelt.

a) Die ASt trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Der EuGH habe erst kürzlich deutlich gemacht, dass gesetzliche Krankenkassen grundsätzlich als öffentliche Auftraggeber im Sinne der Richtlinie 2004/18/EG zu qualifizieren seien (EuGH, Urteil vom 11.6.2009 – C-300/07 - Hans & Christophorus Oymanns GbR, Orthopädie Schuhtechnik / AOK Rheinland/Hamburg) Der maßgebliche Schwellenwert nach § 100 Abs. 1 GWB in Verbindung mit § 2 Nr. 3 VGV sei bei einem geschätzten Auftragsvolumen von rd. ... Mio. € ohne weiteres überschritten. Aufgrund der nicht erfolgten gemeinschaftsweiten Ausschreibung des Beschaffungsauftrages werde die ASt in ihren Rechten gemäß § 97 Abs. 7 GWB verletzt. Es drohe auch die Entstehung eines Schadens, weil ihr der Gewinn eines exklusiven Vertrages entgehe. Die Antragstellung sei auch innerhalb der gesetzlichen Frist von 15 Tagen seit Eingang der Mitteilung vom 29.9.2009, der Rüge nicht abhelfen zu wollen, erfolgt.

Der Antrag sei darüber hinaus begründet. Da die Ag bereits den ersten Schritt zur Einleitung eines ordnungsgemäßen Ausschreibungsverfahrens, die gemeinschaftsweite Bekanntmachung, unterlassen habe, sei das gesamte Vergabeverfahren vergaberechtswidrig. Dem stehe auch die Vorschrift des § 127 Abs. 2 SGB V nicht entgegen. Denn diese Vorschrift sei mit zwingendem höherrangigen EG-Vergaberecht nicht vereinbar.

Unter Hinweis auf aktuelle Ausschreibungen anderer Krankenkassen (z.B. gemeinschaftsweite Ausschreibung von ...: Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften – ... vom ...) vertritt die ASt die Auffassung, dass der Versorgungsauftrag der Krankenkassen nicht durch die Durchführung von Ausschreibungen negativ beeinträchtigt werde.

Die ASt beantragt,

1. die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gemäß §§ 107 ff GWB,
2. den Ag zu untersagen, einen Vertrag über die Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln gemäß der Bekanntmachung nach § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V ohne vorherige Durch-

führung eines europaweiten Vergabeverfahrens mit vorheriger Bekanntmachung abzuschließen,

3. hilfsweise festzustellen, dass der zwischen Ag und Auftragnehmern geschlossene Vertrag über die Versorgung ihrer Versicherten mit Hilfsmitteln gemäß der Bekanntmachung nach § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V von Anfang an unwirksam ist,
4. die Ag anzuweisen, die der Bekanntmachung nach § 127 Abs. 2 Satz 3 SGB V zugrunde liegenden Leistungen für ihre Versicherten im Rahmen eines förmlichen Vergabeverfahrens unter Beachtung der einschlägigen Vergabevorschriften neu zu vergeben,
5. hilfsweise die geeigneten Maßnahmen zu treffen, um die von der Vergabekammer festgestellten Rechtsverletzungen zu beseitigen,
6. die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts durch die ASt für notwendig zu erklären,
7. die Kosten des Verfahrens den Ag aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragen,

die Anträge 1 bis 7) zurückzuweisen.

Sie sind der Auffassung, der Antrag sei bereits unzulässig. Fraglich sei schon, inwiefern die ASt durch das Unterlassen einer gemeinschaftsweiten Ausschreibung in eigenen Rechten verletzt sein könne. Zweifelhaft sei ferner, ob der ASt ein Schaden zu entstehen drohe. Denn unabhängig vom Ausgang des vorliegenden Verfahrens könne die ASt das Ziel, einen exklusiven Vertrag abzuschließen, aufgrund der Möglichkeit des Beitritts nach § 127 Abs. 2a SGB V ohnehin nicht erreichen.

Der Antrag sei auch unbegründet.

Der Gesetzgeber habe in § 127 Abs. 1 und 2 SGB V sowie in den Gesetzesmaterialien klar zum Ausdruck gebracht, dass Vergaberecht auf die Verträge nach § 127 Abs. 2 SGB V nicht anwendbar sei. Dementsprechend habe es kein Vergabeverfahren und auch keinen Zuschlag gegeben. Vielmehr seien auf die „Bekanntmachung der Vertragsabsicht“ auf der kasseneigenen Homepage hin zahlreiche Angebote von Bietern bzw. Bietergemeinschaften eingegangen.

Mit den Beigeladenen seien Verträge abgeschlossen worden. Auf Befragen teilte die Ag in der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 ergänzend mit, dass die mit den Leistungserbringern abgeschlossenen (produktgruppenspezifischen) Verträge – jeweils inhaltsgleich seien, d.h. den mit E-Mail vom 23. Oktober 2009 zu den Akten gereichten Mustertexten. In einer Reihe von Fällen seien Vertragsabschlüsse wegen überhöhter Preisforderungen nicht zustande gekommen.

Im Übrigen sei fraglich, ob die auf der Grundlage des § 127 Abs. 2 SGB V zustande gekommenen vertraglichen Vereinbarungen als „öffentliche Aufträge“ qualifiziert werden könnten. Denn der jederzeit mögliche Beitritt weiterer Leistungserbringer zu den abgeschlossenen Versorgungsverträgen (§ 127 Abs. 2a SGB V) führe dazu, dass es den geschlossenen Kreis der Rahmenvertragspartner, den § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 3 VOL/A voraussetze, nicht gebe. Wesentliches Merkmal eines Beschaffungsvorgangs sei, dass eine bindende Auswahl zwischen verschiedenen miteinander im Wettbewerb stehenden Bewerbern durch den Auftraggeber stattfinde. Im Übrigen stelle das Beitrittsrecht eine Möglichkeit dar, den Anspruch der Leistungserbringer auf Zugang zum Markt und das Wahlrecht der Versicherten miteinander in Einklang zu bringen.

Nach Auffassung der Ag wäre eine Ausschreibung auch bei Zugrundelegung der in der „Gemeinsame Empfehlungen“ genannten Maßstäbe unzweckmäßig gewesen. Denn eine Ausschreibung hätte den Versorgungsablauf gestört. Wie zahlreiche Vorfälle bei anderen Krankenkassen, die Ausschreibungen durchgeführt hätten, zeigten, sei es zu katastrophalen Engpässen und Versorgungsnotständen gekommen. Der ASt, die eine Ausschreibung einer anderen gesetzlichen Krankenkasse im ... gewonnen habe, solle aufgrund Unzuverlässigkeit fristlos gekündigt worden sein.

Unterlagen, die Aufschluss darüber geben könnten, aus welchen Gründen sie im Rahmen der Bekanntmachung der Vertragsabsicht auf eine Ausschreibung verzichtet hat, gebe es nicht. Die Gemeinsamen Empfehlungen hätten – so die Ag - Bedeutung nur für die Fälle des § 127 Abs. 1 SGB V. Mache eine Krankenkasse – wie die Ag im vorliegenden Fall – von der in § 127 Abs. 2 SGB V eingeräumten Möglichkeit Gebrauch, seien Zweckmäßigkeitserwägungen entbehrlich.

c) Mit Beschluss vom 28. Oktober 2009 hat die Vergabekammer von Amts wegen diejenigen Unternehmen zum Verfahren beigelegt, mit denen die Ag aufgrund der Bekanntmachung der Vertragsabsicht nach § 127 Abs. 2 SGB V Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln abgeschlossen hat.

d) Die Beigeladene zu 10) beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag vom 12. Oktober 2009 als unzulässig zu verwerfen,
2. hilfsweise, den Nachprüfungsantrag vom 12. Oktober 2009 als unbegründet zurückzuweisen,
3. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Beigeladenen aufzuerlegen,
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten für notwendig zu erklären.

Die Beigeladene zu 10) ist der Auffassung, der ASt drohe nicht die Entstehung eines Schadens. Denn bei Durchführung eines Vergabeverfahrens wäre ihr Angebot zwingend auszuschließen gewesen, weil sie nicht über die erforderliche Zuverlässigkeit verfüge. Dem Branchenreport MTD-Instant sei zu entnehmen, dass es ... Beschwerden von Seiten Versicherter anderer Krankenkassen gegen die ASt gegeben habe. Außerdem stehe die Beitrittsmöglichkeit nach § 127 Abs. 2a SGB V der Annahme eines Schadenseintritts entgegen. Jedenfalls sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Die auf der Grundlage des § 127 Abs. 2 SGB V abgeschlossenen Verträge seien bei funktionaler Betrachtung nicht als öffentliche Aufträge, sondern als Zulassung des Leistungserbringers zur Hilfsmittellieferung zu qualifizieren. Schließlich fehle das für einen öffentlichen Auftrag kennzeichnende Merkmal der Exklusivität der Leistungsbeziehung.

e) Die Beigeladene zu 63) beantragt,

die Anträge zu 1 bis 7) zurückzuweisen.

Den Ausführungen der Beigeladenen zu 63) zufolge belegen die Gesetzesmaterialien hinlänglich, dass der Gesetzgeber Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln wissentlich und

wollentlich den Regelungen der §§ 97 ff GWB habe entziehen wollen. Ein Verstoß gegen das Vergaberecht der EG scheidet schon deshalb aus, weil der nationale Gesetzgeber befugt sei, hiervon abweichende Regelungen zu treffen. Die Zuständigkeit zur Regelung des Sozialrechts liege bei den Mitgliedstaaten.

Im Übrigen habe die ASt kein Angebot abgegeben, so dass unklar sei, in welchem Umfang sie sich habe bewerben wollen. Außerdem sei fraglich, ob sie über eine „Zulassung“ verfüge.

f) Die anderen Beigeladenen haben davon abgesehen, Anträge zu stellen.

g) Der ASt und den Beigeladenen ist Einsicht in die Aktenbestandteile gewährt worden, soweit diese der Vergabekammer vorlagen und keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile enthielten. In der mündlichen Verhandlung am 6. November 2009 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte zu darzulegen und zu vertiefen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze und die Verfahrensakte der Vergabekammer wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Der Antrag ist zulässig und begründet.

1. Die Zuständigkeit der Vergabekammer ist nach § 100 Abs. 1 und § 104 Abs. 1 GWB eröffnet, weil sich der Nachprüfungsantrag gegen einen dem Bund zuzurechnenden Lieferauftrag oberhalb des nach § 2 VGV maßgeblichen Schwellenwertes richtet.

a) Die Ag als gesetzliche Krankenkassen sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs. C-300/07; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07, m.w.N.; LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. April 2009, L 21 KR 40/09 SFB). Bei diesen handelt es sich um juristische Personen des öffentlichen Rechts, die zu dem besonderen Zweck gegründet worden sind, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht-gewerblicher Art zu erfüllen. Es liegt auch eine überwiegende Finanzierung durch den Bund vor. Wie der EuGH in dem vorbezeichneten Urteil auf ein Vorabentscheidungsersuchen des OLG Düsseldorf entschieden hat, steht der Annahme einer Finanzierung durch den Bund auch nicht entgegen, dass die gesetzlichen Krankenkassen haupt-

sächlich durch Mitgliedsbeiträge und nur zu einem vergleichsweise geringen Teil durch den Bund finanziert werden (§ 221 SGB V). Für die Anwendung des Art. 1 Abs. 9 Unterabs. 2 lit. c erster Fall der Richtlinie 2004/18 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge („VKR“) sei vielmehr entscheidend, dass die Finanzierung durch einen staatlichen Akt eingeführt worden ist, durch die Träger der öffentlichen Gewalt garantiert wird und die Mitgliedsbeiträge nach öffentlich-rechtlichen Regeln auferlegt, berechnet und erhoben werden. Dies sei - so der EuGH – der Fall. Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass die mit Wirkung vom 1. Januar 2009 in Kraft getretene Festlegung des allgemeinen Beitragssatzes durch eine von der Bundesregierung zu erlassende Rechtsverordnung (§ 241 SGB V) sowie die Schaffung des Gesundheitsfonds (§ 271 ff SGB V) den staatlichen Einfluss auf die Finanzierung der Gesetzlichen Krankenkassen weiter verstärkt haben.

b) Bei den Verträgen handelt es sich um öffentliche Lieferaufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 und 2 GWB, und zwar in der Form von Rahmenvereinbarungen. Gemäß der Regelung des § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A, die auf Art. 1 Abs. 5, Art. 32 VKR zurückgeht und den Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 99 Abs. 1 GWB erweitert, sind auch Rahmenvereinbarungen als öffentliche Aufträge zu qualifizieren, obwohl sie selbst noch nicht den eigentlichen Austauschvertrag beinhalten, sondern lediglich Bedingungen für Einzelverträge regeln, die zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen werden.

Um Rahmenvereinbarungen handelt es sich bei Lieferverträgen für Hilfsmittel, in denen – wie im vorliegenden Fall – wesentliche Vertragsbestandteile für alle nachfolgenden Einzelaufträge festgelegt werden. Der Abschluss der Einzelverträge erfolgt teilweise durch die ASt selbst, teilweise durch die Versicherten:

Der Abschluss der Einzelverträge erfolgt durch die Ag selbst, sofern diese gemäß § 33 Abs. 5 Satz 1 SGB V die von ihr beschafften Hilfsmittel den Versicherten leihweise überlässt. In diesen Fällen liegt ohne Weiteres ein synallagmatischer Vertrag vor, der die Voraussetzungen der Legaldefinition des § 99 Abs. 1 GWB erfüllt. Von dieser Möglichkeit machen die Krankenkassen jedoch in der Praxis regelmäßig nur bei höherwertigen, langlebigen Hilfsmitteln Gebrauch.

Sollen dagegen – wie im vorliegenden Verfahren schwerpunktmäßig – Verbrauchsgüter beschafft werden, erfolgt der Abschluss des Einzelvertrages dann, wenn ein Versicherter der Ag zu deren Lasten (wegen ihrer Sachleistungsverpflichtung, § 2 Abs. 2 SGB V) das Hilfsmittel bezieht (vgl. VK Bund, Beschluss vom 15. August 2008, VK 3-107/08).

Der Auffassung, dass es sich bei den Rahmenverträgen um Zulassungen handele, die nicht als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren wären, ist nicht zu folgen. Die Frage, „ob“ ein Hilfsmittellieferant Leistungen an Versicherte zulasten der gesetzlichen Krankenkassen erbringen kann, beurteilt sich in erster Linie auf der Grundlage des § 126 Abs. 1 Satz 2 und 3 SGB V. Danach können Vertragspartner nur Leistungserbringer sein, welche die Voraussetzungen für eine ausreichende, zweckmäßige und funktionsgerechte Herstellung, Abgabe und Anpassung der Hilfsmittel erfüllen. Dem entsprechend stellt auch § 2 des zwischen der Ag und den Leistungserbringern abgeschlossenen Vertrages klar, dass die „Versorgungsberechtigung“ gesondert festgestellt wird. Die hier in Rede stehende Rahmenverträge beschränken sich demgegenüber im Wesentlichen auf die Regelung des „Wie“ der Leistungserbringung.

Der Qualifizierung als öffentlicher Auftrag stehen auch nicht die Vorschriften des §127 Abs. 1, 2 und 2a SGB V entgegen.

Wie bereits unter I.1 b) dargestellt, entspricht es zwar – worauf die Ag zutreffenderweise aufmerksam machen - dem Willen des Gesetzgebers des GKV-OrgWG, die Krankenkassen im Wesentlichen frei darüber entscheiden zu lassen, eine Ausschreibung durchzuführen oder nicht. Dies ist aber mit dem höherrangigen europäischen Vergaberecht nicht vereinbar.

In diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass zu dem Zeitpunkt, als das GKV-OrgWG von den gesetzgebenden Körperschaften beraten worden ist, die Grundsatzentscheidung des EuGH zu der Frage, ob gesetzliche Krankenkassen als „öffentliche Auftraggeber“ zu qualifizieren sind, noch nicht vorlag. Das diese Frage bejahende Urteil des EuGH ist erst am 11. Juni 2009 (Rs C-300/07) und damit nach dem Inkrafttreten des GKV-OrgWG ergangen.

Darüber hinaus hat der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestages selbst in der Begründung zu seinem Änderungsantrag deutlich gemacht, dass „beim Abschluss von Einzel-

verträgen in der GKV ...in jedem Einzelfall zu prüfen (ist), ob es sich bei den jeweiligen Vergaben um öffentliche Aufträge i.S.d. § 99 GWB handelt“ (BT-Drs. 16/10609, S. 52, li. Spalte). Auch die Präambel der „Gemeinsamen Empfehlungen“ enthält einen entsprechenden Hinweis.

Der Abschluss eines Rahmenvertrages über Hilfsmittel stellt definitionsgemäß einen öffentlichen Auftrag dar, der nach den Regeln abzuwickeln ist, die durch zwingendes Gemeinschaftsvorgeben sind. § 127 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V sind demnach richtlinienkonform dahingehend auszulegen, dass die Vorschriften nur dann Anwendung finden, wenn ein Beschaffungsvorgang unterhalb der Schwellenwerte erfolgt. In diesem Sinne hat sich auch die Europäische Kommission in einem aktuellen Vertragsverletzungsbeschwerde-Verfahren geäußert (Az.: Markt/C 3/WR/ng (2009) 142060 vom 6.5.2009, zitiert nach Stelzer, „Müssen gesetzliche Kranken- und Pflegekassen Lieferaufträge über Hilfs- und Pflegehilfsmittel oberhalb des Schwellenwertes europaweit ausschreiben?“ in: Wege zur Sozialversicherung, 2009, S.303, 307).

Das Beitrittsrecht von Leistungserbringern nach § 127 Abs. 2a SGB V ändert hieran nichts.

Das Beitrittsrecht kann faktisch dazu führen, dass eine unüberschaubare Zahl von Leistungserbringern Vertragspartner der Ag werden. Folge davon wiederum ist, dass es danach keine exklusiven Verträge gibt. Dies ist jedoch für die Einordnung als öffentlicher Auftrag rechtlich unerheblich. Weder in § 3 a VOL/A noch in der dieser Vorschrift zugrundeliegenden Vorgabe des Art. 32 VKR wird für die Qualifizierung als öffentlicher Auftrag auf die Vereinbarung von Exklusivität abgestellt oder die Durchführung einer vergaberechtlichen Auswahlentscheidung gefordert. Eine derartige Auswahlentscheidung ist vielmehr natürliche Folge einer rechtmäßigen Vergabe; erfolgt keine Auswahlentscheidung, stellt dies nicht den öffentlichen Auftrag in Frage, sondern lediglich die Rechtmäßigkeit der Vergabe. Die Begriffsdefinition des Rahmenvertrags ist hiervon unabhängig (im Ergebnis ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss – L 21 KR 51/09 SFB- vom 3.9.2009); ein öffentlicher Auftrag in Gestalt einer Rahmenvereinbarung liegt bereits dann vor, wenn - wie hier - zwischen öffentlichem Auftraggeber und Unternehmen Bedingungen für spätere Einzelaufträge festgelegt werden. Wenn man die Vereinbarung von „Exklusivität“ der Rahmenvereinbarung zugunsten eines oder mehrerer Unternehmen verlangt oder aber - anders herum formuliert- eine Auswahlentscheidung

derung seitens des Auftraggebers, so wird der Begriff des öffentlichen Auftrags über die Vorgaben der Richtlinie hinaus eingeschränkt, d.h. Vorgänge, die nach der Richtlinie als öffentlicher Auftrag zu qualifizieren sind, werden durch die Schaffung eines zusätzlichen, von der Richtlinie nicht vorgesehenen Tatbestandsmerkmals dem Vergaberecht entzogen. Dies wirft die Frage nach der Europarechtskonformität auf; die Mindeststandards, deren Einhaltung die Richtlinie fordert, werden mit der Schaffung ungeschriebener Tatbestandsmerkmale unterlaufen.

Entgegen der in diesem Verfahren verschiedentlich vorgebrachten Auffassung, eine ausschließliche Orientierung am Wortlaut der in der Vergabekoordinierungsrichtlinie vorgenommenen Begriffsdefinition des öffentlichen Auftrags werde der gebotenen funktionalen Betrachtungsweise nicht gerecht, handelt es sich hierbei nicht um eine zu enge Interpretation des Auftragsbegriffs. Es geht bei der Anwendung des europäischen Vergaberechts, das auf die Herstellung des Binnenmarktes auch für den Bereich des öffentlichen Auftragswesens abzielt, auch und ganz zentral um die Schaffung von Transparenz des Verfahrens als Basis des gesamten Verfahrens. Interessierte Unternehmen müssen die Möglichkeit haben, von Aufträgen in einem anderen Mitgliedstaat überhaupt erst Kenntnis zu erlangen. Eine Veröffentlichung wie hier auf der eigenen Homepage des Auftraggebers genügt möglicherweise den Anforderungen, die der EuGH in Bezug auf Vergaben aufgestellt hat, die der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht oder nur eingeschränkt unterliegen. Vorliegend ist jedoch kein Ausnahmereich eröffnet. Selbst wenn man –was nach den eigenen Darlegungen der Ag nicht der Fall ist- unterstellt, die Ag würden mit jedem Interessierten einen Rahmenvertrag abschließen, so entspricht es eben gerade nicht den europäischen Vorgaben, dass in anderen Mitgliedstaaten ansässige Unternehmen, die am Auftrag interessiert sind, kontinuierlich die Internetauftritte von über 200 inländischen gesetzlichen Krankenkassen verfolgen müssen. Sie dürfen vielmehr darauf vertrauen, dass zur Vergabe anstehende öffentliche Aufträge auch in dem hierfür vorgesehenen offiziellen Verlautbarungsorgan, dem Supplement zum Amtsblatt der EU, bekannt gegeben werden. Nur dieses Verfahren gewährleistet die erforderliche Möglichkeit der supranationalen Kenntniserlangung als Basis für Transparenz. Im Übrigen stellt das Vergaberecht auch inhaltliche Anforderungen an die Auftragsvergabe, so beispielsweise das Verbot ungewöhnlicher Wagnisse. Auch diese Vorgaben kämen bei einer Verneinung des

öffentlichen Auftrags nicht zur Anwendung. Diese Überlegungen machen deutlich, dass auch eine funktionale Sichtweise nicht zur Negierung des öffentlichen Auftrags führen kann.

Die entscheidende Frage ist, ob es vergaberechtlich überhaupt zulässig ist, bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags von einer Auswahlentscheidung und damit von der Durchführung eines Wettbewerbs abzusehen. Es handelt sich dann um einen öffentlichen Auftrag, der möglicherweise nicht rechtskonform vergeben wird. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat zu Recht auf die Funktion des Wettbewerbs gerade beim Abschluss von Rabattverträgen hingewiesen: Je größer der Wettbewerb um den Abschluss eines solchen Vertrags ist, desto höher das Einsparpotential für die gesetzliche Krankenkasse (Beschluss - 21 KR 26/09 SFB - vom 26. März 2009). Und auf Einsparungen zielen auch die Rahmenverträge mit den Hilfsmittellieferanten ab. Dies zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Ag eine Reihe von Vertragsangeboten als überteuert abgelehnt haben bzw. in den Verträgen bestimmte Produkte - da qualitativ hochwertig - als vorzugswürdig empfohlen haben (vgl. Anhang 1 ...). Das System der Rahmenverträge sowie die dahinter stehende gesetzgeberische Intention liefe leer, wenn mit jedem Leistungserbringer inhaltsgleiche Verträge abzuschließen wären.

Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass sich ohnehin unmittelbar aus § 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V ergibt, dass für einen Beitritt kein Raum ist, wenn ein Vertrag nach § 127 Abs. 1 SGB V ausgeschrieben worden ist. Dies folgt daraus, dass die § 127 Abs. 2a Satz 1 SGB V nur auf „Verträge nach Absatz 2 Satz 1“, nicht aber auch auf Verträge nach § 127 Abs. 1 SGB V verweist.

c) Der nach § 2 Nr. 3 VGV maßgebliche Schwellenwert ist nach dem unbestritten gebliebenen Vortrag der ASt überschritten.

d) Die ASt ist gemäß § 107 Abs. 2 GWB antragsbefugt. Zur Bejahung der Antragsbefugnis genügt die nicht ganz fernliegende Möglichkeit eines drohenden Schadens, die bereits bei einer Verschlechterung der Zuschlagschancen besteht (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 29.9.2004 – 1 Verg 6/04). Die ASt sieht sich aufgrund des von ihr beanstandeten Verstoßes gegen Vergaberecht außer Stande, ein Angebot abzugeben. In einem solchen Fall ist ein Bieter nicht gehalten, allein für die Zwecke des Nachprüfungsverfahrens ein (hypothetisches) Angebot abzugeben. Sein Interesse an dem Auftrag äußert sich dann hinreichend in seiner vorpro-

zessualen Rüge und dem anschließenden Nachprüfungsantrag (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Februar 2004, Rs. C-230/02, Grossmann Air Service, Bedarfsluftfahrtunternehmen GmbH & Co. KG / Republik Österreich; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 1. August 2005, VII - Verg 41/05 und vom 8. September 2004, Verg VII-38/04). Die ASt hat ihr Interesse an dem Auftrag hinreichend dokumentiert. Sie hat in der mündlichen Verhandlung erklärt, bereit und in der Lage zu sein, bundesweit alle relevanten Produktgruppen zu bedienen.

Die Antragsbefugnis wird auch nicht - wie insbesondere die Beigeladene zu 10) meint - dadurch in Frage gestellt, dass Rahmenverträge über die Lieferung von Hilfsmitteln, welche die ASt bereits mit anderen Krankenkassen abgeschlossen hat, möglicherweise gekündigt worden sind bzw. gekündigt werden sollen. Abgesehen davon, dass nach dem Vortrag der ASt in der mündlichen Verhandlung die Zulässigkeit der Kündigung Gegenstand gerichtlicher Überprüfung sein wird, würde eine solche Kündigung nicht zwangsläufig den Ausschluss der ASt im Rahmen einer Ausschreibung der Ag wegen Unzuverlässigkeit nach sich ziehen.

Darüber hinaus hat die ASt hinreichend dargelegt, dass ihr aufgrund des behaupteten Vergaberechtsverstoßes ein Schaden zu entstehen droht (§ 97 Abs. 7 GWB). Dass die ASt die Möglichkeit hätte, gemäß § 127 Abs. 2a SGB V einem anderen Vertrag beizutreten, steht dem nicht entgegen. Sind Verträge über die Lieferung von Hilfsmitteln öffentlich auszuschreiben, ist für einen Beitritt nach § 127 Abs. 2a SGB V kein Raum. Dies ergibt sich unmittelbar aus der Vorschrift des § 127 Abs. 2a SGB V, die den Beitritt nur zu „Verträgen nach Absatz 1 Satz 1“ zulässt, nicht dagegen zu Verträgen nach § 127 Abs. 1 SGB V.

f) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße innerhalb der Frist von 15 Tagen nach der Mitteilung vom 29.9.2009 und damit rechtzeitig gemäß § 107 Abs. 3 GWB gerügt.

2. Der Antrag ist auch begründet.

Indem die Ag es unterlassen haben, den Abschluss von Lieferaufträgen öffentlich auszuschreiben, haben sie gegen die bieterschützende Vorschrift des § 97 Abs. 1 und 7 GWB verstoßen.

Soweit Verträge mit den Beigeladenen abgeschlossen worden sind, sind diese gemäß § 101 b Abs. 1 Nr. 2 GWB von Anfang an unwirksam. Die Verträge wurden ohne Durchführung eines Vergabeverfahrens abgeschlossen, obwohl die Ag hierzu verpflichtet gewesen wären. Dieser Verstoß war auch nicht durch ein Gesetz gestattet. Als ein den Verstoß gestattendes Gesetz kämen allenfalls die Vorschriften des § 127 Abs. 1 und Abs. 2 SGB V in Betracht. Voraussetzung dafür wäre allerdings, dass die §§ 127 Abs. 1 und 2 SGB V ihrerseits mit höherrangigem Recht vereinbar wären. Dies ist jedoch bei öffentlichen Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte des § 2 VGV nicht der Fall.

III.

1. Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 1 Satz 1 und 2 GWB i.V.m. VerwKostG sowie § 128 Abs. 3 Satz 1 GWB.

Die Ag sowie die Beigeladenen zu 10 und 63) haben die Kosten des Verfahrens im Umfang ihres Unterliegens zu tragen.

Die Kostenbeteiligung der Beigeladenen zu 10 und 63) beruht auf einer entsprechenden Anwendung der §§ 154 Abs. 3, 162 Abs. 3 VwGO, weil die ASt mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt einen Interessengegensatz zu den Beigeladenen begründet und die Beigeladenen zu 10 und 63) - im Gegensatz zu den übrigen Beigeladenen - das Verfahren durch Schriftsätze und ihre Beteiligung an der mündlichen Verhandlung wesentlich gefördert und darüber hinaus Sachanträge gestellt haben (vgl. hierzu Beschlüsse des OLG Düsseldorf vom 5. August 2005 – Verg 31/05; vom 23. November 2004 – VII Verg 69/04; vom 17. Mai 2004 - Verg 12/03; vom 29. April 2003 - Verg 47/02). Im Gegensatz zu den übrigen Beigeladenen haben die Beigeladenen zu 10 und 63) ein Prozessrechtsverhältnis zur ASt begründet und sind im Verhältnis zu ihr als unterliegende Partei anzusehen. Die Kostenquoten tragen dem Umstand Rechnung, dass die Beigeladenen zu 10 und 63) jeweils nur für einige der Produktgruppen Rahmenverträge abgeschlossen haben und sich der Interessengegensatz zu der ASt nur auf diese Produktgruppen bezieht. Nach § 128 Abs. 3 Satz 2 GWB haften mehrere Kostenschuldner als Gesamtschuldner.

2. Die Ag sowie die Beigeladenen zu 10 und 63) haben gemäß § 128 Abs. 4 Satz 1 GWB die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der ASt zu tragen. Die Quotelung entspricht der vorstehend unter 1. Genannten. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die ASt war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeit 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 Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Zweigertstraße 54, 45130 Essen, 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 unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

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