

Gericht: OLG Düsseldorf Vergabesenat
Entscheidungsdatum: 18.08.2021
Aktenzeichen: Verg 52/20
ECLI: ECLI:DE:OLGD:2021:0818.VERG52.20.00
Dokumenttyp: Beschluss
Quelle: 

Zitiervorschlag: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. August 2021 - Verg 52/20 - , juris

Diese Entscheidung wird zitiert

Praxisreporte

Wolfgang E. Trautner, jurisPR-VergR 5/2022 Anm. 3 (Anmerkung)

Literaturnachweise

Wolfgang E. Trautner, jurisPR-VergR 5/2022 Anm. 3 (Anmerkung)

Tenor

1. Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 24. November 2020 (VK 2-81/20) wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragstellerin auf erweiterte Akteneinsicht wird abgelehnt.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens trägt die Antragstellerin.
4. Der Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren wird festgesetzt auf EUR

Gründe

I.

- 1 Die Antragsgegnerin schloss am 6. August 2020 mit der Beigeladenen ohne Durchführung eines EU-weiten Vergabeverfahrens einen Rabattvertrag über das Arzneimittel Y. mit dem patentgeschützten Wirkstoff S.. Die Beigeladene ist Herstellerin des Medikaments und exklusive Nutzerin des zugehörigen Patentrechts.
- 2 Gegenstand des Vertrags ist die Vereinbarung von Rabatten gemäß § 130a Abs. 8 SGB V auf Arzneimittel mit dem Wirkstoff S., die von der Beigeladenen vertrieben und zulässt der Antragsgegnerin verordnet werden (§ 1 Ziff. 1 des Rabattvertrags). Vom Anwendungsbereich ausgenommen sind die durch Importeure nach Deutschland eingeführten Arzneimittel (§ 1 Ziff. 4 des Rabattvertrags).
- 3 Unter den sonstigen Bestimmungen heißt es in § 8 des Rabattvertrags:
- 4 "Die vorliegende Vereinbarung beinhaltet keine Exklusivitätsabrede. Die Vertragspartner sind daher nicht gehindert, weitere Verträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V bzw. § 130c Abs. 1 SGB V über vertragsgegenständliche oder wirkstoffgleiche Arzneimittel mit anderen Krankenkassen oder pharmazeutischen Unternehmen abzuschließen. [...]"

- 5 Die Antragstellerin, die das Medikament als Parallelimporteurin in der Bundesrepublik Deutschland anbietet, erfuhr im September 2020 aus der Lauer-Taxe von dem Vertragschluss. Sie rügte diesen mit Schreiben vom 8. September 2020 als vergaberechtswidrige De-facto-Vergabe.
- 6 Am 10. September 2020 äußerte die Antragsgegnerin zunächst telefonisch und später per E-Mail die Bereitschaft, mit der Antragstellerin einen Rabattvertrag zu gleichen Bedingungen zu schließen wie mit der Beigeladenen. Als Preisanker für die Bestimmung der Gleichwirtschaftlichkeit zog sie den mit ihrer langjährigen Vertragspartnerin vereinbarten Preis für das Produkt M. heran und nannte einen Rabatt von 25 % als wirtschaftliche Zielstellung. Die Antragstellerin lehnte die Bedingungen mit E-Mail vom 14. September 2020 als nicht nachvollziehbar ab und hielt ihre Rüge aufrecht.
- 7 Die Antragstellerin hat bei der Vergabekammer einen Nachprüfungsantrag gestellt und ihr Rügevorbringen wiederholt.
- 8 Die Antragstellerin hat beantragt,
- 9 festzustellen, dass sie, die Antragstellerin, durch die direkte Beauftragung der Beigeladenen mit der Gewährung von Rabatten bezüglich des Arzneimittels Y. mit dem Wirkstoff S. ohne Durchführung eines EU-weiten wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. ohne Zulassung von Unternehmen im Wege eines sogenannten Open-House-Modells in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist und festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Rabattvertrag unwirksam gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist, und die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Auftrag nach den Vorschriften des GWB auszuschreiben.
- 10 Die Antragsgegnerin und die mit Beschluss der Vergabekammer vom 30. September 2020 zum Verfahren hinzugezogene Beigeladene haben jeweils beantragt,
- 11 den Nachprüfungsantrag zu verwerfen.
- 12 Der Nachprüfungsantrag sei unzulässig, weil die Antragsgegnerin keinen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 155 GWB erteilt habe und das Nachprüfungsverfahren vor den Vergabekammern nicht eröffnet sei.
- 13 Die Vergabekammer hat mit Beschluss vom 24. November 2020 (VK 2-81/20) den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Dieser sei zwar zulässig, weil es sich bei dem zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Rabattvertrag um eine Rahmenvereinbarung im Sinne von § 103 Abs. 5 GWB handele, die nach den für die Vergabe öffentlicher Aufträge geltenden Bedingungen zu vergeben sei. Der Nachprüfungsantrag sei jedoch unbegründet, weil es der Antragstellerin im Hinblick auf das Angebot der Antragsgegnerin, mit dieser einen inhaltsgleichen Rabattvertrag abzuschließen, an einem Schaden im Sinne des § 168 Abs. 1 GWB fehle.
- 14 Gegen diese Entscheidung hat die Antragstellerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Sie wiederholt und vertieft ihr Vorbringen in erster Instanz und macht zusätzlich geltend, dass zur Feststellung der Unwirksamkeit des geschlossenen Vertrags der Nachweis eines konkreten Schadens nicht erforderlich sei.
- 15 Die Antragstellerin beantragt,

- 16 1. den Beschluss der Vergabekammer aufzuheben,
- 17 2. festzustellen, dass sie, die Antragstellerin, durch die direkte Beauftragung der Beigeladenen mit der Gewährung von Rabatten bezüglich des Arzneimittels Y. mit dem Wirkstoff S. ohne Durchführung eines EU-weiten wettbewerblichen Vergabeverfahrens bzw. ohne Zulassung von Unternehmen im Wege eines sogenannten Open-House-Modells in ihren Rechten aus § 97 Abs. 6 GWB verletzt ist,
- 18 3. festzustellen, dass der zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossene Rabattvertrag unwirksam gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB ist, und die Antragsgegnerin zu verpflichten, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht den Auftrag nach den Vorschriften des GWB auszuschreiben, sowie
- 19 4. ihr, der Antragstellerin, Einsicht in den gesamten Rabattvertrag zu gewähren.
- 20 Die Antragsgegnerin und die Beigeladene beantragen jeweils,
- 21 die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.
- 22 Die Antragsgegnerin beantragt weiter,
- 23 den Antrag auf erweiterte Akteneinsicht abzulehnen.
- 24 Sie verteidigen die Entscheidung der Vergabekammer.
- 25 Der Antragsgegnerin wurde in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat die Möglichkeit eingeräumt, bis zum 25. Juni 2021 die Unterlagen zur Vergabedokumentation zur Gerichtsakte zu reichen. Von dieser Möglichkeit hat sie mit Schriftsatz vom 25. Juni 2021 (Bl. 203 ff. d.GA.) Gebrauch gemacht.

II.

- 26 Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin ist unbegründet, weil der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zwar statthaft (unten 1), jedoch unzulässig ist (unten 2.). Die Antragstellerin hat ihr Interesse an dem Abschluss des verfahrensgegenständlichen Rabattvertrags nicht plausibel dargetan.
- 27 1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist statthaft. Eine rechtliche Überprüfung des in Rede stehenden Vertragsschlusses durch die Vergabekammer (§§ 160 ff. GWB) und den erkennenden Vergabesenat (§§ 171 ff. GWB) ist eröffnet. Die Vergabenachprüfungsinstanzen sind gemäß § 135 Abs. 1 Nr. 2 GWB für die Überprüfung der Vergabe öffentlicher Aufträge zuständig, die von einem öffentlichen Auftraggeber ohne vorausgehendes förmliches Vergabeverfahren vergeben werden. Dies gilt gemäß § 69 Abs. 3 SGB V auch für öffentliche Aufträge nach dem SGB V. Ein Nachprüfungsverfahren gemäß §§ 155 ff. GWB ist indes nur dann statthaft, wenn es sich um einen nachprüfbaren Vergabevorgang handelt, mithin ein öffentlicher Auftrag im Sinne von § 103 Abs. 1 bis 4 GWB oder eine Rahmenvereinbarung (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 57/11 - juris, Rn. 49 ff.; Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 6. Auflage 2021, § 115 GWB Rn. 10 unter Verweis auf BT-Drucks. 18/6281, S. 92) vergeben wird, mit deren Abschluss die Bedingungen für öffentliche Aufträge im Sinne von § 103 Abs. 1 bis 4 GWB festgelegt werden.

- 28 Eine solche Rahmenvereinbarung wurde hier geschlossen.
- 29 a. Bei den Einzelabrufen, deren Bedingungen von dem zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Rabattvertrag festgelegt werden, handelt es sich um öffentliche Aufträge. Die Antragsgegnerin, die als gesetzliche Krankenkasse öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 99 Nr. 2 lit. a) GWB ist, beschafft von der Beigeladenen Arzneimittel für ihre Versicherten. Der jeweilige Vertrag ist entgeltlich, weil die Antragsgegnerin einen (um den Rabatt reduzierten) Kaufpreis zahlt. Im Gegenzug werden die Rabattarzneimittel bei der Ersetzung wirkstoffgleicher Arzneimittel gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V bevorzugt.
- 30 b. Es fehlt auch nicht an der für einen öffentlichen Auftrag konstitutiven Auswahlentscheidung.
- 31 Die Annahme eines öffentlichen Auftrags hängt von einer weiteren in § 103 Abs. 1 GWB nicht ausdrücklich genannten Voraussetzung ab. Der öffentliche Auftraggeber muss die Absicht haben, eine Auswahl unter den zulässigen Angeboten zu treffen, mithin einen Anbieter auszuwählen, an den ein Auftrag mit Ausschließlichkeit vergeben werden soll (EuGH, Urteile vom 2. Juni 2016, C-410/14, Rz. 38 f. - Dr. Falk Pharma GmbH; und vom 1. März 2018, C-9/17 Rz. 35 - Tirkkonen; Senatsbeschlüsse vom 20. März 2019, VII-Verg 65/18 - juris). Es müssen zulässige Angebote miteinander verglichen und geordnet werden, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln (EuGH, Urteil vom 01.03.2018, C-9/17 Rz. 35, 39 - Tirkkonen). An einer solchen Auswahlentscheidung fehlt es bei einem Vertragssystem, mittels dessen ein öffentlicher Auftraggeber Waren auf dem Markt erwerben will, bei dem der öffentliche Auftraggeber während der gesamten Laufzeit des Systems mit den Unternehmen einen Vertrag schließt, die sich verpflichten, die betreffenden Waren zu im Vorhinein festgelegten Bedingungen zu liefern, ohne eine Auswahl unter den interessierten Unternehmen vorzunehmen und der Beitritt während der gesamten Laufzeit des Systems gestattet ist (EuGH, Urteil vom 2. Juni 2016, C-410/14, Rz. 42 - Dr. Falk Pharma GmbH; Senatsbeschluss vom 31. Oktober 2018, VII-Verg 37/18 - juris, Rn. 51 ff.). Kann jedes geeignete Unternehmen ohne Probleme einen Vertrag mit dem Auftraggeber schließen, fehlt es an einer Auswahl des Auftraggebers mit den damit verbundenen Problemen der Diskriminierung unter den Bietern, der das Vergaberecht entgegen treten will. Ist ein Vertragsschluss jederzeit rechtlich und tatsächlich möglich, entfällt ein Wettbewerbsvorteil für ein Unternehmen, es findet kein Wettbewerb statt (Senatsbeschluss vom 11. Januar 2012, VII-Verg 57/11 - juris, Rn. 57).
- 32 aa. Nach diesen Maßstäben hatte die Antragsgegnerin in dem hier maßgeblichen Zeitpunkt bei Einleitung des Vergabeverfahrens die Absicht, eine Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen zu treffen und exklusiv mit ihr die Rahmenvereinbarung zu schließen. Ein die Anwendung des Vergaberechts ausschließendes offenes Vertragssystem liegt hier nicht vor.
- 33 (1) Bereits aus der Vergabedokumentation der Antragsgegnerin (Anlage BG 4), die die Antragsgegnerin innerhalb der in der mündlichen Verhandlung gesetzten Frist zur Akte gereicht hat, ergibt sich, dass eine Ausschreibung oder öffentliche Bekanntmachung des Rabattvertrags verworfen wurde, weil Arzneimittelimporteure "eine Vergleichbarkeit mit M. [...] nicht bieten" könnten und "in der Vergangenheit nie ein [Parallelimporteur] bei einem 2-stelligen Rabattsatz gezeichnet" habe. Zwar sollte eine "jederzeitige Zeichnungsmöglichkeit" für Parallelimporteure bestehen. Tatsächlich stand ein Vertrags-

schluss jedoch nicht jedem geeigneten Bieterunternehmen offen. Die Antragsgegnerin hat weder ein Zulassungsverfahren etabliert, noch den Vertragsschluss mit der Beigeladenen selbst und die Möglichkeit des Beitritts kommuniziert. Es fehlt schon an der nach außen sichtbaren Äußerung eines solchen Willens, etwa durch eine übliche Bekanntmachung der Vertragsabsicht, vergleichbar den Anforderungen in § 127 Abs. 1 S. 5 SGB V, die sicherstellt, dass sämtliche geeignete Bieterunternehmen von der Vertragsschlussbereitschaft der Antragsgegnerin Kenntnis erlangen könnten. Die Antragsgegnerin hat auch sonst keine Initiative ergriffen, damit andere pharmazeutische Unternehmen dem Rabattvertrag beitreten bzw. einen wirtschaftlich gleichwertigen Vertrag schließen können. Eine abstrakte Bereitschaft, mit Importeuren Rabattverträge abzuschließen, wie sie in § 1 Abs. 4 der Rahmenvereinbarung zum Ausdruck kommen mag (so die Antragsgegnerin im Ss. v. 16. Februar 2021, S. 7, Bl. 77 d.GA.), reicht hierfür nicht aus. Unzureichend ist ebenfalls die erfolgte Bekanntmachung in der Lauer-Taxe. Diese Bekanntmachung richtete sich nicht an potentielle Bieterunternehmen, sondern an die Apotheken, damit diese von der Rabattvereinbarung Kenntnis erlangen und die rabattierten Arzneimittel abgeben. Wie der Vertreter der Antragsgegnerin in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat erläutert hat, ist die Antragsgegnerin gegenüber der Beigeladenen vertraglich zur Bekanntmachung verpflichtet, "damit die Rahmenvereinbarung gelebt werden kann", das heißt um der Rahmenvereinbarung zu größtmöglicher Wirksamkeit zu verhelfen. Um die Bekanntgabe einer Vertragsabschlussbereitschaft gegenüber pharmazeutischen Unternehmen ging es der Antragsgegnerin dabei nicht.

- 34 (2) Nichts anderes ergibt sich aus § 8 des mit der Beigeladenen geschlossenen Rabattvertrags, wonach die "vorliegende Vereinbarung [...] keine Exklusivitätsvereinbarung [beinhaltet]". Entgegen dem Vertragswortlaut ist die Rahmenvereinbarung zur Beschaffung des Wirkstoffs S. exklusiv, weil allen anderen geeigneten und potentiellen Anbietern der jederzeitige Abschluss des Vertrags während der gesamten Laufzeit zu einheitlichen Vertragskonditionen und einem einheitlichen Vertragspreis nicht angeboten wurde.
- 35 (3) Soweit die Beigeladene vorträgt, die wirtschaftlichen Interessen der Antragsgegnerin sprächen eindeutig dafür, dass von Anfang an ein Open-House-Verfahren und kein wettbewerbliches Vergabeverfahren nach dem GWB beabsichtigt gewesen sei, weil die Antragsgegnerin nur in einem Open-House-Verfahren den Rabattsatz einseitig festlegen könne, hingegen in einem wettbewerblichen Verfahren das wirtschaftlichste Angebot be-zuschlagt werden müsste, ist diese Argumentation nicht zwingend. Abgesehen davon, dass dem erkennenden Senat aus einer Vielzahl von Vergabeverfahren bekannt ist, dass Krankenkassen Rabattverträge auch in einem wettbewerblichen Verfahren nach dem GWB abschließen, mithin auch diese Vorgehensweise offenbar ihren wirtschaftlichen Interessen entspricht, besteht die vergaberechtskonforme Möglichkeit, einen Mindestrabattsatz durch Kalkulationsvorgaben festzulegen.
- 36 bb. Aus der aktuellen Rechtsprechung des Senats ergibt sich entgegen der Auffassung der Antragsgegnerin und der Beigeladenen nicht, dass die bloße Behauptung des öffentlichen Auftraggebers, jedem geeigneten Unternehmen sei der Vertragsschluss zu gleichen Konditionen möglich, den Rechtsschutz zu den Vergabenachprüfungsinstanzen entfallen lässt.
- 37 Der Senat hat für sogenannte Open-House-Verfahren und für Verfahren nach § 127 Abs. 2 SGB V entschieden, dass es für die Frage, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, in der Regel nicht darauf ankommt, ob ein Zulassungsverfahren zu einem Vertragssystem mit den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transpa-

renz vereinbar ist (Senatsbeschlüsse vom 20. März 2019, VII-Verg 65/18 - juris, Rn. 57, und vom 31. Oktober 2018, VII-Verg 37/18). Ein hinter den Anforderungen der Nicht-diskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transparenz zurückbleibendes Verfahren wandelt sich nicht zu einem vergaberechtlich relevanten Vorgang. Allerdings ist die Prüfung, ob den Grundsätzen der Nichtdiskriminierung, der Gleichbehandlung und der Transparenz genügt ist, nur dann den Sozialgerichten vorbehalten, wenn die Beschaffung - anders als hier - ohne Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers im Rahmen eines Zulassungsverfahrens erfolgt. Hat der öffentliche Auftraggeber - so wie hier - kein Zulassungsverfahren etabliert, sondern eine Auswahlentscheidung zugunsten eines Unternehmens getroffen, und steht damit das Merkmal der Selektivität fest, ist die Eröffnung von Rechtsschutz vor den Vergabenachprüfungsinstanzen nicht zweifelhaft. Einer Überprüfung der verfahrensrechtlichen Ausgestaltung des nicht existenten Zulassungsverfahrens bedarf es von vornherein nicht.

- 38 2. Der statthafte Nachprüfungsantrag ist indes unzulässig. Die Antragstellerin hat zwar geltend gemacht, dass sie durch das vergaberechtswidrige Verhalten der Antragsgegnerin in ihren Rechten verletzt ist und ihr ein Schaden droht (unten a.). Sie hat allerdings kein für die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags gemäß § 160 Abs. 2 GWB zwingend erforderliches Interesse am Auftrag dargetan (unten b.).
- 39 a. Die Antragstellerin hat eine Rechtsverletzung und einen drohenden Schaden geltend gemacht.
- 40 An die Darlegung eines drohenden Schadens sind aus Gründen der Gewährung effektiven Rechtsschutzes keine strengen Anforderungen zu stellen. Es genügt, wenn die Aussichten des Antragstellers auf den Zuschlag zumindest verschlechtert sein können, mit hin ein Schadenseintritt durch die geltend gemachte Rechtsverletzung ursächlich und nicht offensichtlich ausgeschlossen ist (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, Rn. 24 ff.). Ein Schaden ist nur dann ausgeschlossen, wenn die Zuschlagschancen des Antragstellers durch die Zuschlagsentscheidung nicht geshmälert worden sind (Senatsbeschluss vom 12. Juni 2019, VII-Verg 8/19 - juris, Rn. 44 ff.).
- 41 So liegt der Fall hier nicht. Die Zuschlagschancen der Antragstellerin sind durch die vergaberechtswidrige Direktvergabe des Rabattvertrags an die Beigeladene nicht nur geshmälert, sondern sie sind ihr in dem hier zu beurteilenden Vergabeverfahren gänzlich genommen worden. Die Antragsgegnerin hat nach einer Auswahlentscheidung zugunsten der Beigeladenen ausschließlich dieser den Zuschlag erteilt. Dass sie der Antragstellerin anbietet, ihr den Zuschlag für einen vergleichbaren Rabattvertrag in einem anderen De-facto-Vergabeverfahren zu erteilen, ändert hieran nichts.
- 42 b. Der Nachprüfungsantrag ist aber deshalb unzulässig, weil die Antragstellerin ihr Interesse an dem Abschluss der Rahmenvereinbarung nicht plausibel dargetan hat.
- 43 Das für die Antragsbefugnis erforderliche Interesse am Auftrag wird in der Regel durch die Angebotsabgabe dokumentiert. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn angebotshindernde Vergaberechtsverstöße geltend gemacht werden. In diesem Fall wird das Interesse am Auftrag durch die Erhebung von Rügen und die Einleitung des Nachprüfungsverfahrens belegt (Senatsbeschlüsse vom 30. September 2020, VII-Verg 16/20, und vom 16. Oktober 2019, 66/18 - juris, Rn. 42; OLG München, Vergaberecht 2007, 799). Ist der Zuschlag ohne vorherige Durchführung eines geregelten Vergabeverfahrens direkt an ein Unternehmen vergeben worden, hat grundsätzlich jedes Unternehmen ein

Interesse an dem Auftrag, das sich am Vergabeverfahren hätte beteiligen können. Dazu reicht es in der Regel aus, wenn das Unternehmen zu der in Betracht kommenden Branche gehört und damit generell dafür eingerichtet ist, Aufträge dieser Art auszuführen (Senatsbeschluss vom 30. September 2020, VII-Verg 16/20; Hofmann in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 160 Rn. 21; Dicks in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, § 160 Rn. 15). Auf der anderen Seite geht es bei dem vom Gesetz verlangten Interesse am Auftrag nicht um eine bloß erklärte Interessenbekundung, sondern um ein objektiv feststellbares wirtschaftliches Interesse des antragstellenden Unternehmens gerade an dem konkreten Auftrag (Senatsbeschluss vom 17. Juni 2020, VII-Verg 39/19; Jaeger in: Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht, 2. Aufl., § 160 GWB Rn. 15). Diese Anforderung ist geboten, um Vergabenachprüfungsverfahren, die Beschaffungen regelmäßig verzögern, nur denjenigen Unternehmen vorzubehalten, die tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse an dem konkreten Auftrag haben. Das Vergabenachprüfungsverfahren soll nicht Unternehmen eröffnet sein, denen es ausschließlich um eine objektive Rechtmäßigkeitskontrolle ohne eigenes Interesse an dem konkreten Auftrag geht. Aus diesem Grund ist das Interesse am Auftrag zu plausibilisieren, wenn ernstliche Zweifel bestehen, dass der Antragsteller tatsächlich ein wirtschaftliches Interesse an dem konkreten Auftrag hat.

- 44 Dies zugrunde gelegt, lässt sich für die Antragstellerin das notwendige Interesse am Auftrag nicht feststellen. Sie ist als Parallelimporteurin des Medikaments Y. zwar generell dafür eingerichtet, Rabattverträge der hier in Rede stehenden Art abzuschließen. Der Senat hat jedoch gleichwohl ernstliche Zweifel am Auftragsinteresse der Antragstellerin. Ursächlich hierfür ist die Beteiligung der Antragstellerin an anderen Beschaffungsverfahren bezüglich des verfahrensgegenständlichen Medikaments in der jüngeren Vergangenheit. Die Antragstellerin hat sich im Jahr 2021 bisher an keinem der Open-House-Verfahren zum Abschluss von Arzneimittel-Rabattvereinbarungen über den Wirkstoff S. beteiligt. Nach dem unwidersprochenen Vortrag der Antragsgegnerin und der Beigeladenen haben im Jahr 2021 bislang drei Krankenkassen - die H. (als Repräsentant von 29 Betriebskrankenkassen), die B. und die T. (als Vertreterin von über 50 Betriebskrankenkassen) - Open-House-Verfahren zum Abschluss von Arzneimittelvereinbarungen über den Wirkstoff S. durchgeführt. Die Antragstellerin hat sich weder an diesen noch an dem von der U. im Herbst 2020 eingeleiteten Verfahren beteiligt, selbst nachdem die Rabattsätze im Verlauf dieses Verfahrens von einem zunächst zweistelligen Prozentsatz auf einen mittleren einstelligen Prozentsatz abgesenkt wurden und damit ganz erheblich unterhalb der Rabattsätze aus der streitgegenständlichen Rahmenvereinbarung lagen.
- 45 Für dieses Verhalten hat die Antragstellerin keine plausible Begründung geben können.
- 46 Auf Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin nach Rücksprache mit einem Vorstandsmitglied der Antragstellerin lediglich vorgetragen, dass sich "die Antragstellerin im Jahr 2020 an Open-House-Verfahren zur Beschaffung des Wirkstoffs S. beteiligt und Verträge geschlossen" und "sich im Jahr 2021 aus geschäftspolitischen Erwägungen damit zurückgehalten" habe. Diese Erklärung überzeugt nicht. Der unspezifische Verweis auf "geschäftspolitische Erwägungen" ist substanzlos. Unklar ist auch, aus welchen Gründen diese Erwägungen ausgerechnet bei dem hier verfahrensgegenständlichen Rabattvertrag nicht greifen und hier ein Auftragsinteresse bestehen soll. Soweit die Antragstellerin auf ihre Teilnahme an zwei Open-House-Verfahren der L. bzw. der J. im Jahr 2020 verweist, kann sie hiermit ein Interesse an dem Auftrag schon deshalb nicht begründen, weil sie ihre Geschäftspo-

litik offenbar mittlerweile geändert hat. Darüber hinaus ist die Antragstellerin in den beiden Open-House-Verfahren mit einer deutlich geringeren Rabattforderung im einstelligen Prozentbereich und nur mit einzelnen Packungsgrößen beigetreten. Sie rabattiert insbesondere nicht die umsatzstarken N3-Packungen der 15mg- und 20mg-Dosierung, während sie bei Abschluss des hier verfahrensgegenständlichen Rabattvertrags sämtliche Packungs- und Dosiergrößen anbieten müsste.

- 47 Die nicht nachgelassenen Schriftsätze der Antragstellerin vom 25. und vom 30. Juni sowie vom 14. Juli 2021, die keinen neuen Sachvortrag zu ihrem Interesse am Auftrag enthalten, geben dem Senat keine Veranlassung zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung entsprechend § 156 ZPO. Soweit die Beigeladene nach Schluss der mündlichen Verhandlung vor dem Senat in ihrem nicht nachgelassenen Schriftsatz vom 9. Juli 2021 neue Tatsachen vorgetragen hat, die das fehlende Interesse der Antragstellerin am Auftrag belegen sollen, hat der Senat dieses Vorbringen entsprechend § 296a ZPO nicht berücksichtigt.

III.

- 48 Der Antrag der Antragstellerin auf Einsicht in sämtliche Bestandteile des zwischen der Antragsgegnerin und der Beigeladenen geschlossenen Rabattvertrags war abzulehnen. Ein Anspruch auf Akteneinsicht nach § 175 Abs. 2 i.V.m. § 165 Abs. 1 GWB besteht nicht.
- 49 Das Akteneinsichtsrecht gemäß § 165 Abs. 1 GWB besteht nach ständiger Rechtsprechung des Senats nur in dem Umfang, wie es zur Durchsetzung der subjektiven Rechte des betreffenden Verfahrensbeteiligten erforderlich ist (vgl. zuletzt Senatsbeschluss vom 29. März 2021, VII-Verg 9/21; Behrens in Müller-Wrede, GWB Vergaberecht Kommentar, 2016, § 165 Rn. 19). Der Anspruch auf Akteneinsicht im Nachprüfungsverfahren hat eine rein dienende, zum zulässigen Verfahrensgegenstand akzessorische Funktion und besteht dann nicht, wenn der Nachprüfungsantrag zweifelsfrei unzulässig ist (KG, Beschluss vom 13. September 2012, Verg 4/12; Reidt in Reidt/Stickler/Glas, Vergaberecht, 4. Auflage 2018, § 165 GWB Rn. 14).
- 50 So liegt der Fall hier. Es ist im Hinblick auf die Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags ausgeschlossen, dass die Kenntnis der geschwärzten Vertragsbestandteile zur Durchsetzung der Rechte der Antragstellerin im Vergabenachprüfungsverfahren erforderlich ist.

IV.

- 51 Die Kostenentscheidung beruht auf § 175 Abs. 2 i.V.m. § 71 GWB. Es entspricht der Bilanziertheit, dass die Antragstellerin die durch ihr unbegründetes Rechtsmittel verursachten Kosten trägt, einschließlich der Kosten der Beigeladenen, die sich aktiv am Verfahren beteiligt hat.
- 52 Die Wertfestsetzung für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 50 Abs. 2 GKG. Demnach beträgt der Gegenstandswert im vergaberechtlichen Beschwerdeverfahren 5 % der Bruttoauftragssumme, wobei grundsätzlich die Bruttoangebotssumme des begehrenden Bieterunternehmens maßgeblich ist. Liegt - wie hier - ein solches Angebot nicht vor, ist auf den objektiven Wert des Auftrags, dessen Vergabe beabsichtigt ist, abzustellen (Senatsbeschluss vom 17. Mai 2016, VII-Verg 12/16). Hierfür bietet insbesondere die Schätzung des Auftraggebers einen hinreichenden Anhaltspunkt (Senatsbeschlüsse vom 17. Juni 2021, VII-Verg 1/20 und vom 11. Mai 2011, VII-Verg 1/11 - juris, Rn. 44; Fölsch in Schneider/Volpert/Fölsch, Gesamtes Kostenrecht, 2. Auflage 2017, § 50 Rn. 25).

Bei der Schätzung des Umsatzvolumens für den streitgegenständlichen Rabattvertrag war von einem Zeitraum von zwei Jahren und sechs Monaten auszugehen, weil der Patentschutz der Beigeladenen voraussichtlich im Jahr 2023 endet. Der jährliche Gesamtumsatz aller pharmazeutischen Unternehmen mit der Antragsgegnerin mit Arzneimitteln mit dem Wirkstoff S. auf Basis des Abgabepreises des pharmazeutischen Unternehmens beträgt EUR ..., wovon entsprechend dem Marktanteil der Antragstellerin von 26,7 % auf die Antragstellerin ein jährlicher Gesamtumsatz von EUR ... entfällt. Dieser Betrag ist entsprechend des durchschnittlichen Rabatts von 25 % zu reduzieren. Hinzuzurechnen ist die gesetzliche Umsatzsteuer, die in der zweiten Jahreshälfte 2020 16 % und seither 19 % betrug und voraussichtlich bis zum Ende des Vertragszeitraums 19 % betragen wird.