



B e s c h l u s s

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

XXX

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

XXX

g e g e n

XXX

- Antragsgegnerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

XXX

wegen Abschluss einer Kooperationsvereinbarung zur Herstellung und Lieferung von Zytostatika

hat die 1. Beschlussabteilung der Vergabekammer des Landes Berlin durch den Vorsitzenden XXX, den hauptamtlichen Beisitzer XXX und die ehrenamtliche Beisitzerin XXX am 09.02.2009 beschlossen:

1. Der Antrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten (Gebühren und Auslagen) des Verfahrens.
3. Die Gebühren werden auf 2.950,-- € festgesetzt.
4. Die Antragstellerin hat der Antragsgegnerin die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung und –vertretung notwendigen Aufwendungen zu erstatten.
5. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin wird für notwendig erklärt.

Gründe

I.

Die Antragsgegnerin ist ein in der Rechtsform der Körperschaft des öffentlichen Rechts betriebenes Krankenhaus. Sie betreibt gemäß § 14 Apothekengesetz (ApoG) eine Krankenhausapotheke, die im Wesentlichen für die Versorgung der stationären Patienten der Antragsgegnerin mit Medikamenten zuständig ist. Auf dem Gelände der Antragsgegnerin werden zudem medizinische Versorgungszentren (MVZ) zur ambulanten Versorgung von Patienten in der Rechtsform einer GmbH betrieben, deren Alleingeschäftspartnerin die Antragsgegnerin ist. Die Antragstellerin betreibt eine öffentliche Apotheke.

In den MVZ werden unter anderem onkologische Therapien durchgeführt, für die neben Fertigarzneimitteln auch Zytostatika benötigt werden. Bei Zytostatika handelt es sich um Arzneimittel, die nicht als Fertigarzneimittel gebrauchsfertig vorliegen. Es sind vielmehr komplexe pharmazeutische Dienstleistungen in speziellen Laboratorien erforderlich, um eine gebrauchsfertige, patientenindividuelle, sterile und applikationsfertige Zytostatikallösung herzustellen. Aus diesem Grund sind bundesweit auch nur ca. 300 Apotheken zur Herstellung von Zytostatika berechtigt.

Angeregt durch einen Vorschlag des Inhabers der Antragstellerin prüfte die Antragsgegnerin Möglichkeiten zu einer Kooperation ihrer Krankenhausapotheke mit öffentlichen Apotheken im Rahmen des § 11 Abs. 3 ApoG. Mit E-Mail vom 12.08.2008 sprach die Antragsgegnerin die Antragstellerin sowie vier weitere öffentliche Apotheken wegen einer möglichen Kooperation im Bereich der Herstellung von Zytostatika an. In der Anlage zu dieser E-Mail fügte die Antragsgegnerin eine Zusammenfassung ihrer Vorstellungen bezüglich der angedachten Kooperation bei. Die angeschriebenen Apotheken wurden gebeten, ihre Bedingungen für eine Kooperation der Antragsgegnerin bis zum 25.08.2008 mitzuteilen. Alle Apotheken übergaben der Antragsgegnerin daraufhin vor dem 25.08.2008 schriftliche

Ausarbeitungen ihrer Vorschläge. In einer auf den 28.08.2008 datierten Tabelle stellte die Antragsgegnerin die verschiedenen Kooperationsmodelle einander gegenüber. Die Inhaber der XXX Apotheke sowie einer weiteren Apotheke wurden daraufhin von der Antragsgegnerin zu einem Gespräch am 09.10.2008 eingeladen. Aufgrund dieses Gesprächs entschied die Antragsgegnerin, in konkrete Verhandlungen mit der XXX Apotheke einzutreten. Den anderen vier Apotheken einschließlich der Antragstellerin wurde mit Schreiben der Antragsgegnerin vom 22.10.2008 mitgeteilt, dass sie zunächst nicht für eine Kooperation ausgewählt worden seien.

Die Antragstellerin schrieb der Antragsgegnerin mit Datum vom 04.11.2008 unter anderem, dass sie sich mit dem Inhalt, insbesondere mit dem Ergebnis, des Schreibens der Antragsgegnerin vom 22.10.2008 nicht einverstanden erklären könne. Das beschriebene Auswahlverfahren entspreche nicht den gesetzlichen Anforderungen an eine ordnungsgemäße Vergabe. Die Antragsgegnerin reagierte auf das Schreiben der Antragstellerin nicht.

Mit Schriftsatz vom 01.12.2008, bei der Vergabekammer am 02.12.2008 eingegangen, hat die Antragstellerin einen Nachprüfungsantrag gestellt. Die Vergabekammer hat den Antrag der Antragsgegnerin am 04.12.2008 zugestellt.

Die Antragstellerin trägt vor, die Bestellung der Zytostatika erfolge gemäß § 11 Abs. 2 und 3 ApoG direkt durch den Arzt, das Krankenhaus oder das MVZ gegenüber der Apotheke. Bei Zytostatika dürfe der Arzt das Medikament gemäß § 11 Abs. 2 ApoG auch direkt bei der Apotheke bestellen. Nach dem verfahrensgegenständlichen Modell der Antragsgegnerin sei vorgesehen, dass deren MVZ Zytostatika bei einer öffentlichen Apotheke unter der Auflage bestellen, dass diese wiederum die Herstellung der Zytostatika bei der Apotheke der Antragsgegnerin in Auftrag gebe. Die Apotheke der Antragsgegnerin sei in der Lage, ihre gegenüber öffentlichen Apotheken günstigeren Einkaufspreise zu nutzen, bei der Abgabe an die öffentliche Apotheke aber einen höheren Abgabepreis zu berechnen.

Die Antragstellerin ist der Ansicht, der Nachprüfungsantrag sei zulässig. Die Antragsgegnerin habe entgegen den vergaberechtlichen Vorschriften keine ordnungsgemäße Ausschreibung des angedachten Vertragsmodells vorgenommen. Der Anwendungsbereich des Vergaberechts sei eröffnet, da die Antragsgegnerin die Leistung einer öffentlichen Apotheke beschaffen wolle. Die Vertragspflicht der öffentlichen Apotheke bestehe in der Abnahme der Zytostatika von der Krankenhausapotheke, der Lieferung der Zytostatika an den behandelnden Arzt und der Abrechnung gegenüber der Kasse. Die öffentliche Apotheke erhalte für ihre Tätigkeit von der Antragsgegnerin eine Art „Handlings-Gebühr“. Es sei eine Parallele zur Gründung von Gesellschaften und anschließenden Beauftragung dieser Gesellschaften mit öffentlichen Aufträgen zu erkennen. Denn zunächst schließe die Antragsgegnerin eine Kooperationsvereinbarung, die für sich genommen noch vergaberechtsfrei wäre. In einem zweiten Schritt weise sie aber ihre MVZ an, die Zytostatika ausschließlich bei der als Vertragspartner ausgewählten Apotheke zu beschaffen. Ob die Antragsgegnerin rechtlich dazu in der Lage sei, die MVZ bzw. die dort tätigen Ärzte anzuweisen, könne dahingestellt bleiben, da bereits eine faktische Einflussnahme genüge. In einer Gesamtschau bedinge dies die Anwendbarkeit des Vergaberechts. Im Übrigen seien auch die Schwellenwerte überschritten, da der Vertrag ein Auftragsvolumen von über 1.000.000 € habe. Die Zytostati-

ka-Zubereitungen beliefen sich auf ca. 80.000 € für ein Jahr. Addiere man hierzu die Fertigarzneimittel als begleitende Arzneimittel, so ergebe sich eine Summe von über 1.000.000 € pro Jahr. Eine Rüge der Antragstellerin sei nicht erforderlich gewesen, da bei De-facto-Vergaben eine Rügepflicht nicht entstehe. Auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben sei die Antragstellerin nicht zu einer Rüge verpflichtet gewesen, da sich die Antragsgegnerin selbst treuwidrig verhalten habe, indem sie das von der Antragstellerin vorgeschlagene Geschäftsmodell eigenmächtig zur Verhandlung mit anderen Vertragspartnern genutzt habe. Die Antragstellerin habe die Missachtung vergaberechtlicher Vorschriften zudem mit Schreiben vom 04.11.2008 gerügt.

Der Nachprüfungsantrag sei auch begründet, da das „Self-made“-Verfahren der Antragsgegnerin einen Verstoß gegen den Wettbewerbsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot und den Transparenzgrundsatz darstelle und die Antragstellerin in ihren Rechten verletze.

Die Antragstellerin beantragt,

1. festzustellen, dass die von der Antragsgegnerin nach § 11 ApoG geschlossenen Kooperationsverträge betreffend Zytostatika gemäß § 13 S. 6 VgV nichtig sind, hilfsweise
2. die Antragsgegnerin zu verpflichten, eine Neubewertung der Angebote unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der Vergabekammer durchzuführen,
3. weiter hilfsweise die Ausschreibung aufzuheben und bei einem Fortbestand der Beschaffungsabsicht der Antragsgegnerin dieser aufzugeben, ein Ausschreibungsverfahren nach den Regelungen des Vergaberechts durchzuführen,
4. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären und
5. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung der Antragstellerin aufzuerlegen.

Die Antragsgegnerin beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag abzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin aufzuerlegen und
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei sowohl unzulässig als auch unbegründet. Nach den Ausführungen der Antragstellerin sei die Antragsgegnerin bereits nicht der richtige Adressat des Nachprüfungsantrags.

Zudem sei der Anwendungsbereich des Vergaberechts nicht eröffnet. Denn es liege kein öffentlicher Auftrag im Sinne des § 99 GWB vor. Die Antragsgegnerin decke keinen eigenen Bedarf, beschaffe also nicht. Sie sei vielmehr Anbieterin

einer Leistung. Vertragliche Hauptleistung des abzuschließenden Vertrages sei die Herstellung der Zytostatika durch die Krankenhausapotheke der Antragsgegnerin im Auftrag und auf Anforderung der öffentlichen Apotheke. Die von der Antragsgegnerin zu erbringenden Leistungen stellten allesamt keine Leistungen im Sinne des § 99 GWB dar. Die Abnahme der Zytostatika durch die Antragstellerin sei bloße Gegenleistungspflicht zur Herstellung. Der Käufer bzw. Besteller einer Sache sei neben der Bezahlung der Leistung zur Entgegennahme bzw. Abnahme verpflichtet. Daraus ergebe sich zwangsläufig, dass die Antragsgegnerin hier gerade nicht Nachfrager, sondern vielmehr Anbieter sei. Zudem sei auch die Lieferung der Zytostatika an den behandelnden Arzt durch die öffentliche Apotheke keine Leistung des Kooperationspartners der Antragsgegnerin gegenüber dieser. Denn die Antragsgegnerin könne gemäß § 11 Abs. 2 ApoG gar nicht bestimmen, ob eine direkte Lieferung erfolge. Auch die Abrechnung gegenüber der Krankenkasse sei keine Leistung gegenüber der Antragsgegnerin. Denn als Vertragspartner der Kassen sei ohnehin allein die öffentliche Apotheke berechtigt, die Leistungen abzurechnen. Zudem habe die Krankenhausapotheke der Antragsgegnerin im Bereich der Herstellung von Zytostatika für ambulante Patienten auch keine günstigeren Einkaufsbedingungen als öffentliche Apotheken.

Entgegen dem Vortrag der Antragstellerin sei die Abgabe von Arzneimitteln und Zytostatika zur ambulanten Versorgung an medizinische Versorgungszentren durch eine Krankenhausapotheke nach § 14 Abs. 7 ApoG rechtlich nicht gestattet und damit auch keineswegs der „Normalfall“. Vielmehr erfolge die ambulante Versorgung mit Zytostatika ausschließlich über die öffentlichen Apotheken, die diese Leistungen nach konkret festgelegten Preisen gemäß der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) mit den Krankenkassen abrechneten. Insoweit treffe auch die Behauptung der Antragstellerin nicht zu, die öffentlichen Apotheken rechneten auf der Grundlage der Kooperationsvereinbarung eine „teurere Herstellung“ gegenüber den Krankenkassen ab.

Darüber hinaus liege selbst bei Annahme einer Beschaffung durch die Antragsgegnerin keine Entgeltlichkeit im Sinne des § 99 GWB vor. Denn die öffentliche Apotheke erhalte keine Vergütung von der Antragsgegnerin, die Zytostatika würden vielmehr ausschließlich von den Krankenkassen bzw. von Privatpatienten bezahlt. Zudem werde durch die Kooperationsvereinbarung die freie Apothekenwahl der Patienten nicht eingeschränkt. Die Antragsgegnerin habe keinerlei Einfluss auf die Entscheidung der Patienten. Selbst nach der Regelung des § 11 Abs. 2 ApoG verbleibe die Entscheidung über die Apotheke beim Patienten, lediglich die Auslieferung des fertigen Medikaments werde durch die Abgabe direkt an den behandelnden Arzt abgekürzt. Hinzu komme, dass die Antragsgegnerin ausweislich der Gesellschaftsverträge zur Begründung der MVZ sowie der Arbeitsverträge zwischen MVZ und den dort angestellten Ärzten keinerlei Einfluss auf die Ärzte habe. Das Weisungsrecht des Arbeitgebers umfasse nicht die unmittelbare ärztliche Tätigkeit, so dass es allein in der Verantwortung der Ärzte liege, welche Medikamente sie verschrieben.

Auch die Bezugnahme auf das sozialrechtliche Dreiecksverhältnis sei vorliegend irreführend. Bei Rabattverträgen der Krankenkassen würden die Ärzte und Apotheker als deren Beauftragte handeln und durch die Krankenkassen vergütet. Die Krankenkassen kämen mit dem Abschluss der Rabattverträge ihrem gesetzlichen

Versorgungsauftrag nach, so dass eine Beschaffungstätigkeit vorliege. Dagegen decke die Antragsgegnerin mit der verfahrensgegenständlichen Kooperation gerade nicht einen eigenen Bedarf, da sie weder Versorgungsträgerin sei noch einen gesetzlichen Auftrag gegenüber den Versicherten zu erfüllen habe. Der Vertragsarzt der Krankenkassen handele hinsichtlich der Verordnung von Medikamenten als Vertreter der Kassen. Der Versicherte übermittele das im Kassenrezept verkörperte Vertragsangebot der Krankenkassen lediglich als Bote der Kasse an die Apotheke. Es komme daher lediglich ein Vertrag zwischen der jeweiligen Kasse und der jeweiligen Apotheke zustande. Die Antragsgegnerin sei in diesem Beziehungsgeflecht nach der verfahrensgegenständlichen Kooperationsvereinbarung quasi Subunternehmerin der öffentlichen Apotheke.

Der Nachprüfungsantrag sei auch mangels Erreichens der Schwellenwerte unzulässig. Die Zubereitung der Zytostatika umfasse ein jährliches Volumen von ca. 650.000 €. Dies sei aber keinesfalls der anzusetzende Auftragswert, da die von der Antragstellerin als Gegenleistung benannte „Handlings-Gebühr“ nach deren Angebot lediglich ca. 22.000 € pro Jahr betrage. Die ebenfalls im Rahmen der Versorgung der Patienten benötigten Fertigarzneimittel dürften in die Berechnung nicht mit einbezogen werden, da sie ausdrücklich nicht Bestandteil der Kooperationsvereinbarung seien, sondern vielmehr von der öffentlichen Apotheke direkt bei der Pharmaindustrie bezogen würden.

Die Antragstellerin habe die von ihr mit dem Nachprüfungsantrag geltend gemachten Vergaberechtsverstöße zudem nicht rechtzeitig gerügt und sei mit ihrem Vorbringen daher präkludiert. Es habe eine Rügeverpflichtung bestanden, wenngleich die Antragstellerin auch unabhängig davon aus Treu und Glauben zu einer Rüge verpflichtet gewesen sei. Das Schreiben der Antragstellerin vom 04.11.2008 stelle einerseits keine Rüge dar und sei andererseits nicht mehr unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB. Der Nachprüfungsantrag sei daher unzulässig und im Übrigen auch unbegründet. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten der Antragsgegnerin sei notwendig im Sinne des § 128 GWB, da Streitgegenstand vielfältige Fragen des materiellen Vergaberechts sowie des Rechtsschutzes seien, auf deren sachgerechte Bearbeitung die Antragsgegnerin nicht eingerichtet sei.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist unzulässig. Die Antragsgegnerin ist zwar öffentliche Auftraggeberin (1.), die verfahrensgegenständliche Kooperation stellt aber keinen öffentlichen Auftrag dar (2.). Im Übrigen wäre der Nachprüfungsantrag auch mangels rechtzeitiger Rüge unzulässig (3.).

1. Die Antragsgegnerin ist zwar öffentliche Auftraggeberin im Sinne von § 98 Nr. 2 GWB. Der Nachprüfungsantrag ist zudem gegen die richtige Antragsgegnerin gerichtet, da die benannte Antragsgegnerin Vertragspartei der verfahrensgegenständlichen Kooperationsvereinbarung werden soll.

2. Die verfahrensgegenständliche Kooperationsvereinbarung stellt aber keinen öffentlichen Auftrag im Sinne von § 99 GWB dar. Nach der Legaldefinition in § 99

Abs. 1 GWB sind öffentliche Aufträge insbesondere „entgeltliche Verträge zwischen öffentlichen Auftraggebern und Unternehmen, die Liefer-, Bau oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben“. Die Kooperationsvereinbarung stellt keinen derartigen Auftrag dar. Denn es fehlt zum einen an dem notwendigen Beschaffungsbezug, andererseits liegt auch keine Entgeltlichkeit vor.

Das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags erfordert bei funktionaler Betrachtung im Hinblick auf § 97 Abs. 1 GWB („Öffentliche Auftraggeber beschaffen ...“) das Vorliegen einer Beschaffungsabsicht des öffentlichen Auftraggebers (vgl. *Pünder*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kapitel 3, Rn. 21). Eine Beschaffungsabsicht ist nur dann anzunehmen, wenn der öffentliche Auftraggeber am Marktgeschehen auf der Nachfrageseite zur Deckung seines Bedarfs an Wirtschaftsgütern teilnimmt (vgl. BGH, Beschluss v. 01.02.2005 - X ZB 27/04, VergabeR 2005, 328 [332]; BayObLG, Beschluss v. 04.02.2002 – Verg 1/02, VergabeR 2002, 305 [306]; OLG Koblenz, Beschluss v. 20.12.2001 - 1 Verg 4/01, NZBau 2002, 346; *Eschenbruch*, in: Kulartz/Kus/Portz, GWB-Vergaberecht, § 99, Rn. 12). Es fehlt am Beschaffungselement, wenn der öffentliche Auftraggeber lediglich als Anbieter von Leistungen tätig wird (vgl. *Pünder*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, Kapitel 3, Rn. 22).

Der verfahrensgegenständlichen Kooperationsvereinbarung kann ein Beschaffungselement nicht entnommen werden. Die Antragsgegnerin tritt vorliegend durch ihre Krankenhausapotheke lediglich als Anbieter von Leistungen auf. Bei der Frage des Beschaffungsbezugs kommt es zwar auf die formale Bezeichnung der Vertragspartner als Auftraggeber und Auftragnehmer nicht an. Der auszuwählende Kooperationspartner der Antragsgegnerin ist aber auch materiell als Auftraggeber des abzuschließenden Vertrages einzuordnen. Denn mit der Kooperationsvereinbarung wird allein der aufgrund der Einreichung von Rezepten durch Patienten geschaffene Bedarf der öffentlichen Apotheke befriedigt. Die Antragsgegnerin deckt hingegen keinen ihr zuzurechnenden Bedarf. Dies ergibt sich übereinstimmend aus dem Vertragsentwurf der Antragstellerin, dem Entwurf einer Kooperationsvereinbarung der Antragsgegnerin mit der XXX-Apotheke sowie aus den den am Wettbewerb beteiligten Apotheken mitgeteilten Vorstellungen der Antragsgegnerin. Diese bestimmen allesamt, dass die Vertragspartner eine Zusammenarbeit im Sinne von § 11 Abs. 3 ApoG beabsichtigen, in deren Rahmen die Krankenhausapotheke der Antragsgegnerin für den Vertragspartner die Herstellung von Zytostatika übernimmt. Die Herstellung der Zytostatika soll dabei jeweils allein durch eine Anforderung der öffentlichen Apotheke nach Erhalt des entsprechenden Rezepts ausgelöst werden.

Ein Beschaffungsbezug ergibt sich auch nicht daraus, dass der vorgesehene Vertragspartner der Antragsgegnerin selbst auch Leistungen (Abnahme der Zytostatika, Abrechnung gegenüber den Krankenkassen, Abgabe der Medikamente) zu erbringen hat. Denn die vom Vertragspartner zu erbringenden Leistungen dienen allesamt nicht der Befriedigung eines Bedarfs der Antragsgegnerin. Die Abnahmeverpflichtung ist vielmehr Ausdruck der Auftraggeberrolle der öffentlichen Apotheke. Denn die Abnahme der angeforderten Leistung stellt eine im Gegenseitigkeitsverhältnis stehende Pflicht des Bestellers eines Werks dar. Die öffentliche Apotheke übernimmt auch mit der Abrechnung gegenüber den Kassen keine Aufgabe der Antragsgegnerin. Denn dies ist schon per se Aufgabe der öffentlichen Apotheke,

bei der das Rezept eingereicht worden ist. Auch die Abgabe der Medikamente an den Patienten bzw. – im Falle der Anwendung des § 11 Abs. 2 ApoG – direkt an den behandelnden Arzt deckt keinen Bedarf der Antragsgegnerin. Die Leistung richtet sich vielmehr an die Patienten.

Ein Beschaffungsbezug ist auch nicht dadurch herzustellen, dass die Antragsgegnerin mittelbar selbst über die MVZ bzw. die dort beschäftigten Ärzte die Bestellungen auslöst. Denn die Antragsgegnerin kann den Bedarf an Zytostatika nicht durch Einflussnahme auf die in den MVZ tätigen Ärzte steuern. Zwar könnte die Antragsgegnerin als deren Alleingesellschafterin Einfluss auf die Tätigkeit der MVZ nehmen. Angesichts der arbeitsvertraglichen und berufsrechtlichen Regelungen hat sie aber keinen Einfluss auf die ärztliche Tätigkeit.

Doch selbst wenn die Antragsgegnerin auf die Ärzte einwirken könnte, so dürften diese gemäß § 11 Abs. 1 S. 1 ApoG keine Absprache mit Apotheken zur Belieferung mit Medikamenten eingehen. Zwar darf der Inhaber einer Erlaubnis zum Betrieb einer öffentlichen Apotheke gemäß § 11 Abs. 2 ApoG anwendungsfertige Zytostatikazubereitungen unmittelbar an den anwendenden Arzt abgeben. Diese Ausnahme vom Abspracheverbot trägt mit Blick auf die zur Chemotherapie bestimmten Substanzen jedoch dem entsprechenden Sicherheitsbedürfnis Rechnung und lässt keine direkte Bestellung der Zytostatika bei der Apotheke durch den Arzt zu. Ermöglicht wird lediglich hinsichtlich der Abgabe der Zytostatika nach Rezepteinreichung durch den Patienten eine im Interesse der Allgemeinheit und des Patienten sichere Lösung durch unmittelbare Anlieferung bei dem behandelnden Arzt.

Die Antragstellerin hat zudem nicht dargelegt, dass tatsächlich eine Einflussnahme auf die MVZ bzw. die behandelnden Ärzte seitens der Antragsgegnerin zu erwarten ist. Ihre Ausführungen zur tatsächlichen Einwirkung erschöpfen sich in bloßen Behauptungen, die von der Antragsgegnerin substantiiert bestritten worden sind. Auch für die erkennende Kammer sind keine gegenteiligen Anhaltspunkte ersichtlich.

Insbesondere ist die angedachte Kooperation nicht nur in der von der Antragstellerin vorgebrachten Variante wirtschaftlich sinnvoll. Wie sich anhand der Vergabeakte erkennen lässt, versucht sich die Antragsgegnerin neue Geschäftsfelder zu erschließen. Bereits die Lieferung von Zytostatika seitens der Krankenhausapotheke an eine einzige öffentliche Apotheke würde den Umsatz der Antragsgegnerin um den dadurch erzielten Betrag erhöhen. Unabhängig von der Höhe des Mehrumsatzes würde bereits die bloße Erhöhung des Umsatzes als solche einen wirtschaftlichen Wert für sich darstellen. Die Antragsgegnerin könnte ihre Krankenhausapotheke im Wege der Kooperation besser auslasten und ihre Ressourcen dadurch effizienter einsetzen. Es kommt daher schon nicht darauf an, ob die Antragsgegnerin durch die Kooperation einen – wie die Antragstellerin schreibt – „ungehörigen“ Gewinn erzielt. Im Übrigen bleibt auch dies eine bloße Behauptung der Antragstellerin. Denn nach Darstellung der Antragsgegnerin erhält deren Krankenhausapotheke im verfahrensgegenständlichen Bereich der Versorgung ambulanter Patienten keine gegenüber öffentlichen Apotheken günstigeren Einkaufskonditionen. Aber selbst wenn die Antragsgegnerin für ihre Krankenhausapotheke günstigere Einkaufsbedingungen erhielte, sind die öffentlichen Apotheken gemäß der Arzneimittelpreisverordnung verpflichtet, die Leistungen nach konkret festgelegten Preisen mit den Krankenkassen abzurechnen.

Schließlich ist für die Begründung eines Beschaffungsbezugs auch nicht die Vorstellung der Antragstellerin maßgeblich. Es mag zwar sein, dass die Antragstellerin ein anderes – unter Umständen vergaberechtpflichtiges, ggf. sogar rechtswidriges, weil gegen das Apothekengesetz verstoßendes – Modell angedacht hatte, als sie die Antragsgegnerin wegen einer Kooperation angesprochen hat. Entscheidend für die Bestimmung des öffentlichen Auftrags ist aber der Vergabegegenstand in der Gestalt, die er durch den öffentlichen Auftraggeber erhält. Dem Auftraggeber steht es frei, die Leistung nach seinen individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser – den autonom bestimmten Zwecken entsprechenden – Gestalt dem Wettbewerb zu öffnen (vgl. OLG Jena, Beschluss v. 06.06.2007 – 9 Verg 3/07, NZBau 2007, 730 [731]). Die an einer Auftragsvergabe interessierten Unternehmen sind im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens nicht dazu berufen, dem Auftraggeber eine von seinen Vorstellungen abweichende Beschaffung vorzuschreiben oder gar aufzudrängen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 14.04.2005 – Verg 93/04, VergabeR 2005, 513 [515]). Die von der Antragsgegnerin in dem von ihr betriebenen Auswahlverfahren zugrunde gelegte Kooperation sieht eine nicht exklusive Vereinbarung vor, die sich in den engen Grenzen des § 11 ApoG hält. Ausweislich der von ihr an die ausgewählten öffentlichen Apotheken versandten Vorstellungen für eine Kooperation sowie ausweislich des Vergabevermerks und der im Nachprüfungsverfahren eingereichten Schriftsätze hat die Antragsgegnerin nie beabsichtigt, eine Exklusivvereinbarung mit einer öffentlichen Apotheke zur Herstellung von Zytostatika zu schließen, aufgrund derer sie – zumindest faktisch – Einfluss auf die MVZ bzw. die dort behandelnden Ärzte nehmen würde.

Zur Begründung eines öffentlichen Auftrags im Sinne von § 99 GWB fehlt es neben dem notwendigen Beschaffungsbezug zudem an dem Kriterium der Entgeltlichkeit. Die öffentliche Apotheke wird ausschließlich von den Krankenkassen bzw. den Privatpatienten vergütet und nicht von der Antragsgegnerin. Denn es ist nicht beabsichtigt, dass die Antragsgegnerin dem vorgesehenen Vertragspartner seine Leistungen – etwa in Form einer „Handlings-Gebühr – vergütet. Dies ist sowohl dem Vertragsentwurf der Antragstellerin als auch dem Entwurf einer Kooperationsvereinbarung der Antragsgegnerin mit der Berlin-Apotheke zu entnehmen. Darin ist vielmehr vorgesehen, dass der Vertragspartner die Antragsgegnerin für ihre Leistungen vergütet. Der Umstand, dass der Antragsgegnerin nicht der gesamte von der öffentlichen Apotheke gegenüber den Krankenkassen abrechenbare Betrag für ihre Leistung der Herstellung der Zytostatika bezahlt wird, vermag an dieser Bewertung nichts zu ändern. Der einbehaltene Teil stellt lediglich die – im Wirtschaftsleben übliche – Gewinnmarge der öffentlichen Apotheke beim Weiterverkauf der Zytostatika dar.

3. Der Nachprüfungsantrag wäre zudem auch wegen nicht erfolgter rechtzeitiger Rüge gemäß § 107 Abs. 3 GWB unzulässig. Die Antragstellerin macht eine Missachtung des Vergaberechts geltend. Dies hat sie gegenüber der Antragsgegnerin aber nicht rechtzeitig gerügt. Denn die Nichtanwendung des Vergaberechts war der Antragstellerin von Beginn des Auswahlverfahrens an bekannt, da sie daran teilgenommen bzw. dieses sogar initiiert hat. Es kann offen bleiben, ob das Schreiben der Antragstellerin vom 04.11.2008 Rügequalität hat. Denn eine Rüge am 04.11.2008 wäre jedenfalls nicht mehr unverzüglich im Sinne des § 107 Abs. 3 GWB. Selbst wenn man den Zeitpunkt der Mitteilung über die Nichtberücksichti-

gung für die Kenntniserlangung zugrunde legte, hätte die Antragstellerin nicht unverzüglich gerügt. Denn die Nichtberücksichtigung wurde ihr bereits am 22.10.2008 mitgeteilt. Zwar wird in der Rechtsprechung eine Obergrenze von 14 Tagen anerkannt (vgl. KG, Beschluss v. 24.08.1999 – Kart Verg 5/99, NZBau 2000, 258 [259]). Gleichwohl kann diese nur bei besonders gelagerten, außergewöhnlichen Umständen eingreifen. Regelmäßig hat die Rüge hingegen spätestens innerhalb von drei Tagen zu erfolgen (vgl. OLG München, Beschluss v. 13.04.2007 – Verg 1/07; OLG Koblenz, Beschluss v. 18.09.2003 – 1 Verg 4/03, VergabeR 2003, 709 [711]). Vorliegend handelt es sich zwar nicht um einen gänzlich einfach gelagerten Fall. Eine Rüge erst nach 13 Tagen ist aber gleichwohl als verspätet anzusehen. Denn die Antragstellerin war nach eigener Darstellung von Beginn an anwaltlich beraten und hatte sich insbesondere auch mit der Frage der Anwendbarkeit des Vergaberechts auseinandergesetzt.

Eine Rüge war vorliegend auch nicht entbehrlich. Die Rügeobliegenheit ist den Bietern auferlegt worden, um zu verhindern, dass sie erkennbare Fehler im Vergabeverfahren zunächst in der Erwartung unbeanstandet lassen, den Auftrag möglicherweise zu erhalten, um ggf. später als Notbehelf auf diesen Fehler zurückzukommen, wenn sich die gehegte Erwartung zu zerschlagen droht (vgl. schon VK Berlin, Beschluss v. 29.11.2004 – VK - B 1 - 56/04; sowie BT-Drs. 13/9340, S.17; KG, Beschluss v. 10.10.2002 - 2 KartVerg 13/02, NZBau 2003, 338). Dementsprechend obliegt einem Unternehmen auch dann eine Rüge, wenn es an einem Verfahren beteiligt ist, welches als sog. De-facto-Vergabe rechtswidrig außerhalb des Vergaberechts vollzogen wird (vgl. OLG Naumburg, Beschluss v. 02.03.2006 – 1 Verg 1/06, VergabeR 2006, 406 [409]). Dafür streitet auch der Grundsatz von Treu und Glauben, der in § 107 Abs. 3 GWB eine besondere Ausprägung gefunden hat (vgl. KG, Beschluss v. 11.07.2000 – KartVerg 7/00). Nach diesen Maßstäben ist der Antragstellerin aus Treu und Glauben eine Berufung auf eine Entbehrlichkeit der Rüge vorliegend versagt. Denn die Antragstellerin hat am Auswahlverfahren der Antragsgegnerin teilgenommen, ohne die vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit zu bemängeln. Sie hat der Antragsgegnerin sogar mitgeteilt, dass sie nach Einholung von vergaberechtlichem Rat keine Einschlägigkeit des Vergaberechts sehe. Die Antragstellerin hat damit ersichtlich darauf spekuliert, Partner der Vereinbarung zu werden. Erst nachdem ihr mitgeteilt worden ist, dass sie nicht für die Kooperationsvereinbarung ausgewählt worden sei, hat sie die vermeintliche Vergaberechtswidrigkeit bemängelt.

III.

Der unterlegenen Antragstellerin fallen gemäß § 128 Abs. 3 S. 1 GWB die Verfahrenskosten zur Last.

Die Festsetzung der Verfahrensgebühr beruht auf § 128 Abs. 2 GWB und entspricht dem personellen und sachlichen Aufwand der Vergabekammer, insbesondere unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstands des Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat sich an der Gebührentabelle der Vergabekammern des Bundes orientiert.

Gemäß § 128 Abs. 4 S. 2 GWB hat die unterlegene Antragstellerin darüber hinaus die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerin zu tragen.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerin war auch notwendig. Unter Berücksichtigung der Schwierigkeiten in der Darlegung der Sach- und Rechtslage (schwierige rechtliche Fragen zum Anwendungsbereich des Vergaberechts und den Vorschriften des ApoG sowie zur rechtlichen Konstruktion der Kooperationsvereinbarung) hält die Vergabekammer die Hinzuziehung eines vergaberechtskundigen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin zur Darstellung, Erläuterung und Vertretung ihrer Rechtspositionen im Nachprüfungsverfahren für erforderlich.

IV.

Rechtsmittelbelehrung

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit dieser Zustellung beginnt, schriftlich beim Kammergericht, Elßholzstr. 30/31, 10781 Berlin, 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.

Vorsitzender

Hauptamtl. Beisitzer

Ehrenamtl. Beisitzer