

L 11 WB 381/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Sonstige Angelegenheiten

Abteilung

11

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 WB 381/09

Datum

17.02.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Leitsätze

1. Die Entscheidung der Krankenkassen, nur solche Angebote auf Abschluss eines Rabattvertrages für Arzneimittel nach [§ 130a SGB V](#) zuzulassen, die alle vom Bieter (oder der Bietergemeinschaft) in der sog. Lauer-Taxe gelisteten Pharmazentralnummern (PZN) eines Wirkstoffs iSd [§ 4 Abs. 19](#) Arzneimittelgesetz (AMG) erfassen, ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden.

2. Unterschiede zwischen wirkstoffgleichen Präparaten sind für die Ausschreibung nur erheblich, wenn und soweit sich die Arzneimittel (PZN) in ihrer therapeutischen Wirkung unterscheiden. Andere Kriterien wie zB der Markenname des Arzneimittels, dessen Preis, die Art der Wirkstofffreisetzung oder verschiedene arzneimittelrechtliche Zulassungen für mehrere Präparate mit demselben Wirkstoff sind für die Bestimmung des Beschaffungsbedarfs der Krankenkassen ohne Bedeutung.

3. Die Krankenkassen dürfen bei einer wirkstoffbezogenen Ausschreibung davon ausgehen, dass Arzneimittel mit denselben Wirkstoffen auch den gleichen therapeutischen Nutzen haben und etwas anderes nur gilt, wenn die Arzneimittel trotz vorhandener Wirkstoffidentität unterschiedliche und für die Therapie bedeutsame Bioverfügbarkeiten aufweisen.

4. Bei der Beurteilung des therapeutischen Nutzens unterschiedlicher Bioverfügbarkeiten von Festbetragsarzneimitteln dürfen (und müssen) sich die Krankenkassen an die im Zusammenhang mit der Bildung von Festbetragsgruppen ([§§ 35 Abs. 1 Satz 2, 35a Abs. 3 Satz 1 SGB V](#)) ergangenen Entscheidungen des Gemeinsamen Bundesausschusses orientieren.

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen wird der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe vom 30. Dezember 2008, [1 VK 51/08](#), abgeändert und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin insgesamt zurückgewiesen.

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe vom 30. Dezember 2008, [1 VK 51/08](#), wird zurückgewiesen.

Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen im Verfahren vor der Vergabekammer und im Beschwerdeverfahren sowie der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Beigeladenen zu 1 im Verfahren vor der Vergabekammer.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Beschwerdeverfahren und durch die Beigeladene zu 1 im Verfahren vor der Vergabekammer war notwendig.

Der Streitwert wird auf 454.222,43 Euro festgesetzt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin (im Folgenden als AS bezeichnet) ist ein in der Rechtsform der GmbH betriebenes pharmazeutisches Unternehmen. Die Antragsgegnerinnen (im Folgenden als AG bezeichnet) sind Allgemeine Ortskrankenkassen (AOK). Die AOK B. führt europaweit ein offenes Ausschreibungsverfahren zum Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) für den Zeitraum 2009/2010 mit Verlängerungsoption um drei Monate, längstens bis zum 31. März 2011, für insgesamt 64 Wirkstoffe durch, darunter auch den Wirkstoff Tamsulosin. Für jeden Wirkstoff wird ein eigenes Fachlos gebildet, für jedes Fachlos fünf Teillose (sog. Gebietslose). Die Ausschreibung wurde im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union (ABl. Reihe S) 2008/S 154-207965 vom 9. August 2008, berichtigt durch 2008/S 175-232638 vom 10. September 2008, bekannt gemacht. Die Bekanntmachung erfolgte durch die AOK B. mit dem ausdrücklichen Hinweis, dass sie sowohl im eigenen Namen handele wie auch namens der übrigen AG.

Gemäß Ziffer II.1.5) der Bekanntmachung sind pro angebotenem Wirkstoff und Gebietslos Rabattangebote für alle zu diesem Wirkstoff gehörenden Pharmazentralnummern (PZN), die der Bieter gem. Lauer-Taxe, (berichtigt) Stand 1. September 2008, im Sortiment hat, abzugeben. Die Zuschlagserteilung erfolgt pro Wirkstoff und Gebietslos. Der Zuschlag erstreckt sich pro Wirkstoff und Gebietslos ebenfalls auf alle zu dem Wirkstoff gehörenden PZN, die der bezuschlagte Bieter gem. Lauer-Taxe, (berichtigt) Stand 1. September 2008, im Sortiment hat. Pro Wirkstoff und Gebietslos wird ein Rabattvertrag nur mit einem pharmazeutischen Unternehmer (Bieter oder Bietergemeinschaft) geschlossen.

Die Lauer-Taxe enthält den Datenbestand aller bei der Informationsstelle für Arzneispezialitäten (IFA GmbH) gemeldeten Fertigarzneimittel und apothekenüblichen Waren, die in Deutschland für den Handel zugelassen sind. Die IFA GmbH teilt aufgrund der von den Arzneimittelherstellern gemachten Angaben jedem Fertigarzneimittel eine siebenstellige PZN zu. Die PZN ist zugleich in der gemäß [§ 300 Abs. 3 SGB V](#) geschlossenen Arzneimittelabrechnungsvereinbarung als bundeseinheitliches Arzneimittelkennzeichen vereinbart worden. Sie gibt Auskunft über Handelsname, Hersteller, Darreichungsform, Wirkstoffstärke und Packungsgröße des Arzneimittels. Gesellschafter der IFA GmbH sind die Bundesvereinigung Deutscher Apothekerverbände - ABDA -, der Bundesverband der Pharmazeutischen Industrie e.V. - BPI - und der Bundesverband des Pharmazeutischen Großhandels e.V. - PHAGRO -.

In den Verdingungsunterlagen der AG (Bl. 129 bis 155 der LSG-Akte) werden u. a. die Bedingungen für das Vergabeverfahren und die Anforderungen an die Eignungsnachweise der Bieter konkretisiert; außerdem erfolgt noch eine Leistungsbeschreibung. Im Einzelnen enthalten die Verdingungsunterlagen im Abschnitt A. "Bedingungen für das Vergabeverfahren" folgende Vorgaben:

- unter Teil I. "Gegenstand der Ausschreibung"

6. Jeder Bieter hat pro angebotenem Fachlos (Wirkstoff) und Gebietslos einen Rabatt-ApU für alle Pharmazentralnummern (PZN) anzubieten, die er für den angebotenen Wirkstoff gem. Lauer-Taxe, Stand 1. September 2008, im Sortiment hat.

Das Produkt- und Rabattblatt ist in elektronischer Form frei verfügbar und ... abrufbar unter ... Diese Datei ist zwingend für die Angebotserstellung zu verwenden.

Dieses Produkt- und Rabattblatt beschreibt den "Beschaffungsbedarf". Dem Datenbestand des vom Bieter auszufüllenden Produkt- und Rabattblatts liegen alle PZN zugrunde, die zum 1. September 2008 in der Lauer-Taxe geführt werden (soweit sie nicht als "außer Verkehr"/"außer Vertrieb" gekennzeichnet sind), allerdings ohne topische Darreichungsformen (Salben, Cremes u. ä.), ohne Arzneimittel zur nasalen oder inhalativen Anwendung (Nasensprays, Nasensalben, Dosieraerosole u. ä.) sowie ohne wirkstoffhaltige Trinkhalme.

Angebote für Arzneimittel (PZN), die nicht im Produkt- und Rabattblatt aufgeführt sind, werden nicht nachgefragt.

Der den jeweils vertragschließenden AOKs zu gewährende Rabatt errechnet sich je PZN wie folgt: $\text{Rabatt} = \text{ApU} - (\text{minus}) \text{Rabatt-ApU}$.

Dabei gilt:

ApU Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers exkl. MWSt. [EUR] Rabatt-ApU Angebotener Wert exkl. MWSt. [EUR] gemäß "Produkt- und Rabattblatt".

- unter Teil III "Verfahren":

6.2 Für das Angebot sind zwingend die vom Auftraggeber übersandten bzw. im Internet zur Verfügung gestellten Vordrucke und Dateien zu verwenden. Das Original-Angebot muss mindestens aus folgenden Unterlagen bestehen:

- Angebotsformblatt (Anlage 4) für jedes Gebietslos, auf das geboten wird. - Eignungsnachweise gem. Ziffer III.2 der Vergabebekanntmachung und Gliederungspunkt B.I.1. (s. u.) - Pro Gebietslos, auf das geboten wird, 4 Exemplare des unterschriebenen Rabattvertrages (Anlage 1) - Pro Wirkstoff und Gebietslos, auf das geboten wird, 2 ausgedruckte Produkt- und Rabattblätter (Anlage zum Rabattvertrag - Anlage 1), - Das Produkt- und Rabattblatt in elektronischer Form auf einem üblichen Datenträger (CD-ROM o. ä.) in dem vorgegebenen Dateiformat (.xls).

...

15. Zuschlags- und Bindefrist

Die Zuschlags- und Bindefrist endet am 2. März 2009 um 24.00 Uhr MESZ.

16. Zuschlagserteilung

Es ist vorgesehen, dass die Auftraggeber noch im November 2008 die Prüfung und Bewertung der Angebote abschließen und die Vorabinformationen (s. o. 14.1.) versenden. Nach Ablauf der 14-Tages-Frist gem. [§ 13 VgV](#) wird der Zuschlag erteilt, falls bis dahin kein

Vergabenachprüfungsantrag zugestellt wird.

- unter Teil IV "Angebotswertung":

2. Zuschlagskriterien

Die für den Zuschlag nach Erreichen der vierten Wertungsstufe maßgebliche Wirtschaftlichkeitsbewertung wird je Gebietslos und Fachlos (Wirkstoff) nach Maßgabe folgender Zuschlagskriterien vorgenommen:

a. des Bewertungskriteriums (dient dem Vergleich der Angebote untereinander):

Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU,

aa) Bildung von Preisvergleichsgruppen und eines durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe

Nach Auswahl anbotsgegenständlicher Wirkstoffe durch den Bieter wird jedem Arzneimittel (PZN) zunächst eine Preisvergleichsgruppe zugeordnet (Spalte Q des Produkt- und Rabattblattes). Die Preisvergleichsgruppen dienen der Ermittlung durchschnittlicher Preise (auf Basis der ApU) unter Arzneimitteln gleicher Wirkstoffe, vergleichbarer Anwendungsweise (Darreichungsform, Applikationsweg, ggf. Wirkstofffreisetzung), vergleichbarer Wirkstoffmengen (Abweichungen (10% ausgehend vom geringstdosierten Arzneimittel), sowie gleicher Normpackungsgröße (N1, N2 oder N 3) im Sinne der Verordnung über die Bestimmung und Kennzeichnung von Packungsgrößen für Arzneimittel in der vertragsärztlichen Versorgung

Der auf dieser Grundlage für die Preisvergleichsgruppe ermittelte durchschnittliche ApU dient als Basis für die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit des Angebots. Die Preisvergleichsgruppen werden zum Vergleich herangezogen, weil es eine Reihe von Packungen gibt, welche sich nur marginal von den Wirkstoffmengen (Packungsgrößen und/oder Wirkstoffstärken) der Alternativen unterscheiden.

bb)

cc) Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen (Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen je angebotenen Arzneimittel und Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßstab je Wirkstoff)

...

Entscheidendes Kriterium für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten ist dabei die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl, die für jedes Angebot wirkstoffbezogen errechnet wird (Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl je Wirkstoff). Sie berücksichtigt neben der Unterschreitung der Durchschnitts-ApU je PZN auch die angebotene Produktbreite sowie die abgerechnete Wirkstoffmenge je Gebietslos im Referenzzeitraum.

...

b. der zwingenden Mindestanforderung/des Ausschlusskriteriums (wird für jedes Angebot isoliert geprüft ohne Quervergleich):

Ausgleich der Mehrkosten der Überschreitung des zum Zeitpunkt der Bewertung geltenden Festbetrages für jede der angebotenen PZN durch den absoluten Rabatt ([§ 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#))

Der Vergabevermerk der AG vom 11. August führt aus (Seite 9, 17, 25):

Auch bestimmte durch Verfahrenspatente geschützte Darreichungsformen der ausgeschriebenen Wirkstoffe sind in das Verfahren einbezogen worden. Dabei handelt es sich nicht um wirkstoffbezogene Patente. Da die AOKs die Ausschreibung auf Arzneimittel ausgerichtet haben, bei denen kein Wirkstoffpatentschutz besteht, stehen bloße Verfahrenspatente einer Einbeziehung in das Verfahren nicht entgegen. Inhabern von bloßen Verfahrenspatenten kommt im Hinblick auf das jeweilige Fachlos (Wirkstoff) keine Alleinstellung zu, die einen Bieterwettbewerb von vornherein ausschließen würde. Arzneimittel in patentgeschützten Darreichungsformen werden typischerweise nicht nur vom Patentinhaber, sondern auch von Re- bzw. Parallelimporteuren auf dem deutschen Markt angeboten. Bei Re- und Parallelimporten handelt es sich um zulässige und vom Gesetzgeber anerkannte Vertriebs- und Absatzformen. Besondere Darreichungsformen sind lediglich ein Kriterium bei der Festlegung der Preisvergleichsgruppen.

...

Die Verpflichtung der Bieter, pro angebotenen Fach- und Gebietslos für alle zum Stichtag in der Lauer-Taxe für einen bestimmten Wirkstoff gelisteten PZNs anzubieten, ist zum einen wegen des Interesses der AOKs an einer rabattierten Versorgung ihrer Versicherten mit einer möglichst hohen Zahl und Bandbreite an Packungsgrößen, Wirkstärken, Darreichungsformen etc. gerechtfertigt. Zum anderen soll und muss im Interesse der Grundsätze der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verhindert werden, dass spätere Rabattvertragspartner die (von ihnen nur für ausgewählte PZNs angebotenen) Rabatte dadurch unterlaufen können, dass nach Erteilung des Zuschlags die Abgabepreise des pharmazeutischen Unternehmers (ApUs) für vergleichbare, aber nicht angebotene und damit auch nicht rabattierte PZNs erhöht werden. Da ein Rabattvertrag pro Wirkstoff und Gebietslos nur mit einem pharmazeutischen Unternehmer abgeschlossen werden soll, hätten die AOKs in diesem Fall nach Erteilung des Zuschlages keine Möglichkeit mehr, für die nicht angebotenen, aber unter Umständen in der Versorgungspraxis bedeutsamen PZNs weitere Rabattverträge abzuschließen. PZNs, die von dem im Rahmen des Vergabeverfahrens ausgewählten Rabattvertragspartner nicht angeboten werden, blieben nach der Konzeption der Ausschreibung "unbesetzt", d. h. die konkreten Produkte würden nicht rabattiert. Würde es den Bietern freigestellt, selbst darüber zu entscheiden, für welche PZN innerhalb eines bestimmten Wirkstoffes sie ein Rabattangebot abgeben wollen, so könnte das mit dem Abschluss der Rabattverträge verfolgte Einsparziel hierdurch unterlaufen werden.

...

Maßgeblich für die Bildung der Preisvergleichsgruppen war die Vergleichbarkeit bzw. Austauschbarkeit von Arzneimitteln aus therapeutischer Sicht ...

Die Bildung von Preisvergleichsgruppen war notwendig, um diejenigen PZN, die hinsichtlich ihrer Wirkstoffe, Anwendungsweise, Wirkstoffmenge und Normpackungsgröße vergleichbar und damit grundsätzlich als untereinander austauschbar anzusehen sind, zusammenzufassen. Produkte, die ein und derselben Preisvergleichsgruppe zugeordnet sind, stehen aufgrund ihrer therapeutischen Austauschbarkeit im direkten Wettbewerb. Um die Wirtschaftlichkeit der Rabatt-ApUs zu ermitteln, ist es erforderlich, Rabatt-ApUs für PZNs innerhalb einer Preisvergleichsgruppe zueinander ins Verhältnis zu setzen. Dies geschieht im Rahmen der gewählten Berechnungssystematik dadurch, dass die angebotenen RabattApUs nicht an dem ApU der konkreten PZN, sondern an dem durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe gemessen werden. Würde man den geboten Rabatt-ApU nur ins Verhältnis zu dem ApU des konkreten Produktes setzen, würden bei gleichem Rabatt-ApU das Produkt mit dem höheren ApU demgegenüber - unberechtigterweise - als wirtschaftlicher erscheinen; Anbieter von hochpreisigen PZN würden auf diese Weise bevorzugt werden.

In einem weiteren Schritt ist es erforderlich, sowohl die Rabatt-ApUs als auch die durchschnittlichen ApUs der jeweiligen Preisvergleichsgruppe zu bereinigen. Durch die Bereinigung wird der jeweilige Rabatt-ApU bzw. der durchschnittliche ApU pro mg Wirkstoff ermittelt. Diese Bereinigung ist erforderlich, da PZN innerhalb ein und derselben Preisvergleichsgruppe teilweise leicht hinsichtlich der jeweils enthaltenen Wirkstoffmenge abweichen. Ohne Bereinigung würde diese Abweichung nicht berücksichtigt. Mit der Bereinigung wird erreicht, dass die RabattApUs jeweils in Bezug auf ein und dieselbe Größenordnung (mg Wirkstoff) miteinander verglichen werden können.

In den ausgeschriebenen Rabattverträgen verpflichten sich die AG, für die Vertragslaufzeit vom 1. März 2009 bis 28. Februar 2011 (§ 1 Abs. 3 des Rabattvertrages) zu den Wirkstoffen, für die die Vereinbarung geschlossen wird, keine Rabattverträge außerhalb dieser Ausschreibung zu schließen und bestehende Vereinbarungen mit Wirkung zum Beginn der Vertragslaufzeit zu beenden oder anderweitig sicherzustellen, dass bestehende Vereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) während der Vertragslaufzeit nicht für diese Wirkstoffe gelten. Der pharmazeutische Unternehmer gewährleistet für die Vertragslaufzeit seine Lieferfähigkeit bezüglich der Rabattarzneimittel an den Großhandel bzw. an die Apotheken (§ 7 Abs. 1 und 2 des Rabattvertrages).

Die AS ist die frühere (Wirkstoff-)Patentinhaberin für Tamsulosin-Präparate. In der Vergangenheit lieferte sie verschiedene Tamsulosin-Präparate für Versicherte der AG. Zum Wirkstoff Tamsulosin hat die AS sowohl das Präparat Tamsu-astellas® als auch das Präparat OmnicOcas® in der Lauer-Taxe gelistet. OmnicOcas® ist eine Retard-Filtablette, Tamsu-astellas® eine Hartkapsel. Während Tamsu-astellas® deutlich unter dem Festpreis nach [§§ 35, 35a SGB V](#) liegt und zuzahlungsbefreit ist, liegt OmnicOcas® mit seinem derzeitigen Apothekenverkaufspreis (AVP) deutlich über dem Festbetrag.

Für die beiden Präparate gelten (Stand 1. September 2008) folgende Preise und Festbeträge:

OmnicOcas® 0,4 mg Retardtablette Packung PZN AVP Festbetrag N1 (8 Stück) 6308325 EUR 28,76 EUR 16,84 N2 (45 Stück) 6308331 EUR 51,73 EUR 29,16 N3 (90 Stück) 6308348 EUR 90,32 EUR 44,26

Tamsu-astellas® 0,4 mg Retardkapsel Packung PZN AVP Festbetrag N1 (20 Stück) 115594 EUR 12,33 EUR 17,62 N2 (50 Stück) 116990 EUR 20,41 EUR 29,16 N3 (90 Stück) 121838 EUR 30,98 EUR 44,26

In den Gebrauchsinformationen der AS wird übereinstimmend zu beiden Produkten ausgeführt:

"Der arzneilich wirksame Bestandteil von Tamsu-astellas 0,4 mg Hartkapsel mit veränderter Wirkstofffreisetzung [OmnicOcas®] ist Tamsulosin. Hierbei handelt es sich um einen selektiven Alpha-1A/1D -Rezeptorenblocker, der die Spannung der glatten Muskulatur in der Prostata und in der Harnröhre (Urethra) mindert. Tamsulosin sorgt dafür, dass der Harn leichter durch die Harnröhre fließt und erleichtert somit das Wasserlassen. Außerdem vermindert Tamsulosin das Drangempfinden.

Tamsu-astellas 0,4 mg Hartkapsel mit veränderter Wirkstofffreisetzung [OmnicOcas®] wird angewendet in der Behandlung von Männern mit Beschwerden im Bereich des unteren Harntrakts, die im Zusammenhang mit einer gutartigen Vergrößerung der Prostata (sogenannte benigne Prostatahyperplasie) stehen. Zu diesen Beschwerden gehören Schwierigkeiten beim Wasserlassen (dünner Strahl), Harnträufeln, starker Harndrang, Harnstottern und sehr häufiges Wasserlassen sowohl tags als auch nachts."

Bei beiden Arzneimitteln ist, falls vom Arzt nicht anders verordnet, eine Filtablette bzw. eine Hartkapsel die übliche tägliche Dosis. Nach den Angaben in den Gebrauchsinformationen muss Tamsu-astellas® nach dem Frühstück bzw. nach der ersten Mahlzeit des Tages eingenommen werden, dagegen kann OmnicOcas® unabhängig von den Mahlzeiten eingenommen werden, die Einnahme sollte jedoch möglichst zur gleichen Tageszeit erfolgen.

Die AS hat hinsichtlich des Wirkstoffes Tamsulosin kein eigenes Angebot abgegeben. Mit Schreiben vom 9. September 2008 hat die AS gegenüber den AG ausdrücklich ihr Interesse bekundet, sich bezüglich des Wirkstoffes Tamsulosin an der Ausschreibung als Bieterin beteiligen zu wollen. Es wurden zugleich etliche Vergaberechtsverstöße gerügt. U. a. rügte die AS, die Verpflichtung, auf alle PZN eines Wirkstoffes ein Angebot abgeben zu müssen, stelle eine Diskriminierung sowie einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar. Es handele sich um ein unsachliches, nicht plausibles Kriterium, welches letztlich zur Folge habe, dass keine marktorientierte Konkurrenzsituation entstehe, die auch tatsächlich das wirtschaftlichste Angebot im Sinne des [§ 97 Abs. 5](#) Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) herausfiltere. Darüber hinaus würden diejenigen Unternehmen bevorzugt werden, die viele PZN auf einen Wirkstoff im Sortiment hätten. Da der ApU von OmnicOcas® weit über dem Festbetrag liege, bestünde keine Möglichkeit für die AS ein insgesamt wirtschaftliches Angebot für den Wirkstoff Tamsulosin abzugeben. Sie werde gegenüber anderen Unternehmen diskriminiert, die kein vergleichbar weit über dem Festbetrag liegendes Tamsulosin-Präparat anbieten.

Die AG halfen den Rügen nicht ab (Schreiben vom 17. September 2008).

Mit Schriftsatz vom 21. Oktober 2008, eingegangen am Folgetag, stellte die AS bei der Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt einen Nachprüfungsantrag. Dieser wurde von der Vergabekammer des Bundes mit Beschluss vom 4. November 2008 analog [§ 83](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), [§ 17 Abs. 2](#) Gerichtsverfassungsgesetz (GVG) an die als örtlich zuständig erachtete Vergabekammer Baden-Württemberg verwiesen.

Die Vergabekammer Baden-Württemberg lud mit Beschluss vom 2. Dezember 2008 die Unternehmen B. GmbH (Beigeladene zu 1) und A. P. GmbH (Beigeladene zu 2) zum Verfahren bei.

Die Vergabekammer gab dem Nachprüfungsantrag der AS mit Beschluss vom 30. Dezember 2008, den Prozessvertretern der AS und der AG zugestellt am 9. Januar 2009, teilweise statt und beschloss u. a.:

"1. Die Antragsgegnerinnen werden verpflichtet, der Antragstellerin zu gestatten, hinsichtlich des Wirkstoffs Tamsulosin ein Angebot nur für eines der beiden in der Lauer-Taxe gelisteten Präparate (alle PZN, Stand 01.09.2008 Lauer-Taxe) abzugeben. Die Antragstellerin hat die Möglichkeit, binnen eines Monats ab Zustellung der Entscheidung, ein solches Angebot gegenüber den Antragsgegnerinnen abzugeben.

2. Den Antragsgegnerinnen wird aufgegeben, die Wertung dann unter Berücksichtigung des Angebots der Antragstellerin und unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu wiederholen.

3. Im übrigen wird der Nachprüfungsantrag abgelehnt."

Wegen der Einzelheiten der Begründung wird auf die Entscheidung der Vergabekammer (Bl. 26 bis 60 der LSG-Akte) verwiesen.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer haben die AG am 22. Januar 2009 und hat die AS am 23. Januar 2009 beim LSG Baden-Württemberg sofortige Beschwerde eingelegt. Die AS hat zugleich Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gestellt.

Zur Begründung der sofortigen Beschwerde führen die AG aus, die Anwendung der Teilnahmebedingung, für alle in der Lauer-Taxe gelisteten PZN ein Angebot abzugeben, auf Bieter mit unterschiedlichen Präparaten verschiedener Namen pro Wirkstoff verstoße nicht gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung ([§ 97 Abs. 2 GWB](#)). Der öffentliche Auftraggeber habe einen Gestaltungsspielraum, solange er nicht die allgemeinen Grundsätze des Vergaberechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot und den Transparenzgrundsatz, verletze. Nicht entscheidend sei, ob die (theoretisch) denkbar beste Gestaltung der Ausschreibungsbedingungen gewählt worden sei. Die Festlegung und Präzisierung dessen, was beschafft werden solle, obliege stets der - insoweit nicht nachprüfbar - Entscheidung des Auftraggebers. Die Vergabekammer habe aber - was ihr außer in sich aufdrängenden Fällen von Bewertungsfehlern verwehrt sei - ihre eigenen fachlichen Bewertungen an die Stelle der Bewertung der Vergabestelle gesetzt.

Es sei kein sachlicher Grund ersichtlich, von der Einbeziehung von OmnicOcas® in die Ausschreibung abzusehen. Die Vergabekammer bewerte die Unterschiede zwischen OmnicOcas® und Tamsu-astellas® über. Die Indikation sei identisch und therapeutisch bestehe kein wesentlicher Unterschied zwischen beiden Präparaten, auch würden beide zu Lasten der GKV-Versicherten verordnet und abgegeben. Dabei werde nicht bestritten, dass es im Einzelfall patientenindividuelle Gründe geben möge, welche eine Verordnung und Abgabe von OmnicOcas® gebieten und die den Arzt nach den Arzneimittel-Richtlinien (AMR) veranlassen könne, eine Substitution auszuschließen. Dies seien allerdings Fälle, die durch Rabattvereinbarungen und durch die Substitutionsverpflichtung des Apothekers gemäß [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) von vornherein nicht erfasst würden. Verordne der Arzt zur Behandlung der benignen Prostatahyperplasie hingegen den Wirkstoff Tamsulosin in einer relevanten Packungsgröße (ohne weitere Einschränkung), könnten in der Apotheke, eine entsprechende Rabattvereinbarungen vorausgesetzt, auf der Grundlage des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) sowohl Tamsu-astellas® als auch OmnicOcas® abgegeben werden.

Ein solcher sachlicher Grund liege auch nicht in dem früheren Wirkstoffpatent der AS für Tamsulosin. Die AS habe nach Auslaufen des Patentschutzes versucht, sich bestimmte Marktsegmente weiter zu sichern und flankierend entsprechende rechtliche Maßnahmen und Marketingaktivitäten bei den Ärzten und Apothekern zu entfalten. Sie versuche auf diese Weise ihre vergleichsweise sehr hohen Preise für OmnicOcas® weiter durchzusetzen. Es sei allerdings nicht einzusehen, weshalb die durch die hohen Preise im Falle eines Rabattvertragschlusses entstehenden Nachteile für die AG nicht in der Bewertungsmatrix abgebildet werden dürften und weshalb in den Teilnahmebedingungen gesetzlicher Krankenkassen bei Rabattvertragsausschreibungen von vornherein Ausnahmeregelungen für "Zwei-Marken-Strategien" vorgesehen werden müssten. Ansonsten wären in Zukunft unterschiedliche Markennamen zu Produkten bei ein und demselben Wirkstoff (unter Berufung auf minimale, wie auch immer geartete Unterschiede zwischen den einzelnen Packungsgrößen-Darreichungsform-Kombinationen) ein probates Mittel, um bestimmte Arzneimittel, die zu Lasten von Krankenversicherungen verordnet werden, vor Rabattierungen nach den [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) oder [§ 78 Abs. 3 Satz 2](#) Arzneimittelgesetz (AMG) zu schützen.

Die Schwierigkeit für die AS, das wirtschaftlichste Angebot vorzulegen, folge allein aus ihrer Preisgestaltung selbst. Hätten die AG von vornherein die von der Vergabekammer angemahnte Ausnahmeregelung für Hersteller "mit unterschiedlichen Präparaten und verschiedenen Namen" innerhalb eines Wirkstoffsortiments in die Ausschreibungsunterlagen aufgenommen, hätten sie sich dem Vorwurf (u. a. der Beigeladenen) ausgesetzt, bestimmte Unternehmen und Vermarktungsstrategien zu prämiieren und zu privilegieren. In Anbetracht der anfallenden festbetragsbedingten Mehraufwendungen ([§ 31 Abs. 2](#) Sätze 2 und [3 SGB V](#)) sei es gerechtfertigt, bewusst hochpreisige Produkte mit einem "Malus" zu belegen.

Verdingungsunterlagen und Bewertungssysteme seien notwendig typisierend und komplexitätsreduzierend. Die Vergabekammer verlange von den AG jedoch, vor Versendung des Produkt- und Rabattblattes (zusammen mit den Verdingungsunterlagen) sämtliche Sortimente der in der Lauer-Taxe gelisteten pharmazeutischen Unternehmer wirkstoffbezogen auf "unterschiedliche Präparate mit verschiedenen Namen" zu screenen und zusätzlich noch zu ermitteln, in welchen der relevanten Sachverhalte für die betroffenen pharmazeutischen Unternehmer - ausgehend von den Teilnahmebedingungen der Ausschreibung - Schwierigkeiten bestehen könnten, wirtschaftliche Angebote vorzulegen. Dies überdehne die Anforderungen an eine Vergabestelle, zumal vor dem Hintergrund der ohnehin schon immensen Transaktionskosten von Rabattvertragsausschreibungen.

Die Verpflichtung zur Einbeziehung aller vom jeweiligen Fachlos umfassten Arzneimittel eines Bieters trage in erster Linie dem berechtigten Interesse der AG Rechnung, ihre Versicherten hinsichtlich der ausgeschriebenen Wirkstoffe möglichst umfassend mit rabattierten Arzneimitteln versorgen zu können. Zum anderen diene diese Vorgabe der Verhinderung manipulativer Beeinflussungen seitens der pharmazeutischen Unternehmer. Solche Einflussnahmen, die die zu erwartenden Einsparungen und damit die Wirtschaftlichkeit der Rabattverträge zum Nachteil der AG erheblich beeinflussen (und letztlich konterkarieren) könnten, wären insbesondere vor dem Hintergrund der leichten Beeinflussbarkeit des Arzneimittelmarktes und der Absatzzahlen durch die pharmazeutischen Unternehmer jederzeit möglich und auch zu befürchten. Insbesondere könnten die Unternehmen durch Auswahl einzelner Arzneimittel aus ihrem Produktportfolio im Zuschlagsfall die Einsparungen der AG dadurch deutlich reduzieren, dass sie gezielt den Absatz ihrer nicht vom Rabattvertrag erfassten Arzneimittel förderten, ggf. flankiert durch Preiserhöhungen.

Die AG verweisen noch auf die Beschlüsse der 3. Vergabekammer des Bundes vom 23. Januar 2009, [VK 3 - 194/08](#), (AS 258 - 329 der Senatsakten) und vom 6. Februar 2009, [VK 3 - 197/08 - Z](#), (AS 330 - 353 der Senatsakten), welche Nachprüfungsanträge zur selben Ausschreibung betreffen und mit denen die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag der dortigen Antragstellerin vollumfänglich zurückgewiesen bzw. die Zuschlagerteilung vorab gestattet und damit jeweils die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung der AG bestätigt hat.

Die AG beantragen,

1. den Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg beim Regierungspräsidium Karlsruhe vom 30. Dezember 2008 ([1 VK 51/08](#)) abzuändern und den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin insgesamt zurückzuweisen, 2. die sofortige Beschwerde der Antragstellerin zurückzuweisen, 3. die Verfahrenskosten und die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Kosten der Antragsgegnerinnen sowohl für das Verfahren vor der Vergabekammer als auch für das Verfahren vor dem Beschwerdegericht der Antragstellerin aufzuerlegen, 4. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen notwendig war, 5. ihr hilfsweise eine Stellungnahmemöglichkeit zum Schriftsatz der Antragstellerin vom 16. Februar 2008 einzuräumen.

Die AS beantragt,

1. die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen zurückzuweisen, 2. die Entscheidung der Vergabekammer Baden-Württemberg vom 30. Dezember 2008, Az: [1 VK 51/08](#) im Hinblick auf den Tenor zu Ziffer 1 und Ziffer 2 wie folgt abzuändern: Die Antragsgegnerinnen werden verpflichtet, der Antragstellerin zu gestatten, hinsichtlich des Wirkstoffs Tamsulosin ein Angebot nur für eines der beiden in der Lauer-Taxe gelisteten Präparate (alle PZN, Stand 01.09.2008 Lauer-Taxe) abzugeben. Ferner werden die Antragsgegnerinnen verpflichtet, alle notwendigen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die Antragstellerin ein entsprechendes Angebot abgeben kann, insbesondere müssen sie der Antragstellerin ein überarbeitetes Excel-File im Rahmen der Angebotsabgabe zur Verfügung stellen sowie neue Rabattverträge (je Gebietslos) mit geänderter Vertragslaufzeit. Die Antragstellerin hat die Möglichkeit binnen eines Monats ein solches Angebot gegenüber den Antragsgegnerinnen abzugeben. Die Monatsfrist beginnt erst zu laufen, wenn die Antragsgegnerinnen ihr die Möglichkeit eingeräumt haben, ein entsprechendes Angebot abzugeben und ihr hierfür alle notwendigen Unterlagen und Dokumente (elektronisch und in Papierform) zur Verfügung gestellt haben. 3. hilfsweise, die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden, 4. die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Antragstellerin für notwendig zu erklären und 5. den Antragsgegnerinnen die Kosten des Verfahrens sowie die notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

Zur Begründung trägt sie vor, die sofortige Beschwerde der AG sei unbegründet.

Richtigerweise habe die Vergabekammer festgestellt, dass die Verpflichtung der AS im Falle einer Angebotsabgabe für alle in der Lauer-Taxe gelisteten PZN zu einem Wirkstoff ein Angebot für ein Rabatt-ApU abgeben zu müssen, nicht mit den Grundsätzen des Vergaberechts vereinbar sei, wenn ein pharmazeutischer Unternehmer zwei unterschiedliche Präparate in seinem Sortiment habe und sich nur mit einem Präparat an der Ausschreibung beteiligen möchte.

Es handele sich um keine bloße "Zwei-Marken-Strategie", bei der zwei identische Produkte unter zwei verschiedenen Marken im Handel seien. OmnicOcas® sei keine bloße "Dublette" und auch kein bloßes Generikum. Die patentgeschützte Ocas-Formulierung bewirke eine besonders gleichmäßige Freisetzung des Wirkstoffes und damit eine gegenüber anderen Tamsulosin-Präparaten verbesserte Verträglichkeit. Vor diesem Hintergrund seien Tamsu-astellas® und OmnicOcas® gemäß dem Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung nach [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) auch nicht gegenseitig substituierbar, selbst wenn sie in identischen Packungsgrößen angeboten würden.

Aufgrund der marktregulierenden Wirkung der Rabattverträge sei es ausgeschlossen, dass diese ausgehöhlt würden, weil ein Hersteller ein weiteres, nichtrabattiertes Präparat auf dem Markt vertreibe. Die Apotheker seien nach [§ 129 Abs. 1 SGB V](#) verpflichtet, das rabattierte Arzneimittel abzugeben. Die Möglichkeit des Arztes, die Substitution auszuschließen, spiele in der Praxis letztlich nur eine untergeordnete Rolle. Manipulationen durch etwaige verstärkte Werbemaßnahmen seitens der pharmazeutischen Industrie seien daher ausgeschlossen. Sie wolle sich auch nicht vor Rabattierungen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) oder [§ 78 Abs. 3 Satz 2 AMG](#) schützen. Vielmehr sei es ihr ausdrückliches Interesse, ein Angebot im Hinblick auf Tamsu-astellas® abgeben zu können.

Zutreffend habe die Vergabekammer eine Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung festgestellt, für die es keine sachliche Rechtfertigung gebe. Die Vergabekammer habe sich auch nicht über die Definition des Beschaffungsbedarfs hinweggesetzt, denn dieser bzw. das Interesse der AG an einem breiten Produktsortiment würden bereits durch ein isoliertes Angebot (nur) für Tamsu-astellas® abgedeckt. Mit der ihr auferlegten Verpflichtung, auch für OmnicOcas® ein Angebot abgeben zu müssen, werde es ihr faktisch unmöglich gemacht, an der Ausschreibung teilzunehmen. Darin liege eine Ungleichbehandlung, die weder ausdrücklich gesetzlich geboten noch gestattet sei. Die Breite der wirkstoffbezogenen Produktpalette eines Herstellers spiele für die Beschaffungsentscheidung im Hinblick auf den Wirkstoff Tamsulosin keine Rolle. Wolle man dennoch die Produktbreite bei der Auswahlentscheidung positiv berücksichtigen, müsse dies als Vorteil verbleiben und dürfe nicht zum faktischen Ausschlusskriterium werden.

Die Nichtberücksichtigung des isolierten Angebots für Tamsu-astellas® würde das Prinzip der Wirtschaftlichkeit konterkarieren, denn sie führe dazu, dass möglicherweise nicht das günstigste Angebot den Zuschlag erhalte. Die Verletzung des Wirtschaftlichkeitsgebots

rechtfertige auch nicht, dass die Vorschriften des GWB gem. [§ 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) unter Berücksichtigung des Versorgungsauftrags der Krankenkassen angewandt werden müssten. Der Versorgungsauftrag der Krankenkasse zwingt die AG allenfalls dazu, im Rahmen einer Ausschreibung, das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg sei dabei im Ergebnis im Hinblick auf die Vergaberechtmäßigkeit der Ausschreibung für die spezielle Situation der AS nicht zu beanstanden.

Ihre sofortige Beschwerde sei zulässig und begründet.

Sie habe ein erhebliches Interesse geltend gemacht, sich an der Ausschreibung zu beteiligen und ein Angebot für ihr Präparat Tamsu-astellas® mit dem Wirkstoff Tamsulosin abzugeben. Da OmnicOcas® weit über dem Festbetrag liege und sie aufgrund der Verdingungsunterlagen gezwungen sei, auch auf dieses Präparat ein Angebot abzugeben, führe die von den AG durchgeführte Wirtschaftlichkeitsermittlung immer zu einer negativen Wirtschaftlichkeitsmaßzahl. Selbst wenn die AS ihre Präparate allesamt zu einem ruinösen Rabatt-ApU von 1 Cent pro Packung anböte, käme immer noch eine negative Wirtschaftlichkeitsmaßzahl heraus, so dass sie keine Chance auf einen Zuschlag habe.

Da sie im Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt gewesen sei, sei sie zur sofortigen Beschwerde gemäß [§ 116 Abs. 1 Satz 2 GWB](#) berechtigt. Ferner sei die sofortige Beschwerde auch form- und fristgemäß entsprechend der Regelung des [§ 117 GWB](#) eingelegt worden. Sie sei auch beschwerdebefugt. Im Rahmen des Vergabenachprüfungsverfahrens habe sie u.a. beantragt, die Ausschreibung hinsichtlich des Wirkstoffs Tamsulosin aufzuheben. Damit habe sie erkennbar das Ziel verfolgt, sich im Hinblick auf den Wirkstoff (nur) mit Tamsu-astellas® an der Ausschreibung zu beteiligen. Der Beschluss der Vergabekammer sei hinter ihrem Antrag zurückgeblieben. Er sei auch in materieller Hinsicht von ihrem Rechtsschutzziel abgewichen. Auch unter Zugrundelegung des Beschlusses der Vergabekammer sei es ihr nicht möglich, ein Angebot nur für Tamsu-astellas® vorzulegen. Dafür müssten ihr sowohl ein geändertes Excel-File wie neue Verdingungsunterlagen bzw. geänderte Rabattverträge zur Verfügung gestellt und im Übrigen eine Fristverlängerung eingeräumt werden. Eine entsprechende Verpflichtung der AG sei hingegen nicht tenoriert worden. Dieses sei jedoch notwendig, weil die AG es anderenfalls in der Hand hätten, durch Nichthandeln bzw. Zeitablauf eine Angebotsabgabe durch die AS zu verhindern.

Die sofortige Beschwerde sei auch begründet. Soweit die Vergabekammer die Frist zur Abgabe eines Angebot von einem Monat ab Zustellung des Beschlusses für angemessen halte, verkenne sie, dass es ihr zum gegenwärtigen Zeitpunkt überhaupt nicht möglich sei, ein Angebot nur im Hinblick auf Tamsu-astellas® abzugeben.

Hierfür seien neue Rabattverträge mit geänderter Vertragslaufzeit notwendig. Zum einen könne sie zum gegenwärtigen Zeitpunkt keine genaue Angebotskalkulation vornehmen, da ihr die Vertragsdauer unbekannt sei. Der im derzeitigen Rabattvertragsentwurf vorgesehene Vertragsbeginn (1. März 2009) sei nicht mehr umsetzbar, da sie nach Angebotsauswertung frühestens Ende Februar darüber in Kenntnis gesetzt würde, ob sie den Zuschlag für ihr Angebot erhalte. Dann wäre die Ausführungsfrist nach § 11 der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) nicht nur unangemessen kurz, sondern nicht existent. Sie müsste sich verpflichten, "aus dem Stand heraus" 100%ige Lieferfähigkeit zu garantieren.

Weiterhin sei zur Angebotsabgabe ein überarbeitetes Excel-File erforderlich. Bei dem Versuch, ein Angebot (Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen) nur im Hinblick auf Tamsu-astellas® abzugeben, breche die Berechnung des zum gegenwärtigen Zeitpunkt zur Verfügung stehenden Excel-File sofort ab. Nach Anklicken des Buttons "Angebot verarbeiten" erscheine eine Fehlermeldung. Ein verarbeitetes Angebot sei aber Voraussetzung, um die Angebotsunterlagen überhaupt ausdrucken zu können. Ohne funktionsfähiges Produkt- und Rabattblatt (Excel-File) habe sie keine Möglichkeit, Modelle und Simulationen im Hinblick auf ihr Angebot zu rechnen. Damit sei sie im Vergleich gegenüber den anderen Bietern massiv benachteiligt.

Die Beigeladenen haben sich nicht geäußert.

Den Antrag der AS, gemäß [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) die aufschiebende Wirkung ihrer sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern, hat der Senat mit Beschluss vom 4. Februar 2009 abgelehnt.

Die Akten der Vergabekammer und die von den AG geführten Vergabeakten ([§ 110 Abs. 2 Satz 1 GWB](#)) liegen dem Senat vor.

II.

1. Sofortige Beschwerde der AG

Die sofortige Beschwerde der AG ist zulässig und begründet. Die Vergabekammer Baden-Württemberg hätte dem Nachprüfungsantrag der AS nicht teilweise stattgeben dürfen, sondern hätte ihn vollumfänglich zurückweisen müssen.

1.1 Rechtsweg

Für die Entscheidung über die sofortige Beschwerde ist der Rechtsweg zu den Sozialgerichten eröffnet; zuständiges Gericht ist das LSG Baden-Württemberg. Dies folgt aus den mit Wirkung ab 18. Dezember 2008 durch Art. 2b, Art. 7 Abs. 5 des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG, BGBl. I S. 2426) eingeführten [§ 29 Abs. 5](#) und [§ 142a](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG). Danach entscheidet in Streitigkeiten über Entscheidungen von Vergabekammern, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) betreffen, ausschließlich das für den Sitz der Vergabekammer zuständige Landessozialgericht ([§ 29 Abs. 5 Satz 1 SGG](#)). Dabei sind [§ 115 Abs. 2 Satz 2 bis 5](#), [§ 116 Abs. 1 und 2](#), die [§§ 117 bis 123](#) sowie die [§§ 125](#) und [126 GWB](#) entsprechend anzuwenden.

1.2 Zulässigkeit der sofortigen Beschwerde der AG

Nach [§ 116 Abs. 1 und 2 GWB](#) ist gegen Entscheidungen der Vergabekammer die sofortige Beschwerde zulässig. Sie steht den am Verfahren vor der Vergabekammer Beteiligten zu. Die sofortige Beschwerde ist binnen einer Notfrist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, schriftlich bei dem Beschwerdegericht einzulegen, sie ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen und muss durch

einen Rechtsanwalt unterzeichnet sein. Mit der Einlegung der Beschwerde sind die anderen Beteiligten des Verfahrens vor der Vergabekammer vom Beschwerdeführer durch Übermittlung einer Ausfertigung der Beschwerdeschrift zu unterrichten ([§ 117 GWB](#)). Diese formalen Voraussetzungen sind erfüllt. Die Entscheidung der Vergabekammer ist den Prozessvertretern der AG am 9. Januar 2009 zugestellt worden, sodass die am 22. Januar 2009 beim LSG Baden-Württemberg eingegangene Beschwerde fristgerecht eingelegt worden ist.

Der sofortigen Beschwerde der AG fehlt auch nicht das Rechtsschutzbedürfnis im Hinblick darauf, dass die von der Vergabekammer gesetzte Nachfrist mittlerweile abgelaufen ist, ohne dass die AS ein Angebot abgegeben hat. Die Entscheidung der Vergabekammer ist mehrdeutig (s. bereits Beschluss des Senats vom 4. Februar 2009 zum Antrag der AS nach [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#)). Bei einem am Wortlaut des Beschlusses der Vergabekammer orientierten Verständnis werden die AG im Beschluss der Vergabekammer (Nr. 1 des Beschlusses) lediglich verpflichtet, der AS zu gestatten, innerhalb eines Monats ab Zustellung des Beschlusses ein Angebot (beschränkt auf eines der beiden von ihr gelisteten Präparate) abzugeben. Wird ein solches Angebot innerhalb der Frist gemacht ("dann"), wird den AG aufgegeben, die Wertung unter Berücksichtigung dieses Angebots zu wiederholen (Nr. 2 des Beschlusses). Daraus könnte im Umkehrschluss gefolgert werden, dass die AG nicht verpflichtet sind, die Wertung zu wiederholen, sondern den Zuschlag entsprechend der bisherigen Wertung vornehmen dürfen, wenn die AS innerhalb der von der Vergabekammer eingeräumten Frist kein Angebot abgibt. Andererseits dürfte die Entscheidung der Vergabekammer der Sache nach bedeuten, dass die AG verpflichtet sind, die Ausschreibung bezüglich des Wirkstoffs Tamsulosin neu durchzuführen. Die AG weisen zutreffend darauf hin, dass bei einer Angebotsfrist der AS von einem Monat und einer angemessenen Zeitspanne für die Angebotsprüfung und -bewertung ([§§ 23, 25 VOL/A](#)) sowie der Einhaltung der Vorabinformationsfrist ([§ 13 VgV](#)) die Rabattverträge für den Wirkstoff Tamsulosin nicht innerhalb der Zuschlagsfrist geschlossen werden könnten. Diesem Gesichtspunkt trägt auch die AS Rechnung, indem sie zusätzlich beantragt, ihr nicht nur ein überarbeitetes Excel-File im Rahmen der Angebotsabgabe zur Verfügung stellen, sondern auch neue Rabattverträge (je Gebietslos) mit geänderter Vertragslaufzeit anzubieten. Bei einem derartigen Verständnis des Beschlusses der Vergabekammer wäre von einer Untersagung des Zuschlags bezüglich des Wirkstoffs Tamsulosin auszugehen. Diese Anordnung hätte, ohne dass es einer Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der von der AS eingelegten sofortigen Beschwerde bedarf, bis zu einer gegenteiligen Entscheidung des Senats Bestand.

1.3 Begründetheit der sofortigen Beschwerde der AG

1.3.1 Anwendung des GWB; AG als öffentlicher Auftraggeber; öffentlicher Lieferauftrag

Der Senat hat bereits in seinem Beschluss vom 23. Januar 2009 ([L 11 WB 5971/08](#)), der zu derselben Ausschreibung der AG ergangen ist, ausgeführt, dass die Durchführung eines Nachprüfungsverfahrens vor der Vergabekammer statthaft war. Für die Zeit bis zum Inkrafttreten des GKV-OrgWG am 18. Dezember 2008 folgt dies aus einer richtlinienkonformen Auslegung des bis dahin geltenden [§ 69 SGB V](#). Für die Zeit danach schreibt die ab 18. Dezember 2008 geltende Fassung des [§ 69 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 SGB V](#) (Art. 1 Nr. 1e, Art. 7 Abs. 5 GKV-OrgWG) die Anwendung der [§§ 97 bis 115](#) und [128 GWB](#) ausdrücklich vor.

Der Senat hat dort auch entschieden, dass die AG als öffentlicher Auftraggeber i.S. der Richtlinie 2004/18/EG und des [§ 98 Nr. 2 GWB](#) (s. bereits Beschluss des Senats vom 28. Oktober 2008, [L 11 KR 4810/08 ER-B](#)) sowie die Rabattverträge als öffentliche Lieferaufträge anzusehen sind. Hieran hält der Senat fest.

1.3.2 Verfahren vor der Vergabekammer

Der Senat hält ebenfalls an seiner im genannten Beschluss vom 23. Januar 2009 dargelegten Auffassung fest, dass die Vergabekammer Baden-Württemberg zuständig zur Entscheidung über den Nachprüfungsauftrag ist, entweder weil die AOK B. die Ausschreibung federführend durchführt, oder weil eine Bindung an den Verweisungsbeschluss der Vergabekammer des Bundes besteht, oder weil im Falle gemeinsamer Ausschreibung durch in verschiedenen Bundesländern ansässige Auftraggeber grundsätzlich die Vergabekammer eines jeden in Frage kommenden Landes zuständig ist.

Der AS ist die Antragsbefugnis nach [§ 107 Abs. 2 GWB](#) nicht abzuspochen, denn sie hat frühzeitig ihr Interesse bekundet, an der Ausschreibung für den Wirkstoff Tamsulosin teilzunehmen und sich darin durch die von ihr geltend gemachte Verletzung von Vergabevorschriften gehindert gesehen. Der von der Vergabekammer festgestellte Verstoß gegen Verfahrensvorschriften ist von der AS auch nach [§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB](#) rechtzeitig im Vergabeverfahren gerügt worden. Im Übrigen schließt sich der Senat den entsprechenden Ausführungen im Beschluss der Vergabekammer an.

1.3.3 Von der Vergabekammer festgestellte Verstöße

Die Bieter haben nach [§ 97 Abs. 7 GWB](#) Anspruch darauf, dass der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Die von den AG gewählte Form der Ausschreibung verstößt insbesondere weder gegen vergaberechtliche Mittelstandsschutzregeln ([§ 97 Abs. 3 GWB](#)) noch gegen das Gleichbehandlungsgebot ([§ 97 Abs. 2 GWB](#)). Im Ansatz steht es jeder Vergabestelle frei, die auszuscheidende Leistung nach ihren individuellen Vorstellungen zu bestimmen und nur in dieser - den autonom bestimmten Zwecken entsprechenden - Gestalt dem Wettbewerb zu öffnen. Sie befindet deshalb grundsätzlich alleine darüber, welchen Umfang die zu vergebende Leistung im Einzelnen haben soll und ob ggf. mehrere Leistungsuntereinheiten gebildet werden, die gesondert zu vergeben und vertraglich abzuwickeln sind. Vergaberechtliche Belange sind allerdings insofern berührt, als ein Marktzugang auch für kleine und mittelständische Unternehmen eröffnet und so die Zahl der Anbieter erhöht und der Wettbewerb gestärkt werden soll (OLG Jena, Beschluss vom 6. Juni 2007, [9 Verg 3/07](#), m.w.N. zit. nach juris). Nach [§ 97 Abs. 3 GWB](#) sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. Dementsprechend sieht [§ 5 Nr. 1](#) der VOL/A vor, dass der Auftraggeber in jedem Falle, in dem dies nach Art und Umfang der Leistung zweckmäßig ist, diese - z. B. nach Menge und Art - in Lose zu zerlegen hat, damit sich auch kleinere und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Die einzelnen Lose müssen so bemessen sein, dass eine unwirtschaftliche Zersplitterung vermieden wird.

Unter Hinweis auf diese Bestimmungen hat der erkennende Senat im Beschluss vom 23. Januar 2009 die von den AG vorgenommene Einteilung in Fach- und Gebietslose als rechtmäßig erachtet. Der Senat hält an dieser Auffassung und insbesondere an der Zulässigkeit einer wirkstoffbezogenen Ausschreibung fest. Die AG stellen mit ihrer Vergabebedingung, wonach jeder Bieter pro angebotenen Fachlos

(Wirkstoff) und Gebietslos einen Rabatt-ApU für alle PZN anzubieten hat, die er für den angebotenen Wirkstoff gem. Lauer-Taxe, Stand 1. September 2008, im Sortiment hat, auf objektive Kriterien ab, mit denen der Gegenstand der Ausschreibung klar und eindeutig definiert wird. Ob sie darüber hinaus überhaupt verpflichtet sind, die Bestimmung ihres Beschaffungsbedarfes noch weiter zu begründen, ist fraglich, kann letztlich aber dahingestellt bleiben. Das Abstellen auf den Wirkstoff iSd [§ 4 Abs. 19 AMG](#) ist jedenfalls grundsätzlich nicht sachwidrig. So schreibt z. B. § 2 Abs. 1 Nr. 4 der auf der Grundlage von [§ 48 AMG](#) ergangenen Arzneimittelverschreibungsverordnung vom 21. Dezember 2005 ([BGBl. I S. 3632](#)), zuletzt geändert durch Artikel 1 und Artikel 2 der Verordnung vom 19. Dezember 2008 ([BGBl. I S. 2977](#) - AMVV -) vor, dass die Verschreibung eines Arzneimittels die Bezeichnung des Fertigarzneimittels oder des Wirkstoffes enthalten muss. In der AMVV wird die Verschreibungspflicht für Tamsulosin in der Anlage 1 ebenfalls durch Bezugnahme auf den Wirkstoff bestimmt. Auch die Bildung der Gruppen für die Festbetragsfestsetzung orientiert sich in [§ 35 Abs. 1 SGB V](#) an den Wirkstoffen.

Die Verpflichtung der Anbieter, ein Angebot für alle in der Lauer-Taxe geführten PZN eines Wirkstoffs abzugeben, ist - wie der Senat bereits im Beschluss vom 23. Januar 2009, [L 11 WB 5971/08](#), entschieden hat - ebenfalls nicht zu beanstanden. Die dadurch gegebene Berücksichtigung der Sortimentsbreite ist eine nachvollziehbare Konsequenz aus der - zulässigen - wirkstoffbezogenen Ausschreibung der Rabattverträge und damit letztlich auch eine Frage der Konkretisierung des Beschaffungsbedarfs. Wenn die AG für einen Wirkstoff einen Rabattvertrag mit nur einem Hersteller schließen wollen, liegt es nicht nur nahe, alle von diesem Hersteller zu dem angebotenen Wirkstoff gelisteten PZN zu erfassen. Es dient auch dem Interesse einer wirtschaftlichen Versorgung der bei den AG Versicherten mit Arzneimitteln, wenn für einen Wirkstoff möglichst viele PZN durch den betreffenden Rabattvertrag abgedeckt sind (Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 23. Januar 2009, [VK 3 - 194/08](#)). Die Vergabekammer Baden-Württemberg sah in dieser Verpflichtung ebenfalls keine Ungleichbehandlung bzw. Benachteiligung der AS. Der Senat braucht daher nicht zu entscheiden, ob die von den AG im Vergabevermerk gegebene (weitere) Begründung tragfähig ist, es solle verhindert werden, dass die Rabatte durch die Erhöhung der ApUs für vergleichbare, aber nicht rabattierte PZNs unterlaufen würden.

Ist die Verpflichtung, auf alle gelisteten Arzneimittel ein Angebot abgeben zu müssen, rechtmäßig, muss sie grundsätzlich für alle Bieter gleichermaßen gelten. Dies bedarf keiner besonderen Begründung, sondern folgt unmittelbar aus [§ 97 Abs. 2 GWB](#). Die Anwendung dieses Grundsatzes auf die AS führt auch zu keiner Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte. Die Situation, in der sich die AS befindet, unterscheidet sich nicht wesentlich von der anderer pharmazeutischer Unternehmer.

Der geschützte Markenname eines Arzneimittels (Handelsname) ist kein Kriterium, das bei der Ausschreibung von Rabattverträgen berücksichtigt werden muss oder darf. Dies gilt grundsätzlich auch in den Fällen, in denen ein Hersteller - wie hier die AS - zu einem Wirkstoff zwei unterschiedliche Präparate (unter verschiedenen Handelsnamen) anbietet. Unerheblich ist auch, dass beide Arzneimittel über eine eigene arzneimittelrechtliche Zulassung verfügen und die Wirkstofffreisetzung (nicht der Wirkstoff selbst) bei einem der Präparate noch patentrechtlich geschützt ist. Für den Beschaffungsbedarf der AG als gesetzliche Krankenkassen sind diese Gesichtspunkte nicht von Bedeutung. Arzneimittel sind nach [§ 27 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGB V](#) Bestandteil der Krankenbehandlung. Bei der Verordnung von Arzneimitteln durch den Vertragsarzt steht deshalb der therapeutische Nutzen der Arzneimittel im Vordergrund (vgl. Nr. 12 AMR). Dies hat Auswirkungen auch auf die Ausschreibung von Rabattverträgen für Arzneimittel. Unterschiede zwischen einzelnen pharmazeutischen Unternehmen sind nur erheblich, wenn und soweit sich die von ihnen angebotenen Produkte in ihrer therapeutischen Wirkung unterscheiden. Dabei dürfen die AG entsprechend der für die Bildung von Festbetragsgruppen geltenden Bestimmungen in [§ 35 Abs. 1 Satz 2](#), [§ 35a Abs. 3 Satz 1 SGB V](#) davon ausgehen, dass Arzneimittel mit denselben Wirkstoffen auch den gleichen therapeutischen Nutzen haben und etwas anderes nur gilt, wenn die Arzneimittel trotz vorhandener Wirkstoffidentität unterschiedliche Bioverfügbarkeiten aufweisen, sofern diese für die Therapie bedeutsam sind. Ein solcher Sachverhalt liegt hier in Bezug auf die von der AS angebotenen Präparate Tamsu-astellas® und OmnicOcas® nicht vor.

Sowohl Tamsu-astellas® als auch OmnicOcas® enthalten mit Tamsulosin den gleichen Wirkstoff. Sie weisen keine für die Ausschreibung von Arzneimitteln bedeutsamen Unterschiede auf. So hat schon der Unterausschuss Arzneimittel des Gemeinsamen Bundesausschusses in seinen "Tragenden Gründen" zum Beschluss über eine Änderung der AMR in Anlage 2: Festbetragsgruppenänderung Stufe 2 - Alpha-Rezeptorenblocker, Gruppen 1 und 2 - vom 17. Oktober 2006 ([www.g-ba.de/downloads/40-268-100/2006-10-17 AMR2-Rezeptorenblocker TrGr.pdf](#)) wesentliche therapeutische Unterschiede, auch was therapeutisch bedeutsame Bioverfügbarkeiten angeht, von Alpha-Rezeptorenblockern der Gruppe 1 (Bunazosin, Indoramin, Urapidil) bzw. 2 (Alfuzosin, Doxazosin, Tamsulosin, Terazosin) vereint. Er hat keine therapeutischen Verbesserung von OmnicOcas® gegenüber generischen Tamsulosin-Formulierungen gesehen und die Herausnahme von OmnicOcas® aus der Festbetragsgruppe abgelehnt. Den gesetzlichen Krankenkassen, für die die Richtlinien des Gemeinsamen Bundesausschusses ohnehin nach [§ 91 Abs. 6 SGB V](#) verbindlich sind, ist es nicht verwehrt, bei der Beurteilung unterschiedlicher Bioverfügbarkeiten wirkstoffgleicher Arzneimittel die Entscheidung des Gemeinsamen Bundesausschusses zu diesem Gesichtspunkt zu übernehmen.

Der Vortrag der AS, Tamsu-astellas® und OmnicOcas® seien mangels gleicher oder austauschbarer Darreichungsform gemäß dem Rahmenvertrag über die Arzneimittelversorgung nach [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) nicht gegenseitig substituierbar, selbst wenn sie in identischen Packungsgrößen angeboten würden und der verordnende Arzt die Ersetzung des Arzneimittels durch ein wirkstoffgleiches Arzneimittel nicht ausgeschlossen habe, führt zu keinem anderen Ergebnis. Damit lässt sich weder eine Pflicht der AG begründen, die Ausschreibung von Rabattverträgen auf gegenseitig substituierbare Arzneimittel zu beschränken, noch eine Pflicht, der AS die Abgabe eines Angebotes nur für eines ihrer Produkte zu gestatten. Dem von der AS genannten Gesichtspunkt tragen die AG bei der Angebotsbewertung Rechnung. So sehen die Vergabebedingungen die Einteilung der pro Wirkstoff angebotenen PZN in Preisvergleichsgruppen vor, so dass nur Rabattangebote verschiedener Bieter mit Arzneimitteln vergleichbarer Anwendungsweise miteinander verglichen werden. Maßgeblich für die Bildung der Preisvergleichsgruppen war die Vergleichbarkeit bzw. Austauschbarkeit von Arzneimitteln aus therapeutischer Sicht. Wären die AG verpflichtet, die Ausschreibung von Rabattverträgen auf substituierbare Arzneimittel zu beschränken, könnten sie noch nicht einmal Arzneimittel eines Wirkstoffs mit unterschiedlicher Wirkstärke oder Packungsgröße gemeinsam ausschreiben. Denn auch diese Kriterien müssen nach den Buchstaben b und c des § 4 Abs. 1 des Rahmenvertrages (Fassung vom 17. Januar 2008) bei einer Substituierung durch den Apotheker beachtet werden. Die Ausschreibung von Rabattverträgen kann sich nicht wie die Ersetzungspflicht des Apothekers nach [§ 129 Abs. 1 SGB V](#) an der auf den einzelnen Patienten bezogenen Arzneimittelverordnung des Vertragsarztes orientieren. Eine Diskriminierung wäre höchstens in dem (umgekehrten) Fall denkbar, dass ein Hersteller gehindert wäre, seine unterschiedlichen, eine gegenseitige Substituierung ausschließenden Darreichungsformen von Arzneimitteln eines Wirkstoffs nicht anbieten zu dürfen, nur weil sich diese auf mehrere von ihm angebotene Präparate (Handelsnamen) verteilen. Das ist aber bei der AS, die gerade nicht alle Präparate und

damit nicht alle Darreichungsformen anbieten will, nicht der Fall.

Preisunterschiede zwischen verschiedenen Präparaten sind kein Kriterium, an dem die AG ihre Ausschreibung ausrichten müssen. Letztlich bleibt das Angebot eines Wirkstoffs in Form mehrerer Präparate eine unternehmerische Entscheidung, die den Krankenkassen nicht zuzurechnen und an die sie bei ihrer Ausschreibung auch nicht anknüpfen müssen. Kein Anbieter hat, wie bereits im Beschluss vom 23. Januar 2009 entschieden, einen Anspruch darauf, dass eine Ausschreibung so durchgeführt wird, dass dadurch die von ihm getroffenen unternehmerischen Produktionsentscheidungen und Vertriebsstrategien möglichst optimal berücksichtigt werden.

Im Übrigen hat die AS selbst darauf hingewiesen, dass durch die Vergabebedingungen der AG diejenigen Unternehmen bevorzugt würden, die viele PZN auf einen Wirkstoff im Sortiment hätten. Zwar trifft es nicht zu, dass diese Unternehmen (i.S. einer Ungleichbehandlung) bevorzugt werden; richtig ist aber, dass diese Hersteller größere Chancen auf einen Zuschlag haben. Dies ist darauf zurückzuführen, dass bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahl, die für die Beurteilung der Angebote von Bedeutung ist, die im Referenzzeitraum (2. Quartal 2007 bis 1. Quartal 2008) zu Lasten der AG abgerechnete gesamte Wirkstoffmenge berücksichtigt wird. Je mehr PZN ein Unternehmen anbieten kann, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass das Unternehmen damit eine Preisvergleichsgruppe abdeckt, die im Referenzzeitraum den überwiegenden Anteil der Verordnungen eines Wirkstoffs (Fachlos) ausgemacht hat. Allerdings ist dies keineswegs zwingend. Die Berücksichtigung der Sortimentsbreite stellt, wie der Senat in seinem Beschluss vom 23. Januar 2009 und die 3. Vergabekammer des Bundes im Beschluss vom 23. Januar 2009, [VK 3 - 194/08](#), (dort Seite 54 des Beschlusses) dargelegt haben, keinen Vergabefehler dar. Gerade unter dem Gesichtspunkt der Sortimentsbreite werden Unternehmen, die zu einem Wirkstoff mehrere Präparate anbieten, durch die Ausschreibung nicht notwendigerweise benachteiligt. Im Gegenteil. Durch das Abstellen auf den Wirkstoff können sich mehr Arzneimittel (PZN) pro Wirkstoff und damit ein breiteres Sortiment ergeben, als dies bei einem Abstellen auf den Handelsnamen der Fall wäre. Es sind deshalb Konstellationen denkbar, bei denen Hersteller mit zwei Marken mit größeren Erfolgsaussichten an der Ausschreibung teilnehmen können als Hersteller mit nur einer Marke. Dass dies bei der AS nicht der Fall ist, beruht nicht auf dem Angebot einer zweiten Marke zu demselben Wirkstoff, sondern ausschließlich auf dem Umstand, dass sie eine ihrer Marken zu einem Preis anbietet, der deutlich höher ist als der Festbetrag. Darauf müssen die AG aber keine Rücksicht nehmen.

Für Festbetragsarzneimittel folgt etwas anderes auch nicht aus [§ 31 SGB V](#). Nach Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift trägt die Krankenkasse die Kosten für ein Arzneimittel, für das ein Festbetrag festgesetzt worden ist, nur bis zum Festbetrag. Das gilt nach Abs. 2 Satz 2 nicht, wenn hierfür ein Rabattvertrag nach [§ 130a SGB V](#) abgeschlossen ist. Nach Abs. 2 Satz 3 wiederum ist ein Rabattvertrag nur zulässig, wenn dadurch die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrages ausgeglichen werden. Daraus folgt nicht, dass Arzneimittel, die zu einem höheren Preis als der Festbetrag angeboten werden, bei einer Ausschreibung ausgespart werden müssen. Es wird den AG lediglich aufgegeben, Rabattverträge über solche Arzneimittel nur zu schließen, wenn hierdurch die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrages ausgeglichen werden. Dieser Verpflichtung sind die AG in ihren Vergabebedingungen nachgekommen.

Ob in dem Vertrieb zweier Präparate eines Wirkstoffs eine durch entsprechende Markteinflüsse betriebene "Zwei-Marken-Strategie" der AS zu sehen ist, hat nach den Vergabebedingungen keine Rolle gespielt und muss es auch nicht.

Es liegt auch kein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot des [§ 97 Abs. 5 GWB](#) vor. Die Wahl der Kriterien für die Zuschlagserteilung ist grundsätzlich den öffentlichen Auftraggebern überlassen. Nach dem Wirtschaftlichkeitsgebot kommen dabei nur Kriterien in Betracht, die der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen (Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, 2. Aufl. 2008, [§ 97 GWB](#) Rn. 98). Daran orientieren sich auch die Vergabebedingungen der AG. Entscheidendes Kriterium für die Bewertung der Wirtschaftlichkeit eines Angebots im Vergleich zu anderen Angeboten ist dabei die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl, die für jedes Angebot - den Ausschreibungsbedingungen entsprechend - wirkstoffbezogen errechnet wird (Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl je Wirkstoff). Sie berücksichtigt neben der Unterschreitung der Durchschnitts-ApU je PZN auch die angebotene Produktbreite sowie die abgerechnete Wirkstoffmenge je Gebietslos im Referenzzeitraum.

Wenn die AS geltend macht, nicht das wirtschaftlichste Angebot abgeben zu können, übersieht sie, dass ihr ein "wirtschaftlicheres" Angebot überhaupt nur möglich wäre, wenn es zu anderen Vergabebedingungen abgegeben werden könnte. Da die Vergabebedingungen aber, wie dargelegt, nicht zu beanstanden sind, und die AS sich allein durch diese gehindert sieht, überhaupt ein erfolversprechendes Angebot abzugeben, wird auch nicht gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot verstoßen.

2. Sofortige Beschwerde der AS

Mit dem Erfolg der sofortigen Beschwerde der AG erledigt sich die sofortige Beschwerde der AS. Denn mit ihr soll allein das Ziel verfolgt werden, die tatsächlichen Voraussetzungen dafür zu schaffen, dass die AS auch von der ihr von der Vergabekammer zugesprochenen Möglichkeit Gebrauch machen und ein Angebot allein für Tamsu-astellas® abgeben kann. Da die Entscheidung der Vergabekammer aufgehoben wird, soweit sie dem Nachprüfungsantrag der AS entsprochen hat, bleibt für das mit der sofortigen Beschwerde der AS verfolgte Begehren der AS kein Raum mehr. Die Zurückweisung der sofortigen Beschwerde der AS erfolgt allein aus Gründen der Klarstellung.

3. Kostenentscheidung

Die Kostenentscheidung beruht entweder auf den [§§ 154 Abs. 2, 155 Abs. 2 VwGO](#) analog oder auf [§ 202 SGG](#) i. V. m. [§ 97 Abs. 1](#) der Zivilprozessordnung - ZPO - (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Oktober 2005, [X ZB 15/05](#) zit. nach juris; Beschluss des Senats vom 23. Januar 2009, [L 11 WB 5971/08](#)). Danach trägt die AS die Kosten der ohne Erfolg eingelegten sofortigen Beschwerde. Dazu gehören auch die Kosten des Antrages auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ([§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#)). Kosten sind die Gerichtskosten (Gebühren und Auslagen) und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beteiligten ([§ 162 Abs. 1 VwGO](#) analog bzw. [§ 202 SGG](#) i. V. m. [§ 91 Abs. 2 ZPO](#)). Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Beigeladenen erfolgt nur hinsichtlich der Beigeladenen zu 1 für das Verfahren vor der Vergabekammer, wo diese sich mit einem Sachantrag auf Seiten der AG beteiligt hat ([§ 162 Abs. 3 VwGO](#) analog bzw. [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§ 97 Abs. 1, § 101 Abs. 1 ZPO](#)). Eine Erstattung der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der AS erfolgt weder für das Verfahren vor der Vergabekammer noch für das Beschwerdeverfahren.

Die Hinzuziehung von Bevollmächtigten durch die AG und die Beigeladene zu 1 war jeweils zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendig.

4. Streitwert

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf den [§ 50 Abs. 2](#) Gerichtskostengesetz, wonach der Streitwert 5 Prozent der Bruttoauftragssumme beträgt.

Der Senat geht von den übereinstimmenden Angaben der AS vor der Vergabekammer (Schriftsatz vom 23. Dezember 2008) und vor dem Senat (Schreiben vom 16. Januar 2008, AS 354 der Senatsakten) aus, die in der mündlichen Verhandlung erörtert und dort von den AG auch nicht in Zweifel gezogen worden sind. Danach kann für die Bruttoauftragssumme bei dem von den AG für den Zeitraum 1. April 2007 bis 31. März 2008 angegebenen Umsatz für Tamsulosin-Präparate (Retard-Kapseln) zu den drei Packungsgrößen N1 bis N3, einer pauschalen Annahme der Umsetzungsquote der Rabattvertragsverordnungen von 70 Prozent, einem pauschalen Abzug auf den ApU für Tamsu-astellas® in Höhe von 50 Prozent im Hinblick auf den möglichen Rabatt und einer Hochrechnung auf die Vertragslaufzeit (mit Verlängerungsoption) von 27 Monaten ein Gesamtwert von 9.084.448,60 Euro zugrunde gelegt werden. 5 Prozent hiervon sind 454.222,43 Euro. Von diesem hochgerechneten Umsatz muss der bisher mit dem Präparat Tamsu-astellas® mit den AG gemachte Umsatz nicht in Abzug gebracht werden. Denn der Abschluss eines Rabattvertrages dient auch dem Erhalt dieses Umsatzes. Bei einer Zuschlagerteilung an einen anderen pharmazeutischen Unternehmer ist damit zu rechnen, dass der AS zumindest ein Teil des bisherigen Absatzes verlorengeht.

5. Rechtsbehelfe; Vorlage

Dieser Beschluss ist nicht anfechtbar. Eine Vorlage an das BSG hält der Senat nicht für notwendig, da kein Fall des [§ 142a Abs. 4 SGG](#) gegeben ist.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-03-09