

L 21 KR 16/09 SFB

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung

21
1. Instanz

-
Aktenzeichen
VK 45/2008-L/Z
Datum

-
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen

L 21 KR 16/09 SFB
Datum

19.02.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Das Zuschlagsverbot wird wiederhergestellt. Die Kosten des Verfahrens über die Wiederherstellung des Zuschlagsverbots tragen die Antragsgegnerinnen.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen haben den Abschluß von Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in einem EU-weit bekannt gemachten offenen Verfahren (Bekanntmachungs-Nr. 2008/S 154-207965) für eine Vertragslaufzeit von 2 Jahren (2009/2010) ausgeschrieben. Gegenstand der wirkstoffbezogenen Ausschreibung sind nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) in 64 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen. Nach den Verdingungsunterlagen hat jeder Bieter pro angebotenen Fachlos (Wirkstoff) und je Gebietslos einen Rabatt (ApU) für alle Pharmazentralnummern (PZN) anzubieten, die er für den angebotenen Wirkstoff nach der "Lauer-Taxe" am 01. August 2008 (im Verlauf des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01. September 2008 - sog. Stichtag) im Sortiment hat. Die "Lauer-Taxe", auch ABDA-Artikelstamm oder große deutsche Spezialitäten-Taxe genannt, enthält die Daten aller bei der Informationsstelle für Arzneispezialitäten gemeldeten, in Deutschland zugelassenen Fertigarzneimittel unter Angabe der Arzneimittelbezeichnung, des Arzneimittelherstellers, des Wirkstoffs, der Wirkstoffmenge, der Darreichungsform und der Packungsgröße. Die jedem Fertigarzneimittel zugeordnete PZN erlaubt die eindeutige Identifizierung jedes Arzneimittels nach den dargestellten Kriterien. Die "Lauer-Taxe" wird in 14-tägigem Rhythmus aktualisiert.

Den Bietern wurde zum Eintrag der von ihnen angebotenen Rabatte ein sog. "Produkt und Rabattblatt" in elektronischer Form (Excel-Tabelle) zur Verfügung gestellt. Diese Tabelle enthielt bereits alle von pharmazeutischen Unternehmen zum Stichtag in der Lauer-Taxe geführten PZN der von den Antragsgegnerinnen nachgefragten Produkte. Der Bieter seinerseits konnte Eintragungen in der Spalte "Rabatt-ApU je mg Wirkstoff" vornehmen. Diese Eintragungen wurden automatisch weiterverarbeitet. Dem Bieter wurde in einer weiteren Spalte das Ergebnis "Wirtschaftlichkeitsmaßzahl (WMZ) Angebot je PZN" angezeigt. Die WMZ sollte grundsätzlich über die Bieterreihenfolge je Wirkstoff und je Gebietslos entscheiden (Teil A IV.2 der Verdingungsunterlagen).

Die Antragstellerin wandte sich gegen das Abstellen auf den in der Vergangenheit liegenden Stichtag bezüglich der zur "Lauer-Taxe" gemeldeten PZN sowie gegen den Zwang, auf alle zu einem Wirkstoff gehörenden PZN bieten zu müssen (Schreiben vom 14.08.2008). Die Antragsgegnerinnen wiesen die Beanstandungen zurück (Schreiben vom 20.08.2008); die Antragstellerin erhielt sie aufrecht (Schreiben vom 21.08.2008). Auch nachdem die Antragsgegnerinnen den Stichtag durch Bekanntmachung vom 10.09.2008 auf den 01.09.2008 verändert hatten, erklärte die Antragstellerin erneut ihre Beanstandung (Schreiben vom 10.09.2008).

Die Antragstellerin gab für einen (größeren) Teil der ausgeschriebenene Wirkstoffe Angebote ab, für die sie teilweise den Zuschlag erhalten soll.

Am 23.10.2008 hat die Antragstellerin die Nachprüfung des Vergabeverfahrens beantragt.

Zur Begründung hat sie u.a. vorgebracht, dass der in der Vergangenheit liegende Stichtag der "Lauer-Taxe" und die ausschließliche Berücksichtigung der zu diesem Stichtag eingetragenen PZN im Ergebnis dazu führten, dass nur bestimmte pharmazeutische Unternehmer mit Aussicht auf Erfolg ein Angebot abgeben könnten. Es sei ihr verwehrt, entsprechend den Anforderungen der Ausschreibung weitere Arzneimittelprodukte zur "Lauer-Taxe" anzumelden und so auf die Ausschreibung zu reagieren.

Die Antragsgegnerinnen haben u.a. entgegnet, dass durch die Stichtagsregelung der Gefahr habe begegnet werden sollen, dass einzelne Bieter ihre Angebote insbesondere durch Beschränkung auf einen Teil ihres Produktsortiments unter Ausbietung hoher Rabatte so ausgestalteten, dass insgesamt die Rabatzzahlungen nicht erhöht, sondern vermindert würden. Wäre eine veränderungsoffene Ausschreibung durchgeführt worden, hätten zu den dann möglicherweise angemeldeten veränderten Darreichungsformen keine Daten zur Verfügung gestanden, um die künftige Wirtschaftlichkeit des Rabattangebotes überhaupt zu werten.

Am 23.01.2009 haben die Antragsgegnerinnen beantragt, ihnen den vorzeitigen Zuschlag gemäß [§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) zu gestatten.

Zur Begründung haben sie geltend gemacht, dass die Antragstellerin für 28 Fachlose überhaupt kein Angebot abgegeben habe. Insoweit sei der Nachprüfungsantrag offensichtlich unbegründet. Die vorzunehmende Interessenabwägung führe zu dem Ergebnis, dass ihr Interesse an einer vorzeitigen Zuschlagsgestattung überwiege. Es sei die lange Dauer des Nachprüfungsverfahrens zu berücksichtigen. Sie seien dringend auf die erwarteten (und bereits eingeplanten) Einsparungen aufgrund der abzuschließenden Rabattverträge angewiesen. Durch die Verzögerung entstehe ihnen ein Rabattausfall von 32,4 Millionen Euro pro Woche. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin habe demgegenüber keine Aussicht auf Erfolg.

Die Antragsgegnerinnen haben beantragt,

ihnen zu gestatten, den Zuschlag auf die ausgeschriebenen Rabattverträge, soweit diese Rabattverträge nach Klarstellung der Antragstellerin vom 14.12.2008 streitbefangen sind und soweit diese Rabattverträge nicht den Wirkstoff Olanzapin betreffen, nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen.

Die Antragstellerin hat beantragt,

den Antrag der Antragsgegnerinnen nach [§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) auf Vorabgestattung der Zuschlagsentscheidung zurückzuweisen.

Sie hat entgegnet: Die Antragsgegnerinnen hätten das Nachprüfungsverfahren selbst nicht gefördert. Das Interesse der Antragsgegnerinnen an der wirtschaftlichen Versorgung ihrer Versicherten sei nicht gefährdet. Es komme lediglich zu einer geringfügigen Verschiebung der Laufzeit der abzuschließenden Rabattverträge.

Durch Beschluss vom 04.02.2009 hat die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf den Antragsgegnerinnen gestattet, die Zuschläge auf die ausgeschriebenen Rabattverträge, soweit diese Rabattverträge nach der Teilrücknahme der Antragstellerin noch Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens sind und ohne Berücksichtigung des Wirkstoffes Olanzapin, nach Ablauf von zwei Wochen seit Bekanntgabe dieser Entscheidung zu erteilen. Wegen der Einzelheiten wird auf die Begründung Bezug genommen.

Gegen den ihr am 05.02.2009 zugestellten Beschluss hat die Antragstellerin am 16.02.2009 Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes gemäß [§ 115 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) gestellt.

Zur Begründung bringt sie vor: Die vorzeitige Zuschlagsgestattung gemäß [§ 115 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) habe Ausnahmecharakter und diene nur der Beseitigung von akuten Not- und Problemlagen. Dabei müsse es sich um Umstände handeln, die sich einer Planung seitens des Auftraggebers von vornherein entzögen. Derartige Umstände lägen hier nicht vor. Den Antragsgegnerinnen drohe kein besonderer Nachteil, wenn das Nachprüfungsverfahren ordnungsgemäß durchgeführt werde. Es komme lediglich zu einer - geringfügigen - Verschiebung der Laufzeit des Vertrages, wenn die Erteilung des Zuschlags hinausgeschoben werde. Auch sei zu berücksichtigen, dass bei der Vergabekammer des Bundes und der Vergabekammer Karlsruhe zahlreiche weitere Vergabeverfahren anhängig seien, die einen Zuschlag hinderten. Zudem hätten die Antragsgegnerinnen das Nachprüfungsverfahren selbst verzögert. Ihr Interesse an der ordnungsgemäßen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens übersteige das Interesse der Antragsgegnerinnen an einer zügigen Zuschlagserteilung.

Die Antragstellerin beantragt,

das Zuschlagsverbot wiederherzustellen.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

den Antrag auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes zurückzuweisen.

Sie entgegnet: Der Prüfungsmaßstab des Antrags auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbotes müsse unter besonderer Berücksichtigung des Versorgungsauftrages der gesetzlichen Krankenkassen festgelegt werden. Die Ausgangssituation bei Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) unterscheide sich grundlegend von dem der gesetzlichen Regelung des [§ 115 GWB](#) zugrunde liegenden "Normalfall". Der Antragstellerin gehe es lediglich darum, die bisherige Marktsituation zu perpetuieren. Die Dauer des Nachprüfungsverfahrens habe sich der Planung der Antragsgegnerinnen von vornherein entzogen. Es beruhe wesentlich auf einer Überlastung der Vergabekammern. Weitere Verzögerungen seien nicht zumutbar. Den Rügen der Antragstellerin sei eine Aussicht auf Erfolg nicht beschieden; eine Vergabekammer des Bundes, die Vergabekammer Karlsruhe sowie auch das Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg hätten bereits entschieden, dass Bedenken gegen die Stichtagsregelung nicht bestünden. Ferner müsse auch der gesetzgeberische Auftrag aus [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) Berücksichtigung finden. Es sei aufgrund des entgangenen Einsparvolumens von monatlich mehr als 32 Millionen Euro klar, dass ihr Interesse an einer zügigen Zuschlagserteilung überwiege. Soweit die Antragstellerin auf Zuschlagsverbote verweise, die aufgrund weiterer Nachprüfungsverfahren bei Vergabekammern bestünden, sei dies unerheblich; es dürfe nur auf das vorliegende Verfahren abgestellt werden.

II.

Der Antrag der Antragstellerin ist gemäß [§ 115 Absatz 2 Satz 2 GWB](#) statthaft. Er ist nicht an eine besondere Frist gebunden. Es besteht auch ein Rechtsschutzinteresse, denn die Antragstellerin hat fristgerecht und in der notwendigen Form die Nachprüfung des

Vergabeverfahrens beantragt; insoweit sind die Voraussetzungen der §§ 98-100, 102, 107 Absatz 1 und 2 Satz 1, 108 GWB offensichtlich erfüllt.

Der Antrag der Antragstellerin auf Wiederherstellung des Zuschlagsverbots gemäß § 115 Abs. 2 Satz 3 GWB ist auch begründet.

Nach dieser Vorschrift kann das Beschwerdegericht auf Antrag das Verbot des Zuschlags nach Abs. 1 wiederherstellen. Die Entscheidung über die Wiederherstellung des Zuschlagsverbots ist - wie die Entscheidung der Vergabekammer nach § 115 Absatz 2 Satz 1 GWB - von einer Interessenabwägung abhängig, nämlich der aller möglicherweise geschädigten Interessen sowie des Interesses der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens. Dabei kommt es darauf an, ob die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zum Abschluss der Nachprüfung die damit verbundenen Vorteile überwiegen (vergl. § 115 Absatz 2 Satz 1 2. Halbsatz GWB).

Diese Interessenabwägung führt - auch nicht unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin - zu dem Ergebnis, dass das Interesse an einem raschen Abschluß des Vergabeverfahrens nicht überwiegt.

Ausgangspunkt aller im Zusammenhang mit der vorzunehmenden Interessenabwägung anzustellenden Überlegungen muß sein, dass nach der gesetzgeberischen Grundentscheidung in § 115 Abs. 1 GWB nach Zustellung eines Antrags auf Nachprüfung an den Auftraggeber dieser vor einer Entscheidung der Vergabekammer und dem Ablauf der Beschwerdefrist nach § 117 Abs. 1 GWB den Zuschlag nicht erteilen darf. Diese Rechtsfolge stellt somit die Regel, § 115 Abs. 2 Satz 1 GWB demgegenüber den Ausnahmetatbestand dar, dessen Annahme des Vorliegens besonderer Umstände bedarf. Dieses Regel-Ausnahmeprinzip erfährt entgegen der Ansicht der Antragsgegnerinnen keine Änderung durch die in § 69 Absatz 2 Satz 3 SGB V erwähnte "besondere Berücksichtigung des Versorgungsauftrags der gesetzlichen Krankenkassen" bei der Anwendung der Vorschriften des Vergaberechts. Es erscheint schon fraglich, ob es zulässig wäre, eine eindeutige Entscheidung des Gesetzgebers aufgrund eines (allgemeinen) Gesichtspunkts nachhaltig zu ändern oder sogar ins Gegenteil zu verkehren. Hierzu besteht aber auch keinerlei Anlass, weil dieser Gesichtspunkt (Versorgungsauftrag) zwanglos im Rahmen der (umfassenden) Interessenabwägung Berücksichtigung finden kann und muss.

Demgemäß ist in die Interessenabwägung zunächst das Interesse der Antragstellerin an einer ordnungsgemäßen Durchführung des Nachprüfungsverfahrens einzustellen, ohne dass durch eine vorzeitige Zuschlagsgestattung vollendete Tatsachen geschaffen werden, was dann allenfalls noch die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Sekundärrechtsschutz eröffnen würde. Von Seiten der Antragsgegnerinnen ist ihr besonderes Interesse an dem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens zunächst mit dem Umfang der erwarteten Einsparungen aufgrund der Rabattverträge begründet werden. Allerdings kann hier - entsprechend der gesetzlichen Regelung - nur der Zeitraum bis zum Abschluss des Nachprüfungsverfahrens betrachtet werden. Da davon auszugehen ist, dass eine Entscheidung der Vergabekammer im Nachprüfungsverfahren bis zum 27.02.2009, dem von der Vergabekammer selbst gesetzten Entscheidungstermin, ergehen wird, handelt es sich lediglich um einen Zeitraum von einigen Tagen, der zugewartet werden müsste.

Zwar erleiden die Antragsgegnerinnen nach ihrem Vortrag durch die Hinderung an der Zuschlagserteilung einen Verlust in Höhe von mehr als 30 Mio. Euro monatlich. Die Höhe dieses Betrages ist aber zunächst einmal die zwangsläufige Folge des von den Antragsgegnerinnen selbst festgelegten finanziellen Umfangs der Ausschreibung. Diesem Gesichtspunkt kann bereits deshalb keine besondere oder gar ausschlaggebende Bedeutung beigemessen werden, da dies anderenfalls das Ergebnis zeitigte, dass in Fällen mit erheblichen finanziellem Umfang und wirtschaftlicher Bedeutung für den Auftraggeber der Grundsatz des § 115 Absatz 1 GWB regelmäßig außer Kraft gesetzt wäre. Es fehlt schließlich auch jeder Anhaltspunkt dafür, dass die bei den Antragsgegnerinnen zu erwartenden finanziellen Einbußen - bezogen auf den Zeitraum bis zum Abschluß des Nachprüfungsverfahrens - die Erfüllung des Versorgungsauftrags gegenüber den Versicherten gefährden würden. Ferner kann nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Antragsgegnerinnen selbst zunächst von einer längeren Dauer des Ausschreibungsverfahrens ausgegangen sind, als sie die Bindefrist für die Angebote auf den 31.03.2009 festgesetzt hatten. Dies verdeutlicht jedenfalls, dass ein solcher Zeitraum auch für die Antragsgegnerinnen keine besondere Bedeutung besaß.

Der Gesichtspunkt der Dauer des Verfahrens vor der Vergabekammer vermag nach Auffassung des Senats einen besonderen, im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten der Antragstellerin zu berücksichtigenden Umstand nicht darzustellen, da weder die Antragstellerin noch die Antragsgegnerinnen insoweit in entscheidendem Maße Einfluß genommen haben oder nehmen konnten.

Schließlich können in diesem Zusammenhang die Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags nicht entscheidend zu Gunsten der Antragsgegnerinnen ins Feld geführt werden. Die Prüfung der Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrags kann in diesem Stadium des Verfahrens notwendigerweise nur summarisch und vorläufig erfolgen. Es liegt auf der Hand, dass eine solche rechtliche Prüfung es nur in ganz eng begrenzten Ausnahmefällen rechtfertigen kann, zu Lasten eines Beteiligten eine endgültige Regelung zu treffen. Dieser Sachlage entspricht es, dass somit die Gestattung der vorzeitigen Zuschlagserteilung wegen fehlender Erfolgsaussicht nur in solchen Fällen in Betracht kommen kann, in denen sich die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags sofort erschließt (vgl. OLG Celle, Vergabesenat, Beschluss vom 19.08.2003 Az.: 13 Verg 20/03). Davon, dass sich die Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Nachprüfungsantrags der Antragstellerin hier unmittelbar erschließt, kann keine Rede sein. Soweit die Vergabekammer davon ausgegangen ist, dass der Antrag bezogen auf die Wirkstoffe, für die die Antragstellerin keine Angebote abgegeben hat, unzulässig sei, kann nach Auffassung des Senats nicht davon ausgegangen werden, dass dies offensichtlich zutreffend ist. Die Antragstellerin hat vielmehr dazu vorgetragen, dass sie im Hinblick auf die Stichtagsregelung davon abgesehen habe, für diese Wirkstoffe aus ihrer Sicht erkennbar erfolglose Angebote abzugeben. Dieses wird näherer Überprüfung bedürfen. Auch im Übrigen lässt sich hinsichtlich der umstrittenen Stichtagsregelung lediglich feststellen, dass es einer eingehenden Überprüfung bedarf, ob und in welchem Umfang die Befürchtungen der Antragsgegnerinnen zutreffen, dass durch "manipulative" Veränderungen der zur "Lauer-Steuer" gemeldeten Arzneimittel nachteilige Auswirkungen auf das Ausschreibungsergebnis zu besorgen gewesen wären.

Besondere Umstände, die es rechtfertigen würden, von dem in § 115 Absatz 1 GWB normierten Grundsatz abzuweichen liegen somit nicht vor; das Zuschlagsverbot war deshalb wiederherzustellen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 197a Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. § 154 Absatz 1 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) analog.

Der Beschluss ist unanfechtbar (§ 177 SGG).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-02-20