

L 21 KR 27/09 SFB

Land

Nordrhein-Westfalen

Sozialgericht

LSG Nordrhein-Westfalen

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

21

1. Instanz

-

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

LSG Nordrhein-Westfalen

Aktenzeichen

L 21 KR 27/09 SFB

Datum

08.04.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 24.02.2009 ([3 VK-203/08](#)) über den 09.04.2009 hinaus bis zu einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (AS) - ein pharmazeutisches Unternehmen, das sich in erster Linie mit dem Vertrieb von Generikaprodukten befasst - wendet sich in der Hauptsache gegen aus ihrer Sicht bestehende Vergabefehler im Rahmen einer Arzneimittelrabattausschreibung.

Die Antragsgegnerinnen und Beschwerdegegnerinnen (AG) haben den Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in einem EU-weit bekannt gemachten offenen Verfahren (Bekanntmachungsnummer 2008/S 154-20 79 65) für eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren ausgeschrieben. Gegenstand der wirkstoffbezogenen Ausschreibung sind nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) in (zunächst) 64 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen (Angebotsfrist: 03.11.2008). Das Gebietslos 1 umfasst die AOK Bayern mit etwa 4,1 Millionen Versicherten, das Gebietslos 2 die AOK Rheinland-Hamburg und AOK Westfalen-Lippe (ca. 5 Millionen Versicherte), das Gebietslos 3 die AOK Hessen und AOK Plus (ca. 4,3 Millionen Versicherte), das Gebietslos 4 die AOK Baden-Württemberg, AOK Rheinland-Pfalz sowie AOK Saarland (ca. 5 Millionen Versicherte) und das Gebietslos 5 die AOK Berlin, AOK Brandenburg, AOK Bremen/Bremerhaven, AOK Mecklenburg-Vorpommern, AOK Niedersachsen, AOK Sachsen-Anhalt und AOK Schleswig-Holstein mit ca. 5,6 Millionen Versicherten.

Gegenstand der Ausschreibung waren zunächst die folgenden 64 Wirkstoffe:

Alendronsäure Levodopa + Benserazid

Alfuzosin Levodopa + Carbidopa

Allopurinol Lisinopril

Amiodaron Lisinopril + HCT

Amisulprid Melperon

Amlodipin Metformin

Azathioprin Metoclopramid

Bisoprolol Metoprolol

Bisoprolol + Hydrochlorothiazid (HCT) Metoprolol + HCT

Captopril Mirtazapin Captopril + HCT Molsidomin

Carvedilol Moxonidin

Cefaclor Nifedipin

Cefuroxim Nitrendipin

Ciprofloxacin Olanzapin

Citalopram Omeprazol,

Clarithromycin Paroxetin

Diclofenac Ramipril

Doxazosin Ramipril + HCT
Doxepin Ranitidin
Enalapril Risperidon
Enalapril + HCT Roxithromycin
Felodipin Sertralin
Finasterid Simvastatin
Furosemid Spironolacton
Gabapentin Sumatriptan
Glimepirid Tamsulosin
HCT Terazosin
Ibuprofen Torasemid
Isosorbiddinitrat Tramadol
Isosorbidmononitrat Trimipramin
Itraconazol Verapamil

Im Hinblick auf den Wirkstoff Olanzapin ist die Ausschreibung zwischenzeitlich aufgehoben worden, nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) das für diesen Wirkstoff bestehende Patent wieder hergestellt hat und jeglicher Vertrieb von generischem Olanzapin in der Bundesrepublik daraufhin eingestellt werden musste (Urteil vom 16.12.2008 - [X ZR 89/07](#)).

Nach den Verdingungsunterlagen hatte jeder Bieter pro angebotenem 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 Laufe des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01.09.2008 durch Bekanntmachung vom 10.09.2008 - Abl. EG 2008/S 175-232638 - sog. Stichtag) im Sortiment hat. Die "Lauer-Taxe", auch ABDA-Artikelstamm oder große deutsche Spezialitätentaxe genannt, wird in einem 14-tägigen Rhythmus aktualisiert und enthält die Daten aller bei der Informationsstelle für Arzneimittelspezialitäten GmbH (IFA) 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 Identifizierung sämtlicher Arzneimittel nach den dargestellten Kriterien.

Je Wirkstoff und Gebietslos soll ein einziger Bieter den Zuschlag erhalten, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wird anhand von zwei Kriterien ermittelt: Zum einen mit dem Kriterium "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU s", zum anderen anhand des Ausschlusskriteriums "Ausgleich der Mehrkosten der Überschreitung des zum Zeitpunkt der Bewertung geltenden Festbetrags für jede der angebotenen PZN durch den absoluten Rabatt". Im Rahmen des ersten Kriteriums soll die Höhe der möglichen Einsparungen auf der Grundlage von Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen (GWMZ) ermittelt werden. Hierbei werden die durchschnittlichen Abgabepreise von vergleichbaren Arzneimitteln der sog. Preisvergleichsgruppe, Verordnungszahlen aus der Vergangenheit und bestimmte weitere Vergleichsgrößen (bereinigte Rabatt-ApU s und bereinigte durchschnittliche ApU s der Preisvergleichsgruppe, jeweils pro Milligramm Wirkstoff) berücksichtigt. In die Berechnung der GWMZ wird auch die Produktbreite des jeweiligen Bieters einbezogen, also die Anzahl der vom Bieter je Gebietslos angebotenen Arzneimittel innerhalb einer Preisvergleichsgruppe. Den Bietern wurde von den AG 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 AG nachgefragten Produkte. Der Bieter seinerseits konnte Eintragungen in der Spalte Rabatt-ApU vornehmen (diese Eintragungen wurden automatisch weiterverarbeitet). Dem Bieter wurde in einer weiteren Spalte das "Ergebnis Wirtschaftlichkeitsmaßzahl (WMZ) Angebot je PZN" angezeigt. Aus den WMZ wurden sodann durch Addition der jeweiligen WMZ je PZN die GWMZ errechnet, die sich auf die einzelnen Gebietslose bezogen und grundsätzlich über die Bieterreihenfolge je Wirkstoff und je Gebietslos entscheiden sollten (Teil A IV.2 der Verdingungsunterlagen).

Gemäß § 2 Abs. 2 Rabattvertrag (RV) errechnet sich der Rabatt je PZN nach der Formel $\text{Rabatt} = \text{ApU} - \text{Rabatt-ApU}$. Der Rabatt-ApU wird dabei für die Vertragslaufzeit fest vereinbart. Im Falle einer Erhöhung der Abgabepreise nach Vertragsschluss erhöht sich der Rabatt entsprechend. Der Rabatt ist von den pharmazeutischen Unternehmen direkt an die AG zu zahlen.

Folgende Eignungsnachweise mussten erst auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers vorgelegt werden:

- Gewerbezentralregistrauszug,
- Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes,
- Bescheinigung einer Krankenkasse, aus der hervorgeht, dass der Bieter seine Verpflichtung zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge nach den einschlägigen Rechtsvorschriften erfüllt.

Die AS gab zum Gebietslos 3 zu den Fachlosen Nr. 1 (Alendronsäure), Nr. 3 (Allopurinol), Nr. 4 (Amiodaron), Nr. 6 (Amlodipin), Nr. 7 (Azathioprin), Nr. 8 (Bisoprolol), Nr. 9 (Bisoprolol + HCT), Nr. 10 (Captopril), Nr. 11 (Captopril + HCT), Nr. 12 (Carvedilol), Nr. 13 (Cefaclor), Nr. 14 (Cefuroxim), Nr. 15 (Ciprofloxacin), Nr. 16 (Citalopram), Nr. 17 (Clarithromycin), Nr. 18 (Diclofenac), Nr. 19 (Doxazosin), Nr. 23 (Felodipin), Nr. 24 (Finasterid), Nr. 25 (Furosemid), Nr. 26 (Gabapentin), Nr. 27 (Glimepirid), Nr. 29 (Ibuprofen), Nr. 30 (Isosorbiddinitrat), Nr. 31 (Isosorbidmononitrat), Nr. 32 (Itraconazol), Nr. 35 (Lisinopril), Nr. 36 (Lisinopril + HCT), Nr. 39 (Metoclopramid), Nr. 40 (Metoprolol), Nr. 42 (Mirtazapin), Nr. 43 (Molsidomin), Nr. 44 (Moxonidin), Nr. 45 (Nifedipin), Nr. 46 (Nitrendipin), Nr. 48 (Omeprazol), Nr. 49 (Paroxetin), Nr. 50 (Ramipril), Nr. 51 (Ramipril + Hydrochlorothiazid), Nr. 52 (Ranitidin), Nr. 53 (Risperidon), Nr. 54 (Roxithromycin), Nr. 55 (Sertralin), Nr. 56 (Simvastatin), Nr. 57 (Spironolacton), Nr. 59 (Tamsulosin) und Nr. 64 (Verapamil) Angebote ab. Sie beanstandete gegenüber den AG unter dem 29.08., 15.09., 14.10., 24.10., 29.10. und 30.10.2008 mehrere - aus ihrer Sicht gegebene - Vergaberechtsverstöße, denen die AG im Wesentlichen nicht abhalfen.

Mit Schreiben vom 28.11.2008/04.12.2008 setzten die AG die AS gemäß [§ 13 Vergabeverordnung \(VgV\)](#) darüber in Kenntnis, dass sie in den streitgegenständlichen Losen bei der Zuschlagerteilung nicht berücksichtigt werde. Die von der AS abgegebenen Angebote seien im Hinblick auf einige Fachlose wegen nicht ausreichend nachgewiesener Produktionskapazitäten ausgeschlossen worden (Bisoprolol, Captoril, Citalopram, Enalapril, Felodipin, Finasterid, Metformin, Metoprolol, Isosorbidmononitrat, Lisinopril, Metoclopramid, Nitrendipin, Ramipril,

Ramipril + HCT, Sertralin und Simvastatin). Im Übrigen komme das Angebot für eine Zuschlagerteilung deshalb nicht in Betracht, weil es nicht das wirtschaftlichste sei. Den Ausschluss ihrer Gebote rügte die AS unter dem 03.12.2008.

Am 08.12.2008 hat die AS einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer (VK) des Freistaates Sachsen gestellt. Nach Verweisung an die VK des Bundes (Beschluss vom 19.12.2008) hat sie in erster Linie die Aufhebung des Vergabeverfahrens im Hinblick auf die streitigen Fachlose im Gebietslos 3 verfolgt. Sie hat im Wesentlichen geltend gemacht, dass die AG ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchen und daher ein Verstoß gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) 1. Hs. SGB V i.Vm. [§§ 19, 20 GWB](#) gegeben sei, dass eine Laufzeit der Rabattverträge von weniger als zwei Jahren geboten sei, dass sich die Aufteilung in 64 Fach- und 5 Gebietslose als zu großteilig und unverhältnismäßig darstelle, dass i.S.d. Mittelstandsschutzes eine Loslimitierung geboten gewesen wäre, dass sich die Rechtswidrigkeit des gesamten Vergabeverfahrens aus einer Zusammenschau der einzelnen Vergaberechtsverstöße ergebe, dass die von den AG durchgeführte Wertung der Angebote bereits auf der ersten Wertungsstufe rechtswidrig sei, dass die Nachforderungsmöglichkeit von Eignungsnachweisen gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße, dass das Eignungskriterium "Produktionskapazität" vergaberechtswidrig sei, dass die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig gewesen sei, dass die AG die Zuschlagskriterien fehlerhaft erstellt hätten, dass zahlreiche weitere Verstöße gegen die VOL/A zu verzeichnen seien und dass die AG Bietergemeinschaften gegenüber Einzelanbietern benachteiligten.

Die AG haben u.a. entgegnet, dass die AS selbst eingeräumt habe, nicht über ausreichende Produktionskapazitäten zu verfügen; angesichts dessen rechtfertige sich der Ausschluss der AS gemäß [§ 25 Nr. 1 Abs. 2](#) lit. a), Nr. 2 VOL/A. Bietergemeinschaften würden durch die Ausschreibung nicht benachteiligt; zweifelhaft sei in diesem Zusammenhang ob dies durch die AS gerügt werden könne, nachdem sie Angebote auf über 250 Einzellose abgegeben habe.

Mit Beschluss vom 24.02.2009, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat die VK den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 02.03.2009 zugestellten Beschluss der VK hat die AS am 30.03.2009 sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern ([§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#)). Sie macht im Beschwerdeverfahren noch im Wesentlichen geltend, dass kartellrechtliche Verstöße ([§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) 1. Hs. SGB V i.Vm. [§§ 19, 20 GWB](#)) sowohl im Nachprüfungs- als auch im Beschwerdeverfahren zu prüfen und im Hinblick auf die hier vorliegende Ausschreibung auch materiell zu bejahen seien. Vergaberechtswidrig sei die Ausschreibung außerdem deshalb, weil pro Los lediglich ein Rabattvertragspartner und eine Laufzeit der RV von zwei Jahren vorgesehen sei. Zu beanstanden sei ferner die Aufteilung in fünf Gebietslose, die sich als zu großteilig und mittelstandsfeindlich erwiesen habe. Zur Wahrung mittelständischer Interessen hätte es sich den AG überdies aufdrängen müssen, eine Loslimitierung vorzunehmen. Nach wie vor sei zudem daran festzuhalten, dass die Stichtagsregelung mit Anknüpfung an die in der Lauer-Taxe am 01.09.2008 gelisteten PZN in diskriminierender und mittelstandsfeindlicher Weise die Wettbewerbsvorsprünge von Unternehmen mit einer größeren Produktbreite zementiere. Darüber hinaus hätten die AG das Eignungskriterium "Produktionskapazität" unzutreffend bestimmt. Ebenso sei die Eignungsprüfung fehlerhaft durchgeführt worden, weil die Nachforderungsmöglichkeit von Eignungsnachweisen gegen [§ 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#) verstoße. Abgesehen davon seien die Zuschlagskriterien u.a. deshalb vergaberechtswidrig, weil der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium unzulässig sei. Das Kriterium "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU" sei wegen Intransparenz und Unverständlichkeit rechtswidrig (Rüge der Unklarheit). Schließlich hätten die AS die bei der Angebotswertung zwingend vorgesehene zeitliche Abfolge gemäß der in [§ 25 VOL/A](#) geregelten vierstufigen Prüfung missachtet.

Die Antragstellerin beantragt schriftsätzlich,

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gemäß [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerinnen beantragen schriftsätzlich,

den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss der VK.

Der Senat hat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde vorläufig bis zum 09.04.2009 verlängert.

Weiterer Einzelheiten wegen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Vergabeakten, der Verfahrensakten der VK und der Gerichtsakten.

II.

Der Antrag der AS, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern, hat keinen Erfolg. Bei der Entscheidung über einen dahingehenden Eilantrag hat das Beschwerdegericht die Erfolgsaussichten der Beschwerde zu berücksichtigen ([§ 118 Abs. 2 Satz 1 GWB](#)). Verspricht die Beschwerde auf der Grundlage des der Entscheidung zugrunde zu legenden Sach- und Streitstandes keine hinreichende Aussicht auf Erfolg, ist der Antrag abzulehnen, ohne dass es einer Interessenabwägung nach [§ 118 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) bedarf (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.03.2007 - [VII-Verg 5/07](#), [VergabeR 2007, 662](#)). Die sofortige Beschwerde hat keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

Die AG sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Dies folgt jedenfalls daraus, dass sie als eine staatlich kontrollierte Einrichtung betrachtet werden können. Sie unterliegen sowohl einer nachträglichen Rechtsaufsicht ([§§ 87 ff. Viertes Buch Sozialgesetzbuch \(SGB IV\)](#)) als auch einer präventiven Aufsicht (z.B. [§ 34 SGB IV](#)). Die staatliche Regelungsdichte ist auch unter Berücksichtigung des praktizierten Grundsatzes der "maßvollen Ausübung der Rechtsaufsicht" derart hoch, dass den gesetzlichen Krankenkassen im Ergebnis eine eigenverantwortliche Gestaltung des Satzungs-, Organisations-, Beitrags- und Leistungsrechts weitgehend verwehrt ist (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009 - [L 11 WB 5971/08 m.w.N.](#)). Ob darüber hinaus die Eigenschaft der gesetzlichen Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber aus einer - wenn auch mittelbaren - staatlichen Finanzierung abzuleiten ist (vgl. hierzu Schlussanträge des Generalanwalts Mazak vom 16.12.2008 in der Rechtssache [C-300/07](#); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2007 - [VII-Verg 51/07](#), [NZBau 2008, 194](#) ff.; siehe auch Engelmann in: jurisPK-SGB V, § 69, Rdn. 195 ff.) kann der Senat hier offen lassen.

Bei den hier streitigen Rabattvereinbarungen handelt es sich um öffentliche Lieferaufträge nach [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#). Ob Arzneimittelrabattverträge ausnahmslos als öffentliche Lieferaufträge i.S.d. vorgenannten Regelungen qualifiziert werden können, erscheint vor dem Hintergrund, dass nicht von einer typischen Beschaffungssituation ausgegangen werden kann, Krankenkassen keinen Einfluss auf das Verordnungsverhalten der Vertragsärzte haben und als weitere Entscheidungsebene Apotheken in die Arzneimittelversorgung einbezogen werden, fraglich (vgl. Engelman in: jurisPK-SGB V, § 69, Rdn. 226 ff. m.w.N.). Angesichts des Umstandes, dass dem Rabattvertragspartner nach § 7 Abs. 1 RV Exklusivität zugesichert wird, unterliegt die Annahme eines öffentlichen Auftrages in Form eines Rahmenvertrages ([§ 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A](#)) jedenfalls im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass in einem solchen Fall der RV i.V.m. der Ersetzungsverpflichtung des Apothekers nach [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) zu einem echten Wettbewerbsvorteil führt, den der Auftraggeber dem Rabattvertragspartner einräumt, um seinerseits einen möglichst hohen Rabatt zu erzielen (LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 23.01.2009, [a.a.O.](#) und vom 28.10.2008 - [L 11 KR 4810/08 ER-B](#)).

Nachprüfungsantrag und sofortige Beschwerde haben im Hinblick auf die Wirkstoffe Bisoprolol, Captoril, Citalopram, Enalapril, Felodipin, Finasterid, Metformin, Metoprolol, Isosorbidmononitrat, Lisinopril, Metoclopramid, Nitrendipin, Ramipril, Ramipril + HCT, Sertralin und Simvastatin bereits deshalb keine Aussicht auf Erfolg, weil die AS - wie die VK zu Recht in dem angefochtenen Beschluss herausgestellt hat - ihre technische Leistungsfähigkeit ([§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A](#)) nicht in dem Umfang nachgewiesen hat, wie von den AG gefordert. Sie hat im Hinblick auf die vorgenannten Wirkstoffe gegenüber den AG nicht die geforderten Produktionskapazitäten nachgewiesen. Der Nachweis der Produktionsfähigkeit wurde sowohl in der Vergabebekanntmachung (III.2.3) als auch in den Verdingungsunterlagen (B.I.1., S.23 f.) gefordert und ausführlich beschrieben. Ob die Gebote darüber hinaus gemäß [§ 25 Nr. 1 Abs. 2](#) lit. a) VOL/A (Fehlen geforderter Angaben und Nachweise) zwingend auszuschließen waren, lässt der Senat dahinstehen.

Nachprüfungsantrag und sofortige Beschwerde haben auch insoweit keine Aussicht auf Erfolg, als sie sich auf Lose erstrecken, in denen die Gebote der AS nicht schon aufgrund fehlender Produktionskapazitäten auszuschließen sind.

Unbegründet ist der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf die kartellrechtlichen Rügen der AS (Verstoß gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. [§§ 19 Abs. 1](#), [20 Abs. 1](#) und 2 GWB). Der Senat hält im Anschluss an die Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 10.04.2002 - [Verg 6/02](#)) daran fest, dass im Hinblick auf eine geltend gemachte Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften der Rechtsweg in das Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nicht eröffnet ist (vgl. bereits Senat, Beschluss vom 30.01.2009 - [L 21 KR 1/08 SFB](#)). Das ergibt sich bereits aus [§§ 107 Abs. 2 Satz 1](#), [97 Abs. 7 GWB](#). Danach ist im Vergabenaachprüfungsverfahren allein zu prüfen, ob der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Hierzu gehören die [§§ 19](#) und [20 GWB](#) jedoch nicht, weil sich diese Normen auf Verstöße außerhalb des Vergabeverfahrens beziehen (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, [a.a.O.](#); Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, [§ 97 GWB](#), Rdn. 120). Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind u.a. die Regelungen in den Verdingungsordnungen, die das Verfahren betreffenden Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung sowie weitere ungeschriebene Vergaberegeln, wie z.B. das Gebot der Fairness im Vergabeverfahren (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.04.2002, [a.a.O.](#); Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, [§ 97 GWB](#), Rdn. 29, m.w.N.).

Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend darauf verwiesen, dass sich an dieser Bewertung nichts durch die in [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) geregelte Rechtswegkonzentration ändert. Denn die von der AS geltend gemachten kartellrechtlichen Abwehransprüche beziehen sich nicht auf Handlungen in einem Vergabeverfahren im vorbeschriebenen Sinne, sondern sind gemäß [§ 104 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) durch die Kartellbehörden und/oder im Sekundärrechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zu prüfen. Der von der AS gerügte "Zusammenschluss" der AG zu einer "Einkaufsgemeinschaft" kann schon deshalb nicht in dem hier anhängigen Verfahren unter dem Gesichtspunkt des Missbrauchs einer marktbeherrschenden Stellung gerügt werden, weil dieses Verhalten der AG zeitlich und sachlich vor dem Beginn des Vergabeverfahrens lag. Wie bereits das OLG Düsseldorf (Beschluss vom 10.04.2002, [a.a.O.](#)) ausgeführt hat, liegt die Bildung eines "Einkaufskonsortiums" zeitlich vor dem Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens und stellt sich mithin lediglich als eine vorbereitende Handlung, jedoch nicht als Verfahrenshandlung im Vergabeverfahren dar. Abgesehen davon ist zu berücksichtigen, dass missbräuchlichen Verhaltensweisen öffentlicher Auftraggeber gerade durch das Vergabeverfahren vorgebeugt werden soll und sich dieses - wie hier bei fehlerfreier Durchführung - als Ausgleich für die gebündelte öffentliche Nachfragemacht der Krankenkassen darstellt (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, [a.a.O.](#); Zeiss in: jurisPK-VergR, Einl. VergR, Rdn. 181).

Entgegen der Ansicht der AS haben die AG das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder wettbewerbseinschränkend angewendet ([§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#)). Der Senat folgt der Ansicht der VK und der AG, dass die Rahmenvereinbarung nach [§ 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A](#) vergaberechtlich die adäquate Form der Ausschreibung von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) ist. Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit nur einem Unternehmen führt nicht zur Schaffung einer marktbeherrschenden Stellung dieses Unternehmens auf den jeweils sachlich und räumlich relevanten Märkten. Die Angebotsauswertung hat nämlich ergeben, dass insgesamt 22 verschiedene pharmazeutische Unternehmer (unterschiedlichster Größe) und Bietergemeinschaften pharmazeutischer Unternehmer für Zuschläge vorgesehen sind.

Abgesehen davon ist Folgendes zu berücksichtigen: Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen stellt für die AG das einzige Instrument dar, die ihnen gesetzlich eingeräumte Möglichkeit des Abschlusses von Rabattverträgen nach [§ 130a Absatz 8 SGB V](#) praktisch umzusetzen. Die Krankenkassen haben keine Möglichkeit, vor Ort auf Art und Umfang der Versorgung ihrer Versicherten mit bestimmten Arzneimitteln in irgendeiner Weise Einfluss zu nehmen. Diese "Einzelaufträge" werden allein durch die Verordnungen der Vertragsärzte bestimmt und sind somit dem Zugriff der AG in vollem Umfang entzogen. Diese wären aus der Natur der Sache heraus - auch als Rabattverträge - gar nicht ausschreibungsfähig. Der Rahmenvertrag ist demzufolge die allein in Betracht kommende Handlungsform. Wettbewerbsrechtlich für bedenklich wird der Rahmenvertrag aber allenfalls deshalb gehalten, weil er die unter der Geltung des Rahmenvertrages erfolgenden Einzelaufträge dem Wettbewerb entzieht. Dieser Gesichtspunkt ist aber hier - wie dargelegt - von vornherein überhaupt nicht einschlägig. Schon deshalb können sich durchgreifende Bedenken gegen den Abschluss von Rahmenverträgen hier nicht ergeben.

Die AG waren auch nicht gehalten, den Abschluss derartiger Rahmenverträge - bezogen auf ein Gebiets- und Fachlos - mit mehr als nur einem pharmazeutischen Unternehmer vorzusehen. Denn hierdurch wäre das Wettbewerbsprinzip eingeschränkt worden. Notwendigerweise wäre das Angebot des einen wirtschaftlicher als das des anderen Unternehmers ausgefallen. Es würde den (gewollten) Wettbewerb unter den pharmazeutischen Unternehmern massiv behindern, könnten (z.B.) drei Bieter mit den insgesamt wirtschaftlichsten Angeboten in gleichem Umfang die Versicherten der AG mit Arzneimitteln versorgen. Der Anreiz, das wirtschaftlichste Angebot abzugeben, würde

beeinträchtigt und die Spekulation, mit dem zweit- oder gar drittwirtschaftlichsten Angebot weiter an der Versorgung der Versicherten teilhaben zu können, befördert. Eine derartige Folge lässt sich mit [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) nicht begründen.

Die von den AG vorgenommene Aufteilung in fünf Gebietslose unterliegt entgegen der Auffassung der AS keinen durchgreifenden Bedenken. Denn die Losaufteilung verstößt weder gegen [§ 97 Abs. 3 GWB](#) noch gegen [§ 5 Nr. 1 VOL/A](#). Die AG haben den Interessen kleiner und mittlerer Unternehmen durch die Aufteilung in fünf Gebietslose auch vor dem Hintergrund hinreichend Rechnung getragen, dass die AS im Wesentlichen gerügt hat, dass diese Art der Losaufteilung größere Unternehmen bevorzuge. Denn bereits das eigene Verhalten der AS, die Angebote auf mehr als 50 Wirkstoffe in sämtlichen Gebietslosen abgegeben hat, zeigt, dass sie sich durchaus in der Lage gesehen hat, die Versorgung der Versicherten in dem genannten Umfang mit rabattierten Arzneimitteln sicherzustellen. Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss überdies zutreffend ausgeführt, dass in der Gesamtschau der Losbildung berücksichtigt werden muss, dass die Ausschreibung wirkstoff- und nicht sortimentsbezogen durchgeführt worden ist. Damit wurde kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht über ein großes Produktportfolio verfügen, die Möglichkeit eröffnet, auch nur auf einzelne Wirkstoffe zu bieten.

Die AG haben die für die Entscheidung des Loszuschnitts tragenden Gründe ausführlich im Vergabevermerk dokumentiert und in diesem Zusammenhang in sich schlüssige Gründe für das gewählte Vorgehen genannt (vgl. Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, [§ 97 GWB](#), Rdn. 68). Bei dem Zuschnitt der Gebietslose sind die AG zunächst von der AOK Bayern als versichertenstärkster AOK ausgegangen. Die weiteren AOK sind derart auf weitere Gebietslose verteilt worden, dass zum einen vergleichbare Gebietslosgrößen erreicht und zum anderen den Interessen mittelständischer Unternehmer dadurch Rechnung getragen werden sollte, dass jeweils nur zusammenhängende bzw. benachbarte AOK'en zu Gebietslosen zusammengefasst worden sind (Vergabevermerk, S. 12). Darüber hinaus haben die AG die Zahl der Gebietslose aus dem Gesichtspunkt heraus erläutert, dass bei einem disproportionalen Loszuschnitt die Gefahr bestanden hätte, dass mitgliederschwachen AOK'en möglicherweise wesentlich ungünstigere Rabattkonditionen eingeräumt werden könnten und darüber hinaus die Gefahr bestehe, dass die Aufteilung der Gebiete einzelner AOK'en zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung der Auftrags führen könne (Vergabevermerk, S. 11). Die AG haben damit sachliche Gründe für den Zuschnitt der Gebietslose aufgezeigt. Wie die VK zu Recht dargestellt hat, entspricht es einem legitimen Interesse, dass die nach dem Regionalprinzip ([§ 143 Abs. 1 SGB V](#)) nicht miteinander im Wettbewerb stehenden AG (im Hinblick auf Mitglieder ergibt sich dies aus [§ 173 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 SGB V](#)) vergleichbare und optimale Rabattkonditionen anstreben, zumal die Erzielung von Arzneimittelrabatten der Finanzierbarkeit der GKV - einem überragenden Gemeinwohlinteresse - dient.

Ob die AS im Übrigen vor dem Hintergrund, dass sie Konzerntochter eines weltweit tätigen Generikaherstellers mit einem Jahresumsatz in 2007/2008 von ca. 230 Mio. Euro ist, noch als mittelständisches Unternehmen qualifiziert werden und sich dementsprechend auf [§ 97 Abs. 3 GWB](#), [§ 5 Nr. 1 Satz 1 VOL/A](#) berufen kann, erscheint zweifelhaft, kann jedoch offen bleiben.

Nicht zu beanstanden ist ferner, dass die AG auf eine Loslimitierung - die grundsätzlich dem Zweck dient, von vornherein einer größeren Zahl von Bietern Chancen für einen Auftrag zu geben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2000 - [Verg 6/00, NZBau 2000, 440](#)) - verzichtet haben. Auch wenn der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 30.01.2009 ([L 21 KR 1/08 SFB](#)) ausgeführt hat, dass sich eine Pflicht zur Loslimitierung in bestimmten Konstellationen durchaus als wettbewerbsfördernd darstellen könne, lässt sich aus diesem obiter dictum nicht die Schlussfolgerung ableiten, dass stets eine Pflicht zur Loslimitierung besteht. Sofern ein Auftraggeber zu der Entscheidung gelangt, eine Loslimitierung vorzunehmen, kann dies nur zu einer entsprechenden Selbstbindung für die Vergabe führen. Eine von vornherein bestehende Verpflichtung zur Loslimitierung besteht jedoch nicht (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, [a.a.O.](#), OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2000, [a.a.O.](#)).

Ebenso wenig haben die AG durch die Bezugnahme auf die Lauer-Taxe und die Stichtagsregelung gegen Vorschriften des Vergaberechts verstoßen.

Die Stichtagsregelung knüpft willkürfrei an einen für alle interessierten pharmazeutischen Unternehmer gleichen Stand der Lauer-Taxe und der in ihr enthaltenen PZN an. Die Voraussetzung, dass das Arzneimittel mit einer PZN in der Lauer-Taxe aufgeführt ist, verstößt weder gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsgebot noch gegen das Diskriminierungsverbot und das Gebot der Produktneutralität. Wie die VK in dem angefochtenen Beschluss zutreffend ausgeführt hat, stand es den AG im Rahmen der Regelungen des Vergaberechts frei, ihren Beschaffungsbedarf zu definieren und gegenüber interessierten pharmazeutischen Unternehmen abschließend durch Bezugnahme auf die in der Lauer-Taxe an einem bestimmten Stichtag gelisteten PZN zu konkretisieren. Festzuhalten ist in diesem Zusammenhang zunächst, dass Gegenstand der Ausschreibung nicht die Beschaffung der generischen Arzneimittel selbst ist, sondern dass es vielmehr um die Einräumung von Rabatten "für die zu ihren Lasten abgegebenen Arzneimittel" durch den Abschluss von Rabattverträgen gemäß [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) geht. Allerdings zeitigt die im RV vorgesehene Exklusivität für den Ausschreibungsgewinner das Ergebnis, dass er allein für das betreffende Fachlos innerhalb des jeweiligen Gebietsloses die Versicherten der AG mit Arzneimitteln versorgt. Es handelt sich somit zwar um einen Liefervertrag (vgl. oben "öffentlicher Auftrag"), der allerdings durch die gesetzliche Regelung des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) modifiziert wird. Diese Ausgestaltung legt es nahe, bei der Ausschreibung der Rabattverträge genau auf diesen "Pool" von Arzneimitteln abzustellen, aus dem die zu Lasten der AG verordneten Generika stammen: die Lauer-Taxe. Dass diese Arzneimittel aufgrund der bestehenden vertraglichen Vereinbarungen zwischen den AG und den Apothekern nahezu ausnahmslos in der Lauer-Taxe mit einer PZN und den dazu gehörigen weiteren Spezifikationen gelistet sind, ist zwischen den Beteiligten auch nicht umstritten. Die Bezugnahme auf die Lauer-Taxe rechtfertigt sich somit aus der Art der Ausschreibung und ihrem Gegenstand - den Rabatten - heraus. Angesichts dessen durften die AG ihren Beschaffungsbedarf unter Zugrundelegung der Lauer-Taxe festlegen. Hervorzuheben ist, dass durch das Abstellen auf die Listung in Lauer-Taxe kein Unternehmen diskriminiert wird, denn der Zugang zur Lauer-Taxe steht allen - inländischen wie ausländischen - pharmazeutischen Herstellern mit ihren Produkten offen. Sie repräsentiert damit die auf dem deutschen Markt zu Lasten der GKV erhältlichen Arzneimittel.

Allerdings haben es die AG nicht allein bei der Anknüpfung an die Listung eines generischen Arzneimittels in der Lauer-Taxe als Voraussetzung für die Teilnahme an der Ausschreibung belassen, sondern weiterhin die Bedingung aufgestellt, dass dies zu einem bestimmten Stichtag (01.09.2008) der Fall gewesen sein muss. Auch dies ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die gesetzliche Formulierung in [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) ("zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel") legt es in Verbindung mit dem Ausschreibungsgegenstand (Rabatt) nahe, im Rahmen der Ausschreibung auf solche Arzneimittel abzustellen, die bereits in der Vergangenheit zu Lasten der AG an Versicherte abgegeben worden sind. Der Gesetzgeber knüpft damit selbst - allerdings auch

notwendigerweise - an den bestehenden Markt oder Bestand von Arzneimitteln an, der aktuell der Versorgung der Versicherten der GKV dient. Hier können die gesetzlichen Krankenkassen tätig werden und Rabattverträge mit pharmazeutischen Unternehmern schließen. Jedenfalls ist es bei dieser Gesetzeslage nicht erforderlich, dass die AG den pharmazeutischen Unternehmern vor Durchführung der Ausschreibung durch die Wahl eines in der Zukunft liegenden Stichtages Gelegenheit geben, ihre autonomen unternehmerischen Entscheidungen hinsichtlich der sich aktuell auf jenem Markt befindlichen Arzneimittel zu korrigieren und ergebnisorientiert zu optimieren. Für das Abstellen auf den real existierenden, der Versorgung der Versicherten in der Vergangenheit dienenden Markt gibt es weitere sachliche Gründe: Nur bei solchen Arzneimitteln besteht nämlich für die AG die Möglichkeit, das Einsparvolumen durch den Rabattvertrag realistisch zu beurteilen, weil nur in diesem Fall das Verordnungsvolumen der Vergangenheit bekannt ist. Darüber hinaus erscheint es auch fraglich, ob die Wirtschaftlichkeit eines Angebots, das (auch) auf einem zu einem späteren Zeitpunkt (als dem Ausschreibungsbeginn) erstmals gelisteten generischen Arzneimittel beruht, im Vergleich zu anderen, länger auf dem Markt befindlichen Generika zuverlässig zu beurteilen wäre. Insoweit ist nämlich auch die Akzeptanz des generischen Arzneimittels bei Ärzten und Versicherten, die trotz der Regelung des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) eine nicht unerhebliche Rolle spielen dürfte, zu berücksichtigen. Gerade diese lässt sich aber wegen fehlender Erfahrungswerte überhaupt nicht beurteilen. Dabei erkennt der Senat nicht, dass bei den pharmazeutischen Unternehmern im Hinblick auf den Umfang der Ausschreibung und das Recht, für einen Zeitraum von 2 Jahren die Versicherten der AG im Rahmen des Zuschlags exklusiv mit Arzneimitteln zu versorgen, der nachvollziehbare Wunsch entsteht, die in der Vergangenheit getroffenen unternehmerischen Entscheidungen nunmehr den geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Das gesetzgeberische Konstrukt des Rabattvertrages mit der Anknüpfung an die in der Vergangenheit erfolgte Versorgung der Versicherten sowie die diesen Regelungen zugrunde liegenden sachlichen Erwägungen stehen dem jedoch entgegen.

Darüber hinaus ist die Stichtagsregelung durch die von den AG angestrebte Transparenz gerechtfertigt. Ohne die Wahl des Stichtags 01.09.2008 wäre es nicht möglich gewesen, den Interessenten unmittelbar nach der Bekanntmachung der Ausschreibung ein Produkt- und Rabattblatt zur Verfügung zu stellen, in dem sämtliche zur Angebotsabgabe und Kalkulation erforderlichen Daten hinterlegt sind. Das Produkt- und Rabattblatt ermöglicht nicht nur die sichere Kalkulation des eigenen Angebots und den Vergleich mit möglichen Angeboten anderer Bieter durch die Gegenüberstellung der aus verschiedenen Rabatthöhen resultierenden WMZ (so auch VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27.11.2008 - [1 VK 52/08](#)). Durch die in dem Produkt- und Rabattblatt hinterlegten PZN aller pharmazeutischer Unternehmen wurden sämtliche Interessenten zudem in die Lage versetzt, geeignete Partner zur Bildung von Bietergemeinschaften auszuwählen, deren Zulassung wiederum dem Schutz mittelständischer Interessen dient. Abgesehen davon haben die AG mit dem Produkt- und Rabattblatt deutlich gemacht, auf welche Arzneimittel sich der gewünschte Rabatt beziehen soll und dadurch dem Transparenzgebot Rechnung getragen.

Es ist auch fernliegend, in der Anknüpfung der AG an diesen "Zustand" diskriminierende Wirkungen zu sehen, zumal sie den Stichtag jedenfalls nicht willkürlich gewählt, sondern auf den letzten möglichen Termin ("aktueller Pool") vor der Ausschreibung abgestellt haben.

Schließlich ist nach Ansicht des Senats auch ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität ist nicht gegeben. Gemäß [§ 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#) dürfen bestimmte Erzeugnisse oder Verfahren sowie bestimmte Ursprungsorte und Bezugsquellen nur dann ausdrücklich vorgeschrieben werden, wenn dies durch die Art der zu vergebenden Leistung gerechtfertigt ist. [§ 8a Nr. 5 Satz 1 VOL/A](#) regelt, dass in den technischen Spezifikationen nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, einen bestimmten Ursprung oder eine bestimmte Produktion verwiesen werden darf, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden, soweit dies nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.

Diese Normen schließen es nicht aus, bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Auftragsgegenstandes - hier: Nachfrage nach Rabattangeboten für ohnehin zu vergütende Arzneimittel in Gestalt sog. Rabatt-ApU s - an die auf dem Markt anerkannte Lauer-Taxe anzuknüpfen. Die Bestimmungen zur Produktneutralität (vgl. etwa [§ 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#) und [§ 8 Nr. 5 VOL/A](#)) sind solche, die "Leistungsbeschreibungen" bzw. "technische Spezifikationen" betreffen. Diese Normen sind von vornherein nicht einschlägig bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs. Die Anknüpfung an den Produkt- und PZN-Stand der Lauer-Taxe gewährleistet die Beachtung des [§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A](#), wonach die Anforderungen an die Leistung/Lieferung so genau zu fassen sind, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen. Zu berücksichtigen ist ferner, dass mit den ausgeschriebenen Rabattverträgen nicht etwa ein neuer Beschaffungsauftrag erteilt wird. Vielmehr werden die vom Vertragsbeginn an für zu Lasten der AG in Apotheken abgegebenen Arzneimittelrabatte gewährt. Die "Auftragsvergabe" erfolgt aus dem bereits laufenden Versorgungsgeschehen heraus. Dass mit der Verwendung des Produkt- und Rabattblattes dem Transparenzgrundsatz hinreichend Rechnung getragen worden ist, wurde bereits oben dargestellt.

Unerheblich ist, dass möglicherweise auch eine andere Gestaltung der Ausschreibung - insbesondere mit einem späteren Stichtag - zulässig in Betracht hätte kommen können.

Im Übrigen hat die AS im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren auch eine Verletzung ihrer Rechte nicht hinreichend konkret dargelegt (§§ 107 Abs. 2, 97 Abs. 7). Die AS hat zwar gerügt, dass es interessierten Anbietern durch die Festschreibung des Stichtages "Lauer-Taxe 01.09.2008" nicht mehr möglich gewesen sei, weitere PZN mit dem Ziel einer Erweiterung des Sortiments in die Lauer-Taxe eintragen zu lassen. Im übrigen hat es die AS jedoch verabsäumt, konkret darzulegen, inwieweit sie bei der Wahl eines späteren Stichtages ein - dann zuschlagfähiges - Angebot hätte vorlegen können. Sie hat keine Wirkstoffe und/oder Darreichungsformen und/oder Packungsgrößen bezeichnet, die sie kurzfristig zur Lauertaxe hätte nachmelden können (oder wollen). Die AS hätte jedoch konkret darlegen müssen, inwieweit sie die Möglichkeit gehabt hätte, ihr Produktportfolio zu verändern (optimieren), und ferner, dass sich diese Veränderung positiv auf ihre Chancen, den Zuschlag für die betreffenden Fachlose zu erhalten, ausgewirkt hätte. Es hätte in diesem Zusammenhang auch weiterer konkreter Darlegungen dazu bedurft, in welchem Zeitraum die AS die betreffenden Veränderungen an ihrem Produktportfolio hätte vornehmen können. Klar dürfte sein, dass die Einräumung einer nach Monaten bemessenen Frist in jedem Fall ausscheidet, weil dies mit den berechtigten Interessen der AG nicht in Einklang stehen würde. Es käme somit darauf an, ob die AS selbst unmittelbar die Möglichkeit der Meldung von weiteren Arzneimitteln zur Lauer-Taxe gehabt hätte oder ob sie diese Voraussetzung erst durch Kauf von Zulassungen oder Kooperationen mit anderen Herstellern hätte schaffen müssen. Träfe Letzteres zu, erschiene zumindest fraglich, ob es der AS überhaupt möglich gewesen wäre, in einem zeitlich noch akzeptablen Rahmen Veränderungen an ihrem Produktportfolio vorzunehmen. Zu all dem hat die AS nichts vorgetragen. Es ist deshalb nicht vom Eintritt eines Schadens der AS aufgrund des Abstellens auf die Lauer-Taxe zu dem Stichtag 01.09.2008 auszugehen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Zuschlagschancen der Bieter bereits

deshalb überall dort verschlechtert haben, wo sie für die streitgegenständlichen Wirkstoffe nicht sämtliche Preisvergleichsgruppen mit sämtlichen Wirkstoffen haben abdecken können. Dieser Ansatz lässt die Vorgaben des [§ 97 Abs. 7 GWB](#) außer Acht und führt zu einer rein abstrakten Betrachtungsweise.

Ohne Erfolg macht die AS geltend, dass die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit der Angebote in einem intransparenten Verfahren durchgeführt worden sei und sich die Bewertungsmatrix als ungeeignet zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes darstelle. Nach [§ 9a Nr. 1 lit. c\) VOL/A](#) sind sämtliche Zuschlagskriterien, einschließlich deren Gewichtung, spätestens in den Verdingungsunterlagen zu benennen. Dabei müssen die Kriterien so klar formuliert sein, dass professionelle Bieter keine Verständnisschwierigkeiten haben (BGH, Urteil vom 03.06.2004 - [X ZR 30/03](#)). Bei der Auswahl der Zuschlagskriterien steht dem Auftraggeber ein lediglich beschränkt überprüfbarer Ermessensspielraum zu. Beanstandungen können lediglich darauf gestützt werden, dass die Vergabestelle einen falschen Sachverhalt zugrunde gelegt, aus willkürlichen bzw. sachfremden Erwägungen heraus gehandelt oder Bieter ungleich behandelt hat. Sowohl den VK als auch den gerichtlichen Nachprüfungsinstanzen ist es bei der Überprüfung verwehrt, ihre eigene Beurteilung an die Stelle der Bewertung der Vergabestelle zu setzen (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.07.2005 - [Verg 108/04](#); Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, [§ 97 GWB](#), Rdn. 92; Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 97, Rdn 38, m.w.N.). Die Zuschlagskriterien müssen jedoch gemäß [§ 25a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A](#) durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein.

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen sind die von den AG benannten Zuschlagskriterien unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten nicht zu beanstanden. Die VK hat zutreffend dargelegt, dass die Kriterien zur Ermittlung von WMZ und GWMZ ausführlich in den Verdingungsunterlagen beschrieben worden sind. Darüber hinaus wurden den Bietern Ausfüllhinweise für das Produkt- und Rabattblatt (Anlage 2 der Verdingungsunterlagen) und ein Filmbeitrag zur Verfügung gestellt, der sich sowohl mit der korrekten Bearbeitung des Produkt- und Rabattblatts als auch mit den maßgeblichen Kriterien zur Bildung der wertungserheblichen GWMZ befasst hat. Die AG haben zu Recht darauf abgestellt, dass die für die Gesamtwirtschaftlichkeitsbewertung erforderlichen Daten einschließlich der verwendeten Formeln jedem Bieter zugänglich gemacht wurden. Mit diesen Unterstützungsleistungen konnten professionelle Bieter ohne weiteres erkennen, dass ein Angebot um so wirtschaftlicher ist, je höher die GWMZ ausfällt. Anders ausgedrückt: Je geringer der Rabatt-APU, desto kleiner die GWMZ.

Im Übrigen hat die AS nicht vorgetragen, ob und inwieweit sie durch den Umstand, dass die Bewertungsmatrix nach ihrem Vorbringen ungeeignet zur Erzielung eines maximalen Rabattaufkommens sei, in eigenen Bieterrechten verletzt wird ([§ 107 Abs. 2 GWB](#)). Abgesehen davon haben sowohl VK als auch AG zu Recht darauf abgestellt, dass für Bieter kein Anspruch auf Gewährleistung individuell-optimaler Erfolgs- und Zuschlagschancen durch Vergabestellen besteht, zumal für den Senat im Ergebnis kein durchgreifender Zweifel daran besteht, dass die von den AG entwickelte Bewertungsmatrix den bereits oben skizzierten Anforderungen entspricht.

Das Eignungskriterium "Produktionskapazität" stellt entgegen der Auffassung der AS kein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. [§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A](#) dar, sondern entspricht den Vorgaben des [§ 7a Nr. 3 Abs. 2 lit. b\) VOL/A](#). Der Nachweis der Produktionskapazität wurde sowohl in der Vergabebekanntmachung (III.2.3) als auch in den Verdingungsunterlagen (B.I.1., S. 23 f.) ausführlich beschrieben. Abgesehen davon besteht an dem Nachweis hinreichender Produktionskapazitäten für gesetzliche Krankenkassen (aber auch für Arzneimittelhersteller) jedenfalls bei der Rabattierung von Arzneimitteln allein schon angesichts der Verpflichtungen aus [§§ 2 Abs. 4, 12, 70 Abs. 1 SGB V](#) ein erhebliches Interesse, so dass dieses Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung von Versorgungssicherheit keinen durchgreifenden Bedenken unterliegt.

Es ist nicht zu beanstanden, dass einige Eignungsnachweise (Gewerbezentralregistrauszug, Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes, Bescheinigung einer Krankenkasse, dass der Gesamtsozialversicherungsbeitrag gezahlt wurde) erst im Laufe der Angebotswertung auf besondere Anforderung vorgelegt werden mussten. Die Nachforderung von Eignungsnachweisen, die grundsätzlich in der Vergabebekanntmachung anzugeben sind ([§ 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#)), in den Verdingungsunterlagen ist nur dann zulässig, wenn sich der Auftraggeber die Nachforderung in der Vergabebekanntmachung vorbehalten hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 04.06.2008 - [VII-Verg 21/08](#) und 12.12.2007 - [VII-Verg 34/07](#), jeweils m.w.N.; vgl. auch [§ 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A](#)). Hier haben die AG in der Vergabebekanntmachung (III.2.1.d) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die o.g. Nachweise auf gesonderte Anforderung von den Bietern nachzureichen sind. Eine vergaberechtlich unzulässige Vermengung von verschiedenen Wertungsstufen, insbesondere von Eignungs- und Zuschlagskriterien (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.10.2001 - [X ZR 100/99](#), [VergabeR 2002, 42](#) f. sowie Urteil vom 15.04.2008 - [X ZR 129/06](#), [VergabeR 2008, 641](#) ff) vermag der Senat in diesem Vorgehen nicht zu erkennen. Denn das Gebot der Trennung der Wertungsstufen ist - wie die VK in dem angefochtenen Beschluss zutreffend dargelegt hat - inhaltlicher Natur. Eine Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien wurde jedoch von der AS weder behauptet noch haben sich ansonsten durchgreifende Anhaltspunkte für ein solches Verhalten der AG gezeigt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die AG, wie sich den Verdingungsunterlagen entnehmen lässt, entgegen der Auffassung der AS nicht den Preis als alleiniges Zuschlagskriterium bestimmt haben. Selbst wenn sie jedoch ausschließlich auf den Preis abgestellt hätten, wäre dies vergaberechtlich nicht zu beanstanden gewesen (vgl. BGH, Beschluss vom 16.10.2001, [a.a.O.](#)).

Der Senat sah sich nicht gehalten, den EuGH um Vorabentscheidung zu den von der AS schriftsätzlich aufgeworfenen Vorlagefragen zu ersuchen. Denn das Vergabeverfahren verstößt aus den von der VK und den vom Senat aufgezeigten Gründen nicht gegen europarechtliche Vorschriften.

Abschließend ist zu berücksichtigen, dass die AG keine Zusicherung dahingehend erklärt haben, auf die Erteilung von Zuschlägen bis zu einer endgültigen Entscheidung des Senates über die sofortige Beschwerde zu verzichten. Die Erklärung hat sich vielmehr darauf beschränkt, dass bis zu einer zuschlagsgestattenden Entscheidung des Beschwerdegerichts Rabattvereinbarungen nicht geschlossen werden.

Die Kostenentscheidung bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.

Der Beschluss ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar ([§§ 177, 142a SGG](#)).
Rechtskraft

Aus
Login
NRW
Saved
2009-04-14