

L 21 KR 44/09 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 44/09 SFB
Datum
28.04.2009
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 27.03.2009 ([3 VK-46/09](#)) bis zu einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Umstritten ist die Rechtmäßigkeit der Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen.

Die Antrags- 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 (jetzt noch) 63 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen. 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 und 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
Alfuzosin
Allopurinol
Amiodaron
Lisinopril + HCT
Amisulprid
Amlodipin
Azathioprin
Bisoprolol
Bisoprolol + HCT
Captopril
Captopril + HCT
Carvedilol
Cefaclor
Cefuroxim
Ciprofloxacin
Citalopram
Clarithromycin
Diclofenac
Doxazosin
Doxepin
Enalapril
Enalapril + HCT

Felodipin
Finasterid
Furosemid
Gabapentin
Glimepirid
Hydrochlorathiazid
Ibuprofen
Isosorbiddinitrat
Isosorbidmononitrat
Itraconazol
Levodopa + Benserazid
Levodopa + Carbidopa
Lisinopril
Melperon
Metformin
Metoclopramid
Metoprolol
Metoprolol + HCT
Mirtazapin
Molsidomin
Moxonidin
Nifedipin
Nitrendipin
Olanzapin
Omeprazol
Paroxetin
Ramipril
Ramipril + HCT
Ranitidin
Risperidon
Roxithromycin
Sertralin
Simvastatin
Spironolacton
Sumatriptan
Tamsulosin
Terazosin
Torasemid
Tramadol
Trimipramin
Verapamil

Hinsichtlich des Wirkstoffs Olanzapin ist die Ausschreibung wegen eines bestehenden Patentrechts zwischenzeitlich aufgehoben worden.

Nach den Verdingungsunterlagen hat jeder Bieter pro angebotenem Fachlos (Wirkstoff) und je Gebietslos einen "Rabatt-ApU" (Rabatt-Apothekenverkaufspreis) 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 - sog. Stichtag) im Sortiment hat. Gemäß § 2 Abs. 2 Rabattvertrag (RV) errechnet sich der Rabatt je PZN nach der Formel $\text{Rabatt} = \text{ApU (Apothekenverkaufspreis)} - \text{Rabatt-ApU}$. 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.

Die "Lauer-Taxe", auch ABDA-Artikelstamm oder große deutsche Spezialitätentaxe genannt, die in 14-tägigem Rhythmus aktualisiert wird, enthält die Daten aller bei der Informationsstelle für Arzneimittelspezialitäten 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.

Je Wirkstoff und Gebietslos soll allein ein Bieter den Zuschlag erhalten, nämlich der, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wird an Hand von zwei Kriterien ermittelt werden: Zum einen mit dem Kriterium "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU s", zum anderen an Hand 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 Bieter 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). In einer weiteren Spalte wurde dem Bieter 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).

Die Parteien treten nach § 3 des Vertragsentwurfs in einigen Fällen unverzüglich in Nachverhandlungen ein: Das ist nach § 3 Abs. 2 RV der Fall, wenn die Auftragnehmerin bei unverändertem Festbetrag den Abgabepreis eines rabattierten Arzneimittels, für das eine Zuzahlungsbefreiung nach [§ 31 Abs. 3 Satz 4 SGB V](#) besteht, erhöht, mit der Folge, dass dieses Rabattarzneimittel zuzahlungspflichtig wird. Das gleiche gilt, wenn der Festbetrag für ein Arzneimittel abgesenkt oder ein Festbetrag nach Abschluss des Rabattvertrages neu festgesetzt wird oder wenn die Auftragnehmerin den Abgabepreis erhöht und infolge dessen der Apothekenverkaufspreis den Festbetrag unterschreitet (§ 3 Abs. 4 RV). Wenn sich die Vertragsparteien nicht innerhalb von vier Wochen einigen, kann die Auftraggeberin eine Teilkündigung mit einer Frist von 14 Tagen zum Monatsende aussprechen (§ 9 Abs. 3 Satz 1 i.V.m. § 3 Abs. 2 Satz 2 bzw. Abs. 2 Satz 2 RV).

Gemäß § 8 RV ist die Auftraggeberin berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Lieferausfall für ein Rabattarzneimittel oder, wenn nach Mitteilung der Auftragnehmerin ein solcher Lieferausfall droht, für den Zeitraum des voraussichtlichen Lieferausfalls Ersatzbeschaffungen/Ersatzversorgungen vorzunehmen. Die erforderlichen Mehrkosten sind grundsätzlich von der Auftragnehmerin zu erstatten, es sei denn, sie weist nach, dass sie den Lieferausfall oder dessen fehlende Behebung nicht verschuldet hat.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (AS) ist eine deutsche Tochtergesellschaft der italienischen N-Gruppe, einem weltweit tätigen Pharmaunternehmen. Die AS reichte Angebote für 5 Fachlose, u.a. für die hier streitbefangenen Wirkstoffe Enalapril (Fachlos Nr. 21) zu dem Gebietslos 2 (AOK Rheinland-Hamburg) und Hydrochlorothiazid (Fachlos Nr. 28) zu dem Gebietslos 1 (AOK Bayern) ein. Die AG teilten der AS unter dem 28.11.2008 gemäß § 13 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV) mit, dass die AS keinen Zuschlag auf eines ihrer Gebote erhalten solle, sondern dass vielmehr das beigeladene pharmazeutische Unternehmen für den Zuschlag vorgesehen sei.

Am 12.12.2008 hat die AS bei der Vergabekammer (VK) bei der Bezirksregierung Düsseldorf einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens wegen der Vergabe der Rabattvereinbarungen für die Wirkstoffe Enalapril (Fachlos Nr. 21) zu dem Gebietslos 2 (AOK Rheinland-Hamburg) und Hydrochlorothiazid (Fachlos Nr. 28) zu dem Gebietslos 1 (AOK Bayern) gestellt. Die VK des Bundes, an die das Verfahren durch Beschluss vom 27.01.2009 verwiesen worden war, hat den Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 27.03.2009 als unbegründet zurückgewiesen. Hinsichtlich des Vorbringens der Beteiligten und der Einzelheiten der Begründung wird auf die Gründe Bezug genommen.

Dagegen hat die AS am 14.04.2009 sofortige Beschwerde bei dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen eingelegt und (u.a.) beantragt, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Zur Begründung ihres Begehrens macht die AS geltend: Die Ausschreibung der Antragsgegnerin verstoße gegen Art. 81, 82 EG-Vertrag (EGV) sowie [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. den [§§ 19, 20](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Diese Vorschriften seien auch im Vergabenachprüfungs- und Beschwerdeverfahren vollinhaltlich zu prüfen. Der von den AG gewählte Loszuschnitt verletze die nicht nur den Mittelstandsschutz bezweckenden Vorschriften des [§ 97 Abs. 3 GWB](#) und des § 5 Nr. 1 der Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A). Die AG seien dazu verpflichtet gewesen, Gebietslose entsprechend den 15 AOK-Landesverbänden zu bilden. Darüber hinaus verlange [§ 97 Abs. 3 GWB](#) i.V.m. dem Grundsatz der Chancengleichheit der Bieter nach [§ 97 Abs. 2 GWB](#) und dem Wettbewerbsgrundsatz des [§ 97 Abs. 1 GWB](#), eine Loslimitierung vorzunehmen. Die AG seien gehalten gewesen, eine Beschränkung dahingehend vorzusehen, dass an jeden Bieter nur eine bestimmte Zahl von Gebietslosen vergeben werde. Ferner liege ein Verstoß gegen [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) vor, wonach das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer wettbewerbsbehindernden oder -verzerrenden Art und Weise angewendet werden dürfe. Die von den AG verwendete Berechnungsformel zur Ermittlung des Zuschlagskriteriums "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU", d.h. der Höhe der möglichen Einsparungen der AG pro Gebiets- und Fachlos, sei vergaberechtswidrig. Aufgrund der verwendeten Berechnungsformel liege ein Verstoß gegen die [§§ 97 Abs. 2, 5 GWB](#) und die [§§ 2 Nr. 2, 25 Nr. 3 VOL/A](#) vor, da es im Rahmen der Wertung zwangsläufig und vorhersehbar zu einer Besserstellung von Anbietern von Arzneimitteln komme, deren ApU auf bzw. unter dem Festbetrag liege. Dies stelle eine Diskriminierung von Unternehmen - wie der AS - dar, die ihre Produkte über dem Festbetrag anböten. Über die Auswahl wie über die Anwendung der Zuschlagskriterien habe ein öffentlicher Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Ausgestaltung des Wertungsprozesses beruhe auf einem Ermessensnichtgebrauch der AG, denn sie gingen - unzutreffend - davon aus, dass die von ihnen gewählte Berechnungsformel zur Ermittlung des Zuschlagskriteriums Wirtschaftlichkeit des "Rabatt-APU" der einzig mögliche und von [§ 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) angeblich zwingend vorgeschriebene Weg sei, den Mehrkostenausgleich bei Festbetragsüberschreitung im Rahmen der Entscheidung über die Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Entgegen dieser Annahme sei es aber beispielsweise auch möglich gewesen, in den Rabattvertrag selbst eine vertragliche Regelung über einen Mehrkostenausgleich (eine Erstattung) bei Festbetragsüberschreitungen aufzunehmen. Es sei Anbietern, deren ApU über dem Festbetrag liege, faktisch unmöglich gewesen, ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben. Es sei unzulässig, dass die von den AG verwendete Berechnungsformel vorsehe, dass der Betrag einer etwaigen festbetragsbedingten Aufzahlung bei der Berechnung des bereinigten Rabatt-APU als zweiter Summand angesetzt werde. Zudem hätten die AG bei der Auswahl und Anwendung des Zuschlagskriteriums Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU und der entsprechenden Berechnungsformel gegen [§ 97 Abs. 5 GWB](#), [§§ 25 Nr. 3, 25a VOL/A](#) verstoßen, indem sie die Betroffenheit der Grundrechte der Anbieter nicht ausreichend beachtet hätten. Das Zuschlagskriterium Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU verletze die Antragstellerin in ihren Grundrechten aus [Art. 12 Abs. 1](#) und [Art. 3 Abs. 1 GG](#).

Die Antragstellerin beantragt,

die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung abzulehnen.

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss der VK.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichts- und Vergabeakten sowie der Akten der Vergabekammer Bezug genommen.

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 hier keine hinreichende Aussicht auf Erfolg.

Die Anwendbarkeit der [§§ 97 - 115, 128 GWB](#) für die Zeit ab 18.12.2008 ergibt sich aus [§ 69 Absatz 2 Satz 1 Halbsatz 2 SGB V](#) in der Fassung des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG) vom 15.12.2008 ([BGBl. I S. 2426](#)); für die Zeit vor dem 18.12.2008 folgt dies aus einer EU-Richtlinien-konformen Auslegung der bis zu diesem Zeitpunkt geltenden Fassung des [§ 69 SGB V](#) (§ 69 in der Fassung des Gesetzes vom 23.04.2002, [BGBl. I S. 1412](#)). Demgegenüber sind auf das vorliegende Vergabeverfahren nicht die Regelungen des GWB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 ([BGBl. I S. 790](#)) anwendbar, weil dieses vor dem 24.04.2009 begonnen hat (vgl. [§ 131 Abs. 8 GWB](#) n.F.).

Die AG sind öffentliche Auftraggeber im Sinne des [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Dies folgt (jedenfalls) daraus, dass sie als staatlich kontrollierte Einrichtungen zu beurteilen sind. Sie unterliegen einer nachträglichen Rechtsaufsicht ([§ 87](#) ff Viertes Buch Sozialgesetzbuch - SGB IV) wie auch einer präventiven Aufsicht (z.B. [§ 34 SGB IV](#)). Die staatliche Regelungsdichte ist derart hoch, dass den gesetzlichen Krankenkassen im Ergebnis eine eigenverantwortliche Gestaltung des Satzungs-, Organisations-, Beitrags- und Leistungsrechts weitgehend verwehrt ist (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, Az [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 (so der Schlussantrag des Generalanwaltes Mazak vom 16.12.2008 in der Rechtssache [C-300/07](#); OLG Düsseldorf, Beschluss 19.12.2007 [VII - Verg 51/07](#), NZ Bau 2008, 194 ff.; siehe auch Engelmann in *Juris PK-SGB X* § 69 Rdnr. 195 ff.) kann der Senat hier offen lassen.

Bei den zu schließenden RV handelt es sich - dies ist unter den Beteiligten auch nicht umstritten - um öffentliche Lieferaufträge nach [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#). Zwar betrifft der RV keine Waren iSv Art. 1 Abs. 2 Buchstabe c) der Richtlinie 2004/18 EG, denn Ausschreibungsgegenstand ist die Einräumung von Rabatten (vergl. LSG Baden-Württemberg aaO). Auch kann nicht von einer typischen Beschaffungssituation ausgegangen werden, weil die Krankenkassen auf das Ordnungsverhalten der Ärzte keinen Einfluss haben (vgl. Engelmann in: *jurisPK-SGB V*, § 69, Rdn. 226 ff. m.w.N.). Entscheidend ist aber der Umstand, dass dem Rabattvertragspartner nach [§ 7 Abs. 1 RV](#) Exklusivität zugesichert wird, so dass ein öffentlicher Auftrag in Form eines Rahmenvertrages ([§ 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A](#)) anzunehmen ist. 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](#)).

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 - 21 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 vergaberechtliche 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 den [§§ 107 Abs. 2 Satz 1, 97 Abs. 7 GWB](#). Danach ist im Vergabenachprüfungsverfahren 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 in: *jurisPK-VergR*, § 97, 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.](#)). 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 zuvor beschriebenen Sinne, sondern sind gemäß [§ 104 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) durch die Kartellbehörden und/oder im Sekundärrechtsschutz durch die ordentlichen Gerichte zu prüfen. Deshalb ist der Rechtsweg in das Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren insoweit nicht eröffnet.

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 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).

Ein Verstoß gegen die Artikel 81, 82 des EGV liegt nicht vor, denn die AG handeln beim Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) nicht als Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften. Hinsichtlich der Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland hat der EuGH bereits explizit entschieden (Urteil vom 16.03.2004, Az [C-264/01](#)), dass diese von dem Begriff des Unternehmens im Rahmen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht erfasst werden, weil sie ohne die Möglichkeit der Einflussnahme ihren Mitgliedern im Wesentlichen die gleichen Pflichtleistungen zu gewähren hätten und zudem untereinander zu einer Art Solidargemeinschaft zusammengeschlossen seien. Dies hat der EuGH für die Berufsgenossenschaften unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung jüngst noch einmal bestätigt (Urteil vom 05.03.2009, Az.: [C - 350/07](#)). Diese Erwägungen des EuGH beanspruchen auch im Hinblick auf die

zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen im deutschen Krankenversicherungsrecht (Einführung von Wahlтарifen zum 01.04.2007 - [§ 53 SGB V](#) - sowie die Schaffung des Gesundheitsfonds zum 01.01.2009 - [§ 266 SGB V](#)) weiterhin Gültigkeit, weil trotz dieser gesetzlichen Änderungen die relevanten Grundstrukturen erhalten geblieben sind (vergl. insoweit auch LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 23.01.2009 [aaO](#)).

Entgegen der Ansicht der AS haben die AG das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder wettbewerbseinschränkend angewendet ([§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#)). Sie waren auch nicht verpflichtet, diese Rahmenverträge mit mehr als nur einem pharmazeutischen Unternehmen abzuschließen, mehr als 5 Gebietslose zu bilden oder die Anzahl der Lose, für die ein Unternehmen bieten und/oder den Zuschlag erhalten kann, zu begrenzen (Loslimitierung).

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.

[§ 97 Abs. 3 GWB](#) erfordert auch - ebenso wie [§ 5 Nr. 1 VOL/A](#) - (jedenfalls) keine Aufteilung in mehr als 5 Gebietslose. Nach [§ 97 Abs. 3 GWB](#) sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose angemessen zu berücksichtigen. [§ 5 Nr. 1 VOL/A](#) regelt, 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 kleine und mittlere Unternehmen um Lose bewerben können. Ungeachtet der Frage, ob sich die AS überhaupt zu Recht auf diese Vorschriften berufen kann, liegt ein Rechtsverstoß insoweit jedenfalls nicht vor.

Die AG haben hier neben den 5 Gebietslosen (jetzt noch) 63 Fachlose gebildet, so dass insgesamt 315 Lose zu vergeben waren. Theoretisch hätten somit ebenso viele verschiedene Bieter den Zuschlag erhalten können. Diese Vorgehensweise eröffnet - worauf die VK zu Recht hingewiesen hat - einer erheblichen Anzahl von verschiedenen pharmazeutischen Unternehmern die Möglichkeit, zumindest für ein oder mehrere Fachlose innerhalb eines Gebietsloses den Zuschlag zu erhalten. Bei der Aufteilung und Bildung 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 erklärt, dass bei einem disproportionalen Loszuschnitt die Gefahr bestanden hätte, dass mitgliederschwachen AOK'en möglicherweise wesentlich ungünstigere Rabattkonditionen eingeräumt werden könnten und die Aufteilung der Gebiete einzelner AOK'en zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung der Aufträge führen könnte (Vergabevermerk, S. 11). Die AG haben damit sachliche Gründe für die vorgenommene Aufteilung 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. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob auch eine Aufteilung in 15 Gebietslose zulässig in Betracht gekommen wäre; diese Ermessensentscheidung der AG ist nicht zu beanstanden.

Nicht zu beanstanden ist schließlich, dass die AG auf eine Loslimitierung - die 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 unter Umständen 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.](#)). Hier jedenfalls hätte eine Loslimitierung - sowohl in Form der Zuschlagslimitierung wie der Gebotslimitierung - wettbewerbsbeschränkende Auswirkungen, ohne dass andere konkrete Vorteile hier nach dem Vorbringen der AS ersichtlich wären.

Entgegen der Auffassung der AS stellt sich die Angebotswertung der AG, nämlich die Berechnungsformel zur Ermittlung des Zuschlagskriteriums "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU" nicht als vergaberechtswidrig dar. Ein Verstoß gegen [§ 97 Abs. 2 und 5 GWB](#), [§§ 2 Nr. 2, 25 Nr. 3 VOL/A](#), liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung der AS beinhaltet die von den AG verwendete Berechnungsformel zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung oder Diskriminierung von Unternehmern, die ihre Arzneimittel über den jeweils geltenden Festbeträgen (vgl. [§§ 35 ff. SGB V](#)) anbieten. Die gesetzgeberische Intention bei der Schaffung dieser gesetzlichen Regelungen besteht im Erreichen einer qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung auf einem möglichst günstigen Preisniveau (vergl. Wagner in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, [§ 35 SGB V](#) Rdnr. 2). Die Einführung eines Erstattungshöchstbetrages (Festbetrag) zielt durch die Anreizung des Wettbewerbs unter den Leistungserbringern letztlich darauf, dass sich Preise auf oder unter der Höhe des Festbetrags am Markt etablieren. Von diesem gesetzlich angestrebten Regelfall geht

die Berechnungsformel der AG zur Bewertung der Angebote aus. Die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Steuerungsinstrument der Festbeträge bemisst, verdeutlichen ferner die Regelungen des [§ 31 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 SGB V](#). § 31 Abs. 2 Satz 3 normiert ausdrücklich, dass Rabattvereinbarungen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) nur zulässig sind, wenn hierdurch die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrages ausgeglichen werden. Satz 2 dieser Vorschrift bestimmt, dass die Krankenkasse im Falle des Bestehens eines Rabattvertrages nach § 130a Abs. 8 den Apothekenverkaufspreis dieses Mittels abzüglich der Zuzahlungen und Abschläge nach §§ 130 und 130a Abs. 1, 3a und 3b trägt. Gerade diesen gesetzlichen Regelungen trägt die Berechnungsformel der AG zur Bewertung der Angebote Rechnung. Die Anknüpfung an die jeweils geltenden Festbeträge für die zu rabattierenden Arzneimittel stellt im Hinblick auf die Gesetzeslage nicht nur ein sachgerechtes und naheliegendes, sondern auch notwendiges ([§ 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#)) Kriterium - gerade auch für die Angebotswertung - dar. Der Gesetzgeber verfolgt hier erkennbar das Ziel, zu verhindern, dass im Rahmen von Verträgen gemäß [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) erzielte Rabatte durch das Überschreiten von Festbeträgen minimiert oder gar ausgeglichen werden. Bei dieser Sachlage ist es dann auch nur folgerichtig, wenn die AG bestrebt sind, diese gesetzgeberische Absicht bereits im Rahmen der Angebotswertung zu berücksichtigen. Es musste sich den AG deshalb keineswegs aufdrängen, zum Zwecke der Wahrung dieser gesetzgeberischen Vorgaben außerhalb des Bewertungsverfahrens durch eine entsprechende Erstattungsverpflichtung der pharmazeutischen Unternehmen die Beachtung dieser gesetzgeberischen Absicht zu gewährleisten. Eine entsprechende Verpflichtung im Rabattvertrag, die der AS vorschwebt, hätte zudem gegenüber dem praktizierten Bewertungsverfahren für die AG einen höheren Verwaltungsaufwand wegen der nachträglich durchzuführenden Erstattung, eine Vorleistungspflicht verbunden mit einem Zinsverlust (weil die entsprechenden Beträge zunächst einmal hätten vorfinanziert werden müssen) und außerdem ein erweitertes Insolvenzrisiko bedeutet. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass die Bewertung der Angebote (aufgrund der Berechnungsformel der WMZ) auf einem Ermessensfehler der AG beruht.

Da die Bewertung der Angebote lediglich die vom Gesetzgeber mit den Regelungen zu den Arzneimittelfestbeträgen verfolgten Ziele angemessen berücksichtigt, gegen deren Zulässigkeit durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken nicht ersichtlich sind (vergl. insoweit Bundesverfassungsgericht, Urteil vom 17.12.2002, [1 BvL 28/95](#)), ist ein Verstoß gegen [Art. 12 GG](#) sowie [Art. 3 GG](#) nicht gegeben.

Die Kostenentscheidung bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-05-15