L 21 KR 36/09 SFB

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
21
1. Instanz
-
Aktenzeichen
VK 3-37/09
Datum
-
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 21 KR 36/09 SFB
Datum
08.10.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Beschluss

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 16.03.2009 ([VK 3-37/09](#)) wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens nach [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsstellerin und Beschwerdeführerin (AS), die u.a. nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) produziert und vertreibt, begehrt - nachdem die Antragsgegnerinnen (AG) die Zuschläge auf die Rabattverträge gemäß [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) erteilt haben - die Feststellung, dass sie durch das Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt worden ist.

Die Antrags- und Beschwerdegegnerinnen (AG) haben den Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8 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 waren nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) in 64 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen. Das Gebietslos 1 umfasste 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
Amisulprid
Amlodipin
Azathioprin
Bisoprolol
Bisoprolol + Hydrochlorothiazid (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
Lisinopril + HCT
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 wurde die Ausschreibung wegen eines bestehenden Patentrechts (vergl. insoweit Bundesgerichtshof (BGH), Urteil v. 16.12.2008 - [X ZR 89/07](#)) aufgehoben.

Nach den Verdingungsunterlagen hatte 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. 08 2008 (im Laufe des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01.09.2008 - sog. Stichtag) im Sortiment hatte.

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 erhielt allein ein Bieter den Zuschlag, nämlich der, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet hatte. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wurde an Hand von zwei Kriterien ermittelt: 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 wurde die Höhe der möglichen Einsparungen auf der Grundlage von "Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen" (GWMZ) ermittelt. Hierbei berücksichtigten die AG 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). In die Berechnung der GWMZ wurde auch die Produktbreite des jeweiligen Bieters einbezogen, also die Anzahl der vom Bieter je Gebietslos angebotenen Arzneimittel innerhalb einer Preisvergleichsgruppe. Den Bieter

wurde 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).

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

Die AS ist ein pharmazeutisches Unternehmen mit Sitz in T, dessen Schwerpunkt auf der Herstellung und dem Vertrieb von Antibiotika in Deutschland und dem europäischen Ausland liegt. Die AS reichte Angebote für 3 Fachlose, nämlich für die hier streitbefangenen Wirkstoffe Cefaclor (Fachlos Nr. 13), Ciprofloxacin (Fachlos Nr. 15) und Roxithromycin (Fachlos Nr. 54) - jeweils für alle 5 Gebietslose - 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 die beigeladenen pharmazeutischen Unternehmen für den Zuschlag vorgesehen seien.

Die VK des Bundes hat den am 11.12.2008 wegen der Vergabe der Rabattverträge für die Wirkstoffe Cefaclor (Fachlos Nr. 13), Ciprofloxacin (Fachlos Nr. 15) und Roxithromycin (Fachlos Nr. 54) jeweils zu allen 5 Gebietslosen gestellten Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 16.03.2009 - auf dessen Begründung Bezug genommen wird - als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 17.03.2009 zugestellten Beschluss der VK hat die AS am 30.03.2009 sofortige Beschwerde bei dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen eingelegt und geltend gemacht: Die Ausschreibung der AG verstoße gegen Art. 81, 82 EG-Vertrag (EG) sowie [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. den [§§ 19, 20](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Diese Vorschriften seien auch im Vergabenaachprüfungs- und Beschwerdeverfahren vollinhaltlich zu prüfen. Der Zusammenschluss der AG zu einer Einkaufsgemeinschaft bewirke, dass die hierdurch erzwungenen Einkaufskonditionen als unangemessen zu beurteilen seien und damit eine unbillige Behinderung i.S.d. [§ 20 GWB](#) darstellten. Auch verletze die Ausschreibung [§ 3a Nr.4 Abs. 2 VOL/A](#), denn danach dürfe der Auftraggeber Rahmenvereinbarungen nicht missbräuchlich oder in einer Weise anwenden, die den Wettbewerb behindert oder verfälscht.

Die Ausschreibung verstoße außerdem gegen das Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgebot sowie gegen [§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A](#) vor. Danach müsse die Leistung eindeutig und so erschöpfend beschrieben sein, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden könnten. Der Verstoß liege darin, dass in den Verdingungsunterlagen zum Zwecke der Angebotskalkulation konkrete Verkaufszahlen angegeben worden seien, die jedoch bei der Angebotswertung keinerlei Rolle spielen sollten. Auch lasse es die Leistungsbeschreibung zu, dass unterschiedliche Packungsgrößen zum Gegenstand des Angebots gemacht werden könnten und dass für jede Packungsgröße innerhalb eines Angebots eine individuelle Rabatthöhe gewährt werden könne. Ein Angebot, das beispielsweise drei Packungsgrößen beinhalte, die jeweils unterschiedliche Rabatthöhen aufwiesen, könne aber mit einem Angebot, das lediglich eine Packungsgröße mit einem festgelegten Rabatt aufweise, gerade nicht verglichen werden. Dies sei mit dem Wettbewerbs- und Wirtschaftlichkeitsgebot nicht in Einklang zu bringen. Ferner sei das zur Wertung der Angebote vorgesehene Zuschlagskriterium - die WMZ - vergaberechtlich unzulässig. Diese verstoße gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot, denn sie sei nicht geeignet, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln. Die Berechnung der WMZ gehe davon aus, dass alle PZN innerhalb einer Preisvergleichsgruppe zukünftig zu gleichen Teilen abgegeben würden. Diese Berechnung berücksichtige nicht, dass einzelne PZN innerhalb einer Preisvergleichsgruppe einen ganz überragenden Marktanteil aufwiesen, andere PZN dagegen nur einen verschwindend geringen Anteil. Dies bleibe indes bei der Berechnung der WMZ völlig unberücksichtigt. Damit werde die Möglichkeit eröffnet, auf umsatzschwache PZN einen hohen Rabatt, auf umsatzstarke PZN dagegen nur einen geringeren Rabatt einzuräumen. Folge sei, dass ein Bieter, der lediglich einen Rabatt auf die umsatzstarke PZN einräume, benachteiligt werde. Schließlich stelle es einen Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot dar, dass bei der Bewertung der Angebote nicht die Abgabemengen der Vergangenheit zugrunde gelegt würden, sondern lediglich die gesamte Wirkstoffmenge, die innerhalb des Zeitraums binnen einer Preisvergleichsgruppe abgegeben würde. Somit bestehe ein Widerspruch zwischen der Kalkulations- und der Bewertungsgrundlage.

Schließlich verstießen die Regelungen aus [§ 130a SGB V](#) i.V.m. [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) gegen [Art. 12 Abs. 1](#) des Grundgesetzes (GG).

Die AG haben in sämtlichen Fach- und Gebietslosen Zuschläge erteilt, nachdem der erkennende Senat sowohl Anträge auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (u.a. der AS in diesem Verfahren durch Beschluss vom 23.04.2009 sowie anderer Bieter, z.B. durch Beschluss v. 08.04.2009 - [L 21 KR 27/09 SFB](#)) als auch sofortige Beschwerden anderer Bieter zurückgewiesen hat (Beschlüsse v. 26.03.2009 - [L 21 KR 26/09 SFB](#) und v. 03.04.2009 - [L 21 KR 35/09 SFB](#)).

Die Antragstellerin beantragt,

gemäß [§ 123 Satz 3](#), 4 i.V.m. [§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) festzustellen, dass sie durch das Handeln der Beschwerdegegnerinnen in ihren Rechten verletzt wurde.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

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.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat auch mit dem (zuletzt gestellten) Feststellungsantrag keinen Erfolg.

Der Feststellungsantrag ist zulässig. Nachdem sich das Vergabeverfahren durch die Erteilung der Zuschläge nicht nur im Hinblick auf die hier streitigen Fach- und Gebietslose, sondern bezüglich sämtlicher Fach- und Gebietslose erledigt hat ([§ 123 Satz 4](#), [§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB](#)), ist der Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung gemäß [§ 123 Satz 3 GWB](#) statthaft. Da eine solche Feststellung wegen der Bindungswirkung nach [§ 124 Abs. 1 GWB](#) der Vorbereitung eines möglichen Schadensersatzprozesses dient, hat die AS auch ein Feststellungsinteresse (vergl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.11.2005 - [VII Verg 56/05](#), [VergabeR 2006, 411](#)).

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 das Vergabeverfahren vor dem Inkrafttreten am 24.04.2009 begonnen hat (vergl. [§ 131 Abs. 8 GWB](#) n.F.).

Die AG sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#) (vergl. EuGH, Urteil v. 11.06.2009 - [C-300/07](#)). Bei den hier streitigen Rabattvereinbarungen handelt es sich um öffentliche Lieferaufträge nach [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#) (vergl. nur Senat, Beschluss v. 15.04.2009 - [L 21 KR 39/09 SFB](#) sowie Beschluss v. 10.09.2009 - [L 21 KR 51/09 SFB](#) jeweils m.w.N.).

Unzulässig war 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 (vergl. Beschluss v. 10.04.2002 - [Verg 6/02](#), [NZBau 2002, 583](#)) daran fest, dass im Hinblick auf eine geltend gemachte Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften der Rechtsweg in das Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nicht eröffnet ist (vergl. bereits Senat, Beschluss v. 30.01.2009 - [L 21 KR 1/08 SFB](#)). Das ergibt sich aus [§§ 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. 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 - mit Blick auf [§ 69 SGB V](#) - durch die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zu prüfen.

Etwas anderes ergibt sich ferner auch nicht daraus, dass gemäß [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) neben den Rechten aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) "sonstige Ansprüche", die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, außer vor den Vergabepflichtenstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden können. Denn [§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) setzt für die Bejahung der Antragsbefugnis u.a. voraus, dass ein Unternehmen eine Verletzung in seinen Rechten nach [§ 97 Abs. 7 GWB](#) durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Damit sind VK und Beschwerdegericht grundsätzlich nur zuständig für Anträge von Unternehmen, die ein Interesse an einem Auftrag haben und soweit diese Anträge auf Maßnahmen im Vergabeverfahren (z.B. Aufhebung der Ausschreibung oder Erteilung des Zuschlages) gerichtet sind (Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 104 Rdnr. 3; vergl. auch Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdnr. 13). 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 (vergl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.04.2002, [a.a.O.](#)). Hierzu gehören [§§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1](#) und 2 GWB jedoch nicht.

Bei dem kartellrechtlichen Missbrauchs-, insbesondere Diskriminierungs- und Behinderungsverbot handelt es sich um eine sowohl in der europäischen als auch in der nationalen Wettbewerbsordnung zentrale Regelung, die sich gegen einen der schwersten Verstöße richtet (vergl. Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdnr. 15). Unterfiele die Geltendmachung kartellrechtlicher Abwehransprüche der Konzentrationswirkung des [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#), bedeutete dies gleichzeitig, dass unmittelbarer Rechtsschutz in den dafür vorgesehenen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten und Sozialgerichten nicht zu erlangen und der Rechtsweg ggf. verfassungswidrig verkürzt wäre (Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 104 Rdnr. 3; Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdnr. 14). Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass das unter einem besonderen Beschleunigungsgebot stehende Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren zur Klärung komplexer Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Frage, ob der jeweilige Auftraggeber marktbeherrschend ist, nicht geeignet ist (BGH Kartellsenat, Beschluss v. 18.01.2000 - [KVR 23/98](#), WuW/E Verg 297 = [DB 2000, 465](#), juris Rdnr. 54). Zudem wird kartellrechtlichen Vorgaben hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass das Vergabeverfahren den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz Rechnung zu tragen hat und diese Grundsätze das vorrangig anzuwendende primäre und das sekundäre Gemeinschaftsrecht - z.B. die RL 2004/18 EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)) - prägen. Missbräuchlichen - insbesondere diskriminierenden - Verhaltensweisen öffentlicher Auftraggeber soll gerade durch das Vergabeverfahren vorgebeugt werden. Dieses stellt sich - wie hier bei fehlerfreier Durchführung - als Ausgleich für die gebündelte öffentliche Nachfragemacht der Krankenkassen dar (vergl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, a.a.O.; Zeiss in: jurisPK-VergR, Einl. VergR, Rdnr. 181).

Ferner zwingt [§ 69 Satz 2](#) HS 1 SGB V in der hier anwendbaren Fassung des GKV-WSG vom 26.03.2007 ([BGBl. I 378](#) - seit 18.12.2008: [§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) HS 1 SGB V) entgegen der Ansicht der AS nicht zur Überprüfung kartellrechtlich begründeter Abwehransprüche im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren. Denn die von der AS vertretene Auffassung findet weder im Gesetzeswortlaut noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze. Hintergrund der Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit der [§§ 19 - 21 GWB](#) ist, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit gesehen hat, dass durch die erweiterten Fusionsmöglichkeiten von Krankenkassen marktbeherrschende Stellungen gegenüber Leistungserbringern entstehen. Durch die entsprechende Anwendung der Missbrauchs- und Diskriminierungsverbote

soll gewährleistet werden, dass Krankenkassen marktbeherrschende Stellungen nicht missbrauchen, es zu keiner Diskriminierung der Vertragspartner und zu keinen Boykotten kommt (Ausschussbericht, [BT-Drucks. 16/4247, S. 35](#) zu [§ 69 SGB V](#)). Ein Bezug zum Kartellvergaberecht findet sich jedoch nicht, zumal bei der Abfassung des Ausschussberichts zum GKV-WSG noch streitig war, ob Vergaberecht überhaupt im Verhältnis zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern anwendbar ist. In den Gesetzesmaterialien zum späteren GKV-OrgWG wird überdies nicht einmal angedeutet, dass die [§§ 19 - 21 GWB](#) im vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren anwendbar sein sollen (vergl. Ausschussbericht [BT-Drucks. 16/10609 S. 52](#) f. zu [§ 69 SGB V](#) sowie S. 64 f. zu [§ 142a SGG](#)).

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 wurde das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder wettbewerbseinschränkend angewendet ([§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#)). Der Senat ist nach wie vor der Ansicht, 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 (vergl. auch Senat, Beschluss v. 10.09.2009, [a.a.O.](#)). 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 Zuschläge erhalten haben.

Schließlich ist Folgendes zu berücksichtigen: Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen stellt für Krankenkassen das einzige Instrument dar, die ihnen gesetzlich eingeräumte Möglichkeit des Abschlusses von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 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, auch wenn die Verordnung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen und Schlüsselfigur in der Arzneimittelversorgung diesen im Rahmen des Sachleistungssystems ([§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)) zuzurechnen ist (Senat, Beschluss v. 10.09.2009, [a.a.O.](#) und Beschluss v. 24.09.2009 - [L 21 KR 45/09 SFB](#) m.w.N.). 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.

Ein Verstoß gegen [§ 8 Nr. 1 Abs.1 VOL/A](#) lag nicht vor. Danach muss die Leistung eindeutig und so erschöpfend beschrieben sein, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Mängel hinsichtlich der Leistungsbeschreibung selbst hat die AS nicht geltend gemacht; solche sind auch nicht ersichtlich. Entgegen der Auffassung der AS waren die Angebote der verschiedenen Bieter auch - ungeachtet der Anzahl der PZN je Preisvergleichsgruppe - miteinander vergleichbar. Die Anknüpfung an die Verordnung über die Bestimmung und Kennzeichnung von Packungsgrößen für Arzneimittel in der vertragsärztlichen Versorgung (Packungsgrößenverordnung, (Packungsv), [BGBl I 2004, 1318](#)) für die Bildung der Preisvergleichsgruppen war als naheliegend und sachgerecht zu beurteilen. Es ist nämlich davon auszugehen, dass sich der Verordnungsgeber bei der Bildung der verschiedenen Normpackungsgrößen von vernünftigen, sich aus dem Sachzusammenhang ergebenden Erwägungen hat leiten lassen. Auch orientiert sich das Ordnungsverhalten der Vertragsärzte durchaus auch - wenn auch nicht in vollem Umfang - an den von der Packungsv vorgegebenen Normgrößen. Die Bestimmung der WMZ für die innerhalb der jeweiligen Preisvergleichsgruppe angebotenen Arzneimittel nach der von den AG angewandten Berechnungsmethode gewährleistet die Vergleichbarkeit der Angebote der verschiedenen Bieter, denn in die Berechnung fließt die Anzahl der angebotenen PZN in der Weise ein, dass das Ergebnis aus der Multiplikation der Differenz zwischen dem durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe und dem Rabatt-ApU der PZN je mg Wirkstoff mit der abgerechneten Gesamtwirkstoffmenge durch die Anzahl der angebotenen PZN des Bieters in der Preisvergleichsgruppe dividiert wird. Bei dieser Berechnungsmethode ist es somit ausgeschlossen, dass das Ergebnis allein aufgrund der Anzahl der angebotenen PZN je Preisvergleichsgruppe differiert. Vielmehr stellt die WMZ des jeweiligen, konkreten Arzneimittels wegen der Berücksichtigung des Divisors "Anzahl der angebotenen PZN je Preisvergleichsgruppe" eine Größe dar, durch die sich die verschiedenen Angebote gerade erst miteinander vergleichen lassen. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum - wie die AS gemeint hat - "die Leistungsbeschreibung auf eine bestimmte Packungsgröße je Preisvergleichsgruppe hätte beschränkt" werden oder "einen linearen Rabatt innerhalb einer Preisvergleichsgruppe ... hätte vorsehen" müssen. Die Bezugnahme auf jede einzelne PZN hätte zu einer nicht mehr überschaubaren und deshalb auch kaum zu handhabenden Zersplitterung des Ausschreibungsergebnisses geführt. Die Forderung nach Einräumung eines linearen Rabatts innerhalb einer Preisvergleichsgruppe hätte vielmehr die Kalkulationsfreiheit des Unternehmers eingeschränkt. Dies verdeutlicht, dass auch gegen die von der AS favorisierten Regelungen sachliche Einwände hätten erhoben werden können. Ob derartige Regelungen ggf. auch vergaberechtlich hätten zulässig sein können, war aber hier nicht zu entscheiden; maßgeblich ist allein, dass die von den AG gewählte Berechnungsmethode der WMZ die Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistete.

Nach Auffassung des Senats ist es in diesem Zusammenhang auch nicht zu beanstanden, dass in die Berechnung der WMZ die Gesamtwirkstoffmenge eingeflossen ist, die im Referenzzeitraum zu Lasten der AG in der betreffenden Preisvergleichsgruppe (im jeweiligen Gebietslos) abgerechnet worden ist. Eine andere Größe, die geeignet wäre, ähnlich zuverlässig das finanzielle Volumen der angebotenen Rabatte widerzuspiegeln, ist nicht ersichtlich. Es ist jedenfalls nicht anzunehmen, dass eine zukunftsbezogene Schätzung hier geeigneter

gewesen wäre.

Die GWMZ, die sich aus einer Addition der WMZ errechnet, stellt ein vergaberechtlich zulässiges Zuschlagskriterium dar. Insbesondere liegt weder ein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsgebot des [§ 97 Abs. 5 GWB](#) oder das Wettbewerbsgebot des [§ 97 Abs. 1 GWB](#) vor.

[§ 97 Abs. 5 GWB](#) und [§ 25 Nr. 3 Satz 1 VOL/A](#) bestimmen, dass der Zuschlag im Vergabeverfahren auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird. 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](#), Rdnr. 92; Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 97, Rdnr 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 Ausführhinweise 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.

Auch im Übrigen sind die Einwendungen der AS unbegründet. Die AS hat es hier für unzulässig gehalten, dass der - ggf. gravierend - unterschiedlich hohe Marktanteil einzelner PZN innerhalb einer Preisvergleichsgruppe bei der Berechnung der WMZ keine Berücksichtigung gefunden hat. Dies ist indes nicht zu beanstanden. Zuzugeben ist, dass bei der Berechnung der WMZ der jeweilige Marktanteil keine Berücksichtigung findet, insbesondere keine Gewichtung der PZN mit einem dem Marktanteil ausdrückenden Faktor erfolgt. Dies hat zur Folge, dass dem Rabatt, der auf eine PZN mit einem hohen Marktanteil gewährt wird, berechnungsmäßig die gleiche Bedeutung zukommt, wie der Rabatt auf eine PZN, die nur einen geringen Marktanteil besitzt. Der Senat verbleibt dabei, dass sich die Bewertung der Angebote aufgrund der WMZ im Rahmen des den AG als Auftraggebern eingeräumten Ermessens bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der einzelnen Angebote hält. Insoweit stellt die WMZ jedenfalls eine vertretbare Möglichkeit dar, denn die Faktoren, die in ihrer Berechnung einfließen, beruhen auf sachlichen und vernünftigen Erwägungen. Auch nach nochmaliger Würdigung des Vorbringens der AS vermochte sich der Senat nicht davon zu überzeugen, dass sich die WMZ als generell ungeeignet zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Angebote darstellt. Keinesfalls muss, wie die AS meint, zwingend im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsbewertung (auch) eine Gewichtung nach dem gegenwärtigen Marktanteil jeder einzelnen PZN erfolgen. Selbst wenn die von der AS beschriebene Konstellation dazu führen sollte, dass sich das wirtschaftliche Ergebnis der Ausschreibung für die AG in einzelnen Fällen als nachteilig darstellen sollte - was auch nach dem Vortrag der AS keinesfalls als gesicherte Erkenntnis gelten kann -, lässt sich hieraus kein Verstoß gegen das Wirtschaftlichkeitsprinzip ableiten. Ein Auftraggeber ist nicht gehalten, bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Angebote jede auch nur mögliche oder denkbare Fallgestaltung in Betracht zu ziehen. Gegen die von der AS vorgeschlagene Berücksichtigung des Umsatzes lässt sich einwenden, dass diese Größe bei PZN, die sich noch nicht lange am Markt befinden, keine oder nur eine zu geringe Aussagekraft entfaltet. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Phase der Markteinführung eines Produkts durchaus einen längeren Zeitraum zu erfordern vermag, so dass diese Problematik nicht nur auf verschwindend wenige PZN zutreffen muss. Auch ist die Umsatzstärke einzelner PZN nicht für die Zukunft festgeschrieben. Es ist deshalb auch in Betracht zu ziehen, dass sich durch den Rabattvertrag Verschiebungen hinsichtlich des Umsatzes einzelner PZN ergeben, so dass es fraglich erscheint, ob die von der AS vorgeschlagene Verfahrensweise auch nur in den von ihr angeführten Fällen sicher das wirtschaftlichere Ergebnis zu prognostizieren vermag. Die Komplexität des Marktes generischer Arzneimittel - bezogen auf einen Wirkstoff - lässt es als ausgeschlossen erscheinen, dass die Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der Angebote anhand von Kriterien zu erfolgen vermag, gegen die bei Vorliegen besonderer Umstände oder Konstellationen keine Einwände dergestalt erhoben werden könnten, dass gerade dort eine andere Berechnung der Wirtschaftlichkeit zu einem (für die AG) wirtschaftlich günstigeren Ergebnis geführt hätte. Damit würde dem Auftraggeber letztlich die Durchführung des Vergabeverfahrens gänzlich unmöglich gemacht. Letzteres mag zwar bisweilen auch durchaus vom Interesse der Bieter umfasst sein. Es muss aber dem Ermessen des Auftraggebers überlassen bleiben, nach welchen sachlich nachvollziehbar begründbaren Kriterien er die Wirtschaftlichkeit der Angebote beurteilt. Dieses ihnen eingeräumte Ermessen haben die AG hier nicht verletzt, denn das in die Berechnung der WMZ einfließende Kriterium der in der Vergangenheit zu Lasten der AG abgegebenen Wirkstoffmenge innerhalb einer Preisvergleichsgruppe erfüllt die dargestellten Anforderungen ohne weiteres.

Für eine Verfassungswidrigkeit des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) besteht kein Anhaltspunkt. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat diese Vorschrift für verfassungsgemäß gehalten (Beschluss vom 13.09.2005, Az [2 BvF 2/03](#)). Soweit die AS geltend macht, dass sie durch Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) i.V.m. der Ersetzungspflicht nach [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) in ihrem Recht aus [Art. 12 Abs. 1 GG](#) verletzt sei, ist dem entgegenzuhalten, dass das BVerfG in ständiger Rechtsprechung (vergl. Beschluss vom 27.02.2008 - [1 BvR 437/08](#) m.w.N.) davon ausgeht, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des unterlegenen Bieters berührt. Zu Unrecht beruft sich die AS demgegenüber auf den Beschluss des BVerfG vom 11.07.2006 (Az [1 BvL 4/00](#)). Diese Entscheidung betraf die Frage der (angeblichen) Verfassungswidrigkeit des Berliner Vergabegesetzes. Dies ist aber etwas gänzlich anderes als die hier im Raum stehende Ansicht der AS, durch eine Zuschlagsentscheidung werde [Art. 12 GG](#) verletzt. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Vergabeverfahren gerade die Durchsetzung der Grundfreiheiten nach dem EG und der Grundrechte der Bieter - hier: der pharmazeutischen Unternehmen - bezweckt. Zu den von ihr behaupteten weitreichenden Folgen der Nichtberücksichtigung bei Ausschreibungen aufgrund dieser Vorschrift (Zwang zum Marktaustritt) hat die AS nichts Konkretes vorgetragen. Auch schon deshalb ist nicht von einer Verletzung des [Art. 12 GG](#) auszugehen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2 VwGO](#); die Kostenfolge für den vom Senat mit Beschluss vom 23.04.2009 abgelehnten Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ergibt sich aus [§ 197a Abs. 1](#)

[Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#). Die Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Kosten der AG folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 162 Abs. 2 VwGO](#). Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AG war notwendig.

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-01-20