

L 21 KR 55/09 SFB

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
21
1. Instanz

-
Aktenzeichen
VK 2 - 27/09
Datum

-
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 21 KR 55/09 SFB

Datum
19.11.2009

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Der Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 22.05.2009 wird aufgehoben und der Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die der Antragsgegnerinnen zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen notwendigen Aufwendungen trägt die Antragstellerin. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens sowie die außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen trägt die Antragstellerin. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen im Verfahren vor der Vergabekammer und im Beschwerdeverfahren wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Beschwerdeführerinnen und Antragsgegnerinnen (AG) haben den Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) im offenen Verfahren europaweit (Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union 2008/S. 222-295505 vom 14.11.2008, berichtigt durch 2008/S. 238-315545 vom 06.12.2008) ausgeschrieben (Ende der Angebotsfrist: 12.01.2009). Die Ausschreibung umfasst 18 - jeweils auf einen Wirkstoff bezogene - Lose:

Los 1 Amitriptylin
Los 2 Atenolol
Los 3 Bisoprolol
Los 4 Carvedilol
Los 5 Citalopram
Los 6 Clozapin
Los 7 Doxepin
Los 8 Fentanyl
Los 9 Gabapentin
Los 10 Levodopa/Carbidopa
Los 11 Lorazepam
Los 12 Metoprololsuccinat
Los 13 Metoprololtartrat
Los 14 Mirtazapin
Los 15 Opipramol
Los 16 Risperidon
Los 17 Sotalol
Los 18 Trimipramin

Für die - allein von der Antragstellerin (AS) vertriebenen - Fertigarzneimittel Amitriptylin 100 mg Filmtabletten und Opipramol 150mg Filmtabletten fragten die AG keinen Rabatt nach.

Es ist vorgesehen, Rabattverträge mit jeweils drei Bietern je Los zu schließen. Die Verträge (die ursprünglich zum 01.05.2009 in Kraft treten sollten) haben eine Laufzeit von zwei Jahren mit einer zweimaligen einseitigen Verlängerungsmöglichkeit durch die AG von je einem Jahr. Mindestabnahmemengen von Arzneimitteln werden nicht garantiert. Der Auftragnehmer gewährt absolute Rabatte auf alle Arzneimittel eines Wirkstoffs, die Vertragsgegenstand geworden sind. Der Rabatt ist (zwar) für jedes Los (jeden Wirkstoff) einheitlich anzubieten, jedoch

besteht keine Verpflichtung, jedes von dem betreffenden Unternehmen produzierte Arzneimittel des betreffenden Wirkstoffs (jede Pharmazentralnummer (PZN)) anzubieten. Die Wirtschaftlichkeit der Angebote beurteilt sich nach den Verdingungsunterlagen ausschließlich an Hand des Kriteriums der erzielbaren Einsparungen.

§ 10 Abs. 1 des Vertragsentwurfs regelt den Eintritt des Ruhens des Vertrages:

"Für den Fall, dass der Apothekenverkaufspreis (AVP) abzüglich des Rabattes der von diesem Vertrag erfassten Arzneimittel höher ist als der drittgünstigste AVP der austauschfähigen Arzneimittel (vgl. § 4 Rahmenvertrag gemäß [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) in der jeweils gültigen Fassung, abzurufen unter www.vdak-aev.de), kann der Vertrag durch einseitige Erklärung der Kooperationskassen zum Ruhen gebracht werden. Der Vertrag ruht sodann ab Veröffentlichung durch die ABDATA für das betroffene Fertigarzneimittel."

Die AS gab Angebote zu den Losen 1 (Wirkstoff: Amitriptylin), 6 (Wirkstoff: Clozapin) und 15 (Wirkstoff: Opipramol) ab.

Zuvor hatte die AS mit E-Mail vom 21.11.2008 beanstandet, dass § 3a Nr. 4 Abs. 6 und 7 Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) nicht vorsehe, dass ein Apotheker oder Arzt die vergaberechtliche Auswahlentscheidung treffe und dass den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis auferlegt werde, weil sie nicht in der Lage sei, die Verteilung des Gesamtordnungsvolumens auf die einzelnen Lose zu kalkulieren. Die AS fragte darüber hinaus nach den Gründen für die Nichtaufnahme der Fertigarzneimittel Amitriptylin 100mg Filmtabletten sowie Opipramol 150 mg Filmtabletten in das Angebotsblatt zu Los 15. Unter dem 16.12.2008 teilte die AS den AG mit, dass sie an den von ihr erhobenen Rügen festhalte, da das auf Europarecht basierende Vergaberecht bei einem Rahmenvertrag mit mehreren Unternehmen entweder eine eindeutige Regelung über den Einzelabruf oder aber einen erneuten Wettbewerb über den Einzelabruf verlange. Mit weiteren E-Mails vom 16.12. und 23.12.2008 wandte sich die AS nochmals an die AG. Sie fragte u.a. an, aus welchen Gründen ein Rabatt für Opipramol 150 mg nicht nachgefragt werde und bezeichnete dieses Unterlassen als willkürlich. Ferner qualifizierte sie die in § 10 des Vertragsentwurfs vorgesehene Ruhensregelung als ungewöhnliches Wagnis. Mit E-Mail vom 06.01.2009 rügte die AS abermals ausdrücklich die aus ihrer Sicht willkürliche Auswahl des Ausschreibungsgegenstandes sowie § 10 Abs. 1 des Vertragsentwurfs. Die AG halfen den Rügen nicht ab (u.a. Schreiben vom 09.01.2009); die AS hielt an ihren Rügen fest (E-Mail vom 12.02.2009).

Die AG setzten die AS darüber in Kenntnis, dass ihre Angebote zu den Losen 6 und 15 aus wirtschaftlichen Gründen nicht berücksichtigt werden könnten (Schreiben vom 11.02.2009). Im Hinblick auf das - hier nicht streitige Los 1(Amitriptylin) - erhielt das Angebot der AS einen Zuschlag. Dieser Rabattvertrag wird gegenwärtig von der AS und den AG ausgeführt.

Am 24.02.2009 hat die AS bei der Vergabekammer (VK) des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt.

Die AS hat im Wesentlichen geltend gemacht: Der ausgeschriebene Rabattvertrag betreffe einen öffentlichen Auftrag i.S.d. [§ 99 Abs. 2](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Dieser sei u.a. deshalb vergaberechtswidrig, weil er keine ausreichende Regelung darüber treffe, nach welchen Kriterien die Einzelaufträge, nämlich die Abgabe der einzelnen Arzneimittel, unter den erfolgreichen Bietern zu verteilen seien. Zu beanstanden sei ferner die Ruhensregelung in § 10 Abs. 1 des Rabattvertrages, dass das von ihr allein vertriebene Arzneimittel Opipramol 150 mg Filmtabletten nicht in das Angebotsblatt zu Los 15 aufgenommen worden sei und dass sich die Möglichkeit des Vertragsschlusses mit drei Bietern als ungewöhnliches Wagnis darstelle, da nicht vorhersehbar sei, mit welchen Auftragsvolumina sie hätte kalkulieren können.

Die VK hat die AG durch Beschluss vom 22.05.2009 verpflichtet, bei Fortbestehen der Vergabeabsicht das Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der VK spätestens ab der Aufforderung zur Angebotsabgabe zu wiederholen. Sie hat die Regelung der Vergabe der Einzelaufträge (Abgabe der Arzneimittel durch den Apotheker) sowie § 10 Abs. 1 des Rabattvertrags für vergaberechtswidrig gehalten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Begründung Bezug genommen.

Gegen den ihr am 26.05.2009 zugestellten Beschluss der VK haben die AG am 08.06.2009 sofortige Beschwerde eingelegt.

Zur Begründung bringen sie vor: Der Nachprüfungsantrag der AS sei unzulässig, weil ein öffentlicher Auftrag i.S.d. [§ 99 Abs. 1 GWB](#) nicht vorliege. Insofern fehle es an der auch vom erkennenden Senat geforderten Exklusivität des angestrebten Rahmenrabattvertrages. Der Abschluss weiterer Rabattverträge sei gerade nicht ausgeschlossen. Ferner habe die AS gegen die Rügeobliegenheit des [§ 107 Abs. 3 GWB](#) verstoßen, soweit sie sich im Hinblick auf den Wirkstoff Opipramol 150mg gegen die ihrer Ansicht nach willkürliche Auswahl des Ausschreibungsgegenstandes wende. Gleiches gelte für die Ruhensregelung des § 10 Abs. 1 des Vertragsentwurfs. Es seien keine Gründe dafür erkennbar, warum die AS nicht in der Lage gewesen sein sollte, die geltend gemachten Verstöße unverzüglich nach Erhalt der Verdingungsunterlagen am 21.11.2008 zu rügen. Darüber hinaus fehle der AS die Antragsbefugnis nach [§ 107 Abs. 2 GWB](#), weil sie nicht nachgewiesen habe, dass ihr durch die angeblich fehlenden Kriterien für die Einzelvergabe ein Schaden entstehen könne. Eine Chance der AS auf die Erteilung des Zuschlags habe nicht bestanden; die Rüge der angeblich fehlenden Kriterien für die Vergabe der Einzelaufträge könne nur durch die drei Rabattvertragspartner erfolgen. Schließlich fehle es der AS am Rechtsschutzbedürfnis. Denn die AS verhalte sich widersprüchlich, weil sie einerseits im Hinblick auf Los 1 einen aus ihrer Sicht vergaberechtswidrigen Vertrag praktiziere, andererseits als unterlegene Bieterin Vergaberechtsverstöße hinsichtlich der Lose 6 und 15 rüge.

Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Es sei nicht vergaberechtswidrig, dass der Abschluss von Rabattverträgen mit drei Unternehmen vorgesehen sei. Dies sei nach [§ 3a Nr. 4 Abs. 5 VOL/A](#) grundsätzlich zulässig. Die Bedingungen für die Vergabe der Einzelaufträge seien auch durch die gesetzlichen Regelungen hinreichend festgelegt. Diese ergäben sich aus [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) i.V.m. dem nach dieser Vorschrift geschlossenen Rahmenvertrag. Auch liege ein Verstoß gegen [§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A](#) nicht vor. In der Wahl eines gesetzlich zugelassenen Instruments, nämlich des Rahmenvertrags mit drei Unternehmen, könne schon von vornherein kein ungewöhnliches Wagnis erblickt werden. Weiter sei auch ein Verstoß gegen [§ 97 Abs. 5 GWB](#) (Wirtschaftlichkeitsgebot) nicht gegeben.

Die vertragliche Ruhensregelung des § 10 Abs. 1 verstoße ebenfalls nicht gegen vergaberechtliche Vorgaben. Diese Vorschrift stelle nur den Vollzug der gesetzlichen Regelung des [§ 129 SGB V](#) und des [§ 313](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) dar und gewährleiste, dass durch die Ausführung des Rabattvertrags tatsächlich dem gesetzgeberischen Ziel des [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) und dem allgemeinen Wirtschaftlichkeitsgebot Rechnung getragen werde. Die Frage, ob eine Anpassung des Rabattes zur Verhinderung einer vertraglichen

Konsequenz (Ruhens des Vertrages) eine unangemessene Benachteiligung darstelle, sei eine Frage, die dem Vertragsabschluss nachgelagert sei. Nur nach Vertragsabschluss könne es überhaupt zur Situation des § 10 des Rabattvertrages kommen. Überdies nehme die VK eine unzulässige Inhaltskontrolle des Vertrages vor, wenn sie die Ruhensregelung als unangemessen qualifiziere.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

den Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt vom 22. Mai 2009, Az.: [VK 2-27/09](#), aufzuheben und den Nachprüfungsantrag vom 24. Februar 2009 zurückzuweisen.

Die Antragstellerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie entgegnet: Der zu schließende Rabattvertrag sei als öffentlicher Auftrag i.S.d. [§ 99 Abs. 1 GWB](#) zu beurteilen, weil damit für die Zuschlagsempfänger ein echter Wettbewerbsvorteil aufgrund der Vorschrift des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) verbunden sei. Sie habe keineswegs das Rügerecht verloren, denn es komme lediglich darauf an, einen Sachverhalt ausdrücklich zu rügen; demgegenüber sei unerheblich, dass der Vergabeberstoß unter die richtige Norm subsumiert werde.

Die Entscheidung der VK sei auch in der Sache zutreffend; die fehlenden Regelungen hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge könnten durch die gesetzlichen Regelungen und die Vereinbarungen des Rahmenvertrages nicht ersetzt werden. Zu berücksichtigen sei in diesem Zusammenhang außerdem, dass die Entscheidung des Senats vom 03.09.2009 - [L 21 KR 51/09 SFB](#) mit europarechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren sei. Es könne jedenfalls bei den hier streitigen Rahmenvereinbarungen nicht dahingestellt bleiben, ob mit Blick auf die Vergabe der Einzelaufträge die umfassenden Zuschlagskriterien des Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie - VKR) anzuwenden seien oder auf Art. 2 VKR abgestellt werden müsse. Vor dem Hintergrund, dass zwingend auf Art. 53 VKR abgestellt werden müsse, sei davon auszugehen, dass die in den Verträgen vorgesehenen Abreden den Vorschriften über die Bekanntmachung und Gewichtung von Zuschlagskriterien nicht entsprächen. Die AG habe im Ergebnis allein den niedrigsten Preis zum Wertungskriterium erhoben. Dieses Kriterium könne jedoch vom Apotheker nicht zur Geltung gebracht werden, weil ihm nicht der jeweilige Rabatt bekannt sei. Weitere Zuschlagskriterien wie "Zweckmäßigkeit" und "Lieferzeit/-frist" könnten in der hier gegebenen Konstellation nicht als Zuschlagskriterien in Betracht kommen, weil die AG nicht bekannt gegeben hätten, wie diese zu gewichten seien. Selbst wenn man auf die in Art. 2 Abs. 1 VKR geregelten allgemeinen Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit abstelle, ergebe sich im Ergebnis nichts anderes. Denn wenn unter den Vertragspartnern bei der Vergabe der Einzelaufträge noch eine wertende Auswahlentscheidung getroffen werden müsse, komme nicht Art. 32 Abs. 4 1. Alt VKR, sondern nur Art. 32 Abs. 4 2. Alt VKR in Betracht. Da nicht offen bleiben könne, ob bei der Vergabe der Einzelaufträge auf Art. 53 VKR oder Art. 2 Abs. 1 VKR abzustellen sei, müsse der Europäische Gerichtshof (EuGH) um Vorabentscheidung zu dieser Frage ersucht werden.

Im Übrigen sei daran festzuhalten, dass eine transparente Vergabe nicht gewährleistet sei. Das ergebe sich bereits daraus, dass das Vergaberecht im Ansatz davon ausgehe, dass sich öffentliche Auftraggeber und deren Hilfspersonen - hier: Apotheker - nicht von sich aus diskriminierungsfrei verhielten. Zudem könnten die verschiedenen Motive, die das Verhalten der Apotheker bei der Auswahlentscheidung steuerten, nicht im Vorhinein mit hinreichender Sicherheit kalkuliert werden. Aus diesen Gründen werde sie - die AS - einem unkalkulierbarem Wagnis ausgesetzt. Abgesehen davon sei die Delegation der Auswahlentscheidung an den Apotheker vergaberechtlich nicht zulässig. Denn der Umstand, dass dem Apotheker im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) eine verantwortliche Rolle zugedacht sei, könne angesichts der vorrangigen europarechtlichen Vorgaben keine Rolle spielen. Schließlich habe die VK im Hinblick auf § 10 Abs. 1 des Vertragsentwurfs zutreffend eine unangemessene Benachteiligung der Bieter angenommen.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Weiterer Einzelheiten wegen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichts- sowie der Vergabekammer- und Vergabeakten.

II.

Die sofortige Beschwerde der AG ist begründet. Der angefochtene Beschluss der VK ist aufzuheben und der Nachprüfungsantrag zurückzuweisen. Es erweist nicht als vergaberechtswidrig, dass die Vergabe der Einzelaufträge, nämlich die Abgabe der von den Rabattverträgen erfassten Arzneimittel an die jeweiligen Versicherten durch den Apotheker nach Maßgabe der geltenden gesetzlichen und vertraglichen Regelungen erfolgt. Auch § 10 Abs. 1 des Rabattvertragsentwurfs verstößt nicht gegen Vergaberecht. Dass die Arzneimittel durch Apotheker als "Dritte" an Versicherte abgegeben werden, ist vergaberechtlich ebenso wenig zu beanstanden wie der Umstand, dass die AG Rabatte für das allein von der AS vertriebene Fertigarzneimittel Opipramol 150mg nicht nachgefragt haben.

Die Anwendbarkeit der [§§ 97 bis 115, 128 GWB](#) für die Zeit ab 18.12.2008 ergibt sich aus [§ 69 Abs. 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](#) (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](#) (GWB n.F.)) anwendbar, weil das Vergabeverfahren vor dem Inkrafttreten am 24.04.2009 begonnen hat (vgl. [§ 131 Abs. 8 GWB](#) n.F.).

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

Die AG sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Gesetzliche Krankenkassen werden - jedenfalls mittelbar - durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber zur GKV durch den Bund finanziert (vgl. [§§ 3, 2, 71 SGB V](#)) und unterliegen einer engmaschigen staatlichen Rechtsaufsicht (EuGH, Urteil vom 11.06.2009 - [C-300/07](#) (Oymanns); vgl. auch Senat Beschluss vom 26.03.2009 - [L 21 KR 26/09 SFB](#) -).

Bei den hier zu beurteilenden Rahmenrabattverträgen handelt es sich um öffentliche Lieferaufträge im Sinne des [§ 99 Abs. 2 GWB](#). Die Frage, ob Arzneimittelrabattverträge nach [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) (ausnahmslos) als öffentliche Lieferaufträge i.S.d. vorgenannten Regelungen zu qualifizieren sind, bedarf näherer Prüfung, da (vordergründig) nicht von einer typischen Beschaffungssituation ausgegangen werden kann. Vertragsgegenstand ist nicht (primär) die Beschaffung von Waren (Arzneimitteln), sondern vielmehr die Gewährung von Rabatten auf Arzneimittel. Auch haben Krankenkassen keinen unmittelbaren Einfluss auf das Ordnungsverhalten der Vertragsärzte; zudem wirken bei der Abgabe der Arzneimittel an die Versicherten Apotheker mit. Vor diesem Hintergrund haben sowohl das LSG Baden-Württemberg (Beschlüsse vom 23.01.2009 - [L 11 WB 5971/08](#) und vom 28.10.2008 - [L 11 KR 4810/08 ER-B](#)) als auch der erkennende Senat (vgl. nur Beschluss vom 26.03.2009 - [L 21 KR 26/09 SFB](#)) entschieden, dass ein öffentlicher Auftrag jedenfalls dann anzunehmen ist, wenn durch vertragliche Abreden Exklusivität vereinbart und ein tatsächlicher Wettbewerbsvorteil für den Auftragnehmer bewirkt wird. Da diese Voraussetzungen seinerzeit eindeutig erfüllt waren, konnte ohne Weiteres von der Existenz eines öffentlichen Auftrages ausgegangen werden. Soweit die AG im vorliegenden Fall geltend machen, es fehle am Merkmal der Exklusivität, weil der Abschluss weiterer Rabattverträge ausdrücklich nicht ausgeschlossen worden sei, so dass diese Handlungsoption für die AG bestehe, führt dies zu keinem anderen Ergebnis.

Versicherte haben im Rahmen des Sachleistungsgrundsatzes ([§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)) gegenüber den Krankenkassen gemäß [§§ 27 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3, 31 Abs. 1 Satz 1](#) HS. 1 SGB V Anspruch auf Versorgung mit Arzneimitteln. Dieser Anspruch wird durch den Vertragsarzt mit der ärztlichen Verordnung ([§ 73 Abs. 2 Nr. 7 SGB V](#)) konkretisiert und durch den Apotheker mit der Aushändigung des Arzneimittels erfüllt. Zwar wird dabei (in jedem Einzelfall) nach allgemeiner Ansicht ein Kaufvertrag zwischen Krankenkassen und Apotheken - ohne Beteiligung des pharmazeutischen Unternehmens - geschlossen. Andererseits stellt sich bei generalisierender und funktionaler Betrachtungsweise die Sachlage so dar, dass die GKV wegen des Sachleistungsanspruchs der Versicherten, den sie mit Hilfe der Vertragsärzte und der Apotheker (und des Arzneimittelgroßhandels) erfüllt, letztlich Abnehmer und Kostenträger der Arzneimittel ist. Wer die jeweiligen Arzneimittel körperlich liefert und (an wen) aushändigt, ist bei der in diesem Zusammenhang gebotenen generalisierenden Betrachtungsweise ohne Bedeutung (vgl. Senat, Beschluss v. 03.09.2009 - [L 21 KR 51/09 SFB](#); Beschluss v. 10.09.2009 - [L 21 KR 53/09 SFB](#); OLG Düsseldorf Beschlüsse vom 19.12.2007 - [VII Verg 48/09](#) und [VII Verg 50/07](#); Dreher/Hoffmann, NZBau 2009, 273 (276); Burgi, NZBau 2008, 480 (484 f.); Byok, GesR 2007, 553 (556) jeweils m.w.N.). Zwar ist der exakte Umfang der Liefermenge der jeweiligen Medikamente nicht bekannt; aufgrund der Erfahrungen in der Vergangenheit und ggfs. ergänzender Marktanalysen ist der Umfang der im Vertragszeitraum von den Krankenkassen abzunehmende Umfang der Liefermenge jedoch ohne Weiteres ebenso zu kalkulieren wie auch die zu erzielende Ersparnis durch die eingeräumten Rabatte. Damit kann nicht zweifelhaft sein, dass es sich bei den Rabattverträgen auch um entgeltliche Verträge im Sinne des [§ 99 GWB](#) handelt. Die Funktion des Merkmals "Entgeltlichkeit" liegt (ohnein nur) darin, die wirtschaftliche Ausrichtung der erfassten Aufträge in Abgrenzung z.B. zur Verfolgung nur wohltätiger oder rein karitativer Zwecke zu bringen. Dabei ist der Entgeltbegriff weit auszulegen; eine synallagmatische Verknüpfung von Leistung und Gegenleistung ist nicht zwingend erforderlich. Erfasst wird damit jede Art von Vergütung, die einen Geldwert haben kann (Senat, Beschlüsse v. 03.09.2009 und 10.09.2009, [a.a.O.](#); OLG Düsseldorf, Beschlüsse v. 19.12.2007, [a.a.O.](#); Dreher in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 99, Rdn. 20 f.; Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 99, Rdn. 7 ff.; Dreher/Hoffmann, NZBau 2009, 273 (277), Burgi, NZBau 2008, 480 (485) jeweils m.w.N.).

Die Gewährung von Rabatten in den Verträgen nach [§ 130a SGB V](#) führt - in Form der durch die Unternehmer an die Krankenkassen gezahlten "Rückvergütung" - zu dem Bezug preisvergünstigter Arzneimittel. Die Rabattverträge schlagen eine "Brücke" zwischen den pharmazeutischen Unternehmen und den Krankenkassen als den Abnehmern der produzierten Arzneimittel. Das wirtschaftliche Ergebnis ist, dass sich die Krankenkassen nunmehr die von ihnen abgenommenen Arzneimittel zu einem günstigeren - nämlich rabattierten - Preis beschaffen können. Zugleich - und nur deshalb schließt der pharmazeutische Unternehmer den Rabattvertrag - ist für ihn der Rabattvertrag mit den hieran anknüpfenden, sich aus den gesetzlichen Regelungen ([§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#)) ergebenden Vorteilen verbunden. Aufgrund dieser Betrachtungsweise erscheint es ohne Weiteres gerechtfertigt, den Abschluss von Rabattverträgen vergaberechtlich als die Lieferung preisvergünstigter Arzneimittel durch pharmazeutische Unternehmer an die Krankenkassen zu begreifen.

In diesem Zusammenhang kann offen bleiben, ob es den AG (rechtlich oder tatsächlich) möglich wäre, weitere Rabattverträge mit anderen pharmazeutischen Unternehmen zu schließen. Entscheidend ist allein, dass die jetzigen Zuschlagsempfänger den sich aus der Ersetzungspflicht des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) ergebenden Wettbewerbsvorteil nutzen können. Es erscheint allerdings mehr als fraglich, ob die Rahmenrabattverträge im Falle des Abschlusses weiterer Verträge nicht mehr als öffentliche Aufträge zu qualifizieren wären. Denn auch dann würde sich an dem grundsätzlichen Bestehen eines Wettbewerbsvorteils nichts ändern. Etwas anderes könnte allenfalls dann gelten, wenn mit allen oder nahezu allen pharmazeutischen Unternehmen ein Rabattvertrag bestünde.

Die AS ist auch antragsbefugt i.S.d. [§ 107 Abs. 2 Satz 2 GWB](#). Die Antragsbefugnis setzt neben dem Interesse des Bieters am Auftrag eine Verletzung in seinen Rechten nach [§ 97 Abs. 7 GWB](#) durch die Nichtbeachtung bieterschützender Vergabevorschriften voraus. Ein Interesse der AS am Auftrag ist hier ohne Weiteres zu bejahen. Dies ergibt sich regelmäßig schon aus dem Umstand der Angebotsabgabe (vgl. Bundesgerichtshof [BGH], Beschluss v. 26.09.2006, Az.: [X ZB 14/06, BGHZ 169, 131](#)). Hinsichtlich der Geltendmachung einer Verletzung in Rechten aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) reicht es aus, dass nach der Darstellung des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Unternehmens eine Verletzung eigener Rechte möglich erscheint. Wegen des Gebots zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes ist im Rahmen der Antragsbefugnis nur die schlüssige Behauptung erforderlich und regelmäßig ausreichend, dass und welche vergaberechtlichen Vorschriften im Laufe des Vergabeverfahrens missachtet worden sein sollen und dass dies bei dem Bieter zu einem möglichen Schaden geführt hat (BGH, Beschluss v. 26.09.2006, [a.a.O.](#)).

Diese Voraussetzungen sind hier hinsichtlich der im Beschwerdeverfahren von der AS aufrecht erhaltenen Rügen zu bejahen: Die Rüge, es verstoße gegen die vergaberechtlichen Prinzipien der Transparenz, des Wettbewerbs und des Diskriminierungsverbots, wenn nicht im Einzelnen klar geregelt werde, nach welchen Kriterien die Vergabe der Einzelaufträge erfolgt, beinhaltet die Behauptung einer derartigen Rechtsverletzung. Die AS ist auch nicht etwa daran gehindert, diese Rügen zu erheben, weil sie nicht zu den drei für den Zuschlag ins Auge gefassten Unternehmen zählt. Die Frage, nach welchen Kriterien die Einzelvergabe erfolgt, ist durchaus bereits für die Angebotsabgabe kalkulationserheblich und lässt einen möglichen Schaden der AS denkbar erscheinen. Entsprechendes gilt für die Behauptung, [§ 10 Abs. 1](#) des Rabattvertragsentwurfs sei vergaberechtswidrig und im Hinblick auf die Rüge, Opipramol 150mg sei aus willkürlichen Erwägungen der AG nicht in das Produktblatt zu Los 15 aufgenommen worden.

Ein Verlust des Rügerechts gemäß [§ 107 Abs. 3 GWB](#) ist nicht eingetreten. Nach Satz 1 dieser Vorschrift ist der Antrag unzulässig, soweit der

Antragsteller den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften bereits im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat. Die AS hat die ihrer Ansicht nach unzureichende Regelung der Vergabe der Einzelaufträge schon mit E-Mail vom 21.11.2008 und somit unmittelbar nach Erhalt der Verdingungsunterlagen gerügt. Dabei hat sie zwar im Wesentlichen auf die Abgabe durch Apotheker als "Dritte" abgestellt, jedoch gleichzeitig den relevanten Sachverhalt dargestellt und bereits hier die konkrete Vergabe der Einzelaufträge beanstandet.

Im Hinblick auf die Rüge der Nichtaufnahme des Wirkstoffes Opipramol 150mg in das Angebotsblatt ist ebenfalls keine Rügepräklusion eingetreten. Die Nichtaufnahme des Wirkstoffs ergab sich erst aus den Verdingungsunterlagen. Bereits wenige Tage nach deren Erhalt hat die AS nachgefragt, aus welchen Gründen Opipramol 150mg nicht in das Angebotsblatt aufgenommen worden ist (vgl. Fragen- und Antwortenkatalog der AG v. 25.11.2009) und hat diesen Umstand sodann mit E-Mail vom 16.12.2008 ausdrücklich beanstandet. Es stellt - wie die VK zutreffend herausgestellt hat - keinen Verstoß gegen die Rügeobliegenheit dar, dass sich die AS zunächst mit Fragen an den Auftraggeber gewandt und erst nach unzureichender Beantwortung die Rüge erhoben hat. Durchgreifende Anhaltspunkte dafür, dass die AS längere Zeit vor dem 16.12.2008 positive Kenntnis von dem geltend gemachten Verstoß hatte, liegen nicht vor.

Schließlich ist der Senat auch mit Blick auf die von der AS erstmalig mit E-Mail vom 16.12.2008 beanstandete Regelung in § 10 Abs. 1 des Vertragsentwurfs der Ansicht, dass keine Rügepräklusion eingetreten ist. Denn es lässt sich jedenfalls nicht nachweisen, dass die AS bereits längere Zeit vor dem 16.12.2008 Kenntnis von dem behaupteten Verstoß i.S.e. Parallelwertung erlangt hat, wobei ferner zu berücksichtigen ist, dass die Prüfung der gerügten Klausel einen nicht unerheblichen juristischen Aufwand erfordert.

Der Senat geht davon aus, dass das Rechtsschutzbedürfnis auch im Hinblick auf das von der AG behauptete widersprüchliche Verhalten der AS nicht auszuschließen ist. Jedenfalls unter dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit kann es der AS auch bei dem hier vorliegenden Sachverhalt nicht verwehrt werden, das Vergabeverfahren lediglich im Hinblick auf ausgewählte Lose anzugreifen, zumal letztlich kein Weg erkennbar ist, wie die AS effektiven Rechtsschutz erlangen könnte.

In der Sache erweist sich der Nachprüfungsantrag der AS jedoch als unbegründet.

Der Senat hält daran fest, dass entgegen der Auffassung der VK und der AS ein Verstoß gegen § 3a Nr. 4 Abs. 6 lit. a) i.V.m. Art. 32 Abs. 4 Satz 2 HS. 2 VKR und den allgemeinen vergaberechtlichen Prinzipien der Transparenz und des Diskriminierungsverbots nicht vorliegt. Die AG durften hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge an die gesetzliche Regelung zur Abgabe von Arzneimitteln i.V.m. dem auf der Grundlage des [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) geschlossenen Rahmenvertrag anknüpfen (vgl. auch 2. VK Bund, Beschluss v. 15.11.2007 - VK 2 - 105/06, [GesR 2008, 32](#)).

Die VK geht zunächst zutreffend davon aus, dass die Erteilung der Einzelaufträge - die Abgabe des jeweils einem Versicherten ärztlich verordneten Arzneimittels, das dem Rabattvertrag unterfällt - an [§ 3a Nr. 4 Abs. 6 lit. a\)](#) VOL/A bzw. der inhaltsgleichen Vorschrift des Art. 32 Abs. 4 Satz 2 1. Halbsatz VKR zu messen ist. Danach erfolgt die Vergabe von Einzelaufträgen, die auf einer mit mehreren Unternehmen geschlossenen Rahmenvereinbarung beruhen, nach den Bedingungen der Rahmenvereinbarung ohne erneuten Aufruf zum Wettbewerb, sofern alle Bedingungen festgelegt sind. Bereits der Wortlaut der Vorschrift(en) legt es nahe unter den "Bedingungen" die sich aus der Rahmenvereinbarung ergebenden "Vertragsbedingungen" für die Einzelaufträge, und nicht etwa die "Zuschlagskriterien" für die Einzelaufträge zu verstehen. Hiervon ist auch die VK unter Hinweis auf die Erläuterungen der Kommission zu Rahmenvereinbarungen (Dokument CC/2005/03 rev1 vom 14.07.2005, S. 3, 8) sowie Stimmen in der Literatur ausgegangen. Allerdings enthalten die o.g. Vorschriften keine ausdrücklichen Regelungen darüber, nach welchen Kriterien sich die Vergabe der Einzelaufträge richtet. Es kann jedoch nicht zweifelhaft sein, dass es solcher Kriterien bedarf, da anderenfalls für den Zuschlagsempfänger nicht absehbar (und kalkulierbar) wäre, in welchem Umfang er mit der Erteilung von Einzelaufträgen rechnen kann; es wäre mit dem Sinn und Zweck des Vergaberechts nicht zu vereinbaren, hielte man den Auftraggeber bei der Vergabe der Einzelaufträge für völlig frei und ungebunden. Letztlich herrschte dann unter den Zuschlagsempfängern des Rahmenvertrags ein (vergaberechts-) freier Raum. Damit stellt sich die (auch von der VK aufgeworfene) Frage, ob hinsichtlich der Vergabe der Einzelaufträge die (umfassenden) Zuschlagskriterien des Art. 53 VKR oder (lediglich) die in Art. 2 VKR normierten allgemeinen Grundsätze der Transparenz und Diskriminierungsfreiheit Geltung beanspruchen. Dies bedarf hier keiner abschließenden Entscheidung, weil die in den Rabattverträgen vorgesehene Regelung den Voraussetzungen beider Vorschriften genügt.

Die Voraussetzungen für die Vergabe der Einzelaufträge nach Art. 53 Abs. 1 lit. a) VKR sind erfüllt. Denn die AG haben in den Rahmenrabattverträgen vorgesehen, dass sich die Abgabe der im Einzelfall verordneten Arzneimittel durch den Apotheker nach den allgemeinen - für von Rabattverträgen erfasste Arzneimittel - geltenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regelungen vollzieht. Die AG haben somit an die vom Gesetzgeber geschaffene Systematik hinsichtlich der Arzneimittelversorgung der Versicherten angeknüpft. Sie haben gleichzeitig die jeweiligen Kriterien zur Vergabe der Einzelaufträge entgegen der Ansicht der AS bekannt gemacht. Die vergaberechtliche Beurteilung der diese Arzneimittelversorgung regelnden Vorschriften hat grundsätzlich die sozialversicherungsrechtliche Regelung in [§ 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) zu beachten, denn hier ist angeordnet, dass bei der Anwendung der vergaberechtlichen Vorschriften des GWB der Versorgungsauftrag der gesetzlichen Krankenkassen besonders zu berücksichtigen ist. Diese Versorgung betrifft und regelt - gleichsam als Kehrseite - zugleich die Vergabe der Einzelaufträge an den pharmazeutischen Unternehmer. Dass der Versorgungsauftrag der Krankenkassen und der Leistungsanspruch der Versicherten zu berücksichtigen sind, entspricht Art. 152 Abs. 5 EG sowie der Rechtsprechung des EuGH, wonach das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit und insbesondere für den Erlass von Regelungen zur Organisation von Diensten im Gesundheitswesen unberührt lässt. Dabei versteht es sich von selbst, dass die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Zuständigkeiten das Gemeinschaftsrecht und insbesondere die Bestimmungen über die Verkehrsfreiheiten zu beachten haben (vgl. EuGH, Urteil v. 19.05.2009 - [C 171/07](#) und [C 172/07](#) - "Doc Morris", [GewArch 2009, 298](#) Rdn. 18 m.w.N. sowie Urteil v. 19.05.2009 - [C 531/06](#), [EuZW 2009, 415](#), 417 Rdn. 35 - Kommission./.Italien).

Mit [§ 129 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) sowie dem auf der gesetzlichen Ermächtigung des [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) beruhenden Rahmenvertrag (in der zur Zeit gültigen Fassung vom 17.01.2009) hat der Gesetzgeber den Krankenkassen ein Instrumentarium an die Hand gegeben, das (auch) die Versorgung der Versicherten mit Arzneimitteln, für die ein Rabattvertrag besteht, regelt. § 4 des Rahmenvertrages vom 17.01.2008 trifft detaillierte Regeln darüber, nach welchen Grundsätzen rabattierte Arzneimittel vom Apotheker abzugeben (oder: wie Einzelaufträge zu vergeben) sind. Damit weist der Gesetzgeber dem Apotheker eine verantwortliche Rolle bei der Erfüllung des Versorgungsanspruchs des

Versicherten zu. Dieses vom Gesetzgeber geschaffene System, das die Versorgung der Versicherten der gesetzlichen Krankenkassen mit Arzneimitteln sicherstellt und dabei die Grundsätze der Qualität und der Wirtschaftlichkeit beachtet ([§ 70 SGB V](#)), genügt auch den Anforderungen des europarechtlich geprägten Kartellvergaberechts. Denn das Europarecht respektiert die verantwortliche Rolle, die Apothekern in den nationalen Rechtsordnungen bei der Versorgung der Bevölkerung mit Arzneimitteln und zur Sicherung des finanziellen Gleichgewichts der mitgliedstaatlichen Sozialversicherungssysteme zugewiesen ist (vgl. EuGH, Urteile v. 19.05.2009, [a.a.O.](#)). Da der Apotheker in Ausfüllung dieser Aufgaben fachlich unabhängig u.a. Aufklärungs- und Beratungspflichten wahrzunehmen hat (vgl. auch z.B. §§ 3, 7 Abs. 1 Berufsordnung (BO) der Apothekerkammer Nordrhein v. 17.06.2007) und zudem davon auszugehen ist, dass er die Apotheke nicht ausschließlich aus rein wirtschaftlichen Zwecken betreibt, sondern sein privates Interesse an der Gewinnerzielung, durch seine Ausbildung, seine berufliche Erfahrung und die ihm obliegende Verantwortung gezügelt wird (EuGH, Urteil v. 19.05.2009 - [C 171/07](#) und [172/07](#), a.a.O., Rdn. 37), ist entgegen der Ansicht der VK und der AS nicht die zwingende Schlussfolgerung zu ziehen, dass die vom Apotheker durchzuführende und den Krankenkassen zuzurechnende Vergabe der Einzelaufträge maßgeblich von (unkalkulierbaren) eigennützigen Erwägungen bestimmt wird (vgl. auch Senat, Beschluss v. 29.04.2009 - [L 21 KR 42/09 SFB](#)).

Von den in Artikel 53 Abs. 1 lit. a) VKR, [§ 25a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A](#) genannten Kriterien, die das wirtschaftlich günstigste Angebot umschreiben, sind hier nur Preis und Zweckmäßigkeit sowie Lieferzeit-/frist einschlägig. Die Qualität der Arzneimittel ist bereits aufgrund der arzneimittelrechtlichen Zulassung gewährleistet. Der Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit findet in § 4 des Rahmenvertrages ebenfalls breiten Ausdruck. Gleiches gilt im Hinblick auf den Lieferzeitpunkt und die Lieferungsfrist (§ 4 Abs. 2 Satz 1 Rahmenvertrag).

Der Senat geht entgegen der Ansicht der AS auch nicht davon aus, dass Zuschlagskriterien und deren Gewichtung zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebotes (Art. 53 Abs. 2 VKR, [§ 25a Nr. 1 Abs. 1 Satz 2 VOL/A](#)) nicht bekannt gemacht worden sind. Die Pflicht zur Bekanntmachung gemäß [§ 9a Nr. 1 lit. c\) VOL/A](#) dient der Gewährleistung der Transparenz des Vergabeverfahrens und der Gleichbehandlung der Bieter, damit alle Bieter bereits bei der Abfassung ihrer Angebote wissen, welche Kriterien für den Auftraggeber relevant sind und wie sie ihre Angebote dementsprechend gestalten können. Auf diese Weise wird gewährleistet, dass die Angebotswertung in einem transparenten Verfahren willkürfrei stattfinden kann. Die Pflicht, den Bietern die wertungsrelevanten Aspekte mitzuteilen, bezieht sich ausdrücklich nicht nur auf die Zuschlagskriterien selbst; sie gilt auch für deren Gewichtung bzw. Reihenfolge der ihnen zuerkannten Bedeutung (EuGH, Urteil v. 24.01.2008 - [C-532/08](#), juris Rdn. 36; OLG Düsseldorf, Beschluss v. 21.05.2008 - [Verg 19/08, NZBau 2008, 67](#); 3. VK Bund, Beschluss v. 20.06.2007 - [VK 3 - 52/07](#), juris Rdn. 104). Die Zuschlagskriterien ergeben sich hier - wie bereits dargelegt - im Wesentlichen aus § 4 Abs. 2 Satz 1 des Rahmenvertrages nach [§ 129 Abs. 2 SGB V](#). Dass sich die Abgabe von Arzneimitteln nach dem Rahmenvertrag richtet, wurde den Bietern (auch) in § 10 Abs. 1 des Vertragsentwurfs mit der Bezugnahme auf § 4 des Rahmenvertrages bekannt gegeben.

In der Tat wurden Angaben zur Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien bei der Vergabe der Einzelaufträge weder in der Vergabebekanntmachung noch in den Verdingungsunterlagen gemacht. Dies bedeutet jedoch nicht, dass die Ausschreibung zwingend aufzuheben ist. Vielmehr ist in Konstellationen der vorliegenden Art davon auszugehen, dass die (bekannt gemachten) Zuschlags- und Wertungskriterien dahin zu verstehen sind, dass keine Gewichtung durchzuführen ist, sondern sich die Kriterien gleichrangig gegenüberstehen (3. VK Bund, Beschluss v. 20.06.2007, [a.a.O.](#), juris Rdn. 104; Weyand, *ibr-online-Kommentar Vergaberecht*, Stand 12.10.2009, [§ 97 GWB](#) 6.9.4.5.2.4 m.w.N.). Dies deckt sich auch mit den in § 4 des Rahmenvertrages genannten Maßgaben, denn eine Abgabe von Arzneimitteln, für die ein Rabattvertrag nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) besteht, ist nur möglich, wenn neben den in § 4 Abs. 2 des Rahmenvertrages genannten Vorgaben die Voraussetzungen des § 4 Abs. 1 kumulativ erfüllt sind.

Entgegen der Ansicht der VK berücksichtigt die nach dem Rahmenrabattvertrag vorgesehene Regelung zur Vergabe der Einzelaufträge auch die Grundsätze der Transparenz und Nichtdiskriminierung (Art. 2 Abs. 1 VKR) in hinreichendem Maße. An dieser Einschätzung ändert sich auch nichts dadurch, dass für den in § 4 Abs. 2 Satz 5 Rahmenvertrag geregelten Fall, dass die Anwendung dieser Regeln (nach § 4 Abs. 2 Satz 1 Rahmenvertrag) zu dem Ergebnis führt, dass diese Voraussetzungen bei einer Krankenkasse auf mehrere rabattbegünstigte Arzneimittel zutreffen, der Apotheke unter diesen ein freies Wahlrecht eingeräumt wird (§ 4 Abs. 2 Satz 2). Dabei darf der Begriff des "freien Wahlrechts" nicht in dem Sinne missverstanden werden, dass dem Apotheker damit willkürliches Handeln gestattet würde. Auch hier bleibt die Bindung an die allgemeinen Grundsätze des SGB V, etwa die in [§ 70 SGB V](#) normierten Grundsätze, oder an die berufsrechtlichen Regelungen, erhalten. Apotheker haben u.a. unabhängig zu handeln (§ 3 BO) und bei der Qualitätssicherung pharmazeutischer Tätigkeiten sowie bei der Gewährleistung von Arzneimittelsicherheit mitzuwirken (§§ 5, 7 BO). Gerade deshalb hat der Apotheker bei seiner Entscheidung über das im konkreten Einzelfall abzugebende Arzneimittel auch in der Person des Versicherten liegende Gesichtspunkte, wie z.B. den der Compliance oder den der Verträglichkeit (Nebenwirkungen bei gleichem Wirkstoff aber unterschiedlichen Trägersubstanzen), zu beachten. Die Erwägungen der VK, die diese hinsichtlich der möglichen Motive des Apothekers bei der Auswahl der Arzneimittel angestellt hat, berücksichtigen zum einen zwar auch diese in der Person von Versicherten liegenden Gesichtspunkte bei der Abgabe von Arzneimitteln. Andererseits geht die VK davon aus, dass sich der Apotheker auch z.B. von der Absicht zur Gewinnoptimierung leiten lässt und es nicht klar sei, welches Motiv des Apothekers im Einzelfall den Ausschlag gebe. Dies sei intransparent und diskriminierend. Dem vermag der Senat in Anbetracht der bereits dargestellten Rechtsprechung des EuGH, die die herausgehobene Stellung des Apothekers zur Gewährleistung der sicheren und qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung in den Mitgliedstaaten herausgestellt hat (Urteil v. 19.05.2009 - [C 171/07](#) und [C-172/07](#), a.a.O. - Doc Morris), nicht zu folgen.

Ausgangspunkt jeder (vergabe-)rechtlichen Würdigung muss zunächst sein, dass sich der Apotheker pflichtgemäß an die für ihn geltenden rechtlichen Vorschriften bei der Versorgung der Versicherten (z.B. [§ 70 SGB V](#) und die berufsrechtlichen Regelungen) hält. Es kann deshalb nicht unterstellt werden, der Apotheker werde pflichtwidrig allein das Arzneimittel abgeben, das - aus welchen Gründen auch immer - seiner Apotheke den höchsten Profit oder andere Vorteile einbringt (vgl. auch Senat, Beschluss v. 29.04.2009, [a.a.O.](#)). Die dann zur Anwendung kommenden gesetzlichen und kollektivvertraglichen Regeln sind transparent und diskriminierungsfrei. Sie bedürfen lediglich der pflichtgemäßen Anwendung durch den Apotheker auf den Einzelfall. Hier kommt dem Apotheker nach der gesetzlichen Systematik eine verantwortliche Rolle zu, weil nur er kraft seiner Fachkunde die im Einzelfall bei der Abgabe von Arzneimitteln in Betracht kommenden Umstände und Gesichtspunkte zu gewichten und würdigen versteht. Gerade auch die Auswahl unter mehreren von Rabattverträgen erfassten Arzneimitteln bedarf dieser Fachkunde, um dem Anspruch des Versicherten auf Versorgung mit Arzneimitteln gerecht zu werden. Die Auffassung der VK würde den Apotheker zu einer bloßen "Ausgabestelle" von Arzneimitteln degradieren.

Es erscheint auch nahezu - schon aus rein praktischen Gründen - unmöglich, in Rabattverträgen sämtliche in Betracht kommende Kriterien

bei der Abgabe von Arzneimitteln für den Apotheker bindend festzulegen. Es kann auch nicht darauf ankommen, dass durch Gesetz oder Vertrag ohne weiteres eine gegenüber der jetzigen Rechtslage weitergehende Festlegung des Apothekers in Betracht käme, also rechtlich zulässig wäre. Entscheidend ist allein, dass die gegenwärtige Regelung nicht vergaberechtswidrig ist. Zudem führte jede Festlegung von den Apothekern bindenden Kriterien in den Rahmenabnahmeverträgen bei der Abgabe von Arzneimitteln zugleich zu einer entsprechenden Modifikation des Versorgungsanspruchs des Versicherten; dies bedürfte einer gesetzlichen Grundlage. Soweit hierfür Vorschriften des Vergaberechts herangezogen würden, verstieße dies gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#). Sinn und Zweck der Anwendung des Vergaberechts auf Verträge mit den gesetzlichen Krankenkassen kann es nicht sein, dass dadurch gesetzliche Versorgungsansprüche der Versicherten oder gesetzlich eingeräumte Rechte anderer Leistungserbringer tangiert werden. Dass diese Betrachtungsweise angesichts der Regelung des Art. 152 Abs. 5 EG mit dem - vorrangigen - primären und sekundären Gemeinschaftsrecht sowie die Rechtsprechung des EuGH in Einklang steht, wurde bereits oben dargelegt. Die Verwirklichung der Grundfreiheiten sowie die aus den Grundfreiheiten abzuleitenden Grundsätze der Transparenz, Nichtdiskriminierung, Verhältnismäßigkeit etc. werden beachtet; eine Vorlage an den EuGH ist damit nicht erforderlich.

Der Senat vermag auch die Notwendigkeit der Festlegung von weiteren Kriterien für die Abgabe von Arzneimitteln im Rahmen der Rabattverträge durch den Apotheker nicht zu erkennen: Die AS agiert - seit Jahren - auf diesem Markt und kennt somit aus eigener Erfahrung den Mechanismus der Regelungen hinsichtlich der Arzneimittelabgabe. Nunmehr beschränkt sich der maßgebliche Markt - aufgrund der Rabattvertragsausschreibung - auf nur mehr 3 Teilnehmer (und dies auch nur für den Fall, dass die Voraussetzungen des [§ 4 Abs. 2](#) Rahmenvertrag von mehreren rabattierten Arzneimitteln erfüllt werden). Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum der AS (unterstellt, sie würde Rabattvertragspartner) es nicht möglich sein sollte, den Absatz ihrer Produkte hinreichend sicher zu prognostizieren. Ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne des [§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A](#) liegt deshalb nicht vor. Im Übrigen ist es einem Rahmenvertrag, der mit mehreren Partnern geschlossen wird, geradezu immanent, dass sich im Vorhinein für Bieter nicht genau einschätzen lässt, welche Liefermengen auf ihn zukommen (vgl. nur 2. VK Bund, Beschluss v. 15.11.2007, [a.a.O.](#), juris, Rdn. 108).

Der Senat weicht hiermit nicht von der Entscheidung des Kammergerichts (KG) v. 15.04.2004 - [2 Verg 22/03 \(VergabeR 2004, 762\)](#) ab. Denn in der vorliegenden Konstellation sind die Bedingungen für die Vergabe der Einzelaufträge - wie oben skizziert - geregelt. Entgegen der Ansicht der AS begegnet es keinen durchgreifenden Bedenken, dass Vertragsarzt und Apotheker maßgeblich an der Erteilung der Einzelaufträge beteiligt sind. Dieser Beurteilung steht insbesondere nicht entgegen, dass gemäß [§ 2 Nr. 3 VOL/A](#) Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestellen zu vergeben sind. Denn sowohl der Vertragsarzt als auch der Apotheker handeln nicht als "Dritte", sondern als Vertreter der Krankenkassen; ihre hervorgehobene Stellung im Recht der GKV führt dazu, dass ihre Entscheidungen den Krankenkassen zugerechnet werden müssen und mithin letztlich die AG als Vergabestellen die Auswahlentscheidungen zu verantworten haben. Insbesondere der Apotheker "vergift" die Einzelaufträge aufgrund des nach Maßgabe des [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) unter Beteiligung der Krankenkassen geschlossenen Rahmenvertrages. Es würde zudem einen Wertungswiderspruch darstellen, die Existenz eines öffentlichen Auftrages i.S.d. [§ 99 Abs. 1 GWB](#) bei Arzneimittelrabattverträgen unter Berücksichtigung von Zurechnungsgesichtspunkten anzunehmen (vgl. hierzu Senat, Beschluss v. 10.09.2009 - [L 21 KR 53/09 SFB](#), juris Rdn. 48 ff.), um sodann eine "Delegation" auf den Apotheker bzw. dessen maßgebliche Beteiligung bei der Vergabe der Einzelaufträge als vergaberechtswidrig zu qualifizieren. Daraus folgt gleichzeitig, dass eine Abweichung i.S.d. [§ 142a Abs. 4 Satz 1 SGG](#) nicht gegeben ist.

Ein Verstoß gegen das Wettbewerbsprinzip ([§ 97 Abs. 1 GWB](#)) liegt entgegen der Ansicht der AS auch nicht etwa deshalb vor, weil der Abschluss von Rahmenabnahmeverträgen mit drei Vertragspartnern vorgesehen ist, die den AG unterschiedlich hohe Rabatte einräumen werden. Bedenken könnten sich insoweit aus der Tatsache ergeben, dass somit allen drei Rabattvertragspartnern die Regelung des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) zugute kommt, obwohl nur einer der drei den höchsten Rabatt (und somit das preiswerteste Produkt) angeboten hat. So hat der Senat u.a. im Beschluss vom 26.03.2009, [L 21 KR 26/09 SFB](#), in dem er die Auffassung vertreten hat, das Wettbewerbsprinzip nötige den Auftraggeber nicht dazu, Rahmenverträge mit mehr als einem pharmazeutischen Unternehmer abzuschließen, ausgeführt: "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." Der Senat hält daran fest, dass es vergaberechtlich zulässig ist, Rahmenabnahmeverträge mit nur einem Vertragspartner zu schließen. Jedoch wird die Auffassung, die Einbeziehung mehrerer Vertragspartner behindere massiv den Wettbewerb, in dieser Absolutheit nicht aufrecht erhalten. Sie mag da zutreffen, wo das Interesse des Auftraggebers ausschließlich darauf gerichtet ist, ein möglichst preisgünstiges Produkt zu erhalten. Wo allerdings weitere Kriterien für den Auftraggeber wesentlich sind, wie etwa die Gesichtspunkte der Lieferfähigkeit (Verfügbarkeit) sowie der Einräumung von Auswahlmöglichkeiten unter den Produkten verschiedener Hersteller, muss dies anders beurteilt werden. In diesen Fällen hat der Auftraggeber gar keine andere Möglichkeit, als diese Ziele durch den Abschluss von Verträgen mit mehreren Partnern zu erreichen. In diesen hier beispielhaft aufgeführten Fällen ist es deshalb auch unter Berücksichtigung des Wettbewerbsprinzips gerechtfertigt, nicht nur den Bieter mit dem günstigsten Gebot, sondern auch die nachfolgenden Gebote zu berücksichtigen, weil nur auf diese Weise sofortige Verfügbarkeit und die Berücksichtigung anderer sachlich gerechtfertigter Gesichtspunkte, wie der der Akzeptanz eines Arzneimittels durch den Versicherten oder die Verträglichkeit (bei unterschiedlichen Trägerstoffen derselben Wirkstoffe) gewährleistet sind.

Die Regelung des [§ 10](#) des Rabattvertragsentwurfs benachteiligt die AS nicht unangemessen. Diese Vorschrift trifft eine (Ruhens-) Regelung für den Fall, dass der Apothekenverkaufspreis (AVP) abzüglich des Rabattes eines vom Rabattvertrag erfassten Arzneimittels höher ist als der AVP von drei austauschfähigen Arzneimitteln anderer Hersteller. Zunächst einmal ist es nach Auffassung des Senats zweifelhaft, ob diese Situation durch andere Hersteller durch die Absenkung ihres HAP bewusst und gewollt herbeigeführt werden könnte, da die Höhe des Rabatts diesen nicht bekannt ist. Es dürfte damit problematisch sein, den notwendigen Umfang der Absenkung des HAP zutreffend einzuschätzen. Auch würde die Absenkung des HAP das Geschäft dieser Hersteller mit diesem Arzneimittel umfassend, d.h. gegenüber allen Kassen betreffen. Insgesamt erscheint dem Senat die Sinnhaftigkeit eines solchen Verhaltens mehr als fraglich. In jedem Fall aber stellt diese Regelung in [§ 10](#) des Rabattvertrags die Reaktion auf die gänzlich veränderte Geschäftsgrundlage dar, wenn (aus welchen Gründen auch immer) drei preisgünstigere Fertigarzneimittel am Markt erhältlich sind, was den Rabattvertrag (im Hinblick auf das betroffene Arzneimittel) seines Sinns entleert. Es liegt auf der Hand, dass - jedenfalls aus Sicht der AG - dieser Fall einer Regelung bedarf. Die Ruhensregelung, die die Wirkung des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) suspendiert, stellt fraglos ein adäquates Mittel hierzu dar. Nach Auffassung des Senats ist es aber auch nicht zu beanstanden, dass die AG den Rabattvertragspartnern zur Abwendung dieser Folge nur die Möglichkeit der Absenkung des HAP einräumen wollen. Dies liegt zunächst schon deshalb nahe, weil die Preisbewegung auf dem "übrigen" Markt auch

durch die Absenkung des HAP der austauschfähigen Arzneimittel eingetreten ist. Zudem haben die AG im Rahmen der Ausschreibung die "Systementscheidung" der Gewährung eines für alle PZN eines Wirkstoffs einheitlichen Rabattsatzes getroffen. Hiervon mussten sie für den von § 10 Abs.1 des Rabattvertrags geregelten Fall nicht abweichen. Zwar betrifft die Absenkung des HAP dann auch alle anderen Abnehmer dieses Arzneimittels. Andererseits würde die Erhöhung des Rabatts (als Mittel zur Abwendung der Ruhensregelung) auf alle PZN des betreffenden Wirkstoffs, die von dem Rabattvertrag erfasst werden, anzuwenden sein. Es ist nicht erkennbar, dass die Absenkung des HAP gegenüber der Erhöhung des Rabatts eine gravierend nachteiligere Regelung darstellt. Auch die AS hat nicht näher dazu vorgetragen, warum und in welchem Umfang sie als Rabattvertragspartner von dieser Regelung benachteiligt würde. Hierzu hätte angesichts der oben vorgenommenen Erwägungen zur Wahrscheinlichkeit des Eintritts dieser Fallgestaltung durchaus Anlass bestanden. Auch muss in diesem Zusammenhang Berücksichtigung finden, dass nur einzelne PZN betroffen sind und die Rechtsfolge - das Ruhen - eine Vermarktung im Übrigen gestattet. Es kann für die Annahme einer unangemessenen Benachteiligung nicht ausreichen, dass ein Bieter lediglich vorträgt, dass auch eine andere Regelung in Betracht gekommen wäre, die ihm ggf. günstiger erscheint.

Dass die AG für Opipramol 150mg keine Rabatte nachgefragt haben, begegnet keinen vergaberechtlichen Bedenken. Denn die Definition des Beschaffungsbedarfs obliegt allein dem öffentlichen Auftraggeber. Die maßgeblichen Bestimmungen des Vergaberechts beinhalten nicht, was die öffentliche Hand zu beschaffen hat. Wie Private können demnach auch gesetzliche Krankenkassen als öffentliche Auftraggeber die zu vergebende Leistung und den Auftragsgegenstand autonom bestimmen (vgl. Scharen, GRUR 2009, 345 (345); vgl. auch Senat, Beschluss v. 24.08.2009 - [L 21 KR 45/09 SFB](#), juris Rdn. 61 ff.; OLG Koblenz, Beschluss v. 05.09.2002 - [1 Verg 2/02](#), [NZBau 2002, 699](#) ff.). Die Wahl der jeweiligen Leistung ist der Ausschreibung und Vergabe vorgelagert und muss zunächst vom Auftraggeber in einem selbständigen Entscheidungsprozess getroffen werden, bevor im nächsten Schritt die Interessen einzelner interessierter Unternehmen berührt sein können. Das Vergaberecht greift mithin erst nach dieser Entscheidung ein; ein vom öffentlichen Auftraggeber ausgewählter Beschaffungsgegenstand ist für die Leistungsbeschreibung nicht in Frage zu stellen. Insbesondere besteht kein Anspruch von Bietern gegen öffentliche Auftraggeber auf optimale Berücksichtigung ihrer Produktions- und Vertriebsentscheidungen.

Die Kostenentscheidung für das Verfahren vor der VK beruht auf [§ 128 Abs. 3 Satz 1 und Abs. 4 Satz 2 GWB](#). Die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts war für die AG notwendig ([§ 128 Abs. 4 Satz 3](#) i.V.m. [§ 80](#) Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)).

Für das Beschwerdeverfahren folgt die Kostenentscheidung aus einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-01-20