

L 21 KR 35/09 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 35/09 SFB

Datum

02.04.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 30.01.2009 ([VK 3-221/08](#)) wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens. Es wird festgestellt, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragstellerin, die Antragsgegnerinnen und die Beigeladene zu 1) notwendig war.

Gründe:

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

Die Antragsgegnerinnen und Beschwerdegegnerinnen (AG) haben den Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in einem EU-weit bekannt gemachten offenen Verfahren (Bekanntmachungsnummer 2008/S 154-20 79 65) für eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren ausgeschrieben. Gegenstand der wirkstoffbezogenen Ausschreibung sind nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) in (zunächst) 64 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen. Die Angebotsfrist wurde vom 06.10.2008 auf den 03.11.2008 verlängert. Das Gebietslos 1 umfasst die AOK Bayern mit etwa 4,1 Millionen Versicherten, das Gebietslos 2 die AOK Rheinland-Hamburg und AOK Westfalen-Lippe (ca. 5 Millionen Versicherte), das Gebietslos 3 die AOK Hessen und AOK Plus (ca. 4,3 Millionen Versicherte), das Gebietslos 4 die AOK Baden-Württemberg, AOK Rheinland-Pfalz sowie AOK Saarland (ca. 5 Millionen Versicherte) und das Gebietslos 5 die AOK Berlin, AOK Brandenburg, AOK Bremen/Bremerhaven, AOK Mecklenburg-Vorpommern, AOK Niedersachsen, AOK Sachsen-Anhalt und AOK Schleswig-Holstein mit ca. 5,6 Millionen Versicherten.

Gegenstand der Ausschreibung waren zunächst die folgenden 64 Wirkstoffe:

Alendronsäure Levodopa + Benserazid

Alfuzosin Levodopa + Carbidopa

Allopurinol Lisinopril

Amiodaron Lisinopril + HCT

Amisulprid Melperon

Amlodipin Metformin

Azathioprin Metoclopramid

Bisoprolol Metoprolol

Bisoprolol + Hydrochlorothiazid (HCT) Metoprolol + HCT

Captopril Mirtazapin

Captopril + HCT Molsidomin

Carvedilol Moxonidin

Cefaclor Nifedipin

Cefuroxim Nitrendipin

Ciprofloxacin Olanzapin

Citalopram Omeprazol,

Clarithromycin Paroxetin

Diclofenac Ramipril

Doxazosin Ramipril + HCT

Doxepin Ranitidin

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

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

Nach den Verdingungsunterlagen hatte jeder Bieter pro angebotenem Fachlos (Wirkstoff) und je Gebietslos einen Rabatt-ApU für alle Pharmazentralnummern (PZN) anzubieten, die er für den angebotenen Wirkstoff nach der "Lauer-Taxe" am 01. August 2008 (im Laufe des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01.09.2008 durch Bekanntmachung vom 10.09.2008 - Abl. EG 2008/S 175-23 26 38 - sog. Stichtag) im Sortiment hat. Die "Lauer-Taxe", auch ABDA-Artikelstamm oder große deutsche Spezialitätentaxe genannt, wird in einem 14-tägigen Rhythmus aktualisiert und enthält die Daten aller bei der Informationsstelle für Arzneimittelspezialitäten GmbH (IFA) gemeldeten, in Deutschland zugelassenen Fertigarzneimittel unter Angabe der Arzneimittelbezeichnung, des Arzneimittelherstellers, des Wirkstoffs, der Wirkstoffmenge, der Darreichungsform und der Packungsgröße. Die jedem Fertigarzneimittel zugeordnete PZN erlaubt die Identifizierung sämtlicher Arzneimittel nach den dargestellten Kriterien.

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

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

Nach Ziff. III.2.1 der Bekanntmachung war mit dem Angebot u.a. ein Handelsregistrauszug (nicht älter als vom 01.08.2008) zur Überprüfung der Einhaltung der Auflagen einzureichen. In den Verdingungsunterlagen (Teil A.II.6.2) führte die AG aus, dass das Original-Angebot zumindest die in III.2 der Bekanntmachung enthaltenen Eignungsnachweise enthalten müsse. Unter B.I.2 der Verdingungsunterlagen ("Folgen bei Nichtvorlage der zwingend geforderten Eignungsnachweise") legten die AG nochmals dar, dass mit dem Angebot u.a. zwingend ein Handelsregistrauszug (nicht älter als vom 01.08.2008) vorzulegen sei und dass die unter B.I.1 geforderten Nachweise zwingend innerhalb der Angebotsfrist abzugeben seien. Jeder geforderte, aber nicht erbrachte Nachweis führe nach der Rechtsprechung zwingend zum Ausschluss des Angebotes. Folgende Eignungsnachweise mussten demgegenüber erst auf gesonderte Aufforderung des Auftraggebers vorgelegt werden:

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

Gemäß § 3 des - den Verdingungsunterlagen beiliegenden und für jedes Gebietslos identischen - RV treten die Parteien 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 RV neu festgesetzt wird oder wenn die Auftragnehmerin den Abgabepreis erhöht und infolge dessen der Apothekenverkaufspreis den Festbetrag überschreitet (§ 3 Abs. 4 RV). Wenn sich die Vertragsparteien nicht innerhalb von vier Wochen einigen, können die AG 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 Abs. 1 RV sind die AG 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.

Im Vergabeverfahren rügte die AS im Wesentlichen, dass die gemeinsame bundesweite Ausschreibung bzw. Losbildung der AG auf einer unzureichenden Untergliederung in Fach- und Gebietslose beruhe, die Angebote nicht miteinander vergleichbar seien, dass die Transparenz der Wirtschaftlichkeitsberechnung der Angebote nicht gegeben sei, dass die Stichtagsregelung dem Angebots-Portfolio der Bieter nicht entspreche, dass die Angebotsfrist zu kurz bemessen sei, dass die Vorlage von Verpflichtungserklärungen der Subunternehmer unzumutbar und dass die Vorlaufzeit für die Produktion und Bevorratung i.V.m. der Vertragsstrafenregelung unzureichend sei (Schreiben vom 08.09., 06.10. und 12.11.2008). Diesen Rügen halfen die AG nicht ab.

Die AS gab unter Beifügung eines Handelsregistrauszuges vom 20.06.2008 Angebote zu den Wirkstoffen Captopril, Captopril + HCT, Doxazosin, HCT, Lisinopril, Lisinopril + HCT, Metoprolol, Ramipril + HCT, Roxithromycin und Torasemid für jeweils zwei bis vier Gebietslose ab. Angebote für die Wirkstoffe Amlodipin, Mirtazapin, Molsidomin, Omeprazol und Verapamil gab die AS demgegenüber nicht ab. Die AG teilten der AS daraufhin mit, dass sie nicht beabsichtigten, ihr für die streitgegenständlichen Wirkstoffe Zuschläge zu erteilen, weil ihr Angebot einen Ausschlussgrund nach [§ 25 Nr. 1 bzw. Nr. 2 VOL/A](#) enthalte. Der mit dem Angebot eingereichte Handelsregistrauszug sei entgegen der Vorgabe in den Verdingungsunterlagen vor dem 01.08.2008 erstellt worden (Schreiben vom 28.11. und 04.12.2008).

Mit dem an 21.11.2008 bei der Vergabekammer (VK) Baden-Württemberg gestellten und an die VK des Bundes verwiesenen Nachprüfungsantrag hat die AS im Wesentlichen gerügt, dass sie durch folgende Vergabefehler in ihren Rechten aus [§ 97 Abs. 7](#) Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) verletzt sei: Die - aus ihrer Sicht - unzureichende Bildung der Gebietslose begründe einen Verstoß gegen [§ 20 GWB](#). Denn die aufgrund eines Marktanteils von ca. 40 % marktbeherrschenden AG ([§ 19 GWB](#)) führten die jeweils sachlich und räumlich relevanten Märkte in eine Oligopolisierung seitens der Arzneimittelhersteller. Die AG hätten ferner gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz und den durch [§ 97 Abs. 3 GWB](#) gewährleisteten Schutz kleiner und mittlerer Unternehmen verstoßen. Dieser Verstoß könne nicht durch die Bildung von Bietergemeinschaften adäquat ausgeglichen werden. Die Gestaltung der Fachlose durch Bildung von Preisvergleichsgruppen sei unzulässig, da Anbieter größerer Sortimente hierdurch bessere Zuschlagschancen erhielten. Durch die Stichtagsregelung seien überdies die Zuschlagschancen in weiteren Preisvergleichsgruppen ausgeschlossen worden. Die AS hat ferner geltend gemacht, dass die Frist für den Nachweis von Produktionskapazitäten erheblich zu kurz bemessen und es dadurch kleinen und mittleren Unternehmen weiter erschwert worden sei, konkurrenzfähige Rabattangebote abzugeben. Zu berücksichtigen sei ferner, dass die Zuschlagskriterien intransparent seien, da bei den Mengenangaben hohe Fehlerquoten aufgetreten seien und der Wettbewerb durch die Bildung eines bereinigten durchschnittlichen ApU verzerrt werde.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, die Vergabeverfahren über den Abschluss von Rabattvereinbarungen für den Zeitraum ab 01.03.2009 für die Gebietslose 1 - 5 und die Fachlose Amlodipin (Fachlos-Nr. 6), Captopril (Nr. 10), Captopril + HCT (Nr. 11), Doxazosin (Nr. 19), Enalapril (Nr. 21), HCT (Nr. 28), Lisinopril (Nr. 35), Lisinopril + HCT (Nr. 36), Metoprolol (Nr. 40), Mirtazapin (Nr. 42), Molsidomin (Nr. 43), Omeprazol (Nr. 48), Ramipril + HCT (Nr. 51), Roxithromycin (Nr. 54), Torasemid (Nr. 61) und Verapamil (Nr. 64) aufzuheben.
2. den Antragsgegnerinnen gesamtschuldnerisch die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin erforderlich ist.

Die Antragsgegnerinnen haben beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerinnen notwendig war.

Sie haben geltend gemacht, dass die Größe der Fach- und Gebietslose nicht zu beanstanden sei, da es eine Rechtspflicht zur Bildung von Fach- und Gebietslosen nicht gebe. Ebenso wenig könne beanstandet werden, dass der Abschluss eines RV mit jeweils nur einem pharmazeutischen Unternehmen beabsichtigt sei. Entgegen der Ansicht der AS führe die Stichtagsregelung nicht zu einer Ungleichbehandlung, sondern stelle vielmehr ein Höchstmaß an Transparenz sicher und verhindere etwaige manipulative Strategien. Abgesehen davon hätte ohne Stichtagsregelung die Entwicklung des Produkt- und Preisstandes nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung berücksichtigt werden müssen, womit den Bietern jedoch im Vorhinein weder die erforderlichen kalkulatorischen Daten für die Erstellung der Angebote noch die nachzuweisenden Produktionskapazitäten hätten genannt werden können. Die Frist zur Einholung der erforderlichen Verpflichtungserklärungen der Auftragshersteller sei ausreichend und von Anfang an länger gewesen, als nach der VOL/A vorgesehen. Auch die Vorlaufzeit bis zum Vertragsbeginn sei hinreichend bemessen worden. Letztlich sei ebenfalls die Angebotswertung in einem transparenten Verfahren erfolgt. Denn die Ermittlung der für den Zuschlag entscheidenden WMZ weise aufgrund des zur Verfügung gestellten Produkt- und Rabattblatts mit Darstellung des verwendeten Berechnungsalgorithmus ein Höchstmaß an Transparenz auf.

Die Beigeladene zu 1) hat beantragt,

1. der Nachprüfungsantrag wird hinsichtlich des Wirkstoffes Amlodipin, Fachlos Nr. 6 mit den fünf Teillosen (Gebietslose 1 bis 5) zurückgewiesen,
2. die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten auf Seiten der Beigeladenen zu 1), der E Pharma GmbH, wird für notwendig erklärt,
3. der Antragstellerin werden die Kosten der Beigeladenen zu 1), der E Pharma GmbH auferlegt.

Sie hat die Ansicht vertreten, dass der Nachprüfungsantrag im Hinblick auf den Wirkstoff Amlodipin bereits unzulässig gewesen sei. Eine Rechtsverletzung i.S.d. [§ 97 Abs. 7 GWB](#) durch Kartellrechtsverstöße sei nicht gegeben. Die AS habe es ferner versäumt, einen möglichen Schaden darzulegen. Im Übrigen seien die gerügten Vergaberechtsverstöße in der Sache nicht begründet.

Die Beigeladenen zu 8) und 9) haben geltend gemacht, dass die Stichtagsregelung gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsprinzip und Diskriminierungsverbot verstoße. Sie stelle eine unverhältnismäßige und rechtswidrige Zulassungsvoraussetzung dar. Denn die Stichtagsregelung beschränke die Teilnahmemöglichkeit auf Produkte, die zu einem bestimmten Zeitpunkt vor Vertragsbeginn und sogar vor der Angebotsabgabe über eine PZN verfügt hätten.

Mit Beschluss vom 30.01.2009 hat die VK den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Sie hat darauf abgestellt, dass ein Verstoß gegen kartellrechtliche Normen im Vergabe- bzw. Nachprüfungsverfahren auch vor dem Hintergrund der Rechtswegkonzentration des [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) nicht zu prüfen sei. Weder die Einteilung der Gebiets- noch der Fachlose sei im Ergebnis unter vergaberechtlichen Gesichtspunkten zu beanstanden. Vor dem Hintergrund, dass die Ausschreibung wirkstoffbezogen erfolgt sei, habe auch für kleine und mittlere Unternehmen, die nicht über ein umfassendes Produktportfolio verfügten, die Möglichkeit bestanden, Angebote zu unterbreiten. Ebenso wenig sei zu bemängeln, dass die AG Rahmenverträge mit nur jeweils einem Rabattvertragspartner abzuschließen beabsichtigten. Das Instrument "Rahmenvertrag" werde von den AG nicht missbräuchlich i.S.d. [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) angewandt, zumal es nach der Rechtsprechung des BGH zur Nachfragemacht der öffentlichen Hand ausreiche, wenn überhaupt ausgeschrieben werde. Auch die von den AG angewandte Stichtagsregelung begegne keinen durchgreifenden vergaberechtlichen Bedenken. Denn der Auftraggeber sei bei der Konkretisierung seines Beschaffungsbedarfs grundsätzlich frei. Es könne bei der von den AG vorgenommenen Anknüpfung an in der Lauer-Taxe gelistete Produkte nicht von einer Diskriminierung oder Verstößen gegen den Wettbewerbsgrundsatz ausgegangen werden. Die Listung in der ausländischen wie inländischen pharmazeutischen Herstellern frei zugänglichen Lauer-Taxe stelle nämlich eine autonome unternehmerische Entscheidung dar. Wie sich im Übrigen aus dem Ausschlussstatbestand des [§ 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. d\) VOL/A](#) ergebe, bestehe kein Anspruch darauf, ein Produkt anzubieten, das der Auftraggeber nicht nachfrage. Die VK hat ferner die Auffassung vertreten, dass der Nachweis von Herstellungskapazitäten "durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt" sei ([§ 7 Nr. 4 VOL/A](#)) und auch ansonsten nicht gegen vergaberechtliche Grundsätze verstoße. Gleichmaßen unterliege auch die Vorlauffrist zwischen Zuschlagserteilung und Beginn des Rahmenvertrages keinen Bedenken. Schließlich seien die Zuschlagskriterien transparent ausgestaltet worden: In den Verdingungsunterlagen sei die Ermittlung der GWMZ ausführlich unter Beifügung von Ausfüllhinweisen und eines Filmbeitrages beschrieben worden. Dass die Produktbreite mit in die Bewertung der Angebote eingeflossen sei, sei durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt.

Gegen den ihr am 02.03.2009 zugestellten Beschluss hat die AS am 16.03.2009 sofortige Beschwerde eingelegt.

Sie hält an ihren bereits im Nachprüfungsverfahren erhobenen Rügen fest und trägt zur weiteren Begründung der sofortigen Beschwerde im Wesentlichen vor: Die bereits geltend gemachten Verstöße der AG gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. [§§ 19 Abs. 1, 20 Abs. 1](#) und 2 GWB seien auch im Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Das ergebe sich bereits aus [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#), wonach Rechte aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) sowie sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber, die auf die Vornahme oder Unterlassung einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, ausschließlich vor den VK und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden können. Die VK berufe sich in dem angefochtenen Beschluss zu Unrecht darauf, dass nach [§ 104 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) kartellrechtliche Verstöße, die sich in einem Vergabeverfahren ereigneten, ausschließlich vor den Kartellbehörden bzw. Zivilgerichten geltend zu machen seien. Die kartellrechtlichen Vorschriften seien mithin selbst dann, wenn es sich dabei nicht um Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.v. [§ 97 Abs. 7 GWB](#) handeln sollte, aufgrund der Konzentrationswirkung des [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) im Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen.

Weiterhin verletze der von den AG gewählte Loszuschnitt die Mittelstandsregelungen der [§§ 97 Abs. 3 GWB, 5 Nr. 1 VOL/A](#) sowie den Grundsatz der Chancengleichheit der Bieter ([§ 97 Abs. 2 GWB](#)) und den Wettbewerbsgrundsatz ([§ 97 Abs. 1 GWB](#)). Insbesondere seien die Gebietslose zu groß bemessen. Durch die vorgenommene Aufteilung komme es zu einer Bevorzugung großer Pharmakonzerne, die die ausgeschriebenen Verordnungsvolumina ohne Weiteres bedienen könnten. Die AG seien verpflichtet gewesen, Gebietslose entsprechend den 15 AOK-Landesverbänden zu bilden. Letztlich stelle sich das Vorgehen der AG als eine rechtsmissbräuchliche Verwendung des Instruments der Rahmenvereinbarung dar i.S.d. [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) dar. Die AS ist ferner der Ansicht, dass die AG auch durch die unterlassene Loslimitierung gegen den Wettbewerbsgrundsatz, das Diskriminierungsverbot sowie das Gebot der Berücksichtigung mittelständischer Interessen verstoßen hätten. Die Erwägung in dem angefochtenen Beschluss, eine Loslimitierung sei im Vergaberecht nicht explizit vorgesehen, greife ersichtlich zu kurz.

Nach wie vor sei daran festzuhalten, dass die Stichtagsregelung in diskriminierender Weise die Wettbewerbsvorsprünge von Unternehmen mit einer größeren Produktbreite zementiere, zumal es Bietern verwehrt werde, ihr bereits in der Lauer-Taxe gelistetes Portfolio zu erweitern. Durch die Stichtagsregelung werde nicht der Beschaffungsbedarf der AG festgelegt, sondern der Inhalt der Angebote der Bieter. Wäre die Stichtagsregelung bereits aus der Vergabebekanntmachung ersichtlich gewesen, hätte sie - die AS - noch das bereits zugelassene Arzneimittel Mirtazapin 15/30/45 mg (Wirkstoff: Mirtazapin) in unterschiedlichen Packungsgrößen rechtzeitig der IFA gemeldet. Darüber hinaus hätte sie durch bisher nicht angebotene Packungsgrößen bereits zugelassener und vertriebener Arzneimittel der streitgegenständlichen Wirkstoffe ihre Zuschlagschancen verbessern können. Insofern verstoße die Stichtagsregelung auch gegen den vergaberechtlichen Grundsatz der Hersteller- und Produktneutralität. Entgegen der Ansicht der AG könne die Stichtagsregelung auch nicht durch Manipulationsgefahren gerechtfertigt werden. Bei einem kurzfristigen Außer-Vertrieb-Setzen von einzelnen Produkten sei vielmehr davon auszugehen, dass sich die Zuschlagschancen des Bieters verschlechterten.

Die AS trägt weiterhin vor, dass die Frist für den Nachweis der Herstellungskapazitäten zu knapp bemessen gewesen sei und hierdurch kleine und mittlere Unternehmen benachteiligt worden seien. Im Hinblick auf den Wirkstoff Omeprazol habe sie kein Angebot abgeben können, da sich ihr Lieferant aufgrund seiner Lieferverpflichtungen gegenüber der Beigeladenen zu 8) außerstande gesehen habe, die geforderte Verpflichtungserklärung abzugeben. Bei dem Wirkstoff Roxithromycin habe sie ihr Angebot auf zwei Gebietslose beschränken müssen, weil ihr langjähriger Produzent ebenfalls keine Verpflichtungserklärung über weitergehende Mengen abgeben können. Die Bindung neuer Lieferanten sei in der knappen Angebotsfrist nicht möglich gewesen.

Die Wertungsregeln seien nicht zur Ermittlung der tatsächlichen Einsparungen geeignet; die WMZ entsprächen nicht dem Rabattaufkommen. Darüber hinaus bestehe die Gefahr von Mischkalkulationen und Manipulationen seitens anderer Hersteller. Das

Zuschlagskriterium "Produktbreite" sei unzulässig. Kleinere Unternehmen würden von vornherein in ihren Zuschlagschancen benachteiligt. Diese hätten typischerweise ein geringeres Sortiment, so dass sich dieses Wertungskriterium auch als mittelstandsfeindlich erweise. Hinzu komme, dass die AG Angebote nur für solche Wirkstoffe zugelassen hätten, die der jeweilige Bieter bereits am 01.09. 2008 in seinem Sortiment geführt habe.

Die AS beanstandet außerdem, dass nach § 8 Abs. 1 und 2 RV ein "Alles-oder-Nichts-Prinzip" bei der Regelung von Lieferausfällen während des ersten Quartals der Vertragslaufzeit gelte. Denn Bieter müssten bei einem Lieferausfall ab dem 21. Tag die Mehrkosten für Ersatzbeschaffungen vollständig erstatten. Diese Regelung zeige, dass die AG selber mit Lieferausfällen rechneten. Die Versorgungssicherheit sei überdies nicht nur durch die vorbeschriebene Regelung gefährdet, sondern auch dadurch, dass Versicherte bei einem Lieferausfall auf ein anderes Medikament umgestellt werden müssten. Angesichts dessen sei nicht nachvollziehbar, aus welchen Gründen die AG nicht mehrere Rabattvertragspartner pro Gebietslos an sich gebunden hätten. Im Übrigen verstießen die Ausführungsfristen gegen [§ 11 Nr. 1 VOL/A](#).

Schließlich sei der Angebotsausschluss zu Unrecht erfolgt. Denn ein solcher sei auch vor dem Hintergrund, dass ein Handelsregisterauszug vom 20.06.2008 vorgelegt worden sei, angesichts der Ermessensregelung des [§ 25 Nr. 1 Abs. 2](#) lit. a) VOL/A keineswegs zwingend. Die AG hätten verkannt, dass sie zu einem Ausschluss nicht verpflichtet gewesen seien, zumal sich der in den Verdingungsunterlagen angekündigte zwingende Ausschluss nur auf das Fehlen geforderter Eignungsnachweise, nicht aber auf die Vorlage veralteter Eignungsnachweise beziehe. Abgesehen davon habe sie mit den Angeboten als Mitglied von Bietergemeinschaften aktuelle Handelsregistrauszüge vorgelegt

Die Antragstellerin beantragt nach teilweiser Rücknahme der sofortigen Beschwerde nunmehr,

1. den Beschluss der Vergabekammer des Bundes im Verfahren [VK 3 - 221/08](#) aufzuheben,
2. die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, die Vergabeverfahren über den Abschluss von Rabattvereinbarungen für den Zeitraum ab 01.03.2009 für die Gebietslose 1 - 5 und die Fachlose Amlodipin (Fachlos-Nr. 6), Metoprolol (Nr. 40), Mirtazapin (Nr. 42), Omeprazol (Nr. 48) und Roxithromycin (Nr. 54) aufzuheben,

hilfsweise: die Antragsgegnerinnen zu verpflichten, die Angebote der Antragstellerin für die in Ziff. 2 genannten Fachlose (mit Ausnahme Omeprazol) gemäß [§ 25 Nr. 2 und Nr. 3 VOL/A](#) zu werten,

3. den Antragsgegnerinnen gesamtschuldnerisch die Kosten des Verfahrens der sofortigen Beschwerde aufzuerlegen,
4. den Antragsgegnerinnen und der Beigeladenen zu 1) gesamtschuldnerisch die für die Amtshandlungen der Vergabekammer des Bundes entstandenen Kosten aufzuerlegen,
5. die Antragsgegnerinnen gesamtschuldnerisch zu verpflichten, von den zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor der Vergabekammer des Bundes entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin 31/32 zu erstatten und die Beigeladene zu 1) zu verpflichten, 1/32 der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor der Vergabekammer des Bundes entstandenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin zu erstatten sowie die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der für die zweckentsprechende Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antrags- und Beschwerdegegnerinnen notwendig war.

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss. Die AG tragen im Wesentlichen vor: Nachprüfungsantrag und sofortige Beschwerde seien bereits insoweit unzulässig, als die AS angebliche Verstöße gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) i.V.m. [§§ 19, 20 GWB](#) geltend machten. Das gesamte umfangreiche kartellrechtliche Vorbringen sei im vorliegenden Verfahren nicht zu prüfen. Eine derartige Aufblähung wäre schon mit dem gesetzlich verankerten Beschleunigungsgebot des [§ 113 GWB](#) von vornherein unvereinbar. Die Bildung einer Nachfragegemeinschaft durch sie - die AG - stelle ein dem Vergabeverfahren vorgelagertes Verhalten und damit keine Handlung in einem Vergabeverfahren i.S.v. [§ 104 Abs. 2 GWB](#) dar. Zudem fehle es der AS insoweit an der Antragsbefugnis, da es sich bei den als verletzt gerügten kartellrechtlichen Vorschriften nicht um Bestimmungen über das Vergabeverfahren i.S.d. [§ 97 Abs. 7 GWB](#) handele.

Die Gebietslosaufteilung unterliege keinen durchgreifenden Bedenken. Bereits das LSG Baden-Württemberg habe in der Entscheidung vom 23.01.2009 ([L 11 WB 5971/08](#)) zutreffend ausgeführt, dass eine Verpflichtung zur Bildung von 15 Gebietslosen je Fachlos nicht zu begründen sei. Ferner habe es ausgeführt, dass das eigene Verhalten der AS (in jenem Verfahren) belege, dass sie sich durchaus in der Lage sehe, Gebietslose von der Größe eines Bundeslandes oder auch der hier vorgenommenen Losgröße zu bedienen. Die von der AS geltend gemachte Pflicht zur Loslimitierung gebe es im Vergaberecht nicht. Soweit ersichtlich existiere keine einzige vergaberechtliche Entscheidung, die von einer Pflicht zur Loslimitierung ausgegangen sei.

Sie - die AG - hätten das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich angewendet. Zu keinem anderen Ergebnis gelange man, wenn man kartellrechtliche Regelungen inzidenter über vergaberechtliche Normen ([§ 97 Abs. 1 GWB](#) und [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#)) prüfe. Es seien durchaus auch Zuschläge an mittelständische Unternehmen vorgesehen. Die Rahmenvereinbarung sei vergaberechtlich die adäquate Form der Ausschreibung von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#).

Ermessensfehler bei der Entscheidung, pro Wirkstoff und Gebietslos exklusive Rabattvereinbarungen mit nur einem Rahmenvertragspartner

zu schließen, seien nicht erkennbar. Davon, dass nach der gesetzgeberischen Wertung des [§ 3a Nr. 4 Abs. 5 VOL/A](#) mindestens drei Bieter an den Rahmenvereinbarungen zu beteiligen gewesen wären, könne keine Rede sein. Sie - die AG - hätten sich aus sachgerechten Gründen für den Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit jeweils nur einem Unternehmer entschieden.

Auch die Stichtagsregelung begegne keinen rechtlichen Bedenken. Diese sei zum einen zur Herstellung vollständiger Transparenz, zum anderen zur Vermeidung etwaiger manipulativer Strategien der Bieter zwingend erforderlich. Die AG hätten durch die Stichtagsregelung mit Bezug zur Lauer-Taxe ihren Beschaffungsbedarf abschließend definiert. Eine Ungleichbehandlung sei nicht gegeben, da sie in gleicher Weise für alle Bieter gelte.

Schließlich sei die AS zu Recht aus Gründen der Gleichbehandlung wegen der Übersendung des veralteten Handelsregistrauszuges von der Angebotswertung ausgeschlossen worden. Dass sie als Mitglied von Bietergemeinschaften jeweils aktuelle Auszüge übersandt habe, könne die AS nicht entlasten. Abgesehen davon hätte die AS auch dann nicht den Zuschlag erhalten, wenn die Eignungsnachweise vollständig übersandt worden wären, da sie aufgrund der Angebotsplatzierung nicht für einen Zuschlag in Betracht gekommen wäre.

Die Beigeladene zu 1) beantragt,

1. die sofortige Beschwerde hinsichtlich des Fachloses Nr. 6 (Wirkstoff: Amlodipin) mit fünf Teillosen (Gebietslose 1 bis 5) zurückzuweisen,
2. der Antragstellerin die Kosten der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Beigeladene zu 1) notwendig war.

Sie nimmt Bezug auf ihre Ausführungen vor der VK und macht außerdem geltend, dass hinsichtlich des Wirkstoffs Amlodipin nur mit Blick auf die Stichtagsregelung eine Antragsbefugnis bestehe, da die AS auf das entsprechende Fachlos zu keinem der fünf Gebietslose ein eigenes Angebot abgegeben habe. Die AS habe es zudem versäumt, rechtzeitig eine Rechtsverletzung durch die Systematik zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote zu rügen. Abgesehen davon könne sich die AS bei 345 Mitarbeitern und einem Jahresumsatz von ca. 70 Mio. Euro nicht auf die mittelstandsschützenden Regelungen des Vergaberechts berufen.

Die Beigeladene zu 5) stellt keinen Antrag. Sie vertritt jedoch die Auffassung, dass die Definition des Beschaffungsbedarfs unter Anknüpfung an die zu dem Stichtag 01.09.2008 in der Lauer-Taxe gelisteten PZN nicht produktneutral sei und somit gegen [§§ 8 Nr. 3 Abs. 3](#), 8a Nr. 5 VOL/A verstoße. Sie stelle sich zudem als beispielhaft für eine gegen Art. 23 Abs. 8 Richtlinie 2004/18 EG verstoßende Diskriminierung dar, da Hersteller, die ihre Produkte nicht an dem Stichtag in der Lauer-Taxe gelistet hätten, in ihren Zuschlagschancen beeinträchtigt worden seien.

Die Beigeladenen zu 8) und 9) stellen ebenfalls keinen Antrag, vertreten jedoch wie die AS und die Beigeladene zu 5) den Standpunkt, dass sich die Stichtagsregelung als nicht produktneutral und diskriminierend erweise.

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

II.

Die zulässige Beschwerde der AS ist sowohl nach dem Haupt- als auch nach dem Hilfsantrag unbegründet. Denn die VK hat den Nachprüfungsantrag zu Recht zurückgewiesen. Die von der AS erhobenen Rügen greifen nicht durch.

Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

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](#)).

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

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

28.10.2008 - [L 11 KR 4810/08 ER-B](#)).

Der Senat geht ferner davon aus, dass die AS unter Berücksichtigung der gebotenen weiten Auslegung (BVerfG, Beschluss vom 29.07.2004 - [2 BvR 2248/03](#), [VergabeR 2004, 597](#)) antragsbefugt auch im Hinblick auf den Wirkstoff Amlodipin ist, zumal sie - worauf die Beigeladene zu 1) zutreffend verwiesen hat, jedenfalls die Stichtagsregelung gerügt hat. Bezüglich der Wirkstoffe Omeprazol und Mirtazapin hat sie zumindest die Gründe dargelegt, die sie aus ihrer Sicht daran gehindert haben, sich mit einem Angebot am Vergabeverfahren zu beteiligen.

Der Senat neigt dazu, Nachprüfungsantrag und sofortige Beschwerde bereits deshalb als unbegründet zu qualifizieren ([§ 97 Abs. 7 GWB](#)), weil das Angebot der AS vor dem Hintergrund, dass ein veralteter Handelsregistrauszug vorgelegt worden ist, nicht die von den AG geforderten Erklärungen enthalten hat und mithin unvollständig war (§ 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a), [§ 21 Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A](#) - vgl. Otting in: Bechtold, [GWB](#), § 107, Rdn. 5, m.w.N.). Die AG haben sowohl in der Vergabebekanntmachung als auch in den Verdingungsunterlagen ausdrücklich als Eignungsnachweis u.a. die Vorlage eines Handelsregistrauszuges ([§ 7a Nr. 3 Abs. 5 VOL/A](#)) gefordert, der nicht älter als vom 01.08.2008 ist und auf die Konsequenz des Ausschlusses bei fehlenden Unterlagen hingewiesen. Da die AS einen Handelsregistrauszug vom 20.06.2008 vorgelegt hat, war das unterbreitete Angebot insoweit unvollständig. Diese Unvollständigkeit führt grundsätzlich zwingend zum Ausschluss der Angebote der AS. Ein transparentes und auf Gleichbehandlung der Bieter ausgerichtetes Vergabeverfahren ist nur dann sichergestellt, wenn lediglich solche Angebote in die Wertung einbezogen werden, die unter jedem sich aus Vergabebekanntmachung und Verdingungsunterlagen ergebenden Gesichtspunkt miteinander vergleichbar sind. Um in die Angebotswertung einbezogen zu werden, müssen mithin sämtliche Angaben, Erklärungen und Nachweise vollständig und zutreffend enthalten sein. Da ein öffentlicher Auftraggeber dem Gleichbehandlungsgebot unterworfen ist, muss er sich zur Vermeidung von Willkürentscheidungen an einmal durch ihn selber festgelegte Parameter festhalten lassen und darf mithin lediglich vollständige Angebote werten (Weyand, [ibr-online-Kommentar Vergaberecht](#), Stand 05.03.2009, [§ 25 VOL/A](#), 172.5.2.3, m.w.N.). Unvollständige Angebote sind demgegenüber auszuschließen, ohne dass dem Auftraggeber ein Recht zu einer "großzügigen Handhabe" zusteht. Auch wenn - worauf die AS zutreffend verweist - [§ 25 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A](#) die Ausübung von Ermessen eröffnet, folgt aus dem Wettbewerbs- und Gleichbehandlungsgrundsatz ([§ 97 Abs. 1 und 2 GWB](#)), dass das pflichtgemäße Ermessen dahin ausgeübt werden muss, dass Angebote, die die geforderten Angaben und Nachweise nicht oder nicht vollständig enthalten, grundsätzlich von der Wertung auszuschließen sind (OLG Frankfurt, Beschluss vom 05.05.2008 - [11 Verg 1/08](#); OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.02.2006 - [VII Verg 10/06](#), [NZBau 2006, 810](#); OLG Dresden, Beschluss vom 31.03.2004 - [WVerg 2/04](#), [NZBau 2004, 574](#); Weyand, [ibr-online-Kommentar Vergaberecht](#), Stand 05.03.2009, [§ 25 VOL/A](#), 172.5.2.1, m.w.N.). Letztlich kann der Senat jedoch offen lassen, ob die Vorlage eines "veralteten" Handelsregistrauszuges vorliegend zum Ausschluss führt, denn etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die AS mit den Angeboten der Bietergemeinschaften X/MEDICE und X/AAA Pharma "aktuelle" Handelsregistrauszüge vom 15.08.2008 bzw. 24.09.2008 vorgelegt hat. Denn auch bei Nichtberücksichtigung des "veralteten" Handelsregistrauszuges hätten die Angebote der AS für sämtliche Fach- und Gebietslose aufgrund der Angebotsplatzierung nicht bezuschlagt werden dürfen.

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

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

Die von den AG vorgenommene Aufteilung in fünf Gebietslose unterliegt entgegen der Auffassung der AS keinen durchgreifenden Bedenken. Denn die Losaufteilung verstößt weder gegen [§ 97 Abs. 3 GWB](#) noch gegen [§ 5 Nr. 1 Satz 1 VOL/A](#). Nach [§ 97 Abs. 3 GWB](#) sind mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach- und Teillöse 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.

Diesen Maßgaben haben die AG durch die Aufteilung in fünf Gebietslose auch vor dem Hintergrund hinreichend Rechnung getragen, dass die AS im Wesentlichen gerügt hat, dass diese Art der Losaufteilung größere Unternehmen bevorzuge. Denn bereits das eigene Verhalten der AS, die Angebote auf die Wirkstoffe Captopril, Captopril + HCT, Doxazosin, HCT, Lisinopril, Lisinopril + HCT, Metoprolol, Ramipril + HCT, Roxithromycin und Torasemid für jeweils zwei bis vier Gebietslose abgegeben hat, bestätigt, dass sie sich in der Lage gesehen hat, die Versorgung von Versicherten mit rabattierten Arzneimitteln im Umfang der Gebote durchzuführen. Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss überdies zutreffend ausgeführt, dass in der Gesamtschau der Losbildung berücksichtigt werden muss, dass die Ausschreibung wirkstoff- und nicht sortimentsbezogen durchgeführt worden ist. Damit wurde kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht über ein großes

Produktportfolio verfügen, die Möglichkeit eröffnet, auch nur auf einzelne Wirkstoffe zu bieten.

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

Nicht zu beanstanden ist ferner, 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](#)) im Wesentlichen ausgeführt hat, dass sich eine Pflicht zur Loslimitierung in bestimmten Konstellationen durchaus als wettbewerbsfördernd darstellen könne, lässt sich aus diesem obiter dictum nicht die Schlussfolgerung ableiten, dass stets eine Pflicht zur Loslimitierung besteht. Sofern ein Auftraggeber zu der Entscheidung gelangt, eine Loslimitierung vorzunehmen, kann dies nur zu einer entsprechenden Selbstbindung für die Vergabe führen. Eine von vornherein bestehende Verpflichtung zur Loslimitierung besteht jedoch nicht (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, [a.a.O.](#), OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2000, [a.a.O.](#)).

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

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

Die AG waren auch nicht gehalten, den Abschluss derartiger Rahmenverträge - bezogen auf ein Gebiets- und Fachlos - mit mehr als nur einem pharmazeutischen Unternehmer vorzusehen. Denn hierdurch wäre das Wettbewerbsprinzip eingeschränkt worden. Notwendigerweise wäre das Angebot des einen wirtschaftlicher als das des anderen Unternehmers ausgefallen. Es würde den (gewollten) Wettbewerb unter den pharmazeutischen Unternehmern massiv behindern, könnten (z.B.) drei Bieter mit den insgesamt wirtschaftlichsten Angeboten in gleichem Umfang die Versicherten der AG mit Arzneimitteln versorgen. Der Anreiz, das wirtschaftlichste Angebot abzugeben, würde beeinträchtigt und die Spekulation, mit dem zweit- oder gar drittwirtschaftlichsten Angebot weiter an der Versorgung der Versicherten teilhaben zu können, befördert. Eine derartige Folge lässt sich mit [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) nicht begründen.

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

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

ihren Beschaffungsbedarf unter Zugrundelegung der Lauer-Taxe festlegen. Hervorzuheben ist, dass durch das Abstellen auf die Listung in Lauer-Taxe kein Unternehmen diskriminiert wird, denn der Zugang zur Lauer-Taxe steht allen - inländischen wie ausländischen - pharmazeutischen Herstellern mit ihren Produkten offen. Sie repräsentiert damit die auf dem deutschen Markt zu Lasten der GKV erhältlichen Arzneimittel.

Allerdings haben es die AG nicht allein bei der Anknüpfung an die Listung eines generischen Arzneimittels in der Lauer-Taxe als Voraussetzung für die Teilnahme an der Ausschreibung belassen, sondern weiterhin die Bedingung aufgestellt, dass dies zu einem bestimmten Stichtag (01.09.2008) der Fall gewesen sein muss. Auch dies ist vergaberechtlich nicht zu beanstanden. Die gesetzliche Formulierung in [§ 130a Abs. 8 Satz 1 SGB V](#) ("zu ihren Lasten abgegebene Arzneimittel") legt es in Verbindung mit Ausschreibungsgegenstand (Rabatt) nahe, im Rahmen der Ausschreibung auf solche Arzneimittel abzustellen, die bereits in der Vergangenheit zu Lasten der AG an Versicherte abgegeben worden sind. Der Gesetzgeber knüpft damit selbst - allerdings auch notwendigerweise - an den bestehenden Markt oder Bestand von Arzneimitteln an, der aktuell der Versorgung der Versicherten der GKV dient. Hier können die gesetzlichen Krankenkassen tätig werden und Rabattverträge mit pharmazeutischen Unternehmen schließen. Jedenfalls ist es bei dieser Gesetzeslage nicht erforderlich, dass die AG den pharmazeutischen Unternehmen vor Durchführung der Ausschreibung durch die Wahl eines in der Zukunft liegenden Stichtages Gelegenheit geben, ihre autonomen unternehmerischen Entscheidungen hinsichtlich der sich aktuell auf jenem Markt befindlichen Arzneimittel zu korrigieren und ergebnisorientiert zu optimieren. Für das Abstellen auf den real existierenden, der Versorgung der Versicherten in der Vergangenheit dienenden Markt gibt es weitere sachliche Gründe: Nur bei solchen Arzneimitteln besteht nämlich für die AG die Möglichkeit, das Einsparvolumen durch den Rabattvertrag realistisch zu beurteilen, weil nur in diesem Fall das Verordnungsvolumen der Vergangenheit bekannt ist. Darüber hinaus erscheint es auch fraglich, ob die Wirtschaftlichkeit eines Angebots, das (auch) auf einem zu einem späteren Zeitpunkt (als dem Ausschreibungsbeginn) erstmals gelisteten generischen Arzneimittel beruht, im Vergleich zu anderen, länger auf dem Markt befindlichen Generika zuverlässig zu beurteilen wäre. Insoweit ist nämlich auch die Akzeptanz des generischen Arzneimittels bei Ärzten und Versicherten, die trotz der Regelung des [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) eine nicht unerhebliche Rolle spielen dürfte, zu berücksichtigen. Gerade diese lässt sich aber wegen fehlender Erfahrungswerte überhaupt nicht beurteilen. Dabei verkennt der Senat nicht, dass bei den pharmazeutischen Unternehmen im Hinblick auf den Umfang der Ausschreibung und das Recht, für einen Zeitraum von 2 Jahren die Versicherten der AG im Rahmen des Zuschlags exklusiv mit Arzneimitteln zu versorgen, der nachvollziehbare Wunsch entsteht, die in der Vergangenheit getroffenen unternehmerischen Entscheidungen nunmehr den geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Das gesetzgeberische Konstrukt des Rabattvertrages mit der Anknüpfung an die in der Vergangenheit erfolgte Versorgung der Versicherten sowie die diesen Regelungen zugrunde liegenden sachlichen Erwägungen stehen dem jedoch entgegen.

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

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

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

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

Angesichts der obigen Ausführungen ist auch vor dem Hintergrund des Gebots der Berücksichtigung mittelständischer Interessen ([§ 97 Abs. 3 GWB](#)) die aus der Anknüpfung an sämtliche von pharmazeutischen Unternehmen angebotenen PZN resultierende Berücksichtigung der Sortimentsbreite nicht zu beanstanden. Auch unter dem Gesichtspunkt der Sortimentsbreite ist zu berücksichtigen, dass die Lauer-Taxe letztlich die von der AS getroffenen unternehmerischen Entscheidungen, Strategien und Konzepte widerspiegelt. Die AS hat hingegen keinen Anspruch darauf, dass die AG den von der AS getroffenen Produktionsentscheidungen optimal Rechnung trägt und ihre Nachfrage dem Angebot der AS und der übrigen Bieter anpasst, zumal die Produktbreite ein Kriterium darstellt, das zuverlässig die Leistungsfähigkeit eines Unternehmens repräsentiert. Je mehr Produkte eines Wirkstoffs ein Unternehmen anbietet, desto umfassender sind die Möglichkeiten zur Versorgung der Versicherten mit den unterschiedlichen Präparaten des Wirkstoffs. Entsprechend größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass

die AG insoweit die Versorgung zu den rabattierten Preisen vornehmen lassen können, ohne auf unrabattierte Arzneimittel zurückgreifen zu müssen.

Nicht zu folgen vermag der Senat der Auffassung der AS, dass die Frist für den Nachweis der Herstellungskapazitäten zu knapp bemessen gewesen sei und sie mithin durch die Forderung, den Nachweis mit dem Angebot einzureichen, in ihrer Eigenschaft als mittelständisches Unternehmen in ihren Rechten aus [§ 97 Abs. 3 GWB](#) verletzt worden sei. Dieses Eignungskriterium ist durch den Umstand gerechtfertigt, dass ein Auftraggeber zu einem frühen Zeitpunkt Klarheit darüber erlangen muss, ob ein Bieter hinreichende Mittel besitzt, um die ordnungsgemäße Ausführung des Auftrages zu gewährleisten. Rechte aus [§ 97 Abs. 3 GWB](#) werden hierdurch nicht verletzt, zumal eine Abmilderung dadurch erfolgt ist, dass Bietergemeinschaften gebildet werden konnten. Der Umstand, dass die AS von einem Hersteller keine Verpflichtungserklärung (zur Zulässigkeit vgl. [§ 7a Nr. 3 Abs. 6 Satz 2 VOL/A](#)) für die Produktion des Wirkstoffs Omeprazol erlangen konnte, zeigt gerade, dass die Forderung der AG nach der Übersendung von Verpflichtungserklärungen berechtigt war. Auch wenn sich die AG darauf verlegt hätten, geeignete Nachweise und Verpflichtungserklärungen erst zu einem späteren Zeitpunkt zu fordern, hätte keine Gewähr dafür bestanden, dass die AS (oder ein anderer Bieter) zu diesem späteren Zeitpunkt tatsächlich die erforderlichen Kapazitäten hätte nachweisen können. Darüber hinaus haben die AG zutreffend darauf verwiesen, dass dem Bieter der Unterauftragnehmer bereits vor der Abgabe des Angebots für eine seriöse Kalkulation bekannt sein muss. Dann kann es jedoch erst recht keinen Vergaberechtverstoß nach sich ziehen, wenn Auftraggeber sich mit dem Angebot entsprechende Verpflichtungserklärungen vorlegen lassen. Dem steht nicht entgegen, dass der BGH (Urteil vom 10.06.2008 - [X ZR 78/07, VergabeR 2008, 782](#) ff.) ausgeführt hat, dass eine Nachunternehmererklärung Bieter in einem Maße unzumutbar belasten kann, das in der Regel nicht in einem angemessenen Verhältnis zu den Vorteilen dieser Vorgehensweise für die Vergabestellen steht (vgl. auch OLG München, Beschluss v. 22.1.2009 - [Verg 26/08](#)). Denn an der Kenntnis von Unterauftragnehmern besteht für gesetzliche Krankenkassen (aber auch für Arzneimittelhersteller) jedenfalls bei der Rabattierung von Arzneimitteln allein schon angesichts der Verpflichtungen aus [§§ 2 Abs. 4, 12, 70 Abs. 1 SGB V](#) bereits im Zeitpunkt der Abgabe des Angebotes ein erhebliches Interesse, so dass das von den AG gewählte Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung von Versorgungssicherheit keinen durchgreifenden Bedenken unterliegt. Denn es hatte sich während der letzten Rabattrunde herausgestellt, dass einige Bieter ihre Verpflichtungen nicht erfüllen konnten. Eine Vorlage an den EuGH gemäß [Art. 234 EG](#) ist nicht erforderlich, weil der Senat die von der AS aufgeworfene Frage unabhängig davon beantwortet hat, ob Eignungsnachweise auch zeitlich nach Beurteilung der Wirtschaftlichkeit eines Angebotes angefordert und in die Eignungsprüfung einbezogen werden dürfen.

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

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

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

Dass die AG auf das Kriterium "Produkt- bzw. Sortimentsbreite" abstellen durften, wurde bereits oben dargelegt. Im vorliegenden Zusammenhang ist überdies zu berücksichtigen, dass die Sortimentsbreite gegenüber dem angebotenen Rabatt-APU nicht die übergeordnete Bedeutung hat, die ihr die AS beimisst. Denn es war möglich, eine geringere Produktbreite durch die Gewährung höherer Rabatte auszugleichen. Außerdem zeigt der Umstand, dass sich die GWMZ bei geringeren Rabatthöhen reduziert, dass der Rabatt-APU bei der Bestimmung der Wirtschaftlichkeit des Angebots eine nicht nur unerhebliche Bedeutung hat. Ob die AS angesichts des Umstandes, dass sie mit ihren Schreiben vom 08.09.2008 und 06.10.2008 die aus ihrer Sicht mangelnde Eignung des Bewertungssystems möglicherweise nicht substantiiert gerügt hat, einer Rügepräklusion gemäß [§ 107 Abs. 3 Satz 1 GWB](#) unterliegt, lässt der Senat dahinstehen.

Nicht zu beanstanden ist die Vorlauffrist zwischen Erteilung des Zuschlages und Beginn des RV. Zu berücksichtigen ist, dass sich die ursprünglich vorgesehene Frist zwischen dem Versand der Mitteilungen nach [§ 13 VgV](#) am 28.11.2008 bzw. 04.12.2008 und dem (zunächst beabsichtigten) Beginn des Vertrages am 01.04.2009 auf nahezu vier Monate belief. Angesichts dessen konnte sich der Senat nicht die Überzeugung verschaffen, dass die Ausführungsfristen unangemessen kurz i.S.d. [§ 11 Nr. 1 VOL/A](#) sind.

Die in [§ 8 Abs. 1 und 2 RV](#) vorgenommene Risikoverteilung begegnet letztlich ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zu berücksichtigen ist zunächst, dass - wie bereits oben ausgeführt - den obsiegenden Unternehmen eine Frist von zwei Monaten zur Herstellung der vollen Lieferfähigkeit eingeräumt worden ist. Zu berücksichtigen ist ferner, dass im ersten Quartal zusätzlich eine Karenzzeit

von 20 Tagen eingeräumt wird, so dass eine Ersatzpflicht erst ab dem 21. Tag des Lieferausfalls entsteht und der pharmazeutische Unternehmer zudem die Möglichkeit hat, sich zu exkulpieren (§ 8 Abs. 2 Satz 2 RV i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 2 RV). Der Senat kann in diesen vertraglichen Abreden keine unangemessene Benachteiligung des Rabattvertragspartners durch die AG erkennen, zumal es sich bei der Lieferfähigkeit um einen Umstand handelt, der in die Risikosphäre des Rabattvertragspartners fällt. In diesem Zusammenhang hat die VK überdies zu Recht darauf verwiesen, dass kein völlig neues Produkt (mit den dann nicht ganz unwahrscheinlichen "Anlaufproblemen") nachgefragt wurde, sondern durch die Anbindung an die Lauer-Taxe nur solche Arzneimittel anzubieten waren, die Unternehmer bereits ohnehin in ihr Produktportfolio aufgenommen hatten und mit deren Herstellung und Vertrieb hinlängliche Erfahrungen bestanden haben müssen.

Die Kostenentscheidung beruht auf einer entsprechenden Anwendung des [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2 VwGO](#). Es entspricht gemäß [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 162 Abs. 3 VwGO](#) schon deshalb der Billigkeit, der AS auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) aufzuerlegen, weil diese erfolgreich Anträge gestellt hat (vgl. BSG, Urteil vom 31.05.2006 - [B 6 KA 62/04 R](#), [NZS 2007, 391](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-04-14