

## L 21 KR 40/09 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 40/09 SFB

Datum

28.04.2009

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Der Antrag der Beschwerdeführerin, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 20.03.2009 ([VK 3-22/09](#)) über den 28.04.2009 hinaus bis zu einer Entscheidung über die sofortige Beschwerde zu verlängern, wird abgelehnt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (AS) wendet sich in der Hauptsache gegen aus ihrer Sicht bestehende Vergabefehler im Rahmen einer Arzneimittelrabattausschreibung. Sie bildet zusammen mit ihren Schwesterunternehmen D pharma GmbH und H GmbH eine unabhängige Gruppe von pharmazeutischen Unternehmen mit Sitz in I (Nordrhein-Westfalen), die ausschließlich in Deutschland tätig und u.a. mit dem Vertrieb von Generikaprodukten befasst ist.

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

Gegenstand der Ausschreibung waren zunächst die folgenden 64 Wirkstoffe:

Alendronsäure

Alfuzosin

Allopurinol

Amiodaron

Amisulprid

Amlodipin

Azathioprin

Bisoprolol

Bisoprolol + Hydrochlorothiazid (HCT)

Captopril

Captopril + HCT

Carvedilol

Cefaclor

Cefuroxim

Ciprofloxacin

Citalopram

Clarithromycin

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

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

Nach den Verdingungsunterlagen hatte jeder Bieter pro angebotenen Fachlos (Wirkstoff) und je Gebietslos einen Rabatt-ApU für alle Pharmazentralnummern (PZN) anzubieten, die er für den angebotenen Wirkstoff nach der "Lauer-Taxe" am 01. August 2008 (im Laufe des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01.09.2008 durch Bekanntmachung vom 10.09.2008 - Abl. EG 2008/S 175-232638 - sog. Stichtag) im Sortiment hat. Die "Lauer-Taxe", auch ABDA-Artikelstamm oder große deutsche Spezialitätentaxe genannt, wird in einem 14-tägigen Rhythmus aktualisiert und enthält die Daten aller bei der Informationsstelle für Arzneimittelspezialitäten GmbH (IFA) gemeldeten, in Deutschland zugelassenen Fertigarzneimittel unter Angabe der Arzneimittelbezeichnung, des Arzneimittelherstellers, des Wirkstoffs, der Wirkstoffmenge, der Darreichungsform und der Packungsgröße. Die jedem Fertigarzneimittel zugeordnete PZN erlaubt die Identifizierung sämtlicher Arzneimittel nach den dargestellten Kriterien.

Je Wirkstoff und Gebietslos soll ein einziger Bieter den Zuschlag erhalten, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wird anhand von zwei Kriterien ermittelt: Zum einen mit dem Kriterium "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU s", zum anderen anhand des Ausschlusskriteriums "Ausgleich der Mehrkosten der Überschreitung des zum Zeitpunkt der Bewertung geltenden Festbetrags für jede der angebotenen PZN durch den absoluten Rabatt". Im Rahmen des ersten Kriteriums soll die Höhe der möglichen Einsparungen auf der Grundlage von Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen (GWMZ) ermittelt werden. Hierbei werden die durchschnittlichen Abgabepreise von vergleichbaren Arzneimitteln der sog. Preisvergleichsgruppe, Verordnungszahlen aus der Vergangenheit und bestimmte weitere Vergleichsgrößen (bereinigte Rabatt-ApU s und bereinigte durchschnittliche ApU s der Preisvergleichsgruppe, jeweils pro Milligramm Wirkstoff) berücksichtigt. In die Berechnung der GWMZ wird auch die Produktbreite des jeweiligen Bieters einbezogen, also die Anzahl der vom Bieter je Gebietslos angebotenen Arzneimittel innerhalb einer Preisvergleichsgruppe. Den Bieter wurde von den AG zum Eintrag der von ihnen angebotenen Rabatte ein sog. Produkt- und Rabattblatt in elektronischer Form

(Excel-Tabelle) zur Verfügung gestellt. Diese Tabelle enthielt bereits alle von pharmazeutischen Unternehmen zum Stichtag in der Lauer-Taxe geführten PZN der von den AG nachgefragten Produkte. Der Bieter seinerseits konnte Eintragungen in der Spalte Rabatt-ApU vornehmen (diese Eintragungen wurden automatisch weiterverarbeitet). 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).

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

- Gewerbezentralregisterauszug,
- 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 § 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 an den AOK-Bundesverband zu entrichten.

Die AS gab zu sämtlichen Gebietslosen und den Fachlosen Amisulprid, Ciprofloxacin, Citalopram, Doxepin, Finasterid, Gabapentin, Glimepirid, Metformin, Mirtazapin, Olanzapin, Omeprazol, Sertralin, Tamsulosin und Trimipramin Angebote ab. Sie beanstandete ferner gegenüber den AG unter dem 29.08., 15.09., 15.10., 24.10., 29.10., 30.10. und 19.12.2008 mehrere - aus ihrer Sicht gegebene - Vergaberechtsverstöße, denen die AG im Wesentlichen nicht abhalfen. Mit Schreiben vom 28.11.2008/04.12.2008 setzten die AG die AS gemäß [§ 13 Vergabeverordnung \(VgV\)](#) darüber in Kenntnis, dass sie in den streitgegenständlichen Losen bei der Zuschlagerteilung nicht berücksichtigt werde.

Unter dem 18.11.2008 hat die AS einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer (VK) bei der Bezirksregierung Düsseldorf im Hinblick auf die Fachlose Nr. 16 (Citalopram), Nr. 26 (Gabapentin), Nr. 42 (Mirtazapin), Nr. 47 (Olanzapin), Nr. 48 (Omeprazol) und Nr. 55 (Sertralin) gestellt. Diese hat das Verfahren nach Anhörung der Beteiligten und weiterem Schriftwechsel an die VK des Bundes (Beschluss vom 27.01.2008) verwiesen. In der Sache hat die AS die Aufhebung des Vergabeverfahrens im Hinblick auf die streitigen Fach- und Gebietslose verfolgt. Die AS hat im Wesentlichen geltend gemacht, dass die AG ihre marktbeherrschende Stellung missbrauchten und daher ein Verstoß gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) 1. Hs. SGB V i.V.m. [§§ 19, 20 GWB](#) und Art. 81, 82 EG-Vertrag (EGV) gegeben sei, dass eine Laufzeit der Rabattverträge von weniger als zwei Jahren geboten sei, dass sich die Aufteilung in 64 Fach- und 5 Gebietslose als zu großteilig und unverhältnismäßig darstelle, dass i.S.d. Mittelstandsschutzes eine Loslimitierung geboten gewesen wäre, dass die Nachforderungsmöglichkeit von Eignungsnachweisen gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz verstoße, dass das Eignungskriterium "Produktionskapazität" vergaberechtswidrig sei, dass die Leistungsbeschreibung nicht eindeutig gewesen sei, dass die AG die Zuschlagskriterien fehlerhaft erstellt hätten, dass zahlreiche weitere Verstöße gegen die VOL/A und VOL/B zu verzeichnen seien, dass die AG Bietergemeinschaften gegenüber Einzelanbietern benachteiligten und dass Rabattverträge i.V.m. der Ersetzungsbefugnis nach [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) gegen grundrechtlich geschützte Positionen der Versicherten, Ärzte, Apotheker, pharmazeutischen Großhändler und Unternehmen verstießen.

Mit Beschluss vom 20.03.2009, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, hat die VK den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 20.03.2009 zugestellten Beschluss hat die AS am 30.03.2009 sofortige Beschwerde eingelegt und beantragt, die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde zu verlängern ([§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#)). Sie hält im Beschwerdeverfahren ausdrücklich an ihren bereits im Vergabe- und Nachprüfungsverfahren erhobenen Rügen fest und macht ferner geltend, dass der VK des Bundes aufgrund des fehlerhaften Verweisungsbeschlusses vom 27.01.2009 die sachliche Zuständigkeit gefehlt habe, dass ihr die Bildung einer Bietergemeinschaft mit ausländischen Pharmaunternehmen erschwert worden sei und dass ihr die von der VK zur Verfügung gestellten - unvollständigen - Auszüge aus den Vergabeakten eine sorgfältige Prüfung dahingehend unmöglich gemacht habe, ob die Angebote der Beigeladenen zu 1), 3), 4) 5), 6), 7), 8) und 9) bereits aus formalen Gründen hätten ausgeschlossen werden müssen. Die VK habe sich in dem angefochtenen Beschluss zudem auf geschwärzte Aktenbestandteile bezogen, so dass sie - die AS - nicht habe überprüfen können, ob die Beigeladenen Eignungsnachweise fristgerecht nachgereicht hätten. Insofern sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Die AG hätten überdies die materielle Eignungsprüfung nicht in den Vergabeakten dokumentiert.

Die Antragstellerin beantragt schriftsätzlich,

gemäß [§ 142a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über die Beschwerde zu verlängern.

Die Antragsgegnerinnen beantragen schriftsätzlich,

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

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss der VK.

II.

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

Erfolg.

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

Die AG sind öffentliche Auftraggeber 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 auch vor dem Hintergrund offen lassen, dass die AS diese Fragestellung in einen Zusammenhang mit der von ihr geltend gemachten Rechtswidrigkeit des Verweisungsbeschlusses vom 27.01.2009 stellt.

Bei den hier streitigen Rabattvereinbarungen handelt es sich um öffentliche Lieferaufträge nach [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#). Ob Arzneimittelrabattverträge ausnahmslos als öffentliche Lieferaufträge i.S.d. vorgenannten Regelungen qualifiziert werden können, erscheint vor dem Hintergrund, dass nicht von einer typischen Beschaffungssituation ausgegangen werden kann, Krankenkassen keinen Einfluss auf das Ordnungsverhalten 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](#)) jedenfalls im Ergebnis keinen durchgreifenden Bedenken. Zu berücksichtigen ist nämlich, dass in einem solchen Fall der RV i.V.m. der Ersetzungsverpflichtung des Apothekers nach [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) zu einem echten Wettbewerbsvorteil führt, den der Auftraggeber dem Rabattvertragspartner einräumt, um seinerseits einen möglichst hohen Rabatt zu erzielen (LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 23.01.2009, [a.a.O.](#) und vom 28.10.2008 - [L 11 KR 4810/08 ER-B](#)).

Nachprüfungsantrag und sofortige Beschwerde haben keine Aussicht auf Erfolg.

Die von der AS erhobene Rüge der fehlenden sachlichen Zuständigkeit der VK des Bundes greift zur Überzeugung des Senats nicht durch.

Die Frage einer zuständigkeitsbedingten Verweisung zwischen den VK des Bundes und der Länder ist gesetzlich nicht geregelt. Der Senat hält mit Blick auf das verwaltungsrechtliche Nachprüfungsverfahren eine entsprechende Anwendung der [§§ 83 Satz 1 Verwaltungsgerichtsordnung \(VwGO\)](#) i.V.m. [17a Abs. 2 Satz 3 Gerichtsverfassungsgesetz \(GVG\)](#) für geboten, wonach der Beschluss für das Gericht, an das der Rechtsstreit verwiesen wird, bindend ist. Gleiches ergibt sich, wenn man - mit Blick auf die zumindest inzident begründete sachliche und örtliche Zuständigkeit des erkennenden Senats als späteres Beschwerdegericht ([§§ 116 ff. GWB](#)) - [§ 98 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) analog anwendet. Den genannten Vorschriften liegt übereinstimmend die Erwägung zugrunde, dass aus verfahrensökonomischen Gesichtspunkten heraus die Verzögerung eines Rechtsstreits durch ein aufwändiges Zwischenverfahren hinsichtlich der anfänglichen örtlichen Zuständigkeit vermieden werden soll (vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 16.07.2007 - [9 Verg 7/07](#) m.w.N.). Diese Regel muss im Rahmen eines Vergabenachprüfungsverfahrens, das entscheidend von der Beschleunigungsmaxime bestimmt ist ([§ 113 GWB](#)), erst recht gelten. Es wäre mit diesem Verfahrensgrundsatz schlechthin unvereinbar, wenn anstelle einer möglichst zeitnah zu treffenden Sachentscheidung zunächst in einem zeitaufwändigen Zwischenverfahren - womöglich erst im Rahmen eines Beschwerdeverfahrens - die Frage der örtlichen bzw. sachlichen Zuständigkeit der VK geklärt werden müsste. Für Ausnahmefälle ist zwar eine Beschwerdemöglichkeit angenommen worden, wenn einem Verweisungsbeschluss jede Rechtsgrundlage gefehlt oder ein solcher Beschluss auf der Verletzung rechtlichen Gehörs beruht hat (vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 16.07.2007, [a.a.O.](#); Eschner in: Jansen, SGG, 3. Auflage 2008, § 98, Rdn. 5; Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 9. Auflage 2008, § 98, Rdn. 7a, m.w.N.). Der angefochtene Beschluss beruht jedoch weder auf evidenter Willkür noch finden sich sonstige Anhaltspunkte auf eine "greifbare" Rechtswidrigkeit.

Eine Verletzung rechtlichen Gehörs ist bereits deshalb nicht gegeben, weil die VK bei der Bezirksregierung Düsseldorf den Beteiligten ihren Standpunkt bereits mit Schreiben vom 02.01.2009 mitgeteilt und diese zur Stellungnahme aufgefordert hat. Die VK hat mit dem Verweisungsbeschluss ebenso wenig gegen die Gewährleistung des gesetzlichen Richters ([Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG](#)) verstoßen. Denn bei den VK handelt es sich nach allgemeiner Ansicht nicht um Gerichte, sondern um Verwaltungsbehörden, die in einem gerichtsähnlichen Verfahren entscheiden. Auch im Hinblick auf das nunmehr anhängige Beschwerdeverfahren kann es durch die Verweisung nicht zu einer Verletzung des [Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG](#) kommen. Unabhängig davon, ob die Sachentscheidung im Nachprüfungsverfahren durch die VK bei der Bezirksregierung Düsseldorf oder durch die 3. VK des Bundes getroffen wurde, besteht eine Zuständigkeit des erkennenden Senats als Vergabesenat des LSG NRW für die Entscheidung über die von der AS erhobene sofortige Beschwerde. Schließlich ist nicht erkennbar, dass die VK bei der Bezirksregierung Düsseldorf mit dem Verweisungsbeschluss gegen [Art. 19 Abs. 4 GG](#) verstoßen haben sollte.

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

Der Senat lässt dahinstehen, ob die AS im Hinblick auf das Fachlos Citalopram bereits aufgrund nicht hinreichend nachgewiesener Produktionskapazitäten zwingend auszuschließen war ([§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A](#)). Denn eine Rechtsverletzung scheidet aus, da die AS - wie die VK zu Recht betont hat - mit ihrem Gebot keine Chance auf den Zuschlag hat und das Vergabeverfahren fehlerfrei durchgeführt worden ist.

Es ist nicht zu beanstanden, dass einige Eignungsnachweise (Gewerbezentralregisterauszug, Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes, Bescheinigung einer Krankenkasse, dass der Gesamtsozialversicherungsbeitrag gezahlt wurde) erst im Laufe der Angebotswertung auf besondere Anforderung vorgelegt werden mussten. Die Nachforderung von Eignungsnachweisen, die grundsätzlich in der Vergabebekanntmachung anzugeben sind ([§ 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#)), in den Verdingungsunterlagen ist nur dann zulässig, wenn sich der Auftraggeber die Nachforderung in der Vergabebekanntmachung vorbehalten hat (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 04.06.2008 - [VII-Verg 21/08](#) und 12.12.2007 - [VII-Verg 34/07](#), jeweils m.w.N.; vgl. auch [§ 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A](#)). Die von der AS zitierte Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 14.01.2009 ([VII-Verg 59/08](#)) führt nicht zu einer Abweichung von diesen Grundsätzen, sondern bestätigt diese vielmehr.

Die AG haben in der Vergabebekanntmachung (III.2.1.d) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die o.g. Nachweise auf gesonderte Anforderung von den Bietern nachzureichen sind. Eine vergaberechtlich unzulässige Vermengung von verschiedenen Wertungsstufen, insbesondere von Eignungs- und Zuschlagskriterien (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 16.10.2001 - [X ZR 100/99](#), [VergabeR 2002, 42](#) f. sowie Urteil vom 15.04.2008 - [X ZR 129/06](#), [VergabeR 2008, 641](#) ff) vermag der Senat in diesem Vorgehen nicht zu erkennen. Denn das Gebot der Trennung der Wertungsstufen ist - wie die VK in dem angefochtenen Beschluss zutreffend dargelegt hat - inhaltlicher Natur.

Die von der AS geltend gemachten Ausschlussgründe im Hinblick auf die Beigeladenen zu 1), 3), 4), 5), 6) 7), 8) und 9) sind nicht gegeben und ihre Rügen daher unbegründet. Akteneinsicht wurde der AS auf Veranlassung des Senats in gemäß [§ 111 Abs. 2 GWB](#) zulässigem und hinreichendem Umfang gewährt.

Hinsichtlich der Beigeladenen zu 1), die für Zuschläge auf den Wirkstoff Citalopram vorgesehen ist, ergibt sich dies daraus, dass die geforderten Umsätze in ausreichender Höhe dargelegt worden sind und ein entsprechender Eignungsnachweis mithin vorlag. Die geforderten Nachunternehmererklärungen für den Wirkstoff Citalopram sind überdies bereits mit der Übermittlung des Angebots im Original an die AG übersandt worden. Soweit auf dem Prüfbogen (Bl. 95 der Vergabeakte) vermerkt wurde, dass Originale nicht vorhanden seien, ist dieser Vermerk dahingehend zu verstehen, dass nicht sämtliche Originale der Nachunternehmererklärungen (bezogen auf alle Angebote) im Zeitpunkt der Angebotsabgabe vorlagen. Die mit Schreiben der Beigeladenen zu 1) vom 05.11.2008 an die AG (nachträglich) übermittelten Originale von Nachunternehmererklärungen bezogen sich jedoch nicht auf streitgegenständliche Wirkstoffe, sondern auf andere Lose. Zutreffend weist die AS zwar im Übrigen darauf hin, dass die die Beigeladene zu 1) betreffende Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes an die I AG adressiert war. Der von der AS vorsorglich gerügte Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs ist allerdings schon deshalb nicht gegeben, weil sich die I AG an der hier streitigen Ausschreibung nicht beteiligt hat.

Im Hinblick auf die Beigeladene zu 3) bezog sich die fehlende Erklärung zu den erzielten Umsätzen auf den Wirkstoff Olanzapin, der jedoch nicht mehr Gegenstand der vorliegenden Ausschreibung ist. Diesbezüglich wurde der AS im Beschwerdeverfahren ein entsprechender ungeschwätzter Auszug aus den Vergabeakten zur Kenntnis gegeben. Entgegen den Vermutungen der AS trägt der Senat keine Zweifel daran, dass die insoweit "vertretungsberechtigte" Beigeladene zu 1) für die als Bietergemeinschaft am Vergabeverfahren teilnehmende Beigeladene zu 3) mit Schreiben vom 21.11.2008 (Eingang bei den AG am 24.11.2008) auch jeweils einen Auszug aus dem Gewerbezentralregister, eine Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes N sowie eine Bestätigung über die Entrichtung des Gesamtsozialversicherungsbeitrages übersandt hat.

Soweit die AS nunmehr behauptet, die Beigeladene zu 4) habe es versäumt, eine lückenlose Kette ihrer Unterauftragnehmer nachzuweisen, lässt sich dies nach Einsicht in die Vergabeakte nicht bestätigen. Vielmehr wurden entsprechende Erklärungen mit dem Angebot eingereicht (Eingang bei den AG am 13.11.2008). Eine entsprechende Akteneinsicht wurde der AS im Beschwerdeverfahren von den AG über den Senat gewährt.

Auch wenn die Beigeladene zu 5) die Eigenerklärung zu den Produktionskapazitäten im Hinblick auf den Wirkstoff Omeprazol nicht ausdrücken konnte, hatte dies seine Ursache in der den AG zurechenbaren Softwareproblemen. Allein deshalb durften - dies haben die AG zu Recht dargelegt - Angebote jedoch nicht ausgeschlossen werden. Abgesehen davon wurden sämtliche geforderten Zahlen auf CD-ROM mit dem Angebot eingereicht. Die Beigeladene zu 5) hat überdies bereits mit dem Angebot ihre Umsätze mitgeteilt (Erklärung vom 23.10.2008 - 62 - 73 der Vergabeakte) wie auch eine Eigenerklärung zu den Produktionskapazitäten übermittelt und entsprechende Verpflichtungserklärungen der Unterauftragnehmer im Original eingereicht (62 - 74 ff. der Vergabeakte).

Entgegen den Vermutungen der AS hat die Beigeladene zu 6) keine handschriftlichen Änderungen des RV vorgenommen. In der Verpflichtungserklärung eines Unterauftragnehmers wurde vielmehr das erste Wort des Firmennamens, das zuvor doppelt geschrieben war, gestrichen. Ein entsprechender Auszug aus den Vergabeakten wurde der AS in Ablichtung von den AG über den Senat zur Verfügung gestellt.

Die von der AS geltend gemachten Auffälligkeiten in dem Schriftwechsel zwischen der Beigeladenen zu 7) und den AG haben ihren Hintergrund nicht in unzulässigen Nachverhandlungen (vgl. [§ 24 Nr. 1 Abs. 1, Nr. 2 VOL/A](#)). Vielmehr bezog sich die Korrespondenz u.a. auf Fragen im Zusammenhang mit [§ 25 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A](#), deren Einzelheiten der AS jedoch schon deshalb nicht bekannt gegeben werden durften, weil es sich hierbei um Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse i.S.d. [§ 111 Abs. 2 GWB](#) handelt. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass entgegen der in dem Schriftsatz der AS vom 21.04.2009 geäußerten Mutmaßung durchaus Einsicht in die Anlage C 15 des Vergabevermerks gewährt worden ist. Denn der vorbeschriebene und der AS in geschwätzter Form bekannt gegebene Schriftwechsel einschließlich der Übersendung weiterer Eignungsnachweise ist Bestandteil der Anlage C 15.

Im Hinblick auf die Beigeladene zu 8) ist ebenfalls kein Auswertungsmangel gegeben. Die Originale der Nachunternehmererklärungen wurden lediglich zu den nicht streitgegenständlichen Wirkstoffen Amlodipin sowie Felodipin nicht fristgerecht nachgereicht; die AG haben vor diesem Hintergrund die Angebote der Beigeladenen zu 8) insoweit ausgeschlossen. Eine aussagekräftige Ablichtung aus den

Vergabeakten wurde der AS von den AG über den Senat zur Kenntnis gegeben. Für die von der AS aufgestellte Behauptung, die Beigeladene zu 8) habe gegen die Grundsätze des Geheimwettbewerbs verstoßen, ergeben sich keine durchgreifenden Anhaltspunkte. Zwar findet sich auf einem Fax die Absenderzeile "T AG". Zutreffend ist ferner, dass die B Pharma GmbH - ein zum T-Konzern gehörendes Unternehmen - ebenfalls an der Ausschreibung teilgenommen hat. Allein aus diesen Aspekten lässt sich jedoch ersichtlich kein Verstoß gegen die Grundsätze des Geheimwettbewerbs herleiten, zumal die Eignungsnachweise von der Geschäftsführung der Beigeladenen zu 8) selber und nicht durch den Vorstand der T AG übersandt worden sind.

Schließlich sind keine Gründe dafür vorhanden, von einem Verstoß gegen die Grundsätze des Geheimwettbewerbs durch die Beigeladene zu 9) auszugehen. Allein der Umstand, dass eine E-Mail durch die U Europe B.V. an die AG übersandt wurde, lässt zunächst gar keine Schlussfolgerung zu. Dabei ist ferner zu berücksichtigen, dass - wie sich aus dem der AS bekannten Schriftverkehr ergibt - die Eignungsnachweise durch die Beigeladene zu 9), nicht jedoch durch eine andere juristische Person übersandt wurden. Außerdem haben sich weder die U Europe B.V. noch die U Deutschland GmbH an der Ausschreibung beteiligt. Im Übrigen gelten im Hinblick auf den Nachweis von Produktionskapazitäten für die Beigeladene zu 9) vergleichbare Erwägungen wie für die Beigeladene zu 1): Die Nachweise im Original wurden für die hier streitgegenständlichen Lose bereits mit dem Angebot übermittelt.

Entgegen der Ansicht der AS haben die AG eine materielle Eignungsprüfung durchgeführt und dies ausreichend und nachvollziehbar in den Vergabeakten dokumentiert. Die Eignungsprüfung ist nach der von der AS zitierten Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 26.11.2008 - [VII-Verg 54/08](#)) in zwei Stufen durchzuführen, und zwar zum einen dahingehend, ob das Angebot sämtliche geforderten Eignungsnachweise enthält und zum anderen dahin, ob der Bieter geeignet ist (materielle Eignungsprüfung). Gemäß [§ 30 Nr. 1 VOL/A](#) ist u.a. die Eignungsprüfung im Vergabevermerk zu dokumentieren.

Diesen Vorgaben haben die AG entsprochen. Wie sich dem Vergabevermerk entnehmen lässt, wurde die Eignungsprüfung in zwei Schritten vollzogen. Die AG haben die eingegangenen Angebote zunächst formal auf Vollständigkeit geprüft und das Prüfungsergebnis jedes Angebotes nachvollziehbar in den im Vergabevermerk C 8 hinterlegten angebotsspezifischen Prüfbögen zur formalen Vollständigkeit der Angebotsunterlagen (1a) dokumentiert. In einem weiteren Prüfungsschritt wurden die Wirkstoffidentität, die Unternehmensidentität der Nachunternehmer und der Nachweis ausreichender Produktionskapazität zu den jeweiligen Angeboten im Hinblick auf die einzelnen PZN geprüft und auf den Prüfbögen 1b dokumentiert. Darüber hinaus haben die AG die WMZ und die Produktionskapazitäten unter Verwendung von Arbeitshilfen geprüft, was sich ebenfalls schlüssig aus dem Vergabevermerk C ableiten lässt. Aus dem Vergabevermerk C lässt sich ebenfalls der Ablauf und das Ergebnis der Eignungsprüfung i.e.S. nachvollziehen. Die AG haben zunächst die von den Bietern übermittelten Eignungsnachweise (Produktionskapazitäten, Jahresumsätze, Zulassungsunterlagen, etc.) bewertet und das Ergebnis der Bewertung sodann im Hinblick auf sämtliche relevanten Ergebnisse und Fehler in einer Komplettübersicht dargestellt (Vergabevermerk C 12). Bereits diesem im Vergabevermerk dargestellten Ablauf lässt sich entnehmen, dass die AG nicht nur eine materielle Angebotswertung durchgeführt, sondern diese auch hinreichend nachvollziehbar im Vergabevermerk dokumentiert haben. Aus dem Vergabevermerk lässt sich ebenfalls das Ergebnis der Eignungsprüfung im Hinblick auf die nachgereichten Unterauftragnehmererklärungen, Eignungsnachweise (Gewerbezentralregisterauszug, Unbedenklichkeitsbescheinigung und Erklärung zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag) sowie die Erklärungen einiger Bestbieter zur Auskömlichkeit (§ 25 Nr. 2 Abs. 2 und Abs. 3 VOL) zwanglos entnehmen und nachvollziehen. Der Senat dehnt dabei die Dokumentationspflichten nicht so weit aus, dass Umstände - z.B. in einem weiteren Vermerk - schriftlich niedergelegt werden müssen, deren Existenz sich bereits ohne weiteres aus der Lektüre der eingereichten Eignungsnachweise ergibt.

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 Abwehrensprüche 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).

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

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

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

Die AG haben die für die Entscheidung des Loszuschnitts tragenden Gründe ausführlich im Vergabevermerk dokumentiert und in diesem Zusammenhang in sich schlüssige Gründe für das gewählte Vorgehen genannt (vgl. Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, [§ 97 GWB](#), Rdn. 68). Bei dem Zuschnitt der Gebietslose sind die AG zunächst von der AOK Bayern als versichertenstärkster AOK ausgegangen. Die weiteren AOK sind derart auf weitere Gebietslose verteilt worden, dass zum einen vergleichbare Gebietslosgrößen erreicht und zum anderen den Interessen mittelständischer Unternehmer dadurch Rechnung getragen werden sollte, dass jeweils nur zusammenhängende bzw. benachbarte AOK en zu Gebietslosen zusammengefasst worden sind (Vergabevermerk, S. 12). Darüber hinaus haben die AG die Zahl der Gebietslose aus dem Gesichtspunkt heraus erläutert, dass bei einem disproportionalen Loszuschnitt die Gefahr bestanden hätte, dass mitgliederschwachen AOKen möglicherweise wesentlich ungünstigere Rabattkonditionen eingeräumt werden könnten und darüber hinaus die Gefahr bestehe, dass die Aufteilung der Gebiete einzelner AOKen 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 grundsätzlich dem Zweck dient, von vornherein einer größeren Zahl von Bietern Chancen für einen Auftrag zu geben (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2000 - [Verg 6/00, NZBau 2000, 440](#)) - verzichtet haben. Auch wenn der erkennende Senat in seiner Entscheidung vom 30.01.2009 ([L 21 KR 1/08 SFB](#)) ausgeführt hat, dass sich eine Pflicht zur Loslimitierung in bestimmten Konstellationen durchaus als wettbewerbsfördernd darstellen könne, lässt sich aus diesem obiter dictum nicht die Schlussfolgerung ableiten, dass stets eine Pflicht zur Loslimitierung besteht. Sofern ein Auftraggeber zu der Entscheidung gelangt, eine Loslimitierung vorzunehmen, kann dies nur zu einer entsprechenden Selbstbindung für die Vergabe führen. Eine von vornherein bestehende Verpflichtung zur Loslimitierung besteht jedoch nicht (LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, [a.a.O.](#), OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2000, [a.a.O.](#)).

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

Die Stichtagsregelung knüpft willkürfrei an einen für alle interessierten pharmazeutischen Unternehmer gleichen Stand der Lauer-Taxe und der in ihr enthaltenen PZN an. Die Voraussetzung, dass das Arzneimittel mit einer PZN in der Lauer-Taxe aufgeführt ist, verstößt weder gegen das vergaberechtliche Wettbewerbsgebot noch gegen das Diskriminierungsverbot und das Gebot der Produktneutralität. Wie die VK

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

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

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

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

Schließlich ist nach Ansicht des Senats auch ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität 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-APUs - an die auf dem Markt anerkannte Lauer-Taxe anzuknüpfen. Die Bestimmungen zur Produktneutralität (vgl. etwa [§ 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#) und [§ 8 Nr. 5 VOL/A](#)) sind solche, die "Leistungsbeschreibungen" bzw. "technische Spezifikationen" betreffen. Diese Normen sind von vornherein nicht einschlägig bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs. Die Anknüpfung an den Produkt- und PZN-Stand der Lauer-Taxe gewährleistet die Beachtung des [§ 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A](#), wonach die Anforderungen an die Leistung/Lieferung so genau zu fassen sind, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und dem Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglichen. Zu berücksichtigen ist

ferner, dass mit den ausgeschriebenen Rabattverträgen nicht etwa ein neuer Beschaffungsauftrag erteilt wird. Vielmehr werden die vom Vertragsbeginn an für zu Lasten der AG in Apotheken abgegebenen Arzneimittelrabatte gewährt. Die "Auftragsvergabe" erfolgt aus dem bereits laufenden Versorgungsgeschehen heraus. Dass mit der Verwendung des Produkt- und Rabattblattes dem Transparenzgrundsatz hinreichend Rechnung getragen worden ist, wurde bereits oben dargestellt.

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

Entgegen der Ansicht der AS wurden ausländische pharmazeutische Unternehmen durch die beanstandete Ausschreibung nicht diskriminiert. Abgesehen davon, dass die AS als inländisches pharmazeutisches Unternehmen nicht die Rechte ausländischer Unternehmen im eigenen Namen geltend machen kann (vgl. Senat, Beschluss vom 30.01.2009 - [L 21 KR 1/08 SFB](#)), ist zu berücksichtigen, dass die AG auch ausländische Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert haben. Dies wird bereits dadurch bestätigt, dass im Produkt- und Rabattblatt PZN ausländische Unternehmen gelistet sind. Soweit die AS behauptet, ihr sei es erschwert worden, mit ausländischen Unternehmen Bietergemeinschaften zu bilden, fehlt es hierfür an schlüssigem Vortrag. Denn die AS hat es verabsäumt, konkret und nachvollziehbar darzulegen, mit welchem ausländischen Unternehmen sie eine Bietergemeinschaft hat bilden wollen. Sie hat zudem keine in Deutschland oder EU-weit zugelassenen Arzneimittel (nach Wirkstoff, Darreichungsform, Packungsgröße, etc.) bezeichnet, die ein ausländisches Unternehmen mit ihr in Bietergemeinschaft hätte anbieten können (oder wollen). Allein der Verweis darauf, dass einige ausländische Unternehmen den Wirkstoff Omeprazol in den ausgeschriebenen Darreichungsformen und Packungsgrößen im Ausland anbieten, jedoch nicht im Produkt- und Rabattblatt gelistet seien, führt ersichtlich nicht weiter, zumal dieser Gesichtspunkt eher dafür sprechen dürfte, dass diese Unternehmen kein Interesse an einem Vertrieb von Arzneimitteln in der Bundesrepublik haben.

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. 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.

Die in [§ 8 Abs. 1 und 2 RV](#) vorgenommene Risikoverteilung begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zu beachten ist hier zunächst, dass den pharmazeutischen Unternehmen eine Frist von zwei Monaten zur Herstellung der vollen Lieferfähigkeit eingeräumt worden ist und das erste Quartal der Vertragslaufzeit erst am 01.07.2009 beginnt. 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 entstehen kann und der pharmazeutische Unternehmer zudem eine Exkulpationsmöglichkeit hat ([§ 8 Abs. 2 Satz 2 RV i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 2 RV](#)). Ferner hat die VK in diesem Zusammenhang zu Recht darauf verwiesen, dass die pharmazeutischen Unternehmen sich nicht zur Lieferung völlig neuer Produkte (mit den dann nicht ganz unwahrscheinlichen "Anlaufproblemen"), sondern - durch die Anbindung an die Lauer-Taxe - zur Versorgung der Versicherten mit den in ihrem Produktportfolio befindlichen Arzneimitteln, mit deren Produktion hinlängliche Erfahrungen bestehen. Ein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. [§ 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A](#) liegt nicht vor.

Das Gleiche gilt, soweit die AS wegen der (angeblich) bevorstehenden Einführung einer Logistikgebühr sowie eines Zwangsrabatts das Fehlen eines Sonderkündigungsrechts oder einer Nachverhandlungsklausel im RV rügt. Das Risiko des Eintritts von Rechtsänderungen tragen - je nach Adressat der jeweiligen Regelung - die Vertragspartner; im Übrigen gelten die allgemeinen Regeln (z.B. [§ 313 BGB](#), Wegfall der Geschäftsgrundlage).

Auch im Hinblick auf das in [§ 3 Abs. 4 RV](#) vorgesehene Teilkündigungsrecht wird den Bietern nach Auffassung des Senats ein außergewöhnliches Wagnis nicht auferlegt. Der Umstand der Absenkung des Festbetrags für ein rabattiertes Arzneimittel entzieht sich der direkten Einflussnahme beider Vertragsparteien. Es erscheint deshalb nur sachgerecht und angemessen, in Nachverhandlungen eine Lösung zu suchen und - vor dem Hintergrund der Regelung des [§ 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#) - für den Fall, dass eine Einigung nicht erfolgt, ein Teilkündigungsrecht vorzusehen.

Das Fehlen einer Preisanpassungsklausel bürdet den Bietern kein außergewöhnliches Wagnis auf. Die AS hat zu ihrer Erwartung, dass während der Laufzeit des Vertrages von 2 Jahren wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, nichts Konkretes vorgetragen. Für die Ausnahme des [§ 15 Nr. 2 VOL/A](#) ist auch sonst nicht ersichtlich. Es verbleibt deshalb bei dem Grundsatz des [§ 15 Nr. 1 VOL/A](#), wonach die Leistungen zu festen Preisen vergeben werden sollen.

Entgegen der Ansicht der AS wird den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. [§ 8 Nr.1 Abs. 3 VOL/A](#) auch nicht im Hinblick auf die (angeblich) ungeklärte umsatzsteuerrechtliche Behandlung der einzuräumenden Rabatte auferlegt. Die AG haben hinreichend deutlich gemacht, dass es sich bei den von den pharmazeutischen Unternehmen zu gewährenden Rabatten um Nettobeträge handelt (S. 6 der Verdingungsunterlagen: "Rabatt-APU = Angebotener Wert exkl. MwSt [EUR] gemäß Produkt- und Rabattblatt"). Die umsatzsteuerrechtliche Behandlung dieser Rabattbeträge, insbesondere die Frage, ob etwaig zu viel gezahlte Umsatzsteuer bei der von der AS zu zahlenden Vorsteuer in Abzug gebracht werden kann, ist Sache des Pharmaunternehmens. Es hat diese Frage in geeigneter Weise zu klären, und - sofern dies nicht zweifelsfrei möglich sein sollte - bei der Angebotskalkulation zu berücksichtigen. Derartige Fragen stellen sich als Teil des unternehmerischen Risikos dar und sind nicht etwa von dem Auftraggeber zu klären.

Ebenso wenig bedeutet die Einbindung des AOK-Bundesverbandes in die Abwicklung des RV für die AS ein ungewöhnliches Wagnis, da dieser ("nur") als Erfüllungsgehilfe der AG tätig wird, für dessen Handeln die AG rechtlich einzustehen haben.

Bereits im Ausgangspunkt nicht nachzuvollziehen vermag der Senat, dass die AS Grundrechtsverstöße im Hinblick auf Versicherte, Ärzte, Apotheker und pharmazeutische Großhändler rügt. Es obliegt auch im Bereich der Grundrechtsrelevanz nicht der AS, fremde Rechte im Vergabenaufprüfungs- und Beschwerdeverfahren - quasi in Prozessstandschaft - geltend zu machen (vgl. auch Senat, Beschluss vom 30.01.2009, [a.a.O.](#)). Soweit die AS geltend macht, dass sie durch Rabattvereinbarungen i.V.m. der Ersetzungspflicht nach [§ 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V](#) in ihren Rechten aus [Art. 14 Abs. 1](#) und 12 Abs. 1 GG verletzt sei, ist dem entgegenzuhalten, dass das BVerfG in ständiger Rechtsprechung (vgl. Beschluss vom 27.02.2008 - [1 BvR 437/08](#) m.w.N.) davon ausgeht, dass die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an Mitbewerber grundsätzlich nicht den Schutzbereich der Berufsfreiheit des unterlegenen Bieters berührt. Zu berücksichtigen ist ferner, dass das Vergabeverfahren gerade die Durchsetzung der Grundfreiheiten nach dem EG und der Grundrechte der Bieter - hier: der pharmazeutischen Unternehmen - sichern soll.

Für einen Verstoß gegen [Art. 3 Abs. 1 GG](#) fehlt es unter Berücksichtigung der obigen Ausführungen an jedem Anhaltspunkt. Denn die Vergabe ist - wie sich aus den obigen Ausführungen ergibt - in einem transparenten, diskriminierungsfreien Verfahren erfolgt.

Im Übrigen nimmt der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug auf die zutreffenden Ausführungen in dem angefochtenen Beschluss und sieht von einer weiteren Darstellung der Gründe entsprechend [§ 142 Abs. 2 Satz 2 SGG](#) ab.

Die Kostenentscheidung bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2009-05-18