

L 21 KR 65/09 SFB

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

-
Aktenzeichen
VK 3-142/09
Datum
07.10.2009
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 21 KR 65/09 SFB

Datum
27.05.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Beschluss

Auf die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin wird der Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 07.10.2009 geändert. Die Gebühr wird auf 4.800,- Euro festgesetzt. Die Entscheidung ergeht gerichtskostenfrei. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin und Beschwerdeführerin (AG) wendet sich gegen die Festsetzung der Gebühren der Vergabekammer (VK).

Die AG, eine gesetzliche Krankenkasse, schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften Arzneimittelrabattvereinbarungen in sieben Fachlosen aus (ABl. EG 2009/S 71-102928 v. 11.04.2009, berichtigt durch Bekanntmachung ABl. EG 2009/S 81-116769 v. 28.04.2009). Für den Zuschlag waren jeweils drei Bieter pro Fachlos vorgesehen. Die Rabattverträge (RV) sollten gemäß § 7 Abs. 1 und 2 RV für eine Laufzeit von zwei Jahren geschlossen werden und sich - für den Fall, dass keine Kündigungen erfolgen - bei einer maximalen Vertragslaufzeit von insgesamt vier Jahren um jeweils ein Jahr verlängern.

Die Antragstellerin (AS) - ein pharmazeutischer Unternehmer i.S.d. [§ 4 Abs. 18](#) Arzneimittelgesetz (AMG) - gab zu den Fachlosen 1 sowie 3 bis 7 Angebote ab. Nach Angebotswertung setzte die AG die AS darüber in Kenntnis, dass sie im Hinblick auf die Fachlose 1 und 3 für den Zuschlag vorgesehen sei, im Übrigen jedoch nicht mit einer Zuschlagserteilung rechnen könne.

In ihren daraufhin gestellten Nachprüfungsantrag hat die AS ausdrücklich auch die Lose 1 und 3 einbezogen. Sie hat vorgetragen, dass sie den Zuschlag lediglich unter Bedingungen erhalte, die sie als vergaberechtswidrig erachte. Für Los 2 habe sie nur deshalb kein Angebot abgegeben, weil die AG trotz Rüge an der Vorgabe, Angebote zu sämtlichen Wirkstärken und Packungsgrößen abzugeben, festgehalten habe. Sie hat ferner geltend gemacht, dass der Abschluss von Rahmenvereinbarungen mit drei Unternehmen ohne Regelung der "Einzelabrufe" gegen Vergaberecht verstoße und dass die von der AG vorgesehene Verlängerung der Bindefrist für den Fall eines Nachprüfungsverfahrens ein ungewöhnliches Wagnis darstelle.

Durch - bestandskräftigen - Beschluss vom 22.07.2009 hat die VK der AG untersagt, Zuschläge zu erteilen und der AG bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufgegeben, das Verfahren unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung der VK hinsichtlich des Einzelabrufs unter mehreren Rabattvertragspartnern sowie der automatischen Bindefristverlängerung zu wiederholen. Im Übrigen hat sie den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen und die Kosten des Verfahrens der AG zu 9/10 und der AS zu 1/10 auferlegt.

Mit Beschluss vom 07.10.2009 hat die VK die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren auf 11.800,00 Euro festgesetzt und zur Begründung ausgeführt: Die wirtschaftliche Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens ergebe sich stets aus dem Bruttowert des Auftrags, um dessen Erhalt sich ein Antragsteller bemüht habe. Dieser sei hier unter Berücksichtigung der aus den Nettopreisen der von der AS abgegeben Angebote zzgl. USt. und der Gesamtlaufzeit des Rabattvertrages von vier Jahren mit einem Wert von über 35.000.000,00 Euro zu beziffern. Im Hinblick auf das Fachlos 2 habe - da die AS kein Angebot abgegeben habe - auf den Durchschnittspreis sämtlicher unterbreiteter Angebote abgestellt werden müssen. Der auf diese Weise ermittelte Gesamtbetrag habe der AS vollständig zugerechnet werden müssen, da sie mit dem Nachprüfungsantrag die Wirksamkeit der Rahmenvereinbarungen an sich bzw. deren rechtliche Ausgestaltung in Frage gestellt habe. Nach Maßgabe der aufgrund von Erfahrungswerten gebildeten Gebührenstaffel resultiere daraus eine Gebühr von 13.875,00 Euro. Angesichts des Umstandes, dass das Nachprüfungsverfahren rechtlich mit weiteren Parallelverfahren gleichgelagert gewesen sei, habe der personelle und sachliche Aufwand unter dem Durchschnitt gelegen, so dass sich eine Reduzierung auf

11.800,00 Euro als angemessen darstelle.

Die AG macht mit der sofortigen Beschwerde geltend, dass die wirtschaftliche Bedeutung eines Nachprüfungsverfahrens objektiv nach allgemeinen, typisierenden Gesichtspunkten zu bestimmen sei. Auf die spezielle Bedeutung gerade für die Beteiligten des jeweiligen Nachprüfungsverfahrens könne demgegenüber nicht abgestellt werden. Die AS habe allenfalls einen Zuschlag gemeinsam mit zwei weiteren Bietern erhalten können. Daher habe sich ihr wirtschaftliches Interesse höchstens auf ein Drittel des Gegenstandswertes belaufen können. Das Argument der VK, dass die AS den gesamten Rahmenvertrag als solchen angegriffen habe, verfange nicht, weil die spezielle Bedeutung des Nachprüfungsantrages für eine Partei gerade keine Relevanz entfalten dürfe. Überdies habe die VK übersehen, dass aufgrund des nicht voraussehbaren Ordnungsverhaltens der Vertragsärzte allenfalls mit einer Umsetzungsquote von 70 % zu rechnen sei.

Die Antragsgegnerin beantragt,

den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 07.10.2009 zu ändern und die Gebühr auf höchstens 6.000,00 Euro festzusetzen.

Die AS und die Beigeladenen (BG) stellen keine Anträge.

Weiterer Einzelheiten wegen wird Bezug genommen auf den Inhalt der Gerichts- und Vergabekammerakten.

II.

Die sofortige Beschwerde erweist sich als begründet. Die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren ist auf einen Betrag von 4.800,00 Euro festzusetzen.

Auf das vorliegende Verfahren sind, wie bereits die VK zutreffend ausgeführt hat, nicht die Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 ([BGBl. I S. 790](#)) anwendbar, weil das Vergabeverfahren vor Inkrafttreten dieses Gesetzes (24.04.2009) begonnen hat (vgl. [§ 131 Abs. 8 GWB](#)).

Gemäß [§ 128 Abs. 1 GWB](#) in der hier anwendbaren Fassung werden für die Amtshandlungen der VK Kosten (Gebühren und Auslagen) zur Deckung des Verwaltungsaufwandes erhoben. [§ 128 Abs. 2 Satz 2](#) und 3 GWB sieht dabei einen Gebührenrahmen zwischen 2.500,00 Euro und 25.000,00 Euro vor. Innerhalb dieses Gebührenrahmens bestimmt sich die im Einzelfall angemessene Gebühr nach dem personellen und sachlichen Aufwand der VK unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Bedeutung des Gegenstandes des Nachprüfungsverfahrens ([§ 128 Abs. 2 Satz 1 GWB](#)). Die Gebühr kann von der VK aus Billigkeitsgründen bis auf ein Zehntel ermäßigt oder - sofern der Aufwand oder die wirtschaftliche Bedeutung der Angelegenheit außergewöhnlich hoch sind - auf bis zu 50.000,00 Euro erhöht werden ([§ 128 Abs. 2 Satz 2](#) und 3 GWB).

Zur Bemessung ihrer Gebühren wendet die VK in ständiger Praxis eine Gebührenstaffel an, wonach die in [§ 128 Abs. 2 GWB](#) normierte Mindestgebühr von 2.500,00 Euro bei Auftragswerten bis zu 80.000,00 Euro anfällt, die gesetzliche Höchstgebühr von 25.000,00 Euro bei Auftragswerten von 70 Mio. Euro und mehr entsteht und bei der für die dazwischen liegenden Auftragswerte die jeweilige Gebühr durch Interpolation zu ermitteln ist. Gegen diesen Berechnungsansatz bestehen keine Bedenken. Durch die Anwendung der Gebührenstaffel wird eine einheitliche Handhabung und Transparenz bei der Gebührenbemessung sichergestellt (Lausen, NZBau 2005, 495, 495). Mit der Anknüpfung an die jeweilige Auftragssumme wird zudem nicht nur der wirtschaftlichen Bedeutung der im Nachprüfungsverfahren zu kontrollierenden Auftragsvergabe Rechnung getragen, sondern zugleich auch dem personellen und sachlichen Aufwand, den die VK zur Erledigung des Nachprüfungsbegehrens aufzuwenden hat. Denn in der Regel steigt mit der Höhe der Auftragssumme auch die Komplexität und Schwierigkeit des Streitfalls in tatsächlicher und in rechtlicher Hinsicht und mithin auch der zur Bewältigung des Nachprüfungsverfahrens erforderliche Aufwand. Sofern im Einzelfall jedoch der Sach- und Personalaufwand aus dem Rahmen dessen fällt, was ein Nachprüfungsantrag der betreffenden wirtschaftlichen Größenordnung und Bedeutung üblicherweise mit sich bringt, muss diesem Umstand durch eine angemessene Erhöhung oder Herabsetzung der in der Gebührenstaffel ausgewiesenen Basisgebühr Rechnung getragen werden (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 12.05.2004 - [VII-Verg 27/04](#) m.w.N.).

Nach Maßgabe dieser Voraussetzungen ist die Gebühr für das Nachprüfungsverfahren auf 4.800,00 Euro festzusetzen.

Ausschlaggebend für die Ermittlung der Auftragssumme ist das wirtschaftliche Interesse eines Antragstellers an dem Verfahrensergebnis, letztlich also seine Gewinnerwartung bei Erteilung des Zuschlags (vgl. OLG Sachsen-Anhalt, Beschluss v. 06.04.2005 - [1 Verg 2/05](#), [NZBau 2005, 486](#)). Zwar existiert aufgrund der Besonderheiten der Rabattvertragskonstruktion im Bereich der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) eine konkret bezifferte, in Geld ausgedrückte und von dem öffentlichen Auftraggeber zu zahlende Bruttoauftragssumme nicht (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss v. 20.07.2005 - [VII-Verg 102/04](#), [NZBau 2005, 654](#)). Zur Ermittlung der Bruttoauftragssumme ist hier jedoch auf den näherungsweise ermittelten Angebotswert abzustellen. Dabei unterliegt es keinen Bedenken, dass die VK vor dem Hintergrund, dass die AS für das Fachlos 2 kein eigenes Angebot abgegeben hat, auf den Durchschnittspreis aller vorliegenden Angebote abgestellt hat.

Demnach war zunächst gemäß [§ 3 Abs. 6 VgV](#) unter Berücksichtigung der in [§ 7 Abs. 2 RV](#) vorgesehenen Verlängerungsoption um insgesamt zwei Jahre von einer Gesamtlaufzeit des RV von vier Jahren und einer Auftragssumme i.H.v. 35.622.814,70 Euro auszugehen. Diese muss jedoch für die Bemessung der Gebühren der VK angesichts einer durchschnittlichen Umsetzungsquote der RV von ca. 70 % entsprechend reduziert werden (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss v. 17.02.2009 - [L 11 WB 381/09](#), [ZMGR 2009, 94](#), juris Rdn. 130).

Des weiteren ist bei Vergabeverfahren, bei denen mehrere Bieter als Zuschlagsempfänger vorgesehen sind, die Auftragssumme grundsätzlich entsprechend der Anzahl der in Betracht kommenden Zuschlagsempfänger zu teilen, so dass auf die AS lediglich ein Drittel der Auftragssumme entfällt. Jedenfalls in der hier vorliegenden Konstellation ist nicht davon auszugehen, dass die AS mit ihrem Nachprüfungsantrag vom 06.07.2009 eine Änderung der Vergabekonzeption dahingehend geltend gemacht hat, dass im Hinblick auf die einzelnen Fachlose Zuschläge lediglich an einen Bieter erteilt werden dürften. Vielmehr hat sie gerügt, dass die Voraussetzungen für die - nach Erteilung der Zuschläge vorzunehmenden - Einzelabrufe nicht geregelt worden seien, im Übrigen jedoch nicht in Zweifel gezogen, dass Zuschläge grundsätzlich an drei Bieter erteilt werden dürfen. Angesichts dessen war ihr wirtschaftliches Interesse bei gebotener

typisierender Betrachtung auf lediglich ein Drittel der Gesamtauftragssumme beschränkt.

Vor dem Hintergrund, dass der personelle und sachliche Aufwand aufgrund von rechtlich und tatsächlich im Wesentlichen gleichgelagerten Parallelverfahren unter dem Durchschnitt lag, war die sich aus der Gebührenstaffel ergebende Basisgebühr von 5.150,00 Euro um 350,00 Euro auf 4.800,00 Euro zu reduzieren.

Nach alledem ergibt sich die folgende Gebührenberechnung:

Auftragswert 35.622.814,70 Euro
Umsetzungsquote: 70% 24.935.970,29 Euro
Drei RV-Partner: 1/3 8.311.990,10 Euro
Abzugsbetrag: 80.000,00 Euro 8.231.990,10 Euro
Faktor: 0,00032 2.634,24 Euro
Gebühr (= gerundet auf 25,00 Euro) 2.625,00 Euro
zzgl. Basisgebühr: 2.500,00 Euro 5.125,00 Euro
Abzug gem. [§ 128 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) 325,00 Euro
Gebühr 4.800,00 Euro

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 142a Abs. 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 120 Abs. 2, 78 GWB](#). Im Rahmen der in [§ 78 Satz 1 GWB](#) vorgesehenen Billigkeitsentscheidung war der Rechtsgedanke des [§ 66 Abs. 8 GKG](#) zu berücksichtigen (vgl. auch OLG Düsseldorf; Beschluss v. 10.11.2008 - [VII-Verg 45/08](#)).

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

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-07-08