

L 1 SF 95/10 B Verg

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 SF 95/10 B Verg
Datum
07.05.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Beschluss
Leitsätze

*Im Vergabeverfahren kann nicht gerügt werden, dass durch eine mit der Ausschreibung bezweckte Gebietsmonopolisierung Rechte der Versicherten bzw. der Sicherstellungsauftrag diesen gegenüber verletzt werden.

*In der Rechtsrüge, [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) gestatte es den Krankenkassen nicht, die Versorgung der Versicherten mit Arzneimittelzubereitungen in der Onkologie zur parenteralen Verabreichung im Weg der verkürzten Versorgung durch Selektivverträge mit einzelnen Apothekern sicherzustellen, von welchem die Vertragsärzte ausschließlich die Arzneimittel beziehen dürften, ist hinreichend deutlich der vergaberechtlich relevante Einwand enthalten, das Auftragsvolumen sei zu unbestimmt im Sinne des [§ 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A](#) bzw. jedenfalls möglicherweise nicht so groß, wie dies die Ausschreibung vermuten lasse.

*Aus dem Zusammenspiel des [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) mit § 11 Abs. 2 ApoG ergibt sich nicht, dass die Medikamentenbeschaffung durch den Versicherten selbst ausgeschlossen ist.

Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 1. April 2010 in der Fassung des Beschlusses vom 12. April 2010 wird aufgehoben. Diese wird verpflichtet, über die Anträge der Beschwerdeführerin erneut unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Im Übrigen wird die Beschwerde zurückgewiesen.

Die Beschwerdegegnerin trägt die Kosten dieses Beschwerdeverfahrens.

Gründe:

I. Die Beschwerdegegnerin hat ihren Sitz in Potsdam. Sie schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 19. Januar 2010 den Abschluss von Verträgen gemäß § 129 Abs. 5 Satz 3 Sozialgesetzbuch 5. Buch (SGB V) (Rahmenvereinbarung mit einem einzigen Wirtschaftsteilnehmer) zur Versorgung mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten im Offenen Verfahren europaweit aus. Sie hatte den AOK-Bundesverband mit der Durchführung der Ausschreibung beauftragt. Der streitige Auftrag betrifft die Versorgung auf dem Gebiet des Landes Berlin und ist in 13 Gebietslose, aufgeteilt nach Postleitzahlen, unterteilt. Die Gebietslose weichen im räumlichen Zuschnitt von der Aufteilung der Verwaltungsbezirke in Berlin ab. Die Bekanntmachung bestimmte zunächst, dass Angebote "nur für ein Los" eingereicht werden sollten. Die Rahmenvereinbarungen sollen grundsätzlich für ein Jahr abgeschlossen werden. Zuschlagskriterium ist nach Ziffer IV.2.1 der niedrigste Preis. Varianten/Alternativangebote waren nicht zugelassen. Als Schlusstermin für den Eingang der Angebote war zunächst der 2. März 2010, 12.00 Uhr, bestimmt. Bestandteil der an die Interessenten versandten Verdingungsunterlagen war als Anlage 1 der Entwurf des Vertrages gemäß [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) über die Versorgung mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten (Rahmenvertrag). Als Anhang 1 zu diesem Rahmenvertrag übersandte die Beschwerdegegnerin ein Produktblatt, das Angaben zu den Abgabevolumina je Gebietslos —jeweils in mg pro Wirkstoff— abbildet. Je Wirkstoff soll durch die Bieter ein Preis pro Milligramm angeboten werden. In Ziffer 10 der Bedingungen für die Auftragsvergabe wies die Beschwerdegegnerin darauf hin, dass sie Angaben zu dem voraussichtlichen Auftragsvolumen nur auf der Basis von Erfahrungswerten und Analysen aus der Vergangenheit machen könne. Künftige Mengen der für die Versicherten herzustellenden parenteralen Lösungen würden insbesondere vom Gesundheitszustand der AOK-Versicherten, dem Ordnungsverhalten der Ärzte sowie der vom Gesetzgeber vorgegebenen Struktur der ambulanten Versorgung abhängen. Auch die künftige Struktur und Anzahl der onkologischen Praxen bzw. der ambulant behandelnden Ärzte in dem jeweiligen Gebietslos könne Einfluss auf die Mengen haben. Insbesondere der Zu- und/oder Wegzug von Ärzten und/oder Praxen könne solche Schwankungen bewirken. Die im Produktblatt angegebenen Mengen seien auf das erste Halbjahr 2009 bezogen und stellten das gesamte von den Ärzten verordnete Volumen in diesem

Zeitraum dar, das für Versicherte der AOK Berlin-Brandenburg in Berlin verordnet wurde.

Mit Schreiben vom 29. Januar 2010, auf das ergänzend verwiesen wird (Kopie GA Bl. 59ff), beanstandete die Beschwerdeführerin gegenüber der Beschwerdegegnerin verschiedene Punkte der Ausschreibung. Insbesondere gebe es keine Rechtsgrundlage für einen exklusiven Selektivvertrag. Ferner lasse sich auf der Grundlage der im Rahmen der Ausschreibung; mitgeteilten Informationen kein Angebot kalkulieren, da eine genaue Ermittlung und Beschreibung des Auftragsvolumens fehle.

Mit Bieterumschreiben vom 10. Februar 2010 zur Beantwortung von Bieterfragen erläuterte die Beschwerdegegnerin unter anderem (Antworten zu Fragen 105ff), sie habe bei "händischer" Auswertung der 15.772 Verordnungen im Referenzzeitraum keine Trägerlösungen oder primären Packmittel erfasst. Die Applikationsform richte sich nach der verordneten Menge und sei in den Verordnungen ohnehin nicht explizit mit aufgeführt. Die Daten zu den Trägerlösungen und primären Packmitteln könnten auch nicht elektronisch ausgewertet werden. Denn es sei nicht elektronisch selektierbar, was im Einzelnen in den Zubereitungen z.B. an Trägerlösungen und primären Packmitteln enthalten sei. Die Erfassung per Hand wäre neben der Ermittlung der Mengen nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich gewesen. Zu der Frage, wie hoch der Anteil der Verordnungen sei, bei denen aufgrund eines Aut-idem-Ausschlusses die Verwendung gegebenenfalls erheblich teurerer Arzneimittel erforderlich sei, lägen ihr keine Auswertungen vor. Diese seien auf elektronischem Wege auch nicht valide zu erfassen. Es sei aber davon auszugehen, dass speziell im Verordnungsbereich der parenteralen Lösungen Aut-idem-Ausschlüsse zwar theoretisch vorkommen könnten, sich in der Praxis aber auf zu vernachlässigende Ausnahmefälle beschränkten, da grundsätzlich die Pflicht des Vertragsarztes zur wirtschaftlichen Ordnungsweise bestehe. Dies stehe einem großzügigen Einsatz des Aut-idem-Kreuzes entgegen. Hinsichtlich des Verhältnisses zwischen Originalpräparat und Generika im Referenzzeitraum wies die Beschwerdegegnerin auch hier auf die fehlende Möglichkeit der elektronischen Auswertbarkeit hin. Dieses wäre wiederum neben der Erfassung der Mengen mit einem unverhältnismäßig hohen Aufwand festzustellen gewesen. Eine solche Auswertung werde auch zusätzlich durch Wirkstoff-Verordnungen erschwert, die keine Zuordnung in den Kategorien Originalpräparate und Generika erlaubten.

Die Beschwerdeführerin stellte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 18. Februar 2010, auf den verwiesen wird (Kopie GA Bl. 68ff), bei der Vergabekammer des Landes Brandenburg einen Nachprüfungsantrag. Sie teilte unter anderem mit, sie beabsichtige, ein Angebot für Gebietslose abzugeben.

Die Beschwerdegegnerin nahm mit Schreiben vom 19. Februar 2010 zum Vorbringen einer fehlenden Rechtsgrundlage Stellung und stellte ihren Rechtsstandpunkt dar.

Am 3. März 2010 machte die Beschwerdegegnerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen bekannt. Mit E-Mail vom 5. März 2010 stellte sie den interessierten Unternehmen geänderte Verdingungsunterlagen zur Verfügung. Die Änderungen betrafen im Wesentlichen die Aufhebung der Loslimitierung (Angebote können nunmehr auf alle 13 Lose abgegeben werden, die Zahl der möglichen Zuschläge wurde limitiert auf vier) die Erhöhung der Rahmenvertragspartner auf zwei sowie einzelne Regelungen des Rahmenvertrages. Die Angebotsfrist wurde bis zum 20. April 2010, 12.00 Uhr, verlängert.

Mit Telefax vom 12. März 2010 teilte sie den Interessenten weitere Änderungen mit. Sie versandte die hierzu relevanten Unterlagen am 15. März 2010. Eine weitere Bekanntmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 17. März 2010. Darin reduzierte sie die Anzahl der Rahmenvertragspartner wiederum auf einen. Jetzt hat der Bieter hinsichtlich seiner technischen Leistungsfähigkeit zu erklären, dass er im Auftragsfall in der Lage sei, bezogen auf die Vertragslaufzeit die Doppelten der in den Ausschreibungsunterlagen näher ausgewiesenen Mengen an parenteralen Zubereitungen zu liefern.

Mit Schriftsatz vom 18. März 2010 teilte die Beschwerdeführerin u. a. mit, ihr Nachprüfungsantrag konzentriere sich nach den Änderungen der Ausschreibungsbedingungen bzw. der Vergabeunterlagen vor allem auf die Vorwürfe, dass keine Rechtsgrundlage für den Abschluss exklusiver Selektivverträge bestünde und keine ausreichende Kalkulationsmöglichkeit gegeben sei. Sie beantragte im Nachprüfungsverfahren unter anderem, die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, den von der Beschwerdeführerin gerügten Vergaberechtsverstößen abzuwehren und das Ausschreibungsverfahren nur unter der Voraussetzung der Abhilfe hinsichtlich der Verstöße weiter fortzuführen. Hilfsweise beantragte sie ferner, die Ausschreibung aufgrund schwerwiegender Vergaberechtsverstöße aufzuheben.

Mit Schriftsatz vom 30. März 2010 nahm die Beschwerdegegnerin zu den Beanstandungen der Beschwerdeführerin detailliert Stellung. Der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig. Die Beschwerdeführerin könne in diesem Verfahren nicht die Rechte der Versicherten oder sozialrechtliche Wertentscheidungen geltend machen (Bezugnahme auf LSG Nordrhein-Westfalen, B. v. 30.01.2009 -L 1 KR 1/08-), genauso wenig wie Bestimmungen des Kartellrechts. Die Beschwerdegegnerin dürfe jedenfalls die angestrebten Selektivverträge abschließen. [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) sei eine Spezialvorschrift für die Versorgung von Ärzten mit parenteralen Rezepturen. Aus der Verwendung des Begriffes "Sicherstellung", der Systematik des SGB V, den Vorschriften der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) und den Gesetzesmaterialien ergebe sich, dass die Krankenkassen ihre Leistungspflicht auf diesem Gebiet ausschließlich im Rahmen dieser Verträge erbringen könnten (u. a. Bezugnahme auf ein Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 20. Oktober 2009). Die Ausschreibung verletze auch nicht das Recht des Versicherten auf freie Apothekenwahl, das kein allgemeiner Grundsatz des Sozialversicherungsrechts sei, sondern sich aus einzelnen Bestimmungen ergebe. Diese seien nicht tangiert. So gelte [§ 31 Abs. 1 S. 5 SGB V](#) nur bei der unmittelbaren Versorgung des Versicherten, nicht jedoch -wie hier- bei Anwendung des § 11 Abs. 2 Apothekengesetz (ApoG). § 11 Abs. 2 ApoG liefe anderenfalls schlicht ins Leere. Entgegen der Auffassung der Beschwerdeführerin seien weiter die mitgeteilten Daten ausreichend für eine Angebotskalkulation. Rahmenverträgen wohne bereits der Natur der Sache nach eine kalkulatorische Ungewissheit inne. Die Vergabekammer des Bundes habe eine Beschränkung auf die Mitteilung der Packungsmengen der einzelnen Medikamente bezogen auf das Vorjahr für ausreichend erachtet (Bezugnahme auf VK Bund, B. v. 29.09.2009 -VK 2-162/09).

Mit Beschluss vom 1. April 2010 im schriftlichen Verfahren, der der Beschwerdeführerin am 6. April 2010 zugestellt wurde, verwarf die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag. Dieser sei bereits unzulässig. Die Antragstellerin sei nicht antragsbefugt nach [§ 107 Abs. 2](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Sie habe nicht -wie erforderlich- geltend gemacht, dass ihr durch die behaupteten Vergabeverstöße ein Schaden entstanden sei, weil sie kein Angebot abgegeben habe. Zwar werde vertreten, dass es eines solchen nicht bedürfe, wenn sich der Antragsteller durch die geltend gemachten Verfahrensfehler an einer Angebotsabgabe gehindert sehe oder er

deshalb keine Aussicht auf Zuschlagserteilung habe. Den Antragsteller treffe aber eine erhöhte Darlegungs- und Begründungspflicht zur Kausalität zwischen Vergabeverstoß und unterlassener Angebotsabgabe. Daran fehle es hier. Das Auftragsvolumen in der vorliegenden Ausschreibung sei durch Angabe der Abgabevolumina je Gebietslos bezogen auf das erste Halbjahr 2009 in ausreichendem Maße mitgeteilt worden. Im Falle einer Rahmenvereinbarung sei nach Abschnitt 2 § 3 a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 der Verdingungsordnung für Leistungen –Teil A Ausgabe 2006 (VOL/A) das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, brauche aber nicht abschließend festgelegt werden. In der Regelung spiegele sich die Besonderheit des Rahmenvertrages wider, die gerade darauf beruhe, dass das konkrete Beschaffungsvolumen nur prognostiziert werden könne. Dies gelte hier aufgrund der Besonderheiten des Arzneimittelmarktes, da die Beschwerdegegnerin keinen unmittelbaren Einfluss auf das Ordnungsverhalten der Ärzte habe, ebenso wenig wie auf den krankheitsabhängigen Bedarf der Versicherten. Darauf habe sie ausdrücklich hingewiesen. Da weder sie noch die Beschwerdeführerin einen Einfluss auf das Verhalten von Ärzten und Patienten hätten, stelle die Mitteilung der Verordnungszahlen der Vergangenheit die einzige statistisch belastbare Basis zur Prognostizierung des zu erwartenden Auftragsvolumens dar. Es liege in der Natur der Sache, dass eine ex-akttere Prognose nicht möglich sei. Die Auftraggeberin habe alles getan, um eine optimale Kalkulationsgrundlage zur Verfügung zu stellen. Welche Applikationsformen, Trägerlösungen, primäre Packmittel etc. verwendet würden, stehe im Voraus nicht fest, sondern könne nur mehr oder weniger vage abgeschätzt und im Wege eines nach Erfahrungswerten vorzunehmenden Zuschlages auf die Kalkulation berücksichtigt werden. Mangels Antragsbefugnis könne sich also die Vergabekammer nicht selbst mit dem Vergabevergang beschäftigen und dürfe nicht untersuchen, ob zu Lasten der Beschwerdeführerin Vergabeverstöße erfolgt seien.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 19. April 2010. Ihr fehle nicht die Antragsbefugnis. Sie habe immer klar geäußert, sich an der Ausschreibung beteiligen zu wollen. Sie habe nach den Änderungen im Ausschreibungsverfahren erklärt, sich auf die Vorwürfe zu beschränken, es gebe keine exklusiven Selektivverträge aufgrund [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) und eine vernünftige Kalkulation sei nicht möglich. Im Gegensatz zu den Berliner Apothekern, welche die verordnenden Ärzte aufgrund früherer Kooperationen vermutlich persönlich oder jedenfalls namentlich kennen würden, könnten Auswärtige ohne die Marktkenntnisse vor Ort, also ohne Kenntnis der im Referenzzeitraum verordneten Applikationsformen, Trägerlösungen, primären Packmitteln, der Aut-idem-Quote und dem Verhältnis Original- zu Generikaverordnungen, ohne eine erhebliches wirtschaftliches Risiko kein wirtschaftliches Angebot erstellen.

Sie beantragt,

den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 1. April 2010 in der Fassung des Beschlusses vom 12. April 2010 aufzuheben und die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg den von ihr gerügten Vergaberechtsverstößen abzuwehren.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen, hilfsweise, die Sache dem Bundessozialgericht vorzulegen, hilfsweise die Sache zur Entscheidung an die Vergabekammer des Landes Brandenburg zurückzuweisen.

Die Vergabekammer habe den Nachprüfungsantrag zu Recht als unzulässig verworfen. Die Beschwerdeführerin habe im Antragsschriftsatz (dort S. 13f) deutlich ausgeführt, kein Angebot abgeben zu wollen. Allerdings habe sie dies mittlerweile nachgeholt. In der Sache halte sie an ihrer Auffassung fest, dass sie aufgrund [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) zum Abschluss von Selektivverträgen zur Sicherstellung der Versorgung berechtigt sei, wie sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und der des [§ 129 Abs. 5a SGB V](#) ergeben. Es liege auch kein Verstoß gegen das Apothekenwahlrecht des Versicherten vor. Im Sonderfall des [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) werde nicht der Versicherte versorgt, sondern der Arzt. Der Versicherte erhalte die Behandlung einschließlich der Verabreichung der Infusionen. Dies sei die Folge der Besonderheit parenteraler Zubereitungen, bei der die bloße Abgabe an den Versicherten nicht ausreiche, sondern der Arzt das Arzneimittel verabreichen müsse. Das Wahlrecht nach [§ 31 Abs. 1 S. 5 SGB V](#) beziehe sich nur auf die Fälle, bei denen der Versicherte selbst mit den Arzneimitteln versorgt werde. Dann sei [§ 31 Abs. 1 S. 5 SGB V](#) von vornherein nicht anwendbar. Die Vorschrift müsse im Lichte des [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) ausgelegt werden und müsse zurücktreten, wenn ein Selektivvertrag bestehe. Aus [§ 11 Abs. 2 ApoG](#) folge schließlich keinesfalls ein Wahlrecht des Arztes.

Die Beschwerdegegnerin habe ferner die Kalkulationsgrundlagen ausreichend genau mitgeteilt und sei ihren Pflichten nach [§ 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A](#) hinreichend nachgekommen. Ihren Ausführungen vor der Vergabekammer sei die Beschwerdeführerin nicht substantiiert entgegengetreten. Ihr Vortrag zu landestypischer Aut-Idem-Substitution sei nicht nachvollziehbar. Für unterschiedliches Ordnungsverhalten gebe es keine rechtliche Grundlage. Es seien der Beschwerdegegnerin auch keine tatsächlichen Anhaltspunkte bekannt, dass Berliner Ärzte signifikant anders verordneten als in anderen Bundesländern. Einen Wettbewerbsvorteil gegenüber der Beschwerdeführerin hätten allenfalls diejenigen Berliner Apotheker, die bereits zur Zeit parenterale Zubereitungen zur Krebsbehandlung herstellten, weil sie Erfahrungswissen über das Ordnungsverhalten der Berliner Ärzte hätten. Es sei nicht Aufgabe der Beschwerdegegnerin, diesen Wettbewerbsvorteil durch Berufserfahrung zu nivellieren.

II. Die Beschwerde ist zulässig und der Sache nach begründet.

1. Sie ist zulässig. Nach [§ 142a Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) i. V. m. [§ 116 GWB](#) entscheidet das Landessozialgericht über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammer, die Rechtsbeziehungen nach [§ 69 SGB V](#) betreffen.

Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 1. April 2010 betrifft die Ausschreibung selektiver Lieferverträge zwischen einzelnen Apotheken und einer Krankenkasse und damit Rechtsbeziehungen nach [§ 69 Abs. 1 S. 1 SGB V](#). Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg ergibt sich aus [§ 29 Abs. 5 S. 1 SGG](#).

1.1 Die Beschwerde ist statthaft ([§ 142a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [§ 116 Abs. 1 GWB](#)). Sie ist fristgemäß innerhalb von zwei Wochen und formgerecht mit Antrag und Begründung durch Rechtsanwälte eingelegt worden ([§ 142a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [§ 117 GWB](#)).

1.2 Die Beschwerdeführerin ist beschwerdebefugt. Ihrem Begehren fehlt es nicht deshalb am Rechtsschutzbedürfnis, weil sie bereits das Nachprüfungsverfahren nicht zulässig betrieben habe. Sie war und ist vielmehr antragsbefugt nach [§ 107 Abs. 2 GWB](#) (in der Fassung durch

Art. 1 Nr. 19 des Gesetzes vom 20.04.2009, [BGBl I 790](#)). Sie hat hinreichend deutlich und im Verfahren durchgehend und rechtzeitig geltend gemacht, in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften ([§ 97 Abs. 7 GWB](#)) verletzt zu sein:

Nach Auffassung des Senats hätte die Vergabekammer aus dem Rügevorbringen und den Schriftsätzen im Nachprüfungsverfahren nicht den Schluss ziehen dürfen, die Beschwerdeführerin wolle in keinem Falle ernsthaft ein Angebot einreichen und bezwecke nur, die Beschwerdegegnerin zu veranlassen, von der Ausschreibung Abstand zu nehmen. Ihre Ausführungen beschäftigen sich nämlich durchgehend nicht nur mit der von ihr angenommenen Rechtswidrigkeit der Ausschreibung. Sie hat vielmehr von Anfang an vorgetragen, ein Angebot abgeben zu wollen, dies jedoch derzeit nicht zu können, weil vergaberechtswidrig eine Kalkulation nicht möglich sei. Ein Antragsteller muss dazu allgemein nicht darlegen, dass er bei einem rechtmäßigen Vergabeverfahren den Zuschlag erhalten oder eine "echte Chance" auf den Zuschlag gehabt hätte (so Bundessozialgericht B. v. 22.04.2009 - [B 3 KR 2/09](#) D- Rdnr. 18 unter Bezugnahme u. a. auf Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 29.7.2004 [2 BvR 2248/03](#) -, [NVwZ 2004, 1224](#) ff).

Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Beschwerdeführerin nicht ernsthaft an der Ausschreibung beteiligen will. Sie hat nicht nur diese generelle, sondern hat auch konkrete Rügen erhoben "zur Wahrung vergaberechtlicher Rechtspositionen" (Rügeschreiben vom 29.01.2010, VV Bl. 0665). Sie hat mittlerweile unstreitig ein Angebot eingereicht. Dass dies pro forma geschehen ist, ohne dass die Antragstellerin wirklich beabsichtigt, im Falle des Zuschlages den ausgelobten Auftrag zu übernehmen, ist nicht ersichtlich. Sie hat auch -entgegen der Auffassung der Vergabekammer- zumindest konkludent einen kau-salen Zusammenhang zwischen den vermeintlichen Vergaberechtsverstößen und dem Unterlassen eines Angebotes vorgetragen. Sie hat von Anfang an geltend gemacht, ohne Kenntnis der von ihr für relevant gehaltenen Einzelangaben der Verordnungen im Nachteil gegenüber den Apothekern vor Ort zu sein, denen das Ordnungsverhalten der Vertragsärzte aus der bisherigen Zusammenarbeit bekannt sei. Dass es sich bei diesen Einzelangaben für die Preisbildung um generell bedeutende Aspekte handelt, hat sie im Nachprüfungsantrag (dort S. 19ff mit Anlagen) detailliert behauptet. Wie relevant der Vortrag ist, ist keine Frage der Zulässigkeit, sondern der Begründetheit.

Es gibt keine Anhaltspunkte, dass die Beschwerdeführerin den Rügegrund der fehlenden Rechtsgrundlage für die Exklusivverträge bereits so früh erkannt hat, dass die Geltendmachung mit Schreiben vom 29. Januar 2010 nicht mehr als unverzüglich im Sinne des [§ 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB](#) angesehen werden könnte. Fristablauf im Sinne des [§ 107 Abs. 3 S. Nr. 2 und 3 GWB](#) war frühestens der 2. März 2010, das Datum zu dem zunächst die Angebote spätestens einzureichen waren. Entsprechendes gilt für das Vorbringen, es fehlten Angaben für eine sachgerechte Kalkulation.

2. Die Beschwerde ist im Sinne einer Aufhebung des angefochtenen Beschlusses der Vergabekammer und Zurückverweisung begründet:

2.1 Die Beschwerdegegnerin ist als gesetzliche Krankenkasse ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des [§ 98 Nr. 2 GWB](#). Gesetzliche Krankenkassen werden direkt oder jedenfalls mittelbar durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber zur GKV durch den Bund finanziert (vgl. [§§ 3, 220](#) sowie 221, [271 SGB V](#)). Sie unterliegen einer engmaschigen staatlichen Rechtsaufsicht. Dies reicht für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber aus (ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, B. v. 10.09.2009 - [L 21 KR 53/09](#) SFB- juris Rdnr. 47 mit Bezugnahme u. a. auf den Europäischen Gerichtshof, Urteil vom 11.06.2009 - [C-300/07](#)). Ein öffentlicher Auftrag ist jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn durch vertragliche Abreden Exklusivität vereinbart und ein tatsächlicher Wettbewerbsvorteil für den Auftragnehmer bewirkt werden soll. Dies ist hier der Fall: Der Losgewinner soll exklusiv für sein Gebiet die Vertragsärzte zur Behandlung der Versicherten der Beschwerdegegnerin mit den Zubereitungen versorgen.

2.2 Der Schwellenwert des [§§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB](#), 2 Nr. 3 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung -VgV) in Verbindung mit der VO (EU) v. 30.11.2009 ist überschritten.

2.3 Der Senat teilt zwar die Auffassung, dass im Rahmen der [§§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 GWB](#) keine sozialrechtlichen Wertentscheidungen angemahnt werden können (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, B. v. 20.01.2009 [L 21 KR 1/08 SFB](#)). Die Beschwerdeführerin kann sich also im Vergabeverfahren nicht darauf berufen, dass durch die angestrebte Gebietsmonopolisierung die Rechte der Versicherten bzw. der Sicherstellungsauftrag diesen gegenüber verletzt werde.

Die Beschwerdeführerin hat ihre Rügen aber nicht hierauf beschränkt.

2.4 In der Rechtsrüge, [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) gestatte es den Krankenkassen nicht, die Versorgung der Versicherten mit Arzneimittelzubereitungen in der Onkologie zur parenteralen Verabreichung im Wege der verkürzten Versorgung durch Selektivverträge mit einzelnen Apothekern sicherzustellen, von welchen die Vertragsärzte ausschließlich die Arzneimittel beziehen dürften, ist hinreichend deutlich der vergaberechtlich relevante Einwand enthalten, das Auftragsvolumen sei zu unbestimmt bzw. jedenfalls möglicherweise nicht so groß, wie dies die Ausschreibung vermuten lasse:

Nach der über [§§ 97 Abs. 6, 98 Nr. 2 GWB, 4 Abs. 1 VgV](#) zwingend anwendbaren Vorschrift des [§ 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A](#) muss bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt und beschrieben werden. Die Vorschrift ist eine Vergabeverfahrensvorschrift. Die Beschwerdeführerin hat ein Recht auf ihre Einhaltung nach [§ 97 Abs. 7 GWB](#).

Die Beschwerdegegnerin hat zu den Abgabevolumina je Gebietslos zunächst keine Angaben gemacht, sondern lediglich die Wirkstoffmengen für die Verordnungen für die bei ihr Versicherten, die im Stadtgebiet Berlin im ersten Halbjahr 2009 verordnet wurden, angegeben. Sie hat dies später bezogen auf die einzelnen Gebietslose aufgeschlüsselt. Die sich aus diesen Verordnungen ergebenden Wirkstoffmengen der im Produktblatt enthaltenen Wirkstoffe sollen sowohl für die Ermittlung des Preises als auch für das Auftragsvolumen ab März 2010 bzw. nunmehr ab Juli 2010 maßgeblich sein. Sie erweckt dabei den Eindruck, dass sich dieses Verordnungsvolumen ausschließlich auf den verkürzten Versorgungsweg nach [§ 11 Abs. 2 ApoG](#) bezieht, dass also dem Versicherten keine Verordnung (Kassenrezept) überreicht wird, sondern der Arzt das Arzneimittel direkt beim Apotheker beschafft.

Nach Auffassung des Senats ergibt sich jedenfalls aus dem Zusammenspiel des [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) mit [§ 11 Abs. 2 ApoG](#) (als Ausnahme der Regel des Verbotes nach [§ 11 Abs. 1 ApoG](#)) nicht, dass der normale Versorgungsweg ausgeschlossen ist.

Es spricht viel dafür, dass alleine die rechtliche Unsicherheit, dass das angestrebte Gebietsmonopol der Apotheke ganz oder teilweise leer läuft, weil auf den Wunsch des Versicherten sich dieser die Arzneizubereitung auf normalem Versorgungsweg möglicherweise selbst beschaffen kann, der Ausschreibung hätte entnehmbar sein müssen. Die Auffassung der Vergabekammer des Landes Brandenburg (B. v. 19.04.2010 -VK 12/10, zitiert nach dem Schriftsatz der Beschwerdegegnerin vom 29. April 2010 S. 16f), [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) schließe sicher eine Beschaffung durch den Versicherten aus, teilt der Senat nicht.

Auch im Beschluss der Vergabekammer des Bundes vom 29.04.2010 ([VK 2 -20/10](#)) wird alleine aus der bloßen Existenz des [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) gefolgert, das Apothekenwahlrecht des [§ 31 Abs. 1 S. 5 SGB V](#) sei von der Spezialvorschrift verdrängt. Die Problematik stelle sich aber –so die Vergabekammer des Bundes- in concreto nicht, weil die Zubereitungen unmittelbar vom Arzt verabreicht würden unter "Umgehung" des Patienten, der gar keine Wahl habe. Diese Annahme ist aber unrichtig:

Umso enger der verordnende Vertragsarzt hinsichtlich der Mehrzahl seiner Patienten mit einer anderen Apotheke als der "AOK-Apotheke" zusammenarbeitet und je geringer die räumliche Entfernung zwischen Arztpraxis und Wunschapotheke ist, desto eher wird der Versicherte den -aus seiner Sicht berechtigten- Wunsch äußern, sich anstelle durch den Arzt (und den AOK-Apotheker) das Arzneimittel selbst beschaffen zu wollen. Die Sachverhalte, welche den verkürzten Versorgungsweg sinnvoll erscheinen lassen –Toxizität der Inhaltsstoffe, beschränkte Haltbarkeit, teilweise Kühlpflicht, Krankheitszustand der Versicherten- relativieren sich in dem Maße, indem ein ordnungsgemäßer Transport auch auf dem normalen Versorgungsweg gewährleistet ist.

Der Senat weiß aus seiner Gerichtspraxis, dass sich die Versicherten die von ihnen benötigten Arzneimittel außerhalb des Bereiches der Onkologie nicht selten zunächst selbst in der Apotheke beschaffen müssen, auch wenn sie dann der Arzt noch verabreichen muss. Er hatte einen Rechtsstreit zu entscheiden, in dem die beklagte Krankenkasse Arzneimittellieferungen nicht bezahlen wollte, weil die Arzneimittel direkt vom Arzt beschafft worden seien, obgleich sie in ununterbrochener Kühlkette gelagert und transportiert werden und vom Arzt dann gespritzt werden mussten (Verfahren [L 1 KR 78/07](#)). § 11 Abs. 2 ApoG ist auch erst seit August 2002 in Kraft. Ein geordneter Versorgungsweg dürfte auch in der Zeit davor gewährleistet gewesen sein.

Soweit die Beschwerdegegnerin also in diesem Zusammenhang auf die Natur der Sache und die Sicherheit der Lieferung abstellt, die den verkürzten Versorgungsweg nahe legen, ist dies nicht zwingend. Lieferungen der Apotheken auf Veranlassung der Versicherten sind nicht unüblich. Auch der Umstand, dass von den Berliner Anlieferstellen (Ärzte, Gemeinschaftspraxen, medizinische Versorgungszentren) ausgestellte Verordnungen überwiegend bei einer bis maximal drei Apotheken zur Arzneibesorgung eingereicht werden, spricht nicht für die ausschließliche Verwendung des abgekürzten Versorgungsweges. Hierin ist eher ein Indiz für die enge Zusammenarbeit zu sehen, an der zu rütteln aus Sicht der Versicherten in ihrem eigenen Interesse wenig Anlass bestehen dürfte.

Die Beschwerdegegnerin beruft sich ferner auf die Kommentierung von Knittel (in Krauskopf [§ 129 SGB V](#) Rdnr. 16). Dort wird aber nur die Gesetzesbegründung zur Einführung des § 11 Abs. 2 ApoG referiert: Da nur einzelne Apotheken in der Lage seien, Verschreibungen von Zytostatika-Zubereitungen ordnungsgemäß auszuführen und im Hinblick darauf, dass aus Sicherheitsgründen diese Zubereitungen grundsätzlich nicht den Patienten ausgehändigt werden sollten, sei es geboten, eine Ausnahme vom Abspracheverbot zwischen Apothekenleitern und Ärzten vorzusehen ([BT-Drs 14/756 S. 5](#)). Ein Verbot der Selbstbeschaffung wird damit nicht bestimmt.

Dass § 11 Abs. 2 ApoG gleichzeitig für die dort aufgeführten Arzneimittel § 11 Abs. 1 ApoG ausschließt und damit die Wahlfreiheit des Versicherten, (so die Vergabekammer des Bundes, B. v. 29.04.10 S. 38) vermag der Senat nicht zu erkennen.

Auch das Bundesgesundheitsministerium beschäftigt sich in seinem Schreiben vom 20. Oktober 2009 nur mit der Befugnis der Ärzte zur Direktbestellung. Dass -soweit dies erfolgt- kein Grund für eine Selbstbeschaffung des Versicherten besteht und dieser nicht in die Verlegenheit kommt, sich eine Apotheke auszusuchen, steht außer Streit.

Der Gesundheitsausschuss des Deutschen Bundestag hat im Zusammenhang mit der Einführung des [§ 129 Abs. 5 S. 3 SGB V](#) auch nur ausgeführt, die Versorgung mit in Apotheken hergestellten Zytostatika zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten könne von der Krankenkasse durch Verträge mit Apotheken sichergestellt werden ([BT-Drs. 16/4200 S. 78](#)). Eine Aussage zum normalen Arzneimittelbeschaffungsweg ist darin nicht zu sehen.

Auch aus der AMPPreisV ergibt sich nicht zwingend, dass ein direkter Kauf durch den Versicherten ausgeschlossen ist. Die von der Beschwerdegegnerin angeführten Vorschriften der §§ 4 Abs. 3 S. 2, 5 Abs. 4 S. 2, Abs. 5 S. 2 AMPPreisV regeln nur das Rangverhältnis unterschiedlicher Preisvereinbarungen, treffen aber keine Regelung zur Ausschließlichkeit der Arzneimittelbeschaffung direkt durch den Arzt.

Soweit die Beschwerdegegnerin in ihrem letzten Schriftsatz formuliert, die Kompetenz zum Abschluss eines Selektivvertrages schränke die Auswahl des Versicherten automatisch ein, weil dies ein tragender Grundsatz des gesamten Krankenversicherungsrechts sei, teilt der Senat diese Auffassung nicht. Die Einschränkung der gesetzlich eingeräumten Wahlfreiheit ist an anderer Stelle des SGB V ausdrücklich normiert. So stellt [§ 33 Abs. 6 S. 2 SGB V](#) die Einschränkung der Wahlfreiheit im Hilfsmittelbereich des [§ 33 Abs. 6 S. 1 SGB V](#) dar. Die freie Arztwahl nach Maßgabe des [§ 76 Abs. 1 SGB V](#) wird durch § 76 Abs. 2ff teilweise durch speziellere Regeln verdrängt. Entsprechendes normiert [§ 39 SGB V](#) für die Wahl zwischen Krankenhäusern. Die Freiheit bezieht sich hier -ausdrücklich geregelt- nur auf zugelassene Krankenhäuser, [§ 39 Abs. 1 SGB V](#) mit der Verpflichtung zur Tragung von Mehrkosten nach [§ 39 Abs. 2 SGB V](#), [§ 31 Abs. 1 S. 6 SGB V](#) selbst beschränkt die Apothekenwahl nur auf die, für die der Rahmenvertrag nach [§ 129 Abs. 2 SGB V](#) gilt.

Dass nicht jede Apotheke erst anzufertigende Arzneimittel zeitnah bereit hält bzw. zubereitet, hält der Senat für eine allgemeinkundige, den Versicherten bekannte Tatsache. Dass die Auswahl auf die Apotheken beschränkt ist, welche sich spezialisiert haben, ist deshalb kein Argument für ein Verbot der Selbstbeschaffung.

Die Beschwerdegegnerin konnte auch -außer den allgemeinen Bestimmungen der [§§ 12, 70](#) und [106 SGB V](#)- keine spezielle Vorschrift benennen, welche es den Vertragsärzten verbieten könnte, den Versicherten die Verordnungen zur Selbstbeschaffung auszuhändigen. Dem korrespondiert es, dass nicht ersichtlich ist, auf welcher Rechtsgrundlage sie -wie im Rahmenvertrag vorgesehen- die Erstattung von

eingelösten Verordnungen anderer Apotheker verweigern könnte, soweit nicht der Arzt sondern der Versicherte das Arzneimittel für die Krankenkasse kauft. Es ist ferner dem Senat derzeit nicht ersichtlich, welche rechtliche Handhabe sie hat, wenn Vertragsärzte - anweisungswidrig- nicht die Monopolapotheke beauftragen. Soweit sich die Beschwerdegegnerin auf ihr Prüfungsrecht den Vertragsärzten gegenüber beruft mit der Möglichkeit, diese in Regress zu nehmen, ist festzustellen, dass die nähere Ausgestaltung dieses Rechts entweder Richtlinien entnommen sein soll (§ 106 Abs. 2b, 2a SGB V für § 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 SGB V,), oder vorhandenen Vereinbarungen (§ 106 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 SGB V i. V. m. § 84 SGB V). Dass Richtlinien oder Richtgrößenvereinbarungen die Arzneimittelselbstbeschaffung ausschließen, vermag der Senat nicht zu erkennen. Es ist im Einzelfall nämlich noch nicht einmal sicher, dass die Beschaffung "auf normalem Wege" in jedem konkreten Fall zu (gegebenenfalls einen Regress begründenden) Mehrkosten für die Beschwerdegegnerin führen wird, sondern umgekehrt sogar zu Ersparnissen: Da der Preiskalkulation der Vertragsapotheke eine Mischkalkulation zu Grunde gelegt werden soll, die auch aufwändigere Primärpackungen, Trägerflüssigkeiten etc. berücksichtigt, kann eine normale Abrechnung nach der Hilfsstufe im Einzelfall -oder jedenfalls theoretisch sogar in der Mehrheit der Verordnungen- günstiger sein. Schließlich regelt auch Nr. 26 B der Vereinbarung gemäß § 106 Abs. 3 SGB V (Prüfvereinbarung) zwischen der KV Berlin und den Krankenkassenverbänden nicht die Pflicht zur Arzneimittel-direktbeschaffung.

Die Beschwerdegegnerin hat sich allerdings nach ihren Angaben im Vorfeld mit dem Berliner Berufsverband der niedergelassenen internistischen Onkologen abgestimmt. Ob und inwieweit die Beschaffung durch den Versicherten direkt vernachlässigbar sein könnte, so dass das gesamte Verordnungsvolumen des Referenzzeitraumes das Auftragsvolumen doch genau genug darstellen könnte, steht noch nicht fest und wird aufzuklären sein.

Der Senat vermag jedenfalls derzeit nicht davon auszugehen, dass nur in vernachlässigbarem Umfang bei anderen Apotheken Verordnungen über parenterale Zubereitungen zur Anwendung in der Onkologie anfallen werden (so die Vergabekammer des Bundes, a. a. O. S. 40). Es handelt sich jedenfalls möglicherweise nicht nur um eine "weiche Flanke" der Ausschreibung, die vergaberechtlich hinnehmbar sei (so die Vergabekammer des Bundes).

Möglicherweise handelt es sich bei den in Aussicht genommenen Volumina auf der Grundlage der bisherigen Verordnungen vielmehr bei weitem nicht um das tatsächlich von den Ärzten zu erwartende Auftragsvolumen. Es geht -entgegen der Auffassung der Beschwerdegegnerin und entgegen der der Vergabekammer des Landes Brandenburg (B. v. 19.04.2010 -VK 12/10, zitiert nach dem Schriftsatz der Beschwerdegegnerin vom 29. April 2010 S. 17)- nicht nur um ein bloßes Restrisiko oder einen Umstand der Vertragsdurchführung, sondern um das realistische Auftragsvolumen nach § 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A.

Da das Auftragsvolumen auch Einfluss auf den Preis hat (je größer das Volumen, desto eher kann der Preis pro Einheit gesenkt werden), fehlt möglicherweise auch ein Umstand für die Preisermittlung im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A. Die für die Preisermittlung relevanten Umstände hat der Auftraggeber festzustellen und mitzuteilen (Raufeisen in Willenbruch/Bischoff Vergaberecht 2008, § 8 VOL/A Rdnr. 27).

Aus Sicht des Senats stellt die Unsicherheit, ob der Selektivvertrag nicht durch die Beschaffung durch den Versicherten selbst, also im normalen Wege, ganz legal umgangen werden kann, zudem jedenfalls möglicherweise ein ungewöhnliches Wagnis nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar, was aber für diesen Beschluss dahingestellt bleiben kann. Wie sich "der Markt" verhalten wird, ist unklar. Die Ausschreibung ist ein Novum.

2.5 Nach Auffassung des Senats verstößt die Ausschreibung ferner möglicherweise gegen das einfachgesetzlich in § 97 Abs. 2 GWB normierte Diskriminierungsverbot in der indirekten Variante. Zur Vermeidung einer Schlechterstellung der auswärtigen Apotheker -auch aus dem EU-Ausland- hatte die Beschwerdeführerin von Anfang an und durchgehend gefordert, für den Referenzzeitraum erstes Halbjahr 2009 detailliertere Aufschlüsselung über die konkreten Verordnungen zu erhalten, die alle -jedenfalls theoretisch- einer genaueren Auswertung dieser Verordnungen hätte entnommen werden können. Sie hat aus Sicht des Senats schlüssig dargelegt, dass die Angabe der verordneten Wirkstoffmengen angesichts der Bandbreite möglicher Verschreibungen (Trägerlösungen, unterschiedliche Primärverpackungen, Substitutionsmöglichkeit, Aut-Idem-Verhalten) nicht ausreichen könnten. Angesichts des Umstandes, dass die einzelnen Gebietslose nicht besonders groß sind, erscheint die Behauptung, dass das individuelle Ordnungsverhalten der konkreten Vertragsärzte bekannt sein müsse, nicht von vorneherein irrelevant zu sein.

Die Beschwerdegegnerin räumt selbst ein, dass die lokalen Apotheker kraft ihrer Kenntnisse einen Vorteil haben könnten.

Da die Beschwerdegegnerin Gebietslose verteilen will, sind die Einheiten so klein, dass auf Grundlage der heutigen Tatsachenbasis nicht sicher ist, dass sich die Besonderheiten im Ordnungsverhalten einzelner Vertragsärzte generell nivellieren.

Zwar sind besondere Kenntnisse bisheriger Auftragnehmer nicht per se wettbewerbswidrig bzw. sind die Auftraggeber nicht verpflichtet, unabhängig von der konkreten Ausschreibung bestehende Wettbewerbsvorteile und -nachteile potentieller Bieter durch die Gestaltung der Vergabeunterlagen auszugleichen (so Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, § 97 GWB Rdnr. 24 mit Rechtsprechungshinweisen). Soweit dies tatsächlich möglich ist, ge-bietet es allerdings der Gleichbehandlungsgrundsatz, Informationsvorsprünge einzelner Bieter bei den anderen Vergabeinteressenten durch entsprechende Angaben in der Ausschreibung auszugleichen (Dreher, a.a.O- unter Bezugnahme auf Entscheidungen der Vergabekammer des Bundes). Soweit die Beschwerdegegnerin die Auswertungen der Verordnungen im Hinblick auf die genannten Faktoren für zu aufwändig hält und auf die Mühe verweist, den die Auswertung der Verordnungen alleine nach den Wirkstoffen bereits mit sich gebracht habe, zeigt dies die Un-zumutbarkeit nicht auf, zumal der jetzt möglicherweise noch zu betreibende Aufwand teilweise vermieden worden wäre, wenn die Verordnungen von Anfang an vollständig ausgewertet worden wären.

Dass aus einer solchen Auswertung für das erste Halbjahr 2009 keine relevanten Schlüsse für die Zeit ab 1. März 2010 bzw. ab Juli 2010 gezogen werden können, stellt eine Behauptung dar, deren Schlüssigkeit der Senat nicht erkennen kann. Dass ernsthaft die Möglichkeit besteht, dass die Vertragsärzte ihre Verordnungen gänzlich ändern werden, auch wenn die bisherige Praxis für die Zukunft nicht bindend ist, ist nicht ersichtlich. Ob die beabsichtigten Gebietslose einen solch großen Zuschnitt haben, dass die einzelnen Apotheker über keine relevant besseren Kenntnisse der Verschreibungspraxis der konkreten Ärzte bzw. Abrechnungsstelle verfügen -sondern nur mit einzelnen Praxen zusammenarbeiten- kann an dieser Stelle nicht beurteilt werden. Die Beschwerdegegnerin beruft sich allerdings auf den Umstand,

dass es sich bei den verordnenden sogenannten Anlaufstellen oft um Gemeinschaftspraxen oder medizinische Versorgungszentren handele, bei welchen die angestellten Ärzte oft wechselten. Ob dies von Relevanz ist, wird aufzuklären sein.

Aus der Entscheidung der Vergabekammer des Bundes (B. v. 29.09.2009 -VK 2-162/09) zu einer Ausschreibung eines Arzneimittelrabattvertrages nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#), welche gerade nicht in einzelnen Losen erfolgen sollte, lässt sich aus Sicht des Senats für die hiesige Ausschreibung kein Schluss ziehen, da die Materien zu unterschiedlich sind.

2.6 Der Senat macht von seinem ihm in [§ 123 S. 2, Alt. 2 GWB](#) eingeräumten Ermessen Gebrauch, die Sache an die Vergabekammer zurück zu verweisen. Diese hat –nach Auffassung des Senats zu Unrecht- den Nachprüfungsantrag bereits als unzulässig angesehen. Eine Befassung mit den Rügen in der Sache ist nicht erfolgt. Eine Sachaufklärung von Amts wegen ([§ 110 Abs. 1 GWB](#)) hat nicht stattgefunden. Die als Regelfall vorgesehene mündliche Verhandlung nach [§ 112 GWB](#) ist bislang ebenfalls unterblieben. Beide Seiten sollten aus Sicht des Senats Gelegenheit haben, die Relevanz der Rügen von der in Vergabesachen erfahrenen und zunächst berufenen Stelle geklärt zu erhalten. Eine nennenswerte Verzögerung des Ausschreibungsverfahrens durch diese Verfahrensweise ist nicht ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin darf derzeit den Zuschlag nicht erteilen. Dem Beweisantrag im Schriftsatz vom 6. Mai 2010, bei dem dahingestellt bleiben kann, ob es sich um einen solchen im engeren Sinne handelt angesichts der sehr allgemein gehaltenen Formulierungen, war deshalb an dieser Stelle nicht nachzugehen.

Eine Divergenzvorlage an das BSG ([§ 142a Abs. 4 SGG](#)) durfte nicht erfolgen. Dem Senat ist keine Entscheidung im Sinne des [§ 142a Abs. 4 S. 1 SGG](#) bekannt, von der er abweicht. Der Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 12.02.2010 ([L 21 SF 38/10 Verf](#)) ist nur aufgrund summarischer Prüfung ergangen. Zudem ist der Sachverhalt nicht mitgeteilt, so dass nicht ersichtlich ist, dass der Entscheidung eine gleichsetzbare Ausschreibung zu Grunde liegt. Weiter legt die Formulierung im dortigen Beschluss, die Antragsgegnerin habe u. a. die Anzahl der (zu beliefernden) Ärzte mitgeteilt nahe, dass sich das LSG Nordrhein-Westfalen nicht mit der Frage unterschiedlicher Vertriebswege befasst hat.

Der Senat weicht weiter von der Aussage, dass vergaberechtlich davon auszugehen sei, dass sich die Leistungserbringer pflichtgemäß –insbesondere unter Beachtung der in [§ 70 SGB V](#) niedergelegten Grundsätze- verhielten (enthalten in den Beschlüssen d. LSG Nordrhein-Westfalen vom 03.09.2009 –[L 21 KR 51/09 SFB](#)- und vom 19.11.2009 –[L 21 KR 55/09 SFB](#)), nicht ab.

Er trifft ferner keine -wie ihm von der Beschwerdegegnerin unterstellt wird- grundsätzliche Aussage, dass die Angabe der Verordnungsvolumina der Vergangenheit generell ungeeignet sei.

2.7 Die Zurückweisung der Beschwerde im Übrigen erfolgte zur Klarstellung, weil die Beschwerdeführerin jedenfalls rein formal mehr begehrt als eine bloße Neubefassung durch die Vergabekammer. Sie will nämlich zusätzlich eine Verpflichtung der Vergabekammer erreichen, allen ihren Anträgen stattzugeben.

3. Die Kostenentscheidung folgt aus [§§ 142a, 197a Abs. 1 SGG](#) i. V. m. [155 Abs. 1 S. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Zu entscheiden war nur über die Kosten dieses gerichtlichen Beschwerdeverfahrens.

Über die Kosten des Vergabekammerverfahrens hat nach Auffassung des Senats die Vergabekammer (erneut) zu befinden. Dies schließt die Entscheidung darüber ein, ob die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten im Verfahren vor der Vergabekammer für die letztlich (zumindest teilweise) obsiegende Seite notwendig gewesen ist.

Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden ([§§ 142a, 177 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2010-06-02