
-

Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	21
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	1.\t Das vergaberechtliche Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren eröffnet keine kartellrechtlichen Abwehransprüche, da es sich bei diesen nicht um „sonstige Ansprüche“ i.S.d. § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB handelt. Auch § 69 Abs. 2 Satz 1 HS 1 SGB V gebietet nicht die Prüfung kartellrechtlicher Abwehransprüche im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren. 2. Es ist angesichts der Regelung des § 130a Abs. 8 SGB V vergaberechtlich nicht zu beanstanden und verstößt insbesondere nicht gegen den Grundsatz der Produktneutralität, wenn Krankenkassen bei der Bestimmung des Gegenstandes von Arzneimittelrabattausschreibungen allein auf solche Arzneimittel bzw. Wirkstoffe abstellen, die bereits zu ihren Lasten an Versicherte abgegeben worden sind. Krankenkassen sind dabei nicht gehindert, einen in der Vergangenheit liegenden Stichtag festzulegen und ausschließlich Rabatte für in der „Lauer-Taxe“ zu diesem Stichtag geführte Arzneimittel nachzufragen. 3. Vor dem Hintergrund, dass die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts als auch des Europäischen Gerichtshofs ein überragendes Gemeinwohlinteresse

darstellt, unterliegt es auch vergaberechtlich keinen Bedenken, dass nicht miteinander im Wettbewerb stehende Krankenkassen vergleichbare Rabattkonditionen anstreben und angesichts dieses Bestrebens Gebietslose entsprechend gestalten.

4.

Eine Loslimitierung kann sich wettbewerbsfördernd auswirken, ist jedoch vergaberechtlich in der Regel nicht zwingend geboten.

5.

Das Eignungskriterium „Produktionskapazität“ stellt kein ungewöhnliches Wagnis dar, denn für gesetzliche Krankenkassen besteht bei der Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen angesichts ihrer Verpflichtung zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit ein erhebliches Interesse an dem Nachweis hinreichender Produktionskapazitäten.

6.

Die Nachforderung von Eignungsnachweisen – hier: Gewerbezentralregisterauszug, Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamtes, Bescheinigung einer Krankenkasse, dass der Gesamtsozialversicherungsbeitrag gezahlt wurde – ist jedenfalls dann zulässig, wenn sich der Auftraggeber die Nachforderung in der Vergabebekanntmachung vorbehalten hat. Eine vergaberechtlich unzulässige Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien resultiert allein aus der Nachforderung nicht.

Normenkette

-

1. Instanz

Aktenzeichen

-

Datum

-

2. Instanz

Aktenzeichen

L 21 KR 39/09 SFB

Datum

08.10.2009

3. Instanz

Datum -

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 18.03.2009 ([VK 3-55/09](#)) wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin und der Beigeladenen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens nach [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerin. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerin und die Beigeladene wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (AS) – ein pharmazeutisches Unternehmen, das auf den Gebieten Marketing und Vertrieb von Generikaprodukten tätig ist – wendet sich im Rahmen eines Feststellungsbegehrens nach Zuschlagerteilung gegen aus ihrer Sicht bestehende Vergabefehler im Rahmen einer Arzneimittelrabattausschreibung.

Die Antragsgegnerin (AG) hat gemeinsam mit weiteren AOK en den Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in einem EU-weit bekannt gemachten offenen Verfahren (Bekanntmachungsnummer 000) für eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren ausgeschrieben. Gegenstand der wirkstoffbezogenen Ausschreibung waren nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) in 64 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen (Angebotsfrist: 03.11.2008). Das Gebietslos 1 umfasste die AOK Bayern mit etwa 4,1 Millionen Versicherten, das Gebietslos 2 die AOK Rheinland-Hamburg und AOK Westfalen-Lippe (ca. 5 Millionen Versicherte), das Gebietslos 3 die AOK Hessen und AOK Plus (ca. 4,3 Millionen Versicherte), das Gebietslos 4 die AOK Baden-Württemberg, AOK Rheinland-Pfalz sowie AOK Saarland (ca. 5 Millionen Versicherte) und das Gebietslos 5 die AOK Berlin, AOK Brandenburg, AOK Bremen/Bremerhaven, AOK Mecklenburg-Vorpommern, AOK Niedersachsen, AOK Sachsen-Anhalt und AOK Schleswig-Holstein mit ca. 5,6 Millionen Versicherten.

Gegenstand der Ausschreibung waren zunächst die folgenden 64 Wirkstoffe:

Alendronsäure Levodopa + Benserazid Alfuzosin Levodopa + Carbidopa Allopurinol Lisinopril Amiodaron Lisinopril + HCT Amisulprid Melperon Amlodipin Metformin Azathioprin Metoclopramid Bisoprolol Metoprolol Bisoprolol + Hydrochlorothiazid (HCT) Metoprolol + HCT Captopril Mirtazapin Captopril + HCT Molsidomin Carvedilol Moxonidin Cefaclor Nifedipin Cefuroxim Nitrendipin Ciprofloxacin Olanzapin Citalopram Omeprazol, Clarithromycin Paroxetin Diclofenac Ramipril Doxazosin Ramipril + HCT Doxepin Ranitidin Enalapril Risperidon Enalapril + HCT

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

Im Hinblick auf den Wirkstoff Olanzapin musste die Ausschreibung aufgehoben werden, nachdem der Bundesgerichtshof (BGH) das für diesen Wirkstoff bestehende Patent wieder hergestellt hatte und der Vertrieb von generischem Olanzapin in der Bundesrepublik daraufhin eingestellt werden musste (Urteil v. 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 01.08.2008 (im Laufe des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01.09.2008 durch Bekanntmachung vom 10.09.2008 - Abl. 000 - sog. Stichtag) im Sortiment hatte. 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 erhielt der (einzige) Bieter den Zuschlag, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet hatte. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wurde 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 wurde die Höhe der möglichen Einsparungen auf der Grundlage von Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen (GWMZ) ermittelt. Hierbei berücksichtigten die AG 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). In die Berechnung der GWMZ wurde 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 entschieden (Teil A IV.2 der Verdingungsunterlagen).

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

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.

Die AS gab u.a. zu dem Gebietslos 1 (AOK Bayern) und dem Fachlos Nr. 6 (Amlodipin) ein Angebot ab. Sie beanstandete ferner gegenüber der AG unter dem 29.08., 15.09., 14.10., 24.10., 29.10. und 30.10.2008 mehrere - aus ihrer Sicht gegebene - Vergaberechtsverstöße, denen die AG im Wesentlichen nicht abhalf. Mit Schreiben vom 28.11.2008/04.12.2008 setzten die AG die AS gemäß [§ 13 Vergabeverordnung \(VgV\)](#) darüber in Kenntnis, dass sie in dem streitgegenständlichen Los bei der Zuschlagerteilung nicht berücksichtigt werde.

Im Nachprüfungsverfahren hat die AS im Wesentlichen geltend gemacht, dass ein Verstoß gegen [§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) HS 1 SGB V i.Vm. [§§ 19, 20 GWB](#) 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 zwingend eine Loslimitierung geboten gewesen wäre, dass die von den AG durchgeführte Wertung der Angebote bereits auf der ersten Wertungsstufe rechtswidrig sei, 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 habe und dass zahlreiche weitere Verstöße gegen Regelungen der Verdingungsordnung für Leistungen - Teil A (VOL/A) zu verzeichnen seien.

Mit Beschluss vom 18.03.2009, auf dessen Begründung Bezug genommen wird, hat die VK den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 18.03.2009 zugestellten Beschluss hat die AS am 30.03.2009 sofortige Beschwerde eingelegt. Sie macht im Wesentlichen geltend, dass kartellrechtliche Verstöße ([§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) HS 1 SGB V i.Vm. [§§ 19, 20 GWB](#)) sowohl im Nachprüfungs- als auch im Beschwerdeverfahren zu prüfen und im Hinblick auf die hier vorliegende Ausschreibung auch materiell zu bejahen seien.

Vergaberechtswidrig sei die Ausschreibung außerdem deshalb, weil pro Los lediglich ein Rabattvertragspartner und eine Laufzeit des RV von zwei Jahren vorgesehen sei. Zu beanstanden sei ferner die Aufteilung in fünf Gebietslose, die sich als zu großteilig und mittelstandsfeindlich erwiesen habe. Zur Wahrung mittelständischer Interessen hätte es sich überdies aufdrängen müssen, eine Loslimitierung vorzunehmen. Nach wie vor sei daran festzuhalten, dass die Stichtagsregelung mit Anknüpfung an die in der Lauer-Taxe am 01.09.2008 gelisteten PZN in diskriminierender und mittelstandsfeindlicher Weise die Wettbewerbsvorsprünge von Unternehmen mit einer größeren Produktbreite zementiere. Darüber hinaus sei das Eignungskriterium "Produktionskapazität" unzutreffend bestimmt worden. Ebenso sei die Eignungsprüfung fehlerhaft durchgeführt worden, weil die Nachforderungsmöglichkeit von Eignungsnachweisen gegen [§ 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#) verstoße. Abgesehen davon seien die Zuschlagskriterien u.a. deshalb vergaberechtswidrig, weil der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium unzulässig sei. Das Kriterium "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU" sei wegen Intransparenz und Unverständlichkeit rechtswidrig (Rüge der Unklarheit). Schließlich sei die bei der Angebotswertung zwingend vorgesehene zeitliche Abfolge gemäß der in [§ 25 VOL/A](#) geregelten vierstufigen Prüfung missachtet worden.

Die AG hat gemeinsam mit den weiteren an der Ausschreibung beteiligten AOK en in sämtlichen Fach- und Gebietslosen Zuschläge erteilt, nachdem der erkennende Senat sowohl Anträge auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (u.a. Beschluss v. 08.04.2009 - [L 21 KR 27/09 SFB](#)) als auch sofortige Beschwerden anderer Bieter zurückgewiesen hat (Beschlüsse v. 26.03.2009 - [L 21 KR 26/09 SFB](#) und v. 03.04.2009 - [L 21 KR 35/09 SFB](#)).

In dem anhängigen Verfahren hat der Senat den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde durch Beschluss vom 15.04.2009 abgelehnt.

Die Antragstellerin beantragt nunmehr,

gemäß [§ 123 Satz 3](#), 4 i.V.m. [§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) festzustellen, dass die Antragstellerin und Beschwerdeführerin durch das Handeln der Beschwerdegegnerinnen in ihren Rechten verletzt wurde.

Die Antragsgegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,

Die Beigeladene beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss der VK.

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

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragstellerin hat auch mit dem zuletzt gestellten Feststellungsantrag keinen Erfolg.

Der Feststellungsantrag ist zulässig. Nachdem sich das Vergabeverfahren durch die Erteilung der Zuschläge nicht nur im Hinblick auf das hier streitige Fach- und Gebietslos, sondern bezüglich sämtlicher Fach- und Gebietslose erledigt hat ([§ 123 Satz 4](#), [§ 114 Abs. 2 Satz 2 GWB](#)), ist der Antrag auf Feststellung einer Rechtsverletzung gemäß [§ 123 Satz 3 GWB](#) statthaft. Da eine solche Feststellung wegen der Bindungswirkung nach [§ 124 Abs. 1 GWB](#) der Vorbereitung eines möglichen Schadensersatzprozesses dient, hat die AS auch ein Feststellungsinteresse (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 16.11.2005 – [VII Verg 56/05](#), [VergabeR 2006, 411](#)).

Der Feststellungsantrag erweist sich jedoch als unbegründet. Nach nochmaliger Überprüfung verbleibt der Senat im Wesentlichen bei der Begründung, die bereits für den Beschluss vom 15.04.2009 tragend war.

Die AG ist ebenso wie die weiteren an der Ausschreibung beteiligten AOK en öffentlicher Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#) (vgl. EuGH, Urteil v. 11.06.2009 – [C-300/07](#)). Bei den hier streitigen Rabattvereinbarungen handelt es sich um öffentliche Lieferaufträge nach [§ 99 Abs. 1 und 2 GWB](#) (vgl. nur Senat, Beschluss v. 15.04.2009 – [L 21 KR 39/09 SFB](#) sowie Beschluss v. 10.09.2009 – [L 21 KR 51/09 SFB](#) jeweils m.w.N.).

Die Anwendbarkeit der §§ 97 – 115, 128 GWB für die Zeit ab 18.12.2008 ergibt sich aus [§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) HS 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 das Vergabeverfahren vor dem Inkrafttreten am 24.04.2009 begonnen hat (vgl. [§ 131 Abs. 8 GWB](#) n.F.).

Unzulässig war 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 (vgl. Beschluss v. 10.04.2002 – [Verg 6/02](#), [NZBau 2002, 583](#)) 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 v. 30.01.2009 – [L 21 KR 1/08 SFB](#)). Das ergibt sich 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. Die VK hat in dem angefochtenen Beschluss zutreffend darauf verwiesen, dass sich

an dieser Bewertung nichts durch die in [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) geregelte Rechtswegkonzentration ändert. Denn die von der AS geltend gemachten kartellrechtlichen Abwehransprüche beziehen sich nicht auf Handlungen in einem Vergabeverfahren im vorbeschriebenen Sinne, sondern sind gemäß [§ 104 Abs. 2 Satz 2 GWB](#) durch die Kartellbehörden und/oder im Sekundärrechtsschutz – mit Blick auf [§ 69 SGB V](#) – durch die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit zu prüfen.

Etwas anderes ergibt sich nicht daraus, dass gemäß [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) neben den Rechten aus [§ 97 Abs. 7 GWB](#) "sonstige Ansprüche", die auf die Vornahme oder das Unterlassen einer Handlung in einem Vergabeverfahren gerichtet sind, außer vor den Vergabeprüfstellen nur vor den Vergabekammern und dem Beschwerdegericht geltend gemacht werden können. Denn [§ 107 Abs. 2 Satz 1 GWB](#) setzt für die Bejahung der Antragsbefugnis u.a. voraus, dass ein Unternehmen eine Verletzung in seinen Rechten nach [§ 97 Abs. 7 GWB](#) durch die Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Damit sind VK und Beschwerdegericht grundsätzlich nur zuständig für Anträge von Unternehmen, die ein Interesse an einem Auftrag haben und soweit diese Anträge auf Maßnahmen im Vergabeverfahren (z.B. Aufhebung der Ausschreibung oder Erteilung des Zuschlages) gerichtet sind (Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 104 Rdn. 3; vgl. auch Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdn. 13). 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 (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 10.04.2002, a.a.O.). Hierzu gehören [§§ 19 Abs. 1](#), [20 Abs. 1](#) und 2 GWB jedoch nicht.

Bei dem kartellrechtlichen Missbrauchs-, insbesondere Diskriminierungs- und Behinderungsverbot handelt es sich um eine sowohl in der europäischen als auch in der nationalen Wettbewerbsordnung zentrale Regelung, die sich gegen einen der schwersten Verstöße richtet (vgl. Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdn. 15). Unterfiele die Geltendmachung kartellrechtlicher Abwehransprüche der Konzentrationswirkung des [§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB](#), bedeutete dies gleichzeitig, dass unmittelbarer Rechtsschutz in den dafür vorgesehenen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten und Sozialgerichten nicht zu erlangen und der Rechtsweg ggf. verfassungswidrig verkürzt wäre (Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 104 Rdn. 3; Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdn. 14). Darüber hinaus muss berücksichtigt werden, dass das unter einem besonderen Beschleunigungsgebot stehende Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren zur Klärung komplexer Fragen der Marktabgrenzung und der Bewertung der Frage, ob der jeweilige Auftraggeber marktbeherrschend ist, nicht geeignet ist (BGH Kartellsenat, Beschluss v. 18.01.2000 – [KVR 23/98](#), WuW/E Verg 297 = [DB 2000, 465](#), juris Rdn. 54). Zudem wird kartellrechtlichen Vorgaben hinreichend dadurch Rechnung getragen, dass das Vergabeverfahren den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Nichtdiskriminierung und der Transparenz Rechnung zu tragen hat und diese Grundsätze das vorrangig anzuwendende primäre und das sekundäre Gemeinschaftsrecht – z.B. die RL 2004/18 EG (Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR)) – prägen. Missbräuchlichen – insbesondere

diskriminierenden – Verhaltensweisen öffentlicher Auftraggeber soll gerade durch das Vergabeverfahren vorgebeugt werden. Dieses stellt sich – wie hier bei fehlerfreier Durchführung – als Ausgleich für die gebündelte öffentliche Nachfragemacht der Krankenkassen dar (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, a.a.O.; Zeiss in: jurisPK-VergR, Einl. VergR, Rdn. 181).

Ferner zwingt [§ 69 Satz 2](#) HS 1 SGB V in der hier anwendbaren Fassung des GKV-WSG vom 26.03.2007 ([BGBl. I 378](#) – seit 18.12.2008: [§ 69 Abs. 2 Satz 1](#) HS 1 SGB V) entgegen der Ansicht der AS nicht zur Überprüfung kartellrechtlich begründeter Abwehransprüche im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren. Denn die von der AS vertretene Auffassung findet weder im Gesetzeswortlaut noch in den Gesetzesmaterialien eine Stütze. Hintergrund der Anordnung der entsprechenden Anwendbarkeit der §§ 19 – 21 GWB ist, dass der Gesetzgeber die Möglichkeit gesehen hat, dass durch die erweiterten Fusionsmöglichkeiten von Krankenkassen marktbeherrschende Stellungen gegenüber Leistungserbringern entstehen. Durch die entsprechende Anwendung der Missbrauchs- und Diskriminierungsverbote soll gewährleistet werden, dass Krankenkassen marktbeherrschende Stellungen nicht missbrauchen, es zu keiner Diskriminierung der Vertragspartner und zu keinen Boykotten kommt (Ausschussbericht, [BT-Drucks. 16/4247, S. 35](#) zu [§ 69 SGB V](#)). Ein Bezug zum Kartellvergaberecht findet sich jedoch nicht, zumal bei der Abfassung des Ausschussberichts zum GKV-WSG noch streitig war, ob Vergaberecht überhaupt im Verhältnis zwischen den gesetzlichen Krankenkassen und Leistungserbringern anwendbar ist. In den Gesetzesmaterialien zum späteren GKV-OrgWG wird überdies nicht einmal angedeutet, dass die §§ 19 – 21 GWB im vergaberechtlichen Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren anwendbar sein sollen (vgl. Ausschussbericht [BT-Drucks. 16/10609 S. 52](#) f. zu [§ 69 SGB V](#) sowie S. 64 f. zu [§ 142a SGG](#)).

Ein Verstoß gegen [Art. 81, 82 EG](#) liegt bereits deshalb nicht vor, weil es sich bei den AG als Krankenkassen nicht um Unternehmen handelt (EuGH, Urteil v. 16.03.2004 – Az [C-264/01](#); vgl. auch EuGH, Urteil v. 05.03.2009 – Az.: C – 350/07 – Berufsgenossenschaften).

Entgegen der Ansicht der AS wurde das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder wettbewerbseinschränkend angewendet ([§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#)). Der Senat ist nach wie vor der Ansicht, 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 (vgl. auch Senat, Beschluss v. 10.09.2009, a.a.O ...). 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 Zuschläge erhalten haben.

Schließlich ist Folgendes zu berücksichtigen: Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen stellt für Krankenkassen das einzige Instrument dar, die ihnen gesetzlich eingeräumte Möglichkeit des Abschlusses von Rabattverträgen

nach [§ 130a Abs. 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, auch wenn die Verordnung des Vertragsarztes als Vertreter der Krankenkassen und Schlüsselfigur in der Arzneimittelversorgung diesen im Rahmen des Sachleistungssystems ([§ 2 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#)) zuzurechnen ist (Senat, Beschluss v. 10.09.2009, a.a.O. und Beschluss v. 24.09.2009 – [L 21 KR 45/09 SFB](#) m.w.N.). 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 war auch nicht gehalten, den Abschluss derartiger Rahmenverträge – bezogen auf ein Gebiets- und Fachlos – mit mehr als nur einem pharmazeutischen Unternehmer vorzusehen. Der Senat hat u.a. in dem den Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde zurückweisenden Beschluss vom 15.04.2009 ausgeführt: "Es würde den (gewollten) Wettbewerb unter den pharmazeutischen Unternehmern massiv behindern, könnten (z.B.) drei Bieter mit den insgesamt wirtschaftlichsten Angeboten in gleichem Umfang die Versicherten der AG mit Arzneimitteln versorgen. Der Anreiz, das wirtschaftlichste Angebot abzugeben, würde beeinträchtigt und die Spekulation, mit dem zweit- oder gar drittwirtschaftlichsten Angebot weiter an der Versorgung der Versicherten teilhaben zu können, befördert. Eine derartige Folge lässt sich mit [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) nicht begründen." Der Senat hält daran fest, dass es vergaberechtlich zulässig ist, Rahmenrabattverträge mit nur einem Vertragspartner zu schließen. Jedoch wird die Auffassung, die Einbeziehung mehrerer Vertragspartner behindere massiv den Wettbewerb, in dieser Absolutheit nicht aufrecht erhalten (vgl. hierzu Beschluss v. 03.09.2009 – [L 21 KR 51/09 SFB](#)). Daraus folgt jedoch – wie bereits dargelegt – nicht, dass die Berücksichtigung mehrerer Bieter vergaberechtlich zwingend geboten ist.

Die Aufteilung in fünf Gebietslose unterliegt entgegen der Auffassung der AS keinen Bedenken. Denn die Losaufteilung verstieß weder gegen [§ 97 Abs. 3 GWB](#) noch gegen [§ 5 Nr. 1 VOL/A](#). Die AG und die beteiligten AOK en 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. Denn bereits das eigene Verhalten der AS, die Angebote auf insgesamt mehr als 50 Wirkstoffe 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 müsse, 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 für die Entscheidung des Loszuschnitts tragenden Gründe wurden 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 AOK en zunächst von der AOK Bayern, also der AG, 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 wurde die Zahl der Gebietslose aus dem Gesichtspunkt heraus erläutert, dass bei einem disproportionalen Loszuschnitt mitgliederschwachen AOK'en möglicherweise wesentlich ungünstigere Rabattkonditionen eingeräumt würden und darüber hinaus die Gefahr bestehe, dass die Aufteilung der Gebiete einzelner AOK'en zu einer unwirtschaftlichen Zersplitterung der Auftrags führen könne (Vergabevermerk, S. 11). Damit wurden 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 AOK en (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 (BVerfG, Beschluss v. 28.02.2008 – [1 BvR 2137/06](#), [NZS 2009, 91](#); vgl. auch EuGH, Urteil v. 19.05.2009 – EuGH, Urteil v. 19.05.2009 – [C 171/07](#) und [C 172/07](#) – "Doc Morris", [GewArch 2009, 298](#) Rdn. 18 jeweils m.w.N.) – dient.

Ob die AS im Übrigen vor dem Hintergrund, dass sie Konzerntochter eines weltweit tätigen Generikaherstellers mit einem Jahresumsatz in 2007/2008 von ca. 230 Mio. Euro ist, noch als mittelständisches Unternehmen qualifiziert werden und sich dementsprechend auf [§ 97 Abs. 3 GWB](#), [§ 5 Nr. 1 Satz 1 VOL/A](#) berufen kann, erscheint zweifelhaft, kann jedoch offen bleiben.

Nicht zu beanstanden ist ferner, dass auf eine Loslimitierung – die grundsätzlich dem Zweck dient, von vornherein einer größeren Zahl von Bietern Chancen für einen Auftrag zu geben (OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.06.2000 – [Verg 6/00](#), [NZBau 2000, 440](#)) – verzichtet worden ist. 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 v. 23.01.2009, a.a.O., OLG Düsseldorf, Beschluss v. 15.06.2000, a.a.O.).

Ebenso wenig wurde 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 (auch) der 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 war, 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](#) ging. 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 der 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 rechtfertigte sich somit aus der Art der Ausschreibung und ihrem Gegenstand – den Rabatten – heraus. Angesichts dessen durfte die AG (ebenso wie die weiteren AOK en) ihren Beschaffungsbedarf unter Zugrundelegung der Lauer-Taxe festlegen. Hervorzuheben ist, dass durch das Abstellen auf die Listung in der Lauer-Taxe kein Unternehmen diskriminiert wurde, 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 und die weiteren AOK en 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 Unternehmen schließen. Jedenfalls war es bei dieser Gesetzeslage nicht erforderlich, dass die AG den pharmazeutischen Unternehmen vor Durchführung der Ausschreibung durch die Wahl eines in der Zukunft liegenden Stichtages Gelegenheit gibt, ihre autonomen unternehmerischen Entscheidungen hinsichtlich der sich aktuell auf jenem Markt befindlichen Arzneimittel zu korrigieren und ergebnisorientiert zu optimieren. Für das Abstellen auf den real existierenden, der Versorgung der Versicherten in der Vergangenheit dienenden Markt gibt es weitere sachliche Gründe: Nur bei solchen Arzneimitteln besteht nämlich für die AG die Möglichkeit, das Einsparvolumen durch den Rabattvertrag realistisch zu beurteilen, weil nur in diesem Fall das Verordnungsvolumen der Vergangenheit bekannt ist. Darüber hinaus erscheint es auch fraglich, ob die Wirtschaftlichkeit eines Angebots, das (auch) auf einem zu einem späteren Zeitpunkt (als dem Ausschreibungsbeginn) erstmals gelisteten generischen Arzneimittel beruht, im Vergleich zu anderen, länger auf dem Markt befindlichen Generika zuverlässig zu beurteilen wäre. Insoweit ist nämlich auch die Akzeptanz des generischen Arzneimittels bei Ärzten und Versicherten, die trotz der Regelung des [§ 129 Abs.1 Satz 3 SGB V](#) eine nicht unerhebliche Rolle spielen dürfte, zu berücksichtigen. Gerade diese lässt sich aber wegen fehlender Erfahrungswerte überhaupt nicht beurteilen. Dabei verkennt der Senat nicht, dass bei den pharmazeutischen Unternehmen im Hinblick auf den Umfang der Ausschreibung und das Recht, für einen Zeitraum von 2 Jahren die Versicherten der AG im Rahmen des Zuschlags exklusiv mit Arzneimitteln zu versorgen, der nachvollziehbare Wunsch entsteht, die in der Vergangenheit getroffenen unternehmerischen Entscheidungen nunmehr den geänderten Rahmenbedingungen anzupassen. Das gesetzgeberische Konstrukt des Rabattvertrages mit der Anknüpfung an die in der Vergangenheit erfolgte Versorgung der Versicherten sowie die diesen Regelungen zugrunde liegenden sachlichen Erwägungen stehen dem jedoch entgegen.

Darüber hinaus ist die Stichtagsregelung durch die 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 hat 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 ermöglicht (so auch VK Baden-Württemberg, Beschluss v. 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 wurde 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 an diesen "Zustand" diskriminierende Wirkungen zu sehen, zumal der Stichtag jedenfalls nicht willkürlich gewählt, sondern auf den letzten möglichen Termin ("aktueller Pool") vor der Ausschreibung abgestellt wurde.

Schließlich ist nach Ansicht des Senats auch ein Verstoß gegen das Gebot der Produktneutralität ([§§ 8 Nr. 3 Abs. 3](#), 8a Nr. 5 Satz 1 VOL/A) nicht gegeben. Diese Normen schließen es nicht aus, bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs und unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Auftragsgegenstandes – hier: Nachfrage nach Rabattangeboten für ohnehin zu vergütende Arzneimittel in Gestalt sog. Rabatt-ApU s – an die auf dem Markt anerkannte Lauer-Taxe anzuknüpfen. Die Bestimmungen zur Produktneutralität (vgl. etwa [§ 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A](#) und [§ 8 Nr. 5 VOL/A](#)) sind solche, die "Leistungsbeschreibungen" bzw. "technische Spezifikationen" betreffen. Sie sind grundsätzlich von vornherein nicht einschlägig bei der Bestimmung des Beschaffungsbedarfs, weil es dem öffentlichen Auftraggeber obliegt, seinen Bedarf zu definieren (vgl. Senat, Beschluss v. 24.08.2009 – [L 21 KR 45/09 SFB](#) m.w.N.). 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. Dass mit der Verwendung des Produkt- und Rabattblattes dem Transparenzgrundsatz hinreichend Rechnung getragen worden ist, hat der Senat bereits in dem Beschluss vom 15.04.2009 dargestellt.

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

Im Übrigen hat die AS im Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren auch eine Verletzung ihrer Rechte nicht hinreichend konkret dargelegt ([§§ 107 Abs. 2](#), [97 Abs. 7 GWB](#)). Die AS hat zwar gerügt, dass es interessierten Anbietern durch die Festschreibung des Stichtages "Lauer-Taxe 01.09.2008" nicht mehr möglich gewesen sei, weitere PZN mit dem Ziel einer Erweiterung des Sortiments in die Lauer-Taxe eintragen zu lassen. Jedoch hat es die AS verabsäumt, darzulegen, inwieweit sie bei der Wahl eines späteren Stichtages ein – dann zuschlagfähiges – Angebot hätte vorlegen können. Sie hat keine Wirkstoffe und/oder Darreichungsformen und/oder Packungsgrößen bezeichnet, die sie kurzfristig zur Lauer-Taxe hätte nachmelden können (oder wollen). Die AS hätte jedoch konkret darlegen müssen, inwieweit sie die Möglichkeit gehabt hätte, ihr Produktportfolio zu verändern (optimieren), und ferner, dass sich diese Veränderung positiv auf ihre Chancen, den Zuschlag für die betreffenden Fachlose zu erhalten, ausgewirkt hätte. Es hätte in diesem Zusammenhang auch weiterer konkreter Darlegungen dazu bedurft, in welchem Zeitraum die AS die betreffenden Veränderungen an ihrem Produktportfolio hätte vornehmen können. Klar dürfte sein, dass die Einräumung einer nach Monaten bemessenen Frist in jedem Fall ausscheidet, weil dies mit den

berechtigten Interessen der AG nicht in Einklang gestanden hätte. Es käme somit darauf an, ob die AS selbst unmittelbar die Möglichkeit der Meldung von weiteren Arzneimitteln zur Lauer-Taxe gehabt hätte oder ob sie diese Voraussetzung erst durch Kauf von Zulassungen oder Kooperationen mit anderen Herstellern hätte schaffen müssen. Träfe Letzteres zu, erschiene zumindest fraglich, ob es der AS überhaupt möglich gewesen wäre, in einem zeitlich noch akzeptablen Rahmen Veränderungen an ihrem Produktportfolio vorzunehmen. Zu all dem hat die AS nichts vorgetragen. Es ist deshalb nicht vom Eintritt eines Schadens der AS aufgrund des Abstellens auf die Lauer-Taxe zu dem Stichtag 01.09.2008 auszugehen. Es kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass sich die Zuschlagschancen der Bieter bereits deshalb überall dort verschlechtert haben, wo sie für die streitgegenständlichen Wirkstoffe nicht sämtliche Preisvergleichsgruppen mit sämtlichen Wirkstoffen abdecken können. Dieser Ansatz lässt die Vorgaben des [§ 97 Abs. 7 GWB](#) außer Acht und führt zu einer rein abstrakten Betrachtungsweise.

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 v. 03.06.2004, a.a.O.). 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 v. 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 gewählten 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. Es wurde zu Recht darauf abgestellt, dass die für die Gesamtwirtschaftlichkeitsbewertung erforderlichen Daten einschließlich der verwendeten Formeln jedem Bieter zugänglich gemacht wurden. Mit diesen Unterstützungsleistungen konnten professionelle Bieter ohne weiteres erkennen, dass ein Angebot um so wirtschaftlicher ist, je höher die GWMZ ausfällt. Anders

ausgedrückt: Je geringer der Rabatt-APU, desto kleiner die GWMZ.

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

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 Vorgehen unter dem Gesichtspunkt der Gewährleistung von Versorgungssicherheit keinen durchgreifenden Bedenken unterliegt.

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 v. 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](#)). Hier haben die AG in der Vergabebekanntmachung (III.2.1.d) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die o.g. Nachweise auf gesonderte Anforderung von den Bietern nachzureichen waren. Eine vergaberechtlich unzulässige Vermengung von verschiedenen Wertungsstufen, insbesondere von Eignungs- und Zuschlagskriterien (vgl. hierzu BGH, Urteil v. 16.10.2001 – [X ZR 100/99](#), [VergabeR 2002, 42](#) f. sowie Urteil v. 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. Eine Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien wurde jedoch von der AS weder behauptet noch haben sich ansonsten durchgreifende Anhaltspunkte hierfür gezeigt.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass wie sich den Verdingungsunterlagen entnehmen lässt, entgegen der Auffassung der AS nicht der Preis als alleiniges

Zuschlagskriterium bestimmt worden ist. Selbst wenn jedoch ausschließlich auf den Preis abgestellt worden wäre, wäre dies vergaberechtlich nicht zu beanstanden gewesen (vgl. BGH, Urteil v. 16.10.2001, a.a.O.).

Der Senat sah sich nicht gehalten, den EuGH um Vorabentscheidung zu den von der AS schriftsätzlich aufgeworfenen Vorlagefragen zu ersuchen. Denn das Vergabeverfahren verstößt aus den von der VK und den vom Senat aufgezeigten Gründen nicht gegen europarechtliche Vorschriften.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 2 VwGO](#); die Kostenfolge für den vom Senat mit Beschluss vom 15.04.2009 abgelehnten Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der sofortigen Beschwerde ergibt sich aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1 VwGO](#). Es entspricht gemäß [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 162 Abs. 3 VwGO](#) schon deshalb der Billigkeit, der AS auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen für das Beschwerdeverfahren aufzuerlegen, weil diese erfolgreich Anträge gestellt hat (vgl. nur BSG, Urteil v. 31.05.2006 – [B 6 KA 62/04 R, NZS 2007, 391](#)). Die Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Kosten der AS und der BG folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 162 Abs. 2 VwGO](#). Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AG und BG war notwendig.

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

Erstellt am: 27.01.2010

Zuletzt verändert am: 27.01.2010