

---

### 3 VK-46/09

#### Sozialgerichtsbarkeit Bundesrepublik Deutschland

Land	-
Sozialgericht	Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet	Krankenversicherung
Abteilung	21
Kategorie	-
Bemerkung	-
Rechtskraft	-
Deskriptoren	-
Leitsätze	-
Normenkette	-

#### 1. Instanz

Aktenzeichen	3 VK-46/09
Datum	-

#### 2. Instanz

Aktenzeichen	L 21 KR 44/09 SFB
Datum	08.10.2009

#### 3. Instanz

Datum	-
-------	---

Die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 27.03.2009 ([VK 3-46/09](#)) wird zurückgewiesen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens nach [§ 118 Abs. 1 Satz 3 GWB](#) einschließlich der außergerichtlichen Kosten der Antragsgegnerinnen. Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen wird für notwendig erklärt.

Gründe:

I.

Die Antragsstellerin und Beschwerdeführerin (AS), die u.a. nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) produziert und vertreibt, begehrt – nachdem die Antragsgegnerinnen (AG) die Zuschläge auf die Rabattverträge gemäß [§ 130a Abs. 8](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) erteilt haben – die Feststellung, dass sie durch das Vergabeverfahren in ihren Rechten verletzt worden ist.

---

Die Antrags- und Beschwerdegegnerinnen (AG) haben den Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) in einem EU-weit bekannt gemachten offenen Verfahren (Bekanntmachungsnummer 2008/S 154-20 79 65) für eine Vertragslaufzeit von zwei Jahren ausgeschrieben. Gegenstand der wirkstoffbezogenen Ausschreibung waren nicht patentgeschützte Arzneimittel (Generika) in 64 Fachlosen (Wirkstoffe) und 5 Gebietslosen. 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 und AOK Saarland (ca. 5 Millionen Versicherte) und das Gebietslos 5 die AOK Berlin, AOK Brandenburg, AOK Bremen/Bremerhaven, AOK Mecklenburg-Vorpommern, AOK Niedersachsen, AOK Sachsen-Anhalt und AOK Schleswig-Holstein mit ca. 5,6 Millionen Versicherten.

Gegenstand der Ausschreibung waren (zunächst) die folgenden 64 Wirkstoffe:

Alendronsäure  
Alfuzosin  
Allopurinol  
Amiodaron  
Amisulprid  
Amlodipin  
Azathioprin  
Bisoprolol  
Bisoprolol + Hydrochlorothiazid (HCT)  
Captopril  
Captopril + HCT  
Carvedilol  
Cefaclor  
Cefuroxim  
Ciprofloxacin  
Citalopram  
Clarithromycin  
Diclofenac  
Doxazosin  
Doxepin  
Enalapril  
Enalapril + HCT  
Felodipin  
Finasterid  
Furosemid  
Gabapentin  
Glimepirid  
HCT  
Ibuprofen  
Isosorbiddinitrat  
Isosorbidmononitrat  
Itraconazol

---

Levodopa + Benserazid  
Levodopa + Carbidopa  
Lisinopril  
Lisinopril + HCT  
Melperon  
Metformin  
Metoclopramid  
Metoprolol  
Metoprolol + HCT  
Mirtazapin  
Molsidomin  
Moxonidin  
Nifedipin  
Nitrendipin  
Olanzapin  
Omeprazol,  
Paroxetin  
Ramipril  
Ramipril + HCT  
Ranitidin  
Risperidon  
Roxithromycin  
Sertralin  
Simvastatin  
Spironolacton  
Sumatriptan  
Tamsulosin  
Terazosin  
Torasemid  
Tramadol  
Trimipramin  
Verapamil

Hinsichtlich des Wirkstoffs Olanzapin wurde die Ausschreibung wegen eines bestehenden Patentrechts (vergl. insoweit Bundesgerichtshof (BGH), Urteil v. 16.12.2008 [X ZR 89/07](#)) aufgehoben.

Nach den Verdingungsunterlagen hatte jeder Bieter pro angebotenem Fachlos (Wirkstoff) und je Gebietslos einen "Rabatt-ApU" (Rabatt-Apothekenverkaufspreis) für alle Pharmazentralnummern (PZN) anzubieten, die er für den angebotenen Wirkstoff nach der "Lauer-Taxe" am 01. August 2008 (im Laufe des Ausschreibungsverfahrens geändert auf den 01.09.2008 – sog. Stichtag) im Sortiment hatte.

Die "Lauer-Taxe", auch ABDA-Artikelstamm oder große deutsche Spezialitätentaxe genannt, die in 14-tägigem Rhythmus aktualisiert wird, enthält die Daten aller bei der Informationsstelle für Arzneimittelspezialitäten 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 eindeutige Identifizierung jedes Arzneimittels nach den dargestellten Kriterien.

Je Wirkstoff und Gebietslos erhielt allein ein Bieter den Zuschlag, nämlich der, der das wirtschaftlichste Angebot unterbreitet hatte. Die Wirtschaftlichkeit des Angebots wurde an Hand von zwei Kriterien ermittelt: Zum einen mit dem Kriterium "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU s", zum anderen an Hand 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 Bietern wurde 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). In einer weiteren Spalte wurde dem Bieter das "Ergebnis Wirtschaftlichkeitsmaßzahl (WMZ) Angebot je PZN angezeigt". Aus den WMZ wurden sodann durch Addition der jeweiligen WMZ je PZN die GWMZ errechnet, die sich auf die einzelnen Gebietslose bezogen und grundsätzlich über die Bieterreihenfolge je Wirkstoff und je Gebietslos entscheiden sollten (Teil A IV.2 der Verdingungsunterlagen).

Gemäß § 2 Abs. 2 Rabattvertrag (RV) errechnete sich der Rabatt je PZN nach der Formel  $\text{Rabatt} = \text{ApU (Apothekenverkaufspreis)} - \text{Rabatt-ApU}$ . 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 (über deren Bundesverband) an die AG zu zahlen.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin (AS) ist eine deutsche Tochtergesellschaft der italienischen Menarini-Gruppe, einem weltweit tätigen Pharmakonzern. Die AS reichte Angebote für 5 Fachlose, u.a. für die hier streitbefangenen Wirkstoffe Enalapril (Fachlos Nr. 21) zu dem Gebietslos 2 (AOK Rheinland-Hamburg) und HCT (Fachlos Nr. 28) zu dem Gebietslos 1 (AOK Bayern) ein. Die AG teilten der AS unter dem 28.11.2008 gemäß § 13 der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) mit, dass die AS keinen Zuschlag auf eines ihrer Gebote erhalten solle, sondern dass vielmehr das beigefugte pharmazeutische Unternehmen für den Zuschlag vorgesehen sei.

---

Die VK des Bundes hat den am 12.12.2008 wegen der Vergabe der Rabattverträge für die Wirkstoffe Enalapril (Fachlos Nr. 21) zu dem Gebietslos 2 (AOK Rheinland-Hamburg) und Hydrochlorotiazid (Fachlos Nr. 28) zu dem Gebietslos 1 (AOK Bayern) gestellten Nachprüfungsantrag durch Beschluss vom 27.03.2009 – auf dessen Begründung Bezug genommen wird – als unbegründet zurückgewiesen.

Gegen den ihr am 27.03.2009 zugestellten Beschluss der VK hat die AS am 14.04.2009 sofortige Beschwerde bei dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen eingelegt und geltend gemacht: Die Ausschreibung der Antragsgegnerin verstoße gegen Art. 81, 82 EG-Vertrag (EGV) sowie [§ 69 Abs. 2 Satz 1 SGB V](#) i.V.m. den [§§ 19, 20](#) des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Diese Vorschriften seien auch im Vergabenachprüfungs- und Beschwerdeverfahren vollinhaltlich zu prüfen. Der von den AG gewählte Loszuschnitt verletze die nicht nur den Mittelstandsschutz bezweckenden Vorschriften des [§ 97 Abs. 3 GWB](#) und des § 5 Nr. 1 der Verdingungsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A). Die AG seien dazu verpflichtet gewesen, Gebietslose entsprechend den 15 AOK-Landesverbänden zu bilden. Darüber hinaus verlange [§ 97 Abs. 3 GWB](#) i.V.m. dem Grundsatz der Chancengleichheit der Bieter nach [§ 97 Abs. 2 GWB](#) und dem Wettgewerbsgrundsatz des [§ 97 Abs. 1 GWB](#), eine Loslimitierung vorzunehmen. Die AG seien gehalten gewesen, eine Beschränkung dahingehend vorzusehen, dass an jeden Bieter nur eine bestimmte Zahl von Gebietslosen vergeben werde.

Ferner liege ein Verstoß gegen [§ 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A](#) vor, wonach das Instrument der Rahmenvereinbarung nicht missbräuchlich oder in einer wettbewerbsbehindernden oder -verzerrenden Art und Weise angewendet werden dürfe. Die von den AG verwendete Berechnungsformel zur Ermittlung des Zuschlagskriteriums "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU", d.h. der Höhe der möglichen Einsparungen der AG pro Gebiets- und Fachlos sei vergaberechtswidrig. Aufgrund der verwendeten Berechnungsformel liege ein Verstoß gegen die [§§ 97 Abs. 2, 5 GWB](#) und die [§§ 2 Nr. 2, 25 Nr. 3 VOL/A](#) vor, da es im Rahmen der Wertung zwangsläufig und vorhersehbar zu einer Besserstellung von Anbietern von Arzneimitteln komme, deren ApU auf bzw. unter dem Festbetrag liege. Dies stelle eine Diskriminierung von Unternehmen – wie der AS – dar, die ihre Produkte über dem Festbetrag anbieten. Über die Auswahl wie über die Anwendung der Zuschlagskriterien habe ein öffentlicher Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden. Die Ausgestaltung des Wertungsprozesses beruhe auf einem Ermessensnichtgebrauch der AG, denn sie gingen – unzutreffend – davon aus, dass die von ihnen gewählte Berechnungsformel zur Ermittlung des Zuschlagskriteriums Wirtschaftlichkeit des "Rabatt-APU" der einzig mögliche und von [§ 31 Abs. 2 Satz 2 SGB V](#) angeblich zwingend vorgeschriebene Weg sei, den Mehrkostenausgleich bei Festbetragsüberschreitung im Rahmen der Entscheidung über die Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Entgegen dieser Annahme sei es aber beispielsweise auch möglich gewesen, in den Rabattvertrag selbst eine vertragliche Regelung über einen Mehrkostenausgleich (eine Erstattung) bei Festbetragsüberschreitungen aufzunehmen. Es sei Anbietern, deren ApU über dem Festbetrag liege, faktisch unmöglich gewesen, ein wettbewerbsfähiges Angebot abzugeben. Es sei unzulässig, dass die von den AG verwendete Berechnungsformel vorsehe, dass der Betrag etwaiger festbetragsbedingter Aufzahlung bei der

---

Berechnung des bereinigten Rabatt-APU s als zweiter Summand angesetzt werde. Zudem hätten die AG bei der Auswahl und Anwendung des Zuschlagskriteriums Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU und der entsprechenden Berechnungsformel gegen [§ 97 Abs. 5 GWB](#), [§§ 25 Nr. 3, 25a VOL/A](#) verstoßen, indem sie die Betroffenheit der Grundrechte der Anbieter nicht ausreichend beachtet hätten. Das Zuschlagskriterium Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU verletze die Antragstellerin in ihren Grundrechten aus [Art. 12 Abs. 1](#) und [Art. 3 Abs. 1 GG](#).

Die AG haben in sämtlichen Fach- und Gebietslosen Zuschläge erteilt, nachdem der erkennende Senat sowohl Anträge auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung (u.a. der AS in diesem Verfahren durch Beschluss vom 28.04.2009 sowie anderer Bieter, z.B. durch 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](#)).

Die Antragstellerin beantragt,

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 Antragsgegnerinnen beantragen,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen.

Sie verteidigen den angefochtenen Beschluss der VK.

Die Beigeladene hat keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den übrigen Inhalt der Gerichts- und Vergabeakten sowie der Akten der Vergabekammer Bezug genommen.

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 die hier streitigen Fach- und Gebietslose, 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. Auch nach

---

nochmaliger Überprüfung verbleibt der Senat dabei, dass Rechte der AS durch das Vergabeverfahren der AG nicht verletzt worden sind.

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

Die AG sind öffentliche Auftraggeber i.S.d. [§ 98 Nr. 2 GWB](#) (vergl. 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](#) (vergl. 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.).

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 (vergl. 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 (vergl. 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 ferner auch 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 Rdnr. 3; vgl. auch Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdnr. 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 (vergl. 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 (vergl. Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdnr. 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 Rdnr. 3; Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdnr. 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 Rdnr. 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 (vergl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 23.01.2009, a.a.O.; Zeiss in: jurisPK-VergR, Einl. VergR, Rdnr. 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

---

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 (vergl. Ausschussbericht [BT-Drucks. 16/10609 S. 52](#) f. zu [§ 69 SGB V](#) sowie S. 64 f. zu [§ 142a SGG](#)).

Ein Verstoß gegen die Artikel 81, 82 des EGV liegt nicht vor, denn die AG handeln beim Abschluss von Rabattverträgen nach [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) nicht als Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften. Hinsichtlich der Krankenkassen der gesetzlichen Krankenversicherung in Deutschland hat der EuGH bereits explizit entschieden (Urteil vom 16.03.2004, Az [C-264/01](#)), dass diese von dem Begriff des Unternehmens im Rahmen des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts nicht erfasst werden, weil sie ohne die Möglichkeit der Einflussnahme ihren Mitgliedern im Wesentlichen die gleichen Pflichtleistungen zu gewähren hätten und zudem untereinander zu einer Art Solidargemeinschaft zusammengeschlossen seien. Dies hat der EuGH für die Berufsgenossenschaften unter Bezugnahme auf diese Rechtsprechung jüngst noch einmal bestätigt (Urteil vom 05.03.2009, Az.: C - 350/07). Diese Erwägungen des EuGH beanspruchen auch im Hinblick auf die zwischenzeitlich eingetretenen Änderungen im deutschen Krankenversicherungsrecht (Einführung von Wahltarifen zum 01.04.2007 - [§ 53 SGB V](#) - sowie die Schaffung des Gesundheitsfonds zum 01.01.2009 - [§ 266 SGB V](#)) weiterhin Gültigkeit, weil trotz dieser gesetzlichen Änderungen die relevanten Grundstrukturen erhalten geblieben sind (vergl. insoweit auch LSG Baden-Württemberg Beschluss vom 23.01.2009 a.a.O.).

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 (vergl. 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 28.04.2009 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 (ver gl. Summa/Kullack in: jurisPK-VergR, [§ 97 GWB](#), Rdnr. 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 Aufträge 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.

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.).

Entgegen der Auffassung der AS stellt sich die Angebotsbewertung der AG, nämlich die Berechnungsformel zur Ermittlung des Zuschlagskriteriums "Wirtschaftlichkeit des Rabatt-APU" nicht als vergaberechtswidrig dar. Ein Verstoß gegen [§ 97 Abs. 2, 5 GWB](#), [§§ 2 Nr. 2, 25 Nr. 3 VOL/A](#), liegt nicht vor. Entgegen der Auffassung der AS beinhaltet die von den AG verwendete Berechnungsformel zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit der Angebote keine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung oder

---

Diskriminierung von Unternehmern, die ihre Arzneimittel über den jeweils geltenden Festbeträgen (vgl. [§§ 35 ff. SGB V](#)) anbieten. Die gesetzgeberische Intention bei der Schaffung dieser gesetzlichen Regelungen besteht im Erreichen einer qualitativ hochwertigen Arzneimittelversorgung auf einem möglichst günstigen Preisniveau (vergl. Wagner in: Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, [§ 35 SGB V](#) Rdnr. 2). Die Einführung eines Erstattungshöchstbetrages (Festbetrag) zielt durch die Anreizung des Wettbewerbs unter den Leistungserbringern letztlich darauf, dass sich Preise auf oder unter der Höhe des Festbetrags am Markt etablieren. Von diesem gesetzlich angestrebten Regelfall geht die Berechnungsformel der AG zur Bewertung der Angebote aus. Die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Steuerungsinstrument der Festbeträge beimisst, verdeutlichen ferner die Regelungen des [§ 31 Abs. 2 Satz 2 und Satz 3 SGB V](#). [§ 31 Abs. 2 Satz 3](#) normiert ausdrücklich, dass Rabattvereinbarungen nach [§ 130a Abs. 8](#) nur zulässig sind, wenn hierdurch die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrages ausgeglichen werden. Satz 2 dieser Vorschrift bestimmt, dass die Krankenkasse im Falle des Bestehens eines Rabattvertrages nach [§ 130a Abs. 8](#) den Apothekenverkaufspreis dieses Mittels abzüglich der Zuzahlungen und Abschläge nach [§§ 130 und 130a Abs. 1, 3a und 3b](#) trägt. Gerade diesen gesetzlichen Regelungen trägt die Berechnungsformel der AG zur Bewertung der Angebote Rechnung. Die Anknüpfung an die jeweils geltenden Festbeträge für die zu rabattierenden Arzneimittel stellt im Hinblick auf die Gesetzeslage nicht nur ein sachgerechtes und naheliegendes, sondern auch notwendiges ([§ 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V](#)) Kriterium – gerade auch für die Angebotsbewertung – dar. Der Gesetzgeber verfolgt hier erkennbar das Ziel, zu verhindern, dass im Rahmen von Verträgen gemäß [§ 130a Abs. 8 SGB V](#) erzielte Rabatte durch das Überschreiten von Festbeträgen minimiert oder gar ausgeglichen werden. Bei dieser Sachlage ist es dann auch nur folgerichtig, wenn die AG bestrebt sind, diese gesetzgeberische Absicht bereits im Rahmen der Angebotsbewertung zu berücksichtigen. Es musste sich den AG deshalb keineswegs aufdrängen, zum Zwecke der Wahrung dieser gesetzgeberischen Vorgaben außerhalb des Bewertungsverfahrens durch eine entsprechende Erstattungsverpflichtung der pharmazeutischen Unternehmen die Beachtung dieser gesetzgeberischen Absicht zu gewährleisten. Eine entsprechende Verpflichtung im Rabattvertrag, die der AS vorschwebt, hätte zudem gegenüber dem praktizierten Bewertungsverfahren für die AG einen höheren Verwaltungsaufwand wegen der nachträglich durchzuführenden Erstattung, eine Vorleistungspflicht verbunden mit einem Zinsverlust (weil die entsprechenden Beträge zunächst einmal hätten vorfinanziert werden müssen) und außerdem ein erweitertes Insolvenzrisiko bedeutet. Es kann deshalb keine Rede davon sein, dass die Bewertung der Angebote (aufgrund der Berechnungsformel der WMZ) auf einem Ermessensfehler der AG beruht.

Da die Bewertung der Angebote lediglich die vom Gesetzgeber mit den Regelungen zu den Arzneimittelfestbeträgen verfolgten Ziele angemessen berücksichtigt, gegen deren Zulässigkeit verfassungsrechtliche Bedenken nicht ersichtlich sind (vergl. insoweit BVerfG, Urteil vom 17.12.2002, [1 BvL 28/95](#)), liegt auch ein Verstoß gegen [Art. 12 GG](#) sowie [Art. 3 GG](#) nicht vor.

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 28.04.2009 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](#). Die Erstattungsfähigkeit der außergerichtlichen Kosten der AG folgt aus [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 162 Abs. 2 VwGO](#). Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die AG war notwendig.

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

Erstellt am: 20.01.2010

Zuletzt verändert am: 20.01.2010