

BUNDESKARTELLAMT

3. Vergabekammer des Bundes

VK 3 - 34/09

Kaiser-Friedrich-Str. 16

53113 Bonn

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

...

- Antragstellerin -

- Antragsgegnerin zu 1) -

- Antragsgegnerin zu 2) -

- Antragsgegnerin zu 3) -

- Antragsgegnerin zu 4) -

- Antragsgegnerin zu 5) -

- Antragsgegnerin zu 6) -

- Antragsgegnerin zu 7) -

- Antragsgegnerin zu 8) -

- Antragsgegnerin zu 9) -

- Antragsgegnerin zu 10) -

- Antragsgegnerin zu 11) -

- Antragsgegnerin zu 12) -

- Antragsgegnerin zu 13) -

- Antragsgegnerin zu 14) -

...

- Antragsgegnerin zu 15) -

diese vertreten durch die

...

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

- Beigeladene zu 1) -

...

- Beigeladene zu 2) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

- Beigeladene zu 3) -

...

- Beigeladene zu 4) -

...

- Beigeladene zu 5) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

- Beigeladene zu 6) -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

...

- Beigeladene zu 7) -

...

- Beigeladene zu 8) -

wegen der Vergabe von Rabattvereinbarungen nach § 130 a Abs. 8 SGB V (Vergabeverfahren ..., berichtigt durch ...), Gebietslose 1 bis 5, jeweils für die Wirkstoffe ..., ..., ..., ... und ... hat die 3. Vergabekammer des Bundes durch die Vorsitzende Direktorin beim Bundeskartellamt Dr. Herlemann, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Brauer und den ehrenamtlichen Beisitzer Dr. Müller auf die mündliche Verhandlung vom 11. März 2009 am 20. März 2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Der Antrag der Antragstellerin auf weitergehende Akteneinsicht wird abgelehnt.
3. Die Antragstellerin hat die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 15) sowie der Bg zu 6) zu tragen. Die übrigen Beigeladenen tragen ihre Kosten selbst.
4. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen zu 1) bis 15) sowie der Bg zu 6) war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerin zu 6) führt gegenwärtig unter den o.a. Ausschreibungsnummern im eigenen Namen und namens der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 15) (im folgenden: Ag) ein Offenes Verfahren zum Abschluss von Rabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für 2009/2010 durch. Der zu vergebende Auftrag ist auf insgesamt 64 Fachlose (= Wirkstoffe) aufgeteilt, wobei sich jedes Fachlos in 5 Teillose (Gebietslose) unterteilt.
 - a) In der Bekanntmachung ... vom ... wurde der Auftrag wie folgt beschrieben (II.1.5):

„Gegenstand der Ausschreibung ist der Abschluss von wirkstoffbezogenen Rabattvereinbarungen gem. § 130a Abs. 8 SGBV (im Folgenden: Rabattverträge oder einzelnen Rabattvertrag) für den Zeitraum 1.1.2009 bis 31.12.2010. Die Ausschreibung erfolgt wirkstoffbezogen für die unten aufgezählten 64 Wirkstoffe. (vgl. Angaben zu

den Losen). Jeder Wirkstoff stellt ein eigenes Fachlos dar. Für jedes Fachlos werden 5 Teillose (Gebietslose) gebildet, und zwar wie folgt: 1) Gebietslos 1: ... (ca. Versicherte), 2) Gebietslos 2: ... und ... (ca. Versicherte), 3) Gebietslos 3: ... und ... (ca. Versicherte), 4) Gebietslos 4: ..., ... und ... (ca. Versicherte), 5) Gebietslos 5: ..., ..., ..., ..., ..., ... und ... (ca. Versicherte). Die Bieter entscheiden selbst, für welche/n Wirkstoff/e und welche/s Gebietslos/e sie Rabattangebote abgeben wollen. Pro angebotenem Wirkstoff und Gebietslos sind Rabattangebote jedoch für alle zu diesem Wirkstoff gehörenden Pharmazentralnummern (PZN), die der jeweilige Bieter gem. Lauer-Taxe, Stand 1. August 2008, im Sortiment hat, abzugeben. Die Zuschlagserteilung erfolgt pro Wirkstoff und Gebietslos. Der Zuschlag erstreckt sich pro Wirkstoff und Gebietslos ebenfalls auf alle zu dem Wirkstoff gehörenden PZN, die der bezuschlagte Bieter gem. Lauer-Taxe, Stand 1. August 2008, im Sortiment hat. Pro Wirkstoff und Gebietslos wird ein Rabattvertrag nur mit einem pharmazeutischen Unternehmer (Bieter oder Bietergemeinschaft) geschlossen.“

In Ziffer II.2.2) der Bekanntmachung hieß es unter „Optionen“:

„Beschreibung der Optionen: Die jeweiligen Rabattverträge können wirkstoff- und gebietsbezogen einmalig seitens der ... um den Zeitraum über den 31.12.2010 hinaus verlängert werden, um den der Abschluss der Rabattverträge der Folgeausschreibung der ... für einen oder mehrere der vertragsgegenständlichen Wirkstoffe durch behördliche oder gerichtliche Maßnahmen untersagt ist. Der Verlängerungszeitraum endet je Wirkstoff mit der Erteilung des Zuschlags für die Folgeausschreibung durch die ..., spätestens jedoch zum 31.3.2011. Die Ausübung der Verlängerungsoption muss schriftlich erklärt werden und den Rabattvertragspartnern bis zum 30.11.2010 zugegangen sein.“

Unter Ziffer II.3) waren die einzelnen Lose mit ihrem Wirkstoffnamen bezeichnet. Als CPV-Nummer wurde jeweils „24400000“ angegeben.

Als weitere „sonstige besondere Bedingungen an die Auftragsausführung“ war in Ziffer III.1.4) vermerkt:

„Gem. § 130a Abs. 8 SGB V kommen als Vertragspartner auf Seiten der Bieter nur pharmazeutische Unternehmer i.S.d. § 4 Abs. 18 AMB oder Bietergemeinschaften bestehend aus pharmazeutischen Unternehmern i.S.d. § 4 Abs. 18 AMB in Betracht. Im Fall einer Bietergemeinschaft sind die unter Ziff. III.2.1), Ziff. III.2.2) und Ziff. III.2.3) genannten Eignungsnachweise von jedem Mitglied der Bietergemeinschaft vorzulegen, da die angebotenen PZN auch im Fall einer Bietergemeinschaft pro Wirkstoff und Gebietslos jeweils exklusiv einem Mitglied der Bietergemeinschaft zuzuordnen sind.“

Gemäß Ziff. III.2.1 der Bekanntmachung waren folgende Eignungsnachweise erst „auf gesonderte Anforderung des Auftraggebers“ vorzulegen:

- 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“ (s. auch Ziff. II. der Verdingungsunterlagen, S. 24).

Das Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe der Ag vom 14. August 2008 enthielt lediglich einen Verweis auf die Verdingungsunterlagen und die Vergabebekanntmachung.

Mit berichtigender Bekanntmachung ... vom ... im Supplement zum Amtsblatt der EU wurden Korrekturen vorgenommen und gleichzeitig die Vertragslaufzeit auf den 1.3.2009 bis 28.2.2011, der Optionzeitraum bis 31.5.2011, geändert. Der Stand der Lauer-Taxe sollte nunmehr der 1.9.2008 sein. Der Schlusstermin für den Eingang der Angebote wurde auf den 3.11.2008 verschoben. Gleichzeitig wurde an alle Interessenten die berichtigten Verdingungsunterlagen per E-mail am 10. September 2008 versandt und hierbei die mit dem Angebot zwingend vorzulegenden Eignungsnachweise ausdrücklich aufgelistet, so wie sie in den Verdingungsunterlagen bereits enthalten waren.

Mit dem Angebot hatte der Bieter zum Nachweis seiner Eignung (hier: der technischen Leistungsfähigkeit) u.a. eine „Eigenerklärung zu Produktionskapazitäten und Produktionsstätten für die Herstellung der angebotenen Arzneimittel“ abzugeben (Anlage 7 zum Angebot). Hierin hat der Bieter zu erklären, dass er in der Lage ist, eine bestimmte Anzahl an Packungen pro angebotenen Arzneimittel (PZN) „bezogen auf jeden Zeitraum von 12 Monaten“ während der Vertragslaufzeit herzustellen (Ziff. III.2.3 der Bekanntmachung, Ziff. B.I.1 der Verdingungsunterlagen, S. 22 f., i.V.m. Anlage 7). Die erforderliche Packungsanzahl pro PZN konnte der Bieter der elektronischen Datei „Produkt- und Rabattblatt“ entnehmen, sie wurde bei seinem Ausfüllen dieser MS Excel-Datei automatisch berechnet (Ziff. B.I.1 der Verdingungsunterlagen, S. 22 f., Anlage 2, Ziff. 2.6 der Verdingungsunterlagen „Ausfüllhinweise zum Produkt- und Rabattblatt“, S. 75 f.). Dieser Berechnung lagen Zahlen der vom 2. Quartal 2007 bis zum 1. Quartal 2008 zu Lasten der Ag verordneten Arzneimittel und Wirkstoffmengen sowie die Annahme einer durchschnittlichen Umsetzungsquote der Rabattvereinbarungen von 70% zugrunde (Ziff. B.I.1 der Verdingungsunterlagen, S. 23).

Wenn ein Bieter Unterauftragnehmer einsetzt, hatte er „nach näherer Maßgabe der Verdingungsunterlagen mit dem Angebot ein Unterauftragnehmervverzeichnis vorzulegen und dem Auftraggeber nachzuweisen, dass ihm im Auftragsfall die erforderlichen Mittel zur Verfügung stehen, indem er jeweils nach näherer Maßgabe der Verdingungsunterlagen mit dem Angebot eine entsprechende Verpflichtungserklärung des/der benannten Unterauftragnehmer(s) vorlegt“ (Ziff. III.2.3 der Bekanntmachung, Ziff. A.III.11 der Verdingungsunterlagen, S. 17 f., i.V.m. Anlage 9).

Die Verdingungsunterlagen enthielten im Abschnitt A „Bedingungen für das Vergabeverfahren“ weitere Vorgaben:

„I. Gegenstand der Ausschreibung

(...)

5. Jeder Bieter kann ein Angebot für nur eines, mehrere oder alle Fach- bzw. Gebietslose abgeben.

6. Jeder Bieter hat pro angebotenem Fachlos (Wirkstoff) und Gebietslos einen Rabatt-ApU für alle Pharmazentralnummern (PZN) anzubieten, die er für den angebotenen Wirkstoff gem. Lauer-Taxe, Stand 1. September 2008, im Sortiment hat.

Das Produkt- und Rabattblatt ist in elektronischer Form frei verfügbar und (...) abrufbar unter ... Diese Datei ist zwingend für die Angebotserstellung zu verwenden.

Dieses Produkt- und Rabattdatenblatt beschreibt den „Beschaffungsbedarf“. Dem Datenbestand des vom Bieter auszufüllenden Produkt- und Rabattblatts liegen alle PZN zugrunde, die zum 1. September 2008 in der Lauer-Taxe geführt werden (soweit sie nicht als „außer Verkehr“/“außer Vertrieb“ gekennzeichnet sind) (...).

*Der den jeweils vertragsschließenden ... zu gewährende Rabatt errechnet sich je PZN wie folgt: **Rabatt = ApU – (minus) Rabatt-ApU.***

Dabei gilt:

ApU = Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers exkl. MWSt [EUR]

Rabatt-ApU = Angebotener Wert exkl MWSt. [EUR] gemäß „Produkt- und Rabattblatt“.

(...) Die Bieter können für jede auf einen Wirkstoff entfallende PZN ein unterschiedliches Angebot abgeben. Ebenso können innerhalb eines Wirkstoffes auch für die jeweiligen Gebietslose unterschiedliche Angebote abgegeben werden. Die Erteilung des Zuschlags erfolgt pro Wirkstoff und Gebietslos auf alle zu dem bezuschlagten Wirkstoff gehörenden PZN des Bieters, die zum 1. September 2008 in

der Lauer-Taxe geführt werden und demzufolge in dem von ihm ausgefüllten Produkt- und Rabattblatt enthalten und angeboten sind. (...)“

(...) Die Bieter können für jede auf einen Wirkstoff entfallende PZN ein unterschiedliches Angebot abgeben. Ebenso können innerhalb eines Wirkstoffes auch für die jeweiligen Gebietslose unterschiedliche Angebote abgegeben werden. Die Erteilung des Zuschlags erfolgt pro Wirkstoff und Gebietslos auf alle zu dem bezuschlagten Wirkstoff gehörenden PZN des Bieters, die zum 1. September 2008 in der Lauer-Taxe geführt werden und demzufolge in dem von ihm ausgefüllten Produkt- und Rabattblatt enthalten und angeboten sind. (...)

*7. Pro Gebietslos und pro Wirkstoff wird ein Rabattvertrag gemäß Anlage 1 nur mit **einem** pharmazeutischen Unternehmer (Bieter oder Bietergemeinschaft) geschlossen. (...)*

III. Verfahren

(...)

10. Bietergemeinschaften

10.1 Bietergemeinschaften sind zugelassen, soweit ihre Bildung durch die jeweiligen Mitglieder im Einzelfall rechtmäßig ist. (...)

*10.3 Aus dem ausgefüllten Produkt- und Rabattblatt muss sich klar ergeben, welches Mitglied der Bietergemeinschaft für welche Preisvergleichsgruppe (...) einen Rabatt anbietet. **Arzneimittel der gleichen Preisvergleichsgruppe dürfen jeweils nur durch ein Mitglied einer Bietergemeinschaft angeboten werden.** Die Mitglieder müssen also innerhalb eines Wirkstoffes entscheiden, welches (eine) Mitglied für die Preisvergleichsgruppe (s. auch unter IV.2.a) das Rabattangebot für die Bietergemeinschaft abgibt. Bei Angeboten von mehreren Mitgliedern einer Bietergemeinschaft auf ein und dieselbe Preisvergleichsgruppe innerhalb eines Wirkstoffs wird das Angebot der Bietergemeinschaft jeweils bezogen auf das betreffende Los ausgeschlossen.*

(...)“

Außerdem enthielten die Verdingungsunterlagen u.a. drei Tabellen zur bisherigen Praxis der Ag mit den ausgeschriebenen Wirkstoffen: Die erste Tabelle zeigte die „Abrechnungsverteilung abgerechneter Arzneimittelpackungen“ - hierin wurde die Anzahl der zu Lasten der Ag je Gebietslos abgerechneten Packungen (je Wirkstoff, Wirkstoffmenge je Einzeldosis, Darreichungsform und Packungsgröße) vom 2. Quartal 2007 bis zum 1. Quartal 2008 angegeben (S. 82 ff. der Verdingungsunterlagen); der zweiten Tabelle war der prozentuale Anteil abgegebener Packungen mit rabattierten Arzneimitteln im Hinblick auf das jeweils gesamte Verordnungsvolumen, das auf ...-Versicherte entfiel, je Gebietslos und Wirkstoff von April bis Dezember 2007 zu entnehmen (Anlage 3 der Verdingungsunterlagen, S. 132); in der dritten Tabelle wurde die Anzahl der abgegebenen rabattierten Arzneimittelpa-

ckungen je Wirkstoff und Gebietslos den jeweils insgesamt für die ... abgegebenen Packungen von April bis Dezember 2007 gegenübergestellt (Anlage 3 der Verdingungsunterlagen, S. 133 ff.). In den Verdingungsunterlagen (Ziff. A.I.9, S. 7 f.) teilten die Ag diesbezüglich mit, dass sie Angaben zu dem voraussichtlichen Abgabevolumen je Wirkstoff nur auf der Basis von Erfahrungswerten aus der Vergangenheit machen könnten und dass die künftigen Mengen der an bei den Ag Versicherten abgegebenen Arzneimittel insbesondere vom Gesundheitszustand dieser Versicherten, dem Ordnungsverhalten der Ärzte, dem Abgabe- und Bevorratungsverhalten der Apotheken, dem Verhalten der Vertriebsunternehmen (Großhandel) sowie regionalen Vertragsstrukturen zwischen Krankenkassen und Leistungserbringern abhingen. Außerdem wiesen die Ag hierzu auf Folgendes hin:

*„ ...die Abrechnungsdaten ... sollen den Bietern als Orientierungshilfe für die Erstellung ihrer Angebote dienen. Die genannten Mengen sind **theoretische Maximalwerte**, die bei einer ausschließlichen Versorgung mit rabattierten Arzneimitteln im Referenzzeitraum (II. Quartal 2007 bis I. Quartal 2008) erreicht worden wären. Auf den lediglich modellhaften Charakter dieser historischen Daten wird **ausdrücklich hingewiesen**. ...“* (Anlage 2 der Verdingungsunterlagen, Ziff. 2.2.3, S. 74; Hervorhebungen im Original.)

Das wirtschaftlichste Angebot sollte anhand von zwei Zuschlagskriterien ermittelt werden: Zum Einen anhand des Kriteriums „Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU“, zum Zweiten anhand des Ausschlusskriteriums „Ausgleich der Mehrkosten der Überschreitung des zum Zeitpunkt der Bewertung geltenden Festbetrages für jede der angebotenen PZN durch den absoluten Rabatt (§ 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V)“ (s. Ziff. IV.2 der Verdingungsunterlagen, S. 20 ff.).

- Im Rahmen des **ersten Kriteriums** sollte die Höhe der möglichen Einsparungen der Ag pro Gebiets- und Fachlos auf der Grundlage von sog. Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen ermittelt werden. Den Bietern wurde diesbezüglich ein Produkt- und Rabattblatt in Form einer MS Excel-Datei samt Ausfüllhinweisen zur Verfügung gestellt; nach den entsprechenden Eintragungen der Bieter (Name, Adresse, angebotener Wirkstoff, bebotenes Gebietslos, Rabatt-ApU) errechnete sich die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl je Wirkstoff und Gebietslos automatisch (s. Anlage 2 zu den Verdingungsunterlagen „Ausfüllhinweise zum Produkt- und Rabattblatt“, S. 72 ff.). Wie in den Verdingungsunterlagen im Einzelnen erläutert wurde, wurden hierbei die durchschnittli-

chen Abgabepreise von vergleichbaren Arzneimitteln der sog. Preisvergleichsgruppe, Verordnungszahlen aus der Vergangenheit und bestimmte weitere Vergleichsgrößen („bereinigte Rabatt-ApUs“ und „bereinigte durchschnittliche ApUs der Preisvergleichsgruppe“, jeweils pro mg Wirkstoff) berücksichtigt (s. Ziff. IV.2 der Verdingungsunterlagen, S. 20 f.). Außerdem wurde in den Verdingungsunterlagen ausgeführt:

„Entscheidend für das Ergebnis der Wirtschaftlichkeit ist dabei, in welchem Umfang der bereinigte Rabatt-ApU des Arzneimittels (nach Addition etwaiger festbetragsbedingter Aufzahlungen) den bereinigten durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe unterschreitet.“ (Anlage 2, Ziff. 3.3 der Verdingungsunterlagen, S. 79.)

In die Berechnung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl wurde auch die sog. Produktbreite des jeweiligen Bieters einbezogen, also die Anzahl der vom Bieter je Gebietslos angebotenen Arzneimittel innerhalb der Preisvergleichsgruppe.

- Nach dem **zweiten Kriterium** wurde ein Angebot dann ausgeschlossen, wenn zum Zeitpunkt der Bewertung der Apothekenverkaufspreis eines Arzneimittels den hierfür geltenden Festbetrag so überschreitet, dass durch den Rabatt die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrags nicht ausgeglichen werden. In den Verdingungsunterlagen (S. 22) weisen die Ag diesbezüglich darauf hin, dass in einem solchen Fall ein Rabattvertrag gemäß § 31 Abs. 2 Satz 3 SGB V unzulässig sei.

Der den Verdingungsunterlagen beiliegende, für jedes Gebietslos identische Rabattvertrag enthielt u.a. folgende Regelungen:

- In Ziff. 9, S. 9 der Verdingungsunterlagen haben die Ag darauf hingewiesen, dass „andere Verordnungsvolumina während der Vertragslaufzeit als solche, welche die Verordnungsvolumina im Referenzzeitraum (April 2007 bis März 2008) erwarten lassen, ... keine der Vertragsparteien zu einer Anpassung des fest vereinbarten Rabatt-ApU“ berechtigen. Gemäß **§ 2 Abs. 2 des ausgeschriebenen Rabattvertrages** wird der Rabatt-ApU für die Vertragslaufzeit fest vereinbart, demgegenüber ist der Rabatt variabel. Gemäß **§ 3 Abs. 1 S. 1 Rabattvertrag** kann der pharmazeutische Unternehmer die Abgabepreise seiner Rabattarzneimittel nach Vertragsabschluss ändern – in diesem Fall erhöht sich der Rabatt entsprechend der Rechenformel „Rabatt = ApU – Rabatt-ApU“.

- Für einige bestimmte Fälle ist vorgesehen, dass die Vertragsparteien unverzüglich in Nachverhandlungen eintreten (**§ 3 Abs. 2, 3, 4 Rabattvertrag**). Einer dieser Fälle liegt dann vor, wenn der pharmazeutische Unternehmer bei unverändertem Festbetrag den Abgabepreis eines Rabattarzneimittels, für das eine Zuzahlungsbefreiung nach § 31 Abs. 3 S. 4 SGB V besteht, erhöht, mit der Folge, dass dieses Rabattarzneimittel zuzahlungspflichtig wird (§ 3 Abs. 2 Rabattvertrag); außerdem ist u.a. dann in Nachverhandlungen einzutreten, wenn der Festbetrag für ein Rabattarzneimittel abgesenkt oder ein Festbetrag nach Abschluss des Rabattvertrages neu festgesetzt wird oder wenn der pharmazeutische Unternehmer den Abgabepreis erhöht und infolgedessen der Apothekenverkaufspreis den Festbetrag übersteigt (§ 3 Abs. 4 Rabattvertrag). Wenn sich die Vertragsparteien nicht innerhalb von vier Wochen einigen, kann die Auftraggeberin eine Teilkündigung zum Ausschluss des betreffenden Rabattarzneimittels aussprechen (§ 9 Abs. 3 i.V.m. § 3 Abs. 2 S. 2 bzw. Abs. 4 S. 2 Rabattvertrag). Gemäß § 3 Abs. 1 des Rabattvertrages bleiben die Regelungen des § 313 BGB sowie § 2 Abs. 2 Rabattvertrag, der u.a. den pharmazeutischen Unternehmer berechtigt, den gewährten Rabatt je PZN zu verändern, unberührt.

- Gemäß **§ 7 Abs. 2, 3 Rabattvertrag** muss der pharmazeutische Unternehmer für die Vertragslaufzeit seine Lieferfähigkeit an den Großhandel bzw. an die Apotheken sowie die nach Arzneimittelrecht geforderte Qualität und Beschaffenheit der Rabattarzneimittel gewährleisten; ggf. muss er die Auftraggeberin über Umstände unterrichten, die seine Lieferfähigkeit zu beeinträchtigen drohen oder beeinträchtigen.

- Gemäß **§ 8 Rabattvertrag** ist die Auftraggeberin berechtigt, bei einem vollständigen oder teilweisen Lieferausfall für ein Rabattarzneimittel oder wenn nach Mitteilung des pharmazeutischen Unternehmers ein solcher Ausfall droht für den Zeitraum des voraussichtlichen Lieferausfalls Ersatzbeschaffungen / Ersatzversorgungen vorzunehmen. Die erforderlichen Mehrkosten sind grundsätzlich vom pharmazeutischen Unternehmer zu erstatten, es sei denn, er weist nach, dass er den Lieferausfall oder dessen fehlende Behebung nicht verschuldet hat. Für das erste Quartal der Vertragslaufzeit sind diesbezüglich Ausnahmen dergestalt vorgesehen, dass der Auftraggeberin nur dann Ersatzansprüche zustehen, wenn der Lieferausfall mehr als 20 Werkzeuge beträgt.

- Gemäß § 9 Abs. 1 **Rabattvertrag** kann die Vertragslaufzeit wirkstoffbezogen einmalig seitens der Auftraggeberin „um den Zeitraum ... verlängert werden, um den der Abschluss der Rabattverträge bei einer Folgeausschreibung der ... für einen oder mehrere der Wirkstoffe gemäß Anlage durch behördliche oder gerichtliche Maßnahmen ausgeschlossen ist. Der Verlängerungszeitraum endet je Wirkstoff mit der Erteilung des Zuschlags für die Folgeausschreibung durch die ...“, spätestens jedoch drei Monate nach Ende der ursprünglichen Vertragslaufzeit.

- b) Zu den Verdingungsunterlagen wurden zahlreiche Bieteranfragen gestellt und von den Ag gegenüber allen Bietern beantwortet (s. Anlage C 1 zum Vergabevermerk).

- Die **Bieterfrage Nr. 287** lautete:

„Kann die ... bestätigen, dass im Falle der derzeit diskutierten Einführung eines neuerlichen Zwangsrabatts auf Arzneimittel für 2009 dieser Rabatt mit den Preisnachlässen des Generikaherstellers im laufenden Ausschreibungsverfahren verrechnet wird? Das heißt, dass der Hersteller nicht zweimal an die ... einen Rabatt zahlt, was das Angebot für den Hersteller unwirtschaftlich werden lassen könnte.“

Sollte dies nicht bestätigt werden können, empfiehlt die ... den Herstellern, vorsorglich einen Zwangsrabatt in der Höhe von 16% auf den ApU in die Angebotskalkulation einzurechnen?“

Die Antwort der Ag hierzu lautete:

„Nein.“

Die Kalkulation obliegt einzig und allein dem Bieter. Empfehlungen zur Kalkulation werden nicht gegeben.“

- Ein weiterer Bieter fragte (**Bieterfrage 288**):

„Kann die ... bestätigen, dass im Falle einer Änderung des Großhandelsprinzips – Umstellung auf eine 93 Cent Logistikgebühr, die ggf. durch den Hersteller zu tragen wäre - das Rabattpreisniveau angepasst wird?“

Sollte dies nicht bestätigt werden können, empfiehlt die ... den Herstellern, vorsorglich eine 93 Cent Logistikgebühr je Packung in das Angebot mit einzukalkulieren?“

Die Ag antworteten hierauf:

„Nein.“

Die Kalkulation obliegt einzig und allein dem Bieter. Empfehlungen zur Kalkulation werden nicht gegeben.“

- c) Im laufenden Verfahren rügte die Antragstellerin (ASt) durch ihren Verfahrensbevollmächtigten gegenüber den Ag durch Schreiben vom 29. August, 15. September, 15. Oktober, 24. Oktober, 29. Oktober und 30. Oktober 2008 verschiedene Vergaberechtsverstöße. Die Ag halfen den Rügen nicht ab.
 - d) Insgesamt gaben fristgerecht 65 Bieter Angebote ab. Die ASt gab fristgerecht Angebote u.a. für die Wirkstoffe ... ab.
 - e) Mit Schreiben vom 28. November und 4. Dezember 2008 haben die Ag der ASt mitgeteilt, dass sie für die o.a. Lose nicht den Zuschlag erhalten solle. Hinsichtlich der streitgegenständlichen Wirkstoffe soll der Zuschlag wie aufgeführt jeweils den Bg zu 1) bis 8) erteilt werden.
2. Durch Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11. Dezember 2008 hat die ASt bei der Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens gestellt. Die Vergabekammer bei der Bezirksregierung Düsseldorf hat den Ag den Nachprüfungsantrag förmlich zugestellt. Durch Beschluss vom 27. Januar 2009 hat sie das Nachprüfungsverfahren an die Vergabekammern des Bundes verwiesen.
- a) Die Zulässigkeit des Antrags begründet die ASt mit der Anwendbarkeit des Kartellvergaberechts infolge der öffentlichen Auftraggebereigenschaft der Ag unter Hinweis auf die insoweit bereits ergangenen Entscheidungen der Nachprüfungsinstanzen sowie der Sozialgerichtsbarkeit. Seinem Charakter nach stelle die Rabattvereinbarung einen öffentlichen Auftrag in Gestalt eines Rahmenvertrags nach § 3 a Nr. 4 VOL/A dar. Die Antragsbefugnis der ASt als Teilnehmerin am Wettbewerb sei zwanglos gegeben, ebenso seien unverzügliche Rügen nach anwaltlicher Beratung und dem jeweiligen Zutagetreten von Vergabefehlern im Rahmen einer gemeinschaftlichen Analyse erfolgt.

Die ASt sei durch folgende Vergabefehler in ihren Rechten aus § 97 Abs. 7 GWB verletzt:

- Die vorliegende gemeinschaftliche Ausschreibung aller 15 ... stelle die Bildung eines Kartells auf Beschaffenseite dar. Es werde dadurch der Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB verletzt. Ferner liege darin ein Verstoß gegen § 1 GWB sowie gegen Art. 81 Abs. 1 EG; jedenfalls Art. 81 EG als primäres und damit dem nationalen Recht vorrangiges Gemeinschaftsrecht sei auch im Nachprüfungsverfahren anzuwenden. Auch sei der Rechtsprechung des OLG Düsseldorf, welche die Anwendbarkeit von § 1 GWB im Nachprüfungsverfahren verneine, nicht zu folgen. Die Anwendbarkeit der §§ 1, 19 - 21 GWB ergebe sich aus dem Wettbewerbsgrundsatz des § 97 Abs. 1 GWB und den entsprechenden Vorschriften in der VOL/A. Die ASt betont, dass die Vergabekammer des Bundes, die dem Bundeskartellamt, einer Bundesbehörde zum Schutz des Wettbewerbs vor Beschränkungen und Verfälschungen, organisatorisch und rechtlich zugeordnet sei. Krankenkassen seien nach herrschender, funktional ausgerichteter Ansicht als Unternehmen im Sinne von Art. 81 EG zu qualifizieren. Die ASt begründet diese Auffassung im einzelnen und setzt sich in diesem Zusammenhang kritisch mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auseinander, der die Unternehmenseigenschaft gesetzlicher Krankenkassen in zwei Entscheidungen verneint hat. Eine Neubewertung sei hier erforderlich, da sich die gesetzlichen Krankenkassen aufgrund tiefgreifender Änderungen durch die Gesundheitsreform 2007 nunmehr in einem zunehmend wettbewerblichen Umfeld bewegten. Obwohl die Rabattverträge für die einzelnen Gebietslose nur von den jeweils beteiligten ... abgeschlossen würden, erfolge die Durchführung eines gemeinsamen Vergabeverfahrens auf Basis einer Absprache zwischen konkurrierenden Unternehmen, die wettbewerbsbeschränkende Wirkung habe. Der Beschleunigungsgrundsatz des § 113 Abs. 1 GWB stehe dem nicht entgegen. Zeitdruck, hier durch die 5-Wochen-Frist, entbinde nicht von der Pflicht zur sorgfältigen und umfassenden rechtlichen Würdigung des festgestellten Sachverhalts durch die Vergabekammer. Rechtlich erlaube sei weder eine cursorische, oberflächliche Gesetzesauslegung noch eine bloß summarische Prüfung. Die Klärung schwieriger Rechtsfragen zu unterlassen und in andere Verfahren, die dafür nach dem klaren Wortlaut des § 104 GWB nicht vorgesehen seien, zu verdrängen, gehe nicht an. Auch stehe § 104 Abs. 2 Satz 2 GWB einer Pflicht zur Prüfung des Kartellrechts innerhalb des Nachprüfungsverfahrens nicht entgegen. Die Vergabekammer sei zudem gemeinschaftsrechtlich verpflichtet, das Kartellverbot auch im Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen. Zudem sei sie aus eigenem Recht nicht befugt und müßte das Verfahren aussetzen und dem

EuGH die in den Nachprüfungsanträgen genannten Fragen zur Vorabentscheidung vorlegen. Zusätzlich läge in der gemeinschaftlichen Ausschreibung der durch Kartellvereinbarung verbundenen ... der Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung gem. §§ 19, 20 GWB, Art. 82 EG. § 69 Satz 2 SGB V ordne ausdrücklich die Anwendbarkeit der §§ 19, 20 GWB an. Die Vorschriften müßten daher auch vor den Vergabekammern geltend gemacht werden.

- Es verstoße gegen § 3 a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A, dass pro Los lediglich ein Rahmenvertragspartner vorgesehen sei, da denkbar sei, dass sämtliche Fach- und Teillose an einen einzigen pharmazeutischen Hersteller vergeben würden. Der ASt werde es dadurch unmöglich gemacht, ihre Wirkstoffe 40 % der deutschen Versicherten zugänglich zu machen.
- Insbesondere im Hinblick auf § 3 a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A sei eine Laufzeit von weniger als zwei Jahren geboten; bei einer gemeinschaftlichen Beschaffung aller 15 ... sei diese Vertragslaufzeit unverhältnismäßig.
- Die Aufteilung in 64 Fach- und fünf Gebietslose mit jeweils ca. 4,1 bis 5,6 Millionen Versicherten sei zu großteilig; die Ausschreibung richte sich damit vorrangig an große Unternehmen, was die Pflicht zur Losaufteilung gerade vermeiden sollte. Anbieten würde sich eine Aufteilung entsprechend der Gebiete der 15 Geboten nach § 97 Abs. 3 GWB sowie nach § 5 Nr. 1 und Nr. 2 VOL/A sei ebenfalls eine Loslimitierung; nur so könne einerseits eine möglichst breite Beteiligung der anbietenden Wirtschaft realisiert werden und andererseits eine Abhängigkeit des Auftraggebers von einem bestimmten Vertragspartner und damit letztendlich die Versorgungssicherheit sichergestellt werden. Im übrigen hätte der Umfang der Lose nach §§ 5 Nr. 2, 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. d) VOL/A bereits in der Bekanntmachung angegeben werden müssen.
- Entgegen § 14 S. 1 VgV habe die Ag nur die CPV-Nummer für Arzneimittel verwendet, nicht jedoch die spezifischeren CPV-Nummern, und damit gegen den vergaberechtlichen Transparenzgrundsatz verstoßen.

- Entgegen § 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. c) VOL/A seien in der Bekanntmachung weder Angaben über die Gesamtmenge der Lieferung noch über die Menge der Lose gemacht worden.
- Vergaberechtlich unzulässig sei die hier vorgesehene Option einer verlängerten Vertragslaufzeit von drei Monaten, da dies über 10 % des Auftragswertes ausmache.
- Die Vorgabe, wonach als Vertragspartner nur pharmazeutische Unternehmen i.S.v. § 4 Abs. 18 AMG in Betracht kämen, verstoße gegen das Verbot der Selbstaussführungspflicht, § 4 Abs. 4 VgV. Ein Kern an eigener Leistungsfähigkeit dürfe vom Auftragnehmer nicht gefordert werden, er dürfe sich vollumfänglich der technischen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit anderer Unternehmen bedienen. Die gesetzlichen Vorgaben des SGB V seien im Lichte der europäischen Rechtsprechung auszulegen, auf die das Verbot der Selbstaussführungspflicht zurückgehe.
- Die von der Ag eröffnete Nachforderungsmöglichkeit bezüglich Eignungsnachweisen stelle einen Verstoß gegen § 7 a Nr. 3 Abs. 3 S. 1 VOL/A sowie gegen den Transparenz- und Gleichbehandlungsgrundsatz dar. Eine manipulierte Vergabeentscheidung sei damit vorprogrammiert, indem man nachträglich die Eignung des Zuschlagskandidaten ablehnen könne, wenn er der Ag nicht genehm sei. Die Eignungsprüfung müsse abschließend auf der ersten Wertungsstufe abgehandelt werden.
- Die Vorgabe, wonach ein Bieter die angebotenen Wirkstoffe/Medikamente seit 10. September 2008 (Stand Lauer-Taxe) im Sortiment haben müsse, benachteilige diejenigen Unternehmen, die ihre Medikamente erst danach im Sortiment führten, sowie diejenigen, die nicht alle Packungsgrößen anböten, so insbesondere kleine und mittlere Unternehmen. Die Ausschreibung sei daher mittelstands-feindlich.
- Das Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe verstoße gegen § 17 Nr. 3 VOL/A. Es enthalte nur einen Verweis auf die Verdingungsunterlagen und die Vergabebekanntmachung. Ferner verstoße es gegen § 5 Nr. 2 VOL/A hinsichtlich der Losvergabe sowie gegen § 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A hinsichtlich der Kennzeichnungspflicht bei schriftlichen Angeboten.

- Das Fehlen einer Mindestabnahmemenge sowie von Umsatz- und Mengengarantien verstoße gegen § 3 a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A; hieraus ergebe sich die Pflicht, eine geschätzte Abnahmemenge in Form einer Prognose, nicht lediglich als Hinweis auf in der Vergangenheit liegende Verordnungsdaten anzugeben.
- Die Leistungsbeschreibung sei entgegen § 8 Nr. 1 VOL/A nicht eindeutig, da lediglich die Zahlen für den Zeitraum II. Quartal 2007 bis I. Quartal 2008, mithin keine aktuellen Zahlen genannt wären. Ein ungewöhnliches Wagnis werde durch der ASt aufgebürdet, da sie auf die maßgeblichen Umstände, nämlich auf das Verhalten der Ärzte und Patienten, keinen Einfluss habe.
- Die Zuschlagskriterien seien fehlerhaft erstellt. Bei dem zweiten Zuschlagskriterium – „Mehrkostenausgleich bei Festbetragsüberschreitung“ – handle es sich nicht um ein zulässiges Zuschlagskriterium, da es als Ausschlusskriterium deklariert werde und damit auf der ersten Wertungsstufe anzusiedeln sei. Damit bliebe im Ergebnis nur der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium, was ebenfalls nicht zulässig sei. Auch sei das Kriterium „Wirtschaftlichkeit des Rabatt-ApU“ in sich nicht transparent, da unklar sei, durch welche Rabatthöhe eine geringere Produktbreite ausgeglichen werden könne. Das Kriterium „Produktbreite“ sei ohnehin unzulässig und stelle auch eine Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien dar, da die Produktkapazität bereits als Eignungskriterium festgelegt sei. Kleine und mittlere Unternehmen würden benachteiligt, indem die Summe der einzelnen Packungsmengen aller angebotenen Gebietslose je PZN die maßgebliche Kenngröße zur Beurteilung der Produktkapazität und damit zur Eignung sei. Die GWMZ verstoße gegen den Transparenzgrundsatz und benachteilige kleine und mittlere Unternehmen, indem dort die Produktbreite eine Rolle spiele.
- Zudem sei das Eignungskriterium „Produktkapazität“ vergaberechtswidrig. Dieser Eignungsnachweis sei ein Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, da er den Bietern das Risiko für Umstände aufbürde, auf die sie keinen Einfluss hätten und deren Auswirkung auf den Preis sie nicht abschätzen könnten. Die von den Bietern je Fachlos (Wirkstoff) zu erreichende Produktkapazität werde anhand von Daten berechnet, die nach der Einschätzung der Ag selbst als unrealistisch eingeschätzt werden würden. Die Bieter hätten deshalb unrealistisch hohe und für die Ausschreibung tatsächlich irrelevante Kapazitäten nachweisen müssen. Ihnen sei hierdurch das Risiko aufgebürdet worden, Kapazitäten

ten aufzubauen, die in der Realität für die Erfüllung des Rabattvertrages völlig überzogen dimensioniert waren, ohne dass sie hierauf einen Einfluss hätten. Die Forderung realitätsferner Kapazitätsnachweise sei zudem mittelstandsfeindlich und verstoße so gegen § 97 Abs. 1 GWB.

- Nach den Produkt- und Rabattblatt sei es ausländischen Unternehmen nicht möglich, anzubieten, was einen schwerwiegenden, eine Aufhebung erforderlich machenden Mangel darstelle.
- Die Ag hätten es einerseits abgelehnt, an der Situation der „grauen Substitution“ etwas zu ändern, andererseits aber darauf hingewiesen, dass die Möglichkeit gegeben sei, den Rabatt so zu bemessen, dass die Wirtschaftlichkeit des Vertriebs auch in diesem Fall gewährleistet sein. Damit werde den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet, insbesondere da sie nicht einmal die Zahlen kennen würden, die eine solche Kalkulation möglich machen würden (keine Bekanntgabe der tatsächlich abgegebenen Mengen je Packungsgröße).
- Der Rabattvertrag verstoße gegen die VOL/A, insbesondere das Kündigungsrecht zugunsten der Ag (kein Einfluss der ASt auf Neufestsetzung des Arzneimittelfestbetrags und damit Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A) sowie die Gewährleistungs- und Garantiebestimmungen und die Ersatzbeschaffungsregelungen (Widerspruch zu § 5 und 7 VOL/B). Darin läge auch ein ungewöhnliches Wagnis. Hier hätte die Ag eine zeitliche Höchstgrenze für die Ersatzbeschaffung treffen müssen. Im Extremfall könne es zur Ersatzbeschaffung über die gesamte Rest-Geltungsdauer des Vertrages kommen. Dies sei ohne erneute Ausschreibung unzulässig. Die Lieferfrist sei mit ca. 2,5 Monaten zu kurz bemessen. Das Fehlen einer Preisanpassungsklausel verstoße gegen § 15 Nr. 2 S. 2 VOL/A. Die zu erwartende Kosten- oder Preisentwicklung des Vertragsgegenstands hätte in einer mathematischen Klausel abgebildet sein müssen, welche an allgemein feststehende Indizien anknüpfe. Zudem seien die Verdingungsunterlagen insoweit widersprüchlich, da die Ag in den Verdingungsunterlagen eine Anpassung der Rahmenrabattvereinbarung ausschlossen (Buchstabe A, Ziff. I.9 der Verdingungsunterlagen), wohingegen § 3 des Rabattvertrages für solche Fälle eine detaillierte Regelung enthielten. Für den Fall der neuerlichen Einführung eines Zwangsrabatts 2009 hätten die Ag ein Sonderkündigungsrecht des Bieters vorsehen müssen, da er in diesem Fall Gefahr laufe, dass sein Angebot aus Gründen, die au-

ßerhalb seiner Einflussosphäre liegen, nachträglich unwirtschaftlich werden könnte; manche Bieter würden von vornherein einen Zwangsrabatt in Höhe von 16 % einkalkulieren, andere nicht, um die Wirtschaftlichkeit ihres Angebots nicht zu gefährden. Die Kalkulationsgrundlage für die Bieter sei somit unklar. Ebenfalls hätte ein Sonderkündigungsrecht für den Fall vorgesehen werden müssen, dass die Hersteller zukünftig eine Logistikgebühr in Höhe von 93 Cent zu tragen haben. Bei einer solchen Änderung des Großhandelsprinzips – wie sie mittlerweile nach dem neuen § 78 Abs. 1a AMG bis zum 1.1.2010 eingeführt werden soll – handele es sich auch nicht um eine rein hypothetische Möglichkeit. Auch hier sei unklar, wie die einzelnen Anbieter kalkuliert hätten. Es drohe ebenfalls die Gefahr, dass das Angebot des Bieters aus Gründen, die außerhalb seiner Einflussosphäre lägen, nachträglich unwirtschaftlich zu werden. Zahlreiche Bieter würden daher vorsorglich einen Risikoaufschlag in die Angebotskalkulation aufnehmen.

- § 129 Abs. 1 Satz 3 SGB V stelle i.V. m. Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V einen unverhältnismäßigen hoheitlichen Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen dar.
- Die im Vergabevermerk niedergelegten Entscheidungen, insbesondere Ermessens- und Beurteilungsentscheidungen, seien fehlerhaft, weil sie durch die eingeschaltete Rechtsanwaltskanzlei getroffen worden seien.
- Darüber hinaus sei die materielle Angebotswertung der Ag fehlerhaft. Ein Grund dafür könne sein, dass die unklare umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Rabatts in der Ausschreibung nicht berücksichtigt worden sei. Die Ag hätten insoweit klare Vorgaben machen müssen. Da sie dies unterlassen hätten, bürdeten sie den Bietern eine Kalkulationsunsicherheit in Höhe von 19 % des angebotenen Rabatts auf, denn einzelne Bieter würden ihr Angebot als Bruttobetrag, andere als Nettobetrag kalkulieren. Die ASt sei benachteiligt, weil sie in ihrer Kalkulation davon ausgegangen sei, dass es sich (auch) bei Rabatten aufgrund von Rabattverträgen um einen Bruttobetrag handele. Sie liege daher mit ihren Angeboten über denjenigen ihrer Konkurrenten, die die Umsatzsteuer bei ihrer Kalkulation nicht berücksichtigt hätten.
- Es fehle eine materielle Eignungsprüfung, weil keine positive Feststellung der Eignung in der Vergabeakte niedergelegt sei.

- Auswertungsmängel lägen hinsichtlich
 - der Bg zu 1) vor. Hier seien bei verschiedenen Wirkstoffen keine Umsatzangaben gemacht worden. WS-Identität unter Ziffer 15 der Auswertung sei mit nein beantwortet.
 - der Bg zu 5) vor. Laut Wertungsbogen seien handschriftliche Änderungen am Vertrag vorgenommen worden. Diese seien unzulässig.

Die ASt beantragt,

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten, insbesondere die Ag zu verpflichten, in der mit EU-Bekanntmachung Nr. 2008/S 154-207965 vom 09.08.2008, berichtigt durch EU-Bekanntmachung Nr. 2008/S 175-232638 vom 10.09.2008 eröffneten Ausschreibung von Arzneimittelrabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V keine Zuschläge hinsichtlich aller Gebietslose, bezüglich der Wirkstoffe zu erteilen,
2. der ASt unverzüglich Akteneinsicht nach § 111 GWB in die Vergabeakten zu dem unter 1. genannten Vergabeverfahren zu gewähren;
3. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die ASt für notwendig zu erklären;
4. den Ag die Kosten des Verfahrens sowie die Kosten für eine zweckentsprechende Rechtsverfolgung gemäß der §§ 128 Abs. 4 GWB, 80 VwVfG, einschließlich der vorprozessualen Anwaltskosten, aufzuerlegen.

b) Die Ag beantragen,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Antragsgegnerinnen aufzuerlegen,
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerinnen notwendig war.

Unter Berufung auf bisher in dieser Frage ergangene Rechtsprechung vertreten die Ag die Auffassung, dass das kartellrechtliche Vorbringen der ASt im vergaberechtlichen Nachprü-

fungsverfahren nicht zulässigerweise eingebracht werden könne. Auch in der Sache sei die kartellrechtliche Bewertung der ASt nicht haltbar, was die Ag im Einzelnen begründen.

In Bezug auf das vergaberechtliche Vorbringen der ASt weisen die Ag darauf hin, dass die Grundsätze des Kartellvergaberechts überlagert würden von den einschlägigen sozialversicherungsrechtlichen Regelungen des SGB V zu Leistungserbringerverträgen und zu Rabattvereinbarungen. In Rechtsprechung und Gesetzgebung gäbe es einen klaren Vorrang zugunsten der sozialrechtlichen Regelungen. Zu den einzelnen Beanstandungen der ASt tragen die Ag Folgendes vor:

- Im Abschluss eines Rahmenvertrages mit nur einem Rahmenvertragspartner pro Los liege keine missbräuchliche Anwendung eines Rahmenvertrags i.S.v. § 3 a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A. 320 Einzelrahmenverträge würden über die 5 Gebiets- und die 64 Fachlose geschlossen. Die bisherigen Auswertungsergebnisse ließen erwarten, dass Zuschläge an zahlreiche verschiedene Unternehmen erteilt werden würden.
- Die Vertragslaufzeit sei mit zwei Jahren vor dem Hintergrund des erheblichen Aufwandes und angesichts der gesetzlich vorgesehenen Maximallaufzeit von vier Jahren nicht zu lang bemessen. Das von der ASt in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument, aufgrund der Substitutionsverpflichtung des Apothekers nach § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V seien andere pharmazeutische Hersteller während der Laufzeit des Vertrages effektiv vom Markt ausgeschlossen, trage nicht, da eine Substitution nur unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht komme, wenn nämlich der verordnende Arzt die Ersetzung im Einzelfall zulasse. Dies gelte aber bei den generikafähigen Arzneimitteln auch dann, wenn kein Rabattvertrag geschlossen werde, dann zugunsten des preisgünstigsten Medikaments. Außerdem bestünde der Arzneimittelmarkt aus weit mehr als den Verordnungen zugunsten der ...-Versicherten.
- Die Losaufteilung sei nicht zu beanstanden. Ohne Rechtspflicht hätten die Ag eine Losaufteilung vorgenommen und damit in besonderem Maße den durch vergaberechtliche Vorschriften geschützten Interessen entsprochen. Zur Begründung des Loszuschnitts verweisen die Ag auf ihren Vergabebericht. Bestätigt würden sie durch die Begründung zum GKV-OrgWG, wonach auch die Praktikabilität einer Vielzahl von Einzelverträgen zu berücksichtigen sei. Im übrigen verfüge die ASt durchaus über ausreichende Kapazi-

täten, wie ihre Beteiligung an der Vorgängerausschreibung zeige. Eine Pflicht zur Loslimitierung bestehe nicht und könne auch nicht aus den Grundsätzen des Wettbewerbs hergeleitet werden; der Gesetzgeber habe andere Instrumente des Mittelstandsschutzes vorgesehen.

- Angaben zu den Mengen bei den jeweiligen Losen könnten nicht wie von der ASt begehrt zukunftsbezogen gemacht werden, da die zu erwartenden Mengen von Faktoren abhingen, die dem Einfluss der Ag entzogen seien, z.B. dem Ordnungsverhalten der Ärzte, Lieferfähigkeit des Großhandels etc. In den Verdingungsunterlagen hätten die Ag die aktuellsten Daten aus der Vergangenheit in Form umfangreicher Unterlagen zu den Abrechnungsvolumina und Umsetzungsquoten von Rabattvereinbarungen umfassend zur Verfügung gestellt. Diesen Daten aus der Vergangenheit käme ein prognostischer Wert zu. Angesichts der Kürze der Vertragslaufzeit läge im Fehlen einer Preisanpassungsklausel kein ungewöhnliches Wagnis. Auch habe die ASt nichts dazu vorgetragen, inwieweit sie hier beschwert sei. Die von der ASt geforderten Mindestabnahmemengen wären sozialversicherungsrechtlich sogar unzulässig, da sie auf eine Verpflichtung der Ag zur Vergütung von Medikamenten hinausliefen, die möglicherweise gar nicht in Anspruch genommen würden.
- Den CPV-Code für „Arzneimittel“ hätten die Ag angegeben, weitere Subdifferenzierungen seien nicht erforderlich, die ASt im Übrigen nicht beschwert.
- Die Verlängerungsoption sei laut Vergabevermerk lediglich zur möglichen Überbrückung einer moderaten Übergangszeit bis zum Inkrafttreten eines neuen Rabattvertrags während der Dauer eines Nachprüfungsverfahrens gedacht und komme keiner Neuvergabe gleich.
- Das Vertragserfordernis „pharmazeutisches Unternehmen“ sei durch § 130 a Abs. 8 S. 1 SGB V zwingend vorgegeben, die ASt sei selbst ein pharmazeutisches Unternehmen.
- Erforderlich sei nach § 7 a Nr. 3 Abs. 3 S. 1 VOL/A die Angabe von Eignungsnachweisen bereits in der Vergabebekanntmachung, was hier geschehen sei. Unproblematisch sei es, wenn sich der Auftraggeber die Vorlage der Nachweise vorbehalte, was gerade den Interessen der Bieter diene.
- Die Verdingungsunterlagen seien nicht zu beanstanden.

- Die Stichtagsregelung hinsichtlich der Lauer-Taxe stelle keine Ungleichbehandlung dar. Sie gelte in gleicher Weise für alle Bieter und knüpfe an einen Bestand an, der von den pharmazeutischen Unternehmen selbst durch die Meldung der gelisteten PZN herbeigeführt worden sei. Zwingende Gründe machten die Stichtagsregelung erforderlich. Die Lauer-Taxe zum Stichtag bestimme den Beschaffungsbedarf der Ag. Ohne Stichtagsregelung hätte die Entwicklung des Produkt- und Preisstandes nach Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung berücksichtigt werden müssen, womit den Unternehmen nicht im Vorhinein die kalkulationsrelevanten Daten für die Erstellung der Angebote noch die nachzuweisenden Produktionskapazitäten hätten zur Verfügung gestellt werden können. Der Auftraggeber sei aber verpflichtet, die Bewertungsmatrix bereits zu Beginn des Vergabeverfahrens offen zu legen.

- Wie bereits dargelegt, sei das Auftragsvolumen so genau wie möglich beschrieben worden.

- Was den unsubstantiierten und pauschalen Vortrag der ASt zu den Wertungskriterien anbelange, so sei zunächst auf den weiten Spielraum des Auftraggebers bei der Ausgestaltung der Wertungsmatrix hinzuweisen, der nur einer eingeschränkten gerichtlichen Überprüfung unterliege. Gleiches gelte für die Umsetzung der Bewertungsmatrix in Gestalt der Bewertung der Angebote. Diese Spielräume hätten die Ag hier nicht überschritten. Das Bewertungsschema zur Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen sowie der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahlen weise mit Zurverfügungstellung des Produkt- und Rabattblattes ein Höchstmaß an Transparenz auf. Es enthalte genau den Berechnungsalgorithmus, den die Ag zur Bewertung der Wirtschaftlichkeit verwendeten. Die Bieter konnten ihre Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl von vornherein selbst errechnen und durch Variation ihrer Angebote und Gegenüberstellung fiktiver Angebote ihre Zuschlagschancen beurteilen. Die Wertungskriterien im einzelnen, insbesondere der Rechenweg sei von Anfang an offengelegt worden; in den „Ausfüllhinweisen zum Produkt- und Rabattblatt“ seien ausführliche und detaillierte Erläuterungen der Berechnungsschritte unter Offenlegung der verwendeten Formeln enthalten. Selbst die Daten, die in die Berechnung Eingang fänden, seien vollkommen transparent. Die geringe Zahl von Nachfragen, die es hier gegeben habe, zeige, dass die Wertungskriterien hinreichend transparent und ver-

ständig gemacht worden seien. Etwaige Missverständnisse seien in einem mehrmals wöchentlich aktualisierten Fragen- und Antwortkatalog aufgeklärt worden.

Das zweite Zuschlagskriterium „Mehrkostenausgleich bei Festbetragsüberschreitung“ sei in § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V sozialrechtlich vorgegeben. Auch die übrigen Zuschlagskriterien seien zulässig. Der niedrigste Preis sei nicht Zuschlagskriterium, ebenso wenig allein entscheidend die Produktbreite. In der Vorgängerausschreibung sei die Zulässigkeit der Produktbreite als Zuschlagskriterium grundsätzlich sowohl seitens der Vergabekammern als auch seitens der ASt anerkannt worden.

- Der Vortrag der ASt, die Vorgaben machten es ausländischen Bietern unmöglich, am Verfahren teilzunehmen, sei falsch, da die Ag auch alle ausländischen Unternehmen, die im Inland anbieten, zur Angebotsabgabe aufgefordert hätten. Im Produkt- und Datenblatt seien entgegen der Annahme der ASt eine Vielzahl ausschreibungsgegenständlicher Produkte zahlreicher ausländischer Unternehmen gelistet.
- Der Vortrag der ASt zu der von ihr so bezeichneten „grauen Substitution“ unterstelle, dass die Apotheker in großem Umfang in rechtswidriger Weise andere Packungsgrößen abgeben würden, als sie in der Folge mit den Krankenkassen abrechneten, und unterstelle damit einen massenweisen, strafbaren Abrechnungsbetrug. Dieser Sachverhalt könne nicht einfach als gegeben unterstellt werden; entsprechende Erkenntnisse lägen den Ag auch nicht vor.
- Auch der Rabattvertrag sei nicht zu beanstanden.
 - Die Nachverhandlungs- und Teilkündigungsrechte stellten keinen Verstoß gegen vergaberechtliche Vorschriften dar. Erfasst würden durch die fraglichen Regelungen des Vertrags Fälle, in denen durch Umstände, auf die die Ag keinen Einfluss hätten, nachhaltig in die beiderseitige Geschäftsgrundlage des Vertrages eingegriffen werde, indem nämlich entweder die Versicherten der Ag für zuvor zuzahlungsfreie Rabattarzneimittel plötzlich eine Zuzahlung bezahlen müssten oder der gesetzlich zwingend vorgeschriebene Mehrkostenausgleich gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V nicht mehr

gewährleistet wäre. Die Ag schildern die Interessenlage bei Vertragsdurchführung, wonach zu vermeiden sei, dass infolge Änderung des Abgabepreises durch den Rabattvertragspartner oder aber aufgrund von Änderungen der Festbeträge plötzlich Zuzahlungen zu Lasten der ...-Versicherten anfallen würden oder dass der vertraglich vereinbarte Rabatt nicht mehr ausreichen würde, um die Mehrkosten wegen Festbetragsüberschreitung auszugleichen. Sich für diese Fälle Nachverhandlungen und Teilkündigungen vorzubehalten, dazu seien die Ag im Hinblick auf die drohende Verletzung von § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V gesetzlich verpflichtet. Auch die Interessen der gesetzlich Versicherten seien zu wahren, indem sichergestellt werde, dass diese nicht mit zusätzlichen, über die Gebühr hinausgehenden Kosten belastet würden. Es fehle an einem Wagnis, da lediglich ergebnisoffene Nachverhandlungen vorgesehen seien. Eine Kündigung sei nur zulässig, wenn überhaupt kein Verhandlungsergebnis erzielt werden könne. Im übrigen entspreche die angegriffene Regelung als Konkretisierung der Grundsätze des § 313 BGB der üblichen vertraglichen Risikoverteilung. Auch sei es der pharmazeutische Unternehmer, der auf eine Festbetragsabsenkung durch Absenkung seines Preisniveaus reagieren und damit die Zuzahlungsfreiheit sicherstellen könne.

- Das vertragliche Pflichtenprogramm und die Möglichkeit der Ersatzbeschaffung insbesondere bei Lieferausfällen sei angesichts der hohen Bedeutung des Vertragsgegenstandes für die Gesundheit der ...-Versicherten sowie der sozialversicherungsrechtlichen Vorgaben zwingend.
- Die Vorlaufzeit zwischen Vorabinformation an die erfolgreichen Bieter und Vertragsbeginn sei ausreichend. Die Pharmaindustrie selbst gehe davon aus, dass zwei Monate ausreichend seien, wohingegen hier sogar drei Monate zur Verfügung stünden. Auch sei die Ausschreibung bewusst auf die Produkte beschränkt, die bereits in der Lauer-Taxe gelistet gewesen seien und damit im Fachhandel verfügbar gewesen seien. Seitens der erfolgreichen Bieter müssten lediglich die Produktionskapazitäten an den voraussichtlichen Mehrbedarf angepasst werden, was binnen einiger Wochen problemlos möglich sein müsste. Gleichwohl hätten die Ag einen besonderen Schutz in Gestalt einer großzügigen „Karenzzeit“ für die ersten drei Monate Laufzeit eingeräumt. Jedenfalls habe die ASt selbst ausdrücklich erklärt, dass sie im Zuschlagsfall

jedenfalls binnen drei Monaten die vollständige Lieferfähigkeit herstellen könne, und sei damit nicht benachteiligt.

- Eine Preisanpassungsklausel werde von § 15 Nr. 2 VOL/A nicht gefordert, sondern lediglich erlaubt, und sei vorliegend nicht vorgesehen. Der diesbezügliche Vortrag der ASt ginge damit ins Leere.

- Bei der Frage eines neuerlichen Zwangsrabatts sowie der Einführung einer Logistikgebühr in Höhe von 93 Cent handle es sich lediglich um Möglichkeiten, die auf politischer Ebene diskutiert würden, ob und wann aber derartige Rechtsänderungen eingeführt würden, sei völlig ungewiss. Das Risiko möglicher Gesetzesänderungen bestehe stets und stelle kein ungewöhnliches Wagnis dar. Im übrigen gälten selbstverständlich die Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB.

- Weder die Ausschreibung von Rabattverträgen noch die Vergabe öffentlicher Aufträge verletze Grundrechte der ASt als Bieter. Das Bundesverfassungsgericht habe auch mehrfach festgestellt, dass Grundrechte als Prüfungsmaßstab im Bereich des Vergaberechtschutzes nicht in Betracht kämen.

- Der Vortrag der ASt zur Einholung von Rechtsrat bei der Vergabe durch die Ag (Verstoß gegen § 2 Nr. 3 VOL/A), zur Übersendung des Angebots der Bg zu 1) und des Angebots der Bietergemeinschaft der Bg zu 1) mit einem anderen Unternehmen, die sich auf verschiedene Lose bezögen, und zur nicht hinreichende Dokumentation der materiellen Eignungsprüfung in den Vergabeakten sei unsubstantiiert und falsch. Dies lasse sich den Vergabeakten entnehmen.

- Die von der ASt gerügten angeblichen Auswertungsmängel beständen nicht.
 - Die Bg zu 1) habe für die streitbefangenen Wirkstoffe, für die sie Zuschläge erhalten solle, mehr als ausreichende Umsätze in der Vergangenheit ausgewiesen.

 - In einer Nachunternehmererklärung zum Angebot der Bg zu 5) sei offenbar versehentlich das erste Wort des Firmennamens doppelt geschrieben worden und danach eindeutig durchgestrichen worden. Diese Änderung sei zweifelsfrei im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c VOL/A. Sonstige (handschriftliche) Änderungen seien nicht festgestellt worden.

- c) Mit Beschluss vom 11. Februar 2009 sind die Bg zu 1) bis 8) zum Verfahren hinzugezogen worden. Die Bg haben sich schriftsätzlich nicht zu dem Verfahren geäußert. Die Beigeladene zu 6) hat in der mündlichen Verhandlung beantragt, den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen und sich insoweit dem Vorbringen der Antragsgegnerinnen angeschlossen.

Die Vergabekammer des Bundes hat am 11. Februar 2009 beschlossen, die bei der Vergabekammer Düsseldorf verbundenen Nachprüfungsanträge in getrennten Verfahren – VK 3 - 22/09 und VK 3 - 34/09 – zu behandeln.

Die ASt und die Bg zu 2) und 5) haben antragsgemäß Einsicht in die Vergabeakte erhalten, soweit keine geheimhaltungsbedürftigen Aktenbestandteile betroffen waren.

In der mündlichen Verhandlung am 11. März 2009 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen.

Die ASt beantragt in der mündlichen Verhandlung ergänzende Akteneinsicht, um aus eigener Einschätzung eine Stellungnahme zu der Frage abgeben zu können, ob bei Angeboten von Beigeladenen formale Ausschlussgründe vorliegen. Sie begründet dies damit, dass aus den der ASt bisher vorliegenden Kopien der Vergabeakte Hinweise auf konkrete Ausschlussgründe ersichtlich seien. Diese beziehen sich nach Angaben der Ag und Bestätigung durch die Vergabekammer in der mündlichen Verhandlung jedoch nur auf Gebiets- und Fachlose, zu denen die ASt kein eigenes Angebot abgegeben hat. Die Ag beantragen ebenso wie die anwesenden Bg, den Antrag auf ergänzende Akteneinsicht unter Hinweis auf die Notwendigkeit zur Wahrung von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen aufgrund der Regelung in § 111 Abs. 2 GWB abzulehnen.

Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen. Die Vergabekammer hat die Entscheidungsfrist bis zum 31. März 2009 verlängert.

II.

Der Nachprüfungsantrag ist grundsätzlich zulässig, in der Sache jedoch unbegründet.

1. Die Zulässigkeit des Nachprüfungsantrags ist gegeben.

- a) Die Ag sind öffentliche Auftraggeber (vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07 m.w.N.; LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B, vom 23. Januar 2009, L 11 WB 5971/08, und vom 4. Februar 2009, L 11 WB 381/09). Sie sind als gesetzliche Krankenkassen juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V, § 29 Abs. 1 SGB IV), die zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (§§ 1, 2 SGB V). Zudem wird die Finanzierung der Krankenkassen über die Beiträge der Versichertengemeinschaft mittelbar durch Bundesgesetz und damit durch den Bund gewährleistet (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. Dezember 2007, VII-Verg 48/07). Bis zu Beginn dieses Jahres ergab sich die Finanzierung aus den Vorschriften der §§ 3, 5, 220 ff. SGB V und damit aus den bundesgesetzlich geregelten Pflichtbeiträgen insbesondere der Versicherungspflichtigen und gegebenenfalls ihrer Arbeitgeber. Diese Finanzierung durch den Bund ist mit der Schaffung des Gesundheitsfonds zum 1. Januar 2009 insoweit sogar noch direkter geworden, als dass seither die Beiträge zunächst gemäß § 28k SGB IV n.F. an den Gesundheitsfonds weitergeleitet werden, der als Sondervermögen beim Bundesversicherungsamt geführt wird (vgl. § 271 SGB V n.F.) und aus dem die gesetzlichen Krankenkassen die erforderlichen Zuweisungen und damit ihre Finanzierung unmittelbar (vom Bund) erhalten. Bereits eine mittelbare Finanzierung durch gesetzlich vorgegebene Gebühren oder Pflichtbeiträge ist ausreichend, um die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber i.S.v. § 98 Nr. 2 GWB zu begründen (vgl. EuGH, Urteil vom 13. Dezember 2007, Rs. C-337/06; Schlussantrag des Generalanwaltes beim EuGH vom 16. Dezember 2008 in der Rs. C-300/07 (zu gesetzlichen Krankenkassen, ...)). Die Statthaftigkeit des Nachprüfungsantrags ist damit gegeben.

Nach anderer Ansicht ergibt sich die Eigenschaft der Ag als öffentliche Auftraggeberinnen (allein) daraus, dass sie als staatlich kontrollierte Einrichtungen zu betrachten sind (LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B, vom 23. Januar 2009, L 11 WB 5971/08, und vom 4. Februar 2009, L 11 WB 381/09).

- b) Bei dem vorliegenden Rabattvertrag i.S.d. § 130a Abs. 8 SGB V handelt es sich auch um einen „öffentlichen Auftrag“ i.S.d. § 99 Abs. 1, 2 GWB.

Solche Rabattverträge stellen Rahmenvereinbarungen i.S.d. § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A dar, die sich dadurch auszeichnen, dass sie zwar selbst noch nicht den eigentlichen Austauschvertrag beinhalten, sondern lediglich Bedingungen für Einzelverträge regeln, die zu einem späteren Zeitpunkt abgeschlossen werden. Auch im vorliegenden Fall wird bezüglich des Preises eine bestimmte Abrede, nämlich die Rabatthöhe, vor die Klammer der nachfolgenden Einzelverträge gezogen. Der Abschluss der Einzelverträge wiederum erfolgt dann, wenn ein Versicherter der Ag zu deren Lasten (wegen ihrer Sachleistungsverpflichtung, § 2 Abs. 2 SGB V) aufgrund einer ärztlichen Verordnung ein rabattiertes Arzneimittel in einer Apotheke bezieht (vgl. auch 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 15. August 2008, VK 3-107/08 m.w.N.). Dass nicht die Ag selbst die Entscheidung über die Einzelaufträge fällt, sondern der Arzt und/ oder der Apotheker aufgrund der entsprechenden ärztlichen Verordnung, ist unerheblich, da beide der Ag zugerechnet werden – es kommt allein darauf an, dass die Ag (über den Arzt und/oder Apotheker) den Auftragnehmer mit der Lieferung eines Medikaments beauftragt und diesen für die Lieferung (aufgrund ihrer Sachleistungsverpflichtung, s.o.) bezahlt. Gleichmaßen ist deshalb für das Vorliegen eines öffentlichen Auftrags unerheblich, wer die Ware wie liefert und aushändigt und wie, wann und an wen das Eigentum an den Medikamenten übergeht (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 19. Dezember 2007, VII-Verg 48/07, und vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07).

Gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A, der auf Art. 1 Abs. 5, Art. 32 der Richtlinie 2004/18/EG zurückgeht und den Begriff des öffentlichen Auftrags nach § 99 Abs. 1 GWB erweitert, sind auch Rahmenvereinbarungen als öffentliche Aufträge zu qualifizieren (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Januar 2008, VII-Verg 57/07; LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B, vom 23. Januar 2009, L 11 WB 5971/08, und vom 4. Februar 2009, L 11 WB 381/09).

Auch nach der Auffassung, ein öffentlicher Auftrag könne nur vorliegen, wenn zusätzlich zu den gesetzlich normierten Tatbestandsvoraussetzungen Exklusivität vereinbart sei (so LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 23. Januar 2009, L 11 WB 5971/08, und vom 4. Februar 2009, L 11 WB 381/09; vgl. auch LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B), liegt hier ein öffentlicher Auftrag in Gestalt einer Rahmenvereinbarung vor. Der ausgeschriebene Rabattvertrag enthält eine Bestimmung, wonach es dem Auftraggeber untersagt ist, weitere Rabattverträge mit anderen pharmazeuti-

schen Unternehmen abzuschließen, die vergleichbare Arzneimittel anbieten (s. § 7 Abs. 1 des Rabattvertrages, Zusicherung von Exklusivität).

- c) Gegen die Antragsbefugnis der ASt als Teilnehmerin am Wettbewerb bestehen keine Bedenken.
- d) Auch die Voraussetzungen einer rechtzeitigen Rüge i.S.d. § 107 Abs. 3 GWB sind vorliegend erfüllt.
- e) Die Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes ist nach §§ 104 Abs. 1, 127 Nr. 5 GWB i.V.m. § 18 Abs. 1 VgV eröffnet. Denn es handelt sich um einen dem Bund zuzurechnenden Auftrag, weil es der Bund ist, der die Finanzierung der gesetzlichen Krankenkassen überwiegend gewährleistet (vgl. oben). Dies gilt erst recht seit Inkrafttreten des Gesetzes zur Weiterentwicklung der Organisationsstrukturen in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV-OrgWG), da die Ag jedenfalls seit dem 1. Januar 2009 überwiegend unmittelbar aus dem Gesundheitsfonds und damit vom Bund finanziert werden (vgl. hierzu oben unter II.1.a)).

Auch wenn man die Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber ausschließlich mit der Aufsicht über die gesetzlichen Krankenkassen begründen und damit im Ergebnis eine originäre Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes verneinen wollte (so LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B, sowie Beschluss vom 23. Januar 2009, L 11 WB 5971/08), ergibt sich die Zuständigkeit der Vergabekammern des Bundes vorliegend jedenfalls aufgrund der Verweisung durch die Vergabekammer Düsseldorf. Diese ist – unabhängig davon, ob die Voraussetzungen der Verweisungsnorm wirklich vorlagen – für die erkennende Kammer analog § 17a Abs. 1 GVG bindend (vgl. Thüringer OLG, Beschluss vom 16. Juli 2007, 9 Verg 4/07). Etwas anderes würde nur dann gelten, wenn die Verweisung objektiv oder verfahrensrechtlich offensichtlich willkürlich zustande gekommen wäre (vgl. Zöller-Lückemann, Zivilprozeßordnung, 27. Au sfl. 2009, zu § 17a GVG, Rz. 13 m.z.N.; Thüringer OLG, Beschluss vom 16. Juli 2007, aaO.). Dies ist trotz der Entscheidungen des LSG Baden-Württemberg derzeit nicht der Fall, da eine Entscheidung des für die Vergabekammern des Bundes nunmehr zuständigen Landessozialgerichts Nordrhein-Westfalen in dieser Frage noch nicht ergangen ist.

2. In der Sache hat der Nachprüfungsantrag jedoch keinen Erfolg. Die seitens der ASt geltend gemachten Vergabefehler liegen nicht vor.

- a) Was den Verstoß gegen kartellrechtliche Bestimmungen angeht, so hält die Vergabekammer an ihrer Rechtsauffassung fest, wonach schon keine Prüfungskompetenz im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren eröffnet ist (ausführlich hierzu und mit weiteren Nachweisen 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 23. Januar 2009, VK 3-194/08). Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass der Gesetzgeber in § 104 Abs. 2 GWB ein vor dem Hintergrund rechtsstaatlicher Erwägungen höchst angreifbares Verfahren einführen wollte, indem er den Vergabekammern binnen einer Entscheidungsfrist von fünf Wochen ab Antragseingang auferlegt hätte, in Amtsermittlung (§ 110 Abs. 1 S. 1 GWB) ein kartellrechtliches Missbrauchsverfahren durchzuführen. § 104 Abs. 2 GWB ist im Lichte des Beschleunigungsgrundsatzes dahin auszulegen, dass für kartellrechtliche Missbrauchsprüfungen gegenüber gesetzlichen Krankenkassen über § 69 SGB V i.V.m. § 51 Abs. 1, 2 Nr. 2 SGG die Zuständigkeit der Sozialgerichte eröffnet ist. Aus denselben Erwägungen wie die erkennende Kammer sie angestellt hat, hat auch das Sozialgericht Köln eine Beurteilung kartellrechtlicher Sachverhalte im einstweiligen Rechtsschutzverfahren im Ergebnis abgelehnt und darauf verwiesen, dass insoweit eine Prüfung in der Hauptsache erforderlich ist (Sozialgericht Köln, Beschluss vom 25. Februar 2009, S 5 KR 588/08 ER).

Aber selbst wenn man hier eine Prüfungskompetenz annähme, so würde dies im konkreten Fall zu keinen anderen Ergebnissen führen. Für die Vergabekammer ist nach wie vor die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes einschlägig, wonach den gesetzlichen Krankenkassen keine Unternehmenseigenschaft zukommt (EuGH, Urteile vom 16. März 2004, Rs. C-264/01, C-306/01, C-354/01 und C-355/01, und vom 11. Juli 2006, Rs. C-20/03 P). Das Landessozialgericht Baden-Württemberg hat mit Beschluss vom 23. Januar 2009 (L 11 WB 5971/08) ausführlich dargelegt, dass diese rechtliche Beurteilung trotz der geänderten Rahmenbedingungen, die seit dem 1. Januar 2009 gelten und auf die die ASt in diesem Zusammenhang abstellt, auch weiterhin Gültigkeit hat. Dem schließt sich die Vergabekammer an. Davon geht auch der nationale Gesetzgeber aus, da es andernfalls nicht erforderlich wäre, eine entsprechende Anwendbarkeit der §§ 19 – 21 GWB in § 69 Abs. 2 SGB V vorzusehen (s. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes – GKV-WSG, BT-Drs. 16/3950, S. 15). Die gesetzlichen Krankenkassen sind jedenfalls in der hier relevanten Beziehung, nämlich der Nachfrage bei

den Leistungserbringern, eben gerade keine Unternehmen, sondern öffentliche Auftraggeber. Dies präjudiziert nicht zwingend die Eigenschaft der Ag in anderen Beziehungen, beispielsweise bei der Fusion mit einer anderen gesetzlichen Krankenkasse, auf die die ASt hier hinweist. Andernfalls wäre von vornherein eine Ausschreibungspflicht zu verneinen und der vorliegende Nachprüfungsantrag nicht statthaft. Eine Anwendung von Art. 81, 82 EG scheidet somit schon deswegen aus, weil diese Tatbestände an die Unternehmenseigenschaft anknüpfen. § 1 GWB gilt in Ermangelung einer entsprechenden Verweisung in § 69 SGB V unstreitig nicht in Bezug auf gesetzliche Krankenkassen, so dass gemäß § 69 Abs. 2 S. 1 SGB V von vornherein nur eine Anwendung der §§ 19, 20 GWB in Frage kommt.

Selbst wenn man hier unterstellen würde – was eben ggfs. eines dezidierten Nachweises anhand einer vorzunehmenden Marktabgrenzung und der dort festzustellenden Marktgegebenheiten bedürfte – die Ag seien marktbeherrschend, so kann in der Durchführung eines grundsätzlich rechtskonformen, europaweiten Vergabeverfahrens kein Missbrauch einer marktbeherrschenden Stellung liegen. Es verhält sich vielmehr andersherum: Die Durchführung eines Vergabeverfahrens soll gerade dem Missbrauch von Marktmacht entgegenwirken. Diese Ausgangsüberlegung ist Hintergrund und ratio legis des gesamten modernen Vergaberechts, denn: Öffentlichen Auftraggebern kommt im Regelfall eine starke Nachfrageposition zu; es gibt Bereiche, in denen sich ein öffentlicher Auftraggeber als Nachfrager auf bestimmten Märkten sogar in einer Quasi-Monopolsituation befinden kann, z.B. Gleisbauarbeiten für die Bahn oder Autobahnbau. Die Vereinigung eines hohen Nachfragepotentials – dieses unterstellt – wäre damit keineswegs eine Spezialität der Ag im vorliegenden Verfahren. Um genau diesem hohen Nachfragepotential zu begegnen, ist das Vergaberechtssystem in seiner heutigen Form etabliert worden, das gekennzeichnet ist durch die Schaffung subjektiver Bieterrechte, § 97 Abs. 7 GWB, und durch die Einführung eines effektiven Rechtsschutzes, §§ 104 ff. GWB. Es ist vor diesem Hintergrund schwer vorstellbar, dass die Wertungen, die Vergaberecht und Kartellrecht treffen, hier auseinanderfallen. Auch bei einem marktbeherrschenden Nachfrager kann die Durchführung eines in sich grundsätzlich rechtmäßigen, europaweiten Vergabeverfahrens nicht die Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung darstellen.

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass nach den Vorstellungen des Gesetzgebers, wie sie in § 130a Abs. 8 SGB V Ausdruck gefunden haben, gerade Einsparungen Sinn und Zweck der Rabattverträge sind. Wenn die Ag die Realisierung dieser Intention bei Ausgestaltung ih-

res Vergabeverfahrens auch mit im Blick haben, so entspricht dies der Umsetzung dieses gesetzgeberischen Auftrags und stellt sich nicht als unbillig dar.

- b) Ein weiterer wesentlicher Komplex im Vorbringen der ASt lässt sich dahin zusammenfassen, dass ihrer Auffassung nach eine zu starke Konzentration der Nachfrage sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht auf zu wenige Rabattvertragspartner erfolgt, die Vorgaben der Ag also eine zu große Exklusivität der Vertragsverhältnisse bedingen und damit zu wenige pharmazeutische Unternehmen an den Rabattverträgen teilhaben können. Ursächlich hierfür sind nach Auffassung der ASt die Vorgaben Aufteilung in lediglich fünf Gebietslose, nur ein Rahmenvertragspartner pro Los, zu lange Laufzeit, Verlängerungsoption sowie das Fehlen einer Loslimitierung. Die ASt stellt ihr diesbezügliches Vorbringen sowohl in den Kontext des Wettbewerbsgrundsatzes als auch der Mittelstandsförderung bzw. – konkreter – der Diskriminierung kleinerer und mittelständischer Unternehmen.

Die Erwägungen, welche seitens der Ag ausweislich des detaillierten Vergabevermerks in diesem Zusammenhang angestellt wurden, sind im Ergebnis indes nicht zu beanstanden. Die Ag haben den ihnen zustehenden Spielraum für die Ausgestaltung des Vergabeverfahrens nicht überschritten. Hinzuweisen ist allerdings dezidiert darauf, dass sich die derzeitige vergaberechtliche Bewertung ausschließlich und konkret auf die vorliegende Ausschreibung und auf den Kontext bezieht, in dem sie steht. Dieser Kontext ist wesentlich dadurch geprägt, dass die Ausschreibung exklusiver Rabattverträge durch die Ag derzeit noch ein Novum darstellt. Auch wenn § 69 Abs. 2 SGB V i.V.m. §§ 19, 20 GWB im Vergabenachprüfungsverfahren keinen Prüfungsmaßstab im engeren Sinne darstellt, fließt die hier vom Gesetzgeber getroffene Wertung dennoch in die vergaberechtliche Gesamtschau ein. Der Gesetzgeber anerkennt an dieser Stelle durchaus, dass den gesetzlichen Krankenkassen – vorbehaltlich einer konkreten Feststellung im Einzelfall – ein beträchtliches Nachfragepotential zukommen kann (vgl. Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines GKV-WSG, BT-Drs. 16/3950, S. 15; Bericht des Ausschusses für Gesundheit (14. Ausschuss) zum Entwurf eines GKV-WSG, BT-Drs. 16/4247, S. 35). Hieraus ergibt sich im vorliegenden Zusammenhang ein Auftrag für die Zukunft dahin, Erfahrungen bezüglich der Auswirkungen ihres jetzigen Nachfragegebarens auf die Entwicklung des Marktes der pharmazeutischen Anbieter mit zu berücksichtigen und gegebenenfalls in die Ausgestaltung zukünftiger Verfahren einfließen zu lassen. Auch wenn den Ag derzeit die Konformität ihrer Vorgaben mit

dem Vergaberecht zu bescheinigen ist, so impliziert dies keinen Automatismus für die Zukunft.

aa) Hinsichtlich der Gebietslosaufteilung haben sich die Ag dezidiert mit dem Spannungsverhältnis zwischen den Vorgaben des Sozialrechts, die nach Auffassung der Ag auch ein völliges Absehen von einer Gebietslosaufteilung rechtfertigen würden, und dem Vergaberecht mit der grundlegenden Forderung nach Losaufteilung, § 97 Abs. 3 GWB, auseinander gesetzt.

(a) Nicht gefolgt werden kann den Ag allerdings insoweit, als sie meinen, dass eine Gebietslosaufteilung unter Berufung auf Sozialrecht schon im Ansatz nicht geboten wäre. Die Vergabekammer ist vielmehr der grundsätzlichen Auffassung, dass die Vorgaben der beiden Normenkomplexe Vergaberecht und Sozialrecht einschließlich der in § 69 Abs. 2 SGB V mit dem Verweis auf §§ 19, 20 GWB getroffenen Wertung – vorbehaltlich einer konkreten Feststellung im Einzelfall – miteinander in Einklang zu bringen sind, und zwar auf eine europarechtskonforme Art und Weise. Andernfalls liefe die aus der Eigenschaft als öffentlicher Auftraggeber resultierende Bindung an das Vergaberecht Gefahr, jedenfalls in Teilen ins Leere zu laufen. Eine Vereinbarkeit mit den Vorgaben der europäischen Vergabekoordinierungsrichtlinie (Richtlinie 2004/18/EG vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, VKR) wäre fraglich, zumal die für den Bereich der Beschaffung von Lieferungen im Gesundheitswesen – anders als bei der Beschaffung diesbezüglicher Dienstleistungen, vgl. Art. 21 VKR i.V.m. Anhang II Teil B, Ziffer 25 – keinen Ausnahmereich eröffnet (in eine andere Richtung weisend dagegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. April 2008, VII-Verg 15/08, wo die Möglichkeit einer die Prinzipien des Vergaberechts verdrängenden, vorrangigen Anwendung des Sozialrechts angedeutet wird; vgl. aber auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20. Oktober 2008, VII-Verg 46/08). Zwar gibt die Richtlinie anders als das nationale Recht keine Losaufteilung vor und beinhaltet ebenso wenig explizit einen Mittelstandsschutz; allerdings ist es eine grundlegende Vorgabe, dass alle Wirtschaftsteilnehmer gleich zu behandeln sind, Art. 2 VKR, so dass im Einzelfall auch aus diesem grundlegenden Programmsatz konkrete Pflichten z.B. zur Losaufteilung erwachsen können, um auch kleinen und

mittelständischen Unternehmen die Möglichkeit einer Teilhabe an öffentlichen Aufträgen zu eröffnen.

Allerdings bedarf es vorliegend insoweit keiner weiterführenden Überlegungen, als die Ag die Vorgaben des Vergaberechts beachtet haben. Es kommt nicht darauf an, ob dies mit oder – so der Vergabevermerk– ohne Anerkennung einer Rechtspflicht geschehen ist, sondern nur darauf, was hier tatsächlich umgesetzt wurde.

- (b) Die Ag haben das „Ob“ positiv entschieden, indem sie überhaupt Gebietslose gebildet haben. Hinsichtlich des „Wie“, also der konkreten Größe der Lose, verbietet sich eine isolierte Betrachtung. Es ist vielmehr in der Gesamtschau der Losbildung zu berücksichtigen, dass die Ausschreibung wirkstoff-, nicht sortimentsbezogen erfolgte. Damit wird kleinen und mittleren Unternehmen, die nicht über ein großes Produktportfolio verfügen, von vornherein die Möglichkeit eröffnet, auch nur auf einen einzelnen Wirkstoff zu bieten. Diesen Aspekt miteinbeziehend, mag sich die Aufteilung auf fünf Gebietslose an der unteren Grenze dessen bewegen, was unter wettbewerblichen Gesichtspunkten als wünschenswert erscheinen könnte; vergaberechtlich relevant ist jedoch nicht das, was wünschenswert wäre, sondern lediglich eine Überschreitung des einem Auftraggeber bei der Losbildung zustehenden Ermessens (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22. September 2005, VII-Verg 49/05 und VII-Verg 50/05). Es gibt nicht „eine“ richtige, naturgemäß oder rechtlich vorgegebene Losgröße, hier greift vielmehr in den Grenzen der rechtlichen Vorgaben der Ermessensspielraum des Auftraggebers. Dieser ist nicht überschritten:

Die Ag haben im Ausgangspunkt ihrer Überlegungen daran angeknüpft, eine Aufsplitterung der Lose auf eine Größe kleiner als das Gebiet eines ...-Landesverbandes zu vermeiden. Dafür ist ein nachvollziehbares Argument ausschlaggebend, nämlich die praktische Handhabbarkeit auch unter Berücksichtigung des mit dem Abschluss derartiger Vereinbarungen verbundenen Verwaltungsaufwands. Die Ag weisen darauf hin, dass jeder ...-Landesverband lediglich über ein Institutskennzeichen verfügt; die Abrechnungen knüpfen an die Versicherung des Patienten bei einer bestimmten Kasse und damit an diese Kenn-

ziffer an. Hierauf ist auch die Software der Apotheken und Ärzte ausgerichtet. Wollte man eine Aufgliederung eines ...-Landesverbandes in kleinere Einheiten, etwa auf Landkreisebene, vornehmen, so müsste das komplette Abrechnungssystem umgestellt werden, was mit beträchtlichem Investitionsaufwand verbunden wäre.

Der ASt ist allerdings insoweit beizupflichten, als ausgehend von der soeben geschilderten Ausgangsüberlegung – keine Zersplitterung auf Einheiten unterhalb der Landesverbände – in der Folge eine Auseinandersetzung mit der Gestaltungsvariante „Gebietslose entsprechend 15 ...-Landesverbände“ zu erwarten gewesen wäre. Explizite Aussagen in dieser Richtung, die sich insbesondere vor dem Hintergrund der Entscheidung des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. Februar 2008 (Az. L 5 KR 507/08 ER B) angeboten bzw. möglicherweise sogar aufgedrängt hätten, fehlen. Allerdings ergibt sich aus der im folgenden dokumentierten Überlegung der Ag zwar nicht explizit, aber doch implizit, aus welchen Gründen eine Anknüpfung der Gebietslose an die Landesverbände nicht erfolgt ist: Die Ag haben angeknüpft an die Überlegung, dass Gebietslose mit vergleichbaren Zahlen von ...-Versicherten gebildet werden sollten. Diese Aussage impliziert auch ohne ausdrückliche Verbalisierung im Vermerk, aus welchen Gründen ein Anknüpfen an die Landesverbände aus Sicht der Ag ausscheidet. Die Landesverbände sind in ihrer Mitgliederzahl sehr unterschiedlich, so dass die Losgrößen in diesem Fall ebenfalls völlig unterschiedlich ausgefallen wären. Es ist nachvollziehbar und legitim, dass die ... als ein einheitliches Gebilde, dessen einzelne Landesverbände schon aufgrund des Regionalprinzips nicht im Wettbewerb um Versicherte stehen, allen ihren Versicherten u.a. auch vor dem Hintergrund etwaiger Zuzahlungspflichten bundesweit weitestgehend einheitliche Konditionen bieten will und daher auf vergleichbare Rabattkonditionen Wert legt. In der Folge war es naheliegend, auf das Gebiet der ... Bayern, dem größten ...-Landesverband, als Referenzgröße abzustellen und deren Größe bei Bildung der weiteren Lose als Maßstab zugrunde zu legen.

Hinzu kommt die Überlegung, dass dem hinter § 130 a SGB V stehenden gesetzgeberischen Auftrag, nämlich im Interesse der Versichertengemeinschaft Kosteneinsparungen zu realisieren, nur entsprochen werden kann, wenn auch wirklich

nennenswerte Rabatte erzielt werden können. Die finanzielle Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung als Grundlage für den Systemerhalt stellt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine Gemeinwohlaufgabe von hohem Rang dar (vgl. z.B. BVerfGE 68, 193, 218; BVerfGE 70, 1, 26; BVerfGE 82, 209, 230; BVerfGE 103, 172, 184 f.; BVerfGE 113, 167, 215; BVerfGE 106, 351, 358; BVerfGE 108, 45, 52). Ein nennenswerter Rabatt wird aber seitens der pharmazeutischen Industrie nur dann angeboten werden können, wenn sich daraus auch ein gewisses Nachfragevolumen ergibt. Die Anmerkung im Vergabevermerk (S. 11), wonach „bei disproportionalen Gebietsloszuschneidungen (...) die Gefahr bestünde, dass mitgliederschwachen ... wesentlich ungünstigere Rabattkonditionen angeboten werden“, knüpft folglich an diese gesetzgeberische Intention an und greift den Auftrag, den der Gesetzgeber im Interesse der Solidargemeinschaft der Versicherten sowie des gesamten Gesundheitssystems den gesetzlichen Krankenkassen erteilt hat, auf. Vor diesem gesetzlichen Hintergrund, der gemäß § 69 Abs. 2 S. 3 SGB V auch im Vergabenausschreibungsverfahren zu berücksichtigen ist, ist das Argument gegen einen disproportionalen Gebietszuschneidung und damit gegen eine Anknüpfung an die einzelnen Landesverbände legitim.

Im Ergebnis haben die Ag mit der gewählten Losbildung die Vorgaben des § 130 a Abs. 8 SGB V sowie des § 97 Abs. 3 GWB in nicht zu beanstandender Weise miteinander in Einklang gebracht und ihre diesbezüglichen Überlegungen umfassend dokumentiert.

bb) Ebenso wenig sind die anderen aufgeführten Aspekte der Laufzeit, der Verlängerungsoption, des Rahmenvertrags mit nur einem Partner und der fehlenden Loslimitierung zu beanstanden. Die Ag sind verpflichtet, die Rabattverträge, die rechtlich als Rahmenverträge einzustufen sind, nach Vergaberecht zu vergeben. Nichts anderes tun die Ag:

- (a) Rahmenverträge mit einem Vertragspartner sind zulässig, § 3 a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A.

Die zweijährige Laufzeit ist durch die zulässige Maximallaufzeit von vier Jahren ohne weiteres gedeckt, § 3a Nr. 4 Abs. 8 VOL/A.

Verlängerungsoptionen sind – wie § 3 Abs. 6 VgV zeigt – zulässig; es gibt keinen Rechtssatz, wonach eine Verlängerung 10 % der Laufzeit eines Rahmenvertrags nicht überschreiten dürfe. Mit einer maximalen Gesamtlaufzeit von dann 27 Monaten hält sich die Laufzeit vollumfänglich im Rahmen der zulässigen Maximallaufzeit. Bedeutsam ist bei der Verlängerungsoption, dass diese – wie hier geschehen – von vornherein Bestandteil der Ausschreibung ist. Die Gründe für die Option – Abfangen eines sich bei einer Anschlussausschreibung ergebenden Nachprüfungsverfahrens und dessen zeitlicher Dauer – sind absolut nachvollziehbar und begründen auch kein ungewöhnliches Wagnis zu Lasten des Auftragnehmers: In der Regel wirkt sich eine verlängerte Laufzeit zugunsten des Auftragnehmers aus, der ja seinerseits Interesse am Auftrag hat. Ferner ist die Option nach § 9 Abs. 1 Rabattvertrag mit einem zeitlichen Vorlauf zu ziehen, so dass der Auftragnehmer ausreichend Gelegenheit hat, sich hierauf einzustellen.

Loslimitierungen sind im Vergaberecht nicht explizit vorgesehen. Dies bedeutet zwar nicht, dass sie per se unzulässig wären, es mag einer derartigen Limitierung im Einzelfall durchaus ein positiver wettbewerblicher Effekt zuzumessen sein (so LSG NRW, Beschluss vom 30. Januar 2009, a.a.O.). Teilweise werden sie dagegen sogar als rechtlich problematisch angesehen (VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. November 2008, 1 VK 52/08 und 1 VK 53/08). Tatsache ist aber, dass sie nirgendwo als „Regelfall“ vorgegeben werden, dessen Nichtanwendung einer besonderen Rechtfertigung bedürfte.

Es steht damit auf einer ersten Betrachtungsebene fest, dass die Ag sich mit der von ihr gewählten Ausgestaltung der Rabattverträge im Rahmen des Vergaberechts halten; bei der Laufzeit und der Anzahl der Vertragspartner ergibt sich dies sogar wörtlich aus den einschlägigen Vorschriften. Unter Ausklammerung des für die ASt zentralen Aspekts der Nachfragemacht der Ag dürfte dies auch aus Sicht der ASt in wesentlichen Grundzügen unstrittig sein.

- (b) Die ASt will aus dem Gesichtspunkt der Marktbeherrschung auf Nachfrageseite nun aber herleiten, dass die Ag dieses vergaberechtlich ausdrücklich zulässige Instrumentarium so nicht nutzen dürften, sondern dass dies sogar im Gegenteil ins Vergaberechtswidrige „umkippt“. Als Anknüpfungspunkt stützt sich die ASt hier auf § 3 a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A, wonach eine missbräuchliche oder wettbewerbseinschränkende Anwendung von Rahmenvereinbarungen unzulässig ist.

Auch wenn man die gesetzgeberische Wertung des § 69 Abs. 2 SGB V i.V.m. §§ 19, 20 GWB, wonach das Nachfragepotential der gesetzlichen Kassen vorbehaltenlich dessen konkreter Feststellung im Einzelfall (s. dazu bereits oben) berücksichtigt werden kann, mit heranzieht, so ist die Ausgestaltung weder bei isolierter Betrachtung der einzelnen Vorgaben noch im Rahmen einer Gesamtschau als vergaberechtswidrig zu qualifizieren. Unter Heranziehung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Nachfragemacht der öffentlichen Hand würde es zur Verneinung der Ausnutzung einer marktbeherrschenden Stellung bereits ausreichen, dass überhaupt ausgeschrieben wird. Selbst wenn man aber mit der ASt noch eine Stufe weitergeht und auch die konkrete Ausgestaltung der Vorgaben an diesem Maßstab misst, ergibt sich nichts anderes. Auch den Ag steht es zu, im Rahmen der Ausschreibung ihre eigenen, durch den Gesetzgeber vorgegebenen und damit legitimen Ziele zu verfolgen und diese nicht vorrangig an den Vorstellungen der Wirtschaftsteilnehmer ausrichten zu müssen. Auch unter dem Eindruck von §§ 19, 20 GWB ist es eine Fehlvorstellung, anzunehmen, die Bieter könnten den Ag diktieren, wie das Verfahren bzw. der Vertrag auszugestalten ist. Der Ermessensspielraum des Auftraggebers bleibt auch bei hohem Nachfragepotential grundsätzlich bestehen, er ist hier nicht überschritten. Es ist den Ag nicht zuzumuten, den mit der Ausschreibung von Rabattverträgen verbundenen Verwaltungs- und Kostenaufwand in kürzeren Abständen als von zwei Jahren durchzuführen, ebenso wenig sich der Problematik zu stellen, in welcher Weise bei einem Rahmenvertrag mit mehreren Vertragspartnern die Auswahl konkret im Einzelfall erfolgen soll, zumal der Apotheker die letztendliche Auswahlentscheidung trifft. Hinzuweisen ist hier auch darauf, dass es nahezu unmöglich sein dürfte, Konsens mit allen interessierten Wirtschaftsteilnehmern herzustellen, was schon daran manifest wird, dass in der vorangegangenen Rabattrunde in Nachprüfungsverfahren teilweise exakt das Gegenteil der jetzigen Beanstandungen kritisiert wurde, z.B. der Abschluss des

Rabattvertrags wie damals vorgesehen mit mehreren Vertragspartnern. Seinerzeit wurde das Argument diskutiert, bei einem Vertragsschluss mit mehreren Partnern könne ein Angebot nicht ordnungsgemäß kalkuliert werden und die konkrete Auswahlentscheidung durch den Apotheker könne nicht durch die Ag beeinflusst werden – vorliegend wiederum und dagegen, mit nur einem Rabattvertragspartner gäbe es zu wenig begünstigte Unternehmen. Allein dies macht deutlich, dass es den Ag nie möglich sein wird, die Bedürfnisse aller interessierten Unternehmen abzudecken. Die Ag müssen sich zwischen mehreren denkbaren zulässigen Varianten entscheiden, die grundsätzlich die Möglichkeit der Teilhabe für alle Unternehmen, auch kleine und mittlere, eröffnen; nicht leistbar und nicht erforderlich ist aber, dass auch tatsächlich jedes individuelle Unternehmen in die Lage versetzt wird, Angebote abzugeben. Es muss an dieser Stelle beachtet werden, dass die Ag nicht in eine im Ergebnis unlösbare Situation gebracht werden dürfen: Die Ag sind als öffentlicher Auftraggeber gesetzlich verpflichtet, die Rabattverträge, die ihrerseits öffentliche Aufträge in Gestalt von Rahmenvereinbarungen darstellen, nach Vergaberecht zu vergeben; paradox wäre es, den Ag nun auch eine in sich vergaberechtskonforme Art der Ausgestaltung des Verfahrens und der Rahmenvereinbarung aus der Hand zu schlagen mit dem Hinweis auf deren nachfragestarke Position. Dies bleibt Extremfällen vorbehalten, und ein solcher ist vorliegend nicht gegeben. Die Ag tragen mit Abschluss der Rabattverträge zum Systemerhalt der gesetzlichen Krankenversicherung und damit zu einer überragend wichtigen Aufgabe des Gemeinwohls bei (s. zur Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits oben). Sie haben hierbei Vergaberecht anzuwenden. Sie müssen dieses Instrumentarium aber auch nutzen dürfen, um den gesetzlichen Auftrag durchführen zu können.

Zu berücksichtigen ist in diesem Gesamtzusammenhang auch, dass die dem vergaberechtlichen Wettbewerb innewohnende Ausschlusswirkung zu Lasten der Unternehmen, die den Zuschlag nicht erhalten, insoweit abgemildert ist, als vorliegend aufgrund der Besonderheiten bei der Arzneimittelverordnung durch die Ärzte (z.B. Ausschluss der aut-idem-Ersetzungsbefugnis) auch die Nicht-Rabattvertragspartner ihre Produkte an ...-Versicherte werden abgeben können, wenn auch voraussichtlich in deutlich geringerem Umfang. In herkömmlichen Vergabeverfahren ist die Ausschlusswirkung absolut, da der Auftraggeber dann

wirklich nur noch aus dem Rahmenvertrag beschaffen darf, eine Teilhabe anderer Unternehmen scheidet vollkommen aus. Gerade die wirtschaftlichen Folgen dieser Ausschlusswirkung haben die pharmazeutische Industrie zu Recht veranlasst, in Vergabenaachprüfungsverfahren zu erkämpfen, dass diese Verträge im Wettbewerb zu vergeben sind (vgl. Beschluss der 2. Vergabekammer des Bundes vom 15. November 2007, VK 2 - 105/07). Einen solchen Wettbewerb führen die Ag nunmehr in vergaberechtskonformer Art und Weise durch.

d) Des Weiteren beanstandet die ASt die Anknüpfung an einen Stand der Lauer-Taxe, der im Zeitpunkt der Veröffentlichung der Bekanntmachung bereits in der Vergangenheit lag.

aa) Mit dieser Anknüpfung ist unstreitig eine Ausschlusswirkung zu Lasten von Unternehmen verbunden, die zum fraglichen Zeitpunkt gar keine Produkte auf der Lauer-Taxe gelistet hatten (dies gilt für die ASt nicht), sowie von Produkten, die nicht in der Lauer-Taxe verzeichnet waren. Vergaberechtlich unzulässig wäre diese Ausschlusswirkung jedenfalls dann, wenn darin – und dies meint die ASt – gleichzeitig eine Diskriminierung läge. Zwischen beidem ist jedoch zu differenzieren; nicht in jeder Vorgabe eines öffentlichen Auftraggebers, die eine Ausschlusswirkung für manche Marktteilnehmer oder Produkte bewirkt, liegt gleichzeitig eine Diskriminierung. Es gibt im Gegenteil sogar häufig Anknüpfungen mit Ausschlusswirkung, die vollkommen legal sind. Beispielfhaft kann das Erfordernis einer Zertifizierung nach der DIN-Norm ISO 9001 herangezogen werden, das der öffentliche Auftraggeber gemäß § 7a Nr. 5 Abs. 1 VOL/A grundsätzlich aufstellen darf; ein Unternehmen, das daraufhin nicht am Wettbewerb teilnehmen kann, ist hiervon ausgeschlossen, ohne dass dies diskriminierend wäre.

Ein anderes, der vorliegenden Sachlage eher vergleichbares und ebenso wie die vorliegende Fragestellung nicht unmittelbar gesetzlich geregeltes Beispiel ist die Vorgabe einer Krankenkasse in einer Ausschreibung, wonach nur solche Hilfsmittel zum Wettbewerb zugelassen sind, die im Hilfsmittelverzeichnis nach § 139 SGB V gelistet sind. Hier hat die obergerichtliche Rechtsprechung diese Anknüpfung gebilligt, obwohl es sich bei der Aufnahme in das Hilfsmittelverzeichnis nicht um einen Automatismus oder um eine reine Formalie handelt; wie die Vorgaben des § 139 SGB V zeigen, ist hierfür vielmehr ein im Einzelnen durch den Spitzenverband Bund der Kran-

kenkassen zu regelndes Verfahren vorgesehen. Um in das Hilfsmittelverzeichnis aufgenommen zu werden, ist es erforderlich, dass am Ende eines dreimonatigen Prüfungszeitraums eine positive Zulassungsentscheidung ergeht. Obwohl der Antragsteller im dortigen Vergabeverfahren gerade geltend gemacht hatte, trotz Einhaltung der vorgegebenen Qualitätsstandards seiner Produkte und trotz mehrfacher Versuche nicht mit seinen im EU-Ausland hergestellten Produkten in die Hilfsmittelliste aufgenommen worden zu sein, hat das Oberlandesgericht Düsseldorf diese Vorgabe als vergaberechtlich unproblematisch angesehen (Beschluss vom 17. April 2008, VII-Verg 15/08). Die Aufnahme in die Lauer-Taxe ist dagegen ungleich schneller und einfacher im Sinne eines Automatismus binnen ein bis drei Tagen nach Beantragung gewährleistet. Wenn nach der genannten Rechtsprechung schon die Anknüpfung an die Hilfsmittelliste, in die aufgenommen zu werden vielen Unternehmen nicht gelingt, und die damit verbundene Ausschlusswirkung nicht diskriminierend ist, so dürfte es die Anknüpfung an die Lauer-Taxe ungeachtet des rückwirkenden Stichtags erst recht nicht sein. Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass im Hilfsmittel-Fall anders als vorliegend keine rückwirkende Anknüpfung vorgesehen war; wie dargestellt, kommt der Anknüpfung an das Hilfsmittel-Verzeichnis eine erheblich krassere Ausschlusswirkung zu als einer Anknüpfung an die Lauer-Liste, Stand Vergangenheit bei Bekanntmachung der Ausschreibung, da es Unternehmen wie dem Antragsteller im damaligen Verfahren gar nicht gelungen war, auf diese Liste zu gelangen, geschweige denn aufgrund der dreimonatigen Prüfungsfrist der zuständigen Behörde bis zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe.

- bb) Ungeachtet dieses obergerichtlich bereits entschiedenen, vergleichbaren Falls ergibt auch die Prüfung der Vorgaben der Ag bzgl. Lauer-Taxe/Stand Vergangenheit im vorliegenden Verfahren, dass weder eine Diskriminierung noch ein Verstoß gegen sonstige Vorschriften vorliegt.

Was die Ag mit dieser Anknüpfung konkret vorgenommen haben, ist – so auch zutreffend der Vergabevermerk – eine genauere Spezifizierung ihres Beschaffungsbedarfs. Die Ag hätten diesen Bedarf sicherlich auch anders definieren können, nämlich im Sinne der ASt mit der schlichten Vorgabe der 64 generischen Wirkstoffe, möglicherweise auch kombiniert mit der Vorgabe von Packungsgrößen, für die ein Rabattpreis angeboten werden soll. Der Auftraggeber ist aber grundsätzlich und zunächst einmal

frei, selbst zu bestimmen, was er eigentlich haben möchte und wie er demzufolge seine Nachfrage ausgestaltet. Aus dem Umstand, dass er es auch anders hätte machen können, resultiert kein vergaberechtlicher Zwang, auch tatsächlich anders zu verfahren. Auf dem Prüfstand steht hier nur die von den Ag gewählte Variante.

Allerdings impliziert das Stichwort „freie Bedarfsdefinition“ selbstverständlich nicht per se, dass diese auch rechtmäßig ist. Es gibt vielmehr Vorgaben, an denen das, was der Auftraggeber nachfragt, zu messen ist. Der Bedarf wird üblicherweise in einer Leistungsbeschreibung spezifiziert und den Interessenten am Auftrag hierüber transparent gemacht. Die Bedarfsdefinition der Ag in den Verdingungsunterlagen ist folglich an den Vorschriften zu messen, die sich auf die Leistungsbeschreibung beziehen, hier konkret an § 8 Nr. 3, § 8a Nr. 5 VOL/A.

Danach dürfen an die Beschaffenheit der Leistung einmal keine ungewöhnlichen Anforderungen gestellt werden, § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A. Die Lauer-Taxe mit den dortigen PZN ist Grundlage für die Abrechnung sämtlicher verordneter Arzneimittel; alle Arzneimittel, die sich in Deutschland im Handel befinden und zu Lasten der gesetzlichen Krankenkassen abgerechnet werden, sind hier gelistet. Die Listung ist Voraussetzung für die Abrechnung. Auch wenn der Einwand der ASt, der Lauer-Taxe komme die bloße Funktion einer Datenbank zu und die arzneimittelrechtliche Zulassung sei der eigentlich entscheidende Faktor, sicher zutreffend ist, so stellt sich die Lauer-Taxe dennoch nicht als ungewöhnlich im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A dar. Aus dem gleichen Grund ist sie auch „verkehrsüblich“ im Sinne von § 8 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A.

Entscheidend aber sind hier die Vorschriften der § 8 Nr. 3 Abs. 4, § 8a Nr. 5 VOL/A, wonach grundsätzlich nicht auf eine „bestimmte“ Produktion oder Herkunft, nicht auf ein „besonderes“ Verfahren verwiesen werden darf, wenn dadurch „bestimmte“ Unternehmen oder „bestimmte“ Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden. Mit der Anknüpfung an die Lauer-Taxe zum Stand der Bekanntmachung ist aber keine derartige Bezugnahme auf bestimmte Produkte erfolgt und es wurden auch nicht bestimmte Produkte in diesem Sinne ausgeschlossen. Es erfolgte vielmehr eine Bezugnahme auf sämtliche auf dem Markt befindlichen und aktuell verfügbaren Produkte. Und dieser Markt steht allen sowohl in- wie ausländischen pharmazeutischen Unternehmen offen. Ob und mit welchen Produkten die in- und ausländischen Marktteilnehmer sich auf

dem nationalen Markt positionieren bzw. zum Stichtag positioniert hatten, hängt allein von deren unternehmerischer Entscheidung, nicht aber von den Ag ab. In der Anknüpfung an den gesamten, allen interessierten Unternehmen offen stehenden Markt liegt somit kein Ausschluss „bestimmter“ Unternehmen oder Erzeugnisse. Die Anknüpfung an den aktuellen Markt ist hier auch deswegen gut nachvollziehbar, weil es vorliegend nicht um die Anbahnung einer vollständig neuen Lieferbeziehung geht, sondern um den Abschluss einer Rabattvereinbarung, die auf eine bereits langfristig existierende „Lieferbeziehung“ (=Absatz von Medikamenten an die Versicherten der Ag zu deren Lasten) aufsattelt.

Was im Übrigen die Ag zu ihrer Motivation vorgetragen haben, die ursächlich war für das Abstellen auf den Stand der Lauer-Taxe im Zeitpunkt der Bekanntmachung, so ist dazu anzumerken, dass diese Gründe, insbesondere die Erhöhung der Transparenz, ebenfalls nachvollziehbar sind. Eines genaueren Eingehens hierauf bedarf es indes nicht, da das Zugrundelegen des fraglichen Lauer-Standes jedenfalls nach Auffassung der Vergabekammer schon auf der Ebene des objektiven Tatbestandes – Abstellen auf „bestimmte“ Produkte, Ausschlusswirkung zu Lasten „bestimmter Produkte“ etc. – nicht zu beanstanden ist. Eines Rückgriffs auf die Rechtfertigungsebene – „...es sei denn, dass eine solche Beschreibung gerechtfertigt ist“, § 8 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A – bedarf es daher nicht.

- cc) Die Tatsache, dass die ASt durch diese Art der Bedarfsvorgabe offensichtlich überrascht war, ändert nichts an der Vergabekonformität.

Die ASt sieht sich in ihrem Recht tangiert, ihr Angebot optimal am Bedarf des Auftraggebers auszurichten, um bestmögliche Wettbewerbschancen zu haben. Konkret trägt sie vor, sie hätte weitere Produkte anbieten wollen, für die sie eine arzneimittelrechtliche Zulassung habe und die sie tatsächlich auch binnen weniger Tage auf die Lauer-Taxe hätte bringen können. Diese Möglichkeit sei ihr mit der Anknüpfung an einen Stand vor der Bekanntmachung des Vergabeverfahrens genommen worden.

Die ASt nimmt hier Bezug auf den Anspruch des Bieters, sein Angebot optimal am Bedarf des Auftraggebers ausrichten zu können. Dieser Anspruch ist auch tatsächlich von zentraler Bedeutung. Er findet seine konkrete Ausprägung in einer Vielzahl von

Vorschriften, wobei beispielhaft die Thematik der Bekanntgabe von Wertungskriterien und deren Gewichtung genannt werden kann, die eben gerade deshalb vorgeschrieben ist, damit die Bieter ihr Angebot optimal gestalten können. Auch die Vorgaben für eine eindeutige Leistungsbeschreibung sind in diesen Kontext einzuordnen. Der Anspruch des Bieters auf optimale Angebotsgestaltung ist jedoch stets vor dem Hintergrund des konkreten Beschaffungsbedarfs des Auftraggebers zu sehen und kann sich nur innerhalb des Rahmens entfalten, den der Auftraggeber mit einer in sich beanstandungsfreien Bedarfsdefinition – und um eine solche handelt es sich vorliegend – setzt. Die Bieter haben einen Anspruch darauf, ihr Angebot optimal anhand der Vorgaben und innerhalb des vom Auftraggeber gesetzten Rahmens auszurichten; innerhalb der ersten Stufe, nämlich wie der Bedarf zu definieren ist, gibt es aber keinen Anspruch auf Mitgestaltung. Hier ist der Auftraggeber „Herr des Verfahrens“, sprich der Bedarfsdefinition. Insoweit gibt es nur einen Anspruch der Bieter dahin, dass der Auftraggeber die gesetzlichen Vorgaben bezüglich der Leistungsbeschreibung einhält. Einen Anspruch darauf, dass der Auftraggeber seinen Bedarf so ausrichtet, wie es dem Bieter angesichts seiner konkreten Positionierung im Wettbewerb als optimal erscheint, gibt es nicht.

In dem vorliegenden, mit der Art der Bedarfsdefinition verbundenen Überraschungsmoment könnte folglich nur dann ein Verstoß gegen den Transparenzgrundsatz liegen, wenn die Ag vor Beginn der Ausschreibung einen anderen Vertrauenstatbestand gesetzt hätten. Dies ist indes nicht geschehen; der bloße Umstand, dass in der Vorgängerausschreibung eine solche Anknüpfung an den Markt zum Zeitpunkt der Bekanntmachung nicht vorgenommen wurde, begründet für sich genommen keinen Vertrauenstatbestand.

- e) Die Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen ist beanstandungsfrei erfolgt.
 - aa) Das Auftragsvolumen ist in der vorliegenden Ausschreibung entgegen der Auffassung der ASt durch Mitteilung der Verordnungszahlen des Vorjahres in ausreichendem Maße mitgeteilt worden. Im Falle einer Rahmenvereinbarung ist gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 GWB das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich zu ermitteln und zu beschreiben, braucht aber nicht abschließend festgelegt werden. In der Regelung spiegelt sich die Besonderheit des Rahmenvertrags wieder, die gerade

darauf beruht, dass das konkrete Beschaffungsvolumen nur prognostiziert werden kann. Dies gilt vorliegend aufgrund der Besonderheiten des Arzneimittelmarktes in besonderem Maße, da die Ag keinen unmittelbaren Einfluss auf das Ordnungsverhalten der Ärzte haben, ganz zu schweigen von dem krankheitsabhängigen Bedarf der Versicherten. Die Ag haben hier die Ordnungszahlen aller Wirkstoffe innerhalb eines Jahres (2. Quartal 2007 bis 1. Quartal 2008) den Bietern mit den Verdingungsunterlagen zur Verfügung gestellt. Die Bieter konnten aus diesen Zahlen entnehmen, wie sich das Verschreibungsvolumen in diesem Jahreszeitraum entwickelt hat und daraus Schlüsse für die zu erwartenden Volumina der nächsten 2 Jahre ziehen. Die Zahlen der Ag sind – so der glaubhafte Vortrag der Ag in der mündlichen Verhandlung – mit dem Abschluss 1. Quartal 2008 die aktuellsten Zahlen, die für den Bereich sämtlicher 15 ... in vertretbarem Aufwand zusammen zu stellen waren. Auch dürfte das Spektrum eines Jahres die – möglicherweise jahreszeitlich bedingt – schwankende Abnahme realistisch abbilden. Da weder die Ag noch die ASt aber einen Einfluss auf das Verhalten von Ärzten und Patienten haben, stellt die Mitteilung der Ordnungszahlen der Vergangenheit die einzige – statistisch valide – Basis zur Prognostizierung des zu erwartenden Auftragsvolumens dar (vgl. auch 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 15. November 2007, VK 2-105/07). Es liegt in der Natur der Sache und dürfte auch für die ASt zwanglos nachzuvollziehen sein, dass eine exaktere Prognose in die Zukunft nicht möglich ist. Die Ag haben alles getan, um eine optimale Kalkulationsgrundlage zur Verfügung zu stellen.

- bb) Aus denselben Überlegungen ergibt sich, dass der Verzicht auf eine Mindestabnahmemenge oder eine Umsatzgarantie entgegen der Auffassung der ASt nicht vergaberechtsfehlerhaft ist. Die Ag haben umfassendes Zahlenmaterial aus der Vergangenheit vorgelegt, welches eine realistische Einschätzung der zu liefernden Mengen ermöglicht. Einer weitergehenden Absicherung des Auftragnehmers über Umsatz- und/oder Mindestabnahmemengen bedurfte es nicht. Vielmehr müssen die Bieter eine Angebotskalkulation unter Berücksichtigung gewisser, dem Rahmenvertrag innewohnender Unsicherheiten vornehmen. Die Angebotskalkulation eines Rahmenvertrags-Angebots wird daher im Gegensatz zu einem “normalen” Auftrag gewisse Unterschiede aufweisen und möglicherweise kalkulatorische Sicherheitszuschläge berücksichtigen müssen.

- cc) Die Nichtberücksichtigung einer möglichen "grauen Substitution" durch Apotheker seitens der Ag stellt keine Aufbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar. Die Ag haben darauf hingewiesen, dass die ASt unterstelle, dass Apotheker in großem Umfang in rechtswidriger Weise andere Packungsgrößen abgeben würden, als sie mit den Krankenkassen abrechneten. Sie unterstelle hiermit einen strafbaren Abrechnungsbetrug in erheblichem Umfang. Zu Recht gehen die Ag davon aus, dass ein gesetzeswidriges Verhalten Dritter nicht einfach als gegeben angesehen werden kann. Grundsätzlich ist in den Pflichtenverhältnissen des SGB V davon auszugehen, dass die Beteiligten sich rechtstreu verhalten. Sollte dennoch – im Ausnahmefall – ein rechtswidriges Verhalten auftreten, sind die entsprechenden Behörden oder Strafverfolgungsbehörden einzuschalten und das Verhalten abzustellen und zu ahnden. Es bestehen entsprechende Schadensersatzansprüche der Betroffenen. Insofern verlagern die Ag nicht vergaberechtswidrig ein konkret bestehendes Risiko bei der Vertragsausführung, auf das sie keinen Einfluss haben, auf den anderen Vertragspartner.
- dd) Hinsichtlich der einheitlichen Verwendung der CPV-Nummer für Arzneimittel ohne weitere Unterdifferenzierung für die einzelnen Wirkstoffe ist die ASt nicht beschwert. Es war ihr ohne weiteres möglich, aufgrund der weiteren Angaben in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen ein Angebot für verschiedene Wirkstoffe abzugeben. Die ASt hat weder die Verletzung in eigenen Rechten noch eine Beschwerde substantiiert vorgetragen.
- ee) Die Vorgabe der Ag, wonach als Vertragspartner nur pharmazeutische Unternehmen i.S.v. § 4 Abs. 18 AMG in Betracht kommen, stellt keinen Verstoß gegen das Verbot der Selbstauführungspflicht nach § 4 Abs. 4 VgV dar. Das Vergaberecht hat im Rahmen des Sozialrechts gemäß § 69 Abs. 2 Satz 3 SGB V ausdrücklich die Versorgungssicherheit der Versicherten zu beachten. Die Versorgung mit Arzneimitteln ist aber nach dem Arzneimittelgesetz bestimmten Qualitätsstandards und Kriterien hinsichtlich des Inverkehrbringens unterworfen. Insbesondere knüpfen sich die Voraussetzungen an den Status als pharmazeutischer Unternehmer. Die Ag nehmen daher zu Recht Bezug auf die geltenden Normen des AMG. Es ist deshalb nicht zu beanstanden, dass Vertragspartner nur pharmazeutische Unternehmen sein dürfen.

f) Die Vorgaben, die die Ag zwecks Prüfung der Eignung der Bieter aufgestellt haben, sind nicht zu beanstanden.

aa) Die ASt beanstandet zum Einen das Eignungskriterium „Produktkapazität“. Sie meint, dieser Eignungsnachweis sei ein Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, da den Bietern hiermit das Risiko für Umstände aufgebürdet werde, auf die diese keinen Einfluss hätten und deren Auswirkung auf den Preis sie nicht abschätzen könnten. Außerdem sei die Forderung solcher Kapazitätsnachweise, die auf unrealistischen Daten beruhten, mittelstandsfeindlich, kleinere und mittlere Unternehmen würden durch solche Vorgaben benachteiligt. Dieser Vorwurf der ASt betrifft zwei voneinander zu trennende Aspekte:

Einmal die Frage, ob die Ag den Bietern alle preisbeeinflussenden Umstände mitgeteilt haben oder diesen insbesondere aufgrund der Nennung angeblich nicht aktueller Zahlen hinsichtlich der tatsächlich abzusetzenden Mengen oder der zu erzielenden Umsätze ein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet haben. Ein solches Wagnis liegt hier – ebenso wie bei der Tatsache, dass die Ag den Bietern keine Mengen- oder Umsatzgarantie geben – nicht vor (s. hierzu oben unter d)aa, bb). Dementsprechend ist auch die Vorgabe, dass die Bieter nur dann als geeignet angesehen werden, wenn sie für den Vertragszeitraum solche Kapazitäten nachweisen, ebenfalls nicht als ungewöhnliches Wagnis anzusehen.

Zum zweiten ist hier die – im Ergebnis ebenfalls zu verneinende – Frage tangiert, ob ein öffentlicher Auftraggeber Angaben zur Produktkapazität von den Bietern zur Beurteilung ihrer Leistungsfähigkeit überhaupt verlangen darf.

Dieses Eignungskriterium ist nicht vergaberechtswidrig, insbesondere ist es „durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt“ (§ 7 Nr. 4 VOL/A) und verstößt auch sonst nicht gegen allgemeine vergaberechtliche Grundsätze. Wie für die Zulässigkeit von Eignungskriterien zum Nachweis der Leistungsfähigkeit eines Bieters erforderlich, dient auch die Gewährleistung bestimmter Lieferkapazitäten der Beurteilung, ob der Bieter die hinreichenden Mittel besitzt, um eine ordnungsgemäße Ausführung des Auftrags zu gewährleisten (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 27. Februar 2008, VII-Verg 41/07, und vom 28. April 2008, VII-Verg 1/08). Die Prüfung der Lie-

ferfähigkeit eines potentiellen Auftragnehmers vor Abschluss des ausgeschriebenen Rabattvertrages ist wenn nicht sogar erforderlich, so aber mindestens sachgerecht, um die ausreichende und sichere Versorgung der Versicherten (§§ 1, 12 SGB V) zu gewährleisten. Gerade die Erfahrungen der Ag aus vorangegangenen Rabattvertragsrunden zeigen, dass eine derartige Prüfung geboten ist; es hatte sich dort gezeigt, dass einige Auftragnehmer eben gerade nicht in der Lage gewesen waren, das geforderte Volumen zu bedienen. Kleine und mittlere Unternehmen werden hierdurch nicht unangemessen benachteiligt, da es ihnen zum Einen freisteht, Bietergemeinschaften zu bilden, und sie zweitens zum Nachweis der erforderlichen Produktionskapazitäten nicht nur eigene Produktionsstätten angeben konnten, sondern auch solche von Auftragsherstellern, also Nachunternehmern (s. Anlage 7b zum Angebot).

- bb) Dass sich die Ag vorbehalten haben, einige Eignungsnachweise erst im Laufe der Angebotswertung von den für einen Zuschlag in Betracht kommenden Bietern nachzufordern, steht in Einklang mit den vergaberechtlichen Vorgaben.

§ 7a Nr. 3 Abs. 3 VOL/A, wonach die Eignungsnachweise bereits in der Bekanntmachung anzugeben sind, wurde hier entsprochen: In Ziff. III.2.1. der Bekanntmachung wurde den Bietern mitgeteilt, dass Gewerbezentralregisterauszug, Unbedenklichkeitsbescheinigung des zuständigen Finanzamtes und Krankenkassenbescheinigung auf gesonderte Anforderung vorzulegen sind.

Die VOL/A enthält aber keine Vorgaben dazu, zu welchem Zeitpunkt Eignungsnachweise vorzulegen sind. Ein Auftraggeber kann sich daher vorbehalten, dass Eignungsnachweise nicht bereits mit dem Angebot, sondern ggf. erst auf spätere konkrete Aufforderung hin vorzulegen sind (so ausdrücklich in § 8 Nr. 3 Abs. 4 VOB/A geregelt und auch vom OLG Düsseldorf für die VOL/A ohne Weiteres als zulässig erachtet, OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 2. Mai 2007, VII-Verg 1/07; vom 12. Dezember 2007, VII-Verg 34/07; und vom 28. April 2008, VII-Verg 55/07).

Dieses Verfahren verstößt nicht gegen den Grundsatz der Trennung der Wertungsstufen. Diese Trennung ist nicht – wie die ASt meint – zeitlich dergestalt zu verstehen, dass jede einzelne Stufe gleichermaßen „bestandskräftig“ abgeschlossen sein muss, bevor die nächste angegangen wird. Vielmehr ist das Gebot der Trennung der Wer-

tungsstufen in erster Linie inhaltlicher Natur, das heißt Aspekte, die bereits auf einer Stufe bei der Angebotsprüfung eine Rolle gespielt haben, dürfen bei der späteren Wertung auf der vierten Stufe nicht mehr berücksichtigt werden. Dies betrifft in erster Linie die Trennung von Eignung und Wirtschaftlichkeitsprüfung, so dass einem geeigneten Unternehmen bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung auf der vierten Wertungsebene nicht nochmals „Pluspunkte“ gegeben werden dürfen, weil der Auftraggeber es für geeigneter hält als einen ebenfalls grundsätzlich geeigneten Konkurrenten (s. zum sog. Verbot des „Mehr an Eignung“ nur BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06 m.w.N.). Verboten ist es einem öffentlichen Auftraggeber außerdem, eine fehlerfrei getroffene Entscheidung, für die ihm ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist (z.B. ob ein Bieter angesichts der vorgelegten Nachweise als geeignet anzusehen ist), durch eine andere, ebenso von seinem Beurteilungsspielraum gedeckte Entscheidung zu ersetzen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 4. Dezember 2002, Verg 45/01, und vom 5. Mai 2003, VII-Verg 20/03). Eine solche inhaltliche Vermischung von Stufen und der dort bereits berücksichtigten Aspekte findet jedoch nicht statt, wenn formale Eignungsnachweise erst dann vorgelegt werden, nachdem die Angebotswertung auf der vierten Wertungsstufe bereits erfolgt ist. Ebenso wenig wie das nachträgliche Feststellen von Fehlern z.B. bei der Eignungsprüfung, die vom Auftraggeber in jedem Stadium des Vergabeverfahrens und gegebenenfalls auch erst im Nachprüfungsverfahren zu berücksichtigen sind (vgl. hierzu nur BGH, Beschlüsse vom 18. Februar 2003, X ZB 43/02, und vom 18. Mai 2004, X ZB 7/04), verstößt es gegen die rechtlichen Grundsätze der Angebotswertung, wenn ein Auftraggeber z.B. aus Gründen der Verfahrensvereinfachung erst von denjenigen Bietern Eignungsnachweise abfordert, die nach der Prüfung der Wirtschaftlichkeit der Angebote in die engere Wahl kommen (so ausdrücklich BGH, Urteil vom 15. April 2008, aaO. m.w.N.; OLG München, Beschluss vom 15. November 2007, Verg 10/07; vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 2. Mai 2007, VII-Verg 1/07; vom 12. Dezember 2007, VII-Verg 34/07; und vom 28. April 2008, VII-Verg 55/07). In Ziff. 3.2 des Formblatts 211 „Aufforderung zur Abgabe eines Angebots“ des Vergabehandbuchs des Bundes (VHB) ist die Vorgehensweise, Eignungsnachweise erst „auf Verlangen der Vergabestelle“ vorlegen zu müssen, neben der Vorlage „mit dem Angebot“ ausdrücklich als eine zulässige Alternative vorgesehen.

- g) Das Aufforderungsschreiben zur Angebotsabgabe vom 14. August 2008 ist nach Auffassung der ASt vergaberechtswidrig, weil es lediglich einen Verweis auf die Verdingungsunterlagen und die Vergabebekanntmachung enthalte. Diesem Vorbringen der ASt ist nicht zu folgen.
- aa) Ob ein Verstoß gegen § 17 Nr. 3 VOL/A vorliegt, kann im vorliegenden Fall offen bleiben. Nach § 17 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A sind den Bewerbern die Verdingungsunterlagen mit einem Anschreiben zu übergeben, das alle Angaben enthält, die außer den Verdingungsunterlagen für den Entschluss zur Abgabe eines Angebots notwendig sind. Das Anschreiben soll gemäß § 17 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A „insbesondere folgende Angaben“ enthalten (siehe lit. a bis q). Es ist zwar schon zweifelhaft, ob das Anschreiben alle bereits – wie hier – in den Verdingungsunterlagen bereits enthaltenen, für den Entschluss zur Abgabe notwendigen, Angaben noch einmal wiederholen muss (vgl. allerdings OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23. Januar 2008, Verg 36/07, zur zwingenden Wiederholung in der Angebotsaufforderung der mit dem Angebot vorzulegenden Eignungsnachweise). Die Ag haben jedenfalls für die vorzulegenden Eignungsnachweise im Zuge der Berichtigung der Vergabebekanntmachung allen Interessenten die berichtigten Verdingungsunterlagen per E-mail vom 10. September 2008 übersandt und hierbei die mit dem Angebot zwingend vorzulegenden Eignungsnachweise ausdrücklich aufgelistet, so wie sie in den Verdingungsunterlagen bereits enthalten waren. Im Übrigen ist die ASt auch nicht beschwert. Sie hat nicht substantiiert vorgetragen, dass ihr infolge der von bemängelten Versäumnisse im Angebotsschreiben der Ag ein Schaden entstanden ist.
- bb) Dies gilt gleichfalls für den geltend gemachten Verstoß gegen § 5 Nr. 2 VOL/A (i.V.m. § 17 Nr. 3 Abs. 2 lit. d) VOL/A) hinsichtlich etwaiger Vorbehalte wegen der Teilung in Lose, Umfang der Lose und möglicher Vergabe der Lose an verschiedene Bieter. Die Ag haben sämtliche Informationen gemäß § 5 Nr. 2 VOL/A bereits in der Bekanntmachung und damit so früh wie möglich mitgeteilt. Ferner ist die Losbildung in den Verdingungsunterlagen ausführlich erläutert worden. Ferner ist nicht erkennbar, inwieweit der ASt hieraus ein Schaden entstanden sein soll. Sie hat hierzu nichts vorgetragen.
- cc) Ferner ist eine Rechtsverletzung der ASt ausgeschlossen, soweit sie einen Verstoß gegen § 18 Nr. 2 Abs. 1 Satz 1 VOL/A (i.V.m. § 17 Nr. 3 Abs. 2 lit. g) VOL/A) geltend

macht. Die Regelung erfasst die Verpflichtung des Auftraggebers, in der Aufforderung zur Angebotsabgabe die zugelassene Form der Angebote sowie die genaue Kennzeichnung zu konkretisieren. Es handelt sich hierbei um eine Ordnungsvorschrift, aus der sich kein individueller Bieterschutz ableiten lässt (Horn/Amelung in Müller/Wrede, VOL/A 2. Aufl. 2007, § 18, Rn. 39). Zugrunde liegen der Regelung die allgemeinen Grundsätze der Vertraulichkeit der Angebote sowie des Geheimwettbewerbs (vgl. Rechten in Kulartz/Kus/Portz/Prieß, VOL/A, § 18, Rn. 32). Im vorliegenden Fall sind aber Verstöße hiergegen schon nicht erkennbar. Im Übrigen ist von der ASt auch nicht substantiiert vorgetragen worden, inwieweit ihr ein konkreter Nachteil entstanden sein soll. Denn die Anforderungen an Form und Bestandteile der Angebote wurden bereits in den Verdingungsunterlagen (Ziffer 6.1 bis 6.8) den Bewerbern ausführlich erläutert. Die eingegangenen Angebote wurden seitens der Ag entsprechend auf die Einhaltung der vorgeschriebenen Form geprüft.

- h) Ferner beanstandet die ASt die Intransparenz der Zuschlagskriterien und die Unzulässigkeit des Kriteriums „Mehrkostenausgleich bei Festbetragsüberschreitung“.

§ 9a Nr. 1 lit. c) VOL/A schreibt vor, dass aus Gründen der Transparenz spätestens in den Verdingungsunterlagen die vorgesehenen Zuschlagskriterien einschließlich deren Gewichtung zu nennen sind. Die mitgeteilten Kriterien müssen so klar formuliert sein, dass fachkundige Bieter keine Verständnisschwierigkeiten haben (BGH, Urteil vom 3. Juni 2004, X ZR 30/03). Bei der Auswahl der Zuschlagskriterien steht dem öffentlichen Auftraggeber ein nur beschränkt überprüfbarer Ermessensspielraum zu, denn er vergibt den Auftrag und bestimmt - wie bei jedem zivilrechtlichen Vertrag - dessen Umfang und Ausführung und worauf es ihm beim Vertragsschluss vor allem ankommt. Als Grenze sieht § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A vor, dass die Zuschlagskriterien „durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“ sein müssen (vgl. hierzu OLG München, Beschluss vom 19. Dezember 2007, Verg 12/07; OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 27. Februar 2008, VII-Verg 41/07, und vom 28. April 2008, VII-Verg 1/08).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze sind die Zuschlagskriterien der Ag vergaberechtlich nicht zu beanstanden (ebenso: LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 4. Februar 2009, L 11 WB 381/09; Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. Dezember 2008, 1 VK 51/08):

- aa) Insbesondere waren die Kriterien und vor allem die Berechnung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl ausführlich in den Verdingungsunterlagen beschrieben worden (s. Ziff. A.IV.2 der Verdingungsunterlagen, S. 20 ff.) und damit aus maßgeblicher Sicht eines verständigen Bieters transparent und hinreichend klar (ebenso: Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 30. Dezember 2008, 1 VK 51/08). Die Ag haben die erforderliche Transparenz zusätzlich dadurch erhöht, dass sie den Bietern ausführliche Ausfüllhinweise für das Produkt- und Rabattblatt überlassen haben, in dem die erforderlichen Eintragungen zu machen waren und aus denen sich letztendlich die wertungserhebliche Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl berechnete (Anlage 2 der Verdingungsunterlagen). Hierüber hinaus hatten die Ag den Bietern einen umfangreichen Filmbeitrag zur Verfügung gestellt, in dem das Ausfüllen dieser Unterlagen anhand von Beispielen Schritt für Schritt erläutert wurde. Die maßgeblichen Berechnungen brauchten die Bieter auch nicht selbst durchzuführen, vielmehr ergab sich die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl nach Eintragung einfacher Bieterangaben (Name, Adresse, bebotenes Fach- und Gebietslos, angebotener Rabatt-ApU) auf Knopfdruck automatisch. Bereits aus der dargelegten Berechnungsmethode wurde entgegen der Auffassung der ASt hierüber hinaus hinreichend deutlich, dass ein Angebot um so wirtschaftlicher ist, je höher die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl ist – die Ag hatten hierauf darüber hinaus in den Verdingungsunterlagen auch ausdrücklich hingewiesen (Anlage 2, Ziff. 3.3 der Verdingungsunterlagen, S. 79).
- bb) Die Begriffe „Ausschluss von Angeboten“ oder „Ausschlusskriterien“ stellen zwar insoweit die Assoziation zur ersten Wertungsstufe her, als dort die formellen Ausschlussgründe für Angebote zu prüfen sind; § 25 Nr. 1 Abs. 1 und 2 VOL/A verwendet diese Terminologie ausdrücklich. Dies impliziert aber nicht, dass Ausschlusskriterien - hier: „Mehrkostenausgleich bei Festbetragsüberschreitung“ - auf der vierten Wertungsstufe unzulässig wären; dort gibt es eben nur keinen Ausschluss aus den in Nr. 1 der Vorschrift geregelten formellen Gründen mehr. Es ist aber durchaus zulässig, auch auf der vierten Wertungsstufe ein Ausschlusskriterium als Zuschlagskriterium – besser: eben gerade als dem Zuschlag absolut entgegenstehendes Kriterium - vorzusehen, z.B. um einen Mindeststandard von Angeboten in allen Bereichen zu gewährleisten. So liegt der Fall hier:

Wie die Ag auch in den Verdingungsunterlagen erwähnt haben, müssen die Angebote der potentiellen Rabattvertragspartner auf die Erfüllung dieser Anforderung hin überprüft werden, da Rabattverträge, bei denen trotz Rabatt ein etwaiger Festbetrag für ein bestimmtes Arzneimittel überschritten wird, gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V „unzulässig“ sind. Der Ausschluss eines solchen Rabattvertragsangebots von der Wertung ist daher zwingend.

Da dieses Ausschlusskriterium in der vierten Wertungsstufe berücksichtigt werden durfte, verhält es sich nicht so, dass nur der Preis als einziges Kriterium übrig bleibt. Selbst wenn dem so wäre, wäre der ASt nicht darin zu folgen, dass der Preis als einziges Zuschlagskriterium vergaberechtswidrig ist. Der Angebotspreis ist ein neutraler Gesichtspunkt, der sich in jedem Fall, unabhängig vom Gegenstand des einzelnen Vergabeverfahrens, eignet, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, und kann daher ohne Weiteres ausschließlich zur Beurteilung der Wirtschaftlichkeit von Angeboten herangezogen werden (BGH, Urteil vom 15. April 2008, X ZR 129/06; Landesozialgericht Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 30. Januar 2009, L 21 KR 1/08 SFB). Dies gilt insbesondere bei homogenen Produkten wie im vorliegenden Fall, deren Vertrieb hierüber hinaus ohnehin von besonderen (arzneimittelrechtlichen) Zulassungsverfahren abhängig ist, so dass qualitative Kriterien für eine differenzierende Bewertung der Angebote untereinander von vornherein nicht möglich sind oder zumindest nicht sinnvoll erscheinen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2. Mai 2007, VII-Verg 1/07; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 11. Juli 2008, VK 3-86/08).

- cc) Es ist ebenfalls nicht zu beanstanden, dass und wie die Ag die Produktbreite mit zur Bewertung der Angebote herangezogen haben.

Wie dieses Kriterium in die Berechnung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl einfließt, haben die Ag ausführlich in den Verdingungsunterlagen erläutert (Anlage 2 zu den Verdingungsunterlagen, S. 8). Die Bieter wussten vorliegend auch, welches Gewicht diesem Kriterium im Rahmen der Bestimmung der Wirtschaftlichkeit ihres Angebots insgesamt zukommt. Zwar verlangen § 9a Nr. 1 lit. c), § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 2, 3 VOL/A, dass nicht nur die Zuschlagskriterien selbst, sondern auch deren Gewichtung anzugeben ist; diese Regelungen lassen allerdings Ausnahmen zu, wenn die Ge-

wichtung „nach Ansicht des Auftraggebers ... aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden“ kann. Eine solche Ausnahme liegt auch im vorliegenden Fall vor, in dem die Wertung der Angebote anhand einer umfangreicheren Rechenformel erfolgt. In einem solchen Fall ist es – anders als sonst bei der Verwendung mehrerer Wertungskriterien, die zunächst für sich gewichtet und dann zu einer Gesamtpunktzahl addiert werden – von vornherein nicht möglich, die relative Bedeutung der einzelnen Kriterien z.B. durch eine Prozentzahl oder einen bestimmten Multiplikator anzugeben. Der Schutzzweck des § 9a Nr. 1 lit. c) VOL/A (ebenso § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 2, 3, 4 VOL/A), dass die Bieter bereits bei der Gestaltung ihrer Angebote nicht nur wissen, auf welche Kriterien es dem öffentlichen Auftraggeber ankommt, sondern auch, welches Gewicht die einzelnen Kriterien untereinander haben, damit sie ihr Angebot dementsprechend ausrichten können (vgl. hierzu OLG Düsseldorf, Beschlüsse vom 23. Januar 2008, VII-Verg 31/07 m.w.N., vom 27. Februar 2008, VII-Verg 41/07, und vom 21. Mai 2008, VII-Verg 19/08), ist bei der Anwendung von Rechenformeln auch dann gewahrt, wenn die Bieter – wie hier – anhand der Erläuterung der Rechenschritte im Einzelnen abschätzen können, wie z.B. eine hohe oder niedrige Produktbreite die Zuschlagschancen ihres Angebots beeinflusst (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. April 2008, VII-Verg 54/07). Dies war vorliegend auch der ASt möglich, die gerade selbst vorträgt, dass Unternehmen mit einer kleineren Produktbreite angeblich gegenüber anderen benachteiligt werden. Hierüber hinaus war es den Bietern mit Hilfe der von den Ag überlassenen MS Excel-Datei möglich, beim Ausfüllen des Produkt- und Rabattblatts anhand der eigenen Angaben selbst zu ermitteln, wie sich ihre in dieser Datei auf der Grundlage der Lauertaxe hinterlegte Produktbreite im Rahmen ihres Angebots auswirkt. Mit Hilfe des von den Ag zur Verfügung gestellten Korrekturmodus konnten sie durch die Eingabe unterschiedlicher Daten selbst ausprobieren, durch welche Rabatthöhe sie angesichts der von ihnen angebotenen Arzneimittel ihre Zuschlagschancen signifikant erhöhen.

Die Wertung der Ag unter Berücksichtigung der Produktbreite ist entgegen der Auffassung der ASt auch nicht deshalb intransparent, weil die Bieter, die über keine so große Produktbreite verfügen, nicht wissen, wie hoch der von ihnen anzubietende Rabatt sein muss, um ihre kleinere Produktbreite auszugleichen und eine vergleichbare Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl wie Anbieter mit einer größeren Produktbreite zu erzielen. Diese Unkenntnis, dass ein Bieter bei Angebotsabgabe nicht weiß, wie er sein Angebot

hätte gestalten müssen, um den Zuschlag zu erhalten, ist jedem Vergabeverfahren, das im geheimen Wettbewerb der Bieter untereinander stattfindet, wesenseigen.

Durch das Zuschlagkriterium „Produktbreite“ wird im Rahmen der vierten Wertungsstufe auch nicht ein weiteres Mal das Eignungskriterium „Produktkapazität“ berücksichtigt und unzulässigerweise die einzelnen Wertungsstufen miteinander vermischt. Bei beiden Kriterien handelt es sich um unterschiedliche Aspekte: Die Produktbreite bestimmt sich nach der Anzahl der vom Bieter je Gebietslos angebotenen Arzneimittel innerhalb der Preisvergleichsgruppe - demgegenüber beurteilen die Ag anhand der „Eigenerklärung zu Produktionskapazitäten und Produktionsstätten“ (Anlage 7 zum Angebot), ob der Bieter leistungsfähig ist, weil er in der Lage ist, eine bestimmte Anzahl an Packungen pro PZN während der Vertragslaufzeit zu liefern.

Das Kriterium „Produktbreite“ ist i.S.d. § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A auch durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und sachgerecht (ebenso: Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. November 2008, 1 VK 52/08 und 1 VK 53/08; Vergabekammer Düsseldorf, Beschluss vom 4. Februar 2009, VK – 45/2008-L/Z). Den Ag ist darin zuzustimmen, dass ein Angebot gegenüber den anderen im Hinblick auf den Zweck von Rabattvereinbarungen nach § 130a SGB V, ein möglichst hohes Einsparpotential zu erzielen, umso besser ist, je mehr Produkte ein potentieller Rabattvertragspartner zu einem Wirkstoff anbieten kann. Den Interessen einer wirtschaftlichen und sicheren Versorgung der bei den Ag Versicherten mit Arzneimitteln wird nämlich gerade dann gedient, wenn für einen Wirkstoff möglichst viele PZN durch den betreffenden Rabattvertrag abgedeckt sind – soweit nämlich Arzneimittel ärztlich verordnet werden, die der Rabattvertragspartner für den jeweiligen Wirkstoff nicht anbietet, greift die Ersetzungspflicht des Apothekers gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V nicht und es werden zu Lasten der Ag die (im Regelfall teureren) Mittel anderer pharmazeutischer Unternehmer abgegeben (vgl. auch Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. November 2008, 1 VK 52/08 und 1 VK 53/08).

Kleine und mittlere Unternehmen werden durch die Berücksichtigung der Produktbreite nicht benachteiligt (LSG Baden-Württemberg, Beschlüsse vom 23. Januar 2009, L 11 WB 5971/08, und vom 4. Februar 2009, L 11 WB 381/09; Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. November 2008, 1 VK 52/08 und 1 VK

53/08). Erstens ist bereits nicht gesagt, dass diese Anbieter gerade deshalb relativ „klein“ sind, weil sie innerhalb einzelner Wirkstoffe nur über ein geringeres Sortiment verfügen als größere Unternehmen – deren Größe kann ebenso darauf beruhen, dass sie lediglich weniger Wirkstoffe insgesamt führen als größere Unternehmen, innerhalb dieser Wirkstoffe jedoch durchaus viele PZN anbieten (hierauf weist auch die Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. November 2008, 1 VK 52/08 und 1 VK 53/08, hin). Dieses Zuschlagskriterium muss sich daher nicht von vornherein per se zu Lasten kleiner und mittlerer Unternehmen auswirken. Auch die ASt hat diesbezüglich nicht vorgetragen, inwiefern konkret ihr Unternehmen gegenüber anderen aufgrund seiner Produktbreite benachteiligt gewesen sein soll. Abgesehen hiervon bleibt es den Bietern unbenommen, ihre Produktbreite innerhalb eines Wirkstoffs dadurch zu erweitern, dass sie sich zu Bietergemeinschaften zusammenschließen (ebenso LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 28. Oktober 2008, L 11 KR 4810/08 ER-B; Vergabekammer Baden-Württemberg, Beschluss vom 27. November 2008, 1 VK 52/08 und 1 VK 53/08).

- i) Die Beanstandungen der ASt in Bezug auf die Regelungen des Rabattvertrags (RV) sind nicht begründet.
 - aa) § 9 Abs. 3 RV sieht ein Teilkündigungsrecht für zwei Fälle vor, nämlich einmal im Falle der Erhöhung des ApU durch den Unternehmer sowie des weiteren im Falle der Absenkung des Festbetrags für das rabattierte Medikament nach § 35 SGB V. Die Folge ist entweder, dass dieses rabattierte Arzneimittel zuzahlungspflichtig für die Versicherten wird, oder aber dass der Mehrkostenausgleich nach § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V nicht mehr gewährleistet wäre. Insbesondere bei Änderung des Festbetrags sieht die ASt einen Verstoß gegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, da sie auf dessen Neufestsetzung keinen Einfluss habe.

Tatsache ist in diesem Zusammenhang aber, dass auch die Ag keinen Einfluss auf die Absenkung des Festbetrags haben. Es liegt somit ein Sachverhalt vor, der von keiner Vertragspartei zu vertreten ist. Und nach § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V sind Rabattvereinbarungen nur zulässig, wenn hierdurch die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrags ausgeglichen werden. Tritt also bei bestehender Rabattvereinbarung eine Situation ein, in welcher der Rabatt die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrags nicht

mehr abdeckt, so würden sich die Ag unabhängig von der Frage, ob § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V ein gesetzliches Verbot im Sinne von § 134 BGB darstellt, gesetzeswidrig verhalten. Eine Alternative dahin, die Nichtabdeckung der Festbetragsüberschreitung einfach zu ignorieren und den RV wie geschlossen weiter laufen zu lassen, stellt sich daher nicht. Was den Fall einer entstehenden Zuzahlungspflicht der Versicherten anbelangt, so ist eine solche Situation unbedingt zu vermeiden; die gesetzlich Versicherten gehören der Solidargemeinschaft der gesetzlichen Krankenversicherung zwangsläufig an und dürfen als Korrelat hierzu darauf vertrauen, dass sämtliche Ausgaben für Gesundheit durch diesen „Zwangsbeitrag“ auch wirklich abgedeckt werden, also keine zusätzlichen Zahlungen z.B. für Arzneimittel anfallen. Zuzahlungspflichten bei rabattierten Arzneimitteln stünden in diametralem Gegensatz hierzu. Auch die ASt anerkennt grundsätzlich ein legitimes Interesse der Ag an der Herstellung gesetzeskonformer Zustände und damit ein Regelungsbedürfnis in diesen Fällen.

Relevant wird hier aber, dass keineswegs sofort gekündigt wird, sondern dass vielmehr eine vierwöchige Verhandlungsphase mit dem Ziel der Anpassung des Rabatt-ApU durchzuführen ist, vgl. § 3 Abs. 2 und 4 RV. Erst wenn dann keine Einigung erzielt werden kann, kommt es nach insgesamt sechs Wochen zur Teilkündigung des RV. Die Fortführung des RV zu geänderten Konditionen hängt damit auch von der Entscheidung des Auftragnehmers ab. Die Verteilung des Risikos auf die Vertragsparteien ist damit verhältnismäßig und gerecht.

In Bezug auf § 3 RV, den die ASt ebenfalls vor dem Hintergrund der Preisanpassungsregelung des § 15 Nr. 2 S. 2 VOL/A für unzulässig hält, ist ergänzend anzumerken, dass hier keine Preisanpassungsklausel vorliegt. § 15 Nr. 2 VOL/A verlangt – selbst wenn man das Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzung unterstellt – im Übrigen auch nicht, dass eine solche vorzusehen ist, sondern eröffnet nur die Möglichkeit hierzu. Ein Verstoß gegen § 15 Nr. 2 Satz 2 VOL/A ist mithin nicht festzustellen.

- bb) Im Punkt Garantien und Gewährleistung, § 7 Abs. 2 und 3 RV, sowie Ersatzbeschaffung, § 8 RV, ist vorgesehen, dass der pharmazeutische Unternehmer seine Lieferfähigkeit für die gesamte Vertragslaufzeit in der geforderten Qualität der Produkte gewährleistet; bei Lieferausfall steht den Ag das Recht zur Ersatzbeschaffung sowie ein Anspruch gegen den Auftragnehmer auf Zahlung der Mehrkosten zu, es sei denn,

der Auftragnehmer weist nach, dass ihn kein Verschulden i.S.v. §§ 276, 278 BGB trifft.

Da es sich bei der vorgesehenen Regelung, insbesondere bei der Pflicht, eventuelle Mehrkosten der Ersatzbeschaffung tragen zu müssen, um eine verschuldensabhängige Haftung handelt, entspricht dies vollumfänglich der allgemeinen vertraglichen Risikoverteilung und stellt entgegen der Auffassung der ASt auch kein ungewöhnliches Wagnis nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A dar. Ebenfalls kein ungewöhnliches Wagnis liegt in der fehlenden Befristung der Ersatzbeschaffung nach § 8 RV. Die ASt wies darauf hin, dass es für den Rabattvertragspartner bei einer Ersatzbeschaffung nicht absehbar sei, wann er wieder liefern dürfe. Die ASt übersieht allerdings, dass neben der Ersatzbeschaffung ein Kündigungsrecht der Ag nach § 8 Abs. 3 RV besteht. Es ist nicht davon auszugehen, dass die Ag bei längerfristigem Lieferausfall von diesem Kündigungsrecht keinen Gebrauch machen wird. Im Übrigen hat sich die ASt in ihrem Angebot zur Lieferung verpflichtet und muss sich im Zweifel selbst bei einem Lieferverlangen nach längerfristigem Lieferausfall an ihre Vertragspflicht halten lassen. In der vertraglichen Leistungspflicht als solcher kann aber kein ungewöhnliches Risiko gesehen werden.

- cc) Die Vorlauffrist zwischen Zuschlagserteilung und Beginn des RV ist nicht zu kurz bemessen.

Abzustellen ist in diesem Zusammenhang auf die ursprünglichen Planungen des gesamten Vergabeverfahrens und des daraus resultierenden Zeitablaufs. Danach endete die Angebotsfrist am 3. November 2008, Ende November/Anfang Dezember 2008 wurden die Vorabinformationen an die unterlegenen Bieter versandt. Den erfolgreichen Bietern wären damit noch etwa vier Monate verblieben, um sich auf die Erfüllung des Auftrags einzustellen. Von Bedeutung ist hierbei auch, dass nicht völlig neue Produkte nachgefragt werden, sondern aufgrund der Anbindung an die Lauer-Taxe nur solche, welche die Bieter ohnehin im Portfolio haben. Allerdings entsteht der Engpass nach Darlegung der ASt in der mündlichen Verhandlung, die seitens einiger Beigeladener bestätigt wurde, auf der Ebene der Lohnfertiger, derer sich ein Großteil der Anbieter bei der Herstellung generischer Arzneimittel bedient, und deren Kapazitäten begrenzt sind. Insoweit wurde die Vorlauffrist allgemein als ambitioniert angesehen.

Dennoch liegen die Ag mit dieser Vorlaufplanung auf der Linie dessen, was nach den Auskünften, die die Ag im Vorfeld bei der pharmazeutischen Industrie eingeholt hatten, wenn auch als Mindestzeitraum, aber im Ergebnis dennoch als ausreichend angesehen wurde. Zu berücksichtigen ist hier auch, dass die Ag in § 8 Abs. 2 RV im Fall des Lieferausfalls eine Karenzzeit für das erste Quartal der Vertragslaufzeit vorgesehen hat, so dass Lieferschwierigkeiten in der Anfangsphase des Vertrages nicht zu Lasten des Auftragnehmers gehen.

Die eingegangenen Angebote, auch dasjenige der ASt, bestätigen diese Einschätzung. Die Ag sind vergaberechtlich nicht verpflichtet, die Ausschreibung so auszugestalten, dass auch wirklich jedes Unternehmen ein Angebot abgeben kann.

Bei einer sehr viel längeren Vorlaufzeit hätten sich die Ag möglichen Einwänden dahin ausgesetzt gesehen, dass sich die Grundlagen für die Preisermittlung in dem langen Zeitraum zwischen Zuschlagserhalt und Beginn des Vertrags substantiell geändert hätten, nunmehr also eine Vertragsanpassung erforderlich wäre.

Aufgrund der Nachprüfungsanträge hat sich hier eine erhebliche Zeitverschiebung ergeben, die aber für die Ag in keiner Weise vorhersehbar und damit nicht kalkulierbar war. Im Normalfall ist ein Nachprüfungsverfahren binnen fünf Wochen abgeschlossen; dies mit berücksichtigend, wäre immer noch ein zeitlicher Vorlauf von knapp drei Monaten gegeben gewesen. Wollte man einem öffentlichen Auftraggeber auferlegen, auch die zweite Instanz eines Nachprüfungsverfahrens mit zu berücksichtigen, so würde es ihm aufgrund der in zweiter Instanz nicht gegebenen Fristen de facto nahezu unmöglich gemacht, ein Vergabeverfahren durchzuführen; ein Vergabeverfahren hat stets einen Bezug zur Zeitschiene und muss diesen auch haben, allein schon wegen der Bieter, denen nicht zugemutet werden kann, sich auf unbeschränkte Zeit leistungsbereit zu halten. Dass vorliegend sogar die erste Instanz insbesondere aufgrund der ungeklärten Zuständigkeiten der Vergabekammern des Bundes und der Länder erheblich längere Zeit in Anspruch nehmen würde, konnten die Ag nicht vorhersehen.

- dd) Die ASt beanstandet das Fehlen eines Preisanpassungs- respektive eines Sonderkündigungsrechts in zwei Fällen, nämlich einmal der Einführung eines neuerlichen Zwangsrabatts während der Laufzeit des Rabattvertrags sowie des Weiteren der Ein-

führung einer Logistikgebühr in Höhe von 93 Cent zu Lasten der Hersteller (Änderung des Großhandelsprinzips).

Die Ag haben in den Antworten auf die Bieterfragen Nr. 287 und 288 eindeutig klar gestellt, dass in beiden Fällen keine Vertragsanpassung erfolgen werde. Damit war jedem Bieter klar, dass er diese Gesichtspunkte von vornherein bei der Erstellung seines Angebots berücksichtigen musste, wenn er sie denn für relevant hält. Die Kalkulationsgrundlage war daher nicht, wie die ASt meint, völlig unklar, sondern im Gegenteil für alle Bieter unmissverständlich klar.

Allenfalls könnte hierin ein ungewöhnliches Wagnis liegen, wenn der Auftragnehmer an einem Rabatt festgehalten wird, der auf der Basis völlig anderer Rahmenbedingungen berechnet wurde und der nunmehr unwirtschaftlich geworden ist. Dies ist indes nicht der Fall, auch besteht bei einer Gesamtbetrachtung keine Schiefelage zu den Kündigungsrechten der Ag nach § 3 RV bei Änderung des Festbetrags. Es ist nach wie vor offen, ob der von der ASt zitierte – nunmehr während des Nachprüfungsverfahrens veröffentlichte – Gesetzesentwurf der Bundesregierung zu § 78 Abs. 1a AMG zu dem im Entwurf genannten Termin (1.1.2010) umgesetzt sein wird. Die Ag müssen nicht vage Perspektiven in die hier und heute anstehenden Rabattverträge mit einbeziehen, zumal bei einer überschaubaren Vertragslaufzeit von maximal 27 Monaten. Hinzu kommt, dass offen ist, inwieweit sich die Umstellung von dem derzeitigen prozentualen, preisabhängigen Zuschlag auf einen preisunabhängigen Fixbetrag plus prozentualem Logistikzuschlag konkret für die pharmazeutischen Unternehmen auswirken wird. Die von der ASt in Spiel gebrachten 93 Cent sind dem Gesetzesentwurf nicht zu entnehmen. Zu Recht verweisen die Ag hier auf die Möglichkeit einer Vertragsanpassung nach den Regeln über die Störung der Geschäftsgrundlage, § 313 BGB, die unbillige Härten abfangen kann (vgl. § 3 Abs. 1 RV). Wie oben bereits dargelegt, ist eine Reaktion im Sinne einer vertraglichen Anpassung bei Änderung des Festbetrags dagegen aus Rechtsgründen zwingend, so dass der Vergleich, den die ASt zwischen diesen beiden Fallvarianten – Sonderkündigungsrecht einmal zugunsten des Auftragnehmers, einmal zugunsten der Ag – Grundlagen für die Preisermittlung ziehen möchte, nicht trägt.

- j) Ferner sind die im Vergabevermerk niedergelegten Entscheidungen nicht gemäß § 2 Nr. 3 VOL/A fehlerhaft, weil die Ag sich bei der Durchführung des Vergabeverfahrens durch eine Rechtsanwaltskanzlei – die Verfahrensbevollmächtigten in diesem Nachprüfungsverfahren – beraten ließen (vgl. Teil A, S. 4 des Vergabevermerks). Nach § 2 Nr. 3 VOL/A sind Leistungen unter ausschließlicher Verantwortung der Vergabestellen zu vergeben. Grundsätzlich kann und darf ein öffentlicher Auftraggeber sich bei der Vorbereitung der Vergabe z.B. eines Sachverständigen bedienen, siehe nur §§ 6 und 23 Nr. 2 Satz 2 VOL/A. Der Sachverständige darf aber nur zur Unterstützung des öffentlichen Auftraggebers eingesetzt werden und insofern den zugrunde liegenden Sachverhalt kaufmännisch, technisch oder juristisch aufbereiten. Es ist hingegen allein Sache des Auftraggebers, Wertungen und Ermessensentscheidungen zu treffen (vgl. OLG München, Beschluss vom 21. August 2008, Verg 13/08). Will sich ein Auftraggeber den Inhalt der gutachterlichen Äußerungen eines Sachverständigen bei einer Entscheidung zu eigen machen, so ist er verpflichtet, sich zuvor inhaltlich nochmals damit auseinander zu setzen (Vavra in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 2 Rn. 43). Im vorliegenden Fall haben die Ag durch die Ag zu 6) ausweislich des Vergabevermerks und des Inhalts der Vergabeakte die entsprechenden Wertungsentscheidungen eigenständig getroffen. Es sind keine Anhaltspunkte erkennbar, dass die Vergabeentscheidungen nicht in der ausschließlichen Verantwortung der Ag getroffen wurden.
- k) Entgegen der Ansicht der ASt lässt die vorliegende Wertungsentscheidung zudem weder auf der formellen Prüfungsebene noch hinsichtlich der Auskömmlichkeitsprüfung irgendwelche Auswertungsmängel erkennen.
- aa) Der Vergabeakte ist zu entnehmen, dass die Ag die vorgelegten Eignungsnachweise jeweils gründlich überprüft (s. Wertungsbögen der einzelnen Bieter, C 8 der Vergabeakte) und hieraus die entsprechenden Schlüsse gezogen haben. Die mit Schreiben vom 20. und 25. November 2008 von den Ag zulässigerweise nachgeforderten Unterlagen sind fristgerecht vorgelegt worden (s. C 14 der Vergabeakte). Zur Wertung im Einzelnen:
- Bg zu 1)

Die Bg zu 1) hat zu dem hier streitgegenständlichen Wirkstoff ... Eigenumsätze angegeben (S. 26-278 der Vergabeakte). Die Ag haben insoweit im Rahmen ihres Ermessensspielraums die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit der Bg zu 1) bejaht.

- Bg zu 5)

Im Angebot der Bg zu 5) wurde lediglich in der Verpflichtungserklärung eines Nachunternehmers das erste – doppelt geschriebene – Wort des Firmennamens durchgestrichen. Es handelt sich hierbei um eine zweifelsfreie Änderung des Bieters an seinen Eintragungen im Sinne des § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. c VOL/A. Das Angebot war daher nicht auszuschließen.

- bb) Sofern die ASt die allgemeine Überlegung in den Raum stellt, es sei beabsichtigt, ungewöhnlich niedrigen Angeboten den Zuschlag zu erteilen, so ist darauf hinzuweisen, dass die Ag laut Teil C.IV.4.3 der Vergabeakte eine Auskömmlichkeitsprüfung nach § 25 Nr. 3 VOL/A durchgeführt haben und Bieter, bei denen Zweifel an der Auskömmlichkeit der Angebote bestanden, mit Schreiben vom 20.11.2008 zu näheren Darlegungen aufgefordert wurden. Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang aber vorrangig darauf, dass die Vorgabe, wonach ungewöhnlich niedrigen Angeboten der Zuschlag nicht erteilt werden darf, vom Grundsatz her nicht drittschützend ist; die ASt, die keine Ausnahme von diesem Grundsatz geltend gemacht hat, kann sich daher ohnehin nicht mit Erfolg auf diese Vorgabe berufen, es fehlt insoweit an der Antragsbefugnis (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28.9.2006, VII-Verg 49/06; Beschluss vom 22.8.2007, VII-Verg 27/07; Hanseatisches OLG Bremen, Beschluss vom 24.5.2006, Verg 1/2006). Ungeachtet dessen war aber die umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Rabatts, die die ASt hier als mögliche Ursache dafür anführt, dass andere Angebote günstiger als ihre eigenen sein könnten, in der Ausschreibung klar: Es ergibt sich aus den Verdingungsunterlagen, dass ein „Netto-Rabatt“ anzubieten war (S. 6 der Verdingungsunterlagen: „*Rabatt-ApU = Angebotener Wert exkl. MWSt. [EUR] gemäß „Produkt- und Rabattblatt“*“). Insofern ist nicht nachvollziehbar, warum die ASt bei ihrer Angebotskalkulation davon ausgegangen ist, dass es sich bei Rabatten aufgrund von Rabattverträgen um Bruttobeträge handeln könnte. Die Vergabekammer hat auch aus der Summe der Nachprüfungsverfahren keine Anhaltspunkte dafür, dass für andere Bieter insoweit Unklarheiten bestanden hätten oder dass die Ausschreibungsunterlagen

unklar in ihren Vorgaben gewesen wären. Lediglich in einem einzigen Verfahren tauchte eine umsatzsteuerliche Problematik auf, die in der Sache allerdings anders gelagert war (vgl. 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 24. Februar 2009, VK 3 – 224/08).

III.

Die von der ASt in der mündlichen Verhandlung beantragte weitergehende Akteneinsicht in die formellen Prüfungsbögen der Bg ist abzulehnen.

Das Recht auf Akteneinsicht wird von vornherein begrenzt durch den Streitgegenstand. Soweit die streitgegenständlichen Lose betroffen sind, wurde der ASt vollumfänglich Akteneinsicht gewährt. Die Schwärzungen, die die Vergabekammer in dem der ASt zur Verfügung gestellten Aktenauszug vorgenommen hat, betreffen ausschließlich Lose, auf welche die ASt kein Angebot abgegeben hat und auf die sich ihr Nachprüfungsantrag konsequent auch nicht bezieht. Insoweit gibt es schon kein Akteneinsichtsrecht der ASt.

Die Entscheidung der Kammer stützt sich ausschließlich auf Aktenteile, in die der ASt vollumfänglich Einsicht gewährt wurde. Insofern kann offen bleiben, ob § 111 GWB im Lichte des § 72 Abs. 2 Satz 3 GWB auszulegen ist (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 28. Dezember 2007, Verg 40/07; anders hingegen für das Nachprüfungsverfahren: EuGH, Beschluss vom 14. Februar 2008, C-450/06).

IV.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 S. 1, Abs. 4 S. 2, 3 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2, 3 S. 2 VwVfG und folgt dem Maß des Obsiegens und Unterliegens der Verfahrensbeteiligten.

Die ASt trägt die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer aufgrund ihres Unterliegens. Die Kammer sieht von einer kostenmäßigen Berücksichtigung des zurückgenommenen Zuschlagsgestaltungsantrags nach § 115 Abs. 2 S. 1 GWB der Ag ab, da dieser aufgrund der bereits nach 10 Tagen erfolgten Rücknahme keinen erhöhten Aufwand bei der Kammer verursacht hat.

Die ASt hat sich mit ihrem Nachprüfungsantrag ausdrücklich, bewusst und gewollt in einen Interessengegensatz zu den Bg gestellt, da sie beantragt hat, die Ag zu verpflichten, keine Zuschläge zu erteilen. Allerdings hat sich nur die Bg zu 6) aktiv am Verfahren durch Stellung von Anträgen und mündlichen Ausführungen in der Verhandlung beteiligt. In einem solchen Fall entspricht es der Billigkeit, der unterliegenden ASt die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Bg zu 6) aufzuerlegen (§ 154 Abs. 3, § 162 Abs. 3 VwGO analog; vgl. nur OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8. Februar 2006, VII-Verg 61/05). Die übrigen Bg haben hingegen das Verfahren nicht wesentlich gefördert und damit kein Kostenrisiko auf sich genommen.

Die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Ag war angesichts des umfangreichen und komplizierten Streitstoffes notwendig. Hinzu kommt der Gesichtspunkt der Waffengleichheit mit der anwaltlich vertretenen ASt. Dies gilt ebenso für die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Bg zu 6). Diese war notwendig, um die erforderliche „Waffengleichheit“ gegenüber der anwaltlich vertretenen ASt herzustellen, die sich mit ihrem Nachprüfungsantrag gezielt gegen den Zuschlag (auch) an die Bg zu 6) richtete (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. Mai 2004, VII-Verg 12/03).

V.

Gegen die Entscheidung der Vergabekammer ist die sofortige Beschwerde zulässig. Sie ist schriftlich innerhalb einer Frist von zwei Wochen, die mit der Zustellung der Entscheidung beginnt, beim Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen, Zweigertstraße 54, 45130 Essen, einzulegen.

Die sofortige Beschwerde ist zugleich mit ihrer Einlegung zu begründen. Die Beschwerdebeurteilung muss die Erklärung enthalten, inwieweit die Entscheidung der Vergabekammer angefochten und eine abweichende Entscheidung beantragt wird, und die Tatsachen und Beweismittel angeben, auf die sich die Beschwerde stützt.

Die Beschwerdeschrift muss durch einen Rechtsanwalt unterschrieben sein. Dies gilt nicht für Beschwerden von juristischen Personen des öffentlichen Rechts.

Die sofortige Beschwerde hat aufschiebende Wirkung gegenüber der Entscheidung der Vergabekammer. Die aufschiebende Wirkung entfällt zwei Wochen nach Ablauf der Beschwerdefrist. Hat die Vergabekammer den Antrag auf Nachprüfung abgelehnt, so kann das Beschwerdegericht

auf Antrag des Beschwerdeführers die aufschiebende Wirkung bis zur Entscheidung über die Beschwerde verlängern.

Dr. Herlemann

Brauer