

BUNDESKARTELLAMT
1. Vergabekammer des Bundes
VK 1 – 197/09

Kaiser-Friedrich-Str. 16
53113 Bonn

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren der

...

- Antragstellerin -

Verfahrensbevollmächtigte:

...

gegen

...

- 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) -

Verfahrensbevollmächtigte der Antragsgegnerinnen zu 1) bis 15):

...

Nachprüfungsverfahren wegen der Vergabe von Rabattvereinbarungen nach § 130a Abs. 8 SGB V, EU-Bekanntmachung Nr. ..., berichtigt durch EU-Bekanntmachung Nr. ..., Gebietslose 1 bis 5 zu dem Wirkstoff ... (Los ...), hat die 1. Vergabekammer des Bundes durch den Vorsitzenden Leitender Regierungsdirektor Behrens, die hauptamtliche Beisitzerin Regierungsdirektorin Dr. Dittmann und den ehrenamtlichen Beisitzer Schroers auf die mündliche Verhandlung vom 12. November 2009 am 26. November 2009 beschlossen:

1. Der Nachprüfungsantrag wird zurückgewiesen.
2. Die Antragstellerin trägt die Kosten des Verfahrens sowie die zur zweckentsprechenden Rechtsverteidigung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen.
3. Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragsgegnerinnen war notwendig.

Gründe:

I.

1. Die Antragsgegnerinnen (Ag) führen derzeit europaweit ein Offenes Verfahren zum Abschluss von Rabattvereinbarungen gem. § 130a Abs. 8 SGB V für 2010/2011 für ... Wirkstoffe bzw. Wirkstoffkombinationen durch. Die Rabattverträge sollen für 24 Monate geschlossen werden (zuzüglich einer einmaligen Verlängerungsoption, s. § 9 Abs. 1 des ausgeschriebenen Rabattvertrages).

Für jeden Wirkstoff wurde ein eigenes Fachlos gebildet, das jeweils wiederum in fünf Teillose (Gebietslose) unterteilt ist. Die Ausschreibung umfasst im Los ... den Wirkstoff Dieser Wirkstoff gehört der vom Gemeinsamen Bundesausschuss gemäß § 35 Abs. 1 SGB V gebildeten Festbetragsgruppe „...“, Stufe 1, Gruppe 1 an; laut der Gruppenbeschreibung zählen hierzu sämtliche abgeteilten oralen Darreichungsformen wie Kapseln, Retardkapseln, Tabletten und Retardtabletten. In den „Tragenden Gründen“ seines Beschlusses über die Festbetragsgruppenneubildung vom ... 2007 führt der Gemeinsame Bundesausschuss aus, dass die dieser Festbetragsgruppe zugeordneten Arzneimittel „wirkstoffidentisch“ seien und „keine für die Therapie bedeutsamen Unterschiede“ aufwiesen; hierbei waren auch Stellungnahmen der ASt berücksichtigt worden, die hinsichtlich ihres Arzneimittels ...[®] insbesondere auf deren besondere Wirkstofffreisetzung hingewiesen hatte.

Um an der Ausschreibung teilzunehmen, hat ein Bieter nach der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen pro angebotenem Wirkstoff und Gebietslos Rabattangebote für alle zu diesem Wirkstoff gehörenden Pharmazentralnummern (PZN) abzugeben, die er nach der Lauer-Taxe (Stand: 15. August 2009) im Sortiment hat. Die Zuschlagserteilung soll pro Wirkstoff und Gebietslos auf jeweils einen Bieter erfolgen. Der Zuschlag erstreckt sich dabei auf alle am o.g. Stichtag zu dem jeweiligen Wirkstoff gehörenden PZN des Bieters.

Zu dem voraussichtlichen Abgabevolumen pro Wirkstoff weisen die Ag in den Verdingungsunterlagen darauf hin, dass sie entsprechende Angaben nur auf der Basis von Erfahrungswerten aus der Vergangenheit machen könnten. Die zu Lasten der Ag abgerechneten Arzneimittelpackungen im Referenzzeitraum 1. April 2008 bis 31. März 2009 sind dem vom Bieter je Wirkstoff auszufüllenden „Produkt- und Rabattblatt“ und Anlage 3 der Verdingungsunterlagen zu entnehmen. Angesichts dessen, dass sie keine Mengen- oder Um-

satzgarantien in Bezug auf die ausgeschriebenen Rabattverträge abgeben könnten, haben die Ag in den Verdingungsunterlagen vorgesehen:

„Abweichungen der Verordnungs- und Abgabevolumina während der Vertragslaufzeit von den Verordnungs- und Abgabevolumina im Referenzzeitraum (April 2008 bis März 2009) berechtigen daher keine der Vertragsparteien zu einer Anpassung des fest vereinbarten Rabatt-ApU.“

(s. S. 9 f. der Verdingungsunterlagen).

Zum Nachweis ihrer Eignung müssen die Bieter gemäß Ziffer III.2.1 der Bekanntmachung

eine von den Ag formularmäßig vorbereitete Eigenerklärung zu ihrer Zuverlässigkeit (s. Anlage 6 der Verdingungsunterlagen);

einen Handelsregisterauszug;

für die angebotenen Rabattarzneimittel einen Auszug aus dem Öffentlichen Teil der AMIS-Datenbank, der im einzelnen näher bezeichnete Informationen zur aktuellen Zulassungssituation aller angebotsgegenständlichen Arzneimittel enthält;

eine Krankenkassenbescheinigung;

eine Eigenerklärung zum Nachweis der eigenen und fremden Produktionskapazitäten für die Herstellung der angebotenen Arzneimittel gemäß Anlage 7 der Verdingungsunterlagen und

im Falle des Einsatzes von Unterauftragnehmern, insbesondere Auftragsherstellern i.S.d. § 9 AMWHV eine Verpflichtungserklärung (s. Anlagen 8a, 8b der Verdingungsunterlagen)

vorlegen (s. auch S. 26 ff. der Verdingungsunterlagen).

Das den Verdingungsunterlagen beiliegende Formular „Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit“ (Anlage 6) enthält u.a. die Versicherung bzw. Erklärung des Bieters,

dass über das Vermögen seines Unternehmens kein Insolvenzverfahren oder vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet, beantragt oder ein Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist;

dass sich das Unternehmen nicht in Liquidation befindet;

dass weder sein Unternehmen noch eine für dessen Leitung verantwortliche Person eine schwere Verfehlung begangen hat, die die Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt, und

dass das Unternehmen seinen Pflichten zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie zur Zahlung der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung ordnungsgemäß erfüllt hat.

In Anlage 7 zum Angebot, die ebenfalls als Formular den Verdingungsunterlagen beilieg, haben die Bieter eine „Eigenerklärung zu eigenen und fremden Produktionskapazitäten für die Herstellung der angebotenen Arzneimittel“ abzugeben. Hierin muß der Bieter bescheinigen, dass er entweder aufgrund eigener oder fremder Produktionsstätten in der Lage ist, eine „nachzuweisende Anzahl Packungen“ pro PZN herzustellen bzw. eine „nachzuwei-

sende Anzahl Einheiten“ (= Anzahl der Einheiten (in mg) pro PZN). Bei den in Anlage 7 zu machenden Angaben hat der Bieter zwischen eigenen und fremden Produktionskapazitäten zu differenzieren.

Werden Unterauftragnehmer eingesetzt, müssen diese ihre Produktionskapazität in Pakungen in Anlage 8a bzw. 8b bestätigen. Darüber hinaus müssen die Unterauftragnehmer hier bestätigen, dass sie dem betreffenden Bieter als Unterauftragnehmer im Auftragsfall die im Einzelnen zu nennenden Mittel, Tätigkeiten, Fähigkeiten bzw. personellen Kapazitäten zur Ausführung des Auftrags zur Verfügung stellen. Hierüber hinaus muss sich der Unterauftragnehmer in Anlage 8a bzw. 8b verpflichten, bei der Erfüllung des Auftrags mindestens die Standards bestimmter von der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) festgelegten „Kernarbeitsnormen“ einzuhalten.

Die Angebotswertung erfolgt für jedes Fach- und Gebietslos gesondert (s. S. 5 der Verdingungsunterlagen). Die Wirtschaftlichkeit des angebotenen Rabatt-ApU bemisst sich für die Ag nach der Höhe der für sie pro Gebiets- und Fachlos möglichen Einsparungen „auf der Grundlage von Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen, die anhand von Preisvergleichsgruppen, von Verordnungszahlen aus der Vergangenheit und von Vergleichsgrößen („bereinigte Rabatt-ApUs“ und „bereinigte durchschnittliche ApUs der Preisvergleichsgruppe“, jeweils pro mg Wirkstoff) ermittelt werden“ (s. S. 23 der Verdingungsunterlagen). Das Angebot mit der höchsten sog. Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl erhält den Zuschlag. Den Bietern wurde diesbezüglich ein Produkt- und Rabattblatt in Form einer MS Excel-Datei samt Ausfüllhinweisen (s. Anlage 2 der Verdingungsunterlagen „Ausfüllhinweise zum Produkt- und Rabattblatt“) sowie ein Filmbeitrag, in dem ein Angebotsmuster ausführlich besprochen wird, zur Verfügung gestellt. Außerdem wird in den Verdingungsunterlagen (S. 23 ff.) zur Ermittlung der entsprechenden Werte und Zahlen Folgendes ausgeführt:

In einem ersten Schritt wird jedes vom Bieter angebotene Arzneimittel einer sog. Preisvergleichsgruppe zugeordnet. Diese Zuordnung erfolgt automatisch, sobald ein Bieter in das von den Ag in elektronischer Form (excel-Tabelle) zur Verfügung gestellte Produkt- und Rabattblatt den von ihm angebotenen Wirkstoff einträgt, die Zusammensetzung dieser Preisvergleichsgruppe im Einzelnen ist Spalte Q dieser Excel-Tabelle zu entnehmen. Diese Preisvergleichsgruppen

„dienen der Ermittlung durchschnittlicher Preise (auf Basis der ApU [= Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers]) unter Arzneimitteln gleicher Wirkstoffe, vergleichbarer Anwendungsweise (Darreichungsform, Applikationsweg, ggf. Wirkstoff-freisetzung), vergleichbarer Wirkstoffmengen (Abweichungen < 10% ausgehend vom geringstdosierten Arzneimittel) sowie gleicher Normpackungsgröße (N 1, N 2 oder N 3) i.S.d. Packungsgrößenverordnung.

(...)

Da innerhalb der Preisvergleichsgruppen verschiedene Arzneimittel mit z.T. geringfügig variierenden Wirkstoffmengen (Packungsgrößen und/oder Wirkstärken) aggregiert betrachtet werden, erfolgt die Betrachtung der Wirtschaftlichkeit sowohl in Bezug auf den durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe als auch in Bezug auf den angebotenen Rabatt-ApU pro Wirkstoff bereinigt auf Basis der jeweils enthaltenen Wirkstoffmenge in mg.

(...)

Im Rahmen der Wirtschaftlichkeitsberechnung werden die pro PZN angebotenen bereinigten Rabatt-ApUs des Arzneimittels nach Addition etwaiger festbetragsbedingter Aufzahlungen zu dem bereinigten durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe ins Verhältnis gesetzt. Entscheidend für das Ergebnis der Wirtschaftlichkeit ist dabei, in welchem Umfang der bereinigte Rabatt-ApU des Arzneimittels (nach der Addition etwaiger festbetragsbedingter Aufzahlungen) den bereinigten durchschnittlichen ApU der Preisvergleichsgruppe unterschreitet.

(...)“

(s. S. 23 f. der Verdingungsunterlagen).

Die zu berücksichtigenden etwaigen festbetragsbedingten Aufzählungen für ein Arzneimittel werden PZN-genau so berechnet, dass von dem Apothekenverkaufspreis des Arzneimittels (AVP) gemäß Lauer-Taxe (Stand: 15. August 2009) der für dieses Arzneimittel zum selben Stichtag geltende Festbetrag abgezogen wird.

Nachdem zunächst – automatisch beim Ausfüllen des Produkt- und Rabattblatts – für jede Preisvergleichsgruppe die sog. Wirtschaftlichkeitsmaßzahl der zum Wirkstoff angebotenen Arzneimittel eines Bieters berechnet wird, werden sämtliche Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen eines Bieters – wiederum automatisch – zur Ermittlung der sog. „Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl“ je Gebiets- und Fachlos addiert (s. Anlage 2 der Verdingungsunterlagen „Hinweise zum Ausfüllen des Produkt- und Rabattblatts zur Abgabe eines Angebotes“, S. 12).

Außerdem ist bei der Angebotswertung ein besonderes Ausschlusskriterium vorgesehen, wenn der Apothekenverkaufspreis eines Arzneimittels (AVP) den hierfür geltenden Festbetrag so weit übersteigt, dass diese Mehrkosten durch den Rabatt nicht ausgeglichen werden (s. S. 25 f. der Verdingungsunterlagen).

Der ausgeschriebene Rabattvertrag (RV) enthält u.a. folgende Regelungen:

§ 2 Abs. 2 RV:

„Der Rabatt errechnet sich je Pharmazentralnummer (im Folgenden "PZN") wie folgt:

Rabatt (exkl. USt.) [EUR] = **ApU** - **Rabatt-ApU**

ApU Abgabepreis des pharmazeutischen Unternehmers exkl. USt.
(Preisstand zum jeweiligen Abgabezeitpunkt) [EUR]

Rabatt-ApU Vereinbarter Wert gemäß Anlage 1 exkl. USt. [EUR]

Der Rabatt-ApU je PZN ist nach Maßgabe der Anlage 1 für die Vertragslaufzeit und ggf. den Verlängerungszeitraum nach § 9 Abs. 1 dieser Vereinbarung fest vereinbart. Der vom pharmazeutischen Unternehmer gewährte Rabatt je PZN ist dagegen variabel. Erhöht der pharmazeutische Unternehmer für ein Rabattarzneimittel den ApU, erhält die einen erhöhten Rabatt entsprechend der vorstehend geregelten Berechnungsformel. Senkt der Unternehmer den ApU für ein Rabattarzneimittel unter den Rabatt-ApU, gilt für dieses Rabattarzneimittel im Verhältnis der Vertragspartner anstelle des Rabatt-ApUs der ApU; die Höhe des vereinbarten Rabatts beträgt in diesem Fall Null.“

Gemäß § 3 Abs. 1 RV kann der pharmazeutische Unternehmer die ApUs der Rabattarzneimittel nach Abschluss des Rabattvertrages ändern. Für diesen Fall oder für Änderungen des Festbetrags sind in § 3 RV Nachverhandlungen und ggf. Kündigungsrechte vorgesehen.

§ 4 Abs. 1 RV:

„Der der zustehende Rabattbetrag (§ 2 Abs. 3 dieser Vereinbarung) wird jeweils 2 Wochen nach der die Umsätze für die jeweiligen PZN ausweisenden Zahlungsaufforderung (im Folgenden "**Zahlungsaufforderung**") durch den -Bundesverband fällig.“

Gemäß § 7 Abs. 1 RV verpflichtet sich die , für die Vertragslaufzeit zu den bezuschlagten Wirkstoffen keine anderen Vereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V außerhalb der Ausschreibung zu schließen und bestehende Vereinbarungen zu beenden (Exklusivität).

§ 8 Abs. 1 RV:

„Kommt es entgegen § 7 Abs. 2 dieser Vereinbarung innerhalb von drei aufeinanderfolgenden Monaten zu einem vollständigen oder teilweisen Lieferausfall für ein Rabattarzneimittel, verwirkt der pharmazeutische Unternehmer eine Vertragsstrafe, wenn der (auch teilweise) Lieferausfall einen Zeitraum von aufsummiert 7 Werkta-

gen (Montag bis Samstag) überschreitet, es sei denn, der pharmazeutische Unternehmer weist nach, dass ihn in Bezug auf den Lieferausfall und in Bezug auf dessen fehlende Behebung kein Verschulden im Sinne von §§ 276, 278 BGB trifft. Zur Bestimmung des Vorliegens von aufsummiert 7 Werktagen nach Satz 1 werden die Zeiten einzelner Lieferausfälle auf Grundlage der Meldungen des pharmazeutischen Unternehmers nach den §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 2 Satz 3 dieser Vereinbarung addiert. Eine Vertragsstrafe kann innerhalb der Vertragslaufzeit für dasselbe Rabattarzneimittel mehrfach verwirkt werden.“

§ 8 Abs. 3 RV:

„Als angemessene Höhe der Vertragsstrafe vereinbaren die Parteien 20 v. H. des Umsatzes für das betreffende Rabattarzneimittel auf der Basis des ApU, den der Unternehmer zu Lasten der im letzten Kalendermonat (1. bis Ultimo d. M.) vor Verwirkung der Vertragsstrafe erzielt hat.“

§ 8 Abs. 4 RV:

„Die Summe aller Vertragsstrafen beträgt insgesamt für alle Rabattarzneimittel über die Vertragslaufzeit und den Verlängerungszeitraum nach § 9 Abs. 1 dieser Vereinbarung maximal 5 % des Gesamtumsatzes des pharmazeutischen Unternehmens mit der auf der Basis des ApU mit allen vertragsgegenständlichen Rabattarzneimitteln in diesem Zeitraum. Gemessen an der Höchstgrenze des Satzes 1 zuviel gezahlte Vertragsstrafen werden dem pharmazeutischen Unternehmer nach Beendigung des Vertrages erstattet.“

§ 9 Abs. 2 RV:

„Das Recht zur fristlosen Kündigung - auch zur fristlosen Teilkündigung - aus wichtigem Grund bleibt für beide Parteien unberührt.

(...)

Ein wichtiger Grund für eine Teilkündigung bezogen auf einen Wirkstoff liegt u. a. dann vor, wenn der Unternehmer bezogen auf diesen Wirkstoff innerhalb eines Zeitraums von 12 aufeinanderfolgenden Monaten eine zweite Vertragsstrafe im Sinne von § 8 dieser Vereinbarung verwirkt.“

Auf eine Bieterfrage hin teilten die Ag in ihrem für alle Bieter zugänglichen Frage- und Antwortenkatalog unter der laufenden Nummer 64 mit, dass im Produkt- und Rabattblatt u.a. beim Wirkstoff aufgrund falscher Informationen eines pharmazeutischen Unternehmers Arzneimittel den falschen Preisvergleichsgruppen zugeordnet wurden. Die Zuordnung wurde hieraufhin im Frage- und Antwortenkatalog richtig gestellt, außerdem haben die Ag die Verdingungsunterlagen, u.a. die Angebotsformblätter zu den einzelnen Gebietslosen, korrigiert und den Bietern per E-Mail am 16. Oktober 2009 übersandt. Darüber hinaus wurden die Bieter in dieser Mail darüber informiert, dass ein überarbeitetes Produkt- und Rabattblatt über die ihnen bekannte Website verfügbar sei.

Die ASt beabsichtigt, ein Angebot für ihr Präparat ...[®] (Wirkstoff ...) abzugeben. Mit Schreiben vom 10. und 24. September sowie vom 5. Oktober 2009 rügte sie gegenüber den Ag mehrere Vergaberechtsverstöße. Auf die Rügen der ASt teilten die Ag am 30. September und am 8. Oktober 2009 mit, dass sie den Beanstandungen der ASt nicht abhelfen würden.

2. Mit Schreiben vom 14. Oktober 2009 beantragte die ASt über ihre Verfahrensbevollmächtigten bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Die Vergabekammer hat den Nachprüfungsantrag den Ag am 15. Oktober 2009 übermittelt.

a) Die ASt meint, die Einbeziehung des von ihr vertriebenen Präparats ...[®] in das Fachlos Nr. ... sei vergaberechtswidrig. In ein wirkstoffbezogenes Fachlos dürften nur Arzneimittel einbezogen werden, die therapeutisch äquivalent seien. Dies sei bei dem Präparat der ASt jedoch nicht der Fall. Vielmehr unterscheide es sich grundlegend von anderen Medikamenten mit dem Wirkstoff ... zur Behandlung von ... (...). Zwar handele es sich auch bei ihrem Präparat um ein Retard-Medikament, jedoch werde der Wirkstoff durch die patentgeschützte ...-Technologie freigesetzt, was insbesondere für jüngere Patienten von entscheidendem Vorteil sei. Zwar dürften die Ag das Merkmal der Wirkstoffidentität als Ausgangspunkt ihrer Betrachtung wählen und erst in einem zweiten Schritt Besonderheiten wie Darreichungsformen und die Wirkstofffreisetzung berücksichtigen. ...[®] verfüge jedoch über ein Alleinstellungsmerkmal und hätte daher von den Ag schon gar nicht in den Beschaffungsbedarf aufgenommen werden dürfen. Entgegen der Auffassung der Ag sei die Eingruppierung in eine bestimmte Festbetragsgruppe durch den Beschluss des Gemeinsamen Bundesausschusses für die therapeutische Austauschbarkeit entsprechender Fertigarzneimittel nicht aussagekräftig, Festbetragsgruppen seien lediglich ein Preisfindungsinstrument. Dementsprechend beruhe auch die Austauschbarkeit in der Apotheke (aut idem) gemäß § 129 SGBV auf anderen Rechtsgrundlagen und Einteilungskriterien als die Festbetragsgruppenbildung. Die von der ASt geltend gemachte Alleinstellung werde auch nicht dadurch gewährleistet, dass letztlich der Arzt durch seine Verordnung entscheide, welches Arzneimittel tatsächlich an einen Versicherten der Ag abgegeben werde, indem er ggf. die Substitution des Präparats der ASt durch ein anderes Arzneimittel ausschließt – auch der Arzt sei zu wirtschaftlichem Handeln verpflichtet und werde sich praktisch nicht

gegen ein Rabattarzneimittel entscheiden, selbst wenn er dies aus medizinischen Gründen für sinnvoll halte. Im Übrigen hätten die Ag, wenn sie sich an der Festbetragsgruppenbildung orientiert hätten, konsequent auch die in eine Festbetragsgruppe gefassten Präparate in dieselbe Preisvergleichsgruppe einbeziehen müssen.

Des Weiteren sei die Vorgehensweise der Ag bei der Angebotswertung aus mehreren Gründen rechtswidrig:

Selbst wenn ihr Präparat ...[®] nicht über ein Alleinstellungsmerkmal verfüge, seien die Preisvergleichsgruppen vergaberechtswidrig gebildet worden. Für die ASt sei bereits nicht erkennbar, welche PZN in die jeweilige Preisvergleichsgruppe einbezogen worden seien, so dass sie nicht überprüfen könne, ob die richtigen Konkurrenzprodukte berücksichtigt worden seien. Die Ag hätten dadurch das Transparenzgebot und ihre Dokumentationspflicht gemäß § 30 VOL/A verletzt. Darüber hinaus seien die Preisvergleichsgruppen insofern willkürlich gebildet worden, als dass das Präparat der ASt innerhalb des Loses ... (...) allein eine Preisvergleichsgruppe bilde. Wenn die Ag jedoch – anders als die ASt – davon ausgingen, dass ...[®] mit anderen ...-Präparaten in retardierter Darreichungsform therapeutisch vergleichbar sei, dann müssten sie dem konsequent auch bei der Vergleichsgruppenbildung Rechnung tragen. Jedes andere Verhalten sei gleichheitswidrig und widersprüchlich.

Rechtswidrig sei es außerdem, dass die Ag die Preisvergleichsgruppen nachträglich modifiziert hätten. Die Ag verstießen gegen das Transparenzgebot und den Gleichbehandlungsgrundsatz, denn nachdem neben der ASt vorher noch zwei andere pharmazeutische Unternehmer jeweils mit ihren Arzneimitteln allein in einer Preisvergleichsgruppe aufgeführt gewesen seien, sei dies nach den Änderungen der Ag nur noch bei der ASt der Fall. Die ASt werde hierdurch gegenüber den anderen Bietern ungleich behandelt.

Durch die nachträglichen Korrekturen der Ag zu den zu ihren Lasten abgerechneten Packungen und der gebildeten Preisvergleichsgruppen hätten die Ag zudem Kriterien oder Unterkriterien geändert, die für die Berechnung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl und damit für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots wesentlich seien. Da diese

Änderung die ASt diskriminiere, verstoße sie gegen die Rechtsprechung des EuGH zur Unzulässigkeit der nachträglichen Änderung von Wertungskriterien. Die ASt meint, die Ag hätten die Kriterien nicht im laufenden Vergabeverfahren ändern dürfen, sondern hätten die Ausschreibung aufheben müssen. Außerdem seien die Korrekturen der Ag intransparent, da sie lediglich im Frage- und Antworttool bekannt gemacht worden seien und den Bietern kein neues Produkt- und Rabattblatt zur Verfügung gestellt werde. Dies verstoße außerdem gegen § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A, wonach alle die Preisermittlung beeinflussenden Umstände in den Verdingungsunterlagen anzugeben seien – hierzu zähle das Rückfragetool der Ag nicht. Schließlich liege entgegen § 16 Nr. 1 VOL/A die erforderliche Ausschreibungsreife nicht vor.

Die ASt meint ferner, die Berechnung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl sei so komplex, dass dieses Verfahren intransparent sei. Es sei vergaberechtswidrig, dass die Ag in diese Berechnung die Produkt- und Angebotsbreite eines Bieters hätten einfließen lassen. Große generische Anbieter mit einem umfassenden Sortiment würden auf diese Weise gegenüber der ASt begünstigt. Ferner werde die ASt ungleich behandelt, da ihre Produkte immer allein in den Preisvergleichsgruppen enthalten seien. Da der von ihr angebotene Rabatt damit nur ins Verhältnis zu ihren eigenen in der Vergangenheit abgesetzten Produkten gesetzt werde, sei der in Bezug genommene Umsatz viel geringer als bei größeren Vergleichsgruppen. Die ASt müsse daher einen signifikant höheren Rabatt anbieten als andere Bieter, um überhaupt Zuschlagschancen zu haben.

Die Ag hätten die Festbetragsüberschreitung zum Stichtag vergaberechtswidrig doppelt, nämlich sowohl bei der Berechnung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahl als auch als Eignungskriterium berücksichtigt. Außerdem werde die ASt ungleich behandelt, da sie eine schlechtere Ausgangsposition als andere Bieter habe, weil zwei Wirkstärken ihres Arzneimittels (... mg und ... mg) gemäß Lauertaxe über dem Festbetrag lägen. Im Gegensatz zu anderen Unternehmen müsse die ASt daher zunächst einen Rabatt anbieten, um die Mehrkosten der Festbetragsüberschreitung auszugleichen und darüber hinaus noch einen höheren Rabatt, um ihre Zuschlagschancen zu verbessern. Dies sei vom Gesetzgeber nicht gewollt. Vielmehr zeige § 31 Abs. 2 SGB V, dass der Gesetzgeber den Mehrkostenausgleich wegen Überschreitung des Festbetrags durch entsprechende vertragliche Regelungen abgesichert haben wollte. Darüber hinaus zeigt die ASt anhand eines Rechenbeispiels auf, dass ihre Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl, wenn der Festbe-

trag ausgeglichen und noch weitere 3% Rabatt angeboten werden würden, immer noch negativ wäre. Die ASt meint, dass sie allein schon dann, wenn ihr Rabatt die festbetragsbedingten Mehrkosten ausgleiche, zumindest den Status erreichen müsse, wie andere Bieter, deren Präparate nicht über dem Festbetrag lägen – die Wirtschaftlichkeitsmaßzahl müsse daher in diesem Fall zumindest das Niveau „Null“ erreichen. Das diesbezügliche Vorbringen der Ag, die zu anderen Rechenergebnissen kommen, weist die ASt als verspätet zurück; die Ag hätten den Sachverhalt § 113 Abs. 2 GWB früher aufklären müssen. Die Berechnungssystematik der Ag widerspreche damit dem gesetzgeberischen Willen, nach dem allein der Mehrkostenausgleich durch einen Rabattvertrag bezweckt sei.

Ferner beanstandet die ASt die Eignungsprüfung der Ag. Da die Ag von den Bietern keine der in § 7a Nr. 3 Abs. 1 VOL/A genannten Nachweise oder Erklärungen gefordert hätten, werde die finanzielle Leistungsfähigkeit der Bieter gar nicht geprüft. Außerdem verstießen die Ag gegen § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A, indem sie von keinem Bieter gefordert hätten, eventuelle Straftaten oder sonstige Verfehlungen ihrer Mitarbeiter offen zu legen. Die Ag hätten sich zumindest entsprechende Eigenerklärungen der Bieter vorlegen lassen müssen. Die Eignung der von den jeweiligen Bietern vorgesehenen Nachunternehmer werde zudem von den Ag überhaupt nicht geprüft, obwohl gerade bei Arzneimittelrabattverträgen die tatsächliche Leistung meist von den Nachunternehmern ausgeführt werde.

Die ASt meint außerdem, dass die Ag unzulässig ihre Nachfragemacht bündelten und kartellrechtswidrig vorgingen, zumindest verwendeten sie die Rahmenvereinbarungen missbräuchlich i.S.d. § 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A.

Schließlich wendet sich die ASt gegen einzelne Regelungen des ausgeschriebenen Rabattvertrags. Die ASt meint, die Ag würden sich hierdurch einseitig begünstigen, ohne Ausgleich für die Bieter zu schaffen:

- Durch § 2 RV, wonach anstelle des Rabatt-ApUs der ApU gelte, wenn der ApU für ein Rabattarzneimittel unter den jeweiligen Rabatt-ApU abgesenkt werde, sicherten sich die Ag für die gesamte Vertragslaufzeit den jeweils günstigsten Preis des Bieters am Markt. Hierin liege ein Verstoß gegen das in § 15 VOL/A geregelte Gebot, feste

Preise zu vereinbaren. Schließlich müsse die ASt auch mit ihren Nachunternehmern feste Preise vereinbaren. Außerdem erschwere diese Anpassungsklausel dem Bieter erheblich die langfristige Kalkulation und bürde ihm dadurch ein ungewöhnliches Wagnis auf.

- Die von den Ag vorgesehene Abrechnungsmethode nach § 4 RV, dass der ...-Bundesverband die Zahlungsaufforderung vornehme, verstoße gegen § 9 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A und § 15 VOL/B. Die Rechnungslegung müsse durch den Bieter (Auftragnehmer) erfolgen und nicht durch den Auftraggeber. Den Bietern werde auf diese Weise ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet, da sie nur sehr unbestimmt wissen könnten, zu welchem Zeitpunkt sie welche Ein- und Ausgänge an Zahlungen verbuchen könnten.
- Die in § 8 RV vorgesehene Vertragsstrafenregelung verstoße gegen § 12 VOL/A und § 11 VOL/B. Die Ag belasteten den Auftragnehmer unverhältnismäßig, da die Ag ihm zum einen gemäß § 8 RV Vertragsstrafen auferlegen könnten und den Ag für den gleichen Verstoß „Lieferausfälle“ nach § 9 Abs. 2 RV eine Kündigungsmöglichkeit zustehe. Die vorgesehene Vertragsstrafe sei auch der Höhe nach unangemessen, da der Tagessatz bei einem Verzug von 7 Tagen bei 2,86% liege.
- Gemäß § 9 Abs. 2 RV werde den Ag eine Kündigungsmöglichkeit für den Fall eingeräumt, dass innerhalb eines Vertragszeitraums von 12 aufeinander folgenden Monaten zwei Vertragsstrafen nach § 8 RV verwirkt werden. Da sich diese Kündigungsmöglichkeit auf den gesamten Wirkstoff und nicht nur auf eine einzelne PZN beziehe, werde der Bieter ungewöhnlich belastet. Für diejenigen PZN, die geliefert werden könnten, sei eine Kündigung unangemessen. Ein solches Kündigungsrecht der Ag sei auch nicht mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz vereinbar, da die Ag nach der Kündigung des Vertrags ihren Bedarf erneut und auch für solche PZN am Markt abfragen müssten, für die gar keine Lieferverzögerungen eingetreten seien. Im Zusammenspiel mit den weiteren einseitig belastenden Vertragsregelungen werde den Bietern ein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet, die Preiskalkulation werde dem Bieter „erheblich erschwert“.

- Obwohl den Bietern erhebliche Risiken aufgebürdet würden, die diese zum Teil sogar zu Preisanpassungen zwingen, würden ihnen auf der anderen Seite vergaberechtswidrig keine vertraglichen Anpassungsmöglichkeiten für den Fall zugebilligt, dass sich während der maximal zweijährigen Vertragslaufzeit an den derzeit für die Kalkulation erheblichen Mengenangaben etwas ändere. Hierdurch werde den Bietern zumindest in der Gesamtschau ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet, da die Risikoverteilung insgesamt eindeutig zu Lasten der Bieter/Auftragnehmer ausgestaltet worden sei. Die ASt meint, dass den Bietern beispielsweise Preisanpassungsklauseln nach § 15 VOL/A oder die Möglichkeit von Staffelrabatten eingeräumt werden müssten.

Ihr ursprünglich geltend gemachtes Vorbringen gegen ein bestimmtes Ausschlusskriterium der Ag bei Angeboten, die mehrere PZN innerhalb einer Preisvergleichsgruppe umfassen, hat die ASt in der mündlichen Verhandlung fallen gelassen.

Die ASt beantragt:

1. ein Nachprüfungsverfahren gemäß § 107 Abs. 1 GWB einzuleiten, insbesondere die Ag zu verpflichten, in der mit EU-Bekanntmachung Nr. ..., berichtigt durch EU-Bekanntmachung Nr. ..., eröffneten Ausschreibung von Arzneimittelrabattvereinbarungen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V keine Zuschläge hinsichtlich aller Gebietslose 1 bis 5 zu dem Wirkstoff ... (Los ...) zu erteilen.
2. die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten für die ASt für notwendig zu erklären;
3. 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 über ihre Verfahrensbevollmächtigten:

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen,
2. der ASt die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Auslagen der Ag aufzuerlegen,

3. festzustellen, dass die Hinzuziehung rechtsanwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Ag notwendig war.

Die Ag meinen, der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls unbegründet.

Die von der ASt behauptete Alleinstellung des Präparats ...[®] stehe dessen Aufnahme in die Ausschreibung nicht entgegen. Die Zulässigkeit der Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V hänge nicht davon ab, ob die ausschreibungsgegenständlichen Arzneimittel i.S.d. § 129 Abs. 1 S. 2 SGB V substituierbar seien, sondern davon, dass diese jedenfalls aus therapeutischer Sicht vergleichbar und damit austauschbar seien. Dem trügen die Ag auf verschiedenen Stufen der Ausschreibung Rechnung. So hätten sie auf der ersten Stufe Arzneimittel zu Fachlosen zusammengefasst, die jeweils denselben Wirkstoff beinhalteten. Auf einer zweiten Stufe seien anschließend therapeutisch äquivalente Arzneimittel anhand der Kriterien Wirkstärke, Packungsgröße und Darreichungsform in Preisvergleichsgruppen zusammengefasst worden.

Ein Rabattwettbewerb unter zwei Arzneimitteln sei aus Sicht der Ag bereits dann wirtschaftlich vernünftig, wenn diese Präparate aus Sicht des verordnenden Arztes gleichwertig seien. In diesem Fall könne davon ausgegangen werden, dass im Falle eines Rabattvertragsschlusses das rabattierte Arzneimittel in nennenswertem Umfang an der Stelle nicht rabattierter Arzneimittel an die Versicherten der Ag abgegeben werde. Die Arzneimittel seien dann insoweit austauschbar, als dass es eine nennenswerte Schnittmenge von ...-Versicherten gebe, die mit allen Produkten dieses Fachloses, also sowohl mit Produkten der ASt als auch mit Produkten von deren Konkurrenten, versorgt werden können. Nach der Vergaberechtsprechung könne grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass Arzneimittel mit demselben Wirkstoff auch denselben therapeutischen Nutzen hätten. Die Ag hätten daher annehmen dürfen, dass das Arzneimittel ...[®] grundsätzlich therapeutisch vergleichbar zu anderen Arzneimitteln des Wirkstoffs ... ist. Dem stünden die von der ASt dargelegten Spezifika ihres Präparats nicht entgegen. Die Ag gingen zunächst davon aus, dass retardierte und nicht retardierte Darreichungsformen therapeutisch nicht in vollem Umfang substituierbar seien. Deshalb seien diese Darreichungsformen nicht in einheitliche Preisvergleichsgruppen zusammengefasst worden. Innerhalb der retardierten Darreichungsformen nehme das

Arzneimittel ...[®] jedoch keine Sonderstellung ein, sondern sei mit den übrigen Arzneimitteln derselben Darreichungsform therapeutisch vergleichbar. Dies zeige sich bereits darin, dass der Gemeinsame Bundesausschuss ...[®] gemeinsam mit den Präparaten anderer Hersteller in eine einheitliche Festbetragsgruppe der retardierten Darreichungsformen aufgenommen habe, was nach § 35 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 SGB V nur bei einer therapeutisch vergleichbaren Wirkung zulässig sei. Wie die Ag weiter ausführen, resultierten Unterscheidungsmerkmale zwischen grundsätzlich therapeutisch vergleichbaren und austauschbaren Arzneimitteln desselben Wirkstoffs regelmäßig aus dem Therapiebedarf des einzelnen Patienten und seien deshalb durch den behandelnden Arzt zu berücksichtigen, indem dieser falls erforderlich die Substitution nach § 129 Abs. 1 S. 2 SGB V ausschließe.

Die Berechnung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen für die einzelnen Preisvergleichsgruppen jedes Fachloses sei vergaberechtlich zulässig. Die Bildung solcher separater Vergleichsgruppen sei zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots je Fach- und Gebietslos unerlässlich. Die Ag hätten jeweils nur therapieäquivalente und grundsätzlich substituierbare Arzneimittel zu Preisvergleichsgruppen zusammengefasst.

Auch die Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen sei für die Bieter hinreichend transparent. So seien die Kriterien, anhand denen die Preisvergleichsgruppen gebildet worden wären, detailliert den Verdingungsunterlagen zu entnehmen (gleicher Wirkstoff, vergleichbare Anwendungsweise, vergleichbare Wirkstoffmenge, gleiche Normpackungsgröße). Zur Gewährleistung der Transparenz sei es nicht notwendig, dass jeder Bieter im Einzelnen mitgeteilt bekomme, welche Arzneimittel zu jeweils einer Preisvergleichsgruppe zusammengefasst würden. Unabhängig davon sei es durch Anklicken der anderen am maßgeblichen Stichtag der Lauer-Taxe für den betreffenden Wirkstoff aufgeführten pharmazeutischen Unternehmen im Produkt- und Rabattblatt möglich, sämtliche anderen Arzneimittel und deren Preisvergleichsgruppen zu ermitteln.

Außerdem sei es nicht zu beanstanden, dass Preisvergleichsgruppen existierten, die ausschließlich Präparate der ASt enthielten. Dies liege in konsequenter Anwendung der von den Ag bekannt gegebenen Kriterien zur Bildung der Preisvergleichsgruppen daran, dass nur die ASt Arzneimittel der jeweiligen Wirkstärken anbiete. Eine andere Einteil-

lung der Preisvergleichsgruppen sei im Hinblick auf die ausgeschriebenen Vorgaben nicht möglich, da Arzneimittel unterschiedlicher Wirkstärken grundsätzlich nicht substituierbar seien. Dass die Arzneimittel der ASt nicht mit denen anderer Hersteller konkurrierten, sei somit keine unmittelbare Entscheidung der Ag, sondern beruhe auf der unternehmerischen Entscheidung der ASt, ihre Arzneimittel mit besonderen Wirkstärken in Verkehr zu bringen. Dies habe jedoch mit der grundsätzlichen therapeutischen Vergleichbarkeit ...haltiger Arzneimittel retardierter Darreichungsformen nichts zu tun. Aufgrund der Vorinformation des Vergabeverfahrens hätte die ASt im Übrigen frühzeitig reagieren und ihre Arzneimittel zum maßgeblichen Stichtag der Lauer-Taxe so ändern können, dass sie anderen Preisvergleichsgruppen hätten zugeordnet werden können; außerdem hätte sich die ASt an einer Bietergemeinschaft beteiligen können, wenn sie ihre angeblich schlechten Zuschlagschancen hätte verbessern wollen.

Die nachträgliche Änderung der Preisvergleichsgruppen sei darauf zurückzuführen, dass das Produkt- und Rabattblatt aufgrund falscher Zuordnungen von Darreichungsformen für ... durch einen pharmazeutischen Unternehmer fehlerhaft gewesen war. Die Ag hätten diesen Fehler bereits mit dem Hinweis 64 des Frage-Antwort-Kataloges transparent behoben. Mittlerweile sei ein neues Produkt- und Rabattblatt allen interessierten Unternehmen zur Verfügung gestellt worden, in dem u.a. Hinweis 64 eingeflossen sei. Die Beanstandungen der ASt hätten sich daher insoweit jedenfalls erledigt.

Entgegen der Auffassung der ASt erfolge die Berechnung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen transparent. Die Vorgehensweise werde in den Verdingungsunterlagen, insbesondere Anlage 2, erläutert und sei hinsichtlich der insoweit vergleichbaren Vorgängerausschreibung von allen damit befassten Nachprüfungsinstanzen bestätigt worden.

Wie bereits zur Vorgängerausschreibung in der Vergaberechtsprechung bestätigt, werde die ASt auch nicht dadurch ungleich behandelt, dass die Produkt- und Angebotsbreite maßgeblich in die Wirtschaftlichkeitsbewertung einfließe. Diese Vorgehensweise der Ag sei gerechtfertigt, denn es sei für die Ag von großer wirtschaftlicher Bedeutung, wie viele Rabattarzneimittel von einem Angebot umfasst werden und insbesondere wie viele Preisvergleichsgruppen von ihm abgedeckt werden. Wegen der in § 7 Abs. 1 des Rabattvertrags vorgesehenen Exklusivität könnten die Ag nämlich keine weiteren Rabattverträge zu den bereits rabattierten Wirkstoffen abschließen. Die Versicherten der Ag,

an die Arzneimittel abgegeben werden, die nicht zu einer vom Rabattangebot umfassten Preisvergleichsgruppe gehörten, müssten daher zwangsläufig mit unrabattierten Arzneimitteln versorgt werden, was für die Ag spürbar wirtschaftlich nachteilig sei.

Die Festbetragsüberschreitung zum Stichtag werde nicht unzulässigerweise doppelt berücksichtigt. In diesem Ausschlusskriterium sei kein unzulässiges Eignungskriterium zu sehen, vielmehr beziehe es sich allein auf den Inhalt der Angebote selbst und wiederhole lediglich die zwingende gesetzliche Vorgabe des § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V. Die Ag kämen so der gesetzlichen Pflicht nach, den Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, denn ein Rabattangebot begründe für die Ag insoweit keinen wirtschaftlichen Vorteil wie es nur die Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrags abdecke. Die Berücksichtigung der Mehrkosten der Überschreitung des Festbetrages führe auch nicht dazu, dass Rabattangebote für Arzneimittel, deren Apothekenverkaufspreis den Festbetrag übersteige, in unzulässiger Weise schlechter gestellt werden würden. Denn aus Sicht der Ag sei die Überschreitung des Festbetrags bei einem Arzneimittel bereits für sich genommen nachteilig. Da die Festbetragsbindung bei Rabattarzneimitteln nach § 31 Abs. 2 S. 2 SGB V weg falle, sei die Krankenkasse in diesem Fall zu höheren Erstattungen verpflichtet als bei Rabattarzneimitteln, deren Apothekenverkaufspreis den jeweils geltenden Festbetrag nicht überschreite. Zu dem von der ASt vorgelegten Rechenbeispiel weisen die Ag auf die in den Verdingungsunterlagen genannte Formel hin, anhand der die bei der Wertung zu berücksichtigenden festbetragsbedingten Aufzahlungen berechnet werden. Hierbei sei wie in der Lauer-Taxe und der Praxis aller Krankenkassen bei der Anwendung des § 31 Abs. 2 S. 2, 3 SGB V jeweils auf Bruttobeträge abzustellen, weil § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V eine Kostenbetrachtung anstelle. Anhand eines beispielhaft für die beiden Arzneimittel der ASt, die über dem Festbetrag liegen, ausgefüllten Produkt- und Rabatt zeigen die Ag auf, dass die Wirtschaftlichkeitsmaßzahl Null sei, wenn die ASt einen Rabattblatts anbiete, der unter Zugrundelegung der Bruttobeträge lediglich die Mehrkosten bei Festbetragsüberschreitung ausgleiche. Es sei nicht nachzuvollziehen, wie die ASt bei ihrer Berechnung hier auf negative Beträge komme.

Soweit die ASt beanstande, die Ag bündelten unzulässig ihre Nachfragemacht, sei der Nachprüfungsantrag bereits mangels Rüge unzulässig. Außerdem sei die ASt insoweit nicht antragsbefugt, da ein (vermeintlicher) Verstoß eines öffentlichen Auftraggebers gegen § 1 GWB keine „Handlung in einem Vergabeverfahren“ i.S.d. § 104 Abs. 2 GWB

sei. Unabhängig davon sei das Vorbringen der ASt insoweit unbegründet, wie bereits die Rechtsprechung zur Vorgängerausschreibung der Ag zeige. Die Ag hätten für jedes Gebietslos außerdem einen Marktanteil von weniger als 15%. Dass gesetzliche Krankenkassen beim Abschluss von Rabattvereinbarungen bundesweit vorgehen, sei außerdem gemäß § 130a Abs. 8 SGB V gerade zulässig.

Auch die Eignungsprüfung sei nicht fehlerhaft ausgestaltet worden. Öffentliche Auftraggeber seien nicht verpflichtet, von den Bietern die in § 7a Nr. 3 Abs. 1 VOL/A genannten Eignungsnachweise zu fordern, vielmehr folge aus der Spruchpraxis der Vergabekammern zur Vorgängerausschreibung, dass eine Prüfung der Umsatzzahlen der Bieter unzulässig sei. Die Ag seien dieser Entscheidung gefolgt, zumal es für die Gewährleistung der Versorgungssicherheit der Versicherten weniger auf die finanzielle Leistungsfähigkeit der Vertragspartner als vielmehr auf deren Fähigkeit ankomme, die notwendigen Produktionskapazitäten bereitzustellen. Letzteren Aspekt müssten die Bieter gemäß Anlage 7 der Verdingungsunterlagen nachweisen. Die Ag hätten auch nicht gegen § 7a Nr. 1 Abs. 2 VOL/A verstoßen, da sie bislang nicht die für den Ausschluss eines Bieters erforderliche Kenntnis besäßen, dass eine Person, die einem Bieter zuzurechnen sei, wegen einer in dieser Bestimmung genannten Straftaten rechtskräftig verurteilt worden sei. Ein öffentlicher Auftraggeber sei gemäß § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A auch nicht verpflichtet, in jeder Ausschreibung Eigenerklärungen der Bieter über das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A einzuholen. Im Übrigen forderten die Ag von den Bietern eine Eigenerklärung, dass sie keine schweren Verfehlungen begangen hätten, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellen; hierzu gehörten auch die Straftaten des Katalogs des § 7a Nr. 2 Abs. 1 S. 1 VOL/A. Auch die Eignungsprüfung hinsichtlich der vorgesehenen Unterauftragnehmer sei vergaberechtskonform, da sich der insoweit maßgebliche Produktionskapazitätsnachweis nach Anlage 7 ausdrücklich auch auf vorgesehene Unterauftragnehmer beziehe, die gemäß Anlage 8 Verpflichtungserklärungen abgeben müssten. Weitere Pflichten eines öffentlichen Auftraggebers zur Eignungsprüfung bei Unterauftragnehmern bestünden nicht.

Der ausgeschriebene Rabattvertrag sei ebenfalls nicht vergaberechtlich zu beanstanden:

Mit der Regelung des § 2 RV werde lediglich sichergestellt, dass der Rabattvertrag die ... nicht schlechter stelle als sie nach den allgemeinen Marktgegebenheiten ohne einen solchen Rabattvertrag stünden. Anderenfalls würde der wirtschaftliche Sinn eines Rabattvertrags bei Absinken des ApU unter den Rabatt-ApU in sein Gegenteil verkehrt. Der jeweilige Rabattvertragspartner werde hierdurch nicht belastet, da er in der Gestaltung des ApUs weiterhin frei sei und nicht erwarten könne, von den Ag höhere Entgelte als diejenigen vereinnahmen zu können, die er sonst am Markt verlange. Zudem sei eine Abrechnung auf der Basis von Preisen oberhalb des ApU, wie sie die ASt anstrebe, nicht mit § 130a Abs. 8 SGB V, und dem Gebot einheitlicher Preise gemäß § 78 Abs. 2 S. 2 AMG vereinbar.

Die ASt übersehe, dass es bei der in § 4 RV vorgesehenen Regelung der Rabattzahlung mangels unmittelbarem Leistungsaustauschs nicht um eine Vertragsbeziehung zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer im üblichen Sinne handle. Vorliegend müsse die Abrechnung durch die Ag erfolgen, weil sie die Geldleistungsgläubiger seien, denn ihnen und nicht der ASt stehe die mit den ausgeschriebenen Verträgen vereinbarte Rückvergütung zu. Der Rabattvertragspartner sei insoweit auch nicht auf das Wohlwollen der Ag angewiesen, da die einzelnen ... gemäß § 2 Abs. 3 RV für die Validität und Integrität der übermittelten Abrechnungsdaten einstünden.

§ 8 RV sei ebenfalls vergaberechtskonform. Der Lieferausfall stelle einen erheblichen Nachteil i.S.v. § 12 S. 1 VOL/A dar. Auch die Höhe der Vertragsstrafe sei angemessen, weil sie sich nur auf den Monatsumsatz beziehe und nach § 8 Abs. 4 RV auf 5% des Gesamtumsatzes begrenzt sei.

Kündigungsrechte wie das in § 9 Abs. 2 RV für den Fall der zweimaligen Verwirkung einer Vertragsstrafe könnten nach allgemeinen zivilrechtlichen Grundsätzen auch vertraglich vereinbart werden. Diese Klausel gleiche die Interessen der Vertragspartner angemessen aus. Bei ihrer Forderung nach einer Teilkündigung übersehe die ASt, dass die Ag wegen der Exklusivitätsklausel nach § 7 Abs. 1 RV zu den vertragsgegenständlichen Wirkstoffen keine anderweitigen Rabattverträge schließen dürften. Das Kündigungsrecht für die Fälle der Lieferunfähigkeit müsse sich daher zwingend auf den gesamten Wirkstoff erstrecken.

Die Ag müssten auch nicht vom Grundsatz des § 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A abweichen und für Mengenänderungen eine Preisanpassungsklausel vorsehen. Wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen, deren Eintritt oder Ausmaß i.S.d. § 15 Nr. 2 S. 1 VOL/A ungewiss ist, habe die ASt selbst nicht vorgetragen und seien auch sonst nicht zu erwarten.

Der ASt wurde unter Beachtung von Geschäftsgeheimnissen Akteneinsicht gewährt. In der mündlichen Verhandlung am 12. November 2009 hatten die Beteiligten Gelegenheit, ihre Standpunkte darzulegen. Auf die ausgetauschten Schriftsätze, die Verfahrensakte der Vergabekammer sowie auf die Vergabeakten, soweit sie der Vergabekammer vorgelegen haben, wird ergänzend Bezug genommen.

Die Entscheidungsfrist wurde gemäß § 113 Abs. 1 Satz 2 GWB durch Verfügung des Vorsitzenden vom 12. November 2009 bis zum 26. November 2009 einschließlich verlängert.

II.

Der zulässige Nachprüfungsantrag hat in der Sache keinen Erfolg.

1. Der Nachprüfungsantrag ist zulässig.

- a) Die Zuständigkeit der Vergabekammer des Bundes ist nach §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. § 2 Nr. 3 VgV und §§ 104 Abs. 1, 106a Abs. 1 Nr. 2 GWB eröffnet, da sich der Nachprüfungsantrag auf einen Auftrag von öffentlichen Auftraggebern bezieht, der dem Bund zuzurechnen ist und dessen Auftragswert oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts liegt. Insbesondere handelt es sich bei den Ag, die als Krankenkassen juristische Personen des öffentlichen Rechts (§ 4 Abs. 1 SGB V, § 29 Abs. 1 SGB IV) sind, um öffentliche Auftraggeber gemäß § 98 Nr. 2 GWB, da sie zu dem besonderen Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen (§§ 1, 2 SGB V) und über die gesetzlich geregelte Pflichtversicherung der Krankenkassenmitglieder bzw. den Gesundheitsfonds vom Staat, nämlich durch den Bund finanziert werden (vgl. EuGH, Urteil vom 11. Juni 2009, Rs. C-300/07; LSG

Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. September 2009, L 21 KR 51/09 SFB; 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 3. Juli 2009, VK 1-107/09 m.w.N.). Des Weiteren handelt es sich bei den zu beurteilenden Rabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V um öffentliche Lieferaufträge im Sinne des § 99 Abs. 1 und 2 GWB (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 3. September 2009, aaO.).

- b) Gegen die Antragsbefugnis der ASt bestehen keine Bedenken: Die ASt als Anbieter von Arzneimitteln des im Los Nr. ... ausgeschriebenen Wirkstoffs ... will ein Angebot für ihre Präparate mit diesem Wirkstoff abgeben; damit hat sie ein Interesse an dem ausgeschriebenen Auftrag i.S.d. § 107 Abs. 2 GWB, das sie durch ihre Rüge und ihren anschließende Nachprüfungsantrag hinreichend bekundet hat (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2009, VII-Verg 59/08). Auch ohne dieses Angebot bereits abgegeben zu haben, droht ihr durch die schlüssig behauptete Verletzung vergaberechtlicher Vorschriften ein Schaden zu entstehen – die ASt beruft sich nämlich auf die Rechtswidrigkeit der Ausschreibungsgrundlagen des ausgeschriebenen Rabattvertrags und des Rabattvertrags selbst, die ihre Chancen, ein zuschlagsfähiges Angebot abzugeben, ihrer Auffassung nach beeinträchtigen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14. Januar 2009, aaO.).
- c) Die ASt hat die geltend gemachten Vergaberechtsverstöße, die sich aus der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen ergeben, am 10. und 24. September sowie am 5. Oktober 2009 rechtzeitig vor Ablauf der Angebotsabgabefrist gerügt (gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2, 3 GWB).
- d) Die ASt hat den Nachprüfungsantrag auch gemäß § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB innerhalb von 15 Kalendertagen nach Eingang der Mitteilung der Ag über die Nichtabhilfe ihrer Rügen vom 30. September und 8. Oktober 2009 – nämlich am 14. Oktober 2009 – eingereicht.

2. Der Nachprüfungsantrag ist unbegründet.

- a) Entgegen der Auffassung der ASt verstoßen die Ag nicht dadurch gegen vergaberechtliche Vorschriften, dass sie in das Los Nr. ... das Präparat ...[®] der ASt mit einbezogen haben.

Die ASt meint, ...[®] unterscheide sich grundlegend von anderen Medikamenten mit dem Wirkstoff ..., eine therapeutische Äquivalenz, die für die Bildung der ausgeschriebenen Lose maßgeblich sei, liege nicht vor. Die Ag hätten die Alleinstellung von ...[®] hinsichtlich seiner patentierten Wirkstofffreisetzung nicht hinreichend berücksichtigt und hätten ...[®] gar nicht in ihren Beschaffungsbedarf aufnehmen dürfen.

Was ein öffentlicher Auftraggeber beschafft, obliegt jedoch grundsätzlich allein seiner Entscheidung, er bestimmt, welche Leistungseigenschaften und -inhalte der Auftragsgegenstand seiner Auffassung nach haben soll (vgl. nur BGH, Urteil vom 8. September 1998, X ZR 85/97), und umgekehrt, welche weiteren Kriterien für ihn möglicherweise nicht relevant sind. Ein Vergaberechtsverstoß liegt also nicht bereits darin, dass ein öffentlicher Auftraggeber Vorgaben an den Inhalt der Angebote stellt, die auch solche Angebote erfüllen, die aus Sicht eines Bieters die Besonderheiten des von ihm angebotenen Produkts nicht hinreichend berücksichtigen.

Damit ein chancengleicher Bieterwettbewerb i.S.d. § 97 Abs. 1 GWB, § 2 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A stattfinden kann, schreibt jedoch § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A vor, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Beschaffungsbedarf, also die mit dem Auftrag zu erbringende Leistung, eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben hat, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen und die Angebote miteinander verglichen werden können. Auch der ASt geht es mit ihrem Vorbringen im Wesentlichen darum, dass die Angebote, die zu einem allein anhand eines einzelnen Wirkstoffs gebildeten Los abgegeben werden, untereinander nicht vergleichbar sein sollen; sie meint, dass ihr Präparat ...[®] eine Alleinstellung einnehme. Auch in diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass es grundsätzlich allein der öffentliche Auftraggeber ist, der über seinen ausgeschriebenen Beschaffungsbedarf den Inhalt der Angebote und damit im Ergebnis auch deren Vergleichbarkeit bestimmt: Diejenigen Güter oder Leistungen, die geeignet sind, diesen Bedarf zu decken, sind anzubieten und unter diesen wird das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt. Was anzubieten ist, ergibt sich somit aus den vom öffentlichen Auftraggeber ausgeschriebenen Anforderungen, also seiner Leistungsbeschreibung – jedes Angebot, das diesen Anforderungen gleichermaßen entspricht, ist mit den anderen Angeboten vergleichbar, dasjenige Angebot, das die Anforderungen des Auftraggeber von allen am besten erfüllt, ist das wirtschaftlichste und

wird bezuschlagt. Für die Vergleichbarkeit der Angebote kommt es also allein darauf an, dass die abgegebenen Angebote geeignet sind, den in der Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend beschriebenen Bedarf des öffentlichen Auftraggebers zu decken – den öffentlichen Auftraggeber trifft diesbezüglich die Pflicht, durch eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A für die Vergleichbarkeit der Angebote zu sorgen (vgl. hierzu 1. Vergabekammer des Bundes, Beschlüsse vom 30. Oktober 2009, VK 1-188/09, und vom 10. November 2009, VK 1-191/09).

Diesen Anforderungen sind die Ag vorliegend gerecht geworden:

Die verfahrensgegenständliche Ausschreibung betrifft die Gewährung von Rabatten für die Lieferung von verordnungspflichtigen Arzneimitteln, die vom Rabattvertragspartner (i.d.R. über Großhändler) an Apotheken geliefert und dort an die Versicherten der Ag zu Lasten der Ag abgegeben werden. Die Ag knüpfen allein an den verordneten Wirkstoff an. Dies ergibt sich eindeutig und erschöpfend i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A aus der Leistungsbeschreibung – auch die ASt trägt nicht vor, dass die Leistungsbeschreibung zu unbestimmt sei und nicht von allen Bietern gleichermaßen verstanden werden könnte. Solche rein wirkstoffbezogenen Losbildungen sind in der Vergaberechtsprechung anerkannt. Insbesondere ist es im Bereich der Arzneimittelrabattverträge nicht erforderlich, zur Gewährleistung der Vergleichbarkeit der Rabattangebote auf die Substituierbarkeit der jeweils in einem Los ausgeschriebenen Arzneimittel i.S.d. § 129 Abs. 1 SGB V abzustellen (s. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. Februar 2009, L 11 WB 381/09), denn anderenfalls könnten ggf. nicht einmal Arzneimittel eines Wirkstoffs mit unterschiedlicher Wirkstärke oder Packungsgröße gemeinsam ausgeschrieben werden (vgl. LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. Februar 2009, aaO.). Die ASt meint jedoch, der Alleinstellung ihres Medikaments ...[®] hätten die Ag in weitergehendem Umfang Rechnung tragen müssen, da andere Medikamente hiermit nicht therapeutisch vergleichbar seien. Doch auch wenn man mit der ASt zusätzlich auf die therapeutische Äquivalenz der jeweils in einem Los ausgeschriebenen Arzneimittel abstellt, ist dieses Kriterium vorliegend durchaus erfüllt. Alle Arzneimittel mit dem Wirkstoff ..., die die Ag in einem Los zusammengefasst haben, verfügen nämlich über ein gewisses Maß an therapeutischer Vergleichbarkeit. Dies ergibt sich schon aus der Tatsache, dass alle Arzneimittel mit diesem Wirkstoff vom zuständigen Gemeinsamen

Bundesausschuss einheitlich und unterschiedslos derselben Festbetragsgruppe X, Stufe X zugeordnet wurden. Denn die Zusammenfassung in dieser Stufe einer Festbetragsgruppe setzt gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 SGB V voraus, dass zwischen den betreffenden Arzneimitteln Wirkstoffidentität besteht und dass unterschiedliche Bioverfügbarkeiten wirkstoffgleicher Arzneimittel berücksichtigt werden, sofern sie für die Therapie bedeutsam sind. Bei seiner Entscheidung über die Zusammensetzung dieser Festbetragsgruppe für ...haltige Arzneimittel hat sich der Gemeinsame Bundesausschuss ausführlich auch mit den hier von der ASt zu ...[®] vorgetragenen Argumenten auseinander gesetzt. Es gibt also eine Schnittmenge von Patienten/Versicherten der Ag, bei denen gleichermaßen das Arzneimittel ...[®] wie ein anderes Arzneimittel mit dem Wirkstoff ... ohne Weiteres verordnet und damit in der Apotheke an einen Versicherten der Ag abgegeben werden kann. Bei den verfahrensgegenständlichen Arzneimitteln handelt es sich auch nicht um eine beliebig zusammengestellte Gruppe von Medikamenten, was sich bereits daraus ergibt, dass das betreffende Fachlos nur einen Wirkstoff umfasst. Die von der ASt aufgeführten Unterschiede der einzelnen Präparate mit dem Wirkstoff ..., die auch die Ag anerkennen, etwa unterschiedliche Wirkstärken, spielen für die Deckung des Beschaffungsbedarfs der Ag demgegenüber keine Rolle. Die Ag möchten vielmehr allgemein Präparate mit dem Wirkstoff ... beschaffen. Alle Arzneimittel, die diesen Wirkstoff enthalten, sind damit bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots in Los Nr. ... grundsätzlich untereinander vergleichbar. Weitergehenden Differenzierungen tragen die Ag dadurch Rechnung, dass sie innerhalb der einzelnen Lose Preisvergleichsgruppen gebildet haben, denen nur solche wirkstoffidentischen Arzneimittel zugeordnet werden, die hierüber hinaus in Anwendungsweise, Wirkstoffmenge und Normpackungsgröße miteinander vergleichbar sind. Anhand dieser Kriterien wurden die Präparate der ASt tatsächlich auch jeweils einzelnen Preisvergleichsgruppen zugeordnet (s. dazu, dass diese Vorgehensweise auch insoweit vergaberechtskonform war, unten).

Dem steht nicht entgegen, dass aus medizinisch-therapeutischen Gründen im konkreten Einzelfall für einen Patienten/Versicherten der Ag möglicherweise nur ein ganz bestimmtes Arzneimittel indiziert sein könnte. Dies hat vielmehr der Arzt bei seiner Verordnung zu berücksichtigen. Das ist auch deshalb sachgerecht, weil allein der Arzt – anders als die Ag – über die erforderlichen fachlichen, aber auch persönlichen Kenntnisse (über Krankheitsbild, Konstitution etc.) des betreffenden Patienten verfügt, um im

konkreten Fall die „richtige“, also medizinisch angezeigte, Therapie verordnen zu können. Vor diesem Hintergrund ist es deshalb den Ag schon rein praktisch gar nicht möglich, aber auch nicht erforderlich, etwaige im Einzelfall bestehende therapeutische Besonderheiten bereits beim Loszuschnitt zu berücksichtigen oder sogar – wie die ASt meint – auf die Ausschreibung bestimmter Arzneimittel wie ...[®] ganz zu verzichten. Dem stünde zudem § 130a Abs. 8 SGB V und das den gesetzlichen Krankenkassen obliegende Wirtschaftlichkeitsgebot der §§ 4 Abs. 4, 70 Abs. 1, 71 SGB V entgegen.

Im Ergebnis ist also festzustellen: Wenn die Ag Arzneimittel mit demselben Wirkstoff und hier sogar einer therapeutisch vergleichbaren Primärwirkung in einem Los zusammenfassen, ist nicht davon auszugehen, dass ein Vergabewettbewerb unter den einzelnen Arzneimitteln von vornherein nicht in Betracht käme. Eine darüber hinausgehende therapeutische Äquivalenz in dem Sinne, dass die Präparate nicht nur aufgrund ihres Wirkstoffs, sondern – worauf die ASt maßgeblich abstellt – auch in ihrer Art der Wirkstofffreisetzung identisch sind, die einen wie auch immer gearteten medizinisch-therapeutischen Zusatznutzen oder Nachteil mit sich bringen, mussten die Ag daher vorliegend bei dem Zuschnitt des Loses nicht beachten.

Da es grundsätzlich allein den Ag obliegt, ihren Beschaffungsbedarf festzulegen, brauchen sie diesen entgegen der Auffassung der ASt über die Anforderungen des § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A hinaus auch nicht besonders zu begründen und in der Vergabeakte zu dokumentieren. Die Angabe des Beschaffungsgegenstands in der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen reicht diesbezüglich aus.

- b) Die Vorgehensweise der Ag zur Bildung sowie die Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen ist nicht zu beanstanden.
- aa) Die ASt trägt diesbezüglich zum Einen vor, die Bildung der Preisvergleichsgruppen sei intransparent, sie könne nicht erkennen, welche PZN in die jeweilige Preisvergleichsgruppe einbezogen worden seien.

Anhand welcher Kriterien die Ag die Preisvergleichsgruppen gebildet und einzelne Arzneimittel diesen zugeordnet haben, lässt sich eindeutig den Verdingungsunterlagen entnehmen. Hier haben die Ag ihre Vorgehensweise ausführlich beschrieben

(S. 23 der Verdingungsunterlagen und S. 11 der Anlage 2 „Ausfüllhinweise zum Produkt- und Rabattblatt“). Im Übrigen ist es einem Bieter durchaus möglich, beim Ausfüllen des Produkt- und Rabattblatts festzustellen, welche weiteren Arzneimittel in derselben Preisvergleichsgruppe wie die von ihm angebotenen sind: Er braucht lediglich neben seinem eigenen Namen und dem angebotenen Wirkstoff die Namen der weiteren Anbieter von Arzneimitteln desselben Wirkstoffs einzutragen (die wiederum der Lauer-Taxe mit dem maßgeblichen Stand 15. August 2009 zu entnehmen sind und jedem Marktteilnehmer ohnehin bekannt sein dürften) und in der Spalte Q dieser Excel-Tabelle wird zu jedem Arzneimittel die entsprechende Preisvergleichsgruppe genannt; hieraus kann sich der Bieter selbst eine Liste sämtlicher Arzneimittel eines Wirkstoffs und deren Zuordnung zu den betreffenden Preisvergleichsgruppen zusammenstellen. Abgesehen hiervon scheint auch die ASt sehr wohl in der Lage gewesen zu sein, die Zuordnungen der Arzneimittel zu den einzelnen Preisvergleichsgruppen nachzuvollziehen. Schließlich trägt sie selbst vor, sie sei nach den angeblich rechtswidrigen Korrekturen der Ag an der Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen nunmehr die einzige Bieterin, deren Medikament allein einer einzelnen Preisvergleichsgruppe zugeordnet worden sei – um dies feststellen zu können, muss die ASt also sowohl den früheren als auch den korrigierten Inhalt der einzelnen Preisvergleichsgruppen für ihre und die Arzneimittel anderer pharmazeutischer Unternehmer ermittelt haben können. Einer hierüber hinausgehenden Transparenz oder Dokumentation der Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen bedurfte es daher nicht.

- bb) Die Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen ist auch nicht deshalb rechtswidrig erfolgt, weil einzelne Präparate der ASt jeweils allein eine Preisvergleichsgruppe bilden.

Die Ag haben sich insoweit konsequent an die von ihnen in den Verdingungsunterlagen selbst bekannt gegebenen Vorgaben gehalten, nach denen es für die Zuordnung von Arzneimitteln zu einem bestimmten *Los* bereits ausreichte, dass diese denselben Wirkstoff beinhalten. Demgegenüber ist die hieran anschließende Zuordnung eines Arzneimittels zu einer bestimmten *Preisvergleichsgruppe* vom Wirkstoff, der Anwendungsweise (Darreichungsform, Applikationsweg, ggf. Wirkstofffreisetzung), der Wirkstoffmenge (Abweichungen < 10% ausgehend vom

geringstdosierten Arzneimittel) und der Normpackungsgröße i.S.d. Packungsgrößenverordnung abhängig (s. S. 23 f. der Verdingungsunterlagen). Sofern diese Kriterien dazu führen, dass eine Preisvergleichsgruppe nur ein einziges Arzneimittel umfasst, ist dies also keine Ungleichbehandlung der ASt oder ein Widerspruch zu den Kriterien der Ag, sondern gerade konsequente Folge der von den Ag bekannt gegebenen Vorgehensweise, die zunächst in der (relativ groben) Einteilung der zu rabattierenden Präparate in rein wirkstoffbezogene Lose besteht, innerhalb denen nach weitergehenden Merkmalen durch die Bildung von Preisvergleichsgruppen differenziert wird. Im Ergebnis teilt sogar die ASt selbst die Auffassung der Ag, indem sie vorträgt, ihre Arzneimittel verfügten gegenüber anderen trotz des identischen Wirkstoffs ... über ein Alleinstellungsmerkmal und seien daher isoliert zu betrachten. Eine Ungleichbehandlung der ASt gegenüber anderen pharmazeutischen Herstellern liegt darüber hinaus auch deshalb nicht vor, weil bei Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen jeder Bieter gleichermaßen betroffen sein könnte, selbst wenn vorliegend praktisch – nach den Feststellungen der ASt – allein die ASt Arzneimittel anbietet, die isoliert jeweils eine Preisvergleichsgruppe bilden. Dasselbe gilt, soweit die ASt vorträgt, sie müsse, um Zuschlagschancen zu haben, einen signifikant höheren Rabatt anbieten als andere Bieter, da der bei der Ermittlung der in der Preisvergleichsgruppe erzielten Wirtschaftlichkeitsmaßzahl der in Bezug genommene Umsatz bei ihr geringer sei als bei größeren Preisvergleichsgruppen. Auch diese rein tatsächliche und auf die Kriterien der Ag zurückzuführende Konsequenz ist nicht nur bei der ASt gegeben, sondern liegt bei allen Bietern gleichermaßen vor, deren bereinigter Rabatt-ApU ihres Arzneimittels je mg Wirkstoff ähnlich hoch ist wie der durchschnittliche bereinigte ApU der Preisvergleichsgruppe je mg Wirkstoff: Auch so ein Bieter erhält rein rechnerisch nur dann eine besonders hohe Wirtschaftlichkeitsmaßzahl, wenn er einen deutlich höheren bereinigten Rabatt-ApU anbietet als andere Bieter.

Es ist auch nicht erkennbar, inwiefern die von den Ag gewählten Kriterien sonst diskriminierend sein sollten oder sogar besonders die ASt benachteiligen. So ist es erstens objektiv gerechtfertigt, bei der Bildung der ausgeschriebenen Lose an Wirkstoffe anzuknüpfen (vgl. hierzu bereits oben), zweitens sind auch die Kriterien, anhand denen die Preisvergleichsgruppen gebildet werden, objektiv und sachgerecht. Die Ag greifen hier nicht auf von ihnen selbst erstellte Unterscheidungsmerkmale

zurück, sondern auf solche, die auf die tatsächlichen Marktgegebenheiten und letztlich auf die Entscheidung der pharmazeutischen Unternehmer selbst zurückgehen, wie sie ihre Präparate (bzgl. Darreichungsform, Wirkstoffmenge, Packungsgröße) auf den Markt bringen. Darüber hinaus sind die Kriterien Wirkstoff/Anwendungsweise/Wirkstoffmenge/Normpackungsgröße objektiv geeignet, einzelne Arzneimittel gleichen Wirkstoffs entsprechend deren tatsächlich praktizierter Abgabe in der Apotheke an Versicherte der Ag aufgrund einer ärztlichen Verordnung in vergleichbare Gruppen zusammenzufassen (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen zur insoweit identischen Bildung von Preisvergleichsgruppen in der Vorgängerausschreibung der Ag, Beschluss vom 23. April 2009, L 21 KR 36/09 SFB).

- cc) Die nachträgliche Änderung der Preisvergleichsgruppen nach der Versendung der Verdingungsunterlagen an die Bieter war ebenfalls nicht vergaberechtswidrig.

Die ASt meint, sie werde ungleich behandelt, weil ihr Medikament nunmehr allein eine Preisvergleichsgruppe bilde. Wie bereits oben ausgeführt, beruht jedoch die Bildung der Preisvergleichsgruppen auf transparenten, objektiven und sachgerechten Kriterien. Auch eine nachträgliche Änderung der Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen, die aufgrund der korrekten Anwendung dieser Kriterien erfolgt, kann daher die ASt nicht in ihren Rechten verletzen – auch dann nicht, wenn diese Korrektur dazu führt, dass Arzneimittel der ASt jeweils isoliert eine Preisvergleichsgruppe bilden (vgl. oben unter bb)). Selbst wenn es sich bei den Kriterien, anhand denen Preisvergleichsgruppen gebildet werden, um Zuschlagskriterien handeln sollte (so die Auffassung der ASt) und nicht nur um die der Wertungsentscheidung zugrundeliegenden tatsächlichen Daten, verstoßen die Korrekturen der Ag auch nicht gegen die Voraussetzungen, die der EuGH für die Zulässigkeit der nachträglichen Änderung von Zuschlagskriterien aufgestellt hat (s. nur EuGH, Urteil vom 24. Januar 2008, Rs. C-532/06). Die Ag haben ihre Kriterien nämlich gerade nicht nachträglich geändert, sondern wenden diese vielmehr lediglich korrekt und konsequent an, nachdem sie erfahren haben, dass ihre bisherige Zuordnung von Arzneimitteln in bestimmte Preisvergleichsgruppen aufgrund falscher Angaben der Unternehmer zu unzutreffenden Ergebnissen geführt haben. Dass dabei ggf. im Ergebnis einzelne Arzneimittel isoliert eine Preisvergleichsgruppe bilden oder dass

dies bei anderen Bietern als der ASt nunmehr gerade nicht mehr der Fall ist, ist damit eine konsequente Folge der vergaberechtlich sogar gebotenen Vorgehensweise der Ag. Die ASt hat keinen Anspruch darauf, dass eine unzutreffende Zuordnung von bestimmten Arzneimitteln zu einzelnen Preisvergleichsgruppen beibehalten wird, weil sie meint, dann ein chancenreicheres Angebot abgeben zu können. In diesem Fall würden gerade die anderen Bieter, bei denen die Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen von Anfang an korrekt vorgenommen wurde, vergaberechtswidrig gegenüber der ASt benachteiligt werden.

Da die nachträgliche Anpassung der Preisvergleichsgruppen die ASt nicht in ihren Rechten verletzt, kann sie sich auch nicht darauf berufen, es sei vergaberechtswidrig, dass die Ag die Preisvergleichsgruppen im laufenden Vergabeverfahren nachträglich korrigiert und nicht das Vergabeverfahren aufgehoben und mit den richtig gestellten Preisvergleichsgruppen erneut durchgeführt hätten.

Aus denselben Gründen sprechen die nachträglichen Korrekturen der Ag, die auf Fehlinformationen pharmazeutischer Unternehmer zurückzuführen sind, auch nicht dafür, dass die erforderliche „Ausschreibungsreife“ i.S.d. § 16 Nr. 1 VOL/A noch nicht erreicht wäre. Die ASt hat auch nichts dafür dargetan, inwiefern sie in ihren Rechten durch die angeblich ursprünglich fehlende „Ausschreibungsreife“ verletzt sein könnte - spätestens jetzt sind alle Verdingungsunterlagen mit korrektem Inhalt i.S.d. § 16 Nr. 1 VOL/A fertig gestellt und die Angebotsfrist wurde entsprechend verlängert, so dass alle Bieter aufgrund der korrigierten Vorgaben ihre Angebote abgeben können.

Die Korrekturen der Ag an der konkreten Zusammensetzung der Preisvergleichsgruppen sind auch hinreichend transparent erfolgt. So gibt es nunmehr auch das von der ASt geforderte entsprechend überarbeitete Produkt- und Rabattblatt. Darüber hinaus ist gemäß § 17 Nr. 6 VOL/A gerade der allen Bietern zugängliche Fragen- und Antwortenkatalog das gesetzlich vorgesehene Medium, um Auskünfte oder Aufklärungen den Bietern vergaberechtskonform transparent mitzuteilen.

- c) Die Vorgehensweise der Ag bei der Ermittlung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl ist vergabefehlerfrei.

Allein, dass das von den Ag gewählte Verfahren nach Auffassung der ASt aufgrund seiner zahlreichen Rechenschritte kompliziert ist, macht es nicht rechtswidrig. Die Vorgehensweise der Ag ist auch hinreichend transparent und nachvollziehbar: So wird in den Verdingungsunterlagen im Einzelnen beschrieben und begründet, welche (Rechen-) Schritte im Einzelnen durchgeführt werden. Zudem wurde den Bietern mit den Verdingungsunterlagen ein Filmbeitrag zur Verfügung gestellt, in dem das Ausfüllen des Produkt- und Rabattblatts anhand von Beispielen erläutert wird. Die Bieter müssen auch keinen der wertungsrelevanten Rechenschritte selbst vornehmen, vielmehr wird die Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl beim Eintragen des angebotenen Wirkstoffs und des Rabatt-ApU automatisch erstellt. Die Wertungssystematik in der Vorgängerausschreibung der Ag für andere Wirkstoffe Ende 2008/Anfang 2009 war im Übrigen weitgehend ähnlich und ist in der Vergaberechtsprechung einhellig bestätigt worden (vgl. nur LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. März 2009, L 21 KR 26/09 SFB; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 23. Januar 2009, VK 3-194/08). Die ASt hatte sich an dieser Vorgängerausschreibung auch selbst mit einem Angebot beteiligt (s. das Nachprüfungsverfahren VK 3-19/09) und konnte auf diese Weise bereits praktische Erfahrungen mit der Vorgehensweise der Ag machen.

Wie bereits zu der insoweit identischen Vorgängerausschreibung der Ag entschieden, ist ebenfalls nicht zu beanstanden, dass die Produkt- und Angebotsbreite eines Bieters in die Berechnung der zuschlagsentscheidenden Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl einfließt. Dieses Kriterium ist i.S.d. § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und sachgerecht, um das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, das sich laut den Verdingungsunterlagen (S. 23) nach der Höhe der für die Ag pro Gebiets- und Fachlos möglichen Einsparungen bemisst. Vor diesem Hintergrund ist das Angebot eines Rabattvertragspartners umso wirtschaftlicher, je mehr Arzneimittel dieses tatsächlich beinhaltet, erst recht, wenn – wie hier – ein Rabattvertrag je Wirkstoff exklusiv nur mit einem einzigen Rabattvertragspartner abgeschlossen wird (s. § 7 RV): Da mangels Rabattarzneimittel die Ersetzungspflicht des Apothekers gemäß § 129 Abs. 1 S. 3 SGB V nicht greift, wenn Arzneimittel ärztlich verordnet werden, die der Rabattvertragspartner für den betreffenden Wirkstoff nicht anbietet, müssen zu Lasten der Ag die (im Regelfall teureren, da nicht rabattierten) Arzneimittel anderer pharmazeutischer Unternehmer abgegeben werden – die Einsparungen der Ag durch einen Rabattvertrag

sind praktisch also größer, je größer die Produkt- und Angebotsbreite des Rabattvertragspartners ist (so auch 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 23. Januar 2009, aaO. m.w.N.; vgl. auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. März 2009, aaO.; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. Februar 2009, L 11 WB 381/09).

- d) Es ist nicht vergaberechtswidrig, wie die Ag die Überschreitung des Festbetrags berücksichtigt haben. Zunächst ist nicht nachvollziehbar, warum die ASt meint, die Ag würden dieses Kriterium unzulässigerweise doppelt, nämlich sowohl als Eignungs- als auch als Zuschlagskriterium anwenden. Welche Kriterien die Ag auf der zweiten Wertungsstufe zur Prüfung der Eignung eines Bieters heranziehen, ergibt sich aus Ziffer III.2.1 der Bekanntmachung, S. 26 ff. der Verdingungsunterlagen sowie aus den von den Bietern auszufüllenden Formblättern der Anlagen 6 bis 8 der Verdingungsunterlagen. Die Überschreitung des Festbetrags wird von den Ag jedoch ausweislich der in S. 25 f. der Verdingungsunterlagen dargelegten Berechnungsmethodik nur bei der Ermittlung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahlen (und hieran anschließend der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl), also auf der vierten Wertungsstufe, berücksichtigt.

Die ASt wird durch die Berücksichtigung der Mehrkosten wegen Festbetragsüberschreitung auch nicht vergaberechtswidrig gegenüber den anderen Bietern ungleich behandelt. Die Ag müssen diese Mehrkosten bei der Angebotswertung überprüfen, weil Rabattverträge, bei denen trotz Rabatt ein etwaiger Festbetrag für ein bestimmtes Arzneimittel überschritten wird, gemäß § 31 Abs. 2 S. 3 SGB V „unzulässig“ sind. Dass dies für die ASt, bei der der Apothekenverkaufspreis (AVP) von zwei Arzneimitteln über dem Festbetrag liegt, im Ergebnis bedeutet, dass sie im Vergleich zu anderen Unternehmen einen relativ hohen Rabatt anbieten muss, um zunächst die Mehrkosten wegen Festbetragsüberschreitung auszugleichen und zusätzlich dann noch einen für die Ag lukrativen Rabatt, ist wiederum konsequente Folge der Wertungssystematik der Ag, die als wirtschaftlichstes Rabattangebot dasjenige ermitteln will, das ihr die höchsten Einsparungen bringt (s.o.). Diese Einsparungen der Ag aufgrund eines Rabattvertrages wiederum sind umso höher, je niedriger der von den Ag für ein Arzneimittel abzüglich des gewährten Rabatts zu zahlende Preis ist. Bei einem Rabattarzneimittel, dessen AVP den Festbetrag überschreitet, kommt hinzu, dass nach § 31 Abs. 2 S. 2 SGB V die Ag den vollen AVP und nicht einen ggf. geringeren rabattierten Preis er-

statten müssen. Ein Rabattangebot, das über dem Festbetrag liegt, oder gerade den für alle Arzneimittel der Preisvergleichsgruppe geltenden Festbetrag ausgleicht, kann daher nicht so wirtschaftlich sein wie ein Angebot, das den Festbetrag deutlich unterschreitet. Solche Einsparungen sind durch die Festsetzung von Festbeträgen gesetzlich ausdrücklich gewollt: Die Festbeträge sollen dazu führen, den Wettbewerb unter den Leistungserbringern anzureizen, so dass sich die Preise auf oder unter der Höhe des Festbetrags am Markt etablieren (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. April 2009, L 21 KR 44/09). Als Zuschlagskriterium ist die Unterschreitung des Festbetrags daher durchaus durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt und sachgerecht i.S.d. § 25a Nr. 1 Abs. 1 S. 1 VOL/A (vgl. zu der insoweit identischen Vorgängerausschreibung der Ag auch vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. April 2009, aaO.; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 27. März 2009, VK 3-46/09). Dies ist entgegen der Auffassung der ASt auch keine Besonderheit der Vergabe von Rabattverträgen i.S.d. § 130a Abs. 8 SGB V: Wie bei anderen Vergabeverfahren auch, in denen der Angebotspreis die wertungsentscheidende Rolle spielt, muss derjenige Bieter mit dem höheren Ausgangspreis diesen verhältnismäßig mehr absenken, um bessere Zuschlagschancen zu haben als die anderen Bieter, als ein Bieter mit einem bereits von vornherein niedriger bepreisten Produkt. Eine rechtswidrige Ungleichbehandlung der Bieter durch den öffentlichen Auftraggeber ist hierin nicht zu sehen, vielmehr sind es die Bieter selbst, die durch ihre Preispolitik für die zwischen ihren Produkten bestehenden tatsächlichen Unterschiede gesorgt haben. Abgesehen hiervon ist es nicht Sache des öffentlichen Auftraggebers, Wettbewerbsvor- oder -nachteile der einzelnen Bieter untereinander auszugleichen, vielmehr ist es dem Wettbewerb immanent, dass unterschiedliche Marktteilnehmer insoweit insbesondere aufgrund ihres eigenen unternehmerischen Verhaltens unterschiedlich wettbewerbliche Ausgangsbedingungen haben (vgl. EuGH, Urteil vom 17. September 2002, Rs. C-513/99; LSG Baden-Württemberg, Beschluss vom 17. Februar 2009, aaO.; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 27. März 2009, aaO. m.w.N.). Speziell im Bereich der Arzneimittelversorgung kommt hinzu, dass – anders als die ASt meint – dem Willen des Gesetzgebers nicht bereits dann ausreichend entsprochen wird, wenn ein Leistungserbringer seine Arzneimittel zum Festbetrag anbietet – vielmehr sind von Gesetzes wegen gerade durch die Einführung von Rabatten und Rabattverträgen gemäß §§ 130, 130a SGB V weitere Instrumente vorgesehen, die alle im Interesse der finanziellen Stabilität der gesetzlichen Krankenversicherung (§§ 4 Abs. 4, 70 Abs. 1, 71 SGB V) ineinandergreifen und sich gegenseitig

ergänzen – erst die Summe aller Sparmaßnahmen ergibt die gesetzlich angestrebte spürbare Entlastung der gesetzlichen Krankenkassen (BVerfG, Entscheidung vom 26. März 2003, 1 BvR 112/03; Begründung zum Entwurf eines Beitragssatzsicherungsgesetzes, BT-Drs. 15/28, S. 11 f.).

Grundsätzlich wird auch von der ASt nicht bestritten, dass der oberhalb der Festbetragsgrenze liegende Betrag durch den Bieter getragen und somit von den Ag bei der Vergabe der ausgeschriebenen Rabattverträge berücksichtigt werden muss. Die ASt meint lediglich, die Mehrkosten eines Arzneimittels wegen der Überschreitung des Festbetrags dürften nicht als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden, vielmehr hätten die Ag eine vertragliche Ausgleichsregelung vereinbaren müssen. Wie bereits oben ausgeführt, ist die Berücksichtigung der Festbetragsüberschreitung als Zuschlagskriterium jedoch auf jeden Fall vergaberechtskonform, weil sich die wegen § 31 Abs. 2 S. 2 SGB V zu tragenden Mehrkosten eines Arzneimittels negativ auf die Wirtschaftlichkeit des entsprechenden Rabattangebots auswirken. Dass die Ag die Festbetragsüberschreitung daher möglicherweise auch anders hätten berücksichtigen können, macht daher die von der Ag gewählte Vorgehensweise nicht rechtswidrig (vgl. auch 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 27. März 2009, aaO.). Im Übrigen wurde die Schaffung einer vertraglichen Ausgleichsvereinbarung für die festbetragsbedingten Mehrkosten auch im Rahmen der insoweit identischen Vorgängerausschreibung der Ag nicht für geboten erachtet (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 28. April 2009, aaO.; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 27. März 2009, aaO.).

Entgegen der Auffassung der ASt ist auch die konkrete Methodik der Ag, die Mehrkosten wegen Festbetragsüberschreitung in die Berechnung der Wirtschaftlichkeitsmaßzahl einfließen zu lassen, nicht zu beanstanden. Wie die Ag nachvollziehbar anhand der Daten der festbetragsüberschreitenden Arzneimittel der ASt aufgezeigt haben, beruht die Argumentation der ASt, dass eine Wirtschaftlichkeitsmaßzahl auch bei Ausgleich dieser Mehrkosten immer noch negativ wäre, auf unzutreffenden Annahmen: Die ASt hat in ihrer Beispielsrechnung gar keine Werte berücksichtigt, bei denen der angebotene Rabatt-ApU so bemessen ist, dass der Rabatt (= $\text{ApU} \cdot \text{Rabatt-ApU}$) die Festbetragsmehrkosten ausgleicht. Vielmehr ist der anhand dieser Formel berechnete Rabatt der ASt zu gering: Wie in den Verdingungsunterlagen (S. 25) angegeben, ergibt sich der Betrag einer festbetragsbedingten Aufzahlung aus der Differenz zwischen dem

Apothekenverkaufspreis des Arzneimittels gemäß Lauer-Taxe, Stand 15. August 2009, und dem für dieses Arzneimittel an diesem Stichtag geltenden Festbetrag. Der Rabatt der ASt müsste, um die festbetragsbedingten Mehrkosten ihrer beiden Arzneimittel auszugleichen, entsprechend der Angaben in der Lauer-Taxe also mindestens 20,56 € bzw. 9,85 € betragen (...) die Berechnungen der ASt beruhen jedoch lediglich auf einem Rabatt i.H.v. 15,83 € bzw. 7,59 €. Sofern man jedoch mit den Ag zumindest einen solchen Rabatt-ApU in die Beispielsrechnung einsetzt, bei dem der Rabatt die o.g. festbetragsbedingten Mehrkosten ausgleicht, beträgt die Wirtschaftlichkeitsmaßzahl konsequent „Null“. Ob das diesbezügliche Vorbringen der Ag – wie die ASt meint – verspätet erfolgte oder nicht, ist unerheblich; die Vergabekammer konnte aufgrund eigener Erkenntnisse die zutreffenden Berechnungsergebnisse ermitteln. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass die Vergabekammer Sachvortrag zur Aufklärung des entscheidungserheblichen Sachverhalts im Interesse einer sachgerechten Entscheidung auch dann bei der Entscheidung berücksichtigen „kann“, wenn er verspätet vorgebracht wurde. Die Berücksichtigung verspäteten Vorbringens liegt also im Ermessen der Vergabekammer, wobei das Interesse an einer sachgerechten Entscheidung einerseits und die schnellstmögliche Durchführung des Vergabeverfahrens andererseits miteinander abzuwägen sind (vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf eines Vergaberechtsänderungsgesetzes, BT-Drs. 13/9340, S. 19 (zu §123 GWB-E)). Im vorliegenden Fall hieße dies, dass der Vortrag der Ag, auch wenn er verspätet wäre, und die Replik der ASt in die Entscheidungsfindung einfließen kann, da im vorliegenden Fall gerade erst die Angebotsabgabefrist abgelaufen ist (am Tag vor der Beschlussfassung), so dass Verzögerungen des Vergabeverfahrens nicht zu besorgen sind.

- e) Hinsichtlich des Vorbringens der ASt, die Ag bündelten unzulässig ihre Nachfragemacht und verwendeten die ausgeschriebene Rahmenvereinbarung missbräuchlich i.S.d. § 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A, ist ihr Nachprüfungsantrag ebenfalls nicht begründet. Soweit sich die ASt insoweit auf kartellrechtliche Vorschriften, insbesondere §§ 19, 20 GWB, stützen sollte, fehlt der Vergabekammer bereits die Prüfungskompetenz (vgl. nur LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. März 2009, L 21 KR 26/09 SFB; 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 23. Januar 2009, aaO., jeweils m.w.N.). Im Übrigen haben die Ag auch nicht gegen § 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A verstoßen. Die Ag kommen mit der verfahrensgegenständlichen Ausschreibung ihrer Pflicht nach, Rabattverträge, also öffentliche Aufträge in Gestalt von Rahmenvereinbarungen, nach Vergabe-

recht zu vergeben. Wie hier im Einzelnen aufgezeigt, haben sich die Ag im vorliegenden Fall vollumfänglich an die Vergabevorschriften gehalten. Auch die ASt hat nichts dafür vorgetragen, dass diese durchweg vergaberechtskonforme Vorgehensweise ausnahmsweise gemäß § 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A vergaberechtswidrig werden sollte. Selbst wenn es sich bei den Ag – den Vortrag der ASt ohne weitere der insoweit anzustellenden Ermittlungen als richtig unterstellt – um marktmächtige oder sogar marktbeherrschende Nachfrager handeln sollte, führt allein dies nicht dazu, dass deren Vergabe von Rahmenvereinbarungen per se missbräuchlich oder wettbewerbsbeschränkend i.S.d. § 3a Nr. 4 Abs. 2 VOL/A wäre, es ist im Vergaberecht nämlich durchaus nicht ungewöhnlich und wäre also keine spezifische Besonderheit der gesetzlichen Krankenversicherungen, dass ein öffentlicher Auftraggeber marktbeherrschend sein könnte, dies könnte ohne Weiteres gleichermaßen auch auf weitere Auftraggeber zutreffen (s. z.B. die Deutsche Bahn AG).

f) Auch die Vorgaben der Ag zur Eignungsprüfung sind vergaberechtskonform.

Die ASt beanstandet, dass die Ag von den Bietern keinen der in § 7a Nr. 3 Abs. 1 lit. a) bis d) genannten Eignungsnachweise verlangt hat. Welche Erklärungen oder Nachweise ein öffentlicher Auftraggeber von den Bietern zur Prüfung ihrer Eignung i.S.d. § 25 VOL/A fordert, liegt jedoch in seinem Ermessen. Dementsprechend werden in § 7 Nr. 4 und in § 7a Nr. 3 VOL/A gleichermaßen lediglich Nachweise genannt, die der öffentliche Auftraggeber von den Unternehmen fordern „kann“, die in § 7a Nr. 3 VOL/A aufgezählten Nachweise und Erklärungen werden ausdrücklich nur als Beispiele bezeichnet („in der Regel“). § 7 Nr. 4 VOL/A schreibt diesbezüglich hierüber hinaus vor, dass Angaben zum Nachweis der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nur gefordert werden dürfen, „soweit es durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt ist“ (vgl. auch Art. 44 Abs. 2 UAbs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG). D.h. der Auftraggeber ist für jeden Einzelfall verpflichtet, die Eignungsanforderungen am Gegenstand des Auftrags zu orientieren und entsprechend angemessene Anforderungen aufzustellen (3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 24. Juli 2009, VK 3-136/09). Vor diesem Hintergrund erscheint es vorliegend sachgerecht, aber auch ausreichend, dass die Ag von den Bietern insbesondere Angaben zum Vorhandensein der eigenen und fremden Produktionskapazitäten für die Herstellung der angebotenen Arzneimittel (Anlage 7, ggf. einschließlich einer entsprechenden Verpflichtungserklärung eines Unterauftrag-

nehmers, Anlage 8) fordern, da es zur ordnungsgemäßen Abwicklung des ausgeschriebenen Rahmenvertrags insbesondere auf die Lieferfähigkeit des Vertragspartners ankommt, um die ausreichende und sichere Versorgung der Versicherten (§§ 1, 12 SGB V) zu gewährleisten (vgl. 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 23. Januar 2009, VK 3-194/08). Umsätze des Bieters aus der Vergangenheit, Bankauskünfte etc. sind für diese Beurteilung nicht zwingend aussagekräftig (vgl. 3. Vergabekammer, Beschluss vom 24. Juli 2009, aaO.) und erscheinen angesichts dessen, dass die Bieter in Anlage 7 und 8 für jedes angebotene Arzneimittel unter Berücksichtigung der hiervon in der Vergangenheit zu Lasten der Ag abgesetzten Mengen genau angeben müssen, welche eigenen und/oder fremden Produktionskapazitäten ihnen zur Herstellung der nachzuweisenden Packungszahlen zur Verfügung stehen, auch gar nicht erforderlich. Hierüber hinausgehend lassen sich die Ag mit der gemäß Anlage 6 abzugebenden Eigenerklärung ein Mindestmaß an finanzieller Leistungsfähigkeit garantieren, indem ein Bieter hier u.a. zu erklären hat, dass er nicht insolvent ist oder sich in Liquidation befindet und dass er bisher ordnungsgemäß seine Steuer- und Abgabepflichten erfüllt hat.

Auch ein Verstoß gegen § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A liegt nicht vor, auch wenn die Bieter keinen Nachweis hinsichtlich der dort genannten (Straf-)Taten erbringen müssen. Die Ag haben von den Bietern nämlich zumindest eine Eigenerklärung zum Nichtvorliegen der in § 7 Nr. 5 VOL/A genannten Ausschlussgründe verlangt (Anlage 6, Eigenerklärung zur Zuverlässigkeit). Diese beinhaltet u.a. die Erklärung, keine schwere Verfehlung begangen zu haben, die die Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt, und deckt damit die in § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A genannten Tatbestände mit ab. Abgesehen hiervon ist darauf hinzuweisen, dass § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A einen Ausschlussstatbestand regelt, jedoch nicht die Frage, ob und welche Nachweise sich ein öffentlicher Auftraggeber von den Bietern zum Beleg ihrer Zuverlässigkeit vorlegen lassen muss. Wie bereits oben ausgeführt, steht dem Auftraggeber diesbezüglich vielmehr ein nur eingeschränkt überprüfbarer Beurteilungsspielraum zu. Es gibt keine Anhaltspunkte dafür, dass die Ag diesen vorliegend überschritten hätten. Ebenso wenig wie bei anderen Vergabeverfahren erscheint es auch bei der Vergabe von Rabattverträgen über Arzneimittel nicht angezeigt, ohne weitere Anhaltspunkte die potentiellen Bieter von vornherein gleichsam unter einen Generalverdacht zu stellen, die in § 7a Nr. 2 Abs. 1 VOL/A genannten schwerwiegenden Tatbestände verwirklicht zu haben. Ein öffentlicher Auftraggeber braucht sich daher weder hier noch in anderen Vergabeverfahren von einem

Bieter grundsätzlich ausdrücklich bestätigen oder bescheinigen zu lassen, dass dieser nicht wegen einer solchen Tat rechtskräftig verurteilt wurde.

Das oben Gesagte gilt auch für Nachunternehmer entsprechend, d.h. ein öffentlicher Auftraggeber hat in den o.g. Grenzen einen Beurteilungsspielraum, welche Eignungsnachweise er verlangt. Die Anforderungen der Ag hinsichtlich der beim Einsatz von Nachunternehmern vorzulegenden Eignungsnachweise sind hier ebenfalls ausreichend. Rechtlich vorgeschrieben ist diesbezüglich gemäß § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A lediglich, dass ein Unternehmen, das sich zum Nachweis seiner Eignung der Fähigkeiten anderer Unternehmen bedient, Verpflichtungserklärungen dieser Nachunternehmer vorzulegen hat. Solche Verpflichtungserklärungen haben auch die Ag gefordert (Anlage 8). Der Umfang der vom Nachunternehmer abzugebenden Erklärung geht hier sogar noch über das in § 7a Nr. 3 Abs. 6 VOL/A genannte Maß hinaus, indem die Nachunternehmer sogar bestimmte Produktionskapazitäten bestätigen und sich dazu verpflichten müssen, im Falle des Zuschlags mindestens die Standards bestimmter sog. internationaler „Kernarbeitsnormen“ einzuhalten.

g) Die einzelnen von der ASt beanstandeten Regelungen des Rabattvertrags (RV) sind nicht vergaberechtswidrig:

aa) Die ASt meint, den Bietern werde durch § 2 Abs. 2, letzter Satz RV ein unzulässiges ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A aufgebürdet. In dieser Vertragsklausel wird geregelt, dass der ApU gilt, also der Rabatt Null beträgt, wenn der Unternehmer den ApU für ein Rabattarzneimittel unter den Rabatt-ApU senkt.

Ein „Wagnis“ i.S.d. § 8 Nr.1 Abs. 3 VOL/A setzt u.a. voraus, dass der Auftragnehmer auf kalkulationserhebliche Umstände und Ereignisse keinen Einfluss hat. An dieser Voraussetzung scheitert vorliegend bereits schon die Unzulässigkeit dieser Klausel. § 2 Abs. 2, letzter Satz RV betrifft nämlich ausschließlich Umstände im Einflussbereich des Bieters bzw. ggf. künftigen Auftragnehmers selbst, der allein es in der Hand hat, seinen ApU während der Vertragslaufzeit des RV zu gestalten. Abgesehen hiervon ist diese Klausel sachgerecht, da die Ag anderenfalls ohne Rabattvertrag ggf. besser stünden (da sie dann für ein Arzneimittel höchstens den ApU

zahlen müssen) als mit dem Rabattvertrag (wenn der Rabatt-ApU eines Rabattvertragspartners über dessen ApU liegen sollte).

Gleichermaßen verstößt diese Vertragsklausel nicht gegen das Gebot, feste Preise zu vereinbaren (§ 15 VOL/A). Abgesehen davon, dass diese Klausel vorliegend sachgerecht ist, vgl. oben, handelt es sich bei § 15 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A lediglich um eine „Sollvorschrift“.

- bb) Auch die Ausgestaltung der Abrechnung durch den ...-Bundesverband gemäß § 4 RV ist kein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A, sondern vergaberechtskonform. Die ASt übersieht bei ihrem Vorbringen, dass es vorliegend nicht um den „Normalfall“ der Abwicklung eines öffentlichen Auftrags geht, in dem ein Auftragnehmer für eine dem öffentlichen Auftraggeber gelieferte Ware eine Rechnung zu stellen hat, um das ihm zustehende Entgelt zu bekommen. Bei dem hier ausgeschriebenen Rabattvertrag verhält es sich vielmehr so, dass die in § 4 RV geregelte Abrechnung allein den den Ag zustehenden Rabattbetrag betrifft. D.h. das Entgelt (hier: den ApU) hat der Auftragnehmer für die zu Lasten der ...-Versicherten gelieferten Arzneimittel bereits erhalten, von diesem Betrag muss der Auftragnehmer den Ag „lediglich“ noch – auf der Grundlage der Abrechnung gemäß § 4 RV – den vereinbarten Rabattbetrag zurückerstatten. Eine eigene Be- und Abrechnung dieses den Ag zustehenden Betrages dürfte dem Auftragnehmer zudem bereits aus rein praktischen Gründen nicht möglich sein, da die Ag diejenigen sind, die über die abrechnungsrelevanten Daten verfügen. Soweit die ASt vorträgt, sie wisse wegen der dem ...-Bundesverband obliegenden Rechnungsstellung nicht oder nur sehr unbestimmt, zu welchem Zeitpunkt sie welche Ein- und Ausgänge an Zahlungen verbuchen könne, wäre es aufgrund der o.g. Sachverhaltskonstellation zudem gerade nicht interessengerecht, wenn die Ag nicht selbst aufgrund der ihnen obliegenden Abrechnung beeinflussen könnten, wann sie die ihnen zustehende Rückerstattung des Rabattbetrages auf den dem Unternehmer bereits gezahlten ApU erhalten.
- cc) Die in § 8 RV geregelte Vertragsstrafe ist nicht unangemessen hoch. Zum einen wird diese Vertragsstrafe erst dann verwirkt, wenn bestimmte, in § 8 Abs. 1 RV genannte enge Voraussetzungen erfüllt sind: Erforderlich ist ein vom Unternehmer

gemäß §§ 276, 278 BGB zu vertretender vollständiger oder teilweiser Lieferausfall innerhalb von drei aufeinanderfolgenden Monaten, der einen Zeitraum von aufsummiert 7 Werktagen überschreitet. Die Höhe der Vertragsstrafe soll 20% des Umsatzes, den der Unternehmer zu Lasten der Ag im letzten Kalendermonat vor Verwirkung der Vertragsstrafe erzielt hat, betragen, zu berücksichtigen ist aber nur der Umsatz mit dem betreffenden Arzneimittel, das ganz oder teilweise nicht geliefert werden konnte. Die Summe aller Vertragsstrafen für alle Rabattarzneimittel über die gesamte Vertragslaufzeit ist darüber hinaus gemäß § 8 Abs. 4 RV auf maximal 5% des Gesamtumsatzes des Unternehmers beschränkt. Praktisch bedeutet dies im Hinblick auf die grundsätzlich 24-monatige Laufzeit des Rabattvertrages eine Vertragsstrafe in Höhe von lediglich 20% von ca. allenfalls 1/24, im Ergebnis also 1/120, der Gesamtauftragssumme (abzüglich der Auftragssumme für ggf. weitere PZN dieses Unternehmers mit demselben Wirkstoff, die lieferbar gewesen sind). Ein solcher Betrag erscheint im Hinblick auf die Gesamtumstände vorliegend angemessen, da ein solcher Lieferausfall angesichts der Bedeutung der pünktlichen Lieferung verordnungspflichtiger Arzneimittel an die Versicherten der Ag, die grundsätzlich schnellstmöglich benötigt werden, des Umfangs des Lieferausfalls (aufsummiert immerhin 1 Woche innerhalb von 3 aufeinanderfolgenden Monaten) und angesichts des Umstands, dass sich die Ag bei Lieferausfällen den Wirkstoff (aufgrund der gemäß § 7 RV vereinbarten Exklusivität) nicht von einem anderen Rabattvertragspartner, sondern ohne Rabatt beschaffen müssen, eine erhebliche Vertragsstörung darstellt (vgl. zur Doppelfunktion einer Vertragsstrafenvereinbarung (Druckmittel auf den Vertragspartner und Mittel zu erleichterten Schadloshaltung des Auftraggebers), BGH, Urteil vom 23. Januar 2003, VII ZR 210/01).

Dem steht auch die von der ASt zitierte Rechtsprechung nicht entgegen. Im vom BGH am 23. Januar 2003 entschiedenen Fall (VII ZR 210/01) wurde eine Vertragsstrafe i.H.v. 5% der gesamten Auftragssumme für unangemessen erachtet (vgl. auch BGH, Urteil vom 20. Januar 2000, VII R 46/09, NZBau 2000, 327) – nicht jedoch wie hier i.H.v. 20% des Umsatzes in einem Monat eines insgesamt 24-monatigen Vertrags.

- dd) Die in § 9 Abs. 2, letzter Satz RV geregelte Kündigungsmöglichkeit ist nicht unverhältnismäßig und stellt auch kein ungewöhnliches Wagnis i.S.d. § 8 Nr. 1 Abs. 3

VOL/A dar. Gerade im Zusammenspiel mit § 8 RV, in dem die ASt eine unangemessene „Doppelbestrafung“ des Auftragnehmers sieht, stellt die Kündigung des Vertrags bezogen auf den jeweiligen Wirkstoff die angemessene Sanktion des Auftraggebers auf den dort bezeichneten Sachverhalt dar: Die Kündigung ist erst dann möglich, wenn ein Unternehmer bezogen auf diesen Wirkstoff innerhalb eines Zeitraums von 12 aufeinanderfolgenden Monaten eine zweite Vertragsstrafe i.S.d. § 8 RV verwirkt. D.h. die Kündigung erfolgt erst dann, wenn die Androhung und Verwirkung einer Vertragsstrafe noch nicht geeignet war, wiederholte Lieferausfälle i.S.d. § 8 Abs. 1 RV zu vermeiden. Es kann den Ag grundsätzlich nicht zugemutet werden, an einem solchen Vertrag weiter festzuhalten, wenn sich der Rabattvertragspartner wiederholt als nicht hinreichend leistungsfähig und zuverlässig erwiesen hat (vgl. auch 2. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 26. März 2009, VK 2-30/09). Abgesehen hiervon handelt es sich bei den Regelungen in § 9 Abs. 2 RV lediglich um ein Kündigungsrecht der Ag, d.h. die Kündigung muss trotz vertragswidrigem Verhalten des Auftragnehmers nicht zwingend erfolgen. Der von der ASt befürchtete Fall, dass eine Kündigung bereits dann erfolgt, wenn die Lieferausfälle lediglich solche Arzneimittel betreffen, die ohnehin nicht häufig verordnet werden, und auch dann, wenn die übrigen Arzneimittel, insbesondere sog. „blockbuster“, stets vertragsgerecht geliefert wurden, tritt daher möglicherweise gar nicht ein. Die Ag werden abwägen müssen, ob sie einen vertragslosen Zustand in einem solchen Fall überhaupt riskieren möchten – bei Ausspruch der Kündigung stünden die Ag immerhin für den gesamten Wirkstoff ohne Rabattvertragspartner da.

Unabhängig davon, dass die in § 9 Abs. 2 RV vorgenommene Risikoverteilung aufgrund des vorangegangenen erheblich vertragswidrigen Verhaltens des Rabattvertragspartners angemessen ist (vgl. oben), liegt ein ungewöhnliches Wagnis außerdem nicht bereits dann vor, wenn ein Bieter gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber durch eine Vertragsklausel benachteiligt wird. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A fordert darüber hinaus vielmehr, dass eine kaufmännisch vernünftige Kalkulation des Angebotspreises für den Bieter unzumutbar gemacht wird (1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 9. Mai 2007, VK 1-26/07; vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2008, VII-Verg 15/08). Dies trägt jedoch die ASt selbst nicht vor, sie meint lediglich, dass die Kalkulation „erheblich erschwert“ sei, der erforderliche substantiierte Vortrag über konkrete Kalkulationslücken oder sonstige Um-

stände, die für sie nicht kalkulierbar seien, fehlt (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17. April 2008, VII-Verg 15/08).

Da aus den vorgenannten Gründen die Kündigung des gesamten Vertrags sachgerecht ist, waren die Ag auch nicht gehalten, für den Fall einer zweimaligen Verwirkung einer Vertragsstrafe lediglich ein Teilkündigungsrecht vorzusehen.

- ee) Schließlich ist es auch nicht vergaberechtswidrig, dass die Ag keinen Anpassungsmechanismus bei Mengenänderungen vorgesehen haben. Zum Einen hat die ASt nichts dazu vorgetragen, dass während der Laufzeit des Vertrages überhaupt wesentliche Änderungen der Preisermittlungsgrundlagen zu erwarten sind, die eine Preisanpassungsklausel oder Staffelrabatte erforderlich erscheinen lassen könnten (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 26. März 2009, L 21 KR 26/09 SFB). Auch § 15 Nr. 2 VOL/A schreibt nicht vor – selbst wenn man das Vorliegen der übrigen Tatbestandsvoraussetzung unterstellt –, dass zwingend Preisanpassungsklauseln vorzusehen sind, sondern eröffnet den Vertragsparteien lediglich die Möglichkeit hierzu. Die ASt wird durch eine solche Regelung auch nicht i.S. eines ungewöhnlichen Wagnisses einseitig belastet, weil weder sie noch aber auch die Ag im Falle des Abweichens der Verordnungs- und Abgabevolumina während der Vertragslaufzeit von den in den Verdingungsunterlagen angegebenen Verordnungs- und Abgabevolumina im Referenzzeitraum April 2008 bis März 2009 grundsätzlich zu einer Anpassung des Rabatt-ApU berechtigt sind (s. S. 10 der Verdingungsunterlagen). Schließlich steht die ASt auch nicht völlig rechtlos da: Bei schwerwiegenden Änderungen der Vertragsgrundlagen, aufgrund denen den Vertragsparteien ein Festhalten an den vertraglichen Vereinbarungen nicht zugemutet werden kann, bleiben die Rechte aus § 313 BGB unberührt.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 128 Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 und 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 3 Satz 2 VwVfG.

Die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten durch die Ag war notwendig. In dem Nachprüfungsverfahren stellten sich Rechtsfragen, deren Komplexität und Schwierigkeiten eine anwaltliche Vertretung notwendig gemacht haben. Hierüber hinaus war die Zuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten erforderlich, um die erforderliche „Waffengleichheit“

gegenüber der anwaltlich vertretenen ASt herzustellen (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16. April 2007, VII-Verg 55/06, vgl. auch Beschluss vom 17. Mai 2004, VII-Verg 12/03 m.w.N.)

IV.

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.