

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 1 SF 109/10 B Verg



Beschluss

In dem Verfahren

H H e. K.,
H Straße Berlin,

- Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigter:
Rechtsanwalt B G,
Aallee Berlin,
Gz.:

gegen

AOK Berlin-Brandenburg
Die Gesundheitskasse,
Behlertstraße 33a, 14467 Potsdam,

- Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte GL,
Dr. A N, Dr. M K, Dr. S C,
Fstr. Berlin,

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg am 22. Oktober 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Spohn sowie die Richter am Landessozialgericht Müller- Gazurek und Dr. Schneider ohne mündliche Verhandlung beschlossen:

Der Beschwerdegegnerin wird der Zuschlag gestattet.

Gründe

I.

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

Insbesondere der Zu- und/oder Wegzug von Ärzten und/oder Praxen könne solche Schwankungen bewirken. Die im Produktblatt angegebenen Mengen seien auf das erste Halbjahr 2009 bezogen und stellten das gesamte von den Ärzten verordnete Volumen in diesem Zeitraum dar, das für Versicherte der AOK Berlin-Brandenburg in Berlin verordnet wurde.

5. Die Beschwerdeführerin erhob verschiedene Rügen gegen das Ausschreibungsverfahren, die die Beschwerdegegnerin zurückwies.
6. Im anschließenden Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und im vorliegenden Beschwerdeverfahren wiederholte sie einen Teil dieser Rügen und bemängelte im Beschwerdeverfahren noch:
 - a) das Ausschreibungsverfahren verstoße gegen den Rahmenvertrag nach § § 129 Abs. 5 c Satz 1 SGB V (Sozialgesetzbuch 5. Buch) und den bestehenden Ergänzungsvertrag vom 22. Dez. 2009 (Hilfstaxe)
 - b) der Loszuschnitt berücksichtige nicht die jeweils unterschiedlichen Umsatzmengen
 - c) die mitgeteilten Daten zum in Aussicht genommenen Bedarf seien zu ungenau, insbesondere seien die Referenzdaten aus nur zwei Quartalen in der Vergangenheit ermittelt worden. Der Referenzzeitraum müsse mindestens ein Jahr betragen
 - d) die Beschwerdegegnerin habe in den mitgeteilten Referenzdaten nicht mitgeteilt, in welchem Umfang im Referenzzeitraum der Wirkstoff Folinäure als Calcium- bzw. Natriumfolinat verordnet worden sei. Dies stelle für die Beschwerdeführerin ein ungewöhnliches Wagnis dar.
7. Nachdem die Beschwerdegegnerin mit Schreiben vom 5. Juli 2010 (sog. Vorabinformation) die Beschwerdeführerin darüber informiert hat, dass sie, den Zuschlag für das Los 13 erhalten werde, im übrigen jedoch nicht berücksichtigt werde, hat die Beschwerdeführerin gerügt, dass die Beschwerdegegnerin bei der Bewertung der Angebote die Vorschriften der §§ 97 GWB (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) und 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A verletzt habe.
8. Gerüchtweise sei bekannt geworden, dass die zwei Apotheker aus Leipzig, die u.a. den Zuschlag erhalten sollten, in Berlin noch bemüht seien Unterauftragnehmer zu finden. Der insoweit als Unterauftragnehmer benannte Inhaber der Pelikan- Apotheke habe bisher an der Versorgung mit Zytostatika nicht teilgenommen und es müsse daher bezweifelt werden, ob er über ausreichende Kapazitäten zur flächendeckenden Versorgung verfüge.

Außerdem müsse bezweifelt werden, dass diese Apotheke die sog. ad-hoc-Versorgungen erbringen könne.

9. Im Einvernehmen der Beteiligten hat der Senat mit Beschluss vom 12. Mai 2010 die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über diese verlängert.
10. Er hat mit Beschlüssen vom 17.09.2010 in zwei Parallelverfahren (Az.: L 1 SF 98/10 B Verg und L 1 SF 110/10 B Verg) die Beschwerden zweier anderer Apotheken zurückgewiesen, die ebenfalls bereits vor der Vergabekammer Brandenburg keinen Erfolg gehabt hatten.
11. Die Beteiligten haben vom Inhalt dieser Beschlüsse Kenntnis erlangt.
12. Die Beschwerdegegnerin hat mit Schriftsatz vom 27. September im Hinblick auf die beiden zitierten Entscheidungen des Senats beantragt, ihr nach § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB vorab den Zuschlag zu gestatten.
13. Die Beschwerdeführerin ist dem entgegen getreten und meint, der Senat habe bei seiner Entscheidung vom 12. Mai 2010 bereits die nach § 121 Abs. 1 S. 1 und Satz 2 GWB maßgeblichen Rechtsfragen geprüft und müsse sich an dieser Entscheidung festhalten lassen

II.

14. Der Antrag auf Gestattung des Zuschlages ist zulässig.
15. Nach § 142a Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i. V. m. § 116 GWB entscheidet das Landessozialgericht über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammer, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen. Maßgeblich ist das GWB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 (BGBl. I, S. 790), weil das streitgegenständliche Vergabeverfahren erst nach Inkrafttreten dieses Gesetzes am 24.04.2009 begonnen hat, § 131 Abs. 8 GWB.
16. Im Rahmen dieses Verfahrens besteht nach § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB die Möglichkeit, den weiteren Fortgang des Vergabeverfahrens und die Erteilung des Zuschlages gestatten.

17. Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg betrifft die Ausschreibung selektiver Lieferverträge zwischen einzelnen Apotheken und einer Krankenkasse und damit Rechtsbeziehungen nach § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V.
18. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg ergibt sich aus § 29 Abs. 5 S. 1 SGG.
19. Nach § 121 Abs. 1 S. 1 GWB kann das Gericht den Fortgang des Verfahrens und die Zuschlagserteilung gestatten, wenn unter Berücksichtigung aller möglicherweise geschädigten Interessen die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe bis zur Entscheidung über die Beschwerde die damit verbundenen Vorteile überwiegen.
20. Gemäß § 121 Abs. 1 Satz 3 GWB sind dabei neben dem Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens auch die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde und die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, zu berücksichtigen.
21. Nach dem Wortlaut ist die Gestattung nach § 121 Abs. 1 GWB nicht davon abhängig, dass zuvor die Vergabekammer dem Begehren des Antragstellers stattgegeben hatte. Sie hat auch zu erfolgen, wenn dies der Auftraggeber beantragt, weil er –wie hier- durch einen Beschluss nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB an der Zuschlagserteilung gehindert ist. Nach der Gesetzessystematik hebt die Zuschlagsgestattung die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde mit Wirkung für die Zukunft auf.
22. Im konkreten Fall steht einer Gestattung der Zuschlagserteilung nicht die Rechtskraft des Beschlusses des Senats vom Beschluss vom 12. Mai 2010 entgegen.
23. Es kann dabei dahinstehen, ob ein Beschluss nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB eine Bindungswirkung für die Entscheidung nach § 121 GWB entfalten kann.
24. Dagegen spricht, dass die Antragsverfahren getrennt geregelt sind und das Gericht gerade nicht -anders als bei § 86b Abs. 1 S. 4 SGG- über die Aufhebung bzw. Abänderung des Verlängerungsbeschlusses nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB zu entscheiden hat.
25. Jedenfalls bei einer Änderung der Sach- und Rechtslage ist eine (konkludente) Aufhebung des Beschlusses nach § 118 Abs. 1 S. 3 GWB möglich. In einem solchen Falle ist eine Änderung einer im vorläufigen Rechtsschutz getroffenen Entscheidung immer möglich

(im Ergebnis ebenso OLG Düsseldorf, B. v. 02.07.2008 -VII-Verg 43/08 unter Bezugnahme Jaeger, in Byok/Jaeger, Vergaberecht, 2. Aufl., § 121 GWB, Rdnr. 1214).

26. Hier ist der Beschluss vom 12. Mai 2010 nicht aufgrund einer eigenen Interessenabwägung des Senats und/oder einer Prognose über den voraussichtlichen Erfolg der Beschwerde in der Sache selbst erfolgt. Den Senat etwaig bindende Feststellungen gibt es insoweit nicht. Die Verlängerung der aufschiebenden Wirkung ist vielmehr erfolgt, weil die Beschwerdegegnerin dagegen keine Einwände erhoben hat und sich das Begehren damit als einvernehmlich dargestellt hat.
27. Dieses Einvernehmen ist nunmehr weggefallen, wie sich im Antrag nach § 121 GWB zeigt. Der Sachverhalt hat sich geändert: Nunmehr hat der Senat -erstmalig- die gebotene Interessenabwägung vorzunehmen.
28. Nach einhelliger Rechtsauffassung ist auch nach der Neuformulierung des § 121 Abs. 1 Satz 1 GWB der Zuschlag zu gestatten, wenn der Auftraggeber mit hoher Wahrscheinlichkeit Erfolg haben wird (vgl. Oberlandesgericht Celle, Beschluss vom 03. Juni 2010 - 13 Verg 6/10 - mit Literaturnachweisen).
29. Hier ist davon auszugehen, dass die Beschwerde der Beschwerdeführerin in der Sache erfolglos bleiben wird.
30. Zur Rechtslage allgemein und zu den maßgeblichen Einwänden der Beschwerdeführerin gegen die geplante Ausschreibung hat sich der Senat bereits in seinen genannten Beschlüssen vom 17. September 2010 geäußert. Um Wiederholungen zu vermeiden, nimmt der Senat auf diese Beschlüsse Bezug.
31. In seinem Beschluss vom 17. September 2010, L 1 SF 98/10 B Verg hat sich der Senat mit den Rügen, das Ausschreibungsverfahren verstoße insgesamt gegen die auf der Grundlage des § 129 Abs. 5 c Satz 1 SGB V geschlossenen Verträge (hier Ziff. 1.5), hinsichtlich angeblich fehlender oder unzureichender Kalkulationsgrundlagen (hier Ziff. 2.6) auseinander gesetzt und im Beschluss vom 17. September 2010, L 1 SF 110/10 B Verg unter der Randnummer 70 mit den Rügen gegen den Zuschnitt der Lose sowie unter der Randnummer 73 f. mit den Rügen hinsichtlich der fehlenden Eignung der Bewerber, die den Zuschlag (ausgenommen die Beschwerdeführerin) erhalten sollen. Dem ist nichts hinzuzufügen.
32. Jedenfalls unter Einbeziehung der niedrigen Erfolgchancen der Beschwerde (vgl. hierzu zur alten Rechtslage OLG Düsseldorf, B. v. 17.04.2008 - VII-Verg 15/08) überwiegt das Interesse der Allgemeinheit am Abschluss des Vergabeverfahrens. Der Beschwerdegeg-

nerin soll möglichst bald ermöglicht werden, die mit der Ausschreibung mutmaßlich zu erzielenden Kosteneinsparungen zu realisieren.

33. Der Senat hat von Beiladungen zur Vermeidung von Verfahrensverzögerungen abgesehen. Dabei ist §§ 69 Nr. 3, 75 SGG durch die speziellere Regelung des § 142a Abs. 1 SGG i. V. m. § 119 GWB verdrängt. Nach letztgenannter Vorschrift sind Beteiligte der gerichtlichen Nachprüfungsverfahren (nur) die bereits am Vergabekammerverfahren Beteiligten. Allerdings entspricht es wohl einhelliger Auffassung, dass auch das Beschwerdegericht beiladen kann und muss, soweit die Voraussetzungen des § 109 GWB (Beiladung durch die Vergabekammer) gegeben sind. Beizuladen sind danach die Unternehmer, deren Interessen durch die Entscheidung schwerwiegend berührt werden.
34. Die Apotheken, welche nach der Zuschlagsankündigung die Ausschreibungsgewinner sein sollen, werden jedenfalls aufgrund der jetzt getroffenen Entscheidung nicht (mehr) schwerwiegend berührt.
35. Eine Kostenentscheidung ist im Verfahren nach § 121 GWB nicht zu treffen. Sie bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.
36. Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden (§§ 142 a, 177 Sozialgerichtsgesetz - SGG -).