

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 1 SF 214/10 B Verg



Beschluss

In dem Verfahren

A OHG,
vertreten d. d. Gesellschafter Herrn H A ,
Herrn P J. D und Herrn HA.,
Rstraße , S,

- Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte B & MK,
Dr. M G,
Fstraße , B,

gegen

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

- Beschwerdegegnerin -

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

in Sachen Vergabeverfahren

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 Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung der Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 27. August 2010 wird zurückgewiesen.

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.

gen. 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) bei Vereinbarungen zwischen den Apothekern und pharmazeutischen Unternehmern über die Lieferung und Vergütung von Fertigarzneimitteln als Bestandteile der parenteralen Rezepturen handele es sich um Rabattvereinbarungen i. S. v. § 130a Abs. 8 SGB V, weil die Antragsgegnerin mittelbar von den Apothekern vertreten werde. Deshalb müsse der hier vorliegenden Ausschreibung eine Ausschreibung gegenüber den Pharmaunternehmen vorgeschaltet werden. Da dies vorliegend nicht erfolgt sei und auch nicht mehr möglich sei, handele es sich um ein ungewöhnliches Wagnis i.S. von § 8 Nr. 1 VOL/A.
 - c) Es liege ein Verstoß gegen § 11 Abs. 1 ApoG (Apothekengesetz) vor, der die vorliegende Ausschreibung nicht zulasse.
 - d) Die Ausschreibung sei vergaberechtswidrig, weil die darin versprochene Exklusivität des Ausschreibungsgewinners sozialrechtlich im Hinblick auf die Apothekenwahlfreiheit des Patienten nicht zugesichert werden könne.
 - e) Die vorgesehene Vertragsstrafenregelung verstoße gegen Vergaberecht.
 - f) Die Ausschreibung verstoße gegen kartellrechtliche Vorgaben.
 - g) Die Ausschreibung bevorzuge unter Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot regional ansässige Apotheken.
 - h) Schließlich gebe es für die vorgesehene Loslimitierung keine sachlichen Gründe.
7. Die Vergabekammer des Landes Brandenburg hat mit Beschluss vom 27. August 2010 den Nachprüfungsantrag als unbegründet verworfen. Hiergegen richtet sich die sofortige

Beschwerde mit dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung, dem der Senat mit Beschluss vom 24. September 2010 vorläufig bis zum 22. Oktober 2010 entsprochen hat.

8. Der Senat 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.
9. Die Beteiligten haben vom Inhalt dieser Beschlüsse Kenntnis erlangt.

II.

10. Der zulässige, insbesondere fristgerecht eingegangene Antrag ist unbegründet.
11. 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.
12. Im Rahmen dieses Verfahrens besteht nach § 118 Abs. 1 Satz 3 1 GWB die Möglichkeit, die aufschiebende Wirkung gegen die Entscheidung der Vergabekammer herzustellen.
13. 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.
14. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg ergibt sich aus § 29 Abs. 5 S. 1 SGG.
15. Nach § 118 Abs. 2 S. 1 GWB entscheidet das Gericht über den Antrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung unter Berücksichtigung der Erfolgsaussichten, die allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und das Interesse der Allgemeinheit an einem raschen Abschluss des Vergabeverfahrens. Ergibt sich

dabei, dass die Beschwerde auf der Grundlage des der Entscheidung zugrunde zu legenden Sach- und Streitstandes keine Aussicht auf Erfolg verspricht, ist der Antrag abzulehnen, ohne dass es einer (weiteren) Interessenabwägung bedarf. Sind die Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde zu verneinen, können die möglicherweise geschädigten Interessen des Bieters im Rahmen der Interessenabwägung nicht das Ergebnis einer Verlängerung des Zuschlagsverbots zeitigen. Dabei erfolgt insoweit -wegen der Eilbedürftigkeit der Entscheidung- eine nur summarische Prüfung der Erfolgsaussichten der sofortigen Beschwerde (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 12. Februar 2010, L 21 SF 38/10 Verg; ebenso u. a. LSG Berlin-Brandenburg, Beschluss vom 6. März 2009, L 9 KR 72/09 ER; LSG Hessen, Beschluss vom 15. Dezember 2009, L 1 KR 337/09 ER Verg; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19. September 2002, Verg 41/02 zit. n. Juris).

16. Hier ist davon auszugehen, dass die Beschwerde der Beschwerdeführer in der Sache erfolglos bleiben wird.
17. 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.
18. 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) sowie mit der Rüge der fehlenden, sozialrechtlich zusicherbaren Exklusivität (hier Ziff. 2.4) und im Beschluss vom 17. September 2010, L 1 SF 110/10 B Verg unter den Randnummern 50 und 70 mit den Rügen gegen die Limitierung der Lose sowie unter der Randnummer 71 mit der nicht zu beanstandenden Vertragsstrafenregelung auseinandergesetzt. Dem ist nichts hinzuzufügen.
19. Soweit die Beschwerdeführerin Rügen erhoben hat, mit denen sich der Senat noch nicht befasst hat, ist auch insoweit eine Erfolgsaussicht der Beschwerde nicht erkennbar:
 - a)Notwendigkeit der Ausschreibung von Rabattverträgen der Apotheken im Auftrag der Krankenkassen mit den Herstellern: Insoweit hat die Beschwerdegegnerin zutreffend darauf hingewiesen, dass dieses Beauftragungsmodell durch die Änderungen der 15. AMG-Novelle in § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr. 8 AMPreisV obsolet geworden ist. § 1 Abs. 3 Satz 1 Nr.

8 AMPPreisV nimmt nunmehr Preise der Apotheken von Fertigarzneimitteln in parenteralen Zubereitungen vom Anwendungsbereich der AMPPreisV aus (Grundlage hierfür ist jetzt § 129 Abs. 5c SGB V).

b) Bevorzugung regional ansässiger Apotheker im Hinblick auf die geforderte Sofortbelieferung:

Hier wäre die Beschwerdeführerin durch Einschaltung eines regional ansässigen Unterauftragsnehmers, wie dies durch andere Anbieter geschehen ist, durchaus in der Lage konkurrenzfähig zu bleiben.

c) Soweit die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot nach § 21 Abs. 1 und 2 GWB im Hinblick auf Ärzte und Apotheker rügt, ist der Nachprüfungsantrag bereits unzulässig. Das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hat in seinem Beschluss vom 22. Juli 2010, L 21 SF 152/10 Verg hierzu ausgeführt: „Soweit die AS einen Verstoß gegen das kartellrechtliche Behinderungsverbot nach § 21 Abs. 1 und 2 GWB im Hinblick auf Ärzte und Apotheker rügt, ist der Nachprüfungsantrag ebenfalls nicht zulässig, denn im Hinblick auf die behauptete Verletzung kartellrechtlicher Vorschriften ist der Rechtsweg in das Nachprüfungs- und Beschwerdeverfahren nicht eröffnet (vgl. Senat, Beschluss v. 08.10.2009 – L 21 KR 39/09 SFB, VergabeR 2010, 522). Das ergibt sich bereits aus den §§ 107 Abs. 2, 97 Abs. 7 GWB. Danach ist im Vergabenaachprüfungsverfahren allein zu prüfen, ob der Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält. Daran ändert sich auch nichts durch die in §§ 104 Abs. 2 Satz 1 GWB geregelte Rechtswegkonzentration. Bei den kartellrechtlichen Missbrauchs-, Diskriminierungs-, Behinderungs- und Boykottverboten handelt es sich um sowohl in der europäischen als auch in der nationalen Wettbewerbsordnung zentrale Regelungen, die sich gegen die schwerwiegendsten Verstöße richten (vgl. Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104 Rdn. 15). Unterfiele die Geltendmachung kartellrechtlicher Abwehransprüche der Konzentrationswirkung des § 104 Abs. 2 Satz 1 GWB, bedeutete dies gleichzeitig, dass unmittelbarer Rechtsschutz in den dafür vorgesehenen Verfahren vor den ordentlichen Gerichten und Sozialgerichten nicht zu erlangen und der Rechtsweg ggf. verfassungswidrig verkürzt wäre (Otting in: Bechtold, GWB, 5. Aufl. 2008, § 104 Rdn. 3; Stockmann in: Immenga/Mestmäcker, GWB, 4. Aufl. 2007, § 104, Rdn. 14). Soweit die AS zwar beanstandet, dass sowohl Apotheker als auch niedergelassene Ärzte durch die vorgesehenen Exklusivitätsregelungen i.S.d. § 21 Abs. 1 GWB zu Liefer- und Bezugssperren aufgefordert würden, hat sie nicht dargelegt, inwieweit sie hierdurch in eigenen Rechten (§ 107 Abs. 2 GWB) verletzt ist. Gleiches gilt für die behauptete Verletzung des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A. Auch in diesem Zu-

sammenhang hat die AS nicht dargelegt, inwieweit sie durch die AG und die Ausschreibungskonzeption in eigenen Rechten betroffen ist. Wie die VK zutreffend ausgeführt hat, sind überdies die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 2 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A nicht erfüllt. Denn die Regelung ist von ihrem Schutzzweck her lediglich darauf ausgerichtet, den unverfälschten Vergabewettbewerb an sich, nicht jedoch das Ergebnis dieses Wettbewerbs zu schützen.“ Dem schließt sich der erkennende Senat aus eigener Überzeugung an.

20. 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 Beschwerdegegnerin soll möglichst bald ermöglicht werden, die mit der Ausschreibung mutmaßlich zu erzielenden Kosteneinsparungen zu realisieren.
21. Der von der Beschwerdeführerin am heutigen Tag noch eingereichte Schriftsatz vom 21. Oktober 2010 gibt zu einer anderen Beurteilung keine Veranlassung. Der Schriftsatz der Gegenseite vom 14. Oktober 2010 nebst Anlagen ist der Beschwerdeführerin lediglich zur Kenntnis übersandt worden. Der Senat hält den Rechtsstreit für ausgeschrieben. Eine weitere Stellungnahme der Beschwerdeführerin auch zu den Beschlüssen des Senats vom 17. September war nicht erforderlich.
22. 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 bei 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.
23. Die Apotheken, welche nach der Zuschlagsankündigung die Ausschreibungsgewinner sein sollen, werden jedenfalls aufgrund der jetzt getroffenen Entscheidung nicht (mehr) schwerwiegend berührt.
24. Eine Kostenentscheidung ist im Verfahren nach § 118 Abs. 1 GWB nicht zu treffen. Sie bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.

25. Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das Bundessozialgericht angefochten werden (§§ 142 a, 177 Sozialgerichtsgesetz - SGG -).

Spohn

Dr. Schneider

Müller-Gazurek