

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 1 SF 217/10 B Verg



Beschluss

In dem Verfahren

W A,
vertreten d. d. Inhaber Herrn Dr.A,
Müllerstraße 139, 13353 Berlin,

- Beschwerdeführerin und Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte K ,
Mstraße , B,

gegen

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

- Beschwerdegegnerin und Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte GL,
Fstr. , B,

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. 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 B in B verordnet wurde.

5. Die Beschwerdeführerin erhob verschiedene Rügen gegen das Ausschreibungsverfahren, die die Beschwerdegegnerin zurückwies. Im anschließenden Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer und im vorliegenden Beschwerdeverfahren wiederholte sie einen Teil dieser Rügen und bemängelte im Beschwerdeverfahren noch:
 - a) die Leistungsbeschreibung sei nicht ausreichend gewesen. Es fehlten Informationen über die bei der Angebotskalkulation zu berücksichtigenden Leistungen und Materialien, so insbesondere, welche Beratungs-, Logistik- und Transportleistungen erbracht werden müssten. Es sei auch nicht ausreichend, für die zu erwartenden Mengen lediglich auf das Abgabevolumen des ersten Halbjahres 2009 zu verweisen. Es fehlten insbesondere Angaben zum Ordnungsverhalten der Ärzte in den einzelnen Gebietslosen, insbesondere Angaben zum Aut-idem-Verhalten, zur Lieferung auf Abruf, zu Wirkstoffvarianten und zu den verordneten Packmitteln. Das bisherige Ordnungsverhalten sei auch relevant für die Angebotskalkulation gewesen, die Beschwerdegegnerin habe zudem bei ihr vorhandene Informationen nur unwillig weiter gegeben, so in Bezug auf die Anlieferstellen und die Frage des auf Krankenhausapotheken entfallenden Volumens.
 - b) Den Auftragnehmern seien ungewöhnliche Wagnisse aufgebürdet worden, weil keine verlässliche Mengenprognose möglich gewesen sei. Es fehlten nicht nur Angaben zum bisherigen Ordnungsverhalten, sondern auch Anpassungsmöglichkeiten für den Fall des Wegzugs einer Arztpraxis und Exklusivitätsregelungen, insbesondere in Hinblick auf das fortbestehende Apothekenwahlrecht der Versicherten. Weitere Unwägbarkeiten ergäben sich aus der Möglichkeit, den Vertrag schon bei strafrechtlichen Ermittlungen gegen einen Mitarbeiter zu kündigen, dem Drohen von Preiserhöhungen durch die Arzneimittelhersteller ohne korrespondierende Möglichkeit der Preisanpassung und der vorgesehenen Vertragsstrafenregelung.

- c) Weiter liege eine Verletzung des Geheimwettbewerbs darin, dass eine Mehrfachbeteiligung als Einzelbieter und Mitglied einer Bietergemeinschaft grundsätzlich zulässig sei.
- d) Zu Unrecht sei der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium festgelegt worden. Denn angesichts der Unklarheit der Leistungsbeschreibung könne nicht davon ausgegangen werden, dass sie jeder Bieter im gleichen Sinne auslege und ergänze, weswegen die Angebote zwangsläufig inhaltliche Unterschiede aufwiesen.
- e) Die getroffene Wertung stehe nicht im Einklang mit dem Vergaberecht und damit einer Zuschlagserteilung entgegen. Zur Aut-idem-Praxis seien irreführende Behauptungen aufgestellt worden, weil die von der Beschwerdeführerin in dem Los 8 gemachten Erfahrungen nicht mit den Aussagen der Beschwerdegegnerin in Übereinstimmung stünden. Auch sei willkürlich, dass bei Bietergemeinschaften eine Reihung nach den Anfangsbuchstaben des Namens der Bietergemeinschaft erfolge. Weiter sei beabsichtigt, Zuschläge auf nicht zuschlagsfähige Angebote zu erteilen. Der für den Zuschlag in den Losen 8-10 vorgesehene Anbieter sei wegen seiner räumlichen Entfernung nicht in der Lage, vertragsgerecht zu leisten. Auch sei für diesen Anbieter in insgesamt sieben Gebietslosen ein Zuschlag vorgesehen, obwohl in den Vergabeunterlagen eindeutig bestimmt sei, dass einem Bieter nur für maximal vier Lose ein Zuschlag erteilt werden dürfe.
6. Die Vergabekammer des Landes Brandenburg hat mit Beschluss vom 27. August 2010 den Nachprüfungsantrag als unbegründet verworfen. Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde vom 14. September 2010 mit dem Antrag auf Verlängerung der aufschiebenden Wirkung, dem der Senat mit Beschluss vom 27. September 2010 vorläufig bis zum 22. Oktober 2010 entsprochen hat.
7. 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.
8. Die Beteiligten haben vom Inhalt dieser Beschlüsse Kenntnis erlangt. Die Beschwerdeführerin ist der Auffassung, dass sich der vorliegende Sachverhalt grundlegend von den bereits entschiedenen Sachen unterscheidet. In Ihrem Fall hätten sich die gerügten Verstöße nachweislich zu ihren Lasten ausgewirkt und damit die

Zuschlagschancen vereitelt. So werde die Aussage, dass bei den vertragsgegenständlichen Zubereitungen die Aut-idem-Substitution nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werde, durch die empirischen Daten für die Lose 6 und 8 eindeutig widerlegt. Sie – die Beschwerdeführerin – habe aus ihrer bisherigen Belieferung von Praxen im Los 8 konkret abweichende Erfahrungen gesammelt. Auch habe sich in dem auf Los 8 entfallenden Gebiet die Lieferung auf Abruf in der Vergangenheit eindeutig als Regelfall dargestellt. Dies habe – ebenso wie der Ausschluss der Aut-idem-Substitution- bei der Kalkulation berücksichtigt werden müssen. Weiter seien nach den Vergabeunterlagen in das Gebot alle Primärpackmittel einzukalkulieren gewesen. Insoweit hätten sich die Erfahrungen der Beschwerdeführerin, dass häufig Macoperfbeutel mit integriertem Infusionsbesteck verordnet würden, preiserhöhend ausgewirkt. Weitere bereits vorgetragene Vergaberechtsverstöße seien in den Entscheidungen des Senats bisher in keiner Weise behandelt worden, so insbesondere die Unzulässigkeit des Wertungsmechanismus bei Mehrfachbeteiligung eines Unternehmens in mehreren Bietergemeinschaften, die Unzulässigkeit des Preises als einziges Zuschlagskriterium und die Unzulässigkeit der Vertragsstrafenregelung aufgrund der automatischen Verwirklichung des Höchstbetrages auch bei minder schweren Verstößen.

9. Die Beschwerdeführerin beantragt,
die aufschiebende Wirkung der Beschwerde bis zur endgültigen Entscheidung des Senats zu verlängern.

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, der allgemeinen Aussichten des Antragstellers im Vergabeverfahren, den Auftrag zu erhalten, und dem 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 nämlich 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 Beschwerdeführerin 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. So hat sich der Senat in seinen Beschlüssen vom 17. September 2010, L 1 SF 98/10 B Verg unter 2.4 bis 2.18 und L 1 SF 110/10 B Verg unter Rdnr. 50-75 bereits eingehend mit dem Vergabeverfahren insbesondere in Hinblick auf erhobene Rügen betreffend die fehlende Bestimmtheit der Ausschreibung, der fehlenden Exklusivität, der Limitierung der Lose, der vorgesehenen Vertragsstrafenregelung und der Möglichkeit zur vorzeitigen Kündigung auseinandergesetzt. Er hat weder die Überbürdung ungewöhnlicher Wagnisse erkennen können noch Verletzungen des Geheimwettbewerbes. Auch gegen die

beabsichtigten Zuschlagserteilungen sind keine durchgreifenden Bedenken deutlich geworden. Diesen Ausführungen ist nichts hinzuzufügen.

19. Soweit die Beschwerdeführerin weitere Rügen erhoben hat, mit denen sich der Senat noch nicht im Einzelnen befasst hat, ist auch insoweit eine Erfolgsaussicht der Beschwerde nicht erkennbar:
Dies gilt insbesondere für die von der Beschwerdeführerin geltend gemachten konkreten Erfahrungen mit der bisherigen Verwaltungspraxis in dem räumlichen Gebiet des Loses 8. Nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag der Beschwerdegegnerin (vgl. Schriftsatz vom 4. Oktober 2010) ist ein bisheriges abweichendes Ordnungsverhalten in dem auf Los 8 entfallenden Gebiet auf eine von der Beschwerdeführerin mit zwei Arztpraxen selbst getroffene Abrede zurückzuführen. Auf solche selbst gesetzten Besonderheiten kann sich die Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren aber nicht berufen, zumal diese Praxis – nach Auskunft der betroffenen Arztpraxen – in der Zukunft nicht fortgeführt werden wird.
20. Jedenfalls unter Einbeziehung der niedrigen Erfolgschancen 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 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.
22. Die Apotheken, welche nach der Zuschlagsankündigung die Ausschreibungsgewinner sein sollen, werden jedenfalls aufgrund der jetzt getroffenen Entscheidung nicht (mehr) schwerwiegend berührt.
23. Eine Kostenentscheidung ist im Verfahren nach § 118 Abs. 1 GWB nicht zu treffen. Sie bleibt der Beschwerdeentscheidung vorbehalten.

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

Spohn

Müller-Gazurek

Dr. Schneider