

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 1 SF 110/10 B Verg



Beschluss

In dem Verfahren

- Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:
Rechtsanwälte Gleiss Lutz,
Dr. Andreas Neun, Dr. Marco König, Dr. Sebastian Conrad,
Friedrichstr. 71, 10117 Berlin,

hat der 1. Senat des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg auf die mündliche Verhandlung vom 17. September 2010 durch den Vorsitzenden Richter am Landessozialgericht Spohn sowie durch den Richter am Landessozialgericht Pfistner und die Richterin am Sozialgericht Längert beschlossen:

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 19. April 2010 wird zurückgewiesen.

Die Beschwerdeführerin trägt die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der Kosten des Verfahrens gemäß § 118 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einschließlich der notwendigen außergerichtlichen Kosten

der Beschwerdegegnerin. Die Hinzuziehung der Bevollmächtigten durch die Beschwerdegegnerin war notwendig.

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 Fünftes 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. Sie hatte 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.
2. Die Bekanntmachung bestimmte zunächst, dass Angebote „nur für ein Los“ eingereicht werden sollten. Die Rahmenvereinbarungen sollten grundsätzlich für ein Jahr, beginnend ab dem 01. April 2010 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 02. März 2010, 12.00 Uhr bestimmt.
3. Bestandteil der an die Interessenten versandten Verdingungsunterlagen war als Anlage I der Entwurf des Vertrages gemäß § 129 Abs. 5 Satz 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 sollte 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 Gesundheitszu-

stand 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 stellen das gesamte von den Ärzten verordnete Volumen in diesem Zeitraum dar, das für Versicherte der AOK Berlin-Brandenburg in Berlin verordnet wurde.

4. Nach den Verdingungsunterlagen sind Bietergemeinschaften zugelassen, soweit ihre Bildung durch die Mitglieder im Einzelfall rechtmäßig ist. Es gelte das Gebot des Geheimwettbewerbs, bezogen auf ein und dasselbe Los könnten daher Mitglieder einer Bietergemeinschaft, die als solche ein Angebot abgeben nicht auch als Einzelbieter an der Ausschreibung teilnehmen. Der Einsatz von Unterauftragnehmern ist zulässig; der Bieter müsse u.a. diesen Umstand sowie die Art und den Umfang des an den Unterauftragnehmer zu vergebenden Auftrags mitteilen.
5. Die Beschwerdeführerin hat die Verdingungsunterlagen am 29. Januar 2010 erhalten. Am 03. Februar 2010 rügte sie mehrere Vergabeverstöße, insbesondere die Loslimitierung, die fehlende Angabe der Liefermengen pro Gebietslos, die fehlende Preisanpassungsklausel, die Unbestimmtheit des Optionsrechts. Ferner rügte sie auch die vorgesehene Exklusivität der Versorgung nur durch eine Apotheke pro Gebietslos.
6. Infolge zahlreicher Bieteranfragen, Rügen potentieller Bieter sowie einer Entscheidung der Vergabekammer in einem Parallelverfahren änderte die Beschwerdegegnerin die Verdingungsunterlagen mehrfach, sie übersandte diese per E-Mail am 05. März bzw. per Fax am 12. März 2010 an die Bieter. Korrigierende Bekanntmachungen wurden im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 03. und 17. März 2010 veröffentlicht, eine weitere Bekanntmachung am 24. März 2010 enthielt eine Ergänzung zur 15-Tages-Frist des § 107 Abs. 3 Satz 1 Nr. 4 GWB. Nunmehr können Gebote auf beliebig viele Lose abgegeben werden, die Zahl der möglichen Zuschläge ist auf vier begrenzt. Pro Gebietslos wird einem Bieter der Zuschlag erteilt. Die Rahmenvereinbarung betrifft den Zeitraum 01. Juli 2010 bis 30. Juni 2011, die Option für die Vertragsverlängerung ist auf den 30. September 2011 begrenzt. Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist der 20. April 2010, 12.00 Uhr. Nach 10 Ziffer 6 des geänderten Rahmenvertrages beträgt die Summe aller Vertrags-

strafen insgesamt über die Vertragslaufzeit und den Verlängerungszeitraum höchstens 5 % des Gesamtumsatzes. Zuviel gezahlte Vertragsstrafen werden nach Beendigung des Vertrages erstattet.

7. Mit Schreiben vom 10. März 2010 erhob die Beschwerdeführerin weitere Rügen insbesondere gegen die Ausgestaltung der Loslimitierung, die geänderte Vertragsstrafenklausel. Die Beschwerdegegnerin bezwecke letztlich unzulässigerweise eine Preisausforschung. Mit weiteren Schreiben vom 14. und 15. April 2010 wies die Beschwerdeführerin auf die besondere Grundrechtsrelevanz einer Selektivbeauftragung, die Rechtsverletzungen durch die Unmöglichkeit der Erbringung der Leistungen auch in anderen Losgebieten und die rechtliche Unhaltbarkeit der in Aussicht gestellten Exklusivität hin. Zudem sei eine realistische Angebotskalkulation nicht möglich bei ausschließlicher Fokussierung auf den Angebotspreis. Im statistischen Mittelwert entfielen auf die zu erbringenden Dienstleistungen, Trägerlösungen und Verpackungen rund 50 % der Gesamtaufwendungen, die ausschließlich vom Patientenaufkommen, Krankheitsbild und Verordnungsverhalten abhingen.
8. Die Beschwerdeführerin, die Angebote auf die Lose 3, 11 und 12 abgegeben hat, hat mit anwaltlichem Schriftsatz vom 10. März 2010 bei der Vergabekammer des Landes Brandenburg die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens beantragt und begehrt, das Vergabeverfahren aufzuheben, hilfsweise die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die festgestellten Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften zu beheben, insbesondere ausreichende Informationen und Grundlagen für die Preiskalkulation mitzuteilen und die Loslimitierung aufzuheben.
9. Sie hat u.a. geltend gemacht, die mit der Ausschreibung verfolgte unmittelbare exklusive Fokussierung auf eine ggf. zwei Apotheken pro Gebietslos greife unmittelbar und unzumutbar in die Berufsausübung ein. Bei den von ihr betriebenen, hochspezialisierten Apotheken führe dies zur konkreten Existenzgefährdung. Die OHG betreibe in Berlin-Charlottenburg drei Apotheken, von denen zwei, die Apotheke am Kaiserdamm und die Witzleben-Apotheke sich in den letzten 10 Jahren auf die Herstellung parenteraler Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln für onkologische Behandlungen spezialisiert hätten. In den Jahren 2007 bis 2009 hätte die Beschwerdeführerin im Vertrauen auf den Fortbestand des seit Jahrzehnten praktizierten Systems umfangreiche Erneuerungen und Erweiterungen vorgenommen zur Anpassung an den neuesten Stand der Technik und zur Erweiterung der Herstellungskapazitäten. Dafür habe sie erhebliche Summen investiert, die sich noch nicht a-

mortisiert hätten. Als Spezialistin generiere die Beschwerdeführerin rund 80 % ihres Gesamtumsatzes durch die Herstellung und den Verkauf der ausgeschriebenen Zubereitungen. Sie beliebere sechs onkologische Praxen in fünf Berliner Bezirken. Sollte es ihr nicht gelingen, ein Gebietslos zu gewinnen, würden ihr allein durch die AOK-Versicherten ein Anteil des Gesamtumsatzes von 20 % verloren gehen. Bereits dadurch würde der Betrieb unwirtschaftlich. Zudem werde den Bietern durch die vorgesehene Vertragsgestaltung und das Fehlen kalkulatorisch erheblicher Informationen in den Ausschreibungsunterlagen ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet. Das Auftragsvolumen sei unbestimmt, die Beschwerdegegnerin nenne nicht die Zahl der im Gebietslos praktizierenden Onkologen, die zu erwartende Zahl der Patienten und deren jeweilige Krankheitsbilder. Die fehlende Angabe des voraussichtlichen Abrufvolumens hindere den Bieter an einer rationalen Kalkulation, dieser trage das Zu- und Wegzugrisiko der Onkologen aus seinem Gebietslos, das Verordnungsverhalten der Ärzte sei nicht vorhersehbar, er trage auch das Risiko, dass die Patienten von ihrem Recht auf freie Apothekenwahl Gebrauch machten. Die Vertragsstrafe sei nicht wirksam gedeckelt, der Leistungsumfang sei nicht erschöpfend beschrieben, die Loslimitierung sei unzulässig. Die Ausschreibung diene lediglich der Preisausforschung.

10. Die Beschwerdegegnerin hat den Nachprüfungsantrag für unzulässig gehalten. Im Vergabenaachprüfungsverfahren seien angeblich aus sozialversicherungsrechtlichen Bestimmungen folgende Ausschreibungs- und Vertragsanbahnungsverbote nicht durchsetzbar. Jedenfalls sei der Antrag unbegründet.

11. Mit Beschluss vom 19. April 2010 hat die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurückgewiesen. Die Beschwerdeführerin sei nicht antragsbefugt, soweit sie die fehlende erschöpfende Beschreibung des Umfangs der Leistung (in der Bekanntmachung vom 19. Januar 2010) beanstande und eine Verletzung der §§ 17 Nr. 1 Abs. 2 lit. c) und d), 5 Nr. 2 der Verdingungsordnung für Leistungen –Teil A, Ausgabe 2006 (VOL/A) behauptete. Sie habe nicht darzutun vermocht, dass ihr durch eine vermeintlich unvollständige Bekanntmachung ein Schaden drohe, sie habe die Vergabeunterlagen am 29. Januar 2010 erhalten und von ihrem Inhalt vollständig Kenntnis nehmen können. Im Übrigen sei der Nachprüfungsantrag unbegründet. Es könne dahinstehen, ob das Vorbringen der Beschwerdeführerin, die streitgegenständliche Ausschreibung greife unzumutbar in die Berufs(ausübungs)freiheit ein, im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) unzulässig sei. Die zur Begründung des Grundrechtseingriffs angeführten Einzelaspekte würden im Wesentlichen vergaberechtliche Fragen betreffen, die in der Be-

gründetheit des Nachprüfungsantrags zu überprüfen seien. Unter Bezugnahme auf die Entscheidungen des BVerfG (Beschluss vom 13.06.2003 -1 BvR 1160/03-, bestätigt z.B. durch Beschluss vom 27.02.2008 -1 BvR 437/08-) sei die Beschwerdeführerin mit dem behaupteten Grundrechtseingriff in ihre Berufsausübungsfreiheit ausgeschlossen.

12. Die Beschwerdegegnerin sei befugt, die streitigen Leistungen auszuschreiben. Die Entscheidungen der Beschwerdegegnerin, das Stadtgebiet Berlins in Gebietslose aufzuteilen und die Loslimitierung in ihrer aktuellen Ausgestaltung verstießen nicht gegen vergaberechtliche Vorschriften. Die Beschwerdeführerin könne keinen Anspruch auf Erhalt bisheriger Positionen geltend machen. Die territoriale Losbildung sei aus vergaberechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die Beschwerdegegnerin würde vielmehr gegen Wettbewerbsvorschriften verstoßen, wenn sie einen Gesamtauftrag ausgeschreiben hätte. Die Loslimitierung sei zwar nicht vorgeschrieben, aber zulässig (Bezugnahme auf Oberlandesgericht -OLG- Düsseldorf, Beschluss vom 15.06.2000 -Verg 6/00). Die von der Beschwerdegegnerin erwogenen Gründe für eine Änderung der Verdingungsunterlagen im Hinblick auf die Begrenzung des Zuschlags auf maximal vier Gebietslose seien legitim und anerkannt; Ermessensfehler würden ihr nicht vorgeworfen werden können.

13. Den Bietern werde auch kein ungewöhnliches Wagnis wegen Fehlens kalkulationserheblicher Informationen aufgebürdet. Den Rahmenverträgen wohnten bereits gewisse Unwägbarkeiten inne. Art und Umfang der Versorgung werde durch das Krankheitsbild der Versicherten und die Therapiefreiheit der Vertragsärzte bestimmt. Deren Verordnungsverhalten könne nicht derart prognostiziert werden, dass konkretes Zahlenmaterial hätte zur Verfügung gestellt werden können. Die Beschwerdegegnerin habe (wie in vergleichbar gelagerten Fällen zu Rabattvertragsausschreibungen für ausreichend erachtet, vgl. VK Bund, Beschluss vom 23.01.2009 -VK 3-194/08) für den Referenzzeitraum die mit erheblichem Aufwand in „händischer Auswertung“ ermittelten Verordnungszahlen losbezogen mitgeteilt, ferner die Anzahl der zu beliefernden Praxen sowie die je Gebietslos im Referenzzeitraum verordneten Wirkstoffe. In Verbindung mit den Erfahrungswerten des angesprochenen Bieterkreises würden die Angaben als den Anforderungen des § 8 Nr. 1 Abs. 1, 3 VOL/A genügend eingeschätzt werden können. Auch aus dem Wahlrecht der Versicherten begründe sich kein Wagnis, das die Kalkulation negativ beeinflusse. Die Anwendungsvoraussetzungen von § 31 Abs. 1 Satz 5 SGB V lägen nicht vor, das Wahlrecht der Versicherten finde Anwendung im Geltungsbereich der Verträge nach § 129 Abs. 2 SGB V, denen die hier zu schließenden Rahmenvereinbarungen als speziellere Regelungen vorgehen würden.

14. Auch die Beanstandung, die Vertragsstrafenregelung enthalte mangels wirksamer Deckelung ein ungewöhnliches Wagnis, sei unbegründet. Die maßgebliche Höchstgrenze von 5 % der Gesamtauftragssumme werde eingehalten. Ein Verstoß gegen § 344 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) liege nicht vor.
15. Der beabsichtigte Rahmenvertragsschluss verstoße ferner nicht gegen subjektive Bieterrechte, weil der Vertrag eine Exklusivitätsvereinbarung für das jeweils zu bezuschussende Gebietslos enthalte. Eher sei die Exklusivitätsvereinbarung aus vergaberechtlicher Sicht ein stabilisierender Faktor bei der Angebotskalkulation. Inwieweit ein Vertragsarzt die rechtlich durchsetzbare Möglichkeit habe, bzw. eine solche auch nutzen würde, sich der ihm angetragenen Inanspruchnahme der Zuschlagsapotheke zu verweigern, betreffe die Vertragsdurchführung und sei im vergaberechtlichen Nachprüfungsverfahren nicht zu klären. Es seien auch keine konkreten Anhaltspunkte zu erkennen dafür, dass die Beschwerdegegnerin die Ausschreibung zum Zwecke der Markterkundung betreibe.
16. Gegen den ihren Bevollmächtigten am 20. April 2010 zugestellten Beschluss richtet sich die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 03. Mai 2010.
17. Mit Beschluss vom 12. Mai 2010 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der sofortigen Beschwerde bis zur Entscheidung über diese verlängert.
18. Zur Begründung des Beschwerdevorbringens führen die Bevollmächtigten der Beschwerdeführerin u.a. aus, die Vergabekammer habe sich mit ihren Hauptargumenten nicht auseinandergesetzt. Der beabsichtigte Abschluss von Exklusivverträgen und die Art und Weise deren Ausschreibung verletze sie in ihren Grundrechten aus Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz (GG). Der bisherige Wettbewerb zwischen mindestens 29 Berliner Apotheken werde beschränkt. Die Beschwerdeführerin dürfe sich nur am Vergabewettbewerb für maximal vier Gebietslose beteiligen, solle im Übrigen aber aus dem gesetzlichen Vergütungssystem ausgeschlossen werden. Letzteres komme einem teilweisen Herstellungs- und Vertriebsverbot gleich. Die Spezialisierung eines Apothekers auf die Herstellung parenteraler Zubereitungen stelle ein eigenständiges Berufsbild dar, die Beschwerdeführerin erwirtschaftete damit ca. 80 % ihres gesamten Umsatzes. Dies sei einer fachärztlichen Spezialisierung gleichzusetzen, die hier nachträglich durch das Vergabeverfahren gebietsmäßig beschränkt werde. Für eine derartige objektive Berufszugangsregelung fehle es an einer eindeutigen gesetzlichen Eingriffsermächtigung, insbesondere sehe § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V gerade nicht den

Abschluss exklusiver Verträge vor. Es sei auch nicht ersichtlich, dass die geplanten Maßnahmen der Beschwerdegegnerin dem Schutz überragend wichtiger Gemeinschaftsgüter vor konkreten schweren Gefährdungen dienen. Die Hilfstaxe gewährleiste angemessene Vergütungsstrukturen, durch die Fokussierung auf einen kleinen Kreis von Apotheken sei nur ein geringes und temporäres Einsparpotential zu generieren. Der Eingriff sei zudem unverhältnismäßig. Das angestrebte Ziel könne auch im Rahmen der Verhandlungen zur Hilfstaxe erreicht werden, die das mildere, aber genauso effektive Mittel darstellten. Hingegen gefährde die Ausschreibung die wirtschaftliche Existenz der Beschwerdeführerin.

19. Die Unzulässigkeit des „Ob“ der Ausschreibung sei im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens zu überprüfen. Die Ausschreibung ungeachtet der Unzulässigkeit von Exklusivverträgen führe zu einem unkalkulierbaren Risiko für die Bieter. Zudem würden die Grundrechte der Beschwerdeführerin auch durch das „Wie“ der Vergabe verletzt dadurch, dass sie sich lediglich an der Ausschreibung um maximal vier Gebietslose beteiligen dürfe. Die Beschwerdegegnerin verstoße gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes. Um das wichtige Gemeinschaftsgut der medizinischen Versorgung zu gewährleisten, müssten sich die zugelassenen Ärzte und Apotheker darauf verlassen dürfen, dass die „Kassenzulassung“ nicht entzogen werde. Nachträgliche Beschränkungen dürften nur aus überragend wichtigen Gemeinschaftsgründen und erst nach ausreichend langen Übergangsfristen eingeführt werden. Insoweit werde die Beschwerdeführerin auch in ihrem Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb verletzt.

20. Ihr werde ein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet, weil sie alleine das Risiko zu tragen habe, dass der beabsichtigte Abschluss von Exklusivverträgen, die Bildung von Gebietslosen und die Beschränkung des Vergabewettbewerbs um diese Lose rechtswidrig seien; die Beschwerdegegnerin könne gerade keine Exklusivität in der Leistungserbringung gewährleisten. Für die Bieter sei völlig offen, ob und in welchem Umfang Onkologen Leistungen bei ihnen abrufen würden. Es sei wegen des jahrzehntelang gewachsenen Vertrauensverhältnisses auch konkret zu erwarten, dass Onkologen und Patienten weiterhin Leistungen bei den Apotheken ihres Vertrauens abrufen würden. § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V schränke das Apothekenwahlrecht nicht ein, die Beschwerdegegnerin habe keine rechtliche Möglichkeit, den behandelnden Onkologen zu untersagen, den Versicherten Verordnungen zur Selbstbeschaffung auszuhändigen. Ferner sei die Preisbildung allein anhand der Substanzmenge ungeeignet. Im statistischen Mittelwert entfielen ca. 50 % der Gesamtaufwendungen auf Dienstleistungen, Trägerlösungen, Verpackungen etc, die Einzelkosten würden vom je-

weiligen Patientenaufkommen, Krankheitsbild und Ordnungsverhalten des einzelnen Onkologen abhängen. Zudem unterlägen die extrem hochpreisigen Substanzen erheblichen Preisspannen bei den Einkaufspreisen. Sofern eine erhebliche Preissteigerung bei einer Substanz aufträte und viele Zubereitungen mit dieser abgefordert würden, könne dies die Existenz eines Bieters gefährden. Die Beschwerdegegnerin sei weiterhin an die Hilfstaxe gebunden, es existiere keine Rechtsgrundlage, dieses kollektiv-rechtliche Rechtsverhältnis zu beenden.

21. Die am 05. März 2010 in die Vergabeunterlagen eingefügte Vertragsstrafenregelung sei unangemessen. Wegen des ungewissen Auftragsvolumens lasse sich die zulässige Höchstgrenze erst am Ende des Vertrages bestimmen, während der Laufzeit fehle damit eine Deckelung. Aus Sicht der Beschwerdeführerin stelle sich die Ausschreibung zudem als bloße Preisausforschung dar.
22. Die Beschwerdegegnerin habe es ferner unterlassen, die erforderliche Vergabereife der Ausschreibung herzustellen, indem sie die vorhandenen Datensätze nicht vollständig ausgewertet und das Auftragsvolumen nicht hinreichend ermittelt habe, was die Beschwerdeführerin mit Schriftsatz vom 10. Juni 2010 ausdrücklich gerügt hat. Hiervon habe sie erst im Rahmen der durch das Beschwerdegericht gewährten Akteneinsicht erfahren. Insbesondere die Ordnungsblätter des dritten und vierten Quartals des Jahres 2009 seien nicht ausgewertet worden. Der ausgewählte Referenzzeitraum von einem halben Jahr sei zu knapp bemessen, um die Schwankungsbreite der Auftragsvolumina hinreichend genau widerzuspiegeln. Die Auftragsvolumina lägen im dritten und vierten Quartal infolge der Sommerferien- und Weihnachtszeit deutlich niedriger als während des übrigen Jahres.
23. Mit Schreiben vom 28. Juni 2010 (Zuschlagsankündigung) hat die Beschwerdegegnerin mitgeteilt, dass der Beschwerdeführerin ein Zuschlag nicht erteilt werden könne, weil ihr Angebot unter Berücksichtigung des in den Ausschreibungsunterlagen angegebenen Zuschlagskriteriums nicht das wirtschaftlichste sei. Es sei beabsichtigt, den Zuschlag für Los 3 der Pelikan Apotheke und für die Lose 11 und 12 der Apotheke im Diakonissenhaus zu erteilen. Die Zuschlagserteilung solle frühestens am 09. Juli 2010 erfolgen, sofern derzeit noch bestehende Zuschlagsverbote entfallen seien.
24. Am 02. Juli 2010 hat die Beschwerdeführerin bei der Beschwerdegegnerin einen weiteren vergaberechtlichen Verstoß gerügt: Die Apotheke im Diakonissenhaus habe ihren Sitz in

Leipzig und könne bereits wegen der räumlichen Entfernung zu den in Berlin ansässigen Onkologen die Versorgung mit den streitgegenständlichen Zubereitungen nicht sicherstellen. Zudem bilde diese eine Bietergemeinschaft mit der Schlehen-Apotheke. Diese Bietergemeinschaft solle den Zuschlag für insgesamt sieben Gebietslose erhalten. Selbst wenn keine Bietergemeinschaft im Außenverhältnis vorliege, handele es sich um eine verdeckte Bietergemeinschaft, was zudem gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs verstoße, sowie eine vergaberechtswidrige Kartellabsprache darstelle.

25. Die Beschwerdeführerin hat Einsichtnahme in die Vergabeakten beantragt, insbesondere in die Gebote der Schlehen-Apotheke und der Apotheke am Diakonissenhaus.

26. Die Beschwerdeführerin beantragt,

die Entscheidung der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 19. April 2010 (VK 12/10) aufzuheben und das Vergabeverfahren aufzuheben, hilfsweise,

die Beschwerdegegnerin zu verpflichten, die festgestellten Verstöße gegen vergaberechtliche Vorschriften zu beheben,

ferner die Hinzuziehung eines Prozessbevollmächtigten durch die Beschwerdeführerin für notwendig zu erachten und der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen aufzuerlegen.

27. Die Beschwerdegegnerin beantragt,

die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,

der Beschwerdeführerin die Kosten des Verfahrens aufzuerlegen und festzustellen, dass die Hinzuziehung ihrer anwaltlichen Bevollmächtigten notwendig war.

28. Sie wendet ein, die Beschwerdeführerin werde durch die angegriffene Ausschreibung nicht in ihrer Berufsfreiheit verletzt. Vergebe der Staat als Nachfrager öffentliche Aufträge im Wettbewerb, berühre dies die Berufsfreiheit der Wettbewerbsteilnehmer nicht. Bislang finde ein Wettbewerb auf der Ebene des Preises nicht statt, diejenigen Apotheken, die für die Versicherten der Beschwerdegegnerin Rezepturen herstellen, würden nach intransparenten Kriterien bestimmt. Der Abschluss von Verträgen nach § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V sei nicht mit der Vergabe von Vertragsarztsitzen vergleichbar, er beschränke sich auf einen

zeitlich und mengenmäßig begrenzten öffentlichen Auftrag. Selbst wenn der Schutzbereich der Berufsfreiheit eröffnet wäre, sei der Eingriff gerechtfertigt. In das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb werde nicht eingegriffen. Der von der Beschwerdeführerin im Wesentlichen zwischen 2007 und 2009 und damit nach Inkrafttreten von § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V auf die Herstellung von parenteralen Rezepturen in der Onkologie ausgerichtete Apothekenbetrieb genieße kein schützenswertes Vertrauen auf den Fortbestand der bisherigen Gepflogenheiten zur Rezepturherstellung.

29. Gegen die Loslimitierung habe die Beschwerdeführerin keine substantiierten Einwendungen vorgetragen. Ihr werde auch kein ungewöhnliches Wagnis überbürdet. Es sei nicht zu beanstanden, dass sich die Festpreise auf eine Mengeneinheit des jeweiligen Wirkstoffs bezögen. Trägerlösungen, Packmittel etc. seien von untergeordneter Bedeutung und ohne weiteres in die Kalkulation einzustellen. Sei dies ausnahmsweise nicht der Fall, weil der Behandler besondere Applikationshilfen als Primärpackmittel ausdrücklich verordne, würden diese nach § 5 Abs. 3 des Rahmenvertrags gesondert vergütet. Auch die Herstellungskosten seien in Abhängigkeit von der abzugebenden Wirkstoffmenge zu schätzen. Schwankungen der Einkaufspreise würden kein ungewöhnliches Wagnis begründen. Es sei Dauer-schuldverhältnissen immanent, dass sich wirtschaftliche Verhältnisse während der Vertragsdauer wandeln könnten.

30. Überzahlte Vertragsstrafen seien nach § 10 Abs. 6 Satz 2 des Rahmenvertrages ausdrücklich zu erstatten. Angesichts der Solvenz der Beschwerdegegnerin als Körperschaft des öffentlichen Rechts stelle dies kein Wagnis dar. Sie verweist auf den Beschluss des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen vom 22.07.2010 – L 21 SFB 152/10 Verg), wonach die vertraglich vorgesehene Exklusivität der Rahmenverträge nicht zu beanstanden sei. Zwar bestehe grundsätzlich ein Versichertenwahlrecht, das hier aber nicht greife. Unabhängig davon sei von einer faktischen Exklusivität auszugehen. Die von ihr zur Verfügung gestellten Kalkulationsgrundlagen würde eine seriöse Angebotskalkulation durch die Bieter gewährleisten. Sie habe in Ausführung eines Aufklärungs- und Auflagenbeschlusses der Vergabekammer im Parallelverfahren –VK 9/10- vertiefte Untersuchungen zur praktischen Bedeutung des unterstellten Versichertenwahlrechts angestellt. Vertreter des Berufsverbandes, des Vereins der niedergelassenen internistischen Onkologen (N.I.O.) e.V., hätten ausdrücklich bekundet, dass die Beschaffung von parenteralen Zubereitungen unmittelbar durch die Versicherten praktisch nicht vorkomme. Dieser Versorgungsweg sei weder vom Gesetzgeber noch den Apothekern selbst, wie z.B. auf deren Websites erläutert werde,

als Regelfall vorgesehen. Zudem sei das Apothekenwahlrecht durch § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V ausgeschlossen.

31. Die Rüge der vermeintlich fehlenden Vergabereife sei infolge Verspätung unzulässig. Es sei ausgeschlossen, dass die Beschwerdeführerin erst im Rahmen der Akteneinsicht bemerkt habe, dass den Angaben in den Verdingungsunterlagen nur Daten des ersten Halbjahrs 2009 zu Grunde lagen. Diese Rüge sei aber auch unbegründet. Die Beschwerdegegnerin verfüge nicht über Daten für das gesamte Jahr 2009; deren aufwändige Erhebung sei für die Ausschreibungsfähigkeit auch nicht erforderlich.
32. Auch hinsichtlich der weiteren Rügen könne das Beschwerdeverfahren keinen Erfolg haben. Auch ein nicht in Berlin ansässiger Bieter könne eine Belieferung innerhalb von 45 Minuten sicherstellen, beispielsweise durch Einbindung von Unterauftragnehmern. Die weiteren Beanstandungen würden auf falschen Tatsachen beruhen. Die Bieterin Brigitte Krasselt-Zipf (Inhaberin der Apotheke im Diakonissenhaus) solle in nicht mehr als vier Losen den Zuschlag erhalten, sie stehe nach Kenntnis der Beschwerdegegnerin nicht in einer Bietergemeinschaft mit dem Bieter Dr. Uwe Krasselt (Inhaber der Schlehen-Apotheke).
33. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die von den gewechselten Schriftsätze und die Akte der Vergabekammer (VK 12/10) Bezug genommen.

II.

34. Die Beschwerde hat keinen Erfolg.
35. Maßgeblich sind im hier streitigen Verfahren die Regelungen des GWB in der Fassung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts vom 20.04.2009 (BGBl. I, S. 790) anzuwenden, weil das Verfahren erst nach Inkrafttreten des Gesetzes vom 24.04.2009 begonnen hat. Anwendung finden ferner die Vergabeverordnung (VgV) vom 11.03.2003 (BGBl. I, S. 109) und die Verdingungsverordnung für Leistungen Teil A, Ausgabe 2006 (Beilage zum BAnz Nr. 100a vom 30.05.2006), vgl. § 23 VgV in der Fassung vom 07.06.2010.
36. Die Beschwerde ist überwiegend zulässig. Nach § 142a Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i.V.m. § 116 GWB entscheidet das LSG über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammer, die Rechtsbeziehungen nach § 69 SGB V betreffen.

37. Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 19. April 2010 betrifft die Ausschreibung selektiver Lieferverträge zwischen einzelnen Apotheken und einer Krankenkasse und damit Rechtsbeziehungen nach § 69 Abs. 1 Satz 1 SGB V. Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des LSG Berlin-Brandenburg ergibt sich aus § 29 Abs. 5 Satz 1 SGG.
38. Die Beschwerde ist statthaft, § 142a Abs. 1 SGG i.V.m. § 116 Abs. 1 GWB. Sie ist fristgemäß innerhalb von zwei Wochen nach Zustellung der Entscheidung der Vergabekammer und formgerecht mit Antrag und Begründung durch Rechtsanwälte eingelegt worden (§ 142a Abs. 1 SGG i.V.m. § 117 GWB).
39. Die Beschwerdeführerin ist beschwerdebefugt. Sie war am Verfahren vor der Vergabekammer beteiligt und ist formal durch den ablehnenden Beschluss der Vergabekammer beschwert (116 Abs. 1 GWB). Ihrem Begehren fehlt es auch nicht deshalb am Rechtsschutzbedürfnis, weil sie das Nachprüfungsverfahren nicht zulässig betrieben habe. Sie war und ist vielmehr antragsbefugt nach § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat hinreichend deutlich und rechtzeitig geltend gemacht, in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 Abs. 7 GWB) verletzt zu sein.
40. Rechte Dritter werden durch diese Entscheidung nicht betroffen, so dass es auch keiner Beiladung bedurfte.
41. Der Senat kann dahinstehen lassen, ob der ausdrücklich auf Aufhebung des Vergabeverfahrens gerichtete Antrag der Beschwerdeführerin als solcher zulässig ist (dagegen LSG Nordrhein-Westfalen, wie vor, unter Bezugnahme auf den Bundesgerichtshof -BGH-, Beschluss vom 10.11.2009 -X ZB 8/09- BGHZ 183,95; a.A. Stockmann in Immenga/Mestmäcker, GWB 4. Aufl. 2007, § 123 Rdnr. 6 und offenbar auch Bundessozialgericht -BSG-, Beschluss vom 22.04.2009 -B 3 KR 2/09 D- juris). Jedenfalls kann die Beschwerdeführerin zulässigerweise das Verbot der Zuschlagserteilung und die Verpflichtung zur Behebung von Vergabefehlern verlangen, die sie hier auch geltend macht.
42. Soweit die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag als unzulässig verworfen hat hinsichtlich der Rüge der nicht erschöpfenden Beschreibung des Leistungsumfangs (§§ 17 Nr. 1 Abs. 2 c) und d), 5 Nr. 2 VOL/A) hat die Beschwerdeführerin im Nachprüfungsverfahren

keine Einwände erhoben bzw. einen Schadenseintritt oder drohenden Schaden dargelegt, der aus einer fehlerhaften Bekanntmachung folgen würde. Die Entscheidung der Vergabekammer unterliegt aber nur im Rahmen des Antrags der Beschwerdeführerin einer gerichtlichen Prüfung. Sind mehrere Vergaberechtsverstöße Gegenstand des Nachprüfungsverfahrens gewesen, und sollen alle diese Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sein, muss aus der Beschwerdebegründung hervorgehen, dass die Entscheidung der Vergabekammer auch hinsichtlich aller Vergaberechtsverstöße angegriffen wird; andernfalls werden diese im Beschwerdeverfahren nicht mehr überprüft (vgl. Kuhlig in Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, S. 1280 f. mit Rechtsprechungsnachweisen).

43. Die Beschwerde ist nicht begründet. Der inhaltlich zur Überprüfung durch den Senat gestellte Nachprüfungsantrag ist nur zulässig, soweit sich die Beschwerdeführerin gegen das „Wie“ der Ausschreibung wendet.
44. Die Beschwerdegegnerin ist als gesetzliche Krankenkasse ein öffentlicher Auftraggeber im Sinne des § 98 Nr. 2 GWB. Gesetzliche Krankenkassen werden direkt oder jedenfalls mittelbar durch Beiträge der Versicherten und Arbeitgeber zur Gesetzlichen Krankenversicherung durch den Bund finanziert (vgl. §§ 3, 220, 221, 271 SGB V). Sie unterliegen einer engmaschigen staatlichen Rechtsaufsicht. Dies reicht für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber aus (ebenso LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 10.09.2009 -L 21 KR 53/09 SFB- juris, Rdnr. 47 mit Bezugnahme u. a. auf den Europäischen Gerichtshof -EuGH-, Urteil vom 11.06.2009 - C-300/07-). Ein öffentlicher Auftrag ist jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn durch die vertraglichen Abreden Exklusivität vereinbart und ein tatsächlicher Wettbewerbsvorteil für den Auftragnehmer bewirkt werden soll. Dies ist hier der Fall. Der Losgewinner soll exklusiv für sein Gebiet die Vertragsärzte zur Behandlung der Versicherten der Beschwerdegegnerin mit den streitgegenständlichen Zubereitungen versorgen.
45. Der maßgebliche Schwellenwert des §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB, 2 Nr. 3 VgV i.V.m. Art. 2 der VO (EU) vom 30.11.2009 in Höhe von 193.000 Euro ist überschritten.
46. Die Beschwerdeführerin ist auch antragsbefugt. Im Hinblick auf die Rügen gegen das „Wie“ der Ausschreibung hat die Beschwerdeführerin bereits im Verfahren vor der Vergabekammer die Verletzung von bieterschützenden Vergabevorschriften (§ 97 Abs. 7 GWB) geltend gemacht. Sie hat sich ferner durch die Abgabe von Geboten an der streitigen Ausschreibung beteiligt. Ein drohender Schaden im Sinne von § 107 Abs. 2 Satz 2 GWB ist

dargetan. Aus ihrem Vorbringen ergibt sich, dass die Beschwerdeführerin im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren. Für einen drohenden Schaden genügt es, wenn es möglich erscheint, dass der Bieter ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß dem Bedarf, dessentwegen die Ausschreibung erfolgt ist, gegen Entgelt befriedigen kann. Das ist regelmäßig auch der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne weiteres durch Zuschlag beendet werden darf (vgl. BGH, Beschluss vom 10.11.2009 -X ZB 8/09- juris).

47. Unzulässigerweise wendet sich die Beschwerdeführerin jedoch in diesem Verfahren gegen das „Ob“ der Ausschreibung aus verfassungsrechtlichen Gründen. Sie meint, durch die Ausschreibung werde in ihre Grundrechte aus Art. 12 Abs. 1 GG (Berufsausübungsfreiheit) und Art. 14 Abs. 1 GG (Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb) ungerechtfertigt eingegriffen bzw. verstoße es gegen den Grundsatz des Vertrauensschutzes, wenn sie zukünftig an der Versorgung der Versicherten nicht im bisherigen Umfang teilnehmen könne. Insoweit handelt es sich nicht um einen zulässigen Gegenstand eines Vergabeverfahrens. Der Beschwerdeführerin kommt es nicht darauf an, ihre Zuschlagschancen zu erhöhen, sondern die Ausschreibung als solche zu Fall zu bringen, um weiterhin parenterale Zubereitungen auch für Versicherte der Beschwerdegegnerin im gesamten Stadtgebiet Berlins vertreiben zu können. Ihr geht es insoweit um die Beibehaltung des Status quo durch Aufhebung des Vergabeverfahrens. Die Verhinderung der Vergabe eines öffentlichen Auftrages ist aber gerade nicht Zweck eines Nachprüfungsverfahrens (so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.07.2010, a.a.O.).

48. Zudem erscheint es ausgeschlossen, dass durch eine Ausschreibung öffentlicher Aufträge in den Schutzbereich des von Art. 12 Abs. 1 GG garantierten Rechts der Berufs(ausübungs)freiheit eingegriffen wird. Die Vergabekammer hat zutreffend auf hierzu ergangene Entscheidungen des BVerfG, insbesondere den Beschluss vom 13.06.2006 -1 BvR 1160/03- BVerfGE 116, 135) verwiesen. Das BVerfG hat bereits im Urteil vom 17.12.2002 -1 BvL 28/95, 1 BvL 29/95, 1 BvL 30/95- juris ausgeführt: „In der bestehenden Wirtschaftsordnung umschließt das Freiheitsrecht des Art. 12 Abs. 1 GG auch das berufsbezogene Verhalten der Unternehmen am Markt nach den Grundsätzen des Wettbewerbs. Die Reichweite des Freiheitsschutzes wird dabei durch die rechtlichen Regeln mitbestimmt, die den Wettbewerb ermöglichen und begrenzen. Insoweit sichert Art. 12 Abs. 1 GG die Teilhabe am Wettbewerb. Die Wettbewerber haben aber keinen grundrechtlichen Anspruch dar-

auf, dass die Wettbewerbsbedingungen für sie gleich bleiben. Insbesondere gewährleistet das Grundrecht keinen Anspruch auf Erfolg im Wettbewerb oder auf Sicherung künftiger Erwerbsmöglichkeiten (vgl. BVerfGE 24, 236, <251>; 34, 252 <256>). Vielmehr unterliegen die Wettbewerbspositionen und damit auch der Umsatz und die Erträge dem Risiko laufender Veränderung je nach den Marktverhältnissen“.

49. Art. 14 Abs. 1 GG wird von Art. 12 Abs. 1 GG als dem sachnäheren Grundrecht vollständig verdrängt, wenn sich die Beschwerdeführerin wie hier gegen Regelungen wendet, die ihre Erwerbstätigkeit als Apotheke beeinträchtigen (so zuletzt BVerfG, Beschluss vom 08.06.2010 -1 BvR 2011/07, 1 BvR 2959/07- juris unter Bezugnahme auf BVerfGE 102, 26, 40).
50. Auch die Loslimitierung wird von der Beschwerdeführerin nicht unter einem vergaberechtlichen Aspekt angegriffen, sondern und insoweit unzulässig, weil sie durch die Beschränkung auf die Abgabe von maximal vier Geboten bei entsprechender Exklusivität der Verträge zukünftig nicht mehr die Versicherten der Beschwerdegegnerin im gesamten Stadtgebiet versorgen kann. Entsprechendes gilt für die von der Beschwerdeführerin angeführte Verletzung von Rechten der Versicherten und Ärzte durch die streitige Ausschreibung. Weder die Rechte der Vertragsärzte auf Therapiefreiheit, noch die Rechte der Versicherten auf freie Apothekenwahl und auch nicht die Gewährleistung des Versorgungsauftrages der gesetzlichen Krankenkassen sind von der Beschwerdeführerin im Vergabeverfahren als eigene Rechtspositionen durchsetzbar (so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.07.2010, a.a.O.).
51. Hinsichtlich der gerügten Verstöße gegen die hinreichende Ermittlung und Bestimmung des in Aussicht genommenen Auftragsvolumens und der Überbürdung eines ungewöhnlichen Wagnisses ist die Beschwerdeführerin antragsbefugt. Sowohl § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A als auch § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A sind bieterschützend. Diese Rügen hat die Beschwerdeführerin auch innerhalb der Fristen des § 107 Abs. 3 GWB erhoben.
52. Auch die erst im laufenden Beschwerdeverfahren geltend gemachte Rüge gegen die Zuschlagsankündigung ist, unabhängig davon, ob insoweit überhaupt eine Rügeobliegenheit besteht und die Präklusionsregel des § 107 Abs. 3 GWB Anwendung findet (dagegen: Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht -OLG-, Beschluss vom 20.03.2008 -1 Verg 6/07- mit weiteren Nachweisen; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.09.2009 -VII-Verg

12/09- juris; für eine entsprechende Anwendung des § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB OLG Celle, Beschluss vom 10.01.2008 -13 Verg 11/07, juris) fristgerecht erfolgt. Die Beschwerdeführerin hat sich unverzüglich auf die Zuschlagsankündigung an die Beschwerdegegnerin rügelweise gewandt.

53. Die Beschwerde ist, soweit zulässig, unbegründet. Die Beschwerdeführerin wird durch die vorgenommene Ausschreibung nicht in vergaberechtlich geschützten Rechten verletzt, insbesondere ist das Auftragsvolumen bestimmt genug und wird den Bietern auch kein ungewöhnliches Wagnis überbürdet.
54. Die über §§ 97 Abs. 6, 98 Nr. 2 GWB, 4 Abs. 1 VgV zwingend anwendbare Vorschrift des § 3a Nr. 4 Abs. 1 Satz 2 VOL/A bestimmt, dass bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt und beschrieben werden muss, aber nicht abschließend festgelegt zu werden braucht.
55. Die Beschwerdegegnerin, die zunächst lediglich die Wirkstoffmengen bezogen auf die Verordnungen der bei ihr Versicherten im Stadtgebiet Berlins im ersten Halbjahr 2009 angegeben hat, hat im weiteren Verfahren eine Aufschlüsselung nach den Wirkstoffmengen je Gebietslos vorgenommen. Maßgeblich für das Auftragsvolumen ab März 2010 bzw. nunmehr ab November 2010 und die Ermittlung des Preises sind allein die im Produktblatt enthaltenen Wirkstoffmengen, wobei die Beschwerdegegnerin davon ausgeht, dass sichergestellt ist, dass im jeweiligen Gebietslos ausschließlich der Losgewinner die AOK-Versicherten mit den ausgeschriebenen parenteralen Zubereitungen versorgen kann. Die Beschwerdeführerin geht dabei nach wie vor davon aus, dass diese Zubereitungen allein auf dem verkürzten Versorgungsweg nach § 11 Abs. 2 Apothekengesetz (ApoG) bezogen werden, dem Versicherten also keine Verordnung (Kassenrezept) überreicht, sondern durch den verordnenden Arzt direkt beim Apotheker beschafft wird.
56. Die von der Beschwerdegegnerin in dieser Weise vorgenommene Beschreibung des Auftragsvolumens stellt sich nicht als vergaberechtwidrig dar. Zwar bleibt der Senat anders als die Vergabekammer des Landes Brandenburg bei seiner Auffassung, dass sich aus dem Zusammenspiel des § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V mit § 11 Abs. 2 ApoG (als Ausnahme des Verbotes nach § 11 Abs. 1 ApoG) nicht ergibt, dass der normale Versorgungsweg ausgeschlossen ist (offengelassen von LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.07.2010, a.a.O.). Dennoch ist das Auftragsvolumen hinreichend beschrieben im Sinne von § 3a Nr. 4

Abs. 1 Satz 2 VOL/A. Die aus Sicht des Senats bestehende rechtliche Unsicherheit, dass das angestrebte Gebietsmonopol der Apotheke zumindest teilweise leer laufen könnte, weil auf Verlangen des Versicherten sich dieser die Arzneimittelzubereitung auf normalem Versorgungsweg möglicherweise selbst beschaffen kann, musste der Ausschreibung nicht entnehmbar sein. Unter kalkulatorischen Gesichtspunkten ist hinreichend sicher, dass das Gebietsmonopol faktisch gewährleistet werden kann. Die Bedenken des Senats hiergegen (vgl. Beschluss vom 07.05.2010 -L 1 SF 95/10 B Verg- juris) hat die Beschwerdegegnerin im weiteren Verfahrensverlauf auszuräumen vermocht. Ihre Prognose, der überwiegende Teil des in Aussicht genommenen Auftragsvolumens werde auf dem dafür vorgesehenen Weg verordnet und allenfalls ein zu vernachlässigender Teil der Versicherten werde sich die Verordnung zur Selbstbeschaffung aushändigen lassen, ist zulässig (so auch bereits LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.07.2010, a.a.O.).

57. Die Beschwerdegegnerin hat zwischenzeitlich in Erfüllung des Auflagenbeschlusses der Vergabekammer des Landes Brandenburg im Verfahren VK 9/10 vorgetragen, dass Vertreter des N.I.O. e.V. ihr gegenüber bestätigt haben, dass eine Beschaffung der parenteraler Zubereitungen durch die Versicherten derzeit praktisch nicht vorkommt. Dies lasse sich auch Aussagen der in Zytostatikaversorgung tätigen Apotheker entnehmen, die etwa auf ihren Websites darauf hinweisen würden, dass die Bestellung der Lösungen über den Arzt erfolge.
58. Die Beschwerdegegnerin hat zudem über einen Austausch mit Vertretern des N.I.O. im Vorfeld der Ausschreibung berichtet. Diese hätten ihre Bereitschaft erklärt, die Ausschreibung als Pilotprojekt zu akzeptieren. Auch die Ärzte hätten ein erhebliches Interesse an der Senkung der Arzneimittelkosten im niedergelassenen ambulanten Bereich, weil nunmehr auch die Krankenhäuser an der ambulanten Versorgung teilnehmen könnten und die Arzneimittelpreise in den Krankenhausapotheken (vgl. § 14 Abs. 7 ApoG) deutlich geringer seien und sie andernfalls um die Wettbewerbsfähigkeit der niedergelassenen Onkologen fürchteten.
59. Im Hinblick auf diese Ausführungen ist hinreichend sicher, dass sich die Onkologen zukünftig an die Verständigung ihres Verbandes mit der Krankenkasse halten und den vom Gesetz jedenfalls primär angedachten direkten Versorgungsweg wählen werden. Die Beschwerdegegnerin verweist zutreffend darauf, dass die verordnenden Vertragsärzte auch zukünftig unter Beachtung des Wirtschaftlichkeitsgebotes gehalten sind, das von ihr gewählte

Modell nicht zu unterlaufen. Dem steht auch nicht entgegen, dass theoretisch eine Beschaffung auf dem „normalen Versorgungsweg“ unter Abrechnung nach der Hilfstaxe nicht in jedem konkreten Einzelfall zu (ggf. regressbegründenden) Mehrkosten für die Beschwerdegegnerin führen wird, sondern umgekehrt sogar günstiger sein kann, da der Preiskalkulation der Vertragsapotheke eine Mischkalkulation zugrunde liegen soll, die auch kostenaufwändigere Herstellungen, Primärpackungen, Trägerlösungen etc. berücksichtigt. Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist jedoch nicht einzelfallbezogen, vielmehr soll die Gesamtbeschaffung mit den Zubereitungen möglichst günstig sein. Es sprechen mithin auch ökonomische Erwägungen dafür, dass die Vertragsärzte zukünftige Verordnungen ganz überwiegend mit den Losgewinnern abwickeln werden (in diesem Sinne auch schon im Falle des exklusiven Impfstoffbezugs in Apotheken LSG Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 30.06.2010 – L 10 KR 38/10 B ER- juris).

60. Nichts anderes folgt aus dem von der Beschwerdeführerin angeführten und auch von der Beschwerdegegnerin nicht in Abrede gestellten besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Arzt und versorgender Apotheke. Es spricht nichts dagegen, dass auch mit dem Losgewinner eine vertrauensvolle Zusammenarbeit des Arztes erreicht werden kann. Auch auf etwaige Erklärungen von Patienten kommt es insoweit nicht an. Der Senat hält auch weitere Ermittlungen, insbesondere die Befragung von Versicherten nicht für erforderlich. Erklärungen der Versicherten über ein von ihnen ggf. geplantes zukünftiges Vorgehen sind für die Bestimmung des Auftragsvolumens nicht relevant. Insoweit kam es auch nicht auf die von der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung vorgelegten, von einem Apotheker vorformulierten und von Patienten unterzeichneten Erklärungen an, dass sie zukünftig darauf bestehen würden, die bisher bewährte Zusammenarbeit mit dem Apotheker beizubehalten.
61. Soweit die jetzige Prognose eine Restunsicherheit enthält, ist diese als bloß „weiche Flanke“ der Ausschreibung „vergaberechtlich hinnehmbar“ (so treffend die Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 29.04.2010, a.a.O.). Die Möglichkeit, dass es sich bei dem in Aussicht genommenen Auftragsvolumen auf der Grundlage der bisherigen Verordnungen nicht um das tatsächlich von den Ärzten zu erwartende handelt, ist keine Unsicherheit, die das Auftragsvolumen als unrealistisch darstellt.
62. Gleichzeitig fehlt damit, obwohl theoretisch das Auftragsvolumen auch Einfluss auf den Preis hat (je größer das Volumen, desto eher kann der Preis pro Einheit gesenkt wer-

den), kein für die Preisermittlung relevanter Umstand im Sinne des § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A (vgl. zur Pflicht der Ermittlung und Mitteilung der für die Preisermittlung relevanten Umstände durch den Auftraggeber: Raufeisen in Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht 2008, § 8 VOL/A Rdnr. 27).

63. Den Bietern wird auch kein ungewöhnliches Wagnis überbürdet. § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A schreibt verbindlich vor, dass dem Auftragnehmer kein ungewöhnliches Wagnis aufgebürdet werden soll für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Auswirkungen auf die Preise und Fristen er nicht im Voraus schätzen kann. Ein ungewöhnliches Wagnis stellen nur solche Risiken dar, die der Auftragnehmer nach der im jeweiligen Vertragstyp üblicherweise geltenden Wagnisverteilung an sich nicht zu tragen hat. Die Vorschrift findet hingegen von vornherein keine Anwendung auf solche Risiken, die vertragstypisch ohnehin den Auftragnehmer treffen (so OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.09.2003 -VII-Verg 26/03- juris mit weiteren Nachweisen). Vergaberechtswidrig nach § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A ist nicht die mit einer Vertragsbedingung möglicherweise verbundene Ungewissheit, sondern erst die Unzumutbarkeit einer kaufmännisch vernünftigen Kalkulation infolge dieser Ungewissheit (so auch Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 15.11.2007 -VK 2 105/07- juris unter Bezugnahme auf OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.10.2006 -Verg 39/06-).

64. Es gibt keine stichhaltigen Anhaltspunkte dafür, dass die von der Beschwerdegegnerin zugrunde gelegten Ausgangsdaten, die Verordnungen des ersten Halbjahres 2009, relevant unrichtig sind. Die Beschwerdegegnerin war auch nicht gehalten, weitere Daten – etwa die Verordnungen bezogen auf ein ganzes Jahr – zu erheben und auszuwerten. Kalkulatorisch größere Sicherheit wäre insoweit bei beispielsweise nicht voraussehbarer Zahl und Art der Erkrankung nicht zu erreichen gewesen. Aus dem Ordnungsverhalten in der Vergangenheit sind nur begrenzt Schlüsse auf den Vertragszeitraum möglich, auch im Hinblick darauf dass nicht sicher ist, welche Onkologen im bebotenen Gebietslos zukünftig tätig sind.

65. Ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A begründet nicht die Preisbildung (nur) anhand der Substanzmenge. Einer Ausdifferenzierung u.a. nach Herstellungskosten, Kosten für Packmittel und Transporte bedarf es bei einer Rahmenausschreibung nicht. Diese Kosten sind im Rahmen einer Mischkalkulation zu schätzen. Die Beschwerdeführerin meint zwar, Dienstleistungen, Trägerlösungen und Packmittel würden im statistischen Mittelwert rund 50 % der Gesamtaufwendungen ausmachen. Dem ist die Be-

schwerdegegnerin aber argumentativ entgegengetreten: Die Herstellungskosten sind von erfahrenen Apothekern in Abhängigkeit von der jeweiligen Wirkstoffmenge schätzbar. Die Kosten für Trägerlösungen und Packmittel fallen gegenüber den Kosten für den Einkauf des Wirkstoffes praktisch nicht ins Gewicht. Als Applikation kommen ausschließlich Infusionen in Betracht; soweit besondere Applikationsformern als Primärpackmittel ausdrücklich verordnet werden, sind diese nach dem Vertragsentwurf gesondert zu vergüten. Als Trägerlösung werden ausschließlich NaCl-(Kochsalz)Lösungen oder Glucoselösungen verwendet, die ebenso wie Infusionsbeutel, relativ niedrigpreisig sind im Verhältnis zu den Wirkstoffen.

66. Schwankungen der Einkaufspreise kann der Bieter zumindest zum Teil durch den Abschluss von Einzelverträgen mit den Herstellern, jedenfalls aber durch Kalkulation von Sicherheitszuschlägen begegnen. Vor unvorhersehbaren Preisschwankungen ist der Bieter durch die allgemeinen Rechtsvorschriften hinreichend geschützt, insbesondere durch einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB.
67. Fehlende Angaben zum Aut-Idem-Ausschluss begründen keinen Verstoß gegen das einfachgesetzlich in § 97 Abs. 2 GWB normierte Diskriminierungsverbot. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet, soweit möglich bestehende Wettbewerbsvorteile und -nachteile potentieller Bieter durch Informationsvorsprünge einzelner Bieter durch entsprechende Angaben in den Ausschreibungsunterlagen auszugleichen (so Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 4. Aufl. 2007, § 97 Rdnr. 64 unter Verweis auf VK Bund vom 28.01.2005 -VK 3-221/04- und vom 19.09.2001 -VK 1-33/01-). Bei den Aut-Idem-Substitutionen handelt es sich nicht um relevante Informationsvorsprünge, wie sich mittlerweile gezeigt hat. Aus den Auswertungen vergangener Zeiträume kann per se nur ein bedingter Schluss auf den Ausschreibungszeitraum gezogen werden. Ausschreibungsgegenstand ist eine Rahmenschreibung. Die konkrete Nachfrage nach den Medikamenten hängt -wie bereits darlegt - u.a. von den Erkrankungen der Versicherten ab. Zudem spricht der Umstand relativer Fluktuation der Ärzte als Verordnungsstellen gegen Wissensvorsprünge lokaler Apotheker. Es ist ungewiss, ob der konkret verschreibende Arzt zukünftig überhaupt bzw. weiter im Gebietslos tätig ist.
68. Die Beschwerdegegnerin hat in den Verdingungsunterlagen (dort Seite 11) ausgeführt, dass nach ihrem Kenntnisstand davon auszugehen sei, dass bei den vertragsgegenständlichen Zubereitungen die Aut-Idem-Substitution angesichts der Verpflichtung des Vertragsarztes zur wirtschaftlichen Ordnungsweise nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werde

(so auch LSG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 22.07.2010, a.a.O.). Sie kann und darf eine am Wirtschaftlichkeitsgebot ausgerichtete Verwaltungspraxis unterstellen. Den Apothekern sind die Voraussetzungen des Ausschlusses der Aut-Idem-Substitution bekannt. Da sie sich auch ohne konkrete Zahlen im Rahmen ihrer täglichen Praxis ein Bild davon machen können, wie häufig Aut-Idem-Ausschlüsse vorkommen, sind sie in der Lage, auch diesen Aspekt bei der Angebotskalkulation angemessen zu berücksichtigen (so auch LSG Nordrhein-Westfalen, wie vor).

69. Die von der Beschwerdegegnerin im Rahmen des Auflagenbeschlusses der Vergabekammer VK 9/10 durchgeführte Stichprobenhafte Auszählung hat ergeben, dass jedenfalls auf die Lose, für die sich die Beschwerdeführerin beworben hat, von einem auffälligen Setzen des Aut-Idem-Kreuzes nicht ausgegangen werden kann.

70. Die von der Beschwerdeführerin gegen die Loslimitierung und Losbildung erhobenen Rügen sind vergaberechtlich nicht begründet. Die Beschwerdeführerin hat in den Verdingungsunterlagen (dort Ziffer 10) angeführt, dass sie möglichst nach Herstellung und Lieferumfang vergleichbare Lose bilden wollte. Eine Loslimitierung ist grundsätzlich zulässig (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Juni 2000-Verg 6/00). Sie dient dem Schutz des Wettbewerbs durch Vermeidung der Abhängigkeit des öffentlichen Auftraggebers (als Nachfrager) von einem Hersteller und dem Erhalt einer Vielfalt von Anbietern, die im Wettbewerb zueinander stehen. Die Beschwerdegegnerin hat innerhalb des ihr zustehenden Ermessens sachlich begründet, dass sie die Risikostreuung sicherstellen und eine Monopolstellung eines Leistungserbringers vermeiden will. Sie hat insoweit die Interessen der potentiellen Bieter, auch derer, die bisher einen relativ hohen Marktanteil an parenteralen Hilfsmitteln bedient haben, mit denen der zu versorgenden Versicherten gegeneinander in nicht zu beanstandender Weise abgewogen.

71. Die von der Beschwerdeführerin gerügte Vertragsstrafenregelung (§ 10 des Vertragsentwurfes) ist nicht vergaberechtswidrig. Nach § 12 VOL/A sollen Vertragsstrafen nur für die Überschreitung von Ausführungsfristen abbedungen werden, wenn die Überschreitung erhebliche Nachteile verursachen kann. § 12 VOL/A besagt indes nicht, dass die Vereinbarung von Vertragsstrafen für andere Fallgestaltungen vergaberechtlich unzulässig ist (Raufeisen in Willenbruch/Bischoff, a.a.O. S. 497). Die Regelung zur Vertragsstrafe bei Lieferausfällen entsprechend der Definition in § 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfes bzw. bei Verstößen nach § 10 Abs. 3 des Vertragsentwurfes stellen vergaberechtlich zulässige Regelungen

gen dar. Sie sind im Hinblick auf den Sicherstellungsauftrag der Beschwerdegegnerin gerechtfertigt. Sie bezwecken die Vermeidung erhebliche Nachteile im Sinne von § 12 Satz 1, 2. Halbsatz VOL/A, die den schwerkranken Versicherten der Beschwerdegegnerin bei nicht vertragsgemäßer Leistungserbringung drohen (so im Ergebnis auch Vergabekammer des Bundes -VK 2-20/10-).

72. Die von der Beschwerdeführerin angeführte Höchstgrenze von 5 % der Auftragssumme nach der Rechtsprechung des BGH (Urteil vom 23.01.2003 –VII ZR 210/01-) wird durch die vorliegende Vertragsgestaltung nicht überschritten. Insoweit ist es auch nicht zu beanstanden, dass die Ermittlung des (Gesamt-)Auftragsvolumens erst nach dem Ende der Vertragslaufzeit feststeht. Die Beschwerdeführerin verkennt insoweit, dass es der Beschwerdegegnerin bei Verstoß gegen die vertraglichen Vereinbarungen auch freisteht, einen im Einzelfall ggf. höheren Schaden geltend zu machen. Ein Liquiditätsabfluss durch Schadenersatzansprüche ist durch den Bieter auch insoweit nicht abschließend vorhersehbar. Während der Vertragslaufzeit ist die Höhe des Schadens aufgrund Vertragsklausel durch die Angabe der Einzelstrafen durchaus kalkulierbar.
73. Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Zuschlagsankündigung. Ihre Rügen gegen die beabsichtigte Zuschlagserteilung der Apotheke im Diakonissenhaus mit Sitz in Leipzig, die infolge der räumlichen Entfernung zu den in Berlin ansässigen Onkologen die Versorgung mit den streitgegenständlichen Zubereitungen nicht sicherstellen könne, greift nicht durch. Es ist nach den Rahmenverträgen zulässig, ortsansässige Unterauftragnehmer zu beauftragen (Ziffer 11 der Rahmenbedingungen). Eine Teilnahme nur der ortsansässigen Apotheker am Vergabeverfahren ist weder geboten noch zulässig. Eine Ausschreibung die nicht ortsansässige Apotheker ausschließen würde, verstieße gegen das in § 97 GWB verankerte Verbot der Diskriminierung. Ausweislich des Vergabevermerks hat die Apotheke im Diakonissenhaus ein Angebot unter Benennung zweier Unterauftragnehmer abgegeben. Die bloße Vermutung der Beschwerdeführerin, dass einer Apotheke mit Sitz in Leipzig die Versorgung der Versicherten in Berlin zu den in den Vergabeunterlagen aufgeführten (Liefer-)Bedingungen nicht möglich sein sollte, ist durch Tatsachen nicht erhärtet.
74. Dass die Apotheke im Diakonissenhaus mit der Schlehen-Apotheke eine (ggf. verdeckte) Bietergemeinschaft bildet, ist nicht ersichtlich. Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass die beiden Apotheken gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerbs verstoßen haben oder sonstige vergaberechtswidrige Absprachen getroffen haben. Insoweit besteht auch kei-

ne Notwendigkeit, der Beschwerdeführerin in einem weitergehenden Umfang Einsichtnahme in die Vergabeakten zu gewähren. Nach §§ 120 Abs. 2, 72 Abs. 2 GWB ist u.a. Einsicht in Vorakten und Beiakten nur mit Zustimmung der Stelle zulässig, der die Akten gehören. Die Zustimmung zur Einsicht ist zu versagen, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen, geboten ist (hierzu Stockmann in Immenga/Mestmäcker, a.a.O., § 120 Rdnr. 15). Die Gebote der konkurrierenden Bieter sind jedenfalls von der Einsichtnahme vollumfänglich auszuschließen, da während des laufenden Verfahrens deren Geheimhaltungsinteressen denen der Beschwerdeführerin als vorrangig anzusehen sind.

75. Ein Verstoß gegen den Grundsatz des Geheimwettbewerb liegt vor, wenn an der Ausschreibung ein Bieter teilnimmt, dem nach dem gewöhnlichen Verlauf (ganz oder teilweise) das Angebot oder zumindest die Angebotsgrundlagen eines Mitbewerbers um den Zuschlag bekannt ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.09.2004 -VI-W 24/04 (Kart) -juris). Hierfür reicht beispielsweise nicht der bloße Umstand, dass ein Bieter, der ein eigenes Angebot zum Vergabeverfahren eingereicht hat daneben von einem anderen Bieter als Nachunternehmer eingesetzt werden soll (so schon OLG Düsseldorf Beschluss vom 13.04.2006 -VII-Verg 10/06-. Vorliegend sind Indiztatsachen für einen Verstoß gegen den Geheimwettbewerb nicht vorgetragen oder ersichtlich. Die beiden auswärtigen Apotheken haben sich nicht gegenseitig als Unterauftragnehmer benannt. Allein der Umstand, dass ihre Inhaber vermutlich familiär verbunden sind, rechtfertigt nicht den Verdacht, dass sie sich über die Inhalte ihrer Angebote (oder wesentliche Teile davon) informiert haben.
76. Eine Divergenzvorlage an das BSG nach § 142a Abs. 4 SGG hat nicht zu erfolgen. Dem Senat ist keine Entscheidung im Sinne des § 142a Abs. 4 Satz 1 SGG bekannt, von der er abweicht. Der Beschluss des LSG Nordrhein-Westfalen vom 22.07.2010, a.a.O, enthält keine abweichende Entscheidung in der Sache, der Rechtsstreit ist auch nicht wegen beabsichtigter Abweichung von Entscheidungen eines Oberlandesgerichts oder des Bundesgerichtshofs grundsätzlich bedeutsam.
77. Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 142a SGG, 120, 78 Satz 1 und 2 GWB. Die Beschwerdeführerin hat die Kosten des Verfahrens durch ihr unbegründetes Rechtsmittel veranlasst. Die außergerichtlichen Kosten der Beschwerdegegnerin waren zur zweckentsprechenden Erledigung der Angelegenheit notwendig.

78. Dieser Beschluss kann nicht mit der Beschwerde an das BSG angefochten werden (§§ 142a, 177 SGG).

Spohn

Pfistner

Längert

Ausgefertigt
Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, 1. Oktober 2010


Weber
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle

