

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg

Az.: L 1 SF 98/10 B Verg



Beschluss

In dem Verfahren

- Beschwerdeführerin -

Prozessbevollmächtigte:

gegen

- Beschwerdegegnerin -

Prozessbevollmächtigte:

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

Die Beschwerde gegen den Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 8. April 2010 in der Fassung des Beschlusses vom 12. April 2010 wird zurückgewiesen.

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

Die Hinzuziehung eines Bevollmächtigten durch die Beschwerdegegnerin war notwendig.

Gründe

I.

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.

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.

Die Bekanntmachung bestimmte zunächst, dass Angebote „nur für ein Los“ eingereicht werden sollten. Die Rahmenvereinbarungen sollen auf grundsätzlich 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.

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. 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.

Die Beschwerdeführerin hat sich auf die Lose 5, 7, 9 und 11 beworben.

Mit Schreiben vom 26. Januar 2010 beanstandete die Beschwerdeführerin unter anderem die Loslimitierung. Mit anwaltlichen Schreiben vom 29. Januar (eingegangen am selben Tag) rügte sie weiter neben anderem die fehlende Exklusivität im Hinblick auf die Wahlfreiheit der Versicherten und konkurrierende Krankenhausapotheken. Auf den Schriftsatz wird ergänzend Bezug genommen. Mit Schriftsätzen vom 3. und 8. Februar 2010 erhob sie weitere Rügen, stellte Fragen und bat um Klarstellungen.

Die Beschwerdeführerin stellte mit anwaltlichem Schriftsatz vom 12. Februar 2010 bei der Vergabekammer des Landes Brandenburg einen Antrag auf Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens. Sie ergänzte mit Schriftsatz vom 26. Februar 2010, auf den verwiesen wird, ihren Nachprüfungsantrag.

Am 3. März 2010 machte die Beschwerdegegnerin im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union eine Änderung der Ausschreibungsbedingungen bekannt. Mit E-Mail vom

5. März 2010 stellte sie den interessierten Unternehmen geänderte Verdingungsunterlagen zur Verfügung. Die Änderungen betrafen im Wesentlichen die Aufhebung der Loslimitierung - Angebote können nunmehr auf alle 13 Lose abgegeben werden, die Zahl der möglichen Zuschläge wurde limitiert auf vier -, die Erhöhung der Rahmenvertragspartner auf zwei sowie einzelne Regelungen des Rahmenvertrages. Die Angebotsfrist wurde bis zum 20. April 2010, 12.00 Uhr verlängert.

Mit Schreiben vom 5. März 2010 und vom 11. März 2010 erhob die Beschwerdeführerin weitere Rügen.

Mit Telefax vom 12. März 2010 teilte die Beschwerdegegnerin den Interessenten weitere Änderungen mit. Sie versandte die hierzu relevanten Unterlagen am 15. März 2010. Eine weitere Bekanntmachung erfolgte im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union am 17. März 2010. Darin reduzierte sie die Anzahl der Rahmenvertragspartner wiederum auf einen. Jetzt hat der Bieter hinsichtlich seiner technischen Leistungsfähigkeit zu erklären, dass er im Auftragsfalle in der Lage sei, bezogen auf die Vertragslaufzeit die Doppelten der in den Ausschreibungsunterlagen näher ausgewiesenen Mengen an parenteralen Zubereitungen zu liefern.

Mit weiterem Schreiben vom 18. März 2010 rügte die Beschwerdeführerin erneut die neu ausgestaltete Loslimitierung in Verbindung mit dem ungleichen Loszuschnitt und die fehlende Zurverfügungstellung kalkulationsrelevanten Datenmaterials.

Eine weitere Ergänzung bezüglich der Einlegung von Rechtsbehelfen wurde durch die Beschwerdegegnerin unter dem 24. März 2010 bekannt gemacht.

Die Beschwerdeführerin beantragte im Nachprüfungsverfahren primär, die Ausschreibung -in ihrer mehrfach geänderten Form- aufzuheben, und hilfsweise unter anderem, der Auftraggeberin zu untersagen, die Loslimitierung aufrechtzuerhalten, die Auftraggeberin zu verpflichten, den ausgeschriebenen Rahmenvertrag dahingehend anzupassen, dass das Recht der Auftraggeberin zur Verlängerung des Rahmenvertrages durch einseitige Erklärung gegenüber dem Vertragspartner längstens bis zum 30. Juni 2011 erfolgen könne.

Die Beschwerdegegnerin brachte vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits teilweise unzulässig. Die Beschwerdeführerin habe die Rügen erst mit Schreiben vom 26. Februar 2010 und damit verspätet, nämlich nicht sobald wie möglich, erhoben.

Sie könne in diesem Verfahren nicht die Rechte der Versicherten oder sozialrechtliche Wertentscheidungen geltend machen (Bezugnahme auf LSG Nordrhein-Westfalen, B. v. 30.01.2009 -L 1 KR 1/08-), genauso wenig wie Bestimmungen des Kartellrechts.

Die Rüge fehlender Exklusivität gehe ins Leere. Die Beschwerdegegnerin dürfe die angestrebten Selektivverträge abschließen. § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V sei eine Spezialvorschrift für die Versorgung von Ärzten mit parenteralen Rezepturen. Aus der Verwendung des Begriffes „Sicherstellung“, der Systematik des SGB V, den Vorschriften der Arzneimittelpreisverordnung (AMPreisV) und den Gesetzesmaterialien ergebe sich, dass die Krankenkassen ihre Leistungspflicht auf diesem Gebiet ausschließlich im Rahmen dieser Verträge erbringen könnten (u. a. Bezugnahme auf ein Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 20. Oktober 2009).

Die Ausschreibung verletze auch nicht das Recht des Versicherten auf freie Apothekenwahl, das kein allgemeiner Grundsatz des Sozialversicherungsrechts sei, sondern sich aus einzelnen Bestimmungen ergebe. Diese seien nicht tangiert. So gelte § 31 Abs. 1 S. 5 SGB V nur bei der unmittelbaren Versorgung des Versicherten, nicht jedoch –wie hier- bei Anwendung des § 11 Abs. 2 Apothekengesetz (ApoG). § 11 Abs. 2 ApoG liefere anderenfalls schlicht ins Leere. Die Situation für Apotheker, gegen § 17 Abs. 4 Apothekenbetriebsordnung (ApBetrO) verstoßen zu müssen, wenn nach erfolgtem Zuschlag ein Rezept vorgelegt werde, bestehe nicht.

Mit Beschluss vom 8. April 2010 im schriftlichen Verfahren, welcher der Beschwerdeführerin am selben Tag zugestellt wurde, wies die Vergabekammer den Nachprüfungsantrag zurück.

Dieser sei überwiegend bereits unzulässig.

Die Antragsbefugnis gemäß § 107 Abs. 2 GWB sei fraglich. Mit seinem Hauptantrag ziele das Begehren darauf ab, die Durchführung eines Vergabeverfahrens zu verhindern und die Aufhebung der Ausschreibung zu erreichen. Zwar habe es die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte im Einzelfall für zulässig gehalten, dass die Nachprüfungsinstanzen die Aufhebung des Vergabeverfahrens anordneten. Dies habe jedoch Fälle betroffen, in denen das Vergabeverfahren an schwerwiegenden Vergabeverstößen gelitten habe, die im laufenden Vergabeverfahren nicht mehr heilbar und nur durch eine neue Ausschreibung zu beseitigen gewesen seien (Bezugnahme auf OLG Naumburg, B. v. 16.09.2002 — 1 Verg 2/02). In diesen Nachprüfungsverfahren sei es den Bietern immer darum gegangen, dass ein Zuschlag erteilt und der ausgeschriebene Auftrag vergeben werde. Die von den Nachprüfungsinstanzen angeordnete Aufhebung der Ausschreibung habe nicht zum Ziel gehabt, die Auftragsvergabe zu unterbinden, sie habe dem Auftraggeber vielmehr die Möglichkeit geben sollen, in einer erneuten Ausschreibung die Fehler des aufgehobenen Vergabeverfahrens zu vermeiden. Die Beschwerdeführerin verfolge indes

das Ziel, dass die Ausschreibung aufgehoben werde. Eine erneute Ausschreibung könne sie mit demselben Argument der unzulässigen Loslimitierung bekämpfen.

Es könne hier jedoch dahin gestellt bleiben, ob die Beschwerdeführerin insoweit antragsbefugt sei, weil dem Nachprüfungsantrag der Erfolg aus anderen Gründen versagt bleibe.

Nach § 107 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 und Nr. 3 GWB seien weiter Nachprüfungsanträge dann unzulässig, wenn sie sich auf Verstöße bezögen, die bereits im Vergabeverfahren erkannt bzw. aus der Bekanntmachung und/oder den Vergabeunterlagen erkennbar gewesen und nicht unverzüglich gerügt worden seien. Das sei hier der Fall.

Die mit Schreiben vom 29. Januar 2010 und 3. sowie 8. Februar 2010 vorsorglich erhobenen Rügen, die aufschiebend bedingt noch gar nicht vollzogene Vergabemaßnahmen beanstandeten, seien von vornherein ins Leere gegangen.

Der Nachprüfungsantrag sei jedenfalls offensichtlich unbegründet.

Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Beschwerdeführerin vom 22. April 2010. Zur Begründung hat sie unter anderem ausgeführt, ihr fehle nicht die Antragsbefugnis. Sie habe immer klar geäußert, sich an der Ausschreibung beteiligen zu wollen und habe Angebote eingereicht. Die gegenteiligen Unterstellungen seien wohl -unter Verletzung rechtlichen Gehörs- durch Übernahme des Beschwerdegegnerinnen-Vortrages im Schriftsatz vom 30. März 2010 erfolgt, den sie erst verspätet am 9. April 2010 erhalten habe. Ihre Rügen seien auch nicht verspätet vorgebracht worden.

In der Sache könne die Beschwerdegegnerin eine Vergütung für andere Apotheker als Losgewinner nicht ausschließen und das Apothekenwahlrecht des Versicherten nicht einschränken. Aufgrund § 17 Abs. 4 ApoBetrO müssten andere Apotheker die Arzneimittel bei Einreichung eines ordnungsgemäßen Rezeptes abgeben. Auch der Losgewinner laufe Gefahr, vertragswidrig so handeln zu müssen. Ferner sei auch die Auswahlfreiheit der Vertragsärzte nicht einschränkbar. Ungewiss sei auch der Anteil der Krankenhausapotheken.

Mit Beschluss vom 5. Mai 2010 hat der Senat die aufschiebende Wirkung der Beschwerde vom 22. April 2010 bis zur Entscheidung über diese verlängert.

Er hat ferner im Parallelverfahren (Az L 1 SF 95/10 B Verg) mit Beschluss vom 7. Mai 2010 den dortigen Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg aufgehoben und diese verpflichtet, über die Anträge der dortigen Beschwerdeführerin erneut unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Gerichts zu entscheiden.

Mit Schriftsatz vom 17. Juni 2010 (eingegangen am selben Tag bei Gericht) hat die Beschwerdeführerin einen Verstoß gegen das Transparenzgebot aus § 97 Abs. 1 GWB gerügt. Die Dokumentation des Vergabeverfahrens sei nicht ordnungsgemäß. Aktenbestandteil seien Vermerke, die unvollständig und nicht mit rechtswirksamer Unterschrift versehen seien. Ferner gäbe es fehlerhafte bzw. intransparente Zuordnungen.

Die Beschwerdegegnerin könne ferner keine Erfahrungen zum „Verwurf“ voraussetzen, weil erst mit der Hilfstaxe rückwirkend zum 1. Januar 2010 der Begriff „Verwurf“ definiert worden sei.

Es sei der Beschwerdeführerin ferner unzumutbar, sich darauf verlassen zu müssen, dass die Beschwerdegegnerin das ihr bei der Vertragsstrafenfestsetzung zustehende Ermessen ordnungsgemäß ausüben werde. Insoweit bestünden ungewöhnliche Wagnisse im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 Verdingungsordnung für Leistungen –Teil A, Ausgabe 2006 (VOL/A).

Mit Faxschreiben vom 28. Juni 2010 teilte die Beschwerdegegnerin der Beschwerdeführerin mit, ihr den Zuschlag für kein Los erteilen zu wollen (Zuschlagsankündigung).

Die Beschwerdeführerin beanstandete die Zuschlagsankündigung mit Schriftsatz vom 4. Juli 2010: Die Beschwerdegegnerin habe zunächst den Ausgang der bisherigen Beschwerdeverfahren abzuwarten. Die Benennung des Datums 9. Juli 2010 als Zuschlagstermin sei nicht sachgerecht, weil die Beschwerdegegnerin den Gewinnern gegenüber die Bindefrist bis Ende Oktober verlängert habe. Unter den angekündigten Losgewinnern seien ferner auch Apotheken aus dem Raum Leipzig. Diese könnten bereits wegen der Entfernung nach Berlin die Eil-Lieferfrist von 45 Minuten nicht erfüllen. Den Zuschlag hätten ferner zwei Apotheken erhalten, die eine Bietergemeinschaft bildeten. Auch eine Bietergemeinschaft aus mehreren Apotheken könne jedoch nur für maximal vier Lose den Zuschlag erhalten.

Mit Schriftsatz vom 1. Juli 2010 hat die Beschwerdegegnerin in Erfüllung des Aufklärungs- und Auflagenbeschlusses der Vergabekammer des Landes Brandenburg dieser gegenüber ergänzende Sachverhaltsangaben gemacht. Auf die zur hiesigen Akte eingereichten Auszüge wird ergänzend verwiesen.

Die Beschwerdeführerin hat hierzu mit Schriftsatz vom 19. Juli 2010 vorgebracht, es müsse der Beschwerdegegnerin möglich sein, nachzuvollziehen, ob und in wieviel Fällen die verordneten Ärzte das Verordnungsformular an ihre Patienten ausgehändigt hätten. Die generellen Anga-

ben, dass die Beschaffung unmittelbar durch die Versicherten praktisch nicht vorkomme o. ä. seien viel zu ungenau.

Ferner könne die Darstellung der Beschwerdegegnerin, dass der Wechsel von Vertragsärzten in medizinischen Versorgungszentren und Gemeinschaftspraxen starken Schwankungen unterliege, nicht durch repräsentative Berechnungen erfolgt sein. Die Beschwerdeführerin habe jedenfalls bislang noch keinen Onkologen „verloren“. Auch sei die Mitteilung der Gesamtfluktuation in den medizinischen Versorgungszentren irrelevant. Es käme alleine darauf an, welche Fluktuationen bei den onkologisch tätigen Vertragsärzten bestünden, die auch tatsächlich die Verordnungen ausstellten. In der Regel seien pro medizinischem Versorgungszentrum nur ein Onkologe oder allenfalls einige wenige Onkologen beschäftigt. Die angezweifelte „hohe Fluktuationsrate“ könne sich nicht auf die Onkologen beziehen.

Ferner sei die Auswertung der Aut-Idem-Verordnungen nicht valide. Handschriftlich gesetzte Aut-Idem-Kreuze hätten nicht aussortiert werden dürfen, weil es bei Zweifeln über die Richtigkeit einer Verordnung ausreiche, wenn der Apotheker beim verordnenden Vertragsarzt nachfrage. Die Realquote müsse deshalb deutlich höher liegen.

Sie beantragt sinngemäß,

mit der Maßgabe, dass sich die Anträge jeweils auf die Lose 5, 7, 9 und 11 beziehen, auf die sie sich beworben hat,

1. der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 08.04.2010 (Az. VK 7/10) wird aufgehoben;
2. die im Supplement zum Amtsblatt der EU ABI/S S12 vom 19.01.2010 erstmals bekanntgemachte Ausschreibung mit der Vergabe-Nr. 2010/S 12-015326, geändert durch die Bekanntmachung vom 03.03.2010 im Supplement zum Amtsblatt der EU ABI/S S43 (62081-2010-DE), erneut geändert durch Bekanntmachung im Supplement zum Amtsblatt der EU ABI/S S53 vom 17.03.2010 (77420-2010-DE) wird aufgehoben;

hilfsweise:

3. die Vergabekammer zu verpflichten, unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des angerufenen Gerichts über die Sache erneut zu entscheiden;

äußerst hilfsweise:

4. festzustellen, dass die Beschwerdegegnerin gegen zwingende Vorschriften des Vergaberechts verstoßen hat und der Beschwerdeführer hierdurch in seinen Rechten verletzt ist;

sowie:

5. dem Beschwerdeführer Einsicht in die Vergabeakten zu gewähren;
6. die Hinzuziehung des Verfahrensbevollmächtigten des Beschwerdeführers gemäß § 128 Abs. 4 GWB für notwendig zu erklären;
7. der Beschwerdegegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der zweckentsprechenden Rechtsverfolgung des Beschwerdeführers aufzuerlegen.

Die Beschwerdegegnerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen,
2. dem Antragsteller und Beschwerdeführer die Kosten des Beschwerdeverfahrens und Eilantragsverfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antrags- und Beschwerdegegnerin aufzuerlegen und
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung eines anwaltlichen Bevollmächtigten durch die Antrags- und Beschwerdegegnerin notwendig war.

Sie hat zur Begründung unter anderem ausgeführt, sie halte an ihrer Auffassung fest, dass sie aufgrund § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V zum Abschluss von Selektivverträgen zur Sicherstellung der Versorgung berechtigt sei, wie sich insbesondere aus der Entstehungsgeschichte der Vorschrift und der des § 129 Abs. 5a SGB V ergebe.

Der Exklusivanspruch des Gebietsgewinners werde noch durch Informationen für Ärzte, Apotheker und Versicherte flankiert werden. Es liege auch kein Verstoß gegen das Apotheken-

wahlrecht des Versicherten vor. Im Sonderfall des § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V werde nicht der Versicherte versorgt, sondern der Arzt. Diese Auffassung habe die Vergabekammer des Landes Brandenburg in ihrem Beschluss vom 19. April 2010 (VK 12/10) geteilt unter Übernahme der Rechtsauffassung des Bundesgesundheitsministeriums. Der Versicherte erhalte die Behandlung einschließlich der Verabreichung der Infusionen. Dies sei die Folge der Besonderheit parenteraler Zubereitungen, bei der die bloße Abgabe an den Versicherten nicht ausreiche, sondern der Arzt das Arzneimittel verabreichen müsse. Das Wahlrecht nach § 31 Abs. 1 S. 5 SGB V beziehe sich nur auf die Fälle, bei denen der Versicherte selbst mit den Arzneimitteln versorgt werde. Im Übrigen sei § 31 Abs. 1 S. 5 SGB V von vornherein nicht anwendbar. Die Vorschrift müsse im Lichte des § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V ausgelegt werden und müsse zurücktreten, wenn ein Selektivvertrag bestehe. Aus § 11 Abs. 2 ApoG folge schließlich keinesfalls ein Wahlrecht des Arztes.

Die Beschwerdegegnerin habe ferner die Kalkulationsgrundlagen ausreichend genau mitgeteilt und sei ihren Pflichten nach § 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A hinreichend nachgekommen. Die Anforderungen an Rahmenausschreibungen dürften nicht überspannt werden (Bezugnahme auf Entscheidungen der VK des Bundes).

Ferner gebe es einen datierten und unterschriebenen und jeweils fortlaufend aktualisierten Vergabevermerk.

Sie hat ferner auf Angaben von Apothekern im Parallelverfahren vor dem Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen hingewiesen, die der dortige Vorsitzende unwidersprochen dahingehend zusammengefasst habe, dass Direktbeschaffungen im niedrigen einstelligen Prozentbereich anzusiedeln seien. Ferner gäbe es keine „onkologischen Vertragsärzte“. Die ermittelten hohen Fluktuationsraten bezögen sich auf die Ärzte, die parenterale Zubereitungen zur Behandlung in der Onkologie verordneten.

Auf die von den Beteiligten vor der Vergabekammer und im gerichtlichen Verfahren eingereichten Schriftsätze wird ergänzend Bezug genommen.

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg.

1. Nach § 142a Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz (SGG) i. V. m. § 116 GWB entscheidet das Landessozialgericht über Beschwerden gegen Entscheidungen der Vergabekammer, die Rechtsbe-

ziehungen nach § 69 SGB V betreffen.

Der Beschluss der Vergabekammer des Landes Brandenburg vom 08. April 2010 betrifft die Ausschreibung selektiver Lieferverträge zwischen einzelnen Apotheken und einer Krankenkasse und damit Rechtsbeziehungen nach § 69 Abs. 1 S. 1 SGB V.

Die sachliche und örtliche Zuständigkeit des Landessozialgerichts Berlin-Brandenburg ergibt sich aus § 29 Abs. 5 S. 1 SGG.

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.

1.1 Die Beschwerde ist statthaft (§ 142a Abs. 1 SGG i. V. m. § 116 Abs. 1 GWB).

Sie ist fristgemäß innerhalb von zwei Wochen und formgerecht mit Antrag und Begründung durch Rechtsanwälte eingelegt worden (§ 142a Abs. 1 SGG i. V. m. § 117 GWB).

1.2 Die Beschwerdeführerin ist beschwerdebefugt. Ihrem Begehren fehlt es nicht deshalb generell am Rechtsschutzbedürfnis, weil sie bereits das Nachprüfungsverfahren nicht zulässig betrieben hat. Sie war und ist vielmehr antragsbefugt nach § 107 Abs. 2 GWB. Sie hat hinreichend deutlich und im Verfahren durchgehend und rechtzeitig geltend gemacht, in ihrem Anspruch auf Einhaltung der Vergabevorschriften (§ 97 Abs. 7 GWB) verletzt zu sein:

Nach Auffassung des Senats hätte die Vergabekammer aus dem Rügevorbringen und den Schriftsätzen im Nachprüfungsverfahren nicht den Schluss ziehen dürfen, die Beschwerdeführerin bezwecke letztlich nur, die Beschwerdegegnerin zu veranlassen, von der Ausschreibung Abstand zu nehmen. Ihre Ausführungen beschäftigen sich nämlich durchgehend nicht nur mit der von ihr angenommenen Rechtswidrigkeit der Ausschreibung. Sie hat vielmehr von Anfang an -und mit ihrem ersten Anfrageschreiben ohne die bemängelten grundsätzliche Rüge- vorgetragen, ein Angebot abgeben zu wollen.

Die Rüge mangelnder Exklusivität vom 29. Januar 2010 ist rechtzeitig und durchgängig erhoben worden. Der Antrag ist insoweit nicht nach § 107 Abs. 3 Nr. 1 GWB unzulässig (Unterlassen einer unverzüglichen Rüge nach Erkennen des gerügten Verstoßes). Es gibt keinerlei Anhaltspunkte, dass der Beschwerdeführerin oder ihren Bevollmächtigten dieser Einwand bereits erheblich vor dem Zeitpunkt der Einreichung der Rüge durch ihre bevollmächtigten Rechts-

anwälte bewusst gewesen ist. Fristablauf im Sinne des § 107 Abs. 3 S. Nr. 2 und 3 GWB war frühestens der 2. März 2010, das Datum zu dem zunächst die Angebote spätestens einzureichen waren.

1.4 Der Senat kann dahinstehen lassen, ob der ausdrücklich auf Aufhebung des Vergabeverfahrens hinsichtlich der Lose 5, 7, 9 und 11 gerichtete Antrag der Beschwerdeführerin als solcher zulässig ist (dagegen LSG Nordrhein-Westfalen –LSG NRW-, B. v. 22.07.2010 –L 21 SF 152/10 Verg-, unter Bezugnahme auf den Bundesgerichtshof –BGH-, B. v. 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 - 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 geltend macht.

1.5 Von vornherein unzulässig sind jedoch die Rügen, dass durch die angestrebte Gebietsmonopolisierung die Rechte der Versicherten bzw. der Sicherstellungsauftrag diesen gegenüber verletzt werde.

Der Senat teilt die Auffassung, dass im Rahmen der §§ 97 Abs. 7, 107 Abs. 2 GWB keine sozialrechtlichen Wertentscheidungen angemahnt werden können (so bereits B. v. 05.05.2010 unter Bezugnahme auf LSG NRW B. v. 20.01.2009 -L 21 KR 1/08 SFB-). Die Beschwerdeführerin kann sich also im Vergabeverfahren nicht darauf berufen.

Entsprechendes gilt für die sinngemäße Einlassung, das Vergütungssystem nach der Hilfstaxe, welche dem Apotheker eine Bezahlung seiner Lieferungsleistungen unabhängig von der Preisentwicklung der Medikamente gewährleistet, müsse erhalten bleiben. Denn es erscheint 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. Das Bundesverfassungsgericht (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 Freiheitschutzes 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 darauf, 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“.

Die Beschwerdeführerin hat ihre Rügen aber nicht hierauf beschränkt.

2. Die Beschwerde ist jedoch unbegründet. Die Vergabekammer des Landes Brandenburg hat den Nachprüfungsantrag zu Recht abgewiesen.

2.1 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 GKV durch den Bund finanziert (vgl. §§ 3, 220 sowie 221, 271 SGB V). Sie unterliegen einer engmaschigen staatlichen Rechtsaufsicht. Dies reicht für die Qualifikation als öffentlicher Auftraggeber aus (ebenso LSG NRW, B. v. 10.09.2009 –L 21 KR 53/09 SFB- juris Rdnr. 47 mit Bezugnahme u. a. auf den Europäischen Gerichtshof, Urteil vom 11.06.2009 - C-300/07). Ein öffentlicher Auftrag ist jedenfalls immer dann anzunehmen, wenn durch vertragliche 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 Zubereitungen versorgen.

2.2 Die neue Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung -VgV) in der Fassung der Verordnung zur Anpassung der VgV vom 07.06.2010 (BGBl I S. 724 ff) und die neue VOL/A (Abschnitt 2) sind nicht anzuwenden. Nach § 23 S. 1 der neuen VgV sind bereits begonnene Vergabeverfahren nach dem Recht zu beenden, das zum Zeitpunkt des Beginns des Verfahrens gegolten hat.

2.3 Der Schwellenwert des §§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB, § 2 Nr. VgV in Verbindung mit der Art. 2 VO (EU) v. 30.11.2009 von 193.000 € ist überschritten.

2.4 In der Rechtsrüge, § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V gestatte es den Krankenkassen nicht, die Versorgung der Versicherten mit Arzneimittelzubereitungen in der Onkologie zur parenteralen Verabreichung im Wege der verkürzten Versorgung durch Selektivverträge mit einzelnen Apothekern sicherzustellen, von welchen die Vertragsärzte ausschließlich die Arzneimittel beziehen dürften, ist hinreichend deutlich der vergaberechtlich relevante Einwand enthalten, das

Auftragsvolumen sei zu unbestimmt bzw. jedenfalls möglicherweise nicht so groß, wie dies die Ausschreibung vermuten lasse.

Nach der über §§ 97 Abs. 6, 98 Nr. 2 GWB, 4 Abs. 1 VgV zwingend anwendbaren Vorschrift des § 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A muss bei Rahmenvereinbarungen das in Aussicht genommene Auftragsvolumen so genau wie möglich ermittelt und beschrieben werden. Die Vorschrift ist eine Vergabeverfahrensvorschrift. Die Beschwerdeführerin hat nach § 97 Abs. 7 GWB ein Recht auf ihre Einhaltung.

Die Beschwerdegegnerin hat das Auftragsvolumen jedoch so genau wie möglich angegeben. Sie hat zwar zu den Abgabevolumina je Gebietslos zunächst keine Angaben gemacht, sondern lediglich die Wirkstoffmengen für die Verordnungen für die bei ihr Versicherten, die im Stadtgebiet Berlin im ersten Halbjahr 2009 verordnet wurden, angegeben. Sie hat dies aber später bezogen auf die einzelnen Gebietslose aufgeschlüsselt. Die sich aus diesen Verordnungen ergebenden Wirkstoffmengen der im Produktblatt enthaltenen Wirkstoffe sollen sowohl für die Ermittlung des Preises als auch für das Auftragsvolumen ab März 2010 bzw. nunmehr ab November 2010 maßgeblich sein. Sie geht dabei nach wie vor davon aus, dass sich dieses Verordnungsvolumen ausschließlich auf den verkürzten Versorgungsweg nach § 11 Abs. 2 ApoG bezieht, dass also dem Versicherten keine Verordnung (Kassenrezept) überreicht wird, sondern der Arzt das Arzneimittel direkt beim Apotheker beschafft. Der Senat bleibt anders als die Vergabekammer des Landes Brandenburg bei seiner Auffassung, dass es sich jedenfalls aus dem Zusammenspiel des § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V mit § 11 Abs. 2 ApoG (als Ausnahme der Regel des Verbotes nach § 11 Abs. 1 ApoG) nicht ergibt, dass der normale Versorgungsweg ausgeschlossen ist (offengelassen von LSG NRW, B. v. 22.07.2010).

Trotzdem ist § 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A hier nicht verletzt: Die Möglichkeit, dass es sich bei den in Aussicht genommenen Volumina auf der Grundlage der bisherigen Verordnungen nicht um das tatsächlich von den Ärzten zu erwartende Auftragsvolumen handelt, ist keine Unsicherheit, welche das Auftragsvolumen nach § 3a Nr. 4 Abs. 1 S. 2 VOL/A als unrealistisch darstellt. Aufgrund der tatsächlichen Verhältnisse musste die skizzierte Unsicherheit, dass das angestrebte Gebietsmonopol der Apotheke ganz oder teilweise leer laufen könnte, weil auf den Wunsch des Versicherten sich dieser die Arzneizubereitung auf normalem Versorgungsweg möglicherweise selbst beschaffen könnte, der Ausschreibung nicht entnehmbar sein. Soweit der Senat mit der Beschwerdeführerin im Beschluss vom 7. Mai 2010 (Az.: L 1 SF 95/10 B Verg, juris) noch die prognostische These vertreten hat, umso enger der verordnende Vertragsarzt hinsichtlich der Mehrzahl seiner Patienten mit einer anderen Apotheke als der „AOK-

Apotheke“ zusammenarbeite und je geringer die räumliche Entfernung zwischen Arztpraxis und Wunschapotheke sei, desto eher werde der Versicherte den -aus seiner Sicht berechtigten- Wunsch äußern, sich anstelle durch den Arzt (und den AOK-Apotheker) das Arzneimittel selbst beschaffen zu wollen, revidiert er dies.

Es gibt nämlich eine Reihe von unstreitigen Indizien, welche gegen die Relevanz dieser These sprechen:

Aus den zwischenzeitlich von der Beschwerdegegnerin (in Erfüllung des Auflagenbeschlusses der Vergabekammer Brandenburg im Verfahren VK 9/10) eingereichten Unterlagen ergibt sich, dass die der Ausschreibung zu Grunde liegende Annahme, dass jedenfalls fast alle Verordnungen auf dem direkten Beschaffungsweg Arzt-Apotheke erfolgen werden und die Ausnahmen vernachlässigbar sind, eine zulässige Prognose darstellt (ebenso LSG NRW, a.a.O.).

Es ist davon auszugehen, dass sich die Onkologen jedenfalls zum großen Teil an die Verständigung ihres Verbandes mit der Krankenkasse halten und den vom Gesetz jedenfalls primär angedachten direkten Versorgungsweg wählen werden, auch ohne dass die Beschwerdegegnerin gegen sie im Regresswege vorgehen muss:

Die Beschwerdeführerin hat zwischenzeitlich in Erfüllung des Auflagenbeschlusses der Vergabekammer des Landes Brandenburg im Verfahren VK 9/10 glaubhaft vorgetragen, dass sich aus den Gesprächen mit Vertretern des Vereins der niedergelassenen Onkologen e.V. (N.I.O.), der die in Berlin tätigen Onkologen vertritt, ergeben hat, dass eine Beschaffung der parenteralen Zubereitungen durch die Versicherten derzeit praktisch nicht vorkomme. Die befragten Vertreter der Ärzteschaft hätten ihre Bereitschaft erklärt, die Ausschreibung als Pilotprojekt zu akzeptieren. Auch sie hätten ein erhebliches Interesse an der Senkung der Arzneimittelkosten im niedergelassenen ambulanten Bereich, da 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 würden.

Ohne dass dies entscheidend wäre, ist auch die Aussage beteiligter Apotheker vor dem LSG Nordrhein-Westfalen, die Beschaffung durch die Versicherten selbst spiele sich allenfalls im niedrigen einstelligen Prozentbereich ab, ein Indiz für die Richtigkeit der Prognose.

Die Beschwerdegegnerin weist weiter zutreffend darauf hin, dass die verordnenden Vertragsärzte zur Einhaltung des Wirtschaftlichkeitsgebots verpflichtet sind.

Dieses gebietet es, das von der Beschwerdegegnerin gewählte Modell der Ausschreibung nicht zu unterlaufen. Das Wirtschaftlichkeitsgebot ist nämlich nicht einzelfallbezogen. Die Gesamtbeschaffung mit den Medikamenten soll möglichst günstig sein.

Konkret steht deshalb der ausschließlichen Beauftragung der Vertragsapothekes auch nicht entgegen, dass im theoretischen Einzelfall die Beschaffung durch die Versicherten selbst nicht in jedem konkreten Fall zu Mehrkosten für die Beschwerdegegnerin führen könnte, sondern umgekehrt sogar bei einer Abrechnung nach der Hilfstaxe zu Ersparnissen, da der Preiskalkulation der Vertragsapothekes eine Mischkalkulation zu Grunde gelegt werden soll, die auch aufwändigere Primärpackungen, Trägerflüssigkeiten etc. berücksichtigt. Die Beschwerdeführerin hat auch deutlich gemacht, ein Unterlaufen ihrer Ausschreibung mit den ihr zur Verfügung stehenden Mitteln zu unterbinden.

Dem Vertragungsantrag der Beschwerdeführerin in der mündlichen Verhandlung, um dieser zu ermöglichen, noch ergänzend zum künftigen Verhalten der Ärzte vorzutragen zu können und Beweis anzubieten, war nicht zu entsprechen. Dazu hatte sie ausreichend Gelegenheit. Bereits mit Verfügung des Senats vom 18. Mai 2010 ist den Beteiligten der Senatsbeschluss vom 7. Mai 2010 (L 1 SF 95/10 BVerg) zugänglich gemacht worden. Die zum damaligen Zeitpunkt noch offenen tatsächlichen Fragen sind ihr spätestens seither bekannt gewesen.

Zusammengefasst bleiben also zwar Zweifel bestehen, ob die vertragsärztlichen Onkologen – möglicherweise sogar in kollusivem Zusammenwirken mit Apothekern- die „bisherige vertrauensvolle Zusammenarbeit“ mit ihrer jetzigen Apotheke fortsetzen wollen und deshalb von einer Direktbeschaffung absehen. Jedenfalls die meisten Vertragsärzte, die den Apotheker nicht wechseln wollen, werden jedoch vor einer riskanten Konfrontation zurückschrecken.

Soweit eine Restunsicherheit bestehen bleibt, stellt sich diese nunmehr bloß als „weiche Flanke“ der Ausschreibung dar, die „vergaberechtlich hinnehmbar“ ist (so treffend die Vergabekammer des Bundes, a. a. O. S. 40).

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 werden)- 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).

Schließlich kann gleichzeitig insoweit auch nicht von einem ungewöhnlichen Wagnis nach § 8

Nr. 1 Abs. 3 VOL/A ausgegangen werden.

2.5 Dafür, dass bereits die Ausgangsdaten, die von der Beschwerdegegnerin mitgeteilten Verordnungen des Zeitraumes erstes Halbjahr 2009, relevant unrichtig sind, gibt es keine durchgreifenden Anhaltspunkte:

Die Differenzen der Zahlen der Beschwerdeführerin zu denen der Beschwerdegegnerin hat diese stimmig mit den Verordnungen für Grundsicherungsbezieher erklärt, welche nicht zum Leistungsumfang der Ausschreibung zählen. Die Beschwerdeführerin hat dem letztlich nicht mehr widersprochen.

2.6 Nach Auffassung des Senats sind die in der Ausschreibung gelieferten Verordnungsdaten im Referenzzeitraum ausreichend. Sie mussten nicht genauer aufgeschlüsselt werden. Insbesondere mussten neben dem Wirkstoff weder die Trägerlösungen aufgeführt sein noch die Angaben zum „Aut-Idem-Ausschluss“. Es sind auch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit der Zahlen ersichtlich. Die Beschwerdegegnerin darf schließlich das Risiko, eingekaufte Arzneimittel teilweise vernichten zu müssen, weil bei der Zubereitung Reste übrig bleiben (sogeannter „Verwurf“), auf die Vertragsapotheker abwälzen:

Das Fehlen genauerer Angaben stellt keinen Verstoß gegen das einfachgesetzlich in § 97 Abs. 2 GWB normierte Diskriminierungsverbot in der indirekten Variante dar. Die Pflicht des Ausschreibenden, bestehende Wettbewerbsvorteile und -nachteile potentieller Bieter durch die Gestaltung der Vergabeunterlagen auszugleichen (so Dreher in Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht § 97 GWB Rdnr. 24 mit Rechtsprechungshinweisen) ist eingehalten, obwohl der Gleichbehandlungsgrundsatz es gebietet, soweit möglich tatsächliche Informationsvorsprünge einzelner Bieter gegenüber den anderen Vergabeinteressenten durch entsprechende Angaben in der Ausschreibung auszugleichen (Dreher, a.a.O- unter Bezugnahme auf Entscheidungen der Vergabekammer des Bundes).

Dies gilt, obwohl der Apotheker vor Ort, der „seine Pappenheimer“ kennt, also die konkreten Onkologen und ihr Ordnungsverhalten, theoretisch im Vorteil ist gegenüber allen, die sich nur auf allgemeine Erfahrungen stützen können.

Gleichzeitig wird den Bietern 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-).

Ein ungewöhnliches Wagnis im Sinne von § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A begründet sich konkret hier nicht darin, dass die Bieter die Herstellungskosten, Kosten für Packmittel und Transporte im Rahmen einer Mischkalkulation schätzen müssen, auch wenn Dienstleistungen, Trägerlösungen und Packmittel im statistischen Mittelwert rund 50 % oder sogar mehr der Gesamtaufwendungen ausmachen. Dem ist die Beschwerdegegnerin argumentativ entgegengetreten: Die Herstellungskosten könnten von erfahrenen Apothekern in Abhängigkeit von der jeweiligen Wirkstoffmenge geschätzt werden. Die Kosten für Trägerlösungen und Packmittel fielen gegenüber den Kosten für den Einkauf des Wirkstoffes praktisch nicht ins Gewicht. Als Applikation kämen ausschließlich Infusionen in Betracht; soweit besondere Applikationsformen als Primärpackmittel ausdrücklich verordnet würden, seien diese nach dem Vertragsentwurf gesondert zu vergüten. Als Trägerlösung würden ausschließlich NaCl-(Kochsalz)lösungen oder Glucoselösungen verwendet werden. Diese seien, ebenso wie Infusionsbeutel, niedrigpreisig.

Dieser Argumentation schließt sich der Senat an.

Schwankungen der Einkaufspreise kann der Bieter zumindest zum Teil durch den Abschluss von Einzelverträgen mit den Herstellern oder der Kalkulation von Sicherheitszuschlägen begegnen bzw. ansonsten durch Sicherheitszuschläge bei der Angebotserstellung hinreichend berücksichtigen. Vor unvorhersehbaren Preisschwankungen ist der Bieter durch die allgemeinen Rechtsvorschriften hinreichend geschützt, insbesondere durch einen Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 313 BGB.

Nicht in Ansätzen ist ferner erkennbar, weshalb der Umstand, dass bei der Anfertigung der Fertigarzneimittel Restmengen anfallen, die vernichtet werden müssen („Verwurf“) nicht kalkulierbar (in Form eines Zuschlages im maßgeblichen Preis pro Einheit Wirkstoff) sein soll. Entsprechendes gilt für die Rüge, es seien genauere Angaben zu den Packmitteln erforderlich.

Ergänzend macht sich der Senat die Ausführungen des LSG Nordrhein-Westfalen (Beschlussabschrift S. 18) zu Eigen:

„Die den Bietern zur Verfügung gestellten Daten sind als Kalkulationsgrundlage für eine einwandfreie Preisermittlung gemäß § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOL/A ausreichend. Dies folgt zunächst aus dem Umstand, dass vorliegend Rahmenvereinbarungen i.S.d. §§ 3a Nr. 4 Abs. 1 VOL/A, 3 Abs. 8 Satz 2 VgV geschlossen werden sollen und der morbiditätsbedingte Bedarf der Versicherten an parenteralen Zubereitungen, also das Auftragsvolumen, ohnehin nicht sicher prognostiziert werden kann. Deshalb ist es ausreichend, dass den Bietern die abgerechneten Wirkstoffe in Milligramm wie auch das Verordnungsvolumen - jeweils aufgeschlüsselt pro Gebietslos - bekannt gemacht worden sind.

Soweit die AS geltend macht, dass Angaben zur Zusammensetzung einzelner Zubereitungen zwingend für eine kaufmännisch solide Kalkulation erforderlich gewesen wären, kann dem nicht beigeplant werden. Denn selbst die AS hat den außergewöhnlich hohen Grad an Individualität der Erkrankungen und die daraus resultierenden Therapiebedürfnisse hervorgehoben (vgl. auch Dettling/Kieser/Ulshöfer, PharmaR 2009, 421, 421). Angesichts dessen geht der Senat - wie bereits die VK in dem angefochtenen Beschluss - davon aus, dass auch durch die Angabe der Anzahl der Zusammensetzungen der einzelnen Zubereitungen kein „Mehr“ an Kalkulationssicherheit gewonnen worden wäre. Abgesehen davon ist von den in der Herstellung und Abrechnung von Zubereitungen in der Onkologie erfahrenen Apothekern zu erwarten, dass diese in der Lage sind, mit den zur Verfügung gestellten Daten realistische Angebote zu kalkulieren.

Ohne Erfolg beruft sich die AS darauf, dass weitere Daten zu Packmitteln (z.B. Infusionsbeutel und Lösungen) erforderlich gewesen wären. Infusionsbeutel und Trägerlösungen - in der Regel Kochsalz- und Glucoselösungen - sind relativ niedrigpreisige Packmittel. Nach den nicht anzuweifelnden Angaben der AG belaufen sich die Kosten für einen Infusionsbeutel mit 0,9 %-iger Kochsalzlösung je nach Hersteller auf zwischen 1,60 Euro und 2,02 Euro. Die Kosten für einen Infusionsbeutel mit 0,5 %-iger Glucoselösung bewegen sich zwischen 1,70 Euro und 1,97 Euro. Es handelt sich hierbei mithin um Kosten, die im Vergleich zu den hochpreisigen - den Zubereitungen zu Grunde liegenden - Fertigarzneimitteln nicht wesentlich ins Gewicht fallen. Auch in diesem Zusammenhang gilt, dass von Bietern erwartet werden kann, dass sie diese geringen Kosten bei der Kalkulation ihrer Angebote entsprechend berücksichtigen. Darüber hinaus sind erfahrene Apotheker zudem in der Lage, den Umfang des Verwurfs im Vorhinein hinreichend sicher einzuschätzen.“

2.7 Auch Angaben zum Umfang des Aut-Idem-Ausschlusses im Referenzzeitraum sind vergaberechtlich nicht zwingend erforderlich.

Insbesondere stellt das Fehlen der Angaben zum Aut-Idem-Ausschluss keinen Verstoß gegen das einfachgesetzlich in § 97 Abs. 2 GWB normierte Diskriminierungsverbot dar (vgl. näher B. des Senats v. 07.05.2010):

Aus dem Ordnungsverhalten in der Vergangenheit sind per se nur begrenzt Schlüsse auf den Vertragszeitraum möglich, u. a. im Hinblick darauf dass nicht sicher ist, welche Onkologen dort zukünftig tätig sind. Ausschreibungsgegenstand ist eine Rahmenschreibung. Die konkrete Nachfrage nach den Medikamenten hängt -wie bereits darlegt - u. a. von den Erkrankungen („Morbidity“) der Versicherten ab.

Zudem spricht der Umstand, dass es Fluktuation der (angestellten) Ärzte in den Ordnungsstellen gibt, welche häufig Großpraxen bzw. medizinische Versorgungszentren sind, ebenfalls gegen Wissensvorsprünge lokaler Apotheker. Es ist theoretisch ungewiss, ob der konkret verschreibende Arzt zukünftig überhaupt bzw. weiter im Gebietslos tätig ist.

Weiter ergibt sich aus der durchgeführten nachträglichen Stichprobe, dass jedenfalls bezogen auf die Lose, für welche sich die Beschwerdeführerin beworben hat, von einem auffälligen Setzen des Aut-Idem-Ausschlusskreuzes nicht ausgegangen werden kann.

Es kann ebenso wie beim Ordnungsweg bei der ärztlichen Ordnung selbst davon ausgegangen werden, dass die Vertragsärzte ihre Pflicht, aus wirtschaftlichen Gründen nicht unnötig spezielle Medikamente zu verschreiben, nicht im großen Umfang vernachlässigen werden. Die Kenntnisvorsprünge, welche einzelne Apotheken hinsichtlich des Ordnungsverhaltens der konkreten Ordnungsstellen innerhalb der Lose haben mögen, werden künftig nicht (mehr) von Relevanz sein.

Zuletzt ist anzumerken, dass die Kenntnis des Ausschreibungsverhaltens einzelner Ärzte nicht primär eine Frage der rein tatsächlichen räumlichen Nähe oder Zugehörigkeit zur selben politischen Einheit (Bezirk) ist. Die Berliner Ärzte beziehen unstreitig auch heute schon die Medikamente nicht unbedingt bei der nächsten geeigneten Apotheke. Das Kriterium ortsansässig bzw. ortsfremd ist deshalb nur relativ. Jedenfalls die Beschwerdeführerin als Apotheke in Berlin an zentraler Stelle kann auch deshalb nicht diskriminiert sein im Sinne des § 97 Abs. 2 GWB.

Die sonstigen Rügen greifen ebenfalls nicht durch. Ob die Beschwerdeführerin sie durchgängig und damit zulässig erhoben hat, kann dahingestellt bleiben:

2.8 Die Beschränkung der Bewerbungen auf vier von 13 Gebietslosen und deren unterschiedlicher Zuschnitt beschränkt die Beschwerdeführerin nicht in der Angebotskalkulation.

Die Beschwerdegegnerin hat in den Verdingungsunterlagen (dort Ziffer 10) angeführt, möglichst nach Herstellung und Lieferumfang vergleichbare Lose bilden zu wollen. Eine Loslimitierung ist grundsätzlich zulässig (OLG Düsseldorf, B. v. 15.06.2000-Verg 6/00). Sie dient dem Schutz des Wettbewerbs durch Vermeidung der Abhängigkeit des öffentlichen Auftraggebers (als Nachträger) von einem Hersteller und dem Erhalt einer Vielfalt von Anbietern, die im Wettbewerb zueinander stehen. Nach § 96 Abs. 3 S. 1 GWB sind „mittelständische Interessen“ „vornehmlich zu berücksichtigen“. Die Beschwerdegegnerin hat deshalb 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.

Die maßgeblichen Parameter hat die Beschwerdegegnerin genannt, indem sie die bisherigen Verordnungen aufgeschlüsselt nach den Wirkstoffen für jedes Los mitgeteilt hat. Die einzelnen Abschnitte müssen nicht exakt gleiche Auftragsvolumina umfassen. Das Wagnis ist ferner spätestens seit der Mitteilung der Zahl der Anliefererstellen durch die Beschwerdegegnerin bekannt.

Das Wagnis bzw. Risiko, dass eine Ordnungsstelle ersatzlos aus dem Losgebiet des Vertragsgegenstandes wegzieht, besteht zwar, bürdet dem einzelnen Ausschreibungsgewinner durch die Aufteilung des Stadtgebiets Berlin in gerade dreizehn Loseinheiten aber kein nicht hinnehmbares Wagnis auf, zumal jede Apotheke die Möglichkeit hat, nicht bei einem Los, sondern bei bis zu vieren den Zuschlag zu erhalten.

2.9 Die Unsicherheit, wie sich die Preise für die Medikamente selbst entwickeln, ist hinnehmbar. Die Pflicht zu Preisnachverhandlungen für den Fall, dass die Vertragsapotheke einen Wirkstoff günstiger einkaufen kann bzw. einkaufen konnte, verringert zwar die Chance, auf diesem Wege zusätzlichen Gewinn zu machen, lässt aber die Preiskalkulation als solche unberührt.

§ 5 des Vertrages ist bedenkenfrei. Die Beschwerdegegnerin kann neue Wirkstoffe einbeziehen, die bislang nicht in der Ausschreibungsliste enthalten sind. Die Beschwerdeführerin hat nicht aufgezeigt, dass dadurch Wagnisse durch Kalkulationsschwierigkeiten entstehen. Es erscheint selbstverständlich, dass die Beschwerdegegnerin das neue Versorgungsmodell möglichst umfassend ausgestalten will. Dass auch neue Wirkstoffe einbezogen werden, stärkt -

jedenfalls in der theoretischen Prognose- gleichzeitig die exklusive Stellung der Vertragsapotheke.

Dass die Beschwerdeführerin ausgerechnet diese Vertragsklausel angreift, verstärkt vielmehr die Zweifel, dass es der Beschwerdeführerin wirklich darum geht, selbst Ausschreibungsgewinnerin zu werden, ihr Ziel vielmehr sein dürfte, die Ausschreibung zu verhindern.

2.10 Der im Falle eines Zuschlages abzuschließende Vertrag zwänge die Beschwerdeführerin nicht zu Verstößen gegen § 17 Abs. 4 ApotBetrO („Verschreibungen von Personen, die zur Ausübung der Heilkunde, Zahnheilkunde oder Tierheilkunde berechtigt sind, sind in einer der Verschreibung angemessenen Zeit auszuführen“). Es ist nicht realistisch zu erwarten, dass die Verzögerungen durch die Rückgabe der Verordnung an den ausstellenden Onkologen zu unangemessenen Verzögerungen führen werden. Im Übrigen bezieht sich § 3 Abs. 1 des abzuschließenden Vertrages –wie das gesamte Vertragswerk- nur auf die ausgeschriebene Lieferung auf dem direkten Weg Arzt-Apotheke.

2.11 Es besteht auch kein besonderes Wagnis durch die Verpflichtung zur Auslieferung auf Abruf binnen 45 Minuten. Es liegt in der Natur der Sache, dass in der Onkologie mit den parenteralen Zubereitungen auch Patienten versorgt werden müssen, von denen nicht verlangt werden kann, zu einem im Voraus bestimmten Termin beim Arzt zu sein, abgesehen von den Fällen, bei welchen die Verabreichung vom aktuellen Gesundheitszustand, bestimmten Blutwerten o. ä. abhängt. Wie häufig dringliche Lieferungen regelmäßig nötig sind, kann nach den Erfahrungswerten der spezialisierten Apotheke geschätzt werden. Atypischen Ausnahmen trägt der Vertrag Rechnung, indem diese Zeiteinhaltungsfrist nur für den Regeleilfall gelten soll.

Dass daneben der Normalfall tritt, in welchem der Arzt der Vertragsapotheke den längerfristigen Behandlungsplan zukommen lassen kann und muss, ergibt sich hinreichend deutlich aus § 3 Abs. 6 des Vertrages. Bereits deshalb scheidet Intransparenz im Sinne des § 97 Abs. 1 GWB aus.

2.12 Die Regelung zur Stornierung bis spätestens 24 Stunden vor dem Auslieferungstermin in § 3 Abs. 8 des Vertrages ist vergaberechtlich bedenkenfrei, auch wenn sie gewisse Unschärfen hat. Der Regelungszweck ist nämlich eindeutig: Der konkrete Liefervertrag wird erst 24 Stunden vor der vorgesehenen Lieferung verbindlich. Dass es in Einzelfällen unklar sein könnte, welches der Ausliefertermin ist, stellt sich aus Sicht des Senats nicht als gravierender Sachverhalt dar.

2.13 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. Diese Regelung ist im Grundsatz bieterschützend (so auch Vergabekammer des Bundes – VK 2-20/10 mit Nachweisen zum Streitstand).

§ 12 VOL/A besagt indes nicht, dass die Vereinbarung von Vertragsstrafen für andere Fallgestaltungen vergaberechtlich unzulässig ist (Raufeisen- 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 dar. Sie sind im Hinblick auf den Sicherstellungsauftrag der Beschwerdegegnerin, insbesondere die Interessen der schwerkranken Versicherten auch im Hinblick auf erhebliche Nachteile im Sinne von § 12 Satz 1, 2. Halbsatz VOL/A gerechtfertigt (so im Ergebnis auch Vergabekammer des Bundes –VK 2-20/10-).

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 dar. Sie sind im Hinblick auf den Sicherstellungsauftrag der Beschwerdegegnerin, insbesondere die Interessen der schwerkranken Versicherten auch im Hinblick auf erhebliche Nachteile im Sinne von § 12 Satz 1, 2. Halbsatz VOL/A gerechtfertigt (so im Ergebnis auch Vergabekammer des Bundes –VK 2-20/10-).

Die 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. Während der Vertragslaufzeit ist die Höhe des Schadens aufgrund der Vertragsklausel durch die Angabe der Einzelstrafen durchaus kalkulierbar.

Es liegt auch keine unangemessene Benachteiligung der Bieter vor, soweit die Regelung in § 10 Abs. 2 des Vertragsentwurfes keinen Verzug im Sinne von § 280 Abs. 1 BGB voraussetzt. § 12 VOL/A enthält weder Vorgaben hinsichtlich des Verzuges noch hinsichtlich des Verschuldens. Dass die Vertragsapothek® beweislaster für ein exkulpierendes Nichtverschulden sein soll, entspricht der allgemeinen Beweislastverteilung, dass für die Tatsachen beweislaster ist, wer sich auf sie beruft.

Keinen durchgreifenden Bedenken begegnet es auch, dass im Vertragsentwurf nicht definiert ist, wann eine „nicht ordnungsgemäße Abrechnung“ vorliegt. Nach dem Wortlaut der Regelung ist jeder (verschuldete) Fehler in der Abrechnung (zu den inhaltlichen Anforderungen vgl. die Regelungen in § 6 des Vertragsentwurfes i.V.m. § 300 SGB V) geeignet, die Vertragsstrafe auszulösen. Zwar stellt dies eine – insbesondere bei kleinen Fehlern- schwerwiegende Sanktion dar. Das Abrechnungssystem in der Gesetzlichen Krankenversicherung ist aber auch ein besonders sensibler Bereich. Die Regelungen stellen sich auch deshalb als vertretbar dar, weil es nicht ausgeschlossen erscheint, dass die Bieter andernfalls keine hinreichende Mittel kalkulieren, die auch Sach- und Personalkosten für eine ordnungsgemäße Abrechnung einschließen.

Im Übrigen ist auch insoweit eine Exkulpationsmöglichkeit des Apothekers vorgesehen. Da die zur Fehlerhaftigkeit führenden Umstände regelmäßig in seiner Sphäre liegen, erscheint die Beweislastverteilung auch insoweit nicht unangemessen.

Auch die Höhe der vorgesehenen Vertragsstrafe bedeutet kein ungewöhnliches Wagnis. Der Höchstbetrag übersteigt nicht die Grenze von fünf Prozent des Gesamtumsatzes und liegt damit innerhalb des Rahmens, der in Rechtsprechung des BGH als nicht AGB-widrig angesehen worden ist (vgl. Vergabekammer des Bundes, VK 2 -30/09 a.a.O. unter Hinweis auf BGH U. v. 23.01.2003 –VII ZR 210/01-; U. v. 06.12.2007 –VII ZR 28/07-).

2.15. Das außerordentliche Kündigungsrecht nach § 11 Abs. 2 f) des Vertrages ist nicht zu weit oder unbestimmt gefasst. Es versteht sich von selbst, weshalb die Beschwerdegegnerin bei Vorfällen, welche das Vertrauen in die notwendig erforderliche Zuverlässigkeit der für die Vertragsapothekende erschüttern oder gar zerstören, die Zusammenarbeit aufkündigen können will. Das bloß theoretische Misstrauen, dass ohne triftigen Grund wirksam gekündigt werden könnte, stellt kein vergaberechtlich relevantes Wagnis dar.

Entsprechendes gilt für die Rüge, dass das der Krankenkasse in § 2 Abs. 5 des Vertrages eingeräumte Prüfungsrecht zu umfassend bzw. unbestimmt sei.

2.16 Die Regelung in § 6 Abs. 3 des Vertrages (keine Lieferung bei unrichtig ausgestellter Verordnung) bürdet dem Apotheker kein ungewöhnliches oder unzumutbares Wagnis auf. Sie entspricht den Obliegenheiten der Apotheke, die an gesetzliche Krankenkassen Medikamente verkaufen will.

2.17 Ohne Erfolg wendet sich die Beschwerdeführerin gegen die Zuschlagsankündigung. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die Ausschreibung den Geheimwettbewerb verletzt hat, weil Ausschreibungsgewinner gleichzeitig in Bietergemeinschaften aufgetreten seien.

Dafür gibt es keine konkreten Anhaltspunkte.

Der Vergabevermerk weist vielmehr lediglich aus, dass sich mehrere Ausschreibungsgewinner desselben Fertigungsbetriebes bedienen wollen und zum Teil andere sich an der Ausschreibung beteiligende Apotheken als Unterauftragsnehmer benannt haben. Ferner ist der Geschäftsführer dieses Fertigungsbetriebs Inhaber einer der Apotheke, welche den Zuschlag für Lose erhalten soll.

Damit sind relevante Vergabeverstöße nicht ersichtlich, welche eine Versagung der Zuschlagserteilung gebieten könnten:

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 sind (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 vorgebracht 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.

Die Vertragsapotheke ist im Übrigen -entgegen dem Vorbringen der Beschwerdeführerin in ihrem Schriftsatz vom 14. September 2010- Herstellerapotheke im Sinne des § 129 Abs. 5 S. 3 SGB V, auch wenn sie als Unterauftragnehmer einen Herstellungsbetrieb einsetzt.

2.18 Soweit sich die Beschwerdeführerin auf Verstöße gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Dokumentation des Ausschreibungsverfahrens und zur transparenten Aktenführung beruft, fehlt es jedenfalls an einem Nachteil für sie. Es ist nicht ersichtlich, dass sie relevante Informationen nicht oder nicht rechtzeitig erhalten hat oder aufgrund von widersprüchlichen Angaben oder ähnlichem an einer Angebotsabgabe gehindert gewesen ist bzw. ein anderes Angebot ab-

gegeben hätte. Sie hat –wiederholt- Akteneinsicht erhalten, soweit dem nicht geheimhaltungsbedürftige Belange zum Schutz des Ausschreibungsverfahrens bzw. ihrer Konkurrenten entgegengestanden haben.

Die Rüge, das ganze Ausschreibungsverfahren habe einen zu großen Bearbeitungsaufwand bedeutet, da wiederholt Änderungen zu berücksichtigen gewesen seien, zeigt einen relevanten Vergaberechtsverstoß nicht auf. Das aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz herzuleitende Gebot an ein Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 1 GWB, den Besonderheiten und der Bedeutung des Vergabegegenstandes entsprechende angemessene Modalitäten zu treffen (vgl. hierzu Willenbruch/Bischoff-Franz, § 97 GWB Rdnr. 17), ist nicht verletzt.

3. Der Hilfsantrag auf Aufhebung der Ausschreibung kann aus den genannten Gründen –seine Zulässigkeit unterstellt- ebenfalls keinen Erfolg haben. Gleiches gilt mangels Vergaberechtsverstößen unter Verletzung der Rechte der Beschwerdeführerin hinsichtlich des weiteren Hilfsantrages.

4. Die Kostenentscheidung folgt aus § 142a SGG i.V.m. § 120 Abs.2 GWB i. V. m. einer entsprechenden Anwendung des § 78 S. 1 GWB. Es entspricht der Billigkeit, der unterliegenden Beschwerdeführerin die Kosten aufzuerlegen, einschließlich der des unselbstständigen Aussetzungsverfahrens nach § 118 GWB. Dasselbe Ergebnis folgte auch aus § 197a Abs. 1 SGG i. V. m. § 154 Verwaltungsgerichtsordnung. Es kann deshalb dahingestellt bleiben, ob § 78 S. 1 GWB neben außergerichtlichen Kosten auch die gerichtlichen umfassen kann, was nach dem Wortlaut bei erfolglosen Beschwerden hinterfragungswürdig erscheint.

5. 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.

Die Apotheken, welche nach der Zuschlagsankündigung die Ausschreibungsgewinner sein sollen, werden jedenfalls aufgrund der jetzt getroffenen Entscheidung nicht (mehr) schwerwiegend berührt.

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

Spohn

Längert

Pfistner

Ausgefertigt

Landessozialgericht Berlin-Brandenburg, 4. Oktober 2010

Wfo

Weber
Justizbeschäftigte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



