

U

Vergabekammer
des Landes Brandenburg
beim Ministerium für Wirtschaft
und Europaangelegenheiten
VK 8/10

Eintragung
per EA
26.02.2010
LEINEMANN
BÜRO

Beschluss

In dem Nachprüfungsverfahren betreffend den Abschluss von Verträgen zur Versorgung mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie,

Verfahrensbeteiligte:

1. Apotheker [REDACTED]
[REDACTED]
Apotheke [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED]
Rechtsanwälte,
[REDACTED]
[REDACTED]

Antragsteller,

2. [REDACTED]
vertreten durch den Vorsitzenden
des Vorstandes [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED]

Verfahrensbevollmächtigte: [REDACTED] Rechtsanwälte,
[REDACTED]
[REDACTED]

Auftraggeberin,

hat die Vergabekammer am 23. Februar 2010 durch [REDACTED]
[REDACTED]
[REDACTED] beschlossen:

1. Die Auftraggeberin wird verpflichtet, in dem Vergabeverfahren (Abl. EU 2010/S [REDACTED]) die auf den 2. März 2010, 13.00 Uhr, terminierte Verhandlung zur Öffnung der Angebote auszusetzen und die verschlossenen Angebote bis zu einer bestandskräftigen Entscheidung über den Nachprüfungsantrag des Antragstellers sorgfältig zu verwahren.
2. Die Kostenentscheidung bleibt dem Beschluss im Hauptsacheverfahren vorbehalten.

Gründe

I.

Die Auftraggeberin schrieb im Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union vom 19. Januar 2010 den Abschluss von Verträgen gemäß § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V zur Versorgung mit in Apotheken hergestellten parenteralen Zubereitungen aus Fertigarzneimitteln in der Onkologie zur unmittelbaren ärztlichen Anwendung bei Patienten im Offenen Verfahren europaweit aus. Die Auftraggeberin ist durch die Fusion der [REDACTED] des Landes Berlin und des Landes Brandenburg mit Sitz in Potsdam entstanden. In Ziffer VI.4.1) der Bekanntmachung wird die Vergabekammer des Landes Brandenburg als zuständige Stelle für Nachprüfungsverfahren benannt.

Die Auftraggeberin hatte den [REDACTED]-Bundesverband mit der Durchführung der Ausschreibung beauftragt, Ziffern I.2), VI.3) der Bekanntmachung. 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.

Ziffer II.1.8) der Bekanntmachung bestimmt, dass Angebote „nur für ein Los“ eingereicht werden sollen. Nach Ziffer II.1.5) stellt der Ausschreibungsgewinner die Versorgung der in einem Gebietslos ambulant behandelnden Ärzte mit parenteralen Zubereitungen in der Onkologie sicher, sofern nicht die Versorgung durch eine Krankenhausapotheke erfolgt, mit deren (nachfolgend aufgelisteten) Träger die Auftraggeberin einen Vertrag gemäß § 129 a SGB V geschlossen hat.

Die Rahmenvereinbarungen sollen auf ein Jahr, für den Zeitraum 1. April 2010 bis 31. März 2011, mit Option auf Verlängerung abgeschlossen werden, Ziffern II.1.4), II.2.2), II.3) der Bekanntmachung.

Zuschlagskriterium ist nach Ziffer IV.2.1) der niedrigste Preis. Varianten/Alternativangebote sind nicht zugelassen, Ziffer II.1.9) der Bekanntmachung.

Schlusstermin für den Eingang der Angebote ist nach Ziffer IV.3.4) der Bekanntmachung der 2. März 2010, 12.00 Uhr. *

Der Antragsteller hat die Verdingungsunterlagen am 22. Januar 2010 erhalten. Mit anwaltlichem Schriftsatz vom 27. Januar 2010 rügte der Antragsteller insbesondere auch, dass ~~das~~ Vergabeverfahren eine nicht ausschreibungsfähige Leistung beinhalte, da Rahmenvereinbarungen über Leistungen geschlossen werden sollen, die durch Vertragsschluss zwischen dem GKV Spitzenverband und dem Deutschen Apothekerverband (DAV) bereits vertraglich geregelt sind. Die Auftraggeberin habe sich zur Abwicklung der Beschaffung und Abrechnung bereits nach den Vorschriften der 3. Anlage zum „Vertrag über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen“ verpflichtet, sodass die streitige Ausschreibung als bloße Preisabfrage erscheine. Ferner lasse die Loslimitierung auf ein Angebot auf nur eines der Gebietslose und der extrem unterschiedliche Zuschnitt der Gebietslose den Schluss zu, die Auftraggeberin wolle den Wettbewerb beschränken, um unter Umgehung des Wettbewerbes in das Verhandlungsverfahren überzugehen. In Berlin seien nur wenige Apotheken in der Lage, die geforderten Zubereitungen herzustellen, sodass auf einzelne Lose voraussichtlich nicht geboten oder nur ein Angebot abgegeben werde.

Der Antragsteller hat, nachdem seinen Rügen durch die Auftraggeberin nicht in dem abgeforderten Umfang abgeholfen worden war, mit anwaltlichem Schriftsatz vom 18. Februar 2010 einen Nachprüfungsantrag bei der Vergabekammer des Landes Brandenburg gestellt und mit diesem folgenden unselbstständigen Antrag nach § 115 Abs. 3 GWB verbunden:

Der Auftraggeberin wird nach § 115 Abs. 3 GWB aufgegeben, den Submissionstermin am 2. März 2010 bis zur Entscheidung der Vergabekammer zu Antrag 1 auszusetzen.

In der Hauptsache begehrt der ~~der~~ Antragsteller mit dem Antrag 1, dass der Auftraggeberin aufgegeben werde, die Ausschreibung und Vergabe von Verträgen gemäß § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V zu unterlassen, solange ein wirksamer Vertrag über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen (§§ 4, 5 der Arzneimittelpreisverordnung) vom 1. Oktober 2009, nebst Anlage 3, Preisbildung für parenterale Lösungen, gültig ab 1. Januar 2010 („Hilfstaxe“), besteht.

Der geltende Vertrag nach § 129 Abs. 5 c SGB V lasse keinen Raum für die ausgeschriebenen Selektivverträge. Führe die Auftraggeberin die Submission durch, erlange sie Kenntnis über mögliche günstige Preise einzelner Apotheken und könne mit dieser als Mitglied des Spitzenverbandes der gesetzlichen Krankenkassen spätere Preisverhandlungen zwischen den Spitzenorganisationen beeinflussen. An diese Preise, die nicht den Marktpreis abbildeten, sei dann auch der Antragsteller gebunden. Da den Bietern nicht zugemutet werden könne, von einer Angebotsabgabe abzusehen, werde der Tatbestand der reinen Preisabfrage schon im Zeitpunkt des Submissionstermins erfüllt, sodass Anordnungsgrund und Anordnungsanspruch vorliegen.

Die Auftraggeberin beantragt,

den Antrag nach § 115 Abs. 3 GWB zurückzuweisen.

In ihrer Stellungnahme vom 22. Februar 2010 hat sie den Vorwurf, die Ausschreibung diene Zwecken reiner Markterkundung und verstoße gegen § 16 Nr. 2

VOL/A, mit der Begründung zurückgewiesen, der ausgeschriebene Vertragsschluss werde ernsthaft verfolgt. Es sei abwegig, der Auftraggeberin eine unzulässige Preisabfrage zu unterstellen. Nach geltendem Recht könnten neben dem Kollektivvertrag nach § 129 Abs. 5 c SGB V zusätzlich Verträge nach § 129 Abs. 5 Satz 3 SGB V mit einzelnen Apotheken zur Deckung des Beschaffungsbedarfes geschlossen werden. Letztere seien spezieller und damit vorrangig. Nichts anderes besage das von der Vergabekammer abgeforderte Schreiben des Bundesministeriums für Gesundheit vom 20. Oktober 2009.

Der Antragsteller habe keine schützenswerten Interessen dargetan, die mit dem Eilantrag zu sichern seien. Jedenfalls sei der Eilantrag unbegründet, weil die Interessen des Antragstellers an einer vorläufigen Regelung die nachteiligen Folgen einer Verzögerung der Vergabe erkennbar nicht überwiegen. Der Antragsteller könne seine Interessen dadurch wahren, dass er kein Angebot abgibt und dadurch – nach seinem Vorbringen – der Auftraggeberin die Möglichkeit nehmen, Kenntnis von bei ihm unzulässig abgefragten Angebotspreisen im Submissionstermin zu erlangen. Habe sein Nachprüfungsantrag Erfolg, sei er durch die Wirkungen des § 115 Abs. 1 GWB in vollem Umfang geschützt. Anderenfalls bedürfe er auch nicht des Schutzes des § 115 Abs. 3 Satz 1 GWB.

II.

Gemäß § 115 Abs. 3 GWB kann die Vergabekammer auf Antrag mit weiteren vorläufigen Maßnahmen in das Vergabeverfahren eingreifen, wenn Bieterrechte i.S.d. § 97 Abs. 7 GWB im Vergabeverfahren auf andere Weise als durch den drohenden Zuschlag gefährdet werden.

Der Antrag ist statthaft, da das Verfahren in der Hauptsache vor der Vergabekammer anhängig ist.

Dem Antrag fehlt es auch nicht am Rechtsschutzbedürfnis. Dieses wäre zu verneinen, wenn die Rechte des Antragstellers bereits durch das bestehende Zuschlagsverbot gemäß § 115 Abs. 1 GWB ausreichend geschützt wären und der Antragsteller seine Rechtsposition durch eine Entscheidung nach § 115 Abs. 3 GWB nicht verbessern kann. Das Zuschlagsverbot des § 115 Abs. 1 GWB schützt den Antragsteller lediglich vor einer wirksamen anderweitigen Zuschlagserteilung durch die Auftraggeberin. Es ist jedoch denkbar, dass durch die Kenntnis der Angebotssummen der Bieter ein faktischer Zustand droht, der aus technischen oder auch aus wirtschaftlichen Gründen als unumkehrbar einzustufen ist.

Der Antrag ist begründet.

Im konkreten Fall sind die Rechte des Antragstellers gefährdet, sodass die Vergabekammer sie durch eine einstweilige Anordnung sichern muss.

Es begegnet gewissen Zweifeln, ob die Auftraggeberin, wie der Antragsteller meint, im Hinblick auf den Vertrag über die Preisbildung für Stoffe und Zubereitungen aus Stoffen vom 1. Oktober 2009 das laufende Vergabeverfahren als reine Preisabfrage durchführt. Hingegen sind die als Anordnungsgrund vorgetragene Bedenken des

Antragstellers, die Auftraggeberin könnte die im Rahmen des bevorstehenden Submissionstermins (2. März 2010) erlangten Kenntnisse von den Angebotspreisen der Bieter in zukünftigen Verhandlungen als Mitglied des Spitzenverbandes der gesetzlichen Krankenkassen mit dem DAV nutzen, nicht von der Hand zu weisen. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass dadurch die Rechte des Antragstellers nach § 97 Abs. 7 GWB beeinträchtigt werden.

Wägt man die auf beiden Seiten bestehenden Interessen nach dem Maßstab des § 115 Abs. 2 S. 1 GWB gegeneinander ab, erscheint es jedenfalls geboten, die beantragte einstweilige Anordnung zu erlassen. Würde sich der Nachprüfungsantrag als unzulässig oder unbegründet erweisen, müsste bei einer Aussetzung des Submissionstermins die rechtskräftige Entscheidung in der Hauptsache abgewartet werden. Erst danach könnte die Auftraggeberin mit der Öffnung der Angebote und deren Wertung beginnen. Ohne einstweilige Anordnung würde die Auftraggeberin den bis zum Abschluss des vorliegenden Nachprüfungsverfahrens vorgehenden Zeitraum von mehreren Wochen gewinnen, den sie für den Fortgang des Vergabeverfahrens nutzen könnte. Sollte der Nachprüfungsantrag allerdings Erfolg haben, wäre der Stillstand des Vergabeverfahrens für die Auftraggeberseite unschädlich, wenn die Ausschreibung durch die Vergabekammer aufgehoben wird; denn dann wäre ohnehin neu auszuschreiben. Das setzt allerdings die summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache voraus.

Entgegen der Auffassung der Auftraggeberin kann der Eilantrag nicht losgelöst von den Erfolgsaussichten des Nachprüfungsantrages beurteilt werden. Zwar legt nach dem Wortlaut des § 115 Abs. 3 S. 2 GWB die Vergabekammer bei ihrer Entscheidung den Beurteilungsmaßstab des § 115 Abs. 2 S. 1 GWB zugrunde. Hierbei dürfte es sich aber um ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers handeln. Denn wenn schon bei der Eilentscheidung nach § 115 Abs. 2 GWB der Beurteilungsmaßstab der Sätze 1 bis 4 gelten soll, und dies auch durch eine ergänzende Klarstellung in § 115 Abs. 2 S. 6 GWB für das Beschwerdegericht gilt, dann ist nicht verständlich, warum dieser Beurteilungsmaßstab nicht auch für Maßnahmen gemäß § 115 Abs. 3 GWB gelten soll. Auch hier sollten grundsätzlich die Erfolgsaussichten des Antragstellers Berücksichtigung finden können (Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, 2. Aufl., § 115 Rdn. 70; Willenbruch/Bischoff, Vergaberecht, § 115 Rdn. 6 unter Verweis auf VK Lüneburg, Beschluss vom 21. August 2006 – VgK-18/2006). Denn wenn nach summarischer Prüfung keine Erfolgsaussichten für einen Nachprüfungsantrag bestehen, könnte die Anordnung von vorläufigen Maßnahmen (z. B. Baustopp) mit verheerenden Folgen behaftet sein.

Ob der Nachprüfungsantrag Aussicht auf Erfolg hat, ist nach der Rechtsprechung zu § 115 Abs. 2 S. 1 GWB nur in eindeutigen Fällen zu berücksichtigen. Um einen solchen handelt es sich hier.

Die von der Auftraggeberin unter Ziffer II.1.8) der Bekanntmachung und unter A.I.6. der Verdingungsunterlagen vorgesehene Gebotslimitierung widerspricht dem Wettbewerbsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB) und verletzt den Antragsteller in seinen Rechten (§ 97 Abs. 7 GWB). Eine am Wettbewerb orientierte Auslegung des Kriteriums „Loslimitierung“ erfordert auch die Berücksichtigung der Individualinteressen der Bieter, denen ein freier Zugang zu den Beschaffungsmärkten der öffentlichen Hand zu garantieren ist (OLG Düsseldorf,

Beschluss vom 15. Juni 2000 – Verg 6/00). Eine Loslimitierung, die bestimmt, dass bei 13 Gebietslosen Unternehmen von vornherein nur auf ein Gebietslos bieten dürfen, greift massiv in den freien Wettbewerb ein. Der mit der Loslimitierung verbundene Zweck der Risikostreuung und der Vermeidung einer Auftragskonzentration auf den sich die Auftraggeberin beruft (Vermerk der Auftraggeberin, Bl. 0001 der Vergabeakten) dient dem Auftraggeberschutz. Die Auftraggeberin hat es versäumt, die Bieterinteressen zu berücksichtigen; die Beschränkung der Gebotslimitierung auf ein Los erfolgte ohne sachlichen Grund und damit willkürlich. Für die Notwendigkeit, die Zahl der Bieter pro Gebietslos zu beschränken, hätte die Auftraggeberin auf die vergleichbare Regelung für die Verringerung der Anzahl der Bewerber im Teilnahmewettbewerb zurückgreifen können. Nach § 7 b Nr. 3 VOL/A a.F. (neu: § 20 Abs. 2 SektVO) ist zum Zwecke der Wahrung eines angemessenen Verhältnisses zwischen den besonderen Merkmalen des Vergabeverfahrens und dem zur Durchführung notwendigen Aufwand zwischen den widerstreitenden Interessen eines möglichst umfassenden Wettbewerbes auf der einen und eines nicht zu aufwendigen Vergabeverfahrens auf der anderen Seite abzuwägen.

Da sich der Vergaberechtsverstoß bereits in der Bekanntmachung vom 19. Januar 2010 manifestiert, wird die Vergabekammer zur Beseitigung der Rechtsverletzung gemäß § 114 Abs. 1 GWB die Auftraggeberin zu verpflichten haben, die Ausschreibung aufzuheben.

Die Kostenentscheidung für das Verfahren nach § 115 Abs. 3 GWB bleibt dem Beschluss in der Hauptsache vorbehalten.

Entscheidungen der Vergabekammer nach § 115 Abs. 3 GWB sind nicht selbstständig anfechtbar, §§ 115 Abs. 3 S. 3 GWB.

Gemäß § 6 Abs. 1 der Geschäftsordnung der Vergabekammern des Landes Brandenburg vom 26. Mai 2009, Amtsblatt für Brandenburg S. 1225, ist die Unterzeichnung des Beschlusses durch den ehrenamtlichen Beisitzer nicht erforderlich.

