

Rabattverträge: Keine voreilige Direktvergabe an exklusiv vertriebsberechtigte Hersteller

1. Ein Verhandlungsverfahren ohne einen Teilnahmewettbewerb ist nur zulässig, wenn der Auftrag wegen seiner technischen oder künstlerischen Besonderheiten oder aufgrund des Schutzes von Ausschließlichkeitsrechten (z. B. Patent, Urheberrecht) nur von einem bestimmten Unternehmen durchgeführt werden kann. Der Patentschutz für ein bestimmtes Arzneimittel und das exklusive Vertriebsrecht eines Bieters rechtfertigen grundsätzlich kein Absehen vom Wettbewerb.

2. Importeure sind von einer Vergabe von Rabattverträgen über Arzneimittel nicht ausgeschlossen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 11.12.2013 – Verg 25/13; Volltext: www.vpr-online.de

GWB § 97 Abs. 1, 2; Richtlinie 2004/18/EG Art. 31 Nr. 1 b; SGB V § 130a Abs. 8; VOL/A 2009 § 3 EG Abs. 4 c

Problem/Sachverhalt

Ohne vorherige Bekanntmachung hatte eine Allgemeine Ortskrankenkasse mit einem Arzneimittelhersteller einen Rabattvertrag über die Abnahme eines Wirkstoffs geschlossen. Für das Arzneimittel hält der US-amerikanische Mutterkonzern des – exklusiv vertriebsberechtigten – Herstellers ein Patent. Gegen diese Direktvergabe wendete sich allerdings ein Überschüsse im Ausland aufkaufender Arzneimittelimporteur, der das Absehen von jeglichem Wettbewerb für nicht gerechtfertigt hielt.

Entscheidung

Zu Recht! Auch aus Sicht des OLG Düsseldorf lagen die Voraussetzungen für die Durchführung eines Verhandlungsverfahrens ohne vorherige Bekanntmachung nicht vor. Zwar berief sich die Krankenkasse darauf, dass der Auftrag aufgrund technischer Besonderheiten nur mit dem Arzneimittelhersteller durchgeführt werden könne. Dem hielt jedoch das Gericht entgegen, dass die Krankenkasse diese **technische Besonderheit erst durch einen „Kunstgriff“ geschaffen** habe. Sie habe nämlich den **Beschaffungsgegenstand so definiert**, dass die **benötigte Gesamtmenge des Wirkstoffs nur bei einem Abschluss des Rabattvertrags mit einem leistungsfähigen Vertriebsunternehmen des Herstellers zuverlässig – also bedarfs- und vertragsgerecht – geliefert** werden könne. Es sei sicherlich zu beachten, dass gesetzliche Krankenkassen neben Effizienz und Wirtschaftlichkeit maßgeblich auch an Versorgungssicherheit und -kontinuität gelegen sei. Für deren Gewährleistung sei es jedoch nicht erforderlich, den Auftrag von vornehe-

rein einem ganz bestimmten Unternehmer zu erteilen. Die Vergabepaxis der Krankenkasse führe jedenfalls dazu, dass die **Gruppe der Arzneimittelimporteure auf lange Sicht**, wenn nicht gar **endgültig von der streitigen Auftragsvergabe abgeschnitten** sei. Das berechnigte Anliegen einer Krankenkasse, Versorgungssicherheit zu gewährleisten, hätte im vorliegenden Fall jedenfalls auch anderweitig herbeigeführt werden können. So hätte das Festlegen spezifischer, am Bedarf ausgerichteter Eignungsanforderungen bedacht werden müssen. Die Krankenkasse hätte sich nämlich durchaus vom Arzneimittelimporteur dessen Lieferbeziehungen und Liefermengen darlegen lassen und diese überprüfen können (vgl. VK Bund, VPR 2013,151). Darüber hinaus hätte die Krankenkasse bedenken müssen, den Auftrag in Teillose aufzugliedern, um die Auftragsvergabe auch geeigneten Importeuren zugänglich zu machen. Schließlich kann der als Rahmenvertrag zu qualifizierende Rabattvertrag auch mit gleich mehreren Vertragspartnern abgeschlossen werden.

Praxishinweis

Den Beschaffungsbedarf und -gegenstand zu definieren, ist sicherlich exklusives Recht jedes Auftraggebers. Allerdings darf auch insoweit der Bogen nicht überspannt und Wettbewerb von vorneherein umgangen werden. Ein Auftraggeber muss seine Entscheidungen sachlich rechtfertigen können, und zwar auch seine Festlegung des Beschaffungsgegenstands (vgl. OLG Düsseldorf, VPR 2013, 102).

*RAin Dr. Daniela Hattenhauer, Frankfurt a.M.,
und RA Martin Wilke, Frankfurt a.M.*