


Anmerkung zu:	BKartA Bonn 1. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 01.12.2020 - VK 1 - 90/20
Autoren:	Dr. Pascal Friton, LL.M., RA, Johanna Braun
Erscheinungsdatum:	09.03.2021
Quelle:	
Normen:	§ 97 GWB, § 55 SektVO 2016, § 127 GWB, § 46 VgV 2016, § 49 VgV 2016 ... mehr
Fundstelle:	jurisPR-VergR 3/2021 Anm. 2
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Braun, jurisPR-VergR 3/2021 Anm. 2

„Lieferkette“ kein zulässiges Zuschlagskriterium

Orientierungssatz zur Anmerkung

Ein Zuschlagskriterium, mit dem bewertet wird, inwieweit eine geschlossene Lieferkette des Bieters in der EU, in GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU besteht, verstößt gegen § 127 Abs. 4 GWB, § 127 Abs. 3 GWB sowie den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB

A. Problemstellung

In dieser Entscheidung beschäftigt sich die Vergabekammer des Bundes mit der diskriminierenden Wirkung eines Zuschlagskriteriums. Dieses hatte einen Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette hinsichtlich verschiedener Produktionsschritte in der EU, in GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. Staaten in der EU-Freihandelszone vorgesehen. Die Ausführungen der Vergabekammer sind sowohl vergaberechtlich als auch rechtspolitisch im Zusammenhang mit der Diskriminierung von Unternehmen aus Drittstaaten zu sehen.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Hintergrund des Rechtsstreits ist die gemeinsame Vergabe von Arzneimittelrabattvereinbarungen gem. § 130a Abs. 8 SGB V. Die Vergabeunterlagen sahen vor, dass den drei Angeboten mit der höchsten Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl der Zuschlag erteilt wird. Diese setzt sich aus der Wirtschaftlichkeitsmaßzahl und bestimmten umweltbezogenen und sozialen Aspekten zusammen, darunter auch der von der Antragstellerin gerügte Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der EU, in GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der EU-Freihandelszone. Nachdem die Antragsgegnerinnen dieser Rüge nicht abhalfen, beantragte die Antragstellerin, eine Generikaherstellerin mit Sitz in Deutschland, die überwiegend in Indien produziert, bei der Vergabekammer des Bundes die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens.

Die Vergabekammer befand den Antrag für zulässig und begründet. Dabei konzentrierte sich ihre Prüfung vor allem auf § 127 Abs. 3 und 4 GWB, wobei sie zunächst feststellte, dass das Kriteri-

um „Lieferkette“ nicht geeignet sei, i.S.d. § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB eine willkürfreie Zuschlagserteilung unter Wahrung des Gleichbehandlungssatzes zu ermöglichen. Sie begründet dies damit, dass durch das Zuschlagskriterium Gleiches ungleich behandelt und Ungleiches gleich behandelt wird. Denn ob ein Angebot den Wertungsbonus erhält, hängt davon ab, ob sich der Produktionsstandort in einem Staat befindet, der eines der genannten internationalen Abkommen unterzeichnet hat. Die Antragsgegnerinnen hatten das Zuschlagskriterium unter Verweis auf die Versorgungssicherheit sowie höhere Umwelt- und Sozialstandards in den Unterzeichnerstaaten gerechtfertigt. Die Vergabekammer lehnte dies jedoch ab, da die Unterzeichnung dieser Abkommen keinen Einfluss auf diese Merkmale habe. Insbesondere das GPA, aber auch die Freihandelsabkommen, zielten nicht auf die Einhaltung bestimmter Sozial- und Umweltstandards, sondern regelten in erster Linie die gegenseitige Gewährung ungehinderten Zugangs zu den jeweiligen Vergabemärkten bzw. die Liberalisierung des Handels. Damit sei weder gesagt, dass alle Staaten, die eines dieser Abkommen unterzeichnet haben, einen vergleichbaren Versorgungs-, Umwelt- und Sozialstandard aufweisen, noch, dass Drittstaaten einen niedrigeren Standard bieten.

Diese Ungleichbehandlung kann nach Ansicht der Vergabekammer nicht gerechtfertigt werden. Art. 25 der RL 2014/24/EU sehe zwar ein Diskriminierungsverbot für GPA-Unterzeichnerstaaten vor, erlaube aber gerade keine Diskriminierung von Drittstaaten. Eine solche Ungleichbehandlung sei ausschließlich im Bereich der Sektorenvergabe gem. Art. 85 der Richtlinie 2014/25/EU bzw. § 55 SektVO ausdrücklich erlaubt.

Neben dem Verstoß gegen § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB kam die Vergabekammer auch zum Schluss, dass das Zuschlagskriterium keine ausreichende Verbindung mit dem Auftragsgegenstand aufweise (§ 127 Abs. 3 GWB). Dafür hätte das Zuschlagskriterium mit dem „spezifischen Prozess der Herstellung“ in Zusammenhang stehen müssen, was die Vergabekammer aus Erwägungsgrund 97 sowie Art. 67 Abs. 3 Buchst. a der RL 2014/24/EU ableitet, die vom „konkreten“ bzw. „spezifischen“ Prozess der Herstellung sprechen. Der Produktionsstandort stehe aber nicht im Zusammenhang mit dem Prozess der Herstellung der ausgeschriebenen Ware (hier rabattierte Arzneimittel), sondern sei vielmehr eine Eigenschaft, die alle Waren kennzeichne, die ein Unternehmen an diesem Standort herstellt. Darüber hinaus handele es sich bei dem Kriterium um eine unternehmensbezogene Anforderung, denn der Produktionsort hafte nicht der Leistung selbst an, sondern beziehe sich auf die unternehmerische Entscheidung, wo welche Ressourcen bereitgestellt werden. Unternehmensbezogene Kriterien seien aber als Eignungskriterien strikt von Zuschlagskriterien zu trennen.

Nur kurz geht die Vergabekammer auf § 97 Abs. 2 GWB ein und stellt einen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz fest. Ob die Auftraggeberinnen auch gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 97 Abs. 1 Satz 2 GWB) oder gegen das Transparenzgebot (§ 97 Abs. 1 Satz 1 GWB) verstoßen haben, lässt sie dagegen offen.

C. Kontext der Entscheidung

Vergaberechtlich ist der Beschluss in Zusammenhang mit Anforderungen an die Zuschlagskriterien sowie dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu sehen. Politisch fügt sich diese Entscheidung in die aktuelle Diskussion um den Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten zum europäischen Beschaffungsmarkt ein. Vor allem die EU-Kommission hat sich in den vergangenen Jahren intensiv damit beschäftigt.

I. Rechtlicher Kontext: Gleichbehandlungsgrundsatz und § 127 GWB

Die Vergabekammer setzt sich in diesem Verfahren ausführlich mit der Diskriminierung von Unternehmen aus Drittstaaten auseinander. Allerdings prüft sie diese nicht im Rahmen eines Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 GWB, sondern inzident als Ver-

stoß gegen das in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB niedergelegte Verbot einer willkürlichen Zuschlagserteilung. Das überrascht nicht nur aus dogmatischen Gründen, sondern auch vor dem Hintergrund, dass sich der Nachprüfungsantrag nur auf Verstöße gegen § 127 Abs. 3 GWB und § 97 GWB bezogen hatte.

Die Vergabekammer bedient sich dazu eines Kunstgriffs, indem sie auf die Erwägungsgründe 90 und 92 der Richtlinie 2014/24/EU verweist, denen zufolge es dem EU-Richtliniengeber darauf ankomme, nur solche Zuschlagskriterien zu akzeptieren, die „einen objektiven Wertvergleich der Angebote ermöglichen, der alle Bieter gleich behandelt“. Diese Auslegung nutzt sie sodann als Einfallstor, um eine Diskriminierung zu prüfen und anzunehmen. Die Vergabekammer scheint damit jedenfalls implizit von der Möglichkeit einer Rechtfertigung auszugehen. Denn es werden verschiedene rechtfertigende Gründe diskutiert und abgelehnt. Nicht diskutiert wird jedoch die folgende Rechtfertigungsmöglichkeit: Die Europäische Kommission geht in ihren „Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt“ nämlich davon aus, dass drittstaatlichen Unternehmen, im Umkehrschluss aus Art. 25 der RL 2014/24/EU, der Zugang zum Beschaffungsmarkt der Union verwehrt und sie von Vergabeverfahren ausgeschlossen werden dürfen, sofern ihr Herkunftsstaat keine Vereinbarung über die gegenseitige Öffnung der Beschaffungsmärkte geschlossen hat (Kommission, C(2019) 5494 final, S. 6). Die Kommission scheint darin also einen Rechtfertigungsgrund für eine Ungleichbehandlung der Bieter zu erkennen. Die Vergabekammer setzt sich zwar mit den Leitlinien auseinander (Rn. 60), zum möglichen (eher handelspolitischen) Rechtfertigungsgrund, eine gegenseitige Öffnung der Beschaffungsmärkte zu erreichen, äußert sie sich aber nicht.

Die vorstehende Problematik hätte die Vergabekammer möglicherweise umgehen können, wenn sie direkt (und nicht im Rahmen von § 127 Abs. 3 GWB) eine Verletzung des Gleichheitsgrundsatzes geprüft hätte. § 97 Abs. 2 GWB untersagt grundsätzlich nicht nur eine Diskriminierung von Unternehmen aus Deutschland oder der EU, sondern auch von Unternehmen aus Drittstaaten (Gesetzesbegründung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes, BT-Drs. 18/6281, S. 68). Der Gleichbehandlungsgrundsatz gilt aber nicht uneingeschränkt. Auch das hat die Vergabekammer zwar richtig erkannt, jedoch hätte sich hier angeboten, eine Rechtfertigung der Diskriminierung (formal) anhand des § 97 Abs. 2 GWB zu prüfen, dessen 2. Halbsatz Ungleichbehandlungen nur zulässt, sofern sie aufgrund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet sind.

Eine Rechtfertigungsmöglichkeit ist zunächst die sog. Drittlandsklausel (§ 55 Abs. 1 SektVO), deren Anwendbarkeit die Vergabekammer aber zu Recht ablehnt, da diese über das Sektorenvergaberecht hinaus keine generelle Anwendbarkeit im Vergaberecht findet. Sodann hätte geprüft werden können, ob § 127 GWB als Rechtsgrundlage für eine Ungleichbehandlung in Frage kommt. Das dürfte sehr schwierig zu argumentieren sein. Zwar erlaubt § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB sehr weitgehend die Verwendung von umweltbezogenen und sozialen Aspekten. Auch die Antragstellerinnen versuchten zu argumentieren, mit ihrem Zuschlagskriterium die Versorgungssicherheit sowie die Einhaltung gewisser Umwelt- und Sozialstandards sicherzustellen. Wie die Vergabekammer aber (insoweit) wohl zutreffend betont, werden diese Aspekte nicht automatisch dadurch besser erfüllt, dass sich der Produktionsstandort in einem Staat befindet, der eines der genannten Abkommen unterzeichnet hat. Schließlich zielen diese insbesondere auf den Abbau von Handels- und Zugangshemmnissen ab und nicht auf die Schaffung einheitlicher Versorgungssicherheits-, Umwelt- und Sozialstandards. Ein Staat, der Mitglied eines der geforderten Verträge ist, bietet nicht automatisch einen höheren Standard; ebenso wenig bieten Drittstaaten zwangsläufig einen niedrigeren. Nur am Rande sei angemerkt, dass bei einer Beschränkung auf eine Lieferkette in der EU dieses Argument allerdings an Überzeugungskraft verlieren würde. Denn für die EU selbst ließe sich durchaus argumentieren, dass diese (auch) auf die Etablierung bestimmter Sozial- und Umweltstandards abzielt. In diesem Fall würde sich aber die Frage stellen, ob die Diskri-

minierung unter dem GPA gerechtfertigt werden kann. Hierzu sieht das GPA in Art. III Abs. 2 verschiedene Möglichkeiten vor, etwa zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen.

Das Kriterium der geschlossenen Lieferkette in der EU, in GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der EU-Freihandelszone darf also gar nicht als Zuschlagskriterium verwendet werden, weil § 127 Abs. 1 GWB ein solches Kriterium nicht erlaubt. Insbesondere handelt es sich weder um einen umweltbezogenen oder sozialen noch um einen qualitativen Aspekt i.S.d. § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB. In der Sache dürfte es sich – als unternehmensbezogenes Kriterium – um ein (unzulässiges) Eignungskriterium handeln. § 127 GWB kommt somit als Rechtsgrundlage nicht in Frage, und ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz liegt vor.

Argumentiert man – wie vorstehend – rein formal, stellt sich die von der Vergabekammer aufgeworfene Problematik des Auftragsbezugs (§ 127 Abs. 3 GWB) eigentlich gar nicht mehr. Die Ausführungen der Vergabekammer zu diesem Punkt verdienen jedoch eine besondere Aufmerksamkeit: Fest steht, dass einem Zuschlagskriterium der Leistungsbezug nicht deshalb abgesprochen werden darf, weil ein Merkmal der Leistung nicht unmittelbar selbst anhaftet. Diese Voraussetzung stellt weder die RL 2014/24/EU noch der EuGH in seiner Rechtsprechung zur strategischen Vergabe auf (vgl. insb. EuGH, Urt. v. 10.05.2012 - C-368/10). Diesen Grundsatz wiederholt auch die Vergabekammer, begründet den fehlenden Auftragsbezug dann aber im Kern damit, dass der Produktionsstandort als Eigenschaft nicht spezifisch die hier ausgeschriebenen Leistungen betreffe, sondern alle durch das Unternehmen am jeweiligen Standort hergestellten Waren kennzeichne. In der Sache würde durch das Kriterium unzulässigerweise auf die allgemeine Unternehmenspolitik Einfluss genommen. Die Vergabekammer scheint damit Kriterien als Zuschlagskriterien nur deswegen untersagen zu wollen, weil diese (auch) Einfluss auf die Durchführung anderer Aufträge und daher die allgemeine Unternehmenspolitik nimmt. Man kann diese Ausführungen daher so verstehen, dass nach der Vergabekammer Zuschlagskriterien in ihrer Wirkung auf den jeweiligen öffentlichen Auftrag beschränkt bleiben müssen und keine weiter gehenden (mittelbaren) Auswirkungen auf andere Tätigkeiten des Unternehmens haben dürfen. Diese Vorgabe lässt sich dem Gesetz jedoch nicht entnehmen. Gesetzlich gefordert ist lediglich, dass sich das Kriterium auf den konkreten Auftrag beziehen muss, welche weiteren Auswirkungen für die Unternehmen damit verbunden sind, ist insoweit nicht maßgeblich. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz setzt hier sicher Grenzen. Diese sind aber nicht so eng zu ziehen, wie es die Vergabekammer offenbar befürwortet. Setzt sich die Sichtweise der Vergabekammer durch, würde jedenfalls die Möglichkeit der Verwendung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten stark eingeschränkt.

Ob der Produktionsstandort als solcher im vorliegenden Fall ein zulässiges Eignungskriterium dargestellt hätte, ließ die Vergabekammer offen. Sie geht davon aus, dass Auftraggeber künftig in vergleichbaren Fällen Anforderungen an das Lieferkettenmanagement (§ 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV) und an das Umweltmanagement (§ 46 Abs. 3 Nr. 7, § 49 VgV) stellen können. Auch hier dürfte die pauschale Anknüpfung an den Produktionsstandort aber regelmäßig nicht zulässig sein. Erforderlich wäre vielmehr eine inhaltliche Umschreibung der Kriterien, die etwa an die Lieferkette oder Umweltstandards gestellt werden. Es bleibt abzuwarten, wie sich künftige Nachprüfungsinstanzen zu dieser Frage positionieren werden.

Abschließend sei noch darauf hingewiesen, dass nach der Rechtsprechung des EuGH eine gewisse Nähe des Produktionsorts zum Verbrauchsort bei der Beschaffung von pharmazeutischen und medizinischen Waren ein zulässiges Zuschlagskriterium darstellen kann (EuGH, Urt. v. 27.10.2005 - C-234/03 Rn. 61 „Contse SA“; EuGH, Urt. v. 28.03.1995 - C-324/93 Rn. 44 „Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd“). Der EuGH hat diesbezüglich aber klargestellt, dass hierfür sehr hohe Anforderungen gelten, insbesondere was die Verhältnismäßigkeit des angestrebten Ziels (Versorgungssicherheit) zum Zuschlagskriterium des Standorts betrifft (EuGH, Urt. v. 27.10.2005 - C-

234/03 Rn. 62 ff. „Contse SA“). Diese Rechtsprechung spielte vorliegend wegen der Maßgeblichkeit der GPA-Mitgliedschaft – und nicht der Nähe des Produktionsortes – aber zu Recht keine Rolle.

II. Politischer Kontext: Zugang von Unternehmen aus Drittstaaten zum EU-Beschaffungsmarkt

Auch die EU-Kommission beschäftigte sich in den vergangenen Jahren verstärkt mit der Rolle drittstaatlicher Unternehmen auf dem Beschaffungsmarkt der Union. So soll einer beschränkten Öffnung bestimmter drittstaatlicher Beschaffungsmärkte für Unionsunternehmen mit dem Instrument betreffend das internationale Beschaffungswesen (IPI) abgeholfen werden (hierzu Kommission, COM(2016) 34 final, 2012/0060(COD)), auf das sich im Übrigen auch die Vergabekammer bezieht (Rn. 59). In ihrem Vorschlag kritisiert die Kommission unter anderem, dass das europäische Vergaberecht mit Ausnahme der Drittlandsklauseln in Art. 85 f. der Richtlinie 2014/25/EU keine allgemeinen Bestimmungen für den Umgang mit Waren und Dienstleistungen aus Drittländern enthält (a.a.O., S. 5). Diese Normen sollen gestrichen werden, und stattdessen soll auf Bieter oder Waren aus Ländern, die EU-Unternehmen am Zugang zum nationalen Beschaffungsmarkt hindern, ein Preisaufschlag angewendet werden (vgl. a.a.O., Art. 8 und 17 des Verordnungsentwurfs). Bieter werden also nicht ausgeschlossen, sondern können noch immer den Zuschlag erhalten, wenn ihr Angebot trotz der Preisanpassung wettbewerbsfähig bleibt (a.a.O., S. 4).

Nach wie vor ist allerdings unklar, ob, wann und in welcher Gestalt das IPI in Kraft tritt. Zwar scheinen die meisten Mitgliedstaaten und Interessengruppen seine Verabschiedung zu befürworten, der Fortschritt bei den Verhandlungen stagnierte zuletzt jedoch wieder (vgl. z.B. Ausschuss der Regionen, ECON-VII/001, Rn. 57; European Parliamentary Research Service, PE 649.403 – March 2020, S. 9). Kommission und Rat rufen allerdings verstärkt dazu auf, sich zeitnah auf ein Instrument zu einigen (Kommission, COM(2020) 102 final, S. 8; Europäischer Rat, EUCO 13/20, S. 2), so dass das IPI möglicherweise im Laufe dieses Jahres verabschiedet werden könnte.

Darüber hinaus schlägt die Kommission vor, drittstaatlich subventionierte Unternehmen von Vergabeverfahren auszuschließen (Kommission, COM(2020) 253 final, S. 35 ff.). Bieter und Bewerber müssen dazu dem öffentlichen Auftraggeber mitteilen, ob sie in den letzten drei Jahren aus Nicht-EU-Staaten finanziell unterstützt wurden oder dies während der Auftragsausführung erwarten. Ist dies der Fall und handelt es sich dabei um eine ausländische Subvention, prüft der Auftraggeber, ob diese das Vergabeverfahren verzerrt hat. In diesem Fall soll er das Unternehmen ausschließen und eine Vergabesperre verhängen.

D. Auswirkungen für die Praxis

Der Beschluss der Vergabekammer ist nach dem OLG Brandenburg die nächste jüngere Entscheidung, die sich ausführlicher mit der Diskriminierung von Unternehmen aus Drittstaaten befasst. Insbesondere im Zusammenhang mit der sog. strategischen Beschaffung zeigt sie Grenzen für öffentliche Auftraggeber auf, denn bislang ist die Ungleichbehandlung von drittstaatlichen Bietern nur im Bereich des Sektorenvergaberechts erlaubt. Es ist jedoch nicht ausgeschlossen, dass künftig weitere Tatbestände zur Ungleichbehandlung solcher Unternehmen geschaffen werden dürfen. Weder das Unionsrecht noch die Ausführungen der Vergabekammer stünden etwa einer dahingehenden Gesetzesänderung beispielsweise im Rahmen des § 130a SGB V entgegen. Es steht also zu vermuten, dass die Nachprüfungsinstanzen künftig häufiger mit solchen Konstellationen zu tun haben könnten.

Vergaberechtspraktiker sollten zudem die Entwicklungen auf der europäischen Ebene aufmerksam beobachten. Zwar hätten wohl weder ein IPI noch eine Regelung entsprechend dem Weißbuch der Kommission den Ausgang dieses Falls beeinflusst. Die Kommission zeigt in ihren Veröf-

fentlichungen aber, dass einer ihrer vergaberechtspolitischen Schwerpunkte in der (Einschränkung einer) Beteiligung von drittstaatlichen Unternehmen liegt.

Solange diese Projekte sich noch im Gesetzgebungsverfahren befinden, ruft diese Entscheidung der Vergabekammer aber öffentliche Auftraggeber zu extremer Zurückhaltung bei Ungleichbehandlungen von Drittstaaten auf. Es bleibt abzuwarten, wie sich das hierzu angerufene OLG Düsseldorf (Az. Verg 53/20) positionieren wird.

© juris GmbH