

Anmerkung zu:	OLG Düsseldorf Vergabesenat, Beschluss vom 01.12.2021 - VII-Verg 55/20
Autoren:	Dr. Pascal Friton, RA und FA Vergaberecht, Dr. Tobias Ackermann, RA
Erscheinungsdatum:	14.06.2022
Quelle:	
Normen:	§ 130a SGB 5, § 97 GWB, § 127 GWB, EURL 14/2014, EURL 25/2014, EURL 24/2014
Fundstelle:	jurisPR-VergR 6/2022 Anm. 4
Herausgeber:	Prof. Dr. Lutz Horn, RA
Zitiervorschlag:	Friton/Ackermann, jurisPR-VergR 6/2022 Anm. 4

Zuschlagskriterium einer „EU-Lieferkette“ vergaberechtswidrig

Orientierungssätze

- 1. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, GPA-Unterzeichnerstaaten und der Freihandelszone der Europäischen Union verletzt drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.**
- 2. Ein solches Lieferkettenkriterium verstößt gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz des § 97 Abs. 2 GWB, da insbesondere Art. 25 Richtlinie 2014/24/EU eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten nicht gestattet.**
- 3. Ein solches Lieferkettenkriterium ist auch nicht zur Gewährleistung von Umwelt- und Sozialstandards oder zur Erhöhung der Versorgungssicherheit geeignet.**

A. Problemstellung

Das OLG Düsseldorf befasst sich in dieser Entscheidung mit der Zulässigkeit des Zuschlagskriteriums einer geschlossenen Lieferkette im Vergabeverfahren. Sofern Unternehmen den Nachweis über eine solche Lieferkette in der Europäischen Union (EU), in Mitgliedstaaten des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) oder in der Freihandelszone der EU erbringen konnten, sollte ein Wirtschaftlichkeitsbonus erteilt werden. Problematisch bei der Heranziehung eines solchen Kriteriums ist jedoch, dass dadurch möglicherweise Unternehmen aus anderen Staaten („Drittstaaten“) diskriminiert und vergaberechtliche Bestimmungen verletzt werden.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Der zugrunde liegende Sachverhalt betraf die EU-weite Ausschreibung von Arzneimittelrabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V. Im Rahmen des Vergabeverfahrens sollten als Zuschlagskriterien neben dem Preis auch qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte berücksichtigt werden. Hierzu sollten Wirtschaftlichkeitsboni unter anderem für den Nachweis einer „geschlossenen EU-Lieferkette“, d.h. den Nachweis der kompletten Produktion in der EU, den GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der EU-Freihandelszone, gewährt werden.

Eine Generikaherstellerin mit Sitz in Deutschland, die hauptsächlich in Indien produziert, hielt dieses Zuschlagskriterium für vergaberechtswidrig und leitete nach erfolgloser Rüge ein Nachprüf-

funksverfahren ein. Die Vergabekammer des Bundes half ihrem Begehren erstinstanzlich ab, indem sie der Antragsgegnerin die Zuschlagserteilung untersagte und ihr aufgab, das Vergabeverfahren zurückzusetzen (VK Bund, Beschl. v. 01.12.2020 - VK 1 - 90/20; vgl. hierzu bereits Fritton/Braun, jurisPR-VergR 3/2021 Anm. 2). Gegen diese Entscheidung legte die Antragsgegnerin sofortige Beschwerde ein.

Das OLG Düsseldorf hat die Beschwerde zurückgewiesen und sich der Ansicht der Vergabekammer angeschlossen. Das Kriterium der geschlossenen EU-Lieferkette sei diskriminierend und nicht objektiv.

Der Vergabesenat bejahte zunächst das Vorliegen eines Verstoßes gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Gleichbehandlungsgrundsatz. Eine Ungleichbehandlung von Bietern auf Grundlage ihrer Herkunft begegne grundlegenden Bedenken und müsse ausdrücklich gesetzlich gestattet sein. Dies sei vorliegend aber nicht der Fall. Insbesondere folge aus dem vom Auftraggeber angeführten Art. 25 der Richtlinie 2014/14/EU keine solche Erlaubnis. Die Vorschrift normiere lediglich das Verbot, Wirtschaftsteilnehmer aus GPA-Unterzeichnerstaaten und sonstigen EU-Freihandelsabkommen im Vergleich zu solchen aus der EU zu diskriminieren. Sie enthalte aber keinen Erlaubnistatbestand dahingehend, Bieter aus EU- und GPA-Staaten besser zu behandeln als Bieter mit anderer Herkunft. Dies folge auch aus einem systematischen Vergleich zu Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU. Hiernach kann ein Angebot im Rahmen der Vergabe von Lieferaufträgen zurückgewiesen werden, wenn der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als die Hälfte des Gesamtwertes der Erzeugnisse beträgt. Während in dieser Vorschrift der Sektorenrichtlinie ein Erlaubnistatbestand für eine herkunftsbezogene Ungleichbehandlung ausdrücklich normiert sei, fehle eine solche Regelung in Art. 25 der Richtlinie 2014/14/EU. Im Umkehrschluss sei die Schaffung eines generellen Erlaubnistatbestands für Drittländerdiskriminierung gerade nicht gewollt. Zwar wisse der Senat um die Überlegungen der Europäischen Kommission, den Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der EU für Unternehmen aus Drittstaaten zu beschränken, es bedürfe jedoch einer gesetzlichen Grundlage für eine solche Zugangsbeschränkung. Soweit und solange eine gesetzliche Normierung einer Zugangsbeschränkung nicht erfolgt sei, dürften öffentliche Auftraggeber Bieter aus Drittstaaten nicht allein ihrer Herkunft wegen ausschließen.

Die Ungleichbehandlung könne auch nicht über § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB gerechtfertigt werden. Zwar sei die Festlegung einzuhaltender Umwelt- und Sozialstandards als solche vergaberechtskonform. Das Kriterium der geschlossenen EU-Lieferkette sei jedoch bereits wegen der Heterogenität der so privilegierten Staatengruppen schon nicht geeignet, vergleichbare soziale oder umweltbezogene Standards zu gewährleisten. Auch das Argument des öffentlichen Auftraggebers, das Lieferkettenkriterium diene der Versorgungssicherheit und gestatte somit als soziales Mittel i.S.d. § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB die Ungleichbehandlung, verfange nicht. Zwar sei die Versorgungssicherheit ein legitimes Ziel und damit grundsätzlich zulässiges Zuschlagskriterium, jedoch sei das Lieferkettenkriterium als solches nicht geeignet, dieses Ziel zu fördern. So sei schon nicht ersichtlich, dass die Versorgung bei Produktion in den privilegierten Staaten in höherem Maße gesichert sei als bei Produktion in Drittstaaten wie Indien oder China. Darüber hinaus sei etwa eine Vorgabe zur versorgungsortnahen Lagerhaltung als milderes Mittel einzustufen und das Erfordernis des Nachweises über eine geschlossene Lieferkette somit mangels Erforderlichkeit ebenfalls unverhältnismäßig.

Schließlich stellte der Vergabesenat fest, dass auch ein Verstoß gegen das in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB verankerte Gebot objektiver Zuschlagskriterien vorliege. Denn aufgrund der Heterogenität der priorisierten Staatengruppe taue das Lieferkettenkriterium nicht zur Gewährleistung objektiver Umwelt- und Sozialstandards. So erschließe sich nicht, weshalb etwa bei einem in Hongkong

ansässigen Produzenten die Versorgung in höherem Maße gesichert sein solle als bei einem in China ansässigen, oder weshalb der vor dem Zerfall staatlicher Strukturen stehende Libanon die Belieferung mit Medikamenten eher gewährleiste als Indien.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung des Vergabesenats des OLG Düsseldorf verdient im Ergebnis Zustimmung, kann jedoch in ihrer Begründung nicht vollständig überzeugen. Das gilt gerade für die Ausführungen zum Unionsrecht. Nicht nur in den unmittelbaren rechtlichen Kontext, sondern auch im Lichte aktueller Entwicklungen auf EU-Ebene verdient die Entscheidung eingehende Einordnung.

I. Rechtliche Einordnung

Im Ergebnis wohl zutreffend geht der Vergabesenat davon aus, dass es an einer ausdrücklichen Gestattung der Schlechterbehandlung von Bietern aus Drittstaaten fehlt. Die Erwägungen des Vergabesenats zu Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU erscheinen jedoch zweifelhaft. Abgesehen davon, dass diese Vorschrift in Deutschland weder umgesetzt noch unmittelbar anwendbar ist, überzeugt die oberlandesgerichtliche Auslegung nicht. Denn die laut der Entscheidung alleinig verfolgte Privilegierung von GPA-Unterzeichnerstaaten und Freihandelspartnerländern würde unterlaufen werden, wenn ohnehin sämtliche Bieter, gleich welcher Herkunft, denselben Anspruch auf Zugang zum EU-Beschaffungsmarkt hätten. Dem Sinn und Zweck entsprechend muss die Vorschrift die Möglichkeit zum Ausschluss von Bietern aus Drittstaaten gewähren, um die ausdrücklich normierte Privilegierung zu erreichen. Wenn die (auch vom OLG Düsseldorf anerkannte) privilegiierende Wirkung aber nicht erreicht werden kann, wäre die Norm praktisch überflüssig.

Auch der vom Gericht gezogene systematische Vergleich zu Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU vermag nicht zu überzeugen (a.A. aber Gabriel, PharmR 2022, 253, 254 f.). Zwar trifft zu, dass Ungleichbehandlungen dort ausdrücklich gestattet werden, während der Richtlinie 2014/24/EU eine explizite Regelung zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittländern fehlt. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenvergaberichtlinie wäre, anders als das OLG Düsseldorf meint, bei Bestehen einer allgemeinen Erlaubnis zur Schlechterbehandlung von Bietern aus Drittländern allerdings keinesfalls überflüssig. Denn die Vorschrift hat einen hierüber hinausgehenden Regelungsgehalt. Sie erlaubt namentlich den Ausschluss von Angeboten, bei denen bis zu 49,9% des Gesamtwertes am Lieferauftrag aus der EU stammen, und erfasst damit nicht nur Bieter aus Drittländern, sondern auch solche aus den EU-Mitgliedstaaten (Stein/Dengler, VergabeR 2022, 149, 153). Sie hat damit einen ganz anderen Zuschnitt als eine allgemeine Erlaubnis zur Diskriminierung und stellt damit nicht bloß spezifischere Bedingungen für eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittländern auf. Rückschlüsse auf die Bedeutung des Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU lassen sich hieraus nicht ableiten.

Gestützt wird diese Auslegung von der Europäischen Kommission, welche in den Leitlinien zur Teilnahme von Bietern und Waren aus Drittländern am EU-Beschaffungsmarkt ausdrücklich ausführt, dass über die Verpflichtung des Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU hinaus Wirtschaftsteilnehmer aus Staaten, die nicht das GPA unterzeichnet oder ein Freihandelsabkommen mit der EU geschlossen haben, „kein Zugang zu Vergabeverfahren in der EU zugestanden“ werden. Ausdrücklich heißt es weiter: „sie dürfen ausgeschlossen werden“ (EU-Kommission, COM(2019) C-271/46, unter 1.). Die Leitlinien sind dabei intendiert, die Anwendung des bestehenden Rechtsrahmens zu beleuchten. Daher irritieren die Aussagen des OLG Düsseldorf, der EU-Gesetzgeber müsse zunächst einen Ausschlussstatbestand schaffen, damit dem öffentlichen Auftraggeber ein Recht zukomme, Bieter aus Drittstaaten auszuschließen.

Nicht nur die EU-Kommission sieht dies anders. Auch ein Blick auf die Mitgliedstaaten Rumänien und Ungarn offenbart, dass eine Ungleichbehandlung von Drittstaaten auch nach derzeitigem

Rechtsrahmen möglich zu sein scheint. In Rumänien werden seit Erlass der Dringlichkeitsverordnung Nr. 25/2021 der Regierung über die Änderung und Ergänzung bestimmter Gesetze im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesen Bieter aus Drittstaaten automatisch von Vergabeverfahren ausgeschlossen. Als Grundlage hierfür dient ausdrücklich Art. 25 der Richtlinie 24/2014/EU. Auf formelle Anfrage an die Europäische Kommission, ob sich diese Rechtspraxis mit dem Verständnis der Kommission deckt, führte diese bereits im Jahr 2008 aus, dass sich die Ansichten der rumänischen Regierung im Einklang mit denen der Kommission befänden. Der konkret betroffene Drittstaat habe nach Aussage der Kommission kein Recht auf Teilhabe am EU-Beschaffungsmarkt (EU-Kommission, Antwort auf parlamentarische Anfrage E-4992/08 (EN), 30.10.2008; dazu auch Baci, EPPPL 2021, 151). Auch in Ungarn wurde mit dem Gesetz CXLI über das öffentliche Beschaffungswesen 2015 eine Regelung eingeführt, welche öffentliche Auftraggeber berechtigt, Bieter oder Lieferungen aus Drittstaaten vom Vergabeverfahren auszuschließen. Der Wissenschaftliche Dienst des Europäischen Parlaments stellte im März 2022, ohne daran Anstoß zu nehmen fest, dass Belgien und Italien Angebote aus Drittländern sogar verbieten, sofern keine internationalen Verpflichtungen auf WTO- oder bilateraler Ebene bestehen. Spanien verlange ähnlich symmetrische Gegenseitigkeit in der Behandlung von Wirtschaftsteilnehmern, während Estland und Österreich – wie auch Ungarn – den Vergabestellen dahingehend einen Ermessensspielraum einräumen (Wissenschaftlicher Dienst des EU-Parlaments, EU International Procurement Instrument, PE 649.403, März 2022, S. 4). Folgte man der Argumentation des OLG Düsseldorf, müssten konsequenterweise die Regelungen in all diesen Mitgliedstaaten und entgegen der Einschätzung der EU-Kommission als unionsrechtswidrig klassifiziert werden.

Die Ausführungen des Vergabesenats jenseits des Europarechts verdienen dagegen weitgehend Zustimmung. Allerdings erscheint es fraglich, ob die Vorgabe zu versorgungsortnaher Lagerhaltung als milderes Mittel im Vergleich zum Lieferkettenkriterium einzustufen ist. Denn für Bieter wäre dies wohl mit deutlich höheren Kosten verbunden. Zudem könnten durch eine versorgungsortnahe Lagerhaltung nur kurzfristig Lieferengpässe vermieden werden. Sofern die Herstellung weiter in den etablierten Strukturen erfolgt, würden Engpässe innerhalb dieser in ähnlichem Maße zu Versorgungsschwierigkeiten führen, woran auch eine versorgungsortnahe Lagerhaltung nur kurzfristig etwas ändern würde (vgl. dazu Stein/Dengler, VergabeR 2022, 149, 155). Davon abgesehen ist dem OLG Düsseldorf darin zuzustimmen, dass ein pauschales Abstellen auf die geografische Verortung des Bieters bzw. seiner Produktionsstätte noch kein ausreichender Anknüpfungspunkt ist, um Sozial- und Umweltstandards zu garantieren. Die vom Vergabesenat wiederholt angeführte Heterogenität der privilegierten GPA-Unterzeichnerstaaten und Freihandelspartner lässt sich nicht leugnen. Solange das deutsche Recht eine Ungleichbehandlung von Bietern aus den übrigen Drittstaaten nicht ausdrücklich gestattet, dürfte eine generelle Anknüpfung an den Produktionsstandort daher in der Tat in der Regel unzulässig sein (ähnlich Fritz/Klaedtke, NZ-Bau 2022, 131, 132). Unionsrechtlich ist eine solche Praxis aber grundsätzlich zulässig.

II. Das internationale Beschaffungsinstrument

Die Entscheidung des OLG Düsseldorf ist auch im Zusammenhang mit Bestrebungen zu sehen, Maßnahmen zur Öffnung internationaler Beschaffungsmärkte für europäische Unternehmen zu ergreifen. Denn während die EU ihren öffentlichen Beschaffungsmarkt in erheblichem Maße für Wettbewerber aus Drittländern geöffnet hat, bleibt der Markt in diesen Staaten für EU-Unternehmen häufig geschlossen. Im März 2022 einigten sich im Rahmen von Trilogverhandlungen Verhandlungsführer des EU-Parlaments, der EU-Kommission und des Rates auf die Einrichtung eines internationalen Beschaffungsinstruments (International Procurement Instrument, IPI). Das IPI, dessen erster Entwurf die EU-Kommission bereits 2012 vorgelegt hatte, sieht Maßnahmen vor, die

den Zugang zu Vergabeverfahren auf Unternehmen aus solchen Nicht-EU-Ländern beschränken, die EU-Unternehmen ähnlichen Zugang bieten.

Mit Verabschiedung des IPI sollen der Kommission Maßnahmen ermöglicht werden, um den ungleichen Zugang zu den öffentlichen Beschaffungsmärkten zu beseitigen. Angebote von Wirtschaftsteilnehmern aus Drittstaaten, in denen für EU-Unternehmen Hindernisse bei der Teilnahme an Vergabeverfahren bestehen, könnten dann einer Preisstrafe bzw. einer niedrigeren Bewertung unterworfen oder ganz vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden (EU-Kommission, Pressemitteilung IP/22/1728 v. 14.03.2022). Sofern die Kommission eine IPI-Maßnahme trifft, können die nationalen Auftraggeber nur abweichen, wenn alle Angebote von Unternehmen aus Ländern stammen, für die eine IPI-Maßnahme gilt, oder in Fällen, in denen das öffentliche Interesse Vorrang vor IPI-Erwägungen hat (etwa in den Bereichen Gesundheit oder Umweltschutz). Wenig entwickelte Länder und gefährdete Entwicklungsländer sollen zudem von den IPI-Maßnahmen ausgenommen werden.

D. Auswirkungen für die Praxis

Solange eine nationalgesetzliche Rechtsgrundlage für eine Privilegierung von Bietern aus EU-Mitgliedstaaten, GPA-Unterzeichnerländern und Freihandelspartnern gegenüber solchen aus sonstigen Drittstaaten nicht besteht, sollten öffentliche Auftraggeber bei der Aufstellung von Lieferkettenkriterien äußerst sorgfältig vorgehen. Eine pauschale Berufung auf Sozial- und Umweltstandards oder die Versorgungssicherheit zum Abstellen auf geografische Kriterien wird dabei nicht genügen. Nur eine objektive Definition entsprechender auftragsspezifischer Anforderungen erscheint nach derzeitiger Rechtslage in Deutschland im Einzelfall gangbar.

Obwohl entgegen der Ansicht des Vergabesenats eine Ungleichbehandlung zulasten anderer Drittstaaten nach geltendem EU-Recht zulässig ist, könnte in naher Zukunft das IPI Rechtssicherheit schaffen. Dabei sieht Art. 1 Abs. 5 des gegenwärtigen IPI-Entwurfs (EU-Kommission, Verordnungsentwurf v. 29.01.2016, COM(2016) 34 final, abgeändert vom EU-Parlament, vgl. EU-Parlament, Abänderungen vom 14.12.2021 zu dem Verordnungsentwurf der Kommission, P9_TA(2021)0497) vor, dass Mitgliedstaaten und ihre öffentlichen Auftraggeber gegenüber Wirtschaftsteilnehmern aus Drittländern keine restriktiven Maßnahmen anwenden dürfen, die über das IPI hinausgehen. Die genaue Bedeutung dieses Passus bleibt aber derzeit noch unklar. Denn das IPI erlaubt den Mitgliedstaaten und ihren Auftraggebern nach Art. 1 Abs. 4a des Entwurfs die Ergreifung von Maßnahmen, die nach den Vergaberichtlinien erlaubt sind. Wenn die Vergaberichtlinien nach der oben dargestellten Argumentation aber eine Diskriminierung von Unternehmen aus Drittstaaten erlauben, dann würde das IPI insoweit keine Sperrwirkung entfalten. Art. 1 Abs. 5 des IPI könnte dann lediglich so interpretiert werden, dass ein Numerus clausus der Maßnahmen, die die Mitgliedstaaten ergreifen dürfen, festgelegt wird. Diese Auslegung ist aber wohl nicht zwingend. Es bleibt abzuwarten, ob diese Unschärfen noch bereinigt werden.