

## UPDATE VERGABERECHT

### ZUSCHLAGSKRITERIUM „LIEFERKETTE“ IST VERGABERECHTSWIDRIG

**VK Bund, Beschlüsse vom 01.12.2020, VK 1-90/20, und 03.12.2020, VK 1-94/20**

Die Antragsgegnerinnen führten europaweit offene Verfahren zur Vergabe von Arzneimittelrabattverträgen nach § 130a Abs. 8 SGB V durch. Hierbei war der Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der EU, der Freihandelszone der EU bzw. der GPA-Unterzeichnerstaaten als Zuschlagskriterium vorgesehen. Bei den beiden Antragstellerinnen handelt es sich um Unternehmen mit Sitz in Deutschland, die Arzneimittel in Indien herstellen und somit die geforderte Lieferkette nicht nachweisen konnten. Die Antragstellerinnen rügten das Zuschlagskriterium „Lieferkette“ vergeblich und stellten jeweils einen Nachprüfungsantrag.

Mit Erfolg! Die VK Bund entschied in beiden Verfahren, dass das Zuschlagskriterium „geschlossene EU-Lieferkette“ gegen das Vergaberecht verstößt. Zunächst handele es sich hierbei nicht um ein objektives und damit nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB geeignetes Zuschlagskriterium. Zwar sei die intendierte Berücksichtigung der Versorgungssicherheit dem Grunde nach nicht zu beanstanden, die Umsetzung genüge jedoch nicht. Denn durch das gewählte Kriterium würde eine Gruppe von Bietern pauschal privilegiert, während eine andere pauschal benachteiligt würde, ohne dass der Bezugspunkt „Produktionsstandort“ tatsächlich mehr Versorgungssicherheit oder höhere Umwelt- und Sozialstandards zu garantieren vermöge. Zudem liege hier keine nach § 127 Abs. 3 Satz 1 GWB geforderte ausreichende Verbindung zu dem Auftragsgegenstand vor. Es bestehe kein Zusammenhang mit dem spezifischen Prozess der Herstellung. Der Produktionsstandort sei eine Eigenschaft, die nicht spezifisch die ausgeschriebene Leistung betreffe, sondern alle durch das Unternehmen erbrachten Leistungen. Schließlich stelle die Ungleichbehandlung von Produktionsstandorten in sogenannten Drittstaaten einen Verstoß gegen den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) dar.

#### **Bedeutung für die Praxis**

Die Entscheidungen der VK Bund verdeutlichen, dass Auftraggeber bei der Wahl ihrer Zuschlagskriterien sehr genau prüfen müssen, ob diese vergaberechtlichen Vorgaben genügen und insbesondere mit dem Auftragsgegenstand sachlich zusammenhängen. Zwar bleibt es dem Auftraggeber belassen, die Einhaltung bestimmter Umwelt- und Sozialstandards vorzuschreiben oder deren Einhaltung zu bewerten. Diese müssen jedoch konkret benannt werden und sich als objektive, nichtdiskriminierende Kriterien darstellen, die von jedem Bieter im Grundsatz erfüllt werden könnten.