

Update Vergaberecht

Ein „EU-Lieferkettenbonus“ ist vergaberechtswidrig

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021 – Verg 54/20

Auftraggeberin A schrieb im offenen Verfahren Rabattverträge für Arzneimittel in mehreren Fachlosen aus. Neben dem Preis wurden qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte in Gestalt von Wirtschaftlichkeitsboni berücksichtigt. Unter anderem wurde dafür der Nachweis einer „vollständig geschlossene Lieferkette-EU“ positiv bewertet, also der Nachweis der ausschließlichen Produktion in Mitgliedstaaten der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten oder in der Freihandelszone der Europäischen Union. Die in Indien produzierende Bieterin B rügte diesen Lieferkettenbonus als diskriminierend und nicht auftragsbezogen. Nach erfolgloser Rüge erhob B Nachprüfungsantrag. Gegen den stattgebenden Beschluss wendete sich A mit ihrer Beschwerde.

Ohne Erfolg! Das OLG bestätigte die Entscheidung der Vergabekammer: Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für Bieter, die ihre Produktion ausschließlich in privilegierten Staaten betreiben, sei diskriminierend i. S. d. § 97 Abs. 2 GWB und genüge nicht dem Gebot objektiver Zuschlagskriterien aus § 127 Abs. 4 GWB. Das OLG führt zur Begründung insbesondere an, dass ein Lieferkettenbonus zur Herstellung europäischer Umwelt- und Sozialstandards und als Mittel zur Erhöhung der Versorgungssicherheit ungeeignet sei. Das Kriterium stelle undifferenziert auf die Gesamtheit einer Gruppe von Staaten ab, die sich in den wesentlichen Aspekten teilweise erheblich unterschieden. So sei u. a. schon nicht ersichtlich, dass die privilegierten Staaten ihrerseits vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards gewährleisten oder weshalb in diesen Staaten die Versorgungssicherheit in höherem Maße gewährleistet sei als bei einer für Arzneimittel typischen Produktion in Indien. Ferner bestehe auch keine europarechtliche Grundlage für die Ungleichbehandlung von Drittstaaten.

Bedeutung für die Praxis

Der öffentliche Auftraggeber darf keine diskriminierenden Zuschlagskriterien aufstellen. Der vergaberechtliche Grundsatz der Gleichbehandlung aus § 97 Abs. 2 GWB gebietet es ihm insoweit alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren – vorbehaltlich abweichender gesetzlicher Regelungen – gleich zu behandeln. Jede Ungleichbehandlung ist verboten, sofern sie nicht nach Maßgabe des GWB geboten oder gestattet ist. Die Zuschlagskriterien können sich zwar nach § 127 Abs. 3 Satz 2 GWB auch auf die Herstellung eines Produktes beziehen, müssen dann aber auf den Herstellungsprozess abstellen. Beabsichtigt ein öffentlicher Auftraggeber Einfluss auf den Herstellungsort zu nehmen, müsste er objektive Kriterien definieren, die der Erfüllung vergaberechtlich zulässiger Vorgaben dienen und zugleich eine Produktion in bestimmten Staaten faktisch ausschließen. Dies wird, wie die hiesige Entscheidung zeigt, kaum umsetzbar sein. Darüber hinaus besteht nur die Möglichkeit, gesetzliche Ausschlussstatbestände für die Beschaffung von in bestimmten Drittstaaten produzierte Güter zu definieren. Dies umzusetzen, obliegt allerdings allein dem Gesetzgeber.