

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2021 > 01.12.2021 - VII - Verg 53 / 20

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20

(Bieter obsiegt)

Normen:

Art. 25 RL 2014/24/EU; § 160 GWB

Vorangegangene Entscheidung:

VK Bund, Beschluss vom 01.12.2020, VK 1 - 90 / 20 (Bieter obsiegt)

Stichworte:

Gewillkürte Prozessstandschaft, Unzulässiger Lieferkettenbonus

Leitsatz (redaktionell):

1. Analog des im Zivilprozessrecht anerkannten Instituts der gewillkürten Prozessstandschaft ist auch im Vergabenaachprüfungsverfahren der Antragsteller befugt, eine Verletzung fremder Bewerber- oder Bieterrechte im eigenen Namen geltend zu machen, sofern er dazu vom Berechtigten ermächtigt worden ist und ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens im eigenen Namen hat.
2. Ein eigenes schutzwürdiges Interesse eines Dritten kann sich beispielsweise daraus ergeben, dass auch er das vom Bieter angebotene und vom Auftraggeber zurückgewiesene Produkt in Deutschland vertreibt.
3. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union verletzt drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.
4. Ein solches Lieferkettenkriterium ist wegen der Heterogenität der privilegierten Staatengruppen zur Gewährleistung von Umwelt- und Sozialstandards ungeeignet.
5. Art. 25 Richtlinie 2014/24/EU gewährt kein Recht zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenaachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter am Oberlandesgericht Gmelin und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Scholz beschlossen:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 1. Dezember 2020 (VK 1-90/20) wird zurückgewiesen.
2. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin werden den Antragsgegnerinnen auferlegt.
3. Die Antragsgegnerinnen werden gebeten, binnen zwei Wochen zum Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren vorzutragen.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen schrieben mit Bekanntmachung vom 18. September 2020 im offenen Verfahren Rabattverträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt für die Zeit vom 1. Juni 2021 bis zum 31. Mai 2023 EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2020/S 182-436882). Vorgesehen war die Vergabe von Rabattverträgen für fünf Fachlose im Drei-Partner-Modell, die sich jeweils in acht Gebietslose unterteilen. Vorliegend streitgegenständlich ist das Fachlos 4, Clarithromycin. Dabei entsprach das Gebietslos 1 dem Gebiet der Antragsgegnerin zu 2., das Gebietslos 2 dem der Antragsgegnerinnen zu 3. Und 4., das Gebietslos 3 dem der Antragsgegnerin zu 1., das Gebietslos 4 dem der Antragsgegnerin zu 5., das Gebietslos 5 dem der Antragsgegnerin zu 6., das Gebietslos 6 dem der Antragsgegnerinnen zu 7., 8. und 9., das Gebietslos 7 dem der Antragsgegnerin zu 10. und das Gebietslos 8 dem der Antragsgegnerin zu 11. Federführend war die Antragsgegnerin zu 1., die nach Ziffer VI.3. der Bekanntmachung die Ausschreibung im eigenen Namen und im Namen der zehn übrigen Antragsgegnerinnen durchführte.

Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium (Ziffer 11.2.5. der Bekanntmachung). Daneben sollten auch qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte in Gestalt von Wirtschaftlichkeitsboni unter anderem für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten beziehungsweise in der Freihandelszone der Europäischen Union berücksichtigt werden (Ziffer 11.2.14. der Bekanntmachung). Nach Abschnitt A.IV.3.2 der in Bezug genommenen Beschaffungsunterlagen sollte der Nachweis der kompletten Wirkstoff-, Bulk- und Blisterproduktion in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Government Procurement Agreement) beziehungsweise in der Freihandelszone der Europäischen Union zu einer Erhöhung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl um acht Prozent führen. Das Zuschlagskriterium wird als „vollständig geschlossene EU-Lieferkette“ bezeichnet.

Die Antragstellerin, rügte dieses Lieferkettenkriterium mit Schreiben vom 28. September 2020 als vergaberechtswidrig. Es verstoße gegen das Diskriminierungsverbot, den Grundsatz der Gleichbehandlung und den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es sei unternehmens- und nicht auftragsbezogen, der Produktionsort habe keine Auswirkung auf die Qualität. Zwar könne die Versorgungssicherheit unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes ein taugliches Kriterium sein, es sei aber nicht ersichtlich, dass die Versorgungssicherheit bei einer Produktion in einem GPA-Unterzeichnerstaat oder einem Staat, mit dem ein Freihandelsabkommen besteht, in höherem Umfang gesichert sei. Diese Rüge haben die Antragsgegnerinnen mit Schreiben vom 8. Oktober 2020 zurückgewiesen.

Die Antragstellerin beantragte darauf mit Anwaltsschriftsatz vom 23. Oktober 2020, der als Antragsgegner allein die Antragsgegnerin zu 1. nennt, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu dessen Begründung sie vortrug, das Lieferkettenkriterium genüge dem Erfordernis eines Bezugs zu den in Erfüllung des Auftrags

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

konkret zu liefernden Waren nicht. Es sei auch zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit, Umwelt- und Sozialstandards ungeeignet, das GPA sehe eine Einhaltung derartiger Standards gar nicht vor. Hingegen sei Indien Gründungsmitglied der Internationalen Arbeitsorganisation ILO und Unterzeichnerstaat des Baseler Übereinkommens über die Kontrolle gefährlicher Abfälle. Die Versorgungssicherheit könne nur durch eine Beschränkung der Lieferkette auf möglichst wenige Lieferstaaten gewährleistet werden.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. die Antragsgegnerin zu verpflichten, die Ausschreibungsunterlagen des laufenden Vergabeverfahrens „AOK 1 - Zukunft Standort/ Umwelt“ zum Abschluss von wirkstoffbezogenen Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für den Zeitraum vom 1. Juni 2021 bis zum 31. Mai 2023 so anzupassen, dass das Zuschlagskriterium „Geschlossene Lieferkette in der EU, in den GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU“ im Fachlos Clarithromycin nicht zur Anwendung kommt;

hilfsweise, der Antragsgegnerin zu untersagen, im laufenden Vergabeverfahren „AOK 1 — Zukunft Standort/ Umwelt“ zum Abschluss von wirkstoffbezogenen Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für den Zeitraum vom 1. Juni 2021 bis zum 31. Mai 2023 für das Fachlos Clarithromycin einen Zuschlag zu erteilen und ihr aufzugeben, bei fortbestehender Beschaffungsabsicht das Vergabeverfahren insoweit in den Stand vor Versendung der Vergabeunterlagen zurückzusetzen, diese in Übereinstimmung mit der Rechtsauffassung der Kammer zu überarbeiten und den Interessenten am Auftrag auf dieser Grundlage Gelegenheit zur erneuten Angebotsabgabe zu geben;

2. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;

3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung von Rechtsanwälten für die Antragstellerin notwendig war.

Die Antragsgegnerinnen haben beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;

2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragsgegnerinnen für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;

3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerinnen notwendig war.

Die Antragsgegnerinnen haben vorgetragen, der Antrag richte sich ausdrücklich nur gegen die Antragsgegnerin zu 1. und beschränke sich folglich auf das Gebietslos 3, Baden-Württemberg. Er sei auch unbegründet. Der weit zu verstehende Auftragsbezug erfasse den gesamten Herstellungs- und Produktionszyklus des Arzneimittels. Ihre typisierende Betrachtung knüpfe an eindeutige Rahmenbedingungen an, die den innerhalb der Europäischen Union geltenden Standards entsprächen oder zumindest vergleichbar seien. Auch dienten Lieferketten, bei denen keine signifikanten Handelsbarrieren bestünden, der Versorgungssicherheit, während etwa Indien am Anfang der Pandemie ein Exportverbot verhängt habe.

Die Vergabekammer hat den Antragsgegnerinnen mit Beschluss vom 1. Dezember 2020 die Zuschlagserteilung untersagt und das Vergabeverfahren zurückversetzt. Die fehlerhafte Benennung nur der Antragsgegnerin zu 1. sei unschädlich, dem Nachprüfungsantrag sei zu entnehmen, dass die Antragstellerin die Vergabe bezüglich des Fachloses 4 insgesamt angreife und sich folglich auch gegen alle

Antragsgegnerinnen wende. Das Zuschlagskriterium „Geschlossene EU-Lieferkette“ sei schon nicht objektiv und daher entgegen § 127 Abs. 4 GWB zur Sicherstellung einer willkürfreien Zuschlagserteilung ungeeignet. Dafür seien sowohl die Gruppe der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Staaten, die mit der Europäischen Union ein Freihandelsabkommen geschlossen hätten, einerseits und der Drittstaaten andererseits viel zu heterogen. Das GPA-Abkommen sei nicht, die Freihandelsabkommen jedenfalls nicht primär auf die Vereinheitlichung von Sozial- und Umweltstandards gerichtet. Ein gleichwohl vergleichbares Schutzniveau hätten die Antragsgegnerinnen nicht dargetan. Auch die von § 127 Abs. 3 GWB geforderte Auftragsbezogenheit sei nicht gegeben. Die Bestimmung sei im Lichte von Art. 67 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU auszulegen und erfordere einen Zusammenhang mit dem spezifischen Prozess der Herstellung. Die an einem bestimmten Standort allgemein geltenden Sozial- und Umweltstandards gehörten aber nicht zum spezifischen Prozess der Herstellung der ausgeschriebenen Ware. Allgemeine Standards seien von allen an diesem Ort produzierenden Unternehmen einzuhalten und folglich unternehmens- und anders als etwa die Verpflichtung bei der Herstellung die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten - nicht auftragsbezogen. Zudem verstoße das Lieferkettenkriterium gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, die unterschiedliche Behandlung bestimmter Gruppen von Staaten erlaube keinen objektiv-sachgerechten Vergleich der Angebote.

Gegen diese Entscheidung haben die Antragsgegnerinnen fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Sie tragen vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, die Antragstellerin sei selbst nicht Bieterin, sondern habe lediglich die vertreten. Eine Vertretungsvollmacht berechtige aber nicht zur Geltendmachung im eigenen Namen. Hinsichtlich der Antragsgegnerinnen zu 2. bis 11. fehle es zudem an einem gegen sie gerichteten Nachprüfungsantrag, dieser sei allein gegen die Antragsgegnerin zu 1. gerichtet gewesen; hieran habe die Antragstellerin auch in ihrer Replik festgehalten. Jedenfalls aber sei der Antrag unbegründet. Das Lieferkettenkriterium sei ein objektives Kriterium. Die dort genannten Staaten böten jedenfalls bei typisierter Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der angestrebten hohen Umwelt- und Sozialstandards sowie der von Drittstaaten unabhängigeren Arzneimittelversorgung. Andernfalls würde die Europäische Union gegen ihre selbst gesteckten Politikziele verstoßen, wenn sie Freihandelsabkommen mit Staaten schliesse, die keine annähernd vergleichbaren rechtlichen Standards gewährleisten. Auch bestünden im Verhältnis zu diesen Ländern keine signifikanten Handelsbarrieren, was der Versorgungssicherheit diene. Nur das Lieferkettenkriterium sei auch zur Verbesserung der Standards für sie geeignet, eine Entwicklung vom jeweiligen Bieter bei der Produktion zu gewährleistender Umwelt- und Sozialstandards, die später zudem kontrolliert werden müssten, sei von ihnen gar nicht zu leisten. Der Europäische Gerichtshof habe im Übrigen Vorgaben zum Leistungsort gebilligt, um eine Erreichbarkeit zu gewährleisten. Die Einbeziehung der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Staaten, mit denen die Europäische Union Freihandelsabkommen geschlossen habe, sei aus rechtlichen Gründen erfolgt, weil Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU deren Gleichbehandlung gebiete. Dieser enthalte auch nicht lediglich ein Diskriminierungsverbot, sondern sei ein Erlaubnistatbestand für die Ungleichbehandlung von Leistungen aus Drittstaaten. Dies decke sich mit der Intention der Kommission, die Abhängigkeit von Drittländern zu verringern. Auch gestatte Art. 85 der Richtlinie 2014/25/EU ausdrücklich die Zurückweisung von Angeboten, bei denen der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwerts betrage. Ebenso gingen die Kommissionsrichtlinien von der Zulässigkeit des Ausschlusses von Bietern aus Drittstaaten von Vergabeverfahren und der Vergabe an Bieter aus den privilegierten Staaten zur Einhaltung von EU-Vorgaben bei der Erfüllung des Auftrags aus. Das Lieferkettenkriterium sei auch auftragsbezogen. Der Auftragsbezug sei weit zu verstehen, es reiche der Bezug zu irgendeinem Lebenszyklus-Stadium. Dies sei der Fall, weil eine Produktion in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bei typisierender Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der hohen EU-Standards und eine von Drittstaaten unabhängige Versorgung biete. Aus rechtlichen Gründen habe sie dann die GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten, mit denen die Europäische Union Freihandelsabkommen geschlossen habe, einbezogen. Drittstaaten müssten demgegenüber gerade nicht gleichbehandelt werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 1 Dezember 2020 (Az. VK 1-90/20) aufzuheben;
2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückzuweisen;
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher

Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerinnen sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde notwendig war.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
2. den Antragsgegnerinnen gesamtschuldnerisch die Kosten des Verfahrens im Verfahren vor der Vergabekammer und die Kosten des Beschwerdeverfahrens einschließlich der jeweils angefallenen notwendigen Auslagen der Antragstellerin aufzuerlegen;
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde notwendig war.

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Sie sei berechtigt, das Nachprüfungsverfahren in gewillkürter Prozessstandschaft für die XXX zu führen. Diese habe sie hierzu ermächtigt, das Clarithromycin-Produkt werde in Deutschland von ihr vertrieben. Es sei klar erkennbar gewesen, dass sich ihr Antrag gegen alle elf Antragsgegnerinnen richte, weil sie sich gegen das Zuschlagskriterium der Lieferkette in allen acht Gebietslosen gewendet habe. Ihr Antrag sei auch begründet, das Zuschlagskriterium der geschlossenen Lieferkette verletze die XXX in ihren Rechten, da es nicht geeignet sei eine willkürfreie Zuschlagserteilung unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zu ermöglichen. Eine pauschale Besserstellung von Bietern anhand des Ortes ihrer Produktionsstätte diene nicht der Verbesserung der Umwelt- und Sozialstandards, da weder das General Procurement Agreement noch die Mehrzahl der Freihandelsabkommen hierauf gerichtet seien. Umgekehrt rechtfertige eine Produktion in einem Drittstaat nicht den Schluss auf die Nichteinhaltung von Umwelt- und Sozialstandards, in den Werken ihrer Unternehmensgruppe würde diese eingehalten. Auch Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU gestatte eine Schlechterstellung von Drittstaaten nicht, er verbiete lediglich die Diskriminierung der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Vertragsstaaten der Freihandelsabkommen. Exportverbote im Rahmen einer globalen Pandemie drohten auch im Verhältnis zu den GPA-Unterzeichnerstaaten oder denen der Freihandelsabkommen. Das Lieferkettenkriterium sei nicht auftragsbezogen. Wenn die Antragsgegnerinnen derartige Standards im Vergabeverfahren berücksichtigen wollen, müssen sie entsprechende Kriterien festlegen.

Die mit Senatsbeschluss vom 3. März 2021 hinzugezogenen Beigeladenen haben sich nicht geäußert.

II.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen ist unbegründet. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen der Ausschreibung von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt verletzt drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig gegen alle elf Antragsgegnerinnen gerichtet.

a) Die Antragstellerin ist zur Geltendmachung des gerügten Verstoßes befugt. Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Diese Voraussetzung ist in Person der XXX, die sich am Verfahren als Bieterin beteiligt hat, in einem Drittland produziert und nicht für den Zuschlag vorgesehen ist, zweifelsohne erfüllt; anderes vertreten auch die Antragsgegnerinnen nicht.

Das der XXX zustehende Recht kann die Antragstellerin im Wege der Prozessstandschaft im eigenen Namen geltend machen. Die Voraussetzungen einer gewillkürten Prozessstandschaft, eine wirksame Ermächtigung des Prozessstandschafters zur gerichtlichen Verfolgung der Ansprüche des Rechtsinhabers sowie ein eigenes schutzwürdiges Interesse des Ermächtigten an dieser Rechtsverfolgung, das auch durch ein wirtschaftliches Interesse begründet werden kann (BGH, GRUR 1993, 151, 152), sind erfüllt. Analog diesem im Zivilprozessrecht anerkannten Institut ist auch im Vergabenachprüfungsverfahren der Antragsteller befugt, eine Verletzung fremder Bewerber- oder Bieterrechte im eigenen Namen geltend zu machen, sofern er dazu vom Berechtigten ermächtigt worden ist und ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens im eigenen Namen hat (Senatsbeschlüsse vom 27. November 2013, VII-Verg 20/13, NZBau 2014, 121, 122, und vom 18. November 2009, Verg 19/09, BeckRS 2010, 3610; OLG München, Beschluss vom 14. Januar 2015, Verg 15/14, NZBau 2015, 575 Rn. 15).

Die XXX hat die Antragstellerin wirksam zur Geltendmachung ihrer Ansprüche im eigenen Namen ermächtigt. Die Antragsgegnerinnen verkürzen die von ihnen selbst als Anlage BF 12 vorgelegte, der Antragstellerin von der XXX für das Vergabe-, das vergaberechtliche Rüge- und das Vergabenachprüfungsverfahren erteilte Vollmacht vom 13. November 2018 unzulässig, wenn sie darauf verweisen, dass das dort verwandte Verb „zu vertreten“ nur zur Geltendmachung im fremden Namen berechtige. Die Erklärung der XXX erschöpft sich gerade nicht in der Ermächtigung zur bloßen Vertretung, die verwandte Formulierung lautet vielmehr „zu vertreten und zu repräsentieren“. Das Verb „repräsentieren“ hat nach allgemeinem Sprachgebrauch, von dem in Ermangelung von Anhaltspunkten für ein abweichendes Verständnis auch vorliegend auszugehen ist, die Bedeutung von „an jemandes Stelle treten“ (Duden online). Ein solches An-die-Stelle-des-Berechtigten-treten stellt die gewillkürte Prozessstandschaft dar.

Im Übrigen wäre selbst bei einem auf die bloße Vertretung beschränkten Aussagegehalt der Erklärung vom 13. November 2018 eine Ermächtigung zur gewillkürten Prozessstandschaft vorliegend zu bejahen. Die Ermächtigung kann formlos und auch durch konkludentes Handeln erteilt werden (BGH, GRUR 2008, 1108 Rn. 52). Da nach der Lebenserfahrung davon auszugehen ist, dass die um das Agieren der Antragstellerin im Nachprüfungsverfahren weiß, läge jedenfalls in der Duldung dieses Handelns eine konkludente Erweiterung der erteilten Vertretungsvollmacht zur Ermächtigung zur gewillkürten Prozessstandschaft.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Die Antragstellerin hat auch ein eigenes schutzwürdiges Interesse an der Durchführung des Nachprüfungsverfahrens im eigenen Namen. Das von der XXX hergestellte, vergabegenständliche Clarithromycin Produkt wird in Deutschland von der Antragstellerin vertrieben.

b) Das Formerfordernis des § 161 Abs. 2 GWB, dass die Begründung des Nachprüfungsantrags den Antragsgegner bezeichnen muss, ist in Bezug auf alle elf Antragsgegnerinnen gewahrt. Dass die Antragschrift im Nachprüfungsverfahren vom 23. Oktober 2020 allein die Antragsgegnerin zu 1. nennt, ist unschädlich.

Eine falsche Bezeichnung des Antragstellers schadet dann nicht, wenn klar erkennbar ist, wer als der eigentliche Adressat des Antrags gemeint ist. In diesen Fällen kann die Vergabekammer trotz anders lautenden Nachprüfungsantrags den eigentlichen Auftraggeber als Beteiligten benennen und das Rubrum entsprechend berichtigen. Dies gilt bei einer fehlerhaften Bezeichnung des Antragsgegners vor allem dann, wenn sich der Nachprüfungsantrag gegen den Vertreter statt gegen den vertretenen Antragsgegner richtet, aber nach den Umständen die Stellung als Vertreter erkennbar war und der Vertreter prozessführungsbefugt ist (Senatsbeschluss vom 16. Oktober 2019, VII-Verg 13/19, NZBau 2020, 670 Rn. 30, Rn. 31). Wird - wie vorliegend - mit dem Vertreter zugleich ein und zwar der erste von mehreren Streitgenossen genannt, kann zudem auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Bezeichnung des Rechtsmittelgegners zurückgegriffen werden, wonach sich in solchen Fallgestaltungen das Rechtsmittel im Zweifel gegen die gesamte angefochtene Entscheidung und somit gegen alle gegnerischen Streitgenossen richtet, es sei denn, die Rechtsmittelschrift lässt eine Beschränkung der Anfechtung erkennen (BGH, NJW-RR 2019, 640 Rn. 9).

Vorliegend spricht nichts für eine Beschränkung des Nachprüfungsantrags auf die Antragsgegnerin zu 1. und damit auf das dieser in Ziffer 11.2.4. der Ausschreibung zugewiesene Gebietslos 3. Die XXX als deren Prozesstandschafterin die Antragstellerin handelt, hat für alle acht Gebietslose geboten, das als vergaberechtswidrig gerügte Lieferkettenkriterium betrifft die gesamte Ausschreibung. Ein Grund für eine Beschränkung auf die Antragsgegnerin zu 1. ist vor diesem Hintergrund weder ersichtlich noch der Antragsbegründung zu entnehmen. Dies gilt auch, soweit die Antragstellerin in ihrer Replik vom 11. November 2020 nochmals allein die Antragsgegnerin zu 1. als Antragsgegnerin bezeichnet, da sie insoweit weiter ausführt, diese handele nicht nur im eigenen Namen, sondern auch im Namen der weiteren zehn Allgemeinen Ortskrankenkassen. Insofern liegt eine Bezeichnung des Vertreters vor, die - wie eingangs ausgeführt - in eine Bezeichnung der Vertretenen umzudeuten ist.

2. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen der Ausschreibung von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt verstößt jedenfalls gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und gegen das in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWG geregelte Erfordernis objektiver Zuschlagskriterien und verletzt damit drittbeschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB.

a) Das Lieferkettenkriterium verstößt gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet. Der Zuschlag ist gemäß § 127 Abs. 1 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt,

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (EuGH, Urteil vom 24. Mai 2016, C-396/14, NZBau 2016, 506 Rn. 38 - MT Hojgaard).

aa) Vor diesem Hintergrund begegnet eine Differenzierung nach Herkunftsstaaten, bei denen Bieter, die in bestimmten Herkunftsstaaten produzieren, einen Wirtschaftlichkeitsbonus erhalten, der anderen Bietern allein wegen ihrer Fertigung in einem nicht privilegierten Staat vorenthalten wird, grundlegenden Bedenken, weil diese Bieter nicht den gleichen Bedingungen unterworfen sind. Eine Ungleichbehandlung allein wegen des Herkunftsstaates gestatten - von nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch die für dessen Auslegung relevanten europäischen Richtlinien.

(1) Der von den Antragsgegnerinnen insoweit angeführte Art. 25 der Richtlinie 2014/ 24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe (Vergaberichtlinie) beinhaltet lediglich ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf Bieter aus den GPA-Unterzeichnerstaaten und aus der Freihandelszone der Europäischen Union, ein Recht zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten gewährt er nicht. Vor dem Hintergrund des in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatzes, der Ausdruck des europarechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes ist (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 97 Rn. 11), dass jede Ungleichbehandlung eines Teilnehmers am Vergabeverfahren verboten ist, soweit diese nicht ausdrücklich gesetzlich gestattet ist, also der Normierung eines generellen Verbots mit einem allein dem Gesetzgeber vorbehaltenen Erlaubnisvorbehalt, spricht hierfür schon die allein auf den Schutz der Bieter aus den privilegierten Staaten gerichtete Formulierung der Norm. Dass Art. 25 der Vergaberichtlinie die Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten gerade nicht gestattet, folgt zudem eindeutig aus dem Vergleich mit Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste regelnden Sektorenrichtlinie 2014/ 25/EU.

Danach kann im Hinblick auf die Vergabe eines Lieferauftrags ein Angebot zurückgewiesen werden, bei dem der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Dabei definiert Abs. 1 diese Drittländer als diejenigen, mit denen die Union keine Übereinkunft in einem multilateralen oder bilateralen Rahmen geschlossen hat, durch die ein tatsächlicher Zugang der Unternehmen der Union zu den Märkten dieser Länder unter vergleichbaren Bedingungen gewährleistet wird. Die Länder, die den Unternehmen der Union Zugang zu ihren Märkten unter vergleichbaren Bedingungen gewähren, sind die, deren Unternehmen im Gegenzug auch die Europäische Union Zugang zu ihren Märkten garantiert, also die, deren Diskriminierung Art. 25 der Vergaberichtlinie verbietet. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie bezieht sich folglich allein auf Angebote mit Erzeugnissen aus den Drittländern, die durch Art. 25 der Vergaberichtlinie nicht geschützt sind.

Vor diesem Hintergrund ist für ein dahingehendes Verständnis, Art. 25 der Vergaberichtlinie gestatte über seinen Wortlaut hinaus eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten, kein Raum. Wäre eine Zurückweisung von Angeboten von Bietern mit Erzeugnissen aus Drittstaaten bereits durch Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU allgemein gestattet, bedürfte es einer Regelung für die Zurückweisung von Angeboten mit Erzeugnissen aus diesen Staaten für den Bereich der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste nicht. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU würde bei einem solchen Verständnis eine Beschränkung eines umfassenden Zurückweisungsrechts aus Art. 25 der Vergaberichtlinie auf solche Angebote beinhalten, bei denen der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Damit wären öffentlichen Auftraggeber ausgerechnet im besonders vergabesensiblen Bereich der Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasser-, Energie- und Postdiensten in stärkerem Maße verpflichtet, Angebote mit Erzeugnissen aus Drittstaaten zu berücksichtigen, als im Bereich

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

allgemeiner Vergaben. Ein solches, allen Auslegungsgrundsätzen widersprechendes Normverständnis scheidet aus.

Vielmehr gestattet Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU über seinen unmittelbaren Regelungsgehalt hinaus den Rückschluss, dass die Zurückweisung eines Angebots von Erzeugnissen oder eines Bieters aus einem Drittstaat generell unzulässig ist, wenn und soweit nicht eine Norm diese ausdrücklich gestattet. Eine Rechtslage, die der in § 97 Abs. 2 GWB normierten entspricht. Könnten Angebote mit einem signifikanten Erzeugnisanteil aus Drittstaaten ohnehin zurückgewiesen werden, bedürfte es Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie nicht.

(2) Der Umstand, dass die Europäische Union in Bezug auf die nicht durch Art. 25 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU privilegierten Drittstaaten - Art. 25 der Vergaberichtlinie setzt im Grunde nur um, wozu die Europäische Union aufgrund der mit diesen privilegierten Staaten bestehenden völkerrechtlichen Verträgen ohnehin verpflichtet ist - weitgehend frei weitere Ausschlussstatbestände schaffen könnte, gibt den einzelnen öffentlichen Auftraggebern nicht das Recht, Bieter aus diesen Drittstaaten auch dann auszuschließen, wenn der europäische Gesetzgeber einen solchen Ausschlussstatbestand nicht oder noch nicht geschaffen hat.

Nichts anderes ist den von den Antragsgegnerinnen in Bezug genommenen Textpassage auf Seite 46 der Leitlinien der Europäischen Kommission vom 13. August 2019 zu entnehmen; diese beziehen sich allein auf das Recht der Union, den Ausschluss von Bietern aus diesen Drittstaaten zu normieren.

Bisher kennt das Europäische Vergaberecht keine generellen geographischen Einschränkungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren. Der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten oder Unternehmen mit Erzeugnissen aus Drittstaaten wird als gegeben angesehen. Dies folgt gerade aus den angeführten Überlegungen der Kommission, ob der Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der Europäischen Union für Unternehmen aus Drittländern zu begrenzen ist. Bis zur Verabschiedung dieser Verordnung bleibt es aber dabei, dass jedes interessierte Unternehmen sich unabhängig etwaiger geographischer Einschränkungen an einem EU-Vergabeverfahren beteiligen kann (Senatsbeschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16, NZBau 2017, 623 Rn. 25).

Soweit und solange eine gesetzliche Normierung einer Zugangsbeschränkung nicht erfolgt ist, dürfen öffentliche Auftraggeber Bieter aus diesen Drittstaaten nicht allein deswegen ausschließen. Für die zu Nachteilen im Vergabeverfahren führende Verweigerung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für Bieter aus diesen Staaten gilt in Ermangelung einer diesbezüglichen Regelung nichts anderes.

bb) Die mit der Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union einhergehende Ungleichbehandlung von in Drittstaaten produzierenden Bietern kann auch nicht als Mittel zur Erreichung europäischer Umwelt- und Sozialstandards gerechtfertigt werden.

Zwar steht der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 GWB der Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte nicht entgegen, die Festlegung im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags einzuhaltender Umwelt- und Sozialstandards ist als solche vergaberechtskonform. Nach § 97 Abs. 3 GWB werden bei der Vergabe neben Aspekten der Qualität und der Innovation auch soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe des Vergaberechts berücksichtigt. Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, § 58 Nr. 2 VgV können bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Bei der Definition dieser Zuschlagskriterien ist der Auftraggeber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich frei. Es ist Ausdruck des Bestimmungsrechts des Auftraggebers, die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu bestimmen. Er kann festlegen, worauf es ihm bei dem zu vergebenden Auftrag ankommt und was er als wirtschaftlich ansieht. Dem Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers unterliegen sowohl die Kriterien, anhand derer die Angebote bewertet werden, als auch die Methode, wie ein Wertungsergebnis ermittelt wird. Hierbei steht dem Auftraggeber ein großer Ermessensspielraum zu (EuGH, Urteil vom 26. März 2015, C-601/13, Rn. 28 - Ambisig; Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2016, VII-Verg 15/16, 3. März 2010, VII-Verg 48/09, 5. Mai 2008, VII-Verg 5/08 und 7. Mai 2005, VII-Verg 16/05). Die Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen hat sich dabei ähnlich wie bei der Ermessenkontrolle darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen. Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers unterliegt nur den Schranken, die sich unmittelbar oder mittelbar - aus den vergaberechtlichen Prinzipien sowie aus dem Zweck, dem die Festlegung von Wertungskriterien dient, ergeben (Senatsbeschlüsse vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09 und 8. Februar 2017, VII-Verg 31/16 m.w.Nw.).

Die Antragsgegnerinnen hätten folglich im Rahmen ihres Bestimmungsrechts bei der Auftragsausführung einzuhaltende Umwelt- und Sozialstandards definieren dürfen, was aber nur für Teilbereiche wie etwa die vorliegend nicht beschwerdegegenständlichen Produktionsabwässer erfolgt ist. Nur mittelbar erschließt sich, dass auch im Übrigen mit den in der Europäischen Union geltenden vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards angestrebt und mit dem streitgegenständlichen Wirtschaftlichkeitsbonus honoriert werden sollen. Insgesamt könnte bereits fraglich sein, ob die Antragsgegnerinnen die genannten Kriterien überhaupt hinreichend bestimmt formuliert haben.

Dies kann jedoch letztendlich dahinstehen, da das Lieferkettenkriterium wegen der Heterogenität der privilegierten Staatengruppen zur Gewährleistung dieser Standards ohnehin ungeeignet ist, insoweit kann auf die nachstehenden Ausführungen zum Verstoß gegen das Gebot objektiver Zuschlagskriterien unter 2.b) verwiesen werden.

cc) Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union kann auch nicht als Mittel zur Erhöhung der Versorgungssicherheit gerechtfertigt werden, weil die damit einhergehende Schlechterstellung von in Drittstaaten produzierenden Bietern unangemessen ist.

(1) Zwar ist auch die Versorgungssicherheit ein sozialer Aspekt, dessen Berücksichtigung folglich nach § 97 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 G1/1/13 mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Einklang steht. Die Versorgungssicherheit ist bei der Ausschreibung von Leistungen, die das Leben und die Gesundheit von Personen schützen sollen, ein legitimes Ziel, weshalb sie zu den Kriterien gehören kann, die bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu berücksichtigen sind. Soweit dies zur Erreichung des angestrebten Ziels angemessen ist, kann die Ausschreibung daher Anforderungen an den Produktionsort definieren, etwa indem sie eine diversifizierte eigene Produktion nahe am Verbrauchsort vorsieht (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2005, C-234/03, NZBau 2006, 189 Rn. 61 - Contse SA u.a./ Insalud). Diese Vorgabe muss allerdings als zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet erscheinen (EuGH a. a. O. Rn. 62), eine nur bedingte Eignung genügt nicht (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 127 Rn. 23). Auch darf das angestrebte Ziel nicht durch Mittel erreichbar sein, die den freien Dienstleistungsverkehr weniger beschränken, wie etwa durch Vorgabe zur Lagehaltung in der Nähe des Versorgungsorts oder die Privilegierung einer solchen (EuGH a. a. O. Rn. 67).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

(2) Diesen Anforderungen genügt das undifferenziert die Gesamtheit der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft, die GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union privilegierende Lieferkettenkriterium nicht. Die von den Antragsgegnerinnen für sich reklamierte typisierende Betrachtung würde vorsehen, dass bei der Produktion in den vorgenannten Staaten die Sicherheit der Versorgung mit den ausgeschriebenen Arzneimitteln typischerweise, also bei der weit überwiegenderen Zahl der Staaten in höherem Maße gewährleistet wäre, als bei einer Herstellung in für die Arzneimittelproduktion typischen Drittstaaten wie Indien oder China. Derartiges haben aber weder die Antragsgegnerinnen dargetan, noch ist dies sonst zu erkennen.

Ein verkehrstechnischer Vorteil ist nicht gegeben. Die zu diesen Staatengruppen gehörenden Länder wie Taiwan, Peru oder Südafrika sind von den Versorgungsorten weiter entfernt und jedenfalls teilweise verkehrstechnisch mit diesen schlechter vernetzt, als bedeutende Arzneimittelherzeugerdrittstaaten wie China und Indien. Darauf berufen sich auch die Antragsgegnerinnen nicht.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass durch die mit den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union bestehenden Abkommen die Gefahr von exportbeschränkenden Maßnahmen sinkt. Der Regelungsgehalt des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement) zielt auf die wechselseitige Gewährung eines privilegierten Zugangs zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten der Unterzeichnerstaaten, Regelungen zu Exportverboten oder eine sonst wie geartete Verpflichtung zur Unterlassung von Ausfuhrbeschränkungen gegenüber eigenen Unternehmen bestehen nicht. Die Freihandelsabkommen können zwar auch Bestimmungen zur Verhinderung von Exportverboten enthalten, gerade Medizinprodukte sind jedoch in der Regel ausgenommen. Auch die Antragsgegnerinnen haben kein einziges Abkommen aufzuzeigen vermocht, das exportbeschränkende Maßnahmen im Arzneimittelbereich ausschließt.

Dass die Gefahr einer Verhängung von Exportverboten auch im Verhältnis zu den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union eine reelle ist, hat die Coronapandemie gezeigt. So haben etwa die GPA-Unterzeichnerstaaten Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Vereinigte Staaten von Amerika eine vorrangige Erfüllung der mit ihnen bestehenden Liefervereinbarungen gegenüber den auf ihren Territorien ansässigen Impfstoffproduzenten durchgesetzt. Einen signifikanten Unterschied in der Krisenfestigkeit des Arzneimittelhandels zwischen den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union einerseits und bedeutenden Arzneimittelherzeugerdrittstaaten wie China und Indien andererseits haben auch die Antragsgegnerinnen daher nicht darzulegen vermocht.

(3) Das Lieferkettenkriterium kann sogar zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit führen. Es besteht die Gefahr, dass Beschränkungen ein und desselben GPA-Unterzeichnerstaats oder Staats der Freihandelszone der Europäischen Union, beispielsweise der bedeutende Wirkstoffproduzent Taiwan, zum Ausfall aller drei bezuschlagten Partner führt, weil sie jeweils diesen Staat in ihrer Lieferkette haben. So wird etwa der Wirkstoff für das im Parallelverfahren VII-Verg 54/20 streitgegenständliche Fachlos 5, Roxithromycin, nur von fünf Herstellern produziert, von denen je zwei in Indien und China und lediglich einer in dem privilegierten GPA-Staat Taiwan ansässig ist. Gerade vor dem Hintergrund des angespannten Verhältnisses zwischen Taiwan und China besteht hier eine durchaus reelle Gefahr von Versorgungsschwierigkeiten.

(4) Auch wenn es in Ermangelung schon der Geeignetheit letztendlich nicht darauf ankommt, steht einer Verhältnismäßigkeit des Lieferkettenkriteriums zudem entgegen, dass mildere Mittel als die pauschale Deprivilegierung aller in Drittstaaten produzierender Bieter existieren. So könnten die Antragsgegnerinnen den Bietern eine versorgungsnaher Lagerhaltung vorgeben oder eine solche durch einen Wirtschaftlichkeitsbonus privilegieren.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

b) Eine Unterscheidung nach GPA-Unterzeichnerstaaten und Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union einerseits und bedeutenden Arzneimittelerzeugerdrittstaaten wie China und Indien andererseits genügt auch dem Gebot objektiver Zuschlagskriterien nicht.

Nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Dies setzt eine Vergabe aufgrund objektiver Zuschlagskriterien voraus, was gewährleistet, dass der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise erfolgt und somit unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 87 - Havelaar); ein objektiver Vergleich des relativen Werts der Angebote muss sichergestellt sein (Erwägungsgrund 90 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU).

Eine Differenzierung nach Produktionsstaaten stellt, wie bereits vorstehend unter 2.a.aa) ausgeführt, für sich genommen kein zulässiges Zuschlagskriterium dar. Eine Bevorzugung von Bietern, die ausschließlich in den Staaten der Europäischen Union, den GPA-Unterzeichnerstaaten und/oder in den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union produzieren, taugt aber auch nicht zur Gewährleistung objektiver Umwelt- und Sozialstandards. Hierfür ist diese Staatengruppe viel zu heterogen.

So hat etwa der GPA-Unterzeichnerstaat USA die Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über die Vereinigungsfreiheit und das Recht zu Kollektivhandlungen nicht ratifiziert (Harings/Jürgens, Die Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtgesetzes auf die Transportwirtschaft, RdTW 2021, 297 Rn. 5). Auch dass Staaten wie Armenien, Algerien, Ägypten, Jordanien, Libanon, Marokko, Chile, Kolumbien, Guatemala oder Tunesien vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards gewährleisten, wie die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ist nicht ersichtlich. Die Antragstellerin im Parallelverfahren VII-Verg 55/20 hat auf die Ausarbeitung der Unterabteilung Europa, Fachabteilung Europa, des Deutschen Bundestags von 2016 verwiesen, wonach etwa die Abkommen mit Algerien, Ägypten, Jordanien, Libanon, Marokko und Tunesien, aber etwa auch mit der Türkei keinerlei Vorgaben zu Umwelt- oder Arbeitsschutzstandards enthalten.

Ein allgemeiner Verweis auf die Politikziele der Union vermag konkreten Sachvortrag zu diesbezüglichen Regelungen in den Abkommen nicht zu ersetzen. Vor diesem Hintergrund den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen einer „typisierenden Betrachtung“ gleichwohl die Einhaltung mit den in der Europäischen Union vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards zu attestieren, würde dem Erfordernis eines objektiven Zuschlagskriteriums zur Vermeidung willkürlicher Zuschlagsentscheidung nicht gerecht.

Im Hinblick auf die Untauglichkeit einer Bevorzugung von Bietern, die ausschließlich in den Staaten der Europäischen Union, den GPA-Unterzeichnerstaaten und/oder in den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union produzieren, zur Gewährleistung des Zuschlagskriteriums Versorgungssicherheit, kann auf die vorstehenden Ausführungen zu a.cc) verwiesen werden. Jenseits des Fehlens rechtlicher Vorgaben zur Unterlassung exportbeschränkender Maßnahmen erschließt sich auch rein tatsächlich nicht, weshalb etwa bei einem in Hongkong ansässigen Produzenten die Versorgung in höherem Maße gesichert sein soll, als bei einem in China ansässigen, oder weshalb der vor dem Zerfall staatlicher Strukturen stehende Libanon die Belieferung mit Medikamenten eher gewährleistet, als Indien.

c) Ob die die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union auch gegen das Erfordernis der Auftragsbezogenheit des Zuschlagskriteriums verstößt, kann vor diesem Hintergrund dahinstehen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 71 GWB. Nach § 71 Satz 2 Alt. 1 GWB haben die Antragsgegnerinnen die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels zu tragen. Die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten wegen der Schwierigkeiten des Sachverhalts gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG hat bereits die Vergabekammer bejaht, für das Beschwerdeverfahren folgt diese unmittelbar aus § 172 Abs. 3 Satz 1 GWB. Eine Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Beigeladenen ist nicht veranlasst, diese sind nur dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn sie die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzt, indem sie sich an diesem Verfahren beteiligen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14106, NZBau 2006, 800 Rn. 63).

Die noch zu treffende Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren bleibt einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten vorbehalten.

Dr. Maimann

Gmelin

Dr. Scholz

OLG Düsseldorf, 01.12.2021, VII - Verg 53 / 20 Bundesland Nordrhein-Westfalen zuletzt überarbeitet 08.01.2022
--

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2021 > 01.12.2021 - VII - Verg 54 / 20

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20

(Bieter obsiegt)

Normen:

Art. 25 RL 2014/24/EU; § 160 GWB

Vorangegangene Entscheidung:

VK Bund, Beschluss vom 03.12.2020, VK 1 - 94 / 20 (Bieter obsiegt)

Stichworte:

Nachprüfungsantrag vor Ablauf Angebotsfrist, Unzulässiger Lieferkettenbonus

Leitsatz (redaktionell):

1. Ist bei Zustellung des Nachprüfungsantrags noch nicht einmal die Frist zur Einreichung der Angebote abgelaufen, spricht die Ungewissheit, ob der Antragsteller auf einen Zuschlagsrang gelangen wird oder nicht, nicht gegen die Antragsbefugnis.
2. Die ein Feststellungsinteresse stützende Wiederholungsgefahr besteht dann, wenn der Auftraggeber sich im zu entscheidenden Verfahren, aber auch in Parallelverfahren, auf die Wirksamkeit der umstrittenen Anforderung beruft.
3. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union verletzt drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.
4. Ein solches Lieferkettenkriterium ist wegen der Heterogenität der privilegierten Staatengruppen zur Gewährleistung von Umwelt- und Sozialstandards ungeeignet.
5. Art. 25 Richtlinie 2014/24/EU gewährt kein Recht zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter am Oberlandesgericht Gmelin und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Scholz beschlossen:

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 3. Dezember 2020 (VK 194/20) wird mit der Maßgabe zurückgewiesen, dass festgestellt wird, dass die Gestaltung der Zuschlagskriterien in Bezug auf das Kriterium der „geschlossenen EU-Lieferkette“ bei der am 18. September 2020 im Amtsblatt der EU veröffentlichten Ausschreibung eines Vertrags zur Vereinbarung von Rabatten gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für den Wirkstoff Roxithromycin und das Gebiet der Antragsgegnerin vergaberechtswidrig war.
2. Der weitergehende Feststellungsantrag der Antragstellerin wird als unzulässig verworfen.
3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin werden der Antragsgegnerin auferlegt.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerin schrieb zusammen mit den übrigen zehn Allgemeinen Ortskrankenkassen mit Bekanntmachung vom 18. September 2020 im offenen Verfahren Rabattverträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt für die Zeit vom 1. Juni 2021 bis zum 31. Mai 2023 EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2020/S 182-436 882). Vorgesehen war die Vergabe von Rabattverträgen für fünf Fachlose im Drei-Partner-Modell, die sich jeweils in acht Gebietslose unterteilen, wobei sechs der Gebietslose jeweils dem Gebiet einer Allgemeinen Ortskrankenkasse entsprachen und zwei Gebietslosen sich über die Gebiete von zwei beziehungsweise drei Allgemeinen Ortskrankenkassen erstreckten. Vorliegend streitgegenständlich ist das Fachlos 5, Roxithromycin, in dem allein die Antragsgegnerin betreffenden Gebietslos 7. Federführend war die AOK Baden-Württemberg, die nach Ziffer VI.3. der Bekanntmachung die Ausschreibung im eigenen Namen und im Namen der zehn übrigen Allgemeinen Ortskrankenkassen durchführte.

Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium (Ziffer 11.2.5. der Bekanntmachung). Daneben sollten auch qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte in Gestalt von Wirtschaftlichkeitsboni unter anderem für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten beziehungsweise in der Freihandelszone der Europäischen Union berücksichtigt werden (Ziffer 11.2.14. der Bekanntmachung). Nach Abschnitt A.IV.3.2 der in Bezug genommenen Beschaffungsunterlagen sollte der Nachweis der kompletten Wirkstoff-, Bulk- und Blisterproduktion in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Government Procurement Agreement) beziehungsweise in der Freihandelszone der Europäischen Union zu einer Erhöhung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl um acht Prozent führen. Das Zuschlagskriterium wird als „vollständig geschlossene EU-Lieferkette“ bezeichnet.

Die in Indien produzierende Antragstellerin, die für das Fachlos 5, Roxithromycin, im Gebietslos 7 bietet, rügte dieses Lieferkettenkriterium mit Schreiben vom 2. Oktober 2020 als vergaberechtswidrig. Es sei für pharmazeutische Unternehmen, die nicht in der Europäischen Union, GPA-Unterzeichnerstaaten beziehungsweise Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union produzierten, diskriminierend, ohne dass überhaupt das damit verfolgte Ziel klar sei. Soweit dadurch wohl die Versorgungssicherheit erhöht werden solle, sei es ungeeignet. Für die Versorgungssicherheit sei es unerheblich, ob in Neuseeland, Guatemala, Ukraine, Libanon oder Hongkong einerseits oder in Indien beziehungsweise China andererseits produziert werde. Das Lieferkettenkriterium sei auch nicht auftragsbezogen, es beziehe sich auf den Ort der Produktion und sei folglich unternehmensbezogen. Diese Rüge hat die Antragsgegnerin mit Schreiben vom 14. Oktober 2020 zurückgewiesen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Die Antragstellerin beantragte darauf mit Anwaltsschriftsatz vom 29. Oktober 2020, die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu dessen Begründung sie vortrug, das Lieferkettenkriterium verletze das Gleichbehandlungsgebot, mit dem Zuschlagskriterien nicht zu vereinbaren seien, die zur Erreichung des erstrebten Ziels nur bedingt geeignet und diskriminierend seien. Die Versorgungssicherheit gefährdende signifikante Handelsbarrieren bestünden auch im Verhältnis zu Indien und China nicht, hingegen drohten beschränkende staatliche Maßnahmen auch seitens der privilegierten Staaten, wie die Corona Pandemie gezeigt habe. Konkrete Arbeits- und Sozialstandards habe die Antragsgegnerin nicht benannt. Das Lieferkettenkriterium genüge auch dem Erfordernis eines Bezugs zu den in Erfüllung des Auftrags konkret zu liefernden Waren nicht, sondern ziele auf das Unternehmen des Bieters und seine Unternehmenspolitik.

Die Antragstellerin hat beantragt,

1. der Antragsgegnerin aufzugeben, im Vergabeverfahren „Abschluss von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt, Referenznummer der Bekanntmachung: AOK 1 — Zukunft Standort/Umwelt" EU-Amtsblatt 2020/S 182-436882, das Zuschlagskriterium „Geschlossene Lieferkette in der EU, in den GPA-Unterzeichnerstaaten bzw. in der Freihandelszone der EU" hinsichtlich des Fachloses 5 (Roxythromycin) im Gebietslos 7 bei fortbestehender Beschaffungsabsicht aufzugeben oder unter Beachtung der Rechtsauffassung der Vergabekammer zu berichtigen und das Vergabeverfahren in den Stand vor Veröffentlichung der Bekanntmachung zurückzusetzen;
2. der Antragstellerin Einsicht in die Vergabeakte zu gewähren;
3. der Antragsgegnerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragstellerin zur zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
4. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin für notwendig zu erklären.

Die Antragsgegnerin hat beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragsgegnerin für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerin notwendig war.

Die Antragsgegnerin hat vorgetragen, der Antrag sei bereits unzulässig, da die Antragstellerin auch unter Berücksichtigung des Lieferkettenkriteriums für den Zuschlag vorgesehen sei. Er sei auch unbegründet. Der weit zu verstehende Auftragsbezug erfasse den gesamten Herstellungs- und Produktionszyklus des Arzneimittels. Ihre typisierende Betrachtung von dessen Produktionsprozess knüpfe an eindeutige Rahmenbedingungen an, die den innerhalb der Europäischen Union geltenden Standards entsprächen oder zumindest vergleichbar seien. Auch dienten Lieferketten, bei denen keine signifikanten Handelsbarrieren bestünden, der Versorgungssicherheit, während etwa Indien am Anfang der Pandemie ein Exportverbot verhängt habe.

Die Vergabekammer hat der Antragsgegnerin mit Beschluss vom 3. Dezember 2020 die Zuschlagserteilung untersagt und das Vergabeverfahren zurückversetzt. Der Antrag sei zulässig, auch soweit die Antragstellerin nach vorläufiger Bewertung trotz des Lieferkettenkriteriums den Zuschlag erhalten solle, weil sie im Falle eines

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Erfolgs die Möglichkeit zur Abgabe eines neuen zuschlagfähigen Angebots unter veränderten Ausschreibungsbedingungen habe, die ihr eine wirtschaftliche Kalkulation ermöglichten. Das Zuschlagskriterium „Geschlossene EU-Lieferkette“ sei schon nicht objektiv und daher entgegen § 127 Abs. 4 GWB zur Sicherstellung einer willkürfreien Zuschlagserteilung ungeeignet. Dafür seien sowohl die Gruppe der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Staaten, die mit der Europäischen Union ein Freihandelsabkommen geschlossen hätten, einerseits und der Drittstaaten andererseits viel zu heterogen. Das GPA-Abkommen sei nicht, die Freihandelsabkommen jedenfalls nicht primär auf die Vereinheitlichung von Sozial- und Umweltstandards gerichtet. Ein gleichwohl vergleichbares Schutzniveau hätte die Antragsgegnerin nicht dargetan. Auch die von § 127 Abs. 3 GWB geforderte Auftragsbezogenheit sei nicht gegeben. Die Bestimmung sei im Lichte von Art. 67 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU auszulegen und erfordere einen Zusammenhang mit dem spezifischen Prozess der Herstellung. Die an einem bestimmten Standort allgemein geltenden Sozial- und Umweltstandards gehörten aber nicht zum spezifischen Prozess der Herstellung der ausgeschriebenen Ware. Allgemeine Standards seien von allen an diesem Ort produzierenden Unternehmen einzuhalten und folglich unternehmens- und anders als etwa die Verpflichtung bei der Herstellung die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten - nicht auftragsbezogen. Zudem verstoße das Lieferkettenkriterium gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, die unterschiedliche Behandlung bestimmter Gruppen von Staaten erlaube keinen objektiv-sachgerechten Vergleich der Angebote.

Gegen diese Entscheidung hat die Antragsgegnerin fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Sie trägt vor, der Nachprüfungsantrag sei bereits unzulässig, weil die Antragstellerin trotz des Lieferkettenkriteriums für den Zuschlag vorgesehen sei. Jedenfalls aber sei der Antrag unbegründet. Das Lieferkettenkriterium sei ein objektives Kriterium. Die dort genannten Staaten böten jedenfalls bei typisierter Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der angestrebten hohen Umwelt- und Sozialstandards sowie der von Drittstaaten unabhängigeren Arzneimittelversorgung. Andernfalls würde die Europäische Union gegen ihre selbst gesteckten Politikziele verstoßen, wenn sie Freihandelsabkommen mit Staaten schliesse, die keine annähernd vergleichbaren rechtlichen Standards gewährleisteten. Auch bestünden im Verhältnis zu diesen Ländern keine signifikanten Handelsbarrieren, was der Versorgungssicherheit diene. Nur das Lieferkettenkriterium sei auch zur Verbesserung der Standards für sie geeignet. Eine Entwicklung vom jeweiligen Bieter bei der Produktion zu gewährleistender Umwelt- und Sozialstandards, die später zudem kontrolliert werden müssten, sei von ihr gar nicht zu leisten. Der Europäische Gerichtshof habe im Übrigen Vorgaben zum Leistungsort gebilligt, um eine Erreichbarkeit zu gewährleisten. Die Einbeziehung der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Staaten, mit denen die Europäische Union Freihandelsabkommen geschlossen habe, sei aus rechtlichen Gründen erfolgt, weil Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU deren Gleichbehandlung gebiete. Dieser enthalte auch nicht lediglich ein Diskriminierungsverbot, sondern sei ein Erlaubnistatbestand für die Ungleichbehandlung von Leistungen aus Drittstaaten. Dies decke sich mit der Intention der Kommission, die Abhängigkeit von Drittländern zu verringern. Auch gestatte Art. 85 der Richtlinie 2014/25/EU ausdrücklich die Zurückweisung von Angeboten, bei denen der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwerts betrage. Ebenso gingen die Kommissionsrichtlinien von der Zulässigkeit des Ausschlusses von Bietern aus Drittstaaten von Vergabeverfahren und der Vergabe an Bieter aus den privilegierten Staaten zur Einhaltung von EU-Vorgaben bei der Erfüllung des Auftrags aus. Das Lieferkettenkriterium sei auch auftragsbezogen. Der Auftragsbezug sei weit zu verstehen, es reiche der Bezug zu irgendeinem Lebenszyklus-Stadium. Dies sei der Fall, weil eine Produktion in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bei typisierender Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der hohen EU-Standards und eine von Drittstaaten unabhängige Versorgung biete. Aus rechtlichen Gründen habe sie dann die GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten, mit denen die Europäische Union Freihandelsabkommen geschlossen habe, einbezogen. Drittstaaten müssten demgegenüber gerade nicht gleichbehandelt werden.

Die Antragsgegnerin beantragt,

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 3. Dezember 2020 (Az. VK 1-94/20) aufzuheben, soweit er der Antragsgegnerin untersagt, einen Zuschlag zum Fachlos Roxithromycin im Gebietslos 7 zu erteilen, und Verfahrenszurückversetzung anordnet;
2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin insgesamt zurückzuweisen;
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerin sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerin sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde notwendig war.

Die Antragstellerin, die zunächst schriftsätzlich angekündigt hatte, die Zurückweisung der Beschwerde zu beantragen, hat in der mündlichen Verhandlung beantragt,

festzustellen, dass die Gestaltung der Zuschlagskriterien in Bezug auf das sog. EU-Lieferkettenzuschlagskriterium vergaberechtswidrig ist und die Beschwerdeführerin damit gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) und § 127 Abs. 3 und 4 GWB verstoßen hat.

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Der Lieferkettenkriterium führe zu einer sachlich nicht gerechtfertigten Diskriminierung pharmazeutischer Unternehmer aus Drittstaaten und verstoße daher gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Gleichbehandlungsgrundsatz. Die Teilnehmer am Vergabeverfahren seien grundsätzlich gleich zu behandeln, soweit nicht das Gesetz eine Ungleichbehandlung gestatte oder diese sachlich gerechtfertigt sei, weil sie zur Erreichung des angestrebten Ziels erforderlich sei; eine bedingte Eignung genüge nicht. Die Antragsgegnerin habe aber nicht darzulegen vermocht, inwieweit das Lieferkettenkriterium zur Verbesserung von Umwelt- und Sozialstandards sowie Versorgungssicherheit beitrage. Generelle Beschränkungen bestünden auch im Verhältnis zu Drittstaaten wie etwa Indien nicht. Vor staatlichen Eingriffen in die internationalen Arzneimittel-Lieferketten schütze weder ein Freihandelsabkommen, noch die Verpflichtungen aus dem GAP, noch eine EU-Mitgliedschaft, wie die während der Corona-Pandemie gezeigten exportbeschränkenden Maßnahmen gezeigt hätten. Beim Wirkstoff Roxithromycin wirke das Lieferkettenkriterium sogar kontraproduktiv, da von den fünf Herstellern, von denen je zwei in Indien und China und einer in Taiwan ansässig sei, weil dann nur der in Taiwan bleibe. Die internationalen Abkommen gewährleisteten auch keine einheitlichen hohen Umwelt- und Sozialstandards. Die Antragsgegnerin habe auch insoweit keinen einzigen zu benennen vermocht.

Hingegen könnten hohe Standards auf Grund vertraglicher Verpflichtungen auch von indischen oder chinesischen Unternehmen eingehalten werden. Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU verbiete lediglich die Diskriminierung der Vertragsstaaten, er gestatte aber nicht eine Ungleichbehandlung von Drittstaaten. Eine derartige Regelung finde sich allein im vorliegend nicht einschlägigen Art. 85 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU. Soweit die Antragsgegnerin auf die Leitlinien der Kommission verweise, verwechsle sie politische Zielsetzungen mit den Vorgaben des Vergaberechts. Dem Lieferkettenkriterium stehe aber auch § 127 Abs. 3 Satz 1 GWB entgegen, es fehle an der erforderlichen Verbindung mit dem Auftragsgegenstand. Sozial- und Umweltstandards dürften nur in Bezug auf den konkreten Auftrag gefordert werden und nicht allgemein in Bezug auf den Bieter, was aber bei der die allgemeine Unternehmenspolitik betreffenden Verpflichtung zu einem bestimmten Herstellungsort der Fall sei.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Mit nachgelassenem Schriftsatz vom 5. Oktober 2021 ist die Antragsgegnerin der Umstellung auf einen Feststellungsantrag entgegengetreten. Die Stellung im Termin sei verspätet gewesen und ohne ihre Zustimmung unzulässig; jedenfalls aber fehle das Fortsetzungsfeststellungsinteresse.

Die mit Senatsbeschluss vom 1. März 2021 hinzugezogenen Beigeladenen haben sich nicht geäußert.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerin ist unbegründet. Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen der Ausschreibung von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt verletzt drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.

1 Die Antragstellerin ist antragsbefugt. Zwar hat sich das Nachprüfungsverfahren mit der Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin trotz der Nichterfüllung des Zuschlagskriteriums der geschlossenen EU-Lieferkette als gleichwohl Drittplatzierter für den Zuschlag vorzusehen, in sonstiger Weise gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 Var. 3 GWB i.V.m. § 178 Satz 4 GWB erledigt, die Antragstellerin hat jedoch ein legitimes Interesse daran, die Vergaberechtswidrigkeit feststellen zu lassen.

a) Mit der der Entscheidung der Antragsgegnerin, die Antragstellerin trotz der Nichterfüllung des Zuschlagskriteriums der geschlossenen EU-Lieferkette als gleichwohl Drittplatzierter für den Zuschlag vorzusehen, ist die Antragsbefugnis der Antragstellerin nach § 160 Abs. 2 GWB entfallen.

Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

Sinn und Zweck der in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 3 Satz 1 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 stehenden Berechtigungsvoraussetzung eines entstandenen oder drohenden Schadens ist, zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes und Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein - investitionshemmendes Nachprüfungsverfahren einleiten kann (BT-Drucks. 13/9340, S. 40, Nr. 22; Senatsbeschluss vom 16. Februar 2006, Verg 6/06, BeckRS 2006, 4700 Rn. 12).

Der in der Vorschrift verwandte Schadensbegriff muss demnach unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Der Schaden kann nur darin bestehen, dass durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten der antragstellenden Partei auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können (Senatsbeschluss vom 16. Februar 2006, Verg 6/06, BeckRS 2006, 4700 Rn. 13). Der Schaden muss auf die Zuschlagschance bezogen sein (Horn/Hofmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 Rn. 33). Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB ist folglich allein die tatsächliche oder drohende Nichterteilung des Auftrags, denn es ist die tatsächliche Erteilung des Auftrags, welche die Vermögenslage von Bietern beeinflusst (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32).

Aus jenseits der Zuschlagschance liegenden Beeinträchtigungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art kann die Antragsbefugnis folglich grundsätzlich nicht hergeleitet werden (Horn/Hofmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 Rn. 33).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Soweit die Antragstellerin ursprünglich angeführt hat, bei einer Neuausschreibung unter veränderten Ausschreibungsbedingungen sei ihr eine wirtschaftliche Kalkulation möglich, sie habe härter kalkulieren müssen, um mit ihrem Angebot die Wirtschaftlichkeitslücke zu überwinden, handelte es sich bei diesem wirtschaftlichen Nachteil demzufolge nicht um einen eine Antragsbefugnis begründenden Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB.

b) Mit dem Verlust der Antragsbefugnis nach § 160 Abs. 2 GWB hat sich das Nachprüfungsverfahren in sonstiger Weise gemäß § 168 Abs. 2 Satz 2 Var. 3 GWB i.V.m. § 178 Satz 4 GWB erledigt. Der Grundsatz, dass die Hauptsache erledigt ist, wenn die Klage im Zeitpunkt des nach ihrer Zustellung eingetretenen erledigenden Ereignisses zulässig und begründet war und durch das behauptete Ereignis unzulässig oder unbegründet wurde (BGH, NJW 2003, 3134), gilt auch für das Vergabenachprüfungsverfahren mit der Maßgabe, dass an die Stelle der Klagezustellung die Zustellung des Nachprüfungsantrags tritt. Bei Zustellung des Nachprüfungsantrags vom 29. Oktober 2020 war aber noch nicht einmal die Frist zur Einreichung der Angebote abgelaufen, so dass jedenfalls ein für die Antragsbefugnis hinreichender drohender Schaden nicht zu verneinen war. Dass die Antragstellerin trotz des ihr nachteiligen Zuschlagskriteriums der „geschlossenen EU-Lieferkette“ auf einen Zuschlagsrang gelangt, war seinerzeit ungewiss. Ausdrücklicher Erledigungserklärungen der Verfahrensbeteiligten im Nachprüfungs- oder Beschwerdeverfahren bedarf es nicht (Senatsbeschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285).

c) Hat sich der zunächst statthafte Nachprüfungsantrag erledigt, kann der Antragsteller, wenn er ein Interesse an der Entscheidung hat, feststellen lassen, ob eine Rechtsverletzung vorgelegen hat (Senatsbeschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285). Zu einem solchen Fortsetzungsfeststellungsantrag ist die Antragstellerin in der mündlichen Verhandlung übergegangen. Anträge können bis zum Schluss der mündlichen Verhandlung gestellt werden. Dabei ist der Übergang zum Feststellungsantrag auch ohne Zustimmung des Gegners jederzeit zulässig, er stellt in entsprechender Anwendung von § 264 Nr. 2 ZPO keine zustimmungspflichtige Änderung dar (BAG, Urteil vom 14. Dezember 2010, 9 AZR 642/09, NZA 2011, 509 Rn. 20; zum ergänzenden Rückgriff auf die Vorschriften der Zivilprozessordnung: Senatsbeschluss vom 23. Dezember 2009, VII-Verg 30/09, BeckRS 2010, 4614).

aa) Der Feststellungsantrag ist zulässig, soweit die Antragstellerin die Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit des Zuschlagskriteriums der „geschlossenen EU-Lieferkette“ erstrebt.

Ein Feststellungsinteresse rechtfertigt sich durch jedes gemäß vernünftigen Erwägungen und nach Lage des Falles anzuerkennende Interesse rechtlicher, wirtschaftlicher oder ideeller Art, wobei die beantragte Feststellung geeignet sein muss, die Rechtsposition des Antragstellers in einem der genannten Bereiche zu verbessern und eine Beeinträchtigung seiner Rechte auszugleichen oder wenigstens zu mildern (Senatsbeschlüsse vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285, vom 11. Mai 2011, VII-Verg 8/11, juris Rn. 35 und vom 4. Mai 2009, VII-Verg 68/08, juris Rn. 126 m. w. N.) Ein solches Feststellungsinteresse kann insbesondere gegeben sein, wenn der Antrag der Vorbereitung einer Schadensersatzforderung dient. In geeigneten Fällen kann mit einem Feststellungsantrag auch der Gefahr einer Wiederholung begegnet werden. Es soll dadurch sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (Senatsbeschlüsse vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285, vom 11. Mai 2011, VII-Verg 8/11, juris Rn. 35 und vom 4. Mai 2009, VII-Verg 68/08, juris Rn. 126 m. w. N.)

Ausgehend von diesen Maßstäben ist das Feststellungsinteresse der Antragstellerin wegen einer Wiederholungsgefahr zu bejahen. Die Antragsgegnerin sieht das Zuschlagskriterium der „geschlossenen EU-Lieferkette“ als zu Erreichung der von ihr bei der vorliegenden und für künftige Ausschreibungen erstrebten

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Verbesserung der Umwelt- und Sozialstandards sowie der Versorgungssicherheit zulässig und geeignet an, wie ihre Verteidigung dieses Kriteriums im vorliegender, aber auch in dem vor dem Senat anhängigen Parallelverfahren zeigt, weshalb davon ausgegangen werden muss, dass die Antragsgegnerin lege auch zukünftigen Ausschreibungen dieses Konzept zugrunde legen wird. Hierin liegt eine nicht von der Hand zu weisende Wiederholungsgefahr. Ob die behaupteten Rechtsverstöße tatsächlich vorliegen, ist eine Frage der Begründetheit des Rechtsmittels (Senatsbeschluss vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285).

bb) Soweit die Antragstellerin allerdings über die Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit hinaus auch die Feststellung eines Verstoßes gegen den vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz (§ 97 Abs. 2 GWB) und § 127 Abs. 3 und 4 GWB erstrebt, ist ihr Feststellungsantrag bereits unstatthaft.

Durch den Feststellungsantrag nach Eintritt der Erledigung soll sichergestellt werden, dass dem Antragsteller die Früchte des von ihm angestrebten Nachprüfungsverfahrens nicht verloren gehen (Senatsbeschlüsse vom 29. Januar 2014, VII-Verg 28/13, BeckRS 2014, 4285, vom 11. Mai 2011, VII-Verg 8/11, juris Rn. 35 und vom 4. Mai 2009, VII-Verg 68/08, juris Rn. 126 m. w. N.). Er ist daher in seiner Reichweite durch den ursprünglichen Nachprüfungsantrag beschränkt. Der ursprüngliche Antrag zielte auf die Untersagung des Zuschlags und die Rückversetzung des Vergabeverfahrens, weil das Zuschlagskriterium der „geschlossenen EU-Lieferkette“ vergaberechtswidrig sei. Hierfür hätte jeder der gerügten Vergaberechtsverstöße genügt, weshalb die kumulative Prüfung aller drei vorgebrachten Aspekte, Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, fehlende Auftragsbezogenheit und fehlender Bestimmtheit, auch im Rahmen des Feststellungsantrags nicht verlangt werden kann. Er dient allein der Feststellung der Vergaberechtswidrigkeit, nicht einer darüberhinausgehenden Prüfung aller angeschnittenen Rechtsfragen.

2. Der Feststellungsantrag der Antragstellerin ist auch begründet. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen der Ausschreibung von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt verstößt jedenfalls gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und gegen das in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWG geregelte Erfordernis objektiver Zuschlagskriterien und verletzt damit drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB.

a) Das Lieferkettenkriterium verstößt gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet. Der Zuschlag ist gemäß § 127 Abs. 1 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (EuGH, Urteil vom 24. Mai 2016, C-396114, NZBau 2016, 506 Rn. 38 - MT Hojgaard).

aa) Vor diesem Hintergrund begegnet eine Differenzierung nach Herkunftsstaaten, bei denen Bieter, die in bestimmten Herkunftsstaaten produzieren, einen Wirtschaftlichkeitsbonus erhalten, der anderen Bietern allein wegen ihrer Fertigung in einem nicht privilegierten Staat vorenthalten wird, grundlegenden Bedenken, weil diese Bieter nicht den gleichen Bedingungen unterworfen sind. Eine Ungleichbehandlung allein wegen des Herkunftsstaates gestatten - von nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch die für dessen Auslegung relevanten europäischen Richtlinien.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

(1) Der von der Antragsgegnerin insoweit angeführte Art. 25 der Richtlinie 2014/24/ EU über die öffentliche Auftragsvergabe (Vergaberichtlinie) beinhaltet lediglich ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf Bieter aus den GPA-Unterzeichnerstaaten und aus der Freihandelszone der Europäischen Union, ein Recht zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten gewährt er nicht. Vor dem Hintergrund des in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatzes, der Ausdruck des europarechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes ist (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 97 Rn. 11), dass jede Ungleichbehandlung eines Teilnehmers am Vergabeverfahren verboten ist, soweit diese nicht ausdrücklich gesetzlich gestattet ist, also der Normierung eines generellen Verbots mit einem allein dem Gesetzgeber vorbehaltenen Erlaubnisvorbehalt, spricht hierfür schon die allein auf den Schutz der Bieter aus den privilegierten Staaten gerichtete Formulierung der Norm. Dass Art. 25 der Vergaberichtlinie die Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten gerade nicht gestattet, folgt zudem eindeutig aus dem Vergleich mit Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste regelnden Sektorenrichtlinie 2014/25/EU.

Danach kann im Hinblick auf die Vergabe eines Lieferauftrags ein Angebot zurückgewiesen werden, bei dem der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Dabei definiert Abs. 1 diese Drittländer als diejenigen, mit denen die Union keine Übereinkunft in einem multilateralen oder bilateralen Rahmen geschlossen hat, durch die ein tatsächlicher Zugang der Unternehmen der Union zu den Märkten dieser Länder unter vergleichbaren Bedingungen gewährleistet wird. Die Länder, die den Unternehmen der Union Zugang zu ihren Märkten unter vergleichbaren Bedingungen gewähren, sind die, deren Unternehmen im Gegenzug auch die Europäische Union Zugang zu ihren Märkten garantiert, also die, deren Diskriminierung Art. 25 der Vergaberichtlinie verbietet. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie bezieht sich folglich allein auf Angebote mit Erzeugnissen aus den Drittländern, die durch Art. 25 der Vergaberichtlinie nicht geschützt sind.

Vor diesem Hintergrund ist für ein dahingehendes Verständnis, Art. 25 der Vergaberichtlinie gestatte über seinen Wortlaut hinaus eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten, kein Raum. Wäre eine Zurückweisung von Angeboten von Bietern mit Erzeugnissen aus Drittstaaten bereits durch Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU allgemein gestattet, bedürfte es einer Regelung für die Zurückweisung von Angeboten mit Erzeugnissen aus diesen Staaten für den Bereich der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste nicht. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU würde bei einem solchen Verständnis eine Beschränkung eines umfassenden Zurückweisungsrechts aus Art. 25 der Vergaberichtlinie auf solche Angebote beinhalten, bei denen der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Damit wären öffentlichen Auftraggeber ausgerechnet im besonders vergabesensiblen Bereich der Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasser-, Energie- und Postdiensten in stärkerem Maße verpflichtet, Angebote mit Erzeugnissen aus Drittstaaten zu berücksichtigen, als im Bereich allgemeiner Vergaben. Ein solches, allen Auslegungsgrundsätzen widersprechendes Normverständnis scheidet aus.

Vielmehr gestattet Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU über seinen unmittelbaren Regelungsgehalt hinaus den Rückschluss, dass die Zurückweisung eines Angebots von Erzeugnissen oder eines Bieters aus einem Drittstaat generell unzulässig ist, wenn und soweit nicht eine Norm diese ausdrücklich gestattet. Eine Rechtslage, die der in § 97 Abs. 2 GWB normierten entspricht. Könnten Angebote mit einem signifikanten Erzeugnisanteil aus Drittstaaten ohnehin zurückgewiesen werden, bedürfte es Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie nicht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

(2) Der Umstand, dass die Europäische Union in Bezug auf die nicht durch Art. 25 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU privilegierten Drittstaaten - Art. 25 der Vergaberichtlinie setzt im Grunde nur um, wozu die Europäische Union aufgrund der mit diesen privilegierten Staaten bestehenden völkerrechtlichen Verträgen ohnehin verpflichtet ist - weitgehend frei weitere Ausschlussstatbestände schaffen könnte, gibt den einzelnen öffentlichen Auftraggebern nicht das Recht, Bieter aus diesen Drittstaaten auch dann auszuschließen, wenn der europäische Gesetzgeber einen solchen Ausschlussstatbestand nicht oder noch nicht geschaffen hat.

Nichts anderes ist den von der Antragsgegnerin in Bezug genommenen Textpassage auf Seite 46 der Leitlinien der Europäischen Kommission vom 13. August 2019 zu entnehmen; diese beziehen sich allein auf das Recht der Union, den Ausschluss von Bietern aus diesen Drittstaaten zu normieren.

Bisher kennt das Europäische Vergaberecht keine generellen geographischen Einschränkungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren. Der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten oder Unternehmen mit Erzeugnissen aus Drittstaaten wird als gegeben angesehen. Dies folgt gerade aus den angeführten Überlegungen der Kommission, ob der Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der Europäischen Union für Unternehmen aus Drittländern zu begrenzen ist. Bis zur Verabschiedung dieser Verordnung bleibt es aber dabei, dass jedes interessierte Unternehmen sich unabhängig etwaiger geographischer Einschränkungen an einem EU-Vergabeverfahren beteiligen kann (Senatsbeschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16, NZBau 2017, 623 Rn. 25).

Soweit und solange eine gesetzliche Normierung einer Zugangsbeschränkung nicht erfolgt ist, dürfen öffentliche Auftraggeber Bieter aus diesen Drittstaaten nicht allein deswegen ausschließen. Für die zu Nachteilen im Vergabeverfahren führende Verweigerung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für Bieter aus diesen Staaten gilt in Ermangelung einer diesbezüglichen Regelung nichts anderes.

bb) Die mit der Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPAS Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union einhergehende Ungleichbehandlung von in Drittstaaten produzierenden Bietern kann auch nicht als Mittel zur Erreichung europäischer Umwelt- und Sozialstandards gerechtfertigt werden.

Zwar steht der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 GWB der Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte nicht entgegen, die Festlegung im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags einzuhaltender Umwelt- und Sozialstandards ist als solche vergaberechtskonform. Nach § 97 Abs. 3 GWB werden bei der Vergabe neben Aspekten der Qualität und der Innovation auch soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe des Vergaberechts berücksichtigt. Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB. § 58 Abs. 2 VgV können bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

Bei der Definition dieser Zuschlagskriterien ist der Auftraggeber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich frei. Es ist Ausdruck des Bestimmungsrechts des Auftraggebers, die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu bestimmen. Er kann festlegen, worauf es ihm bei dem zu vergebenden Auftrag ankommt und was er als wirtschaftlich ansieht. Dem Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers unterliegen sowohl die Kriterien, anhand derer die Angebote bewertet werden, als auch die Methode, wie ein Wertungsergebnis ermittelt wird. Hierbei steht dem Auftraggeber ein großer Ermessensspielraum zu (EuGH, Urteil vom 26. März 2015, C-601/13, Rn. 28 - Ambisig; Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2016, VII-Verg 15/16, 3. März 2010, VII-Verg 48/09, 5. Mai 2008, VII-Verg 5/08 und 7. Mai 2005, VII-Verg 16/05). Die Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen hat sich dabei ähnlich wie bei der Ermessenskontrolle darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensfehlgebrauch vorliegen. Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

unterliegt nur den Schranken, die sich unmittelbar oder mittelbar - aus den vergaberechtlichen Prinzipien sowie aus dem Zweck, dem die Festlegung von Wertungskriterien dient, ergeben (Senatsbeschlüsse vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09 und 8. Februar 2017, VII-Verg 31/16 m.w.Nw.).

Die Antragsgegnerin hätte folglich im Rahmen ihres Bestimmungsrechts bei der Auftragsausführung einzuhaltende Umwelt- und Sozialstandards definieren dürfen, was aber nur für Teilbereiche wie etwa die vorliegend nicht beschwerdegegenständlichen Produktionsabwässer erfolgt ist. Nur mittelbar erschließt sich, dass auch im Übrigen mit den in der Europäischen Union geltenden vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards angestrebt und mit dem streitgegenständlichen Wirtschaftlichkeitsbonus honoriert werden sollen. Insoweit könnte bereits fraglich sein, ob die Antragsgegnerin die genannten Kriterien überhaupt hinreichend bestimmt formuliert hat.

Dies kann jedoch letztendlich dahinstehen, da das Lieferkettenkriterium wegen der Heterogenität der privilegierten Staatengruppen zur Gewährleistung dieser Standards ohnehin ungeeignet ist, insoweit kann auf die nachstehenden Ausführungen zum Verstoß gegen das Gebot objektiver Zuschlagskriterien unter 2.b) verwiesen werden.

cc) Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union kann auch nicht als Mittel zur Erhöhung der Versorgungssicherheit gerechtfertigt werden, weil die damit einhergehende Schlechterstellung von in Drittstaaten produzierenden Bietern unangemessen ist.

(1) Zwar ist auch die Versorgungssicherheit ein sozialer Aspekt, dessen Berücksichtigung folglich nach § 97 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 GWB mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Einklang steht. Die Versorgungssicherheit ist bei der Ausschreibung von Leistungen, die das Leben und die Gesundheit von Personen schützen sollen, ein legitimes Ziel, weshalb sie zu den Kriterien gehören kann, die bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu berücksichtigen sind. Soweit dies zur Erreichung des angestrebten Ziels angemessen ist, kann die Ausschreibung daher Anforderungen an den Produktionsort definieren, etwa indem sie eine diversifizierte eigene Produktion nahe am Verbrauchsort vorsieht (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2005, C-234/03, NZBau 2006, 189 Rn. 61 - Contse SA u.a./ Insalud). Diese Vorgabe muss allerdings als zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet erscheinen (EuGH a. a. O. Rn. 62), eine nur bedingte Eignung genügt nicht (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 127 Rn. 23). Auch darf das angestrebte Ziel nicht durch Mittel erreichbar sein, die den freien Dienstleistungsverkehr weniger beschränken, wie etwa durch Vorgabe zur Lagehaltung in der Nähe des Versorgungsorts oder die Privilegierung einer solchen (EuGH a. a. O. Rn. 67).

(2) Diesen Anforderungen genügt das undifferenziert die Gesamtheit der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaft, die GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union privilegierende Lieferkettenkriterium nicht. Die von der Antragsgegnerin für sich reklamierte typisierende Betrachtung würde vorsetzen, dass bei der Produktion in den vorgenannten Staaten die Sicherheit der Versorgung mit den ausgeschriebenen Arzneimitteln typischerweise, also bei der weit überwiegenden Zahl der Staaten in höherem Maße gewährleistet wäre, als bei einer Herstellung in für die Arzneimittelproduktion typischen Drittstaaten wie Indien oder China. Derartiges hat aber weder die Antragsgegnerin dargetan, noch ist dies sonst zu erkennen.

Ein verkehrstechnischer Vorteil ist nicht gegeben. Die zu diesen Staatengruppen gehörenden Länder wie Taiwan, Peru oder Südafrika sind von den Versorgungsorten weiter entfernt und jedenfalls teilweise verkehrstechnisch mit diesen schlechter vernetzt, als bedeutende Arzneimittelherzeugerstaaten wie China und Indien. Darauf beruft sich auch die Antragsgegnerin nicht.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass durch die mit den GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union bestehenden Abkommen die Gefahr von exportbeschränkenden Maßnahmen sinkt. Der Regelungsgehalt des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement) zielt auf die wechselseitige Gewährung eines privilegierten Zugangs zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten der Unterzeichnerstaaten, Regelungen zu Exportverboten oder eine sonst wie geartete Verpflichtung zur Unterlassung von Ausfuhrbeschränkungen gegenüber eigenen Unternehmen bestehen nicht. Die Freihandelsabkommen können zwar auch Bestimmungen zur Verhinderung von Exportverboten enthalten, gerade Medizinprodukte sind jedoch in der Regel ausgenommen. Auch die Antragsgegnerin hat kein einziges Abkommen aufzuzeigen vermocht, das exportbeschränkende Maßnahmen im Arzneimittelbereich ausschließt.

Dass die Gefahr einer Verhängung von Exportverboten auch im Verhältnis zu den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union eine reelle ist, hat die Coronapandemie gezeigt. So haben etwa die GPA-Unterzeichnerstaaten Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Vereinigte Staaten von Amerika eine vorrangige Erfüllung der mit ihnen bestehenden Liefervereinbarungen gegenüber den auf ihren Territorien ansässigen Impfstoffproduzenten durchgesetzt. Einen signifikanten Unterschied in der Krisenfestigkeit des Arzneimittelhandels zwischen den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union einerseits und bedeutenden Arzneimittelerzeugerdrittstaaten wie China und Indien andererseits hat auch die Antragsgegnerin daher nicht darzulegen vermocht.

(3) Das Lieferkettenkriterium kann sogar zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit führen. Es besteht die Gefahr, dass Beschränkungen ein und desselben GPA-Unterzeichnerstaats oder Staats der Freihandelszone der Europäischen Union, beispielsweise der bedeutende Wirkstoffproduzent Taiwan, zum Ausfall aller drei bezuschlagten Partner führt, weil sie jeweils diesen Staat in ihrer Lieferkette haben. So wird etwa der Wirkstoff für das streitgegenständliche Fachlos 5, Roxithromycin, nur von fünf Herstellern produziert, von denen je zwei in Indien und China und lediglich einer in dem privilegierten GPA-Staat Taiwan ansässig ist. Gerade vor dem Hintergrund des angespannten Verhältnisses zwischen Taiwan und China besteht hier eine durchaus reelle Gefahr von Versorgungsschwierigkeiten.

(4) Auch wenn es in Ermangelung schon der Geeignetheit letztendlich nicht darauf ankommt, steht einer Verhältnismäßigkeit des Lieferkettenkriteriums zudem entgegen, dass mildere Mittel als die pauschale Deprivilegierung aller in Drittstaaten produzierender Bieter existieren. So könnte die Antragsgegnerin den Bietern eine versorgungsortnahe Lagerhaltung vorgeben oder eine solche durch einen Wirtschaftlichkeitsbonus privilegieren.

b) Eine Unterscheidung nach GPA-Unterzeichnerstaaten und Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union einerseits und bedeutenden Arzneimittelerzeugerdrittstaaten wie China und Indien andererseits genügt auch dem Gebot objektiver Zuschlagskriterien nicht.

Nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Dies setzt eine Vergabe aufgrund objektiver Zuschlagskriterien voraus, was gewährleistet, dass der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise erfolgt und somit unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 87 - Havelaar); ein objektiver Vergleich des relativen Werts der Angebote muss sichergestellt sein (Erwägungsgrund 90 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

Eine Differenzierung nach Produktionsstaaten stellt, wie bereits vorstehend unter 2.a.aa) ausgeführt, für sich genommen kein zulässiges Zuschlagskriterium dar. Eine Bevorzugung von Bietern, die ausschließlich in den Staaten der Europäischen Union, den GPA-Unterzeichnerstaaten und/oder in den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union produzieren, taugt aber auch nicht zur Gewährleistung objektiver Umwelt- und Sozialstandards. Hierfür ist diese Staatengruppe viel zu heterogen.

So hat etwa der GPA-Unterzeichnerstaat USA die Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über die Vereinigungsfreiheit und das Recht zu Kollektivhandlungen nicht ratifiziert (Harings/Jürgens, Die Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtgesetzes auf die Transportwirtschaft, RdTW 2021, 297 Rn. 5). Auch dass Staaten wie Armenien, Algerien, Ägypten, Jordanien, Libanon, Marokko, Chile, Kolumbien, Guatemala oder Tunesien vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards gewährleisten wie die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ist nicht ersichtlich. Die Antragstellerin im Parallelverfahren VII-Verg 55/20 hat auf die Ausarbeitung der Unterabteilung Europa, Fachabteilung Europa, des Deutschen Bundestags von 2016 verwiesen, wonach etwa die Abkommen mit Algerien, Ägypten, Jordanien, Libanon, Marokko und Tunesien, aber etwa auch mit der Türkei keinerlei Vorgaben zu Umwelt- oder Arbeitsschutzstandards enthalten.

Ein allgemeiner Verweis auf die Politikziele der Union vermag konkreten Sachvortrag zu diesbezüglichen Regelungen in den Abkommen nicht zu ersetzen. Vor diesem Hintergrund den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen einer „typisierenden Betrachtung“ gleichwohl die Einhaltung mit den in der Europäischen Union vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards zu attestieren, würde dem Erfordernis eines objektiven Zuschlagskriteriums zur Vermeidung willkürlicher Zuschlagsentscheidung nicht gerecht.

Im Hinblick auf die Untauglichkeit einer Bevorzugung von Bietern, die ausschließlich in den Staaten der Europäischen Union, den GPA-Unterzeichnerstaaten und/oder in den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union produzieren, zur Gewährleistung des Zuschlagskriteriums Versorgungssicherheit, kann auf die vorstehenden Ausführungen zu a.cc) verwiesen werden. Jenseits des Fehlens rechtlicher Vorgaben zur Unterlassung exportbeschränkender Maßnahmen erschließt sich auch rein tatsächlich nicht, weshalb etwa bei einem in Hongkong ansässigen Produzenten die Versorgung in höherem Maße gesichert sein soll, als bei einem in China ansässigen, oder weshalb der vor dem Zerfall staatlicher Strukturen stehende Libanon die Belieferung mit Medikamenten eher gewährleistet, als Indien.

c) Ob die die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union auch gegen das Erfordernis der Auftragsbezogenheit des Zuschlagskriteriums verstößt, kann vor diesem Hintergrund dahinstehen.

Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 71 GWB. Nach § 71 Satz 2 Alt. 1 GWB hat die Antragsgegnerin die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels zu tragen. Soweit die Antragstellerin nach Erledigung einen überschießenden Feststellungsantrag gestellt hat, entspricht es gemäß § 71 Satz 1 GWB der Billigkeit, dies kostenmäßig nicht zu berücksichtigen, da dieses Unterliegen in Ermangelung praktischer Relevanz als gering zu bewerten ist. Entscheidend für die Antragstellerin ist allein die Feststellung, dass das Zuschlagskriterium der geschlossenen EU-Lieferkette vergaberechtswidrig war, nicht, welche Vergaberechtsverstöße im Einzelnen vorliegen.

Eine Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Beigeladenen ist nicht veranlasst, diese sind nur dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn sie die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzen, indem sie sich an

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 11.1.2022

diesem Verfahren beteiligen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63).

Die noch zu treffende Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren bleibt einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten vorbehalten.

Dr. Maimann

Gmelin

Dr. Scholz

OLG Düsseldorf, 01.12.2021, VII - Verg 54 / 20 Bundesland Nordrhein-Westfalen zuletzt überarbeitet 08.01.2022
--

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

VERIS - Entscheidungen > Oberlandesgerichte > OLG Düsseldorf > 2021 > 01.12.2021 - VII - Verg 55 / 20

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20

(Bieter obsiegt)

Normen:

Art. 25 RL 2014/24/EU; § 160 GWB

Vorangegangene Entscheidung:

VK Bund, Beschluss vom 02.12.2020, VK 1 - 92 / 20 (Bieter obsiegt)

Stichwort:

Unzulässiger Lieferkettenbonus

Leitsatz (redaktionell):

1. Dem Antragsteller droht kein Schaden, soweit sein Angebot auf einem für den Zuschlag vorgesehenen Rang liegt. Aus jenseits der Zuschlagschance liegenden Beeinträchtigungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art kann die Antragsbefugnis grundsätzlich nicht hergeleitet werden.
2. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union verletzt drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.
3. Ein solches Lieferkettenkriterium ist wegen der Heterogenität der privilegierten Staatengruppen zur Gewährleistung von Umwelt- und Sozialstandards ungeeignet.
4. Art. 25 Richtlinie 2014/24/EU gewährt kein Recht zur Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten.

Entscheidungstext:

In dem Vergabenachprüfungsverfahren

pp.

hat der Vergabesenat des Oberlandesgerichts Düsseldorf auf die mündliche Verhandlung vom 29. September 2021 durch die Vorsitzende Richterin am Oberlandesgericht Dr. Maimann, den Richter am Oberlandesgericht Gmelin und den Richter am Oberlandesgericht Dr. Scholz beschlossen:

1. Die sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. gegen den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 2. Dezember 2020 (VK 1-92/20) wird zurückgewiesen.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

2. Auf die sofortige Beschwerde Antragsgegnerinnen zu 1., 10 und 11. wird der Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 2. Dezember 2020 (VK 1-92/20) aufgehoben und der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zurückgewiesen, soweit er auf die Gebietslose 3, 7 und 8 bezogen ist.

3. Die Kosten des Beschwerdeverfahrens und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor dem Senat notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin werden den Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. zu 3/4 auferlegt. Die Antragstellerin hat die Kosten des Beschwerdeverfahrens zu 1/4 und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung vor dem Senat notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen zu 1., 10 und 11. insgesamt zu tragen.

Die Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer und die zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung dort notwendigen Aufwendungen der Antragstellerin werden den Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. zur Hälfte aufzuerlegen; die Kosten des Verfahrens im Übrigen hat die der Antragstellerin zu tragen, die auch den Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. ihre notwendigen Auslagen zu 4/10 und den Antragsgegnerinnen zu 1., 10. und 11. ihre notwendigen Auslagen insgesamt zu erstatten hat.

4. Die Antragsgegnerinnen werden gebeten, binnen zwei Wochen zum Gegenstandswert für das Beschwerdeverfahren vorzutragen.

Gründe:

I.

Die Antragsgegnerinnen schrieben mit Bekanntmachung vom 18. September 2020 im offenen Verfahren Rabattverträge gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt für die Zeit vom 1. Juni 2021 bis zum 31. Mai 2023 EU-weit aus (Supplement zum Amtsblatt der Europäischen Union, Bekanntmachungsnummer 2020/S 182-436882). Vorgesehen war die Vergabe von Rabattverträgen für fünf Fachlose im Drei-Partner-Modell, die sich jeweils in acht Gebietslose unterteilen. Vorliegend streitgegenständlich ist das Fachlos 2, Cefuroxim. Dabei entsprach das Gebietslos 1 dem Gebiet der Antragsgegnerin zu 2., das Gebietslos 2 dem der Antragsgegnerinnen zu 3. und 4., das Gebietslos 3 dem der Antragsgegnerin zu 1., das Gebietslos 4 dem der Antragsgegnerin zu 5., das Gebietslos 5 dem der Antragsgegnerin zu 6., das Gebietslos 6 dem der Antragsgegnerinnen zu 7., 8. und 9., das Gebietslos 7 dem der Antragsgegnerin zu 10. und das Gebietslos 8 dem der Antragsgegnerin zu 11. Federführend war die Antragsgegnerin zu 1., die nach Ziffer VI.3. der Bekanntmachung die Ausschreibung im eigenen Namen und im Namen der zehn übrigen Antragsgegnerinnen durchführte.

Der Preis war nicht das einzige Zuschlagskriterium (Ziffer 11.2.5. der Bekanntmachung). Daneben sollten auch qualitative, umweltbezogene und soziale Aspekte in Gestalt von Wirtschaftlichkeitsboni unter anderem für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten beziehungsweise in der Freihandelszone der Europäischen Union berücksichtigt werden (Ziffer 11.2.14. der Bekanntmachung). Nach Abschnitt A.IV.3.2 der in Bezug genommenen Beschaffungsunterlagen sollte der Nachweis der kompletten Wirkstoff-, Bulk- und Blisterproduktion in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen, Government Procurement Agreement) beziehungsweise in der Freihandelszone der Europäischen Union zu einer Erhöhung der Gesamtwirtschaftlichkeitsmaßzahl um acht Prozent führen. Das Zuschlagskriterium wird als „vollständig geschlossene EU-Lieferkette“ bezeichnet.

Die in Indien produzierende Antragstellerin, die für das Fachlos 2, Cefuroxim, für alle Gebietslose bietet, rügte dieses Lieferkettenkriterium mit Schreiben vom 2. Oktober 2020 als vergaberechtswidrig. Es sei nicht

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

auftragsbezogen, es beziehe sich auf den Ort der Produktion und sei folglich unternehmensbezogen. Auch führe es zu einer nicht gerechtfertigten Diskriminierung international tätiger pharmazeutischer Unternehmer. Eine Produktion in zahlreichen der privilegierten GPA-Unterzeichnerstaaten beziehungsweise Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union habe keinerlei Vorteile gegenüber einer Produktion in den Drittstaaten Indien oder China. Gerade die Corona-Pandemie habe gezeigt, dass Exportbeschränkungen selbst innerhalb der Europäischen Union drohten. Das Lieferkettenkriterium sei zudem unbestimmt und intransparent, der damit verfolgte Zweck werde in den Vergabeunterlagen nicht ausgeführt. Diese Rüge haben die Antragsgegnerinnen mit Schreiben vom 13. Oktober 2020 zurückgewiesen.

Die Antragstellerin beantragte darauf mit Anwaltsschriftsatz vom 28. Oktober 2020 die Einleitung eines Nachprüfungsverfahrens zu dessen Begründung sie vortrug, das Lieferkettenkriterium genüge dem Erfordernis eines Bezugs zu den in Erfüllung des Auftrags konkret zu liefernden Waren nicht. Auch werde sie durch dieses Kriterium allein aufgrund ihres Produktionsstandorts diskriminiert, obwohl es hierfür keine gesetzliche Grundlage gebe. Das Lieferkettenkriterium sei zur Gewährleistung von Versorgungssicherheit, Umwelt- und Sozialstandards ungeeignet. Das ein Produktionsstandort in einem Drittstaat per se insoweit schlechtere Produktionsbedingungen aufweise, als einer in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union, GPA-Unterzeichnerstaat oder Staat der Freihandelszone der Europäischen Union treffe nicht zu.

Die Antragstellerin hat beantragt,

das Nachprüfungsverfahren gemäß § 160 Abs. 1 GWB einzuleiten und

1. der Antragsgegnerin zu untersagen, für das Fachlos Nr. 2 (Cefuroxim) den Zuschlag zu erteilen;
2. Akteneinsicht gemäß § 165 Abs. 1 GWB zu gewähren;
3. auszusprechen, dass die Hinzuziehung eines Verfahrensbevollmächtigten für die Antragstellerin notwendig gewesen ist.

Die Antragsgegnerinnen haben beantragt,

1. den Nachprüfungsantrag zurückzuweisen;
2. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der Kosten der Antragsgegnerinnen für ihre zweckentsprechende Rechtsverfolgung aufzuerlegen;
3. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerinnen notwendig war.

Die Antragsgegnerinnen haben vorgetragen, der Antrag sei bereits unzulässig. Zwar falle die Antragstellerin wegen des Zuschlagskriteriums in den Gebietslosen 1 und 2 vom Zuschlagsrang drei auf den vierten Rang zurück. In den Gebietslosen 3, 7 und 8 finde sie hingegen aufgrund ihres dritten Rangs, den sie gerade dem ebenfalls neuen Zuschlagskriterium Marktabdeckung verdanke, Berücksichtigung. In den Gebietslosen 4, 5 und 6 änderten die neuen Zuschlagskriterien am vierten Rang der Antragstellerin nichts. Der Antrag sei aber auch unbegründet. Der weit zu verstehende Auftragsbezug erfasse den gesamten Herstellungs- und Produktionszyklus des Arzneimittels. Ihre typisierende Betrachtung knüpfe an eindeutige Rahmenbedingungen an, die den innerhalb der Europäischen Union geltenden Standards entsprächen oder zumindest vergleichbar seien. Auch dienten Lieferketten, bei denen keine signifikanten Handelsbarrieren bestünden, der Versorgungssicherheit, während etwa Indien am Anfang der Pandemie ein Exportverbot verhängt habe.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

Die Vergabekammer hat den Antragsgegnerinnen mit Beschluss vom 2. Dezember 2020 die Zuschlagserteilung untersagt und das Vergabeverfahren zurückversetzt. Der Antrag sei insgesamt zulässig, auch soweit die Antragstellerin nach vorläufiger Bewertung in einigen Gebietslosen trotz des Lieferkettenkriteriums den Zuschlag erhalten solle, weil sie im Falle eines Erfolgs die Möglichkeit zur Abgabe eines neuen zuschlagfähigen Angebots unter veränderten Ausschreibungsbedingungen habe, die ihr eine wirtschaftlichere Kalkulation ermöglichen. Das Zuschlagskriterium „geschlossene EU-Lieferkette“ sei schon nicht objektiv und daher entgegen § 127 Abs. 4 GWB zur Sicherstellung einer willkürfreien Zuschlagserteilung ungeeignet. Dafür seien sowohl die Gruppe der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Staaten, die mit der Europäischen Union ein Freihandelsabkommen geschlossen hätten, einerseits und der Drittstaaten andererseits viel zu heterogen. Das GPA-Abkommen sei nicht, die Freihandelsabkommen jedenfalls nicht primär auf die Vereinheitlichung von Sozial- und Umweltstandards gerichtet. Ein gleichwohl vergleichbares Schutzniveau hätten die Antragsgegnerinnen nicht dargetan. Auch die von § 127 Abs. 3 GWB geforderte Auftragsbezogenheit sei nicht gegeben. Die Bestimmung sei im Lichte von Art. 67 Abs. 3 lit. a der Richtlinie 2014/24/EU auszulegen und erfordere einen Zusammenhang mit dem spezifischen Prozess der Herstellung. Die an einem bestimmten Standort allgemein geltenden Sozial- und Umweltstandards gehörten aber nicht zum spezifischen Prozess der Herstellung der ausgeschriebenen Ware. Allgemeine Standards seien von allen an diesem Ort produzierenden Unternehmen einzuhalten und folglich unternehmens- und anders als etwa die Verpflichtung bei der Herstellung die ILO-Kernarbeitsnormen einzuhalten - nicht auftragsbezogen. Zudem verstoße das Lieferkettenkriterium gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, die unterschiedliche Behandlung bestimmter Gruppen von Staaten erlaube keinen objektiv-sachgerechten Vergleich der Angebote.

Soweit die Antragstellerin daneben auch Vorgaben zum Produktionsabwasser beanstandet hat, hat die Vergabekammer eine Antragsbefugnis verneint.

Gegen diese Entscheidung haben die Antragsgegnerinnen fristgerecht sofortige Beschwerde eingelegt. Sie wiederholen ihren Vortrag zur Unzulässigkeit des Nachprüfungsantrags, da die Antragstellerin in den Gebietslosen 3, 7 und 8 wegen des neuen Zuschlagskriteriums Marktdeckung von Rang vier auf den Zuschlagsrang drei vorrücke. In den Gebietslosen 4, 5 und 6 werde ihr Ergebnis durch die neuen Zuschlagskriterien nicht beeinflusst, sie liege so oder so auf Rang vier. Jedenfalls aber sei der Antrag unbegründet. Das Lieferkettenkriterium sei ein objektives Kriterium. Die dort genannten Staaten böten jedenfalls bei typisierter Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der angestrebten höher Umwelt- und Sozialstandards sowie der von Drittstaaten unabhängigeren Arzneimittelversorgung. Andernfalls würde die Europäische Union gegen ihre selbst gesteckten Politikziele verstoßen, wenn sie Freihandelsabkommen mit Staaten schliesse, die keine annähernd vergleichbaren rechtlichen Standards gewährleisten. Auch bestünden im Verhältnis zu diesen Ländern keine signifikanten Handelsbarrieren, was der Versorgungssicherheit diene. Nur das Lieferkettenkriterium sei auch zur Verbesserung der Standards für sie geeignet, eine Entwicklung vom jeweiligen Bieter bei der Produktion zu gewährleistender Umwelt- und Sozialstandards, die später zudem kontrolliert werden müssten, sei von ihnen gar nicht zu leisten. Der Europäische Gerichtshof habe im Übrigen Vorgaben zum Leistungsort gebilligt, um eine Erreichbarkeit zu gewährleisten. Die Einbeziehung der GPA-Unterzeichnerstaaten und der Staaten, mit denen die Europäischen Union Freihandelsabkommen geschlossen habe, sei aus rechtlichen Gründen erfolgt, weil Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU deren Gleichbehandlung gebiete. Dieser enthalte auch nicht lediglich ein Diskriminierungsverbot, sondern sei ein Erlaubnistatbestand für die Ungleichbehandlung von Leistungen aus Drittstaaten. Dies decke sich mit der Intention der Kommission, die Abhängigkeit von Drittländern zu verringern. Auch gestatte Art. 85 der Richtlinie 2014/25/EU ausdrücklich die Zurückweisung von Angeboten, bei denen der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwerts betrage. Ebenso gingen die Kommissionsrichtlinien von der Zulässigkeit des Ausschlusses von Bietern aus Drittstaaten von Vergabeverfahren und der Vergabe an Bieter aus den

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

privilegierten Staaten zur Einhaltung von EU-Vorgaben bei der Erfüllung des Auftrags aus. Das Lieferkettenkriterium sei auch auftragsbezogen. Der Auftragsbezug sei weit zu verstehen, es reiche der Bezug zu irgendeinem Lebenszyklus-Stadium. Dies sei der Fall, weil eine Produktion in den Mitgliedsstaaten der Europäischen Union bei typisierender Betrachtung eine höhere Gewähr für die Einhaltung der hohen EU-Standards und eine von Drittstaaten unabhängige Versorgung biete. Aus rechtlichen Gründen habe sie dann die GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten, mit denen die Europäischen Union Freihandelsabkommen geschlossen habe, einbezogen. Drittstaaten müssten demgegenüber gerade nicht gleichbehandelt werden.

Die Antragsgegnerinnen beantragen,

1. den Beschluss der 1. Vergabekammer des Bundes vom 2. Dezember 2020 (Az. VK 1-92/20) aufzuheben, soweit er der Antragsgegnerin untersagt, Zuschläge zum Fachlos Cefuroxim zu erteilen, und Verfahrenszurückversetzung anordnet;
2. den Nachprüfungsantrag der Antragstellerin insgesamt zurückzuweisen;
3. der Antragstellerin die Kosten des Verfahrens einschließlich der zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung notwendigen Aufwendungen der Antragsgegnerinnen sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde aufzuerlegen;
4. festzustellen, dass die Hinzuziehung anwaltlicher Verfahrensbevollmächtigter durch die Antragsgegnerinnen sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Verfahren der sofortigen Beschwerde notwendig war.

Die Antragstellerin beantragt,

1. die sofortige Beschwerde zurückzuweisen;
2. die Hinzuziehung der Verfahrensbevollmächtigten durch die Antragstellerin sowohl im Verfahren vor der Vergabekammer als auch im Beschwerdeverfahren für notwendig zu erklären;
3. der Kosten des Verfahrens über die sofortige Beschwerde (Gebühren und Auslagen) sowie die Kosten des Verfahrens im Verfahren vor der Vergabekammer, jeweils einschließlich außergerichtlichen Kosten der Antragstellerin, den Antragsgegnerinnen aufzuerlegen.

Die Antragstellerin verteidigt die Entscheidung der Vergabekammer. Sie sei antragsbefugt. Aufgrund des Lieferkettenkriteriums sei sie in den beiden wirtschaftlich mit Abstand bedeutendsten Gebietslosen 1 und 2 aus den drei Zuschlagsrängen hinausgefallen. Auch in den Gebietslosen 4, 5 und 6 wäre ihr dann eine wirtschaftlichere Kalkulation möglich gewesen. Auch soweit sie in den übrigen Gebietslosen wegen des gar nicht streitgegenständlichen Kriteriums Marktabdeckung für den Zuschlag vorgesehen sei, seien ihre Zuschlagschancen jedenfalls beeinträchtigt worden. Das Lieferkettenkriterium verletze ihren Anspruch auf willkürfreie Zuschlagserteilung unter Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes nach § 97 Abs. 2 i. V. mit § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB. Eine Unterscheidung nach sachlichen Kriterien wie etwa konkreten Produktionsbedingungen erfolge hierdurch gerade nicht. Sowohl die privilegierte Gruppe der EU-, GPA- und FHA-Staaten einerseits als auch die der Drittländer andererseits sei hinsichtlich der Standards höchst unterschiedlich, für eine typisierende Betrachtung sei daher kein Raum. In zahlreichen FHA-Staaten existierten keine oder allenfalls rudimentäre Sozial- und Umweltstandards, anders als in China und Indien existierten in den teilweise von Unruhen oder Bürgerkrieg heimgesuchten Staaten nicht einmal eine funktionierende Verwaltung. Die Abkommen mit diesen Staaten regelten auch keine Umweltschutz- oder Arbeitsschutzstandards. Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU verbiete lediglich die Diskriminierung der

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

Vertragsstaaten, er gestatte aber nicht eine Ungleichbehandlung von Drittstaaten. Eine derartige Regelung finde sich allein im vorliegend nicht einschlägigen Art. 85 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU. Art. 85 der Richtlinie 2014/25/EU sei vielmehr Beleg, dass eine Benachteiligung von Bietern aus Drittstaaten gerade einer ausdrücklichen Ermächtigungsgrundlage bedürfe. Die Leitlinien der Europäischen Kommission, die ohnehin die einschlägigen Vorschriften nicht ersetzen sollten und dürften, zielten gerade auf gleichwertige Standards der Bieter aus Drittländern, um einen denkbar breiten Kreis von Bietern zu ermöglichen, nicht auf deren Ausschluss. Dem Lieferkettenkriterium stehe aber auch § 127 Abs. 3 Satz 1 GWB entgegen, es fehle an der erforderlichen Verbindung mit dem Auftragsgegenstand. Der Produktionsstandort habe mit dem Auftragsgegenstand nichts zu tun. Es bedürfe auf den konkreten Prozess der Leistungserbringung bezogener Kriterien, Kriterien, die sich auf Unternehmenspolitik des Bieters bezögen, seien hingegen unzulässig. Die an einem bestimmten Standort geltenden Sozial- und Umweltstandards gehörten nicht zum spezifischen Prozess der Herstellung. Wo ein Unternehmen fertige, sei Gegenstand seiner unternehmenspolitischen Entscheidungen.

Die mit Senatsbeschluss vom 8. März 2021 hinzugezogenen Beigeladenen haben sich nicht geäußert.

II.

Die zulässige sofortige Beschwerde der Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. ist unbegründet. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen der Ausschreibung von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt verletzt drittbeschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren.

Die zulässige Beschwerde der Antragsgegnerinnen zu 1. und 10. sowie 11. hat hingegen auch in der Sache Erfolg. Insoweit fehlt es an einer Antragsbefugnis der Antragstellerin.

1. Der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin ist zulässig, soweit er sich gegen die Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. richtet, im Übrigen ist er unzulässig.

a) Die Antragstellerin ist zur Geltendmachung des gerügten Verstoßes im Verhältnis zu den Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. befugt. Gemäß § 160 Abs. 2 GWB ist jedes Unternehmen antragsbefugt, das ein Interesse an dem öffentlichen Auftrag oder der Konzession hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 6 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht, sofern ihm durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

aa) Das Interesse am Auftrag ist weit auszulegen. Es liegt in der Regel vor, wenn der Bieter vor Stellung des Nachprüfungsantrags am Vergabeverfahren teilgenommen und einen Vergabeverstoß ordnungsgemäß gerügt hat (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli 2004, 2 11/R 2248/03, NZBau 2004, 564, 565, u. Verw. a. Senatsbeschluss vom 13. April 1999, Verg 1/99, NZBau 2000, 45). Diese Voraussetzung ist erfüllt.

bb) Ein drohender Schaden i.S. von § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB ist bereits dargetan, wenn der Vortrag des Antragstellers ergibt, dass er im Fall eines ordnungsgemäßen (neuerlichen) Vergabeverfahrens bessere Chancen auf den Zuschlag haben könnte als in dem beanstandeten Verfahren (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32). Ein Schaden droht bereits dann, wenn die Aussichten dieses Bieters auf die Erteilung des Auftrags zumindest verschlechtert worden sein können; nicht erforderlich ist hingegen, dass der Antragsteller im Sinne einer darzulegenden Kausalität nachweisen kann, dass er bei korrekter Anwendung der Vergabevorschriften den Auftrag erhalten hätte (BVerfG, Beschluss vom 29. Juli

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

2004, 2 BvR 2248/03, NZBau 2004, 564, 565; Senatsbeschluss vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26).

Das ist nicht nur der Fall, wenn dies für den Zuschlag in dem eingeleiteten und zur Nachprüfung gestellten Vergabeverfahren zutrifft. Denn es ist die tatsächliche Erteilung des Auftrags, welche die Vermögenslage von Bietern beeinflusst, nicht der Umstand, in welchem Vergabeverfahren sie erfolgt. Es genügt deshalb, wenn es nach dem Vorbringen des das Nachprüfungsverfahren betreibenden Bieters möglich erscheint, dass er ohne den behaupteten Vergaberechtsverstoß den Bedarf, dessentwegen die Ausschreibung erfolgt ist, gegen Entgelt befriedigen kann. Das ist regelmäßig auch der Fall, wenn das eingeleitete Vergabeverfahren nicht ohne Weiteres durch Zuschlag beendet werden darf, und zur Bedarfsdeckung eine Neuausschreibung in Betracht kommt. Dass im Voraus nicht abzusehen ist, ob die darin liegende Chance eine realistische Aussicht darstellt, den Auftrag zu erhalten, und sich eine solche Chance keinesfalls zwangsläufig für den betreffenden Bieter aufturn muss, ist unerheblich (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32).

An die Darlegung des entstandenen oder drohenden Schadens sind deshalb keine sehr hohen Anforderungen zu stellen. Nur wenn eine Verschlechterung der Zuschlagschancen durch den geltend gemachten Vergaberechtsverstoß offensichtlich ausgeschlossen ist, ist der Nachprüfungsantrag mangels Antragsbefugnis unzulässig (Senatsbeschlüsse vom 10. Februar 2021, Verg 23/20, BeckRS 2021, 21311 Rn. 26, und vom 30. September 2020, VII-Verg 15/20).

cc) Bei Anwendung dieser Grundsätze kann das Drohen eines Schadens auch in Bezug auf die Gebietslose 4, 5 und 6 nicht verneint werden; bezüglich der Gebietslose 1 und 2, bei denen sich die Antragstellerin bereits nach dem Verteidigungsvorbringen der Antragsgegnerinnen durch die neuen Zuschlagskriterien vom noch zu berücksichtigenden Zuschlagsrang drei auf den nicht mehr zu berücksichtigenden vierten Rang verschlechtert, ist das Drohen eines Schadens ohnehin offenkundig. In Bezug auf die Gebietslose 4, 5 und 6 würde eine Außerachtlassung der neuen Zuschlagskriterien zwar im vorliegenden Verfahren im Ergebnis am vierten Rang der Antragstellerin nichts ändern, bei einer Neuausschreibung ist ein Zuschlag an die Antragstellerin aber nicht auszuschließen. Zudem beschränkt sich die Betrachtung der Antragsgegnerinnen auf die Summe aller neuen Zuschlagskriterien, also auch des für die Antragstellerin günstigen Zuschlagskriteriums der Marktabdeckung, welches gar nicht streitgegenständlich ist. Ob die Antragstellerin bei Außerachtlassung des Lieferkettenkriteriums, aber Berücksichtigung des Kriteriums der Marktabdeckung auch auf dem vierten Rang verbliebe oder auf den dritten vorrücken würde, ist ungewiss.

b) Soweit sich die Antragstellerin gegen die Berücksichtigung des Lieferkettenkriteriums durch die Antragsgegnerinnen zu 1., 10. und 11. wendet, fehlt es hingegen an der zur Geltendmachung erforderlichen Antragsbefugnis; im Hinblick auf die Vergabe der Gebietslose 3, 7 und 8 ist ein drohender Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB nicht dargetan.

Sinn und Zweck der in Übereinstimmung mit Art. 1 Abs. 3 Satz 1 der Rechtsmittelrichtlinie 89/665/EWG vom 21. Dezember 1989 stehenden Berechtigungsvoraussetzung eines entstandenen oder drohenden Schadens ist, zu verhindern, dass ein Bieter, der auch bei ordnungsgemäß durchgeführtem Vergabeverfahren keinerlei Aussicht auf Berücksichtigung seines Angebotes und Erteilung des Zuschlags gehabt hätte, ein - investitionshemmendes Nachprüfungsverfahren einleiten kann (BT-Drucks. 13/9340, S. 40, Nr. 22; Senatsbeschluss vom 16. Februar 2006, Verg 6/06, BeckRS 2006, 4700 Rn. 12).

Der in der Vorschrift verwandte Schadensbegriff muss demnach unter dem Gesichtspunkt des Primärrechtsschutzes betrachtet und ausgelegt werden. Der Schaden kann nur darin bestehen, dass durch den beanstandeten Vergaberechtsverstoß die Aussichten der antragstellenden Partei auf den Zuschlag zumindest verschlechtert worden sein können (Senatsbeschluss vom 16. Februar 2006, Verg 6/06, BeckRS 2006, 4700

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

Rn. 13). Der Schaden muss auf die Zuschlagschance bezogen sein (Horn/Hofmann in Burgi/Dreher, Beckscher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 Rn. 33). Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB ist folglich allein die tatsächliche oder drohende Nichterteilung des Auftrags, denn es ist die tatsächliche Erteilung des Auftrags, welche die Vermögenslage von Bietern beeinflusst (BGH, Beschluss vom 10. November 2009, X ZB 8/09, NZBau 2010, 124 Rn. 32).

Ein so verstandener Schaden droht der Antragstellerin in Bezug auf die Gebietslose 3, 7 und 8 aber gerade nicht. Nach der Bewertung der Antragsgegnerinnen landet das Angebot der Antragstellerin trotz des Lieferkettenkriteriums für diese Gebietslose auf dem dritten Rang und wird insoweit Berücksichtigung finden. Weitere Verfahren anderer Bieter, die zu einer Verschiebung des Ergebnisses führen könnten, sind in Bezug auf dieses Fachlos nicht anhängig.

Aus jenseits der Zuschlagschance liegenden Beeinträchtigungen rechtlicher oder wirtschaftlicher Art kann die Antragsbefugnis grundsätzlich nicht hergeleitet werden (Horn/Hofmann in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2017, § 160 Rn. 33). Soweit die Antragstellerin anführt, sie kalkuliere die Gebietslose in ihrer Bewerbung nie separat, bei einer Neuausschreibung unter veränderten Ausschreibungsbedingungen sei ihr eine wirtschaftliche Kalkulation möglich, handelte es sich bei diesem wirtschaftlichen Nachteil demzufolge nicht um einen eine Antragsbefugnis begründenden Schaden im Sinne des § 160 Abs. 2 Satz 2 GWB.

2. Soweit der Nachprüfungsantrag der Antragstellerin zulässig ist, ist er auch begründet. Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen der Ausschreibung von Rabattverträgen gemäß § 130a Abs. 8 SGB V für Arzneimittel im generischen Markt verstößt jedenfalls gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter und gegen das in § 127 Abs. 4 Satz 1 GWG geregelte Erfordernis objektiver Zuschlagskriterien und verletzt damit drittschützende Bestimmungen über das Vergabeverfahren nach § 97 Abs. 6 GWB.

a) Das Lieferkettenkriterium verstößt gegen den in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatz, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet. Der Zuschlag ist gemäß § 127 Abs. 1 GWB auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

Der Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter, der die Entwicklung eines gesunden und effektiven Wettbewerbs zwischen den sich um einen öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen fördern soll, gebietet, dass alle Bieter bei der Abfassung ihrer Angebote die gleichen Chancen haben, was voraussetzt, dass die Angebote aller Wettbewerber den gleichen Bedingungen unterworfen sein müssen (EuGH, Urteil vom 24. Mai 2016, C-396/14, NZBau 2016, 506 Rn. 38 - MT Hojgaard).

aa) Vor diesem Hintergrund begegnet eine Differenzierung nach Herkunftsstaaten, bei denen Bieter, die in bestimmten Herkunftsstaaten produzieren, einen Wirtschaftlichkeitsbonus erhalten, der anderen Bietern allein wegen ihrer Fertigung in einem nicht privilegierten Staat vorenthalten wird, grundlegenden Bedenken, weil diese Bieter nicht den gleichen Bedingungen unterworfen sind. Eine Ungleichbehandlung allein wegen des Herkunftsstaates gestatten - von nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen - weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen noch die für dessen Auslegung relevanten europäischen Richtlinien.

(1) Der von den Antragsgegnerinnen insoweit angeführte Art. 25 der Richtlinie 2014/ 24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe (Vergaberichtlinie) beinhaltet lediglich ein Diskriminierungsverbot in Bezug auf Bieter aus den GPA-Unterzeichnerstaaten und aus der Freihandelszone der Europäischen Union, ein Recht zur

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten gewährt er nicht. Vor dem Hintergrund des in § 97 Abs. 2 GWB normierten Grundsatzes, der Ausdruck des europarechtlichen allgemeinen Gleichheitssatzes ist (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 97 Rn. 11), dass jede Ungleichbehandlung eines Teilnehmers am Vergabeverfahren verboten ist, soweit diese nicht ausdrücklich gesetzlich gestattet ist, also der Normierung eines generellen Verbots mit einem allein dem Gesetzgeber vorbehaltenen Erlaubnisvorbehalt, spricht hierfür schon die allein auf den Schutz der Bieter aus den privilegierten Staaten gerichtete Formulierung der Norm. Dass Art. 25 der Vergaberichtlinie die Diskriminierung von Bietern aus Drittstaaten gerade nicht gestattet, folgt zudem eindeutig aus dem Vergleich mit Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der die Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste regelnden Sektorenrichtlinie 2014/25/EU.

Danach kann im Hinblick auf die Vergabe eines Lieferauftrags ein Angebot zurückgewiesen werden, bei dem der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Dabei definiert Abs. 1 diese Drittländer als diejenigen, mit denen die Union keine Übereinkunft in einem multilateralen oder bilateralen Rahmen geschlossen hat, durch die ein tatsächlicher Zugang der Unternehmen der Union zu den Märkten dieser Länder unter vergleichbaren Bedingungen gewährleistet wird. Die Länder, die den Unternehmen der Union Zugang zu ihren Märkten unter vergleichbaren Bedingungen gewähren, sind die, deren Unternehmen im Gegenzug auch die Europäische Union Zugang zu ihren Märkten garantiert, also die, deren Diskriminierung Art. 25 der Vergaberichtlinie verbietet. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie bezieht sich folglich allein auf Angebote mit Erzeugnissen aus den Drittländern, die durch Art. 25 der Vergaberichtlinie nicht geschützt sind.

Vor diesem Hintergrund ist für ein dahingehendes Verständnis, Art. 25 der Vergaberichtlinie gestatte über seinen Wortlaut hinaus eine Ungleichbehandlung von Bietern aus Drittstaaten, kein Raum. Wäre eine Zurückweisung von Angeboten von Bietern mit Erzeugnissen aus Drittstaaten bereits durch Art. 25 der Richtlinie 2014/24/EU allgemein gestattet, bedürfte es einer Regelung für die Zurückweisung von Angeboten mit Erzeugnissen aus diesen Staaten für den Bereich der Vergabe von Aufträgen im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste nicht. Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Richtlinie 2014/25/EU würde bei einem solchen Verständnis eine Beschränkung eines umfassenden Zurückweisungsrechts aus Art. 25 der Vergaberichtlinie auf solche Angebote beinhalten, bei denen der Anteil der Erzeugnisse mit Ursprung in Drittländern mehr als 50 Prozent des Gesamtwertes der in dem Angebot erhaltenen Erzeugnisse beträgt. Damit wären öffentlichen Auftraggeber ausgerechnet im besonders vergabesensiblen Bereich der Grundversorgung der Bevölkerung mit Wasser-, Energie- und Postdiensten in stärkerem Maße verpflichtet, Angebote mit Erzeugnissen aus Drittstaaten zu berücksichtigen, als im Bereich allgemeiner Vergaben. Ein solches, allen Auslegungsgrundsätzen widersprechendes Normverständnis scheidet aus.

Vielmehr gestattet Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie 2014/25/EU über seinen unmittelbaren Regelungsgehalt hinaus den Rückschluss, dass die Zurückweisung eines Angebots von Erzeugnissen oder eines Bieters aus einem Drittstaat generell unzulässig ist, wenn und soweit nicht eine Norm diese ausdrücklich gestattet. Eine Rechtslage, die der in § 97 Abs. 2 GWB normierten entspricht. Könnten Angebote mit einem signifikanten Erzeugnisanteil aus Drittstaaten ohnehin zurückgewiesen werden, bedürfte es Art. 85 Abs. 2 Unterabs. 1 der Sektorenrichtlinie nicht.

(2) Der Umstand, dass die Europäische Union in Bezug auf die nicht durch Art. 25 der Vergaberichtlinie 2014/24/EU privilegierten Drittstaaten - Art. 25 der Vergaberichtlinie setzt im Grunde nur um, wozu die Europäische Union aufgrund der mit diesen privilegierten Staaten bestehenden völkerrechtlichen Verträgen ohnehin verpflichtet ist - weitgehend frei weitere Ausschlussstatbestände schaffen könnte, gibt den einzelnen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

öffentlichen Auftraggebern nicht das Recht, Bieter aus diesen Drittstaaten auch dann auszuschließen, wenn der europäische Gesetzgeber einen solchen Ausschlussbestand nicht oder noch nicht geschaffen hat.

Nichts anderes ist den von den Antragsgegnerinnen in Bezug genommenen Textpassage auf Seite 46 der Leitlinien der Europäischen Kommission vom 13. August 2019 zu entnehmen; diese beziehen sich allein auf das Recht der Union, den Ausschluss von Bietern aus diesen Drittstaaten zu normieren.

Bisher kennt das Europäische Vergaberecht keine generellen geographischen Einschränkungen für die Beteiligung an Vergabeverfahren. Der Zugang zu Vergabeverfahren für Unternehmen aus Drittstaaten oder Unternehmen mit Erzeugnissen aus Drittstaaten wird als gegeben angesehen. Dies folgt gerade aus den angeführten Überlegungen der Kommission, ob der Zugang zum öffentlichen Beschaffungsmarkt der Europäischen Union für Unternehmen aus Drittländern zu begrenzen ist. Bis zur Verabschiedung dieser Verordnung bleibt es aber dabei, dass jedes interessierte Unternehmen sich unabhängig etwaiger geographischer Einschränkungen an einem EU-Vergabeverfahren beteiligen kann (Senatsbeschluss vom 31. Mai 2017, VII-Verg 36/16, NZBau 2017, 623 Rn. 25).

Soweit und solange eine gesetzliche Normierung einer Zugangsbeschränkung nicht erfolgt ist, dürfen öffentliche Auftraggeber Bieter aus diesen Drittstaaten nicht allein deswegen ausschließen. Für die zu Nachteilen im Vergabeverfahren führende Verweigerung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für Bieter aus diesen Staaten gilt in Ermangelung einer diesbezüglichen Regelung nichts anderes.

bb) Die mit der Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union einhergehende Ungleichbehandlung von in Drittstaaten produzierenden Bietern kann auch nicht als Mittel zur Erreichung europäischer Umwelt- und Sozialstandards gerechtfertigt werden.

Zwar steht der Gleichbehandlungsgrundsatz gemäß § 97 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 GWB der Berücksichtigung umweltbezogener oder sozialer Aspekte nicht entgegen, die Festlegung im Rahmen des ausgeschriebenen Auftrags einzuhaltender Umwelt- und Sozialstandards ist als solche vergaberechtskonform. Nach § 97 Abs. 3 GWB werden bei der Vergabe neben Aspekten der Qualität und der Innovation auch soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe des Vergaberechts berücksichtigt. Gemäß § 127 Abs. 1 Satz 4 GWB, § 58 Abs. 2 VgV können bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.

Bei der Definition dieser Zuschlagskriterien ist der Auftraggeber im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben grundsätzlich frei. Es ist Ausdruck des Bestimmungsrechts des Auftraggebers, die Kriterien für die Zuschlagserteilung zu bestimmen. Er kann festlegen, worauf es ihm bei dem zu vergebenden Auftrag ankommt und was er als wirtschaftlich ansieht. Dem Bestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers unterliegen sowohl die Kriterien, anhand derer die Angebote bewertet werden, als auch die Methode, wie ein Wertungsergebnis ermittelt wird. Hierbei steht dem Auftraggeber ein großer Ermessensspielraum zu (EuGH, Urteil vom 26. März 2015, C-601113, Rn. 28 - Ambisig; Senatsbeschlüsse vom 14. Dezember 2016, VII-Verg 15/16, 3. März 2010, VII-Verg 48/09, 5. Mai 2008, VII-Verg 5/08 und 7. Mai 2005, VII-Verg 16/05). Die Kontrolle durch die Vergabenachprüfungsinstanzen hat sich dabei ähnlich wie bei der Ermessenskontrolle darauf zu beschränken, ob ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist und kein offensichtlicher Beurteilungsfehler oder ein Ermessensmissbrauch vorliegen. Das Bestimmungsrecht des Auftraggebers unterliegt nur den Schranken, die sich unmittelbar oder mittelbar - aus den vergaberechtlichen Prinzipien sowie aus dem Zweck, dem die Festlegung von Wertungskriterien dient, ergeben (Senatsbeschlüsse vom 3. März 2010, VII-Verg 48/09 und 8. Februar 2017, VII-Verg 31/16 m.w.Nw.).

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

Die Antragsgegnerinnen hätten folglich im Rahmen ihres Bestimmungsrechts bei der Auftragsausführung einzuhaltende Umwelt- und Sozialstandards definieren dürfen, was aber nur für Teilbereiche wie etwa die vorliegend nicht beschwerdegegenständlichen Produktionsabwässer erfolgt ist. Nur mittelbar erschließt sich, dass auch im Übrigen mit den in der Europäischen Union geltenden vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards angestrebt und mit dem streitgegenständlichen Wirtschaftlichkeitsbonus honoriert werden sollen. Insoweit konnte bereits fraglich sein, ob die Antragsgegnerinnen die genannten Kriterien überhaupt hinreichend bestimmt formuliert haben.

Dies kann jedoch letztendlich dahinstehen, da das Lieferkettenkriterium wegen der Heterogenität der privilegierten Staatengruppen zur Gewährleistung dieser Standards ohnehin ungeeignet ist, insoweit kann auf die nachstehenden Ausführungen zum Verstoß gegen das Gebot objektiver Zuschlagskriterien unter 2.b) verwiesen werden.

cc) Die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union kann auch nicht als Mittel zur Erhöhung der Versorgungssicherheit gerechtfertigt werden, weil die damit einhergehende Schlechterstellung von in Drittstaaten produzierenden Bietern unangemessen ist.

(1) Zwar ist auch die Versorgungssicherheit ein sozialer Aspekt, dessen Berücksichtigung folglich nach § 97 Abs. 2 i.V.m. § 127 Abs. 1 GWB mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz in Einklang steht. Die Versorgungssicherheit ist bei der Ausschreibung von Leistungen, die das Leben und die Gesundheit von Personen schützen sollen, ein legitimes Ziel, weshalb sie zu den Kriterien gehören kann, die bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots zu berücksichtigen sind. Soweit dies zur Erreichung des angestrebten Ziels angemessen ist, kann die Ausschreibung daher Anforderungen an den Produktionsort definieren, etwa indem sie eine diversifizierte eigene Produktion nahe am Verbrauchsort vorsieht (EuGH, Urteil vom 27. Oktober 2005, C-234/03, NZBau 2006, 189 Rn. 61 - Contse SA u.a./ Insalud). Diese Vorgabe muss allerdings als zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet erscheinen (EuGH a. a. O. Rn. 62), eine nur bedingte Eignung genügt nicht (Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Aufl. 2020, § 127 Rn. 23). Auch darf das angestrebte Ziel nicht durch Mittel erreichbar sein, die den freien Dienstleistungsverkehr weniger beschränken, wie etwa durch Vorgabe zur Lagehaltung in der Nähe des Versorgungsorts oder die Privilegierung einer solchen (EuGH a. a. O. Rn. 67).

(2) Diesen Anforderungen genügt das undifferenziert die Gesamtheit der Mitgliedsstaaten der Europäischen Gemeinschaft, die GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union privilegierende Lieferkettenkriterium nicht. Die von den Antragsgegnerinnen für sich reklamierte typisierende Betrachtung würde vorsetzen, dass bei der Produktion in den vorgenannten Staaten die Sicherheit der Versorgung mit den ausgeschriebenen Arzneimitteln typischerweise, also bei der weit überwiegenden Zahl der Staaten in höherem Maße gewährleistet wäre, als bei einer Herstellung in für die Arzneimittelproduktion typischen Drittstaaten wie Indien oder China. Derartiges haben aber weder die Antragsgegnerinnen dargetan, noch ist dies sonst zu erkennen.

Ein verkehrstechnischer Vorteil ist nicht gegeben. Die zu diesen Staatengruppen gehörenden Länder wie Taiwan, Peru oder Südafrika sind von den Versorgungsorten weiter entfernt und jedenfalls teilweise verkehrstechnisch mit diesen schlechter vernetzt, als bedeutende Arzneimittelherzeugerstaaten wie China und Indien. Darauf berufen sich auch die Antragsgegnerinnen nicht.

Es ist aber auch nicht ersichtlich, dass durch die mit den GPA-Unterzeichnerstaaten und die Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union bestehenden Abkommen die Gefahr von exportbeschränkenden Maßnahmen sinkt. Der Regelungsgehalt des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

(Government Procurement Agreement) zielt auf die wechselseitige Gewährung eines privilegierten Zugangs zu den jeweiligen Beschaffungsmärkten der Unterzeichnerstaaten, Regelungen zu Exportverboten oder eine sonst wie geartete Verpflichtung zur Unterlassung von Ausfuhrbeschränkungen gegenüber eigenen Unternehmen bestehen nicht. Die Freihandelsabkommen können zwar auch Bestimmungen zur Verhinderung von Exportverboten enthalten, gerade Medizinprodukte sind jedoch in der Regel ausgenommen. Auch die Antragsgegnerinnen haben kein einziges Abkommen aufzuzeigen vermocht, das exportbeschränkende Maßnahmen im Arzneimittelbereich ausschließt.

Dass die Gefahr einer Verhängung von Exportverboten auch im Verhältnis zu den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union eine reelle ist, hat die Coronapandemie gezeigt. So haben etwa die GPA-Unterzeichnerstaaten Vereinigtes Königreich von Großbritannien und Vereinigte Staaten von Amerika eine vorrangige Erfüllung der mit ihnen bestehenden Liefervereinbarungen gegenüber den auf ihren Territorien ansässigen Impfstoffproduzenten durchgesetzt. Einen signifikanten Unterschied in der Krisenfestigkeit des Arzneimittelhandels zwischen den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union einerseits und bedeutenden Arzneimittelerzeugerdrittstaaten wie China und Indien andererseits haben auch die Antragsgegnerinnen daher nicht darzulegen vermocht.

(3) Das Lieferkettenkriterium kann sogar zu einer Gefährdung der Versorgungssicherheit führen. Es besteht die Gefahr, dass Beschränkungen ein und desselben GPA-Unterzeichnerstaats oder Staats der Freihandelszone der Europäischen Union, beispielsweise der bedeutende Wirkstoffproduzent Taiwan, zum Ausfall aller drei bezugschlagten Partner führt, weil sie jeweils diesen Staat in ihrer Lieferkette haben. So wird etwa der Wirkstoff für das im Parallelverfahren VII-Verg 54/20 streitgegenständliche Fachlos 5, Roxithromycin, nur von fünf Herstellern produziert, von denen je zwei in Indien und China und lediglich einer in dem privilegierten GPA-Staat Taiwan ansässig ist. Gerade vor dem Hintergrund des angespannten Verhältnisses zwischen Taiwan und China besteht hier eine durchaus reelle Gefahr von Versorgungsschwierigkeiten.

(4) Auch wenn es in Ermangelung schon der Geeignetheit letztendlich nicht darauf ankommt, steht einer Verhältnismäßigkeit des Lieferkettenkriteriums zudem entgegen, dass mildere Mittel als die pauschale Deprivilegierung aller in Drittstaaten produzierender Bieter existieren. So könnten die Antragsgegnerinnen den Bietern eine versorgungsortnahe Lagerhaltung vorgeben oder eine solche durch einen Wirtschaftlichkeitsbonus privilegieren.

b) Eine Unterscheidung nach GPA-Unterzeichnerstaaten und Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union einerseits und bedeutenden Arzneimittelerzeugerdrittstaaten wie China und Indien andererseits genügt auch dem Gebot objektiver Zuschlagskriterien nicht.

Nach § 127 Abs. 4 Satz 1 GWB müssen die Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine wirksame Überprüfung möglich ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Dies setzt eine Vergabe aufgrund objektiver Zuschlagskriterien voraus, was gewährleistet, dass der Vergleich und die Bewertung der Angebote in objektiver Weise erfolgt und somit unter Bedingungen eines wirksamen Wettbewerbs (EuGH, Urteil vom 10. Mai 2012, C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 87 - Havelaar); ein objektiver Vergleich des relativen Werts der Angebote muss sichergestellt sein (Erwägungsgrund 90 zur Vergaberichtlinie 2014/24/EU).

Eine Differenzierung nach Produktionsstaaten stellt, wie bereits vorstehend unter 2.a.aa) ausgeführt, für sich genommen kein zulässiges Zuschlagskriterium dar. Eine Bevorzugung von Bietern, die ausschließlich in den Staaten der Europäischen Union, den GPA-Unterzeichnerstaaten und/oder in den Staaten der Freihandelszone

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

der Europäischen Union produzieren, taugt aber auch nicht zur Gewährleistung objektiver Umwelt- und Sozialstandards. Hierfür ist diese Staatengruppe viel zu heterogen.

So hat etwa der GPA-Unterzeichnerstaat USA die Übereinkommen Nr. 87 und Nr. 98 der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) über die Vereinigungsfreiheit und das Recht zu Kollektivhandlungen nicht ratifiziert (Harings/Jürgens, Die Auswirkungen des Lieferkettensorgfaltspflichtgesetzes auf die Transportwirtschaft, RdTW 2021, 297 Rn. 5). Auch dass Staaten wie Armenien, Algerien, Ägypten, Jordanien, Libanon, Marokko, Chile, Kolumbien, Guatemala oder Tunesien vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards gewährleisten wie die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union, ist nicht ersichtlich. Die Antragstellerin hat auf die Ausarbeitung der Unterabteilung Europa, Fachabteilung Europa, des Deutschen Bundestags von 2016 verwiesen, wonach etwa die Abkommen mit Algerien, Ägypten, Jordanien, Libanon, Marokko und Tunesien, aber etwa auch mit der Türkei keinerlei Vorgaben zu Umwelt- oder Arbeitsschutzstandards enthalten.

Ein allgemeiner Verweis auf die Politikziele der Union vermag konkreten Sachvortrag zu diesbezüglichen Regelungen in den Abkommen nicht zu ersetzen. Vor diesem Hintergrund den GPA-Unterzeichnerstaaten und den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union im Rahmen einer „typisierenden Betrachtung“ gleichwohl die Einhaltung mit den in der Europäischen Union vergleichbare Umwelt- und Sozialstandards zu attestieren, würde dem Erfordernis eines objektiven Zuschlagskriteriums zur Vermeidung willkürlicher Zuschlagsentscheidung nicht gerecht.

Im Hinblick auf die Untauglichkeit einer Bevorzugung von Bietern, die ausschließlich in den Staaten der Europäischen Union, den GPA-Unterzeichnerstaaten und/oder in den Staaten der Freihandelszone der Europäischen Union produzieren, zur Gewährleistung des Zuschlagskriteriums Versorgungssicherheit, kann auf die vorstehenden Ausführungen zu a.cc) verwiesen werden. Jenseits des Fehlens rechtlicher Vorgaben zur Unterlassung exportbeschränkender Maßnahmen erschließt sich auch rein tatsächlich nicht, weshalb etwa bei einem in Hongkong ansässigen Produzenten die Versorgung in höherem Maße gesichert sein soll, als bei einem in China ansässigen, oder weshalb der vor dem Zerfall staatlicher Strukturen stehende Libanon die Belieferung mit Medikamenten eher gewährleistet, als Indien.

c) Ob die die Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer geschlossenen Lieferkette in der Europäischen Union, in den GPA-Unterzeichnerstaaten und in der Freihandelszone der Europäischen Union auch gegen das Erfordernis der Auftragsbezogenheit des Zuschlagskriteriums verstößt, kann vor diesem Hintergrund dahinstehen.

Die Entscheidung bezüglich der im Beschwerdeverfahren entstandenen Kosten beruht auf § 175 Abs. 2 GWB i.V.m. § 71 GWB. Nach § 71 Satz 2 Alt. 1 GWB haben die Antragsgegnerinnen zu 2. bis 9. die Kosten ihres unbegründeten Rechtsmittels zu tragen. Im Übrigen entspricht es gemäß § 71 Satz 1 GWB der Billigkeit, die Antragstellerin die Kosten tragen zu lassen, die durch ihren unzulässigen Nachprüfungsantrag hinsichtlich der Gebietslose 3, 7 und 8 gegenüber den Antragsgegnerinnen zu 1., 10. und 11. entstanden sind, wobei der Senat das unterschiedliche Gewicht der Gebietslose berücksichtigt hat. Hinsichtlich der Kosten des Verfahrens vor der Vergabekammer war zusätzlich die Unzulässigkeit des auf das Produktionsabwasserkriterium gerichteten Nachprüfungsantrags der Antragstellerin zu berücksichtigen.

Die Notwendigkeit der Hinzuziehung von Verfahrensbevollmächtigten wegen der Schwierigkeiten des Sachverhalts gemäß § 182 Abs. 4 Satz 4 GWB i.V.m. § 80 Abs. 2 VwVfG hat bereits die Vergabekammer bejaht, für das Beschwerdeverfahren folgt diese unmittelbar aus § 172 Abs. 3 Satz 1 GWB. Die Antragsgegnerinnen können sich zwar nach Satz 2 durch Beamte oder Angestellte mit Befähigung zum Richteramt vertreten lassen, sie müssen dies jedoch nicht. Eine Entscheidung über die notwendigen Auslagen der Beigeladenen ist nicht veranlasst, diese sind nur dann kostenrechtlich wie der Antragsteller oder

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20, Datenbank VERIS, Zugriff am 25.3.2022

Antragsgegner eines Nachprüfungsverfahrens zu behandeln, wenn sie die durch die Beiladung begründete Stellung im Beschwerdeverfahren auch nutzen, indem sie sich an diesem Verfahren beteiligen (BGH, Beschluss vom 26. September 2006, X ZB 14/06, NZBau 2006, 800 Rn. 63).

Die noch zu treffende Entscheidung über die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren bleibt einem gesonderten Beschluss nach Anhörung der Verfahrensbeteiligten vorbehalten.

Dr. Maimann

Gmelin

Dr. Scholz

Zitierung:	OLG Düsseldorf, 01.12.2021, VII - Verg 55 / 20
Bundesland:	Nordrhein-Westfalen