

**Herausforderungen und Möglichkeiten im Kontext nachhaltiger
Beschaffungen sowie
aktuelle Entwicklungen im Vergaberecht**

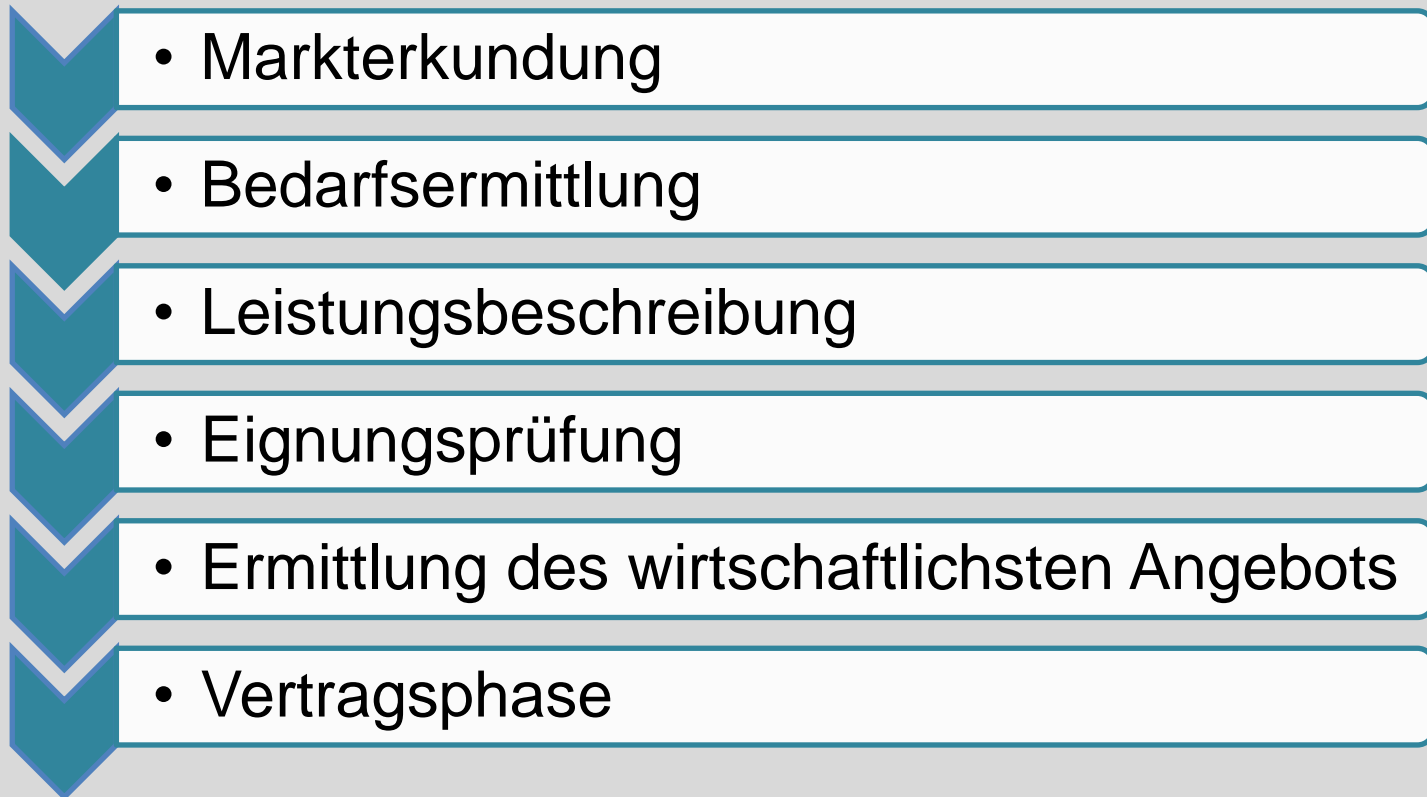
5. Fachtag "Faire und nachhaltige Beschaffung" in Erfurt

York Burow
Vorsitzender der Vergabekammer Schleswig-Holstein

AGENDA

- **Implementierung strategischer Aspekte in den Phasen eines Vergabeverfahrens**
- **Neues aus Rechtsetzung und Rechtsprechung**

Die Phasen eines Vergabeverfahrens



Phase der Markterkundung

§ 28 Abs. 1 VgV:

„Vor der Einleitung eines Vergabeverfahrens darf der öffentliche Auftraggeber Markterkundungen ausschließlich zur Vorbereitung der Auftragsvergabe und zur Unterrichtung der Unternehmen über ihre Auftragsvergabepläne und -anforderungen durchführen.“

Grenze:

Nach § 28 Abs.2 VgV (auch § 20 UVgO) ist die Durchführung von Vergabeverfahren nur zur Markterkundung und Preisermittlung unzulässig.

Phase der Markterkundung

Verschiedene Ansätze sind möglich:

- frei verfügbare Quellen (Internetauftritte, Werbung, Publikationen)
- Anfragen bei bekannten Unternehmen
- Aufrufe in Fachmedien
- Besuche auf Messen
- Unternehmen können an öAG herantreten

Thüringen:

Neue Veranstaltungsreihe: **Marktdialog** - Nachhaltige und sozialverantwortliche Beschaffung - wie kann das gehen? bringt Unternehmen und öffentliche Beschaffer in den Dialog
(www.nachhaltige-beschaffung-thueringen.de)

Phase der Markterkundung

Was ist bei der Markterkundung zu beachten?

Gesetzesbegründung zu § 28 VgV:

- *Vorherige Markterkundung kann sinnvoll sein für fundierte Leistungsbeschreibung und eine realistischen Kalkulationsgrundlage erstellen zu können.*
- *Bsp. kann Rat von unabhängigen Sachverständigen oder Behörden oder Marktteilnehmern eingeholt werden.*
- *Dies darf **nicht wettbewerbsverzerrend** geschehen und nicht zu einem Verstoß gegen die **Grundsätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz** führen.*

Phase der Markterkundung

Was ist bei der Markterkundung zu beachten?

- Es können auch Details, Vor- und Nachteile bestimmter Lösungen erörtert werden.
- Sogar Preise, Rabatte etc. dürfen erfragt werden.

Aber:

- **Regel:** Die Leistung ist grundsätzlich produktneutral und wettbewerbsoffen auszuschreiben.
- **Ausnahme:** Bei besonderen „sach- und auftragsbezogener Gründen“ darf sich der Auftraggeber auf bestimmte Produkte festlegen, auch wenn dies den Wettbewerb verengt oder ausschaltet.

Phase der Bedarfsermittlung

Aspekte der Bedarfsermittlung:

- Art und Umfang der zu beschaffenden Leistungen möglichst präzise ermitteln und festlegen („Ausschreibungsziel“)
- Investitions- und Folgekosten schätzen und Finanzierung klären
- Zeitpunkt für die Beschaffung richtig bzw. günstig?
- Sind gewählte Standards sinnvoll bzw. notwendig?
- Aktuelle Entwicklungen i.d. Technik berücksichtigt?
- Alternativen zur gewählten Beschaffung?
- Alternative Formen der Leistungserbringung (ÖPP)

Phase der Bedarfsermittlung

=> Bestimmungsrecht des öAG

- öAG ist bei Beschaffungsentscheidung ungebunden und weitestgehend frei.
- Die Ausübung des Bestimmungsrechts ist dem Vergabeverfahren vorgelagert.
- Vergaberecht regelt nicht, was beschafft wird, sondern nur die Art und Weise des Verfahrens.
- **Grenze** ist § 31 Abs.6 VgV

(s. Aufsatz: C. Rung, VergabeR 2017, S. 440 ff.)

Phase der Bedarfsermittlung

=> Bestimmungsrecht des öAG

- Die Festlegung muss sachlich gerechtfertigt sein:
- Nachvollziehbare, objektive, auftragsbezogene Gründe
- Willkürfreiheit!
- Ein öAG muss keine Gelegenheit geben, die andere Produkte vorzustellen.
- Keine Marktforschungs- oder Markterkundungspflicht, ob eine andere als die gewünschte Lösung für die Beschaffung möglich oder geeignet ist.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.4.2016 (VII-Verg 47/15)

Achtung: Umstritten (a.A. OLG Celle, OLG Jena)

Phase der Leistungsbeschreibung

- Die Leistungsbeschreibung ist Kernstück der Vergabeunterlagen.
- Sie muss eindeutig und erschöpfend sein. (§ 121 GWB)
- Wesentliches Ziel ist die Vergleichbarkeit der Angebote.
- Sie wird zentraler Teil des Vertrags.
- Alle kalkulationserheblichen Parameter sind anzugeben.
- Leistungsverzeichnis oder Leistungsprogramm (funktional)
- Formulierung muss widerspruchsfrei sein.
- Es gilt der Grundsatz der Produktneutralität.

Detailbestimmungen in § 31 VgV, §§ 7 EU ff. VOB/A, § 23 UVgO...

Phase der Leistungsbeschreibung

§ 31 Abs. 3 VgV - Merkmale können auch betreffen:

- Aspekte der Qualität und der Innovation
- Soziale Aspekte
- Umweltbezogene Aspekte
- Bezug auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Leistungserbringung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette
- „Materialisierung“ im Produkt nicht erforderlich!

Voraussetzung:

- ✓ Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und
- ✓ Verhältnismäßigkeit zu dessen Wert und Beschaffungszielen
(s. § 31 Abs. 3 VgV, § 15 Abs. 2 KonzVgV, § 28 Abs. 3 SektVO)

Phase der Leistungsbeschreibung

Vergleichbare Regelung in **§ 23 UVgO**:

- Aspekte der Qualität sowie soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale können einbezogen werden.
- Diese können sich auch auf Herstellungsprozess der Leistung beziehen.
- Festlegung möglich, ob Rechte des geistigen Eigentums oder Nutzungsrechte eingeräumt werden müssen
- Neu: Berücksichtigung von Zugänglichkeitskriterien für Menschen mit Behinderungen bei der Beschaffung von Leistungen, die zur Nutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind

Phase der Leistungsbeschreibung

§ 34 VgV, § 7a EU Abs. 6 VOB/A:

Die Vorlage (sogar nur) eines Gütezeichens darf verlangt werden.

Das Gütezeichen muss

- ✓ für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sein.
- ✓ auf objektiv nachprüfbar + nicht diskriminierenden Kriterien beruhen.
- ✓ in einem offenen + transparenten Verfahren entwickelt worden sein.
- ✓ Alle betroffenen Unternehmen müssen Zugang haben.
- ✓ Unternehmen selbst darf keinen Einfluss auf Prüfung haben.
- ✓ AG muss andere, gleichwertige Gütezeichen akzeptieren.
- ✓ AG muss andere, geeignete Belege zur Erfüllung der Anforderungen akzeptieren.

Phase der Leistungsbeschreibung

Definition Gütezeichen:

Ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem beziehungsweise der bestätigt wird, dass ein bestimmtes Bauwerk,, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderungen erfüllt.

(s. Art. 2 Abs.1 Nr. 23 der RL 2014/24/EU)

Phase der Eignungsprüfung

Eignungsanforderungen müssen eindeutig, klar und präzise sein. Jeder sorgfältige Bieter muss zweifelsfrei erkennen können, welche Anforderungen und Kriterien gefordert sind.

Eignungsvoraussetzungen => Bekanntmachung!!!

§ 49 VgV, § 6 c EU VOB/A:

Bei **EU-weiten Vergaben** können zusätzlich Angaben über Umweltmanagementverfahren (EMAS*) und die Erfüllung von Qualitätssicherungsnormen verlangt werden.

(*Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung – VO (EG) 761/2001)

Phase der Eignungsprüfung

Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)

Ausschluss kann erfolgen, wenn

*„1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich **gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen** hat, (...)*

8. das Unternehmen in Bezug auf Ausschlussgründe oder Eignungskriterien eine schwerwiegende Täuschung begangen oder Auskünfte zurückgehalten hat oder nicht in der Lage ist, die erforderlichen Nachweise zu übermitteln, ...

9. das Unternehmen (...)

c) fahrlässig oder vorsätzlich irreführende Informationen übermittelt hat, die die Vergabeentscheidung des öffentlichen Auftraggebers erheblich beeinflussen könnten, oder versucht hat, solche Informationen zu übermitteln.“

Phase der Eignungsprüfung

Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)

- Unter § 124 Nr. 1 GWB fallen auch die **ILO-Kernarbeitsnormen**.
- Diese sind Bestandteil des Anhangs X der Richtlinie 2014/24/EU. Erforderlich ist ein Nachweis des Verstoßes durch den öAG.
- Verstoß und fehlender Selbstreinigung (§ 125 GWB) darf bis zu 3 Jahren berücksichtigt werden.

Phase der Zuschlagsprüfung

§ 127 Abs. 4 GWB

Die Zuschlagskriterien müssen 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.

Lassen öffentliche Auftraggeber Nebenangebote zu, legen sie die Zuschlagskriterien so fest, dass sie sowohl auf Hauptangebote als auch auf Nebenangebote anwendbar sind.

Phase der Zuschlagsprüfung

Beispiele von zulässigen Zuschlagskriterien (§ 58 VgV, § 16d VOB/A)

- ✓ Qualität
- ✓ Technischer Wert
- ✓ Zweckmäßigkeit
- ✓ Betriebskosten
- ✓ Kundendienst
- ✓ Lieferzeitpunkt
- ✓ Preis
- ✓ Ästhetik
- ✓ Umwelteigenschaften
- ✓ Rentabilität
- ✓ Technische Hilfe

Phase der Zuschlagsprüfung

Lebenszykluskosten (§ 59 VgV, § 16d EU VOB/A)

- Eine Kostenberechnung kann weitere Kostenfaktoren neben dem (einmaligen) Kaufpreis einbeziehen.
- Billig ist keineswegs immer auch wirtschaftlich.
- Der Lebenszyklus-Ansatz möchte die tatsächlichen Kosten erfassen.
- Beispiele sind Verbrauch von Hilfsstoffen oder Energie, Installations- und Wartungskosten, Entsorgungs- und Recyclingkosten).
- Auch die Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen und mit der ausgeschriebenen Leistung während des Lebenszyklus in Verbindung stehen, können einbezogen werden.

LINK zur Berechnung von Lebenszykluskosten:

<http://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten>

Phase der Zuschlagsprüfung

§ 127 GWB, § 58 VgV, § 16d VOB/A, § 43 UVgO

- qualitative, umweltbezogene, soziale Aspekte zulässig.
- Preis als alleiniges Zuschlagskriterium ist weiterhin zulässig.
- Preis als Kriterium darf nicht „marginalisiert“ werden.
- Zuschlagskriterien und Unterkriterien, Gewichtungen und Bewertungsmaßstäbe sind (vollständig) bekanntzugeben.
- Schulnoten!?! => Doch „erlaubt“!
- Punktevergabe in einer Matrix muss begründet werden!
- Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Auftragsausführung betrauten Personals als Zuschlagskriterium
=> Aber keine Doppelbewertung auch bei Eignung

Phase der Zuschlagsprüfung

Grenze: Zuschlagskriterien müssen prüfbar sein!

1. Unmögliche Angabe gefordert = nicht objektiv und einheitlich
(dort: tatsächlicher Kraftstoffverbrauch von Einsatzfahrzeugen je Stunde und Fahrzeugtyp)
2. Der Auftraggeber muss in der Lage sein, die Erfüllung der von ihm festgelegten Zuschlagskriterien objektiv zu überprüfen. Bei der Auswahl der Zuschlagskriterien muss er sich daher Gedanken darüber machen, wie er die Kriterien bewerten und die Befundtatsachen wirksam auf ihre Richtigkeit überprüfen kann.

VK Baden-Württemberg, Beschluss vom 13.03.2017 (1 VK 6/17)

Besondere Anforderungen bei energieverbrauchsrelevanten Beschaffungsgütern und Straßenfahrzeugen (§§ 67, 68 VgV)

Bei **energieverbrauchsrelevanten Waren sollen** gefordert werden:

1. das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und
2. soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung.

Und bei Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes ist die zu ermittelnde Energieeffizienz als Zuschlagskriterium angemessen zu berücksichtigen.

Bei **Straßenfahrzeugen müssen** Energieverbrauch und Umweltauswirkungen berücksichtigt werden. Erfüllt wird diese Pflicht, wenn Leistungsbeschreibung Vorgaben macht oder wenn entsprechende Zuschlagskriterien aufgestellt werden.

VERTRAGSPHASE

Bedingungen für die Auftragsausführung

§ 128 Abs. 1 GWB:

Klarstellung, dass Unternehmen, die öffentliche Aufträge ausführen, die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten müssen.

Der öffentliche Auftraggeber kann daneben individuelle Ausführungsbedingungen vorgeben, die über die gesetzlichen Regelungen hinausgehen.

Beispiel: Umweltfreundliche Fahrzeuge für Abschleppunternehmen
(OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.05.2014 – Verg 46/13)

VERTRAGSPHASE

Bedingungen für die Auftragsausführung

Beispiele:

- wirtschaftliche Belange
- innovationsbezogene Belange
- umweltbezogene Belange
- soziale Belange
- Beschäftigungspolitische Belange
- Schutz der Vertraulichkeit von Information

⇒ Sie müssen mit Auftragsgegenstand in Verbindung stehen

⇒ Sie müssen transparent gefordert sein (EU-Bekanntmachung oder Vergabeunterlagen).

AGENDA

- ✓ Implementierung strategischer Aspekte in den Phasen eines Vergabeverfahrens
- **Neues aus Rechtsetzung und Rechtsprechung**

Rechtsetzung

➤ **Inkrafttreten der UVgO im Bund**

Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte - Unterschwellenvergabeordnung vom 02.02.2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1).

Am 18.08.2017 trat erforderliche Änderung von HGrG und BHO in Kraft.

BMF-Rundschreiben vom 01.09.2017:

UVgO für den Bund und seine Behörden ab dem **02.09.2017** eingeführt!

➤ **Zentrales Wettbewerbsregister**

Inkrafttreten des **Wettbewerbsregistergesetz (WRegG)**

Das Gesetz ist am 29.07.2017 in Kraft getreten. Erst nach Verkündung einer Rechtsverordnung wird die Eintragungspflicht beginnen.

Rechtsetzung

➤ **Koalitionsvertrag Schleswig-Holstein (Seite 42):**

„Das Tariftreue- und Vergabegesetz werden wir auf Grundlage der Vorschläge der bisherigen Evaluation weiterentwickeln und ein neues mittelstandsfreundliches Vergaberecht gestalten, das auch insbesondere kleinen Betrieben die Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen von Land und Kommunen ermöglicht. Dafür werden wir auf vergabefremde Kriterien verzichten. Bei der konkreten Beschaffung durch das Land werden wir auf umweltbezogene und innovative Aspekte setzen.“

➤ **Überarbeitung des TVgG in Nordrhein-Westfalen „Entfesselungsgesetz“:**

Die Bindung an die Tariftreue (gesetzlicher Mindestlohn und AV-Tarifverträge wird bekräftigt. Alle darüber hinausgehenden Regelungen im Tariftreue- und Vergabegesetz sollen entfallen (z.B. Verpflichtungserklärungen zu Subunternehmern, zur Frauenförderung sowie zur Einhaltung internationaler Mindeststandards (ILO) zur Verhinderung von Kinder- und Zwangsarbeit).

Rechtsprechung

BGH, Beschluss vom 04.04.2017 (X ZB 3/17)

1. Es steht einer transparenten und wettbewerbskonformen Auftragsvergabe regelmäßig nicht entgegen, wenn der öffentliche Auftraggeber für die Erfüllung **qualitativer Wertungskriterien** **Noten mit zugeordneten Punktwerten** vergibt, **ohne** dass die Vergabeunterlagen weitere **konkretisierende Angaben** dazu enthalten, wovon die jeweils zu erreichende Punktzahl konkret abhängen soll.
2. Ein Wertungsschema, bei dem die Qualität der Leistungserbringung und der nach der einfachen linearen Methode in Punkte umzurechnende Preis mit jeweils 50% bewertet werden, ist ohne Weiteres auch dann nicht vergaberechtswidrig, wenn nur eine Ausschöpfung der Punkteskala in einem kleinen Segment (hier: 45 bis 50 von 50 möglichen Punkten) zu erwarten ist. Die Wahl einer bestimmten **Preisumrechnungsmethode** kann vergaberechtlich nur beanstandet werden, wenn sich gerade ihre Heranziehung im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände als mit dem gesetzlichen Leitbild des Vergabewettbewerbs unvereinbar erweist.
3. Der Gefahr einer Überbewertung qualitativer Wertungskriterien zum Nachteil einzelner Bieter ist durch **eingehende Dokumentation** des Wertungsprozesses zu begegnen. Die Nachprüfungsinstanzen untersuchen auf Rüge die Benotung des Angebots des Antragstellers als solche und in Relation zu den übrigen Angeboten, insbesondere zu demjenigen des Zuschlagsprätendenten, und darauf hin, ob die jeweiligen Noten im Vergleich ohne Benachteiligung des einen oder anderen Bieters plausibel vergeben wurden.

Rechtsprechung

BGH, Beschluss vom 31.01.2017 (X ZB 10/16)

1. Erscheint ein Angebotspreis aufgrund des signifikanten Abstands zum nächstgünstigen Gebot oder ähnlicher Anhaltspunkte, wie etwa der augenfälligen Abweichung von preislichen Erfahrungswerten aus anderen Beschaffungsvorgängen, ungewöhnlich niedrig, **können die Mitbewerber verlangen**, dass die Vergabestelle in die vorgesehene nähere Prüfung der Preisbildung eintritt.
2. (...)

⇒ **Die Einhaltung des § 60 Abs. 3 VgV, § 16d Abs. 1, § 16d EU Abs. 1 VOB/A ist nunmehr bieterschützend!**

Nicht mehr: Antragsbefugnis nur bei „Marktverdrängungsabsicht (= Beweisprobleme)

Rechtsprechung

VK Thüringen, Beschluss vom 06.06.2017

1. Wird der Ausschreibung ein sog. "Orientierungsfabrikat" zu Grunde gelegt, widerspricht dies dem Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung.
Die Angabe gleichwertigkeitsbegründender Leistungsparameter ist unabdingbar.
2. Werden die Parameter des Orientierungsfabrikats ausdrücklich als Mindestanforderungen für die jeweiligen Positionen des Leistungsverzeichnisses deklariert, widersprechen aber den an anderer Stelle der Leistungsbeschreibung enthaltenen Vorgaben, für den Fall, dass "nicht das Orientierungsfabrikat angeboten" werde, bleibt offen, welche Anforderungen ein abweichendes Fabrikat tatsächlich erfüllen muss.

Rechtsprechung

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 14.09.2016 (15 Verg 7/16)

1. Jede produkt-, verfahrens- und technikspezifische Ausschreibung ist als solche wettbewerbsfeindlich. Allerdings obliegt dem öffentlichen Auftraggeber die Bestimmung des Auftragsgegenstands. Das Vergaberecht macht ihm grundsätzlich keine Vorgaben hinsichtlich des Beschaffungsgegenstands (hier: Steinway & Sons-Flügel).
2. Es obliegt dem Auftraggeber, die an die zu beschaffenden Gegenstände zu stellenden funktionalen, technischen und ästhetischen Anforderungen nach seinem Bedarf festzulegen; die Festlegung des Beschaffungsgegenstandes hat aber auf sach- und auftragsbezogenen Gründen zu beruhen.
3. Ist die Festlegung des Beschaffungsbedarfs aufgrund sachlicher und auftragsbezogener Gründe diskriminierungsfrei erfolgt, ist eine sich hieraus ergebende wettbewerbsverengende Wirkung hinzunehmen.

Rechtsprechung

- I. **(Weiterhin) Keine Zusammenrechnung von Bau- und Planungsleistungen nach § 3 Abs.6 VgV** (anders, falls ein Vertrag über beide Leistungen geht)

- II. **ACHTUNG:**
Zusammenrechnung von Planungsleistungen (§ 3 Abs.7 VgV)
Praxis und Rechtsprechung nähert sich strenger EU-KOM-Linie an.
s. OLG München, Beschl. v. 13.03.2017 (Verg 15/16)!

- III. Keine Addition der Auftragswerte von Bau und **baubegleitender Rechtsberatungsleistungen**. EU-weite Ausschreibung nur, falls Wert der Rechtsberatungsleistung allein den Schwellenwert erreicht.
VK Bund, Beschluss vom 01.06.2017 (VK 1-47/17)
- nicht bestandskräftig!

Rechtsprechung

Erlass des MELUR (SH) für Förderreferate investiver ELER-Maßnahmen vom 17.10.2016 zu § 3 Absatz 7 Satz 2:

„Liegen mehrere Planungsleistungen vor, die sich auf ein Bauvorhaben beziehen, sind alle einzelnen Leistungen/Lose zu addieren, um die Höhe des Auftragswertes zu schätzen. Im Gegensatz zur bisherigen Praxis ist der Auftragswert nicht mehr für die unterschiedlichen Planungsleistungen, die sich aus verschiedenen Leistungsbildern nach der Honorarordnung für Architekten und Ingenieure (HOAI) ergeben (bspw. Ingenieurbauwerk, Tragwerksplanung, Technische Ausrüstung, Freianlagen), getrennt zu bestimmen.“

Es bleibt: Erleichterung nach § 3 Abs. 8 VgV – **„20%-Kontingent“**

Herzlichen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

