

AS

RECHTSANWALT



Gestaltungsmöglichkeiten im Vergaberecht -Beispiele in der Diskussion-

Erfurt, 17.10.2018

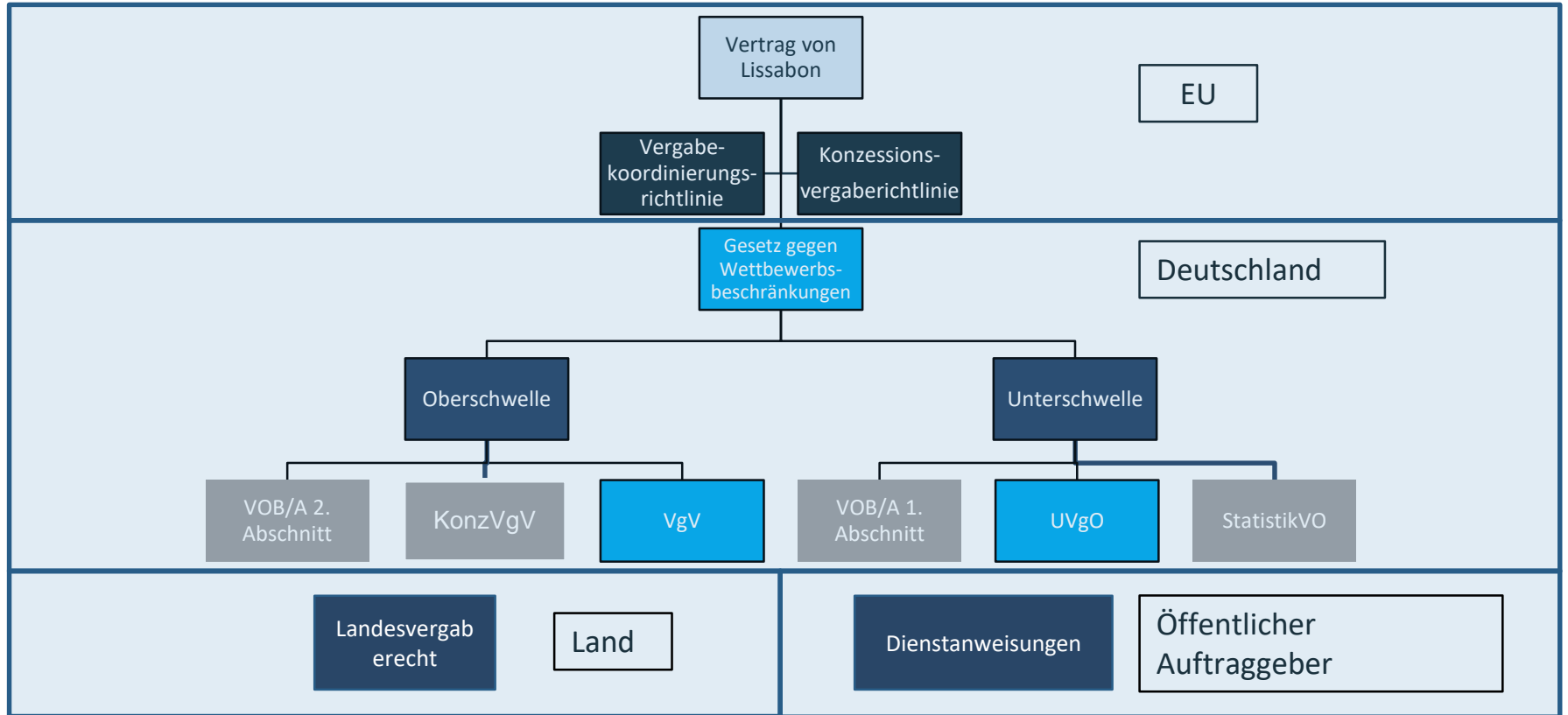
Gliederung

- **Kurzüberblick: Rechtlicher Rahmen der öffentlichen Beschaffung**
- **Möglichkeiten, Werkzeuge und Mittel der nachhaltigen Beschaffung im Vergabeverfahren**
 - Verfahrensarten
 - Leistungsbeschreibung
 - Eignungskriterien
 - Zuschlagskriterien
 - Besondere Ausführungsbedingungen
 - Angebotsprüfung

Rechtlicher Rahmen der öffentlichen Beschaffung

Europarecht
Bundesrecht

Struktur des deutschen Vergaberechts (ohne Verteidigungsbereich)



Rechtlicher Rahmen der öffentlichen Beschaffung

- Vergaberecht zerfällt in Deutschland in zwei große Bereiche:
 - Oberhalb der Schwellenwerte
 - Bereich in dem das Europarecht regelt, wie öffentliche Aufträge vergeben werden
 - Das Europarecht wird durch den nationalen Gesetzgeber umgesetzt
 - Bieter können gegen die Entscheidung der Vergabestelle Rechtsschutz suchen
 - Unterhalb der Schwellenwerte
 - In diesem Bereich ist das Vergaberecht „Haushaltsrecht“ der Bundesländer

Regulärer Schwellenwert	221.000 €
Sektorauftraggeber	443.000 €
Oberste Bundesbehörden	144.000 €
Soziale Dienstleistungen	750.000 €
Bauleistungen	5.448.000 €

Möglichkeiten, Werkzeuge und Mittel der nachhaltigen Beschaffung

Verfahrensarten

Eignungs- & Zuschlagskriterien

Besondere Ausführungsbedingungen

Werkzeuge und Mittel der nachhaltigen Beschaffung

- Nachhaltigkeitsaspekte sind keine „vergabefremden“ Aspekte sondern stehen auf derselben Stufe wie z.B. die Qualität eines Produktes (vgl. § 97 Abs.3 GWB)
- Bei ihrer Anwendung sind aber – wie überall im Vergaberecht – die allgemeinen Grundsätze des Rechtsgebietes einzuhalten.
- Daneben existieren für die verschiedenen Werkzeuge der nachhaltigen Beschaffung weitere Regeln, wie diese „bedient“ werden müssen.
- Wichtig ist aber, dass man sich als öffentliche Hand „auf den Weg macht“.



Praxisbeispiel: Stadt Dortmund

Die Stadt Dortmund beschloss bereits im Jahr 2007 (also 5 Jahre vor Inkrafttreten des TVgG NRW), dass keine Produkte mehr aus ausbeuterischer Kinderarbeit mehr beschafft werden sollen.

Seit 2009 ist die Stadt zertifizierte Fair Trade Town.

Seit 2011 verlangt die Vergabe- und Beschaffungsordnung der Stadtverwaltung eine ausgewogenen Berücksichtigung von ökonomischen, sozialen, ökologischen und innovativen Aspekten innerhalb der Vergabeverfahren. Diese Aspekte können z.B. bei der Definition des Leistungsgegenstands, bei der Ausgestaltung des Vertragswerks (zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags) oder bei der Festlegung der Zuschlagskriterien in das Verfahren einfließen.

Verfahrensarten

- Eine erste Weichenstellung erfolgt bei der Wahl der Verfahrensart.
- Unabhängig von den vielen verschiedenen Verfahrensarten gilt es aber zu trennen zwischen:
 - Verfahren, bei denen sich alle interessierten Unternehmen bewerben können.
 - Verfahren bei denen eine Vorauswahl der Bieter stattfindet
 - Durch einen Teilnahmewettbewerb
 - Durch eine Auswahlentscheidung des öffentlichen Auftraggebers
- In allen Verfahrensarten können aber Nachhaltigkeitsaspekte auf vier Ebenen berücksichtigt werden

Besondere
Ausführungsbedingungen



Technische
Ausstattung



Referenzen

Eignungskriterien



Leistungs-
beschreibung



Zuschlagskriterien



Qualität



Kosten

Die Leistungsbeschreibung

- Die Leistungsbeschreibung gibt vor, was beschafft werden soll.
- Die Leistungsbeschreibung darf auch soziale Anforderungen an den Leistungsgegenstand stellen
- Problem ist dabei stets der Nachweis der Einhaltung der geforderten Sozialstandards
- Gängiger Weg: Nachweisführung durch Gütezeichen.

Produktneutralität

- In der Leistungsbeschreibung sollen keine Markennamen oder Namen für Herstellungsmethoden verwendet werden.
 - Ausnahme:
 - **Entweder:** Der Leistungsgegenstand kann anders nicht hinreichend genau beschrieben werden
 - Dann ist der Zusatz „oder gleichwertig“ zu verwenden
 - **Oder:** Es gibt sachliche Gründe, die eine Festlegung auf ein bestimmtes Produkt erfordern.
 - Z.B. Systemscheidung und Kompatibilitätsprobleme
 - Gründe sind zu dokumentieren

Nachweisführung durch Gütezeichen

- Der Nachweis, dass die Anforderungen der Leistungsbeschreibung eingehalten werden, kann auch durch ein Zertifikat erfolgen.
- Problem war dabei immer die sog. „Max-Havelaar“-Entscheidung des EuGH
 - Verpflichtende Forderung eines bestimmten Zertifikates verstößt gegen den Grundsatz der Produktneutralität
 - Seit 2016: Unter bestimmten Voraussetzungen kann „pauschal“ auf ein Siegel/Zertifikat verwiesen werden
 - Deskriptive und evidente Verwendung von Gütezeichen
 - Gleichwertige Nachweise sind zuzulassen

Nachweisführung durch Gütezeichen

- § 34 VgV/§ 24 UVgo: Deskriptive oder evidente Verwendung von Gütezeichen?
- Abs.1: „Als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen [...] verlangen.“
 - Evidente Verwendung
- Was bedeutet das für die deskriptive Verwendung von Gütezeichen?
 - Abs.3: „Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben.“

Eignungskriterien

- Eignungskriterien sind Anforderungen, die an den Bieter gestellt werden um zu überprüfen, ob dieser in Lage sein wird, den Auftrag zu erledigen.
- Bei den Verfahren ohne Teilnahmewettbewerb sind die Eignungskriterien fixe Grenzen, die ein Bieter schaffen muss (z.B. drei Referenzen)
- Bei Verfahren mit Teilnahmewettbewerb kann die Eignung abgestuft bewertet werden. (z.B. eine Referenz=1 Punkt, 2 Referenzen=2 Punkte)
 - Nur die am besten geeigneten Bewerber werden dann aufgefordert, ein Angebot abzugeben.

Zuschlagskriterien

- Mit den Zuschlagskriterien wird das wirtschaftlichste Angebot ausgewählt.
- Dabei spielt stets der Preis eine gewichtige Rolle.
 - Er sollte aber nicht die einzige Rolle spielen.
- Neben dem Preis können ausdrücklich auch soziale Aspekte als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden.
- Dabei kann (wie auch bei der Leistungsbeschreibung) auf Siegel und Zertifikate verwiesen werden.

“

Ich denke die Frage die mir am häufigsten gestellt wird ist diese:

“Wenn Sie im Raumschiff sitzen und der Count-Down beginnt, wie fühlen Sie sich dann?”

Die Antwort darauf ist einfach. Wie würden Sie sich fühlen, wenn Sie auf zwei Millionen Einzelteilen sitzen würden, die alle vom **jeweils billigsten Bieter** gefertigt wurden?

-John Glenn-

Regeln für die Festlegung von Zuschlagskriterien (1/2)

- Zuschlagskriterien sind immer auftragsbezogen (im Gegensatz zu Eignungskriterien, die immer bieterbezogen sind)
 - Verbot der Doppelbewertung
- Zuschlagskriterien müssen überprüfbar sein
 - Das heißt nicht, dass der öAG diese auch immer überprüfen muss.
 - „Wienstrom-Entscheidung“ des EuGH.
- Bewertet wird immer die **Erfüllung einer Anforderung** nicht jedoch die Qualität eines Nachweises.

Regeln für die Festlegung von Zuschlagskriterien (2/2)

- Gleiche Nachweise sind gleich zu behandeln
 - Differenzierung an möglichst objektiven Kriterien
- Grundsatz der Produktneutralität ist bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zu beachten.
- Der Preis darf das einzige Zuschlagskriterium sein.
- Alternativ kann auch ein Festpreis vorgegeben werden.
- Zuschlagskriterien müssen hohen Transparenzanforderungen genügen:
 - Ein Zuschlagskriterium „Nachhaltigkeit“ ist für sich allein wenig aussagekräftig.



Praxisbeispiel: Stadt Köln

Bei einer Ausschreibung von Arbeitsschuhen für Bestatter wurde neben Preis und Tragekomfort auch die Durchführung von Maßnahmen, die zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen beitragen (z.B. Risiko-Mappings oder das Vorhalten unabhängiger Beschwerdestellen) als Zuschlagskriterium bewertet.

Im Ergebnis ging der Zuschlag an Bieter, die durch ein Zertifikat nachweisen konnten, dass einen ganzen Katalog von Maßnahmen durchführen.

Besondere Ausführungsbedingungen

- Neben den Anforderungen der Leistungsbeschreibung, welche sich immer auf den Hauptleistungsgegenstand beziehen, sind besondere Ausführungsbedingungen Vorgaben, die „bei der Auftragsausführung“ zu beachten sind.
- Eine besondere Ausführungsbedingung kann z.B. die Vorgabe sein, den Auftrag nicht mit Waren auszuführen, die unter Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden.
- Die meisten Landesvergabegesetze stellen auf besondere Ausführungsbedingungen ab.
- Problem: Besondere Ausführungsbedingungen müssen nicht kontrollierbar sein und sind damit auch nicht nachweispflichtig.



Praxisbeispiel: Stadt Bonn

Bei einer Ausschreibung von Arbeitskleidung war von Gesetzes wegen bereits mit dem Angebot anzugeben, welche Nachweise zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen existieren. Eigenerklärungen waren aber zugelassen. Je nachdem, wie „gut“ der Nachweis war, musste der Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung weitere Maßnahmen zur besseren Kontrolle erbringen und nachweisen.

Auskömmlichkeitsprüfung

- Der Auftraggeber ist verpflichtet, ein ungewöhnlich niedrig erscheinendes Angebot aufzuklären
- Dabei kann er verschiedene Kriterien berücksichtigen
 - Wirtschaftlichkeit des Fertigungsverfahrens
 - Besonderheiten des spezifischen Leistungsgegenstandes
 - V.a. aber die Einhaltung der geltenden sozialen Standards
- Lässt sich die geringe Höhe des angebotenen Preises nach der Prüfung durch den öAG nicht hinreichend aufklären, kann der öAG den Bieter ausschließen



Danke!

Noch Fragen?

**André Siedenberg
Konkordiastraße 105
40219 Düsseldorf
0211 430 77 275**

info@ra-siedenberg.de