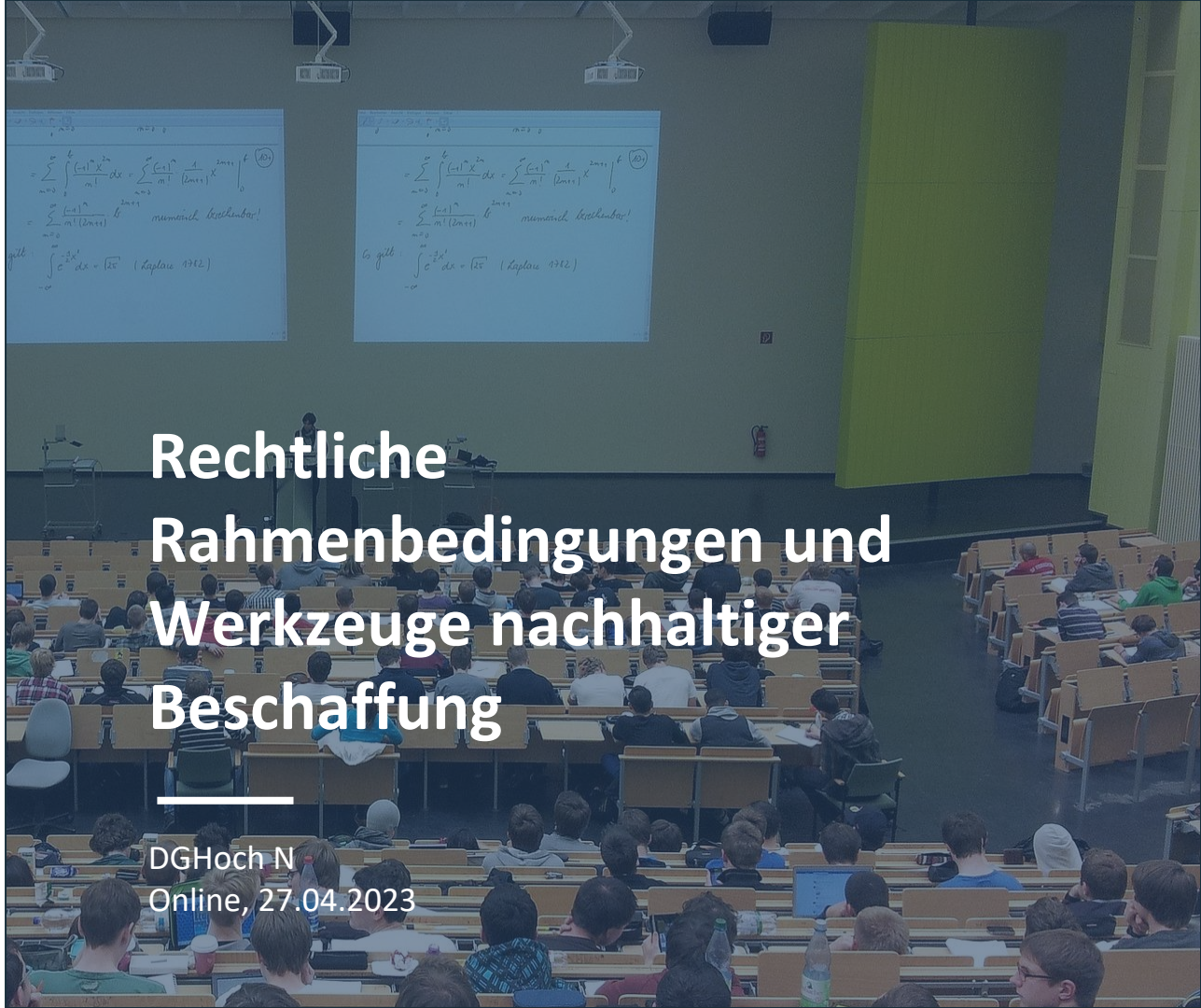


AS

RECHTSANWALT



Rechtliche Rahmenbedingungen und Werkzeuge nachhaltiger Beschaffung

DGHoch N
Online, 27.04.2023

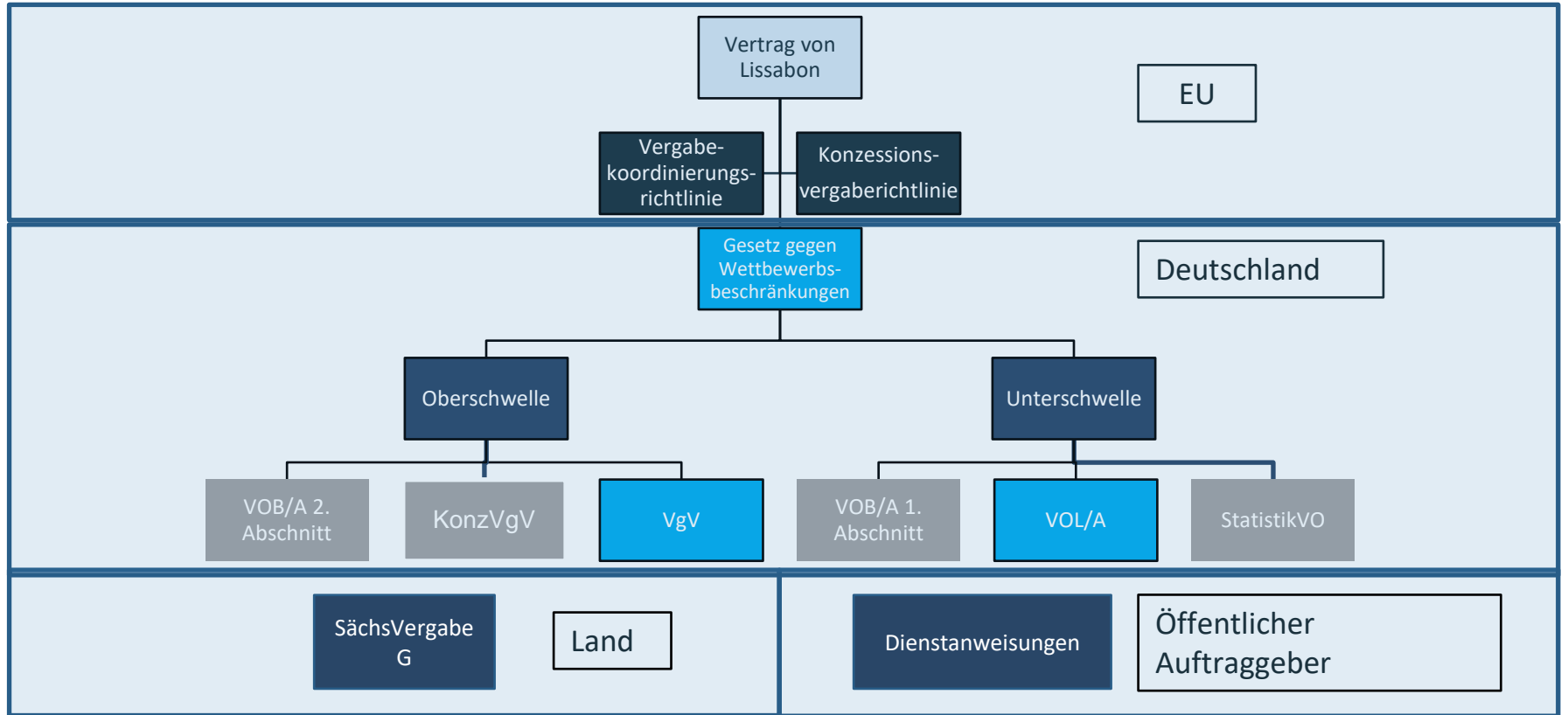
Gliederung

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

Rechtlicher Rahmen der öffentlichen Beschaffung

Europarecht
Bundesrecht
Landesrecht

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 | 215.000 € |
| Sektoren-auftraggeber | 431.000 € |
| Oberste Bundesbe-hörden | 139.000 € |
| Soziale Dienstleist-ungen | 750.000 € |
| Bau-leistungen | 5.382.000 € |

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.

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

“

Verfahrensarten nach der UVgO

Immer zulässig

Öffentliche
Ausschreibung

Beschränkte
Ausschreibung mit
Teilnahmewettbewerb

In
Ausnahmefällen
zulässig

Verhandlungsvergabe
mit
Teilnahmewettbewerb

Verhandlungsvergabe
ohne
Teilnahmewettbewerb

Bei Unterschreitung
eines Auftragswertes von
1.000 €: Direktvergabe

Besondere
Ausführungsbedingungen



Technische
Ausstattung



Referenzen

Eignungskriterien



“
Leistungs-
beschreibung



Zuschlagskriterien



Qualität



Kosten

Die Leistungsbeschreibung

- Die Leistungsbeschreibung gibt vor, was beschafft werden soll.
 - Konstruktive Leistungsbeschreibung
 - Funktionale Leistungsbeschreibung
- 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

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.

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.

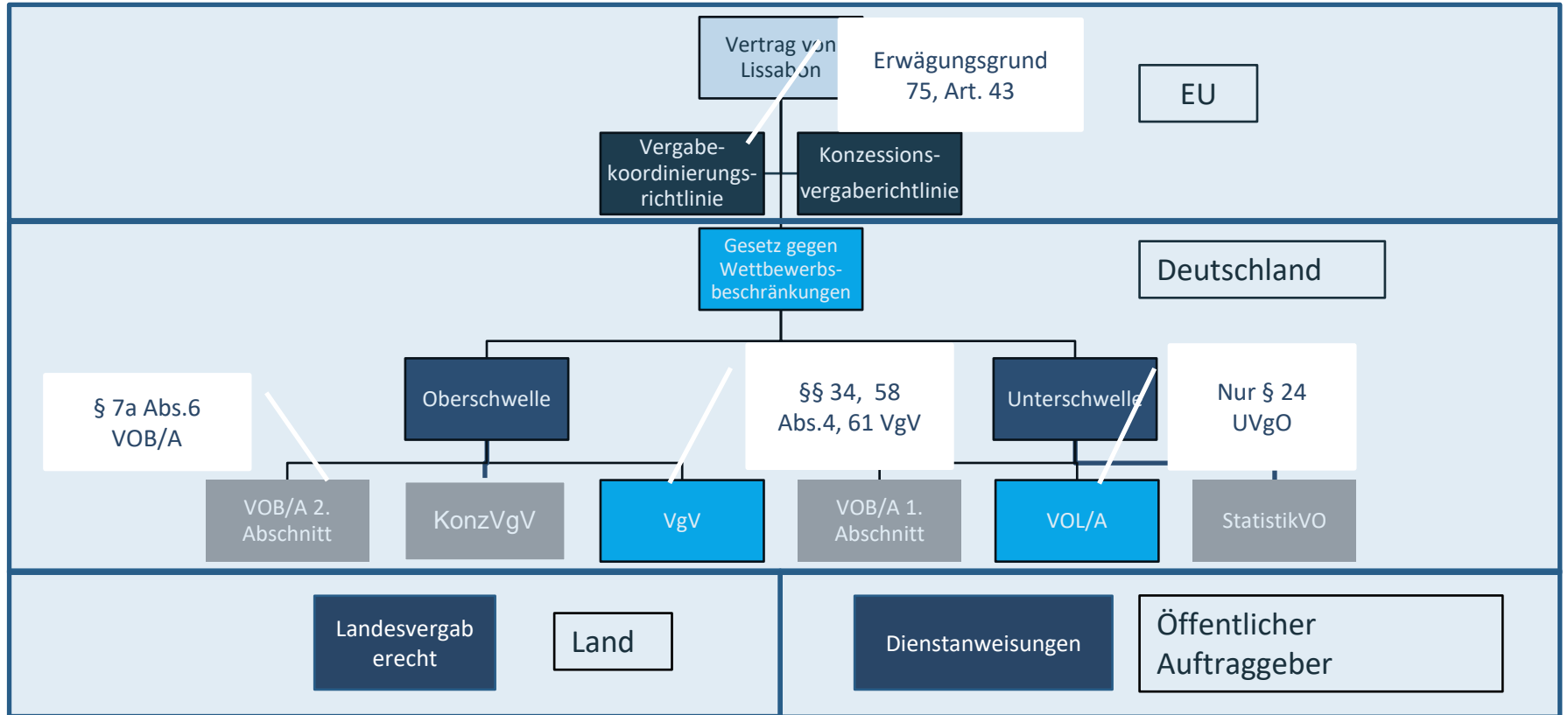
Auskömmlichkeitsprüfung

- 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



Gütezeichen im Vergabeverfahren

Struktur des deutschen Vergaberechts (ohne Verteidigungsbereich)



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.“

Definition und Einsatzorte von Gütezeichen

- Art.2 Abs.3 Nr.23 VKR definiert Gütezeichen als:

*[...] 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.***

- Gütezeichen dürfen verwendet werden im Rahmen der:
 - Leistungsbeschreibung
 - Zuschlagskriterien
 - Besonderen Ausführungsbedingungen
 - **Nicht** Eignungskriterien

Max Havelaar Entscheidung des EuGH

- Fall: Die Provinz Nord-Holland hatte ihren Kaffeebedarf ausgeschrieben und hierbei auf die niederländische Variante des Fair-Trade Siegels direkt verwiesen.
- Kein Bieter störte sich an dieser Vorgabe, die EU-Kommission leitete jedoch ein Vertragsverletzungsverfahren ein.
- Entscheidung des EuGH im Jahr 2012:
 - Nachhaltigkeitsaspekte sind zulässige Vergabekriterien
 - Ein pauschaler Verweis auf Gütezeichen verstößt gegen den Grundsatz der Produktneutralität.

Verwendung von Gütezeichen

- Gütezeichen können auf drei Arten in den Vergabeunterlagen verwendet werden:
 - Verwendung zur Beschreibung der Anforderungen durch pauschalen Verweis (evidente Verwendung)
 - Abweichung von Max Havelaar Rechtsprechung
 - Verwendung als Nachweis der Erfüllung von bestimmten Anforderungen durch den Bieter (deskriptive Verwendung)
 - Verwendung zur Beschreibung und zum Nachweis bestimmter Anforderungen als Kombination.

Verwendung von Gütezeichen

- Formulierung für die deskriptive Verwendung von Gütezeichen:

„Das angebotene Produkt muss sämtliche Anforderungen des XYZ-Siegels erfüllen.“

- Formulierung für die evidente Verwendung von Gütezeichen:

„Zum Nachweis der Erfüllung der Anforderungen des Leistungsverzeichnisses hat der Bieter mit dem Angebot einen Nachweis über die Erteilung des XYZ-Siegels (oder gleichwertig) vorzulegen.“

“

Anbau

Veredelung

Kontrolldichte

Herstellung

Tiefe der Lieferkette

ILO-
Kernarbeitsnormen

Weitere Normen

Prüfungsmaßstab

Behandlung von Multistakeholderinitiativen

- Multistakeholderinitiativen (kurz: MSI) sind Zusammenschlüsse verschiedener Interessengruppen mit dem Ziel, die Arbeitsbedingungen innerhalb der Lieferkette zu verbessern.
 - Beispiel im Textilbereich: Fair Wear Foundation
- Die Mitgliedschaft in einer MSI hat in den vergaberechtlichen Regelungen **kein Äquivalent**
 - Insbesondere stellt sie keinen zulässigen **Eignungsnachweis** dar.
 - Sie können aber „andere Nachweise“ i.S.d. § 34 Abs.5 VgV darstellen
 - Gilt nur wenn Gütezeichen nicht erlangt werden kann.

Sonderfall: EMAS (1/2)

- EMAS ist ein von der EU anerkanntes Umweltmanagementsystem **von Unternehmen**
 - Umfasst auch die Anforderungen der ISO 14001
 - Kein Produktbezug = Eignungskriterium
- Nach § 46 Abs.3 Nr.7 VgV können öffentliche Auftraggeber von den Bietern Umweltmanagementsysteme als Eignungsanforderung fordern
 - Sowohl als Mindestanforderung, als auch als Auswahlkriterium denkbar
- Problem: Wie soll ein umfangreiches Umweltmanagement beschrieben werden?
- Lösung: Bezugnahme auf Standards

Sonderfall: EMAS (2/2)

- Durch die Privilegierung von EMAS in § 49 Abs.2 VgV kann sich der öAG direkt auf die Standards von EMAS beziehen und diese damit zum Gegenstand des Vergabeverfahrens machen.
 - „Platzhalter“
- Wenn das EMAS Zertifikat auch produktbezogene Aussagen enthält, kann es auch als Nachweis für die LB oder für Zuschlagskriterien herangezogen werden.
- Grundsätzlich gilt auch hier: Gleichwertige Nachweise sind zuzulassen.
- Sehr gute weitere Infos: [Hier](#)

AS

RECHTSANWALT



Das Lieferkettengesetz

Lieferkettengesetz: Hintergrund und Anwendungsbereich

- Hintergrund: Initiative des BMAS und des BMZ nachdem eine auf Freiwilligkeit ausgerichtete Initiative nicht den gewünschten Erfolg gebracht hat.
 - Offizieller Name: „Sorgfaltspflichtengesetz“
- Anwendungsbereich:
 - Persönlich: Unternehmen mit mindestens 1.500 Mitarbeiter*innen
 - Örtlich: Unternehmen die ihre Hauptverwaltung, ihre Hauptniederlassung, ihren Verwaltungssitz oder ihren satzungsmäßigen Sitz in der BRD haben
 - Sachlich: Keine Einschränkung auf eine bestimmte Branche

Regelungen des Lieferkettengesetz

- Betroffene Unternehmen müssen bestimmte Sorgfaltspflichten erfüllen:
 - Einrichtung eines Risikomanagements und Durchführung einer Risikoanalyse
 - Verabschiedung einer Grundsatzerklärung der unternehmerischen Menschenrechtsstrategie
 - Verankerung von Präventionsmaßnahmen im eigenen Geschäftsbereich und gegenüber unmittelbaren Zulieferern
 - Sofortige Ergreifung von Abhilfemaßnahmen bei festgestellten Rechtsverstößen
 - Einrichtung eines Beschwerdeverfahrens im Falle von Rechtsverstößen
 - Dokumentations- und Berichtspflicht für die Erfüllung der Sorgfaltspflichten

Sanktionen

- Nach § 22 Sorgfaltspflichtengesetz können bei Verstößen gegen die vorgenannten Pflichten Bußgelder bis zu 800.000 € oder 2% des Jahresumsatzes verhängt werden.
- Das Bußgeld kann in einzelnen Fällen bis zu verzehnfacht werden.
- Bußgeld wird im Wettbewerbsregister eingetragen.
- Ab Erreichen einer bestimmten Höhe eines Bußgeldes (zwischen 175.000 € und 2.000.000 €) sollen Unternehmen für drei Jahre von der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschlossen werden.
 - Soll-Vorschrift: Kein zwingender Ausschluss, öffentliche Auftraggeber*innen müssen aber Abweichung genau begründen.

AS

RECHTSANWALT



Sanktionen aus vertraglichen Regelungen

Sanktionen aus vertraglichen Regelungen

- Grundsätzlich herrscht auch in öffentlichen Vergabeverfahren Vertragsfreiheit.
- Öffentliche Auftraggeber*innen sind daher frei darin, welche Sanktionen sie bei der Nicht-Einhaltung sozialer (oder auch anderer Kriterien) verhängen.
 - Dies können Vertragsstrafen sein.
 - Können aber auch andere Regelungen sein:
 - Vertragskündigung
 - Pflichten zur Nachleistungen

Sanktionen aus vertraglichen Regelungen

- Bei der Festlegung von Vertragsstrafen ist zu beachten, dass nach § 11 VOL/B immer eine angemessene Obergrenze festzulegen ist.
- Bei der Überschreitung von Ausführungsfristen darf die Vertragsstrafe maximal 8% betragen (§ 11 Nr.2 S.2 VOL/B).
 - Dies bildet auch eine Orientierungshilfe für andere Verstöße als die Überschreitung von Ausführungsfristen.
- Die Kündigung von Verträgen sollte immer das letzte Mittel sein, da hiermit in aller Regel auch die Pflicht zur Neudurchführung des Vergabeverfahrens entsteht.

Sanktionen aus vertraglichen Regelungen

- Zwar gilt Vertragsfreiheit, aber einseitig durch die öffentliche Auftraggeber*in gestellte Vertragsbedingungen können als allgemeine Geschäftsbedingungen einer sog. „Inhaltskontrolle“ unterliegen.
- Im Bereich zwischen öffentlicher Auftraggeber*in und Auftragnehmer*in beschränkt sich diese Kontrolle allerdings auf unangemessene Benachteiligungen und unklare Regelungen.
- Achtung: Entgegen des Urteils des OLG Celle ist nach der Rechtsprechung des BGH (BGH, Urteil v. 17.09.2019, X ZR 124/18) keine Rüge im Vergabeverfahren erforderlich um sich auf unwirksame AGB zu berufen.
 - Eine unzulässige Klausel kann daher auch nach Zuschlag durch die Auftragnehmer*in im Wege einer AGB Kontrolle angegriffen werden.

AS

RECHTSANWALT



Sanktionen aus gesetzlichen Regelungen

Sanktionen aus gesetzlichen Regelungen

- Das Schuldrecht enthält für die Nicht-Einhaltung sozialer Kriterien in den Vergabeunterlagen keine spezifischen Regelungen.
- Der öffentlichen Auftraggeber*in stehen aber die allgemeinen Mängelrechte zu, wenn Auftragnehmer*innen die vertragliche vereinbarten Bedingungen nicht einhalten.
 - Hierzu gehört insbesondere die Nachbesserung und Nacherfüllung, sowie die Minderung
 - Ebenfalls können Verträge unter bestimmten Bedingungen gekündigt werden.
- Die vertraglichen Regelungen gehen diesen allgemeinen zivilrechtlichen Regelungen aber vor.

Sanktionen aus gesetzlichen Regelungen

- Vergaberechtlich kann das Ignorieren der Verletzung vertraglich geschuldeter Pflichten de facto zu einer wesentlichen Vertragsänderung nach § 132 Abs.1 GWB führen, welche die öffentliche Auftraggeber*in zur Neuausschreibung verpflichtet.
 - Das gilt insbesondere, wenn die Nachhaltigkeitskriterien Teil der Leistungsbeschreibung oder der Zuschlagskriterien waren.
- Auch für zukünftige Vergabeverfahren können sich zahlreiche Folgen aus der Nicht-Einhaltung sozialer oder ökologischer Kriterien ergeben.

Sanktionen aus gesetzlichen Regelungen

▫ Verstößt die Auftragnehmer*in gegen soziale Anforderungen, kann dies bei zukünftigen Vergaben im Rahmen der Prüfung von Ausschlussgründen Bedeutung erlangen:

- Die zwingenden Ausschlussgründe nach § 123 GWB nennen hier nur Verstöße gegen die Pflicht zur Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen
 - Dieser Verstoß muss auch gerichtlich oder per Verwaltungsentscheidung festgestellt worden sein.
 - Daher wird sich aus der Nicht-Einhaltung sozialer Kriterien in der Regel kein zwingender Ausschlussgrund ergeben.

Sanktionen aus gesetzlichen Regelungen

- Bei den fakultativen Ausschlussgründen des § 124 GWB besteht mehr Raum, Fehlverhalten in der Vergangenheit durch einen Ausschluss aus dem Vergabeverfahren zu sanktionieren:
 - § 124 Abs.1 Nr.1 GWB: Verstoß gegen sozialrechtliche Vorgaben bei öffentlichen Aufträgen in der Vergangenheit.
 - § 124 Abs.1 Nr.3 GWB: Begehen einer schweren Verfehlung im Rahmen der beruflichen Tätigkeit.
 - § 124 Abs.1 Nr.7 GWB: Fortdauernde oder erhebliche Schlechtleistung mit der Folge von Kündigung, Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge.

Sanktionen aus gesetzlichen Regelungen

- § 124 Abs.1 Nr.7 GWB stellt einen fakultativen Ausschlussgrund dar.
- Hohe Anforderungen:
 - Erhebliche oder fortdauernde Schlechterfüllung
 - Im Oberschwellenbereich: mit der Folge von Kündigung, Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge
 - „Sanktion nach der Sanktion“
 - In der Unterschwelle: Rechtsfolge ist nicht erforderlich
 - Dann allerdings erhöhte Dokumentationsanforderungen



Danke!

Noch Fragen?

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

info@ra-siedenberg.de