

Ergänzung zum Rechtsgutachten im Rahmen des Praxisleitfadens „Sozialgerechter Einkauf – jetzt!“

Das Rechtsgutachten beschäftigt sich mit der Implementierung von sozialen Kriterien im Vergabeverfahren am Beispiel des Pilotprojektes. Die Ausführungen stammen aus Februar 2015, folglich ohne Berücksichtigung der Vergaberechtsreform.

Am 18.04.2016 ist das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in Kraft getreten, welches die neuen Vergaberichtlinien der Europäischen Union im deutschen Recht verankert. Hieraus resultieren neue Regelungen im GWB, in der VgV sowie in der SektVO, welche bislang noch nicht Gegenstand des Rechtsgutachtens waren. Für die Implementierung sozialer Kriterien in den einzelnen Vergabephasen gelten die im Folgenden dargestellten Maßstäbe:

1. Soziale Kriterien als Mindestanforderungen

In § 33 Abs. 3 VgV¹ wird geregelt, dass auch Merkmale der Leistungsbeschreibung nunmehr Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen können. § 33 Abs. 3 Satz 2 VgV lautet:

„Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode des zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium der im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“

Diese Norm setzt Art. 42 Abs. 1 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU um und stellt klar, dass auch bei der Leistungsbeschreibung zusätzliche Kriterien, insbesondere soziale Aspekte, Berücksichtigung finden können. In der Gesetzesbe-

¹ Alle Regelungen beziehen sich im Folgenden auf solche der neuen Fassungen der VgV, SektVO, GWB vom 18.04.16.

gründung zu dieser Norm wird zudem betreffend den Auftragsbezug verdeutlicht, dass ein solcher auch dann angenommen werden kann, wenn derartige Faktoren kein materieller Bestandteil der Leistung sind. Explizit wird gesagt, dass damit Vorgaben zu bestimmten Umständen der Herstellung von Lieferleistungen – wie etwa die Einhaltung der ILO Kernarbeitsnorm entlang der Produktionskette – bereits auf Ebene der Leistungsbeschreibung eingebunden werden können.

Darüber hinaus bestimmt § 34 VgV, dass die Nachweisführung durch Gütezeichen möglich ist, sofern die Bedingungen im Sinne des § 34 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 VgV erfüllt werden. Gleichwertige Gütezeichen müssen dabei aber auch akzeptiert werden, vgl. § 34 Abs. 4 VgV. Nach § 34 Abs. 5 VgV muss der öffentliche Auftraggeber auch andere als Gütezeichen geeignete Belege akzeptieren, wenn dem Unternehmen aus unverschuldeten Gründen die Möglichkeit zum Erlangen eines solchen gleichwertigen Gütezeichens innerhalb einer einschlägigen Frist nicht möglich war. Sofern ein Unternehmen bei zukünftigen Ausschreibungen folglich vorbringt, es könne einen Nachweis, welcher die geforderten Bedingungen erfüllt, nicht erlangen, wäre dem ggf. mit einer Fristverlängerung (Angebotsabgabefrist oder Teilnahmefrist) zu begegnen oder eine andere seitens des Bieters vorgeschlagene Nachweismöglichkeit zu prüfen.

Wortidentische Normen zur Leistungsbeschreibung und Nachweisführung durch Gütezeichen finden sich zudem für Aufträge im Sektorenbereich in §§ 28, 32 SektVO.

Diese neuen Regelungen bestätigen die in der Pilotausschreibung gewählte Handhabung, Nachweise für die Einhaltung des Fairen Handels und der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bereits als Mindestanforderung zu verlangen, entgegen der kritischen Rechtsprechung des OLG Düsseldorf (vgl. S. 44 des Praxisleitfadens). Insbesondere spricht die Gesetzgebung dafür, dass die Anforderungen des § 34 Abs. 2 Nr. 1 bis 5 VgV erfüllt werden und die Nachweise verlangt werden können, zumal – wie in der neuen Regelung vorgesehen – auch gleichwertige Nachweise zugelassen wurden.

2. Zuschlagskriterien

Sofern bei zukünftigen Vergabeverfahren die Möglichkeit erwogen wird, soziale Kriterien als Zuschlagskriterien auszugestalten, so enthält das GWB hierzu ebenfalls Regelungen. Nunmehr ist in § 127 Abs. 1 Satz 2 GWB aufgeführt, dass auch

bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots – und nicht nur bei der Auftragsausführung – soziale Aspekte eine Rolle spielen können. Diese Norm setzt Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU um. Insbesondere wird in Abs. 3 der Auftragsbezug als Voraussetzung genannt und definiert. Er ist dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Künftig kann somit ein zu beschaffendes Produkt, das aus fairem Handel (z. B. durch die Beachtung internationaler Standards, wie etwa die ILO Kernarbeitsnorm entlang der Produktions- und Lieferkette) stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktzahl versehen werden als ein konventionell gehandeltes Produkt.“

Damit steht fest, dass auch Fairtrade-Forderungen bzw. Anforderungen an die Einhaltung von ILO-Kernanforderungen zukünftig als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können und deren Auftragsbezug nicht mehr in Frage gestellt wird.

3. Ausführungsbestimmungen

Hinsichtlich der Ausgestaltung der sozialen Kriterien als zusätzliche Auftragsbedingungen ergibt sich keine inhaltliche Neuerung. § 128 GWB Abs. 2 GWB bestimmt, dass öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages festlegen können, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen. Auch dort werden soziale Belange als Beispiel aufgeführt.

(Katharina Strauß)
Rechtsanwältin

Köln, 20.04.2016