

WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.
Eldenaer Straße 60
10247 Berlin



Ansprechpartnerin: Annelie Evermann
Telefon: (030) 280 41 811
E-Mail: annelie.evermann@weed-online.org

Berlin, den 16. Februar 2016

Stellungnahme

zur

Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO)

BT-Drucksache 18/7318 - Stand 20.1.2016

Vorbemerkungen

1. Zu WEED e.V.

WEED - Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V. ist ein gemeinnütziger Verein und arbeitet seit vielen Jahren zu Produktions- und Arbeitsbedingungen entlang der Lieferkette und zur Implementierung sozialer und ökologischer Kriterien in der öffentlichen Beschaffung. Die Entstehung der EU-Richtlinie 2014/24/EU und die Implementierung in das deutsche Vergabemodernisierungsgesetz hat WEED e.V. von Anfang an intensiv begleitet.

2. Vergabemodernisierungsgesetz und Verordnung

Die im April 2014 verabschiedete EU-Richtlinie 2014/24/EU erhebt soziale und ökologische Kriterien zu Vergabegrundsätzen und schafft Rechtssicherheit in Bezug auf soziale und ökologische Kriterien in verschiedenen Phasen des Vergabeprozesses.

Die Spielräume, die die EU-Vergaberichtlinie den Mitgliedstaaten zur Einforderung ökologischer und sozialer Standards gegeben hat, sind im deutschen Vergabemodernisierungsgesetz und in der zugehörigen Verordnung nur unzureichend genutzt worden. Dies haben wir ausführlich in unserer Stellungnahme vom 30.4.2015 zum Referentengesetzesentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, der Stellungnahme vom 5.11.2015 zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung und der Stellungnahme vom 1.12.2015 zum Referentenentwurf für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts ausgeführt.

Die Möglichkeit, zur Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts erneut Stellung zu nehmen, nehmen wir gerne wahr. **Unsere Stellungnahme konzentriert sich auf die Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge in Artikel 1 (Vergabeverordnung – VgV).** Diese stimmen im Wesentlichen mit den Regelungen aus Artikel 2 (Sektorenverordnung – SektVO) überein.

Einleitung

Eine der zentralen Zielsetzungen des Vergabemodernisierungsgesetzes und der Verordnungen ist laut Einleitung und Begründung ausdrücklich, dass der neue Rechtsrahmen den Vergabestellen ermöglicht, „die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen.“ Entsprechend sollte mehr als bisher geschehen darauf hingewirkt werden, dass die Einforderung sozialer und umweltbezogener Aspekte durch eindeutige und rechtssichere Formulierungen und eine anwenderfreundliche Systematik für öffentliche Auftraggeber vereinfacht wird.

Zur Zielsetzung des Gesetzes und der Verordnungen gehört ausdrücklich auch, dass die Einforderung sozialer und umweltbezogener Aspekte „gerade Unternehmen zugute [kommt], die ihrer Verantwortung bis hinein in die Produktions- und Lieferketten nachkommen“ und „Anreize für Unternehmen, internationale Standards zur Unternehmensverantwortung einzuhalten (z. B. die ILO-Kernarbeitsnormen)“ gesetzt werden (Begründung A., Allgemeiner Teil). Dies gelingt jedoch nur, wenn die öffentliche Auftragsvergabe konsequent an internationalen Sozial- und Umweltstandards ausgerichtet wird.

Grundsätzlich ist nochmals zu betonen, dass es für die Rechtsanwendung und die gesetzgeberische Klarstellung der Prioritäten unserer Ansicht nach wichtig wäre, die **zentralen Regelungen – zumindest in den wesentlichen Grundsätzen – auf der gesetzlichen Ebene im GWB zu regeln**. Dies betrifft insbesondere die europäischen Vorgaben zu Aufträgen gemäß Artikel 71 (jetzt in § 36 VgV und § 34 SektVO), zur Berechnung von Lebenszykluskosten gemäß Artikel 68 (jetzt in § 59 VgV und § 53 SektVO) und zu ungewöhnlich niedrigen Angebote gemäß Artikel 69 (jetzt in § 60 VgV und § 54 SektVO).

Zur Vergabeverordnung im Einzelnen

Markterkundung (§ 28 VgV)

Die Übernahme der Regelungen zur Markterkundung begrüßen wir ausdrücklich, da Marktrecherchen und Marktdialog im Vorfeld der Ausschreibung zu wichtigen Instrumenten der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung gehören und von manchen öffentlichen Auftraggebern bisher wegen mangelnder Rechtsklarheit nicht genutzt wurden.

Leistungsbeschreibung (§ 31 VgV)

Wir begrüßen die Klarstellung, dass soziale und umweltbezogene Aspekte in der Leistungsbeschreibung verankert werden können und dass die Verbindung zum Auftragsgegenstand (entsprechend der Nordholland-Rechtsprechung des EuGH vom Mai 2012 und der Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/24/EU) auch weitere Stadien der Lebenszyklen der Leistungen mit einbezieht. Unverständlich bleibt, dass diese Klarstellung nicht wie empfohlen direkt in das Gesetz (§ 121 GWB) aufgenommen wurde. Dies wäre für die Rechtsanwendung förderlich, da diese Klarstellung bei den anderen Verfahrensstufen ebenfalls im Gesetz direkt erfolgt, vgl. § 127 GWB (Zuschlag) und § 128 GWB (Auftragsausführung). Für die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in der Vergabepaxis ist es entscheidend, dass diese Aspekte explizit, eindeutig und systematisch logisch benannt werden.

Wir wiederholen unsere Kritik an der die Rechtsanwendung erschwerenden Zirkelschluss zur Definition der „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ in § 31 Abs. 3 VgV: Der Hauptsatz von Absatz 3 enthält die Definition der Verbindung zum Auftragsgegenstand: Die

Merkmale „können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, ...“. Daher ist es nicht verständlich, wieso der Nebensatz im Folgenden die „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ als Voraussetzung für die „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ nennt: „..., sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen ...“. Im Sinne der anwenderfreundlichen Eindeutigkeit wäre eine Löschung dieses Nebensatzes sinnvoll. Wir verweisen auf den inhaltsgleichen und entsprechend eindeutig formulierten § 127 Abs. 3 GWB (zu Zuschlagskriterien): „Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch 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.“

Darüber hinaus ist die zweite Voraussetzung im Nebensatz von § 31 Abs. 3 VgV redundant: „sofern diese Merkmale ... zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“, da diese Voraussetzung gem. § 97 Abs. 1 GWB für jegliche Merkmale in Ausschreibungen gilt.

Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV)

Wir begrüßen grundsätzlich, dass die EU-Vorgabe zu Gütezeichen übernommen wurde. Denn es stellt eine zentrale Erleichterung für Vergabestellen dar, wenn sie Zertifikate für die Nachweisführung einfordern können, dass der Auftragnehmer die geforderten ökologischen und sozialen Standards einhält.

Für Vergabestellen ist daher die Neuerung des Art. 43 der EU-Richtlinie 2014/24/EU, dass sie nun ein bestimmtes Gütezeichen zum Nachweis einfordern dürfen, ein wichtiger und allgemein begrüßter Fortschritt. Es ist allseits bekannt, dass es auch bei Gütezeichen erhebliche Qualitätsunterschiede gibt. Angesichts der Fülle an verschiedenartigen Siegeln und Zertifikaten bemängeln Vergabestellen ebenso wie Unternehmen selbst oft den auf dem Markt entstandenen undurchsichtigen „Zertifikatenschwungel“. Entsprechend wichtig ist es, dass Vergabestellen ein bestimmtes Gütezeichen einfordern können, das sie als qualitativ hochwertig anerkennen. Auch wenn klar ist, dass aus Wettbewerbsgründen gleichwertige Gütezeichen und Nachweise ebenfalls anzuerkennen sind, ist es ebenso wichtig klarzustellen, dass die Vergabestellen nicht von Bietern mit einer Fülle von unbekanntem anderen Gütezeichen konfrontiert werden dürfen, ohne dass diese die Gleichwertigkeit mit dem geforderten Gütezeichen nachweisen. Dies führt – insbesondere bei unbekanntem und ggf. unseriösem „Gütezeichen“ – zu einem erheblichen Recherche- und Verwaltungsaufwand, den die Vergabestellen im Vergabealltag nicht leisten können. Dieser Umstand ist zwar – wie sich aus der Begründung ergibt – in § 34 VgV geregelt; es fehlt jedoch in § 34 selbst die für die reibungslose Rechtsanwendung im Verwaltungsalltag erforderliche eindeutige Wortwahl.

1. Hierzu gehört zunächst – aus Gründen der Eindeutigkeit – statt der Formulierung in § 34 Abs. 1 VgV „kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen ... verlangen“ die Übernahme der Begrifflichkeit „**bestimmte** Gütezeichen“ oder „ein **bestimmtes** Gütezeichen“ aus Art. 43 Abs. 1 EU-Richtlinie 2014/24/EU (vgl. insofern die eindeutige Formulierung in der VergModVO-Begründung zu § 34, S. 191: „Nach Absatz 1 können öffentliche Auftraggeber ein bestimmtes Gütezeichen als Beleg dafür verlangen, ...“).

2. Eine entscheidende Erleichterung stellt es aus den oben genannten Gründen dar, dass in der EU-Richtlinie die **Beweislast dafür, dass andere Gütezeichen gleichwertig** sind, eindeutig beim Wirtschaftsteilnehmer liegt. Wie dargelegt ist es den Vergabestellen nicht zuzumuten, dass sie den Gehalt jeglichen von den Bietern eingebrachten alternativen Gütezeichen oder Erklärungen eruieren müssen; diese Verantwortung liegt beim Verwender alternativer Gütezeichen selbst.

Art. 43 Abs. 1 UA 3 der EU-Richtlinie verankert die Verantwortung für die Gleichwertigkeit sonstiger Gütezeichen und die diesbezügliche Bestätigung gegenüber der Vergabestelle entsprechend beim Verwender des Gütezeichens: „Die öffentlichen Auftraggeber, die ein spezifisches Gütezeichen fordern, akzeptieren alle Gütezeichen, die bestätigen, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen.“ Diese Erleichterung der EU-Richtlinie wurde in der deutschen Verordnung nicht eindeutig umgesetzt, obwohl dies offensichtlich gemeint ist: In der Begründung zu § 34 Absatz 4 VgV heißt es (S. 191): „Absatz 4 entspricht bis auf redaktionelle Änderungen Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Richtlinie 2014/24/EU, wonach öffentliche Auftraggeber, die ein bestimmtes Gütezeichen fordern, alle andere Gütezeichen akzeptieren müssen, die bestätigen, dass die Lieferung oder Dienstleistung gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen.“

Eine entsprechende eindeutige Formulierung in der Verordnung selbst ist dringend erforderlich. Wir schlagen folgende Formulierung in § 34 Abs. 4 VgV (und der entsprechenden Regelung in § 32 SektVO vor: „**Der öffentliche Auftraggeber muss andere Gütezeichen akzeptieren, die bestätigen, dass sie gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.**“

3. Einer 1:1-Umsetzung der EU-Vorgaben steht entgegen, dass der **Regelungsgehalt von Art. 43 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2014/24/EU in der deutschen Umsetzung in § 34 VgV vollständig fehlt**. Art. 43 Abs. 2 beschreibt den in der Praxis relevanten Fall, dass ein Gütezeichen neben dem Beleg auftragsbezogener Forderungen zusätzlich noch weitere Anforderungen enthält, die keinen Auftragsbezug aufweisen (z. B., da sie neben dem Nachweis auftragsbezogener Kriterien, dass das Produkt unter Einhaltung der Sozialstandards klar bestimmter ILO-Übereinkommen hergestellt wurde, zusätzlich auch noch Anforderungen an die allgemeine Unternehmensführung stellen).

In diesen Fällen schreibt die EU-Richtlinie vor (Art. 43 Abs. 2): „Erfüllt ein Gütezeichen die Bedingungen gemäß Absatz 1 Buchstaben b, c, d und e, schreibt aber gleichzeitig Anforderungen vor, die mit dem Auftragsgegenstand nicht in Verbindung stehen, so verlangen die öffentlichen Auftraggeber nicht das Gütezeichen als solches, sie können aber technische Spezifikationen unter Verweis auf die detaillierten Spezifikationen dieses Gütezeichens oder gegebenenfalls Teile davon festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, die Merkmale dieses Auftragsgegenstands zu definieren.“ **Dieser Satz sollte als § 34 Abs. 6 VgV in die deutsche Verordnung übernommen werden.**

Unteraufträge (§ 36 VgV)

Die Überprüfung vertraglich vereinbarter Sozial-, Arbeits- und Umweltstandards wird in der Praxis dadurch erschwert, dass oft zahlreiche Unterauftragnehmer involviert sind. Daher eröffnet Art. 71 der EU-Richtlinie 2014/24/EU den Mitgliedstaaten weitreichende Möglichkeiten, für Transparenz der Lieferkette und Haftung von Subunternehmen zu sorgen. Hier bleibt § 36 VgV hinter den europarechtlich zulässigen Möglichkeiten für eine

verbindlichere Ausgestaltung der Regelungen zur Bekämpfung missbräuchlicher Subunternehmerketten zurück.

Die in der VgV bislang nicht ausreichend berücksichtigten Möglichkeiten des Art. 71 EU-Richtlinie 2014/24/EU umfassen im Einzelnen insbesondere:

Art. 71 Abs. 1: Die Regelung in § 36 Abs. 4 VgV, dass § 128 GWB für Unterauftragnehmer aller Stufen gilt, ist grundsätzlich zu begrüßen. Entsprechend Art. 71 Abs. 1 der EU-Richtlinie („Die Einhaltung der in Art. 18 II genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer wird durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden gewährleistet, die im Rahmen ihrer Zuständigkeit und ihrer Aufgaben handeln.“) sollte diese Regelung jedoch auf § 128 Abs. 2 GWB ausgeweitet werden. Darüber hinaus sollten weitere Maßnahmen – siehe auch unten unter Art. 71 Abs. 8 – ergriffen werden, um auf diese Weise die in Art. 18 Abs. 2 der EU-Richtlinie vorgegebenen internationalen Sozial- und Umweltstandards gerade auch in den Lieferketten einzuhalten.

Art. 71 Abs. 2: „In den Auftragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern, ... die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.“ Diese Vorgabe wird in § 36 Abs. 1 VgV durch den in der EU-RL nicht vorgesehenen Zusatz „falls zumutbar“ eingeschränkt. Von der darüber hinaus gehenden Möglichkeit aus Art. 71 Abs. 2, den Vergabestellen verbindlich vorzugeben, diese Auskunft einzuholen, wird nicht Gebrauch gemacht.

Art. 71 Abs. 5: Die EU-Richtlinie eröffnet den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, nicht nur bei Dienstleistungen in der Einrichtung und unter direkter Aufsicht des öffentlichen Auftraggebers, sondern bei sämtlichen Leistungen *verpflichtend* vorzugeben, dass spätestens zum Zeitpunkt der Auftragsausführung von demjenigen Bieter, der den Auftrag mit Unterauftragnehmern durchführt, Name, Kontaktdaten und gesetzliche Vertreter der Unterauftragnehmer anzugeben sind (Art. 71 Abs. 5 UA 1 i.V.m. UA 5).

Art. 71 Abs. 6: Auch hier wäre die Möglichkeit gegeben, durch eine entsprechende verpflichtende Regelung den fakultativen Ausschlussgründen aus § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB eine größere Durchschlagskraft zu geben (Art. 71 Abs. 6 b S. 3, Var. 2). An dieser Stelle zeigt sich zudem eine weitere Konsequenz aus der unzureichenden gesetzlichen Umsetzung des von der EU-Richtlinie vorgegebenen zwingenden Ausschlusses bei Kinderarbeit (Art. 57 Abs. 1 f), da gem. § 36 Abs. 5 S. 1 und 2 VgV nur bei zwingenden Ausschlussgründen die Überprüfung von Ausschlussgründen bei Unterauftragnehmern und die entsprechende Ersetzung verpflichtend vorgegeben sind.

Weiterhin ist darauf hinzuweisen, dass **Art. 71 Abs. 8** den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, dass sie entsprechende verpflichtende Vorgaben flexibel je nach Arten von Aufträgen, Kategorien von öffentlichen Auftraggebern, Unternehmen/Sektoren oder Mindestbeträgen vorgeben. Diese Möglichkeit sollte genutzt werden, um auf diese Weise im Sinne von Leuchtturmprojekten (z. B. Regelung in der VgV zur verpflichtenden Vorgaben bei Aufträgen von Bundesbehörden ab einem bestimmten Auftragswert für einen bestimmten Sektor) die von der EU-Richtlinie anvisierte Transparenz in der Lieferkette zu erzeugen und es so den Vergabestellen vorzugeben und zugleich zu erleichtern, die Einhaltung vorgegebener Standards zu überprüfen. Denn nur mit der in der Richtlinie vorgeschlagenen Transparenz ist es den öffentlichen Auftraggebern möglich, nachzuvollziehen, wer den Auftrag tatsächlich ausführt, und zu überprüfen, ob die von ihm vorgegebenen Standards eingehalten werden.

Zuschlag und Zuschlagskriterien (§ 58 VgV)

Wir begrüßen grundsätzlich, dass § 58 VgV wie schon § 127 GWB vorgibt, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt wird, sowie die Konkretisierung der Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Zuschlagskriterien bei der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Im Übrigen wiederholen wir jedoch unsere Empfehlung, den Spielraum aus Art. 67 Absatz 2 UA 3 EU-Richtlinie 2014/24/EU zu nutzen und eindeutig vorzuschreiben, dass die öffentlichen Auftraggeber – zumindest bei bestimmten Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmten Arten von Aufträgen – nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen.

Berechnung von Lebenszykluskosten (§ 59 VgV)

Wir begrüßen, dass der öffentliche Auftraggeber gemäß § 59 VgV vorgeben kann, dass das Zuschlagskriterium "Kosten" auf der Grundlage der Lebenszykluskosten der Leistung berechnet wird. Damit wird der Regelung in Artikel 67 Abs. 2 i.V.m. Artikel 68 der EU-Richtlinie 2014/24/EU Rechnung getragen. Damit diese Regelung auch in der Praxis umgesetzt wird, sollte die Bundesregierung begleitende Maßnahmen ergreifen, wie die Unterstützung bei der Entwicklung von Berechnungsmethoden gemäß § 59 Absatz 3 VgV sowie Anreize für das Einsparen der lebenszyklusbezogenen Kosten.

Ungewöhnlich niedrige Angebote (§ 60 VgV)

Wir begrüßen die Aufnahme von Regelungen zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten und die ausdrückliche Berücksichtigung der Unternehmensverpflichtungen aus § 128 Absatz 1 GWB in § 60 Absatz 2 S. 2 Nr. 4 und Absatz 3 S. 2 VgV, womit die Vorgaben aus Artikel 69 Absatz 2 d und Absatz 3 UA 2 der EU-Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt werden. Zur Unterstreichung der Bedeutung der Regelungen zu Unterauftragnehmern aus § 36 VgV empfehlen wir zusätzlich die Aufnahme der Regelung aus Artikel 69 Absatz 2 e) der Richtlinie „die Einhaltung der in Artikel 71 genannten Verpflichtungen“.

Fazit

Mit der Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien im deutschen Vergabemodernisierungsgesetz und den dazugehörigen Verordnungen hat die Bundesregierung wichtige Regelungen für eine umweltverträgliche und sozial verantwortliche eingeführt, die wir grundsätzlich begrüßen. Zugleich wurden jedoch entscheidende Spielräume nicht genutzt und damit die Chance verpasst, die umweltschonende und sozial verantwortliche öffentliche Auftragsvergabe auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene deutlich zu stärken und nicht nur vom Engagement einzelner Vergabepraktiker abhängig zu machen. Auf diese Weise werden Unternehmen, die ihrer Verantwortung für ArbeitnehmerInnen im eigenen Betrieb und in ihrer Lieferkette gerecht werden und in umweltgerechte Produktionsmethoden investieren, in der Mehrzahl der Fälle weiterhin bei öffentlichen Aufträgen nicht den Zuschlag erhalten. Da eine eindeutige rechtliche Grundlage entscheidend ist für die tatsächliche Ausgestaltung der Vergabepaxis, empfehlen wir entsprechende Nachbesserungen im Sinne einer umfassenden und effektiven nachhaltigen Beschaffung.

Berlin, den 16. Februar 2016

Annelie Evermann, Referentin Wirtschaft und Menschenrechte
WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.