



Newsletter Vergaberecht

Ausgabe Februar

Verabschiedung des Entwurfs der Vergabemodernisierungsverordnung VergRModVO ist erfolgt

Das Bundeskabinett hat den Entwurf der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO verabschiedet. Dieser Newsletter fasst die Neuerungen zusammen. Unter anderem wird die Berücksichtigung nachhaltiger Kriterien im Beschaffungsprozess gestärkt.

Inhalt

1. Grundsätze der Auftragsvergabe.....	2
2. Vorgaben in der Leistungsbeschreibung	3
3. Festlegung von Eignungskriterien.....	3
4. Festlegung der Zuschlagskriterien	4
5. Festlegung von Ausführungsbedingungen	5
6. Verwendung von Gütezeichen	6

Am 20. Januar 2016 hat das Bundeskabinett den Entwurf der Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO verabschiedet.

Mit diesem Regelwerk ist die Umsetzung der vom Unionsgesetzgeber beschlossenen Modernisierung des europäischen Vergaberechts, das sich in der RL 2014/24/EU (Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe), der RL 2014/25/EU (Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste) und der RL 2014/23/EU (Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen) widerspiegelt, abgeschlossen.

Nach § 113 GWB-E müssen die Rechtsverordnungen zunächst noch dem Bundestag und dem Bun-

desrat zugeleitet werden.¹ Die Umsetzung der EU-Richtlinien ins nationale Recht erfolgt maßgeblich im 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Dieses wurde neu strukturiert und am 08. Oktober 2015 durch die Bundesregierung dem Bundestag zugeleitet.² Der Bundestag hat dem Gesetzentwurf am 17. Dezember 2015 zugestimmt. Die Zustimmung des Bundesrates erfolgte am 18. Dezember 2015.³ Die Verabschiedung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes durch den

¹ Bundestagsdrucksache 18/7086 v. 16.12.2015

² Bundestagsdrucksache 18/6281 v. 08.10.2015

³ Pressemitteilung des BMWi vom 18.12.2015
(<http://redaktion2008.bmw.de/BMWi2012/Navigation/DE/Presse/pressemitteilungen,did=747432.html>)



Newsletter Vergaberecht

Bundestag erfolgte am 17. Februar 2016.⁴ Das Gesetz tritt zum 18.04.2016 in Kraft. Die §§ 113 (Verordnungsermächtigung) und 114 Abs. 2 Satz 4 (Monitoring und Pflicht zur Übermittlung von Vergabedaten) sind am Tag nach der Verkündung in Kraft getreten. Das GWB, in dem grundsätzliche Vergaberechtsregelungen sowie Regelungen zum Bieterrechtsschutz aufgenommen wurden, werden durch mehrere Rechtsverordnungen ergänzt. Diese flankieren und ergänzen das GWB in Detailfragen zur Ausführung von Vergabeverfahren. Im Einzelnen handelt es sich um Entwürfe zu folgenden Rechtsverordnungen:

1. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung – VgV,
2. Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung – Sektorenverordnung – SektVO,
3. Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung – KonzVO,
4. Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen – Vergabestatistikverordnung – VergStatVO sowie
5. die Änderung der Vergabeverordnung für Verteidigung und Sicherheit.

Zu den wichtigsten Zielen der Vergaberechtsmodernisierung gehört unter anderem auch die verbesserte Verankerung von Umweltschutzaspekten in der öffentlichen Auftragsvergabe.⁵ Unter dem Leitbild der „Berücksichtigung strategischer Ziele“ sind auf den verschiedenen Stufen des Beschaffungsprozesses Elemente integriert, welche die Möglichkeiten der Einbeziehung von Nachhaltigkeitskriterien in den Beschaffungsprozess ermöglichen. Diese finden auf EU-Ebene ihren Niederschlag u.a. in den Artikeln Art. 18 (Grundsätze der Auftragsvergabe), Art. 42 (Vorgaben für die Leistungsbeschreibung / Technische Spezifikationen), Art. 58 (Festlegung von Eignungskriterien), Art. 67 (Festlegung von Zuschlagskriterien), Art. 18, 70

(Festlegung von Ausführungsbedingungen) und Art. 43 (Verwendung von Gütezeichen).

Regelungen im Einzelnen:

1. Grundsätze der Auftragsvergabe

- Artikel 18 RL 2014/24/EU (Grundsätze der Auftragsvergabe)

Umsetzung in nationales Recht:

- § 97 GWB (Grundsätze der Vergabe)

Die grundsätzliche Verpflichtung der Mitgliedstaaten dafür Sorge zu tragen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Europäischen Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die im Anhang X der RL 2014/24/EU aufgeführten internationalen-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind, ergibt sich aus Art. 18 der RL 2014/24/EU v. 26.02.2014. Daneben besteht des weiteren die Möglichkeit, ökologische Aspekte, die sich auf die Anlieferung, Verpackung und Entsorgung von Waren beziehen, ebenfalls als Bedingungen für die Auftragsausführung festzuschreiben zu können.⁶

Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz greift die Vorgaben der Europäischen Vergaberichtlinien 2014/24/EU vom 26.02.2014 auf und setzt diese sowohl im 4. Abschnitt des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) als auch in der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung in nationales Recht um. Das neue Vergaberecht bietet den öffentlichen Auftraggebern viele Möglichkeiten, soziale und innovative Belange in besonderer Weise im Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

⁴ Veröffentlichung im Bundesgesetzblatt Teil I Nr. 8 am 23.02.2016

⁵ Neue EU-RL für das Vergaberecht, BMUB / UBA, April 2014

⁶ Erwägungsgrund 97 der RL 2014/24/EU, Amtsblatt der EU, L 94/84 v. 28.03.2014



Newsletter Vergaberecht

2. Vorgaben in der Leistungsbeschreibung

- Artikel 42 i.V.m. Anhang VII RL 2014/24/EU (Technische Spezifikationen)

Umsetzung in nationales Recht:

- § 121 GWB (Leistungsbeschreibung)
- § 31 VgV-E (Leistungsbeschreibung)

Die Leistungsbeschreibung nach § 31 VgV-E nimmt auf die grundsätzlichen Regelungen des § 121 GWB Bezug und beschreibt die für Bau-, Dienst- und Lieferleistungen geforderten Merkmale. Diese können sich nicht nur auf die materiellen Eigenschaften der zu erbringenden Leistung sondern auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Produktion der Leistung oder auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums beziehen. Voraussetzung ist, dass die geforderten Faktoren in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind. Solche Faktoren können u.a. in Vorgaben zur Gebrauchstauglichkeit, Qualitätssicherungsverfahren, Ermittlung der Lebenszykluskosten, Regelungen zu Produktionsprozessen und Methoden oder in Forderungen nach dem Design für Alle (=Zugang für Menschen mit Behinderung) bestehen.

Darüber hinaus stellt § 31 VgV-E ausdrücklich klar, dass die Leistungs- und Funktionsanforderungen auch Merkmale umfassen können, die Aspekte der Qualität und der Innovation einer Leistung, soziale und umweltbezogene Eigenschaften sowie auch Kriterien des Prozesses oder der Methode der Produktion oder ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes beinhalten können. Derartige Faktoren brauchen sich nicht unbedingt auf den Leistungsgegenstand beziehen. So ist z.B. die Forderung nach Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette bereits im Rahmen der Erstellung der Leistungsbeschreibung möglich.

Zu beachten ist jedoch, dass die gewählten Kriterien in Bezug zur Leistungserbringung stehen und die Verhältnismäßigkeit zum Auftragswert und zum Beschaffungsziel gewahrt bleibt.

3. Festlegung von Eignungskriterien

- Art. 58 RL 2014/24/EU (Eignungskriterien)
- Art. 63 RL 2014/24/EU (Inanspruchnahme von Kapazitäten anderer Unternehmen)

Umsetzung in nationales Recht:

- § 122 GWB (Eignungskriterien)
- § 42 VgV-E (Anforderungen an die Unternehmen; Eignung)
- § 44 VgV-E (Befähigung zur Berufsausübung)
- § 45 VgV-E (Wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit)
- § 46 VgV-E (Technische und berufliche Leistungsfähigkeit)

Nach der bisherigen Systematik bestand der Begriff der Eignung aus den Begriffen

- Fachkunde,
- Leistungsfähigkeit,
- Zuverlässigkeit und
- Gesetzestreue.

In der Umsetzung des Art. 58 der RL 2014/24/EU werden durch § 122 GWB die Begriffe der Fachkunde und der Leistungsfähigkeit vollständig durch die neuen Begriffe

- Befähigung zur Berufsausübung,
- wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie
- technische und berufliche Leistungsfähigkeit abgelöst.

Die Begriffe der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue entfallen. Durch die Ausschlussregelungen der §§ 123 und 124 GWB ist jedoch sichergestellt, dass Bewerber oder Bieter der Zugang zu öffentlicher Aufträge verwehrt ist, sofern einer der in den §§ 123 und 124 GWB genannten Ausschlussgründe vorliegt. Insofern erfährt die bisherige Gesetzeslage keine Änderung.

Die in den Absätzen 2 bis 4 des Art. 58 der RL 2014/24/EU aufgeführten Anforderungen an Eignungsnachweise sind abschließend aufgeführt. Diese Regelung soll sicherstellen, dass nur diejenigen Eignungsnachweise von den Wirtschaftsteilnehmern verlangt werden, die zweckmäßig sind,



Newsletter Vergaberecht

um sicherzustellen, dass Bewerber oder Bieter über die wirtschaftlichen und finanziellen Kapazitäten sowie über die technischen und beruflichen Fähigkeiten verfügen, die zur ordnungsgemäßen Auftragsausführung erforderlich sind. Es obliegt den öffentlichen Auftraggebern bei der Forderung von Eignungsnachweisen zwingend zu beachten, dass alle Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und mit diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen.⁷

Die Eignung dient schwerpunktmäßig der Feststellung der fachlichen Eignung bzw. Kompetenz des Bieters.⁸ Der öffentliche Auftraggeber ist verpflichtet, nicht nur zu überprüfen, ob das Angebot den festgelegten Anforderungen und Bedingungen erfüllt sondern auch die Bewerber bzw. Bieter auf ihre Eignung sowie auf das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen zu überprüfen. Die Feststellung der Biitereignung erfolgt anhand der vom öffentlichen Auftraggeber für das jeweilige konkrete Vergabeverfahren festgelegten Kriterien. Darüber hinaus ist für den öffentlichen Auftraggeber bei der Bewertung der Biitereignung die Möglichkeit eröffnet, vom Bieter Referenzen über die in der Vergangenheit erbrachten Leistungen zu fordern, bei denen die Berücksichtigung von Umwelt- bzw. Nachhaltigkeitskriterien eine nicht unwesentliche Rolle gespielt haben. Auch sind die öffentlichen Auftraggeber berechtigt, von den Bietern im Rahmen des Nachweises der technischen Leistungsfähigkeit umweltrelevante Kenntnisse bzw. umweltschonende Verfahren bzw. Ausstattungsgegenstände zu fordern.⁹ Ferner kann, sofern auftragsbezogen, eine Zertifizierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangt werden.¹⁰

§ 122 GWB übernimmt die Regelungen des Art. 58 der RL 2014/24/EU. Danach können Eignungskriterien die Befähigung zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen.

4. Festlegung der Zuschlagskriterien

- Art. 67 RL 2014/24/EU (Zuschlagskriterien)
- Umsetzung in nationales Recht:
- § 127 GWB (Zuschlagskriterien)
- § 58 VgV-E (Zuschlag; Zuschlagskriterien)

Im Rahmen der Festlegung der Zuschlagskriterien bietet sich nach Art. 67 der RL 2014/24/EU für die öffentlichen Auftraggeber eine Reihe von Möglichkeiten, neben dem Preis und den Kosten u.a. auch soziale, ökologische und innovative Aspekte in die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots einzubeziehen, sofern solche Kriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dieses ist bereits dann der Fall, wenn die Kriterien in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium mit der zu erbringenden Leistung zusammenhängen.¹¹ Es ist nicht erforderlich, dass sich die geforderten Kriterien auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken. Danach sind auch Zuschlagskriterien zulässig, die sich auf die Herstellung bzw. Bereitstellung der zu beschaffenden Leistung in jedem Lebenszyklus-Stadium beziehen, von der Gewinnung der Rohstoffe über den spezifischen Prozess der Herstellung und Bereitstellung der Leistung bis zur Entsorgung der Ware. Nach der Rechtsprechung des EuGH gehören dazu auch Zuschlagskriterien bzw. Bedingungen für die Auftragsausführung, die sich auf die Lieferung oder die Verwendung von fair gehandelten Waren während der Leistungsausführung beziehen.¹² Kriterien und Bedingungen bezüglich des Handels können sich beispielsweise

⁷ Art. 58 Abs. 1 der RL 2014/24/EU, Amtsblatt der EU L 94/129 v. 28.03.2014

⁸ OLG Celle, Beschluss vom 12.1.2012 – 13 Verg 9/11

⁹ Vergl. Rechtsgutachten zur umweltfreundlichen Beschaffung, Vasessa Schmidt u.a., Berliner Energieagentur GmbH im Auftrag des Umweltbundesamtes, Juli 2014

¹⁰ Rechtsgutachten zur umweltfreundlichen Beschaffung, Vasessa Schmidt u.a., Berliner Energieagentur GmbH im Auftrag des Umweltbundesamtes, Juli 2014

¹¹ Art. 67 Abs. 3 der RL 2014/24/EU, Amtsblatt der EU, L 94/134 v. 28.03.2014

¹² EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – C 368/10: Die Forderung nach einer Herstellung unter Berücksichtigung von Fair-Trade-Kriterien sind keine technische Spezifikation sondern eine zusätzliche Bedingung an die Auftragsausführung im Sinne von Art. 26 RL 2004/18/EG



Newsletter Vergaberecht

darauf beziehen, dass die betreffende Ware aus fairem Handel stammt, was auch das Erfordernis einschließen kann, Erzeugern einen Mindestpreis bzw. einen Preisaufschlag zu zahlen.¹³

Der öffentliche Auftraggeber hat jedoch sicherzustellen, dass die gewählten Zuschlagskriterien die Möglichkeit eines fairen Wettbewerbs gewährleisten.¹⁴

Der § 127 Abs. 3 GWB, der die Regelungen des Art. 67 in nationales Recht umsetzt, macht hierzu noch einmal deutlich, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Diese Verbindung kann allerdings bereits dann angenommen werden, wenn sich die Kriterien auf

- Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung,
- die Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung,
- den Handel mit der Leistung oder
- ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung

beziehen. Eine Auswirkung auf die materiellen Eigenschaften des Produktes ist nicht zwingende Voraussetzung für die Einbeziehung eines solchen Kriteriums im Rahmen der Festlegung der Zuschlagskriterien bzw. der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots.

In Ausführung des Art. 67 der RL 2014/24/EU und des § 127 GWB bestimmt § 58 VgV-E, dass die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots auf der Grundlage des besten Preis-Leistungsverhältnisses zu erfolgen hat. Hinsichtlich der Einbeziehung von Umweltkriterien führt § 58 Abs. 2 VgV hierzu aus, dass neben dem Preis oder den Kosten, auch qualitative umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots Berücksichtigung finden können.

¹³ Erwägungsgrund 97 der RL 2014/24/EU, Amtsblatt der EU, L 94/84 v. 28.03.2014; EuGH, Urteil v. 10.5.2012 – C 368/10 (Max Havelaar)

¹⁴ Art. 67 Abs. 4 der RL 2014/24/EU, Amtsblatt der EU, L 94/134 v. 28.03.2014

5. Festlegung von Ausführungsbedingungen

- Art. 18 und 70 RL 2014/24/EU (Bedingungen für die Auftragsausführung)

Umsetzung in nationales Recht:

- § 128 GWB (Auftragsausführung)
- § 61 VgV-E (Ausführungsbedingungen)

In Fortführung der in Art. 18 der RL 2014/24/EU festgelegten Vergabegrundsätze besteht darüber hinaus nach Art. 70 der RL die Möglichkeit, als Ausführungsbedingungen neben wirtschaftlichen Aspekten auch

- innovations- oder umweltbezogene,
- soziale oder
- beschäftigungspolitische Kriterien als Bedingung zur Auftragsausführung heranzuziehen.

§ 128 GWB verpflichtet zunächst die Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere

- Zahlung von Steuern,
- Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten,
- die Arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und
- den Beschäftigten wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren,
- das nach
- dem Mindestlohngesetz, einem allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder einer nach § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassenen Rechtsverord-
- nung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

Die zwingenden Vorgaben des § 128 Abs. 1 GWB werden durch Regelungen des § 128 Abs. 2 GWB ergänzt, die den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit einräumen, auch auf die Auftragsausführung ein nicht unerhebliches Maß an Einfluss zu nehmen. Entgegen den Zuschlagskriterien, die jeweils mit einer Bewertung / Gewichtung hinter-



Newsletter Vergaberecht

legt sind, findet im Rahmen der Festlegung der Ausführungsbedingungen keine Wertung statt. Die Vorgaben des öffentlichen Auftraggebers sind von dem beauftragten Unternehmen einzuhalten. Ist dieses von vornherein nicht in der Lage die Leistung entsprechend der Vorgaben ausführen, so darf auf das Angebot der Zuschlag nicht erteilt werden. Stellt sich erst im Laufe der Leistungsausführung heraus, dass Ausführungsbedingungen nicht eingehalten werden, so ist dieses -mit entsprechenden Konsequenzen- als Verletzung des bestehenden Vertrages zu werten.

Für den öffentlichen Auftraggeber besteht die Möglichkeit, sich die Einhaltung der Ausführungsbestimmungen durch Vorlage einer entsprechenden Erklärung im Rahmen der Einreichung der Angebote oder durch die Aufnahme von Vertragsstrafen oder Sonderkündigungsrechten abzusichern. Die Auftragsausführungsbedingungen müssen sich aus der Bekanntmachung bzw. den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale, beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

6. Verwendung von Gütezeichen

- Art. 43 RL 2014/24/EU (Gütezeichen)

Umsetzung in nationales Recht:

- § 34 VgV-E (Nachweisführung durch Gütezeichen)

Durch die Regelungen des neuen Vergaberechts hat auch die Verwendung von Gütezeichen einen neuen Stellenwert erfahren. War es bislang nur möglich, die Kriterien eines Gütezeichens als Grundlage für die Bestimmung des Auftragsgegenstandes heranzuziehen, so können nunmehr die öffentlichen Auftraggeber verlangen, dass Leistungen mit Gütezeichen angeboten werden, die bestimmte ökologische, soziale oder sonstige Eigenschaften bescheinigen.

Nach Art. 2 Abs. 1 Nr. 23 der RL 2014/24/EU sind Gütezeichen Dokumente, Zeugnisse oder Bescheinigungen, mit denen bestätigt wird, dass eine

konkret nachgefragte Leistung bestimmte Anforderungen erfüllt.

Durch die RL 2014/24/EU wird die Einbeziehung vom Umweltzeichen in die Vergabeverfahren erheblich vereinfacht. Art. 43 gestattet öffentlichen Auftraggebern beim Erwerb von Bau-, Dienst- oder Lieferleistungen mit spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder sonstigen Merkmalen ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis dafür zu verlangen, dass die nachgefragte Leistung den geforderten Merkmalen des Gütezeichens entspricht. Durch die zwingende Vorgabe bestimmter Gütezeichen kann der Wettbewerb erheblich eingeschränkt werden. In Umsetzung des Artikels 43 bestimmt § 34 VgV die Bedingungen, die ein Gütezeichen erfüllen muss. Danach müssen die Gütezeichenanforderungen Kriterien betreffen, die mit den Anforderungen des Auftragsgegenstandes in Verbindung stehen. Die Gütezeichen selbst müssen auf objektiv nachprüfbar und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen sowie im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt sein, an dem alle relevanten interessierten Kreise teilnehmen können und für alle Betroffenen zugänglich sein. Die Anforderungen an die Gütezeichen müssen von einem Dritten festgelegt werden, auf den der Wirtschaftsteilnehmer, der das Gütezeichen beantragt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben kann.

Dietmar Altus