

**„Öffentliche Beschaffung von
Desktop-PCs unter Berücksichtigung
sozialer Kriterien
– Vergaberechtliche Aspekte –“**

Workshop
„Instrumente für den fairen öffentlichen Einkauf von Computern“
des WEED e.V.

**Rechtsanwalt Christian Buchmüller
Rechtsanwalt Jörn Schnutenhaus**

Schnutenhaus & Kollegen
Reinhardtstraße 29 B, 10117 Berlin
Tel.: (030) 25 92 96-30; Fax: (030) 25 92 96 -40
info@schnutenhaus-kollegen.de

Rechtsanwaltskanzlei Schnutenhaus & Kollegen

- bundesweit tätige Rechtsanwaltskanzlei mit derzeit sieben Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälten
- spezialisiert im Energie-, Klimaschutz- und Vergaberecht
- unabhängig von jeglichen Konzerninteressen
- umfassende Beratung von Anlagenbetreibern, Planern und Projektierern im Bereich der Kraft-Wärme-Kopplung und der Erneuerbaren Energien
- energierechtliche Beratung der öffentlichen Hand, von Stadtwerken und von Industriekunden
- Beratung des BMU / UBA im Energie- und Klimaschutzrecht
- vergaberechtliche Beratung von Kommunen, Zweckverbänden und Bundesbehörden bei Energielieferungen und -dienstleistungen

Übersicht

- Mögliche Ansatzpunkte für die Berücksichtigung sozialer Kriterien
- Rechtsrahmen oberhalb der EU-Schwellenwerte
- Grundproblem: Nachweisbarkeit bzw. Überprüfbarkeit der Anforderungen
- Definition des Auftragsgegenstandes und Leistungsbeschreibung
- Eignungsprüfung
- Zuschlagskriterien
- Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung
- Fazit

Mögliche Ansatzpunkte für die Berücksichtigung sozialer Kriterien

- Bestimmung des Auftragsgegenstandes / in der Leistungsbeschreibung
- Im Rahmen der Eignungsprüfung
- Zuschlagskriterien
- Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung

Rechtsrahmen oberhalb der EU-Schwellenwerte

EU-Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträge:

➔ 206.000 € zzgl. Umsatzsteuer

Rechtsrahmen:

- Europäisches Primärrecht, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und der Verhältnismäßigkeit
- Europäisches Sekundärrecht, insbesondere die Vergabekoordinierungsrichtlinie
- Deutsches Verfassungsrecht, insbesondere die Berufsfreiheit (Art. 12 GG) und der Gleichbehandlungsgrundsatz (Art. 3 GG)
- Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV) sowie die Verdingungsordnungen (insbesondere die VOL/A Abschnitt 2)

Grundproblem: Überprüfbarkeit der Anforderungen (I)

- **Ausgangspunkt:** Grundsätze der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz
- **Folge (EuGH):** Öffentlicher Auftraggeber darf nur solche Zuschlagskriterien vorsehen, die er effektiv überprüfen kann.
- **Problem:** Ist diese Rechtsprechung übertragbar auf
 - Definition des Auftragsgegenstandes / Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung?
 - Eignungskriterien?
 - Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung?

Grundproblem: Überprüfbarkeit der Anforderungen (II)

- Ohne eine effektive Überprüfung sind Anforderungen **unzulässig** bezüglich:
 - Definition des Auftragsgegenstandes / Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung
 - Eignungskriterien
 - Zuschlagskriterien

- Möglicherweise zulässig, aber vergaberechtlich umstritten:
 - Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung, zumindest wenn Bieter „abgestufte Eigenerklärung“ abgeben dürfen

Im Folgenden hypothetische Annahme, dass effektive Überprüfbarkeit gegeben ist !

Definition des Auftragsgegenstandes / Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung (I)

- Ausgangspunkt:
Weitgehende Dispositionsfreiheit des öffentlichen Auftraggebers so der Auswahl des Auftragsgegenstandes

- Grenzen:
 - Europäisches Primärrecht (Wettbewerb, Gleichbehandlung, Transparenz)
 - Deutsches Verfassungsrecht (Berufsfreiheit, Gleichheitsgrundsatz)
 - Vorgaben der VKR
 - Vorgaben der VOL/A

Definition des Auftragsgegenstandes / Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung (II)

■ **Problem:**

Kann Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der Leistungsbeschreibung zwingend gefordert werden?

- Vergaberechtlich höchst umstritten, bei Bezug zum Auftragsgegenstand aber vergaberechtlich vertretbar
- Unverhältnismäßiger Eingriff in die Berufsfreiheit der Bieter?
- Ungewöhnliche Anforderung an die Beschaffenheit der Leistung, ohne dass dies unbedingt notwendig?

➡ **Fazit:** Derzeit mit erheblichen Risiken verbunden.

Eignungskriterien

Situation 1: Verstöße des Bieters selbst gegen IAO-Kernarbeitsnormen

- Ausschluss des Bieters wegen Unzuverlässigkeit (wegen schwerer Verfehlung) vergaberechtlich vertretbar
- Problem: Nachweis der schweren Verfehlung erforderlich

Situation 2: Verstöße der Vorlieferanten des Bieters gegen IAO-Kernarbeitsnormen

- Hinsichtlich ausbeuterischer Kinderarbeit durch Vorlieferanten vergaberechtlich vertretbar (vgl. Bayerische Staatsregierung), Bieter die Zuverlässigkeit abzusprechen.
- Hinsichtlich übriger IAO-Kernarbeitsnormen führen Verstöße der Vorlieferanten nicht zu Unzuverlässigkeit des Bieters

➡ **Fazit:** Eignungskriterien nicht der geeignete Ort, um die Einhaltung sämtlicher IAO-Kernarbeitsnormen zu fordern.

Zuschlagskriterien

Vergaberechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien umstritten, aber Zulässigkeit (ebenso wie für Umweltkriterien) vertretbar, sofern Kriterien

- mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen
- dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen
- im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind und
- alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.

➔ Fazit: Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterium vergaberechtlich vertretbar

Aber: Vergabe von Bonuspunkten für „bessere Nachweisführung“ als Zuschlagskriterium unzulässig!

Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung (I)

- Verortung sozialer Kriterien im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung ausdrücklich in Art. 26 S. 2 VKR vorgesehen
- Ebenso in § 97 IV S. 1 HS. 2 des Entwurfs der GWB-Novelle
- Vergaberechtlich umstritten, ob zu unterscheiden zwischen:
 - noch herzustellenden Waren
 - noch vom Bieter von seinen Vorlieferanten zu erwerbende Waren
 - Lagerbestände des Bieters→ Sind Lagerbestände des Bieters von der Ausschreibung auszuschließen?

➔ Fazit: Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung zulässig

Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung (II)

- Umsetzung der Anforderungen in den Verdingungsunterlagen:
 - z. B. Eigenerklärung des Bieters
 - Grundsätzlich:
 - Verpflichtung des Bieters zur Lieferung von Desktop-PCs, die unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden
 - Wenn für Bieter nachweislich unmöglich oder unverhältnismäßig: „Bemühens- oder Anstrebensregelung“ verbunden mit Anforderungskatalog des Auftraggebers sowie Dokumentationspflichten des Bieters

Fazit

- Kernfrage:
Wie kann eine effektive Überprüfbarkeit der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen gewährleistet werden?
- Aber:
Schon jetzt ist es vergaberechtlich vertretbar, die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung von Desktop-PCs im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung zu verorten.

**Wir danken für Ihre Aufmerksamkeit und stehen für
Fragen und fachlichen Austausch gerne zur Verfügung!**

Rechtsanwalt Christian Buchmüller
Rechtsanwalt Jörn Schnutenhaus, Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Schnutenhaus & Kollegen
Reinhardtstraße 29 B, 10117 Berlin
Tel.: (030) 25 92 96-30; Fax: (030) 25 92 96 -40
buchmueller@schnutenhaus-kollegen.de
schnutenhaus@schnutenhaus-kollegen.de