

Rechtliches Gutachten

zum Entwurf der Musterausschreibung von Desktop-PCs, einschließlich Servicevertrag, unter Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien

für: WEED – Weltwirtschaft, Ökologie und Entwicklung e.V.
Herrn Florian Butollo und
Frau Hanna Kusch
Eldenaer Straße 60
10247 Berlin

von: Rechtsanwalt Christian Buchmüller und
Rechtsanwalt und Fachanwalt für Verwaltungsrecht Jörn Schnutenhaus

Schnutenhaus & Kollegen

Rechtsanwälte
Reinhardtstraße 29 B
10117 Berlin

Telefon: (030) 25 92 96 30
Telefax: (030) 25 92 96 40
E-Mail: info@schnutenhaus-kollegen.de

Berlin, 12. November 2008

INHALTSVERZEICHNIS

A.	Zusammenfassung	3
B.	Hintergrund und Prüfauftrag	5
C.	Vergaberechtliche Grundlagen	6
I.	Mögliche Ansatzpunkte für die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien	6
II.	Rechtsrahmen	6
D.	Rechtliche Prüfung	7
I.	Vorgehensweise	7
II.	Grundproblem: Nachweisbarkeit bzw. Überprüfbarkeit der Anforderungen.....	7
1.	Allgemeines	7
2.	Berücksichtigung von Umweltkriterien.....	9
3.	Berücksichtigung sozialer Kriterien.....	9
III.	Definition des Auftragsgegenstandes und der Leistungsbeschreibung	10
1.	Allgemeines	10
2.	Berücksichtigung von Umweltkriterien.....	11
3.	Berücksichtigung sozialer Kriterien.....	12
IV.	Eignungsprüfung	14
1.	Allgemeines	14
2.	Berücksichtigung sozialer Kriterien.....	14
a)	Verstoß des Bieters selbst	14
b)	Verstöße der Vorlieferanten	15
V.	Zuschlagskriterien.....	18
1.	Allgemeines	18
2.	Berücksichtigung von Umweltkriterien.....	19
3.	Berücksichtigung sozialer Kriterien.....	20
a)	Berücksichtigung der sozialen Kriterien selbst als Zuschlagskriterium	20
b)	Berücksichtigung der Art der Nachweisführung als Zuschlagskriterium... ..	23
VI.	Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung	23
1.	Allgemeines	23
2.	Berücksichtigung von Umweltkriterien.....	24
3.	Berücksichtigung sozialer Kriterien.....	25
a)	Zulässigkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien.....	25
b)	Anforderungen an eine Eigenerklärung	27
c)	Nachweiserfordernis	28
VII.	Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers zur Sicherung der Anforderungen	29
E.	Handlungsempfehlungen	29
Anhang 1:	Ablauf einer (europaweiten oder nationalen) Ausschreibung im offenen Verfahren	31
Anhang 2:	Rechtsgrundlagen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte	32

A. Zusammenfassung

Die „Musterausschreibung“ der WEED e.V. (Stand: 14. Oktober 2008) enthält sowohl ökologische als auch soziale Kriterien, deren Einhaltung von den Bietern gefordert werden soll.

Die aufgeführten Umweltkriterien können überwiegend sowohl im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes (in der Leistungsbeschreibung) als auch als Zuschlagskriterien in rechtlich zulässiger Weise verwendet werden. Insoweit ist nur noch zu entscheiden, welche ökologischen Kriterien als zwingende Anforderungen an den Auftragsgegenstand und welche als – nicht zwingend zu erfüllende – Zuschlagskriterien berücksichtigt werden sollen. Sofern einzelne Umweltkriterien mangels Auftragsbezugs weder zur Definition des Auftragsgegenstandes noch als Zuschlagskriterien zulässig sind, können sie zumindest als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung in die Verdingungsunterlagen aufgenommen werden.

Erheblich komplexer ist die Situation hinsichtlich der Berücksichtigung sozialer Kriterien in den Verdingungsunterlagen:

- Hier stellt sich zunächst das Grundproblem, dass der öffentliche Auftraggeber nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nur solche Kriterien im Vergabeverfahren fordern darf, deren Einhaltung er auch effektiv überprüfen kann. Diese Anforderung ist hinsichtlich der Einhaltung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) bei der Herstellung von Desktop-PCs gegenwärtig wohl nicht zu erfüllen. Dies führt dazu, dass die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen als soziales Kriterium derzeit weder zur Definition des Auftragsgegenstandes noch als Zuschlagskriterium und wohl auch nicht als Eignungskriterium herangezogen werden darf. Allein im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung lässt sich vergaberechtlich gut vertreten, dass die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen auch ohne eine effektive Überprüfbarkeit durch den öffentlichen Auftraggeber verlangt werden darf; zumindest wenn den Bietern die Möglichkeit zur Abgabe einer abgestuften Eigenerklärung gegeben wird. Doch auch insoweit herrscht noch Rechtsunsicherheit.

Unterstellt man eine effektive Überprüfbarkeit der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung der Desktop-PCs durch den öffentlichen Auftraggeber, so ergibt sich folgendes Bild:

- Es lässt sich vergaberechtlich vertreten, dass die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes sowie seiner näheren Bezeichnung in der Leistungsbeschreibung in zulässiger Weise gefordert werden kann. Dies ist jedoch rechtlich sehr umstritten und auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und zur Vermeidung unangemessen hoher Anforderungen an die Bieter derzeit nicht zu empfehlen.
- Hinsichtlich der Verortung sozialer Kriterien als Eignungskriterien ist zu unterscheiden: Verstößt ein Bieter nachweislich selbst gegen die IAO-Kernarbeitsnormen, kann dies zum Ausschluss vom Vergabeverfahren führen.

Verstöße der Vorlieferanten des Bieters gegen das IAO-Übereinkommen zur Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit können unter Umständen dazu führen, dem Bieter die Zuverlässigkeit und damit seine Eignung abzuspochen. Für die Beschaffung von Desktop-PCs führt dieser Ansatz jedoch nicht weiter, da die Missachtung der übrigen IAO-Kernarbeitsnormen durch Vorlieferanten des Bieters nicht zu dessen Unzuverlässigkeit führen kann.

- Auch wenn dies nach wie vor rechtlich sehr umstritten ist, lassen sich gute Gründe für eine Zulässigkeit der Verortung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen als Zuschlagskriterien aufführen. In keinem Fall zulässig ist dagegen die Vergabe von Bonuspunkten für die Art der Nachweisführung.
- Die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung von Desktop-PCs kann grundsätzlich im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung verortet werden. Auch wenn dies umstritten ist, sind dabei unseres Erachtens die Lagerbestände der Bieter nicht von der Ausschreibung auszuschließen. Die Bieter sollten sich im Rahmen abgestufter Eigenerklärungen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung der Desktop-PCs verpflichten. Selbst wenn dem öffentlichen Auftraggeber der Nachweis über die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung und Lieferung von Desktop-PCs derzeit nicht möglich sein sollte, kann der öffentliche Auftraggeber entsprechend weicher gefasste zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung vorgeben (als bloße „Bemühens- oder Anstrebensregelung“).

Weitere Einzelheiten und Voraussetzungen zur Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen finden sich im folgenden Gutachten.

B. Hintergrund und Prüfauftrag

Im Rahmen eines von der Europäischen Kommission (Generaldirektion Entwicklung) geförderten Projekts erarbeitet WEED e.V. mit mehreren Projektpartnern aus anderen EU-Mitgliedstaaten Möglichkeiten zur öffentlichen Beschaffung von Desktop-PCs unter Berücksichtigung von Sozial- und Umweltkriterien. Teil dieses Projekts ist die Erstellung eines Leitfadens und einer Musterausschreibung zur Beschaffung von Desktop-PCs (einschließlich Servicevertrag). Diesen Teil des Projekts verantwortet WEED e.V.

Gegenstand dieses rechtlichen Gutachtens ist die Frage, ob der Entwurf einer von WEED e.V. erstellten Musterausschreibung (Stand: 14. Oktober 2008) für öffentliche Ausschreibungen oberhalb der europarechtlich vorgegebenen Schwellenwerte in rechtlich zulässiger Weise Sozial- und Umweltkriterien berücksichtigt.

Schwerpunkt unserer rechtlichen Prüfung ist dabei die Berücksichtigung der sozialen Kriterien in den Verdingungsunterlagen, insbesondere der Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO). Die Prüfung konzentriert sich auf den Inhalt der Musterausschreibung. Sie verläuft daher nicht „entlang“ dem Aufbau der Musterausschreibungen.

Nicht Gegenstand unserer rechtlichen Prüfung sind

- der Leitfaden, der in einer späteren Broschüre der Musterausschreibung vorangehen soll,
- die technischen Einzelfragen der Beschaffung von Desktop-PCs sowie deren Berücksichtigung in einer öffentlichen Ausschreibung,
- die rechtlichen Anforderungen an die Ausschreibung eines Servicevertrags,
- die rechtlichen Anforderungen an Ausschreibungen unterhalb der Schwellenwerte (d. h. für nationale Ausschreibungen nach VOL/A),
- öffentliche Ausschreibungen durch Sektorenauftraggeber sowie
- die Anforderungen an die Berücksichtigung von über die Kernarbeitsnormen hinausgehender IAO-Normen.

Wir weisen ausdrücklich darauf hin, dass der Entwurf der „Musterausschreibung“ (Stand: 14. Oktober 2008) lediglich Bausteine späterer Verdingungsunterlagen enthält. In der gegenwärtigen Form ist die „Musterausschreibung“ lückenhaft (z.B. keine Eignungskriterien¹) und zum Teil etwas unübersichtlich. Um den irreführenden Eindruck zu vermeiden, dass die „Musterausschreibung“ als abschließende Fassung von Verdingungsunterlagen herangezogen werden kann, empfehlen wir dem Auftraggeber unabhängig von den Einzelheiten der folgenden rechtlichen Prüfung, die „Musterausschreibung“ auf „Bausteine“ ausschließlich zu den für die Verortung ökologischer und sozialer Kriterien maßgeblichen Stufen der Vergabeunterlagen zu beschränken.

¹ Einzige Ausnahme bildet die Anforderung eines Auszugs aus dem Gewerbezentralregister auf S. 3 der Musterausschreibung.

C. Vergaberechtliche Grundlagen

I. Mögliche Ansatzpunkte für die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien

Im Vergabeverfahren sind insgesamt vier verschiedene Ansatzpunkte denkbar, um soziale und ökologische Kriterien in den Verdingungsunterlagen zu berücksichtigen:

- bei der Bestimmung des Auftragsgegenstandes / in der Leistungsbeschreibung,
- im Rahmen der Eignungsprüfung,
- als Zuschlagskriterien und
- als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung.

Dies wird deutlich, wenn man sich den im Anhang 1 dargestellten Ablauf einer (europaweiten oder nationalen) Ausschreibung im offenen Verfahren verdeutlicht.

Die Voraussetzungen für eine vergaberechtliche Zulässigkeit der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien in den Verdingungsunterlagen unterscheiden sich im Hinblick auf die einzelnen Ansatzpunkte. Zudem sind sie in der rechtswissenschaftlichen Literatur und Praxis äußerst umstritten. Dieses Gutachten muss sich darauf beschränken, die Grundzüge der Debatte darzustellen, zu bewerten sowie deren Bedeutung für die öffentliche Beschaffung von Desktop-PCs darzustellen.

II. Rechtsrahmen

Im Rahmen der vergaberechtlichen Prüfung ist zu unterscheiden. Bei einem Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte des Artikels 7 Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR), § 2 Vergabeverordnung (VgV) von derzeit 206.000,00 €² zuzüglich Umsatzsteuer für öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge sind

- europäisches Primärrecht, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, Nicht-diskriminierung, Transparenz und der Verhältnismäßigkeit,
- europäisches Sekundärrecht, insbesondere die Vergabekoordinierungsrichtlinie (VKR),
- deutsches Verfassungsrecht, insbesondere die Berufsfreiheit, Artikel 12 Grundgesetz (GG), und der Gleichbehandlungsgrundsatz, Artikel 3 GG sowie
- das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die Vergabeverordnung (VgV) sowie die Verdingungsordnungen (insbesondere die VOL/A Abschnitt 2).

zu beachten. Bei einem Auftragswert unterhalb des Schwellenwertes findet hingegen die VKR keine Anwendung. Von der VOL/A sind lediglich die Basisparagrafen (Abschnitt 1) zu beachten. Eine Gegenüberstellung der Rechtsgrundlagen für Ausschreibungen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte findet sich im Anhang 2 zu diesem Kurzgutachten.

Gegenstand dieses Gutachtens sind ausschließlich Ausschreibungen oberhalb der Schwellenwerte.

² Im Rahmen dieses Gutachtens gehen wir lediglich auf die Vergabekoordinierungsrichtlinie, nicht jedoch auf die Sektorenrichtlinie ein.

D. Rechtliche Prüfung

I. Vorgehensweise

Für die genannten Ansatzpunkte zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien wird jeweils in einem ersten Schritt geprüft, ob überhaupt und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, ökologische bzw. soziale Kriterien Berücksichtigung finden können. Im Anschluss daran wird die vorliegende „Muster Ausschreibung“ an den gefundenen Ergebnissen gemessen. Zuerst wird allerdings auf das Problem der eingeschränkten Nachweisbarkeit bzw. Überprüfbarkeit der Einhaltung sozialer Anforderungen im Rahmen der Beschaffung von Desktop-PCs eingegangen.

II. Grundproblem: Nachweisbarkeit bzw. Überprüfbarkeit der Anforderungen

1. Allgemeines

Unabhängig davon, auf welcher der genannten einzelnen Stufen soziale und/oder ökologische Kriterien im Vergabeverfahren berücksichtigungsfähig sind, ist in jedem Fall erforderlich, dass der öffentliche Auftraggeber die von ihm geforderten Anforderungen effektiv überprüfen kann. Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) schließt der im Vergabeverfahren zu beachtende „Grundsatz der Gleichbehandlung der Bieter eine Verpflichtung zur Transparenz ein, die es ermöglichen soll, seine Beachtung zu überprüfen, und durch die insbesondere gewährleistet werden soll, dass nachgeprüft werden kann, ob die Vergabeverfahren unparteiisch durchgeführt wurden“.³ Aus diesem Grund hat der EuGH im Hinblick auf die Gestaltung der Zuschlagskriterien entschieden, dass eine objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote voraussetzt, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.⁴ Zugleich sind jedoch nicht nur im Rahmen der Zuschlagserteilung, sondern in jedem Stadium des Vergabeverfahrens sowohl der Grundsatz der Gleichbehandlung der potentiellen Bieter als auch der Grundsatz der Transparenz zu wahren.⁵ Aus diesem Grund muss unabhängig davon, an welcher Stelle die sozialen bzw. ökologischen Kriterien in den Verdingungsunterlagen verortet werden, eine effektive Überprüfung der Einhaltung der Anforderungen durch den öffentlichen Auftraggeber möglich sein.

Dies wird deutlich, wenn man sich die Wirkung der sozialen bzw. ökologischen Kriterien verdeutlicht:

- Im Rahmen der *Definition des Auftragsgegenstandes bzw. der Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung* hat die Einführung sozialer und ökologischer Kriterien zur Folge, dass Angebote von Bietern, die die zwingend geforderten ökologischen und sozialen Kriterien nicht erfüllen, im Rahmen der Wertung nicht berücksichtigt werden können, sondern ausgeschlossen werden müssen.
- Im Rahmen der Überprüfung der *Eignung der Bieter* hat ein Nichtvorliegen eines Nachweises über die Einhaltung ökologischer und sozialer Kriterien den Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren zur Folge.

³ EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01, Rz. 49 („Wienstrom“).

⁴ EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01, Rz. 50 („Wienstrom“).

⁵ EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01, Rz. 56 („Wienstrom“).

- Im Rahmen der *Zuschlagserteilung* entfalten die sozialen und ökologischen Kriterien zwar nur eine relative Wirkung dahingehend, dass von ihrer Erfüllung nicht die Teilnahme am Vergabeverfahren im Sinne eines Ausschlusskriteriums abhängt. Die zumindest vorgebliche Einhaltung der Kriterien durch einen Bieter kann diesem jedoch im Rahmen der Wertung gegenüber einem anderen Bieter den entscheidenden Vorteil verschaffen. Dieser Vorteil darf aus Gründen der Transparenz und Gleichbehandlung nur auf durch den Auftraggeber effektiv nachprüfbar Anforderungen zurückgehen.⁶
- Die *zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung* hingegen entfalten wiederum absolute Wirkung dahingehend, dass derjenige Bieter, der sich nicht zur Beachtung der Ausführungsbedingungen bereit erklärt, von der Wertung ausgeschlossen wird.⁷ Somit ist grundsätzlich auch im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung eine Nachweisbarkeit bzw. Überprüfbarkeit der sozialen und ökologischen Anforderungen durch den Auftraggeber eine zwingende Voraussetzung. In der Folge wird von manchen Experten bereits jetzt die Neuregelung des § 97 Abs. 4 GWB-Entwurf im Hinblick auf die Einführung sozialer und ökologischer Kriterien im Zusammenhang mit der Auftragsausführung für undurchführbar gehalten.⁸

Allerdings ist es nicht zwingend, auch im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung eine effektive Überprüfung der Vorgaben durch den Auftraggeber als Zulässigkeitsvoraussetzung anzusehen. Denn die Vorgabe des EuGH, dass aus Gründen der Gleichbehandlung der potentiellen Bieter und der Transparenz des Vergabeverfahrens eine effektive Überprüfung der Anforderungen durch den Auftraggeber gewährleistet sein muss, ist vor allem im Hinblick auf die Definition und Beschreibung des Auftragsgegenstandes sowie der Zuschlagskriterien zwingend. Denn die Angebote der Bieter müssen untereinander vergleichbar sein und auf der Grundlage transparenter und überprüfbarer Kriterien bewertet werden können. Die Auftragsausführung dagegen ist dem formellen Vergabeverfahren nachgelagert. Die Auftragsausführungsbedingungen stellen Vertragsbedingungen dar, die vom Bieter bei der Auftragsausführung beachtet werden müssen.⁹ Die Beachtung dieser Vertragsbedingungen durch den Bieter im Rahmen einer späteren Auftragsausführung ist im Rahmen der Zuschlagsentscheidung ohnehin noch nicht zu beurteilen und spielt daher für die Zuschlagsentscheidung keine Rolle. Aus diesem Grund droht im Rahmen der Zuschlagsentscheidung auch noch keine Diskriminierung potentieller Bieter dadurch, dass der Auftraggeber die Einhaltung der geforderten Vertragsbedingungen nicht effektiv überprüfen kann. Dies gilt zumindest dann, wenn der Auftraggeber für den Fall, dass dem Bieter die verbindliche Zusage einer Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht möglich ist, auch eine Verpflichtungserklärung des Bieter zur Ergreifung zielführender Maßnahmen zur Einhaltung bestimmter sozialer und ökologischer Kriterien zulässt (vgl. dazu unten D.VI.3 b)). Denn zumindest die Abgabe einer derartigen weichen Verpflichtungserklärung ist jedem Bieter zumutbar.¹⁰ Und zumindest die Überprüfung der Einhaltung der Verpflichtungserklärung durch den Auftraggeber dürfte effektiv möglich sein, wenn dem erfolgreichen Bieter entsprechende vertragliche Mitwirkungspflichten auferlegt werden.

⁶ So ausdrücklich der EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01, Rz. 49 f („*Wienstrom*“).

⁷ Vgl. *Opitz*, VergabeR 2004, S. 421, 429 m.w.N.; *Wiedmann*, EuZW 2008, S. 306, 309.

⁸ *Summa*, Stellungnahme zu dem Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, Deutscher Bundestag, Ausschuss für Wirtschaft und Technologie, Ausschuss-Drs. 16(9)1171 vom 8.10.2008, S. 6.

⁹ *Fischer*, EuZW 2004, S. 492, 494.

¹⁰ Daher wird auch kein Bieter durch den im Fall einer Nichtabgabe drohenden Ausschluss vom Vergabeverfahren nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A benachteiligt.

Festzuhalten ist somit, dass es im Hinblick auf die Gestaltung der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung vertretbar erscheint, geringere Anforderungen an die effektive Überprüfung ihrer Einhaltung durch den öffentlichen Auftraggeber zu stellen. Allerdings ist eine solche Sichtweise mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit behaftet, da sie von den strikten Vorgaben des EuGH an die Gestaltung von Zuschlagskriterien, die sich in entsprechender Weise auch auf die Gestaltung der Leistungsbeschreibung, der Eignungskriterien sowie der besonderen Bedingungen für die Auftragsausführung übertragen lassen, abweicht und zudem auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur bezweifelt wird.¹¹

Angesichts der hohen Anforderungen des EuGH an eine effektive Überprüfbarkeit der vom Auftraggeber gestellten Anforderungen ist zu prüfen, inwiefern die in der Musterausschreibung vorgesehenen ökologischen und sozialen Kriterien eine effektive Überprüfung durch den Auftraggeber ermöglichen.

2. Berücksichtigung von Umweltkriterien

Als ökologische Kriterien werden in der Musterausschreibung im Rahmen der Bewertungsmatrix auf Seite 5 in der Musterausschreibung die Aufrüstbarkeit, Recyclingfähigkeit, Energieeffizienz, Inhaltsstoffe, Emissionen sowie die Rücknahme der Altgeräte genannt. Bei den ersten fünf der ökologischen Anforderungen handelt es sich um solche, die als technische Spezifikationen angeordnet und überprüft werden können. Diese Kriterien können daher unproblematisch gefordert werden. Im Hinblick auf die Rücknahme der Altgeräte ist festzustellen, dass diese zwar keine technische Spezifikation darstellt und auch nicht als Zuschlagskriterium in Betracht kommt mangels Produktbezug, sie jedoch als besondere Bedingung für die Auftragsausführung vertraglich vereinbart werden kann und einer effektiven Überprüfung zugänglich ist.

3. Berücksichtigung sozialer Kriterien

Anders hingegen die in der Musterausschreibung genannten sozialen Kriterien: Unabhängig davon, ob sie im Einzelnen zulässig sind, ist jedenfalls festzustellen, dass die Kriterien Vereinigungsfreiheit, keine Zwangsarbeit, keine Kinderarbeit, keine Diskriminierung, Existenzsichernde Löhne, sichere und gesunde Arbeitsbedingungen, maximale Arbeitsstunden sowie Arbeitsplatzsicherheit im Hinblick auf ihre Einhaltung bei der Herstellung und Lieferung von Desktop-PCs durch den Auftraggeber derzeit nicht effektiv überprüfbar sind. Angesichts der Komplexität der Lieferkette gibt es bislang keine Siegel oder Zertifikate, die die Einhaltung der genannten sozialen Standards bestätigen. Eine effektive Überprüfbarkeit kann auch nicht dadurch ersetzt werden, dass die Bieter Eigenerklärungen dahingehend abgeben, dass sie sich um die Einhaltung der sozialen Standards bemühen.

In der Folge ist – unabhängig von der Zulässigkeit der genannten sozialen Kriterien im Einzelnen – (dazu ausführlicher unten im Rahmen der einzelnen Stufen) zu differenzieren:

Die Festlegung nicht überprüfbarer Anforderungen in den Verdingungsunterlagen ist im Hinblick auf Definition und Beschreibung des Auftragsgegenstandes sowie als Zuschlagskriterien aus Gleichbehandlungsgründen unzulässig. Denn die Angebote der Bieter müssen vergleichbar sein und auf der Grundlage transparenter und überprüfbarer Kriterien bewertet werden können.

¹¹ Vgl. *Summa*, (Fn. 8), S. 6.

Im Rahmen der Eignungsprüfung ist es zwar denkbar, zur Feststellung der Eignung der Bieter bestimmte Eigenerklärungen zu verlangen. Auch diese Eigenerklärungen müssen jedoch aus Gleichbehandlungsgründen effektiv überprüfbar sein.

Der größte Spielraum bietet sich u. E. dem öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung. Aufgrund der oben unter D.II.1 genannten Gründe könnte es dem öffentlichen Auftraggeber möglich sein, vom Bieter im Rahmen einer abgestuften Erklärung die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen oder zumindest die Ergreifung dahin führender Maßnahmen bei der Herstellung der zu liefernden Ware zu verlangen, auch wenn ihm eine effektive Überprüfung der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen nicht möglich ist. Allerdings besteht insoweit aus den oben genannten Gründen eine erhebliche rechtliche Unsicherheit, auf die an dieser Stelle hingewiesen werden muss. Rechtssicher zulässig ist die Verortung der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen – vorbehaltlich der weiteren, noch darzustellenden Voraussetzungen – erst, wenn eine effektive Überprüfbarkeit der Anforderungen durch den öffentlichen Auftraggeber gegeben ist.

Festzuhalten ist daher, dass ohne die Entwicklung entsprechender Nachweis- und Überprüfungsmöglichkeiten gegenwärtig wohl ein erhebliches vergaberechtliches Risiko besteht, dass die aufgeführten sozialen Kriterien – unabhängig davon, wo man sie verortet – einer Überprüfung durch Vergabekammern und Vergabesenate bei den Oberlandesgerichten bzw. beim Bundesgerichtshof nicht standhalten.

Im Rahmen der folgenden Prüfung wird hypothetisch davon ausgegangen, dass eine effektive Überprüfung der Einhaltung sowohl der ökologischen als auch der sozialen Anforderungen durch den öffentlichen Auftraggeber möglich ist.

III. Definition des Auftragsgegenstandes und der Leistungsbeschreibung

1. Allgemeines

Die erste Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien bei der Beschaffung von Desktop-PCs besteht darin, diese bereits im Wege der Definition des Auftragsgegenstandes und in der diesen konkretisierenden Leistungsbeschreibung aufzugreifen. In diesem Fall haben die Bieter die genannten ökologischen und sozialen Anforderungen zwingend mit der Angebotsabgabe zu erfüllen und nachzuweisen. Dies unterscheidet die Definition des Auftragsgegenstandes sowie seine nähere Beschreibung in der Leistungsbeschreibung von den Zuschlagskriterien. Soziale und ökologische Kriterien, die im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes gefordert werden, sind vom Bieter zwingend zu erfüllen. Hingegen können im Rahmen der Zuschlagserteilung diese Kriterien demjenigen Bieter, der sie erfüllt, einen zusätzlichen Vorteil im Rahmen der Wertung verschaffen, ohne dass die Erfüllung dieser Kriterien zwingend notwendig ist, um den Zuschlag zu erhalten.

Im Rahmen der Musterausschreibung wird gegenwärtig noch nicht deutlich, ob, und wenn ja welche, ökologischen bzw. sozialen Kriterien schon zwingend im Sinne einer Definition des Auftragsgegenstandes sein sollen und welche Kriterien als Zuschlagskriterium bei der Angebotswertung berücksichtigt werden sollen. Dies ist noch deutlich herauszuarbeiten.

Im Folgenden unterstellen wir, dass zumindest einige der ökologischen und sozialen Kriterien bereits als zwingende Kriterien im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes in die Leistungsbeschreibung integriert werden sollen. Aus diesem Grund stellen wir die Vor-

aussetzungen an die Zulässigkeit der Aufnahme ökologischer und sozialer Kriterien zur Definition des Auftragsgegenstandes kurz dar:

Grundsätzlich besteht aus vergaberechtlicher Sicht eine weitgehende Dispositionsfreiheit des Auftraggebers dahingehend, wie er den Auftragsgegenstand bestimmt und ihn entsprechend in der Leistungsbeschreibung näher spezifiziert. Grenzen sind dieser Dispositionsfreiheit selbstverständlich durch die allgemeinen europarechtlichen Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz sowie der Gleichbehandlung gesetzt.¹²

In der VKR als europäischem Sekundärrecht finden sich keine Vorgaben zur Auswahl und Bestimmung des Auftragsgegenstandes durch den öffentlichen Auftraggeber, sondern lediglich zur Verwendung technischer Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung.¹³ Im deutschen Recht finden sich in der VOL/A in § 8 Anforderungen an den Inhalt der Leistungsbeschreibung sowie in § 8a Vorgaben für die Einbeziehung technischer Anforderungen. Insbesondere ist nach § 8 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A die Leistung eindeutig und so erschöpfend zu beschreiben, dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen. Dies bedeutet, dass sämtliche zwingenden Anforderungen an den Auftragsgegenstand – einschließlich etwaiger sozialer und ökologischer Kriterien – in der Leistungsbeschreibung genau bezeichnet sein müssen. Dies wäre bei einer Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien bei der Definition des Auftragsgegenstandes zu gewährleisten. Hierauf müsste im Rahmen der Musterausschreibung noch hingewiesen werden.

Für die Berücksichtigung von sozialen bzw. ökologischen Kriterien ist zudem § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A von Interesse. Danach sind an die Beschaffenheit der Leistung ungewöhnliche Anforderungen nur insoweit zu stellen, als sie unbedingt notwendig sind. Diese Regelung ist Ausdruck des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips.¹⁴

2. Berücksichtigung von Umweltkriterien

Die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Definition des Auftragsgegenstandes und seiner näheren Beschreibung in der Leistungsbeschreibung wird inzwischen allgemein für zulässig gehalten, sofern die Umwelteigenschaften direkt mit den Eigenschaften des zu beschaffenen Produkts verknüpft sind.¹⁵ In Artikel 23 Abs. 3 lit. b) VKR wird ausdrücklich vorgesehen, dass technische Spezifikationen des Auftragsgegenstandes in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen zu formulieren sind, die auch Umwelteigenschaften umfassen können. Gemäß Anhang VI Ziffer 1 b) der VKR können öffentliche Auftraggeber in der technischen Spezifikation dabei auch Merkmale des Auftragsgegenstandes vorschreiben, wie die Umweltleistungstufen und Produktionsprozesse und -methoden. Damit ist in der VKR als maßgeblichem europäischem Sekundärrecht nunmehr ausdrücklich die Zulässigkeit von Umwelteigenschaften zu technischen Spezifikationen des Auftragsgegenstandes geregelt und anerkannt.

Sofern der öffentliche Auftraggeber zum Nachweis der Erfüllung der Umwelтанforderungen aus den technischen Spezifikationen in den Vergabeunterlagen angibt, dass bei solchen Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungs- oder Aufgabenbeschreibung festgelegten technischen Anforderungen genügen, ist dies nach Artikel 23 Abs. 6, § 8a Nr. 3 VOL/A zulässig. Zu beachten ist jedoch, dass die ökologischen Anforderungen im Einzelnen in der Leistungsbeschreibung aufzuführen sind und nicht lediglich auf ein Siegel oder Label verweisen wird,

¹² *Weyand*, Vergaberecht, 2. Auflage 2007, VOB/A § 9, Rn. 4058 ff.

¹³ Vgl. Artikel 23 VKR.

¹⁴ *Noch*, in: Müller-Wrede, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 8, Rn. 184.

¹⁵ *Noch*, in: Müller-Wrede, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 8, Rn. 189.

welches die Einhaltung dieser Kriterien verlangt.¹⁶ Dies sollte in der Musterausschreibung sowohl im Abschnitt zur Definition des Auftragsgegenstandes als auch auf Seite 6 im Abschnitt zu den Zuschlagskriterien deutlich klargestellt werden. Werden Umweltzeichen zur Nachweisführung anerkannt, ist die Nachweisführung mittels gleichartiger Nachweise ausdrücklich zuzulassen.

Der öffentliche Auftraggeber kann somit im Rahmen der Beschaffung von Desktop-PCs in der Leistungsbeschreibung als technische Spezifikationen ökologischer Anforderungen an die Beschaffenheit des Auftragsgegenstandes Desktop-PC festlegen, sofern ein Auftragsbezug vorhanden ist. Derzeit geht aus der Musterausschreibung nicht klar hervor, ob, und wenn ja welche, Umweltkriterien schon im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes zwingend gefordert werden sollen. Die auf Seite 2 der Musterausschreibung vorgesehenen technischen Spezifikationen im Hinblick auf Energieeffizienz und Recyclingfähigkeit weisen dann einen Auftragsbezug auf, wenn sie ausdrücklich als Merkmal der zu beschaffenden Desktop-PCs formuliert werden. Das Kriterium der Schadstoffreduzierung ist so zu präzisieren, dass es einen konkreten Bezug zum Auftragsgegenstand „Desktop-PC“ aufweist.

Sollte überlegt werden, einzelne Kriterien der auf Seite 5 der Musterausschreibung genannten ökologischen Zuschlagskriterien schon als technische Spezifikationen des Auftragsgegenstandes zwingend vorzugeben, so müsste dies im Rahmen der Musterausschreibung verdeutlicht werden. Es wäre jedoch hinsichtlich der Gesichtspunkte Aufrüstbarkeit, Recyclingfähigkeit, Energieeffizienz, Inhaltsstoffe sowie Emissionen angesichts des Bezugs zum Produkt „Desktop-PC“ unproblematisch möglich. Unzulässig wäre dagegen mangels Produktbezug die Anforderung einer Rücknahme von Altgeräten. Dies könnte jedoch als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung und damit als Vertragsbedingung festgelegt werden (dazu unten unter D.VI.2). Auch die auf Seite 3 der Musterausschreibung vorgesehene Gewährleistungsfrist von 60 Monaten ist – wenn überhaupt – lediglich als besondere Bedingung für die Vertragsausführung zulässig (auch dazu unten unter D.VI.2).

3. Berücksichtigung sozialer Kriterien

Hinsichtlich der Zulässigkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien und insbesondere der IAO-Kernarbeitsnormen besteht eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Denn anders als Umweltkriterien finden soziale Kriterien weder in den Regelungen der VKR noch in der VOL/A zu technischen Spezifikationen ausdrückliche Erwähnung. Zudem stellt sich hinsichtlich der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen das Problem, dass deren Einhaltung höchstens als Prozess- bzw. Produktionsmethode anzusehen ist, die sich nicht im Produkt wiederfindet.

Entsprechend wird in der juristischen Literatur die Berücksichtigung sozialer Kriterien im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes aus doppelter Hinsicht für unzulässig gehalten:

- Zum einen wird argumentiert, dass der europäische Richtliniengeber die Berücksichtigung sozialer Kriterien bewusst anders geregelt habe als die Berücksichtigung ökologischer Kriterien. Dies gehe daraus hervor, dass allein die Umweltkriterien Erwähnung gefunden hätten.¹⁷

¹⁶ So ausdrücklich auch *Dageförde/Dross*, Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien, 2007, S. 41 f.

¹⁷ *Ziekow*, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen - Rechtswissenschaftliches Gutachten, hrsg. von der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt, 2007, S. 42.

- Zum anderen wird die Auffassung vertreten, dass es sich bei sozialen Kriterien nicht um Anforderungen an das Produkt selbst handele, die über die Leistungsbeschreibung zu erfassen wären. Entsprechend könnten die IAO-Kernarbeitsnormen, wenn überhaupt, nur in den Kategorien „Eignungskriterien“, „Zuschlagskriterien“ oder „Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung“ eingeordnet werden.¹⁸ Andere Autoren verweisen zwar darauf, dass – wie im Rahmen der Umweltkriterien dargestellt – nach Anhang VI Nr. 1 lit. a) VKR zu den technischen Spezifikationen auch Produktionsprozesse und -methoden gehören und unter diese auch soziale Produktionsbedingungen fallen könnten.¹⁹ Allerdings kann eine solche Argumentation kaum überzeugen, da sich die Arbeitsbedingungen im Sinne der IAO-Kernarbeitsnormen zwar als Produktionsprozesse und -methoden verstehen lassen, sie jedoch kaum unter den Begriff „technische Spezifikationen“ subsumiert werden können.

Auch wenn sich soziale Kriterien nicht als technische Spezifikationen deuten lassen, muss dies jedoch nicht zwingend bedeuten, dass die Berücksichtigung der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen als Anforderungen in der Leistungsbeschreibung zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes rechtlich unzulässig ist. Denn ebenso wie im Rahmen der Zuschlagskriterien (vgl. dazu unten D.V.3 a)) ist es auch im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes vertretbar, soziale Kriterien ebenso wie ökologische Kriterien bei einem Auftragsbezug anzuerkennen und zugleich einen Auftragsbezug schon in der Art der Herstellungsweise zu sehen. Entsprechend wird in der Literatur teilweise die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Herstellung von Erzeugnissen im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes für zulässig erachtet.²⁰ Folgt man dieser Ansicht, sprechen gute Gründe dafür, auch die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung und Lieferung von Desktop-PCs schon als zwingende Anforderung an den Auftragsgegenstand für zulässig zu halten.²¹ Letztlich ist dies jedoch eine offene und juristisch umstrittene Frage, so dass Rechtssicherheit in dieser Hinsicht nicht besteht.

Ein weiteres Problem ist, ob man die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der Auftragsdefinition und damit zwingend fordern kann, ohne gegen europäisches Primärrecht oder deutsches Verfassungsrecht zu verstoßen. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der mit einer solchen Forderung verbundene Eingriff in die Berufsfreiheit der potenziellen Bieter nach Artikel 12 GG zur Erreichung des gewünschten Ziels verhältnismäßig ist. Denn wenn die Forderung nach einer sicheren Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen für die Bieter gegenwärtig nicht erfüllbar ist²², könnte eine entsprechende zwingende Anforderung unverhältnismäßig sein. Zudem könnte sie entgegen der Vorgabe des § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A eine ungewöhnliche Anforderung an die Beschaffenheit der Leistung stellen, ohne dass dies unbedingt notwendig ist.

Zusammenfassend ist daher festzustellen, dass es unseres Erachtens zwar grundsätzlich rechtlich durchaus vertretbar ist, soziale Kriterien ebenso wie ökologische Kriterien beim Vorliegen eines Produktbezuges auch schon bei der Definition des Auftragsgegenstandes aufzunehmen. Allerdings ist dies rechtlich umstritten. Zudem stellt sich für den Sonderfall der Beschaffung von Desktop-PCs das Problem, ob die zwingende Forderung an die Bieter, die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung der PCs zu beachten, angesichts ihrer möglichen Unerfüllbarkeit nicht eine unverhältnismäßige und daher unzulässige Forderung ist. Auf das derzeit nicht erfüllbare Erfordernis einer effektiven Überprüfung der

¹⁸ So *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 602 im Hinblick auf das IAO-Übereinkommen Nr. 182.

¹⁹ *Opitz*, VergabeR 2004, S. 421, 423.

²⁰ *Frenz*, NZBau 2007, S. 17, 20 ff.; a.A. wohl *Ziekow*, (Fn. 17) S. 38.

²¹ Zum Vorliegen eines Herstellungsbezugs hinsichtlich der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen vgl. die Ausführungen zu den Zuschlagskriterien unter D.V.3 a).

²² So im Entwurf des Leitfadens von WEED e.V. unter C. im Kontext der Auftragsausführungsbedingungen.

Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen durch den Auftraggeber wurde bereits oben unter (D.II.) hingewiesen. Angesichts dieser Unsicherheiten erscheint es aus unserer Sicht sachgerechter, zumindest die sozialen Kriterien ausschließlich als Zuschlagskriterien oder als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung zu fassen.

IV. Eignungsprüfung

1. Allgemeines

Den zweiten Anknüpfungspunkt zur Verortung ökologischer und sozialer Kriterien im Vergabeverfahren stellt die Eignungsprüfung dar (2. Wertungsstufe). Im Rahmen dieser Prüfung wird die Eignung der Bieter zur Erfüllung des jeweils konkret ausgeschriebenen Auftrags überprüft. Maßgebliche Kriterien sind nach § 97 Abs. 4 Halbsatz 1 GWB, § 2 Nr. 3 VOL/A in Umsetzung der Artikel 44 ff. VKR die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des jeweiligen Bieters. Die Eignung des Bieters ist zwingend zu überprüfen, bevor dessen Angebot überhaupt in die Wertung einbezogen wird.

Ökologische und soziale Kriterien blieben bislang im Rahmen der Eignungsprüfung weitgehend unberücksichtigt.²³ Auch in der vorliegenden Musterausschreibung sind bislang keine Ausführungen zur Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien im Rahmen der Eignungsprüfung enthalten. Für die ökologischen Kriterien erscheint dies im Zusammenhang mit der Beschaffung von Desktop-PCs sachgerecht. Auch für soziale Kriterien ist die Verordnung bei der Eignungsprüfung nicht unbedingt nahe liegend. Da jedoch soziale Kriterien vermehrt auch im Rahmen der Eignungsprüfung verortet werden, soll die rechtliche Zulässigkeit einer solchen Vorgehensweise sowie deren Praktikabilität kurz untersucht werden.

2. Berücksichtigung sozialer Kriterien

Hinsichtlich der Berücksichtigung sozialer Kriterien und insbesondere der IAO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der Eignungsprüfung ist zu unterscheiden: Zum einen kann die Situation auftreten, dass der Bieter selbst etwa gegen die IAO-Kernarbeitsnormen (oder Straftatbestände) verstößt. Interessanter und im Rahmen der Beschaffung von Desktop-PCs relevanter ist jedoch der Fall, dass ein Bieter die Lieferung von Desktop-PCs anbietet, die er selbst von einem Vorlieferanten beschafft hat, der bzw. dessen Vorlieferanten und der Hersteller die IAO-Kernarbeitsnormen missachtet haben. In diesem Fall stellt sich die zusätzliche Frage, ob dem Bieter, dessen Vorlieferanten gegen die IAO-Kernarbeitsnormen verstoßen, der selbst diese jedoch beachtet, die Eignung abgesprochen werden kann.

a) Verstoß des Bieters selbst

Verstößt der Bieter selbst gegen die IAO-Kernarbeitsnormen, könnte dies den öffentlichen Auftraggeber zum Ausschluss des Bieters aufgrund von § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A, Artikel 45 Abs. 2 lit. d) VKR berechtigen. Danach kann ein Bieter ausgeschlossen werden, der nachweislich eine schwere Verfehlung begangen hat, die seine Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt. Der unbestimmte Rechtsbegriff der schweren Verfehlung ist weitgehend ungeklärt. In der juristischen Literatur wird gefordert, dass die schwere Verfehlung schuldhaft begangen wurde, erhebliche Auswirkungen hat, die persönlichen Zuverlässigkeit des Bieters als Bewerber in Frage stellt sowie dazu führt, dass dem Auftraggeber angesichts des Verhaltens des Bieters nicht zugemutet werden kann, mit diesem in vertragliche Beziehung

²³ Vgl. zu Anknüpfungspunkten im Hinblick auf ökologische Kriterien *Dageförde/Dross*, Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien, 2007, S. 44 ff.

zu treten.²⁴ Ausgehend von einem solchen Verständnis des Begriffs „schwere Verfehlung“ erscheint es durchaus vertretbar, als schwere Verfehlung auch Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen anzusehen.²⁵

Allerdings wird zum Teil der Begriff der schweren Verfehlung aus Gründen der Handhabbarkeit auf Fälle schnell feststellbarer und objektiv nachweisbarer Eignungsdefizite beschränkt.²⁶ Eine Feststellung überhaupt und erst recht eine schnelle Feststellung dürfte in Bezug auf Verstöße gegen IAO-Kernarbeitsnormen – zumindest bei der PC-Produktion und Lieferung – schwierig sein. Noch problematischer ist jedoch, dass der Ausschluss eines Bieters nach § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A nur im Fall einer nachweislichen schweren Verfehlung möglich ist. Bloße Mutmaßungen des öffentlichen Auftraggebers im Hinblick auf Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen reichen nicht aus.²⁷ Eine Nachweisbarkeit eines Verstoßes des Bieters gegen die IAO-Kernarbeitsnormen ist im Hinblick auf die Herstellung und Lieferung von Desktop-PCs aus den oben unter D.II genannten Gründen jedoch schwierig. Insgesamt ist somit festzustellen, dass ein Ausschluss des Bieters vom Vergabeverfahren aufgrund von diesem selbst begangener Rechtsverstöße im Zusammenhang mit der Produktion von Desktop-PCs rechtlich schwierig und zudem wenig praktikabel ist.

Einfacher ist dagegen der Ausschluss eines Bieters, der sich wegen Bestechung entweder in Deutschland oder in einem anderen Staat, in dem eine entsprechende Strafnorm besteht, strafbar gemacht hat, vgl. § 7a Nr. 2 Abs. 1 S. 1 lit. e) und S. 2 VOL/A.

b) Verstöße der Vorlieferanten

Im Rahmen der Beschaffung von Desktop-PCs angesichts der komplexen Lieferkette relevanter ist die Situation, dass der Hersteller oder einer der Vorlieferanten des Bieters gegen die IAO-Kernarbeitsnormen verstößt. Zwar leuchtet es auf den ersten Blick nicht ein, die Verstöße der Vorlieferanten für die Feststellung der persönlichen Eignung des Bieters selbst heranzuziehen. Dennoch wird dieser Weg neuerdings beschritten. Daher soll dieser Ansatz kurz juristisch untersucht und anschließend seine Übertragbarkeit auf die öffentliche Beschaffung von Desktop-PCs bewertet werden.

Die Bayerische Staatsregierung hat mit Bekanntmachung vom 29. April 2008 Verwaltungsvorschriften erlassen²⁸, um den Erwerb von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit im Rahmen der öffentlichen Beschaffung zu vermeiden. So ist vorgesehen, dass seit 1. Juni 2008 Bieter bei der Vergabe öffentlicher Aufträge eine Eigenerklärung abzugeben haben. Sofern die zu beschaffenden Produkten von Kinderarbeit betroffen sind und aus insoweit kritischen Regionen stammen, wird von den Bietern die Zusicherung verlangt, dass die Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit erfolgt. Mit den Eigenerklärungen soll die persönliche Zuverlässigkeit der Bieter ermittelt werden.²⁹ Damit verortet die Bayerische Staatsregierung die Beachtung des IAO-Übereinkommens Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung

²⁴ So *Ziekow*, (Fn. 17), S. 42 m.w.N.; zum Begriff der schweren Verfehlung vgl. auch *Müller-Wrede*, in: *Müller-Wrede*, VOL/A, 2. Auflage 2007, § 7 Rn. 58 ff., *Weyand*, Vergaberecht, 2. Auflage 2007, § 8 VOB/A, Rn. 3941 ff.

²⁵ So auch *Ziekow*, (Fn. 17), S. 42. So wohl auch der Entwurf der Gesetzesbegründung zum Entwurf des GWB, BT-Drs. 16/10117, S. 10. A.A. *Ollmann*, VergabeR 2008, S. 447, 451.

²⁶ *Weyand*, Vergaberecht, 2. Auflage 2007, 2. Auflage 2007, § 8 VOB/A, Rn. 3951.

²⁷ Vgl. *Ziekow*, (Fn. 17), S. 42.

²⁸ Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung v. 29.04.2008, Öffentliches Auftragswesen: Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, AIIIMBl., 322; StAnz. Nr. 20 v. 16.05.2008, S. 1.

²⁹ Vgl. Z. 5 S. 1 der Bekanntmachung.

der schlimmsten Formen der Kinderarbeit durch den Bieter ausschließlich im Rahmen der Eignungsprüfung.³⁰

Die Verortung des Verstoßes gegen IAO-Übereinkommen Nr. 182 im Rahmen der Eignungsprüfung wird – in verkürzter Form – aus den folgenden Gründen für zulässig gehalten: Im Rahmen der Eignung der Bieter sei unter anderem deren Zuverlässigkeit zu überprüfen. Die Zuverlässigkeit wird dabei dahingehend verstanden, dass sie vom Bieter die Verhaltensweisen eines ehrbaren Kaufmanns verlange, der sich nicht dadurch einen Wettbewerbsvorteil verschafft, dass er gegen Recht und Gesetz verstößt.³¹ Das IAO-Übereinkommen Nr. 182 gegen ausbeuterische Kinderarbeit betreffe die Menschenwürde (Artikel 1 Abs. 1 GG) und elementarste Menschenrechte.³² Nach dem Grundgesetz und der Bayerischen Verfassung sei der Staat verpflichtet, die Menschenwürde sowohl bei seinem öffentlich-rechtlichen als auch bei seinem privatrechtlichen Handeln zu achten. Er dürfe daher auch keine elementaren Verletzungen der Menschenwürde außerhalb des Geltungsbereichs des Grundgesetzes unterstützen. Dies tue er jedoch, wenn er Produkte beschaffe, die in ausbeuterischer Kinderarbeit hergestellt werden. Darüber hinaus entfalte die Unantastbarkeit der Menschenwürde eine unmittelbare Drittwirkung, so dass sie auch gegenüber Privaten gelte. Somit habe nicht nur der Staat, sondern auch der „ehrbare Kaufmann“ in seinem Geschäftsgebaren die Unantastbarkeit der Menschenwürde zu achten. Tue er dies nicht, indem er Produkte aus Kinderarbeit selbst herstelle, herstellen lasse oder mit ihnen handle, so verstoße er zurechenbar gegen Artikel 1 Abs. 1 GG und sei somit im Sinne des Vergaberechts unzuverlässig.³³ Auf diese Weise wird die gesamte Lieferkette in den Blick genommen, um die Eignung des Bieters zu ermitteln.³⁴

Die vom Bieter abzugebende Eigenerklärung ist in abgestufter Form möglich.³⁵ Kann der Bieter die Erklärung, dass die Herstellung bzw. Bearbeitung der zu liefernden Produkte ohne ausbeuterische Kinderarbeit erfolgt bzw. erfolgt ist, nicht abgeben, so hat er zuzusichern, dass er, seine Lieferanten und deren Nachunternehmer aktive und zielführende Maßnahmen zum Ausschluss ausbeuterischer Kinderarbeit bei Herstellung bzw. Bearbeitung des Produkts ergriffen haben. Diese abgestufte Eigenerklärung ist Ausfluss des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da andernfalls die Bieter zum Teil vor unerfüllbare Anforderungen gestellt würden.³⁶ Nach Ziffer 5 S. 2 der Bekanntmachung hat die Nichtabgabe oder die Abgabe einer wissentlich oder vorwerfbar falschen Erklärung den Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge. Erweist sich letzteres nach Vertragsschluss, so soll der Auftraggeber nach Ziffer 6 der Bekanntmachung der Bayerischen Staatsregierung vom 29. April 2008 die Verträge nach VOL/B fristlos kündigen.

³⁰ Hintergrund ist, dass die Bayerische Staatsregierung die übrigen Möglichkeiten einer Berücksichtigung des IAO-Übereinkommens Nr. 182 für vergaberechtlich unzulässig (Definition des Auftragsgegenstandes) oder problematisch (Zuschlagskriterien, zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung) und zum Teil auch noch für wenig praktikabel (zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung) hält. Dazu im Einzelnen *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 602 ff.

³¹ *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 604.

³² *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 604; so auch *Ziekow*, (Fn. 17), S. 25.

³³ *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 605.

³⁴ Zugleich wird von *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 605, in Fn. 24 auf den Entwurf der Begründung des Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 9, verwiesen, der eine ähnliche Argumentation beinhalte. Dies ist allerdings nicht zutreffend, denn dort wird nur allgemein auf Verstöße des Bieters selbst, nicht jedoch auf eine mittelbare Berücksichtigung der gesamten Lieferkette abgestellt.

³⁵ Vgl. Z. 5 S. 3 lit. b) und c) der Bekanntmachung.

³⁶ Vgl. im Einzelnen *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 607.

Im Folgenden soll die bayerische Vorgehensweise kurz juristisch und auf ihre Übertragbarkeit für die Beschaffung von Desktop-PCs untersucht werden:

Es ist zunächst durchaus überzeugend, einem Bieter, der wissentlich Produkte aus ausbeuterischer Kinderarbeit anbietet, die Zuverlässigkeit abzuspüren und ihn vom Vergabeverfahren auszuschließen. Greift man aus den oben (unter D.IV.2 a)) genannten Gründen nicht auf die Möglichkeit eines Ausschlusses wegen einer nachweislichen schweren Verfehlung nach § 7 Nr. 5 lit. c) VOL/A zurück, kommt als Ansatzpunkt allein der Ausschluss eines Bieters deshalb in Betracht, weil er sich einer falschen Erklärung schuldig gemacht oder keine Auskunft erteilt hat, Artikel 45 Abs. 2 lit. g) VKR. Diesen Weg wählt die bayerische Bekanntmachung. Er kann jedoch unseres Erachtens nicht überzeugen. Denn die Möglichkeit des Ausschlusses wegen Nichtabgabe der Erklärung durch den Bieter wird dadurch faktisch ausgehebelt, dass die Bieter aufgrund der abgestuften Eigenerklärung weniger weitgehende Absichtserklärungen abgeben können. Dies werden sie faktisch immer tun, um nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden. Dann steht der öffentliche Auftraggeber jedoch wieder vor der Frage, ob der Bieter die Eigenerklärung möglicherweise wissentlich unzutreffend abgegeben hat. Dies kann der Auftraggeber jedoch aus den oben unter D.II. genannten Gründen jedoch gegenwärtig nicht überprüfen. Insofern haben die Eigenerklärungen der Bieter gegenwärtig keine Aussagekraft hinsichtlich der Eignung der Bieter und sind unter Zugrundelegung der Rechtsprechung des EuGH zum Transparenzgebot³⁷ mangels Überprüfbarkeit durch den Auftraggeber auch rechtlich kaum zulässig. Wäre eine Überprüfbarkeit gegeben, so könnte der bayerische Bekanntmachung zumindest hinsichtlich der Bekämpfung der Kinderarbeit einen interessanten Ansatz bieten.

Für die öffentliche Beschaffung von Desktop-PCs führt die Verortung der sozialen Kriterien im Rahmen der Eignungsprüfung jedoch unabhängig von seiner rechtlichen Zulässigkeit nicht weiter: Denn die Bekämpfung der Kinderarbeit spielt bei der Beschaffung von Desktop-PCs nur eine untergeordnete Rolle.³⁸ Die Beachtung der übrigen IAO-Kernarbeitsnormen genießt in Deutschland zwar teilweise ebenfalls Grundrechtsschutz³⁹. Doch selbst dort, wo dies der Fall ist, ist deren Rang in der Wertehierarchie des Grundgesetzes unterhalb der Bedeutung der unantastbaren Menschenwürde anzusiedeln.⁴⁰ Aus diesem Grund lässt sich auch keine derart weit reichende Pflicht des Staates annehmen, jegliche Verstöße gegen die IAO-Kernarbeitsnormen auch außerhalb des Bundesgebietes zu verhindern.⁴¹ Auch die Drittwirkung und damit die Pflicht des „ehrbaren Kaufmanns“, auf eine Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen durch seine Handelspartner zu drängen bzw. diese gar zu garantieren, lässt sich kaum begründen. Aus diesem Grund kann einem Bieter die Zuverlässigkeit und damit die Eignung nicht allein deshalb abgesprochen werden, wenn seine Vorlieferanten nicht sämtliche IAO-Kernarbeitsnormen beachten.

Festzuhalten ist somit, dass die Eignungsprüfung zur Bekämpfung der Missachtung von IAO-Kernarbeitsnormen durch Vorlieferanten des Bieters unseres Erachtens höchstens im Hinblick auf die Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit gerechtfertigt ist. Dies setzt jedoch eine Überprüfbarkeit voraus. Im Rahmen der Beschaffung von Desktop-PCs stellt die Eignungsprüfung nicht den geeigneten Ansatzpunkt dar, um die Missachtung aller IAO-Kernarbeitsnormen durch Vorlieferanten des Bieters zu sanktionieren.

³⁷ Vgl. dazu oben unter D.II.

³⁸ Dies wird auch daran deutlich, dass die bayerische Bekanntmachung unter Ziffer 4 S. 2 eine nicht abschließende Liste der von Kinderarbeit besonders betroffenen Produkte enthält, in der jedoch Elektronikprodukte nicht erwähnt werden.

³⁹ Z.B. Vereinigungsfreiheit und Schutz des Vereinigungsrechts, vgl. Artikel 9 Abs. 3 GG.

⁴⁰ *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 604; *Ziekow*, (Fn. 17), S. 25.

⁴¹ *Ziekow*, (Fn. 17), S. 14 f. weist darauf hin, dass kein öffentlicher Auftraggeber verpflichtet ist, die Missachtung der IAO-Kernarbeitsnormen durch private Dritte zu sanktionieren, da Adressat dieser Normen nur der Staat als Mitglied der IAO ist.

Es ist jedoch zu beachten, dass die Bayerische Staatsregierung in Ziffer 8 ihrer Bekanntmachung den kommunalen Auftraggebern und den sonstigen der Aufsicht des Freistaates Bayern unterliegenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts empfohlen hat, zumindest im Hinblick auf die Bekämpfung ausbeuterischer Kinderarbeit in der von ihr in der Bekanntmachung vorgegebenen Weise zu verfahren.⁴² Auch wenn die Bekanntmachung nur für alle Behörden des Freistaates Bayern gilt⁴³, ist sie zumindest für die Bekämpfung von Kinderarbeit auch für Kommunen in Bayern von politischer Bedeutung.

V. Zuschlagskriterien

1. Allgemeines

Die dritte und insbesondere in der Musterausschreibung gewählte Möglichkeit zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Kriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens besteht in ihrer Verwendung als Zuschlagskriterien. Dabei bestehen zwei Möglichkeiten, ökologische und soziale Kriterien als Zuschlagskriterien einzusetzen.

- Zum einen können die jeweiligen Kriterien in abgestufter Form bewertet werden, sofern dies umsetzbar ist. So könnten beispielsweise für das Umweltkriterium „Aufrüstbarkeit“, für welches nach der Musterausschreibung maximal 20 Wertungspunkte vergeben werden sollen, zwischen 0 und 20 Wertungspunkten vergeben werden, je nach Qualität des Angebots. Die Unterkriterien für die Punktvergabe sind dabei aus Transparenzgründen so genau wie möglich schon zu Beginn des Vergabeverfahrens in der Vergabebekanntmachung und in den Verdingungsunterlagen zu benennen. Hierauf sollte in der Musterausschreibung hingewiesen werden.
- Zum anderen können für ein Wertungskriterium entweder alle oder gar keine Wertungspunkte, jedoch keine Punktzahlen dazwischen vergeben werden. Dies ist etwa bei den sozialen Kriterien denkbar. Es wäre zu prüfen, welche Abstufungen im Hinblick auf die Einhaltung des Kriteriums „keine Kinderarbeit“ denkbar sind.

Gegenwärtig geht aus der Musterausschreibung nicht hervor, wie die einzelnen Kriterien bewertet werden sollen. Aus den genannten Gründen ist dies jedoch genau zu entscheiden und in der Musterausschreibung darzustellen.

Darüber hinaus ist in der Musterausschreibung klar zu trennen, welche ökologischen und sozialen Kriterien zur Definition des Auftragsgegenstandes herangezogen werden sollen und damit zwingend von den Bietern zu erfüllen sind. Der Auftraggeber hat auch festzulegen, welche Kriterien ausschließlich als Zuschlagskriterien konzipiert sind, deren Erfüllung nicht zwingend ist, sondern dem Bieter im Rahmen der Wertung über die preisliche Wertung hinaus die Möglichkeit verschafft, zusätzliche Wertungspunkte zu sammeln.

Dabei sind die ökologischen und sozialen Anforderungen im Rahmen der Ausschreibung umso höher, je mehr der Kriterien schon im Rahmen der Beschreibung des Auftragsgegenstandes zwingend vorgegeben werden. Im Extremfall sind sämtliche sozialen und ökologischen Kriterien von den Bietern zwingend zu erfüllen. Dann verbleibt als alleiniges Zuschlagskriterium der niedrigste Angebotspreis. Gegenwärtig tauchen dieselben ökologischen und sozialen Kriterien sowohl bei der Beschreibung des Auftragsgegenstandes (S. 2

⁴² Dieselbe Empfehlung richtet sich nach Ziffer 8 S. 2 der Bekanntmachung an Empfänger von Zuwendungen des Freistaates Bayern, wenn die Zuwendungen zur Beschaffung von Produkten im Sinne der Bekanntmachung (also nicht bzgl. Elektronikprodukten) gegeben werden.

⁴³ *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 602.

und S. 9 f. der Musterausschreibung) als auch im Rahmen der Zuschlagskriterien (S. 5 der Musterausschreibung) auf. Die genaue Zuordnung bleibt unklar.

Klar zu trennen sind darüber hinaus auch die Eignungsprüfung und die Zuschlagsentscheidung. Dies Problem stellt sich in der Musterausschreibung gegenwärtig nicht, da soziale Kriterien bislang nicht als Eignungskriterien vorgesehen sind. Sollte dies geändert werden, ist zu beachten, dass die Eignungskriterien nicht auch noch bei der Zuschlagserteilung eine Rolle spielen dürfen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darf ein „Mehr an Eignung“ bei der Zuschlagserteilung keine Rolle spielen.⁴⁴

Zur Frage, welches Gewicht dem niedrigsten Angebotspreis im Rahmen der Angebotswertung zukommen muss, gibt es weder gesetzliche Vorgaben noch hat sich der EuGH zu dieser Frage geäußert.⁴⁵ In der Rechtsprechung wurde vertreten, dass der Angebotspreis im Rahmen der Angebotswertung nicht marginalisiert werden dürfe und daher mit mindestens 30 % Wertungsanteil zu berücksichtigen sei.⁴⁶ In der Literatur wird teilweise ein Wertungsanteil von mindestens 50 % gefordert.⁴⁷ In jedem Fall ist festzuhalten, dass die in der Musterausschreibung vorgesehene Gewichtung des Angebotspreises mit 55 % rechtlich zulässig ist.⁴⁸

2. Berücksichtigung von Umweltkriterien

Die Berücksichtigung von Umweltkriterien als Zuschlagskriterien ist mittlerweile rechtlich anerkannt, sofern die gewählten Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen (Artikel 53 Abs. 1 lit. a) VKR) bzw. durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind (§ 25a VOL/A). Diese Regelungen greifen die Rechtsprechung des EuGH auf, der entschieden hatte, dass ein öffentlicher Auftraggeber Umweltkriterien im Rahmen der Zuschlagsentscheidung berücksichtigen darf, sofern sie

- *„mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen,*
- *diesem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen,*
- *im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind und*
- *bei ihnen alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet werden“⁴⁹.*

Misst man die im Rahmen der „Gewichtungs- und Bewertungstabelle“ in der Musterausschreibung genannten ökologischen Zuschlagskriterien anhand der Maßstäbe der VKR und der VOL/A, so ist die Berücksichtigung der Aufrüstbarkeit, Recyclingfähigkeit, Energieeffizienz, Inhaltsstoffe sowie der Emissionen der Desktop-PCs ohne Zweifel als mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängend bzw. durch diesen gerechtfertigt und damit zulässig anzusehen. Dabei könnte die Aufrüstbarkeit auch als „neutrale“ und nicht umweltbezogene technische Spezifikation abgefragt werden.

Nicht zulässig aufgrund eines fehlenden Auftragsbezugs ist unseres Erachtens die Berücksichtigung der Rücknahme der Altgeräte durch den Bieter. Dieses Kriterium lässt sich je-

⁴⁴ BGH, Urteil vom 8.9.1998 – XZR 109/96, NJW 1998, 3644 ff.

⁴⁵ Vgl. dazu ausführlich *Beckmann*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2008, Kap. 12, Rn. 31 ff.

⁴⁶ OLG Dresden, Beschluss v. 5.1.2001, NZBau 2001, S. 459, 460.

⁴⁷ Vgl. dazu *Beckmann*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2008, Kap. 12, Rn. 34 m.w.N.

⁴⁸ Eine Gewichtung des Angebotspreises mit 55 % wurde auch vom EuGH in seiner „Wienstrom“-Entscheidung nicht in Frage gestellt; vgl. EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01.

⁴⁹ EuGH, Urteil v. 17.09.2002 – Rs. C-513/99, Rz. 64 („*Concordia Bus*“).

doch als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung in den Verdingungsunterlagen verorten.

Soweit der Auftraggeber hinsichtlich der Zuschlagskriterien zum Nachweis der Erfüllung Umweltzeichen anerkennt, entbindet ihn dies nicht davon, die Umwelthanforderungen im Einzelnen in den Verdingungsunterlagen zu bezeichnen. Insoweit wird auf die Ausführungen zur Definition des Auftragsgegenstandes unter D.III.2 verwiesen.

3. Berücksichtigung sozialer Kriterien

a) Berücksichtigung der sozialen Kriterien selbst als Zuschlagskriterium

Anders als Umweltkriterien werden soziale Kriterien weder in der VKR noch in der VOL/A als Zuschlagskriterien erwähnt. Dies muss ihrer Berücksichtigung jedoch nicht entgegenstehen, da die Aufzählung der Zuschlagskriterien sowohl in Artikel 53 Abs. 1 lit. a) VKR als auch in § 25a Nr.1 Abs. 1 VOL/A lediglich beispielhaft und damit nicht abschließend ist.⁵⁰ Dennoch ist umstritten, ob soziale Kriterien als Zuschlagskriterien verwendet werden dürfen.⁵¹

Gegen die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien wird insbesondere das systematische Argument vorgebracht, dass soziale Kriterien zwar in Artikel 26 VKR ebenso wie Umweltkriterien als mögliche zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung, anders als Umweltkriterien in Artikel 53 VKR jedoch gerade nicht als Zuschlagskriterien genannt werden. Aus dieser „Ungleichbehandlung“ von sozialen und ökologischen Kriterien wird geschlossen, dass soziale Kriterien nach den Vorgaben der VKR allein als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung, nicht jedoch als Zuschlagskriterien zulässig sein sollen.⁵² Dieses Argument ist in der Tat von erheblichem Gewicht. Dennoch muss es nicht zwingend bedeuten, dass soziale Kriterien in keinem Fall als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden dürfen.

Es sprechen vielmehr auch erhebliche Gründe dafür, dass auch nach den Regelungen der VKR – und deren Umsetzung im Rahmen der VOL/A – die Berücksichtigung sozialer Kriterien als Zuschlagskriterien zulässig ist:

Ausgehend von der Tatsache, dass die Liste der möglichen Zuschlagskriterien weder in Artikel 53 Abs. 1 lit. a) VKR noch in § 25a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A abschließend ist, ist zu prüfen, welche Anforderungen an Zuschlagskriterien allgemein zu stellen sind. Nach Artikel 53 Abs. 1 lit. a) VKR wendet der Auftraggeber zur Erteilung des Zuschlags „(...) – wenn der Zuschlag auf das aus der Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“ an. Zunächst ist dabei festzustellen, dass die Kriterien der Ermittlung des „aus der Sicht des Auftraggebers wirtschaftlichsten Angebots“ erfolgt. Dies öffnet die Art der möglichen Zuschlagskriterien unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH auch für die Berücksichtigung zunächst nicht rein wirtschaftlicher Faktoren, die sich auf den Wert des Angebots für den

⁵⁰ Ollmann, VergabeR 2008, S. 447, 451; Opitz, VergabeR 2004, S. 421, 429 Fn. 61; Fischer, EuZW 2004, S. 492, 494.

⁵¹ Dafür u.a. Frenz, NZBau 2007, S. 17, 20 ; Opitz, VergabeR 2004, S. 421, 423; Wiedmann, Die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien im Lichte des Gemeinschaftsrechts, 2007, S. 279 ff. Dagegen u.a. Beck/Wagner, VergabeR 2008, S. 601, 603; Ziekow, (Fn. 17), S. 37 ff.; Ollmann, VergabeR 2008, S. 447, 451 f.

⁵² Vgl. Ziekow, (Fn. 17), S. 38.

Auftraggeber auswirken.⁵³ Ein solcher nicht rein wirtschaftlicher Faktor kann grundsätzlich auch die Berücksichtigung sozialer Kriterien sein.

Eingeschränkt wird die grundsätzliche Zulässigkeit nicht rein wirtschaftlicher Kriterien durch die Anforderung, dass die Kriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen. Daher stellt sich die Frage, wann ein Kriterium mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt. Aufschlussreich ist zunächst ein Blick auf die Entstehungsgeschichte der Regelung des Artikel 53 Abs. 1 lit. a) VKR. So hatten ursprünglich die Europäische Kommission die Formulierung „Kriterien die im direkten/unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“ und der Europäische Rat die Formulierung „verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien“ vorgeschlagen.⁵⁴ Letztlich einigte man sich jedoch auf die schwächere Formulierung des Europaparlaments „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“.⁵⁵ Das schwächere Erfordernis eines bloßen Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand lässt sich zumindest als Indiz dafür heranziehen, dass die Unterkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots keinen Produktbezug, sondern nur einen – weiter zu verstehenden – Auftragsbezug im Sinne der „Wienstrom“-Entscheidung des EuGH haben müssen.⁵⁶ In dieser Entscheidung hatte der EuGH das Vorliegen eines Zusammenhangs zwischen Zuschlagskriterium und Auftragsgegenstand auch für den Fall anerkannt, dass das an das Herstellungsverfahren – in diesem Fall die Stromerzeugung aus erneuerbaren Energien – anknüpfenden Umweltkriterium sich nicht in physisch fassbaren Produkteigenschaften niederschlägt.⁵⁷ Die Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH ist insbesondere deshalb angezeigt, da in der Präambel der VKR im Erwägungsgrund 1 gerade im Hinblick auf die Zuschlagskriterien ökologischer und/oder sozialer Art ausdrücklich auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug genommen wird.⁵⁸

Ausgehend von den Ausführungen des EuGH im „Wienstrom“-Urteil lässt sich die Anforderung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung und Lieferung von Desktop-PCs durchaus als ein Kriterium ansehen, welches mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt. Ebenso wie die Erzeugung von Ökostrom besonders „umweltfreundlich“ erfolgt, ohne dass sich die Erzeugungsart im Endprodukt „Strom“ wieder findet, erfolgt die Herstellung von Desktop-PCs unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen besonders „menschenfreundlich“. Es ist jedenfalls nicht ersichtlich, weshalb umweltfreundliche Produktionsprozesse und -methoden, die sich nicht im Produkt wieder finden, als Zuschlagskriterien zulässig sein sollen, menschenwürdige Produktionsprozesse und -methoden jedoch nicht.⁵⁹

Von einem sachlichen Zusammenhang der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen mit dem jeweiligen Auftragsgegenstand scheint auch der deutsche Gesetzgeber auszugehen. Denn nach dem Entwurf des § 97 Abs. 4 S. 1 Hs. 1 GWB-E ist für die Zulässigkeit zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung ein „sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand“ erforderlich. Dies soll aber nach dem Entwurf der Gesetzesbegründung den öffentlichen Auftraggeber nicht daran hindern, „die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland zu

⁵³ EuGH, Urteil v. 17.09.2002 – Rs. C-513/99 („*Concordia Bus*“), Rz. 55; dazu auch *Frenz*, NZBau 2007, S. 17, 19.

⁵⁴ Vgl. dazu m.w.N. *Wiedmann*, (Fn. 51), S. 280.

⁵⁵ Vgl. dazu m.w.N. *Wiedmann*, (Fn. 51), S. 280. Die Formulierung in § 25a Nr. 1 Abs. 1 VOL/A („durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“) ist gegebenenfalls richtlinienkonform so ausulegen, dass sie der schwächeren Anforderung eines Zusammenhangs mit dem Auftragsgegenstand entspricht.

⁵⁶ *Wiedmann*, (Fn. 51), S. 280.

⁵⁷ EuGH, Urteil v. 4.12.2003 – Rs. C-448/01 („*Wienstrom*“).

⁵⁸ Dazu auch *Frenz*, NZBau 2007, S. 17, 20.

⁵⁹ So auch *Wiedmann*, (Fn. 51), S. 282.

erstrecken“ und so nur noch unter Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellte Waren zu beschaffen.⁶⁰

Schließlich lässt sich für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien ein Erst-Recht-Schluss ins Feld führen: Wenn schon die Berücksichtigung sozialer Kriterien im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung zulässig ist, muss dies erst Recht im Rahmen der Zuschlagskriterien gelten.⁶¹ Denn die Auswirkungen einer Berücksichtigung sozialer Kriterien im Rahmen der Ausführungsbedingungen sind erheblich weit reichender als im Rahmen der Zuschlagskriterien. Im Rahmen der Ausführungsbedingungen hat die Nichterfüllung der sozialen Anforderungen durch den Bieter dessen Ausschluss vom Vergabeverfahren zur Folge und entfaltet somit eine absolute Wirkung. Die Nichterfüllung eines Zuschlagskriteriums hingegen führt für den Bieter lediglich dazu, dass er die für eine Erfüllung vergebenen Wertungspunkte nicht erhält. Die Nichterfüllung entfaltet hier somit nur eine relative Wirkung.⁶² Es ist angesichts der wettbewerblichen Zielsetzung des europäischen Vergaberechts nicht ersichtlich, weshalb der Einsatz sozialer Kriterien – anders als Umweltkriterien – nur im Rahmen der Ausführungsbedingungen zulässig sein soll. Denn der Wettbewerb wird erheblich weniger beschränkt, wenn soziale Kriterien nur im Rahmen der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden.⁶³

Insgesamt ist somit festzustellen, dass gute Gründe dafür sprechen, neben ökologischen auch soziale Zuschlagskriterien als zulässig zu erachten, sofern sie mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und im Übrigen nicht gegen europäisches Gemeinschaftsrecht oder deutsches Recht verstoßen.⁶⁴ Rechtssicherheit ist insoweit aus den genannten Gründen jedoch nicht gegeben.

Überprüft man anhand der genannten Maßgaben die in der Musterausschreibung genannten sozialen Zuschlagskriterien auf ihre Zulässigkeit, so ist festzustellen, dass sich bei dem dargestellten weiten Verständnis ein Zusammenhang zwischen den jeweiligen Kriterien und dem Auftragsgegenstand wohl für alle Kriterien bejahen lässt. Dies wird zumindest im Hinblick auf die IAO-Kernarbeitsnormen auch durch die erwähnten Passagen im Entwurf der Gesetzesbegründung zur GWB-Novelle gestützt. Hält man es im Erst-Recht-Schluss für zulässig, sämtliche Kriterien, die als Auftragsausführungsbedingungen verwendet werden können, auch als Zuschlagskriterien zu benennen, kann man sich im Hinblick auf die IAO-Kernarbeitsnormen darauf stützen, dass im 33. Erwägungsgrund der VKR die Einhaltung dieser Normen im Rahmen der Auftragsausführungsbedingungen ausdrücklich für zulässig erklärt wird.

⁶⁰ BT-Drs. 16/10117, S. 10. Allerdings ist die Frage, welche Aussagekraft die Gesetzesbegründung im Hinblick auf den „sachlichen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand“ hat. Denn der Entwurf der deutschen Regelung soll zwar die Vorgaben des Art. 26 VKR zu den Auftragsausführungsbestimmungen umsetzen. Ein „sachlicher Zusammenhang zum Auftragsgegenstand“ wird jedoch allein in der deutschen Umsetzungsnorm, nicht jedoch in Art. 26 VKR gefordert. Es ist möglich, dass der Entwurf der Gesetzesbegründung den sachlichen Zusammenhang im Rahmen der Ausführungsbedingungen weiter versteht als er in Art. 53 VKR im Rahmen der Zuschlagskriterien gemeint ist, damit die deutsche Umsetzung des Art. 26 VKR nicht zu eng und damit europarechtswidrig ist.

⁶¹ *Wiedmann*, Fn. 51, S. 280; *Opitz*, *VergabeR* 2004, S. 421, 429.

⁶² Zu dieser „Relativität“ vgl. *Opitz*, *VergabeR* 2004, S. 421, 429 m.w.N.; *Wiedmann*, *EuZW* 2008, S. 306, 309.

⁶³ *Opitz*, *VergabeR* 2004, S. 421, 429.

⁶⁴ Auch *Weyand*, *VergabeR*, 2. Auflage 2007, § 97 GWB, Rn. 663 geht davon aus, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen für ökologische und soziale Zuschlagskriterien vergleichbar sein dürften.

Wichtig für eine Zulässigkeit der aufgeführten sozialen Zuschlagskriterien ist jedoch, dass der öffentliche Auftraggeber klarstellt, dass es auf die Einhaltung der IAO-Normen bei der Herstellung der Desktop-PCs ankommt.

Verstöße gegen das Gemeinschaftsrecht oder deutsches (Verfassungs-)Recht sind für die unter B.2.1. genannten Kriterien ebenfalls nicht ersichtlich, so dass diese Kriterien grundsätzlich als Zuschlagskriterien verwendet werden können, wenn man einem weiten Verständnis der zulässigen Zuschlagskriterien folgt.

Entscheidend ist für eine Zulässigkeit jedoch weiterhin, dass der öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der sozialen Kriterien effektiv überprüfen kann (dazu ausführlich oben unter D.II.). Solange dies nicht der Fall ist, ist unseres Erachtens die Forderung sozialer Zuschlagskriterien aus Gleichbehandlungs- und Transparenzgründen unzulässig.

b) Berücksichtigung der Art der Nachweisführung als Zuschlagskriterium

Infolge des vergaberechtlichen Transparenzgebots ist es zudem unzulässig, im Rahmen der Zuschlagskriterien Bonuspunkte für die Art der Nachweisführung durch die Bieter zu vergeben. Denn nach den Grundsätzen des Vergaberechts darf der öffentliche Auftraggeber aus Gleichbehandlungsgründen nur die Kriterien bewerten, die er auch effektiv überprüfen kann. Insofern ist also schon grundsätzlich kein Raum für eine abgestufte Nachweisführung, die im Rahmen der Zuschlagskriterien auch Eigenerklärungen und Absichtserklärungen als Nachweise ausreichen lässt. Die Gewährung eines Bonus für eine Nachweisführung, die ohnehin erforderlich ist, ist vergaberechtlich nicht begründbar.

VI. Zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung

1. Allgemeines

Vierter und letzter Anknüpfungspunkt für die Verortung sozialer und ökologischer Kriterien sind schließlich die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung. Diese stellen Vertragsbedingungen dar, die vom Bieter bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind.⁶⁵ Wird in der Vergabebekanntmachung sowie in den Verdingungsunterlagen von den Bietern eine Erklärung verlangt, dass sie die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung akzeptieren, sind Bieter, die diese Erklärung nicht abgeben, nach § 25 Nr. 1 Abs. 2 lit. a) VOL/A vom Vergabeverfahren auszuschließen; das Ausschlussermessen des Auftraggebers ist aufgrund des Gleichbehandlungsgrundsatzes auf Null reduziert.⁶⁶ Angesichts dieser Sanktion entfalten die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung bei Nichterfüllung eine absolute Ausschlusswirkung.⁶⁷

Die rechtliche Grundlage für die Einführung zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung findet sich in Artikel 26 VKR. Danach können öffentliche Auftraggeber derartige Bedingungen vorschreiben, sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Nach Artikel 26 S. 2 VKR können die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Zwar ist eine Umsetzung des Artikels 26 VKR in das deutsche Recht bislang nicht erfolgt. Sie ist jedoch gegenwärtig im

⁶⁵ Fischer, EuZW 2004, S. 492, 494.

⁶⁶ Ziekow, (Fn. 17), S. 44.

⁶⁷ Vgl. Opitz, VergabeR 2004, S. 421, 429 m.w.N.; Wiedmann, EuZW 2008, S. 306, 309.

Entwurf der GWB-Novelle als neuer § 97 IV S. 1 Hs. 2 GWB vorgesehen.⁶⁸ Allerdings wird aus verschiedenen Gründen in der juristischen Literatur schon jetzt davon ausgegangen, dass die Regelung des Artikels 26 VKR auch schon vor einer Umsetzung ins deutsche Recht Anwendung finden kann.⁶⁹

Da in Artikel 26 S. 2 VKR ausdrücklich auf die Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte Bezug genommen wird, sind die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung auch für die Beschaffung von Desktop-PCs von Interesse.

2. Berücksichtigung von Umweltkriterien

Da die Berücksichtigung von Umweltkriterien unstreitig – zumindest bei Vorliegen eines Auftragsbezuges – bereits weitgehend im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes sowie der Zuschlagskriterien möglich und sinnvoll ist, kommt den zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung nur noch eine geringfügige Bedeutung zu.⁷⁰ Sie sind vor allem dann von Bedeutung, wenn die Verortung eines Umweltkriteriums im Rahmen der Beschreibung des Auftragsgegenstands oder als Zuschlagskriterium an einem fehlenden Auftragsbezug scheitert.

Hinsichtlich der in der Musterausschreibung genannten Umweltkriterien ist ein Auftragsbezug lediglich hinsichtlich der Pflicht zur Rücknahme der Altgeräte zu verneinen. Diese kann jedoch als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung von den Bietern gefordert werden.⁷¹

Ebenfalls als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung kommt die Anforderung auf S. 3 der Musterausschreibung in Betracht, nach der die Gewährleistungsfrist für die zu liefernden Desktop-PCs 60 Monate vor Ort betragen soll, um die lange Lebensdauer zu gewährleisten. Diese Anforderung kann entweder als Umweltkriterium im weiteren Sinne oder als sonstige zusätzliche Vertragsbedingung angesehen werden. Allerdings ist diese Anforderung in doppelter Hinsicht problematisch:

- Zum einen wird den Bietern eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren vorgeschrieben. Dies könnte dem Bieter entgegen § 8 Nr. 1 Abs. 3 VOL/A ein ungewöhnliches Wagnis aufbürden für Umstände und Ereignisse, auf die er keinen Einfluss hat und deren Einwirkung auf Preise und Fristen er im Voraus nicht einschätzen kann. Denn diese Regelung findet auch Anwendung auf Fälle, in denen die Verteilung der vertraglichen Risiken anders geregelt werden soll als dies nach allgemeinem Vertragsrecht der Fall wäre.⁷² Eine Gewährleistungsfrist von fünf Jahren weicht erheblich von der für den Kauf beweglicher Sachen in § 438 Abs. 1 Nr. 3 Bürgerliches Gesetzbuch vorge-

⁶⁸ Fraglich ist, ob der gegenwärtige Formulierungsvorschlag europarechtskonform ist. Denn er geht zumindest dem Wortlaut nach in zweifacher Weise über Art. 26 VKR hinaus, indem zum einen ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand und zum anderen eine Aufnahme in die Leistungsbeschreibung vorgeschrieben werden soll. Vgl. dazu auch *Ollmann*, VergabeR 2008, S. 447, 451.

⁶⁹ *Ziekow*, (Fn. 17), S. 50 gelangt zu diesem Ergebnis im Wege einer richtlinienkonformen Auslegung des § 9 Nr. 3 Abs. 2 VOL/A; *Dageförde/Dross*, Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien, 2007, S. 60 f. sehen in Art. 26 VKR eine ohnehin nur deklaratorische Klarstellung der Tatsache, dass öffentliche Auftraggeber zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags festlegen dürfen.

⁷⁰ Zur Bedeutung der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung zur Verortung von Umweltkriterien vgl. *Dageförde/Dross*, Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungsrichtlinien, 2007, S. 57 f.

⁷¹ So auch *Fischer*, EuZW 2004, S. 492, 494.

⁷² *Schramm*, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2008, Kap. 11, Rn. 29 m.w.N.

sehenen gesetzlichen Gewährleistungsfrist von 2 Jahren ab. Allerdings ist ein Wagnis dann nicht ungewöhnlich, wenn es vom Bieter auf andere Weise – etwa durch eine erhöhte Vergütung – abgedeckt werden kann.⁷³ Genau dies ist hier jedoch möglich. Die Bieter werden die Kosten für eine vom Auftraggeber verlängerte Gewährleistungsfrist als Risikoprämie in die Angebotspreise einpreisen. Ein ungewöhnliches Wagnis für die Bieter besteht damit wohl nicht. Allerdings muss sich der öffentliche Auftraggeber bewusst sein, dass die verlängerte Gewährleistungsfrist für ihn mit – unter Umständen erheblichen – Mehrkosten verbunden sein kann.

- Zum anderen wird eine Gewährleistung „vor Ort“ verlangt. Dies ist vergaberechtlich problematisch. Denn die Formulierung von Anforderungen mit Ortsbezug droht stets, Bieter aus entfernten Regionen in vergaberechtswidriger Weise zu diskriminieren. Die Forderung einer räumlichen Nähe der Dependence des Bieters im Sinne einer Ortsnähe oder einer Ortsansässigkeit ist vergaberechtlich unzulässig, die Forderung einer zeitlich raschen Verfügbarkeit vor Ort im Sinne einer Ortspräsenz kann dagegen im Einzelfall zulässig sein.⁷⁴ Es sollte geprüft werden, inwiefern das Erfordernis „vor Ort“ wirklich nötig ist. Sollte dies der Fall sein, ist die Bezeichnung „vor Ort“ in vergaberechtskonformer Weise zu präzisieren; ansonsten sollte das Erfordernis „vor Ort“ ersatzlos gestrichen werden.

3. Berücksichtigung sozialer Kriterien

a) Zulässigkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien

Die Aufnahme sozialer Kriterien in zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung stellt angesichts der ausdrücklichen Erwähnung in Artikel 26 S. 2 VKR gegenwärtig den rechtlich sichersten Weg zur Berücksichtigung derartiger Kriterien dar.

Einfach ist die Verortung sozialer Kriterien im Rahmen von Bau- oder Dienstleistungsaufträgen. Dort können die zusätzlichen Bedingungen ohne weiteres bei der Auftragsausführung berücksichtigt werden.

Schwieriger ist dies dagegen im Rahmen der Lieferung von Waren. In diesem Zusammenhang wird in der juristischen Literatur teilweise für eine vergaberechtliche Zulässigkeit zwischen drei verschiedenen Kategorien unterschieden:

- noch herzustellende Waren,
- noch vom Bieter von seinen Vorlieferanten zu erwerbende Waren sowie
- Lagerbestände des Bieters.

Nach einer Auffassung könne die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen nur dann als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung formuliert werden, wenn die Ausschreibung auf noch herzustellende Waren bzw. durch den Bieter noch von seinen Vorlieferanten zu erwerbende Waren beschränkt werde.⁷⁵ Hinsichtlich der Lieferung aus Lagerbeständen des Bieters könne die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen dagegen nicht als zusätzliche Bedingung für die Auftragsausführung gefordert werden. Diese sollte daher im Wege einer Vertragsbedingung für unzulässig erklärt werden.⁷⁶ Von einigen, die diese Differenzierung vertreten, werden ihre Auswirkungen zugleich heftig kritisiert. Der Ausschluss der Lieferung aus Lagerbeständen stelle einen erheblichen und wohl unverhältnismäßigen Eingriff in

⁷³ Schramm, in: Müller-Wrede, Kompendium des Vergaberechts, 2008, Kap. 11, Rn. 30.

⁷⁴ Hierzu ausführlich Müller-Wrede, VergabeR 2005, S. 32 ff.

⁷⁵ Ziekow, (Fn. 17), S. 44; Beck/Wagner, VergabeR 2008, S. 601, 603.

⁷⁶ Ziekow, (Fn. 17), S. 58.

die unternehmerische Freiheit des Bieters dar; zugleich seien auch erhebliche zeitliche Verzögerungen für den öffentlichen Auftraggeber zu befürchten.⁷⁷

Folgt man der dargestellten Ansicht, so hätte dies auch für die Beschaffung von Desktop-PCs erhebliche Auswirkungen. Es ist daher zu prüfen, ob die in der Literatur vereinzelt vorgenommene Differenzierung rechtlich zwingend und zudem sachgerecht ist:

Die dargestellte Differenzierung ist dann nachvollziehbar, wenn man vom Begriff der „zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung“ ausgeht. Es handelt sich um Bedingungen, die vom Bieter bei der Ausführung seines Auftrags einzuhalten sind. In einem Phasenmodell gedacht handelt es sich um die Erbringung der Leistung nach der Zuschlagserteilung.⁷⁸ So könnte man in der Tat hinsichtlich der Lieferung von Waren darauf abstellen, dass nur noch solche Vorgänge von den Auftragsausführungsbedingungen erfasst werden können, die zeitlich nach Zuschlagserteilung erfolgen. Bei einem solchen Verständnis könnte der öffentliche Auftraggeber hinsichtlich bereits im Lager des Bieters befindlicher Waren keinerlei Vorgaben mehr machen. Für ein solches enges Verständnis der Auftragsausführungsbedingungen spricht, dass nur so verhindert werden kann, dass über die Auftragsausführungsbedingungen gleichsam „durch die Hintertür“ technische Spezifikationen des Auftragsgegenstands, Eignungskriterien oder Zuschlagskriterien sozialer Art ins Vergabeverfahren eingeführt werden, die eigentlich gerade unzulässig sein sollen.⁷⁹

Doch ist ein derart enges Verständnis der Auftragsausführungsbedingungen alles andere als zwingend. Dies wird schon deutlich, wenn man die Regelungen der VKR betrachtet. Denn nach Artikel 26 S. 2 VKR können die Bedingungen für die Auftragsausführung insbesondere soziale und ökologische Aspekte betreffen. Dabei wird nicht zwischen Bau-, Dienstleistungs- und Lieferaufträgen unterschieden.⁸⁰ Zugleich geht aus dem Erwägungsgrund 33 der VKR hervor, dass die Verortung sozialer Aspekte im Rahmen der Auftragsausführungsbedingungen ausdrücklich unter anderem dazu eingeführt wurde, dass öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der grundlegenden Übereinkommen der IAO verlangen können. Soll die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen aber nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers im Rahmen der Auftragsausführungsbedingungen realisiert werden, so würde das ausdrücklich gewünschte Ergebnis gerade für den bedeutenden Bereich der Aufträge zur Warenlieferung ausgehebelt und faktisch unmöglich gemacht, wenn von der Ausschreibung bereits hergestellte Waren – unabhängig von ihrer Herstellungsweise – ausgeschlossen wären.

Ein solches Ergebnis kann auch aus Gleichbehandlungsgründen nicht überzeugen. Denn eine Ausschreibung, die die Lieferung aus Lagerbeständen des Bieters unabhängig davon für unzulässig erklärt, wie die Lagerbestände hergestellt wurden, führt zu einer erheblichen Diskriminierung insbesondere solcher Bieter, deren Lagerbestände ebenfalls unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden. Da auch diese Bieter hinsichtlich der von ihnen anzubietenden Waren die IAO-Kernarbeitsnormen eingehalten haben, ist auch keinerlei sachliche Rechtfertigung für eine derartige Diskriminierung zu erkennen.

⁷⁷ *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 603 f.

⁷⁸ *Ziekow*, (Fn. 17), S. 40; *Fischer*, EuZW 2004, S. 492, 494.

⁷⁹ *Ziekow*, (Fn. 17), S. 44 unter Verweis auf die Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 15.10.2001, ABl. C 333/27 v. 28.11.2001, Nr. 1.6.; die allerdings aus der Zeit vor Inkrafttreten der VKR im Jahr 2004 stammt.

⁸⁰ Dies gesteht auch *Ziekow*, (Fn. 17), S. 43, zu.

Auch im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist die Differenzierung nach dem Herstellungszeitpunkt äußerst fragwürdig. Denn selbst dem vorbildlichsten Unternehmen wäre es untersagt, aus seinen Lagerbeständen zu liefern.⁸¹

Insgesamt kann die von Teilen der Literatur vorgenommene Unterscheidung nach dem Herstellungszeitpunkt somit aus mehreren Gründen nicht überzeugen. So scheint es im Übrigen auch der deutsche Gesetzgeber zu sehen. Denn ausweislich des Entwurfs der Gesetzesbegründung zur GWB-Novelle geht der Gesetzgeber davon aus, dass der öffentliche Auftraggeber infolge der Einführung des neuen § 97 IV S. 1 Hs. 2 GWB, der den Artikel 26 VKR ins deutsche Recht umsetzen soll, die Vorgabe der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken kann.⁸² Von einer Differenzierung danach, ob die zu liefernden Waren sich zum Zeitpunkt der Zuschlagserteilung bereits im Lager des Bieters befinden, ist nicht die Rede. Auch in der Literatur wird schließlich inzwischen teilweise davon ausgegangen, dass der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit hat, zu verlangen, dass die IAO-Kernarbeitsnormen bei der Leistungserbringung eingehalten werden und die Waren somit beispielsweise nicht aus ausbeuterischer Kinderarbeit stammen.⁸³

Bleibt abschließend die Frage, inwiefern die Verortung der Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung für die Beschaffung von Desktop-PCs herangezogen werden kann. Hält man eine Differenzierung nach dem Herstellungszeitpunkt mit der hier vertretenen Auffassung für entbehrlich, so bieten die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung einen geeigneten Ort, um die Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen von den Bietern zu verlangen.

b) Anforderungen an eine Eigenerklärung

Der öffentliche Auftraggeber kann die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen im Rahmen der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung unter anderem dadurch verorten, dass er von den Bietern die Abgabe einer Eigenerklärung über die Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung und Lieferung der Desktop-PCs verlangt. Dabei ist zu beachten, dass die Nichtabgabe einer Erklärung durch den Bieter dessen Ausschluss zur Folge hat. Aus Gründen der Verhältnismäßigkeit darf daher von Bietern nicht die Einhaltung unerfüllbarer Anforderungen gefordert werden.⁸⁴ Gerade angesichts der für den Bieter selbst teilweise nur schwer zu überwachenden Einhaltung der IAO-Kernarbeitsnormen sollte die Eigenerklärung durch den Bieter in abgestufter Form vorgesehen werden.⁸⁵

- Grundsätzlich sollte sich der Bieter verpflichten, im Rahmen der Auftragsausführung Desktop-PCs zu liefern, die unter Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen hergestellt wurden. Zugleich sollte vertraglich geregelt werden, dass der Bieter nach Möglichkeit im Rahmen der Lieferung unabhängige Nachweise (z. B. Zertifikate, Siegel) darüber zu erbringen hat, dass die IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung der Desktop-PCs eingehalten wurden. Der Auftraggeber sollte sich entsprechende Nachprüfungsrechte (möglichst unter Einschaltung unabhängiger Gutachter oder Sachverständiger) vorbehalten.

⁸¹ So auch *Beck/Wagner*, VergabeR 2008, S. 601, 603 f.

⁸² BT-Drs. 16/10117, S. 10.

⁸³ *Ollmann*, VergabeR 2008, S. 447, 452.

⁸⁴ Andernfalls ist der Eingriff in die Berufsfreiheit nach Artikel 12 GG nicht gerechtfertigt; vgl. dazu *Ziekow*, (Fn. 17), S. 58.

⁸⁵ So auch *Ziekow*, (Fn. 17), S. 59.

- Sollte es – aus vom Bieter darzulegenden Gründen – für den Bieter unmöglich oder unverhältnismäßig sein, eine derart weitreichende Verpflichtung einzugehen, sollte der Bieter zumindest eine Verpflichtungserklärung abgeben, nach der er sowohl innerhalb des eigenen Unternehmens wirksame Maßnahmen zur Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen bei der Herstellung der zu liefernden Desktop-PCs ergriffen hat als auch auf seine Vorlieferanten bzw. die Hersteller in entsprechender Weise eingewirkt hat bzw. dies tun wird. Um die Abgabe konturloser Absichtserklärungen durch die Bieter zu vermeiden, sollte der Auftraggeber selbst definieren, wann von der Ergreifung wirksamer Maßnahmen durch den Bieter auszugehen ist. Hierzu sollte ein Anforderungskatalog formuliert werden. Die Bieter sollten vertraglich verpflichtet werden, nach Durchführung oder während der Lieferung gegenüber dem Auftraggeber den Stand der ergriffenen Maßnahmen nachprüfbar zu dokumentieren.

Die auf den Seiten 11 und 12 der Musterausschreibung enthaltenen Entwürfe für Erklärungsvordrucke sind dagegen in der gegenwärtigen Form insbesondere aus folgenden weiteren Gründen problematisch:

- Da es sich bei den Auftragsausführungsbedingungen um Vertragsbedingungen handelt, die bei der Auftragsausführung, d.h. Lieferung, zu beachten sind, ist es nicht sachgerecht, von den Bietern bereits im Zeitpunkt der Angebotsabgabe die Vorlage eines Nachweises über die Herstellungsbedingungen zu verlangen. Eine solche Anforderung passt für eine technische Spezifikation, nicht aber für eine noch einzuhaltende Vertragsbedingung.
- Schon aus Datenschutzgründen und zur Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen des erfolgreichen Bieters ist es für ihn unzumutbar und unverhältnismäßig, der Weitergabe der abgegebenen Erklärung an Dritte wie Nichtregierungsorganisationen oder Gewerkschaften zuzustimmen.
- Es ist zwar zulässig, den Bieter bei Verstößen gegen die eingegangenen Verpflichtungen zur Zahlung einer Vertragsstrafe zu verpflichten. Es ist jedoch zu präzisieren, worauf sich diese bezieht und unter welchen Voraussetzungen die Vertragsstrafe verwirkt wird.
- Mit dem Recht, „sich aus dem Vertrag zurückzuziehen“, ist offensichtlich der vertragliche Vorbehalt eines Rücktrittsrechts oder eines Sonderkündigungsrechts gemeint. Die Voraussetzungen des Rücktrittsrechts oder eines Sonderkündigungsrechts wären im Einzelnen zu benennen.

Somit ist festzuhalten, dass die Vordrucke der Eigenerklärungen in mehrfacher Hinsicht zu überarbeiten sind.

c) **Nachweiserfordernis**

Abschließend ist jedoch daran zu erinnern, dass es rechtlich umstritten ist, ob die Einhaltung von sozialen Kriterien im Rahmen der Auftragsausführungsbedingungen auch dann gefordert werden darf, wenn eine effektive Überprüfung durch den Auftraggeber nicht möglich ist. Insoweit herrscht gegenwärtig erhebliche Rechtsunsicherheit. Dies gilt entsprechend auch für die Forderung der Beachtung der IAO-Kernarbeitsnormen.

VII. Möglichkeiten des öffentlichen Auftraggebers zur Sicherung der Anforderungen

Unabhängig davon, ob der öffentliche Auftraggeber die ökologischen und sozialen Kriterien im Rahmen der Definition des Auftragsgegenstandes und in der Leistungsbeschreibung, als Zuschlagskriterien oder als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung verortet, kann er in den Verdingungsunterlagen bestimmte Möglichkeiten zur Sicherung der Einhaltung der Anforderungen vorsehen. Diese können insbesondere folgende Punkte umfassen:

- Umfangreiche Nachweis- und Dokumentationspflichten des erfolgreichen Bieters spätestens nach Auftragsdurchführung.
- Umfangreiche Nachprüfungsrechte des Auftraggebers unter Einschaltung zur Verschwiegenheit verpflichteter Dritter (z. B. Sachverständiger).
- Vertragsstrafenpflicht des Bieters im Fall der nachweislichen Nichterfüllung der eingegangenen Vertragspflichten. Eine solche Regelung muss die genauen Voraussetzungen für das Vorliegen der Vertragsstrafenpflicht des Bieters enthalten.
- Vertraglicher Vorbehalt des Rücktritts vom Vertrag oder ein Sonderkündigungsrecht des Auftraggebers im Fall der Nichterfüllung der vertraglichen Verpflichtungen durch den Bieter. Auch diese Regelungen müssen die Voraussetzungen für ihre Anwendbarkeit im Einzelnen enthalten. Zudem sind sie mit dem Nachteil verbunden, dass der öffentliche Auftraggeber im Falle eines Rücktritts vom Vertrag nach entsprechender Rückabwicklung den Auftrag zur Lieferung von Desktop-PCs erneut öffentlich ausschreiben muss. Dies ist mit einer zeitlichen Verzögerung verbunden. Zumindest im Hinblick auf die durch die Neuausschreibung entstehenden Mehrkosten kann in den Verdingungsunterlagen jedoch eine Schadensersatzpflicht des Bieters vorgesehen werden.

E. Handlungsempfehlungen

Unabhängig vom Ergebnis der rechtlichen Prüfung empfehlen wir Ihnen folgendes weitere Vorgehen:

- Anstatt eine komplette „Muster Ausschreibung“ zu entwerfen, bietet es sich an, sich auf die Ansatzpunkte für die Verortung sozialer und ökologischer Kriterien im Rahmen einer öffentlichen Ausschreibung zur Beschaffung von Desktop-PCs zu konzentrieren. Die Darstellung könnte in Form von „Bausteinen“ oder als Anleitung zum Einbau in Verdingungsunterlagen erfolgen unter Berücksichtigung rechtlicher Risiken und von Praktikabilitätsabwägungen (wie dies etwa im Rahmen des RESPIRO-Leitfadens erfolgt ist). Denn eine „Muster Ausschreibung“ erhebt den Anspruch der Vollständigkeit. Wird dieser nicht erfüllt, ist der Begriff der „Muster Ausschreibung“ irreführend. Wird er dagegen erfüllt, ist die „Muster Ausschreibung“ angefüllt mit allgemeinen technischen und vergaberechtlich zwar erforderlichen Informationen, die jedoch in keinem zwingenden Zusammenhang mit dem Gegenstand des Leitfadens stehen – nämlich der Frage nach der zulässigen Berücksichtigung von ökologischen und sozialen Kriterien in den Verdingungsunterlagen.
- In einem ersten Schritt sollten sich die Bemühungen auf die – unter anderem in der VKR und im Entwurf der Gesetzesbegründung zur GWB-Novelle genannten – IAO-Kernarbeitsnormen beschränken.

- Die Bemühungen um eine effektive Überprüfbarkeit und Nachweisführung der Einhaltung der sozialen Kriterien sollten intensiviert werden.
- Es sollten Pilotausschreibungen unter Berücksichtigung der IAO-Kernarbeitsnormen durchgeführt werden. Auch wenn die Konstellationen nur eingeschränkt vergleichbar sind, kann dabei auf die positiven Erfahrungen bei der öffentlichen Beschaffung von Ökostrom seit dem Jahr 2003 zurückgegriffen werden. Auch die Ökostromausschreibungen waren anfangs erheblichen rechtlichen Bedenken ausgesetzt. Inzwischen sind sie allgemein als vergaberechtskonform akzeptiert und werfen in der Praxis weder praktische noch vergaberechtliche Probleme auf; auch gibt es dazu keinerlei Rechtsstreitigkeiten. Gelungene Pilotausschreibungen können erhebliche Vorbildwirkung in der Praxis entfalten.

Berlin, den 12. November 2008

gez. Jörn Schnutenhaus
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Verwaltungsrecht

gez. Christian Buchmüller
Rechtsanwalt

Anlagen:

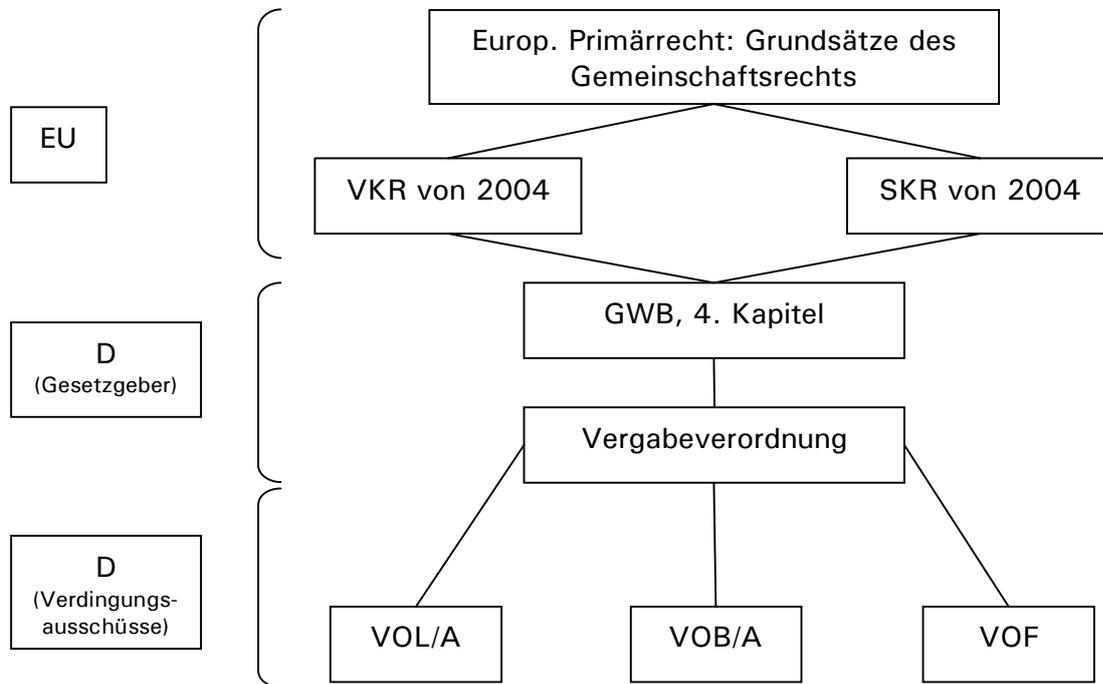
- Anhang 1: Ablauf einer (europaweiten oder nationalen) Ausschreibung im offenen Verfahren
- Anhang 2: Rechtsgrundlagen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte

Anhang 1: Ablauf einer (europaweiten oder nationalen) Ausschreibung im offenen Verfahren



Anhang 2: Rechtsgrundlagen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte

**Rechtsrahmen von europaweiten
Ausschreibungen (oberhalb der EU-Schwellenwerte)**



**Rechtsrahmen von nationalen
Ausschreibungen (unterhalb der EU-Schwellenwerte)**

