

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



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

Berlin, den 1. Dezember 2015

Stellungnahme

zum

Referentenentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts
des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (Stand 9.11.2015)

Vorbemerkungen

1. Zu WEED e.V.

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

2. Vergabemodernisierungsgesetz und Verordnung

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

Die Spielräume, die die EU-Vergaberichtlinie den Mitgliedstaaten zur Einforderung ökologischer und sozialer Standards gegeben hat, sind im deutschen Vergabemodernisierungsgesetz nur unzureichend genutzt worden. Dies haben wir zusammen mit dem CorA-Netzwerk für Unternehmensverantwortung ausführlich in unserer Stellungnahme vom 30.4.2015 zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie und in unserer Stellungnahme vom 5.11.2015 zum Gesetzentwurf der Bundesregierung ausgeführt.

Die Möglichkeit, auch zum Referentenentwurf für eine Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts und hier insbesondere zur Vergabeverordnung (VgV) Stellung zu nehmen, nehmen wir gerne wahr.

Einleitung

Eine der zentralen Zielsetzungen des Vergabemodernisierungsgesetzes und der Verordnungen ist laut Einleitung und Begründung ausdrücklich, dass der neue Rechtsrahmen

den Vergabestellen ermöglicht, „die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen.“ Entsprechend sollte mehr als bisher geschehen darauf hingewirkt werden, dass die Einforderung sozialer und umweltbezogener Aspekte durch eindeutige und rechtssichere Formulierungen und eine anwenderfreundliche Systematik für öffentliche Auftraggeber vereinfacht wird.

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

Zur Vergabeverordnung (VgV)

Notwendigkeit der Regelung auf Gesetzesebene

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

Wahrung der Vertraulichkeit (§ 5 VgV-E)

Hinsichtlich der aus Art. 21 Abs. 1 der EU-Richtlinie 2014/24/EU folgenden Regelung zur Wahrung der Vertraulichkeit von Bieterinformationen in § 5 VgV-E mahnen wir ein ausreichendes Gleichgewicht zwischen Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen einerseits und Transparenz und Überprüfungspotentialen von Bieterangaben andererseits an. Dies könnte beispielsweise dadurch erfolgen, dass die Klarstellung von Absatz 1, dass dies nur von den Bietern „als vertraulich eingestufte Informationen“ betrifft, in den Absätzen 2 und 4 ausdrücklich aufgegriffen wird.

Markterkundung (§ 28 VgV-E)

Die Übernahme der Regelungen zur Markterkundung begrüßen wir ausdrücklich, da Marktrecherchen und Marktdialog im Vorfeld der Ausschreibung zu wichtigen Instrumenten der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung gehören und von manchen öffentlichen Auftraggebern bisher wegen mangelnder Rechtsklarheit nicht genutzt wurden. Wir empfehlen das Streichen des redundanten und daher missverständlichen Zusatzes „ausschließlich“ in Absatz 1, der sich schon aus der Klarstellung in Absatz 2 ergibt.

Leistungsbeschreibung (§ 31 VgV-E)

Wir begrüßen grundsätzlich die Klarstellung, dass soziale und umweltbezogene Aspekte auch in der Leistungsbeschreibung verankert werden können und dass die Verbindung zum Auftragsgegenstand (entsprechend der Nordholland-Rechtsprechung des EuGH vom Mai 2012 und der Vorgaben der EU-Richtlinie 2014/24/EU) auch weitere Stadien der Lebenszyklen der Leistungen mit einbezieht.

Einleitend ist anzumerken, dass wir aus systematischen Gründen dringend empfehlen, dass die Klarstellung der Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten in der Leistungsbeschreibung und die Klarstellung von Abs. 3 zur weiten Definition der Verbindung zum Auftragsgegenstand **direkt in das Gesetz (§ 121 GWB-E)** aufgenommen wird. Dies wäre für die Rechtsanwendung förderlich, da diese Klarstellung bei den anderen Verfahrensstufen ebenfalls im Gesetz direkt erfolgt, vgl. § 127 GWB-E (Zuschlag) und § 128 GWB-E (Auftragsausführung). Für die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in der Vergabepraxis ist es entscheidend, dass diese Aspekte explizit, eindeutig und systematisch logisch benannt werden.

Darüber hinaus fehlt auch im Verordnungstext selbst die für die Rechtsanwender notwendige eindeutige Wiedergabe. Laut Begründung zur VgV stellt Absatz 3 des § 31 VgV-E „klar, dass bei der Leistungsbeschreibung auch zusätzliche Kriterien wie etwa soziale, umweltbezogene und qualitative Aspekte Berücksichtigung finden können.“ (S. 166) Dies entspricht auch vollumfänglich der Feststellung aus der Begründung zum Gesetzentwurf, in der es auf Seite 65 (zu § 97 Abs. 3 GWB-E) heißt: „In jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen, können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden.“ Diese Klarstellung sollte jedoch zur Stärkung der Anwenderfreundlichkeit im Gesetzes- und im Verordnungstext direkt erfolgen, nicht nur in der Begründung.

Im Einzelnen sollten folgende weitere Klarstellungen erfolgen:

1. In der VgV werden in **§ 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV-E** lediglich Umweltmerkmale als Beispiel genannt, obwohl die sozialen Merkmale laut oben zitierter Begründung gleichrangig gemeint sind. Aus Klarstellungsgründen sollten daher hier auch die sozialen Merkmale explizit genannt werden. Wir schlagen daher folgende Formulierung in § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV-E vor: **„in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, die auch soziale oder umweltbezogene Merkmale umfassen können, ...“**

2. § 31 Abs. 3 VgV-E enthält im letzten Halbsatz (wie auch Art. 42 Abs. 1 UA 2 der EU-Richtlinie, dessen systematischer Fehler hier übernommen wurde) einen Zirkelschluss, der die Rechtsanwendung erschwert: Der Hauptsatz von Absatz 3 enthält die Definition der Verbindung zum Auftragsgegenstand („Die Merkmale können sich auch auf den spezifischen Prozess oder die spezifische Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, ...“; vgl. insofern die inhaltsgleiche Definition in § 127 Abs. 3 GWB-E). Daher ist es nicht verständlich, wieso der Nebensatz dann die „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ als Voraussetzung für die „Verbindung zum Auftragsgegenstand“ nennt („..., sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen ...“). Hier ist eine Überarbeitung dringend erforderlich.

3. Darüber hinaus ist die zweite Voraussetzung im Nebensatz von Abs. 3 VgV-E (wieder Art. 42 Abs. 1 UA 2 der EU-Richtlinie wiederholend) redundant: „sofern diese Merkmale ... zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“, da diese Voraussetzung gem. § 97 Abs. 1 GWB-E für jegliche Merkmale in Ausschreibungen gilt.

Fazit: Logisch und für den Rechtsanwender verständlich wäre – wie auch in der Begründung zu § 31 Abs. 3 auf S. 166 eindeutig formuliert –, dass zunächst die Klarstellung erfolgt (wie oben vorgeschlagen, gemeinsam in Abs. 2 Nr. 1), dass ökologische und soziale Belange auch in der Leistungsbeschreibung eingefordert werden können, und sodann getrennt davon (beispielsweise in Absatz 3) die Voraussetzung der „Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“ genannt und dessen durch die EU-Richtlinie 2014/24/EU vorgegebene weite Definition (jetziger Absatz 3 im Hauptsatz oder direkter Verweis auf entsprechende Anwendung von § 127 Abs. 3 GWB-E) wiedergegeben wird.

Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV-E)

Es stellt eine zentrale Erleichterung für Vergabestellen dar, wenn sie Zertifikate für die Nachweisführung einfordern können, dass der Auftragnehmer die geforderten ökologischen und sozialen Standards einhält. Für Vergabestellen ist daher die Neuerung des Art. 43 der EU-Richtlinie 2014/24/EU, dass sie nun ein bestimmtes Gütezeichen zum Nachweis einfordern dürfen, ein wichtiger und allseits begrüßter Fortschritt. Dies sollte bei der Umsetzung von Art. 43 in deutsches Recht gebührend berücksichtigt werden.

1. Hierzu gehört zunächst – aus Gründen der Eindeutigkeit – statt der Formulierung in § 34 Abs. 1 VgV-E „kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen ... verlangen“ die Übernahme der Begrifflichkeit „ein **bestimmtes** Gütezeichen“ (Art. 43 Abs. 1 EU-Richtlinie 2014/24/EU).

2. Eine entscheidende Erleichterung stellt es in diesem Zusammenhang dar, dass in der EU-Richtlinie die **Beweislast dafür, dass andere Gütezeichen gleichwertig** sind, eindeutig beim Wirtschaftsteilnehmer liegt. Denn den Vergabestellen ist nicht zuzumuten, dass sie den Gehalt jeglichen von den Bietern eingebrachten alternativen Gütezeichen oder Erklärungen eruieren müssen; diese Verantwortung liegt bei den Bietern selbst. Diese Erleichterung der EU-Richtlinie wurde in der deutschen Verordnung nur unzureichend umgesetzt.

Zwar stellt Absatz 5 (in Umsetzung von Art. 43 Abs. 1 UA 4 EU-Richtlinie 2014/24/EU) diese Beweislastumkehr für den Fall klar, dass ein Unternehmen unverschuldet und nachweislich keine Möglichkeit hat, ein Gütezeichen innerhalb einer angemessenen Frist zu erlangen.

Für den ebenso wichtigen, in Absatz 4 geregelten Fall, dass der Bieter ein anderes als das geforderte Gütezeichen vorlegt, ist die entsprechende Vorgabe der EU-Richtlinie jedoch nicht übernommen worden: § 34 Abs. 4 VgV-E lässt die Beweislastregelung unerwähnt: „Der öffentliche Auftraggeber muss andere Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.“, obwohl Art. 43 Abs. 1 UA 3 der EU-Richtlinie eindeutig auch hier die Beweislast für die Gleichwertigkeit beim Wirtschaftsteilnehmer verankert: „Die öffentlichen Auftraggeber, die ein spezifisches Gütezeichen fordern, akzeptieren alle Gütezeichen, die bestätigen, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen.“ **Eine zentrale Forderung von uns ist aus den o.g. Gründen die entsprechende 1:1-Umsetzung in deutsches Recht: „Der öffentliche Auftraggeber muss andere Gütezeichen akzeptieren, die bestätigen, dass sie gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.“**

3. Einer 1:1-Umsetzung steht ebenfalls entgegen, dass der **Regelungsgehalt von Art. 43 Abs. 2 der EU-Richtlinie 2014/24/EU in der deutschen Umsetzung vollständig fehlt**. Art. 43 Abs. 2 beschreibt den in der Praxis relevanten Fall, dass ein Gütezeichen neben dem Beleg auftragsbezogener Forderungen zusätzlich noch weitere Anforderungen enthält, die

keinen Auftragsbezug aufweisen (z. B., da sie neben dem Nachweis auftragsbezogener Kriterien, dass das Produkt unter Einhaltung der Sozialstandards klar bestimmter ILO-Übereinkommen hergestellt wurde, zusätzlich auch noch Anforderungen an die allgemeine Unternehmensführung stellen wie z. B. in den UN-Leitprinzipien formulierte Sorgfaltspflichten). In diesen Fällen schreibt die EU-Richtlinie vor (Art. 43 Abs. 2): „Erfüllt ein Gütezeichen die Bedingungen gemäß Absatz 1 Buchstaben b, c, d und e, schreibt aber gleichzeitig Anforderungen vor, die mit dem Auftragsgegenstand nicht in Verbindung stehen, so verlangen die öffentlichen Auftraggeber nicht das Gütezeichen als solches, sie können aber technische Spezifikationen unter Verweis auf die detaillierten Spezifikationen dieses Gütezeichens oder gegebenenfalls Teile davon festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, die Merkmale dieses Auftragsgegenstands zu definieren.“ Dieser Satz sollte als § 34 Abs. 6 VgV-E in die deutsche Verordnung übernommen werden.

4. Dass Gütezeichen in jeder Phase des Verfahrens eingefordert werden können, wird durch die Bezugnahme auf § 34 VgV-E in § 58 IV (Zuschlag) und § 61 (Auftragsausführung) deutlich. Überlegt werden sollte, ob die Bezugnahme auf die missverständliche Definition in § 31 Abs. 3 VgV-E in der jetzigen Form (s. Kritik oben) sinnvoll ist. In § 34 Abs. 2 Nr. 1 empfehlen wir daher stattdessen den Verweis auf die Definition in § 127 III GWB-E.

5. Bei der fünften Voraussetzung der EU-Richtlinie für Gütezeichen, „die Anforderungen an die Gütezeichen werden von einem Dritten festgelegt“ (Art. 43 Abs. 1 e), ist eine eindeutigere Übernahme zu empfehlen als sie in § 34 Abs. 2 Nr. 5 erfolgt ist.

Unteraufträge (§ 36 VgV-E)

Die Überprüfung vertraglich vereinbarter Sozial-, Arbeits- und Umweltstandards wird in der Praxis dadurch erschwert, dass oft zahlreiche Unterauftragnehmer involviert sind. Daher eröffnet Art. 71 der EU-Richtlinie 2014/24/EU den Mitgliedstaaten weitreichende Möglichkeiten, für Transparenz der Lieferkette und Haftung von Subunternehmen zu sorgen. Der inzwischen vorliegende Verordnungsentwurf bleibt in § 36 VgV-E hinter den europarechtlich zulässigen Möglichkeiten für eine verbindlichere Ausgestaltung der Regelungen zur Bekämpfung missbräuchlicher Subunternehmerketten zurück.

Insgesamt wäre es – wie in unseren vorigen Stellungnahmen zum GWB schon benannt – sehr zu begrüßen, wenn diese wichtige Regelung zu Unterauftragnehmern und entsprechender Haftung zumindest in den Grundsätzen **auf gesetzlicher Ebene** geregelt würde.

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

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

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

Abs. 2, den Vergabestellen verbindlich vorzugeben, diese Auskunft einzuholen, wird nicht Gebrauch gemacht.

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

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

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

Fazit

Mit dem derzeitigen Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes und der entsprechenden Verordnung verpasst die Bundesregierung die große Chance, die umwelt-schonende und sozial verantwortliche öffentliche Auftragsvergabe auf Bundes-, Länder- und kommunaler Ebene zu stärken. Da eine eindeutige rechtliche Grundlage entscheidend ist für die tatsächliche Ausgestaltung der Vergabepaxis, bitten wir um entsprechende Nachbesserungen im Sinne einer umfassenden und effektiven nachhaltigen Beschaffung.

Berlin, den 1.12.2015

Annelie Evermann

WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.