V. Vergabefremde Aspekte - Handhabung in der Praxis

Die Bedeutung vergabefremder Aspekte insbesondere in den Bereichen „Soziales" und „Umweltschutz" nimmt in der Vergabepraxis an Bedeutung laufend zu. Gleichzeitig führen diese Anforderungen oft zu Unsicherheiten oder gar Problemen. Der Beitrag von Ingeborg Diemon-Wies, Vorsitzende der Vergabekammer Münster, beschreibt den aktuellen Stand und gibt Hinweise zum Umgang für die Praxis.

1 Einleitung

Mit der Novellierung des GWB ist auch der § 97 Abs. 4 GWB geändert worden. Der Gesetzgeber hat dort eine Regelung geschaffen, die die Anwendung von sozialen, umweltbezogenen und innovativen Kriterien bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages ermöglichen und gleichzeitig auch mit Blick auf den Wirtschaftlichkeitsgrundsatz aus § 97 Abs. 5 GWB zulassen soll. Denn diese beiden Zielsetzungen stehen im Vergaberecht jedenfalls dann in einem Spannungsverhältnis, wenn ein öffentlicher Auftraggeber vergabefremde Aspekte berücksichtigen will, die nicht unbedingt wirtschaftlich effizient sind. Handelt es sich somit um Kriterien, die Auswirkungen auf den Preis haben, wie beispielsweise die Forderung nach Einhaltung von allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen, so ist die Vergabe unter Berücksichtigung der Vorgaben aus § 97 Abs. 4 GWB durchzuführen.

Ingeborg Diemon-Wies ist Vorsitzende der Vergabekammer Münster und Mitautorin des "Praxiskommentars Kartellvergaberecht", der im Bundesanzeiger Verlag erschienen ist.

Ausgehend von der vergaberechtlichen Systematik, wonach strikt zwischen den Eignungs- und Zuschlagskriterien oder einfachen Vorgaben im Leistungsverzeichnis zu trennen ist, sollte die Berücksichtigung eines vergabefremden Aspekts zunächst mit der Einordnung in einer dieser Kategorien beginnen.

Weiterhin sollte darauf geachtet werden, ob diese Forderung tatsächlich in den Vergabeunterlagen als Vorgabe für die Entscheidung über die Beauftragung vorgegeben wird und nicht etwa nur in einem beigefügten Vertragsentwurf als Kündigungsgrund genannt ist. Jedenfalls unterliegen beigefügte Vertragsentwürfe nicht der Überprüfung der Nachprüfungsinstanzen, sondern dies ist eine Frage der Bestimmung des Vertragesinhalts nach Zuschlagserteilung gemäß § 1 Abs. 2 VOL/B.[1] Denn die Nachprüfungsinstanzen führen keine allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrollen durch, sondern prüfen lediglich, ob ein öffentlicher Auftraggeber die Bestimmungen über das Vergabeverfahren einhält und die Bieter entsprechend den Wettbewerbsprinzipien aus § 97 Abs. 1 und 2 GWB behandelt.

Vor dem Hintergrund dieser Methodik sind dann einerseits die Vorgaben aus den Verdingungsordnungen, wie beispielsweise § 7 Abs. 5 EG VOL/A[2], und andererseits die Vorgaben aus § 97 Abs. 4 GWB zu berücksichtigen.

§ 7 Abs. 5 EG VOL/A

Die Auftraggeber geben bereits in der Bekanntmachung an, welche Nachweise vorzulegen sind. (...)

§ 97 Abs. 4 GWB

Aufträge werden an ... gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

[1] VK Münster, 26.8.2009, VK 11/09, in diesem Sinne auch OLG Düsseldorf, 5.5.2008, Verg 5/08

[2] Vorliegend werden nur die Vorschriften aus der EG VOL/A zitiert, die aber mit den Regelungen in der VOB/A vergleichbar sind.

2. Vorgaben aus § 97 Abs. 4 GWB

Dabei beziehen sich die Sätze 1, 2 und 3 des § 97 Abs. 4 GWB auf unterschiedliche Bereiche der Vergabe. Satz 1 bezieht sich auf die Eignung der Bieter, während Satz 2 zusätzliche Anforderungen an die zu beschaffende Leistung ermöglicht; Satz 3 hingegen wendet sich wieder an die Bieter und erfasst andere oder weitergehende Anforderungen.

a) Was bedeutet Gesetzestreue?

In Satz 1 wurde der Begriff der „Gesetzestreue" eingefügt, wodurch nach Auffassung des Gesetzgebers jedenfalls auch die Forderung nach Einhaltung von für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen als vergabefremder Aspekt ermöglicht wird.[3] Tarifverträge und auch die für allgemein verbindlich erklärten sind jedoch keine Gesetze, sondern Verträge zwischen Tarifparteien. Nach der Gesetzesbegründung sollen sie aber wie Gesetze gehandhabt werden. Damit wollte der Gesetzgeber die Einhaltung von Tariflöhnen bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrages als zulässiges Eignungskriterium ermöglichen, ohne dass die strengen Anforderungen aus Satz 3 des § 97 Abs. 4 GWB zu prüfen sind. Berücksichtigt man hier nur den Willen des Gesetzgebers, so darf eine Vergabestelle eine solche Forderung nunmehr in den Vergabeunterlagen stellen, ohne dass ein förmliches Bundes- oder Landesgesetz dies ausdrücklich gestattet. Der Mindestlohn muss somit nicht mehr durch ein Gesetz des Bundes oder Landes vorgeschrieben sein. Ob sich das letztlich so auch in der Rechtsprechung der Nachprüfungsinstanzen durchsetzen wird, bleibt abzuwarten. Jedenfalls sollte bei der Forderung nach Tariftreue insbesondere beachtet werden, dass diese – soweit man es als Eignungsmerkmal definiert – mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen muss und ihm angemessen zu sein hat, vgl. § 7 Abs. 1 Satz 1 EG VOL/A.

Letztlich führt die Einfügung des Wortes „Gesetzestreue" aber auch zu der wenig glücklichen Situation, dass alle Verstöße gegen Gesetze, also auch dann, wenn diese überhaupt nichts mit der Vergabe zu tun haben und eine solche Vorgabe sich auch nicht in den Verdingungsunterlagen findet, wie beispielsweise die Einhaltung der Straßenverkehrsordnung, die Zuverlässigkeit eines Bieters in Frage stellen könnten.

Diesbezüglich kann mitunter die vergaberechtliche Methodik weiterhelfen. Denn die Eignung eines Bieters definiert sich zunächst einmal über die bekanntgemachten Eignungsnachweise. Diese Nachweise müssen von der Vergabestelle bei der Wertung formell und inhaltlich geprüft werden.[4] Darüber hinaus ist der Ausschluss eines Bieters von der Vergabe möglich, wenn die Ausschlussgründe des § 6 Abs. 4 (Verstoß gegen bestimmte Strafgesetze) oder des § 6 Abs. 6 EG VOL/A vorliegen. Danach können Bieter ausgeschlossen werden, wenn ein Insolvenzverfahren oder die Liquidation droht oder sie eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bieter in Frage stellt. Also nicht jeder Verstoß gegen ein Gesetz kann die Unzuverlässigkeit begründen und den Ausschluss des Angebots rechtfertigen. Zudem hat die Vergabestelle diesbezüglich einen Beurteilungsspielraum und muss gegebenenfalls auch begründen können, warum es sich aus ihrer Sicht um eine schwere Verfehlung handelt, die

§ 6 Abs. 6 EG VOL/A

Von der Teilnahme am Wettbewerb können Bewerber ausgeschlossen werden,
a) über deren Vermögen das Insolvenzverfahren oder ein vergleichbares gesetzliches Verfahren eröffnet oder die Eröffnung beantragt oder dieser Antrag mangels Masse abgelehnt worden ist,
b) die sich in Liquidation befinden,
c) die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt,
d) die ihre Verpflichtung zur Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung nicht ordnungsgemäß erfüllt haben,
e) die im Vergabeverfahren vorsätzlich unzutreffende Erklärungen in Bezug auf ihre Eignung abgegeben haben.

[3] Auszug aus der Gesetzesbegründung: Zu den von allen Unternehmen einzuhaltenden Regeln gehören für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge. Auch wenn dies keine formellen Gesetze sind, so sind es doch allgemeinverbindliche rechtsähnliche Rechtsakte, denen sich kein Unternehmen entziehen darf.
[4] OLG Düsseldorf, 26.11.2008, Verg 54/08

mithin die Prognose ermöglicht, dass der betreffende Bieter nicht zur Ausführung des anstehenden Auftrages geeignet erscheint.

Ob darüber hinaus – quasi ohne eine Rechtsgrundlage – ein Bieter von der Vergabe aufgrund einer nicht besonders schwerwiegenden Verfehlung ausgeschlossen werden kann, ist nach vergaberechtlicher Methodik eher als nicht zulässig einzustufen.

b) Zusätzliche Anforderungen an den Leistungsgegenstand

Satz 2 des § 97 Abs. 4 GWB bezieht sich nicht auf die Bieter, sondern auf den zu beschaffenden Leistungsgegenstand. Auch diesbezüglich darf ein öffentlicher Auftraggeber bestimmte Forderungen in den Vergabeunterlagen stellen, wie beispielsweise umweltbezogene oder innovative Aspekte. Dabei muss es sich nicht zwingend um Zuschlagskriterien[5] handeln, sondern diese Vorgaben können einfach im Text der Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. So kann beispielsweise gefordert werden, dass bei der Durchführung des Auftrages Elektroautos einzusetzen sind oder Fahrzeuge, die einen geringen CO_2-Ausstoß haben. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollen aber hier auch soziale Aspekte, wie Verbot von Kinderarbeit, Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder Schwerbehinderten eine Rolle spielen.

Problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass Satz 2 bestimmt: „Zusätzliche Anforderungen können gestellt werden, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen." Damit fordert der Gesetzgeber den Nachweis eines sachlichen Zusammenhangs zwischen dem benannten vergabefremden Aspekt und dem Leistungsgegenstand, und zwar bei der Ausführung des konkreten Auftrags.

Beim Einsatz von Stadtbussen mit vermindertem Schadstoffausstoß in Wohngebieten ist eine solche Verknüpfung sachlich nachvollziehbar. Aber bereits die vorrangige Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen bei der Sanierung von Schulgebäuden lässt sich sachlich nachvollziehbar nicht mehr begründen. Häufig fehlt bei den sozialen Aspekten der sachliche Zusammenhang zum Auftragsgegenstand und kann auch nicht plausibel für den gerade ausgeschriebenen Auftrag hergestellt werden. Tatsache ist aber, dass der sachliche Zusammenhang in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB definitiv gefordert wird. Auch hier bleibt abzuwarten, wie sich die Anwendung dieser Vorschrift in der Rechtsprechung entwickelt.

c) Andere oder weitergehende Anforderungen

Satz 3 des § 97 Abs. 4 GWB erfasst andere oder weitergehende Anforderungen, die wiederum an den Bieter gestellt werden können. Damit berührt diese Regelung den Bereich der Eignung der Bieter.

Zunächst dient der Satz 3 als Auffangtatbestand für Satz 1. Anforderungen an die Eignung der Bieter, die nicht von Satz 1 erfasst werden, können somit dennoch zulässig sein, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Weiterhin kommt der Satz 3 zur Anwendung, wenn die vergabefremden Aspekte gerade nicht mit der Ausführung des konkreten Auftrages (Satz 2) in Verbindung gebracht werden können, weil kein sachlicher Zusammenhang nachvollziehbar dargestellt werden kann.

---

[5] Will man diese Vorgaben als Zuschlagskriterien handhaben, dann ist diesbezüglich insbesondere § 9 Abs. 2 EG VOL/A zu beachten.

Will eine Vergabestelle – losgelöst vom konkreten Auftrag – beispielsweise die Einbeziehung Langzeitarbeitsloser oder Schwerbehinderter in ihre öffentlichen Aufträge fördern, so muss sie jedenfalls dann, wenn ein konkreter Auftragsbezug nicht hergestellt werden kann (vgl. Satz 2), sich auf ein formelles Bundes- oder Landesgesetz berufen. Das Gesetz muss dann selbst diese Vorgabe enthalten.[6]

3. Rechtsfolgen

Soweit die vorstehenden Voraussetzungen von der Vergabestelle ordnungsgemäß umgesetzt wurden und ein Bieter sich nicht daran hält, ändert er mit seinem Angebot die Vergabeunterlagen, was zum Ausschluss seines Angebots von der weiteren Vergabe führt.

Setzt eine Vergabestelle hingegen diese Vorgaben aus § 97 Abs. 4 GWB in den Vergabeunterlagen nicht ordnungsgemäß um, dann sind diese als unbeachtlich zu betrachten und führen – weil Auswirkungen auf die Wirtschaftlichkeit der Angebote in der Regel vorliegen – zu einer Zurückversetzung der Vergabe bis zum Stand vor Angebotsabgabe.

Dabei wird jedenfalls nach Auffassung des OLG Düsseldorf[7] die Rüge des Bieters in Bezug auf die Einhaltung unzulässiger vergabefremder Aspekte in der Regel nicht präkludiert sein, weil diese Verstöße nicht so einfach in den Vergabeunterlagen zu erkennen sind. Aber ein Bieter, der geforderte Erklärungen beispielsweise in Bezug auf Mindestlöhne abgibt, ist nicht unbedingt in einem sich anschließenden von ihm angestrengten Nachprüfungsverfahren antragsbefugt. Denn er hat seinem Angebot diese Erklärung beigefügt und sich darin zur Einhaltung bestehender Gesetze verpflichtet, wozu er aber sowieso verpflichtet ist.[8] Er hat somit keinen Schaden iSv § 107 Abs. 2 GWB.

Im Ergebnis bleibt anzumerken, dass die Anwendung des § 97 Abs. 4 GWB in der Praxis – auch aufgrund der wenig konkreten Vorgaben des Gesetzgebers – sicherlich nicht unproblematisch sein wird.

§ 107 Abs. 2 GWB

Antragsbefugt ist jedes Unternehmen, das ein Interesse am Auftrag hat und eine Verletzung in seinen Rechten nach § 97 Abs. 7 durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften geltend macht. Dabei ist darzulegen, dass dem Unternehmen durch die behauptete Verletzung der Vergabevorschriften ein Schaden entstanden ist oder zu entstehen droht.

[6] EuGH, 3.4.2008, Rs. C-346/06 – Rüffert- ; OLG Düsseldorf, 29.4.2009, Verg 76/08
[7] vgl. u.a. Beschluss des OLG Düsseldorf vom 8.12.2008, Verg 55/08
[8] OLG Düsseldorf, 9.12.2009, Verg 38/09