

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 5. November 2015

Stellungnahme

Zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 18/6281 (Stand 8.10.2015):

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)

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 ausgeführt. Anlässlich der Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung im Ausschuss für Wirtschaft und Energie des Deutschen Bundestages möchten wir hier einige zentrale Punkte herausgreifen.

§ 121 (1) Leistungsbeschreibung

In der Begründung zum Entwurf heißt es auf Seite 65 (zu § 97 Abs. 3): „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. [...] Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele erfolgt bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage dieses Teils erlassen werden.“

Die Vorgaben zur Leistungsbeschreibung in § 121 weisen nicht ausdrücklich auf die Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten hin. Entscheidend für die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in der Vergabep Praxis ist, dass diese Aspekte in § 121 explizit benannt werden.

§ 123 Zwingende Ausschlussgründe

Artikel 57 Abs. 1 f) der Richtlinie 2014/24/EU gibt den Mitgliedstaaten als zwingenden Ausschlussgrund vor: „Kinderarbeit und andere Formen des Menschenhandels im Sinne des Artikels 2 der Richtlinie 2011/36/EU“. In der Umsetzung in § 123 Abs. 1 Nr. 10 des

Referentenentwurfes wird „Kinderarbeit“ weder umfassend noch explizit erwähnt. Genannt ist hier lediglich der Teilaspekt des Menschenhandels: „§§ 232 und 233 des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel) oder § 233a des Strafgesetzbuchs (Förderung des Menschenhandels)“.

Die Bundesregierung hätte hier durchaus (entsprechend Art. 57 I f oder IV a) die Möglichkeit und auch die Pflicht, Kinderarbeit im Sinne der ILO-Übereinkommen 138 und 182 und der detaillierten Auslegung der „schlimmsten Formen der Kinderarbeit“ in der ILO-Empfehlung 190 als zwingenden Ausschlussgrund aufzunehmen. Wir schlagen daher vor, dass § 123 Abs. 1 Nr. 10 des Entwurfes um den Begriff „Kinderarbeit im Sinne der ILO-Übereinkommen 138 und 182“ ergänzt wird.

§ 124 Fakultative Ausschlussgründe

Zwar sind in § 124 Abs. 1 Nr. 1, wie in Art. 57 Abs. 4 a der Richtlinie vorgegeben, nachgewiesene Verstöße gegen „geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen“ als fakultativer Ausschlussgrund genannt.

Um diesen die erforderliche Geltung zu verleihen, sollte jedoch der in Artikel 57 Abs. 4 a der Richtlinie 2014/24/EU eröffnete Spielraum dringend genutzt werden, den nachgewiesenen Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen als zwingenden Ausschlussgrund festzulegen. Wir schlagen daher vor, § 123 um den in § 124 Nr. 1 formulierten Ausschlussgrund zu ergänzen.

Darüber hinaus möchten wir auf zwei weitere Einschränkungen im jetzigen Gesetzesentwurf hinweisen:

1. Ein Verstoß gegen umwelt-, arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen führt als nur fakultativer Ausschlussgrund nicht wie die zwingenden Ausschlussgründe nach § 123 zur Kündigungsmöglichkeit gem. § 133 Nr. 2.

2. Während die Richtlinie in Art. 57 Abs. 4 von den Vergabestellen nur abverlangt, dass sie „auf geeignete Weise“ entsprechende Verstöße nachweisen, um Bieter ausschließen zu können, wird der Anwendungsbereich im deutschen Gesetzentwurf erheblich eingeschränkt: Gemäß § 124 Abs. 1 Nr. 1 ist den Vergabestellen der Ausschluss nur möglich, wenn das Unternehmen „bei der Ausführung öffentlicher Aufträge“ nachweislich gegen die genannten Verpflichtungen verstoßen hat. Sonstige Verstöße müssen unberücksichtigt bleiben bzw. mit der auslegungsbedürftigen Begrifflichkeit „durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird“ gem. § 124 Abs. 1 Nr. 3 aufgefangen werden. Im Falle einer Beibehaltung eines lediglich fakultativen Ausschlussgrundes schlagen wir daher dringend vor, zumindest die Einschränkung in § 124 Abs. 1 Nr. 1 aufzuheben und wie folgt zu formulieren: „das Unternehmen nachweislich gegen geltende Umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat“.

§ 127 (1) Zuschlag

Die Formulierung in § 127 Abs. 1 im Entwurf ist deutlich enger gefasst als die in Artikel 67 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU eröffneten Spielräume. Angesichts der gewachsenen Erkenntnis, dass die realen Kosten für die öffentliche Hand nur bei Berücksichtigung der Lebenszykluskosten erfasst werden, wäre es ein Rückschritt, die Lebenszykluskosten nicht explizit vorzugeben. Im Entwurf heißt es: „Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung können neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“ Artikel 67 Abs. 2 i. V. m. Artikel 68 der Richtlinie 2014/24/EU nennt zusätzlich ausdrücklich die Berücksichtigung der Lebenszykluskostenrechnung; und

darüber hinaus „kann das [wirtschaftlichste Angebot das] beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte — bewertet wird“. Die Definition des Preis-Leistungs-Verhältnisses sollte daher wie folgt ergänzt werden:

„Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung ist die Lebenszykluskostenrechnung heranzuziehen und sollen neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden.“

§ 127 (3) Zuschlag

Artikel 67 Abs. 2 UA 3 der Richtlinie 2014/24/EU eröffnet den Mitgliedstaaten den zusätzlichen Spielraum festzulegen, „dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen, oder [die Mitgliedstaaten] können deren Verwendung auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränken.“ Wir empfehlen die Nutzung dieses Spielraums, indem diese Vorgabe bei bestimmten – in der VgV näher zu bestimmenden – Produkten oder Auftragsarten vorgeschrieben wird.

§ 129 Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

§ 129 legt die Auslegung nahe, dass die Bundesländer nur hinsichtlich der Ausführungsbedingungen ermächtigt werden, verbindliche Vorgaben zur Verankerung sozialer, beschäftigungspolitischer und umweltbezogener Aspekte zu machen. Die bisherige Ermächtigungsklausel in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB, die § 129 laut Gesetzesbegründung (s. 111) „präzisiert“, bot für den Landesgesetzgeber einen weitaus größeren Auslegungsspielraum, der von den Ländern auch genutzt wurde. § 129 des Gesetzentwurfs schränkt hingegen den Handlungsspielraum von Bundesländern, die vorbildlich mit ihren Vergabegesetzen und Beschaffungsverordnungen voranschreiten wollen, erheblich ein.

Wir fordern, dass es den Ländern weiterhin möglich bleibt, strategische Ziele in jedem Stadium des Vergabeprozesses zwingend vorzugeben. Dies sollte im Gesetzestext eindeutig klargestellt werden.

Transparenz und Haftung bezüglich Unterauftragnehmer gem. Artikel 71 der Richtlinie 2014/24/EU

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 den Mitgliedstaaten weitreichende Möglichkeiten, für Transparenz der Lieferkette und Haftung von Subunternehmen zu sorgen.

Weder die zwingenden Vorgaben der Richtlinie noch die in ihr eröffneten Spielräume sind im Gesetzesentwurf enthalten. Der inzwischen vorliegende Diskussionsentwurf der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) bleibt weit hinter den europarechtlich zulässigen Möglichkeiten für eine verbindlichere Ausgestaltung der Regelungen zur Bekämpfung missbräuchlicher Subunternehmerketten zurück. Die Möglichkeiten des Art. 71 Abs. 5 UA 5, die verbindlichen Mitteilungspflichten auch auf Lieferaufträge, auf andere Dienstleistungsaufträge als solche, die in den Einrichtungen des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringende Dienstleistungen betreffen, oder auf Lieferanten, die an Bau- oder Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind, zu erstrecken, werden ebenso nicht genutzt, wie die Spielräume aus Abs. 6 a und b und Abs. 7.

Nur mit der in der Richtlinie vorgeschlagenen Transparenz ist es den öffentlichen Auftraggebern möglich, nachzuvollziehen wer den Auftrag tatsächlich ausführt bzw. zu überprüfen, ob die von ihm vorgegebenen ökologischen oder sozialen Produktionsbedingungen eingehalten werden. Wir empfehlen daher die weitreichende Aufnahme der Transparenzregelungen aus Art. 71.

Zusammenfassung

Mit dem derzeitigen Entwurf des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes verpasst die Bundesregierung die große Chance, die umweltschonende und sozial verantwortliche öffentliche Auftragsvergabe auf Bundes-, Länder und kommunaler Ebene zu stärken. Sie schränkt zudem Befugnisse der Länder, ihre Spielräume für die politische Gestaltung des Einkaufs zu nutzen, potentiell ein. Da eine eindeutige gesetzliche Grundlage entscheidend ist für die tatsächliche Ausgestaltung der Vergabepaxis, bitten wir um entsprechende Nachbesserungen im Sinne einer umfassenden und effektiven nachhaltigen Beschaffung.

Berlin, den 5.11.2015

Annelie Evermann

WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V.