



REVISTA DIGITAL DE DIREITO ADMINISTRATIVO

FACULDADE DE DIREITO DE RIBEIRÃO PRETO - FDRP

UNIVERSIDADE DE SÃO PAULO – USP

Seção: Artigos Científicos

Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit

*Ecological and social acquisitions in the future Public Procurement Law:
competences, content and proportionality*

Martin Burgi

Resumo: A persecução de objetivos ecológicos e/ou sociais no contexto das licitações constitui um objeto de animadas ambições políticas que frequentemente geram reclamações no campo prático e, mais do que nunca, motivos para inúmeras decisões judiciais e estudos científicos. A União Europeia tomou as chamadas contratações estratégicas como um elemento central da reforma de seu modelo de licitações, em razão do que os esforços da Alemanha para internalizar as normas europeias são esperados com tensão, principalmente porque o legislador federal alemão será confrontado com leis de licitações estaduais. Como ponto central do presente estudo será discutido o esboço do governo, publicado em 08 de julho de 2016, para uma nova disciplina jurídica das licitações na GWB (esboço doravante denominado de RegE-GWB).

Palavras-chave: licitações sociais; licitações verdes; direito europeu; direito alemão.

Abstract: The pursuit of ecological and / or social objectives in the context of public procurements is an object of lively political ambitions that often generate complaints in the practical field and, more than ever, grounds for numerous judicial decisions and scientific studies. The European Union has taken the so-called strategic contracting as a central element of the reform of its procurement model, reason why Germany's efforts to internalize European standards are expected with tension, mainly because the German federal legislature will be faced with many procurement laws in the level of the "Länder". The present study aims at discussing the government draft, published on July 8, 2016, for a new legal discipline of public bids in the GWB (hereinafter referred to as RegE-GWB).

Keywords: social procurement; green procurement; European Law; German Law.

Disponível no URL: www.revistas.usp.br/rdda

DOI: <http://dx.doi.org/10.11606/issn.2319-0558.v4n1p01-14>

Artigo submetido em: fevereiro de 2016

Aprovado em: dezembro de 2016

ÖKOLOGISCHE UND SOZIALE BESCHAFFUNG IM KÜNFTIGEN VERGABERECHT: KOMPETENZEN, INHALTE, VERHÄLTNISMÄßIGKEIT

Martin BURGI*

Sumário: 1 Die Vergaberechtsreform als Gegenstand und Prozeß; 2 Struktur der nachfolgenden Analyse; 3 Zwecke und Grundsätze; 3.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung; 3.2 Kompetenzielle Konsequenzen; 3.3 Prüfsteine für den GWB-Entwurf; 3.4 Regelungsoptionen bzw. -notwendigkeiten für VgV, VOB/A und Landesvergabegesetze; 4 Leistungsbeschreibung; 4.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung; 4.2 Prüfsteine für den GWB; 4.3 Konsequenzen für nachgeordnete Regelungsebenen; 5 Ausführungsbedingungen; 5.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung; 5.2 Prüfsteine für den GWB; 5.3 Konsequenzen für nachgeordnete Regelungsebenen; 6 Zuschlagskriterien; 6.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung; 6.2 Prüfsteine für den GWB; 6.3 Konsequenzen für nachgeordnete Regelungsebenen; 7 Fazit.

1. Die Vergaberechtsreform als Gegenstand und Prozeß

Die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke bildete bereits das zentrale Thema auf dem ersten Düsseldorfer Vergaberechtstag im Jahre 2000¹ und sie hat uns und viele andere seither immer wieder beschäftigt; später kamen die (in diesem Beitrag ausgeblendeten) „innovativen Aspekte“ hinzu.² Bislang ging es um v.a. um die Vereinbarkeit mit dem EU-Recht sowie mit dem nationalen Verfassungsrecht und um zahlreiche Anwendungsfragen, bezogen auf § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 GWB sowie auf die zahlreichen Landesvergabegesetze. Nun, da seit April 2015 ein Referentenentwurf zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien auf der obersten Regelungsebene des GWB vorliegt und seit 8. Juli 2015 ein Regierungsentwurf,³ interessiert, welche Haltung der Bund künftig einnehmen wird, welche Auswirkungen sich für die einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens ergeben und welche Spielräume auf den nachfolgenden Regelungsebenen noch bestehen.

* *Professor titular da cadeira de direito público, direito administrativo econômico, direito social e ambiental, bem como do centro de pesquisa em direito das licitações e da cooperação administrativa do Instituto de Direito Público e Política da Ludwig Maximilians Universität – LMU, de Munique, Alemanha. Contato: martin.burgi@jura.uni-muenchen.de*

¹ Vgl. Burgi, NZBau 2001, 69, und Ziekow, NZBau 2001, 72; als aktuellere Gesamtdarstellungen: Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Wettbewerbsrecht, Band 2, GWB/Teil 2, 5. Auflage 2014, § 97 Rdnr. 232 ff.; Weiner und Mertens, in: Gabriel/Krohn/Neun (Hrsg.), Handbuch des Vergaberechts, 2014, § 20, § 79.

² Vgl. hierzu Burgi, NZBau 2011, 577.

³ U.a. zu finden auf den Seiten des forum Vergabe e.V. (www.forum-vergabe.de).

Die einzelnen potenziellen Maßnahmen sind hinreichend bekannt. Dabei sind neben die „Klassiker“ Tariftreue-, Quoten- und Ökozeichenregelung verschiedene konzeptionelle Verpflichtungen (etwa zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf), die Effektivierung der sog. ILO-Kernarbeitsnormen und die Realisierung des sog. Lebenszyklusansatzes getreten.⁴ Teilweise werden sie mit dem Sammelbegriff der Nachhaltigkeit zu erfassen versucht (vgl. etwa § 1 Abs. 1 VO zum TVgG NRW),⁵ der freilich nun im RegE-GWB keinen Niederschlag gefunden hat und hinsichtlich der sozialen Maßnahmen m. E. auch nicht vollständig passt.⁶

2. Struktur der nachfolgenden Analyse

Die Themenstellung legt eine Aufgliederung nach dem Ob (Zwecke und Grundsätze; 3) und sodann nach dem Wo und Wie, d. h. nach den einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens nahe: Leistungsbeschreibung (4), Ausführungsbedingungen (5) und Zuschlagskriterien (6). Die Eignungs⁷- und Ausschlussebene⁸ wird nicht erörtert, da sie aus der Sicht des ja auf die Gestaltungsmöglichkeiten zielenden Themas – gleichsam nachgelagert – die Sanktionierung früherer Verstöße⁹ gegen Vorgaben umwelt- bzw. sozialrechtlichen Inhalts betrifft. Insoweit statuiert der RegE-GWB in § 123 Abs. 4 als zwingenden Ausschlussgrund die nachgewiesene Nichtzahlung von Sozialversicherungsbeiträgen und in § 124 Nr. 1 den nachweislichen Verstoß gegen sonstige „geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen“ als fakultativen Ausschlussgrund, dies in Umsetzung von Art. 18 Abs. 2 der neuen allgemeinen Vergaberichtlinie 2014/24/EU (ABl. 2014 L 94/64).¹⁰ In diesen Zusammenhang gehört auch der (noch in VgV und VOB/A-EU zu regelnde) künftige Umgang mit „ungewöhnlich niedrigen Angeboten“ (nach Maßgabe des Art. 69 Abs. 2 lit. d) der Richtlinie 2014/24)¹¹ aufgrund vorangegangenen Verstoß gegen die in Art. 18 Abs. 2 in Bezug genommenen Vorschriften.

⁴ Vgl. neben den in Fn. 1 genannten Beiträgen bündig Schröder, NZBau 2014, 467 (zu den ökologischen Aspekten) und Latzel, NZBau 2014, 673 (zu den sozialen Aspekten).

⁵ Vom 14.05.2013 (GBVI. NRW, S. 253); aus der Literatur vgl. Brackmann, VergabeR 2014, 310; auf der europäischen Ebene Dragos/Neamtu, in: Lichère/Caranta/Treumer (Hrsg.), *Modernising Public Procurement: The New Directive 2014*, 301 ff.

⁶ Ob beispielsweise das Tariftreueverlangen in gleicher Weise zur Nachhaltigkeit beiträgt wie etwa das Hinwirken auf einen ressourcenschonenden Umgang mit Gütern wird man durchaus bestreiten können.

⁷ Auf der Eignungsebene geht es v.a. um Umweltschutzmaßnahmen als Element der technischen Leistungsfähigkeit, die künftig in § 122 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 RegE-GWB verankert ist. Insoweit ist u.a. die Beachtung der Anforderungen des sog. Gemeinschaftssystems für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) bedeutsam, die jedoch noch der näheren Ausgestaltung in der künftigen VgV (vgl. bislang § 7 Abs. 11 VOL/A-EG) bzw. der künftigen VOB/A (vgl. bislang § 6 Abs. 9 VOB/A-EG) bedarf. Die einschlägige Richtlinienvorgabe findet sich in Art. 62 der Richtlinie 2014/24.

⁸ Nach dem RegE-GWB wird künftig erstmals auch in Deutschland zwischen der Ebene der Eignung und der Ebene der Ausschlussgründe (§§ 123 und 124) differenziert.

⁹ Ausführlich zu den verschiedenen Sanktionsmöglichkeiten Burgi, NZBau 2014, 595

¹⁰ Vgl. hierzu *Latzel*, NZBau 2014, S. 676 bis 678 m.w.N.; Glaser, *Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge*, 2015, S. 40 f., 70 ff.

¹¹ Als erste Einschätzung: Burgi, in: Pünder/Prieß (Hrsg.), *Vergaberecht im Umbruch II*, 2015, S. 57 ff.

Die Analyse ist jeweils gleich strukturiert. Zunächst werden Inhalt und Konzept vorgestellt und wird auch auf das hingewiesen, was ggf. nicht geregelt worden ist (3). Sodann werden verschiedene Prüfsteine aufgestellt (das ist eine große Auszeichnung, denn ein Prüfstein dient bekanntlich dazu, den Reinheitsgehalt von Edelmetallen festzustellen): Vereinbarkeit mit EU-Vorgaben, Zielerreichung, Kohärenz¹² und v.a.: Werden bisher ungeklärte Probleme in Auslegung und Anwendung gelöst oder zumindest entschärft? Dieser Teil zielt durchaus auch auf das parlamentarische Verfahren, in dem ja noch Änderungen vorgenommen werden könnten (2). Abschließend (3) soll der Blick aus dem GWB heraus gehen und gefragt werden, was jeweils noch geregelt werden muss bzw. kann/darf in der künftigen VgV bzw. in der künftigen VOB/A-EU und – bei diesem Thema last but not least – in den Landesvergabegesetzen (3)?¹³ Diese befinden sich gegenwärtig in teilweise (so namentlich in NRW)¹⁴ autonom veranlassten Evaluationsprozessen, so dass die nachfolgend ermittelten neuen bundesrechtlichen Determinanten auf einen bereits fruchtbar gemachten Reformboden fallen dürften.

3. Zwecke und Grundsätze

Bisher ist die Verfolgung sozialer und ökologischer Zwecke in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB ausdrücklich nur auf die Phase der „Auftragsausführung“ bezogen. Im Anschluss daran wird mit einer sehr unklar formulierten und bis heute streitbefangenen¹⁵ Wendung die Formulierung „anderer“ (welche?) oder „weitergehender“ Anforderungen (welche?) in das Ermessen des Bundes- oder Landesgesetzgebers gestellt. Dieses Regelungskonzept war eher aus der Not des politischen Kompromisses geboren¹⁶ und hat die weit verbreitete Einordnung als „vergabefremde Zwecke“¹⁷ nicht zu erschüttern vermocht.

¹² Zu diesen beiden Elementen als Rationalitätsanforderungen für die Beurteilung von Gesetzen allg. Grzeszick, VVDStRL 71 (2012), 49 (52 f.); Wallerath, in: Ruffert (Hrsg.), FS Schröder, 2012, S. 399 (403 ff.).

¹³ Naheliegenderweise wird nachfolgend ausschließlich auf das TVgG NRW (vom 10.01.2012) (GVBl. NRW, S. 17). Bezug genommen.

¹⁴ Mittlerweile hat das vom Wirtschaftsministerium NRW beauftragte Institut zur Durchführung des Forschungsvorhabens „Konnexitätsfolgenausgleich und Evaluierung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen“ (Kienbaum Management Consultants GmbH) einen Endbericht vorgelegt, der u.a. aufgrund „vielfacher Anwendungsschwierigkeiten“ die Überprüfung sowie eine Vereinfachung und Verbesserung der Verständlichkeit der Regelungen bei den Anwendern empfiehlt. Dies betrifft u.a. die „tatsächliche praktische Überprüfbarkeit der Vorgabe von ILO-Kernarbeitsnormen“ sowie die Anforderungen der Maßnahmen zur Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie“. Letztere bereiten insbesondere kleinen und mittleren Unternehmen Schwierigkeiten.

¹⁵ Zu den Einzelheiten vgl. Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (o.Fn. 1), § 97 Rdnr. 234 f., 272 ff.

¹⁶ Zu den Einzelheiten vgl. Hailbronner, in: Byok/Jaeger (Hrsg.), Kommentar zum Vergaberecht, 3. Auflage 2011, § 97 Rdnr. 125; Ziekow, in: Ders/Völlink (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Auflage 2013, § 97 Rdnr. 102 f.

¹⁷ Vgl. statt vieler Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (o.Fn. 1), § 97 Rdnr. 232 f., m.w.N., der die „Vergabefremdheit“ jener Regelungen daraus ableitet, dass sie von einer Vergabe außerhalb allein wirtschaftlicher Kriterien „auf der Grundlage von Wettbewerb, Transparenz und Gleichbehandlung“ abweichen würden; zur Entwicklung ferner Storr, in: Bungenberg/Huber/Streinzi (Hrsg.), Wirtschaftsverfassung und Vergaberecht, 2011, S. 43 (44).

Diese ja explizit kritische Konnotation rührt daher, dass die zusätzliche Verfolgung jener Zwecke mit den anderen Zwecken in Konflikt gerät: Sie ist geeignet, neue Diskriminierungen hervorzubringen (vom Hoflieferanten zum Lieferanten von Produkten aus heimischem Anbau) und den Wettbewerb, insbesondere zulasten kleiner und mittlerer Unternehmen, zu beeinträchtigen. Zudem verteuert sie oftmals die Beschaffung (vielleicht nicht auf das volkswirtschaftliche Ganze, aber doch unter Umständen im Hinblick auf den Einzeleinkauf, also betriebswirtschaftlich gesehen). In jedem Fall erhöht sich der Arbeitsaufwand auf Auftraggeber- wie auf Bieterseite. Fehlt es dann an klaren Regelungen, treten der Nachteil der Rechtsunsicherheit und in der Folge die Zunahme von Rechtsschutzverfahren hinzu. Die potenziellen Vorteile, nämlich die mittel- und langfristige Verbesserung für Umwelt und Soziales, auch die Vorbildwirkung des Staates, geraten dann verständlicherweise aus dem Blick.

Ihrem Inhalt nach sind die ökologischen und sozialen Ziele unangefochten und spätestens seit der Richtlinie 2014/24 (vgl. v.a. Erw. 95 und 37), die insoweit auf dem „Strategiepapier Europa 2020“ aus 2010 fußt,¹⁸ kann auch niemand mehr bestreiten, dass sie per Beschaffungstätigkeit verfolgt werden können.¹⁹ Entscheidend aber ist, ob es gelingt, Nutzen und Gefahren des „Green“²⁰ bzw. „Social Procurement“²¹ mit einem sachgerechten Regelungskonzept auszutarieren. Dazu hat sich nun der Bundesgesetzgeber erstmals berufen gesehen.

3.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung

Die Verfolgung „sozialer und umweltbezogener Aspekte“ wird im *RegE-GWB* in einem neuen § 97 Abs. 3 ausdrücklich als Zweck der Beschaffungstätigkeit legitimiert. Dabei wird zwar keine Pflicht formuliert, aber jene Zwecke verlieren nun endgültig den ihnen teilweise immer noch zugeschriebenen Charakter als „vergabefremd“, jetzt sind sie endgültig gleichsam assimiliert.

Das Regelungskonzept besteht sodann erstmals in der Aufteilung in einen Allgemeinen und in einen Besonderen Teil, die dadurch verzahnt sind, dass § 97 Abs. 3 *RegE-GWB* die Verfolgung jener Aspekte „nach Maßgabe dieses Teils“ ermöglicht. Damit soll sich die Statthaftigkeit nach den rechtlichen Vorgaben für die jeweils betroffene Verfahrensphase beurteilen.

Aus dem Allgemeinen Teil der Grundsätze, die sich aus den Absätzen 1 und 2 ergeben, ist im vorliegenden Zusammenhang der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

¹⁸ KOM (2010) 2020 endg., S. 18 f.

¹⁹ Vgl. insoweit Brauser-Jung, *VergabeR* 2013, 285 (294 ff.); Fuchs, *Journal für Rechtspolitik* 20 (2012), 288 ff.

²⁰ Aktuell und aus europäischer Perspektive: Dragos/Neamtu, in: *Modernising Public Procurement* (o.Fn. 5), 301 ff.

²¹ Zur diesbezüglichen Entwicklung vgl. Schäfer, *VergabeR* 2011, 275; zu den politischen Hintergründen McCrudden, *Buying social justice. Equality government procurement and legal change*, 2007.

des § 97 Abs. 1 Satz 2 relevant,²² der im Vergaberecht bislang nicht heimisch gewesen, nun aber durch Art. 18 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24 zwingend geworden ist; interessanterweise findet also der ursprünglich in Deutschland „groß gewordenene“ Verhältnismäßigkeitsgrundsatz erst über die Station Europa seinen Weg in das deutsche Vergaberecht. Er wird fortan einen wichtigen Maßstab für die öffentlichen Auftraggeber, aber auch für Landesgesetzgeber bilden, die soziale und umweltbezogene Aspekte verwirklichen wollen. Dem ist jeweils im Hinblick auf die einzelnen Verfahrensphasen nachzugehen.

3.2 Kompetenzielle Konsequenzen

Mit seinem neuen Regelungskomplex über eine ganze Reihe von Vorschriften hinweg hat der Bund in weit größerem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz für das „Recht der Wirtschaft“ nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG²³ Gebrauch gemacht als bislang, wo die Formulierung „andere oder weitergehende Anforderungen“ in § 97 Abs. 4 Satz 3 doch als eine Art weitgehend unbeschränkte Öffnungsklausel zugunsten der Länder verstanden werden konnte.²⁴ Künftig sind die Länder als Gesetzgeber im Vergaberecht gesperrt, soweit der Bund Regelungen über die strategische Beschaffung getroffen hat, worauf an gegebener Stelle zurückzukommen ist. Dabei umfaßt die Sperrwirkung nach allgemeinen verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht nur widersprechende Bestimmungen in Landesgesetzen, sondern auch gleichlautende, also lediglich wiederholende Vorschriften.²⁵ Das Grundgesetz leistet hierdurch einen Beitrag zur Übersichtlichkeit und Einheitlichkeit der Rechtsordnung, der gerade im Vergaberecht wichtig erscheint.

²² Der ebenfalls in § 97 Abs. 1 Satz 2 RegE-GWB neu eingeführte „Grundsatz der Wirtschaftlichkeit“ (als allgemeiner Grundsatz des Vergaberechts, d.h. mit einer zusätzlichen Bedeutung jenseits der bereits bisher bestehenden (und in § 127 GWB fortgeführten) Bedeutung als Zuschlagskriterium ist m.E. im Hinblick auf die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke nicht relevant. Denn er betrifft eine Zweck-Mittel-Relation, die im Falle einer strategischen Beschaffung auf der Ebene der Zwecke gerade erweitert wird, wodurch die u.U. eintretende Verteuerung gerechtfertigt würde. Der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz richtet sich primär an die öffentlichen Auftraggeber, während der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz einen Maßstab für die den Bietern auferlegten Verpflichtungen bildet.

²³ Zu diesem Kompetenztitel als Grundlage für das Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte vgl. Burgi, NVwZ 2011, 1217; hierauf beruft sich zu Ziffer IV der Begründung auch die Bundesregierung im RegE-GWB.

²⁴ So jedenfalls von der h.M. und v.a. den Landesvergabegesetzgebern. Opitz, in: forum vergabe (Hrsg.), 15. forum vergabe Gespräche 2012, S. 41 (44 f.); Dreher, NZBau 2014, 1 f. hingegen sahen insbesondere in den Verfahrenspflichten in jenen Landesgesetzen einen Kompetenzverstoß. Dabei beriefen sie sich u.a. auf § 115a GWB, der es dem Landesgesetzgeber untersagt, von den im „Unterabschnitt“ zum Nachprüfungsverfahren enthaltenen „Regelungen zum Verwaltungsverfahren“ abzuweichen. Die entsprechende Bestimmung findet sich künftig in § 170 RegE-GWB; sie betrifft m.E. eben nur das Nachprüfungs- und nicht auch das eigentliche Vergabeverfahren.

²⁵ Vgl. BVerfGE 37, 191 (200); BVerfGE 102, 99 (115).

3.3 Prüfsteine für den GWB-Entwurf

An der Europarechtskonformität der Abs. 3 und 1 des neuen § 97 GWB bestehen keine Zweifel, d.h. sie sind vereinbar mit Zielsetzung und Erwägungsgründen der Richtlinie,²⁶ auch kann man ihnen Zielerreichung und Kohärenz attestieren, weil sie den soeben beschriebenen Grundkonflikt der strategischen Beschaffung angemessen erfassen und ausgewogene Lösungen für die jeweilige Beschaffungssituation ermöglichen. Mit der Beseitigung des verunglückten § 97 Abs. 4 Sätze 2 und 3 der bisherigen Fassung werden überdies die hiermit verbundenen Probleme beseitigt.

3.4 Regelungsoptionen bzw. -notwendigkeiten für VgV, VOB/A und Landesvergabegesetze

VgV und VOB/A-EU sollten hinsichtlich der Zwecke und Grundsätze schweigen; jede Wiederholung erscheint insoweit unnötig, ja schädlich, weil die Normierung von Zwecken und Grundsätzen Sache des Parlamentsgesetzgebers ist. Auch sind keine Unterschiede erkennbar, die etwa eine spezifische Regelung für den Bau- oder für den Leistungsbereich erfordern würden.

Die Landesvergabegesetze werden durch den Umstand herausgefordert, dass der Bund in weiterem Umfang von seiner Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht hat. Darauf ist bei der Erörterung der jeweiligen Verfahrensphase einzugehen. Schon an dieser Stelle kann festgestellt werden, dass der neu normierte Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Länder auch im Hinblick auf diejenigen Regelungen, für die sie weiterhin eine Kompetenz besitzen, bindet. Dies gilt für den jeweiligen Landesgesetzgeber selbst und sodann für die Vergabestellen, Vergabekammern und Gerichte bei der Auslegung landesvergabegesetzlicher Normen.

4. Leistungsbeschreibung

4.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung

Die Leistungsbeschreibung war bislang gar nicht im GWB adressiert, sondern lediglich in der VOL/A-EG (§ 8) bzw. in der VOB/A-EG (§ 7). Als künftig einschlägige Vorschrift enthält § 121 RegE-GWB keine Pflicht zur Aufnahme ökologischer und sozialer Anforderungen in die Leistungsbeschreibung und nennt sie auch als Option nicht. Freilich wird auf dem Stand der gegenwärtig vorliegenden Formulierung alles, was bisher möglich war, weiterhin möglich sein. Dies betrifft abgesehen von Sonderfällen²⁷ die Umweltschutzanforderungen. Sie

²⁶ Wenngleich die nunmehr im RegE-GWB vorgenommene Unterteilung in einen Allgemeinen und einen Besonderen Teil dort nicht schon vorgezeichnet ist.

²⁷ Wie beispielsweise die Beschaffung eines behindertengerechten Aufzugs in einem Gebäude oder die Anleitung und Überwachung von Langzeitarbeitslosen bei der Reinigung öffentlicher Parkanlagen.

werden regelmäßig formuliert als Anforderungen an das Produkt selbst, seine Herstellung und Entsorgung. Dabei erfolgt weiterhin sinnvollerweise eine Orientierung an technischen Spezifikationen (Art. 42 der Richtlinie) und an bestehenden Umweltgütezeichen²⁸ (künftig nach Art. 41 der Richtlinie).

4.2 Prüfsteine für das GWB

Europarechtskonform wird das Umsetzungsregelwerk in Sachen Leistungsbeschreibung dann sein, wenn die noch fehlenden Elemente betreffend die Energieeffizienz (wie schon bisher; vgl. sogleich 3) in der VgV bzw. in der VOB/A-EU nachgeliefert sein werden. Bereits im Gesetz ist nach dem Stand des Regierungsentwurfs im Interesse der Kohärenz- gerade auch (aber nicht nur) im Hinblick auf die Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke – erfreulicherweise nun erstmals diesog. funktionale Leistungsbeschreibung²⁹ adressiert. Dies beträfe auch Konzepte zur Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke. Sie zu verlangen, eröffnet eine beachtliche gewaltige Gestaltungsreserve im Hinblick auf eine verbesserte Leistungserbringung, und zwar durch Abschöpfung der Kreativität und Vor-Ort-Kompetenz der Bieter. Eine funktionale Leistungsbeschreibung kann innovative, soziale und ökologische Konzepte anregen (Innovation ist nicht auf Technik beschränkt) und so von Ausschreibungszeitraum zu Ausschreibungszeitraum eine Verbesserung der ökologischen und sozialen Standards erreichen.³⁰ Es ist daher erfreulich, dass der Regierungsentwurf (im Gegensatz zum Referententwurf) explizit auch die Formulierung „funktionaler Anforderungen“ legitimiert.

4.3 Konsequenzen für nachgeordnete Regelungsebenen

Wie bereits erwähnt, muss die Umsetzung der Richtlinie 2014/24 in dieser Verfahrensphase noch durch VgV und VOB/A-EU komplettiert werden. Ihnen wird es obliegen, den bisherigen Pflichtenstand der §§ 4 Abs. 4 bis 6 VgV, 6 Abs. 2 bis 6 VgV zur Energieeffizienz bzw. der §§ 4 Abs. 7 bis 10 VgV für die Berücksichtigung des Energieverbrauchs und der Umweltauswirkungen von Straßenfahrzeugen fortzuführen³¹ und den diesbezüglichen Vorgaben des EU-Rechts Rechnung zu tragen. Bei entsprechendem politischem Willen könnten hier auch Erweiterungen vorgenommen und etwaige Spezifika der beiden Leistungsbereiche berücksichtigt werden. Anschauungsmaterial für eine moderne Reglementierung in diesem Themenfeld findet sich in einigen Landesvergabegesetzen, etwa in § 6 der VO zum TVgG NRW.

²⁸ Vgl. zu den Einzelheiten Krohn/Schneider, in: Handbuch des Vergaberechts (o.Fn. 1), § 17 Rdnr. 89 ff., Weiner, a.a.O., § 20 Rdnr. 21 ff.; Haak, NZBau 2015, 11 (16 f.); Glaser (o.Fn. 10), S. 42 f.

²⁹ Hierzu vgl. Schellenberg, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 2. Auflage 2015, § 8 VOL/A-EG Rdnr. 44 f.

³⁰ Ausführlich hierzu vgl. Burgi, NZBau 2011, 581 ff.

³¹ Zu den Einzelheiten vgl. Krohn/Schneider, in: Handbuch Vergaberecht (o.Fn. 1), § 17 Rdnr. 97 ff.; Haak, NZBau 2015, S. 15 ff.

Überhaupt enthalten die Landesvergabegesetze einige Aussagen zur Nachhaltigkeit bei der Bestimmung des Auftragsgegenstandes. Diese Aussagen (etwa zur Bedarfsanalyse oder zum Umgang mit Standards, z. B. nach § 17 Abs. 4 u. 5 TVgG NRW) können m. E. fortbestehen, weil sie gleichsam das Vorfeld des Vergabeverfahrens und damit auch der „Leistungsbeschreibung“ im formalen Sinne des § 121 GWB betreffen. Der Landesgesetzgeber wendet sich mit ihnen an die ihm nachgeordneten Auftraggeber in Land und Kommunen im Stadium der Festlegung des Auftragsgegenstandes, wofür wiederum der Bundesgesetzgeber gar keine Kompetenz hätte.

5. Ausführungsbedingungen

5.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung

Die Ausführungsbedingungen waren bislang in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB knapp adressiert und werden künftig in zwei spezifischen Vorschriften (§ 128 und § 129 *RegE-GWB*) geregelt. Dabei eröffnet § 128 Abs. 2 Optionen für die öffentlichen Auftraggeber, während § 129 die Grundlage schafft, um sie zur Statuierung von Ausführungsbedingungen zu verpflichten. § 128 Abs. 1 *RegE-GWB* setzt v.a. die „verschärfte Arbeitsrechtstreue“³² nach Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24 um und betrifft all diejenigen Anforderungen, zu deren Beachtung die bietenden Unternehmen schon aufgrund anderer Rechtsvorschriften verpflichtet sind.

Auf die strategische Beschaffung zielt also erst § 128 Abs. 2 *RegE-GWB*, der insgesamt vier Voraussetzungen aufstellt: (1) Es muss sich um „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ handeln, also um Verpflichtungen, die zumindest *auch* während der Auftragsdurchführung erfüllt werden; dies impliziert m. E. übrigens, dass sie überhaupt *erfüllbar* und somit auch *kontrollierbar* sind. Der Gesetzgeber musste diese bislang umstrittene Voraussetzung³³ nicht explizit normieren, weil sie sich aus dem Charakter einer solchen Bedingung als zumindest Auch-Ausführungsbedingung ergibt.³⁴ In jedem Fall folgt die Erfüllbarkeit künftig aus dem Verhältnismäßigkeitsgebot, weil mit einer nicht erfüllbaren Bedingung zugleich die „Geeignetheit“ der auferlegten Belastung zur Erreichung des ökologischen oder sozialen Ziels und damit ein Unterpunkt des Verhältnismäßigkeit verfehlt würde. (2) Eine Ausführungsbedingung muss wie schon bisher „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“, was bedeutet, dass sie sich nicht ausschließlich auf die „allgemeine Unternehmenspolitik“ auswirken darf (Erw. 97). Der *RegE-GWB* betont dies mit dem ausdrücklichen Verweis auf die entsprechende

³² Latzel, NZBau 2014, 673(680).

³³ Das OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 314, lässt dies offen (Rdnr. 2); im Schrifttum wurde teilweise bestritten, dass Erfüllbarkeit und Kontrollierbarkeit auch im Hinblick auf die Ausführungsbedingungen relevant sein könnten (etwa von Ziekow, in: Ziekow/Völlink (o.Fn. 16), § 97 Rdnr. 149; a.A. Diemon-Wies/Graiche, NZBau 2009, 409 (413)).

³⁴ So bereits Burgi, NZBau 2011, 583. Die Entwurfsbegründung auf S. 140 (zu § 128 Abs. 2) *RegE-GWB* spricht davon, dass „der gleicher Maßstab“ gelte „wie bei den Zuschlagskriterien“.

Bestimmung über die Zuschlagsebene (§ 127 Abs. 3) zusätzlich. Sodann (3) müssen Ausführungsbedingungen vorher bekannt gemacht werden. Neu hinzu kommt nun als letzte Voraussetzung (4) der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der gerade hier durchaus spürbare Schranken ziehen wird. Dies wird sich auf die Ausführungsbedingung „Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen“ auswirken, und zwar in dem Maße, in dem sich diese von der eigenen unternehmerischen Sphäre des Bieters auf Vorlieferstufen bezieht,³⁵ und auch die Festlegung von Quoten zur Gleichstellung, zur Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder von Jugendlichen wird in dem Maße unverhältnismäßig, in dem sie sich nur am Rande bei der Ausführung des Auftrags, vor allem aber in der gesamten Unternehmensstruktur auswirken.³⁶ Insoweit besteht Anpassungsbedarf in der Praxis bzw. in den Landesvergabegesetzen.

Bei Vorliegen dieser vier Voraussetzungen ist ein öffentlicher Auftraggeber *berechtigt*, Ausführungsbedingungen vorzuschreiben. *Verpflichtet* wird er hierzu durch den *RegE-GWB* nicht, sondern erst dann, wenn ein entsprechendes Bundes- oder Landesgesetz erlassen bzw. fortgeführt würde (vgl. § 129 GWB). Insoweit führt der Referententwurf die bisherige Regelung in § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB fort, präzisiert sie aber in zweifacher Hinsicht (nur Ausführungsbedingungen, keine „anderen Anforderungen“; „insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oderbeschäftigungspolitische Belange“³⁷).

5.2 Prüfsteine für das GWB

Diesem Regelungskonzept kann die Europarechtskonformität im Hinblick auf Art. 70 der Richtlinie 2014/24 ebenso bescheinigt werden wie die die Erreichung des Zieles einer rechtssicheren, moderaten Grenzziehung. Keinen Einfluß entfalten die neuen Bestimmungen nach §§ 128, 129 des *RegE-GWB* übrigens auf die Beurteilung des sog. vergabespezifischen Mindestlohns, etwa nach dem Muster von § 4 Abs. 3 TVgG.³⁸ Dessen Schicksal entscheidet sich weiterhin nicht in Berlin oder in Brüssel, sondern in Luxemburg, und zwar am Maßstab des Primärrechts, entfaltet auf dem Stand der EuGH-Entscheidungen in den Rechtssachen „Rüffert“ und „Bundesdruckerei“³⁹ – u.U. bestätigt, modifiziert oder gar verworfen durch das

³⁵ Aus der bisherigen Rechtsprechung vgl. OLG Düsseldorf, NZBau 2014, 314. Zur Zurückhaltung mahndend Dreher, in: Immenga/Mestmäcker (o.Fn. 1), § 97 Rdnr. 283 f.

³⁶ Näher hierzu vgl. Latzel, NZBau 2014, 680.

³⁷ In den *RegE-GWB* zusätzlich aufgenommen wurde als weiterer Aspekt zur Verfolgung mit einer Ausführungsbedingung der „Schutz der Vertraulichkeit von Informationen“. Hierbei geht es um die sog. no-spy-Thematik, nicht um das hier behandelte Thema der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke.

³⁸ Einen Gesamtüberblick über sämtliche existierende Länderregelungen gibt Mertens, in: Handbuch des Vergaberechts (o.Fn. 1), § 79.

³⁹ EuGH, C-346/06, Slg. 2008, I-2024 = NJW 2008, 2485, und EuGH, C-549/13, NVwZ 2014, 1505 m.Anm. Schrotz/Raddatz; vgl. hierzu ferner Glaser/Kahl, ZHR 177 (2013), 643; Frost, NJW 2014, 3755; Mager/Ganschow, NZBau 2015, 79; Faber, NVwZ 2015, 257 (260 ff.).

bevorstehende Urteil in dem aktuell durch das OLG Koblenz initiierten Vorabentscheidungsverfahren.⁴⁰

In Erwägungsgrund 37 der Richtlinie 2014/24 wird jedenfalls ausdrücklich betont, dass sich durch das neue Vergabe-Sekundärrecht weder am Primärrecht noch an anderweitig statuiertem Sekundärrecht (im vorliegenden Zusammenhang: an der Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie) etwas ändern soll.

5.3 Konsequenzen für nachgeordnete Regelungsebenen

Angesichts der detaillierten Regelung der Ausführungsbedingungen in § 128 Abs. 2 RegE-GWB einerseits, und der Beschränkung der Berechtigung, die Auftraggeber zu entsprechendem Handeln zu verpflichten auf den Bundes- und den Landesgesetzgeber in § 129 des Referententwurfs andererseits, wird in der VgV und in der VOB/A insoweit nichts mehr zu regeln sein.

Bei den Landesvergabegesetzen wird sich hingegen der Regelungsschwerpunkt noch mehr als bislang zu den Ausführungsbedingungen verschieben. Denn daraus, dass sie die öffentlichen Auftraggeber sogar verpflichten dürfen, wird man *a maiore ad minus* schliessen dürfen, dass sie die Auftraggeber auch bei deren autonomer Entscheidung zugunsten von Ausführungsbedingungen determinieren und anleiten können. Wie bereits festgestellt, muss der Fortführung jener Regelungen aber jeweils ein Verhältnismäßigkeitscheck vorausgehen, insbesondere auch im Hinblick auf die Voraussetzung der Erfüllbarkeit.

6. Zuschlagskriterien

6.1 Inhalt und Konzept der Neuregelung

Auch wenn weiterhin die Nur-Preisvergabe möglich ist⁴¹ erfahren die nicht-preis- bzw. kostenbezogenen Kriterien allein schon dadurch eine Aufwertung, dass sie künftig im Gesetz (§ 127 RegE-GWB) selbst beispielhaft umschrieben werden; bislang geschah dies lediglich auf der Ebene der Vergabeordnungen (in § 19 Abs. 9 VOL/A-EG bzw. in § 16 Abs. 7 VOB/A-EG). Erstmals überhaupt tauchen die „sozialen“ Aspekte als etwaiger Bezugspunkt eines Unterkriteriums in der Zuschlagsprüfung auf. Im Gleichschritt mit den Bestimmungen über die Ausführungsbedingungen werden auch hier vier Voraussetzungen für die sodann autonom entscheidenden Auftraggeber normiert, während eine dem § 129 RegE-GWB entsprechende Pflichtenbestimmung fehlt.

⁴⁰ OLG Koblenz, NZBau 2014, 317.

⁴¹ So explizit in der Begründung des RegE-GWB zu § 127 (S. 138). Zum bisherigen Umgang mit der sog. Nur-Preisvergabe vgl. stv. Burgi, in: Pünder/Prieß (o.Fn. 11), S. 57 ff.

Die vier Voraussetzungen lauten: (1) Erfüllbarkeit und Kontrollierbarkeit, was sich bereits aus dem Charakter als Wertungskriterium ergibt⁴² und nochmals ausdrücklich in Absatz 4 betont wird; (2) Verbindung mit dem Auftragsgegenstand (vgl. Abs. 3),⁴³ (3) Bekanntmachung (vgl. Abs. 5) und (4) Verhältnismäßigkeit, was wiederum aus § 97 Abs. 1 Satz 2 *RegE-GWB* folgt. Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wirkt sich auch in dieser Verfahrensphase auf die Verwendung von Quotenvorgaben aus, etwa wenn dasjenige Angebot besser bewertet werden soll, das den Einsatz der meisten Langzeitarbeitslosen verspricht (Beispiel aus den Umsetzungshinweisen der Kommission, Nr. 8, S. 1).⁴⁴ Solche und ähnliche Zuschlagskriterien kommen nur bei länger andauernden, besonders personalintensiven Aufträgen in Betracht.⁴⁵

6.2 Prüfsteine für das GWB

Die Vereinbarkeit mit der Richtlinie 2014/24 (Art 67) kann man auch diesem Teilkonzept ebenso bescheinigen wie die Kohärenz. Hinsichtlich der Bewältigung bisher bestehender Probleme seien zwei Themen herausgegriffen:

Bisher war umstritten, wie weit der Bezug zum Auftragsgegenstand reichen muss. Im Schrifttum obwaltet insoweit eher Strenge, während der EuGH in der Rechtsache Max Havelaar⁴⁶ und das OLG Düsseldorf (daran anknüpfend) großzügiger waren, letzteres auch schon mit Blick auf das neue Richtlinienrecht.⁴⁷ Danach sei nicht erforderlich, dass sich jedes Zuschlagskriterium unmittelbar aus dem Auftragsgegenstand ergibt, sich also auf seine materiellen Eigenschaften auswirkt. Mit der nun erstmals im deutschen Recht verwendeten Formulierung, dass es bloß auf eine „Verbindung“ ankomme (in § 127 Abs. 3 *RegE-GWB*) werden die hier offenbar gewordenen Unsicherheiten beseitigt und erfolgt endgültig eine Erweiterung⁴⁸ in Richtung auf das größere Feld der Umwelt- bzw. Sozialpolitik. Denn eine „Verbindung“ sei auch dann anzunehmen, wenn keine Auswirkung auf die materiellen Eigenschaften des Gegenstands erkennbar ist (§ 127 Abs. 3 Satz 2).

In der Richtlinie 2014/24 sind in Erw. 99 einige Beispiele für soziale Zuschlagskriterien genannt, die nun von den Auftraggebern in Deutschland aufgegriffen werden könnten.

⁴² Unumstritten seit EuGH, C-448/01, NZBau 2004, 105.

⁴³ Näher hierzu zuletzt Glaser (o.Fn. 15), S. 33 f.

⁴⁴ Das Beispiel ist den Umsetzungshinweisen der EU-Kommission zur „Reform der öffentlichen Auftragsvergabe“, Übersicht Nr. 8: „Soziale Aspekte der neuen Regeln“ entnommen (veröffentlicht unter www.forum-vergabe.de).

⁴⁵ Hierauf hat zu Recht Latzel, NZBau 2014, S. 680 m.w.N., hingewiesen.

⁴⁶ EuGH, C-368/10, NZBau 2012, 445.

⁴⁷ OLG Düsseldorf, NZBau 2015, 43, wonach sich Zuschlagskriterien „nicht unmittelbar aus dem ausgeschriebenen Leistungsgegenstand ergeben“ müssten.

⁴⁸ So explizit die Begründung im *RegE-GWB* zu § 127, S. 138.

Das zweite mit dem RegE-GWB so weit wie möglich bewältigte Problem betrifft den sog. Lebenszyklusansatz.⁴⁹ Er wird – entgegen teilweise anderslautender Forderungen⁵⁰ – jedenfalls nicht auf soziale Aspekte jenseits der erbrachten Leistungen bezogen, und auch nicht zur Pflicht gemacht. Die Auftraggeber sollten von der ihnen eingeräumten Option überhaupt nur dann und dort Gebrauch machen, wenn es eine anerkannte Methode gibt;⁵¹ wenn und wo eine von der EU anerkannte Methode existiert (wie betreffend die Straßenfahrzeuge),⁵² muss diese verwendet werden, wie sich aus den Umsetzungshinweisen der EU-Kommission ergibt.⁵³ Noch auf längere Sicht ist vor der Einbeziehung auch der externen Kosten von Umweltauswirkungen zu warnen.⁵⁴

6.3 Konsequenzen für nachgeordnete Regelungsebenen

Im Hinblick auf die VgV bzw. die VOB/A-EG ist durchaus Raum für Konkretisierungen und Präzisierungen, sei es im Hinblick auf den Lebenszyklusansatz, sei es im Hinblick auf andere Aspekte der ökologischen oder sozialen Zuschlagskriterien. Dabei ist den Spezifika der jeweils betroffenen Leistungen Rechnung zu tragen und es müssen weiterhin die bislang in den §§ 4 Abs. 6b VgV sowie § 6 Abs. 6 VgV geregelten Aspekte der Energieeffizienz unter den fortbestehenden Voraussetzungen als Muss-Zuschlagskriterien normiert werden.⁵⁵

Zum Schluss erhebt sich noch eine spannende Frage im Hinblick auf die Landesvergabegesetze: Können sie in der gleichen Weise wie bei den Ausführungsbedingungen die Auftraggeber dazu verpflichten, ökologische bzw. soziale Aspekte in der Wirtschaftlichkeitsprüfung zu berücksichtigen, etwa im Stile des § 17 Abs. 1 TVgG NRW? Der Vergleich mit den Ausführungsbedingungen deutet schon an, dass diese Frage zu verneinen ist. Denn dort werden die Landesgesetzgeber durch § 129 RegE-GWB ausdrücklich zur Statuierung entsprechender Verpflichtungen ermächtigt, während eine vergleichbare Vorschrift im Zusammenhang des § 127 RegE-GWB, also bei den Zuschlagskriterien, fehlt. Hier wirken sich nun die eingangs (3.2) angestellten kompetenziellen Überlegungen aus, d.h. der Bund hat mit § 127 RegE-GWB abschließend über die Zuschlagskriterien und die diesbezüglichen Verpflichtungen der Auftraggeber entschieden. Damit ist für zusätzliche Anforderungen aus der Hand des Landesgesetzgebers kein Raum mehr, selbst wiederholende Aussagen wären gesperrt. Die Formulierung von und der Umgang mit Zuschlagskriterien ist nach dem Regelungskonzept des Referentenentwurfs

⁴⁹ Vgl. zu den Einzelheiten insoweit Dragos/Neamtu, in: *Modernising* (o.Fn. 5), S. 323 ff.; Burgi, in: *Pünder/Prieß* (o.Fn. 5), S. 65 ff.

⁵⁰ Etwa bei Dragos/Neamtu, a.a.O., S. 327.

⁵¹ Dies mahnen Wiedner/Spiegel, und Portz, in *Prieß/Lau/Katzenberg* (Hrsg.), *15 Jahre GWB-Vergaberecht* (FS Marx), 2013, S. 827, bzw. 556, an.

⁵² Dazu Schröder, *NZBau* 2014, 467 ff.

⁵³ *Umsetzungshinweise* (o.Fn. 44), Übersicht Nr. 7: „Umweltgerechte öffentliche Beschaffung“.

⁵⁴ So bereits Burgi, in: *Pünder/Prieß* (o.Fn. 5), S. 67 f.

⁵⁵ Vgl. Haak, *NZBau* 2015, 16.

künftig in die Hände der Auftraggeber gelegt und das heißt, sie sind nicht abstrakt-generell in den Landtagen, sondern mit Blick auf die sachlichen und örtlichen Umstände, also konkret je Auftraggeber und je Auftrag zu bestimmen.

7. Fazit

Der RegE-GWB bietet ein schlüssiges Gesamtkonzept mit einem Allgemeinen und einem Besonderen Teil der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke bei der Beschaffungstätigkeit. Dabie kommt es zu keinerlei Abstrichen im Hinblick auf das höherrangige Recht und auf Normen des sekundären Europarechts. Durchgehend begrenzend wirkt künftig der erstmals statuierte Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, wie schon bisher wird die Notwendigkeit des Auftragsbezugs sowie der konkreten Verhältnisse des einzelnen Auftrags und des einzelnen Auftraggebers betont. In vielen Mitgliedstaaten wird es in Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien zu einem sichtbaren Aufschwung der Verfolgung ökologischer und sozialer Zwecke kommen, was für deutsche Unternehmen in solchen Ländern interessante Perspektiven eröffnet. In Deutschland selbst führt der insoweit moderate RegE-GWB zu mehr Rechtssicherheit, mehr Akzeptanz und weniger Wildwuchs – mit einer im Grundsatz stimmigen Strategie für die strategische Beschaffung. Die Herausforderung für die kommenden Monate besteht nun darin, die VgV, die VOB/A und die Landesvergabegesetze entsprechend auszurichten. Letztere dürfen künftig insbesondere keine Pflichten in Bezug auf die Verwendung ökologischer und sozialer Zuschlagskriterien statuieren.