

Beiträge zum Vergaberecht

Band 5

**Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge
der Modernisierung der europäischen
Vergaberechtsvorschriften**

Herausgegeben von

Jan Ziekow und Andrea Gyulai-Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

JAN ZIEKOW/ANDREA GYULAI-SCHMIDT (Hrsg.)

Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung
der europäischen Vergaberechtsvorschriften

Beiträge zum Vergaberecht

Herausgegeben von
Prof. Dr. Thorsten Siegel, Berlin
Prof. Dr. Jan Ziekow, Speyer

Band 5

Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften

Herausgegeben von

Jan Ziekow und Andrea Gyulai-Schmidt



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten

© 2020 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpau

Druck: Meta Systems Publishing & Printservices GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 2364-8724

ISBN 978-3-428-15960-4 (Print)

ISBN 978-3-428-55960-2 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Am 8. und 9. Juni 2017 fand am Deutschen Forschungsinstitut für öffentliche Verwaltung (FÖV) in Speyer eine internationale, interdisziplinäre Fachkonferenz zum Thema „Nachhaltigkeitsstrategien im Zuge der Modernisierung der europäischen Vergaberechtsvorschriften“ statt. Es gab einen regen Austausch zwischen öffentlichen Auftraggebern, Vertretern der Rechtspflege, der Wirtschaft und Wissenschaft aus Deutschland, Österreich, Ungarn und der Schweiz. Der vorliegende Konferenzband enthält eine Zusammenstellung während der Tagung abgehaltener Vorträge zu aktuellen Fragen der europäischen Vorgaben zur nachhaltigen Entwicklung und ihrer praktischen Umsetzung im deutschen und ungarischen Vergaberecht. Damit sollen die wichtigsten Ergebnisse der zweitägigen Konferenz im Überblick festgehalten werden.

Die Aktualität der Themenwahl steht außer Zweifel. Es ist allgemein bekannt, dass unter Nachhaltigkeit die Befriedigung der Bedürfnisse der Gegenwart verstanden wird, ohne die Zukunftschancen nachfolgender Generationen zu riskieren. Was so einleuchtend und einfach klingt, scheint in der Umsetzung schwer zu gelingen, was in der Komplexität der Aufgabe begründet zu sein scheint. Hinzu kommt die Definitionsvielfalt des Themas Nachhaltigkeit, teilweise mit gegensätzlichen Interessen, wodurch kein einheitliches, interdisziplinäres Konzept entwickelt werden konnte.

Das Zusammentreffen von Nachhaltigkeit mit den Besonderheiten der öffentlichen Beschaffung führt zu neuen spezifischen Herausforderungen. Die öffentlichen Beschaffungsstellen der Staaten, die zugleich die größten Nachfrager auf dem Markt darstellen, trifft eine besonders hohe Verantwortung. Sie können durch großvolumige Anschaffungen den Produktherstellern und Dienstleistern nachhaltiges Denken und Handeln vorgeben und mittelbar am Ende der Kette auch das Verhalten vieler Verbraucher beeinflussen. Bis dahin ist aber noch ein langer Weg zu gehen, und die Verwirklichung des nachhaltigen Zukunftsmodells bleibt für uns alle eine dauerhafte Herausforderung.

In diesem Sinne befasst sich der Konferenzband nach Themenbereichen mit der Untersuchung und Bewertung der Nachhaltigkeitsstrategien ausgewählter europäischer Mitgliedstaaten sowie mit ökologischen, sozialen, wirtschaftlich-effektiven und innovativen Aspekten der Vergabeverfahren.

Als Hinführung zum Thema beginnt der Band mit zwei Aufsätzen über die strategischen Zielsetzungen des europäischen und deutschen Vergaberechts. Frau Heide Rühle, ehemaliges Mitglied des Europäischen Parlaments, berichtet über

die Position des Europaparlaments zur nachhaltigen Auftragsvergabe während der gesetzgeberischen Verhandlungen und Verabschiedung der Vergaberichtlinien 2014. Als Leiterin der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung schreibt Frau Ilse Beneke über die Rolle der Kompetenzstelle bei der Einführung und Verbreitung einer neuen Anschauung über die nachhaltige Beschaffung im deutschen öffentlichen Auftragswesen. Im zweiten Themenabschnitt des Bandes befassen sich fünf Aufsätze umfassend mit den Aspekten der ökologischen/umweltfreundlichen und sozialen Kriterien der Nachhaltigkeit auf unterschiedlichen Verfahrensstufen. Mit den ökologischen Kriterien in den neuen Vergaberichtlinien verglichen mit den Umsetzungsergebnissen in der deutschen und ungarischen Vergabepraxis befasst sich der Aufsatz von Frau Dr. Andrea Gyulai-Schmidt. Im weiteren folgt von Professor Christian von Deimling, Markus Schaupp und Professor Michael Eßig eine Beschreibung der Grundlagen für die Anwendung der Lebenszykluskostenrechnung und eine praktische Darstellung der Berechnungstools für Lebenszykluskosten, einschließlich der Erfahrungswerte langjähriger Studien der Universität der Bundeswehr München unter Berücksichtigung von Aspekten der Nachhaltigkeit vor, während und nach der Vergabe. Im Bereich der sozialen Nachhaltigkeit befasst sich der Aufsatz von Herrn Professor Dr. Jan Ziekow, Direktor des FÖV, mit den internationalen Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung mit einem Schwerpunkt auf der praktischen Anwendbarkeit der ILO-Kernarbeitsnormen unter Berücksichtigung der einzelnen Stufen des Vergabeverfahrens. Der Beitrag von Herrn Dr. Christoph Krönke, wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand an der Ludwig-Maximilians-Universität München, stellt den rechtlichen Rahmen für die Berücksichtigung von „Fair Trade“-Normen im Kontext der europäischen und deutschen Vergaberechtsvorschriften dar und präsentiert ergänzend praxisrelevante Beispiele. Darauf folgt ein ungarischer Länderbericht von Frau Dr. Anita Boros, Universitätsdozentin an der Nationalen Universität für den öffentlichen Dienst in Budapest, über die Umsetzungsergebnisse im Bereich der grünen, sozialen und innovativen Aspekte der Vergabeverfahren anhand von Praxisbeispielen staatlich kontrollierter Handelsgesellschaften. Der folgende Abschnitt des Konferenzbandes im Bereich der Daseinsvorsorge beginnt mit dem Aufsatz von Herrn Norbert Portz, Beigeordneter des Deutschen Städte- und Gemeindebundes, in welchem er das wiederkehrende Dilemma der DAWI-Fälle hinsichtlich Ausschreibungspliktf und Vergaberechtsfreiheit behandelt und anschließend das Thema der Stärkung der Daseinsvorsorge in der Abfallwirtschaft anhand der Abgrenzung der In-House-Tatbestände von den Fällen der interkommunalen Zusammenarbeit und den Fällen der Kompetenzübertragung näher erörtert. Im Spezialthema der Daseinsvorsorge für die Energieversorgung plädiert Frau Rechtsanwältin Dr. Desiree Jung auf allen Stufen des Vergabeverfahrens für die konsequente nachhaltige Beschaffungspraxis der kommunalen Selbstverwaltungen. Als Abschluss behandeln Frau Rechtsanwältin Dr. Annette Rosenkötter und Antonia Daszenies die Vor- und Nachteile der als neue Verfahrensart eingeführten Innovationspartnerschaft. Mit kritischem Blick wird dabei betont, dass die Innovationspartnerschaft erst dann als wirklicher Hoffnungsträger betrachtet werden kann, wenn diese als tatsächli-

ches Werkzeug zur Beschaffung innovativer Leistungen anerkannt und verwendet wird.

Wir hoffen dazu beizutragen, dass mit diesem Band über nachhaltige Vergaben die Aufmerksamkeit für die aktuelle und kommende Entwicklung in diesem dynamischen Bereich geschärft wird.

Speyer/Budapest, im August 2019

*Jan Ziekow und
Andrea Gyulai-Schmidt*

Inhaltsverzeichnis

I. Strategische Zielsetzungen des europäischen und deutschen Vergaberechts

Heide Rühle

- Die Position des Europaparlamentes in den Verhandlungen über nachhaltige Auftragsvergabe 13

Ilse Beneke

- Die neue Bedeutung der nachhaltigen Beschaffung im deutschen öffentlichen Auftragswesen 23

II. Ökologische und soziale Aspekte der Nachhaltigkeit im Vergabefahren

Andrea Gyulai-Schmidt

- Umweltaspekte im Vergabeverfahren unter Berücksichtigung der europäischen Rechtsvorschriften sowie deren Umsetzung in der deutschen und ungarischen Vergabapraxis 31

Christian von Deimling, Markus Schaupp und Michael Eßig

- Berechnungstools für Lebenszykluskosten 77

Jan Ziekow

- Internationale Sozialstandards in der öffentlichen Beschaffung – das Beispiel der ILO-Kernarbeitsnormen 93

Christoph Krönke

- Berücksichtigung von „Fairtrade“-Normen nach dem europäischen und deutschen Vergaberecht 107

Anita Boros

- Die Frage der Nachhaltigkeit in der ungarischen Rechtsetzung und Rechtsanwendung in Verbindung mit der Vergabe öffentlicher Aufträge 119

III. Nachhaltige Vergaben im Dienste der Daseinsvorsorge

Norbert Portz

- Kommunale Zusammenarbeit in der Abfallwirtschaft: Zwischen Ausschreibungspflicht und Vergaberechtsfreiheit 145

Desiree Jung

Nachhaltige Energieversorgung in der kommunalen Selbstverwaltung 159

IV. Innovative Gestaltung des Vergabeverfahrens*Annette Rosenkötter und Antonia Daszenies*

Die Innovationspartnerschaft als neuer Hoffnungsträger? 169

Autorenverzeichnis 179

I. Strategische Zielsetzungen des europäischen und deutschen Vergaberechts

Die Position des Europaparlamentes in den Verhandlungen über nachhaltige Auftragsvergabe

Von *Heide Rühle*¹

Die Zuständigkeit für die *Revision des Vergaberechtes im Jahr 2004*² lag im Rechtsausschuss, aber über die mangelhafte Umsetzung dieser Revision in den Mitgliedstaaten wurden von mir im Auftrag des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherpolitik zwei Berichte erstellt, die mit großer Mehrheit im Parlament verabschiedet wurden³.

Sicher waren die revidierten Richtlinien von 2004 kein parlamentarisches Meisterstück, sie enthielten zu viele Formelkompromisse, die zu zahlreichen Rechtsprozessen führten, aber ihre Umsetzung in den Mitgliedstaaten – auch und besonders in Deutschland – hat die Unklarheiten leider noch verstärkt. Beispielhaft sei auf die Debatte über „*vergabefremde Kriterien*“ in Deutschland verwiesen. Mehrheitlich wurde hier die Position vertreten, das Vergaberecht habe, als Teil des Haushaltsrechtes, in erster Linie dem Ziel der sparsamen Haushaltsführung zu dienen, soziale und ökologische Kriterien, Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen seien dagegen „*vergabefremd*“.

Tatsächlich ist die öffentliche Beschaffung mit einem Volumen von 19–20 % des europäischen Bruttoinlandproduktes oder gut 2.300 Mrd. Euro pro Jahr das *größte öffentliche Investitionsprogramm*, diese öffentlichen Gelder sollten auch gezielt für öffentliche Interessen eingesetzt werden können.

Die Kritik des Ausschusses für Binnenmarkt und Verbraucherpolitik betraf vor allem folgende Punkte:

- obwohl die revidierten Richtlinien von 2004 den Einsatz ökologischer und sozialer Kriterien bei der Auftragsvergabe stärkten, wurde davon viel zu wenig Gebrauch gemacht, in den Mitgliedstaaten wurde in 80–90 % der Fälle dem billigsten, nicht dem qualitativ besten Angebot der Zuschlag erteilt;

¹ Die Autorin ist ehemaliges Mitglied des Europäischen Parlaments, wo das Vergaberecht jahrelang einer ihrer politischen Schwerpunkte war.

² Richtlinie 2004/18/EG vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge und Richtlinie 2004/17/EG vom 31.3.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste.

³ Initiativberichte (2009/2175(INI)) und (2011/2048(INI)).

- die öffentlichen Auftraggeber wurden zu wenig unterstützt und geschult, um das komplizierte Regelwerk umzusetzen;
- die Auftragsvergabe litt unter einer hohen Fehleranfälligkeit, in kaum einem anderen Bereich gab es so viel Rechtsstreit;
- kleine und mittlere Unternehmen klagten über den hohen bürokratischen Aufwand.

Das Parlament forderte die Kommission auf, für mehr Klarheit zu sorgen und die Kommission entschied sich schließlich, die Richtlinien komplett zu revidieren.

In der tiefen wirtschaftlichen Krise vieler Mitgliedstaaten sollten die Spielräume für strategische Vergabe gestärkt werden, im Sinne einer nachhaltigen, sozialen und ökologischen wirtschaftlichen Entwicklung, Förderung von Beschäftigung, Innovation und Stärkung kleiner und mittlerer Unternehmen.

Die Revision wurde von der Mehrheit im Europaparlament als Chance begrüßt, die Defizite der Richtlinien zu korrigieren. Auch die Zielsetzung der Kommission wurde unterstützt:

- Steigerung der Effizienz, besseres Preis-Leistungs-Verhältnis und insbesondere eine Vereinfachung und Flexibilisierung der bestehenden Vorschriften sowie leichterer Zugang für kleine und mittlere Unternehmen;
- Schaffung der Möglichkeit für die Auftraggeber, die Auftragsvergabe besser zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen, z. B. in den Bereichen Umweltschutz, Erhöhung der Resourcen- und Energieeffizienz, Bekämpfung des Klimawandels, Förderung von Innovation, Beschäftigung und sozialer Eingliederung und Gewährleistung bestmöglichster Bedingungen für die Erbringung hochwertiger sozialer Dienstleistungen.

Strittige Punkte:

Allerdings genügte dem Parlament der Entwurf der Kommission nicht, ökologische und soziale Ziele sollten den gleichen Stellenwert bekommen wie die aus dem Primärrecht abgeleiteten Prinzipien Transparenz, Nichtdiskriminierung und Verhältnismäßigkeit.

I. Allgemeine Grundsätze

Dem dient nun u. a. der neue Artikel 18 Abs. 2 (Allgemeine Vorschriften, Grundsätze der Auftragsvergabe)⁴:

⁴ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG.

„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

Dieser neue Artikel, der die primärrechtlichen Grundsätze in Artikel 18 Abs. 1 ergänzt und erweitert, wurde nur auf Druck des Parlaments in den Verhandlungen mit Rat und Kommission angenommen⁵, er ist als Querschnitts-Paragraf zu verstehen, als neuer Grundsatz des Vergaberechtes, der von den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung ins nationale Recht zwingend zu beachten ist: Die Mitgliedstaaten müssen Maßnahmen treffen, um dem europäischen, nationalen, tarifrechtlichen sowie den im Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften Geltung zu verschaffen – es handelt sich dabei im Wesentlichen um die Kernarbeitsnormen der IAO (Internationale Arbeitsorganisation). Der Erwägungsgrund 40 unterstreicht dies wie folgt:

„Die Überprüfung der Einhaltung dieser umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen sollte in den relevanten Phasen des Vergabeverfahrens erfolgen, also bei Anwendung der allgemeinen Grundsätze für die Auswahl der Teilnehmer und die Auftragsvergabe, bei der Anwendung der Ausschlusskriterien und bei der Anwendung der Bestimmungen bezüglich ungewöhnlich niedriger Angebote.“

Die Formulierung und auch die Position des Artikels 18 Abs. 2 in der Richtlinie mag zwar etwas ungewöhnlich sein (das ist der langen Auseinandersetzung im informellen Trilog und dem abschließenden Kompromiss zu verdanken), aber die Aussage ist eindeutig: Neben die Binnenmarktgebote tritt gleichrangig die Zielsetzung einer nachhaltigen Entwicklung (siehe dazu auch Erwägungsgrund 41 der allgemeinen Richtlinie). Dies ist meiner Meinung nach leider bei der Umsetzung der europäischen Richtlinien in deutsches Recht nicht angemessen berücksichtigt worden.

II. Leistungsbeschreibung

Auch der Stellenwert sozialer und ethischer Kriterien (‘Fair Trade’) wurde durch das Parlament gestärkt. Zwar steht es dem öffentlichen Auftraggeber immer frei zu

⁵ Die Vergaberichtlinien wurden in einem informellen Trilog zwischen Parlament, Kommission und Rat verhandelt. Dieses Verfahren wird v.a. dann angewendet, wenn schnell Ergebnisse erzielt werden sollen und angesichts vieler Änderungsanträge im Europaparlament – im vorliegenden Fall waren es über 2000 Änderungsanträge – die Kohärenz der Gesetzgebung abgesichert werden soll. Das beschleunigte Verfahren ist aber nicht unumstritten, denn die Verhandlungen werden im kleinsten Kreis geführt, oft ohne Beschlussfassung im Plenum des Europaparlamentes, direkt im Anschluss an die Abstimmung des zuständigen Ausschusses. Es mangelt an Transparenz und die Rechte der Abgeordneten sind eingeschränkt, da sie praktisch nur am Ende des Trilogs im Plenum die Verhandlungsergebnisse zur Beschlussfassung vorlegen bekommen. Die wachsende Kritik im Parlament an dem Verfahren hat nun zu Verfahrensänderungen geführt, die mehr Transparenz und Kontrolle garantieren sollen.