

Stellungnahme

zum Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie
vom 30.04.2015:

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

Das CorA-Netzwerk engagiert sich als Netzwerk aus Menschenrechtsorganisationen, Gewerkschaften, kirchlichen und entwicklungspolitischen Organisationen, Verbraucher- und Umweltverbänden für eine am Gemeinwohl orientierte Unternehmensverantwortung. In einem Positionspapier¹ zur Umsetzung der EU-Richtlinien in Deutschland vom 21.11.2014 wurden bereits wesentliche Anforderungen an die Verankerung umweltbezogener und sozialer Kriterien in öffentlichen Ausschreibungen gestellt. Der vorgelegte Referentenentwurf zur Umsetzung der Richtlinien 2014/24/EU, 2014/25/EU und 2014/23/EU bleibt aus Sicht des CorA-Netzwerks deutlich hinter den von der EU eröffneten Spielräumen zur Steuerungsmöglichkeit der öffentlichen Vergabe im Sinne der Nachhaltigkeit zurück. Der Entwurf weist darüber hinaus Inkohärenzen zur Nachhaltigkeitsstrategie der Bundesregierung auf. Der Staatssekretärsausschusses für Nachhaltige Entwicklung hat in seinem Beschluss zum Maßnahmenprogramm vom 31.03.2015 ausdrücklich bekräftigt, dass die öffentliche Auftragsvergabe in Deutschland am „Leitprinzip einer nachhaltigen Entwicklung“ auszurichten ist und die Umsetzung der EU-Richtlinien genutzt werden soll, „um die nachhaltige Beschaffung in Deutschland zu stärken und weiterzuentwickeln“.² Eine Weiterentwicklung im Vergleich zu der schon jetzt bestehenden Rechtslage erfordert aus Sicht des CorA-Netzwerks eine Nutzung der von der EU eröffneten Spielräume.

Im Folgenden bezieht das CorA-Netzwerk zu ausgewählten Aspekten in der Reihenfolge des Referentenentwurfs Stellung.

¹ Positionspapier des CorA-Netzwerks für Unternehmensverantwortung zur Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie („klassische Vergaberichtlinie“) in deutsches Recht, 2http://www.cora-netz.de/cora/wp-content/uploads/2014/11/CorA_2014-11-21_Positionspapier_Umsetzung-EU-Vergaberichtlinie.pdf

² Beschluss vom 30. März 2015, http://www.bundesregierung.de/Content/DE/_Anlagen/2015/03/2015-03-30-massnahmenprogramm-nachhaltigkeit.pdf?__blob=publicationFile&v=3

§ 121 (1) Leistungsbeschreibung

In der Begründung zum Entwurf heißt es auf Seite 81 (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 Einzelschriften sowie in den Rechtsverordnungen“. Die Vorgaben zur Leistungsbeschreibung in § 121 weisen nicht auf die Berücksichtigung von sozialen und umweltbezogenen Aspekten hin. Entscheidend für die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben in der Vergabepaxis ist, dass diese Aspekte in § 121 explizit benannt werden. Wir schlagen vor, dass § 121 Abs. 1 um folgende Formulierung ergänzt wird:

„(1) Die Leistungsbeschreibung enthält alle Leistungsmerkmale, Bedingungen, Umstände und technischen Anforderungen, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebots erforderlich ist. Darüber hinaus können neben qualitativen, auch umweltbezogene oder soziale Aspekte in der Leistungsbeschreibung definiert 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 sind hier lediglich: „§§ 232 und 233 des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel), § 233a des Strafgesetzbuchs (Förderung des Menschenhandels) oder § 236 des Strafgesetzbuchs (Kinderhandel)“. Dies ist in zweierlei Hinsicht höchst problematisch:

Zum einen betreffen diese Paragraphen nicht die umfassende Pflicht von Unternehmen, bei ihrer Produktion auf Kinderarbeit zu verzichten. § 233 i. V. m. § 233a StGB verbietet nicht Kinderarbeit an sich, sondern nur Kinderarbeit in Verbindung mit Menschenhandel; § 236 StGB wiederum ist nicht einschlägig, da der Paragraph sich an Erziehungsberechtigte wendet. (Auffällig ist in diesem Zusammenhang, dass in der Begründung zum Entwurf die Erläuterungen zur Umsetzung der EU-Vorgaben allein bei diesem Ausschlussgrund Nr. 11 fehlen.). Darüber hinaus wird auch die ausdrückliche Vorgabe aus Artikel 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU i. V. m. Anhang X, für die Einhaltung der tatsächlich im Produktionsprozess relevanten ILO-Übereinkommen 138 (über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung) und 182 (über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit) zu sorgen, nicht umgesetzt.

Zum anderen ist zur verständlichen Handhabung in der Vergabepaxis erforderlich, dass der Begriff „Kinderarbeit“ wie auch in Artikel 57 der Richtlinie explizit genannt wird. Bei den Begriffen „Menschenhandel“ und „Kinderhandel“ wird nicht deutlich, dass es sich hierbei um

die für die Vergabestellen relevante, da bei diversen Produkten weit verbreitete, Kinderarbeit in der Produktion handelt.

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. Wenn der Gesetzgeber bewusst ausschließlich Kinderarbeit im engen Sinne der o. g. nationalen Paragraphen (Menschenhandel) als Ausschlussgrund festschreiben würde, dann schlagen wir vor, zumindest den bestehenden Paragraphen um den Zusatz „und jegliche Kinderarbeit im Sinne dieser Gesetze“ zu ergänzen.

Aus Sicht von CorA sollte darüber hinaus der in Artikel 57 Abs. 4 a der Richtlinie 2014/24/EU den Mitgliedstaaten eröffnete Spielraum dringend genutzt werden, auch 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.

§ 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 einer Rechtsverordnung näher zu bestimmenden – Produkten oder Auftragsarten vorgeschrieben wird.

§ 128 (2) Ausführungsbestimmungen

§ 128 Abs. 2 des Entwurfs übernimmt die Regelung aus Artikel 70 der Richtlinie 2014/24/EU, dass umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange festgelegt werden können, „sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“. Es fehlt jedoch die wichtige weite Definition dieser Vorgabe, die in der Richtlinie durch den Verweis von Artikel 70 auf Artikel 67 Abs. 3 erfolgt („sofern diese gemäß Artikel 67 Absatz 3 mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“). Eine solch eindeutige Bezugnahme ist schon allein deswegen erforderlich, um eine Auslegung als Umkehrschluss zu § 127 Abs. 3 zu vermeiden. Sie verhilft darüber hinaus in der Vergabepaxis zur erforderlichen Eindeutigkeit. Wir schlagen daher vor, § 128 Abs. 2 S. 1 wie folgt zu ergänzen: „Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese entsprechend § 127 Abs. 3 mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.“

§ 129

§ 129 erfüllt laut der Begründung des Entwurfs den Zweck klarzustellen, dass „aus übergeordneten politischen Erwägungen heraus das Bedürfnis entsteht, den öffentlichen Auftraggeber zu verpflichten, bestimmte Bedingungen dem Auftragnehmer obligatorisch für die Ausführung des Auftrags vorzugeben“. § 129 in seiner jetzigen Fassung erweckt jedoch den Eindruck, eine Einschränkung des § 128 darzustellen. Wir schlagen daher die folgende, aus unserer Sicht eindeutigere Formulierung vor: „Aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes können Ausführungsbedingungen festgelegt werden, die der öffentliche Auftraggeber den beauftragten Unternehmen verbindlich vorzugeben hat.“

Folgende Aspekte finden im Referentenentwurf zudem keine Berücksichtigung:

1. Gütezeichen

Der Entwurf lässt Fragen hinsichtlich der Verwendung der sogenannten „Gütezeichen“ offen. Die Möglichkeit der Verwendung von Gütesiegeln in öffentlichen Ausschreibungen ist eine wesentliche Neuerung und Vereinfachung, die mit der Richtlinie 2014/24/EU ermöglicht wird. Wir schlagen vor, die Vorgaben aus Artikel 43 und 44 der Richtlinie 2014/24/EU im Sinne einer 1:1-Umsetzung im Gesetz zu verankern.

2. Transparenz in Bezug auf Unterauftragnehmer

Eine weitere wesentliche Neuerung der Richtlinie 2014/24/EU sind die Regelungen zur Transparenz der Lieferkette des Hauptauftragnehmers in Artikel 71. Weder die zwingenden Vorgaben der Richtlinie noch die in ihr eröffneten Spielräume sind im Referentenentwurf enthalten. Im Einzelnen:

Artikel 71 Abs. 5 UA 1 gibt vor: „Im Fall von Bauaufträgen und in Bezug auf Dienstleistungen, die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind, **schreibt der öffentliche Auftraggeber vor**, dass der Hauptauftragnehmer ihm nach der Vergabe des Auftrags und spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung den Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter seiner Unterauftragnehmer, die an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt sind, mitteilt, soweit sie zu diesem Zeitpunkt bekannt sind. **Der öffentliche Auftraggeber schreibt vor**, dass der Hauptauftragnehmer ihm alle Änderungen dieser Angaben [...] sowie die erforderlichen Informationen in Bezug auf alle neuen Unterauftragnehmer, die in der Folge an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt werden, mitteilt.“ Wir empfehlen, diese wichtige Vorgabe auf gesetzlicher Ebene zu verankern.

Darüber hinaus eröffnen Artikel 71 Abs. 2, Abs. 5, Abs. 6 a und b und Abs. 7 weitere Spielräume zur Transparenz der oft undurchsichtigen Unteraufträge und Lieferketten bei Bauaufträgen, Dienstleistungen und Produktlieferungen. 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 schlagen daher die weitreichende Aufnahme auch dieser Transparenzregelungen in das deutsche Gesetz vor.

Berlin, den 22.5.2015

Kontakt (für das CorA-Netzwerk):

Annelie Evermann

Referentin für nachhaltige Produktion und öffentliche Beschaffung

WEED e.V. – World Economy, Ecology & Development

Eldenaer Straße 60, 10247 Berlin

Tel.: +49 (0)30 - 280 418 11

E-Mail: annelie.evermann@weed-online.org

www.weed-online.org