

1 Jahr Vergaberechtsmodernisierung – Rechtslage IT-Beschaffung im Ober- und Unterschwellenbereich

IT-Fachkonferenz für sozial verantwortliche IT-Beschaffung

22./23. Mai 2017

ZDF Konferenzzentrum, Mainz

Dr. Christoph Krönke

Forschungsstelle für Vergaberecht und
Verwaltungskooperation





Gliederung

- A. Der reformierte „Vergaberechtsdschungel“ im Überblick**
- B. Rechtslage im Oberschwellenbereich**
- C. Rechtslage im Unterschwellenbereich**
- D. Abschließende Betrachtung**

„Oberschwelliges“ Vergaberecht

EU-Recht

- **Primärrecht** (insbesondere Grundfreiheiten)
- **Sekundärrecht:** RiLen 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU, 2009/81/EG

Bundesrecht

§ § 97 bis 154 GWB (früher: § § 97 bis 101b GWB)

§ § 1 bis 82 VgV (früher: § § 1 bis 24 VgV)

SektVO

neu: KonzVO

VOB/A 2. Abschnitt

VOL/A 2. Abschnitt

VOF

Landesrecht

Ergänzende Regelungen in den Landesvergabegesetzen

„Unterschwelliges“ Vergaberecht

EU-Recht

- **Primärrecht** („Vergaberecht light“)

(Überwiegend) Landesrecht

Haushaltsordnungen und Landesvergabegesetze
(mit Verweisungen auf **VOB/A 1. Abschnitt** oder
VOL/A 1. Abschnitt [alt] bzw. **UVgO [neu]**)

A. Überblick



Umsetzung u.a. von

Art. 18 RL 2014/24/EU Grundsätze der Auftragsvergabe

(1) Die öffentlichen Auftraggeber behandeln alle Wirtschaftsteilnehmer in gleicher und nichtdiskriminierender Weise und handeln transparent und **verhältnismäßig**.

(...)

(2) 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.

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

I. Grundsätze



§ 123 GWB Zwingende Ausschlussgründe

(1) Öffentliche Auftraggeber **schließen** ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme **aus**, wenn sie Kenntnis davon haben, dass eine Person, deren Verhalten nach Absatz 3 dem Unternehmen zuzurechnen ist, rechtskräftig verurteilt oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten rechtskräftig festgesetzt worden ist wegen einer Straftat nach:

(...)

10. den **§ § 232 und 233 des Strafgesetzbuchs (Menschenhandel)** oder **§ 233a des Strafgesetzbuchs (Förderung des Menschenhandels)**.

(...)

Umsetzung des **Art. 57 Abs. 1 UAbs. 1 Buchst. f) RL 2014/24/EU**

A. Überblick

B. **Oberschwellenbereich**

I. Grundsätze

II. **Eignung und
Ausschlussgründe**

§ 124 GWB Fakultative Ausschlussgründe

 (1) Öffentliche Auftraggeber **können** unter Berücksichtigung des Grundsatzes der **Verhältnismäßigkeit** ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren **ausschließen**, wenn

1. das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende **umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen** verstoßen hat,
 2. (...)
 3. das Unternehmen im Rahmen der beruflichen Tätigkeit nachweislich eine **schwere Verfehlung** begangen hat, durch die die Integrität des Unternehmens infrage gestellt wird; § 123 Absatz 3 ist entsprechend anzuwenden,
- (...)

A. Überblick

B. **Oberschwellenbereich**

I. Grundsätze

Umsetzung des **Art. 57 Abs. 4 Buchst. a) RL 2014/24/EU**, der auf **Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU** Bezug nimmt

Umsetzung des **Art. 57 Abs. 4 Buchst. c) RL 2014/24/EU**

§ 31 VgV Leistungsbeschreibung

(...)

(2) In der Leistungsbeschreibung sind die Merkmale des Auftragsgegenstandes zu beschreiben:

1. in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, (...),

(...)

(3) Die Merkmale können auch **Aspekte der Qualität und der Innovation** sowie **soziale und umweltbezogene Aspekte** betreffen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur **Herstellung oder Erbringung der Leistung** oder

auf ein anderes Stadium des Auftragsgegenstandes **Lieferkette** beziehen, materiellen Bestandteile des Auftragsgegenstandes **in Verbindung** stehen und zu dessen **Herstellung** **verhältnismäßig** sind.

A. Überblick

B. **Oberschwellenbereich**

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. **Leistungsbeschreibung**

Begründung (BT-Drucks. 18/7318, S. 189):

„Damit sind Vorgaben zu bestimmten Umständen der Herstellung von Lieferleistungen – wie etwa die **Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette** – bereits auf Ebene der Leistungsbeschreibung möglich.“

§ 34 VgV Nachweisführung durch Gütezeichen

 (1) **Als Beleg** dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von **Gütezeichen** nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 verlangen.

(2) Das Gütezeichen muss allen folgenden Bedingungen genügen:

1. Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der **Merkmale der Leistung** geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand **nach § 31 Absatz 3 in Verbindung**.

(...)

(3) Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben.

(4) Der öffentliche Auftraggeber muss **andere Gütezeichen** akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen.

(5) Hatte ein Unternehmen aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, **nachweislich** keine Möglichkeit, das vom öffentlichen Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer einschlägigen Frist zu erlangen, so muss der öffentliche Auftraggeber andere geeignete Belege akzeptieren, **sofern das Unternehmen nachweist**, dass die von ihm zu erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens oder die vom öffentlichen Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllt.

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungsbeschreibung**



Begründung (BT-Drucks. 18/6281, S. 109):

„Künftig kann somit ein zu beschaffendes Produkt, das **aus fairem Handel** (z.B. durch die Beachtung internationaler Standards, wie etwa die **ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktions- und Lieferkette**) stammt, im Rahmen der Zuschlagswertung mit einer höheren Punktezahl versehen werden als ein konventionell

(1) Der Zuschlag wird dafür ist eine Bewertung das Angebot die vorge wirtschaftlichste Ange Verhältnis. Zu dessen auch **qualitative, umw** werden.

(...)

(3) Die Zuschlagskriterien **Verbindung** stehen. Dies sich ein Zuschlagskriterium **Herstellung, Bereitstellu Handel** mit der Leistung der Leistung bezieht, auch materiellen Eigenschaften



(4) Die Zuschlagskriterien müssen so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird, der Zuschlag nicht willkürlich erteilt werden kann und eine **wirksame Überprüfung möglich** ist, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. (...)

(...)

§ 58 VgV

Zuschlag und Zuschlagskriterien

(...)

(4) Für den Beleg, ob und wieweit die angebotene Leistung den geforderten Zuschlagskriterien entspricht, gelten die §§ 33 und 34 entsprechend.

(...)



Keine Spielräume für die Landesgesetzgeber

§ 129 GWB

Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen **verbindlich vorzugeben** hat, dürfen nur aufgrund eines Bundes- oder **Landesgesetzes** festgelegt werden.

→ Die **Landesgesetzgeber** dürfen **keine verbindlichen Ausführungsbedingungen** auf Grundlage eines **sozialer Aspekte** festlegen.

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungs-

Stellungnahme des Bundesrates (BR-Drucks. 367/15, S. 6):

„Vor dem Hintergrund des Artikel 18 Absatz 2 in Verbindung mit dem Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 2014/24/EU ist es sachgerecht, den Ländern durch einen Ländergesetzesvorbehalt die Möglichkeit einzuräumen, die Einhaltung der Rechte von Menschen mit Behinderungen **als Zuschlagskriterium und nicht nur als Ausführungsbedingung** vorzugeben. Dies würde vermutlich die Akzeptanz dieser Vorgaben auf Seiten der Auftragnehmer erhöhen, da ein Nichterfüllen eines einzelnen Zuschlagskriteriums nicht zwingend zu einer Nichtberücksichtigung des Angebots bei der Zuschlagsentscheidung führt.“



Spielräume für die Landesgesetzgeber

§ 129 GWB

Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen **verbindlich vorzugeben** hat, dürfen nur aufgrund eines Bundes- oder **Landesgesetzes** festgelegt werden.

- Die **Landesgesetzgeber** können für die Auftraggeber hier **weiterhin verbindliche Vorgaben** bezüglich der Einhaltung **sozialer Aspekte** vorsehen.
- **Beispiel:** Nachweisanforderungen bei der Beschaffung von **IT-Produkten** nach § 7 TVgG NRW i.V.m. § 6 Abs. 2 Nr. 11 und § 7 RVO TVgG NRW (mit Beschränkung auf DAC-Länder, vgl. § 6 Abs. 3 der RVO)

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungsbeschreibung
- IV. Zuschlagskriterien
- V. **Ausführungsbedingungen**

„Oberschwelliges“ Vergaberecht

EU-Recht

- **Primärrecht** (insbesondere Grundfreiheiten)
- **Sekundärrecht:** RiLen 2014/24/EU, 2014/25/EU, 2014/23/EU, 2009/81/EG

Bundesrecht

§ § 97 bis 154 GWB (früher: § § 97 bis 101b GWB)

§ § 1 bis 82 VgV (früher: § § 1 bis 24 VgV)

SektVO

neu: KonzVO

VOB/A 2. Abschnitt

Landesrecht

Ergänzende Regelungen in den Landesvergabegesetzen

„Unterschwelliges“ Vergaberecht

EU-Recht

- **Primärrecht** („Vergaberecht light“)

(Überwiegend) Landesrecht

Haushaltsordnungen und Landesvergabegesetze
(mit Verweisungen auf **VOB/A 1. Abschnitt** oder
VOL/A 1. Abschnitt [alt] bzw. **UVgO [neu]**)

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungsbeschreibung
- IV. Zuschlagskriterien
- V. Ausführungsbedingungen
- VI. Zusammenfassung

C. Unterschwellenbereich

I. Überblick



- Die Rechtslage im **Unterschwellenbereich** ist sehr **heterogen**, da der Bundesgesetzgeber hier (wohl) über keine Gesetzgebungskompetenz verfügt und das Vergaberecht daher **Ländersache** ist.
- Nach Landesrecht maßgeblich für die Vergabe von Aufträgen für Lieferungen und Dienstleistungen sind kraft Verweisungen in den **Vergabegesetzen** (z.B. § 1 Abs. 2 SächsVgG), in den **gesetzlichen Haushaltsordnungen** (z.B. § 31 Abs. 2 ThürGemHVO) und/oder den dazu erlassenen **Verwaltungsvorschriften** (z.B. VV zu § 55 LHO NRW)
 1. bislang die Vorschriften der **VOL/A**, künftig die Vorschriften der **neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)**,
 2. ergänzende **gesetzliche Sonderregelungen** (z.B. des TVgG NRW und der RVO TVgG NRW).

- A. Überblick
- B. Oberschwellenbereich
 - I. Grundsätze
 - II. Eignung und Ausschlussgründe
 - III. Leistungsbeschreibung
 - IV. Zuschlagskriterien
 - V. Ausführungsbedingungen
 - VI. Zusammenfassung
- C. **Unterschwellenbereich**
 - I. **Überblick**



§ 2 Grundsätze der Vergabe

(1) Öffentliche Aufträge werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der **Verhältnismäßigkeit** gewahrt.

(...)

(3) Bei der Vergabe werden Aspekte der **Qualität** und der **Innovation** sowie **soziale** und **umweltbezogene Aspekte** nach Maßgabe dieser Verfahrensordnung berücksichtigt.

(...)

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungsbeschreibung
- IV. Zuschlagskriterien
- V. Ausführungsbedingungen
- VI. Zusammenfassung

C. Unterschwellenbereich

- I. Überblick
- II. **UnterschwellenVgO**



§ 31 Auswahl geeigneter Unternehmen; Ausschluss von Bewerbern und Bietern

(1) Öffentliche Aufträge werden an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht in **entsprechender Anwendung der §§ 123 oder 124** des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausgeschlossen worden sind.

(...)

- A. Überblick
- B. Oberschwellenbereich
 - I. Grundsätze
 - II. Eignung und Ausschlussgründe
 - III. Leistungsbeschreibung
 - IV. Zuschlagskriterien
 - V. Ausführungsbedingungen
 - VI. Zusammenfassung
- C. Unterschwellenbereich
 - I. Überblick
 - II. **UnterschwellenVgO**



§ 23 Leistungsbeschreibung

(...)

(2) Die Leistungsbeschreibung kann auch Aspekte der Qualität sowie **soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale** umfassen. Diese können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands **einschließlich der Produktions- und Lieferkette** beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in **Verbindung mit dem Auftragsgegenstand** stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen **verhältnismäßig** sind.

(...)

- A. Überblick
- B. Oberschwellenbereich
 - I. Grundsätze
 - II. Eignung und Ausschlussgründe
 - III. Leistungsbeschreibung
 - IV. Zuschlagskriterien
 - V. Ausführungsbedingungen
 - VI. Zusammenfassung
- C. Unterschwellenbereich
 - I. Überblick
 - II. **UnterschwellenVgO**

§ 24 Nachweisführung durch Gütezeichen

(1) Als Beleg dafür, dass eine Leistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann der Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen nach Maßgabe der Absätze 2 bis 4 verlangen.

(2) Das Gütezeichen muss allen folgenden Bedingungen genügen:

1. Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien, die **für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet** sind.

(...)

Zum Vergleich § 34 Abs. 2 Nr. 1 VgV:

„Alle Anforderungen des Gütezeichens sind **für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet** und **stehen mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Absatz 3 in Verbindung.**“

- A. Überblick
- B. Oberschwellenbereich
 - I. Grundsätze
 - II. Eignung und Ausschlussgründe
 - III. Leistungsbeschreibung
 - IV. Zuschlagskriterien
 - V. Ausführungsbedingungen
 - VI. Zusammenfassung
- C. Unterschwellenbereich
 - I. Überblick
 - II. UnterschwellenVgO



§ 43 Zuschlag und Zuschlagskriterien

(1) Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

(2) Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch **qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien** berücksichtigt werden, insbesondere:

1. die Qualität, (...) **soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften** sowie **Vertriebs- und Handelsbedingungen**,

(...)

(3) Die Zuschlagskriterien müssen **mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung** stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf **Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung**, auf den **Handel mit der Leistung** oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirken.

(...)

(7) Für den Beleg, ob und in wieweit die angebotene Leistung den geforderten Zuschlagskriterien entspricht, **gilt § 24 entsprechend**.

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungsbeschreibung
- IV. Zuschlagskriterien
- V. Ausführungsbedingungen
- VI. Zusammenfassung

C. Unterschwellenbereich

- I. Überblick
- II. **UnterschwellenVgO**



§ 45 Auftragsausführung

(1) Für die Ausführung von öffentlichen Aufträgen **gilt § 128 Absatz 1** des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen **entsprechend**.

(2) Auftraggeber können Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags festlegen, sofern diese **mit dem Auftragsgegenstand in entsprechender Anwendung des § 127 Absatz 3** des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen **in Verbindung** stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, **innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange** oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

(3) Für den Beleg, dass die angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen entspricht, **gilt § 24 entsprechend**.

A. Überblick

B. Oberschwellenbereich

- I. Grundsätze
- II. Eignung und Ausschlussgründe
- III. Leistungsbeschreibung
- IV. Zuschlagskriterien
- V. Ausführungsbedingungen
- VI. Zusammenfassung

C. Unterschwellenbereich

- I. Überblick
- II. **UnterschwellenVgO**



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit

- A. Überblick
- B. Oberschwellenbereich
 - I. Grundsätze
 - II. Eignung und Ausschlussgründe
 - III. Leistungsbeschreibung
 - IV. Zuschlagskriterien
 - V. Ausführungsbedingungen
 - VI. Zusammenfassung
- C. Unterschwellenbereich
 - I. Überblick
 - II. UnterschwellenVgO
- D. Schlussbetrachtung**