

Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht

Privates Baurecht · Recht der Architekten, Ingenieure und Projektsteuerer · Vergabewesen

NZBau 7/2009 · 10. Jahrgang · Seite 409–472

In Zusammenarbeit mit der Neuen Juristischen Wochenschrift herausgegeben von
Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus D. Kapellmann, Mönchengladbach (Geschäftsführender Herausgeber);
Bau- und Wirtschaftsingenieur Prof. Dr.-Ing. Claus Jürgen Diederichs, Eichenau b. M.;
Prof. Dr. Meinrad Dreher, Mainz; Rechtsanwalt Prof. Dr. Klaus Englert, Schrobenhausen;
Vors. Richter am OLG a. D. Rechtsanwalt Wolfgang Jaeger, Essen; Rechtsanwalt Dr. Nils Kleine-Möller, München;
Ministerialdirigent Dr. Rüdiger Kratzenberg, Berlin; Richter am BGH Dr. Johann Kuffer, Karlsruhe;
Vors. Richter am OLG Dr. Jürgen Kühnen, Düsseldorf; Rechtsanwalt Prof. Dr. Ralf Leinemann, Berlin;
Rechtsanwalt Dr. Burkhard Messerschmidt, Bonn; Rechtsanwalt Dr. Klaus Minuth, Frankfurt a. M.;
Vors. Richter am OLG a. D. Prof. Dr. Gerd Motzke, München; Richter am OLG Prof. Dr. Frank Peters, Hamburg;
Rechtsanwalt Dr. Hans-Joachim Prieß, Berlin; Rechtsanwalt Dr. Thomas Schröer, Frankfurt a. M.

Redaktion: Rechtsanwältin Elisabeth Jackisch, M. A.,
Rechtsanwältin Kerstin Korn, Frankfurt a. M.

Aufsätze

Vorsitzende der VK Münster Ingeborg Diemon-Wies und Rechtsreferendar Stefan Graiche, LL. M.,
Attorney-at-law, Münster

Vergabefremde Aspekte – Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB*

Der nachfolgende Beitrag beschäftigt sich mit der Frage, ob die Vergabe öffentlicher Aufträge auch durch nichtwirtschaftliche Auswahlkriterien, wie soziale, umweltbezogene oder innovative Anforderungen gesteuert werden kann und welche konkreten vergaberechtlichen Grundlagen diesbezüglich zu beachten sind.

I. Einleitung

Im Gesetzgebungsverfahren zur Modernisierung des Vergaberechts ist § 97 IV GWB um den Satz 2 ergänzt worden:

„Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“

In Satz 1 ist der Begriff der „Gesetzestreue“ eingefügt worden; Satz 3 ist unverändert geblieben. Aufträge können nur an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben werden. Andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.

Hintergrund dieser Ergänzung des § 97 IV GWB ist eine Entscheidung des *EuGH*¹, in der erstmalig grundsätzlich auf

die Zulässigkeit von vergabefremden Aspekten eingegangen und diese für begrenzt anwendbar gehalten wurden. Diese Rechtsprechung hat der *EuGH*² mit seiner Entscheidung zur Lieferung von Ökostrom fortgesetzt. Vergabefremde Aspekte sind solche Kriterien, welche nicht lediglich den betriebswirtschaftlich effizientesten Weg der Beschaffung verfolgen, sondern auch allgemeine gesellschaftspolitische Zwecke bei der Auftragsvergabe berücksichtigen³. Im Anschluss an die *EuGH*-Entscheidungen wurde mit Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG⁴ diese Rechtsprechung aufgegriffen. Der § 97 IV 2 GWB bezweckt die Umsetzung dieser Vorschrift in nationales Recht. Bedeutet das, dass nunmehr generell vergabefremde Aspekte als allgemein politische Ziele, wie die vorrangige Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, die Ein-

* Die Autorin *Diemon-Wies* ist Vorsitzende der *VK Münster*, der Autor *Graiche* ist Rechtsreferendar im OLG-Bezirk Hamm.

1 *EuGH*, Slg. 2002, I-7213 = NZBau 2002, 618 – „Concordia Bus Finland“ = EuZW 2002, 628.

2 *EuGH*, NZBau 2004, 105 – „Wienstrom“ = EuZW 2004, 81.

3 *Prieß*, Hdb. d. europ. VergabeR, 3. Aufl. (2005), S. 276; *Krohn*, NZBau 2004, 92.

4 Vgl. Art. 38 der Richtlinie 2004/17/EG: „Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

haltung von Tarifverträgen oder Umweltkriterien, die gleiche Entlohnung von Frauen und Männern oder die Ortsansässigkeit bestimmter Unternehmen von den Vergabestellen mit Hilfe des Vergaberechts durchgesetzt werden können? Falls eine Vergabestelle das fordert, was muss sie beachten und was muss sie effektiv vor Zuschlagserteilung prüfen?

Das Thema wird sehr kontrovers diskutiert⁵. Dieser Beitrag beschäftigt sich mit der praktischen Handhabung der Neufassung des § 97 IV GWB, wobei man sich zunächst bestimmte Grundsätze des Vergaberechts klar machen muss.

II. Grundsätze

Nach § 25 VOB/A hat der Auftraggeber die Wertung der Angebote grundsätzlich in mehreren aufeinanderfolgenden Stufen vorzunehmen. Die Abfolge der einzelnen Prüfungsschritte ist in § 25 VOB/A folgerichtig festgelegt und deshalb nach allgemeiner Ansicht zwingend einzuhalten. Der bloße Aufschub einzelner Wertungsschritte ist zulässig, kann aber nichts daran ändern, dass diese in der vorgesehenen Reihenfolge voneinander abgesetzt und ohne Vermischung der Prüfungsgegenstände zu vollziehen sind⁶.

Auf der ersten Wertungsstufe prüft eine Vergabestelle, ob die Angebote formal vollständig sind. Auf der zweiten Stufe wird die Eignung der Bieter abschließend geprüft; denn ein „Mehr an Eignung“ gibt es nicht⁷. Die Eignung der Bieter ist anhand der vorgegebenen Eignungsnachweise⁸ nachzuhalten. Auf der dritten und vierten Stufe wird die Wirtschaftlichkeit der Angebote unter Berücksichtigung der Zuschlagskriterien geprüft.

1. Eignungs- oder Zuschlagskriterien?

Dabei sind die Eignungs- und Zuschlagskriterien klar voneinander zu trennen⁹. Die Prüfung der Eignung und der Zuschlag unterliegen verschiedenen Regeln. Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrags betreffen, können nicht die Eigenschaft von Zuschlagskriterien haben¹⁰.

In der Entscheidung des *EuGH* ging es um die Vergabe eines Auftrags zur Erstellung einer Studie über Katasteraufnahmen und Stadtplanung. Dort wurden als Zuschlagskriterien unter anderem die Erfahrung der Sachverständigen sowie das Personal und die Ausstattung der Büros genannt. Das seien, so der *EuGH*, Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter betreffen und die daher nicht die Eigenschaft von Zuschlagskriterien haben könnten. Die Vermengung von Eignungs- und Zuschlagskriterien führt in der Regel zur Zurückversetzung der Vergabe bis vor Abgabe der Angebote, mitunter auch bis zur Aufhebung der kompletten Ausschreibung, wenn der Vergaberechtsverstoß bereits in der Bekanntmachung zu finden ist.

2. Anforderungen in der Leistungsbeschreibung?

Auch in der Leistungsbeschreibung können sich vergabefremde Aspekte befinden, wenn beispielsweise bestimmt wird, dass aus Umweltschutzgründen nur Fahrzeuge mit Elektromotoren angeboten werden können oder die Bieter umweltfreundliche Produkte anbieten sollen.

3. Hinweise oder Vergaberegeln?

In den Verdingungsunterlagen kann aber auch eine Vielzahl von anderen, allgemeinen Hinweisen enthalten sein, die lediglich Kontrollen bei der Vertragsausführung auslösen sollen, aber nicht für die Entscheidung, wer den Zuschlag erhält, herangezogen werden. Diese Hinweise sind häufig in beigefügten Merkblättern enthalten¹¹ oder allgemein in den Verdingungsunterlagen zu finden, haben aber für die eigentliche Vergabeentscheidung keine Relevanz, weil sie keine wesentlichen kalkulationserheblichen, also auf die Preisgestaltung bezogenen Auswirkungen haben. Es wird einfach unterstellt, dass bei Vertragsausführung diese Anforderungen vom Bieter erfüllt werden.

Beispielsweise ist Kinderarbeit grundsätzlich gem. § 5 I JArbSchG oder den ILO-Kernarbeitsnormen verboten. Ein Unternehmen, das Kinder beschäftigt, verstößt gegen die Rechtsordnung, welche dies im Rahmen des JArbSchG als Ordnungswidrigkeit bis hin zur Straftat ahndet. Unternehmen, die Kinder beschäftigen, sind somit unzuverlässig, weil sie gegen gesetzliche Vorgaben verstoßen, die aber zunächst nichts mit Vergaberecht zu tun haben. Diese Unternehmen verhalten sich nicht gesetzestreu. Weist beispielsweise die Vergabestelle in ihren Verdingungsunterlagen auf das JArbSchG hin, dann ist dies als Bestandteil der Arbeitsrechtsordnung per se von den Wirtschaftsteilnehmern zu beachten. Ein solcher Hinweis hat für sich genommen aber keinen vergaberechtlichen Bezug und ist auch keine *Vergaberegeln*. Für den Ausschluss eines Angebots aus der Wertung – wegen Unzuverlässigkeit – reicht dieser Hinweis nicht, sondern es muss eine Rechtsgrundlage vorhanden sein, wie beispielsweise der § 7 Nr. 1 V lit. c VOL/A, wonach Teilnehmer am Wettbewerb ausgeschlossen werden können, die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben¹².

Einem solchen Hinweis muss eine *Vergabestelle* vor Zuschlagserteilung auch nicht nachgehen. Denn in den Vergabeverfahren ist der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet, sämtliche Angebote einer allgemeinen Rechtmäßigkeitskontrolle zu unterziehen. Er muss somit nicht prüfen, ob das Unternehmen, das für den Zuschlag vorgesehen ist, tatsächlich auch keine Kinder beschäftigt und sich insofern gesetzestreu verhält.

Spiegelbildlich dazu haben auch die *Vergabenachprüfungsinstanzen* in keine allgemeine Rechtmäßigkeitskontrolle einzutreten und die Einhaltung der allgemeinen Rechtsordnung zu prüfen¹³, sondern sie prüfen gem. § 104 II GWB, ob Rechte aus § 97 VII GWB oder sonstige Ansprüche gegen öffentliche Auftraggeber verletzt wurden. Bestimmungen über das Vergabeverfahren sind die Vorschriften der Verdingungsordnungen, die durch Verweisung in der Vergabeverordnung und die §§ 97 VI, VII und 127 GWB, Rechtssatzqualität erlangt haben, ferner die das Verfahren betreffenden Gebote des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung sowie bestimmte ungeschriebene Vergaberegeln, wie das Gebot der Fairness in Vergabeverfahren¹⁴. Das JArbSchG oder die ILO-Kernarbeitsnormen gehören nicht zu den Bestimmungen über das Vergabeverfahren.

Auch ein *Antragsteller* in einem Nachprüfungsverfahren kann sich gem. §§ 107 II, 114 I GWB nur auf die Verletzung von eigenen Rechten durch Nichtbeachtung von Vergabevorschriften berufen, nicht aber darauf, dass sein Mitkonkurrent andere, außerhalb der Vergabeentscheidung liegende gesetzliche Anforderungen, nicht einhält.

5 *Burgi*, NZBau 2001, 64; *Ziekou*, NZBau 2001, 72; *Schirma*, NZBau 2002, 1; *Egger*, NZBau 2002, 601; *Prieß* (o. Fußn. 3), S. 276; *Boesen*, VergabeR 2000, § 97 Rdnr. 110; *Noch*, in: *Müller-Wrede*, Komm. z. VOL/A, § 25 Rdnr. 379.

6 *BGH*, NZBau 2008, 505.

7 *BGHZ* 139, 273 = *NJW* 1998, 3644; NZBau 2008, 505; *OLG Düsseldorf*, VergabeR 2004, 100 m. Anm. *Wagner*.

8 Begrifflich sind damit auch Erklärungen und Angaben gemeint, die von Bieter gefordert werden.

9 *EuGH*, NZBau 2008, 262 – „Lianakis“ = *EuZW* 2008, 187; *OLG Düsseldorf*, VergabeR 2008, 948; NZBau 2009, 269 – „Wachdienst“; *Werner*, ZfBR 2003, 545.

10 *EuGH*, NZBau 2004, 105 – „Wienstrom“ = *EuZW* 2004, 81; NZBau 2008, 262 – „Lianakis“ = *EuZW* 2008, 187.

11 So auch im Falle der *VK Münster*, Beschl. v. 11. 11. 2008 – *VK 18/08*.

12 In diesem Sinne auch *EuGH*, NZBau 2009, 133 – „*Michaniki AE*“ = *EuZW* 2009, 87.

13 So auch *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 269 – „*Wachdienst*“.

14 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2002, 583; NZBau 2002, 634.

III. Vergabefremde Aspekte als Kriterien sui generis?

Vergabefremde Aspekte sind keine Kriterien, die außerhalb dieser vergaberechtlichen Grundsätze berücksichtigt werden können, und schon gar nicht können diese Kriterien für die Entscheidung über den Zuschlag herangezogen werden, wenn sie nicht zuvor als Eignungs- oder Zuschlagskriterium oder als mit dem Angebot vorzulegende Angaben oder Erklärungen klar von der Vergabestelle definiert wurden. Erfüllen Bieter die von der Vergabestelle geforderten Anforderungen, dann können darüber hinaus keine weiteren Aspekte mehr der Vergabeentscheidung zu Grunde gelegt werden, die nicht zuvor eindeutig gefordert waren.

Dem steht auch nicht das „Beentjes“-Urteil des *EuGH*¹⁵ entgegen. In der Entscheidung ging es um die Frage, ob ein Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden darf, wenn er nicht in der Lage ist, bei der Ausführung des Auftrags Langzeitarbeitslose zu beschäftigen. Der Generalanwalt hatte dazu vertreten, dass dieses vergabefremde Kriterium unzulässig sei, weil es keinerlei Bezug zu den eigentlichen Merkmalen der zu erbringenden Leistung aufweise. Der *EuGH* hat das Kriterium der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium qualifiziert, sondern gemeint, dass die Mitgliedstaaten nicht gehindert seien, unter Beachtung gemeinschaftsrechtlicher Grundsätze, zusätzliche Bedingungen für den Auftrag vorzuschreiben.

Diese Auffassung ist in der folgenden Rechtsprechung des *EuGH* nicht mehr bestätigt worden. Vielmehr lässt sich aus den weiteren Entscheidungen des *EuGH*¹⁶ schlussfolgern, dass vergabefremde Aspekte nicht losgelöst vom Auftragsgegenstand und der vergaberechtlichen Methodik bei der Ausschreibung berücksichtigt werden können.

In der „Concordia Bus Finland“-Entscheidung führt der *EuGH* aus, dass Art. 36 I lit. a der Richtlinie 92/50/EWG nicht dahingehend ausgelegt werden dürfe, dass jedes Vergabekriterium, das der Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, notwendigerweise rein wirtschaftlicher Art sein muss. Es können auch andere Faktoren, die sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken, ausdrücklich als Kriterien genannt werden. Demzufolge können auch Kriterien wie Ästhetik oder Umweltschutz bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots berücksichtigt werden, wenn es einen sachlichen Bezug zum Auftragsgegenstand gibt. Auch in der „Wienstrom“-Entscheidung wird Bezug genommen auf den Wertungsvorgang des öffentlichen Auftraggebers und auf die Entscheidung über die Vergabe.

In beiden Entscheidungen geht es um die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots, also um wesentliche Aspekte, die Auswirkungen auf die Preisgestaltung haben und die bei der Vergabeentscheidung berücksichtigt werden sollen. Vergabefremde Aspekte, die als wesentliche Elemente für die Zuschlagsentscheidung herangezogen werden, sind nach der vergaberechtlichen Systematik entweder als Erklärungen zu nennen oder als Eignungs- oder Zuschlagskriterien festzulegen oder in der Leistungsbeschreibung eindeutig aufzunehmen. Nur solche Aspekte, die keinen Einfluss auf die Vergabeentscheidung haben und einfach nur als Hinweise für die Vertragsausführung genannt sind, bleiben davon unberührt. Daraus kann man schlussfolgern, dass auch die so genannten vergabefremden Aspekte keine Kriterien sui generis sind, die außerhalb dieser Systematik bei der Wertung der Angebote berücksichtigt werden können oder dürfen.

IV. Bedeutung für die Anwendung des § 97 IV GWB

Diese vergaberechtliche Methodik ist auch bei der Anwendung des § 97 IV GWB zu berücksichtigen. § 97 IV 1 und 3

GWB beziehen sich auf die Eignung der Bieter, während sich der neu eingefügte Satz 2 ausdrücklich auf die Wirtschaftlichkeit der Angebote, also den Inhalt der Leistung bezieht.

Alle wesentlichen Elemente einer Ausschreibung, die für die eigentliche Vergabeentscheidung ausschlaggebend sein sollen und die in der Regel auch kalkulationsrelevant sind, sind als *Vergaberegeln* den Bietern bekannt zu geben. Gemäß § 7 a Nr. 3 III VOL/A gibt der Auftraggeber bereits in der Bekanntmachung an, welche Nachweise (für die Eignung) vorzulegen sind. Bei der Wertung der Angebote darf gem. § 25 a Nr. 1 II VOL/A der Auftraggeber nur die Kriterien (Zuschlagskriterien) berücksichtigen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt sind. Für die Vergabeentscheidung sind somit auch die vergabefremden Aspekte entweder als Eignungsnachweise oder als Zuschlagskriterien anzugeben oder als Leistungsanforderungen in der Leistungsbeschreibung eindeutig zu definieren. Eine Berücksichtigung vergabefremder Aspekte bei der Wertung der Angebote außerhalb dieser Methodik ist nicht vorgesehen. Es handelt sich um „Sonderanforderungen“ an die Bieter und den Auftragsgegenstand, aber nicht um eine dritte, von den Richtlinien nicht erfasste Kategorie von Kriterien oder Anforderungen für die Vergabe des Auftrags.

1. Regelung in § 97 VI 1 und 3 GWB

Die Zuverlässigkeit, Fachkunde sowie Gesetzestreue und Leistungsfähigkeit betreffen das Unternehmen als solches. Welche Anforderungen die Vergabestellen diesbezüglich stellen dürfen und welche Nachweise sie verlangen können, ergibt sich aus den §§ 7, 7a VOL/A bzw. §§ 8 und 8a VOB/A. Darüber hinaus kann eine Vergabestelle zulässigerweise Eignungsnachweise fordern, wenn aus verständiger Sicht der Vergabestelle ein berechtigtes Interesse an den in der Ausschreibung aufgestellten Forderungen besteht, so dass diese sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheinen und den Bieterwettbewerb nicht unnötig einschränken¹⁷. Andere oder weitergehende Anforderungen *an die Auftragnehmer* sind nur durch Bundes- oder Landesgesetz zugelassen. Es muss somit ein Bundes- oder Landesgesetz vorhanden sein, das diese Forderung ermöglicht.

Allerdings ist allein das Vorhandensein eines solchen Gesetzes in einem Vergabeverfahren nicht von Belang, sondern erst dann, wenn eine Vergabestelle eine solche Forderung auch zu einer „Anforderung“, also zu einer „Vergaberegeln“ für die konkrete Vergabeentscheidung macht, hat dies Auswirkungen. Ein typisches Beispiel sind die Tarifbindungen. Im Fall des *OLG Düsseldorf*¹⁸ ging es um Abfallentsorgungsdienstleistungen. Den Verdingungsunterlagen lag ein Vertragsentwurf bei, in dem die Vergabestelle forderte, dass der Auftragnehmer sich zur tarifvertraglichen Bezahlung der Arbeitnehmer nach dem für den Auftragnehmer jeweils zutreffenden Tarifvertrag verpflichtet.

Das *OLG Düsseldorf* unterscheidet zunächst, ob unmissverständlich eine Tarifbindung verlangt wird, also die Bieter verpflichtet werden, die Preise anhand der einschlägigen Tarifverträge zu kalkulieren, oder ob es sich lediglich um einen unschädlichen Hinweis auf das Gebot, die geltende Arbeits-

15 *EuGH*, NVwZ 1990, 353 – „Beentjes“, und auch Slg. 2000, I-7445 = NZBau 2000, 584 – „Calais“.

16 *EuGH*, Slg. 2002, I-7213 = NZBau 2002, 618 – „Concordia Bus Finland“ = EuZW 2002, 628; NZBau 2004, 105 – „Wienstrom“ = EuZW 2004, 81.

17 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 19. 3. 2001 – VII-Verg 7/01; *EuGH*, NZBau 2009, 133 – „Michaniki AE“ = EuZW 2009, 87.

18 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 8. 12. 2008 – VII-Verg 55/08, BeckRS 2009, 06214.

rechtsordnung einzuhalten, handelt. Wenn sich aus den Verdingungsunterlagen ergibt, dass die Forderung einer Tarifbindung konstitutiv ist und Auswirkungen auf die Preisbildung der Bieter hat, handelt es sich um eine weitergehende Anforderung an die Eignung der Bieter, die gem. § 97 IV 3 GWB n. F. nur zulässig ist, wenn dies in einem Bundes- oder Landesgesetz zugelassen wird. Dabei stellt die Allgemeinverbindlichkeitserklärung eines Tarifvertrags nach § 5 TVG lediglich einen Rechtsakt des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales dar, der aber einem Bundesgesetz i. S. des § 97 IV 3 GWB n. F. nicht gleichzusetzen ist¹⁹.

Im konkreten Fall hielt das *OLG Düsseldorf* diese Forderung in den Verdingungsunterlagen vergaberechtlich für nicht zulässig, weil es in Nordrhein-Westfalen kein Tariftreuegesetz mehr gibt, so dass die Voraussetzungen des § 97 IV 3 GWB n. F. nicht vorliegen.

Vergabefremde Aspekte, die im Zusammenhang mit der Eignung des Bieters stehen, sind genauso wie andere Eignungsanforderungen bei der Ausschreibung zu behandeln. Die Eignungsnachweise sind in der Bekanntmachung anzugeben und auf der zweiten Wertungsstufe zu prüfen. Die Vergabestellen sind verpflichtet, solche Forderungen im Rahmen ihrer Wertung nachzuhalten, und die beteiligten Bieter können die Einhaltung dieser Vergaberegeln – auch in einem Nachprüfungsverfahren – verlangen.

Dies gilt beispielsweise auch für die ILO-Kernarbeitsnormen, die bestimmte soziale Standards, wie das Verbot von Zwangsarbeit oder Kinderarbeit festlegen und in den EU-Staaten ratifiziert wurden. Als weitergehende Anforderungen können die Vergabestellen diese Vorgaben in ihren Ausschreibungen aufnehmen, wobei aber auch hier die vergaberechtlichen Grundsätze zur Anwendung kommen müssen. Wird ein Bezug zur Eignung des Bieters hergestellt, so muss bereits in der Bekanntmachung von der Vergabestelle darauf hingewiesen werden. Eignungsnachweise können nicht nachträglich festgelegt werden, sie können nur noch in den Verdingungsunterlagen konkretisiert werden²⁰.

2. Regelung in § 97 IV 2 GWB

Mit der Einfügung des Satzes 2 wird eine zusätzliche Kategorie von Anforderungen aufgenommen, die an die Ausführung des Auftrags geknüpft werden und die bislang gesetzlich nicht im nationalen Recht kodifiziert waren. Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Hier geht es um die Auftragsausführung und den Auftragsgegenstand, also um Anforderungen, die die *Leistung* an sich betreffen, nicht aber um Anforderungen an die Auftragnehmer. Die Neuerung bezieht sich nach ihrem Wortlaut eindeutig auf die Leistungsbeschreibung und auf die Prüfung der Wirtschaftlichkeit, die auf der 4. Wertungsstufe zu erfolgen hat. Auch die Tatsache, dass dieser Satz zwischen den Sätzen 1 und 3 eingefügt wurde, bedeutet nicht, dass damit auch die Eignungsebene gemeint war.

Die Wirtschaftlichkeitsprüfung bezieht sich auf die angebotene Leistung und unterliegt anderen Spielregeln als die Beurteilung der Eignung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass die Vergabestellen bei der Bestimmung der Kriterien für das wirtschaftlichste Angebot zwar weitgehend ungebunden sind²¹, aber Kriterien, die die fachliche Eignung der Bieter für die Ausführung des Auftrags betreffen, können nicht die Eigenschaft von Zuschlagskriterien haben²². Insofern ist zunächst eindeutig zu ermitteln, ob man einen vergabefremden Aspekt tatsächlich als ein Kriterium für die Ermittlung der Wirtschaftlichkeit berücksichtigen kann oder ob es sich nicht

vielmehr um ein Kriterium handelt, das im Zusammenhang mit der Eignung der Bieter steht.

Die Beschäftigung von Auszubildenden, Langzeitarbeitslosen und Frauen oder die Sicherstellung der Qualifikation des einzusetzenden Personals sind keine Aspekte, die den Gegenstand der Leistung betreffen. Dabei handelt es sich um Anforderungen an die Eignung der Bieter und diese werden von § 97 IV 2 GWB nicht erfasst. Vielmehr kommen hier innovations- oder umweltbezogene Aspekte in Betracht, die sich auf das zu liefernde Produkt (Strom aus erneuerbaren Energiequellen; Recycling-Papier) oder auf die Art und Weise der Leistungserbringung (Begrenzung des Schadstoffausstoßes bei Fahrzeugen) beziehen.

Satz 2 ermöglicht nunmehr die Berücksichtigung von Vergabekriterien, die nicht notwendigerweise wirtschaftlicher Art sind, sondern die sich auf den Umweltschutz oder auf soziale oder innovative Lösungsansätze beziehen. Damit wird der Kreis der möglichen Zuschlagskriterien auf Forderungen erweitert, die nicht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Wirtschaftlichkeit der Angebote stehen. Bereits in § 25 a VOL/A und § 25 Nr. 3 III VOB/A werden Kriterien wie Ästhetik, Zweckmäßigkeit und Umwelteigenschaften genannt. Diese zusätzlichen Anforderungen müssen durch „den Auftragsgegenstand gerechtfertigt“ sein oder wie in § 97 IV 2 GWB formuliert, „im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“.

Den sachlichen Zusammenhang wird man wie in der „Concordia Bus Finland“-Entscheidung des *EuGH*²³ annehmen können, wenn sich die Einhaltung des geforderten Kriteriums als sachlich gerechtfertigt mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung bringen lässt. In diesem Fall ging es um die Reduzierung der Stickoxidemissionen und des Lärmpegels im innerstädtischen Bereich durch die von den Bieter einzusetzenden Busse. Die Vergabestellen haben sicherlich einen weiten Beurteilungsspielraum in Bezug auf die Festlegung solcher Vergabekriterien und den sachlichen Zusammenhang. So ist es nicht abwegig, wenn bei einer Ausschreibung von Dienstfahrzeugen die Begrenzung des Schadstoffausstoßes oder die Energiequelle der zu liefernden Fahrzeuge von der Vergabestelle als Zuschlagskriterium festgelegt wird, weil man Belange des Umweltschutzes intensiver berücksichtigen möchte. Insbesondere können Fahrzeuge gefordert werden, die den neuesten technischen Anforderungen auf diesem Gebiet entsprechen.

Allerdings darf dieser Spielraum nicht dazu genutzt werden, Kriterien festzulegen, die gegen die Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, wie dem Diskriminierungsverbot, verstoßen. Diese Einschränkung lässt sich aus den Entscheidungen des *EuGH* entnehmen und bewirkt, dass keine Ausschreibung durchgeführt wird, die nur einigen wenigen Unternehmen die Teilnahme ermöglicht. Denn es soll trotz dieser Zuschlagskriterien weiterhin ein Wettbewerb stattfinden.

Beispielsweise könnte ein öffentlicher Auftraggeber Entsorgungsdienstleistungen oder Schülerspezialverkehre ausschreiben und umweltbezogene Gesichtspunkte, wie den CO₂-Ausstoß des einzusetzenden Fuhrparks definieren. Wenn diese Forderung dazu führt, dass sich nur noch wenige Unternehmen, die normalerweise auf diesem Marktsektor tätig sind, an einer solchen Ausschreibung beteiligen können, weil der vorhandene Fuhrpark diesen Normen nicht entspricht, so würde der öffentliche Auftraggeber seinen Spielraum überschreiten. Dies ist eine im Einzelfall zu treffende Entscheidung, welche einerseits die Vorstellungen

19 Vgl. *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 269 – „Wachdienst“.

20 *OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 25. 11. 2002 – VII-Verg 56/02, BeckRS 2004, 12170; Beschl. v. 9. 7. 2003 – VII-Verg 26/03 = BeckRS 2006, 01806; NJOZ 2008, 1439; Beschl. v. 4. 6. 2008 – VII-Verg 21/08, BeckRS 2009, 05989.

21 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2009, 269 – „Wachdienst“.

22 *EuGH*, NZBau 2008, 262 – „Lianakis“ = EuZW 2008, 187.

23 *EuGH*, Slg. 2002, I-7213 = NZBau 2002, 618 – „Concordia Bus Finland“ = EuZW 2002, 628.

des öffentlichen Auftraggebers, aber auch die Interessen der Unternehmer zu berücksichtigen hat.

Weiterhin gilt auch hier, dass zwischen konkreten Anforderungen und Hinweisen der Vergabestelle zu unterscheiden ist. Soweit eine Vergabestelle diese Kriterien nicht zu Zuschlagskriterien macht, sondern innerhalb der Leistungsbeschreibung oder in Merkblättern lediglich darauf hinweist, und dies auch keine Auswirkungen auf die Kalkulation hat, handelt es sich nicht um einen für die Zuschlagsentscheidung maßgeblichen Aspekt. So ist beispielsweise die Einhaltung der Euro-5-Norm bei Entsorgungsfahrzeugen im Bereich der Abfallentsorgung keine Besonderheit mehr und kann folglich als Hinweis aufgenommen werden.

Haben diese zusätzlichen Anforderungen an die Leistung aber Auswirkungen auf die Kalkulation der Preise, so handelt es sich um Anforderungen, die wie Zuschlagskriterien zu behandeln sind. Das bedeutet, dass sie gem. § 25 a Nr. 1 II VOL/A und § 25 a Nr. 1 VOB/A in der Vergabebeurkundung oder in den Vergabeunterlagen zu nennen und zu gewichten sind. Dies fordert auch § 97 IV 2 GWB, wonach sich die Kriterien jedenfalls aus der Leistungsbeschreibung ergeben müssen.

V. Kontrollpflichten und Nachweisbarkeit

Wiederholt wird darüber diskutiert, ob ein öffentlicher Auftraggeber dann, wenn er bestimmte Anforderungen an die Eignung oder den zu beschaffenden Auftragsgegenstand stellt, auch überprüfen muss, ob die vorliegenden Angebote diesen Anforderungen entsprechen.

Der *EuGH*²⁴ führte in seiner Entscheidung zu der Lieferung von Ökostrom dazu aus, dass ein öffentlicher Auftraggeber, der ein Zuschlagskriterium festlegt, auf Grund des Gleichbehandlungsgrundsatzes verpflichtet ist, die Zuschlagskriterien objektiv und einheitlich auf alle Bieter anzuwenden. Die objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, anhand der von den Bietern gelieferten Angaben und Unterlagen effektiv zu überprüfen, ob ihre Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen. Ist eine effektive Kontrolle der Richtigkeit der Anga-

ben der Bieter nicht möglich, so liegt ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor.

Daraus kann man schlussfolgern, dass die von den Bietern vorgelegten Nachweise und Unterlagen konkret im Einzelfall und auch effektiv auf ihre Richtigkeit zu prüfen sind. Handelt es sich beispielsweise um Zertifikate oder unabhängige Prüfsiegel, dann ist das unproblematisch. Anderenfalls muss das von der Vergabestelle inhaltlich kontrolliert werden.

Das ergibt sich im Übrigen auch bereits aus der vergaberechtlichen Systematik. Wenn die Vergabeentscheidung auf diesem Nachweis basiert, dann muss gegebenenfalls – beispielsweise im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens – eine Vergabestelle auch darlegen können, dass die von ihr aufgestellte Vergaberegeln auch durch das Angebot, das bezuschlagt werden soll, eingehalten wird.

VI. Fazit

1. Der Einsatz von vergabefremden Aspekten, die im Zusammenhang mit der Eignung der Bieter stehen, ist unverändert nur zulässig, wenn dieser durch Bundes- oder Landesgesetz zugelassen wird.
2. Eine Neuerung ist der Satz 2 der Vorschrift, wobei diesbezüglich bereits der Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG als auch die Rechtsprechung des *EuGH* die Festlegung von Zuschlagskriterien im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand zugelassen haben.
3. Entscheidend für die Handhabung dieser vergabefremden Aspekte ist aber weiterhin die vergaberechtliche Systematik. Die Forderung von vergabefremden Aspekten in den Ausschreibungen, losgelöst von dieser Methodik, kann nicht funktionieren, weil sie keine Kriterien sui generis sind, sondern „Sonderanforderungen“ an die Eignung oder den Auftragsgegenstand darstellen, die nur unter bestimmten Bedingungen zulässig sind. ■

²⁴ *EuGH*, NZBau 2004, 105 – „Wienstrom“ = *EuZW* 2004, 81.

Rechtsanwalt Dr. Thomas Mösinger und Rechtsanwältin Dr. Nicole Morscheid, Frankfurt a. M.

Die vergaberechtskonforme Beauftragung städtebaulicher Gesamtmaßnahmen an Sanierungs- und Entwicklungsträger nach §§ 157, 167 BauGB*

Städtebauliche Gesamtmaßnahmen gewinnen gerade durch die Bereitstellung finanzieller Mittel zur Stärkung der Konjunktur bundesweit an Bedeutung. Gleichzeitig rücken Sanierungs- und Entwicklungsmaßnahmen immer stärker in den Fokus der Landesrechnungshöfe, die eine Einhaltung des Vergaberechts bei der Beauftragung von Dienstleistern deutlich einfordern. Die Entwicklung der vergaberechtlichen Rechtsprechung zu städtebaulichen Maßnahmen und die immer häufiger durchgesetzten fördermittelrechtlichen Konsequenzen haben zusätzlich dazu beigetragen, die öffentliche Auftragsvergabe zu einem Hauptanliegen der Städtebauplanung zu machen.

I. Bedeutung des Vergaberechts im Bereich der Städtebauplanung

Mit dem „Ahlhorn“-Beschluss des *OLG Düsseldorf*¹, den Folgeentscheidungen weiterer Oberlandesgerichte² und Vergabekammern³ sowie der Neufassung des § 99 GWB ist das

Vergaberecht eindrucksvoll in der Städtebauplanung angekommen. Grundstücksveräußerungen durch die öffentliche Hand, die mit einem gewissen Grad an planender Einflussnahme verbunden sind, unterfallen den Vorschriften der §§ 97 ff. GWB und werden damit regelmäßig als ausschreibungspflichtiger Auftrag angesehen.

* Die Autoren sind in der Sozietät *Orrick Hölters & Elsing* in Frankfurt a. M. tätig und auf das Vergaberecht und Öffentlich-Private Partnerschaften spezialisiert.

- 1 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2007, 530 = *VergabeR* 2007, 634 – „Ahlhorn“.
- 2 *OLG Düsseldorf*, NZBau 2008, 138 = *ZfBR* 2008, 207 – „Wuppertal“; NZBau 2008, 271 = *VergabeR* 2008, 229 – „Oer-Erkenschwick“; *OLG Bremen*, BeckRS 2008, 07944 = *VergabeR* 2008, 558; *OLG Karlsruhe*, NZBau 2008, 537 = *VergabeR* 2008, 826; *OLG Düsseldorf*, NZBau 2008, 461 = *VergabeR* 2008, 835; *OLG Brandenburg*, BeckRS 2008, 15473 = *VergabeR* 2008, 989.
- 3 *VK Münster*, Beschl. v. 6. 5. 2008 – *VK 4/08*; *VK Karlsruhe*, Beschl. v. 16. 6. 2008 – 1 *VK 18/08*; *VK Potsdam*, NZBau 2008, 344 L; *VK Darmstadt*, NZBau 2008, 339; *VK Karlsruhe*, NZBau 2008, 344 L.