

Möglichkeiten einer nachhaltigen öffentlichen Beschaffung von IT-Hardware

Autor: André Siedenberg, Rechtsanwalt

Dieser Leitfaden entstand im Rahmen der 7. Fachkonferenz für sozial verantwortliche Beschaffung von IT-Hardware im Mai 2019.



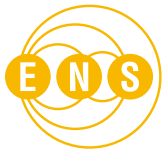
Impressum

Herausgeber:
Entwicklungspolitisches Netzwerk Sachsen e.V. (ENS)
Kreuzstraße 7
01067 Dresden
Telefon (03 51) 4 92 33 64
Telefax (03 51) 4 92 33 60
E-Mail: kontakt(at)einewelt-sachsen.de

Autor: André Siedenberg, Rechtsanwalt

Link zur Fachkonferenz für sozial verantwortliche Beschaffung von IT-Hardware: www.faire-beschaffung.de

Kooperationspartner:



Entwicklungspolitisches
Netzwerk Sachsen e.V.



Gefördert durch



mit ihrer



mit Mitteln des



Titelbilder: iStock.com/ Yuri_Arcurs, iStock.com/pic_studio

Für den Inhalt dieser Publikation ist allein das Entwicklungspolitische Netzwerk Sachsen e.V. verantwortlich; die hier dargestellten Positionen geben nicht den Standpunkt von Engagement Global gGmbH und dem Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung wieder.

Gedruckt mit Ökofarben auf Recyclingpapier (Blauer Engel)

Inhalt

1.	Einleitung	3
2.	Rechtliche Grundlagen	4
2.1	Europarecht	4
2.2	Bundesrecht	4
2.2.1	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)	5
2.2.2	Vergabeverordnung	5
2.2.3	Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)	6
2.3	Landesrecht	6
2.4	Landesspezifische Besonderheiten/sonstige besondere Vorgaben	7
3.	Besonderheiten des Leistungsgegenstandes IT-Hardware	9
4.	Möglichkeiten der Verankerung von Nachhaltigkeitsaspekten im Beschaffungsprozess von IT-Hardware	10
4.1	Wahl der Verfahrensart	11
4.2	Leistungsbeschreibung	12
4.2.1	Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung	13
4.2.2	Nachweis der Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung	13
4.2.2.1	Trennung von Anforderungen und Nachweis	14
4.2.2.2	Verwendung von Gütezeichen	15
4.2.2.2.1	Verwendung von Gütezeichen zur Beschreibung der Anforderungen und zum Nachweis der Erfüllung von Anforderungen	16
4.2.2.2.2	Auswahl der Gütezeichen	17
4.2.2.2.3	Nachweis der Gleichwertigkeit bei fehlendem Gütezeichen	18
4.3	Eignungskriterien	19
4.4	Zuschlagskriterien	20
4.5	Besondere Ausführungsbedingungen	21

1. Einleitung

IT-Hardware ist in der modernen informationsgesteuerten Wissensgesellschaft das Arbeitsmittel Nummer eins. Ohne Festplatten, Arbeitsspeicher, Mäuse, Tastaturen, Smartphones und unzählige in diesen verbauten Mikrochips ist unser modernes Leben nicht mehr denkbar. Dies gilt erst recht für die öffentliche Hand, deren tägliches Geschäft es von jeher ist, Informationen zu sammeln und in Verwaltungsprozesse und -entscheidungen zu überführen. Dies tut sie zunehmend auf digitalem Weg, weswegen sie ein wichtiger Nachfrager und damit bedeutsamer Akteur im Markt für nachhaltige IT-Hardware ist.

Dabei ist sie nicht nur durch die ihr obliegenden Aufgaben, politische Zielvorstellungen und eine besondere Vorbildfunktion gebunden. Sondern sie unterliegt insbesondere dem Vergaberecht als zunehmend komplexer Regelungsmaterie, um den bestehenden Bedarf an IT-Hardware zu decken, welcher für die Aufgabenerfüllung notwendig ist. Beschaffungsvorhaben, welche neben einer rein ökonomischen auch eine soziale und ökologische Dimension der Nachhaltigkeit umfassen sollen, müssen sich daher stets auch am bestehenden rechtlichen Rahmen messen lassen.

Dieser Leitfaden soll es Beschafferinnen und Beschaffern (aber auch potenziellen Bieterinnen und Bieter) daher erleichtern, sich innerhalb dieses rechtlichen Regelwerkes zurechtzufinden und sowohl inhaltlich solide, wie auch rechtlich einwandfreie Vergabeunterlagen und Angebote zu erstellen.

Maßgeblich ist dabei stets der Grundsatz, dass das Vergaberecht das Ziel verfolgt, die Beschaffung zu fördern und nicht zu verhindern. Daher müssen sich alle Vorgaben zur Nachhaltigkeit bei Beschaffungsvorgängen an den auf dem Markt verfügbaren Produkten orientieren, ohne dabei ambitionslos einfach nur den Status quo zu verlangen. Diese „Gratwanderung“ lässt sich nicht pauschal bewerkstelligen, sondern muss jeweils auf den Einzelfall Rücksicht nehmen. Auch vor diesem Hintergrund sollte der vorliegende Leitfaden als eine „Werkzeugkiste“ verstanden werden, die nach den Bedürfnissen des Beschaffers und den bestehenden Marktverhältnissen anders genutzt werden kann und sollte. Aus diesem Grund enthält der Leitfaden keine pauschalen Lösungen, sondern zeigt vielmehr verschiedene Wege auf, um die Beschaffung von IT-Hardware nachhaltiger zu gestalten. Dabei kann der Begriff der „Nachhaltigkeit“ vieles umfassen. Nur beispielsweise seien hier im Hinblick auf die soziale Nachhaltigkeit die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen, die Zahlung existenzsichernder Löhne und die Einhaltung und Kontrolle gesetzlicher Arbeitszeiten genannt. Bezüglich der ökologischen Nachhaltigkeit sind Aspekte wie Energieverbrauch und Entsorgungskosten denkbar.

Schlussendlich bleibt es aber dabei, dass eine Werkzeugkiste wie die vorliegende nur dann Sinn ergibt, wenn sie nicht im Keller verstaubt, sondern aktiv genutzt wird.

2. Rechtliche Grundlagen

Das Vergaberecht teilt sich auf in den sogenannten Ober- und Unterschwellenbereich. Die entsprechende Einordnung ist abhängig vom Auftragswert einerseits und vom Leistungsgegenstand andererseits. Maßgeblich für IT-Hardware ist dabei der Schwellenwert für Dienst- und Lieferleistungen für „normale“ öffentliche Auftraggeber in Höhe von 221.000 €, für obere und oberste Bundesbehörden von 144.000 € und für sogenannte Sektorenauftraggeber von 443.000 €.

Unmittelbare Ausgangsquelle des Oberschwellenvergaberechts und mittelbare Quelle des Unterschwellenvergaberechts sind dabei die EU-Richtlinien.

2.1 Europarecht

Maßgeblich für die Beschaffung der meisten Lieferleistungen im öffentlichen und insbesondere kommunalen Sektor ist die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe aus dem Jahr 2014 (RL 2014/24 EU). Diese legt die Rahmenbedingungen für das öffentliche Auftragswesen in den Mitgliedsstaaten der EU fest.

Da diese nicht direkt in den Mitgliedsstaaten gilt, sondern eines Umsetzungsaktes in nationales Recht bedarf, muss hier auf die einzelnen Regelungen nicht weiter Bezug genommen werden. Es genügt insoweit die Feststellung, dass soziale wie ökologische Nachhaltigkeitskriterien europarechtlich akzeptiert sind.

2.1 Bundesrecht

Zur Umsetzung der europarechtlichen Vorgaben hat der (Bundes-) Gesetzgeber die Richtlinien in das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) integriert. Dabei fungiert das GWB in wesentlichen Punkten als Rahmen der übrigen vergaberechtlichen Regelungen. Es setzt damit auch den Rahmen für die nachhaltige öffentliche Beschaffung.

2.2.1 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)

Das GWB legt für den Oberschwellenbereich allgemeingültige Definitionen fest. So wird unter anderem definiert, was ein öffentlicher Auftrag ist oder wie der Begriff des öffentlichen Auftraggebers zu verstehen ist.

Auch enthält bereits § 97 Abs. 3 GWB ein klares Bekenntnis zur ökologisch und sozial nachhaltigen Beschaffung:

*„Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie **soziale und umweltbezogene Aspekte** nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt“*

Entgegen der in der Vergangenheit immer wieder vorgetragenen und nach wie vor vereinzelt vertretenen Rechtsansicht, handelt es sich folglich bei sozial nachhaltiger Beschaffung nicht um einen sogenannten „vergabefremden“ Aspekt. Vielmehr hat der Gesetzgeber durch die Regelung, wie Nachhaltigkeitsaspekte berücksichtigt werden können, ein klares Bekenntnis dazu abgelegt, dass diese auch bei Vergabeverfahren beachtet werden dürfen.

Dabei gelten die Vorschriften des GWB vornehmlich im bereits erwähnten Oberschwellenbereich. Die Trennung erfolgt dabei anhand des geschätzten Auftragswertes. Dieser wird einheitlich nach den Vorschriften des § 3 VgV geschätzt. Dennoch sind die wesentlichen Grundsätze und Rechtsgedanken des Oberschwellenbereichs auch auf Vergaben unterhalb des Schwellenwertes anwendbar.

2.2.2 Vergabeverordnung (VgV)

Die VgV regelt die Vergabe von Dienst- und Lieferleistungen und damit auch die Lieferung von IT-Hardware für den Oberschwellenbereich. Daneben trifft sie eine Reihe allgemeiner Festlegungen, die auch in der Unterschwellen gelten. So enthält sie zum Beispiel Regelungen für die Berechnung des Auftragswertes und damit die Frage, ob die Schwellenwerte für eine

europaweite Ausschreibung erreicht werden. Von besonderer Bedeutung für die nachhaltige öffentliche Beschaffung sind aber die zur Verfügung stehenden Verfahrensarten, die Regelungen zur Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien und besonderen Ausführungsbedingungen sowie die Möglichkeit der Verwendung von Gütezeichen.

2.2.3 Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Unterhalb der Schwellenwerte ist das Vergaberecht als Haushaltsrecht Ländersache. Dies bedeutet, dass die einzelnen Bundesländer jeweils frei darin sind, ob und wie sie das Vergaberecht in diesem Bereich ausgestalten wollen. Der Bund hat im Jahr 2017 mit der Unterschwellenvergabeordnung (kurz: UVgO) einen Rahmen geschaffen, der von den meisten Ländern mittlerweile für anwendbar erklärt wurde, bzw. in absehbarer Zeit für anwendbar erklärt werden

soll. Nur vereinzelt halten einige Bundesländer noch an der VOL/A fest. Die UVgO folgt dabei in Struktur und Inhalt der VgV. Insbesondere enthält sie (nahezu) wortgleiche Vorschriften zur Leistungsbeschreibung, Gütezeichen und Zuschlagskriterien.

Danach stellt sich der europäische und nationale Rechtsrahmen für die Beschaffung von IT-Hardware wie folgt dar:

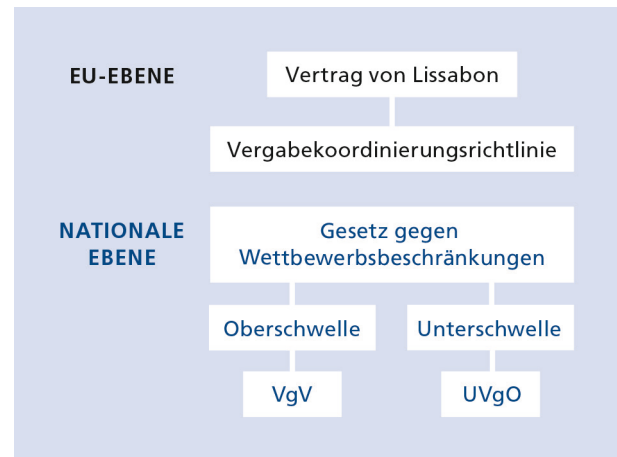


Abbildung 1: Gesetzesstruktur für IT-Beschaffungen

2.3 Landesrecht

Darüber hinaus existieren derzeit zwölf Landesvergabebe-gesetze, die soziale und ökologische Nachhaltigkeit in der einen oder anderen Form verankern. Einzige Ausnahmen bilden hier die Freistaaten Bayern und Sachsen und die Länder Hessen und Nordrhein-Westfalen. Regelmäßig sind soziale und ökologische Nachhaltigkeitsaspekte in diesen Gesetzen als besondere

Ausführungsbedingungen ausgestaltet, die im Rahmen der Erbringung der Leistung einzuhalten sind, auch wenn dies in der entsprechenden Norm nicht ausdrücklich genannt wird.

Ein Überblick über die derzeitige Rechtslage findet sich unter <https://www.kompass-nachhaltigkeit.de/kommunaler-kompass/>

2.4 Landesspezifische Besonderheiten/ sonstige besondere Vorgaben

Neben den Landesvergabeengesetzen werden in vielen Bundesländern über Haushaltsgrundsätze und andere Rechtsvorschriften Vorgaben gemacht, die sich auf das Vergabeverfahren auswirken können. Hierzu zählen insbesondere Wertgrenzen, bei deren Unterschreitung bestimmte Verfahrensarten im Unterschwellenbereich zulässig sind.

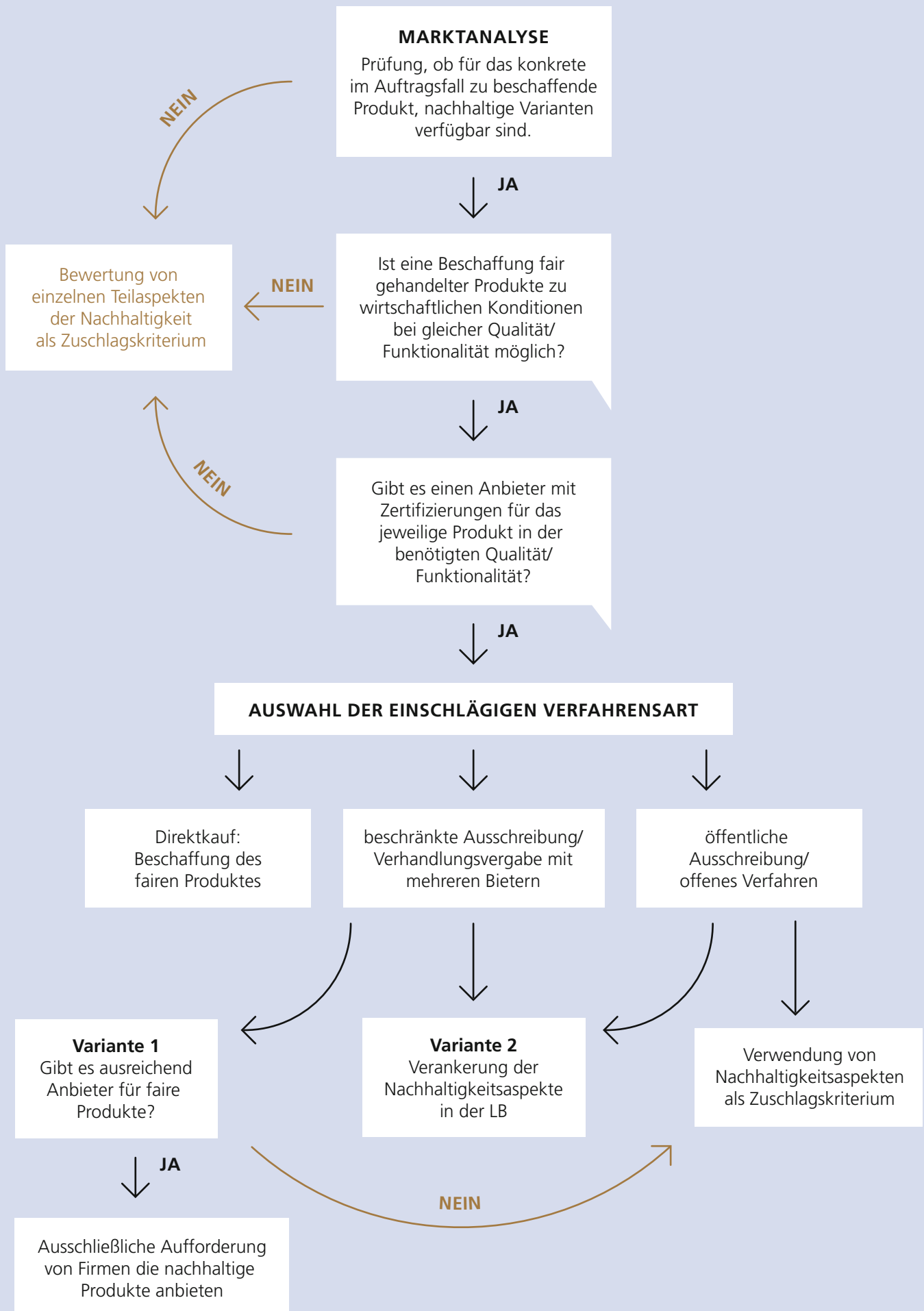
Daneben können sich zusätzliche Anforderungen an das Vergabeverfahren aus Förderbescheiden ergeben, sofern Fördermittel eingesetzt werden. Diese betreffen aber in der Regel keine Vorgaben zur sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit. Allenfalls sind spezielle Regelungen bei geeigneten Leistungsgegenständen zur ökologischen Nachhaltigkeit enthalten. IT-Hardware ist kein Beschaffungsgegenstand wie jeder andere, sondern zeichnet sich durch eine sehr komplexe Zulieferungs- und Fertigungsstruktur aus, die nicht selten dazu führt, dass auch international vernetzte Großkonzerne ihre Lieferketten nicht genau kennen. Dies ist insoweit kritisch, als diese häufig Konfliktrohstoffe enthalten, die unter teils menschenunwürdigen Bedingungen gewonnen werden.

IT-Hardware ist darüber hinaus aber auch ein ganz maßgeblicher Energieverbraucher. Das Thema Stromverbrauch spielt (nicht zuletzt in Hinblick auf die Nutzungskosten) damit neben der sozialen Nachhaltigkeit eine wesentliche Rolle im Beschaffungsprozess. Die Nachweispflichten, die sich im Hinblick auf ökologische und soziale Aspekte ergeben, sollten daher

stets unter Berücksichtigung des vergaberechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festgelegt werden.

Am Anfang eines jeden Beschaffungsvorgangs (so auch der IT-Hardware) steht stets die Bedarfsfeststellung, also die Frage, was der jeweilige Nutzer überhaupt benötigt. Im Anschluss werden im Rahmen einer Marktanalyse die Möglichkeiten zur Deckung dieses Bedarfs geprüft. Insbesondere im Hinblick auf die nachhaltige öffentliche Beschaffung ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob es für das zu beschaffende Produkt nachhaltige Varianten gibt und ob ausreichend Anbieter hierfür existieren. In diesem Rahmen kann auch ein Bieterdialog durchgeführt werden.

Danach werden die Vergabeunterlagen erstellt. Hierbei können öffentliche Auftraggeber auf verschiedenen Ebenen Aspekte der Nachhaltigkeit berücksichtigen. Die Festlegung, wann welche Methode dabei angewandt werden sollte, muss sich dabei stets an den Erfordernissen des Einzelfalles orientieren. Das nachfolgende Entscheidungsdiagramm kann daher nur eine grobe Orientierung bieten, liefert aber einen ersten Anhaltspunkt, wie Nachhaltigkeitsaspekte im Beschaffungsprozess verankert werden können. Die dargestellten Methoden werden im Nachgang erläutert.



3. Besonderheiten des Leistungsgegenstandes IT-Hardware

IT-Hardware ist kein Beschaffungsgegenstand wie jeder andere, sondern zeichnet sich durch eine sehr komplexe Zulieferungs- und Fertigungsstruktur aus, die nicht selten dazu führt, dass auch international vernetzte Großkonzerne ihre Lieferketten nicht genau kennen. Dies ist insoweit kritisch, als diese häufig Konfliktrohstoffe enthalten, die unter teils menschenunwürdigen Bedingungen gewonnen werden.

IT-Hardware ist darüber hinaus aber auch ein ganz maßgeblicher Energieverbraucher. Das Thema Stromverbrauch spielt (nicht zuletzt in Hinblick auf die

Nutzungskosten) damit neben der sozialen Nachhaltigkeit eine wesentliche Rolle im Beschaffungsprozess.

Die Nachweispflichten, die sich im Hinblick auf ökologische und soziale Aspekte ergeben, sollten daher stets unter Berücksichtigung des vergaberechtlichen Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit festgelegt werden.

4. Möglichkeiten der Verankerung von Nachhaltigkeitsaspekten im Beschaffungsprozess von IT-Hardware

Am Anfang eines jeden Beschaffungsvorgangs (so auch der IT-Hardware) steht stets die Bedarfsfeststellung, also die Frage, was der jeweilige Nutzer überhaupt benötigt.

Im Anschluss werden im Rahmen einer Marktanalyse die Möglichkeiten zur Deckung dieses Bedarfs geprüft. Insbesondere im Hinblick auf die nachhaltige öffentliche Beschaffung ist in diesem Zusammenhang zu prüfen, ob es für das zu beschaffende Produkt nachhaltige Varianten gibt und ob ausreichend Anbieter hierfür existieren. In diesem Rahmen kann auch ein Bieterdialog durchgeführt werden.

Danach werden die Vergabeunterlagen erstellt. Hierbei können öffentliche Auftraggeber auf verschiedenen Ebenen Aspekte der Nachhaltigkeit berücksichtigen. Die Festlegung, wann welche Methode dabei angewandt werden sollte, muss sich dabei stets an den Erfordernissen des Einzelfalles orientieren. Das nachfolgende Entscheidungsdiagramm kann daher nur eine grobe Orientierung bieten, liefert aber einen ersten Anhaltspunkt, wie Nachhaltigkeitsaspekte im Beschaffungsprozess verankert werden können. Die dargestellten Methoden werden im Nachgang erläutert.

4.1 Wahl der Verfahrensart

Die anwendbare Verfahrensart bestimmt sich für den Oberschwellenbereich nach § 14 VgV: Danach sind als Regelverfahren stets das offene Verfahren und das nichtoffene Verfahren mit Teilnahmewettbewerb zulässig. Daneben existieren für besondere Fallkonstellationen das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb und der wettbewerbliche Dialog, welcher ebenfalls einen Teilnahmewettbewerb erfordert. Diese Verfahrensarten sind zunächst grundsätzlich für alle interessierten Unternehmen offen. Der öffentliche Auftraggeber ist daher im Oberschwellenbereich weitgehend gehindert, durch eine eigene Auswahlentscheidung der Bieter den Auftrag in einem Bieter zu vergeben, welcher sich durch besonders nachhaltige Vorgehensweisen auszeichnet. Eine Ausnahme bildet hier das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb, welches aber nur in wenigen Fällen zulässig ist und daher nur in Sonderfällen zur Anwendung kommt.

In der Unterschwelle stehen dem öffentlichen Auftraggeber nach § 8 UVgO das Verfahren der öffentlichen Ausschreibung und die beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb zur Verfügung.

Unter bestimmten Voraussetzungen ist darüber hinaus die beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und die Verhandlungsvergabe mit oder ohne Teilnahmewettbewerb möglich. Die Verfahrensarten ohne Teilnahmewettbewerb erlauben dem öffentlichen Auftraggeber eine direkte Auswahl der Bieter und ermöglichen es damit, den Bieterkreis hin zu einer nachhaltigeren Beschaffung zu steuern.

Noch einfacher ist dies, wenn ein Auftragswert von 1.000 € unterschritten wird. In diesem Fall besteht nach § 14 UVgO auch die Möglichkeit eines Direktauftrags, bei dem der Auftrag ohne ein förmliches Verfahren vergeben wird. Einige Bundesländer haben ihre rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten aus dem Haushaltsrecht genutzt, um diese Schwelle teilweise deutlich anzuheben (NRW hat sie z. B. auf 5.000 € verfünffacht). Dies bedeutet, dass gerade für Kleinstmengen, sowie Nach- und Ersatzbestellungen relativ einfach sichergestellt werden kann, dass der Auftrag an einen (potenziellen) Bieter geht, welcher sich um die Lieferung nachhaltiger Produkte bemüht.

Für diese (wie auch alle anderen) Auftragswerte gilt aber, dass diese nicht genutzt werden dürfen, um die jeweils geltenden Schwellenwerte zu umgehen.

4.2 Leistungsbeschreibung

Die Leistungsbeschreibung ist das „Herz“ der Vergabeunterlagen. In ihr wird festgelegt, welche Produkte oder Lösungsmöglichkeiten der öffentliche Auftraggeber wünscht, um seinen Bedarf zu decken.

Der öffentliche Auftraggeber verfügt dabei über ein weitreichendes Leistungsbestimmungsrecht. Dies bedeutet, dass das „ob“ und auch das „was“ seiner Beschaffung nicht oder nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüfbar ist. Es ist mittlerweile gesetzlich klargestellt, dass die Leistungsbeschreibung auch Aspekte der Nachhaltigkeit umfassen darf, sofern diese mit dem Leistungsgegenstand in Verbindung stehen (vgl. § 31 Abs. 3 VgV und § 23 Abs. 2 UVgO). Der öffentliche Auftraggeber ist daher nicht gehindert, die Verankerung von Nachhaltigkeitsaspekten

im Rahmen der Leistungsbeschreibung zu berücksichtigen. Dabei gehen die Möglichkeiten der Leistungsbeschreibung über die reine Beschaffung hinaus: So lassen sich beispielsweise über die Festlegung von Garantieleistungen (beispielsweise für Notebooks auf fünf, für Netzwerkkomponenten sogar bis zu 30 Jahren) Reparatur- und Nachlieferungspflichten festlegen, die sowohl inhaltlich wie auch zeitlich über die gesetzlichen Gewährleistungsansprüche hinausgehen. Auf diese Art und Weise lässt sich die Notwendigkeit von Neuanschaffungen hinauszögern, was nicht nur Entsorgungskosten reduziert, sondern auch Kosten spart.

4.2.1 Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung

Eingeschränkt wird das weitestgehend freie Leistungsbestimmungsrecht jedoch durch die Pflicht zur produktneutralen Ausschreibung. Diese gibt vor, dass der öffentliche Auftraggeber kein spezifisches Produkt vorgeben darf, um seinen Bedarf zu beschreiben. Dieses Verbot bezieht sich nicht nur auf die ausdrückliche Nennung von Markennamen, sondern umfasst auch die Vorgabe bestimmter Produktionsweisen oder Eigenschaften, die nur von einem bestimmten Bieter erfüllt werden können. Ebenfalls verboten ist es, bestimmte Lösungsmöglichkeiten oder Produkteigenschaften auszuschließen.

Eine Abweichung von diesem Grundsatz ist nur in zwei Fällen möglich. Der erste liegt vor, wenn aus bestimmten Gründen ein bestimmtes Fabrikat beschafft werden muss. Eine solche besondere Zwangssituation wird sich vor allem bei technischen Produkten, die eine bestimmte Kompatibilität aufweisen müssen, ergeben. Dies kann beispielsweise bei technisch anspruchsvollen Komponenten der IT-Hardware der Fall

sein. Im Hinblick auf Nachhaltigkeitsaspekte ist davon auszugehen, dass eine solche eher selten vorliegen dürfte.

Zweiter möglicher Grund für eine Abweichung vom Grundsatz der produktneutralen Ausschreibung ist die Unmöglichkeit, die Eigenschaften des Produktes anders zu beschreiben, insbesondere wenn ein Markenname synonym für bestimmte notwendige Produkte oder Produkteigenschaften steht. Diese Abweichung erfordert aber stets, dass auch gleichwertige Produkte zugelassen werden, was in der Praxis durch den Zusatz „oder gleichwertig“ ausgedrückt wird. Auch dies wird im Bereich der nachhaltigen öffentlichen Beschaffung eher selten der Fall sein. Ein Sonderfall ist hier die Verwendung von Gütezeichen, welcher im Rahmen der Beschreibung und der Nachweisführung von Nachhaltigkeitsaspekten eine herausragende Rolle zukommt (hierzu siehe unten).

4.2.2 Nachweis der Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung

Der öffentliche Auftraggeber legt mit der Leistungsbeschreibung fest, über welche Eigenschaften der Leistungsgegenstand verfügen muss. Hierbei hat er ein weitgehend freies Leistungsbestimmungsrecht

(siehe oben). Aus diesem Recht folgt, dass er stets zu überprüfen berechtigt ist, ob die angebotenen Waren und Dienstleistungen diesen Anforderungen genügen und hierüber auch einen Nachweis verlangen kann.

4.2.2.1 Trennung von Anforderung und Nachweis

Hierbei gilt es stets zu beachten, dass Anforderung und Nachweis getrennt voneinander zu betrachten sind: Der öffentliche Auftraggeber beschafft in aller Regel keine Waren, die über „ein bestimmtes“ Zertifikat verfügen, sondern das Zertifikat ist lediglich ein Nachweis bestimmter Eigenschaften des Produktes. Dementsprechend wäre es unzutreffend in der Leistungsbeschreibung zu verlangen, dass das zu beschaffende Produkt über das „bestimmte Zertifikat“ verfügen muss. Korrekt wäre es hingegen, ein Produkt zu

verlangen, welches über die Eigenschaften (wie z. B. einen bestimmten Energieverbrauch) verfügt, die eine „bestimmte“ Zertifizierung ermöglichen.

Etwas anderes gilt hingegen für die Nachweisführung in diesem Bereich. Es steht dem öffentlichen Auftraggeber im Wesentlichen frei, ob er über die Erfüllung der Anforderungen der Leistungsbeschreibung einen Nachweis verlangt. Dies wird im Hinblick auf die sozial und ökologisch nachhaltige Beschaffung in aller Regel über die Verwendung von Gütezeichen erfolgen.

4.2.2.2 Verwendung von Gütezeichen

Die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, Gütezeichen als Nachweis zu verlangen, ist erstmals in den EU-Richtlinien aus dem Jahr 2014 festgelegt worden. Ihre Umsetzung in nationales Recht erfolgte für den Oberschwellenbereich in § 34 VgV bzw. für den Unterschwellenbereich im wortgleichen § 24 UVgO.

Gütezeichen bieten im Vergleich zu anderen Nachweisen eine vergleichsweise hohe Sicherheit, dass die mit ihnen beschriebenen Eigenschaften eines Produktes tatsächlich vorliegen. Absolute Sicherheit kann aber auch das beste Gütezeichen nicht garantieren. Dies

soll aber kein Argument gegen die Verwendung von Gütezeichen im Vergabeverfahren oder die nachhaltige Beschaffung insgesamt sein, sondern verdeutlicht lediglich, dass es sich beim Großteil der im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffenen Entscheidungen um Prognoseentscheidungen handelt. Umso wichtiger ist es, diese Entscheidungen, z. B. mittels der Verwendung von Gütezeichen, auf eine solide Entscheidungsbasis zu stellen.

Für eine erste Einordnung der in diesem Bereich existierenden Gütezeichen kann die nachfolgende Tabelle herangezogen werden:







						
Name	Blauer Engel	Epeat	EU-Ecolabel	Nordic Ecolabel	TCO	TÜV Rheinland Green Product
Soziale Nachhaltigkeit	Nein	Nein	Ja	Nein	Ja	Nein
Ökologische Nachhaltigkeit	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja	Ja

Tabelle 1: Überblick über bestehende Gütezeichen

Die vorstehende Auswahl zeigt bereits deutlich, dass im Hinblick auf die ökologische Nachhaltigkeit der Markt bereits weiter ist als bei der sozialen Nachhaltigkeit. Eine detaillierte Auswertung aller im Bereich der IT-Hardware verfügbaren Gütezeichen enthält der

von der Deutschen Gesellschaft für internationale Zusammenarbeit (GIZ) sowie der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt (SKEW) herausgegebene „Kompass Nachhaltigkeit“.

4.2.2.2.1 Verwendung von Gütezeichen zur Beschreibung der Anforderungen und zum Nachweis der Erfüllung von Anforderungen

Gütezeichen können auf zwei Arten in das Vergabeverfahren eingeführt werden. Zum einen können sie genutzt werden, um zu beschreiben, welche Anforderungen an den Leistungsgegenstand gestellt werden. Sie haben in diesem Zusammenhang eine rein beschreibende (sprich: deskriptive) Funktion. Diese Verwendung wurde in der Vergangenheit durch die Rechtsprechung des EuGHs in der Sache "Max Havelaar"¹ mit Verweis auf die Grundsätze der Transparenz und der Produktneutralität noch abgelehnt: Nach diesem Urteil war es intransparent (und damit vergaberechtswidrig) pauschal auf Gütezeichen zu verweisen, ohne die diesen zugrundeliegenden Kriterien zu benennen.

Genau dies wird jetzt aber durch § 34 VgV bzw. Art.43 RL 2014/24/EU in Verbindung mit Erwägungsgrund 75 ausdrücklich erlaubt.

Dies ist deutlich praxistauglicher, denn die deskriptive Verwendung von Gütezeichen ist geeignet, die Beschreibung der Anforderungen an den Leistungsgegenstand für öffentliche Auftraggeber wie für Bieter zu erleichtern.

Daneben ist es aber auch möglich, die Vorlage von Gütezeichen als Nachweis (evidente Verwendung) bestimmter Eigenschaften des Produktes zu verlangen. Beide Verwendungsmöglichkeiten sind auch miteinander kombinierbar. Eine Formulierung für die deskriptive Verwendung könnte z. B. lauten:

Das angebotene Produkt muss sämtliche Anforderungen erfüllen, die zur Erteilung des [TCO-Labels] erforderlich sind.

Eine Formulierung für die evidente Verwendung von Gütezeichen könnte z. B. wie folgt aussehen:

Über die Erfüllung der im Leistungsverzeichnis genannten Standards ist mit dem Angebot ² ein Nachweis in Form des [TCO-Labels] oder eines anderen Gütezeichens, welches gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellt, abzugeben.

¹ EuGH, Urteil v. 10.05.2012, C-368/10, "Max Havelaar"

² Je nach Leistungsgegenstand kann auch ein anderer Zeitpunkt der Vorlage (z. B. vor Leistungsbeginn) sinnvoll sein.

4.2.2.2 Auswahl der Gütezeichen

Ungeachtet der grundsätzlich zulässigen Verwendung von Gütezeichen im Rahmen von Vergabeverfahren (siehe oben) werden an ihre Verwendung vergleichsweise hohe Anforderungen gestellt:

Gemäß § 34 Abs.2 VgV müssen Gütezeichen alle folgenden Anforderungen erfüllen, um im Rahmen eines Vergabeverfahrens als Nachweis zugelassen zu sein:

- Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung.
- Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien.
- Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können.
- Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.
- Die Anforderungen wurden von einer/m Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Diese Anforderungen werden nicht von jedem Gütezeichen aus dem Bereich der sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit erfüllt. Eine Übersicht, ob ein Gütezeichen diese Anforderungen erfüllt, ist im Kompass Nachhaltigkeit³ enthalten. Besondere Vorsicht ist in diesem Zusammenhang bei Gütezeichen geboten, deren Erteilung keinem besonderen Prüfungsprozess unterliegt, sondern die von den Herstellern selbst vergeben werden. Hier ist insbesondere das Siegel „Energy Star“ hervor zu heben, das von jedem Hersteller verwendet werden kann, der glaubt, dass sein Produkt die Anforderungen dieses Labels erfüllt. Dies wird in aller Regel den oben genannten Anforderungen an Gütezeichen nicht genügen. Vielmehr handelt es sich hierbei bei näherer Betrachtung um eine Eigenerklärung des Herstellers.

³ <https://www.kompass-nachhaltigkeit.de/>

4.2.2.2.3 Nachweis der Gleichwertigkeit bei fehlendem Gütezeichen

Bei der Verwendung von Gütezeichen im Rahmen von Vergabeverfahren sind gleichwertige Nachweise grundsätzlich zuzulassen.

Dabei definiert das Gesetz nicht, wann ein Nachweis als gleichwertig gilt. Da der öffentliche Auftraggeber in der Regel nicht voraussehen kann, welche Nachweise potenzielle Bieter vorlegen werden, ist es Pflicht der Bieter, den Nachweis der Gleichwertigkeit zu erbringen. Dennoch ist es dem öffentlichen Auftraggeber zu empfehlen, einzelne Rahmenbedingungen für gleichwertige Nachweise festzulegen, um späteren Streit hierüber zu vermeiden. Dabei bedeutet Gleichwertigkeit jedoch nicht, dass der Nachweis mit dem geforderten Gütezeichen identisch sein muss. Es ist

aber zu empfehlen, dass zumindest der „Kernbereich“ eines Gütezeichens auch in einem Nachweis enthalten ist, der als gleichwertig gilt, da anderenfalls ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz möglich wäre. Darüber hinaus besteht die Pflicht, andere Nachweise anzuerkennen, wenn ein Unternehmen aus Gründen, die ihm nicht zugerechnet werden können, nachweislich keine Möglichkeit hatte, das vom öffentlichen Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb einer einschlägigen Frist zu erlangen. Auch hier gilt aber, dass die Belege, die Bieter in diesem Fall vorlegen, ebenfalls den Anforderungen des Gütezeichens oder den vom öffentlichen Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen entsprechen müssen.

4.3 Eignungskriterien

Im Rahmen der Eignungskriterien legt der öffentliche Auftraggeber fest, was die Anforderungen sind, die ein Bewerber oder Bieter erfüllen muss, damit das Angebot bewertet wird.

Dabei handelt es sich um weitestgehend bieterbezogene Kriterien. Das Angebot wird hingegen nicht in die Beurteilung der Eignung der Bieter mit einbezogen. Die Eignungskriterien sind meist Mindestanforderungen. Dies bedeutet, dass eine Unterschreitung zum Ausschluss der Bewerber oder Bieter aus dem weiteren Verfahren führt und eine Überschreitung für ihn keinen Vorteil bringt.

Anders ist dies bei den Verfahrensarten, bei denen ein Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird. Zwar definiert der öffentliche Auftraggeber auch hier

Mindestanforderungen, die alle Bewerber erfüllen müssen. Er muss darüber hinaus aber auch Kriterien festlegen, nach denen er die am besten geeigneten Bewerber auswählt. Mithilfe dieser Auswahlkriterien kann er steuern, welche Bewerber später zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

Bei allen Eignungsanforderungen sind die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze zu beachten. Aus dem Transparenzgrundsatz folgt dabei, dass nicht einfach nur der Eignungsnachweis als solcher benannt wird („die Bieter müssen 3 Referenzen vorlegen“), sondern auch die zugrundeliegende Anforderung („Die Referenz darf nicht älter als 3 Jahre sein und muss die Lieferung von IT-Hardware im Auftragswert von mindestens 10.000 € umfassen“).

4.4 Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien entscheiden schlussendlich, welches Angebot als das wirtschaftlichste anzusehen ist und damit, welcher Bieter am Ende den Auftrag erhält. Hierzu kann der öffentliche Auftraggeber (neben dem Preis) eine Vielzahl von Kriterien heranziehen. So werden z. B. in § 58 Abs. 2 S. 2 VgV ausdrücklich „qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien“ sowie „Vertriebs- und Handelsbedingungen“ genannt.

Dies zeigt, dass eine sozial und/oder ökologisch nachhaltige Beschaffung auch in die Zuschlagskriterien einfließen darf. Eingeschränkt wird dies lediglich durch die Pflicht, dass Zuschlagskriterien mit dem Leistungsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Dabei wird derselbe Maßstab angelegt wie bei der Leistungsbeschreibung (siehe oben).

Als Zuschlagskriterien im Hinblick auf soziale Nachhaltigkeitsaspekte (insbesondere außerhalb von bestehenden Gütezeichensystemen) besteht auch die Möglichkeit, konkrete Maßnahmen des Bieters zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen bei dem zu beschaffenden Produkt zu bewerten. Hier sind beispielsweise folgende Maßnahmen denkbar:

- angemessene Arbeitszeiten (ILO-Konvention 1),
- sichere und gesunde Arbeitsbedingungen (ILO-Konvention 155),
- formalisierte Arbeitsbedingungen

Wichtig ist hier aber die Berücksichtigung des Transparenzgrundsatzes. Dies bedeutet, dass die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung vorab festzulegen sind.

In diesem Zusammenhang stets zu beachten ist jedoch die strenge Trennung zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien. Das Angebot eines Bieters wird also nicht besser bewertet, weil der Bieter als besonders geeignet gilt. Eine teilweise Durchbrechung erfährt dieser Grundsatz nur bei bestimmten Leistungen⁴. Diese werden im Bereich der öko-fairen Beschaffung aber nur selten vorliegen, weshalb hierauf nicht näher eingegangen wird.

Immer wieder umstritten ist die Frage, welche Gewichtung dem Preis bzw. der Nachhaltigkeit zukommen sollte. Grundsätzlich ist der Preis aufgrund der Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur sparsamen und wirtschaftlichen Haushaltsführung niemals gleichgültig. Jedoch haben sich auch die Landesrechnungshöfe, die für die Kontrolle der Einhaltung dieser Pflichten zuständig sind, im Oktober 2018 in der sogenannten Bonner Erklärung zu der Einhaltung der Agenda 2030 der Vereinten Nationen bekannt (<https://www.bundesrechnungshof.de/de/zusammenarbeit/landesrechnungshoefe/bonnererklaerung-zur-nachhaltigkeit>).

Es erscheint daher nicht abwegig, dem Preis in Einzelfällen auch eine niedrigere Gewichtung (z. B. 20 %) zuzuweisen. In geeigneten Fällen ist es nach § 58 Abs. 2 S. 3 VgV sogar möglich, Festpreise vorzugeben. Die Frage, wie die Kriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens gewichtet werden sollten, hängt daher in erster Linie davon ab, welche und wie viele Kriterien neben dem Preis noch berücksichtigt werden sollen (z. B. qualitative Kriterien) und welches Niveau der Nachhaltigkeit bereits durch die Leistungsbeschreibung vorgegeben ist.

4 Vgl. hierzu § 58 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 VgV

4.5 Besondere Ausführungsbedingungen

Zuletzt besteht noch die Möglichkeit, mit den Ausführungsbedingungen für den jeweiligen Auftrag Aspekte der Nachhaltigkeit im Vergabeverfahren zu verankern. Das Recht des öffentlichen Auftraggebers hierzu ergibt sich für den Oberschwellenbereich aus § 128 Abs. 2 GWB. Danach können Ausführungsbedingungen

„insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange [...] umfassen“.

Voraussetzung ist auch hier, dass die Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und die Vorgabe verhältnismäßig sein muss.

Zu diesem Zweck ist es wie auch schon bei der Leistungsbeschreibung und den Zuschlagskriterien möglich, bei der Vorgabe und Kontrolle von Auftragsausführungsbedingungen auf Gütezeichen zurückzugreifen⁵.

In der Wirkung sind die Vorgaben besonderer Ausführungsbedingungen mit denen der Leistungsbeschreibung vergleichbar, da diese von allen Angeboten gleichermaßen erfüllt werden müssen, um in der Wertung zu verbleiben. Auch bei den möglichen Inhalten existieren nahezu dieselben Möglichkeiten wie für die Leistungsbeschreibung. Der Unterschied besteht jedoch darin, dass sich Ausführungsbedingungen nicht auf den Leistungsgegenstand als solchen (also die zu beschaffende Ware oder Dienstleistung) beziehen, sondern an die Ausführung des Auftrags anknüpfen. Hier besteht zum Beispiel die Möglichkeit (bei der Beschaffung einer Dienstleistung) zu fordern, dass diese nicht mit Waren ausgeführt wird, die unter Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt oder gewonnen wurden. Da es dem Landesgesetzgeber aufgrund der Beschaffungsautonomie des öffentlichen Auftraggebers verwehrt ist, direkte Vorgaben für den Leistungsgegenstand zu machen, führen die meisten Landesvergabegesetze ihre Vorgaben über besondere Ausführungsbedingungen nach § 129 GWB ein.

⁵ Vgl. § 61 VgV

Links und Beratungsangebote

Servicestelle Kommunen in der Einen Welt (SKEW) von Engagement Global

<http://skew.engagement-global.de/fairer-handel-und-faire-beschaffung.html>

Die Servicestelle bietet für Kommunen u. a. eine kostenlose Rechtsberatung zur rechtskonformen Einbindung sozialer Vergabekriterien, ein bundesweites Netz Faire Beschaffung, den Kompass Nachhaltigkeit und den Verleih von Anschauungsmaterial für die faire Beschaffung an.

Kompass Nachhaltigkeit

<http://www.kompass-nachhaltigkeit.de>

Der Kompass Nachhaltigkeit informiert BeschafferInnen aus Kommunen, Ländern und Bund über Möglichkeiten zur Berücksichtigung nachhaltiger, sozialer und ökologischer Kriterien bei der Auftragsvergabe. Unter anderem sind dort zahlreiche kommunale Praxisbeispiele sowie der „Gütezeichenfinder“ zum Filtern und Vergleichen von Gütezeichen zu finden. Der Kompass ist ein Kooperationsprojekt der Servicestelle Kommunen in der Einen Welt (SKEW) und der Deutschen Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) im Auftrag des Bundesministeriums für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung.

Entwicklungspolitisches Netzwerk Sachsen (ENS)

<http://www.einewelt-sachsen.de>

Faires Sachsen-Anhalt

<http://www.faires-sachsen-anhalt.de/fairer-handel-und-faire-beschaffung/>

Thüringer Beschaffungsallianz

<http://www.nachhaltige-beschaffung-thueringen.de/home/>

Informationsplattform des Umweltbundesamtes (UBA)

<http://www.beschaffung-info.de>

Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung (KNB) - Beschaffungsamt des Bundesministeriums des Innern

<http://www.nachhaltige-beschaffung.info>

