

LWL-Vergabetag 2016

Recht – Strategie – Nachhaltige Beschaffung
Impulse für die eigene Einkaufspraxis

06.07.2016 | LWL-Landeshaus | Münster

Inhaltsverzeichnis

Ein paar Worte vorab	5
Jörg Meyer (LWL, Leiter Zentrale Dienste & Einkaufskoordination)	
Grußwort	6
Dr. Georg Lunemann (Erster Landesrat und Kämmerer)	
Das neue Vergaberecht – eine Bewertung aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände	8
Barbara Meißner (Deutscher Städtetag, Köln)	
Unterschwellenvergaben – Wie ist der Stand?	12
Sabine Kämpfer-Hartmann (Wirtschaftsministerium NRW, Düsseldorf)	
Nachhaltige Beschaffung, Teil 1:	16
Soziale Aspekte in der Beschaffung – Möglichkeiten der Privilegierung von WfbM und Integrationsprojekten am Beispiel des LWL	
Oliver Fuhrmann (LWL, Zentrale Dienste & Einkaufskoordination)	
Nachhaltige Beschaffung, Teil 2:	20
Ökonomie & Ökologie bei der Beschaffung – am Beispiel der LWL-Kliniken Münster und Lengerich	
Thomas Voß (Stv. Kaufmännischer Direktor der LWL-Kliniken Münster und Lengerich)	
E-Vergabe und Datensicherheit	23
Prof. Dr. jur. Christopher Zeiss (Fachhochschule für öffentliche Verwaltung, Bielefeld)	
Der öffentliche Einkauf wird strategisch:	26
Was macht eine wirtschaftliche, nachhaltige und innovative Beschaffung unter Beachtung des Vergaberechts aus?	
Prof. Dr. Michael Eßig (Leiter Forschungszentrum Recht u. Management öffentl. Beschaffung, München)	
Schlussworte	29
Jörg Meyer (LWL, Leiter Zentrale Dienste & Einkaufskoordination)	
Impressionen vom ZEK-Vergabetag 2016	30
Integrationsprojekte in Westfalen-Lippe	31
Zentrale Dienste & Einkaufskoordination des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL)	32

Ein paar Worte vorab

Liebe Kolleginnen und Kollegen,

in Händen halten Sie heute den Fachband zum zweiten Vergabetag, den wir von der Zentralen Einkaufskoordination (ZEK) des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL) im Juli im Landeshaus veranstaltet haben.

Als Vertreter der öffentlichen Hand tragen wir eine besondere Verantwortung gegenüber den Bürgerinnen und Bürgern in Westfalen-Lippe, deren Anliegen wir beim LWL und Sie in Ihren Städten und Kommunen bearbeiten. Angesichts knapper werdender Kassen in der öffentlichen Verwaltung erhöht sich auch der Druck auf alle Beteiligten, möglichst kostengünstig einzukaufen. Rechtssichere und kompetente Einkaufsaktivitäten werden deshalb immer wichtiger.

Sparsam einzukaufen, ohne auf Qualität verzichten zu müssen, setzt wiederum umfangreiches Wissen über aktuelle Entwicklungen auf dem Feld des Zentralen Einkaufs voraus. Gerade bei einem derart komplexen und schnelllebigen Feld wie dem Vergaberecht ist es jedoch schwierig, sich fortlaufend auf dem neuesten fachlichen Stand zu halten. Zudem hängt der Einkauf mit vielen Themen zusammen, etwa Nachhaltigkeit, betriebswirtschaftlichen Aspekten oder technischen Verfahren.

Die Intention des Fachtages war es daher, Ihnen als Vergabefachleute der Kommunen und Städte aktuelle Entwicklungen vorzustellen und Einsichten, Anregungen und neues Wissen zum Themenfeld



Jörg Meyer
Landschaftsverband
Westfalen-Lippe (LWL),
Leiter Zentrale Dienste &
Einkaufskoordination

des Einkaufs mitzugeben. Ich hoffe, Sie bekommen dadurch möglichst viele Impulse für Ihre eigene Arbeit.

Und da umfangreiches rechtliches und theoretisches Wissen zwar wichtig ist, die praktischen Erfahrungen, die wir alle täglich machen, jedoch nicht ersetzen kann, möchten wir Ihnen mit dem Vergabetag eine Plattform zur Vernetzung geben. Es muss und kann nicht jeder das Rad neu erfinden – der Austausch mit Kolleginnen und Kollegen bietet deshalb eine gute Möglichkeit, von den Erfahrungen und dem Wissen anderer Fachleute zu profitieren, miteinander zu kooperieren und dadurch letztlich die eigene Arbeit noch ein Stück besser zu machen.

Ich wünsche Ihnen wertvolle Erkenntnisse und eine interessante Lektüre

Jörg Meyer
(LWL, Leiter Zentrale Dienste & Einkaufskoordination)

Grußwort

Sehr geehrte Damen und Herren,

als Erster Landesrat bin ich für Finanzen, Personal, IT und Organisation zuständig – und damit auch für die ZEK, unsere „Zentrale Einkaufskoordination“. Ein Aufgabenbereich, der mich bereits seit vielen Jahren begleitet, nicht zuletzt auch in meiner Funktion als Stadtkämmerer in Gelsenkirchen.

Die stetige Weiterentwicklung von Gesetzen und Verordnungen, aber auch die richtige Organisation des Einkaufs innerhalb der Verwaltung oder innerhalb des gesamten „Konzerns Kommune“ haben mich dabei regelmäßig beschäftigt.

Hier beim LWL sind die Produkte der Zentralen Einkaufskoordination bereits seit Jahren im gesamten Verband verfügbar. Das heißt, die ZEK ist nicht nur für die klassischen Verwaltungsbereiche hier in Münster zuständig, sondern für alle über 200 Einrichtungen und Außenstellen in Westfalen-Lippe: Von der Wohngruppe in Marl bis zum Preußenmuseum in Minden. Dazu gehören vor allem unsere 21 Kliniken, 35 Förderschulen sowie 17 Museen.

Eine rechtssichere, kompetente und wirtschaftliche Organisation des Einkaufs ist bei uns von besonderer Bedeutung. Denn als Kämmerer sowohl einer Stärkungspakt-Kommune mit einem Milliardenetat als auch als LWL-Kämmerer mit einem Haushaltsvolumen von mittlerweile rund 3,5 Milliarden Euro bin ich stetig auf der Suche nach Sparmöglichkeiten, um insbesondere die weiter steigenden Sozial- und Jugendhilfekosten zumindest etwas zu kompensieren.

Und da Konsolidierungsprogramme und Sparvorgaben bei öffentlichen Haushalten nach wie vor Hochkonjunktur haben, geht es beim Einkauf auch künftig darum, Prozesse wirtschaftlich zu gestalten, Personal einzusparen und bestmögliche Konditionen zu erzielen.



Dr. Georg Lunemann
Landschaftsverband
Westfalen-Lippe (LWL),
Erster Landesrat und
Kämmerer

Bereits 1997 hat sich der LWL daher entschieden, seine Einkaufsaktivitäten für den gesamten Verband zu bündeln und den „Zentralen Einkauf“ zu gründen. Ein Prozess, der auch bei uns nicht ganz ohne Widerstände war, weil der ein oder andere alte Zopf auch mal gekappt werden musste.

Ziel war es dabei „schmerzfrei zu sparen“, also Aufgaben zu zentralisieren, die

- eine hohe Kompetenz erfordern,
- keine dezentrale Wahrnehmung erfordern und
- gleichzeitig hohe Einsparpotenziale bieten.

Aus diesen Gründen greifen mittlerweile auch einige unserer kommunalen Partner regelmäßig auf unsere Dienstleistungen zurück. So kooperieren wir zum Beispiel mit dem Landschaftsverband Rheinland, fast allen westfälischen Werkstätten für behinderte Menschen, heilpädagogischen Kindertagesstätten oder einigen Städten und Gemeinden.

Angefangen mit rund 30 Verfahren, kümmern sich die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der ZEK mittlerweile jährlich um über 300 Vergabeverfahren für Dienstleistungen und Lieferungen mit einem Vergabevolumen von 160 bis 230 Millionen Euro.

Nicht nur diese Entwicklung bestärkt mich in der Überzeugung, dass Interkommunale Kooperationen große Chancen zur Verbesserung der Prozesse und Bestellkonditionen bieten.

Gerade die rechtlichen Veränderungen der letzten Jahre haben nicht gerade dazu beigetragen, dass das Vergaberecht einfacher wird. Bereits 2013 haben wir zu einem ersten kommunalen Erfahrungsaustausch eingeladen. Damals ging es um die Anforderungen des neuen Tariftreue- und Vergabegesetzes (TVgG) NRW. Thema nun ist die größte Vergaberechtsreform seit mehr als zehn Jahren. Wie Sie alle wissen, sind zum 18.04.2016 umfassende neue Regelungen für die Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte in Kraft getreten. Vergabepraktiker müssen gänzlich umlernen – so wurden unter anderem auch die lang gediente VOL/A und die VOF abgeschafft. Gleichzeitig steht bereits die Neufassung des TVgG–NRW in den Startlöchern. Inhaltlich bedeuten diese Regelungen, dass auf einmal verstärkt Kompetenz aufgebaut werden muss zur Beurteilung umweltbezogener, sozialer und europarechtlicher Aspekte.

All dies führt dazu, dass bereits heute der Verzicht auf eine Zentralisierung entweder nur noch bedingt wirtschaftlich möglich ist oder man Gefahr läuft, nicht mehr rechtssicher zu agieren.

Welche organisatorischen Herausforderungen ergeben sich daraus für den Einkauf? Auch unter dem Aspekt der e-Vergabe?

Auch wenn bei uns im Hause schon viel Kompetenz gebündelt ist, sind wir fest davon überzeugt, dass es nur im Schulterschluss – im Sinne interkommunaler Zusammenarbeit – gelingen kann, den aktuellen und künftigen Herausforderungen im öffentlichen Einkauf erfolgreich zu begegnen.

Ich freue mich, wenn Ihnen die Vorträge Antworten, Ideen und Anregungen für Ihre Einkaufspraxis liefern.



Dr. Georg Lunemann

(LWL Erster Landesrat und Kämmerer)



Barbara Meißner (Deutscher Städtetag, Köln)

Barbara Meißner ist Volljuristin und als Hauptreferentin des Deutschen Städtetags tätig. Hier ist sie u. a. für den Bereich des Vergabewesens zuständig. Darüber hinaus ist sie ehrenamtliche Beisitzerin bei der Vergabekammer Westfalen und Autorin verschiedener Veröffentlichungen im Vergaberecht.

Das neue Vergaberecht – eine Bewertung aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände

Grundsätzlich begrüßen wir vom Deutschen Städtetag eine neue Struktur für die Vergabe von Dienst- und Lieferleistungen, wie sie von den kommunalen Spitzenverbänden gefordert wird. Um das Vergaberecht übersichtlicher und handhabbarer zu gestalten, halten wir es für richtig, die vergaberechtlichen Grundsätze wie etwa unterschiedliche Vergabearten, Ausschlussgründe, Eignungs- oder Zuschlagskriterien für alle Vergaben im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) einheitlich zu regeln. Weiterhin sprechen wir uns dafür aus, sowohl die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A), die das Vergabeverfahren für Dienst- und Lieferleistungen unterhalb der Schwellenwerte regelt, als auch die Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen (VOF) in die Vergabeverordnung (VgV) zu integrieren. Die spezifischen Regeln sollten hier allerdings beibehalten werden.

Abgelehnt wird aber die Fortführung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) oberhalb der Schwellenwerte, da hier nicht alle Regelungen einheitlich sind – Rechtsunsicherheiten wären damit vorprogrammiert, zudem würde die einheitliche Struktur gesprengt.

Die 1:1-Umsetzung der EU-Vergaberichtlinie, wie sie die kommunalen Spitzenverbände gefordert haben, begrüßen wir ebenfalls. Das Bundesministerium für Wirtschaft und Energie (BMWi) hat hier an einigen Stellen verschiedene Gestaltungsoptionen genutzt, zum Beispiel bei Inhouse-Vergaben und Rettungsdienstleistungen. Bei den Inhouse-Vergaben hat es den möglichen Spielraum im Hinblick auf das „Wesentlichkeitskriterium“ erweitert und lässt nunmehr eine „Marktteilnahme“ des beauftragten Unternehmens von 20 Prozent und nicht mehr nur zehn Prozent entsprechend der Forderung der kommunalen Spitzenverbände zu. Bei den Rettungsdienstleistungen hat es den vorhandenen Umsetzungsspielraum nicht genutzt und keine „Vorrangigkeit“ der Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen bei der Vergabe vorgesehen.

Grundsätzlich sollte im Vergaberecht eine Diskrepanz zwischen Ober- und Unterschwellenrecht vermieden werden. Verfahrensflexibilisierungen und –erleichterungen des EU-Vergaberechts sind deshalb auch auf den Unterschwellenbereich zu übertragen. Eine Arbeitsgemeinschaft des BMWi und der Länder hat hierzu bereits erste Vorschläge erarbeitet. Die kommunalen Spitzenverbände fordern in diesem Zusammenhang ein eigenständiges, bundesweit geltendes, schlankes Vergaberecht statt einer 1:1-Umsetzung des EU-Vergaberechts.

Vergaberechtsmodernisierungsgesetz

Im Folgenden möchte ich auf einige Aspekte im Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts eingehen, die aus Sicht des Deutschen Städtetags von besonderer Bedeutung für öffentliche Vergabestellen sind:

Inhouse-Vergaben (§ 108 Abs. 1 GWB)

Bezüglich der Inhouse-Vergaben¹ sieht das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz des Bundes ein Wesentlichkeitskriterium von 80 Prozent statt der bisher üblichen 90 Prozent vor. Ein Unternehmen der öffentlichen Hand ist also noch Inhouse-fähig, wenn es 20 Prozent seines Umsatzes auf dem freien Markt macht – ausgehend vom durchschnittlichen Gesamtumsatz der letzten drei Jahre.

Interkommunale Zusammenarbeit (§ 108 Abs. 6 GWB)

Der Deutsche Städtetag begrüßt die Regelungen zur horizontalen und interkommunalen Zusammenarbeit. Allerdings ist nach Wortlaut und Gesetzesbegründung unklar, ob die Ausschreibungsfreiheit von einer bestimmten Rechtsform der Zusammenarbeit abhängig ist. Nach Verständnis und Forderung der kommunalen Spitzenverbände sollte diese unabhängig von der Rechtsform sein. Aus der einschlägigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes ist ebenfalls keine andere Wertung zu entnehmen.

Bereichsausnahme Rettungsdienste (§ 107 Nr. 4 GWB)

Die Herausnahme der Rettungsdienste von der Ausschreibungspflicht war insbesondere für den Deutschen Landkreistag – der kommunale Spitzenverband, in dem die Landkreise Mitglieder sind – von herausragender Bedeutung. Auf europäischer Ebene konnte bereits 2014 eine solche Bereichsausnahme für die Vergabe bestimmter Rettungsdienstleistungen verankert werden. Entsprechend dieser Ausnahme forderten die kommunalen Spitzenverbände deshalb eine Gesetzesregelung, die explizit vorrangige und direkte Rettungsdienstvergaben an die anerkannten Zivil- und Katastrophenschutzorganisationen vom Vergaberecht freistellt.

Die Bundesregierung hat diesem Wunsch im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) jedoch nur eingeschränkt entsprochen. Wenn sich der öffentliche Auftraggeber zur Vergabe an diese Organisationen entschließt, soll sie zwar ausschreibungsfrei möglich sein. Eine „vorrangige“ Vergabe an diese Organisationen ist aber nicht möglich. Insofern muss der öffentliche Auftraggeber seine Vergabe an diese Organisationen immer begründen.

Vergabe von sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen (§ 130 GWB bzw. § 153 GWB)

Das GWB schöpft an dieser Stelle die durch die EU-Vergaberechtlinie eröffneten Handlungsspielräume nicht aus: Die EU-Vergaberichtlinie von 2014 verpflichtet öffentliche Auftraggeber, im Vergabeverfahren die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung einzuhalten und Ausschreibungen sowohl vor (ex-ante) als auch nach (ex-post) der Vergabe öffentlich zu machen. Das GWB hingegen regelt zwar die freie Verfahrenswahl zwischen dem offenen und dem nichtoffenen Verfahren, dem Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb, dem wettbewerblichen Dialog und der Innovationspartnerschaft. Es fordert aber damit die Anwendung der Vergabeverfahren. Das sieht die EU-Richtlinie nicht vor.

Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte (§ 97 Abs. 3 GWB)

Die kommunalen Spitzenverbände begrüßen, dass es bei einer Option zur Berücksichtigung ökologischer und sozialer Aspekte geblieben ist, statt diese verpflichtend einzuführen. Durch die Berücksichtigung in allen Prozessphasen werden diese Aspekte stärker verankert. Kritisiert wurde allerdings die Beibehaltung der sogenannten „Länderöffnungsklausel“ (§ 129 GWB): Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber dem beauftragten Unternehmen verbindlich vorgeben muss, dürfen demnach nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden. Wir befürchten, dass es dadurch bei einer Zersplitterung der Vergabelandschaft bei den nationalen Vergaben bleiben wird.

¹ Also Vergaben öffentlicher Auftraggeber an rechtlich zwar selbstständige Dritte, die aber vom jeweiligen öffentlichen Auftraggeber selbst kontrolliert werden.

Personalübergang bei Vergabe von Nahverkehrsleistungen (§ 131 Abs. 3 GWB)

Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, bei Nahverkehrsleistungen einen Personalübergang vom alten auf den neuen Betreiber anzuordnen. Der Bundesrat hat vorgeschlagen, diese Vorgabe auch auf die ÖPNV-Vorgaben zu erstrecken. Die kommunalen Spitzenverbände lehnten diese Forderung jedoch ab. Eine derartige Regelung hätte aus unserer Sicht erhebliche praktische Schwierigkeiten und Rechtsunsicherheiten geschaffen.

Ausnahme von Wasserkonzessionen (§ 149 Nr. 9 GWB)

Die Regelung setzt eine Ausnahme für Konzessionen im Bereich der Trinkwasserversorgung nach Artikel 12 der Richtlinie über die Konzessionsvergabe um. Allerdings erfolgt dadurch keine Freistellung vom sogenannten Vergabeprimärrecht. Die kommunalen Spitzenverbände forderten daher – leider erfolglos – eine Klarstellung im Gesetzeswortlaut dahingehend, dass Ausnahmen des § 108 GWB sowie die besonderen Sektorausnahmen auch bei Vergabeverfahren gelten, die Grundsätzen des Europäischen Primärrechts folgen. Dieses ist nicht erfolgt. Insofern bedarf es auch bei der Vergabe von Wasserkonzessionen eines transparenten Verfahrens, welches allerdings nicht den Vorschriften des Vergaberechts und der Konzessionsvergabe unterliegt und damit freier gestaltet werden kann.

Grundsatz der elektronischen Kommunikation (§ 97 Abs. 5 GWB)

Elektronische Kommunikation heißt in diesem Zusammenhang noch bis Oktober 2018, dass öffentliche Auftraggeber lediglich die Auftragsbekanntmachung und die Vergabeunterlagen elektronisch zur Verfügung stellen müssen. In dieser Form begrüßen wir die elektronische Kommunikation. Voraussetzung für die breite Anwendung ist allerdings die Kompatibilität verschiedener e-Vergabe- und Bedienkonzept-Systeme. Im Vordergrund muss die Handhabbarkeit stehen. Eine parallele Durchführung elektronischer und papiergebundener Verfahren sollte deshalb nicht erfolgen. Zudem muss gewährleistet werden, dass kleine und mittelständische Bieter durch die neue Kommunikationsart nicht von Verfahren ausgeschlossen werden. Wir

haben daher Übergangsfristen gefordert, die allerdings nicht gewährt wurden.

Statistik-Verpflichtungen

Die kommunalen Spitzenverbände haben eine Verpflichtung der Auftraggeber abgelehnt, umfangreiche statistische Daten zu Vergaben sowohl unter- als auch oberhalb der EU-Schwellenwerte erheben zu müssen. Oberhalb der Schwellenwerte existieren bereits gewisse Meldepflichten. Unterhalb dieser Werte, so unsere Befürchtung, wird in den Vergabestellen allerdings ein erheblicher Aufwand entstehen, da häufig noch gar nicht klar ist, wie diese Erhebungen durchgeführt werden können bzw. weil zentrale Stellen fehlen. Noch ist also nicht geklärt, wie die Erfassung unterhalb der EU-Schwellenwerte zu erfolgen hat – auch hier fordern wir daher eine Übergangsfrist.

Vergaberechtsmodernisierungsverordnung

Aus Sicht der kommunalen Spitzenverbände ergaben sich für die Konzeption der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts drei wichtige Punkte:

Regelungsgleicher Inhalt der EU-Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A-EU) und der Vergabeverordnung (VgV)

Die separate Beibehaltung der VOB/A neben der VgV ist für uns nicht nachvollziehbar. Nicht nur sind beide Verordnungen nicht regelungsgleich, an zwei Stellen – nämlich der Nachforderung von Unterlagen (§ 16a EU-VOB/A bzw. § 56 Abs. 2 VgV) und der Wertung von Nebenangeboten – enthalten sie zudem noch abweichende Regelungen bei gleichen Sachverhalten.

Schätzung des Auftragswertes (§ 3 VgV)

Im Referentenentwurf zur Vergabeverordnung wurde bei der Addition des Auftragswertes lediglich von einem funktionalen Zusammenhang der Leistungen ausgegangen. Das hätte bedeutet, dass die Honorare sämtlicher Planungsleistungen für ein Bauvorhaben bei der Auftragswertberechnung hätten zusammengezählt werden müssen und damit europaweit hätten ausgeschrieben werden müssen, obgleich das Bauvorhaben nur national

auszuschreiben gewesen wäre. Die kommunalen Spitzenverbände haben in diesem Punkt mit Erfolg die Beibehaltung der alten Regelung gefordert. Damit sind die einzelnen Architekten- und Ingenieurleistungen wieder gesondert zu betrachten.

Planungswettbewerbe

Der Referentenentwurf sah vor, dass öffentliche Auftraggeber prüfen und dokumentieren müssten, ob und inwiefern die Durchführung eines Planungswettbewerbs bei Aufgabenstellungen im Hoch-, Städte- und Brückenbau zur Vorbereitung einer Vergabe geeignet sei. Man hätte also gegebenenfalls dokumentieren müssen, warum man vor einer Auftragsvergabe keinen Planungswettbewerb durchführt. Die kommunalen Spitzenverbände haben diese Regelung abgelehnt, da sie einer Verpflichtung zur Durchführung von Planungswett-

bewerben gleichgekommen wäre. Letztlich wurde die Regelung nun zumindest abgeschwächt: Der öffentliche Auftraggeber muss in Zukunft prüfen, ob ein Planungswettbewerb erfolgen soll. Nach unserer Auffassung ändert das allerdings nichts an der Rechtfertigungspflicht, die wir in diesem Punkt kritisieren.

Natürlich existiert noch eine Reihe weiterer Punkte, bei der nach Meinung des Deutschen Städtetags sowie der anderen kommunalen Spitzenverbände Verbesserungsbedarf besteht. Die Vergaberechtsnovelle ist für uns ein Schritt in die richtige Richtung – bahnbrechende Änderungen enthält sie jedoch nicht. Inwiefern die Novelle praktikabel und für Vergabefachleute tatsächlich besser handhabbar und übersichtlicher ist als das alte Recht, wird die Zukunft zeigen.



Sabine Kämpfer-Hartmann (Wirtschaftsministerium NRW, Köln)

Als gelernte Juristin ist Sabine Kämpfer-Hartmann seit über 20 Jahren im Wirtschaftsministerium des Landes Nordrhein-Westfalen tätig. Seit fünf Jahren ist sie Referentin des Referats „Vergaberecht, Zentrale Vergabestelle, Prüfbehörde TVgG NRW, Preisbildung“. Zu ihrem Aufgabenbereich gehört vor allem die vergaberechtliche Begleitung von nationalen und europaweiten Ausschreibungsverfahren des Ministeriums. Kämpfer-Hartmann ist außerdem Mitglied eines Bund-Länder-Kreises, der sich auf Arbeitsebene mit dem künftigen Unterschwellenvergaberecht beschäftigt.

Unterschwellenvergaben – Wie ist der Stand?

Neueste Zahlen der Generaldirektion Binnenmarkt verdeutlichen die Bedeutung des europäischen Beschaffungsmarktes. So wurden 2014 öffentliche Beschaffungen im Umfang von 1.931,5 Milliarden Euro getätigt – das entspricht rund 13 Prozent des Bruttoinlandsproduktes der EU. In Deutschland wurden im gleichen Jahr öffentliche Aufträge im Wert von insgesamt rund 300 Milliarden Euro vergeben. Schätzungsweise mindestens 90 Prozent dieser Aufträge entfallen auf Unterschwellenvergaben. Dies zeigt die große Bedeutung des künftigen Unterschwellenverfahrensrechts.

Das neue Oberschwellenvergaberecht

Bevor ich mich dem Unterschwellenbereich zuwende, möchte ich kurz auf das neue Oberschwellenvergaberecht eingehen. Ein wesentliches Ziel der Gesetzesnovellierung war die Umsetzung der EU-Richtlinien in deutsches Recht, möglichst 1:1. Außerdem sollten Struktur und Inhalt des deutschen Vergaberechts einfacher und anwenderfreundlicher werden, vor allem durch effizientere, einfachere und flexiblere Vergabeverfahren, etwa durch eine vermehrt elektronische Kommunikation, neue Beschaffungsmethoden oder die Beseitigung von Rechtsunsicherheiten. Gleichzeitig sollten aber auch strategische Ziele – vor allem soziale, ökologische und innovative Aspekte – gestärkt werden.

Auswirkungen auf den Unterschwellenbereich

Die Reform des Oberschwellenvergaberechts diene ausschließlich der Richtlinienumsetzung und macht keinerlei Vorgaben für das Unterschwellenrecht. Die neuen Regelungen im Oberschwellenbereich haben also keine direkten Auswirkungen für die Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte. Vielmehr gelten hier nach wie vor Haushaltsrecht und die jeweils ersten Abschnitte der VOL/A und der VOB/A. Auch wenn die durch die neuen Vergaberegeln im Oberschwellenbereich getroffenen Änderungen das Unterschwellenvergaberecht nicht unmittelbar betreffen, besteht aber natürlich eine Art Ausstrahlungseffekt auf den Unterschwellenbereich – insbesondere dort, wo die Neuregelungen als Vereinfachung und Erleichterung wahrgenommen werden. Hier ist der Wunsch nach Geltung dieser Erleichterungen auch im Unterschwellenbereich naheliegend. Zur Erfüllung dieses Wunsches bedarf es jedoch in jedem Fall einer Anpassung des Unterschwellenrechts. Es ist nämlich nicht möglich, heute schon im Wege eines „Erst-Recht-Schlusses“ von der Geltung der Oberschwellenerleichterungen auch im Unterschwellenbereich auszugehen.

Novelle Unterschwellenverfahrensrecht

Stand der politischen Überlegungen

Länderübergreifende politische Verabredungen wurden noch nicht getroffen. Zum jetzigen Zeitpunkt gibt es lediglich auf Arbeitsebene einen Gedankenaustausch zwischen Bund und Ländern. Verbindliche Aussagen zum künftigen Unterschwellenrecht können deshalb an dieser Stelle nicht getroffen werden. Was aber wohl gesagt werden kann ist, dass Einigkeit darüber besteht, dass es einen bundeseinheitlichen Regelungsrahmen für ein einheitliches Unterschwellenvergaberecht geben muss. Die Einbeziehung der Bauvergaben in dieses Regelwerk ist dabei eher unrealistisch, da sie bereits im Oberschwellenrecht nicht gelungen ist.

Für Bauvergaben gilt: Die Allgemeinen Bestimmungen für die Vergabe von Bauleistungen (VOB/A) wurden durch den Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) überarbeitet und gelten seit dem 18.4.2016. In NRW ist diese neue Fassung seitdem anzuwenden. Die Struktur der VOB/A 2012 wurde dabei grundsätzlich beibehalten. Soweit möglich, finden sich die einzelnen Regelungen auch in der aktuellen Version unter der gleichen Paragraphen-Nummer. Eine Neuerung ist die Einfügung eigenständiger Paragraphen anstelle der bisherigen Zwischenüberschriften. Weitere Änderungen der VOB/A (1. Abschnitt) sind bereits in Arbeit. Sämtliche Änderungen werden in einer für Oktober 2016 geplanten VOB-Gesamtausgabe zu finden sein.

Forderungen der Kommunalen Spitzenverbände

Wunsch der Kommunalen Spitzenverbände (KSV) ist die zeitnahe Schaffung eines neuen Verfahrensrechts für die Unterschwelle. Darin sollen nicht zuletzt Erleichterungen aus dem Oberschwellenrecht verankert werden, etwa die Wahlfreiheit zwischen Öffentlicher und Beschränkter Ausschreibung. Eine 1:1-Übertragung des Oberschwellenvergaberechts auf den Bereich der Unterschwelle ist jedoch nicht gewünscht. Vielmehr sollen bisherige erleichternde Regelungen auch dann beibehalten werden, wenn sie nicht in der Oberschwelle gelten.

Rechtlicher Rahmen

Bei der Diskussion um ein neues bundeseinheitliches Verfahrensrecht unterhalb der Schwellenwerte stellt sich die Frage nach der Erarbeitungscompetenz. Für die Oberschwelle hat bekanntermaßen der Bund die Gesetzgebungskompetenz². Die Einbeziehung der Länder erfolgt hier über den Bundesrat. Im Unterschwellenbereich hingegen liegt die Kompetenz zum Erlass vergaberechtlicher Regelungen als Teil des Haushaltsrechts bei den einzelnen Bundesländern. Der Bund kann also von sich aus keine bundeseinheitlichen Regelungen erlassen. Vielmehr müssen diese im Konsens mit den Ländern erarbeitet und dann im jeweiligen Land zur Anwendung gebracht werden.

Ziel der Novelle aus NRW-Sicht

Wir halten die Schaffung eines bundeseinheitlichen Regelungsrahmens für Liefer- und Dienstleistungen auch im Unterschwellenbereich in größtmöglichem Umfang für nötig. Die politischen Schwerpunktsetzungen der Länder im Rahmen der Landesvergabegesetze sowie Unterschiede bei den Wertgrenzen werden jedoch erhalten bleiben. Aus Sicht des Wirtschaftsministeriums NRW sollten die im Oberschwellenrecht enthaltenen Erleichterungen auf den Unterschwellenbereich übertragen werden – bei gleichzeitiger Beibehaltung bisheriger erleichternder Regelungen, die so nicht in der Oberschwelle gelten.

Nach Möglichkeit sollen Struktur und Inhalt des neuen Unterschwellenverfahrensrechts möglichst einfach und anwenderfreundlich gestaltet werden. Deshalb sollte nach hiesiger Ansicht auf einige sehr komplexe und schwer verständliche Regelungen des Oberschwellenbereiches verzichtet werden. Zumindest aber sollten sie deutlich gekürzt werden. Letztlich soll die Novelle auch in Zukunft eine wirtschaftliche Beschaffung durch Wettbewerb, Transparenz und Nichtdiskriminierung sicherstellen. Noch nicht endgültig entschieden ist die hiesige Position zur Frage einer verpflichtenden E-Vergabe im Unterschwellenbereich.

Sieht man sich die Erleichterungen in den neuen Oberschwellenregelungen an, sollten aus unserer Sicht folgende Punkte für den Unterschwellenbereich übernommen werden:

² Artikel 74 Nr. 11 GG „Recht der Wirtschaft“

1. Ausnahmebestimmungen der Paragraphen 107 (Allgemeine Ausnahmen, z. B. Grundstückspacht, Dienstleistungen des Katastrophenschutzes), 108 (Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, z. B. Inhouse-Vergaben), 109, 116 (besondere Ausnahmen, z. B. Forschungs- und Entwicklungsdienstleistungen) und 117 GWB
2. Wahlfreiheit zwischen Öffentlicher Ausschreibung und Beschränkter Ausschreibung
3. Wahlfreiheit der Vergabeart bei sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen

Umsetzungsmöglichkeiten

Zur Umsetzung dieser Ziele sind zwei Möglichkeiten denkbar:

1. Das neue Regelwerk orientiert sich an der bisherigen VOL/A 1. Abschnitt, die durch weitere Vorschriften ergänzt würde. Der Vorteil dieser Lösung läge darin, dass es sich bei VOL/A um ein bekanntes und bewährtes Regelwerk handelt.
2. Erstellung einer „Smart“-Version zur Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) für den Unterschwellenbereich mit ähnlichem Aufbau und (möglichst) inhaltsgleichen Regelungen ober- und unterhalb der Schwellenwerte. Dadurch würde die Vereinheitlichung von Prozessen und Unterlagen erleichtert und der Schulungs- und Rechercheaufwand verringert werden.

Fazit

Ich gehe davon aus, dass es auch in Zukunft einheitliche Verfahrensregelungen für Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich geben wird. Ich gehe des Weiteren davon aus, dass die Erleichterungen aus dem Oberschwellenbereich auch im Unterschwellenrecht verankert werden. Der normative Regelungsrahmen der Länder wird jedoch höchstwahrscheinlich unterschiedlich bleiben, da die Länder die Kompetenz für das Haushaltsrecht besitzen und die Unterschwellenregelungen in ihren Ländern auf unterschiedliche Weise zur Anwendung bringen.

Schließlich ist davon auszugehen, dass politische Schwerpunktsetzungen (z. B. zum Thema Nachhaltigkeit) und unterschiedliche Wertgrenzen in den Ländern erhalten bleiben.

Novelle des Tariftreue- und Vergabegesetzes (TVgG) NRW

Mit dem TVgG NRW in der aktuellen Fassung vom 10.01.2012 hat der Landesgesetzgeber eine umfassende Regelung zur Berücksichtigung strategischer Zielsetzungen normiert. Nach § 22 TVgG a.F. war die Landesregierung spätestens vier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes verpflichtet, das Gesetz zu evaluieren. Dieser Pflicht ist das Land durch die Vorlage des Evaluierungsberichtes der Beratungsgesellschaft Kienbaum nachgekommen.

Ein wesentliches Ergebnis des Evaluierungsberichtes ist, dass sowohl bei den Vergabestellen als auch bei den Unternehmen eine grundsätzliche Befürwortung und Akzeptanz in Bezug auf die Ziele des TVgG besteht. Festgestellt wurde aber auch, dass durch das TVgG Mehraufwände für öffentliche Auftraggeber und Unternehmen entstanden sind und dass es Schwierigkeiten bei der Anwendung gab und gibt. Das Gesetz wurde deshalb grundlegend überarbeitet. Ziel der Novelle ist es, den fairen Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge zu fördern und zu unterstützen – und dabei gleichzeitig Sozialverträglichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz sowie Qualität und Innovation der Angebote zu berücksichtigen. Unter Beibehaltung der ökologischen und sozialen Ziele soll das Gesetz durch Vereinfachungen und Reduzierung des bürokratischen Aufwands insgesamt anwenderfreundlicher werden.

Eckpunkte des Novellierungsentwurfs

Der vergabespezifische Mindestlohn orientiert sich künftig am Mindestlohngesetz und beträgt mindestens 8,85 Euro.

Weiterhin sieht das neue TVgG die Einführung des Bestbieterprinzips vor. Nur noch derjenige Bieter muss die Anforderungen des TVgG schriftlich nachweisen, der nach Durchführung der Angebotswertung für den Zuschlag in Betracht kommt. Der Schwellenwert, ab dem das Gesetz in NRW Anwendung findet, wird auf 20.000 Euro erhöht. Allerdings gelten die Vorgaben zu Umweltschutz und Energieeffizienz und den ILO-Kernarbeitsnormen (§§ 6 und 7 TVgG NRW) bereits ab einem Schwellenwert von 5.000 € (bisher: 500 €).

Das Gesetz sieht ferner die Einrichtung einer im Wirtschaftsministerium angesiedelten Servicestelle vor, die jeder unentgeltlich in Anspruch nehmen kann, um Beratung bezüglich der Anwendung des neuen Gesetzes zu erhalten.

Die Prüfbehörde TVgG wird organisatorisch ins Arbeitsministerium NRW verlagert.

Ferner wird eine gesetzliche Grundlage für ein Siegel-System geschaffen, das Unternehmen die Möglichkeit geben wird, ihre TVgG-Tauglichkeit mit Hilfe eines Siegels nachzuweisen.

Schließlich sieht der Novellierungsentwurf sprachliche und strukturelle Anpassungen vor.

Der Gesetzesentwurf wurde dem nordrhein-westfälischen Landtag im Juni zugeleitet und am 22.06.2016 als Drucksache 16/12265 veröffentlicht. Es ist damit zu rechnen, dass das neue Gesetz zusammen mit der ebenfalls zu überarbeitenden Rechtsverordnung TVgG ungefähr zum Jahreswechsel in Kraft tritt.



Oliver Fuhrmann (LWL, Zentrale Dienste & Einkaufskoordination)

Nach einem Studium des Wirtschaftsrechts an der Fachhochschule Bielefeld ist Oliver Fuhrmann seit 2013 als Sachbearbeiter in der LWL-Haupt- und Personalabteilung, Referat Zentrale Dienste & Einkaufskoordination (ZEK) tätig. Dort führt er nationale und EU-weite Vergabeverfahren für die Dienststellen und Einrichtungen des Landschaftsverbandes durch und unterstützt diese in vergabe- und vertragsrechtlichen Fragestellungen.

Soziale Aspekte in der Beschaffung: Möglichkeiten der Privilegierung von WfbM und Integrationsprojekten am Beispiel des LWL

Bundesweit macht das jährliche Beschaffungsvolumen öffentlicher Institutionen etwa zehn Prozent des deutschen Bruttoinlandsprodukts aus – das entspricht rund 280 Milliarden Euro. Das Vergaberecht stellt sicher, dass Haushaltsmittel wirtschaftlich und in einem wettbewerblichen, fairen, transparenten und nicht diskriminierenden Verfahren eingesetzt werden. Nachhaltigkeitsaspekte sind dabei der strategischen und weniger der wirtschaftlichen Beschaffung unterzuordnen. Es gibt keine abschließende Definition der nachhaltigen Beschaffung. Dabei handelt es sich vielmehr um einen Oberbegriff, der mögliche Nachhaltigkeitsaspekte bei Beschaffungsvorhaben des öffentlichen Sektors umfasst. Hierzu zählen vor allem sozial-, arbeitsmarkt-, gesellschafts- und umweltpolitische Zielsetzungen, welche früher als „vergaberechtsfremde Kriterien“ und damit als unzulässig betrachtet wurden. Das hat sich mittlerweile allerdings geändert: Nach Ansicht des EU-Gesetzgebers, des Bundesgesetzgebers sowie landesrechtlicher Vergabebestimmungen soll das Vergaberecht neben einer wirtschaftlichen Beschaffung und der Wettbewerbsförderung auf dem europäischen Binnenmarkt nun auch derartige nachhaltige Ziele berücksichtigen. Gerade beim

Thema Nachhaltigkeit besitzen Bund, Länder und Kommunen eine besondere Vorbildfunktion für Unternehmen der freien Wirtschaft – ein Grund, warum sich in den letzten Jahren diesbezüglich eine politische Kehrtwende vollzogen hat. Spätestens nach der aktuellen Vergaberechtsreform 2016 wird die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten in Vergabeverfahren gefestigt und weiter gestärkt.

Ausprägungen nachhaltiger Beschaffung

Nachhaltigkeitsaspekte bei der Durchführung von Vergabeverfahren begegnen Vergabefachleuten in vielfältiger Gestalt. So fallen darunter etwa

- Tariftreue und Mindestlohn
- der Schutz tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen
- die Achtung der ILO-Kernarbeitsnormen
- Gleichstellungsaspekte
- Umweltschutz
- Energieeffizienz
- Förderung von Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen, insbesondere mit Blick auf die Beschäftigungsfähigkeit auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt

Auch Aspekte wie Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, die Schaffung von Ausbildungsplätzen und Barrierefreiheit können bei der Beschaffung berücksichtigt werden.

Im Folgenden möchte ich auf die sozialen Aspekte in der Beschaffung eingehen, da sie neben den ökologischen Aspekten das Kernstück einer nachhaltig ausgerichteten Beschaffung bilden.

Soziale Aspekte in der Beschaffung: Möglichkeiten der Privilegierung

Als einer der größten deutschen Hilfezahler für Menschen mit Behinderung ist es erklärtes politisches Ziel des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL), (schwer-)behinderte Menschen möglichst in Unternehmen am sogenannten ersten Arbeitsmarkt zu beschäftigen.

Im Vergaberecht existieren verschiedene Möglichkeiten der Privilegierung von Werkstätten für Menschen mit Behinderung (WfbM) und Integrationsprojekten, die ich exemplarisch für den LWL erläutern möchte.

Vorab eine Erklärung dafür, warum die Privilegierung derartiger Unternehmen sinnvoll ist: Das Ausüben einer Beschäftigung trägt wesentlich zur Integration in die Gesellschaft bei und ist zugleich zentrales Element für die Gewährleistung von Chancengleichheit. In diesem Zusammenhang können nach Ansicht des EU- und des deutschen Gesetzgebers geschützte Werkstätten und andere soziale Unternehmen, deren Hauptanliegen die Förderung der sozialen und beruflichen Eingliederung benachteiligter Menschen ist, eine wichtige Rolle spielen. Solche Werkstätten und Unternehmen sind jedoch häufig nicht in der Lage, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu erhalten. Daher ist es angemessen, die Teilnahme an Vergabeverfahren von öffentlichen Aufträgen oder von bestimmten Auftragslosen derartigen Werkstätten oder Unternehmen vorzubehalten bzw. diese auf angemessene Weise zu bevorzugen.³

Privilegierte/Bevorzugte Bieter

1. Werkstätten für Menschen mit Behinderung (WfbM) und Blindenwerkstätten

Nach dem SGB IX sind Werkstätten für Menschen mit Behinderung Einrichtungen der Teilhabe am und zur Eingliederung in das Arbeitsleben. Die Maßnahme in einer Werkstatt für behinderte Menschen stellt daher eine berufliche Rehabilitation dar.

Diejenigen Menschen mit Behinderung, die aufgrund der Art oder Schwere ihrer Einschränkung nicht, noch nicht oder noch nicht wieder auf dem ersten Arbeitsmarkt beschäftigt werden können, müssen WfbM gemäß § 136 SGB IX eine angemessene berufliche Bildung und arbeitsentgeltliche Beschäftigung anbieten. Außerdem sind sie gesetzlich verpflichtet, diesen Menschen die Möglichkeit zu geben, ihre Leistungs- und Erwerbsfähigkeit zu erhalten, zu entwickeln, zu erhöhen oder wiederzugewinnen.

Durch geeignete Maßnahmen fördern Werkstätten für Menschen mit Behinderung den Übergang auf den allgemeinen Arbeitsmarkt. Zu diesem Zweck verfügen sie über ein breites Angebot an Berufsbildungs- und Arbeitsplätzen sowie über qualifiziertes Personal und einen begleitenden Dienst.

2. Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen ist

Nach der Vergaberechtsreform 2016 werden nunmehr auch ausdrücklich diejenigen Unternehmen bevorzugt, deren hauptsächlicher Zweck die soziale und berufliche Integration von behinderten oder anderweitig benachteiligten Personen ist. Dazu zählen vor allem Integrationsprojekte⁴. Diese werden differenziert in Integrationsunternehmen, Integrationsbetriebe und Integrationsabteilungen. In allen Fällen handelt es sich um Wirtschaftsunternehmen des allgemeinen Arbeitsmarktes, die darüber hinaus einen sozialen Auftrag haben.⁵

³ Erwägungsgrund (36) zu Art. 20 RiLi 2014/24/EU

⁴ Welche Anforderungen ein Integrationsprojekt erfüllen muss, ist in §§ 132-134 SGB IX geregelt.

⁵ Während Integrationsunternehmen rechtlich und wirtschaftlich selbstständig sind, sind Integrationsbetriebe und -abteilungen unternehmensinterne oder von öffentlichen Auftraggebern im Sinne des § 71 Abs. 3 SGB IX geführte Betriebe. Der Referentenentwurf des BMAS zum Bundesteilhabegesetz (BTHG) vom 26.04.2016 sieht eine Neufassung des SGB IX vor, in dem u. a. auch der Begriff *Integration* durch *Inklusion* ersetzt werden soll.

Beschäftigt werden dort (schwer-)behinderte Menschen, die aufgrund von Art und Schwere ihrer Behinderung sowie anderen vermittlungshemmenden Umständen (z. B. Alter, Langzeitarbeitslosigkeit, mangelnde Qualifikation) auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt besondere Unterstützung benötigen. Zur Zielgruppe von Integrationsprojekten gehören auch (schwer-)behinderte Menschen aus WfbM oder psychiatrischen Einrichtungen, die hier für eine Beschäftigung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt vorbereitet werden sollen.

Rechtliche Grundlagen der Privilegierung

In welchem Rahmen ist nun die Bevorzugung von geschützten Werkstätten und Integrationsprojekten vergaberechtlich möglich? Sehen wir uns die Rechtsgrundlagen an, ist zwischen Vergabeverfahren unterhalb des jeweils gültigen EU-Schwellenwertes (zurzeit 209.000 Euro netto) und oberhalb des EU-Schwellenwertes zu differenzieren. Ab Erreichen dieses Wertes gilt der Anwendungsbeereich der europarechtlichen Vergabevorschriften. Im Unterschwellenbereich hingegen finden die einschlägigen nationalen Vergaberechtsvorschriften lediglich aufgrund haushaltsrechtlicher Grundsätze und Empfehlungen Anwendung. Unterhalb des Schwellenwertes existieren also weniger Reglementierungen.

Der Bevorzugung einer bestimmten Gruppe von Bietern stehen insbesondere die Vergabegrundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung sowie das Wettbewerbsprinzip entgegen. Eine Bevorzugung bestimmter Unternehmen ist deshalb grundsätzlich nur möglich, wenn dies eine Ausnahmevorschrift ausdrücklich zulässt.

Im Oberschwellenbereich finden sich diese Vorschriften vor allem im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB). Nachhaltigkeitsaspekte können demnach grundsätzlich dann in Vergabeverfahren berücksichtigt werden, wenn sie Bezug zum Auftragsgegenstand haben, verhältnismäßig sind, in den Vergabeunterlagen oder in der Bekanntmachung ausdrücklich genannt sind und alle

Grundsätze des primären Gemeinschaftsrechts Beachtung finden.⁶

Privilegierung von WfbM und Integrationsprojekten oberhalb des EU-Schwellenwertes

Noch vor der Vergaberechtsreform 2016 sah das Vergaberecht eine **direkte** Privilegierung oberhalb des Schwellenwertes in der Weise vor, dass nur anerkannten Werkstätten sowie Blindenwerkstätten eine Bevorzugung an den Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge eingeräumt wurde.⁷ In der nunmehr in deutsches Recht umgesetzten EU-Richtlinie 2014/24/EU wird in § 118 GWB diese Ausnahmeregelung auch auf Unternehmen, deren Hauptzweck die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderung oder von benachteiligten Personen ist, ausgeweitet.

Voraussetzung dieser direkten Privilegierung ist, dass mindestens 30 Prozent der in den WfbM oder Integrationsprojekten beschäftigten Personen Menschen mit Behinderung oder benachteiligte Personen sind.⁸

Öffentliche Auftraggeber haben damit die Möglichkeit, Vergabeverfahren von vornherein auf WfbM und Integrationsprojekte zu beschränken. Die Teilnahme anderer privatwirtschaftlicher Bewerber oder Bieter ist dann ausgeschlossen.

Auch **indirekt** können WfbM und Integrationsprojekte bei Vergaben oberhalb des Schwellenwertes bevorteilt werden: § 128 Abs. 2 GWB (Auftragsausführung) gibt die Möglichkeit, besondere Ausführungsbedingungen in Bezug auf soziale- und beschäftigungspolitische Belange festzulegen, § 127 GWB (Zuschlag) lässt eine Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Angebotswertung zu – natürlich nur, wenn sie mit den vergaberechtlichen Grundsätzen im Einklang stehen.

Privilegierung von WfbM und Integrationsprojekten unterhalb des EU-Schwellenwertes

Wie bereits erwähnt, gelten unterhalb des Schwellenwertes die haushaltsrechtlichen und kommunalen Vergabegrundsätze, die die Anwendung

⁶ Für eine genauere Beschreibung s. § 97 GWB (Grundsätze der Vergabe)

⁷ Vgl. §§ 141 ff. SGB IX; RdErl. d. Ministeriums für Wirtschaft, Energie, Bauen, Wohnen und Verkehr, d. Ministeriums für Arbeit, Integration und Soziales, d. Ministeriums für Inneres und Kommunales u. d. Finanzministeriums v. 22.3.2011

⁸ Vgl. § 118 Abs. 2 GWB

der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) empfehlen. Ausdrücklich erwähnt und direkt privilegiert werden hier nur WfbM und Blindenwerkstätten.⁹ Diese werden darüber hinaus durch den Runderlass NRW über die Berücksichtigung von WfbM und Blindenwerkstätten vom 22.03.2011 direkt und indirekt bevorzugt.

Daneben gibt es in den meisten Bundesländern Tariftreue- und Vergabegesetze, die ebenfalls nachhaltige Aspekte und eine indirekte Bevorzugung von WfbM und Integrationsprojekten in Form von Ausführungsbedingungen und Zuschlagskriterien berücksichtigen.¹⁰

Möglichkeiten der Privilegierung am Beispiel des LWL

Beschaffungen unterhalb eines Auftragswertes von 10.000 Euro werden beim LWL von der jeweiligen Dienststelle selbst durchgeführt. Einkäufe oberhalb dieser Grenze übernimmt die Zentrale Einkaufskoordination (ZEK).

Im Oberschwellenbereich kann die ZEK den Wettbewerb nach den obigen Ausführungen also auf diese bevorzugten Bieter beschränken oder diese indirekt mithilfe von Ausführungsbedingungen oder Zuschlagskriterien besonders berücksichtigen. Im Unterschwellenbereich bestehen im Ergebnis die gleichen Möglichkeiten. Die weniger strengen Reglementierungen unterhalb des EU-Schwellenwertes lassen jedoch für den öffentlichen Auftraggeber einen größeren Gestaltungsspielraum zu.

Aus diesem Grund sieht die LWL-Dienstanweisung vom 30.12.2012 u. a. bis zum Erreichen des Schwellenwertes die Anwendung des o.g. Runderlasses NRW vom 22.03.2011 vor. Des Weiteren wird der Kreis der bevorzugten Bieter auch hier um die Integrationsprojekte erweitert.¹¹ So kann die ZEK öffentliche Aufträge an WfbM, Blindenwerkstätten sowie Integrationsprojekte zum Beispiel im Rahmen von freihändigen Vergaben oder beschränkten Ausschreibungen vergeben. Bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit der jeweiligen Angebote von WfbM und Blindenwerkstätten wird der angebotene Preis zudem mit einem Abschlag von 15 Prozent berücksichtigt. Integrationsprojekte werden indes bei Vergaben von Lieferungen und Dienstleistungen bis zu einem Auftragsvolumen von einschließlich 10.000 Euro Auftragswert verbindlich mit einem Preisabschlag von fünf und fakultativ bis 15 Prozent bevorzugt.

Somit werden WfbM und Integrationsprojekte beim LWL also möglichst direkt oder mittelbar bei allen Vergabeverfahren berücksichtigt.

Aufträge an WfbM und Integrationsprojekte werden beim LWL überwiegend in den Bereichen der Reinigungsdienstleistungen (Gebäudereinigung, Wäscherei- und Spüldienstleistungen), der Grünpflege, des Winterdienstes, der Verpflegung (Catering) und Tagungsdienstleistungen vergeben. Dienstleistungen im Bereich der Entsorgung, Transport, Wagenpflege, Digitalisierung, Gebäudetechnik, Tischlereiarbeiten, Näharbeiten und Hausmeistertätigkeiten sind weitere Leistungen, die beim LWL von Werkstätten für Menschen mit Behinderung und Integrationsprojekten übernommen werden.

⁹ Für eine genauere Beschreibung s. § 3 Abs. 5 lit. j) VOL/A (Arten der Vergabe)

¹⁰ s. etwa § 3 TVgG-NRWZuschlagskriterien

¹¹ Im Gegensatz zur LWL-Umsetzung berücksichtigt der NRW-Runderlass keine Integrationsprojekte



Thomas Voß

Der Diplom-Verwaltungswirt ist seit 1988 im Krankenhausbereich des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL) tätig. Seit 1995 nimmt er die Funktion des Abteilungsleiters Wirtschaft, Versorgung und Technik der LWL-Klinik Münster und seit 1999 zusätzlich die Funktion des Umweltmanagementvertreters nach EMAS (Eco-Management and Audit Scheme) wahr. Seit 2003 übernimmt Voß diesen Aufgabenbereich auch in der LWL-Klinik Lengerich. Seit Januar 2016 ist er Stellvertretender Kaufmännischer Direktor der LWL-Kliniken Münster und Lengerich.

Ökonomie und Ökologie bei der Beschaffung am Beispiel der LWL-Kliniken Münster und Lengerich

Wie kann es gelingen, auch in großen Unternehmen ökologisch nachhaltig zu wirtschaften? Mit dieser Frage beschäftige ich mich jetzt schon seit einigen Jahren. Klar ist: Wir tragen Verantwortung – in meinem Fall sowohl gegenüber Patienten und Mitarbeitern, aber auch gegenüber der Umwelt. Dazu gehört ebenfalls, Umweltschutz über die gesetzlichen Vorgaben hinaus konsequent umzusetzen. Häufig höre ich, das sei nicht vereinbar mit der Notwendigkeit, sich im freien Wettbewerb behaupten zu müssen. Tatsächlich erzielen wir in unseren Kliniken in Lengerich und Münster bereits mit kleinen Anpassungen größere Veränderungen.

Soziale und ökologische Verantwortung der Wirtschaft

Ökonomie, Ökologie und soziale Aspekte stehen sich nicht gegenseitig im Weg. Lange Zeit war man da anderer Auffassung. Der US-amerikanische Wirtschaftswissenschaftler Milton Friedman etwa ließ 1970 im New York Times Magazine keinen Zweifel daran, was er von der gesellschaftlichen Verantwortung moderner Unternehmen hielt:

„Die gesellschaftliche Verantwortung von Unternehmen besteht darin, die Gewinne der Anteilseigner zu erhöhen. [...] Den Mantel der ‚gesellschaftlichen Verantwortung‘ zu verwen-

den und den Unsinn, der in diesem Namen durch einflussreiche und angesehene Geschäftsmänner gesprochen wird, schädigt die Grundlagen einer freien Gesellschaft.“

Seitdem hat sich auf unserem Planeten allerdings einiges verändert: Das Gemüse in unseren Supermärkten ernten Arbeiter häufig unter menschenunwürdigen Umständen, unsere Kleidung wird mehrheitlich in Asien produziert – auf Kosten von Sicherheit, Arbeitsschutz und Menschenrechten. Plastik verdreckt unsere Ozeane, großflächige Rodungen vernichten die Urwälder mitsamt den Lebewesen, deren Lebensraum sie sind... Ich könnte Ihnen noch jede Menge Beispiele nennen, wie rein wirtschaftliches Denken uns und unserer Umwelt Katastrophales antut.

Nachhaltigkeit in den LWL-Kliniken Münster und Lengerich

Kaum jemand bestreitet mehr, dass heutige Unternehmen soziale und ökologische Verantwortung tragen. Als wichtiger Wirtschaftsfaktor und nah an der Politik agierender Bereich hat dabei die Beschaffung der öffentlichen Hand eine große Vorbildfunktion. In den LWL-Kliniken Münster und Lengerich wirtschaften wir daher seit einigen Jahren nach dem Leitbild der Nachhaltigkeit. Wichtig

ist an dieser Stelle zu erwähnen, dass wir exakt unter den gleichen wirtschaftlichen und rechtlichen Bedingungen arbeiten wie alle anderen Krankenhäuser auch. Wir bekommen keine finanziellen Zuschüsse vom LWL und müssen uns grundsätzlich selbst finanzieren – dabei immer unter der Vorgabe, am Ende des Jahres die „schwarze Null“ zu erreichen.

Seit 1999 ist die Klinik in Münster, seit 2011 auch die in Lengerich EMAS-zertifiziert. EMAS steht für „Eco Management and Audit Scheme“ und ist laut eigenen Angaben das „weltweit anspruchsvollste Umweltmanagementsystem“ der EU, das Unternehmen und Organisationen dabei unterstützt, ihre Umweltleistung kontinuierlich zu verbessern. Seit 2005 verwenden wir in unseren Küchen außerdem Biolebensmittel. Die Ausrichtung unseres Handelns an sozialen, wirtschaftlichen und ökologischen Erfordernissen sowie die konsequente Umsetzung des Umweltschutzes sind in den Klinik-Leitbildern festgehalten.

Im Folgenden einige Beispiele, wie diese Vorsätze in Münster und Lengerich auch umgesetzt werden: Jede Organisationseinheit der Kliniken, also verschiedene Häuser, Stationen und Wohngruppen, verfügt über einen Energiebeauftragten, der sich regelmäßig fortbildet und Patienten und Kollegen auf **Energiesparmöglichkeiten** hinweist – etwa, wenn im Winter bei angeschalteter Heizung ein Fenster geöffnet ist oder regelmäßig Licht in leeren Büros brennt. Für die **Sanierung der Küche** in der LWL-Klinik Münster wurden bewusst Materialien und Geräte eingekauft, die hohe Energiestandards erfüllen und besonders umweltfreundlich sind: Die Spülmaschine hat einen Heißwasseranschluss mit Fernwärme, es wurden modernste Wärmetauscher für Lüftungsdecken und Kühlanlagen installiert und alle technischen Aggregate in die Gebäudeleittechnik integriert. Die Anschaffungspreise waren zwar höher, im Lauf des Lebenszyklus der Objekte rechnen wir jedoch mit deutlichen Einsparungen etwa beim Energie- und Wasserverbrauch. Um den auch an anderer Stelle zu reduzieren, wässern wir die Pflanzen in den Gärtnereien der Kliniken ausschließlich mit **Regenwasser**. In Münster sind zudem mehrere Gebäude mit „**Klimaziegeln**“ gedeckt, die mit Titandioxid versetzt

sind und Stickoxide in unschädliche Stoffe umwandeln. Rein rechnerisch eliminieren die Dächer den Stickoxid-Ausstoß aller Dienstwagen der Klinik. Ein schönes Projekt sind auch die **Streuobstwiesen** auf dem Gelände der LWL-Klinik Lengerich. Patienten und Mitarbeiter sammeln regelmäßig die Äpfel. Während eines Festtages werden sie gepresst und zu Bio-Apfelsaft verarbeitet, der Erlös fließt wiederum in den Erhalt der Wiesen.

Die Beispiele zeigen: Auch mit kleineren Veränderungen und Projekten kann ein Unternehmen seinen ökologischen Fußabdruck deutlich verkleinern.

Ökonomie und Ökologie am Beispiel Lebensmittel

Mit der Beschaffung von Lebensmitteln müssen sich Einkäufer größerer Unternehmen früher oder später immer auseinandersetzen – sei es auch nur für die Versorgung der Mitarbeiter. In den LWL-Kliniken Münster und Lengerich versorgen wir jährlich fast 10.000 Patienten und über 2.300 Beschäftigte, die vernünftiges Essen erwarten. Zwar sind die Preise für Nahrung in Deutschland verhältnismäßig gering, angesichts von Gammelfleisch-Skandalen, Pferdefleisch in der Lasagne und qualvoller industrieller Massentierhaltung inklusive Lebend-Schredderung männlicher Küken vergeht einem jedoch der Appetit. Billige Nahrung kann nur durch geringe Erzeugungskosten angeboten werden – letztlich zulasten der Umwelt und des Tierwohls. Dabei ist die adäquate Versorgung gerade in Krankenhäusern wichtig. Was in der Erinnerung an einen Krankenhausaufenthalt bleibt, ist häufig nicht die geglückte Operation oder die erfolgreiche Therapie, sondern die Qualität des Essens, das man serviert bekam – ganz zu schweigen von den gesundheitlichen Risiken, die falsche Nahrung für ohnehin geschwächte Menschen birgt.

Dennoch höre ich immer wieder, dass Ökologie und Gemeinschaftsverpflegung nicht zusammengehen. Das widerlegen wir in den Kliniken in Münster und Lengerich: Der tägliche Lebensmittelumsatz pro Patient liegt bei 4,56 Euro, das entspricht etwa Hartz IV-Niveau. Dennoch gelingt es uns, Bio-Produkte einzukaufen. Das erfordert natürlich Einsparungen an anderer Stelle. Am

simpelsten und zugleich am bewährtesten ist dabei Umweltschutz durch Weglassen. So verwenden wir etwa keine Süßungsmittel mehr – auch kein Stevia, das in China zum Teil unter katastrophalen Bedingungen gewonnen wird. Auch auf Thunfisch und Putenfleisch verzichten wir aus Gründen des Arten- und Tierschutzes. Die Lebensmittel, die verarbeitet werden, stammen nach Möglichkeit aus der Region, um geringe Transportwege zu gewährleisten und die lokale Wirtschaft zu unterstützen. Milchprodukte wie Joghurt, Eier und Schweinefleisch sind biozertifiziert¹². Mittlerweile erreichen Bio-Produkte bei uns einen Anteil von rund 20 Prozent am Warenwert. Bedenkt man, dass die Beschaffung von Lebensmitteln lediglich zwei Prozent des jährlichen Gesamtbudgets der Kliniken ausmacht, fallen Bioprodukte darin lediglich mit 0,33 Prozent ins Gewicht – das Preis- und Kostenargument muss hier also deutlich relativiert werden. Dennoch bemühen wir uns um eine Gegenfinanzierung des Einsatzes höherwertiger Lebensmittel. Das gelingt uns in Münster und Lengerich unter anderem durch die schrittweise Reduzierung des

Fleischanteils am Essen – unser Ziel sind hier 80 bis 100 Gramm pro Portion. Einmal pro Woche gibt es zudem einen „Veggie-Tag“. Der erwartete Protest durch Patienten und Personal blieb aus, im Gegenteil: Bei unseren regelmäßigen Zufriedenheits-Umfragen bewerten über 60 % der Befragten unseren Veggie-Tag positiv; viele wünschen sich sogar mehr vegetarische Gerichte. Eine weitere Möglichkeit, Geld beim Einkauf zu sparen, ist das Beachten des Saisonkalenders, schließlich muss nicht zu jeder Jahreszeit jedes Obst oder Gemüse angeboten werden. Um Lebensmittelabfälle zu reduzieren, haben wir außerdem die Portionen verkleinert. Wer nicht satt wird, kann sich selbstverständlich einen Nachschlag holen. Pro Jahr sparen wir uns dadurch das Wegwerfen von Lebensmitteln im Gegenwert von etwa 34.000 Euro.

Sie sehen: Auch und gerade im Bereich des Lebensmitteleinkaufs können kleine Anpassungen nachhaltige Veränderungen bewirken, die sich letztlich sogar monetär rentieren.

¹² Das ist uns besonders beim Fleisch wichtig: Daten aus den Niederlanden und der Landwirtschaftskammer NRW belegen, dass in bis zu 60 Prozent der untersuchten konventionell produzierenden Betriebe gesunde Schweine mit dem multiresistenten MRSA-Keim nachgewiesen werden konnten.



Prof. Dr. jur. Christopher Zeiss

Prof. Dr. Christopher Zeiss gehört zu Deutschlands erfahrensten Vergabeexperten. Er ist Professor für Staats- und Europarecht mit vergaberechtlichem Schwerpunkt an der Fachhochschule für öffentliche Verwaltung NRW in Bielefeld und hat einen Lehrauftrag zum Vergaberecht an der Universität Potsdam. Zuvor begleitete Prof. Dr. Zeiss als Referent am Bundesministerium der Justiz in Berlin u. a. vergabe- und kartellrechtliche Gesetzgebungsverfahren des Bundes. Die Beschaffungspraxis kennt er aus seiner langjährigen Tätigkeit als Rechtsanwalt, Richter und Berater in Bonn, Marburg und Leipzig. Prof. Dr. Zeiss ist Herausgeber und Autor zahlreicher vergaberechtlicher Standardwerke und Mitherausgeber der Zeitschrift Vergabepaxis & -recht (VPR).

E-Vergabe und Textform im Vergaberecht

Die Textform ist die neue „Geheimwaffe“ des Vergaberechts. Damit sollen Berührungsängste mit der E-Vergabe abgebaut werden. Schließlich hatten viele Bieter bisher Vorbehalte gegenüber der E-Vergabe, weil dies mit der Verwendung der elektronischen Signatur verknüpft war. Und die elektronische Signatur gilt als kompliziert, fehleranfällig, anwenderunfreundlich und teuer. Demgegenüber bietet die Textform einen deutlich einfacheren Einstieg in die E-Vergabe. Aber es bleiben zahlreiche offene Fragen: Darf doch weiterhin regelmäßig die fortgeschrittene oder qualifizierte elektronische Signatur vorgeschrieben werden? Was gilt jetzt unterhalb der Schwellenwerte? Wie muss ein Angebot in Textform in der Praxis aussehen? Wer „unterschreibt“ denn jetzt das Angebot: Reicht bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften die Angabe des Firmennamens – oder muss doch eine (vertretungsberechtigte) natürliche Person unterzeichnen? Diesen Fragen widmet sich der folgende Beitrag.

Einreichung von Angeboten in Textform

Im neuen Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte begegnet uns die Textform an einigen Stellen. So sind z. B. Vergabevermerk und Vergabeakte in Textform zu führen (§ 8 VgV; § 20 EU VOB/A 2016). Von herausragender Bedeutung sind besonders § 53 Abs. 1 VgV und § 11 EU Abs. 4 VOB/A 2016, wonach die Angebote in Textform

einzureichen sind. Damit hat sich der alte Zwang zur Verwendung der elektronischen Signatur erledigt. Nur in begründeten Einzelfällen darf noch die Verwendung der elektronischen Signatur vorgeschrieben werden (§ 53 Abs. 3 VgV; § 11 EU Abs. 5 Satz 2 VOB/A 2016; § 13 EU Abs. 1 Nr. 1 Satz 2 VOB/A 2016). Auftraggeber, die noch immer regelmäßig die Verwendung der elektronischen Signatur vorschreiben, machen sich angreifbar: Die obligatorische Verwendung der elektronischen Signatur ist im neuen Oberschwellenvergaberecht eine Wettbewerbsbeschränkung! Grund hierfür ist, dass fortgeschrittene und qualifizierte elektronische Signatur die Beteiligung am Vergabeverfahren – und damit den Wettbewerb! – erschweren.

... auch in der neuen VOB/A 2016

Auch im Unterschwellenvergaberecht kann die Einreichung von Angeboten in Textform vorgeschrieben werden. Zumindest für Bauaufträge ist in der neuen VOB/A 2016 die Verwendung der Textform ausdrücklich zulässig (vgl. § 13 Abs. 1 Nr. 1 VOB/A 2016).

... und für Liefer- und Dienstleistungen?

Die Möglichkeit statt der elektronischen Signatur die Textform zu verwenden, besteht auch im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen, allerdings muss man dafür argumentativ etwas tiefer einsteigen: Besonders einfach kann die Textform als Form des Angebots vorgegeben werden, wo bereits

das jeweils einschlägige Landesvergaberecht (oder demnächst eine neue VgV für den Unterschwellenbereich) ausdrücklich die Verwendung der Textform gestattet (so in Brandenburg der aktuelle Regierungsentwurf des § 4 Abs. 2 Satz 3 BbgVergG, LT-Drucksache 6/4245 vom 27.5.2016). Aber auch für alle anderen Auftraggeber kann über die Brücke des Haushaltsrechts (§ 55 BHO/LHO; GemHVO) die Textform im Bereich der Liefer- und Dienstleistungen im Unterschwellenbereich Verwendung finden. Schließlich wäre es „*unzweckmäßig*“ bei Unterschwellenvergaben strengere Vorschriften zu machen als oberhalb der Schwellenwerte. Besonders Kommunen in NRW dürfen bei der Beschaffung von Liefer- und Dienstleistungen vorschreiben, dass Textform (statt der elektronischen Signatur) verwendet werden darf. Schließlich wird in den Kommunalen Vergabegrundsätzen die Anwendung der VOL/A nur „*empfohlen*“ (Ziffer 5 des RdErl. d. Ministeriums für Inneres und Kommunales v. 6.12.2012 – Az. 34-48.07.01/01-169/12). Damit ist eine Abweichung von der VOL/A bei einer sachlichen Begründung unproblematisch möglich. Die sachliche Begründung liegt darin, dass andernfalls die Formvorgaben oberhalb der Schwellenwerte weniger streng wären als unterhalb der Schwellenwerte.

Im Vertragsrecht reicht eine E-Mail

Textform wird in § 126b BGB definiert. Danach muss es sich um eine lesbare Erklärung handeln, in der die Person des Erklärenden genannt ist und die auf einem dauerhaften Datenträger gespeichert werden kann. Diesen zivilrechtlichen Mindestanforderungen würde z. B. auch eine E-Mail genügen, in der der Name des Erklärenden genannt ist. Eine eingescannte Unterschrift ist nicht notwendig (Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 126b BGB Rn. 16). Spätestens seit 2014 ist es übrigens auch nicht mehr erforderlich, dass der Abschluss der Erklärung besonders zu erkennen ist (vgl. Art. 2 Nr. 10 RL 2011/83/EU). Wenn der Erklärende hinreichend genau bezeichnet ist, darf die Nennung des Erklärenden grundsätzlich an beliebiger Stelle im Text erfolgen, beispielsweise im Kopf einer E-Mail oder eines eingescannten Briefes (Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 126b BGB, Rn. 17).

Im Vergaberecht genügt eine E-Mail nicht!

Zwar würde eine E-Mail den Anforderungen des § 126b BGB genügen. Nicht jedoch den ergänzenden Anforderungen des Vergaberechts. Zu beachten ist nämlich, dass Angebote und Teilnahmeanträge verschlüsselt übermittelt, entgegengenommen und aufbewahrt werden müssen (§§ 54, 55 Abs. 1 VgV; § 13 EG Abs. 1 Nr. 2 Satz 3 und 4 VOB/A 2016). Erst zum Öffnungstermin dürfen die Angebote zugänglich sein. Eine einfache E-Mail genügt diesen Anforderungen nicht. Sie würde auch dann nicht den Anforderungen genügen, wenn der Auftraggeber für den Eingang der Angebote eine Funktionsadresse verwendet (z. B. Ausschreibung-pädagogisches-Spielzeug-2016@Musterstadt.de) und seine Mitarbeiter verpflichtet, die E-Mails nicht vor dem Submissionstermin anzuschauen. Es muss technisch ausgeschlossen sein, dass jemand vor dem Öffnungstermin Kenntnis von den Inhalten der Angebote nehmen kann. Nur Ende-zu-Ende-Verschlüsselung beim Sendevorgang und verschlüsselte Aufbewahrung bis zum Submissionstermin entsprechen dem bewährten Schutzstandard des Einsendens im doppelten Umschlag bei der Papiervergabe.

Nennung des Firmennamens

Die Nennung der Person des Erklärenden erfordert die Angabe der Identität desjenigen, dem die Erklärung zugerechnet werden soll. Bei natürlichen Personen ist der Name zu nennen (§ 12 BGB), bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften mindestens der Firmenname („Firma“, § 17 HGB). Werden diese Maßstäbe auf die derzeitige Praxis der E-Vergabe angewendet, zeigen sich erhebliche Probleme. Teilweise wird von den Bietern gefordert, dass eine natürliche Person genannt werden muss (z. B. *Max Muster*). Nicht zulässig sei es, ergänzend auch den Firmennamen zu benennen (z. B. *Max Muster für die Beispiel GmbH*). Dieses Verständnis ist falsch: Im Vergaberecht dient die Textform dazu, ein Angebot (= eine Willenserklärung) einzureichen. Dazu muss zu erkennen sein, wem dieses Angebot zuzurechnen ist. Dies wäre im vorgenannten Beispielsfall nicht der Mitarbeiter *Max Muster*, sondern die Firma *Beispiel GmbH*. Daher muss bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften auf jeden Fall der Firmenname genannt werden (Junker in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, 7. Aufl. 2014, § 126b BGB, Rn. 19).

Keine Nennung eines Vertreters?

Umstritten ist, inwiefern eine weitere Konkretisierung zu der Frage erforderlich ist, wer für eine juristische Person, eine Handelsgesellschaft oder eine Behörde die Erklärung abgegeben hat (z. B. der Geschäftsführer, Prokurist oder andere konkrete Mitarbeiter). Im Zivilrecht wird dazu nach den Umständen des Einzelfalls beurteilt. So wird es für den Fall von Verbraucherschützenden Informationen und für das Massengeschäft für ausreichend erachtet, wenn bei juristischen Personen und Handelsgesellschaften nur der Firmenname oder gar nur ein Logo genannt wird (BT-Drs. 14/7052, S. 191; BGH, Urt. v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09). Eine weitere Konkretisierung dahingehend, wer innerhalb des Unternehmens, welcher Mitarbeiter etc. die Information abgegeben hat, sei „selbstverständlich nicht erforderlich“ (BT-Drs. 14/7052, S. 191). „Es wäre eine leere Förmerei, darüber hinaus die Angabe des Namens der natürlichen Person zu verlangen, die das Schreiben unterzeichnet“ hat (BGH, Urt. v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09 Rn. 16). Würde man diesem Ansatz folgen, wäre es ausreichend, wenn im vorgenannten Beispielsfall nur die Firma „*Beispiel GmbH*“ genannt würde.

Berechtigtes Interesse an der Nennung eines Vertreters

Allerdings kann der Auftraggeber im Vergaberecht durchaus ein berechtigtes Interesse an der Nennung des konkreten Vertreters haben. In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass mittels der E-Vergabe auch Aufträge mit erheblichen Auftragsvolumina abgeschlossen werden sollen. Darin liegen deutliche Unterschiede zum Massengeschäft aus den vorgenannten Konstellationen. Dass es in derartigen Fällen ein berechtigtes Interesse an der ergänzenden Nennung der juristischen Person geben kann, erkennt auch der BGH an. Danach kommt eine andere Bewertung „*insbesondere bei Vorgängen in Betracht, bei denen die Beweis- und Warnfunktion der Schriftform allenfalls geringe Bedeutung hat und bei denen keiner der Beteiligten*

und auch kein Dritter ein ernsthaftes Interesse an einer Fälschung der Erklärung haben kann“ (BGH, Urt. v. 7.7.2010 - VIII ZR 321/09 Rn. 16; vgl. auch BT-Drs. 14/4987, S. 18). Schon mit Blick auf Ziel des Beschaffungsverfahrens (Abschluss eines Vertrages!) kann der öffentliche Auftraggeber dabei ein begründetes Interesse daran haben zu erfahren, welche natürliche Person hier für den Bieter gehandelt hat. So kann er z. B. ein berechtigtes Interesse daran haben das Vorliegen der Vertretungsmacht einer Plausibilitätsprüfung zu unterziehen (vgl. § 174 BGB; LG Berlin v. 11.08.2003 - 62 S 126/03). Dies gilt besonders im Baubereich, wo auch ein „Scheinangebot“ Zugang zu den Submissionsergebnissen eröffnet (§ 14 EU Abs. 6 VOB/A 2016).

Zusammenfassung

Die elektronische Signatur ist nicht mehr notwendig. Angebote sind in Textform einzureichen. Nur in begründeten Einzelfällen darf noch die Verwendung der elektronischen Signatur vorgeschrieben werden.

Den zivilrechtlichen Mindestanforderungen an die Textform würde z. B. auch eine E-Mail genügen. Nicht jedoch den ergänzenden Anforderungen des Vergaberechts. Zu beachten ist nämlich, dass Angebote und Teilnahmeanträge verschlüsselt übermittelt, entgegengenommen und aufbewahrt werden müssen.

Für die Wahrung der Textform reicht es im Übrigen aus, wenn bei juristischen Personen oder Handelsgesellschaften der Firmenname und die Rechtsform genannt werden. Darüber hinaus darf der Auftraggeber im Vergaberecht ergänzend auch die Benennung des Namens des konkreten Mitarbeiters bzw. Vertreters fordern, der das Angebot oder den Teilnahmeantrag für den Bieter abgegeben hat. Keinesfalls ausreichend ist es, wenn nur der Name des Mitarbeiters, nicht aber die von diesem vertretene Firma abgefragt wird.



Prof. Dr. Michael Eßig

Nach seinem BWL-Studium an der Universität Passau promovierte und habilitierte Prof. Dr. Michael Eßig an der Universität Stuttgart. 2003 wurde er zum Professor für Allgemeine BWL an der Universität der Bundeswehr München ernannt. Dort leitet er außerdem das Forschungszentrum „Defence Supply Chain Management“. Er war u. a. Gastprofessor an der Universität Grenoble in Frankreich, ist Distinguished Faculty Fellow des Public Procurement Research Center der Florida Atlantic University in den USA und hat Lehraufträge an der University of San Diego sowie der Universität St. Gallen in der Schweiz.

Der öffentliche Einkauf wird strategisch: Was macht eine wirtschaftliche, nachhaltige und innovative Beschaffung unter Beachtung des Vergaberechts aus?

Im Folgenden widme ich mich primär der betriebswirtschaftlichen Dimension des Vergaberechts, die an den meisten Universitäten neben der juristischen Bewertung vergaberechtlicher Entwicklungen eher ein Schattendasein führt. Gemeinhin wird davon ausgegangen, dass der öffentliche Einkauf dem in der Privatwirtschaft eher hinterherhinken würde. Das stimmt nicht – im Gegenteil: Der öffentliche Einkauf ist sogar deutlich anspruchsvoller. Ein Grund dafür ist sicher die immer weiter zunehmende Regelungsichte: Schon jetzt gibt es mehr als 800 Paragraphen im umfangreichen Regel- und Normenwerk, das die öffentliche Einkäufer beachten müssen – die zahlreichen Gerichtsurteile, die Auswirkungen auf die eigene Arbeit haben können, nicht eingerechnet. Mit den teilweise stark differierenden Landesvergabegesetzen hat sich dieser Zustand noch verschärft. Ich stelle fest: Wir

werden weiterhin an einigen Stellen mit Unsicherheiten leben müssen. Fehlerfreie Vergabeverfahren werden angesichts der Komplexität dieses Tätigkeitsgebietes wohl auch in Zukunft eine Herausforderung bleiben.

Die Prinzipien der Vergabe, wie sie in § 97 im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) zu finden sind¹³, werden nicht immer erreicht. Das zeigt schon die hohe Zahl an Nachprüfungsverfahren: Etwa 1.000 bis 1.300 mal pro Jahr überprüfen deutsche Vergabekammern und -senate nachträglich die Rechtmäßigkeit von Vergabeverfahren – mit einer Erfolgsquote für die Bieter von mehr als 30 Prozent. Letztlich müssen öffentliche Einkäufer für einen korrekten Vergabeprozess immensen Aufwand betreiben – und das für durchschnittlich 5,3 Angebote pro offenem EU-weitem Verfahren.

¹³ Prinzipien der Vergabe nach § 97 GWB:

- (1) Öffentliche Aufträge und Konzessionen werden im Wettbewerb und im Wege transparenter Verfahren vergeben. Dabei werden die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und der Verhältnismäßigkeit gewahrt.
- (2) Die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren sind gleich zu behandeln, es sei denn, eine Ungleichbehandlung ist aufgrund dieses Gesetzes ausdrücklich geboten oder gestattet.
- (3) Bei der Vergabe werden Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt.
- (4) Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen.

Es scheint, als ob der europäische Binnenmarkt für öffentliche Auftraggeber noch in weiten Teilen unerschlossen sei. Hinzu kommt, dass die Fülle an Regeln fast schon zwangsläufig Fehler nach sich zieht, durch die regelmäßig Bieter vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden – wodurch sich wiederum die Angebotsvielfalt reduziert.

Die Vergabe selbst ist auch nicht gerade günstig: In Deutschland entstehen pro Vergabe Kosten von rund 47.000 Euro – im EU-Durchschnitt sind es gerade mal 28.000 Euro. Bundesweit verursacht der bei öffentlichen Auftragsvergaben einzuhalten- de Vergabeprozess jährlich Kosten in Höhe von 19 Milliarden Euro. Davon entfallen 46 Prozent (rund 8,8 Mrd. Euro) auf die öffentlichen Auftraggeber.

Strategische Ziele in der Beschaffung

Diese Zahlen zeigen: Der öffentliche Einkauf ist ein hochkomplexes Gebiet. Einkäufer müssen vergaberechtskonform arbeiten, die Wirtschaftlichkeit gewährleisten und gleichzeitig strategische Ziele wie volkswirtschaftliche Auswirkungen oder die politische Agenda berücksichtigen.

Gerade über die strategischen Ziele besteht in vielen Vergabestellen Unsicherheit, wurden sie doch bis vor nicht allzu langer Zeit als „vergabefremde Aspekte“ abgelehnt. Zusammengefasst handelt es sich dabei um politisch motivierte Anforderungen an den Auftragnehmer.

Trotz anfänglicher Ablehnung: Strategischen Zielen wird in der öffentlichen Beschaffung eine wachsende Bedeutung zugemessen. Der Gesetzgeber stärkt die Einbeziehung dieser Ziele im Rahmen der Vergaberechtsnovellierung im GWB ausdrücklich. Dort heißt es: „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.“ (BT-Drucksache 18/6281, S. 68)

Spricht man von strategischem Einkauf, darf man sich also nicht auf die Vergabe als solche konzen-

trieren. Vielmehr gilt es, mit seinen Überlegungen bereits beim Bedarfsmanagement im Beschaffungsprozess anzusetzen. Strategische Beschaffung kann dabei auch im öffentlichen Sektor in unterschiedlicher Form umgesetzt werden:

- Innovationsorientierte öffentliche Beschaffung fördert Innovationen, etwa durch Funktionale Leistungsbeschreibung, Nebenangebote, vor-kommerzielle Auftragsvergabe oder Beachtung von Lebenszykluskosten
- Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung berücksichtigt Umweltaspekte wie etwa Biodiversität, Luft- und Wasseremissionen, Energie-, Wasser- und Chemikalienverbrauch oder Abfallvermeidung
- Sozialverträgliche öffentliche Beschaffung beachtet zum Beispiel Mindestsozialstandards, Sicherung von Arbeitsplätzen, Fair Trade oder soziale Eingliederung

Eine Studie der Universität der Bundeswehr München und des Kompetenzzentrums Innovative Beschaffung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie bzw. des Bundesverbandes Materialwirtschaft, Einkauf und Logistik e.V. zeigt jedoch: Vergabe-Praktiker der öffentlichen Hand sehen derzeit noch innovative Lösungen, soziale Standards und ökologische Verantwortung als Beschaffungsziele gegenüber primären Zielen wie der Vergaberechtskonformität, der Bedarfsdeckung und der Wirtschaftlichkeit als eher nachrangig an.

Strategische Ziele und Wirtschaftlichkeit verbinden

Um die Bedeutung innovations-, umwelt- und sozialorientierter strategischer Ziele im Beschaffungsprozess langfristig zu erhöhen, stellt sich die Frage, wie sich diese mit Wirtschaftlichkeit verbinden lassen. Nachhaltigkeit und Wirtschaftlichkeit stehen dabei grundsätzlich nicht in Widerspruch zueinander, was bereits ein Blick auf den Ursprung des Nachhaltigkeitsbegriffs zeigt, der als Handlungsprinzip zur Ressourcennutzung traditionell der Forstwirtschaft entstammt. Im GWB wird Wirtschaftlichkeit und das wirtschaftlichste Angebot wie folgt definiert:

„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. 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.“ (§ 127 GWB)

Wirtschaftlichkeit mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis gleichzusetzen und damit auf die Preisseite zu reduzieren greift jedoch zu kurz. Kaufen wir uns eine neue Stereoanlage, schauen wir schließlich nicht nur auf den Preis, sondern auch auf Faktoren wie den Stromverbrauch und die Langlebigkeit des Produktes. Bezogen auf den Einkauf heißt das: Viel wichtiger als der eigentliche Kaufpreis sind die Lebenszykluskosten. Der Anschaffungspreis selbst kann – je nach Beschaffungsstand – nur einen kleinen Teil dieser Kosten ausmachen. Wirtschaftlichkeit ergibt sich also aus den sozialen, ökologischen, ökonomischen und technischen Leistungsanforderungen an ein Produkt im Verhältnis zu den Kosten für Anschaffung, Betrieb und Entsorgung. Tatsächlich gibt es auch heute schon Landesvergabegesetze, die dieses korrekte Wirtschaftlichkeitsverständnis berücksichtigen. So steht etwa im Landesvergabegesetz von Mecklenburg-Vorpommern: „Das wirtschaftlichste Angebot ist dasjenige mit dem günstigsten Verhältnis von angebotener Leistung und den zu erwartenden Kosten.“ (VgG M-V 2011)

Aufwertung des strategischen Einkaufs

Öffentliche Einkäufer bewegen 15 Prozent des deutschen Bruttoinlandsproduktes. Das öffentliche Beschaffungsvolumen beträgt jährlich rund 355 Milliarden Euro – eine Summe, bei der man, selbstverständlich vereinfacht dargestellt, mit einer zweiprozentigen Einsparung den Etat für Entwicklungshilfe verdoppeln könnte. Trotz des vielen Geldes, das im öffentlichen Sektor bewegt wird, schaffen es die meisten Vergabestellen mit ihrer vorhanden personellen und finanziellen Ausstattung gerade mal, Vergabeprozesse durchzuführen. Würde man diese Stellen so ausstatten, dass sie strategisch einkaufen könnten, käme jeder investierte Euro vielfach zurück – davon bin ich fest überzeugt. Strategischer Einkauf bedeutet jedoch auch, dass Verantwortliche in den Vergabestellen die Beschaffung als umfassenden Prozess betrachten müssen. Eine Konzentration lediglich auf den Vergabeprozess greift zu kurz. Um die Beschaffung strategisch aufzuwerten gilt es also, die zentralen Einkäufer frühzeitig und an den richtigen Stellen in den Beschaffungsprozess einzubinden. Ein umfassendes Beschaffungsverständnis und angemessene Qualifikationen und Ausbildungen sowie fortlaufende Fortbildungen dieser Personen sind mindestens genauso wichtig wie deren Position in der Amts- bzw. Verwaltungshierarchie. Will heißen: Strategischen Einkauf auf einer halben Stelle ohne Weisungsbefugnis aufzubauen, ist schlicht unmöglich. Hier besteht dringender personeller Bedarf, der trotz knapper Budgets gedeckt werden sollte.

Ein paar Worte zum Schluss

Der zweite Vergabetag bei uns im LWL-Landeshaus war ein großer Erfolg, das zeigen uns auch die vielen positiven Rückmeldungen innerhalb und außerhalb des Verbandes. Besonders gefreut hat mich die Bestätigung unserer Ansicht, dass nachhaltige Beschaffungsmethoden und die Bevorzugung von Integrationsunternehmen nicht im Widerspruch zu betriebswirtschaftlichen Einkaufsüberlegungen stehen. Wir Vergabefachleute können uns dadurch einen Bereich erschließen, dessen wirtschaftliches Potenzial bisher kaum jemand erkannt hat – und durch die gezielte Förderung von Betrieben, die benachteiligten Menschen eine Arbeitsperspektive geben, quasi nebenbei auch noch Gutes tun. Der LWL hat sich diesen Vorsatz im wahrsten Sinne des Wortes auf die Fahnen geschrieben – ich bin mir sicher, dass Sie ihn auch in seinen Mitgliedskörperschaften auf die eine oder andere Art verfolgen. Idealerweise sogar im Einkauf.

Aus dem Vergabetag nehme ich noch eine andere Erkenntnis mit: Der Einkauf muss weiter professionalisiert werden. Um wirtschaftlich noch attraktivere Konditionen aushandeln zu können, ist Zusammenarbeit wichtiger denn je. Erfolgreiche Beschaffung und Vergaberecht sind kein Feld mehr für Einzelkämpfer. Ich hoffe, dass der Vergabetag

dazu beigetragen hat, die Einkaufsexperten der Städte und Kreise weiter zu vernetzen und Kooperationen zum Wissensaustausch und zur gemeinsamen Beschaffung anzustoßen. Gerade diese Form der Zusammenarbeit eröffnet jede Menge Möglichkeiten des „schmerzfreien Sparens“, wie es der Erste Landesrat Dr. Georg Lunemann in seiner Eröffnungsrede genannt hat. Durch sie können wir nicht nur bessere Konditionen für Einkäufe aushandeln, vor allem kleinere Ämter sparen sich dadurch auch einen immensen Prozessaufwand. Und weil man natürlich lieber mit Menschen zusammenarbeitet, die man auch kennt, sind Sie selbstverständlich jederzeit eingeladen, auch außerhalb von Fachtagungen bei uns vorbeizuschauen und uns bei Fragen und Problemen zu kontaktieren. Auch über Anregungen und Ideen freuen wir uns selbstverständlich – gerne auch schon im Vorgriff auf den nächsten Vergabetag, den wir hoffentlich wieder mit Ihnen verbringen werden.

Es grüßt Sie herzlich



Jörg Meyer

Impressionen vom ZEK-Vergabetag 2016



Weitere Informationen:

Integrationsprojekte in Westfalen-Lippe

Zentrale Dienste & Einkaufskoordination des
Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL)

Integrationsprojekte in Westfalen-Lippe

Regelmäßige Arbeit hat für Menschen nicht nur eine ökonomische Funktion, sie ist auch wichtiger Sinnstifter für den Einzelnen und trägt zugleich wesentlich zur Akzeptanz innerhalb der Gesellschaft bei. Das gilt auch für Menschen, denen es aufgrund einer Behinderung unmöglich oder erschwert ist, sich auf dem ersten Arbeitsmarkt zu behaupten. Sie finden in Integrationsprojekten einen dauerhaften sozialversicherungspflichtigen Arbeitsplatz.

Im Gegensatz zu Werkstätten für Menschen mit Behinderung (WfbM) sind Integrationsprojekte Teil des freien Arbeitsmarktes. Die Bezeichnung umfasst unterschiedliche Organisationsformen: Ein Integrationsunternehmen ist ein Unternehmen, das möglichst gleich viele Personen mit und ohne Schwerbehinderung beschäftigt. Integrationsbetriebe und Integrationsabteilungen sind Teile eines gewerblichen klein- bzw. mittelständischen Unternehmens.

Integrationsprojekte können wie jeder andere Arbeitgeber eine öffentliche Unterstützung in Form von Nachteilsausgleichen für die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen erhalten. Unternehmerische Risiken decken diese Gelder jedoch nicht ab. Grundsätzlich werden sie also wie jedes andere Unternehmen des allgemeinen Arbeitsmarktes von ihren Gesellschaftern in eigener Verantwortung geführt – und müssen sich dauerhaft im Wettbewerb behaupten.

In Westfalen-Lippe existieren etwa 160 Integrationsunternehmen, -betriebe und -abteilungen.

Diese Unternehmen sind in unterschiedlichen Branchen wie der Hotellerie und Gastronomie, der industriellen Fertigung, im Garten- und Landschaftsbau, im Einzelhandel sowie im Handwerk tätig und beschäftigen rund 1.900 Menschen mit einer Schwerbehinderung. „Besonders häufig engagieren sich Integrationsprojekte in den Bereichen Garten- und Landschaftsbau und in der Gastronomie“, sagt Michael Veltmann vom LWL-Integrationsamt Westfalen.

Aufgrund ihrer Positionierung auf dem allgemeinen Arbeitsmarkt bewerben sich fast alle Integrationsprojekte regelmäßig um die Vergabe von öffentlich ausgeschriebenen Aufträgen. Einkäufer haben verschiedene Möglichkeiten, diese Unternehmen bei Ausschreibungen zu privilegieren – und damit sowohl Waren und Dienstleistungen zu wirtschaftlich attraktiven Konditionen zu erhalten als auch den eigenen Einkauf nachhaltiger auszurichten.

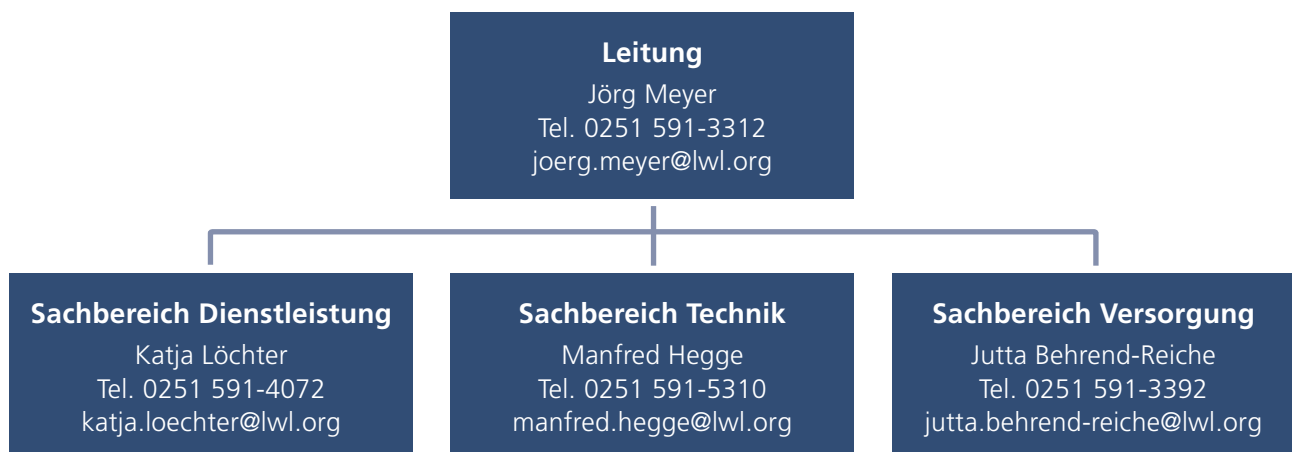


Vergabepraktiker profitieren von attraktiven Konditionen der Integrationsprojekte und können zugleich ihren Einkauf nachhaltiger ausrichten. Foto: LWL

Zentrale Dienste & Einkaufskoordination des Landschaftsverbandes Westfalen-Lippe (LWL)

Mit rund 16.000 Beschäftigten in 35 Förderschulen, 21 Krankenhäusern und 17 Museen sowie der Hauptverwaltung in Münster ist der LWL ein großer Wirtschaftsfaktor in Westfalen-Lippe. Als Schnittstelle zwischen den LWL-Dienststellen und den Unternehmen aus Industrie, Handel und Handwerk dient die Zentrale Einkaufskoordination (ZEK). Etwa 25 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter stehen für die Durchführung von Vergabeverfahren und eine umfassende Beratung in jeder Phase des Beschaffungsprozesses zur Verfügung.

Jährlich vergibt die ZEK Aufträge aus den Bereichen Lieferungen und Dienstleistungen (ausgenommen Bauleistungen) mit einem Auftragsvolumen von insgesamt 150 Millionen Euro. Die Gliederung in drei Sachbereiche (Dienstleistung, Technik, Versorgung) ermöglicht eine professionelle und zeitnahe Bearbeitung unterschiedlichster Problemstellungen. Kernaufgabe der ZEK ist die Standardisierung und Bündelung der Bedarfe beim LWL, um bestmögliche wirtschaftliche Konditionen im Rahmen rechtlicher Vorgaben zu erzielen und Einkaufsprozesse zu optimieren.



Weitere Informationen zur ZEK und Kontakte finden Sie unter: www.lwl.org/zek