



Einkaufskonferenz 2019

Münster, 21.03.2019

Quo vadis, Vergaberecht?

Vom Haushaltsrecht zur Sozialpolitik

Hermann Summa
OLG Koblenz

Der Hoflieferant



Vom Hoflieferantentum zum Wettbewerb

- Vor noch gar nicht allzu langer Zeit war die Versorgung des Staates mit Waren und Leistungen ein **Privileg**, das man sich erdienen oder verdienen musste und das auch vererbt werden konnte.
- Geschäftsmöglichkeiten mit dem Staat hingen also vom Wohlwollen der Obrigkeit ab.
- Dies änderte sich erst, als im Zuge der Demokratisierung das Volk (= Parlament) die Kontrolle über den Staatshaushalt übernahm.
- Nunmehr galt der Grundsatz: Wenn der Staat den Bürgern und Unternehmen schon Geld wegnimmt, soll er wenigstens **wirtschaftlich und sparsam** damit umgehen.

Das Wettbewerbsprinzip

1. Erkenntnis:

Wer wirtschaftlich einkaufen will, braucht **Wettbewerb auf der Anbieterseite.**

- Der Wettbewerb war also „schon immer“ Mittel zum Zweck!
- Er ist entgegen anderslautenden Gerüchten keine Erfindung der EU!

Aber:

- Der Wettbewerb diene zunächst einzig und allein den finanziellen Interessen des Staates.
- Das bedeutete auch, dass der einzelne Unternehmer keinen subjektiven = einklagbaren Anspruch auf einen fairen Wettbewerb hatte.
- Das änderte sich unter dem Einfluss des EU-Rechts.

Das Wettbewerbsprinzip

2. Erkenntnis:

- Ohne Spielregeln kann der Wettbewerb nicht funktionieren.

Deutsche Besonderheit:

- Die Spielregeln waren über viele Jahrzehnte **keine Gesetze**.
- Die Beteiligten organisierten sich in Vereinen = **Verdingungsausschüssen** (später als Vergabeausschüsse bezeichnet) und erarbeiteten selbst die Spielregeln.
- Die von den Verdingungsausschüssen erarbeiteten Regelwerke waren zunächst nur **unverbindliche Handlungsempfehlungen**.
- Erst wenn jemand, der dazu gefugt war, den sog. Anwendungsbefehl gab, war ein Auftraggeber verpflichtet, das Regelwerk zu beachten.

Heute gibt es nur noch den für die VOB zuständigen Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen“ (DVA).

Zwischenfazit

- Das deutsche Vergaberecht ist ein Kind des Haushaltsrecht.
- Ziel war die wirtschaftlich sinnvolle Verwendung von Haushaltsmitteln.
- Angesprochen wurden deshalb zunächst nur juristischen Personen, die einen **Haushalt aufstellen** müssen, also (heute) der Bund, die Länder und die Gemeinden sowie einige ihrer Ableger.
- Vor diesem Hintergrund waren der haushaltsrechtliche und der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsbegriff sehr lange Zeit deckungsgleich.

Einfluss des EU-Rechts

Phase 1 (1990er Jahre):

Für die EWG-Kommission waren die unterschiedlichen vergaberechtlichen Regelungen in den Mitgliedsstaaten - neben der Sprachbarriere - das größte Hindernis für **grenzüberschreitende Bewerbungen** um öffentliche Aufträge.

- Zweiteilung des Vergaberechts in
 - ❖ Oberschwellenvergaben (OSV) = immer grenzüberschreitendes Interesse
 - ❖ Unterschwellenvergaben (USV) = grenzüberschreitendes Interesse im Einzelfall
- **Harmonisierung der OSV** über Richtlinien, aber Spielräume für nationale Regeln, mit denen auch Ausländer leben können.

Beispiel: Mittelstandsförderung durch Losvergabe = deutsche „Macke“.

- Die Harmonisierung wurde und wird (nur) in Deutschland konterkariert durch eine mittelstandsfeindliche vergaberechtliche Kleinstaaterei in Form **überflüssiger** landesrechtlicher Vergaberegeln für OSV.

Einfluss des EU-Rechts

Phase 1 (1990er Jahre):

Neu für Deutschland (das insoweit inhaltenden Widerstand leistete):

- Aus Spielregeln, die nur den finanziellen Interessen des Staates dienten, wurden subjektive Rechte der Wettbewerbsteilnehmer.
- Ab 1. Januar 1999: Vergabespezifischer Rechtsschutz bei OSV > **Nachprüfungsverfahren**

Einfluss des EU-Rechts

Phase 2 (jüngere Vergangenheit):

Unter dem Einfluss von Mitgliedsstaaten wie Deutschland:

- **Aktive Mitwirkung an der Umwandlung des Vergaberechts in ein Instrument der Umwelt- und Sozialpolitik**

Realsatire im Bundestag

Bundestagsdebatte v. **16. Oktober 2015** zur Vergaberechtsänderung, die am 18.04.2016 im Kraft trat

Markus Held (SPD):

„Wenn bisher zum Beispiel in Kommunalparlamenten über Vergaben entschieden wurde, wurde letztendlich nur über den Preis entschieden, und das führte in der Regel bei Kommunalpolitikern zu Ärger und Unzufriedenheit. ... Dies wird sich nun glücklicherweise mit der heute zu beratenden Modernisierung des Vergaberechts ändern.“

Klaus Ernst (Linke):

„Wenn es weiterhin so ist, dass nur der Preis entscheidet, dann bekommt oft der den Zuschlag, der der Billigste ist und der soziale und ökologische Gesichtspunkte nicht berücksichtigt.“

Markus Held:

„Das ändert sich ja jetzt.“

Der Wirtschaftlichkeitsbegriff

Die Herren irrten!

Der haushaltsrechtliche Wirtschaftlichkeitsbegriff ließ es „schon immer“ zu, bei der Entscheidung über den Zuschlag neben dem Preis

- weitere monetäre Kriterien (wie Folgekosten)
- nicht monetäre Kriterien (wie Qualität)

zu berücksichtigen.

Beispiel § 25 Nr. 3 Abs. 3 Satz 2 VOB/A **1992**:

*„ ... soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller technischen und wirtschaftlichen, gegebenenfalls auch gestalterischen und funktionsbedingten Gesichtspunkte als das annehmbarste erscheint. **Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.**“*

Der Wirtschaftlichkeitsbegriff

Auch das europäische Vergaberecht hat nie die Auftraggeber gezwungen, allein nach dem Preis zu entscheiden.

Beispiel (Auszug aus der Richtlinie 92/50/EWG v. 18. Juni 1992, in Deutschland erst zum 1. Januar 1999 umgesetzt):

Zuschlagskriterien

Artikel 36

(1) Der Auftraggeber wendet unbeschadet der für die Vergütung von bestimmten Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags folgende Kriterien an:

- a) entweder - wenn der Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt - verschiedene auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, z. B. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit der Leistung, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt, Ausführungszeitraum oder -frist, Preis,
- b) oder ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises.

Das neue Vergaberecht

Geändert hat sich etwas völlig anderes:

Sowohl bei den leistungsbestimmenden Elementen (siehe z.B. § 31 Abs. 3 VgV) als auch bei den Zuschlagskriterien (siehe § 127 Abs. 3 GWB) wurde der vorher notwendige **Bezug zu den Eigenschaften der Leistung aufgegeben** und durch einen sehr lockeren Auftragsbezug ersetzt.

Folgen:

1. Das Gebot der produktneutralen Ausschreibung wurde weitgehend außer Kraft gesetzt.
 - führt zu Widersprüchen innerhalb des geltenden Vergaberechts

Das neue Vergaberecht

2. Der haushaltsrechtliche und der vergaberechtliche Wirtschaftlichkeitsbegriff sind nicht mehr deckungsgleich.

Früher:

- Wirtschaftlich ist, was den Haushalt des Auftraggebers **am meisten schont**.

Heute:

- Wirtschaftlich im Sinne des Vergaberechts kann auch eine Beschaffung sein, die den Haushalt des Auftraggebers **am meisten belastet**.

Das neue Vergaberecht

Beispiel 1:

Ausgeschrieben ist eine Rahmenvereinbarung für die Belieferung eines Krankenhauses mit Lebensmitteln.

Vorgaben des Auftraggebers in LB: nur Öko-Produkte aus der Region

Verstoß gegen das Gebot des § 31 Abs. 6 VgV, denn alle anderen Produktionsverfahren werden ebenso ausgeschlossen wie ausländische Waren, ohne dass dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt wäre.

Aber: wohl zulässig nach § 31 Abs. 3 VgV

Verhältnis von Abs. 3 zu Abs. 6 bisher völlig ungeklärt!

Das neue Vergaberecht

Beispiel 2:

Fair-Trade-Kaffee ist etwa doppelt so teurer, aber nicht per se qualitativ besser als anderer Kaffee.

Der Auftraggeber darf das Ausschreibungsergebnis über (soziale) Zuschlagskriterien, die sich *„nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“* (§ 127 Abs. 3 GWB) so beeinflussen, dass von vorn herein nur Bieter mit Fair-Trade-Kaffee den Zuschlag erhalten können.

Die Beschaffung eines nicht besseren, sondern „nur“ viel teureren Kaffees ist haushaltsrechtlich unwirtschaftlich (= Verstoß gegen das Haushaltsrecht), aber vergaberechtlich wirtschaftlich.

Die Politik hat selbstverständlich das **Recht**, das Vergaberecht so auszurichten. Sie hat dann aber auch die **Pflicht**, die selbstgeschaffenen Widersprüche aufzulösen.

Auswüchse

Auftragsgegenstand ist das Fachlos „Tischlerarbeiten“ im Rahmen eines Schulneubaus (Auftragswert ca. 200.000 €).

Der Auftraggeber fordert von jedem Bieter eine Erklärung mit folgendem Wortlaut:

„Ich verpflichte mich, bei der Auftragsausführung

- die ILO-Kernarbeitsnormen bestmöglich zu beachten,*
- dafür Sorge zu tragen, dass diese Vorschriften auch von allen an der Auftragsausführung Beteiligten eingehalten werden.*

Zu den Beteiligten gehört auch der Hersteller im Sinne des § 4 Abs. 1 ProduktHaftG.“

Was erklärt der Handwerker, der eine solche oder ähnliche vorformulierte Erklärung unterschreibt?

Kann oder muss ein Handwerker das wissen?

Auswüchse

- ILO-Kernarbeitsnormen sind **keine Gesetze**, in denen Rechte und/oder Pflichten von Menschen oder Unternehmen geregelt wären.
- Es handelt sich vielmehr um **völkerrechtliche Verträge**, in denen sich die Unterzeichnerstaaten verpflichten, die in den Verträgen formulierten **Ziele durch nationale Gesetzgebung** zu verwirklichen.
- Die wesentlichen Ziele sind:
 - Schutz von Kindern vor Ausbeutung (z.B. als Kindersoldaten, Arbeits- oder Sexsklaven)
 - Gewährleistung von Arbeitnehmerrechten (wie Gründung von Gewerkschaften, Streikrecht)

Auswüchse

- Als völkerrechtliche Verträge sind die ILO-Kernarbeitsnormen zwangsläufig so konzipiert, dass sie keinerlei Ansatzpunkte für individuelle Verpflichtungen liefern.
- Rechte und/oder Pflichten von natürlichen oder juristischen Personen können sich ausschließlich aus den **nationalen Rechtsnormen** ergeben, die der Umsetzung eines Übereinkommens dienen (z.B. nationale Jugendschutzgesetze).

Denkbar wäre die Forderung des Auftraggebers:

Keine Waren aus Ländern, in denen die ILO-Übereinkommen nicht (ausreichend) umgesetzt wurden.

Auswüchse

Stichwort: EDV

In der VR China organisiert eine kriminelle Vereinigung eine Form des Kapitalismus, in der kein Platz für Arbeitnehmerrechte ist.

Wer sich in der VR China auf die Arbeitnehmerrechte beruft, die in den ILO-Übereinkommen 87 und 98 umschrieben sind, gilt als Staatsfeind und wird ohne rechtstaatliches Verfahren eingesperrt.

Aber: Es ist nahezu unmöglich, Hardware zu erwerben, die nicht zumindest teilweise in der VR China von **rechtlosen Arbeitern** hergestellt wurde.

Nähme man ILO-Erklärungen wie die zitierte ernst

- Rückkehr zu sozialpolitisch korrekt hergestelltem Papier und Bleistift

Auswüchse

Stichwort: Kinderarbeit

Entgegen einer weitverbreiteten Fehlvorstellung verbieten die ILO-Übereinkommen 138 und 182 nicht die Kinderarbeit.

Die Regulierung und letztlich auch Abschaffung der Kinderarbeit ist ein von den Unterzeichnerstaaten **anzustrebendes Ziel**, wobei es ihnen überlassen bleibt, wie und in welchen Zeiträumen sie dieses Ziel anstreben.

Das Übk. 182 verpflichtet die Unterzeichnerstaaten, „**die schlimmsten Formen der Kinderarbeit vordringlich**“ zu verbieten und auch faktisch zu beseitigen.

Welche Erscheinungsformen der Kinderarbeit zu den „schlimmsten“ gehören, bestimmen die Unterzeichnerstaaten in eigener Verantwortung.

Um dies zu beurteilen dürften die Kenntnisse eines deutschen Handwerkers nicht ausreichen.

Persönliche Schlussbemerkung

- Die Bekämpfung des Missbrauchs und der Ausbeutung von Kindern ist das wichtigste gesellschaftliche Anliegen dieser Tage.
- Die Verknüpfung des Vergaberechts mit den ILO-Kernarbeitsnormen ist allerdings nicht hilfreich, sondern sinnfreier Aktionismus.
- Man kann nicht Veränderungen, die in Deutschland über Jahrzehnte abliefen, in anderen Teilen der Welt von heute auf morgen mit der Brechstange des Vergaberechts erzwingen.
- Wer stolz darauf ist, dass „seine“ Vergabestelle nur noch „kinderarbeitsfrei“ beschafft, unterliegt einer Selbsttäuschung.
- Stolz sein darf nur, wer den Kindern und ihren Familien zugleich eine **realistische ökonomische Alternative** bietet.
- Sonst sind die Alternativen zur Kinderarbeit nicht unbeschwerte Kindheit und Schule, sondern Betteln und Prostitution.
- Als Lektüre empfehle ich: <http://www.spiegel.de/wirtschaft/soziales/bolivien-die-stolzen-kinderarbeiter-a-1123897.html>