

Ist das EU-Vergaberecht unterwegs vom Preis- zum Qualitätswettbewerb? – eine Aussensicht

Marc Steiner,
Richter am Bundesverwaltungsgericht*

*Der Referent vertritt seine persönliche Meinung.

“Firmenpräsentation”

Das schweizerische Bundesverwaltungsgericht mit Sitz in St. Gallen entspricht nach deutschem Verständnis einer Kombination von Vergabekammer Bund und OLG Düsseldorf. Mit kantonalen und kommunalen Beschaffungen sind nur die kantonalen Verwaltungsgerichte und das Bundesgericht in Lausanne befasst.

“Projektantenproblem?”

Public Hearing

of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection

Modernisation of Public Procurement

Tuesday 24 May 2011 from 16.00 to 18.30

European Parliament, Brussels

Room: JAN 6Q2

Gliederung

- Firmenpräsentation
- These: Vergabekulturwandel als Ziel
- ungewöhnlich niedrige Angebote
- ILO Core Labour Standards als Ausschlussgrund
- Mehreignung
- Begriff des wirtschaftlich günstigsten Angebots

These: Kulturwandel im Vergaberecht?

- Das neue EU-Vergaberecht intendiert eine Bewegung hin vom niedrigsten Preis zum besten Preis-Leistungs-Verhältnis und damit eine neue Vergabekultur (Heide Rühle; vgl. dazu auch 16. forum vergabe Gespräche 2013, S. 153)

Ungewöhnlich niedriges Angebot I

Erwägungsgrund 103 Richtlinie 2014/24/EU:
Angebote, deren Preis im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheint, können auf technisch, wirtschaftlich oder rechtlich fragwürdigen Annahmen oder Praktiken basieren. Kann der Bieter keine hinreichende Begründung geben, so sollte der öffentliche Auftraggeber berechtigt sein, das Angebot abzulehnen.

Ungewöhnlich niedriges Angebot II

Erwägungsgrund 103: [...]

Eine Ablehnung sollte obligatorisch sein in Fällen, in denen der öffentliche Auftraggeber festgestellt hat, dass die vorgeschlagenen ungewöhnlich niedrigen Preise oder Kosten daraus resultieren, dass verbindliche sozial-, arbeits- oder umweltrechtliche Unionsvorschriften oder mit dem Unionsrecht in Einklang stehende nationale Rechtsvorschriften oder internationale arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden.

ILO-Kernarbeitsnormen sind keine Eignungsanforderungen

Das Fordern von Verpflichtungserklärungen zu den ILO-Kernarbeitsnormen gemäss § 18 TVgG NRW als Nachweis der beruflichen (technischen) Leistungsfähigkeit entspricht nicht geltendem Vergaberecht. Die Aufzählung der Eignungsnachweise in Art. 48 Abs. 2 der Richtlinie 2004/18/EG ist abschliessend. Möglich ist eine entsprechende zusätzliche Bedingung bzw. Anforderung an die Auftragsausführung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29. Januar 2014, Verg 28/13).

ILO-Kernarbeitsnormen als Ausschlussgrund I

Art. 18 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU:
Verweis auf im Anhang X aufgeführte
internationale Vorschriften als Mindeststandards
(insb. ILO-Kernarbeitsnormen).

Art. 57 Abs. 4 Bst. a der Richtlinie 2014/24/EU:
fakultativer Ausschlussgrund, wenn der öffentliche
Auftraggeber ... Verstösse gegen .. Verpflichtungen
gemäss Artikel 18 Abs. 2 nachweisen kann.

ILO-Kernarbeitsnormen als Ausschlussgrund II (Schweiz)

- Art. 7 Abs. 2 VöB (gilt nur für die Bundesebene):
Wird die Leistung im Ausland erbracht, so hat die Anbieterin ... zumindest die Einhaltung der [ILO-Kernarbeitsnormen] zu gewährleisten.
- Art. 12 Abs. 1 des Entwurfs für eine neue Interkantonale Vereinbarung [IVöB]):
Für die im Ausland erbrachten Leistungen müssen mindestens die [ILO-Kernarbeitsnormen] eingehalten werden. Die Anbieter verpflichten ihre Subunternehmer, diese Anforderungen einzuhalten.

Mehreignung I

Art. 67 Abs. 2 Bst. b der Richtlinie 2014/24/EU:
Zu diesen Kriterien kann u.a. Folgendes gehören:
Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit
der Ausführung des Auftrags betrauten Personals,
wenn die Qualität des eingesetzten Personals
erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftrags-
ausführung haben kann,

<> EuGH Lianakis

Mehreignung II

Freise, Berücksichtigung von Eignungsmerkmalen bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots?. NZBau 2009, S. 225 ff., nennt als positiven Effekt der Berücksichtigung der Mehreignung die Abkehr vom reinen Preiswettbewerb (S. 228).

<> EuGH Lianakis

Mehreignung II (Schweiz)

BGE 139 II 489 (amtlich publizierter
Bundesgerichtsentscheid vom 23. Juli 2013):

Es ist aber nicht grundsätzlich unzulässig, eine gewisse Mindestanforderung als Eignungskriterium zu verlangen und eine darüber hinausgehende Erfüllung als Zuschlagskriterium zu gewichten. Zumindest dort, wo es auf fachliche Eignung oder Erfahrung ankommt, ist die Berücksichtigung einer Mehreignung im Rahmen des Zuschlags zulässig.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 53 der Richtlinie 2004/18/EG

- Ganz nach dem Muster des WTO Government Procurement Agreement wendet der öffentliche Auftraggeber beim Zuschlag entweder verschiedene Kriterien an, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, oder ausschliesslich das Kriterium des niedrigsten Preises. Es ist allerdings Rechtsprechung entwickelt worden, wonach bei komplexen Aufträgen die Vergabe nach dem niedrigsten Preis nicht das Gelbe vom Ei ist (etwa in Frankreich Conseil d'Etat).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU I

- Das Parlament (siehe “Rühle-Bericht” II) war in seiner Entschliessung vom 25. Oktober 2011 sehr klar. In der Regel sollte das beste Preis-Leistungsverhältnis entscheiden und nur bei weitgehend standardisierten Produkten allein der Preis massgebend sein.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU II

- Die Kommission wollte nicht so weit gehen wie das Parlament, hat aber bereits im Entwurf vom 20. Dezember 2011 (Art. 66) neu das wirtschaftlich günstigste Angebot oder die günstigsten Kosten als Alternativen definiert. Je nach Wahl des Auftraggebers können die Kosten entweder nur auf Grundlage des Preises oder etwa aufgrund des Lebenszyklus-Kostenansatzes ermittelt werden.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU III

- Art. 67 Abs. 2 der Richtlinie sieht ähnlich wie gemäss dem Vorschlag der Kommission drei Varianten vor. Entweder bestes Preis-Leistungs-Verhältnis, beste Kostenstruktur oder niedrigster Preis.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 67 der Richtlinie 2014/24/EU IV

Allerdings können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen, oder sie können deren Verwendung auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränken.

Tüpfelchen auf das i: Externalities nach Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU

Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Ware ... während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann (Treibhausgase, Schadstoffe).

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BöB I

Nach Art. 21 Abs. 3 BöB kann der Zuschlag für weitgehend standardisierte Güter auch nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen.

Das wirtschaftlich günstigste Angebot nach Art. 21 des schweizerischen BöB II

Sowohl aufgrund des Wortlautes als auch der Entstehungsgeschichte von Art. 21 BöB ist der Umkehrschluss zulässig, dass der Gesetzgeber ein derartiges Vorgehen bei *nicht* weitgehend standardisierten Gütern als nicht sachgerecht erachtet (Zwischenentscheid des Bundesverwaltungsgerichts B-2960/2014 vom 28. Oktober 2014 E. 4.2.5.1 f. mit Hinweisen; Steiner, in: Zufferey/Stöckli (Hrsg.), Aktuelles Vergaberecht 2014, S. 166 f. mit Hinweisen).

Fazit

Aufgrund verschiedener Teilgehalte der neuen klassischen Richtlinie wird ein übergeordneter Trend erkennbar, wonach im Sinne eines Wandels der Vergabekultur auf weniger Preis- und mehr Qualitätswettbewerb unter den Anbietern hingearbeitet werden soll. In dieselbe Richtung weist auch das Ziel der umwelttechnologischen Innovation mit den Mitteln des Vergaberechts (Peter Schäfer, Green Public Procurement im Rahmen der EU-Umwelt- und Nachhaltigkeitspolitik, in: Festschrift Fridhelm Marx, S. 657 ff., insb. S. 660).