

**EICHLER
KERN
KLEIN**
RECHTSANWÄLTE

**Frühjahrstagung der
Deutsch-Nordischen Juristenvereinigung e.V.
vom 20. bis 22. Mai 2022 in Kopenhagen**

**Die Umsetzung von sozialen und umweltpolitischen
Zielen in Verträgen mit der öffentlichen Hand**

Rechtsanwalt Oliver M. Kern LL.M. (UNSW)

Agenda

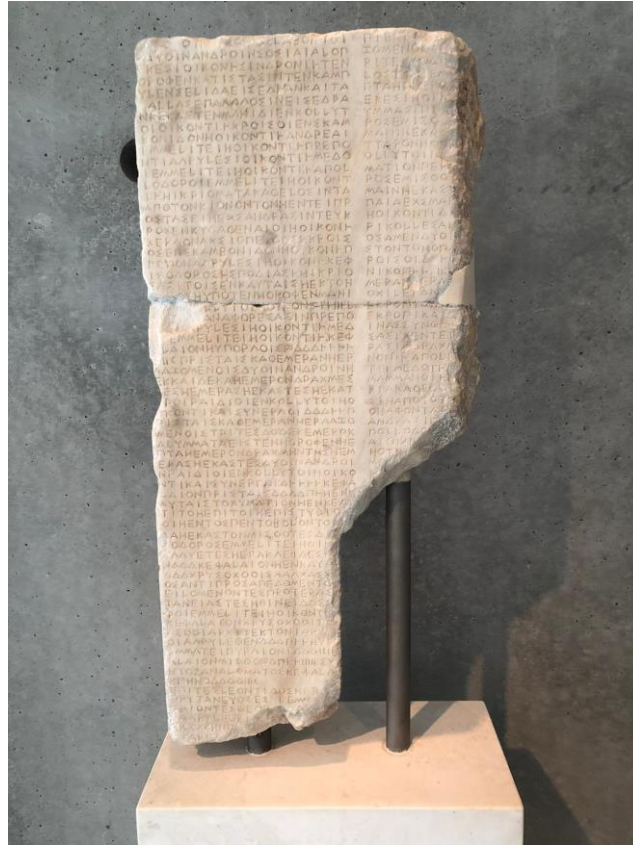
1. **Öffentliche Beschaffung ein Überblick**
2. **Soziale und Umweltstandards in der öffentlichen Beschaffung**
3. **Lieferengpässe und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz**
4. **Praxisbeispiele**



Öffentliche Beschaffung ein Überblick

1

EICHLER KERN KLEIN



Zweiteilung des Vergaberechts



EU-Recht umgesetzt in deutsches Recht

Rechtscharakter:

Außenwirksames Recht

Rechtswirkung:

Bieterschutz; Marktöffnung;
Budgetschutz

Rechtsschutz:

Besonderer Rechtsweg vor
Vergabekammern und OLGs

EU-Schwellenwerte



Nationales Haushaltsrecht

Rechtscharakter:

Weisung

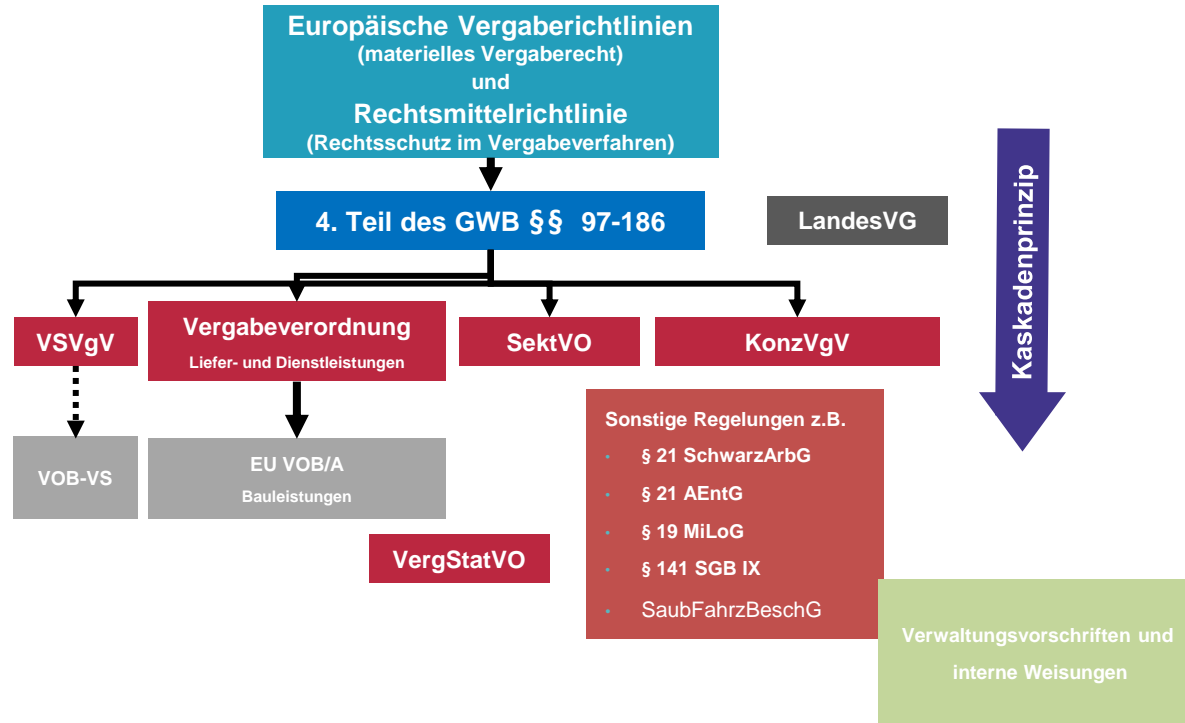
Rechtswirkung:

Schutz der öffentlichen Budgets

Rechtsschutz

i.d.R. vor den Zivilgerichten
(teilweise Spezialregelungen in
Landesvergabegesetzen)

Struktur des Vergaberechts - Oberschwellenbereich



Allgemeine Vergabegrundsätze (1)



Transparenz



Wettbewerb

- Wirtschaftlichkeit
- Verhältnismäßigkeit
- Mittelstand
- **Strategische Beschaffung**



Gleichbehandlung

Soziale- und Umweltstandards in der öffentlichen Beschaffung

2

Vergaberecht und soziale und umweltbezogene Aspekte

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

§ 97 Abs. 3 GWB

Anforderungen an die Unternehmen selbst – § 124 Abs.1 Nr. 1 GWB sowie § 46 Abs. 3 VgV

- § 124 GWB Abs. 1 Nr. 1 GWB: *„Öffentliche Auftraggeber können unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat“*
- Als Beleg zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit kann der AG je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Leistung ausschließlich die Vorlage von einer oder mehreren der in § 46 Abs. 3 VgV genannten Unterlagen verlangen. Dazu gehören u.a.:
 - *„Angabe des Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystems, das dem Unternehmen zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht,“*
 - *„Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet“*

ACHTUNG: § 46 VgV listet abschließend auf, welche Art von Belegen der Auftraggeber fordern darf!

§ 31 Abs. 3 VgV – Nachhaltigkeitsaspekte in der Leistungsbeschreibung (Vertrag)

- Vorgaben in der Leistungsbeschreibung können:
 - Aspekte der Qualität und der Innovation sowie **soziale und umweltbezogene** Aspekte betreffen
 - sich auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Leistungserbringung beziehen
 - sich auch auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen
- Derartige Vorgaben müssen in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sein

Zuschlagskriterien

- **Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt** (§ 127 Abs. 1 GWB, § 43 I UVgO).
- Das „wirtschaftlichste“ Angebot bestimmt sich grnds. nach dem besten **Preis-Leistungs-Verhältnis**.
- Zu dessen Ermittlung können
 - neben dem Preis oder den Kosten (z.B. Aufwand für Betrieb/Wartung der Leistung)
 - auch qualitative, **umweltbezogene oder soziale Kriterien** gewertet werden

„Design für Alle“

§ 121 Abs.2 GWB

§ 23 Abs.4 UVgO



Bei Beschaffung von Leistungen, die zur Benutzung durch natürliche Personen vorgesehen sind, muss der Auftraggeber die Zugänglichkeit für Menschen mit Behinderungen oder die Konzeption für alle Nutzer berücksichtigen

→ Weitere Einschränkung des Bestimmungsrecht des Auftraggebers (nicht das wie sondern der Beschaffungsinhalt betroffen)


Lieferengpässe und Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

3

Wirtschaftliche Perspektive zu Lieferketten - Aktuelle Zahlen aus Deutschland


- Die Corona-Pandemie hat Schwierigkeiten bei globalen Lieferketten und die Anfälligkeit des Systems offengelegt und der Krieg in der Ukraine die bestehenden Probleme teils drastisch verschärft
- Ein paar Zahlen*:
 - 42 % deutscher Mittelstandsunternehmen von Störungen der Lieferkette betroffen
 - Im Verarbeitenden Gewerbe und im Bau liegt der Anteil der von Lieferengpässen betroffenen Unternehmen weiterhin bei 78 %, im Groß- und Einzelhandel ist der Anteil seit dem Herbst sogar um 5 Prozentpunkte auf 68 % gestiegen
 - 90% der Mittelständler, die Vorleistungen aus dem Vereinigten Königreich, China oder Russland beziehen, leiden unter Materialknappheit

Soziale Perspektive zu Lieferketten - das Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

- Ziel  Schutz der Menschenrechte in globalen Lieferketten verbessern
- Ein paar Zahlen*:
 - 25 Millionen Menschen verrichten Zwangsarbeit
 - 79 Millionen Mädchen und Jungen sind von ausbeuterischer Kinderarbeit betroffen
 - 0,6% beträgt der Lohnanteil der Näherin eines Marken-T-Shirts

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz

Geltungsbereich § 1 LkSG

1	Unternehmen mit Sitz/Niederlassung in Deutschland
2a	3.000 Arbeitnehmern im Inland ab 01.01.2023
2b	1.000 Arbeitnehmern im Inland ab 01.01.2024
?	Was ist mit der öffentlichen Hand und öffentlichen Unternehmen? Strittig: Auch eine Kommune?  Wann ist ein öff. Auftraggeber „wirtschaftlich tätig“

Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz



Pflichten

1. Sorgfaltspflichten
2. Risikomanagement und -analyse
3. Präventions- und Abhilfemaßnahmen
4. Dokumentation

Sanktionen

1. Beschwerdeverfahren
2. Kontrollen
3. Bußgelder

Vergabe

1. Unmittelbar  § 22 LkSG Ausschluss von Vergabeverfahren
2. Mittelbar  Umsetzung Pflichten des LkSG durch LkSG-pflichtige „öffentliche Unternehmen“

Praxisbeispiele

4

Negativbeispiel: Medikamente mit geschlossener Lieferkette

Sachverhalt:

- Ausschreibung wirkstoffbezogener Rabattverträge in einem offenen Verfahren durch deutsche Krankenkassen im Jahr 2020
- Preis nicht alleiniges Zuschlagskriterium
- Weiteres Zuschlagskriterium: Gesamte Produktionskette für Arzneimittel und Verpackung liegt in der EU, den Unterzeichnerstaaten des General Procurement Agreement (GPA) oder der EU-Freizone
- Bei Erfüllung des Kriteriums wurde die Gesamtwirtschaftlichkeitszahl um bis zu 8 % erhöht
- Gegen das Kriterium der „geschlossenen EU-Lieferkette“ gingen mehrere Hersteller von Arzneimitteln vor, die Teile ihrer Produktion nicht in diesen Staaten unterhielten

Negativbeispiel: Medikamente mit geschlossener Lieferkette

Argumente der Krankenkassen:

- Kriterium verstoße gegen keine Vergabegrundsätze, Benachteiligungen von Drittstaatsländern seien von EU-Recht nicht erfasst
- Kriterium auch sachlich gerechtfertigt: Förderung geschlossener Lieferketten fördere hohe Versorgungssicherheit, Umweltschutz Arbeitsschutz
- Die Versorgungssicherheit sei bei Drittstaatenprodukten geringer, Beispiel: Exportverbot Indien
- Voraussetzung Auftragsbezug sei weit zu verstehen, die Lieferung betreffe gesamtes Produktionsfeld, Anknüpfen an gesamte Produktion der Bieter daher zulässig

Argumente der Arzneimittelhersteller:

- Kriterium verstoße gegen Gleichbehandlungsgebot aus § 97 Abs. 2 GWB
- Kriterium sei schon nicht geeignet, Ziele zu erfüllen: Alleine Produktion in den genannten Ländern stelle nicht höhere Versorgungssicherheit, Umweltschutz oder Arbeitsschutz sicher
- Nachweis, dass Freihandelsabkommen Standards erhöht, gebe es nicht
- Enge den ohnehin begrenzten Kreis an Rohstoffproduzenten weiter ein, sodass Versorgungssicherheit sogar abnehme
- Lieferkettenkriterium habe so keine Verbindung zum Auftragsgegenstand, da nicht konkreter Prozess sondern Bieter insgesamt

Negativbeispiel: Medikamente mit geschlossener Lieferkette

Entscheidung des Gerichts:

- **Gewährung eines Wirtschaftlichkeitsbonus für den Nachweis einer „geschlossenen EU-Lieferkette“ verstößt gegen Gleichbehandlungsgebot der Bieter in § 97 II GWB, sowie Erfordernis objektiver Zuschlagskriterien in § 127 IV GWB**
- Gleichbehandlungsgebot: Ungleichbehandlung nach Staaten gestatten weder GWB noch Europäische Richtlinien, auch keine Rechtfertigung zur Erreichung von Umwelt- und Sozialstandards – Privilegierte Gruppe zu heterogen, um höhere Standards zu gewähren
- Keine erhöhte Versorgungssicherheit: Länder wie Peru, Taiwan, China sind privilegiert, dass hier per se erhöhte Versorgungssicherheit im Vergleich zu Indien besteht, ist nicht nachweisbar, wegen wenigen Produzenten sogar geringe Versorgungsstabilität
- Keine Entscheidung dazu, ob Auftragsbezogenheit gegeben ist oder nicht

Positivbeispiel: Ortsnahe Entsorgungslösung

Sachverhalt:

- Ausschreibung Entsorgung Restabfälle einer deutschen Stadt in einem offenen Verfahren durch Eigenbetrieb der Stadt im Jahr 2017
- Vor Ausschreibung wurde Restabfall der Stadt aufwändig umgeladen und erheblich transportiert, dann verbrannt, die Schlacke zurücktransportiert
- Vergabegegenstand: Übernahme, Transport, Behandlung, Rücktransport der Abfälle und der Schlacke, nicht: Errichtung eigene Verbrennungsanlage
- Preis nicht alleiniges Kriterium, zu 30 % Umweltaspekte Zuschlagskriterium
- Auch „Transportemissionen“ Teil der Umweltaspekte
- Angebot kann Errichtung eigener Anlage vorsehen oder Transport zu bestehender Anlage, Transportemissionen anhand Entfernung bestimmt
- Gegen Kriterium ging ein Bieter vor, der keine eigene Anlage errichten wollte und so längere Transportwege einkalkulieren musste

Positivbeispiel: Ortsnahe Entsorgungslösung

Argumente der Stadt:

- Auftragsgegenstand unterliege Dispositionsbefugnis der Vergabestelle
- Mittelbarer Anreiz zur Schaffung von kurzen Transportwegen über Zuschlagskriterien daher zulässig

Argumente der Abfallentsorger:

- Kriterium verstoße gegen Grundsätze des Vergaberechts
- Entsorgungskonzept mit ortsnaher Verbrennungsanlage würden ungerechtfertigt bevorteilt
- Weitere Rügen hinsichtlich fehlender Losvergabe

Positivbeispiel: Ortsnahe Entsorgungslösung

Entscheidung des Gerichts:

- **Dass durch die Festlegung des Auftragsgegenstands bestimmte Lösungen favorisiert werden und dass dies in der Leistungsbeschreibung und den Wertungskriterien zum Ausdruck kommt, entspricht dem Wesen des Leistungsbestimmungsrechts, denn andernfalls wären jegliche Wertungskriterien mit Ausnahme des Preises sinnlos**
- Vergaberechtliche Grenzen des Bestimmungsrechts hier auch gewahrt, da Unterscheidungen sachlich gerechtfertigt
- Favorisierung ortsnaher Lösungen ist unter ökologischen Gesichtspunkten sachgerechte Unterscheidung
- Detaillierte Umweltbilanz dafür nicht erforderlich, Transportemissionen geeignetes Kriterium zur Bestimmung

DANKE

eichlerkernklein.de