

WMRC Rechtsanwälte • Chausseestr. 5 • 10115 Berlin

Entwicklungspolitisches Netzwerk Sachsen e. V.
z.Hd. Stefanie Licht
Kreuzstraße 7
01067 Dresden

Dr. Friedrich Wichert
Dr. Stefan Rude¹
Katja Gnittke²
Franziska Hansmann³
Dr. Natalie Hildebrandt²
Julia Heinicke⁴
Jannik Helbig⁴

Chausseestraße 5
10115 Berlin

Tel. +49 (0) 30 288 84 83 -0
Fax +49 (0) 30 288 84 83 -10

info@wmrc.de | www.wmrc.de

¹ Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

² Fachanwältin für Vergaberecht

³ Fachanwältin für Verwaltungsrecht

⁴ angestellte Rechtsanwältin/angestellter
Rechtsanwalt

E-Mail: stefanie.licht@einewelt-sachsen.de

Berlin, 12.08.2021

Unser Zeichen: 000064-21 GN-HE

Soziale und ökologische Anforderungen im Anwendungsbereich des UVgO

Sehr geehrte Frau Licht,

wir kommen zurück auf Ihre E-Mail vom 22.07.2021, in der Sie uns darum baten, den rechtlichen Rahmen der Verankerung sozialer und ökologischer Anforderungen in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen darzustellen.

Das Ergebnis vorab: Die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien ist bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unterhalb der Schwellenwerte nach Sächsischem Landesrecht möglich.

I. Vergaberechtliche Regelungen unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen

Im Bereich unterhalb der nach § 106 GWB maßgeblichen Schwellenwerte für die Anwendung des Kartellvergaberechts und der Verpflichtung zur Durchführung europaweiter Vergabeverfahren ist das Vergaberecht Landesrecht. Maßgebliche Regelungen für Sachsen finden sich in § 55 LHO Sachsen, dem Sächsischen Vergabegesetz und in der VOL/A sowie der VOB/A, auf die das sächsische Vergabegesetz verweist.

WMRC Rechtsanwälte
Wichert und Partner mbB
Sitz der Partnerschaft: Berlin
AG Charlottenburg PR 957 B

Deutsche Kreditbank AG
IBAN: DE65 1203 0000 0020 1176 36
BIC: BYLADEM1001

Steuernr: 34 / 589 / 53304
USt-ID: DE 251301853

§ 55 LHO lautet wie folgt:

„Öffentliche Ausschreibung

(1) 1Dem Abschluss von Verträgen über Lieferungen und Leistungen muss eine öffentliche Ausschreibung oder eine Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb vorausgehen, sofern nicht die Natur des Geschäfts oder besondere Umstände eine Ausnahme rechtfertigen. 2Teilnahmewettbewerb ist ein Verfahren, bei dem der öffentliche Auftraggeber nach vorheriger öffentlicher Aufforderung zur Teilnahme eine beschränkte Anzahl von geeigneten Unternehmen nach objektiven, transparenten und nichtdiskriminierenden Kriterien auswählt und zur Abgabe von Angeboten auffordert.

(2) Verträge sind nach einheitlichen Richtlinien abzuschließen, die vom zuständigen Staatsministerium, soweit erforderlich, im Einvernehmen mit dem Staatsministerium der Finanzen aufzustellen oder einzuführen sind.“

Nach den **Verwaltungsvorschriften zu § 55 LHO Sachsen** richtet sich die öffentliche Ausschreibung nach dem **Sächsischen Vergabegesetz**. An das Sächsische Vergabegesetz sind alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, die § 55 der Haushaltsordnung des Freistaates Sachsen zu beachten haben, sowie Zuwendungsempfänger, die nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen die Vergabevorschriften anzuwenden haben, gebunden.

Das Sächsische Vergabegesetz verweist für die Vergabe von Bauleistungen auf die **VOB/A** und für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen auf die **VOL/A**. Es enthält einzelne Bestimmungen zu Vergabeverfahren. Die UVgO, die im Bund und den meisten Bundesländern Vergaben unterhalb der Schwellenwerte regelt, gilt in Sachsen (bislang) nicht. Im Koalitionsvertrag Sachsen ist vereinbart, dass eine Novellierung des Sächsischen Vergabegesetzes erfolgt, was aber bislang noch nicht umgesetzt wurde. Es heißt dort auf S. 26/27 ([Koalitionsvertrag 2019-2024-2.pdf \(sachsen.de\)](#)), abgerufen am 14.09.2021):

„Wir werden das Prinzip der Nachhaltigkeit bei der Vergabe stärken und, soweit dies verhältnismäßig ist, dazu Umweltverträglichkeit, Emissionen, Energieeffizienz, die Lebenszykluskosten sowie Innovationskriterien bei der Feststellung des wirtschaftlichsten Angebotes berücksichtigen...“

Wir streben an, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. ...“

II. Berücksichtigung von sozialen und ökologischen Anforderungen

Maßgeblich für eine Berücksichtigung sozialer und ökologischer Anforderungen sind die im Bereich unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen derzeit anzuwendenden Regelungen. Für die Umsetzung gelten die Vorgaben des Sächsischen Vergabegesetzes und abhängig vom Auftragsgegenstand VOL/A bzw. VOB/A.

1. Regelungen oberhalb der Schwellenwerte

In den oberhalb der Schwellenwerte anwendbaren Regelungen und auch nach der UVgO, die in Sachsen bislang nicht in Kraft gesetzt wurde, ergibt sich die Zulässigkeit der Berücksichtigung sozialer und ökologischer Anforderungen aus verschiedenen Regelungen ausdrücklich:

- Nach § 127 Abs. 3 Satz 2 GWB und § 43 Abs. 3 S. 2 UVgO ist eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.
- Nach § 128 Abs. 2 S. 3 GWB und § 45 Abs. 2 S. 3 UVgO können Ausführungsbedingungen insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.
- § 31 Abs. 3 VgV und § 23 Abs. 2 UVgO sehen vor, dass Merkmale der Leistungsbeschreibung auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen können. Sie können sich danach auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffung ihren verhältnismäßig sind.
- § 58 Abs. 2 VgV und § 43 Abs. 2 UVgO sowie § 16 d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A regeln ausdrücklich, dass auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden können.

Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte ist nach Maßgabe der Richtlinie 2014/24/EU aber auch im Anwendungsbereich der UVgO anerkannt, dass sowohl ökologische als auch soziale Anforderungen an den Beschaffungsgegenstand gestellt werden können (zum Beispiel Opitz, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 127 GWB Rn. 101). Das Verständnis dessen, was den Auftragsgegenstand betrifft, hat sich insofern spätestens seit dem Vergaberechtsmodernisierungsgesetz gewandelt. Differenzierter ist die Umsetzung im Hinblick auf die Verortung der Anforderungen auf einer bestimmten Stufe des Vergabeverfahrens und die Nachweisführung.

2. Regelungen in Sachsen unterhalb der Schwellenwerte

In den im Bereich unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen geltenden Regelungen finden sich kaum ausdrückliche Bezugnahmen auf soziale und ökologische Anforderungen. Dennoch gewährt der vergaberechtliche Rahmen im Bereich unterhalb der Schwellenwerte aus unserer Sicht bereits aktuell die Möglichkeit ökologische und soziale Kriterien in Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

a) VOB/A

Nach § 16 d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A können zur Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zur Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, *umweltbezogene oder soziale Aspekte* berücksichtigt werden. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 7 VOB/A stehen Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht auf diesen beziehen, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.

b) VOL/A

In § 16 Abs. 8 VOL/A heißt es, dass bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, *Umwelteigenschaften*, Betriebskosten, Lebenszykluskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist Berücksichtigung finden können. Maßstab und Voraussetzung für die Formulierung von Zuschlagskriterien und Anforderungen an die Leistung ist nach der VOL/A die Rechtfertigung durch den Auftragsgegenstand.

c) Sächsisches Vergabegesetz

Das sächsische Vergabegesetz enthält keine speziellen Regelungen zu sozialen und ökologischen Anforderungen, aber auch keine Regelungen, die einer Verankerung von sozialen und ökologischen Anforderungen durch den Auftraggeber in Vergabeverfahren entgegenstehen. Zum Nachweis der Eignung können gemäß § 3 Abs. 1 SächsVergG Unterlagen und Angaben gefordert werden, die durch den Gegenstand des Auftrags gerechtfertigt sind. Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt gem. § 5 Abs. 1 SächsVergabeg anhand des Prüfschemas zur Wertung von Angeboten (Anlage 1), das auf das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bei der Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes abstellt. Zur 4. Wertungsstufe Auswahl des wirtschaftlichsten Angebotes werden beispielhaft auftragsbezogene Kriterien benannt. Soziale und umweltbezogene Kriterien werden zwar nicht ausdrücklich aufgeführt. Die Aufzählung ist, da ausdrücklich Beispiele genannt werden, aber nicht abschließend.

3. Ergebnis

Nach den in Sachsen im Bereich unterhalb der Schwellenwerte zu berücksichtigenden Regelungen des SächsVergG, der VOL/A und VOB/A können soziale und ökologische Anforderungen ebenso wie andere Anforderungen an den Auftragsgegenstand Teil der Vergabeunterlagen sein (vgl. u.a. Ziekow, Rechtswissenschaftliches Gutachten Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernar-

beitsnormen, 2016 für SKEW). Die Rechtslage in Sachsen entspricht im Wesentlichen dem Stand vor der Vergaberechtsmodernisierung 2016 im Bereich oberhalb der Schwellenwerte und dem Stand der Geltung der VOL/A im Bereich oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte.

Auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte gilt, dass der Auftraggeber bestimmt, was er beschafft und wie er das beste Preis-Leistungs-Verhältnis bestimmt. Soziale und ökologische Anforderungen sind bei Vergaben nach Maßgabe der VOL/A und der VOB/A zulässig, wenn sie durch den Gegenstand des Auftrages gerechtfertigt sind.

Soziale und ökologische Anforderungen müssen im Zusammenhang mit den bei Erfüllung des Auftrags zu erbringenden Leistungen oder Lieferungen stehen, können sich aber auf die gesamte Lieferkette beziehen. Dies galt auch schon vor Inkrafttreten der ausdrücklichen Regelungen, die wir unter 1. dargestellt haben.

Vor der Vergaberechtsmodernisierung auf Basis der Richtlinie 2014/24/EU wurde zwar bei sozialen Aspekten wie zum Beispiel Anforderungen an den fairen Handel, diskutiert, ob eine ausreichende Verbindung mit dem Auftragsgegenstand besteht. Dies hat der EuGH aber bereits im Jahr 2012 bestätigt (EuGH, 10.05.2012, RsC 368/10; vgl. auch Opitz, in: Burgi/Dreher, Vergaberecht, § 127 GWB, Rn. 101). Auch das OLG Düsseldorf hat bereits 2014 entschieden, die Forderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen durch den öffentlichen Auftraggeber weise, weil sie den Prozess der Lieferung (oder Leistung) betreffe einen sachlichen Zusammenhang zum Auftragsgegenstand auf (Beschluss vom 29.01.2014, Verg 28/13 und Beschluss vom 25.06.2014, Verg 39/13- allerdings gegen die Verankerung auf Ebene der Eignung). Anforderungen, die einen sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand haben, sind sowohl nach dem SächsVergG als auch nach VOL/A und VOB/A zulässig.

Als problematisch wurde insbesondere vor der Vergaberechtsmodernisierung zum Teil angesehen, dass der Auftraggeber die Einhaltung derartiger Anforderungen wie der ILO-Kernarbeitsnormen nicht immer überprüfen kann (zum Beispiel Wiedemann in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOB/A § 16 Rn. 348, ders. in Kulartz/Marx/Portz/Prieß, VOL/A, § 16 Rn. 325). Die Überprüfbarkeit einer Anforderung ist Voraussetzung für die vergaberechtliche Zulässigkeit. Nach unserem Verständnis betrifft dieser Einwand aber nicht die grundsätzliche Zulässigkeit von ökologischen und sozialen Anforderungen auch nicht solcher, die die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in der Lieferkette betreffen, sondern vielmehr die Frage, welche Nachweise gefordert werden (können).

Nicht zulässig sind Anforderungen an das Unternehmen als solches ohne Bezug zum konkreten Auftrag. Zum Teil wird bestritten, dass soziale Anforderungen wie die ILO-Kernarbeitsnormen Teil der Leistungsbeschreibung oder Teil technischer Spezifikationen sein können (vgl. zu alledem Ziekow, a.a.O. unter 7.). Anerkannt ist die Berücksichtigungsfähigkeit auf Ebene der Zuschlagskriterien und der Auftragsausführungsbedingungen.

Die Verankerung von sozialen und ökologischen Anforderungen in Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen muss sich an den übrigen Regelungen der VOL/A bzw. VOB/A messen lassen. Dazu gehören insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, des Wettbewerbs und der Transparenz. Die Kriterien müssen transparent und bestimmt formuliert werden und in die Vergabeunterlagen integriert werden. In diesem Rahmen können ökologische und soziale Kriterien, die sich auf den konkreten Auftragsgegenstand beziehen in Vergabeverfahren auch unterhalb der Schwellenwerte in Sachsen umgesetzt werden.

Für Rückfragen stehen wir gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Katja Gnittke
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht