

GZ Präs. 11316/2003-1593
Dringlicher Antrag Nr. 808/2007

Auftragsvergabe und Frauenförderung

Graz, 9.10.2007
Dr. Nauta
Mag. Schmalenberg
BerichterstatteIn:

.....

**Bericht
an den
Gemeinderat**

In der Gemeinderatssitzung vom 18. Jänner 2007 hat der Gemeinderat einstimmig einen dringlichen Antrag mit folgendem Inhalt beschlossen:

- „1. Die zuständigen Stellen des Präsidialamtes, der Finanzdirektion und das Frauenreferat werden beauftragt, die Rahmenbedingungen zu prüfen, die entsprechend dem Motivenbericht, eine Verknüpfung der Vergabe von Aufträgen durch die Stadt Graz mit dem Vorliegen frauenfördernder Programme und Maßnahmen im Sinne der Vereinbarkeit von Familie und Beruf, ermöglichen.
2. Die Ergebnisse dieser Prüfung werden dem Gemeinderat bis Juni 2007 zur Beratung vorgelegt.“

Zu dem in dem dringlichen Antrag formulierten Anliegen, Frauen auf dem Weg der Auftragsvergabe zu fördern, wird vom Präsidialamt Folgendes festgestellt:

1. Die Bestimmungen des Bundesvergabegesetzes 2006 (BVergG 2006)

Gemäß § 84 Abs 2 BVergG 2006 hat der Auftraggeber in der Ausschreibung vorzusehen, dass die Erstellung des Angebots für in Österreich zu erbringende Leistungen unter Berücksichtigung der in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften zu erfolgen hat und dass sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrages in Österreich diese Vorschriften einzuhalten.

Die §§ 19 Abs 6 und 99 Abs 1 BVergG 2006 regeln, dass in Vergabeverfahren unter anderem auf die Beschäftigung von Frauen sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Aspekte

Bedacht genommen werden kann. Als mit der Zielsetzung des gegenständlichen dringlichen Antrages konform gehende Mittel dafür sind einerseits die Formulierung konkreter Zuschlagskriterien und die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag vorgesehen.

2. Die Interpretation dieser Bestimmungen im Lichte der EU-Vergaberichtlinien und deren Auslegung durch die EU-Kommission und den EuGH

2.1. Zuschlagskriterien

Zunächst ist festzuhalten, dass nur bei einer Vergabe nach dem Bestbieterprinzip die Möglichkeit besteht noch andere Zuschlagskriterien als den Preis vorzusehen. Wird eine Leistung nach dem Billigstbieterprinzip vergeben, was bei standardisierbaren Leistungen der Regelfall ist, zählt ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises. In diesen sehr häufigen Fällen scheidet daher die Formulierung von sozialen Zuschlagskriterien von vorne herein aus.

Will der Auftraggeber dem wirtschaftlich und technisch günstigsten Angebot den Zuschlag erteilen, so muss erstens der Grundsatz der Nichtdiskriminierung von Bietern eingehalten werden und zweitens müssen die angewandten Kriterien dem Auftraggeber einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil verschaffen. Außerdem haben die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenzuhängen¹.

Als zulässige Zuschlagskriterien, die dem Auftraggeber einen wirtschaftlichen Vorteil verschaffen, nennt Art 53 der RL 2004/18/EG z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist.

Unzulässig sind dagegen sozialpolitische Zuschlagskriterien, insbesondere Quoten für Aufträge, die bestimmten Kategorien von Bietern vorbehalten sind, oder Preispräferenzen bzw. Präferenzen für Bieter, die eine bestimmte Personenkategorie beschäftigen oder ein Programm zur Förderung der Chancengleichheit eingerichtet haben². Denn dabei handelt es sich mit anderen Worten um Kriterien, die nichts mit dem Gegenstand eines bestimmten Auftrags zu tun haben.

Solche Kriterien, die nichts zur Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots beitragen, sind nach der Zielsetzung der EU-Vergaberichtlinien ausgeschlossen. Darüber hinaus wären solche Kriterien mit dem Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA)

¹ Art 53 RL 2004/18/EG der RL über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe von öffentlichen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen.

² Mitteilung der Kommission KOM(2001)566 endg. vom 15.10.2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, S.15, (unverändert bedeutsam da die RL 2004/18/EG in den hier interessierenden Punkten nicht von den Vorgängerrichtlinien, 93/36/EWG, 93/37/EWG, 92/50/EWG und 93/38/EWG abweicht).

unvereinbar, das im Rahmen der Welthandelsorganisation abgeschlossen wurde.

Zuschlagskriterien müssen ferner mit den Grundsätzen der Gleichbehandlung der Bieter und der Transparenz vereinbar sein.³ Eine objektive und transparente Bewertung der verschiedenen Angebote setzt voraus, dass der öffentliche Auftraggeber in der Lage ist, die von den Bietern gelieferten Angaben effektiv zu kontrollieren. Eine Auftragsvergabe ist dann rechtswidrig, wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die Angaben der Bieter effektiv zu überprüfen.

Die dargelegten Grundsätze wurden vom EuGH in zwei Leitentscheidungen bestätigt.

Im Fall Concordia Bus⁴ führte der EuGH aus, dass die Berücksichtigung von Zuschlagskriterien nur dann zulässig ist, wenn sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen (was hinsichtlich der Berücksichtigung von Stickoxidemissionen für die Ausschreibung des städtischen Busverkehrs in Helsinki der Fall war).

In der Rechtssache EVN Wienstrom hat der EuGH⁵ die Vergabe der Lieferung von Energie behandelt, wobei als ein Zuschlagskriterium der Anteil an in den nächsten zwei/den vergangenen zwei Jahren lieferbarer und/oder gelieferter Energie aus erneuerbaren Energieträgern vorgesehen wurde. Dazu führte der EuGH aus, dass die zu einem solchen Zuschlagskriterium von den Bietern gemachten Angaben effektiv nicht kontrollierbar sind und die Auftragsvergabe daher rechtswidrig sei.

Aus den beiden Leitentscheidungen „Concordia“ und „EVN Wienstrom“ ergibt sich, dass vergleichbare sozialpolitische Zuschlagskriterien, wie zum Beispiel solche zur Frauenförderung, bei einer öffentlichen Auftragsvergabe unzulässig sind, da sie einerseits nicht mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen⁶ und andererseits für den Auftraggeber effektiv nicht kontrollierbar sind⁷.

³ Schima, Wettbewerbsfremde Regelungen, ZVB 2002, 57; Benedict, EWS 2000, 514;

⁴ EuGH 17.09.2002, Rs C-513/99 – Concordia Bus, Rn 49 und 64;

⁵ EuGH 04.12.2003, Rs C-448/01 - EVN Wienstrom, Rn 18 und 52;

⁶ Sturm, Positive Diskriminierung in der Arbeitswelt, RdA 2003, 481 FN 55; Casati, Grundsätze im Vergaberecht – Leitlinien einer ordnungsgemäßen Auftragsvergabe, ZVB 2002/108 FN 20; Casati, Auftragsvergabe – Instrument der Politik? Ecolex 1998, 363;

⁷ siehe BVA 09.02.2004, 10N-137/03-20;

2.2 Bedingungen im Leistungsvertrag - Allgemeine Geschäftsbedingungen

Unter Hinweis darauf, dass die Ausführungsphase eines Auftrages derzeit in den EU-Vergaberichtlinien nicht geregelt ist, vertritt die Kommission⁸ die Meinung, dass Vertragsklauseln oder die „Bedingungen für die Auftragsausführung“, sofern diese das Gemeinschaftsrecht einhalten und Bieter aus anderen Mitgliedstaaten nicht direkt oder indirekt benachteiligen, ein Mittel zur Förderung der Berücksichtigung sozialer Zielsetzungen sein können.

Darunter fällt insbesondere die Verpflichtung zur Einhaltung von arbeits- und sozialrechtlichen Vorschriften. Nach Ansicht der Kommission würde es ausreichen, wenn die den Auftrag erhaltenden Unternehmen derartige Bedingungen akzeptieren. Erfüllt der Zuschlagsempfänger diese Auftragsbedingungen nicht, stellt dies eine Vertragsverletzung dar, deren Rechtsfolgen (Vertragsstrafen, Rücktrittsrechte) sich nach den dem Auftrag zugrunde liegenden vertraglichen Regelungen richten.

Aufgrund der dargestellten Rahmenbedingungen hat die Stadt Graz bereits gemeinschaftsrechtlich mögliche Maßnahmen zur Frauenförderung durch ihre Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Landeshauptstadt Graz (AGB 2006) idF Präsidialerlass Nr. 9/2007 vom 9.3.2007 umgesetzt.

Im Einzelnen wird unter Pkt. 2.16 der AGB 2006 eine Übernahmeerklärung des Bieters geregelt, durch die sich der Bieter verpflichtet, bei der Durchführung des Auftrags die österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen sowie gleichbehandlungsrechtlichen Vorschriften, insbesondere das Gleichbehandlungsgesetz BGBl I Nr. 66/2004 einzuhalten.

Die Stadt Graz ist gemäß Pkt. 22.1.1.(7) der AGB 2006 berechtigt, bei Verletzung von arbeits- und sozialrechtlichen sowie gleichbehandlungsrechtlichen Vorschriften vom Vertrag zurückzutreten.

Schließlich könnte die Stadt Graz auch bei einzelnen Dienstleistungsaufträgen⁹, wo dies sinnvoll¹⁰ und überprüfbar¹¹ erscheint, Ausführungsbedingungen vorsehen die die Berücksichtigung sozialer Belange ermöglichen. Dabei ist aber immer zu beachten, dass Bieter aus

⁸ Mitteilung der Kommission KOM(2001)566, S. 18.

⁹ Bei Lieferaufträgen sind solche Bestimmungen schwer denkbar, da Klauseln, die die Anpassung der Organisation, der Struktur oder der Politik eines Unternehmens erforderlich machen würden, das in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig ist, sich als diskriminierend erweisen oder ein ungerechtfertigtes Handelshemmnis darstellen könnten.

¹⁰ Nicht sinnvoll wäre z. B. die Bedingung, den Auftrag mit einem bestimmten Anteil weiblicher Dienstnehmer umzusetzen, wenn es sich bei den angesprochenen Bietern typischer Weise um Einzelunternehmer (Sachverständige) handelt oder eine solche Bedingung wegen der Art der Tätigkeit (körperliche Schwerarbeit) nicht eingehalten werden könnte.

¹¹ Überprüft werden kann die Erfüllung der Bedingung insbesondere dann, wenn die Dienstleistung in den Räumen oder unter Aufsicht der Stadt Graz erbracht wird, wohingegen es nicht durchführbar sein dürfte, die näheren Umstände der Leistungserbringung im Unternehmen des Auftragnehmers zu kontrollieren.

anderen Mitgliedstaaten nicht direkt oder indirekt benachteiligt werden. Außerdem muss die Auftragsbedingung unabhängig sein sowohl von der Beurteilung der Fähigkeit der Bieter, die Leistungen auszuführen, als auch von den Zuschlagskriterien.

3. Zusammenfassung

Die auf den ersten Blick durch die einschlägigen Bestimmungen des BVergG 2006 gegebenen Möglichkeiten, sozialpolitische Belange bei der Auftragsvergabe zu berücksichtigen, werden bei näherer Betrachtung durch das im Zuge der Auslegung zu berücksichtigende EU-Recht und dessen Interpretation durch die EU-Kommission und den EuGH stark relativiert. Über den Umweg des EG-Vertrages werden die wesentlichen unter 2.1. und 2.2. geschilderten Prinzipien auch auf den Unterschwellenbereich projiziert.

Die Stadt Graz hat die europarechtlich möglichen generellen Maßnahmen zur Frauenförderung bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bereits umgesetzt, indem sie in den AGB 2006 eine Verpflichtung der Bieter vorsieht, die österreichischen arbeits- und sozialrechtlichen sowie gleichbehandlungsrechtlichen Vorschriften einzuhalten, und sich bei Nichteinhaltung ein Rücktrittsrecht vom Vertrag vorbehalten hat.

Darüber hinaus könnten vor allem bei der Vergabe von dafür geeigneten Dienstleistungsaufträgen im Einzelfall Ausführungsbedingungen aufgestellt werden, die Frauen und die bessere Vereinbarkeit von Familie und Beruf fördern.

Die ergänzenden Stellungnahmen der nach dem Beschluss des Gemeinderates ebenfalls einzubindenden Finanzdirektion vom 2. Februar 2007 und des Referates für allgemeine Frauenangelegenheiten im Amt für Jugend und Familie vom 16. Juli 2007 liegen diesem Bericht in Kopie bei.

Die Zuständigkeit des Gemeinderates ist dadurch gegeben, dass mit dem dringlichen Antrag 808/2007 beschlossen wurde, dem Gemeinderat zu berichten.

Gemäß § 1 Abs 1 und 4 iVm Anhang A Z. 9 der Geschäftsordnung für den Stadtsenat obliegt diesem die Vorberatung und Antragstellung in den der Erledigung des Gemeinderates vorbehaltenen Angelegenheiten als Kollegialorgan, soweit der Gemeinderat nicht eigene Ausschüsse zur Vorberatung und Antragstellung bestellt hat.

Der Stadtsenat stellt daher den

Antrag,

der Gemeinderat wolle den vorliegenden Bericht zur Kenntnis nehmen.

Der Bearbeiter:

Die Abteilungsvorständin:

Der Bürgermeister:

Gesehen!
Der Magistratsdirektor:

Beilagen:

Stellungnahme der Finanzdirektion vom 02.02.2007

Stellungnahme des Frauenförderungsreferates vom 17.07.2007

Vorberaten und angenommen in der Sitzung des Stadtsenates

am.....

Der Vorsitzende: