

[ams] rechtsanwälte, Institutweg 10, 69198 Schriesheim

QualitätsVerbund Planer am Bau WM-Q Ltd.
Herrn Dr.-Ing. Dipl.-Wirtsch.-Ing. E. Rüdiger Weng
Brunnenwiesen 9

D 73105 Dürnau

PER E-MAIL: rw@planer-am-bau.de

[ams] rechtsanwälte
schneider PartmbB
Alice Schneider
Matthias Schneider
Fachanwalt für Vergaberecht
Institutweg 10
69198 Schriesheim

Telefon: +49 6203 95469-00

Fax: +49 6203 95469-05

E-Mail: kontakt@ams-rae.de

Internet: www.ams-rae.de

IHR SCHREIBEN VOM

IHR ZEICHEN

UNSER ZEICHEN

SCHRIESHEIM, DEN

ams 16/00054

06.09.2017

Gutachterliche Stellungnahme

Einordnung der Zertifizierung „Planer am Bau“ als Qualitätssicherungssystem i.S.d. §§ 46, 49 VgV

Sehr geehrter Herr Dr. Weng,

in der vorgenannten Angelegenheit beziehen wir uns auf Ihre schriftlichen Anfragen vom 19.01.2017 und 11.07.2017, sowie den telefonischen Auftrag, im Rahmen einer gutachterlichen Stellungnahme die nachfolgend benannten Fragestellungen zu erörtern.

1. Ist das QualitätsManagement-System für Bauplaner „QualitätsStandard Planer am Bau“ ein Qualitätssicherungssystem i.S.d § 49 Abs. 1 VgV?

Falls nicht:

2. Kann es als gleichwertiges Qualitätssicherungssystem i.S.d. § 49 Abs. 1 Satz 3 VgV angesehen werden.

Falls ein Restrisiko besteht:

3. Sollten Sie sich als QualitätsVerbund Planer am Bau nach ISO zertifizieren lassen?

[ams] rechtsanwälte

schneider PartmbB
Institutweg 10
69198 Schriesheim

Amtsgericht Mannheim PR 700326
UmsatzsteuerID: DE297532102

Telefon: +49 6203 95469-00

Fax: +49 6203 95469-05

E-Mail: kontakt@ams-rae.de

Internet: www.ams-rae.de

Die Stellungnahme gliedert sich wie folgt:

A. Ausgangslage	3
B. Rechtslage	4
I. § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV	4
II. § 49 Abs. 1 VgV	5
III. § 46 SektVO	6
IV. § 49 Abs. 1 SektVO	7
V. Auslegung des § 49 Abs. 1 VgV	7
1. Voraussetzungen für den Nachweis von Qualitätssicherungsmaßnahmen durch den Auftraggeber	7
2. Andere Qualitätssicherungsverfahren	9
3. Ermessensausübung durch den Auftraggeber	10
4. Andere gleichwertige Nachweise für Qualitätssicherungsmaßnahmen	10
5. Beurteilung der Gleichwertigkeit	11
6. Richterliche Entscheidungen	11
VI. Nach § 46 und § 49 Abs. 1 SektVO zulässige Nachweise und Erklärungen	12
C. Ergebnis	13
I. Auftraggeber verlangt den Nachweis der DIN EN ISO 9001 - Zertifizierung	13
II. Auftraggeber verlangt den Nachweis eines Qualifizierungssystems ohne genau die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 zu benennen.	13
III. Auftraggeber verlangt den Nachweis eines Qualifizierungssystems i.S.d. § 49 Abs. 1 VgV und der Bewerber/Bieter verwendet ein solches Qualifizierungssystem, ihm fehlt jedoch noch der Nachweis der Zertifizierung	14
D. Zusammenfassung/Empfehlung	15

A. Ausgangslage

Anlass für die o.g. Fragestellungen ist eine E-Mail, in der Sie ausführen, dass „[...] eines unserer Mitglieder von der DB AG gezwungen wurde, die ISO 9001 vorzuweisen. [...] Die bei der DB AG für dieses Vorhaben zuständige Stelle weigert sich – bei anderen Fällen haben wir das Problem überhaupt nicht – unser Zertifikat anzuerkennen.“

Des Weiteren teilten Sie uns mit, dass das QualitätsZertifikat Planer am Bau keine einschlägige Norm ist, dieses aber von einem akkreditierten Zertifizierer zertifiziert wird.

B. Rechtslage

Die Darstellung der Maßnahmen zur Qualitätssicherung in dem sich am Auftrag interessierte Unternehmen ist ein grundsätzlich zulässiges Kriterium der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit im Rahmen der Eignungsprüfung und ist damit ein Eignungsnachweis (§ 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV).

Soweit es durch Besonderheiten des Auftragsgegenstandes gerechtfertigt ist, kann der Auftraggeber den Nachweis verlangen, dass das Qualitätsmanagement eines am Auftrag interessierten Unternehmens bestimmte Standards erfüllt (§ 49 Abs. 1 VgV).

I. § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV

Der § 46 Abs. 3 VgV dient der Umsetzung der Vorschriften des Art. 60 Abs. 4 i.V.m. Anhang XII Teil II der Richtlinie 2014/24/EU.

§ 46 Abs. 1, 2 und 3 Nr. 3 VgV Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

(1) Der öffentliche Auftraggeber kann im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber oder Bieter Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Bewerber oder Bieter über die erforderlichen personellen und technischen Mittel sowie ausreichende Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. Bei Lieferaufträgen, für die Verlege- oder Installationsarbeiten erforderlich sind, sowie bei Dienstleistungsaufträgen darf die berufliche Leistungsfähigkeit der Unternehmen auch anhand ihrer Fachkunde, Effizienz, Erfahrung und Verlässlichkeit beurteilt werden.

(2) Der öffentliche Auftraggeber kann die berufliche Leistungsfähigkeit eines Bewerbers oder Bieters verneinen, wenn er festgestellt hat, dass dieser Interessen hat, die mit der Ausführung des öffentlichen Auftrags im Widerspruch stehen und sie nachteilig beeinflussen könnten.

(3) Als Beleg der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bewerbers oder Bieters kann der öffentliche Auftraggeber je nach Art, Verwendungszweck und Menge oder Umfang der zu erbringenden Liefer- oder Dienstleistungen ausschließlich die Vorlage von einer oder mehreren der folgenden Unterlagen verlangen:

[...]

3. Beschreibung der technischen Ausrüstung, der Maßnahmen zur Qualitätssicherung und der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens,

[...]

Die technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines Unternehmens betrifft die personellen und technischen Ressourcen und die Erfahrungen eines Unternehmens, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können. Kriterien der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit lassen sich aus dem Katalog der hierfür vorgesehenen Eignungsnachweise in Anhang XII Teil II der RL 2014/24/EU ableiten. [...] (5.) die im Unternehmen etablierten Standards für das Qualitäts- und/oder das Umweltmanagement, [...].

Aufgrund des Wortlauts des § 43 Abs. 3 Nr. 3 VgV kann der Auftraggeber *die Beschreibung der Maßnahmen zur Qualitätssicherung* verlangen. Der Nachweis der Qualitätssicherung kann also in Form der Eigenerklärung des teilnehmenden Unternehmens erbracht werden. Dabei geht es vor allem um die Darstellung von Verantwortlichkeiten, Prozessen, Dokumentationsstandards, EDV-Organisation und -Datensicherung, interne Qualitätssicherung wie Checklisten oder 4-Augen-Prinzip, Wissens- und Fortbildungsmanagement, Projekt- und Bürocontrolling usw. Die Erbringung von Nachweisen oder Zertifikaten im Bereich der Architektur-

und Planungsleistungen ist hier nicht gefordert. Das ergibt sich zum einen aus dem Grundsatz des § 48 Abs. 2 VgV, nachdem der Auftraggeber grundsätzlich die Vorlage von Eigenerklärungen fordern soll. Zum anderen aus § 46 Abs. 3 Nr. 8 VgV, der Bescheinigungen zur Qualitätskontrolle als eignungsbezogenen Nachweis nur für Lieferleistungen vorsieht.

Die Regelung der materiellen Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nach § 46 Abs. 1 VgV sowie über die dafür zu erbringenden Nachweise nach § 46 Abs. 3 VgV ist abschließend. Konkret heißt dies, dass der öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Eignungsprüfung keine anderen materiellen Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bewerber und Bieter als die in § 46 VgV aufgeführten Anforderungen stellen darf.

Eine Regelung zur Zulässigkeit von gleichwertigen Nachweisen, wie sie in Artikel 60 Abs. 3 Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/24/EU für die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit enthalten ist, gibt es in der Richtlinie 2014/24/EU für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit nicht.

Es bleibt dem Auftraggeber aber unbenommen, die in § 46 Abs. 3 VgV teilweise nur generisch festgelegten Nachweise mit Blick auf den konkreten Auftrag auszufüllen bzw. zu konkretisieren, indem er z.B. gewisse inhaltliche Anforderungen an die Nachweise stellt. Dem Auftraggeber steht es zudem auch weiterhin frei, spezifische Eignungskriterien festzulegen, sofern sie zur sachgerechten Bewertung der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit geeignet sind. Dies wurde schon früh vom EuGH, etwa für das Kriterium der »für die auszuführenden Arbeiten erforderlichen spezifischen Erfahrung«, bestätigt.

Ein Eignungskriterium der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit kann daher die Einhaltung bestimmter Qualitätssicherungs- oder Umweltmanagementnormen sein.

Deshalb kann der Auftraggeber auch verlangen, dass der Bewerber oder Bieter Angaben zu den Maßnahmen macht, die er zur Sicherstellung einer gleichbleibend vertragskonformen Qualität ergreifen will.

Im Rahmen des § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV kann der Auftraggeber nicht den Nachweis verlangen, dass das Qualitätsmanagement eines am Auftrag interessierten Unternehmens bestimmte europäische Standards erfüllt.

II. § 49 Abs. 1 VgV

§ 49 Abs. 1 VgV wurde mit der Vergaberechtsmodernisierung neu gefasst und besitzt seit dem 18.04.2016 Gültigkeit. Die Norm setzt Art. 62 Abs. 1 RL 2014/24/EU um. Welche Bescheinigungen ein Auftraggeber zum Nachweis eines Qualitätsmanagements vom Bieter verlangen kann, richtet sich seitdem nach dieser Vorschrift.

§ 49 Abs. 1 VgV Beleg der Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements

(1) Verlangt der Auftraggeber als Beleg dafür, dass Bewerber oder Bieter bestimmte Normen der Qualitätssicherung erfüllen, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so bezieht er sich auf Qualitätssicherungssysteme, die

- 1. den einschlägigen europäischen Normen genügen und*
- 2. von akkreditierten Stellen zertifiziert sind.*

Der Auftraggeber erkennt auch gleichwertige Bescheinigungen von akkreditierten Stellen aus anderen Staaten an. Konnte ein Bewerber oder Bieter aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, die betreffenden Bescheinigungen nicht innerhalb einer angemessenen Frist einholen, so muss der Auftraggeber auch andere Unterlagen über gleichwertige Qualitätssicherungssysteme anerkennen, sofern der Be-

werber oder Bieter nachweist, dass die vorgeschlagenen Qualitätssicherungsmaßnahmen den geforderten Qualitätssicherungsnormen entsprechen.

Da der Nachweis der Qualitätssicherung bereits ein Eignungskriterium im Rahmen des § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV ist, kann der Auftraggeber nur dann den Nachweis verlangen, dass das Qualitätsmanagement eines am Auftrag interessierten Unternehmens bestimmte Standards erfüllt, soweit es durch Besonderheiten des Auftragsgegenstandes gerechtfertigt ist.

Auf diese Weise sollen letztlich die Qualitätssicherungsstandards im Rahmen EU-weiter Vergabeverfahren harmonisiert werden.

Die Regelung ist abschließend und lässt eine Bezugnahme des Auftraggebers auf nationale Normen (DIN) selbst dann nicht zu, wenn diese auf ISO-Normen aufbauen.

Der Auftraggeber muss also, wenn er die Anforderung an das Qualitätsmanagement mit Hilfe einer Norm definieren will, auf eine europäische Norm (EN) zurückgreifen.

Unter engen Voraussetzungen muss der Auftraggeber anstelle eines Zertifikats einer nach europäischen Normen prüfenden Organisation auch andere Urkunden mit vergleichbarer Aussagekraft als Nachweismittel akzeptieren.

III. § 46 SektVO

§ 46 SektVO setzt Artikel 78 Absatz 1 und Artikel 80 Absatz 1 Unterabsatz 1 und Unterabsatz 2 der Richtlinie 2014/25/EU um.

§ 46 Abs. 1 SektVO entspricht wortlautidentisch dem § 20 Abs. 1 SektVO a.F.

§ 46 SektVO – Objektive und nichtdiskriminierende Kriterien

(1) Der Auftraggeber wählt die Unternehmen anhand objektiver Kriterien aus, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sein müssen.

(2) Die objektiven und nichtdiskriminierenden Kriterien für die Auswahl der Unternehmen, die eine Qualifizierung im Rahmen eines Qualifizierungssystems beantragen sowie für die Auswahl der Bewerber und Bieter im offenen Verfahren, nicht offenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialog oder einer Innovationspartnerschaft können nach § 142 Nummer 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Anwendung des § 123 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen beinhalten. Handelt es sich um einen Auftraggeber nach § 100 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, beinhalten diese Kriterien nach § 142 Nummer 2 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen die Anwendung des § 123 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

§ 46 SektVO statuiert grundlegende Vorgaben für die Eignungsprüfung und die Anwendung von Ausschlussgründen im Sektorenbereich. Die Vorgaben gelten für alle im Sektorenbereich zur Verfügung stehenden Verfahrensarten, wobei § 45 Abs. 2 und 3 SektVO Einschränkungen bei der Auswahl von Teilnehmern in nicht offenen Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblichen Dialog und Innovationspartnerschaften vorsieht.

Wesentlich für das Verständnis des § 46 SektVO ist, dass diese Vorschrift dem Auftraggeber im Vergleich zum klassischen Vergaberecht grundsätzlich einen größeren Spielraum gewährt.

So bestimmt § 46 Abs. 1 SektVO, dass der Auftraggeber im Anwendungsbereich der SektVO Unternehmen – abweichend von den deutlich strengeren Vorgaben des § 122 Abs. 1 und 2 GWB – anhand objektiver Krite-

rien auszuwählen hat, die allen interessierten Unternehmen zugänglich sein müssen. Abs. 1 ist damit nur eine Konkretisierung des allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatzes und des Transparenzgebotes.

Im Unterschied zu den Regelungen der §§ 44 ff. VgV enthält die SektVO keine (beispielhafte) Aufzählung von zulässigen Eignungsnachweisen. Die danach bestehende Freiheit des Auftraggebers bei der Auswahl der Eignungsnachweise wird jedoch durch höherrangiges Recht begrenzt. Maßgeblich sind letztendlich doch die Vorgaben des § 122 GWB. Es sind daher nur solche Nachweise zulässig, die sich auf die Fachkunde, Leistungsfähigkeit (somit auch die technische und berufliche Leistungsfähigkeit) sowie das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 GWB beziehen. Es dürfen dabei nur solche Nachweise verlangt werden, die durch den Gegenstand des ausgeschriebenen Auftrags gerechtfertigt sind. Entscheidend ist, ob aus beständiger Sicht des Auftraggebers ein berechtigtes Interesse an den verlangten Nachweisen besteht, so dass die Forderung dieser als sachlich gerechtfertigt und verhältnismäßig erscheint und den Wettbewerb nicht einschränkt.

Eignungsnachweise, die in der VgV vom Gesetzgeber als zulässige Eignungsnachweise erachtet wurden, stellen angesichts der Auswahlfreiheit des Auftraggebers nach § 46 Abs. 1 SektVO ebenfalls zulässige Eignungsnachweise dar; soweit deren Forderung durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Insoweit kann auf die diesbezüglichen Formulierungen der §§ 44 ff. VgV verwiesen werden.

Die festgelegten Kriterien haben den Anforderungen des § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB zu genügen. Nach dieser Vorschrift müssen Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen. § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB soll nach der Gesetzesbegründung sicherstellen, dass Auftraggeber bei Vergabeverfahren nur angemessene Anforderungen an die Eignung stellen. Es sind daher nur solche Eignungsanforderungen zulässig, die zur Sicherstellung einer einwandfreien Ausführung des zu vergebenden Auftrags geeignet und erforderlich sind. Ob dies der Fall ist, hängt maßgeblich von der Art des Auftrags, vom Auftragsgegenstand und von den Bedingungen der Auftragsausführung ab.

Anforderungen, die in keiner Verbindung zum Auftragsgegenstand stehen, sind unzulässig.

§ 46 Abs. 2 SektVO betrifft die Anwendung der zwingenden Ausschlussgründe gemäß § 123 GWB. Die Vorschrift knüpft dabei an die Vorgaben des § 142 Nr. 2 GWB an. Denn § 142 Nr. 2 GWB sieht vor, dass private Sektorenauftraggeber gemäß § 100 Abs. 1 Nr. 2 GWB Unternehmen nach § 123 GWB ausschließen können, aber nicht ausschließen müssen. Die Regelungen zu den zwingenden Ausschlussgründen gemäß § 123 GWB sind folglich mit anderen Worten für private Sektorenauftraggeber nicht obligatorisch, sondern fakultativ ausgestaltet.

IV. § 49 Abs. 1 SektVO

§ 49 Abs. 1 SektVO ist identisch mit § 49 Abs. 1 VgV.

V. Auslegung des § 49 Abs. 1 VgV

1. Voraussetzungen für den Nachweis von Qualitätssicherungsmaßnahmen durch den Auftraggeber

Hat sich der Auftraggeber aufgrund der Besonderheiten des Auftragsgegenstandes entscheiden, von am Auftrag interessierten Unternehmen zu verlangen, dass sie bestimmte Normen der Qualitätssicherung erfüllen und dies von unabhängigen Stellen bescheinigt wird, so muss der Auftraggeber § 49 Abs. 1 VgV einhalten und kann kein Ermessen hinsichtlich des Nachweises ausüben.

Abs. 1 regelt den Nachweis bestimmter Qualitätssicherungsmaßnahmen.

Wenn der Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Bewerber oder Bieter bestimmte Qualitätssicherungsnormen erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen will, muss er auf Qualitätssicherungsverfahren Bezug nehmen, die den einschlägigen europäischen Normen entsprechen und von entsprechenden Stellen gemäß den europäischen Zertifizierungsnormen zertifiziert sind.

Es gilt also der Vorrang europäischer Zertifizierungsnormen.

Der Auftraggeber darf daher nur die Konformität mit einschlägigen europäischen Qualitätssicherungsnormen verlangen. Diese Forderung erfüllen zumindest alle Qualitätssicherungsnormen mit der Bezeichnung „DIN EN“ und „DIN EN ISO“. Bei den „DIN EN“ handelt es sich um die deutsche Übernahme einer Europäischen Norm (EN). Europäische Normen (EN) sind Regeln, die von einem der drei europäischen Komitees für Standardisierung (CEN, CENELEC und ETSI) erlassen und in Deutschland als DIN-EN-Normen veröffentlicht worden. Europäische Normen dürfen von den Mitgliedern der europäischen Normungsorganisationen nur unverändert übernommen werden. Mit der Bezeichnung „DIN EN ISO“ bzw. „DIN EN ISO/IEC“ werden Normen bezeichnet, die unter Federführung der internationalen oder europäischen Normungsorganisationen entstanden sind und dann von beiden Organisationen anerkannt wurden. Die größte praktische Bedeutung haben Zertifizierungen nach den DIN EN ISO 9000, DIN EN ISO 9001 oder DIN EN ISO 9004, die Regelungen zum Qualitätsmanagement enthalten und deren Zulässigkeit als Eignungsnachweis anerkannt ist.

Da der Nachweis einer zertifizierten Qualitätssicherung bzw. eines zertifizierten Qualitätsmanagements die technische und berufliche Leistungsfähigkeit des Bewerbers/Bieters betrifft und § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV hierfür bereits eine generelle Regelung für den Nachweis von Maßnahmen zur Qualitätssicherung getroffen hat, müssen besondere Umstände hinzutreten, die dem Auftraggeber eine Rechtfertigung geben, einen solchen konkretisierenden und die Teilnehmerzahl begrenzenden Nachweis zu verlangen.

1. Qualitätssicherungssystem nach DIN EN ISO 9000 ff.

Bei der Normenreihe DIN EN ISO 9000 bis 9004 handelt es sich um Nachweise für die fachliche Eignung der Bieter, nicht lediglich um technische Spezifikationen.

Die DIN EN ISO 9001 befasst sich mit Qualitätssicherungssystemen zur Darlegung der Qualitätssicherung von Design/Entwicklung, Produktion, Montage und Kundendienst. Sie beruht auf einer entsprechenden europäischen Norm des CEN (EN 29001).

Gegenstand der Norm ist nicht das Produkt, sondern der Produktentstehungsprozess; vereinfachend geht es um die Frage, ob ein Unternehmen ein sogenanntes Qualitätsmanagement- oder Qualitätssicherungssystem eingeführt hat.

Dabei gibt die Norm keinen Qualitätsstandard vor, sondern stellt nur einen groben Rahmen dar, der Eckpunkte des durch den Unternehmer selbst zu definierenden Qualitätsziels setzt.

Die DIN EN ISO 9001 legt also die Mindestanforderungen an ein Qualitätsmanagementsystem (QM-System) fest, die eine Organisation zu genügen hat, um Produkte und Dienstleistungen bereitzustellen können, welche die Kundenerwartungen sowie allfällige behördliche Anforderungen erfüllen.

Die Zertifizierungsstelle prüft nicht die Qualität des Unternehmens, sondern nur die Vollständigkeit des Qualitätssicherungssystems entsprechend der einschlägigen Norm und die Einhaltung der durch das Unternehmen selbst vorgegebenen Standards und Verfahren.

2. Andere Qualitätssicherungsverfahren

Fraglich ist, ob neben den Qualitätssicherungssystemen nach DIN EN ISO 9001 noch Raum für andere Qualitätssicherungsverfahren im Rahmen des § 49 Abs. 1 VgV ist.

Die gesetzliche Vorgabe ist, dass Qualitätssicherungsverfahren den einschlägigen europäischen Normen entsprechen und von entsprechenden Stellen gemäß den europäischen Zertifizierungsnormen zertifiziert sein müssen.

Soweit für die Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung die Vorlage von „Bescheinigungen unabhängiger Stellen“ gefordert wird, darf sich der Auftraggeber nur auf Qualitätssicherungssysteme beziehen, die „einschlägigen europäischen Normen genügen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind“.

Immer wieder wird übersehen, welche Bedeutung der Begriff der „akkreditierten Stelle“ in diesem Zusammenhang hat.

Dieser Begriff war in den Vorgängervorschriften in VOL/A und VOB/A vor der Vergaberechtsreform noch nicht enthalten. Die Präzisierung der Vorschriften durch die Aufnahme der „akkreditierten Stelle“ geht auf die Vorgaben in Art. 62 I 1 der RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe zurück. Damit ist nun klar, dass im Bereich der Qualitätssicherung keine Zertifikate und Gütezeichen gefordert werden dürfen, die nicht von akkreditierten Stellen stammen.

In Deutschland müssen sich die Stellen, die Managementsysteme zertifizieren, bei der Deutschen Akkreditierungsstelle (DAkKS) akkreditieren lassen.

Akkreditiert ist eine Stelle, die über eine Akkreditierung der Deutschen Akkreditierungsstelle (DAkKS) nach dem Akkreditierungsstellengesetz (AkkStelleG) auf der Grundlage der VO (EG) Nr. 765/2008 (AkkreditierungsVO) verfügt.

Die DAkKS übt im Rahmen der Akkreditierung hoheitliche Aufgaben aus und überprüft unter anderem die fachliche Kompetenz und die Eignung der zu akkreditierenden Stellen. Dabei dürfen die Bediensteten und sonstigen Beauftragten der DAkKS auch die Räumlichkeiten der zu akkreditierenden Stellen betreten, besichtigen und prüfen.

Durch die Akkreditierung wird bestätigt, dass eine Zertifizierungsstelle die Kompetenz besitzt, bestimmte Konformitätsbewertungsaufgaben durchzuführen.

Durch die Akkreditierung der DAkKS soll also die Unabhängigkeit und die fachliche Qualität der akkreditierenden Stellen sichergestellt und das Vertrauen in Qualitätsbewertungen durch verlässliche und hoheitlich geprüfte Standards gestärkt werden.

Insofern macht es Sinn, dass derzeit im Bereich von § 49 VgV nur die Vorlage von Bescheinigungen von Institutionen, die von der DAkKS akkreditiert sind, gefordert werden dürfen.

Dies trifft auf eine Vielzahl der in der Praxis anzutreffenden Gütezeichen jedoch nicht zu, so dass die Vorlage derartiger Zertifikate im Bereich von § 49 VgV nicht wirksam gefordert werden kann, auch wenn die Prüfbestimmungen zum Teil unter Einbeziehung öffentlicher Stellen oder öffentlicher Auftraggeber formuliert werden.

Aufgrund der engen Vorgaben des § 49 Abs. 1 VgV werden Auftraggeber die zertifizierten Qualitätssicherungssysteme nach DIN EN ISO 9001 fordern bzw. deren Nachweis akzeptieren, da diese bekanntermaßen die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllen. Andere Qualitätssicherungsverfahren, die nachweislich nicht den Vorgaben der DIN EN ISO 9001 entsprechen, werden weder im Rahmen des § 49 Abs. 1 VgV vom Auftraggeber verlangt werden können noch vom bietenden Unternehmen als gleichwertiger Nachweis erbracht werden können.

3. Ermessensausübung durch den Auftraggeber

Grundsätzlich besitzt der Auftraggeber einen Ermessensspielraum, welche zulässigen Eignungskriterien er auswählt.

Ob der Auftraggeber den Nachweis eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems fordert, wird davon abhängen, ob er eine entsprechende Zertifizierung bei dem zugrundeliegenden Auftragsgegenstand für notwendig erachtet.

Wie bei allen Nachweisforderungen sollte der Auftraggeber darauf bedacht sein, den Kreis der geeigneten Bewerber/Bieter nicht ungewollt einzuschränken. Grundsätzlich gilt, dass auch die Nachweisforderung zu Qualitätssicherungsmaßnahmen des Bewerbers oder Bieters durch den Gegenstand des zu vergebenden Auftrags gerechtfertigt und verhältnismäßig sein muss. Nur dann ist eine rechtmäßige Ermessensentscheidung möglich.

Fraglich ist, ob im Rahmen der Vergabe von Planungsleistungen die Erbringung des Nachweises eines Qualitätsmanagementsystems nach DIN EN ISO 9001 notwendig und üblich ist.

Gerade genormte Qualitätssicherungssysteme wie die nach DIN EN ISO 9001 sind bei Architekten- und Ingenieurleistungen wenig aussagekräftig, da sie keine fachliche Qualifikation belegen. Außerdem ist dieser Bereich bereits durch die Abfrage der Darstellung des vorhandenen Qualitätssicherungssystems nach § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV abgedeckt.

Falls ein den europäischen Normen entsprechendes Qualitätsmanagementsystem im Einzelfall doch erforderlich sein sollte, kann der Nachweis ergänzend verlangt werden (§ 122 Abs. 4 GWB, § 75 Abs. 4 VgV sind zu beachten). Wie bereits ausgeführt bedarf es hierfür jedoch einer besonderen Rechtfertigung.

4. Andere gleichwertige Nachweise für Qualitätssicherungsmaßnahmen

Weiter hat der Auftraggeber auch andere gleichwertige Nachweise für Qualitätssicherungsmaßnahmen anzuerkennen, wenn ein Bewerber oder Bieter aus Gründen, die er nicht zu vertreten hat, die betreffende Bescheinigung nicht innerhalb einer angemessenen Frist einholen konnte.

Diese Regelung ist von Bedeutung, wenn der Auftraggeber mit dem Teilnahmeantrag oder dem Angebot den Nachweis eines zertifizierten Qualitätsmanagementsystems fordert und ein Bewerber oder Bieter sich am Vergabeverfahren beteiligen will, der über ein etabliertes Qualitätsmanagementsystem verfügt, das den einschlägigen europäischen Normen (im Sinne der DIN EN ISO 9001) genügt, aber noch nicht zertifiziert ist, und eine Zertifizierung bis zum Ablauf der Bewerbungs- bzw. Angebotsfrist nicht erfolgen kann.

Die Gleichwertigkeit bezieht sich sowohl auf die vom Bewerber bzw. Bieter eingerichteten Qualitätssicherungsmaßnahmen als auch auf die Art des Nachweises.

Inhaltlich muss nachgewiesen werden, dass die von dem Unternehmen angewandten Qualitätssicherungsmaßnahmen den Maßnahmen der einschlägigen europäischen Normen gleichwertig sind. Die Erklärung eines Bewerbers reicht dafür i.d.R. nicht aus. Es ist anzunehmen, dass die Bescheinigung der Gleichwertigkeit von einer akkreditierten Stelle ausgestellt sein muss.

5. Beurteilung der Gleichwertigkeit

Auch wenn andere Auftraggeber in vorangegangenen Vergabeverfahren eine Gleichwertigkeit eines bestehenden nicht nach DIN EN ISO 9001 Qualitätsmanagementsystems eines Bieters mit einer Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 angenommen haben sollten, verpflichtet das nicht den nächsten Auftraggeber ebenfalls zu diesem Ergebnis zu kommen. Produkte werden unter jeweils eigenen spezifischen Bedingungen hergestellt. Dienstleistungen/Planungsleistungen können - wenn auch seltener – ebenfalls speziellen Ablaufbedingungen unterliegen, die der Auftraggeber für sich in Anspruch nimmt.

Die Produktion erfordert, wenn sie von gleichbleibender Qualität sein soll, jeweils spezifische Qualitätssicherungsmaßnahmen. Ein Qualitätsmanagementsystem bezieht sich nicht auf ein Produkt, sondern setzt Standards unabhängig von einer Branche und den spezifischen Produkten. Die Normenreihe DIN EN ISO 9000ff bezieht sich auf die Grundsätze für Maßnahmen zum Qualitätsmanagement, nicht auf Qualitätssicherungsmaßnahmen zur gleichbleibenden Qualität von Produkten. Die Produktrealisierung ist nur einer von mehreren Organisationsprozessen, mit denen sich das Qualitätsmanagement beschäftigt, hinzutreten etwa die Prozesse der Leitungsverantwortlichkeit, der Evaluation und ständigen Verbesserung.

Es ist jedoch nicht auszuschließen, dass auch andere nicht nach DIN EN ISO 9001 zertifizierte Qualitätsmanagementsysteme ähnliche Prozesse und Abläufe abbilden, die vom Auftraggeber durchaus als gleichwertig angesehen werden können. Wobei diese Anerkennung der Gleichwertigkeit im Rahmen des § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV stattzufinden hat.

Denn im Rahmen des § 49 Abs. 1 VgV hat der Auftraggeber keinen Ermessensspielraum. Aufgrund der klaren Vorgaben, welche Nachweise durch den am Auftrag interessierten Bewerber erbracht werden müssen und unter welchen Bedingungen der Auftraggeber ein Qualitätsmanagementsystem anerkennen muss, ist ihm ein klarer Rahmen vorgegeben. Raum ist also nur für Qualitätsmanagementsysteme, die den einschlägigen europäischen Normen entsprechen (so z.B. der DIN EN ISO 9001) und von einer akkreditierten Stelle zertifiziert wurden oder noch werden. Unternehmen, die nicht an einer gerechtfertigten Forderung des Nachweises eines Qualitätssicherungssystems i.S.d. § 49 Abs. 1 VgV scheitern wollen, sollten deshalb die Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001 anstreben, da aktuell nur diese eine Bestätigung der Einhaltung der europäischen Normen für Qualitätssicherungssysteme darstellt.

6. Richterliche Entscheidungen

Da es die Vorschrift des § 49 VgV in der aktuellen Version erst seit dem 18.04.2016 gibt, liegen noch keine Entscheidungen vor, ob es Qualitätssicherungssystemen geben kann, die nicht nach DIN EN ISO 9001 zertifiziert sind, aber trotzdem die Voraussetzungen der Rechtsnorm erfüllen können.

Auch gibt es noch keine Entscheidungen zu der Frage, wann die Forderung des Auftraggebers an die bietenden Unternehmen, ein zertifiziertes Qualifizierungssystem nach DIN EN ISO 90001 nachzuweisen, vom Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist.

Nach Entscheidungen, die aufgrund der alten Rechtslage getroffen wurden, musste der Auftraggeber auch gleichwertige Qualitätssysteme zulassen. Solche Ermessensentscheidungen können im Rahmen des § 46 Abs. 3 VgV erfolgen, solange sich der Auftraggeber an die vorgegebenen Eignungskriterien hält. Die Grundsätze des Vergaberechts sprechen auch hier für die Zulassung vergleichbarer Qualifizierungssysteme.

VI. Nach § 46 und § 49 Abs. 1 SektVO zulässige Nachweise und Erklärungen

In § 46 SektVO enthält keine (beispielhafte) Aufzählung von Eignungsnachweisen. Es sind jedoch nur solche Eignungsanforderungen zulässig, die zur Sicherstellung einer einwandfreien Ausführung des zu vergebenden Auftrags geeignet und erforderlich sind. Einschränkungen sind dem Auftraggeber nur insofern auferlegt, als die Kriterien objektiv – also nichtdiskriminierend – und allen zugänglich – also transparent und hindernisfrei abrufbar – sein müssen. Die vom Auftraggeber gestellten Eignungsanforderungen haben dennoch den Vorgaben des § 122 Abs. 4 Satz 1 GWB und - für Planungsdienstleistungen - § 75 Abs. 4 VgV zu entsprechen (vgl. auch § 142 GWB), müssen daher mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und in einem angemessenen Verhältnis zu ihm stehen.

Da § 49 Abs. 1 SektVO dem § 49 Abs. 1 VgV entspricht, können die Ausführungen unter V. übernommen werden.

C. Ergebnis

I. Auftraggeber verlangt den Nachweis der DIN EN ISO 9001 - Zertifizierung

Das QualitätsManagement-System für Bauplaner „QualitätsStandard Planer am Bau“ besitzt offiziell keine Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001.

Sollte ein Auftraggeber in der Ausschreibung nur den Nachweis für ein nach DIN EN ISO 9001 zertifiziertes Qualitätsmanagement verlangen, dann kann der Bewerber/Bieter, der das QualitätsManagement-System für Bauplaner „QualitätsStandard Planer am Bau“ verwendet, den geforderten Nachweis nicht erbringen.

Auch wenn es in dem Fall nicht zulässig sein sollte, dass der Auftraggeber nur dieses eine Qualitätsmanagement verwendet sehen möchte, so besteht zunächst die Vorgabe in der Bekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen.

Rechtliche Möglichkeiten:

Eine Rechtmäßigkeitsüberprüfung könnte der Bewerber/Bieter nach einer nicht abgeholten Rüge nur über ein Nachprüfungsverfahren erreichen. Im Rahmen des Nachprüfungsverfahrens müsste überprüft werden, ob es eine sachliche Rechtfertigung gibt, dass der Auftraggeber überhaupt einen Nachweis für ein Qualitätsmanagement mit bestimmten Standards i.S.d. § 49 Abs. 1 VgV als Eignungskriterium verlangen durfte und sollte dies bestätigt werden, ob dann nur der Nachweis eines nach DIN EN ISO 9001 zertifizierten Qualitätsmanagementsystems rechtmäßig ist.

Es erfolgt also eine Überprüfung der Ermessenentscheidung des Auftraggebers. Der Auftraggeber lässt kein anderes Qualitätsmanagementsystem als mögliches Eignungskriterium zu. Ein solches Vorgehen ist nur in sachlich begründbaren Ausnahmefällen zulässig, da es den allgemeinen Grundsätzen des Vergaberechts widerspricht.

Zuerst muss die Forderung des Nachweises nach Kenntniserlangung durch Unternehmen (unterschiedliche Fristen) gerügt werden. Erfolgt keine Abhilfe durch den Auftraggeber, wird ein Nachprüfungsverfahren bei der Vergabekammer eingeleitet.

II. Auftraggeber verlangt den Nachweis eines Qualifizierungssystems ohne genau die Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 zu benennen.

Bei dem QualitätsManagement-System für Bauplaner „QualitätsStandard Planer am Bau“ könnte es sich jedoch um ein Qualifizierungssystem i.S.d. § 49 Abs. 1 VgV handeln.

Hierfür müsste es den einschlägigen europäischen Normen entsprechen und von einer akkreditierten Stelle zertifiziert worden sein.

Eine Prüfung, ob das QualitätsManagement-System für Bauplaner den einschlägigen europäischen Normen entspricht sollte der TÜV Rheinland vornehmen können, da er auch die zertifizierende Stelle ist. Da es sich bei dem TÜV Rheinland um eine akkreditierte Stelle handelt, spricht einiges dafür, dass die zweite Voraussetzung erfüllt ist. Eine abschließende Bestätigung, ob dies auch im Sinne des § 49 Abs. 1 VgV der Fall ist, kann auch hier der TÜV Rheinland abgeben.

Ein Problem hinsichtlich der Entsprechung europäischer Normen könnte darin liegen, dass Unternehmen, die ein Qualitätsmanagementsystem nach DIN EN ISO 9001 haben, jährlich durch ein Audit überprüft werden, das QualitätsManagement-System für Bauplaner aber nur alle drei Jahre ein Audit bei dem jeweiligen Bauplaner durchführt und jährlich eine Selbstbewertung durch die Mitgliedsunternehmen stattfindet.

Weiteres Vorgehen:

Für den Fall, dass eine Entsprechung mit den Vorgaben des § 49 Abs. 1 VgV vom TÜV Rheinland festgestellt wird, sollte ein Bestätigungsschreibens des TÜV Rheinland eingeholt werden, dass es sich bei „Qualitäts-Standard Planer am Bau“ um ein Qualitätssicherungssystem i.S.d § 49 Abs. 1 VgV handelt.

Dieses könnte der Bewerber/Bieter den Bewerbungsunterlagen beilegen.

Alternativ könnte darüber nachgedacht werden, dass der Qualitätsverbund Planer am Bau langfristig eine Akkreditierung anstrebt, um als unabhängige Stelle im Sinne des § 49 Abs. 1 VgV eigenständig Zertifizierungen vornehmen zu können.

III. Auftraggeber verlangt den Nachweis eines Qualifizierungssystems i.S.d. § 49 Abs. 1 VgV und der Bewerber/Bieter verwendet ein solches Qualifizierungssystem, ihm fehlt jedoch noch der Nachweis der Zertifizierung

Sollte der TÜV Rheinland bestätigen, dass es sich bei dem Zertifikat QualitätsManagement-System für Bauplaner „QualitätsStandard Planer am Bau“ um die Absicherung eines gesamtheitlichen Qualitätsmanagementsystems des Unternehmens handelt, das den einschlägigen europäischen Normen genügt, aber die derzeitige Zertifizierung nicht dem erforderlichen Nachweis genügen, dann käme § 49 Abs. 1 Satz 3 VgV zur Anwendung.

In dem Fall hätte der Bewerber/Bieter den Umstand des fehlenden Nachweises nicht zu vertreten und könnten diesen eventuell auch nicht innerhalb einer angemessenen Frist einholen. Mit einer Bescheinigung des TÜV Rheinland könnte er dann dem Nachweis genügen, dass die vorgeschlagenen Qualitätssicherungsmaßnahmen den geforderten Qualitätssicherungsnormen entsprechen.

Weiteres Vorgehen:

In diesem Fall, sollte jedoch auch die entsprechende Zertifizierung beantragt und durchgeführt werden, dass sie baldmöglichst den Bauplanern zur Verfügung steht, damit sie sie im Rahmen der unter C. II. dargestellten Alternative entsprechend verwenden können.

D. Zusammenfassung/Empfehlung

Wenn der Auftraggeber die Erfüllung bestimmter Normen der Qualitätssicherung bescheinigt haben möchte, so darf er aufgrund der aktuellen Gesetzeslage nur noch Nachweise von Qualitätssicherungssystemen fordern, die „einschlägigen europäischen Normen genügen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind“. Zertifikate und Gütezeichen, die dem nicht entsprechen, können also nicht als Nachweis für die Verwendung eines Qualitätsmanagementsystems i.S.d. § 49 Abs. 1 VgV verlangt werden.

Auftraggeber, die die Anwendung eines Qualifizierungssystems für die Leistungserbringung als notwendig erachten, werden diesen Nachweis entsprechend der Vorgaben in den Ausschreibungsunterlagen verlangen. Sie werden aufgrund der strengen gesetzlichen Vorgaben kein Risiko hinsichtlich der geforderten Nachweise eingehen wollen.

Bei der DIN EN ISO 9001 handelt es sich um eine solche international anerkannte Zertifizierung eines Qualitätsmanagementsystems. Es ist also für Auftraggeber naheliegend, diese ihnen bekannte Zertifizierung zu verlangen. Es kann deshalb auch zukünftig vorkommen, dass Auftraggeber nur diesen Nachweis fordern und keine Alternativen zulassen. In diesem Fall kann ein bietender Bauplaner mit dem „QualitätsStandard Planer am Bau“ den Nachweis nicht erbringen.

Der § 49 VgV lässt zwar gleichwertige Systeme unter engen Voraussetzungen zu. Der Nachweis muss dann jedoch eindeutig erbracht werden.

Eine Zertifizierung des Qualitätsverbundes Planer am Bau nach der DIN EN ISO 9001 ist daher zu empfehlen. Insbesondere für die Fälle, dass Auftraggeber nur diese Zertifizierung fordern.

Alternativ:

Sollte der TÜV Rheinland feststellen, dass das QualitätsManagement-System für Bauplaner „QualitätsStandard Planer am Bau“ ebenfalls den Vorgaben des § 49 Abs. 1 VgV entspricht, dann sollte dies entsprechend bescheinigt und offiziell als Zusatz aufgenommen werden.

In diesem Fall bliebe das Restrisiko bestehen, dass der Nachweis des Bauplaners dann nicht erbracht werden kann, wenn ein Auftraggeber rechtmäßig nur eine Zertifizierung nach DIN EN ISO 9001 verlangt.

Langfristig sollte darüber nachgedacht werden, ob es sinnvoll wäre, den Qualitätsverbund Planer am Bau selbst zu akkreditieren.

Mit den vorstehenden Ausführungen hoffen wir Ihre Fragestellungen beantwortet zu haben und stehen gern für weitere Fragen zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

[ams]rechtsanwälte



Matthias Schneider
Rechtsanwalt | Fachanwalt für Vergaberecht