

Empfehlungen für eine Revision der vergaberechtlichen Regelungen aus zivilgesellschaftlicher Perspektive

Entwicklungspolitisches Netzwerk Hessen e.V.

Maria Tech, Fachpromotorin für Fairen Handel und nachhaltige Beschaffung

In unserer Arbeit mit den rund 60 hessischen Kommunen und Kreisen, die als Fairtrade-Town ausgezeichnet sind, gibt es viele Vergabestellen, die gern nachhaltig beschaffen würden. Sie wünschen sich hierfür eine eindeutige Rechtsgrundlage, die es ermöglicht soziale Kriterien (wie die ILO-Kernarbeitsnormen) bei der Beschaffung zu berücksichtigen. **Die aktuell gewählte Formulierung „fair gehandelte Produkte“ ist nicht eindeutig genug.** Zwar gehören zu den Kriterien des Fairen Handels „Produktionsbedingungen, die den acht Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) entsprechen“¹, laut einem rechtswissenschaftlichen Gutachten (Ziekow 2016)² können die ILO-Kernarbeitsnormen jedoch aktuell in Hessen nicht rechtssicher eingefordert werden. **Die Kriterien des Fairen Handels gehen sogar über die ILO-Kernarbeitsnormen hinaus, sodass letztere auch konkret genannt werden könnten.** Dies würde Klarheit für Beschaffungsverantwortliche schaffen, auch weil mit der Formulierung „Produkte des Fairen Handels“ unklar ist, welche Gütezeichen noch darunter fallen. In §3 Abs.3 ist zudem missverständlich, dass die in §3 Abs.2 Nr. 7 genannte Anforderung als „ökologische“ Anforderung definiert wird. Etwas weiter unten sind dann auch nur „Umweltgütezeichen“ genannt, was offen lässt, ob Gütezeichen mit sozialem Schwerpunkt zulässig sind.

Effektiver Nachweis zur Einhaltung sozialer Anforderungen

In der Praxis führen einfache Verpflichtungserklärungen häufig zu Frustration bei Vergabestellen und Bietern, da sie Aufwand bedeuten, zugleich aber keinen glaubwürdigen Nachweis liefern und von Vergabestellen kaum effizient überprüft werden können. Gleichzeitig führen sie zu einer Wettbewerbsverzerrung: Unternehmen, die in die Beachtung internationaler Arbeits- und Menschenrechte investieren und dies von Siegel- oder Monitoringorganisationen nachweisen und kontrollieren lassen, werden gleichgestellt mit den Bietern, die lediglich mit einer Eigenerklärung unterschreiben, dass sie Sozialstandards einhalten.

Einfache Eigenerklärungen ohne Nachweiswert sollten daher nicht als gleichwertige oder nachrangige Möglichkeit zugelassen werden. Wir empfehlen stattdessen ein glaubwürdiges Nachweis-Instrumentarium im Rahmen einer Verwaltungsvorschrift auszugestalten, das folgende Formen der Nachweiserbringung beinhaltet:

¹ Vgl. <https://www.hamburg.de/contentblob/3918526/fc762960bed2a7f6f7ba6a14a0f04d31/data/eu-kom%292009-215-v-5-5-2009-fairer-handel.pdf>

² Vgl. Rechtswissenschaftliches Gutachten zur Einbeziehung von ILO-Kernarbeitsnormen in das Vergabeverfahren von Prof. Dr. Jan Ziekow (2016): https://skew.engagement-global.de/dialog-global.html?page_iso382=2&file=files/2_Mediathek/Mediathek_Microsites/SKEW/Publikationen/3_Dialog_Global/DialogGlobal-42-Dez2017-bf.pdf

- a. Gütezeichen, die die Bedingungen aus § 34 VgV bzw. § 24 Abs. 2 UVgO erfüllen, oder nachweislich gleichwertige³ Gütezeichen (eine produktspezifische Auflistung von anerkannten Gütezeichen kann ebenfalls in die Verwaltungsvorschrift aufgenommen werden) und/oder
- b. Nachweis der Mitgliedschaft in einer anerkannten Multi-Stakeholder Initiative und/oder
- c. Formulierung verbindlicher zielführender Maßnahmen, z.B. Berichtspflichten, Anforderungen an das Managementsystem oder Offenlegung der Nachunternehmer.⁴

Es ist zu empfehlen, dass die Nachweise abgestuft nach ihrer Glaubwürdigkeit behandelt werden, z.B. über die Einführung eines Punktesystems.

Mit diesen Formen der Nachweiserbringung könnten öffentliche Auftraggeber die Einhaltung der geforderten Kriterien und deren Kontrolle deutlich zielführender bewerkstelligen. Dass solche Nachweispflichten in der Praxis rechtlich sicher und praktisch umsetzbar sind, zeigen diverse Praxisbeispiele sowie die Anwendung in Niedersachsen gem. § 2 NKernVO.

Verhältnismäßigkeit

Zum Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit bei der Einforderung sozialer Kriterien verweisen wir auf das Rechtsgutachten von Dr. Christoph Krönke (2016).⁵ Dass soziale Kriterien – wie die ILO-Kernarbeitsnormen – rechtssicher durch Landesgesetze gefordert werden können, leitet auch das rechtswissenschaftliche Gutachten von Dr. Jan Ziekow (2016) her. Aus „zwingenden Gründen des Allgemeininteresses“ (Ziekow 2016: 70) ist die Beschränkung von Freiheiten hier gerechtfertigt.

In Bezug auf die Erforderlichkeit sind Herkunft und Produktgruppe relevant:

Der Nachweis über die Berücksichtigung grundlegender Sozialstandards ist bei öffentlichen Auftragsvergaben in der Regel nur dann zu erbringen, wenn der Auftragsgegenstand oder Teile davon aus bestimmten Regionen stammen oder zu bestimmten Produktgruppen gehören. Grundlage dafür ist die Annahme, dass in diesen Regionen und Produktgruppen das Risiko von Verstößen gegen grundlegende Sozialstandards höher ist.

Bei der Festlegung der Risikoländer können sich vergaberechtliche Regelungen der Länder an der DAC-Liste der OECD⁶ orientieren. Bei Anhaltspunkten für Verstöße gegen grundlegende Sozialstandards in Ländern, die nicht in der DAC-Liste aufgeführt sind, muss die Liste der Risikoländer unter Beteiligung der Stakeholder überprüft und ggf. ergänzt werden.

³ Auftraggeber müssen andere als die geforderten Gütezeichen akzeptieren, wenn diese gleichwertige Anforderungen stellen. Diesbezüglich sollte entsprechend § 24 Abs. 4 der Unterschwellenvergabeordnung ausdrücklich festgelegt werden, dass die Beweislast für die Gleichwertigkeit beim Bieter liegt.

⁴ Das Instrument der zielführenden Maßnahmen ist insbesondere für Produktgruppen, bei denen noch keine oder nicht ausreichende Gütezeichen existieren, geeignet. Hier kann der Gesetzgeber eine Dynamik der Veränderung anstoßen. Auch die zielführenden Maßnahmen können produktgruppenspezifisch in einer Verwaltungsvorschrift festgelegt werden.

⁵ Krönke (2016): Sozial verantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht, hrsg. v. Christliche Initiative Romero (CIR) und WEED – Weltwirtschaft, Ökonomie & Entwicklung, unter https://www2.weed-online.org/uploads/gutachten_christoph_kroenke_beschaffung_2016.pdf

⁶ Vgl. www.oecd.org/dac/stats/daclist.htm; OECD: Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung bzw. Organisation for Economic Co-operation and Development

Die Liste der Risikoprodukte sollte im Dialog mit den Stakeholdern definiert, regelmäßig überprüft und ggf. angepasst werden. Sie sollte mindestens die folgenden Produktgruppen umfassen:

- landwirtschaftliche Produkte (z.B. Kaffee, Kakao, Säfte, Blumen und Pflanzen),
- Bekleidung (z.B. Arbeitskleidung, Uniformen), Stoffe, Textilwaren,
- Informations- oder Kommunikationstechnologie (Hardware),
- Natursteine,
- Lederwaren, Gerbprodukte,
- Sportartikel (z.B. Bekleidung, Geräte),
- Holz und Holzprodukte,
- Teppiche,
- Spielwaren,
- Naturkautschuk-Produkte (z.B. Einmal-/Arbeitshandschuhe, Reifen, Gummibänder),
- Büromaterialien, die die Rohstoffe Holz, Gesteinsmehl und Kautschuk enthalten.

ILO-Kernarbeitsnormen als Minimum – Berücksichtigung weiterer sozialer Aspekte

Die acht ILO-Kernarbeitsnormen stellen absolute Mindestanforderungen dar. Es ist darüber hinaus wichtig, dass auch weitere wichtige soziale Belange aus international anerkannten Arbeits- und Sozialstandards und des Fairen Handels – freiwillig – von Vergabestellen in Hessen eingefordert werden können (z.B. in Bezug auf menschenwürdige Arbeitsbedingungen, überlange Arbeitszeiten und existenzsichernde Löhne⁷). Eine solche umfassendere Regelung spiegelt die Wirklichkeit in der Produktion wider, zugleich aber auch den Bietermarkt: die meisten Verhaltenskodizes von Unternehmen(-sinitiativen) sowie Zertifizierungen gehen deutlich über die ILO-Kernarbeitsnormen hinaus. **Daher sollte beispielsweise in einem weiteren Absatz ergänzt werden, dass es den öffentlichen Auftraggebern darüber hinaus freisteht, auch weitere soziale Standards einzufordern.** Diese könnten in einer ergänzenden Verwaltungsvorschrift (z.B. Vergabeerlass) produktgruppenspezifisch festgelegt werden – je nach den Mindeststandards der bestehenden, anerkannten Gütesiegel und Nachweise. Hierfür stehen wir gern für Beratung zur Verfügung.

Phasen des Vergabeverfahrens

Wichtig ist darüber hinaus, dass eindeutig geregelt wird, dass die sozialen und ökologischen Kriterien in allen Phasen des Vergabeverfahrens verwendet werden dürfen (Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien, Ausführungsbedingung).⁸

Darüber hinaus würden wir es begrüßen, wenn die Formulierungen des §17 Abs. 1 und 3 HVTG trotz fehlender Entsprechung in der UVgO erhalten blieben.

⁷ Z.B. ILO-Übereinkommen 155 über das Recht auf sichere und gesunde Arbeitsbedingungen; ILO-Übereinkommen 26 und 131 über das Recht auf existenzsichernde Löhne zur Deckung der Grundbedürfnisse (Nahrung, Bekleidung, Wohnung) der Beschäftigten und ihrer Familie; ILO-Übereinkommen 1, 14 und 30 über die Begrenzung der wöchentlichen Arbeitszeit (48+12 Wochenstunden) und das Recht auf einen freien Tag; ILO-Übereinkommen 169 über die Rechte der indigenen Bevölkerung (v. a. in Rohstoffabbau-gebieten)

⁸ Vgl. die entsprechenden Regelungen im GWB und in der UVgO: § 31 Abs. 3 VgV, § 23 Abs. 2 UVgO (Leistungsbeschreibung); § 127 Abs. 1 GWB, § 43 Abs. 2 UVgO (Zuschlagskriterien); § 128 Abs. 2 GWB, § 45 Abs. 2 UVgO (Ausführungsbedingungen).

Konkretisierende Verwaltungsvorschrift/ Rechtsverordnung

Es ist sinnvoll, gewisse Vorgaben in einer Verwaltungsvorschrift/ Rechtsverordnung festzulegen, da sie relativ schnell aktuellen Entwicklungen angepasst werden kann.⁹ Sie sollte folgende Punkte enthalten¹⁰

- eine dynamisch zu ergänzende Liste relevanter Produktgruppen, bei denen häufig Arbeitsrechtsverletzungen auftreten (zum Teil mit Länderbezügen);
- eine dynamisch zu ergänzende produktspezifische Auflistung von anerkannten Zertifizierungen und Nachweisen;
- erlaubte Formen der Nachweis-Erbringung und deren nach Glaubwürdigkeit abgestufte Behandlung, z.B. in Form eines Punkte-Systems.

Ein positiver Effekt dieser Konkretisierungen ist es zudem, die beschaffenden Stellen zu entlasten, ihnen praktikable und unbürokratische Vorgehensweisen zu ermöglichen sowie den Verwaltungsaufwand gering zu halten. Auch für Unternehmen bieten die Konkretisierungen Planungssicherheit und Nachvollziehbarkeit.

Mittelstandsfreundlichkeit in der Anwendung und nachhaltige Beschaffung – wie geht das zusammen?

Die im Koalitionsvertrag genannten Zielsetzungen Mittelstandsfreundlichkeit und Nachhaltigkeit lassen sich nicht ohne Weiteres vereinbaren und bedürfen einer sorgfältigen Abwägung und kreativen Lösungssuche.

Aus unserer Sicht können elementare Menschenrechte nicht mit einem Verweis auf drohenden Mehraufwand hintangestellt werden. Wir argumentieren, dass die Interessen derjenigen Menschen, die unter den häufig unwürdigen Arbeitsbedingungen leiden, einbezogen werden müssen, auch wenn sie keine so starke „Lobby“ wie konventionell agierende Unternehmen haben. In den hessischen Leitlinien zur Entwicklungszusammenarbeit bekennt sich die Landesregierung zum Ziel, Fairem Handel und nachhaltiger Beschaffung mehr Geltung zu verleihen. Und auch die Bundesregierung bekräftigt im Nationalen Aktionsplans Wirtschaft und Menschenrechte (NAP) vom Dezember 2016, dass Bund, Länder und Kommunen in der öffentlichen Beschaffung einer besonderen Verantwortung unterliegen, „ihrer staatlichen Schutzpflicht nachzukommen und sicherzustellen, dass mit öffentlichen Mitteln keine negativen Auswirkungen auf die Menschenrechte verursacht oder begünstigt werden“¹¹

Zunächst muss betont werden, dass es sich um fest umrissene Produktgruppen handelt und nicht sämtliche klein- und mittelständische Betriebe betroffen sein werden. In den sensiblen Produktgruppen haben sich bereits eine Reihe von Unternehmen auf den Weg zu nachhaltigen

⁹ Wie z.B. in Bremen, vgl. Bremische Kernarbeitsnormenverordnung, unter https://www.transparenz.bremen.de/sixcms/detail.php?gsid=bremen2014_tp.c.68151.de&asl=bremen203_tpge_setz.c.55340.de&template=20_gp_ifg_meta_detail_d

¹⁰ Wir stehen bei der Erstellung der Auflistungen von Produktgruppen und Nachweisen gern für Beratung zur Verfügung.

¹¹ Auswärtiges Amt im Namen des Interministeriellen Ausschusses Wirtschaft und Menschenrechte (2016): Nationaler Aktionsplan Umsetzung der VN-Leitprinzipien für Wirtschaft und Menschenrechte, S.15, siehe: <https://www.auswaertiges-amt.de/blob/297434/8d6ab29982767d5a31d2e85464461565/nap-wirtschaft-menschenrechte-data.pdf>

Produktionsmustern gemacht – eine begrüßenswerte Entwicklung, die durch entsprechende Vergaberegeln honoriert werden kann anstatt gerade diese zukunftsfähigen Unternehmen zu benachteiligen. Die Ausrichtung der eigenen Produktion an Nachhaltigkeitskriterien ist das Zukunftsthema für Unternehmen weltweit – und auch in Hessen. Immer mehr Kunden und Regierungen fragen nach den Bedingungen der Produktion von Waren, dem Umgang von Unternehmen mit Angestellten und der Einhaltung von Umweltstandards. Unternehmen passen sich dieser Entwicklung an, entwickeln eigene Lieferkettenmanagementsysteme und Nachhaltigkeitskonzepte. In Hessen ist so zum Beispiel im Rahmen des Arbeitskreises Nachhaltigkeit der IHK Frankfurt auch das Interesse von klein- und mittelständischen Unternehmen groß, sich auf Veranstaltungen und darüber hinaus, zu dieser Entwicklung zu informieren und Schritte zu unternehmen.

Jede Umstellung, wie z.B. die Überprüfung von Lieferketten oder das Erlangen eines Gütezeichens erfordert zunächst Zeitaufwand. In diesem Fall handelt es sich aber um einen Zeitaufwand, der sich lohnt und zu begrüßenswerten Veränderungen führt. Wenn die Umstellung dann erfolgt ist, hat das Unternehmen sogar einen Wettbewerbsvorteil erlangt.

Wie können die vergaberechtlichen Regelungen gestaltet werden, um es klein- und mittelständischen Betrieben dennoch so einfach wie möglich zu machen UND Nachhaltigkeit ernsthaft und glaubwürdig zu fordern?

Eine Erleichterung für KMU wäre es sicherlich, wenn die Anforderungen, die von unterschiedlichen Vergabestellen gestellt werden, vorhersehbar und möglichst einheitlich sind.

Dies könnte folgendermaßen erreicht werden:

- **Verbindlichkeit:** Das Vergabegesetz legt verpflichtend fest, dass Energieeffizienz, Umweltschutz und Menschenrechte bei allen Vergaben in Hessen berücksichtigt werden müssen. Auf diese Weise wüssten die Unternehmen, woran sie sind, erhielten Planungssicherheit und könnten so in die Zukunft investieren.
- **Konkrete Vorgaben:** Es werden (z.B. in einer Rechtsverordnung) sensible Warengruppen und Herkunftsländer genannt, bei denen die Verletzung von Standards der ILO-Normen zu vermuten sind, und festgehalten, nach welchem Prozess die Abfrage nach den Standards zu erfolgen hat – und auch welche Siegel, Zertifikate oder Mitgliedschaften in Initiativen für den Nachweis der geforderten Standards eingereicht werden können. Diese Verfahrensweise ist sowohl für die Vergabestellen als besonders auch für Unternehmen nachvollziehbar. Gern sind wir bereit bei der Konkretisierung mit Expertise zu unterstützen – auch was die Formulierung einer Muster-Bietererklärung angeht.

Flankierend sind Maßnahmen wie Schulungen für Unternehmen in Bezug auf Nachhaltigkeitsanforderungen denkbar.

Global verantwortliche Beschaffung – in Hessen und ganz Deutschland – trägt zu einer Veränderung des Marktes bei und regt Unternehmen an, sich Herausforderungen entlang ihrer Lieferkette zu widmen und sich so zukunftsorientiert aufzustellen.