

# Möglichkeiten der Einbeziehung von Sozial- und Arbeitsstandards sowie menschenrechtlichen Sorgfaltspflichten in der Ausschreibung

von Rechtsanwältin Katja Gnittke

6. Fachkonferenz für sozial verantwortliche IT-Beschaffung  
21. und 22.06.2018 in Stuttgart

# Soziale Kriterien in GWB und RL 2014/24/EU

## □ § 97 Abs. 3 GWB:

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

## □ Art. 18 RL 2014/24/EU

*„Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“*

Anhang X enthält ILO-Kernarbeitsnormen

# Vergaberechtliche Anforderungen

- Auftragsbezug (nicht: allg. Unternehmenspolitik)
- Transparenz (z.B.: Wertungskriterien bekannt machen)
- Nichtdiskriminierung/Gleichbehandlung (Problem: GZ nicht allgemein verfügbar, regionale Vorgaben, sachlich nicht gerechtfertigte Vorgaben)
- Verhältnismäßigkeit (Problem: alle Stadien der Lieferkette, Nachweis nicht verfügbar)
- Überprüfbarkeit (Problem: Nachweis nicht verfügbar, Know-How/ Ressourcen bei AG)

# Auftragsbezug: Lebenszyklus

§ 127 Abs. 3 GWB, § 31 VgV, § 58 Abs. 2 VgV, § 23 Abs. 2 UVgO, § 43 Abs. 3 UVgO

- Herstellung (Rohstoffabbau, Verarbeitung, Produktion, Endmontage)
- Lieferkette/Handel/Vertriebsbedingungen
- Transport
- Verpackung
- Gebrauch
- Entsorgung

# Auftragsbezug: Lebenszyklus

- Beispiele:
- ILO-Normen
  - ▶ keine Zwangs- und Kinderarbeit
  - ▶ Vereinigungsfreiheit, Arbeitnehmerrechte, Arbeitsschutz
  - ▶ Existenzsichernder Lohn
- bei
  - ▶ Rohstoffgewinnung
  - ▶ Herstellung x
  - ▶ Endmontage
- keine Konfliktrohstoffe im Endprodukt

# Herausforderungen bei der Umsetzung

- Kriterium muss sich auf Auftragsgegenstand beziehen
- Standardware, Herstellung nicht für einzelnen Auftraggeber
- Überprüfung am einzelnen Produkt schwierig
- Festlegung transparenter Kriterien: Zwangsvertreibung, Existenzsichernder Lohn
- Bieter ist nicht der Hersteller
- Lieferkette u.U. nicht bekannt
- Nachverfolgbarkeit Rohstoff
- Verstöße gegen ILO-Normen nicht durch Bieter oder Unterauftragnehmer sondern Lieferanten, Vorlieferanten
- Nachweis und Kontrolle

## Umsetzung im Vergabeverfahren: Eignung

- Eignungs-, Ausschlussgründe (§§ 122, 123, 124 GWB, § 44 ff. VgV, § 49 VgV)  
z.B. soziales Lieferkettenmanagement

# Eignungskriterium „Soziales Lieferkettenmanagementsystem“

- **Managementsysteme als Eignungskriterium (+)**
  - ▶ **§ 122 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 GWB:** zulässige Eignungskriterien u.a. „*technische und berufliche Leistungsfähigkeit*“
  - ▶ **§ 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV:** zu den zulässigen Belegen der erforderlichen technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit zählen: Angaben zum „**Lieferkettenmanagement- und Lieferkettenüberwachungssystem**“ zur Vertragserfüllung
- **Wortlaut § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV** deckt auch soziales Lieferkettenmanagement



## Eignungskriterium „Soziales Lieferkettenmanagementsystem“

- (ältere) Lit. lehnt „soziale Eignungskriterien“ pauschal ab
  - ▶ richtig nur soweit Einhaltung *materieller* Standards (z.B. Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnorm ≠ Eignungskriterium)
  - ▶ auf Managementmaßnahmen/-systeme des Bieters ist dies nicht übertragbar
- Dafür spricht:
  - ▶ Systematik: technische/berufliche Leistungsfähigkeit im Lichte des neuen, weiten Begriffs der „Merkmale des Auftragsgegenstandes“, der auch umweltbezogene/soziale „Prozesseigenschaften“ umfasst
  - ▶ → wenn solche Anforderungen an die Leistung gestellt werden dürfen, so müssen auch Anforderungen an die dafür erforderliche Leistungsfähigkeit zulässig sein

# Eignungskriterium „Soziales Lieferkettenmanagementsystem“

- HRDD als Lieferkettenmanagement/-überwachungssystem i.S.v. § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV
  - ▶ HRDD = dezidiert *managementorientierter* Ansatz
  - ▶ allgemein akzeptiert → „emerging“ Standard - weltweit  
(NAP der BReg 2016, UN-Leitprinzipien 2011, OECD-Guidelines 2011, frz. Sorgfaltspflichtengesetz 2016, Konfliktmineralien-VO 2017, etc.)

# Eignungskriterium „Soziales Lieferkettenmanagementsystem“

- Verbindung zum Auftragsgegenstand (§ 122 Abs. 4 GWB)
  - ▶ Verbindung (+),
  - ▶ wenn Standardverletzung (ILO-Kernarbeitsnorm o.ä.) bei Herstellungsprozess zu erwarten (Parallele zum Umweltmanagementsystem)
  - ▶ und Erfüllung der Standards Leistungsgegenstand
- Verhältnismäßig,
  - ▶ abhängig von Auftragswert?
  - ▶ abhängig von Risiko Verstoß?
  - ▶ abhängig von Anteil am Produkt/Fertigungsprozess?
- fehlende Standardisierung von HRDD
  - ▶ AG muss beschreiben, was er erwartet

# Umsetzung im Vergabeverfahren: Leistungsbeschreibung

- Leistungsbeschreibung, Beschaffungsgegenstand (§ 31 Abs. 3 VgV, § 7 a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A) z.B.

## Leistungsbeschreibung: Nachweis

- Wie können Anforderungen nachgewiesen werden?
- Gütezeichen
- Mitgliedschaft in MSI/Unternehmensinitiative
- Eigenerklärung
- Herstellererklärung

## Nachweise, Beleg: Verhältnismäßigkeit

- abhängig von: Auftragsgegenstand, Auftragswert, Ziel
- Eigenerklärung ausreichend?
- Nachweise verfügbar?
- Nachweis bezogen auf gesamte Lieferkette? Auf bestimmte Produktionsstufen begrenzen?
- Nachweis durch Gütezeiten (GZ)?
  - ▶ für Merkmale der Leistungsbeschreibung, Zuschlagskriterien (§ 34 VgV, § 24 UVgO)

# Nachweisführung durch Gütezeichen

## § 34 VgV

- GZ ersetzt materielle Anforderungen nicht
- dient dem Nachweis/Beleg
- kein Ersatz für Leistungsmerkmale
  
- Muss AG alle Leistungsmerkmale angeben?

# Nachweisführung durch Gütezeichen

## § 34 VgV

- Vorlage von GZ nur von bestimmten Bietern fordern?
- Verzicht auf Vorlage von GZ bei Waren aus Inland/EU?
  - ▶ Privilegierte Herkunftsländer
  - ▶ Diskriminierung
  - ▶ Wer entscheidet?



# Nachweisführung durch Mitgliedschaft

- Mitgliedschaft in MSI, Branchenbündnis
- Was ist Inhalt der Mitgliedschaft?
- Was ist die nachzuweisende Anforderung?
- Mitgliedschaft als solche ist weder
  - ▶ Eignungsnachweis,
  - ▶ Leistungsmerkmal noch
  - ▶ Zuschlagskriterium
- Mitgliedschaft kann u.U. Nachweis sein oder Nachweis ersetzen z.B. für Produkteigenschaften oder Sorgfaltspflichten
- Problem: Mitgliedschaft steht nicht jedem Unternehmen offen

## Nachweis auch durch GZ nicht möglich

- Z.B. Peripheriegeräte
- Z.B. frühere Stadien als Endmontage:
  - ▶ Hersteller beschaffen Rohstoffe aus verschiedenen Minen und Schmelzen
  - ▶ Nachweis welcher Rohstoff im Produkt für AG?
  
- Wenn kein Nachweis verfügbar/marktgängig:
  - ▶ Ausführungsbedingung
  - ▶ Zuschlagskriterium

# Umsetzung im Vergabeverfahren: Ausführungsbedingungen

- Auftragsausführungsbedingungen (§§ 128, 129 GWB)
- Vertragsbedingungen ( § 29 Abs. 1 Nr. 3 und Abs. 2 VgV, § 8 a EU VOB/A)

# Ausführungsbedingungen

## § 128 GWB

- § 128 Abs. 1 GWB: AN muss rechtliche Verpflichtungen einhalten, z.B. Mindestlohn
  - deklaratorisch
- § 128 Abs. 2 GWB AG kann z.B. soziale Ausführungsbedingungen vorgeben
  - Verbindung zum Auftragsgegenstand
  - Verhältnismäßig
  - Zivilrechtlich wirksam (AGB)
    - ▶ Beispiel: Einhaltung ILO-Normen, Offenlegung Lieferkette, Berichtspflichten, Kontrollrechte

(§ 129 GWB für AG verbindliche Ausführungsbedingungen durch Gesetz, z.B. Landesvergabegesetze)

# Ausführungsbedingungen

## § 128 GWB

- Ausschluss von Konfliktrohstoffen/Rohstoffen, die unter Verstoß gegen Menschenrechte abgebaut wurden
- Für EU: VO (EU) 2017/821
- Für an US Börse notierte Unternehmen: Dodd Frank Act
- Zusätzliche Ausführungsbedingung erforderlich?
  - ▶ VO richtet sich nur an EU-Importeure
- Gütezeichen?
- Nachweis?

# Ausführungsbedingungen

- Belege oder Erklärungen?
- Wann findet Überprüfung statt?

# Ausführungsbedingungen

## § 128 GWB

- Ware wird noch hergestellt
- Ware wurde bereits hergestellt
  
- Ausführungsbedingung (Sorgfaltspflicht, ILO-Norm, konfliktfrei) kann nur eingehalten werden, wenn Bieter/Auftragnehmer gesamte Produktion umstellt  
Verhältnismäßig?

# Ausführungsbedingungen

## § 128 GWB

- Z.B. Pflicht zur Offenlegung der Minen und Schmelzen
- Verpflichtung zur Angabe der Minen und Schmelzen, aus denen Rohstoffe bezogen werden, gegenüber Auftraggeber
- Verpflichtung zur Angabe der Minen und Schmelzen, aus denen Rohstoffe bezogen werden, gegenüber Dritten, der vom AG eingesetzt wird
- Verpflichtung zur Angabe der Minen und Schmelzen, aus denen Rohstoffe bezogen werden, auf Internetseite
  
- Verbindung zu Auftragsgegenstand?
- Verhältnismäßigkeit?
- Geschäftsgeheimnisse?
- Auswirkungen auf Geheimwettbewerb/künftige Vergaben?



# Umsetzung im Vergabeverfahren

- Zuschlagskriterien (§ 127 GWB, § 58 VgV, § 16 d Abs. 2 VOB/A) z.B.

# Soziale Kriterien und Zuschlagskriterien

## § 127 GWB

- **§ 127 Abs. 3 GWB:** Auftragsbezug auch, wenn sich Zuschlagskriterium auf **Prozesse** im Zusammenhang mit der **Herstellung, Bereitstellung** oder Entsorgung der Leistung, auf den **Handel** mit der Leistung oder auf ein **anderes Stadium im Lebenszyklus** der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.
- **Abs. 4:** wirksame Überprüfung muss möglich sein
- **§ 58 Abs. 2 VgV:**

Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder **soziale** Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere:

Die Qualität ... **soziale**, umweltbezogene und innovative **Eigenschaften** sowie **Vertriebs- und Handelsbedingungen**

# Soziale Kriterien und Zuschlagskriterien

- soziale Leistung darf teurer sein
- Zuschlagskriterien in Vergabeunterlagen bestimmen
- nicht monetäre Kriterien müssen „umgerechnet“ werden
- abhängig von Leistungsbeschreibung (Abgrenzung zu Mindestanforderungen und Ausführungsbestimmungen)
- Verbindung zu Auftragsgegenstand erforderlich
- Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung
- Überprüfbarkeit: Beleg durch GZ möglich

# Soziale Kriterien und Zuschlagskriterien

- Notwendig:
- Überprüfung:
  - ▶ GZ
  - ▶ Audit
  - ▶ Überprüfung durch AG vor Zuschlag/während Vertrag
- Fraglich, ob ausreichend: statt oder ergänzend zu Überprüfung: Sanktion z.B. durch Vertragsstrafe, Kündigung
- Transparente Bewertung

# Soziale Kriterien und Zuschlagskriterien

- Beispiel:
- Konzept/ Fragebogen zur Einhaltung von Arbeits- und Sozialstandards und Menschenrechte bei Ausführung
  - ▶ Herstellungsort bestimmter Komponenten
  - ▶ Lieferkette/Herkunft Rohstoffe bekannt
  - ▶ Maßnahmen zur Vermeidung von Konfliktrohstoffen
  - ▶ Schulungen des Managements zu ...
  - ▶ Audits
  - ▶ Beschwerdesystem
- Immer auf Auftragsgegenstand beziehen!

# Umsetzung im Vergabeverfahren

Vertragscontrolling

# Vertragsklauseln

- Definition von Pflichten in BVB
  - ▶ Vertragliche Pflichten bezogen auf gesamten Lebenszyklus möglich
  - ▶ Ressourcenmanagement, Handelsbedingungen
  - ▶ Maßnahmen, um bei Auftragsdurchführung xyz zu vermeiden
  
- Leere Versprechungen vermeiden, durch:
  - ▶ Controlling
  - ▶ Kontrollen vor Ort
  - ▶ Sanktionen (Kündigung, Vertragsstrafen, Bonus/Malus)
  
- Beispiel: Berichtspflichten

# Aufgaben des Auftraggebers

- Welche Auswirkungen hat Beschaffung?
- AG muss Leistungsgegenstand und seinen Lebenszyklus kennen
- Welche Auswirkungen haben soziale Kriterien auf Wettbewerb?
- AG muss (soziale) Kriterien prüfen können
- AG muss Nachweispflichten bestimmen, AG muss (Inhalt von) GZ kennen
- Richtige Verortung in VU
- Tipp: “konfliktfrei“ zum Beschaffungsbedarf machen!
- Tipp: Bei Vertragsdurchführung an nächste Vergabe denken!
- Tipp: Verfahrensart prüfen!



Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

Rechtsanwältin  
Katja Gnittke  
**WMRC** Rechtsanwälte  
Chausseestraße 5  
10115 Berlin

Tel. 030/288 84 830  
Fax. 030/288 84 8310

info@wmrc.de  
www.wmrc.de