

WMRC Rechtsanwälte • Chausseestr. 5 • 10115 Berlin

Eine Welt Leipzig
Herrn Martin FinkeDr. Friedrich Wichert
Dr. Stefan Rude¹
Katja Gnittke²
Franziska Hansmann³
Dr. Natalie Hildebrandt²
Julia Heinicke⁴

Chausseestraße 5
10115 BerlinTel. +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 Architektenrecht² Fachanwältin für Vergaberecht³ Fachanwältin für Verwaltungsrecht⁴ angestellte Rechtsanwältin**E-Mail: martin@einewelt-leipzig.de**

Unser Zeichen: 000064-21 GN-nr

Faire Beschaffung Sportbälle

Sehr geehrter Herr Finke,

ich komme zurück auf unser freundliches Telefonat und Ihre Fragen zu Anforderungen des Fairen Handels bei der Beschaffung von Sportbällen durch Kommunen. Gern übermitteln wir Ihnen unsere rechtliche Einschätzung zur Umsetzung von Kriterien des Fairen Handels.

Unsere Stellungnahme bezieht sich auf Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB, für den in Sachsen aktuell das Sächsische Vergabegesetz und die VOL/A Anwendung finden. In dieser Stellungnahme gehen wir auf die UVgO, die voraussichtlich in nicht allzu langer Zeit auch in Sachsen eingeführt werden wird, ebenfalls ein.

1. Kriterien des Fairen Handels und Verbindung zum Auftragsgegenstand

Unter dem Stichwort „Berücksichtigung sozialer Kriterien im Vergabeverfahren“ wird vielfach die Anforderung verstanden, dass bei der Herstellung der Ware die ILO-Kernarbeitsnormen Berücksichtigung gefunden haben. Der Fairen Handel geht darüber hinaus und betrifft auch weitere Gesichtspunkte. Einige davon haben Sie in Ihrer E-Mail vom 13.04.2021 beschrieben. Dazu folgendes:

Soziale Kriterien, zu denen auch solche des Fairen Handels gehören, können in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden.

a) UVgO

Dies ergibt sich u.a. aus § 23 Abs. 2 UVgO ausdrücklich:

„Die Leistungsbeschreibung kann auch Aspekte der Qualität sowie soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale umfassen. Diese können sich 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 Leistungen sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungsziel verhältnismäßig sind.“

§ 43 Abs. 3 UVgO stellt klar, dass eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand auch dann anzunehmen ist, wenn ein Zuschlagskriterium sich 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.

b) VOL/A

Aktuell müssen die staatlichen und kommunalen Auftraggeber in Sachsen nach dem Sächsischen Vergabegesetz für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen die VOL/A berücksichtigen. Die VOL/A enthält keine vergleichbaren Regelungen zur Berücksichtigung von Prozessen im Zusammenhang mit der Herstellung oder dem Handel mit der Leistung. Allerdings hat der EuGH bereits im Jahr 2012 bestätigt (EuGH, 10.05.2012, RsC 368/10, vgl. auch Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Kommentar zum Vergaberecht, § 127 GWB, Rn. 101), dass auch Anforderungen des Fairen Handels eine ausreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand haben können. Das OLG Düsseldorf hat 2014 entschieden, die Forderungen 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 vom 25.06.2014, Verg 39/13 – allerdings gegen die Verankerung auf Ebene der Eignung).

c) Zwischenergebnis

Nach der UVgO aber auch nach der VOL/A können Kriterien, die den Herstellungsprozess und den Handel mit der Ware betreffen, in Vergabeunterlagen aufgenommen werden. Bei der Umsetzung sind die Verbindung mit dem Auftragsgegenstand, die Bestimmtheit der Anforderungen und die Überprüfbarkeit der Anforderungen zu beachten.

2. Pauschaler Verweis auf Gütezeichen

Ihre Frage bezog sich darauf, ob in Vergabeverfahren pauschal auf ein Gütezeichen verwiesen werden kann, ohne dass die Kriterien des Fairen Handels im Einzelnen aufgeführt werden.

a) UVgO

Gemäß § 24 UVgO kann der Auftraggeber als Beleg dafür, dass eine Leistung bestimmten in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, die Vorlage von Gütezeichen verlangen. Definiert der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen, dass das Produkt den Kriterien des Fairen Handels entsprechen muss, kann er dafür nach § 24 UVgO ein Gütezeichen verlangen. Für das Gütezeichen gilt nach § 24 Abs. 2 UVgO Folgendes:

- Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbar und nichtdiskriminierenden Kriterien, die für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sind.
- Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an denen alle interessierten Kreise teilnehmen können.
- Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.
- Die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Ob das vom Auftraggeber in Bezug genommene Gütezeichen den Anforderungen von § 24 UVgO entspricht, muss jeweils für das konkrete Gütezeichen geprüft werden. Dann ist nach § 24 UVgO auch ein pauschaler Verweis auf das Gütezeichen möglich und die einzelnen Merkmale müssen nicht in den Vergabeunterlagen aufgelistet werden. Nur wenn die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, muss der Auftraggeber nach § 24 Abs. 3 UVgO die einzuhaltenden Anforderungen angeben. Sind diese Voraussetzungen gewahrt, kann in den Vergabeunterlagen von Sportbällen bei Vergabeverfahren, die sich nach der UVgO richten, ausdrücklich auf ein oder mehrere Gütezeichen Bezug genommen werden. Eine Angabe der Anforderungen, die über das Gütezeichen nachgewiesen werden sollen, ist dann nicht erforderlich, wenn die Leistung allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss. Ob dies sinnvoll ist, wäre anhand der Gütezeichenanforderungen zu überprüfen.

Im Bereich oberhalb der Schwellenwerte gibt es eine zusätzliche Herausforderung. Nach § 34 Abs. 2 Nr 1 VgV müssen alle Anforderungen des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet sein und mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 VgV in Verbindung stehen. Wenn dies nicht der Fall ist, kann ein solches Gütezeichen nicht pauschal Bezug genommen werden.

b) VOL/A

In der VOL/A ist ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen nicht vorgesehen. § 24 UVgO entspricht im Wesentlichen § 34 VgV, der seine Grundlage in der europäischen Vergaberichtlinie 2014/24/EU hat. Die Möglichkeit, pauschal auf ein Gütezeichen zu verweisen, wurde erst durch diese Regelungen in das Vergaberecht aufgenommen. Zuvor hat der EuGH dies insbesondere aus Transparenzgesichtspunkten als unzulässig angesehen (EuGH, Urteil vom 10.05.2012, RsC 368/10).

Ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen wäre bei Vergabeverfahren nach der VOL/A mit beträchtlichen Risiken behaftet und ist aus unserer Sicht nicht zu empfehlen. Wir gehen deshalb davon aus, dass der Auftraggeber die Anforderungen, die sich aus den Gesichtspunkten des Fairen Handels ergeben und von den benannten Gütezeichen erfasst sind, in den Vergabeunterlagen verankern muss.

3. Verbindung zum Auftragsgegenstand

In der Leistungsbeschreibung oder in den Vertragsbedingungen können solche Kriterien verankert werden, die durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sind und mit diesem in Verbindung stehen. Anforderungen des Fairen Handels müssen sich daher auf den Beschaffungsgegenstand (Sportball) beziehen und dürfen nicht allein das Unternehmen (Hersteller oder Händler) betreffen.

4. Bestimmtheit des Kriteriums „Fair“

Es wäre zunächst zu definieren, was der Auftraggeber unter Fairem Handel versteht, denn für den Begriff des fairen Handels gibt es keine allgemein gültige Definition.

(Das Gleiche würde im Übrigen auch für die Beschaffung von Bio-Bananen gelten. Hier müsste in den Vergabeunterlagen auch klargestellt werden, ob sich die Definition von Bio z.B. auf das EU-Biosiegel bezieht. Auch bei einer Beschaffung von Papier mit dem Blauen Engel (zum pauschalen Verweis siehe oben) würden mittelbar alle Kriterien des Blauen Engels in Bezug genommen. Die Vorgaben für Recyclingpapier ergeben sich dann aus den Anforderungen des Blauen Engels (z.B. 100 % und Fertigungstoleranz oder keine Aufheller) oder müssten in den Vergabeunterlagen bestimmt werden.)

Bei der Definition des Fairen Handels kann man sich auf die Mitteilung der EU-Kommission zum Fairen Handel [KOM (2009) 2015 endgültig] oder auf die Definition durch ein anerkanntes Gütezeichen beziehen.

Ob die Anforderungen der Kriterien des Fairen Handels nach der EU-Definition im Einzelnen dem vergaberechtlichen Bestimmtheits- und Transparenzgrundsatz entsprechen, kann man diskutieren. Rechtsprechung zu der Frage, ob die Kriterien des Fairen Handels als solche ausreichend transparent und bestimmt sind, um in einem Vergabeverfahren Verwendung zu finden, liegt bislang nicht vor.

a) Fairer Preis

Sie hatten in unserem Schriftwechsel vor allem auf den Gesichtspunkt Preis und die Fairtrade-Prämie abgestellt. In der Definition der EU-Kommission zu Fairem Handel lautet das maßgebliche Kriterium:

„Ein fairer Preis, der einen fairen Lohn garantiert, welcher die Kosten der nachhaltigen Erzeugung und Lebenshaltungskosten deckt, und mindestens so hoch sein muss wie der Fairtrade-Mindestpreis plus Zuschlag, sofern ein solcher von den internationalen Fairtrade-Vereinigungen festgelegt worden ist.“

Siegel und Gütezeichen zum Nachweis des Fairen Handels legen nicht immer die gleiche Definition eines fairen Preises oder Lohns zu Grunde. Wie Sie, sehr geehrter Herr Finke, in Ihrer E-Mail aus dem April aufgezeigt haben, gibt es zum Teil Mindestpreise, zum Teil aber auch Prämien auf den Free-on-Board-Preis. Unter Pricing Table - (fairtrade.net) haben wir ebenfalls keinen Fairtrade-Mindestpreis für Sportbälle gefunden. Auf der Webseite von Fairtrade Deutschland heißt es allerdings, dass der Mindestpreis für alle Produktgruppen außer für Blumen und Pflanzen, Zucker sowie manche Tee- und Gewürzsorten gilt.

Nach den Fairtrade-Standards für Sportsballs ist – wie Sie bereits mitgeteilt haben – kein Minimumpreis festgelegt. Es wird auf den zwischen dem Käufer und Verkäufer verhandelten Preis abgestellt, auf den eine Fairtrade-Prämie in Höhe von 10 % geleistet wird. Der manufacturer muss außerdem einen Aufschlag von bis zu 5 % als compliance-costs-compensation leisten (5.5.3). Bei Fair-Trade Deutschland heißt es, die Fairtrade-Prämie ermögliche es den Angestellten in gemeinsame Projekte zu investieren, die die Lebens- und Arbeitsbedingungen der Menschen vor Ort verbessern (beispielsweise in Busse investiert, um Arbeiterinnen und Arbeiter zur Fabrik und wieder nach Hause fahren, Bücher und Schultaschen für Kinder gekauft und Trinkwasser-Systeme angelegt) ([https://www.fairtrade-deutschland.de/produkte/sportbaelle/hintergrund-fairtrade-sportbaelle; abgerufen am 15.10.2021](https://www.fairtrade-deutschland.de/produkte/sportbaelle/hintergrund-fairtrade-sportbaelle;abgerufen_am_15.10.2021)). Wenn die Fair-Trade-Prämie nicht den Arbeitnehmer*innen zugutekommt, die in Ausführung des Auftrags tätig sind, kann man den Auftragsbezug in Frage stellen. Der EuGH hat dies in der Entscheidung Max-Havelaar (10.05.2012, RsC 368/10), die wir bereits oben erwähnt haben, nicht problematisiert.

Da es eine allgemeine Definition, was ein fairer Preis ist, nicht gibt, sollte der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festlegen, was er darunter versteht, damit die Bieter auf gleicher Grundlage Angebote abgeben können. Im Hinblick auf die Vorgabe eines bestimmten Lohns hat das KG gefordert, dass die Ausschreibung den maßgeblichen Mindestlohn selbst nennt (KG Berlin, Beschl. v. 26.09.2014, Verg 5/14, Rn. 8 f., juris). Dies sind sehr hohe Anforderungen an die konkrete Bestimmtheit. In der genannten Entscheidung ging es jedoch um die Einhaltung allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge. In diesem Zusammenhang werden Löhne auf den Euro genau bestimmt. Gerade vor dem Hintergrund, dass eine derart klare Definition von fairen Preisen/Löhnen demgegenüber

schwerlich herauszuarbeiten ist, ließe sich argumentieren, dass es ausreicht, einen bestimmbar fairen Preis zu verlangen und insoweit eine Berechnungsmethode vorzugeben.

In Betracht kommt die Bezugnahme auf bestimmte Parameter zur Bestimmung des fairen Preises oder auch bestimmte Berechnungsmethoden. Ggf. können auch alternative Möglichkeiten in den Vergabeunterlagen benannt werden, die mit den Vorgaben der in Betracht kommenden Gütezeichen übereinstimmen (im Sinne von „mindestens“ oder „entweder oder“).

b) Weitere Kriterien

Die Fairtrade-Kriterien enthalten über die Zahlung eines fairen Preises hinaus weitere Voraussetzungen, z.B. die Transparenz- und Rückverfolgbarkeit während der gesamten Lieferkette oder langfristige stabile Beziehungen zu den Erzeugern und Beteiligung der Erzeuger an der Festlegung der Fairtrade-Standards. Auch bei diesen Kriterien muss die Bestimmtheit gewährleistet sein. Wenn diese Kriterien in Vergabeunterlagen aufgenommen werden, müssen entsprechende Nachweise festgelegt werden, die die Bieter im Vergabeverfahren vorlegen müssen, um eine Übereinstimmung mit den Anforderungen zu gewährleisten.

5. Ergebnis

Nach der derzeit in Sachsen unterhalb der Schwellenwerte anwendbaren VOL/A ist ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen problematisch.

Wenn genügend Produkte verfügbar sind und auf dem Markt ein einheitliches Verständnis besteht, was unter fair zu verstehen ist, kann eine Ausschreibung ungeachtet der rechtlichen Bedenken - in der Praxis dennoch erfolgreich sein.

Für die Handreichung können Sie auch folgendes berücksichtigen: Ist aufgrund des Auftragswerts ein Direktkauf, eine Verhandlungsvergabe oder beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb zulässig, kann der Auftraggeber Angebote von drei Anbietern einholen, die Bälle mit Fair-Trade-Siegel vertreiben.

Neben Fair-Trade-Siegeln kommen bei Bällen weitere Siegel zu sozialen und ökologischen Kriterien in Betracht (z.B. FSC).

Ich freue mich, wenn wir uns dazu weiter austauschen, und schlage einen Abstimmungstermin in der Woche ab 25.10.2021 vor.

Für weitere Fragen stehe ich selbstverständlich sehr gern zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Katja Gnittke
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht