

Rechtsgutachterliche Stellungnahme

Zur

**Zulässigkeit einer Dienstanweisung betreffend die Einhaltung von
Sozialstandards bei der öffentlichen Beschaffung von Lebensmitteln in Berlin**

- Rechtliche Grenzen und Umsetzungsmöglichkeiten -

erstellt für die

Christliche Initiative Romero (CIR)

von

Katharina Strauß

Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht

Koblenz, Oktober 2018

IMPRESSUM

Herausgeberin:

Christliche Initiative Romero e. V. (CIR)
Schillerstr. 44a
48155 Münster
Telefon: 0251 / 674 413-0
E-Mail: cir@ci-romero.de
www.ci-romero.de

Autorin:

Katharina Strauß
Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht
Koblenz

Das Projekt "Berlin handel! Fair!" wird gefördert durch Engagement Global mit ihrer Servicestelle Kommunen in der Einen Welt sowie die Landesstelle für Entwicklungszusammenarbeit/ Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe Berlin. Für den Inhalt des Gutachtens sind allein Katharina Strauß und die CIR verantwortlich. Die hier dargestellten Positionen können in keiner Weise als Standpunkt der Zuwendungsgeber angesehen werden.

Inhaltsverzeichnis

A.	Ausgangslage	1
B.	Fragestellung	1
C.	Rechtliche Würdigung	1
I.	Gewünschter Regelungsinhalt	2
II.	Regelungskompetenzen und Zuständigkeiten.....	2
III.	Konsequenzen für die Rechtsanwendung	4
1.	Aufträge unter 10.000,00 € netto.....	4
2.	Aufträge gleich/höher als 10.000 € netto.....	6
a)	Ausgestaltung als technische Spezifikation bzw. Merkmal der Leistung	6
(1)	Vergaberechtliche Zulässigkeit nach bundesgesetzlicher Normierung	6
(2)	Zulässigkeit nach Maßgabe des BerlAVG	12
(3)	Unionsrechtliche Grenzen.....	13
(4)	Haushaltsrechtliche Vorgaben	14
b)	Ausgestaltung als Ausführungsbedingung	16
c)	Vergleich der Implementierungsvarianten in der Umsetzung/Praxis	17
d)	Bindungswirkung ggü. Bietern – Innen- und Außenwirkung	18
(1)	Außenwirkung	18
(2)	Drittschutz.....	19
D.	Ergebnis und Ausblick	20

A. Ausgangslage

Hintergrund der Anfrage ist das Projekt „Berlin handel! Fair!“, der Christlichen Initiative Romero (CIR), die mit dem Projekt das Ziel verfolgt, die Nachfrage nach sozial verantwortlich produzierten Lebensmitteln bei öffentlichen Beschaffungsvorgängen in Berlin zu steigern.

Vor diesem Hintergrund sind rechtssichere Umsetzungsmöglichkeiten gefragt, zertifizierte Produkte als Mindestanforderung an die Auftragsvergabe festzulegen und zu verifizieren, für welche Bereiche eine dahingehende Dienstanweisung zulässig wäre. Hierbei sollen Gütezeichen und/oder Mitgliedschaften beispielhaft genannt werden, wobei gleichwertige Nachweise ebenfalls akzeptiert werden sollen, sofern diese die definierten Kriterien erfüllen. Denkbar wäre zudem eine unterschiedliche Handhabung von Aufträgen im Rahmen einer sich am geschätzten Auftragsvolumen orientierenden Staffelung. Dabei soll auf den monetären Gesamtwareneinsatz abgestellt werden und hierbei je nach Warenproduktgruppe eine bestimmte Prozentzahl an einem solchen aus Fairem Handel definiert werden.

B. Fragestellung

Kann mittels einer Dienstanweisung für die Bewirtung von Gästen und Besuchern der Einkauf zertifizierter Lebensmittelprodukte nach Fair-Trade-Kriterien vorgeschrieben werden, die über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hinausgehen?

C. Rechtliche Würdigung

Im Folgenden soll vergaberechtlich untersucht werden, ob den Vergabestellen in Berlin in Form einer Dienstanweisung vorgegeben werden kann, dass sie im Rahmen von Cateringaufträgen nur Lebensmittelprodukte einkaufen, die bestimmte Fair-Trade-Kriterien aufweisen.

Die nachfolgende Begutachtung soll auf die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) abstellen, nicht jedoch auf die VOL/A, da Berlin einen Einführungserlass in naher Zukunft einführen wird und damit die neuen Regelungen voraussichtlich nahezu uneingeschränkt Anwendung finden werden.

I. Gewünschter Regelungsinhalt

Gewünscht wird, dass bei den Beschaffungen von Lebensmittelprodukten bestimmter zuvor festgelegter, gefährdeter Warengruppen im Bereich des Caterings dafür Sorge getragen wird, dass die Ware aus dem Fairen Handel stammt. Als Maßstab soll auf Kriterien u.a. aus der Mitteilung der EU-Kommission zum Fairen Handel [Com (2009) 2015 final] abgestellt werden, welche zum einen von Produktionsbedingungen ausgehen, die dem Wesensgehalt der ILO-Kernarbeitsnormen entsprechen und zum anderen von weiteren Kriterien betreffend den Fairen Handel.

Im Vergleich hierzu sieht § 8 Abs. 2 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (BerlAVG) vor, dass Lieferaufträge

„nur mit einer ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden dürfen, die den Auftragnehmer verpflichten, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Dazu sind entsprechende Nachweise von den Bietern zu verlangen.“

Dementsprechend soll der Regelungsgehalt der Dienstanweisung über den landesgesetzlichen Regelungsinhalt hinausgehen, welcher „lediglich“ die Einhaltung der acht ILO-Kernarbeitsnormen in Bezug nimmt.

II. Regelungskompetenzen und Zuständigkeiten

Zunächst ist zu klären, ob der Landesgesetzgeber Berlin eine entsprechende Regelungskompetenz hinsichtlich einer Dienstanweisung hat und für welchen Bereich diese gilt.

In Bezug zu nehmen sind zunächst Regelungen des GWB. Nach § 128 Abs. 2 GWB können öffentliche Auftraggeber Auftragsbedingungen festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen. Diese Auftragsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben und können insbesondere auch soziale Belange umfassen. Gemäß § 129 GWB dürfen Ausführungsbedingungen, die der öffentliche Auftraggeber den beauftragten Unternehmen verbindlich vorgibt, nur aufgrund eines Bundes- oder Landesgesetzes festgelegt werden. Letzteres stellt einen Gesetzesvorbehalt dar, sodass eine Festlegung einer solchen Verpflichtung in einer Verwal-

tungsvorschrift beispielsweise nicht ausreichend ist, wenn sich diese Vorgaben auch an kommunale öffentliche Auftraggeber richten sollen.¹

Aus der Zusammenschau dieser Normen ergibt sich, dass der Bundesgesetzgeber von seiner Regelungskompetenz zur Festlegung sozialer Kriterien im Rahmen des Vergabeverfahrens bis auf die Ausgestaltung als Ausführungsbestimmung abschließend Gebrauch gemacht hat und damit eine Kompetenzsperre für die Landesgesetzgeber besteht, welche entsprechende Regelungen nur noch als Ausführungsbestimmungen treffen können.²

Vorwiegend hat das Land Berlin mit der Regelung in § 8 BerlAVG von seiner Regelungskompetenz Gebrauch gemacht und die Implementierung sozialer Kriterien als Ausführungsbestimmung vorgegeben.³ Dies beschränkt sich jedoch gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 8 Abs. 1 Satz 2 BerlAVG auf die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen, jedoch nicht darüber hinausgehender Kriterien. Gemäß § 1 Abs. 1 BerlAVG bezieht es sich auf alle Aufträge von Berliner Vergabestellen im Sinne des § 98 GWB und gilt gemäß § 1 Abs. 6 Satz 4 BerlAVG für alle Vergabevorgänge ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000,00 € netto.

Damit bleibt festzuhalten:

Bei Aufträgen ab einem geschätzten Auftragsvolumen von 10.000,00 € netto würde eine Dienstanweisung bei Ausgestaltung als Ausführungsbestimmung über den Regelungsinhalt der landesgesetzlichen Regelung hinausgehen.

Die Implementierung sozialer Kriterien in den sonstigen Verfahrensphasen (als Merkmale der Leistungsbeschreibung, als Eignungskriterien, als Zuschlagskriterien) bleibt folglich dem Bundesgesetzgeber überlassen. Lieferleistung mit einem geschätzten Auftragsvolumen ab Erreichen des maßgeblichen EU-Schwellenwertes für Lieferleistungen von 221.000,00 €⁴ richten sich nach den Regelungen des GWB sowie der VgV. Für Auftragsvergaben unterhalb des EU-Schwellenwertes ist zukünftig die UVgO

¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.07.2009 – Verg 18/09; Beschl. v. 05.05.2008 – Verg 5/08; Optiz in Beck'scher Vergabekommentar Vergaberecht GWB 4. Teil, 3. Aufl., § 129, Rn. 26.

² Vgl. Optiz, a.a.O., § 129 Rn. 15.

³ Die Gesetzgebungskompetenz bezüglich der Regelung des § 8 BerlAVG des Landes Berlin ist nach Art. 70, 72 Abs. 1 GG gegeben, weil die Regelungsmaterie der sozialen Kriterien in die konkurrierende Zuständigkeit nach Art. 74 Abs. 1 Nr. 11 GG fällt und der Bund nicht abschließend von seinem Gesetzgebungsrecht Gebrauch gemacht hat, vgl. hierzu auch: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 29.01.2014 – Verg 28/13; Ziekow in „Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen“, rechtswissenschaftliches Gutachten 2016, Nr. 42, Seite 53.

⁴ Delegierte VO (EU) 2017/2365 vom 18.12.2017, Art. 1 Abs. 1 lit.c.

zu beachten, sobald diese für das Land Berlin mittels Anwendungsbefehl umgesetzt ist.

Orientiert an § 31 VgV bestimmt § 23 Abs. 2 Satz 1 UVgO auch für unterschwellige Vergabeverfahren, dass die Leistungsbeschreibung auch soziale Merkmale umfassen kann. § 23 Abs. 2 Satz 2 konkretisiert zudem, dass

„...solche Merkmale sich auch auf Prozesse oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung beziehen können oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert- und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“

Eine Nachweisführung ist mittels Gütezeichen gemäß § 34 VgV bzw. § 24 UVgO unter bestimmten Anforderungen möglich.

Hieraus folgt:

Die Zulässigkeit der Ausgestaltung von sozialen Kriterien als Merkmale der Leistungsbeschreibung (bzw. technische Spezifikation) orientiert sich an bundesgesetzlichen Regelungen der §§ 31, 34 VgV bzw. §§ 23, 24 UVgO.

III. Konsequenzen für die Rechtsanwendung

In der Praxis wird mit Blick auf die rechtlichen Vorgaben (vgl. Ziffer II. oben) zwischen Aufträgen mit verschiedenen Auftragsvolumina zu differenzieren sein.

1. Aufträge unter 10.000,00 € netto

Gemäß § 1 Abs. 6 Satz 4 BerlAVG findet das Landesgesetz Anwendung für Vergabevorgänge ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000,00 € netto. Folglich gilt auch die Vorgabe des § 8 Abs. 2 BerlAVG, wonach bei Lieferleistungen die ergänzenden Vertragsbedingungen vorzugeben sind, Waren einzukaufen, die unter Beachtung von ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind.

Für Aufträge, welche diese Wertgrenze unterschreiten, besteht keine landesgesetzliche Regelung. Eine Landesregierung kann demnach - ohne dass dies durch Vorschriften des Vergaberechts eingeschränkt wird - im eigenen Zuständigkeitsbereich nachgeordnete Behörden z. B. per Ministerialerlass oder ähnlichem zur Anwendung

bestimmter besonderer Auftragsbedingungen anweisen.⁵ In diesem Bereich kann folglich unproblematisch eine Auftragsausführungsbestimmung in der Weise mittels einer Dienstanweisung vorgegeben werden, welche sich nicht ausschließlich an § 8 BerlAVG orientiert, sondern - wie im vorliegenden Fall geplant - darüber hinausgeht.

Dem steht nicht entgegen, dass dann die Handhabung von Aufträgen mit kleineren Auftragsvolumen schärferen Regelungen unterliegt, als solche mit größeren. In der vergaberechtlichen Praxis kann so etwas durchaus auch in anderen Bereichen dokumentiert werden, so z. B. bei Vergaben von Bauleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte.⁶ Vorliegend erreichen die Aufträge in den betroffenen Produktgruppen (z. B. Kaffee und Tee im Rahmen von Cateringaufträgen) gerade eher Wertgrenze i.H.v. 10.000 € netto nicht, so dass die Umsetzung von Regeln für diese Aufträge eine besonders große Reichweite hätte und damit die Zielvorstellungen effektiv umgesetzt werden könnten.

Ob eine derartige Dienstanweisung auch gegenüber den Unternehmen eine Außenwirkung hätte, wird unten unter Ziffer C. II. 2. d) (1) bewertet.

Sofern die Dienstleistung derart ausgestaltet sein soll, dass sie die Einhaltung der sozialen Anforderungen nicht nur als Ausführungsbestimmungen, sondern als Merkmale der Leistung darstellen sollen, so orientiert sich dies an der Zulässigkeit und Vergabekonformität als solche. Hierzu wird auf die Ausführungen unten unter Ziffer C. II. 2. a) (1) verwiesen.

Es bleibt festzuhalten:

Bei Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unterhalb von 10.000 € netto kann eine Dienstanweisung der gewünschten Art mit schärferen Anforderungen als die landesgesetzliche Regelung vorgesehen werden.

⁵ Opitz, a.a.O., § 129, Rn. 9.

⁶ Nach § 14 a Abs. 1 S. 1 VOB/A sind bei Zulassung schriftlicher Angebote die Bieteröffentlichkeit herzustellen; bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte gem. § 14 EU Abs. 1 VOB/A nicht.

2. Aufträge gleich/höher als 10.000 € netto

Bei Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen i.H.v. mindestens 10.000 € netto und mehr ist der sachliche Anwendungsbereich des BerlAVG eröffnet. Mit Blick hierauf stellt sich die Frage, ob bei diesen Aufträgen zum einen die Möglichkeit gegeben ist, den Einkauf von Waren gefährdeter Produktgruppen mit Einhaltung von Fair-Trade-Kriterien als technische Spezifikationen vorzugeben und zum anderen, ob diese über die Einhaltung des Regelungsinhaltes des § 8 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BerlAVG hinausgehen können.

a) Ausgestaltung als technische Spezifikation bzw. Merkmal der Leistung

Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 2 UVgO enthält die Leistungsbeschreibung die Funktions- oder Leistungsanforderungen oder eine Beschreibung der zu lösenden Aufgabe, deren Kenntnis für die Erstellung des Angebotes erforderlich ist, sowie Umstände und Bedingungen der Leistungserbringung. § 31 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 bis Nr. 3 VgV schlüsselt entsprechend auf, welche Merkmale des Auftragsgegenstandes bei überschwelligen Vergabeverfahren in der Leistungsbeschreibung aufzuführen sind. Die Erstellung der Leistungsbeschreibung fällt somit in den Verantwortungsbereich des öffentlichen Auftraggebers und obliegt ihm allein.

(1) Vergaberechtliche Zulässigkeit nach bundesgesetzlicher Normierung

Gemäß § 23 Abs. 2 Satz 1 UVgO kann die Leistungsbeschreibung auch soziale Merkmale umfassen. § 23 Abs. 2 Satz 2 UVgO stellt zudem klar:

„Diese können sich auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auch ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“

Wortidentisch enthält § 31 Abs. 3 VgV die gleiche Regelung für Vergabeverfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte.

Danach bestehen zwei Grenzen der Einbeziehung sozialer Aspekte in der Leistungsbeschreibung: zum einen der Auftragsbezug und zum anderen die Verhaltensmäßigkeit.⁷

Ob die Einhaltung von Arbeitsrechtsstandards wie den ILO-Kernarbeitsnormen oder aber auch andere Kriterien des Fairen Handels als Merkmale der Leistungsbeschreibung in ein Vergabeverfahren einbezogen werden können, ist in der Literatur umstritten und gerichtlich nicht abschließend geklärt. Uneinigkeit besteht insbesondere betreffend die Frage, ob solche Kriterien den erforderlichen Auftragsbezug aufweisen.

(a) Auftragsbezug

Nach einer Auffassung mangle es bei Beachtung von Arbeitsstandards in der Produktionskette an einem Auftragsbezug, da solche Kriterien keinen spezifisch technischen Prozess der Leistungserbringung beschreiben würden und deshalb als untaugliche technische Spezifikationen qualifiziert werden müssten, sodass sie allein die Auftragsausführung betreffen könnten.⁸ Diese Auffassung stellt auf die unionsrechtlichen Vorgaben ab, insbesondere Anhang VII Nr. 1 lit. b der Richtlinie 2014/24/EU. Danach ist eine „technische Spezifikation“ bei öffentlichen Lieferaufträgen definiert als

„.... eine Spezifikation, die in einem Schriftstück enthalten ist, das Merkmale für ein Produkt oder eine Dienstleistung vorschreibt, wie Qualitätsstufen,einschließlich der Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der Lieferung“

Hiermit nicht vereinbar sein jedoch Aspekte, die sich auf die generelle Unternehmenspolitik beziehen und keinen Bezug zu dem Produkt oder der Dienstleistung aufweisen, zum Gegenstand von Leistungsbeschreibungen zu machen.⁹ Insbesondere auch aus der Einschränkung durch zwei Aspekte – 1.) Auftragsbezug und 2.) Verhältnismäßigkeit – könnten soziale Kriterien nicht als Merkmale der Leistungsbeschreibung bestimmt werden.¹⁰ Auch wenn diese Auffassung anerkennt, dass insbesondere nach Art. 42 der Richtlinie 2014/24/EU soziale Kriterien auch als technische Spezifikationen verwendet werden können, so gelte dies nach unionsrechtlichen Vorgaben – insbesondere aus Erwägungsgrund 99 Richtlinie 2014/24/EU folgend – nur, wenn es

⁷ vgl. Krönke, a. a. O, S. 13.

⁸ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.05.2014 - Verg 46/13; diskutiert von Latzel in NZBau 2014, 673, 675.

⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 30.12.2010 - VII Verg 24/10; VK Münster, Beschl. v. 24.06.2011 - VK 6/11.

¹⁰ Traupel in Müller/Wrede, Kommentar VgV/UVgO § 31 VgV Rn. 49.

sich um den Prozess oder die spezifische Methode zur Erfüllung des Auftrages handelt. Gefordert sei nach den europarechtlichen Vorgaben folglich, dass solche sozialen Anforderungen die betreffende Ware unmittelbar charakterisieren würden, wie zum Beispiel das Kriterium „Zugängigkeit für Personen mit Behinderung“. Die Einhaltung von Arbeitsrechtsgrundsätzen wie den ILO-Kernarbeitsnormen charakterisiert eine Ware nicht unmittelbar und sei damit eine untaugliche technische Spezifikation.¹¹

Die Gegenauffassung stellt zu Recht auf die Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben aus den Vergaberichtlinien in die nationalen Normen und die diesbezügliche Gesetzesbegründung ab. Die Regelungen des § 31 Abs. 3 VgV bezieht sich explizit auf den Produktionsprozess, auch wenn die entsprechenden Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistungen sind. Nach der Gesetzesbegründung sollen damit ausdrücklich Vorgaben zu bestimmten Umständen der Herstellung des Beschaffungsgegenstandes, wie z. B. die „Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen entlang der Produktionskette“ bereits in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden.¹² Damit ist die Einhaltung von Arbeitsrechtsgrundsätzen entlang der Produktionskette ein mögliches soziales Merkmal der Leistungsbestimmung. Überzeugend ist insbesondere, dass zu Gunsten eines einheitlichen Verständnisses des Auftragsbezuges die für technische Spezifikation, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen gleichermaßen geltende Vorschrift des Art. 43 der Richtlinie 2014/24/EU zum Nachweis mittels Gütezeichen gerade nicht zwischen den unterschiedlichen Verfahrensstadien und der Einführung bzw. Implementierung sozialer Kriterien als technische Spezifikation, Zuschlagskriterien und/oder Ausführungsbedingungen unterscheidet.¹³ Gegen dieses Verständnis spricht auch nicht die europarechtskonforme Auslegung der Normen. Die Einschränkungen des Auftragsbezuges und der Verhältnismäßigkeit - resultierend wohl aus der wörtlichen Übernahme der Formulierung in Art. 42 Abs. 1 unter Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU - richtet sich an ein Verbot allgemeiner unternehmenspolitischer Vorgaben, jedoch nicht gegen die Einhaltung von Arbeitsstandards im Produk-

¹¹ Vgl. Ziekow, a.a.O., S. 41; Germelmann, „Mindestlöhne und ILO-Kernarbeitsnormen: Kernprobleme und Perspektiven sozialer Sekundärziele im Vergaberecht“, GewArch 2016, S. 100, 104; Latzel in NZBau 2014, a.a.O., Se. 673, 675.

¹² Vgl. Gesetzesbegründung, BT-Drucks. 18/6281, S. 97, Begründung zur Verordnung der Bundesregierung zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drucks. 18/7318, S. 171.

¹³ Krönke, „Sozialverantwortliche Beschaffung nach dem neuen Vergaberecht 2016“, Rechtsgutachterliche Stellungnahme im Auftrage der CIR und WEED, München, April 2016, S. 14 f.

tionsprozess.¹⁴ Für dieses Verständnis der eurorechtlichen Normen spricht auch, dass sozialpolitische Ziele im Zusammenhang mit technischen Spezifikationen ausdrücklich im Rahmen der Vergaberechtsreform gestärkt wurden.¹⁵ Hierfür spricht unter anderem Erwägungsgrund 97 Abs. 2 der Richtlinie 2014/24/EU, der das Erfordernis des Auftragsbezugs ebenfalls in diesem Sinne versteht.

Schließt man sich der m. E. vertretbaren zweiten Auffassung an, steht das Erfordernis des Auftragsbezugs bei der Einbeziehung sozialer Aspekte in der Leistungsbeschreibung nicht entgegen, weil es sich nicht um allgemeine unternehmenspolitische Aspekte - wie der grundsätzlichen Ausrichtung der gesamten Einkaufspolitik des Unternehmens an bestimmten sozialen Grundsätzen - handelt.

(b) Verhältnismäßigkeit

Bei der Bewertung der Verhältnismäßigkeit gemäß § 31 Abs. 3 Satz 2 VgV bzw. § 23 Abs. 2 Satz 2 UVgO ist das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers zu beachten, welches auch das Recht umfasst, soziale Vorgaben an den Auftragsgegenstand knüpfen zu können.¹⁶ Das Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers begegnet jedoch Grenzen: Die Entscheidung muss auf nachvollziehbaren, objektiven, tatsächlich vorhandenen bzw. nachprüfbaren und auftragsbezogenen Gründen beruhen und darf ferner Wirtschaftsteilnehmer nicht diskriminieren.¹⁷

Zwar können in außergewöhnlichen Situationen Erwägungen zur Verhältnismäßigkeit sozialen Aspekten als Ausgestaltung der Leistungsbeschreibung entgegenstehen. Dies kann bei Leistungsmerkmalen der Fall sein, die ausschließlich von einem Wirtschaftsteilnehmer erfüllt werden können, von sonstigen Bietern aus dem Binnenmarkt aber nicht oder wirtschaftlich nicht zumutbar und deren Wert für das eigentliche Beschaffungsziel kaum erkennbar sei. Bei der Bewertung wird mangels einschlägiger Rechtsprechung hierzu ein ähnlicher Maßstab wie bei dem Grundsatz der Produkt-

¹⁴ So auch Krönke, a.a.O., S. 12 f.; auch Gnittke/Reinhardt, „Gibt es eine Rechtspflicht zu sozial verantwortlichen Beschaffung?“, Rechtsgutachterliche Stellungnahme, im Auftrage der CIR, Juni 2018, S. 10 ff., abstellend auf das umfangreiche Leistungsbestimmungsrecht des Auftraggebers.

¹⁵ Glaser, „Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“, Pflichten der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie, 1. Aufl. 2015, S. 42.

¹⁶ Zum Leistungsbestimmungsrecht des öffentlichen Auftraggebers: OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.2017 - Verg 36/16; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.09.2016 - 15 Verg 7/16; VK Bund, Beschl. v. 27.01.2017 - VK 2-145/16.

¹⁷ vgl. auch nach § 31 Abs. 6 VgV zur Produktneutralität.

neutralität vorgeschlagen. Zudem ist zu beachten, dass ein Auftragnehmer nur bedingt Einfluss auf die Produktionsbedingungen in der gesamten Lieferkette hat, so dass eine unbedingte Pflicht zur Nichtverletzung von Arbeitsschutzbestimmung unverhältnismäßig und sogar gemäß § 275 Abs. 1 BGB unwirksam sein könnte.¹⁸

Trotz dieser Grenzen werden jedoch auch ungewöhnliche oder ambitionierte Vorgaben als grundsätzlich hinnehmbar qualifiziert, selbst wenn sie zu einer Verknappung des Angebotes führen sollten.¹⁹ Der Einbezug sozialer Aspekte wird sogar von der kritischen Auffassung aus Gründen des Allgemeinwohls als zulässiges Kriterium zur Bestimmung des Beschaffungsgegenstandes angesehen.²⁰ Im Ergebnis hängt jedoch die Vereinbarkeit und Zulässigkeit von der objektiven Nachweismöglichkeit ab: Ist eine solche z. B. durch Gütezeichen vorhanden, dann darf die Einhaltung von Arbeitsstandards als Leistungsmerkmale vorgegeben werden; ist eine solche Nachweismöglichkeit nicht vorhanden, dann darf der Auftragnehmer mittels Ausführungsbedingungen nur zur Durchführung bestimmter Risikominimierungsmaßnahmen verpflichtet werden.²¹

Die Bestimmung des Kriteriums „fair zertifiziert“ als Mindestanforderung an das beschaffte Produkt könnte den Markt zwar auf bestimmte Bieter begrenzen. Eine Diskriminierung oder unlautere Durchführung eines Wettbewerbes folgt hieraus jedoch nicht, insbesondere weil es glaubwürdige Nachweise zu den geplanten Anforderungen gibt und zudem hinreichend genug Anbieter über solche Nachweise verfügen, so dass hinreichender Wettbewerb gewährleistet wäre.²² Die Unterscheidung zwischen Bietern, die zum Verfahren zugelassen werden, und solchen, die mangels Nachweis nicht zugelassen werden, erfolgt anhand eines sachlichen Kriteriums, welches dem Auftraggeber vorliegend bei seiner Beschaffung besonders wichtig ist. Im Rahmen seines Leistungsbestimmungsrechts würde er sein Ermessen – orientiert an einer entsprechenden Dienstanweisung – fehlerfrei ausüben und die Entscheidung für ein fair zertifiziertes Produkt transparent allen Bietern von vornherein (z. B. bereits in der Bekanntmachung der Öffentlichen Ausschreibung) bekanntgeben. Dem Ge-

¹⁸ Gnittke/Reinhardt, a.a.O., S. 13.

¹⁹ vgl. Traupel in: Müller-Wrede, Kommentar VgV/UVgO, § 31, Rn. 50.

²⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss v. 31.05.17 – Verg 36/16.

²¹ Vgl. auch Gnittke/Reinhardt, a.a.O., S. 27.

²² Zu diesen Produktgruppen zählen etwa Kaffee, Tee, Orangensaft, Rohrzucker, Reis, Kakao und Bananen.

bot der Verhältnismäßigkeit könnte und müsste in der konkreten Umsetzung Rechnung getragen werden. So dürfte z. B. keine pauschale Vorgabe während der gesamten Wertschöpfungskette statuiert werden, da eine solche zu unbestimmt wäre.²³ Stattdessen müsste eine konkrete Festlegung erfolgen, welche Rechte bezogen auf welches Produktionsstadium einzuhalten sind und wie ein entsprechender Nachweis aussehen soll. Dies hängt jedoch letztlich von der Gestaltung der Anforderungen und dessen Nachweis ab, die bei der Formulierung der Dienstanweisung und eines Erklärungsformblattes beachtet werden müsste.

(c) Aufträge unterhalb des EU-Schwellenwertes

Die Literaturauffassungen sowie die bislang zu dieser Thematik ergangene Rechtsprechung stellen auf die unionsrechtlichen Vorgaben in den Vergaberichtlinien ab. Bei unterschwelligen Vergabeverfahren gilt diese Rechtsprechung folglich nicht ohne weiteres, da die unterschwelligen Normierungen sich nicht an den EU-Richtlinien orientieren. Aufträge unterhalb der Schwellenwerte unterfallen nicht dem Anwendungsbereich der Richtlinien, so dass der öffentliche Auftraggeber nicht an deren Vorgaben und Umsetzung ins nationale Recht gebunden ist.

Hinsichtlich der Einführung des Kriteriums zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Merkmale der Leistungsbeschreibung wird - basierend auf den Regelungen zur VOL/A - vertreten, dass die auch im unterschwelligen Bereich nicht zulässig sei.²⁴ Die Gesetzesbegründung zur UVgO²⁵ stellt lediglich darauf ab, dass eine wortgleiche Übernahme des § 31 Abs. 3 VgV erfolgte; eine weitere Begründung wird nicht geliefert.²⁶ Deshalb folgt aus vergaberechtlichen Regelungen für unterschwellige Vergaben kein (spezifisches) Verbot zur Implementierung sozialer Kriterien als Leistungsmerkmale.

²³ Vgl. Opitz, in: Burgi/Dreher, a.a.O., § 128, Rn. 35; Gnittke/Reinhardt, a.a.O., S. 10.

²⁴ Ziekow; a. a. O., S. 60; Noch, „Rechtliche Prüfung der Umsetzung sozialer Vergabekriterien, Stellungnahme für das Bundesministerium für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung vom 19.07.2006, S. 16 f.

²⁵ BMWI-Erläuterungen, Stand 05.01.2017, S. 9, § 23, § 24

²⁶ Lediglich für die Nachweisführung durch Gütezeichen wird bestimmt, dass der wesentliche Unterschied zu der entsprechenden (engeren) Oberschwellenregelung darin bestünde, dass nun nach Nr. 1 nicht alle Anforderungen des Gütezeichens mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen. Hierfür müssten die Kriterien des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung (lediglich) geeignet sein. Öffentliche Auftraggeber könnten Gütezeichen im Unterschwellenbereich damit leichter vorgeben.

(2) Zulässigkeit nach Maßgabe des BerlAVG

Zu prüfen ist darüber hinaus, ob die geplante Dienstanweisung auch unter Berücksichtigung der landesgesetzlichen Regelung zulässig wäre bzw. diese der geplanten Regelung entgegenstehen kann.

Die Vergabe- und Vertragsordnungen für unterschwellige Vergabeverfahren werden nach der herrschenden Auffassung als Verwaltungsvorschriften ohne Außenwirkung definiert.²⁷ Für die Begutachtung wird vorliegend davon ausgegangen, dass das Land Berlin eine entsprechende Bindung an die UVgO erlassen wird. Damit werden die Landesgesetzgeber in Berlin an die Regelungen in der UVgO gebunden sein.²⁸ Haben jedoch die zuständigen Ministerien ergänzende Richtlinien zur Berücksichtigung vergabeexterner Zielsetzungen angeordnet, so sind die öffentlichen Auftraggeber des Landes an die Vergabe- und Vertragsordnungen in dieser modifizierten Form gebunden.²⁹ Demnach haben die Landesgesetzgeber zum einen die UVgO und zum anderen die Regelungen des BerlAVG, ggf. konkretisiert durch ergänzende Richtlinien zu beachten.

Zu prüfen ist, ob die geplante Dienstanweisung mit den Vorgaben des BerlAVG kollidiert. § 8 Abs. 2 BerlAVG bestimmt:

„Aufträge über Lieferleistungen dürfen in den Fällen nach Abs. 3 nur einer ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden, die den Auftragnehmer verpflichtet, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gem. Abs. 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Dazu sind entsprechende Nachweise von den Bietern zu verlangen.“

Mit der Formulierung mit „Waren ausführen“ wird folglich statuiert, dass die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbestimmung in das Verfahren eingebracht werden kann. Mit Blick auf § 1 Abs. 7 BerlAVG hat der Landesgesetzgeber jedoch eine Regelung zur Ausgestaltung als Auftragsausführung erlassen, jedoch keine Vorgaben für die Einführung sozialer Kriterien in anderen Verfahrensphasen wie

²⁷ Dörr in: Dreher/Motzke, Beck'scher Vergaberechtskommentar, Einleitung, Rn. 74 f.

²⁸ Auch wenn diese nach richtiger Auffassung bereits durch die Stufung des Haushaltsrechts (BHO, LHO, Gemeindehaushaltsverordnung, ohnehin zu Abweichungen nicht ermächtigt sind; vgl. Ziekow, a. a. O., S. 59.

²⁹ Ziekow, a. a. O., S. 59.

z. B. als Merkmal der Leistungsbeschreibung gemacht. Hierzu hätte er nach Auslegung des § 129 GWB auch keine Regelungskompetenz.³⁰

Landesgesetzliche Vorschriften – unabhängig in welcher Form – müssen die durch die bundesrechtlichen Regelungen im GWB und in der VgV gesetzten Grenzen beachten.³¹ Deshalb dürfen landesweite Regelungen nicht mit den Vorgaben des Vergaberechts kollidieren, die aus den bundesgesetzlichen Regelungen folgen. Wie oben unter Ziffer (1) aufgezeigt, ist nach der hier vertretenen Auffassung die Bestimmung von sozialen Kriterien als Leistungsmerkmale der geplanten Art mit den Vergabegrundsätzen der Regelungen des GWB, der VgV und der UVgO vereinbar. Einschränkungen aus der landesvergaberechtlichen Regelung des § 8 BerlAVG können sich nicht ergeben. Dies gilt auch im Hinblick auf die Ausgestaltung der Warengruppenliste, welche nach § 8 Abs. 3 S. 1 BerlAVG für den Fall der Festlegung von ILO-Kernarbeitsnormen als Ausführungsbestimmungen durch die zuständige Senatsverwaltung erstellt wird.

Einer Ermächtigungsgrundlage bedarf die Festlegung von Leistungsmerkmalen i. Ü. ohnehin nicht, da diese eine ureigene Entscheidung der Vergabestelle im Vorfeld zu einer Ausschreibung darstellt und damit vom Leistungsbestimmungsrecht des öAG umfasst ist. Das Vergaberecht regelt nämlich nicht das „Was“, sondern das „Wie“ des Beschaffungsvorganges; Die Leistungsbestimmung ergibt sich deshalb aus der Vertragsfreiheit – auch bei fiskalischen Hilfsgeschäften der öffentlichen Stellen.³² Damit hat weder der Bundes- noch der Landesgesetzgeber diesbezüglich keine entsprechende Regelungskompetenz, diese beschränkt sich nur darauf, in welcher Form der Leistungsinhalt beschrieben werden muss.³³

(3) Unionsrechtliche Grenzen

Zu beachten ist zudem, dass vorliegend die meisten Aufträge ihrem Volumen nach nicht den maßgeblichen EU-Schwellenwert in Höhe von 221.000,00 Euro netto erreichen werden und es sich um unterschwellige Vergabeverfahren nach den Regelungen der UVgO handeln wird.

³⁰ Vgl. Ausführungen oben unter Ziffer C. II.

³¹ Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 3. Auflage 2018, Einleitung, Ziffer II. 3. C.

³² OLG Düsseldorf, Beschl. v. 31.05.17 – Verg 36/16; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 14.09.16 – 15 Verg 7/16, VK Bund, 27.01.17 – VK 2 – 145/16; Gnittke/Reinhardt, a.a.O., S. 11.

³³ Krönke, a.a.O., B. I., S. 35.

Der öffentliche Auftraggeber ist bei diesen Vergaben nicht gänzlich frei, sondern unterliegt verpflichtet, Grundfreiheiten aus dem AEUV – namentlich die Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, den Gleichbehandlungsgrundsatz, das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit und das Transparenzgebot – zu wahren, sofern der Auftrag binnenmarktrelevant ist.³⁴ Europarechtliche Bindungen bestehen demnach nur, wenn ein grenzüberschreitendes Interesse vorliegt. Die Binnenmarktrelevanz ist zu bejahen, wenn ein Wirtschaftsteilnehmer eines anderen Mitgliedstaates ebenfalls ein Interesse am betreffenden Auftrag haben könnte. Bei der Beurteilung sind die Umstände des Einzelfalles bezogen auf Kriterien wie den geschätzten Auftragswert, die Besonderheiten des Auftragsgegenstandes und die geographische Lage des Ortes der Leistungserbringung zu würdigen.³⁵

Vorliegend handelt es sich um Aufträge mit einem geschätzten Auftragsvolumen in einer kleineren Größenordnung, jedenfalls weit unterhalb des EU-Schwellenwertes i.H.v. 221.000 €. Eine Binnenmarktrelevanz werden die Aufträge wohl nicht aufweisen, so dass eine Verletzung der Grundfreiheiten aus dem AEUV nicht droht.

(4) Haushaltsrechtliche Vorgaben

Der öffentliche Auftraggeber unterliegt bei jeglicher Auftragsvergabe zudem haushaltsrechtlichen Grundsätzen.³⁶ Gemäß § 7 Abs. 1 LHO Berlin³⁷ haben öffentliche Auftraggeber des Landes Berlin bei Aufstellung und Ausführung des Haushaltsplans die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten. Diese Grundsätze wären nur tangiert, wenn der Einkauf von fair zertifizierten Produkten nicht nur zwangsweise teurer wäre, als von Produkten, die nicht fair zertifiziert sind, sondern der Einkauf solcher auch unwirtschaftlicher wäre. Denn bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit spielt nicht nur der Preis, sondern auch andere auftragsbezogene Kriterien eine Rolle.

Wenn der Auftraggeber im Rahmen seines Ermessens jedoch entscheidet, dass neben dem Preis die Produkte zudem eine besondere Eigenschaft – nämlich fair zertifiziert – aufweisen sollen, so entscheidet er, dass dieser Aspekt einen Teil der Wirt-

³⁴ EuG, Urt. v. 20.05.2010 – T-258/06; EuGH, Urt. v. 13.11.2007 – C-507/03; Urt. v. 17.07.2008 – C-347/06; OLG Düsseldorf, Urt. v. 13.01.2010 – I-27 U 1/09; Beschl. 27.10.2010 – VII-Verg 25/08.

³⁵ vgl. EuGH, Urt. v. 21.07.2005 – C-231/03; Urt. v. 15.05.2008 – C-147/06.

³⁶ BVerfG, Beschl. v. 13.06.2006 – BvR 1160/03.

³⁷ Landeshaushaltsordnung (LHO) in der Fassung vom 30. Januar 2009 (GVBl. S. 31, S. 486), zuletzt geändert durch Gesetz vom 2. Februar 2018 (GVBl. S. 160).

schaftlichkeit ausmacht. Vor diesem Hintergrund würde selbst eine Verteuerung nicht zu dem Rückschluss führen, dass der Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit verletzt wird. Etwas anderes würde man nur dann diskutieren können, wenn die Verteuerung unangemessen hoch wäre. Dies ist unter Einbezug der Marktanalyse aber nicht anzunehmen.³⁸

Haushaltsrechtliche Vorgaben stünden einer Beschaffung von fair zertifizierten Produkten nicht entgegen.

(d) Zwischenergebnis

Die hier geplanten Kriterien des Fairen Handels sind auch bei Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen von mindestens 10.000 Euro als technische Spezifikationen im Rahmen der Leistungsbeschreibung einbeziehbar, da diese Kriterien nicht die generelle Unternehmenspolitik des potentiellen Auftragnehmers betreffen, sondern den Produktionsprozess der zu liefernden Ware, auch wenn diese materieller Bestandteil des Produktes selbst wird. Damit weisen sie nach der hier vertretenen Auffassung den geforderten Auftragsbezug auf. Auch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wäre bei dem geplanten Vorhaben grundsätzlich nicht verletzt, da es auf dem Markt sehr wohl Anbieter gibt, welche ein entsprechendes Zertifikat bzw. Gütezeichen für die betroffenen Produktwarengruppen vorweisen können. Weder landes-, noch unions- noch haushaltsrechtliche Grundsätze stehen dem entgegen.

Auch wenn nach der hier vertretenen Auffassung viel dafür spricht, dass die Einhaltung bestimmter Arbeitsstandards (ILO-Kernarbeitsnormen und weiterer sozialer Kriterien) als technische Spezifikation im Rahmen der Leistungsbeschreibung einbezogen werden können, ist zu beachten, dass es hierzu unterschiedliche Rechtsansichten gibt. Um etwaige Risiken mangels einschlägiger Rechtsprechung hierzu sowie der Gegenauffassung zu vermeiden, sollte abgewogen werden, ob die Implementierung tatsächlich als eine technische Spezifikation gewünscht ist bzw. der Einbezug als Auftragsausführungsbedingung gegebenenfalls für das Erreichen des gewünschten Ziel ausreichend ist. Hierzu wird auf die nachstehenden Ausführungen unter Ziffer C. III. 2. b) und c) verwiesen.

³⁸ Siehe dazu auch Studie der CIR (2018): Blick über den Tellerrand – Sozial verantwortliche Beschaffung von Lebensmitteln. Münster. Online unter: www.ci-romero.de/produkt/blick-ueber-den-tellerrand-sozial-verantwortliche-beschaffung-von-lebensmitteln/.

Es bleibt festzuhalten:

Die Zulässigkeit der Einhaltung der geplanten Kriterien als technische Spezifikation ist umstritten, nach der hier vertretenen Auffassung jedoch möglich.

b) Ausgestaltung als Ausführungsbedingung

Nach § 128 GWB können öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen für die Ausführung von Aufträgen festlegen. Dabei können solche auch soziale Belange betreffen, sofern sie auftragsbezogen sind. Sofern es sich um zwingende Ausführungsbedingungen handelt, liegt die Regelungskompetenz – insbesondere betreffend die Gestaltung – beim Landesgesetzgeber.

Hiervon hat der Landesgesetzgeber mit § 8 BerlAVG Gebrauch gemacht. Diese Norm regelt jedoch eine (Mindest-)Verpflichtung, nämlich die Vereinbarung von Ausführungsbedingungen betreffend die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen. Dem steht jedoch eine Dienstanweisung, die eine weitergehende Verpflichtung vorzieht – nämlich die Einhaltung von weiteren darüber hinausgehenden Normen – nicht entgegen. Dies gilt insbesondere mit Blick auf die Regelung des § 1 Abs. 7 BerlAVG zu lösen, wonach für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen auch im Bereich sozialer Kriterien gestellt werden können, wenn dies durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist. Daraus ergibt sich doch zwangsläufig, dass insoweit die Vorgabe aus dem Vergabegesetz - § 8 BerlAVG - nicht abschließend ist.

Die Ausgestaltung als Auftragsbedingung begegnet letztlich denselben Grenzen, wie die Ausgestaltung sozialer Kriterien als Leistungsmerkmal. Insbesondere der Grundsatz des Auftragsbezuges und der Verhältnismäßigkeit müssen gewahrt bleiben. Dies ist aber vorliegend der Fall, wie oben im Detail ausgeführt. Selbst die strenge Auffassung kommt zu dem Ergebnis, dass der Einbezug sozialer Kriterien als Ausführungsbedingung hinreichenden Auftragsbezug aufweist und vergaberechtlich zulässig ist.³⁹ Bei der Einbindung auf dieser Verfahrensstufe sind die sozialen Merkmale zudem nicht auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen begrenzt, sie können auch darüber hinausgehen.

Es bleibt festzuhalten:

³⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.01.2013 – Verg 35/12; Ziekow, a.a.O., S. 47 f.

Sofern die Dienstanweisung die Einhaltung von sozialen Kriterien (ILO-Kernarbeitsnormen und weiteren Normen betreffend Arbeitsstandards) als Ausführungsbedingungen ausgestaltet, begegnet dies keinen vergaberrechtlichen Einwänden.

c) Vergleich der Implementierungsvarianten in der Umsetzung/Praxis

Schreibt die Dienstanweisung vor, die geplanten sozialen Kriterien als Leistungsmerkmale in ein Vergabeverfahren zu implementieren, besteht die Gefahr, dass eine strengere Rechtsauffassung vertreten und eine darauf basierende Vergabe angegriffen wird. Diese Gefahr besteht in einem wesentlich geringeren Umfang, sofern die sozialen Kriterien als Ausführungsbedingungen eingeführt werden. Aus diesem Grund sollten die Unterschiede in der Umsetzung vergegenwärtigt werden.

Werden die sozialen Kriterien als Ausführungsbedingungen in ein Vergabeverfahren eingebracht, werden damit (nur) die vertraglichen Bedingungen für die – nach Zuschlag – relevante Phase der Vertragsumsetzung gestaltet. Diese gibt der öffentliche Auftraggeber bereits im Vergabeverfahren als einen Teil der Vertragsbedingungen (§ 29 Abs. 1 Nr. 3 VgV) vor. Im vorliegenden Fall würde die Dienstanweisung die Bedingung vorgeben, die Lieferleistungen nur mit Waren auszuführen, die bestimmte Fair-Trade-Kriterien erfüllen.

Der öffentliche Auftraggeber kann aber im Rahmen des laufenden Vergabeverfahrens von allen Bietern oder auch nur vom Bestbieter eine Erklärung fordern, mittels welcher der Bieter sich verpflichtet, im Zuschlagsfall die Erfüllung des Auftrages unter Beachtung der gestellten Anforderungen durchzuführen. Zugleich kann eine Erklärung auch mit der Verpflichtung verbunden werden, einen entsprechenden Nachweis (Gütezeichen) mit Angebot vorzulegen.⁴⁰ Dies ist – jedenfalls was die Gestaltung der Dienstanweisung angeht – sogar aus dem Gebot der Klarheit und Bestimmtheit einer Norm gemäß Art. 20 Abs. 3 GG zwingend geboten. Denn eine pauschale Forderung ohne Benennung von Gütezeichen, die das erfüllen, ist nach der Rechtsprechung nicht ausreichend.⁴¹ Die Einhaltung der gestellten Anforderungen selbst muss dabei bei der Angebotswertung nicht überprüft werden und nicht überprüfbar sein.⁴²

⁴⁰ Vgl. Ziekow, a.a.O., S. 54 f.

⁴¹ BVerwG, Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1.12, „Friedhofssatzung“.

⁴² Ziekow, a.a.O., S. 48 f. und S. 53 f.

Ein Bieter dürfte in diesem Fall nur vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden, wenn er keine entsprechende Erklärung mit den entsprechenden Nachweisen erbringt. Im Gegensatz zur Ausgestaltung als Leistungsmerkmal dürfte der Ausschluss aber nicht darauf gestützt werden, dass das angebotene Produkt nicht den gestellten Mindestanforderungen entspricht. Letzteres kann jedoch ohnehin nicht durch die Vergabestelle im Rahmen des Vergabeverfahrens überprüft werden. Denn diese kann nicht im Rahmen des Verfahrens erkennen oder überprüfen, ob beim Produktionsprozess der gelieferten Produkte die gestellten Arbeitsstandards eingehalten wurden.

Auch als Vorgabe, die geplanten „Fair-Trade-Kriterien“ als Ausführungsbedingungen in das Vergabeverfahren zu implementieren, würde vor diesem Hintergrund die seitens CIR verfolgten Ziele – insbesondere die effektive Umsetzung der Kriterien und Einkauf ausschließlich von Waren, die unter Beachtung dieser Kriterien hergestellt bzw. gehandelt wurden – erfüllen.

Folglich ist festzuhalten:

Mit Blick auf die kritische Haltung der Rechtsprechung und teilweise Literatur zur Implementierung sozialer Kriterien als Leistungsmerkmale sollte die Umsetzungsvariante als Ausführungsbestimmung in Betracht gezogen werden.

d) Bindungswirkung ggü. Bietern – Innen- und Außenwirkung

Anschließend ist zu klären, wen die Dienstanweisung binden kann und inwieweit sie Wirkung entfalten kann.

(1) Außenwirkung

In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass bereits die Vergabeordnungen (UVgO) trotz der Integration in das öffentliche Haushaltsrecht und dem damit verbundenen Charakter als Rechtssatz⁴³ nur Binnenrecht der Verwaltung sind, so dass auf diese verwaltungsinternen Regelungen Bewerber und Bieter sich nicht direkt berufen können.⁴⁴ Die Regelwerke haben damit den Charakter einer Verwaltungsvor-

⁴³ BGH, Urt. V. 07.05.1998 – I ZR 214-95, NJW 1999, 137, 138.

⁴⁴ BGHZ 116, 149 = NJW 1992, 827; Dörr, in Beck'scher Vergaberechtskommentar, Einleitung, Rn. 75.

schrift und erlangen nur nach den Grundsätzen der Selbstbindung der Verwaltung mittelbare Außenwirkung über Art. 3 Abs. 1 GG.⁴⁵

Gleiches muss dann für die Dienstanweisung gelten. Eine solche ist ihrem Charakter nach (wie eine Verwaltungsvorschrift) letztlich eine Regelung, die innerhalb der Behördenorganisation von übergeordneten Verwaltungsinstanzen oder Vorgesetzten an nachgeordnete Organisationseinheiten ergehen und die dazu dienen, Organisation und Handeln der Verwaltung (etwa Gesetzesvollzug, Ermessensausübung, Verwaltungsverfahren) näher zu bestimmen.⁴⁶ Diese würde folglich primär die öffentlichen Landesauftraggeber binden und hätte bezogen auf die Bieter bzw. Auftragnehmer eine mittelbare Außenwirkung folgend aus dem Grundsatz der Selbstbindung der Verwaltung. Hieraus resultierend könnte die Bieterseite Beanstandungen in Bezug auf die Vorgabe der Fair-Trade-Anforderungen sowie der Nachweisführung herleiten.

(2) Drittschutz

Zu klären ist in diesem Zusammenhang zudem, ob ein Bieter sich gegen einen Konkurrenten bzw. gegen eine Entscheidung der Vergabestelle mit Argumenten wenden kann, die sich auf die gestellten Anforderungen betreffend soziale Kriterien beziehen. Kann sich ein Bieter z. B. dagegen wehren, dass die Vergabestelle sich für ein Konkurrenzprodukt entscheidet, weil dieses die Fair-Trade-Kriterien erfüllt.

Ob die Normen der §§ 97 Abs. 3, 128 Abs. 2 GWB und §§ 31 Abs. 3, 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV (sowie entsprechende Regelungen in der UVgO), welche die Implementierung sozialer Kriterien in ein Vergabeverfahren betreffen, drittschützend sind, ist umstritten. Eine Auffassung verneint dies, weil solche Kriterien der Einhaltung allgemeiner politischer Interessen dienen.⁴⁷ Die Gegenauffassung bejaht den drittschützenden Charakter dieser Normen mit der Begründung, der Gesetzgeber habe solche bewusst ins Vergaberecht integriert und sie würden zudem auf die Schaffung entsprechender Marktnachfrage abzielen.⁴⁸ Der Rechtsstreit dürfte durch die Entscheidung des OLG

⁴⁵ Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, § 24, Rn. 20 ff; BVerfGE 116, 135, 153 f.; BVerwGE 129, 9, 18 f.

⁴⁶ Röhr, Allgemeines Verwaltungsrecht, 2. Aufl., S. 24.

⁴⁷ VK Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 13.11.2015- VK 1 – 16/15; Fandrey in Kulartz/Kus/Marx/Portz/Prieß, § 67 VgV Rn. 2.

⁴⁸ Schröder, in Müller-Wrede, § 67 VgV, Rn. 53 ff.

Düsseldorf entschieden sein, wonach ein drittschützender Charakter diesen Regelungen nicht abzusprechen sei.⁴⁹

Da die Dienstanweisung letztlich dazu dient, die Handhabung betreffend das Einbeziehen sozialer Kriterien zu konkretisieren, hätten ihre Regelungen zumindest über Art. 3 Abs. 1 GG (Selbstbindung der Verwaltung) vor diesem Hintergrund auch drittschützenden Charakter. Es ist demnach nicht auszuschließen, dass sich ein Bieter gegen eine Entscheidung der Vergabestelle zugunsten eines Konkurrenten basierend auf den Anforderungen aus der Dienstanweisung erfolgreich wendet.

Im Ergebnis bleibt festzuhalten:

Die Regelungen aus der Dienstanweisung können über die Selbstbindung der Verwaltung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG sowohl Außenwirkung gegenüber der Bieterseite als auch Drittschutz entfalten.

D. Ergebnis und Ausblick

Zusammenfassend ergeben sich die folgenden Gesichtspunkte:

- Bei Aufträgen ab einem geschätzten Auftragsvolumen in von 10.000,00 € netto würde eine Dienstanweisung bei Ausgestaltung als Ausführungsbedingung über den Regelungsinhalt der landesgesetzlichen Regelung hinausgehen. Bei der Vergabe solcher Aufträge sind entsprechende Inhalte als Ausführungsbestimmungsregelungen zulässig.
- Die Zulässigkeit der Ausgestaltung von sozialen Kriterien als Merkmale der Leistungsbeschreibung (bzw. technische Spezifikation) orientiert sich an bundesgesetzlichen Regelungen der §§ 31, 34 VgV bzw. §§ 23, 24 UVgO.
- Bei Aufträgen mit einem geschätzten Auftragsvolumen unterhalb von 10.000 € netto kann eine Dienstanweisung der gewünschten Art mit schärferen Anforderungen als die landesgesetzliche Regelung vorgesehen werden.
- Die Zulässigkeit der Einhaltung der geplanten Kriterien als technische Spezifikation ist umstritten, nach der hier vertretenen Auffassung jedoch möglich.
- Sofern die Dienstanweisung die Einhaltung von sozialen Kriterien (ILO-Kernarbeitsnormen und weiteren Normen betreffend Arbeitsstandards) als

⁴⁹ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.12 – Verg 105/11.

Ausführungsbedingungen ausgestaltet, begegnet dies keinen vergaberechtlichen Einwänden.

- Mit Blick auf die kritische Haltung der Rechtsprechung und teilweise Literatur zur Implementierung sozialer Kriterien als Leistungsmerkmale sollte diese Umsetzungsvariante in Betracht gezogen werden.
- Die Regelungen aus der Dienstanweisung können über die Selbstbindung der Verwaltung gemäß Art. 3 Abs. 1 GG sowohl Außenwirkung gegenüber der Bieterseite als auch Drittschutz entfalten.

Auf die Frage, die der Begutachtung zu Grunde liegt, kann summarisch vor diesem Hintergrund geantwortet werden: Für die Bewirtung von Gästen und Besuchern kann der Einkauf zertifizierter Lebensmittelprodukte nach Fair-Trade-Kriterien mittels einer Dienstanweisung vorgeschrieben werden, die über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hinausgehen. Am rechtsichersten wäre eine Ausgestaltung als Auftragsausführungsbedingung, bei welcher jedoch die entsprechende Erklärung und Vorlage von Nachweisen in Form von Gütezeichen mit Angebotsabgabe verlangt wird.

Katharina Strauß
Rechtsanwältin
Fachanwältin für Vergaberecht
Fachanwältin für Verwaltungsrecht