

Reform des Vergaberechts – Stellungnahme des Gesamtverbands textil+mode insbesondere zur Einführung vergabefremder Kriterien (§ 97 Absatz 4 GWB-E)

- anlässlich der Anhörung im Ausschuss des Bundestages für Wirtschaft und
Technologie am 13. Oktober 2008 -

Der Gesamtverband der deutschen Textil- und Modeindustrie e.V. ist der Spitzenverband der Deutschen Textil- und Bekleidungsindustrie. Er vertritt die Interessen von mehr als 1000 Unternehmen mit ca. 400.000 Mitarbeitern, davon rund 130.000 in Deutschland.

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung (BT-Drucksache 16/10117) will den Auftraggebern zukünftig die Möglichkeit eröffnen, für die Auftragsausführung zusätzliche Anforderungen an die Auftragnehmer zu stellen, die u.a. soziale Aspekte betreffen. In der Begründung wird ausgeführt, dass der öffentliche Auftraggeber „die Vorgabe der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei Importen für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland erstrecken kann.“ Die weiteren Anträge der Fraktion Bündnis 90/DIE GRÜNEN und der Fraktion DIE LINKE gehen systematisch in die gleiche Richtung.

Damit soll ein Systemwechsel eingeläutet werden, dessen praktische Auswirkungen kaum überschaubar sind. Jedenfalls sind die Änderungen keinesfalls lediglich klarstellender Natur, wie in der Gesetzesbegründung behauptet wird. **Von der Berücksichtigung zusätzlicher Aspekte sollte aufgrund der erheblichen praktischen Schwierigkeiten grundsätzlich Abstand genommen werden (hierzu I.). Falls der Gesetzgeber dem nicht zu folgen bereit ist, muss eine praktikable und europarechtskonforme Regelung geschaffen werden (hierzu II.).**

I. Gute Gründe für eine Beibehaltung der geltenden Regelung

In der Diskussion um die Berücksichtigung von Sozial- und Umweltstandards wird häufig vergessen, wozu das **Vergaberecht** dient: **Es dient der transparenten Beschaffung** von Gütern, die die öffentliche Hand benötigt. Diese und damit die Allgemeinheit soll das wirtschaftlich günstigste Produkt zum besten Preis bekommen. Es geht um den sparsamen Umgang mit Haushaltsmitteln. Bei der Festlegung der Produkteigenschaften sind die öffentlichen Auftraggeber frei. Selbstverständlich können und sollen sie fordern, dass das Produkt höchste Qualitätsanforderungen erfüllt, was z.B. die Schadstofffreiheit betrifft. Das Produkt soll hochwertig und innovativ sein – der **Bezug zum Produkt muss aber gewahrt bleiben**.

Besteht die Leistung in der Erbringung einer Dienstleistung oder in der Erstellung eines Gebäudes, ist der **Produktbezug** ebenfalls gegeben. Er **fehlt** hingegen **bei Lieferung von Gegenständen**, wenn hier auf die Einhaltung von Umwelt- und Sozialstandards bei deren Herstellung abgestellt wird. Ohne jeden Zweifel sind die Arbeitsbedingungen in vielen Ländern verbesserungswürdig. Auch der Umweltschutz

weist oft Defizite auf. Es ist die Aufgabe aller, sich hier für Verbesserungen einzusetzen. Das öffentliche Vergabewesen ist aber jedenfalls im Lieferbereich nicht der richtige Platz, um politische Ziele zu verfolgen. Man kann ihn auch nicht durch ein Kriterium wie den „**sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsausführung**“ herstellen. Dies **macht Vergabeverfahren intransparent** und anfällig für Manipulationen.

Das gesamte **Vergabeverfahren** wird **bürokratisiert** und unübersichtlich. Dort, wo weitere Anforderungen aufgestellt werden, bedarf es zusätzlicher Nachweise und Kontrollen. Die Kosten hierfür werden Bieter an die öffentlichen Auftraggeber weitergeben müssen. **Beschaffung wird teurer**. Die weiteren Nachweise und die damit verbundenen zusätzlichen Kosten stellen eine erhebliche Belastung dar. Das Risiko, noch mehr Geld und Zeit für die Beteiligung an einer Ausschreibung zu investieren als heute, um dann vielleicht doch leer auszugehen, werden viele Anbieter nicht mehr eingehen. Viele Bieter werden nicht mehr an öffentlichen Ausschreibungen teilnehmen können. **Die Produktauswahl für die Behörden wird deutlich sinken**.

Insbesondere kleinere Anbieter, die weniger häufig an Ausschreibungen teilnehmen, werden von zusätzlichen Nachweispflichten übermäßig stark getroffen. Bei kleineren Losgrößen, z.B. bei Nischenprodukten, gilt dies in besonderem Maße. Die Einführung vergabefremder Kriterien stellt sich damit als **mittelstandsfeindliches Instrument dar**. **Profitieren** wird hingegen eine überhand nehmende „**Zertifizierungsindustrie**“. Tüv und Co. werden an Zertifikaten und Siegeln gutes Geld verdienen.

Zu guter Letzt: Es besteht auch **keine europarechtliche Notwendigkeit** für eine solche Ausgestaltung des Gesetzes. Art 26 der Richtlinie 2004/18/EG muss nicht in nationales Recht umgesetzt werden. In Anhang 1 wird dies genauer ausgeführt.

Wir schlagen deshalb vor,

§ 97 Abs. 4 GWB in seiner jetzt gültigen Fassung zu belassen.

II. **Ausgestaltung für den Fall einer Berücksichtigung vergabefremder Kriterien**

Sollte der Gesetzgeber die Grundentscheidung treffen, dass vergabefremde Kriterien zukünftig berücksichtigt werden sollen, muss sichergestellt sein, dass die unter Ziffer I. aufgeführten negativen Konsequenzen soweit wie möglich vermieden werden.

Außerdem sollte eine europarechtskonforme Ausgestaltung gewählt werden.

Unzweifelhaft muss bei der Berücksichtigung vergabefremder Kriterien ein Auftragsbezug vorliegen. Bei der Auslegung der Richtlinie ergibt sich dies aus der Formulierung „für die Ausführung des Auftrags“; der deutsche Entwurf unterstreicht dies zusätzlich durch die Formulierung „**sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand**.“ **Dies bedarf einer Konkretisierung**. Unzweifelhaft können sich vergabefremde Anforderungen auf den Betrieb des Bieters beziehen. Deren Erfüllung dürfte im Lieferbereich im Regelfall auch kein Problem darstellen und wird wahrscheinlich auch gar nicht verlangt werden. Textilprodukte werden jedoch nie an einem Ort hergestellt. Die sog. „textile Kette“ ist komplex. Die Produktionsschritte finden häufig in verschiedenen Ländern und in ganz verschiedenen Betrieben statt. Im Anhang 2 haben wir den Entstehungsprozess anschaulich dargelegt. Die textile Kette ist meistens nicht bis ins Detail nachvollziehbar. **Öffentliche Auftraggeber**

sollen aber ausweislich der Gesetzesbegründung Vorgaben für die gesamte Lieferkette bis ins Ursprungsland machen können – das hieße „bis zum Baumwollfeld oder bis zum Schaf“. Eine solche Regelung ist von der Richtlinie nicht mehr gedeckt - **sie wäre europarechtswidrig**. Ein **sachlicher Zusammenhang** mit dem Auftragsgegenstand ist nämlich **nicht mehr zu erkennen**.

Ein Zusammenhang der Produktionsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand ist rechtlich auch dann nicht herstellbar, wenn die Lieferverpflichtung mit bereits beim Auftragnehmer vorhandener Ware erfüllt werden soll. Gleiches würde beim eingesetzten Vormaterial gelten. Es wäre dann vom Bieter nachzuweisen, dass der Stoff zum Zeitpunkt des Auftrags schon gewebt war. Oder er müsste sich Ausgangsmaterialien suchen, die noch nicht hergestellt waren. Das ist nicht praktikabel. Alternativ könnten sich die Anforderungen auch auf bereits hergestellte Komponenten beziehen – dann aber fehlt der Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.

Es zeigt sich an dieser Stelle erneut deutlich, dass vergabefremde Kriterien im Lieferbereich nicht praktikabel anwendbar sind. Zwei **Lösungswege** sind denkbar: Zum einen könnten vergabefremde Aspekte im **Lieferbereich unberücksichtigt** bleiben, soweit sie sich nicht unmittelbar auf den Bieter als solchen beziehen. Dies würde den Vorgaben der Richtlinie entsprechen und trägt der Tatsache Rechnung, dass bei der Lieferung von Gütern wie Bekleidung ein sachlicher Zusammenhang zwischen Herstellungsvorgang und der Ausführung des Auftrags nicht widerspruchsfrei herstellbar ist.

Dann wäre § 97 Abs. 4 GWB folgendermaßen zu fassen:

(...)zusätzliche Anforderungen (...), die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und dieser nicht auf eine Lieferung gerichtet ist (...)

Ist man aufgrund der mit vergabefremden Kriterien verfolgten politischen Ziele der Auffassung, dass der **Lieferbereich erfasst** werden soll, muss eine Eingrenzung stattfinden, indem der sachliche Zusammenhang im Gesetz definiert wird.

Hier regen wir an, in § 97 Abs. 4 GWB folgendermaßen zu formulieren:

(...)zusätzliche Anforderungen (...), die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im unmittelbaren sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen (...)

In der Gesetzesbegründung wäre dann klarzustellen, dass ein unmittelbarer sachlicher Zusammenhang nur dann vorliegt, wenn sich die zusätzlichen Anforderungen auf den letzten wesentlichen Produktionsschritt beziehen, d.h. auf den Produktionsschritt, der dem Auftragsgegenstand seine Wert bildenden Eigenschaften gibt. Bei Bekleidung wäre dies regelmäßig der Ort, an dem das Kleidungsstück genäht wird. Zwar ist ein objektiver Nachweis von Produktionsbedingungen auch in diesem Fall mit erheblichen Kosten verbunden, wäre aber praktisch durchführbar.

Anhang 1: Keine europarechtliche Umsetzungspflicht

Die Befürworter der Einführung vergabefremder Kriterien behaupten, dass Deutschland gar keine andere Wahl habe. Art 26 der Richtlinie 2004/18 sei verpflichtend in nationales Recht umzusetzen. Zuzugeben ist, dass der Wortlaut („die Vergabestellen können...“) ein solches Verständnis nahe legt. Eine Auslegung nur nach dem Wortlaut ist jedoch zu kurz gegriffen. Eine genauere Auseinandersetzung mit der Vorschrift und ihrem Sinn und Zweck zeigt, dass die Mitgliedsstaaten den Vergabestellen die Befugnisse einräumen können, dies aber nicht müssen.

1. EU hat keine Befugnis, in die nationale Staatsstruktur einzugreifen

Eine Richtlinie richtet sich an die Mitgliedsstaaten. Die Umsetzung ist hingegen deren Sache – hier gilt das jeweilige nationale Staatsorganisationsrecht. Die EU ist nicht befugt, Regelungen für Verwaltungsebenen unter dem Mitgliedsstaat als solchem zu schaffen. Anderenfalls wäre es möglich, dass eine einfache Richtlinie einem Staat vorschreibt, wie er sich zu organisieren hat. Das ist schon aus ganz grundsätzlichen Erwägungen abzulehnen. Konsequenz hieraus ist, dass der Mitgliedsstaat entscheidet, welche Rechte er der Verwaltung, die öffentliche Ausschreibungen vornimmt, einräumt – und welche nicht.

2. Ziele der Vergaberichtlinie sprechen gegen Umsetzungspflicht

Die Vergaberichtlinien haben den Zweck, das EU-Ziel eines gemeinsamen Binnenmarktes voranzubringen. Binnenmarktrichtlinien sind hingegen kein Instrument zur Entwicklung einer bestimmten Umwelt- oder Sozialpolitik. Es geht insbesondere darum, nationale Märkte durch Transparenzvorschriften für den Wettbewerb zu öffnen (vgl. Erwägungsgrund 2 der Richtlinie). Diesem Ziel liefe es zuwider, wenn eine Verpflichtung bestände, Vergaben für Kriterien zu öffnen, die einer Transparenz abträglich sind und die Märkte verschließen (so insbesondere bei Tariftreuregelungen).

3. Entstehungsgeschichte stützt Umsetzungspflicht nicht

Die Richtlinie 2004/18 hatte in den 90er Jahren einige Vorläufer, in denen sich noch keine Regelungen zu umweltbezogenen und sozialen Aspekten fanden. Da einige Mitgliedstaaten solche Aspekte jedoch in Ausschreibungen berücksichtigten, war irgendwann der Europäische Gerichtshof zur Klärung angerufen. Der EuGH hat festgestellt, dass Mitgliedsstaaten zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung aufnehmen können, wenn die „wesentlichen Grundzüge des Gemeinschaftsrechts“ beachtet werden. Die zentrale Entscheidung („Nord-Pas-de-Calais“ – C- 225/98 – vor allem Randnummer 50) stammt aus dem Jahr 2000. Mit Artikel 26 sollte diese Rechtsprechung übernommen und Rechtssicherheit geschaffen werden. Mit anderen Worten: Der Mitgliedsstaat, der will, kann, wenn dies „mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar“ ist (so Art. 26). Eine Verpflichtung ist darin nicht zu erblicken.

4. Systemtische Stellung und Auffassung der EU-Kommission

Im Rahmen einer Vergabe ist zwischen drei Gruppen von Kriterien zu unterscheiden: Seit jeher bekannt sind die Eignung des Bieters (im deutschen Recht in § 97 Absatz 4 GWB aktuelle Fassung, vgl. auch Art. 45ff. der Richtlinie) und die Kriterien für den Zuschlag (§ 97 Absatz 5 GWB – das wirtschaftlichste Angebot, vgl. auch Artikel 53 der Richtlinie). Die

Kriterien für die Auftragsausführung stellen eine neuere eigenständige Gruppe dar.¹ So sieht dies auch die Kommission. In ihrem Handbuch „Umweltorientierte Beschaffung“ aus dem Jahre 2005 führt sie auf Seite 38 aus:

„Mit Auftragsausführungsklauseln wird festgelegt, wie ein Auftrag auszuführen ist. Umweltbelange können anerkanntermaßen in die Auftragsausführungsklauseln einfließen, sofern sie in der Bekanntmachung oder in den Spezifikationen veröffentlicht werden und mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.“

... und verweist in einer Fußnote auf Artikel 26.

Regelungen, die die Auftragsausführung betreffen, sind aber grundsätzlich nicht Gegenstand der Vergaberichtlinie oder des Gemeinschaftsrechts. Eine Ausnahme besteht nur insoweit, als es um die Sicherstellung der Transparenz von Ausführungsbestimmungen geht (Verwirklichung des Binnenmarktes, s.o.). So ist auch Artikel 26 zu verstehen. Er steht nämlich im Kapitel „Besondere Vorschriften über die Verdingungsunterlagen und die Auftragsunterlagen.“ Der Inhalt von Bestimmungen für die Ausführungsphase als solche soll hier nicht geregelt werden. Dies ist Sache der Mitgliedsstaaten.

¹ Anmerkung am Rande: Deshalb ist die Neuregelung in § 97 Abs. 4 GWB dem Grunde nach auch falsch platziert. Die Formulierung „zusätzliche Anforderungen an den Auftragnehmer“ ist außerdem ungenau, denn hier werden die zusätzlichen Kriterien für die Auftragsausführung wie ein Eignungskriterium des Bieters behandelt – jedenfalls wird nicht eindeutig abgegrenzt, auch wenn dies „für die Auftragsausführung“ sein soll.

Anhang 2: Die Entstehung eines Kleidungsstücks in der „textilen Kette“

In einer globalisierten Welt sind zahlreiche Unternehmen, oft auf unterschiedlichen Kontinenten an der Produktion beteiligt. Dies gilt selbst bei der Produktion eines vermeintlich simplen Gegenstandes wie einem Bekleidungsstück. Der Nachweis der Einhaltung von Sozial- oder Umweltstandards entlang des Produktionsprozesses ist nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich.

Dies soll anhand eines Beispiels erläutert werden. Eine Kommune macht eine öffentliche Ausschreibung. Sie benötigt orange, Schmutz abweisende Hosen für die städtischen Bediensteten der Entsorgungsbetriebe. Damit die Kleidungsstücke strapazierfähig sind und trotzdem hohen Tragekomfort aufweisen, sollen sie zu 70 % aus Baumwolle und zu 30 % aus Polyester bestehen.

Manch einer mag denken, auf diese Ausschreibung bewerben sich Hersteller, die vom Rohstoff bis zur fertigen Hose den gesamten, ohnehin einfachen Fertigungsprozess in ihrer Kleiderfabrik erledigen. Diese Vorstellung ist falsch. Der Produktionsprozess ist komplex und läuft global ab. Die Kleiderfabrik als solche gibt es nicht mehr. Wer sich heute bei einer Ausschreibung bewirbt, vollzieht nur einen oder einige wenige der im Folgenden aufgezählten Herstellungsschritte:

Alles beginnt mit der **Faser**. Baumwolle (Naturfaser) wird in Afrika, Nordamerika und Asien angebaut. Gute Qualitäten kommen z.B. aus Ägypten. Polyester als Kunstfaser ist ein Produkt der Chemiefaserindustrie, die Herstellung erfolgt entweder in Europa, aber vielfach auch in Asien. z.B. in Südkorea oder Taiwan. Aus den beiden Fasertypen wird nun in einer **Spinnerei** zunächst ein **Garn** gesponnen. Dieser Vorgang kann überall in der Welt stattfinden, wird aber nicht von den Produzenten der Ausgangsstoffe durchgeführt. Die Spinnerei liefert das Garn an eine **Weberei**. Diese ist in der Regel ein weiteres selbstständiges Unternehmen, das sich auf einem anderen Kontinent als die Spinnerei befinden kann. Hier entsteht der **Stoff**. Dieser ist aber als Bekleidungsstoff so noch nicht verwendbar. Er muss mit bestimmten Eigenschaften ausgerüstet werden. Dies erledigen ein oder mehrere sog. **Textilveredelungsunternehmen**. Dort wird die Hose orange gefärbt und erhält eine Behandlung, damit sie den Schmutz nicht annimmt. Diese Vorgänge finden überall auf der Welt statt. Als letzter Schritt wird aus dem Stoff die **Hose** als solche produziert. Dafür bedarf es eines **Designs** – die Hose soll einen guten Schnitt haben. Das Nähen der Hose, die sog. **Konfektion**, ist sehr arbeitsintensiv und findet deshalb zunehmend in Asien statt, aber oft auch in Nordafrika und Osteuropa.

Kauft der Ausschreibungsteilnehmer z.B. fertige Hosenstoffe und lässt sie in seinem Unternehmen nähen, kann er die Produktionsumstände bis hin zum Ausgangsmaterial nicht nachvollziehen. Gleiches gilt auch, wenn er nur das Design übernimmt und die fertige Hose fremd produzieren lässt. Aussagen kann er nur über seinen eigenen Betrieb machen und über die Hose als solche – diese muss allen *produktbezogenen* Anforderungen genügen. Die Forderung nach Nachweisen über die Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards verkennt die Komplexität weltweiter Lieferbeziehungen und geht an der Realität vorbei.

Gesamtverband textil+mode
Im April 2008