

**Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Wettbewerb bei
der Vergabe öffentlicher Aufträge
(Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz - NTVergG) vom 31.10.2013
(Nds. GVBl. S. 259)**

Anwendungshinweise und Erläuterungen¹

A. Anlass, Ziele und Schwerpunkte des Gesetzes

Der Einsatz von Niedriglohnkräften kann bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die sich nachteilig gerade auf die Unternehmen auswirken, die tarifgebundene und auskömmlich entlohnte Arbeitsplätze anbieten. Denn der Zuschlag ist dem wirtschaftlichsten Angebot zu erteilen und hierbei ist der Preis in der Regel ein wesentliches oder gar einziges Kriterium. Entsprechend müssen ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile zu Lasten der Beschäftigten und der sozialen Sicherungssysteme vermieden werden.

Ziel des Gesetzes ist deshalb, durch die Einführung von Tariftreue bzw. dem vergabespezifischen Mindestentgelt einen fairen Wettbewerb bei Vergaben durch die öffentliche Hand zu ermöglichen und hierdurch insbesondere die mittelständischen Unternehmen und ihre Beschäftigten zu schützen. Die Festsetzung eines Mindestentgelts verhindert, dass sich die Unternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge durch unbegrenztes Unterbieten bei den Arbeitskosten Vorteile verschaffen und soll einen Beitrag leisten, ein Vergütungsniveau zu bestimmen, das auch außerhalb von öffentlichen Aufträgen eine Orientierungshilfe sein kann.

Der öffentlichen Hand kommt grundsätzlich eine Vorbildfunktion zu. Das Gesetz zielt daher auch darauf ab, durch die Berücksichtigung qualitativer Anforderungen hochwertige, nachhaltige und gemeinwohlorientierte Leistungen für die öffentliche Hand zu generieren. Die Vergabeentscheidungen öffentlicher Auftraggeber sind für die Berücksichtigung verschiedenster gesellschaftlicher und politischer Aspekte offen. Durch die Einbeziehung von sozialen Kriterien ebenso wie von Aspekten des Umweltschutzes trägt das Gesetz deshalb auch dazu bei, den Vorbildcharakter der öffentlichen Hand im Interesse wichtiger Gemeinwohlbelange wie Sozialverträglichkeit, Umweltschutz, Energieeffizienz und Innovation zu stärken.

Der Anwendungsbereich erstreckt sich auf Vergaben der niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber, einschließlich der Sektorenauftraggeber, von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen einschließlich des Öffentlichen Personenverkehrs auf Straßen und Schiene. Die Eingangsschwelle des Gesetzes wird auf den geschätzten Auftragswert ab 10.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) festgesetzt.

Das NTVergG tritt zum 01.01.2014 in Kraft und ist für alle Vergabeverfahren anzuwenden, die nach diesem Datum begonnen werden, d.h. dann, wenn der (interne) Beschaffungsbe-

¹ Grundlage der Erläuterungen ist die Begründung zum Entwurf eines Niedersächsischen Gesetzes zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz) – Drs. 17/259, sowie die Ergebnisse der parlamentarischen Beratung, die zur Beschlussempfehlung des Ausschusses für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr - Drs. 17/811 geführt haben, vgl. insoweit auch den Schriftlichen Bericht - Drs. 17/847.

schluss in irgendeiner Weise nach außen kundgetan wird (OLG Düsseldorf, B. v. 25.04.2012 – Az.: VII-Verg 107/11; OLG München, B. v. 19.07.2012 – Az.: Verg 08/12).

B. Zu den einzelnen Vorschriften

Zu § 1 Zweck des Gesetzes

Die Vorschrift betont das Ziel, bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen durch den Einsatz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu sozialverträglichen Bedingungen einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten. Dumpinglöhne sollen durch die verpflichtende Forderung von Tariftreue sowie der Einhaltung von Mindestentgelten (siehe §§ 4 und 5) verhindert und dadurch entstehende Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme abgemildert werden. Daneben soll die umwelt- und sozialverträgliche Beschaffung durch die öffentliche Hand (siehe §§ 10, 11 und 12) gefördert werden.

Zu § 2 Anwendungsbereich

Das Gesetz gilt in sachlicher Hinsicht für die Vergabe öffentlicher Aufträge (außer Baukonzessionen und Auslobungsverfahren sowie freiberufliche Leistungen vgl. Abs. 1 Satz 1 a.E.) i.S.d. § 99 GWB. Die „Eingangsschwelle“ für die Anwendung dieses Gesetzes ist ein geschätzter Auftragswert in Höhe von 10.000 Euro ohne Umsatzsteuer, für die Schätzung soll nach Satz 2 § 3 VgV gelten.

Absatz 1 Satz 3 nimmt Verfahren im Bundesauftrag vom Anwendungsbereich aus. Betroffen ist insbesondere der Bereich der Bundesfernstraßenverwaltung, den die Länder zwar im Wege der Bundesauftragsverwaltung als eigene Angelegenheiten wahrnehmen, wobei der Bund aber kostenpflichtiger Vertragspartner der Unternehmen wird. Es bestehen hinsichtlich der Frage, wer in diesen Fällen öffentlicher Auftraggeber und damit korrekter Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren ist, Divergenzen in der Rechtsprechung. Insbesondere das für die hiesige Vergabekammer zuständige OLG Celle verlangt das Land Niedersachsen als Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren, mit der Folge, dass Entscheidungen gegen das Land ergehen, obwohl als Vertragspartner und öffentlicher Auftraggeber der Bund betroffen ist. Die Verfahren im Bundesauftrag (mit einem jährlichen Volumen im Fernstraßenbau von ca. 480 Mio Euro im Mittel) vom Anwendungsbereich auszunehmen, trägt dem Umstand Rechnung, dass die Länder den Bund in Angelegenheiten der Vermögensverwaltung „nur“ vertreten, also namens oder im Auftrage des Bundes handeln („Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Land Niedersachsen, dieses vertreten durch...“) und sich damit auch seinen Regelungen unterwerfen. Das muss auch für das Vergabeverfahren gelten. Insoweit ist ein (deklaratorischer) Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Tariftreue- und Vergabegesetzes nur folgerichtig und beseitigt Rechtsunsicherheiten in der Praxis. Dies ist insofern unproblematisch, da der mit diesem Gesetz verfolgte Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer im betroffenen Baubereich im Wesentlichen durch die Geltung von allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gewährleistet ist.

Absatz 2 der Vorschrift schränkt aus Kompetenzgründen die Anwendung des Gesetzes bei Vergaben oberhalb der EU-Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB ein. Betroffen sind die Vorschriften im Zusammenhang mit der Regelung von Anforderungen an die Unternehmen auf Grundlage des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB.

Absatz 3 erstreckt den Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf alle unter die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallenden öffentlichen Personenverkehre, d.h. auf öffentliche Dienstleistungsaufträge, durch die ein Betreiber betraut wird, eine Verkehrsleistung nach bestimmten

Vorgaben und unter Gewährung einer Ausgleichsleistung zu erbringen. Für öffentliche Aufträge im Sinne des § 99 GWB oberhalb der Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB richtet sich das Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB und der VOL/A EG und für alle anderen öffentlichen Dienstleistungsaufträge nach Art. 5 Abs. 2 bis 6 der VO 1370/2007 (vgl. § 8a Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690), das durch Artikel 2 Absatz 147 des Gesetzes vom 7. August 2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist).

Das Vergaberecht ist in erster Linie an die öffentlichen Auftraggeber adressiert, denen es eine Reihe von Pflichten auferlegt. Dies soll auch für das NTVergG gelten, sodass in Absatz 4 unter Verweis auf § 98 Nummern 1 bis 5 GWB die niedersächsischen Rechtsträger benannt werden, die in ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber (bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vgl. Absatz 1) betroffen sind.

- § 98 Nr. 1 GWB benennt die Gebietskörperschaften Land und Kommunen sowie ihre Sondervermögen.
- § 98 Nr. 2 GWB erfasst juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und die vom Staat beherrscht werden (z.B. kommunale Abfallentsorgungs-GmbH, kommunale Wohnungsbaugesellschaften, Wirtschaftsfördergesellschaften, Krankenkassen).
- Nach § 98 Nr. 3 sind auch Verbände, deren Mitglieder Gebietskörperschaften sind, öffentliche Auftraggeber. Betroffen sind insbesondere kommunale Zweckverbände (z. B. Wasser-, Abfall- oder Verkehrsverbände).
- § 98 Nr. 4 unterwirft auch die so genannten Sektorenauftraggeber, die in den Bereichen der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des (Luft-, See- und Binnenschiffs-, öffentlichen Personennah-) Verkehrs tätig sind, den Vorgaben des (Landes-) Vergaberechts. Tätigkeiten sind z.B. das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser, Strom, Gas oder Wärme. Im Bereich Verkehr ist der Betrieb von Flughäfen, Häfen und sonstiger Infrastruktur betroffen. Ebenso zu diesem Bereich gehören Eisenbahn-, Straßenbahn- oder sonstiger Schienenverkehr sowie im öffentlichen Personenverkehr der Betrieb von Kraftomnibussen und Oberleitungsbussen .
- § 98 Nr. 5 unterwirft staatlich subventionierte Bauherren dem (Landes-)Vergaberecht. Erhalten natürliche oder juristische Personen des Privatrechts vom Staat Finanzmittel für Tiefbau- und bestimmte Hochbaumaßnahmen (z.B. Schul- und Verwaltungsgebäude), mit denen die genannten Bauvorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden, finden die Vergaberegeln Anwendung.

Absatz 5 regelt das Verfahren bei einer gemeinsamen Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auftraggebern anderer Bundesländer sowie die gemeinsame Vergabe mit Nachbarstaaten der Bundesrepublik Deutschland. Die ggf. aus unterschiedlichen Landesvergabe- bzw. Tarif-treuegesetzen erwachsenden Kooperationshemmnisse sollen beseitigt werden können, indem den öffentlichen Auftraggebern des Landes Niedersachsen die Möglichkeit eröffnet wird, mittels einer Einigung den Zielsetzungen dieses Gesetzes zu entsprechen. Sofern eine Einigung nicht erzielt werden kann, wird zudem die Möglichkeit eröffnet, auch Tarif-treue- und Vergabegesetze eines anderen Bundeslandes oder eines Nachbarstaates der Bundesrepublik Deutschland auf die gemeinsame Vergabe des öffentlichen Auftrags anzuwenden.

Zu § 3 Anzuwendende Vorschriften; Wertgrenzen

Nach Absatz 1 finden die Allgemeinen Grundsätze des § 97 Abs. 1 bis 5 sowie die Ausnahmetatbestände des § 100 Abs. 2 GWB auch für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte Anwendung. § 100 Abs. 2 GWB verweist seinerseits auf die Absätze 3 bis 6 (u.a. Arbeitsverträge, Grundstückserwerb, Mietverträge), Absatz 8 und die §§ 100a bis 100c (u.a. den Sektorenbereich und die Bereiche Verteidigung und Sicherheit),

Die Vorschrift in Absatz 2 bindet alle niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Bau- sowie Dienst- und Lieferleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB an die Vorgaben des jeweils 1. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A). Damit werden u.a. auch die Kommunen, ihre Eigenbetriebe und sonstigen kommunalen Einrichtungen an die Einhaltung der Regelungen aus der VOB/A und der VOL/A gebunden. Unterhalb der 10.000 Euro-Schwelle kann dies weiterhin nur über haushaltsrechtliche Vorgaben (für das Land vgl. VV Nr. 1.2.2 zu § 55 LHO; für die Kommunen vgl. § 26a GemHKVO) erfolgen.

Im Oberschwellenbereich gelten das GWB, die VgV, die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/ VOL/ VOF) sowie die Sektorenverordnung und die VSVgV unmittelbar.

Die Vorschrift in Absatz 3 normiert die Möglichkeit des für das Öffentliche Auftragswesen zuständigen Ministeriums, per Verordnung Wertgrenzen festzulegen. Bisher galt in Niedersachsen der sog. „Wertgrenzenerlass“. Die Festlegung von Wertgrenzen erleichtert und beschleunigt die Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, da für Vergabefälle bis zur jeweils festgelegten Wertgrenze der Rückgriff auf die Beschränkte Ausschreibung oder die Freihändige Vergabe abweichend von VOB/A und VOL/A vereinfacht wird. Dabei regelt eine solche Verordnung lediglich die Wahl der Vergabeart. Die sonstigen Regelungen dieses Gesetzes, insbesondere die Forderung von Tariftreue und Mindestentgelten nach den §§ 4 und 5, sowie der Vergabe- und Vertragsordnungen sind weiterhin zu beachten, insoweit gilt die 10.000 Euro-Schwelle.

Absatz 4 regelt, dass die neue „Wertgrenzen“-Verordnung (NWertVO - in Kraft seit 26.02.2014) abweichend von § 2 Abs. 1 auch auf öffentliche Vergaben mit Auftragswerten von unter 10.000 Euro (ohne Umsatzsteuer), die über landesrechtliche Vorschriften an die Vergabe- und Vertragsordnungen gebunden sind, Anwendung findet.

Zu § 4 Tariftreue und besondere Mindestentgelte

Mit der Forderung von Tariftreue bzw. der Einhaltung von Mindestentgelten (§§ 4 und 5) soll sichergestellt werden, dass es bei der öffentlichen Auftragsvergabe nicht zu Wettbewerbsverzerrungen aufgrund sog. Dumpinglöhne kommt. Ohne eine entsprechende Regelung zur Tarif-/ Mindestentgelttreue besteht die Gefahr, dass die bietenden Unternehmen sich über möglichst niedrige Löhne gegenseitig unterbieten. Die Regelungen der §§ 4 und 5 dienen insofern auch dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Sozial- und Lohn-dumping sowie der Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme.

Arbeitnehmerin bzw. Arbeitnehmer i.S. dieses Gesetzes ist nach der allgemeinen Definition in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, wer auf Grund eines privatrechtlichen Vertrags im Dienste eines Anderen zur Leistung weisungsgebundener, fremdbestimmter Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist (so z.B. BAG, Beschluss vom 16. 2. 2000 - 5 AZB 71/99 (München) m.w.Nachw.).

Dementsprechend gilt die Verpflichtung nicht für Auszubildende, Praktikanten, ehrenamtlich Tätige oder Menschen, die im Sinne des § 3 Abs. 5 lit. j) oder k) VOL/A in Werkstätten für behinderte Menschen oder in Justizvollzugsanstalten tätig sind.

Zwar können die genannten Voraussetzungen nach einer in jedem Einzelfall vorzunehmenden Prüfung ausnahmsweise auch bei behinderten Menschen vorliegen, die im Arbeitsbereich anerkannter Werkstätten für Behinderte tätig sind (§§ 136 Abs.1, 138 SGB IX).

In der Regel stehen diese zu den Werkstätten aber in einem besonderen arbeitnehmerähnlichen Rechtsverhältnis. Dieses unterscheidet sich sowohl hinsichtlich der im zu Grunde liegenden Werkstattvertrag geregelten Rechte des behinderten Menschen (z.B. bei Erfüllung

der Aufnahmeveraussetzungen das Recht auf Beschäftigung) als auch mit Blick auf die Pflichten der Werkstatt (z.B. Beschäftigungspflicht) und mit Blick auf die sich daraus ergebenden Hauptpflichten (Rehabilitationsauftrag zur Erreichung des Förderziels größtmöglicher Teilhabe am allgemeinen Arbeitsmarkt) erheblich von dem auf einem Arbeitsvertrag beruhenden Arbeitsverhältnis und den sich daraus ergebenden Rechten und Pflichten für Arbeitnehmer und Arbeitgeber.

Im Arbeitsbereich von Werkstätten beschäftigte Menschen fallen deshalb in der Regel nicht unter den Begriff der „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer“.

Die Abgabe von Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen nach § 4 Abs. 1 bis 3 und § 5 Abs. 1 wird nur bei öffentlichen Aufträgen über Bau- und Dienstleistungen gefordert. Auftragsgegenstand von Lieferleistungen ist dagegen i.d.R. die Beschaffung von bereits fertig gestellten Waren. Eine Leistungserbringung durch Beschäftigte erfolgt hierbei nur in einem sehr geringen Umfang (z.B. Rechnungslegung für den Auftrag, ggf. Zulieferung). Dabei ist nach h. M. die ggf. im öffentlichen Auftrag enthaltene „Zulieferung“ auch nicht als Bestandteil des öffentlichen Auftrags anzusehen.

Mit § 4 Abs. 1 wird die Einhaltung der im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge in Bezug auf die tarifvertraglichen Entgelte und ihre Zahlungsmodalitäten gefordert. Bei Angebotsabgabe müssen die Unternehmen eine Erklärung abgeben, dass die Zahlung des Entgelts an ihre Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer nach den Vorgaben des nach dem AEntG einschlägigen Tarifvertrages erfolgt. Dasselbe gilt für Mindestentgelte, die auf Grundlage der §§ 7 und 11 AEntG durch Rechtsverordnung festgesetzt werden können. Das AEntG erstreckt sich dabei aktuell auf folgende Branchen:

- Bauhauptgewerbe oder Baunebengewerbe im Sinne der Baubetriebe-Verordnung,
- Gebäudereinigung,
- Briefdienstleistungen,
- Sicherheitsdienstleistungen
- Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken,
- Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft,
- Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst,
- Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch und
- Pflegedienstleistungen;

dabei ist jedoch zu beachten, dass nicht für jede Branche stets ein Mindestentgelt im Sinne des AEntG festgesetzt ist.

Sofern die Leistungserbringung des öffentlichen Auftrags nicht dem Geltungsbereich des AEntG unterfällt, wird in Absatz 2 bei Angebotsabgabe alternativ eine Erklärung über die Einhaltung von Mindestentgelten, die durch Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 3 Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) festgesetzt werden können, gefordert. Aktuell liegt eine solche Rechtsverordnung nicht vor.

Absatz 3 fordert bei öffentlichen Aufträgen über Dienstleistungen im Bereich des Öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene i.S.d. § 2 Abs. 3 (betroffen ist hier in aller Regel der öffentliche Personennahverkehr -ÖPNV- im Sinne des § 1 Abs. 2 Nds. Nahverkehrsgesetz) von den Unternehmen die Abgabe einer Tariftreuerklärung, die sich auf einen der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge bezieht. Das Abstellen der Tariftreuerklärung auf einen der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge (zum Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität siehe Absatz 4) ist erforderlich, da im Bereich des ÖPNV keine für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge existieren. Vielmehr gibt es insbesondere im Bereich „Straße“ eine Vielzahl von Tarifverträgen, die mit den jeweils zuständigen Gewerk-

schaften vereinbart worden sind. Diese differieren jedoch erheblich in Bezug auf die tarifvertraglich vereinbarten Entgelte. Um hier eine möglichst einheitliche Forderung der Tariftreue im Sinne dieser Vorschrift zu ermöglichen und insofern auch eine Vergleichbarkeit im Hinblick auf die Entlohnung der Beschäftigten (ohne Auszubildende) zu gewährleisten, ist die Feststellung der Repräsentativität von einschlägigen Tarifverträgen dringend geboten. Dies gilt auch für den Fall, dass sich das (Gesamt-)Entgelt im Sinne der Vorschrift im Einzelfall aus mehreren Tarifverträgen (z.B. Lohn- und Manteltarif inkl. weiterer Entgeltbestandteile) zusammensetzt (vgl. Abs. 3 Satz 6).

Die Sätze 3 bis 5 regeln das Verfahren bei Ausschreibungen für grenzüberschreitenden Verkehr. Vornehmlich soll hier eine Einigung mit dem Nachbarstaat über die Vorgabe des einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrags angestrebt werden. Dabei besteht auch die Möglichkeit, die Tariftreueerklärung für einen repräsentativen Tarifvertrag aus dem Nachbarstaat zu fordern. Als problematisch könnte sich dabei jedoch herausstellen, wie das Vorliegen der Voraussetzungen für die geforderte Repräsentativität bei ausländischen Tarifverträgen ermittelt werden kann. In Ausnahmefällen kann bei Ausschreibungen grenzüberschreitenden Verkehrs daher auch auf die Forderung der Tariftreue verzichtet werden. In Fällen der bundeslandübergreifenden Auftragsvergabe gilt § 2 Abs. 5.

Für die Feststellung der Repräsentativität von einschlägigen Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV (siehe Absatz 3) ist nach Absatz 4 die Zuständigkeit bei dem für Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständigen Ministerium angesiedelt. Dieses Ministerium kann im Einvernehmen mit dem für Öffentliches Auftragswesen und dem für Verkehr zuständigen Ministerium unter Berücksichtigung der Vorgaben in den Sätzen 2 bis 4 per Verordnung das genaue Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität, die Art der Veröffentlichung sowie weitere Merkmale der Repräsentativität festlegen. Nach Satz 4 der Vorschrift regelt die Verordnung, dass im Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität spätestens vom 01.01.2015 an ein paritätisch aus Vertreterinnen und Vertretern der Tarifpartner zusammengesetzter Beirat beratend mitwirkt.

Absatz 5 sieht die Einrichtung einer Servicestelle vor. Zu den Aufgaben der Servicestelle gehört die Information über das NTVergG sowie über bestehende Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen und die kostenlose Bereitstellung von Entgeltregelungen aus den jeweils einschlägigen – für allgemein verbindlich erklärten oder repräsentativen – Tarifverträgen oder Rechtsverordnungen. Die Servicestelle stellt auch Mustervordrucke zur Erklärung der Tarif- und Mindestentgelttreue zur allgemeinen Verwendung bereit. Diese können von den Unternehmen verwendet werden und sind von den öffentlichen Auftraggebern entsprechend anzuerkennen.

Absatz 6 nimmt die öffentlichen Auftraggeber in die Pflicht, den oder die jeweils einschlägigen – für allgemein verbindlich erklärten oder repräsentativen – Tarifvertrag bzw. Tarifverträge oder Rechtsverordnung(en), für den die Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung nach den Absätzen 1, 2 oder 3 im Einzelfall gefordert wird, in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen des Auftrags anzugeben. Bei der Bestimmung der einschlägigen Regelung orientiert sich der öffentliche Auftraggeber an der ausgeschriebenen Leistung in ihrer Gesamtheit. Wird losweise ausgeschrieben, bestimmt sich die anzuwendende Regelung nach der Leistung im jeweiligen Fach- oder Teillos. Da die Tariftreue- bzw. Mindestentgelterklärung von allen Unternehmen abgefordert wird, muss die Angabe des einschlägigen „Tarifvertrags“ oder „Mindestentgelts nach Rechtsverordnung“, für den/das die Erklärung jeweils verlangt wird, durch den öffentlichen Auftraggeber klar benannt werden. Damit wird eine weitere Anforderung an den öffentlichen Auftraggeber gestellt, die jedoch erforderlich ist, um eine Kontrolle und Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten zu können. Diese Anforderung ist außerdem zur Sicherstellung der gebotenen Transparenz in Vergabeverfahren unerlässlich.

Absatz 7 regelt den Wertungsausschluss von Angeboten, die die entsprechende Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung – spätestens nach Aufforderung des öffentlichen Auftragge-

bers – nicht aufweisen. Dies stellt die Bedeutung der Tariftreue- bzw. Mindestentgeltforderung heraus. Die Tariftreue- oder Mindestentgeltklärung soll in der Regel bei Angebotsabgabe vorliegen (siehe Absätze 1 bis 3). Liegt die Tariftreue- oder Mindestentgeltklärung zu diesem Zeitpunkt nicht vor, hat der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen unter Angabe einer angemessenen kurzen Frist zur Abgabe aufzufordern, ehe er das Angebot von der Wertung ausschließt. Diese Regelung stellt klar, dass die Tariftreue- bzw. Mindestentgeltklärung nachgefordert werden müssen. Dies entspricht den Regelungen in § 16 (EG) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und – allerdings ohne das dort eingeräumte Ermessen - in § 16 Abs. 2 bzw. § 19 EG Abs. 2 VOL/A. Die Dauer der Frist ist dabei in Anlehnung an die Vorgaben der VOB/A und VOL/A bzw. die Verwaltungspraxis der jeweiligen Vergabestelle zu bestimmen.

Zu § 5 Mindestentgelte

Nach Absatz 1 Satz 1 dürfen öffentliche Aufträge über Bau- und Dienstleistungen nur an Unternehmen vergeben werden, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 8,50 Euro (brutto) pro Stunde zu zahlen (Mindestentgelt). Nach Satz 2 der Vorschrift gilt dies nicht, wenn Tariftreue nach § 4 Abs. 1 oder 3 oder die Einhaltung eines durch Rechtsverordnung festgelegten Mindestentgelts nach § 4 Abs. 1 oder 2 gefordert werden kann, und die danach maßgebliche Regelung für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer günstiger ist.

Für das Verhältnis Tariftreuepflicht vs. Mindestentgelt nach § 5 Abs. 1 gilt:

- In den Fällen, in denen zulässigerweise Tariftreue gefordert werden kann, gelten grundsätzlich die tarifvertraglich oder per Rechtsverordnung bestimmten Entgelte.
- Jedoch gilt in solchen Fällen ausnahmsweise dann die Mindestentgeltvorgabe nach § 5 Abs. 1, wenn diese für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer günstiger ist.
- Ist zwar der Anwendungsbereich der Tariftreue mit Blick auf das AEntG oder MiArbG eröffnet, liegen aber keine einschlägigen Entgeltregelungen vor, greift auch in diesem Fall die Mindestentgeltvorgabe nach § 5 Abs. 1.
- Außerhalb des Anwendungsbereichs der Tariftreue greift grundsätzlich die Mindestentgeltvorgabe nach § 5 Abs. 1.

Die Unternehmen haben bei Angebotsabgabe eine Erklärung über die Einhaltung dieses Mindestentgelts abzugeben. Wird die Erklärung auch nach Aufforderung nicht vorgelegt, ist das Angebot von der Wertung auszuschließen, siehe Satz 3. Diese Regelung entspricht den Regelungen in § 16 (EG) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und – allerdings ohne das dort eingeräumte Ermessen – in § 16 Abs. 2 bzw. § 19 EG Abs. 2 VOL/A, wonach Erklärungen und Nachweise, die bei Angebotsabgabe nicht vorliegen, nachgefordert werden. Die Dauer der Nachforderungsfrist ist dabei in Anlehnung an die Vorgaben der VOB/A und VOL/A bzw. die Verwaltungspraxis der jeweiligen Vergabestelle zu bestimmen.

Die Forderung eines allgemeinen Mindestentgelts für alle Bereiche außerhalb des Anwendungsbereichs des § 4 Abs. 1, 2 und 3 soll eine Existenz sichernde Bezahlung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei öffentlichen Auftragsvergaben sicherstellen, die andernfalls keinem besonderen Arbeitnehmerschutz durch einen Tarifvertrag oder eine Rechtsverordnung mit Mindestentgeltfestsetzung unterliegen. Durch die Festlegung, dass nur Unternehmen beauftragt werden dürfen, die das jeweilige Mindeststundenentgelt garantieren, wird verhindert, dass die bietenden Unternehmen sich im Wettbewerb um öffentliche Aufträge durch ein unbegrenztes Unterbieten bei den Arbeitskosten Vorteile verschaffen können und somit auf dem Rücken gering qualifizierter Arbeitskräfte ein Niedriglohnwettbewerb ausgetragen wird. Darüber hinaus wird durch die Mindestentgeltforderung vermieden, dass der Staat durch ansonsten ggf. erforderliche lohnergänzende Zahlungen an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer indirekt die Unternehmen, die Niedriglöhne zahlen, subventioniert.

Mit Einführung des vergabespezifischen Mindestlohns wird erreicht, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zumindest dann eine auskömmliche Vergütung erhalten, wenn sie zur Erfüllung von Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern eingesetzt werden. Dieses Vergütungsniveau kann auch außerhalb öffentlicher Aufträge als Orientierungshilfe für die Existenzsichernde Bezahlung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dienen.

Absatz 2 regelt, dass das Mindeststundenentgelt nach Absatz 1 jährlich (erstmalig 2014) überprüft und ggf. per Verordnung der Landesregierung angepasst werden kann. Dies trägt den sich stets verändernden wirtschaftlichen und sozialen Rahmenbedingungen Rechnung und trägt zur Gewährleistung der Grundsicherung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei. Dazu wird eine Kommission eingesetzt, die darüber hinaus auch die Servicestelle nach § 4 Abs. 5 unterstützt und berät. Das Verfahren zur Überprüfung des Mindestentgelts sowie die Zusammensetzung der Kommission sind in einer gesonderten Verordnung geregelt, die in der Zuständigkeit des für die Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständigen Ministeriums im Einvernehmen mit dem für Öffentliches Auftragswesen zuständigen Ministerium liegt. Die abschließende Entscheidung über die Neufestsetzung bzw. Anpassung des Mindestentgelts trifft die Landesregierung.

Zu § 6 Betreiberwechsel bei der Erbringung von Personenverkehrsdiensten

Die Vorschrift stellt auf die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ab. Danach kann bei einem Betreiberwechsel angeordnet werden, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die Rechte entsprechend einem Betriebsübergang nach der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 („Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteile“) zu gewähren. Verpflichtet der öffentliche Auftraggeber die Betreiber eines öffentlichen Dienstes zur Einhaltung der bisherigen Sozialstandards, so sind nach Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und der öffentlichen Dienstleistungsaufträge die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufzuführen und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten zu machen.

Vor diesem Hintergrund verpflichtet der öffentliche Auftraggeber den bisherigen Betreiber im Falle des angeordneten Betreiberwechsels die dafür erforderlichen Unterlagen und Auskünfte zur Verfügung zu stellen. Dabei entstandene Aufwendungen sind dem bisherigen Betreiber vom Auftraggeber zu erstatten.

Zu § 7 Wertung unangemessen niedriger Angebote

Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, sich im Rahmen der Angebotswertung mit unangemessen niedrig erscheinenden Angeboten auseinander zu setzen. Dieses dient der Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. Zudem soll damit illegale Beschäftigung bei der Auftragsausführung vermieden werden. Erscheint ein Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, unangemessen niedrig, so kann die Vergabestelle nach Satz 1 der Vorschrift die Kalkulation des Angebotes überprüfen. Bei Bauleistungen sind die öffentlichen Auftraggeber zur Überprüfung verpflichtet (vgl. Satz 2), wenn das Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, um mindestens 10 % vom nächst höheren Angebot abweicht. Das betroffene Unternehmen hat in diesem Fall die ordnungsgemäße Kalkulation seines Angebots nachzuweisen.

Die Vorschrift ist im Zusammenhang mit den Regelungen der § 16 Abs. 6 VOB/A und § 16 Abs. 6 VOL/A (bzw. § 16 EG Abs. 6 VOB/A und § 19 EG Abs. 6 VOL/A im Oberschwellenbereich) auszulegen. Hiernach sind die öffentlichen Auftraggeber im Rahmen der Angemessenheitskontrolle bereits dazu verpflichtet, die Preise für die einzelnen Leistungspositionen des Angebots zu überprüfen. Eine einfache Bejahung der auskömmlichen Kalkulation durch

die Unternehmen darf dagegen von den öffentlichen Auftraggebern nicht akzeptiert werden. Die Unternehmen haben die ordnungsgemäße Kalkulation für jede Einzelposition darzulegen und ggf. zu begründen. Die öffentlichen Auftraggeber müssen die Kalkulation auf ihre Ordnungsmäßigkeit und Auskömmlichkeit sodann pflichtgemäß prüfen und in den Vergabeunterlagen dokumentieren.

Zu § 8 Nachweise

Nach Absatz 1 können Unternehmen Nachweise und Erklärungen nach diesem Gesetz entsprechend den Regelungen in § 6 (EG) Abs. 3 VOB/A und §§ 6 Abs. 4, 7 EG Abs. 4 VOL/A auch im Wege der zugelassenen Präqualifizierungssysteme (vgl. § 97 Abs. 4a GWB), d.h. durch eine aktuell gültige Eintragung in ein Präqualifikationsverzeichnis, erbringen. Das bedeutet, dass auf die Vorlage von Einzelnachweisen oder Eigenerklärungen verzichtet werden kann, sofern diese bereits für die Eintragung in das jeweilige Präqualifikationsverzeichnis vorgelegt wurden. Auf die Unterschiede der Präqualifizierungssysteme im VOB- und im VOL-Bereich am Beispiel der Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen wird im Folgenden näher eingegangen:

Präqualifizierung im VOB-Bereich

Die Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens vom 25. April 2005 in der Fassung vom 25. Oktober 2012 trifft Regelungen zur bundesweit einheitlichen Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens für öffentliche Bauaufträge. In der Anlage 1 zu dieser Leitlinie sind die Kriterien der Präqualifizierung aufgeführt. Danach umfasst die Präqualifizierung im VOB-Bereich gemäß lfd. Nr. 8 auch eine Eigenerklärung der Unternehmen in Bezug auf die Zahlung des nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vorgeschriebenen Mindestlohns. Sofern ein Unternehmen über eine aktuell gültige Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (www.pq-verein.de) verfügt, kann daher auf eine gesonderte Vorlage der Tariftreueerklärung nach § 4 Abs. 1 dieses Gesetzes verzichtet werden.

Die Liste der präqualifizierten Unternehmen ist dabei im Internet allgemein zugänglich. Die öffentlichen Auftraggeber können darüber hinaus über einen gesicherten Zugang die von dem Unternehmen zur Eintragung vorgelegten Eignungsnachweise und Eigenerklärungen einsehen. Dort können nach Anlage 1 der Leitlinie auch weitere freiwillige Angaben oder Eigenerklärungen der Unternehmen informativ aufgenommen werden, ohne dabei Einfluss auf die Präqualifizierung zu haben oder von dieser erfasst zu sein. Hierzu gehören z.B. Eigenerklärungen über die Einhaltung von Tariftreueforderungen der Länder. Sofern eine entsprechende Tariftreue- bzw. Mindestentgelterklärung nach § 4 Abs. 2 oder § 5 Abs. 1 dieses Gesetzes hier bereits als freiwillige Erklärung eines Unternehmen hinterlegt ist, kann diese von den öffentlichen Auftraggebern anerkannt werden. Ist das nicht der Fall, haben die Unternehmen die im einzelnen Vergabefall geforderte Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung als separate Erklärung bei Angebotsabgabe vorzulegen.

Die Aktualität bzw. Gültigkeit der Präqualifizierung wird dadurch sichergestellt, dass Nachweise und Eigenerklärungen in bestimmten zeitlichen Abständen (i.d.R. alle 13 Monate) neu vorzulegen sind. Werden die Unterlagen nicht fristgerecht vorgelegt, wird die Präqualifikation des Unternehmens unverzüglich gestrichen und die Eintragung des Unternehmens aus der Liste entfernt (siehe Ziffer 9.1. der Leitlinie).

Präqualifizierung im VOL-Bereich

Das Präqualifizierungssystem nach der Arbeitsrichtlinie für die Durchführung des Präqualifikationsverfahrens im Liefer- und Dienstleistungsbereich (Stand: 03.12.2012, www.pq-vol.de) ist grundsätzlich mit dem Präqualifizierungssystem im VOB-Bereich vergleichbar. Die Präqualifizierung umfasst jedoch bislang keine verpflichtende Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung (siehe Anlage zur Arbeitsrichtlinie). Tariftreue- oder Mindestentgelterklärungen sind daher nicht zwingend für die Aufnahme ins Präqualifikationsverzeichnis erforderlich,

können bei der VOL-Präqualifizierung jedoch als freiwillige Angaben von Unternehmen aufgenommen werden. Auch diese Erklärung soll nach Abs. 1 erfasst werden.

Für alle Nachweise oder Erklärungen, die die Unternehmen den öffentlichen Auftraggebern vorlegen müssen, gilt grundsätzlich, dass bei bestehenden Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit eines Nachweises oder einer Erklärung, das Unternehmen die entsprechende Beweislast zu tragen hat.

Zentraler Regelungsinhalt des Absatzes 2 ist die Verpflichtung des Unternehmens bei der Vergabe von Bauaufträgen vor Zuschlagserteilung nachzuweisen, dass es seinen Verpflichtungen zur vollständigen Entrichtung von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung nachkommt. Der Nachweis muss von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger ausgestellt sein und darf nicht älter als ein Jahr sein. Ggf. ist eine deutschsprachige Übersetzung beizufügen. Der Nachweis kann gleichwohl aber auch durch Präqualifizierung erbracht werden, denn nach § 6 (EG) Abs. 3 Nummer 1h VOB/A kann der Nachweis über die Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zu gesetzlichen Sozialversicherung auch mittels der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. erfolgen (siehe auch lfd. Nummern 6 und 7 der Anlage 1 zur o.g. Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung). Die Vorschrift dient der Sicherstellung, dass die Beiträge an die sozialen Sicherungssysteme abgeführt werden und trägt so zu ihrer Stabilisierung bei. Dies beugt auch Schwarzarbeit vor.

Zur Vorbeugung von Schwarzarbeit sind die öffentlichen Auftraggeber (nach § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 GWB) außerdem gemäß § 21 Abs. 1 Satz 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) berechtigt, Auskünfte über die sich bewerbenden Unternehmen aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a Gewerbeordnung anzufordern. Diese Auskünfte dienen dazu, Unternehmen, gegen die bzw. gegen deren Vertretungsberechtigten aufgrund von Schwarzarbeit bereits Straf- oder Bußgeldverfahren geführt werden oder wurden, ggf. von der Teilnahme am Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag ausschließen zu können.

Bei der Vergabe von Bauaufträgen ab einer Höhe von 30.000 Euro sind die öffentlichen Auftraggeber vor Zuschlagserteilung sogar dazu verpflichtet, für das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a Gewerbeordnung anzufordern (§ 21 Abs. 1 S. 4 SchwarzArbG).

Zu § 9 Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen

Absatz 1 Satz 1 entspricht der Regelung in § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB. Demnach besteht für den öffentlichen Auftraggeber eine generelle Verpflichtung, bei allen Vergabearten Voraussetzungen zu schaffen, damit sich besonders kleine und mittlere Unternehmen (KMU) an Wettbewerben beteiligen können. Die Sätze 2 und 3 wiederholen sinngemäß die Regelungen des § 97 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB, die im Oberschwellenbereich unmittelbar gelten und unterhalb der EU-Schwellenwerte durch § 3 Abs. 1 entsprechend anzuwenden sind. Die Formulierung enthält für den öffentlichen Auftraggeber sowohl verpflichtende, als auch entpflichtende Teile zum Vorteil von KMU- Belangen, die jedoch immer am Einzelfall zu messen sind.

Die beschränkende Regelung zur Generalunternehmervergabe in Satz 4 soll dazu beitragen, negative Auswirkungen für KMU in der Vergabepaxis sinnvoll zu begrenzen. Denn in der Regel werden KMU zwar häufig als Nachunternehmer durch den Generalunternehmer eingebunden, naturgemäß erfolgt dies aber zu deutlich schlechteren Auftragskonditionen im Vergleich zu denen des Hauptauftragnehmers (=Generalunternehmer). Satz 4 verdeutlicht daher, dass derartige Vergaben nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig und entsprechend zu dokumentieren sind.

Absatz 2 geht gesondert auf die entsprechende Berücksichtigung von KMU bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben ein, wobei den Vergabestellen abhängig vom Einzelfall ein Ermessensspielraum zugebilligt wird. Die Soll-Vorschrift erfordert ein Abweichen nur in Ausnahmefällen, die üblicherweise zu dokumentieren sind.

§ 14 des Gesetzes zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen vom 30.04.1978 sowie die in den mit § 3 Abs. 2 für anwendbar erklärten Vergabe- und Vertragsordnungen enthaltenen Regelungen zur Förderung der Teilnahme von kleinen und mittleren Unternehmen an Vergabeverfahren bleiben unberührt, divergierende Vorgaben entstehen dadurch nicht.

Zu § 10 Umweltverträgliche Beschaffung

Zentraler Regelungsinhalt des § 10 ist, dass Umweltverträglichkeitsaspekte bei der Auftragsvergabe Berücksichtigung finden können. Die öffentlichen Auftraggeber können dabei im Einzelfall selbst beurteilen, in welchem Umfang Umweltkriterien sachgerecht in die Auftragsvergabe zu integrieren sind. Die Formulierung als Kann-Vorschrift lässt dem öffentlichen Auftraggeber insofern den notwendigen Ermessensspielraum, wobei sich die Ermessensausübung i.S.v. § 40 des Verwaltungsverfahrensgesetzes (VwVfG) an dem Zweck des Gesetzes (Förderung der umweltverträglichen Beschaffung – vgl. § 1) orientieren muss. In Satz 2 wird auf Grundlage des § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB geregelt, dass derartige umweltbezogene oder innovative Anforderungen nur gestellt werden können, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Dies sichert neben der Einhaltung von umweltrelevanten Anforderungen auch eine wirtschaftliche Beschaffung der öffentlichen Hand. Hierbei wird sich aber insoweit abweichend von § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht auf die Auftragsausführung beschränkt, auch Phasen wie Erstellung und Entsorgung sind hier eingeschlossen.

Die Vorschrift eröffnet den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, individuell auf den Einzelfall zugeschnittene ökologische Kriterien in der Leistungsbeschreibung vorzugeben, die sowohl als Eignungs- oder Zuschlagskriterien, aber auch als Auftragsausführungsbestimmungen eingesetzt werden können. Als Aspekte umweltverträglicher Beschaffung kommen Abfragen von Lebenszykluskosten, Fragen zur Energieeffizienz, die Forderung von Umweltgütezeichen bzw. deren Anforderungen, betriebliches Umweltmanagement sowie besondere Entsorgungsbedingungen oder die Berücksichtigung von sonstigen ökologischen Nachhaltigkeitsaspekten in Betracht. Bei öffentlichen Aufträgen der allgemein zugänglichen Beförderung von Personen im Schienen- und Personennahverkehr wäre z.B. die Nutzung einer möglichst umweltfreundlichen Technologie berücksichtigungsfähig.

Neben der damit verbundenen Vorbildfunktion des öffentlichen Beschaffungsmarktes mit seinem hohen Nachfragevolumen nimmt diese Vorschrift gleichermaßen Rücksicht auf die faktische Umsetzbarkeit von hohen ökologischen (technischen) Anforderungen auf der einen und die Leistungspotentiale der Auftragnehmer auf der anderen Seite.

Zu § 11 Berücksichtigung sozialer Kriterien

Mit dieser Vorschrift wird das politische Ziel realisiert, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Möglichkeit zu nutzen, soziale und damit auch gleichstellungspolitische Aspekte zu berücksichtigen. Auf Grundlage von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB ermöglicht die Regelung in Absatz 1 Satz 1, dass die öffentlichen Auftraggeber betriebsbezogene Anforderungen an die Unternehmen, soweit sie soziale Aspekte betreffen, stellen können. Die optionalen sozialen Anforderungen sind dabei als „betriebsbezogen“ zu bezeichnen, da sie auch abgekoppelt vom Auftragsgegenstand vom potentiellen Auftragnehmer eingefordert werden können. Satz 2 macht jedoch deutlich, dass diese Anforderungen nur für die Auftragsausführung (vgl. auch

§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB) gestellt werden dürfen, damit der Bezug zum öffentlichen Auftrag erhalten bleibt.

Zum Schutz der Kleinunternehmen sieht Absatz 1 Satz 2 der Vorschrift außerdem vor, dass soziale Anforderungen an Unternehmen erst ab einer Mindestgröße von 20 Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gestellt werden dürfen. Damit soll erreicht werden, dass Kleinunternehmen, die einige oder gar sämtliche soziale Anforderungen aufgrund ihrer Größe häufig gar nicht erfüllen können, nicht von der Teilnahme an öffentlichen Auftragsvergaben abgehalten werden und damit indirekt der Wettbewerb eingeschränkt wird.

Absatz 2 enthält eine nicht abschließende Aufzählung von sozialen Kriterien, die wesentliche soziale Anliegen des Gesetzgebers darstellen und im Sinne dieser Vorschrift geeignet erscheinen. Den öffentlichen Auftraggebern wird damit aber auch die Möglichkeit eröffnet, jeweils auf den einzelnen Vergabefall abgestimmt auch andere geeignete soziale Kriterien als Anforderungen an die Unternehmen zu stellen. Die Kriterien können alternativ oder kumulativ und abgestimmt auf die jeweilige Marktsituation verwendet werden. Ist beispielsweise bekannt, dass Unternehmen in einem bestimmten Bereich zwar Ausbildungsplätze bereitstellen, die Besetzung der Stellen aber nur schwer zu realisieren ist, kommt sinnvollerweise der Einsatz des Kriteriums nach Abs. 2 Nr. 3 nicht in Betracht. Ebenfalls wird die Dauer der Auftragsausführung bei der Auswahl der sozialen Kriterien zu berücksichtigen sein.

Um Wertungsprobleme zu vermeiden, sollten die Kriterien auf der Wertungsstufe 1 als Auftragsausführungsbestimmungen bzw. Vertragsbedingungen gefordert und damit zur Voraussetzung zum Wettbewerbszugang gemacht werden.

Unter Nummer 1 ist die „Beschäftigung schwerbehinderter Menschen“ i.S.d. § 71 SGB IX als ein mögliches soziales Kriterium vorgesehen. Dies kann und soll dem betroffenen Personenkreis indirekt auch zu größeren Beschäftigungschancen verhelfen.

Soweit unter Nummer 2 die „Förderung der Chancengleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern im Beruf“ gefordert wird, schließt dies auch die Sicherung von Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Tätigkeit mit ein.

In Nummer 3 ist die „Beschäftigung von Auszubildenden“ als mögliches Kriterium aufgeführt. Die ergänzende Nennung „Beteiligung an tariflichen Umlageverfahren oder an Ausbildungsverbänden“ in Nummer 4 der Aufzählung soll insbesondere KMU die Chance auf einen Zuschlag eröffnen, die keine eigenen Auszubildenden beschäftigen können.

Nummer 5 sieht die „Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen“ i.S.d. § 18 SGB III als weiteres optionales Kriterium vor.

Zu § 12 Beachtung von ILO-Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen

Auch im Beschaffungswesen sollen die öffentlichen Auftraggeber verstärkt die Aufmerksamkeit darauf richten, ob Produkte z.B. aus Kinderarbeit stammen. Ein lückenloser Durchgriff über die Wertschöpfungs- und Lieferkette ist allerdings in der Regel nicht möglich, da bei einem globalisierten Herstellungsprozess soziale Umstände der Herstellung nicht bekannt sind und auch nicht abschließend ermittelt werden können. Die Regelung in § 12 Abs. 1 trägt daher dem Umstand Rechnung, dass sich nicht in jedem Fall mit letzter Gewissheit die Herkunft der Waren ermitteln lässt und nicht alle Kernarbeitsnormen mit jedem Auftragsgegenstand kompatibel sind.

Absatz 1 konkretisiert insofern das Ziel, dass bei öffentlichen Aufträgen nur solche Waren Gegenstand der Leistung sein sollen, die unter Beachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierfür werden acht

ILO-Kernarbeitsnormen zugrunde gelegt (Abs. 1 Satz 2). Der Anwendungsbereich beschränkt sich auf Produkte oder Produktgruppen, die in einer Verordnung (§ 12 Abs. 2) explizit festgelegt werden. Bis zum Inkrafttreten dieser Verordnung ist die Vorschrift daher nicht anwendbar. Neben dem Anwendungsbereich der Vorschrift macht die Verordnung Vorgaben zu den vertraglichen Regelungen u.a. im Hinblick auf Zertifizierungen und Nachweise sowie zur vertraglichen Ausgestaltung von Kontrollen und Sanktionen.

Zu § 13 Nachunternehmen

Nach Absatz 1 muss sich das beauftragte Unternehmen dazu verpflichten, den von ihm eingesetzten Nachunternehmen die Erklärungen nach §§ 4 Abs. 1 bis 3, 5 Abs. 1 sowie bei öffentlichen Aufträgen über Bauleistungen den Nachweis im Sinne des § 8 Abs. 2 abzuverlangen. Dabei sind von den Nachunternehmen selbst auch die entsprechenden Erklärungen und Nachweise zu erbringen. Der Inhalt der Erklärung nach §§ 4 oder 5 richtet sich nach der jeweiligen Nachunternehmerleistung und kann insoweit von der Erklärung des bietenden bzw. des beauftragten Unternehmens abweichen. Die Nachweispflicht gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verbleibt aber bei dem bietenden bzw. dem beauftragten Unternehmen. Die Verantwortung, die Nachunternehmen über alle Verpflichtungen zu informieren und deren Einhaltung vertraglich sicherzustellen (Satz 2), obliegt jeweils dem Unternehmen, das ein Nachunternehmen einsetzt.

Der Zeitpunkt, wann die Erklärungen und Nachweise vorzulegen sind, ergibt sich jeweils aus dem Verfahrensstand, d.h. aus dem Zeitpunkt, wann die Nachunternehmen benannt werden. Werden die Nachunternehmen bei Angebotsabgabe benannt, sind auch zu diesem Zeitpunkt die Erklärungen und Nachweise der Nachunternehmen vorzulegen. Werden im Falle des Absatzes 2 Satz 2 Nachunternehmen erst nachträglich eingeschaltet oder ist das Nachunternehmen bei Angebotsabgabe noch nicht namentlich bekannt, so können die Unterlagen auch nach Angebotsabgabe, müssen aber zwingend vor Einschaltung des Nachunternehmens - also im Zusammenhang mit der bei Einholung der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers - vorgelegt werden.

Satz 3 stellt klar, dass die Möglichkeiten der Präqualifizierung nach § 8 Abs. 1 auch für Nachunternehmen gelten.

Absatz 2 regelt das Anzeigepflicht der Unternehmen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, diesen über den Einsatz von Nachunternehmen zu informieren. Bei Angebotsabgabe ist dem öffentlichen Auftraggeber ein Verzeichnis über alle zu diesem Zeitpunkt bekannten Nachunternehmen und (zumindest aber) ihre jeweiligen Leistungen vorzulegen. Wird nach Zuschlagserteilung ein Nachunternehmen eingesetzt oder gewechselt, bedarf dies der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers. Auf eine § 4 Abs. 2 Satz 2 LVergabeG (alt) entsprechende ausdrückliche und abschließende Aufzählung der Versagungsgründe wurde verzichtet. Die Versagung der Zustimmung aus anderen Gründen als mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Nachunternehmens sowie wegen Nichterfüllung der Nachweispflicht gemäß Absatz 1 Satz 1 dürfte allerdings sachfremd sein und gegen das Willkürverbot verstoßen.

Absatz 3 eröffnet die Möglichkeit, beim Einsatz von Nachunternehmen mit einem geringen Auftragsvolumen aus Gründen der Verfahrenserleichterung auf die Vorlage von Erklärungen und Nachweisen zu verzichten. Um jedoch zu verhindern, dass durch den Einsatz vieler Nachunternehmen, die jeweils nur einen geringen Anteil des Gesamtauftrags übernehmen, u. a. die Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen dieses Gesetzes umgangen werden, gilt die Möglichkeit der Verfahrenserleichterung nur bei einem Auftragsvolumen des jeweiligen Nachunternehmens von unter 3.000 Euro (ohne Umsatzsteuer). Ob von dieser Verfahrenserleichterung Gebrauch gemacht wird, liegt jeweils im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers.

Zu § 14 Kontrollen

Die Regelung dient der wirksamen Umsetzung dieses Gesetzes. Die Kontrolle erstreckt sich schwerpunktmäßig auf die Einhaltung der Vorgaben nach §§ 4 Abs. 1 bis 3 und 5 Abs. 1 (Tariftreue und Mindestentgelte). Sie umfasst aber - im Rahmen der Berechtigung nach Abs. 1 Satz 1 - auch die Kontrolle weiterer auf Grundlage des Gesetzes von den Unternehmen übernommene Verpflichtungen (§§ 10, 11) bzw. deren Umsetzung bei der Auftragsvergabe und Leistungserbringung. Adressat der Norm ist der öffentliche Auftraggeber und damit der jeweilige Rechtsträger, das muss innerorganisatorisch nicht die Vergabestelle sein. Entsprechend kann der öffentliche Auftraggeber auch geeignete Dritte mit der Durchführung der Kontrollen beauftragen. Diese Variante kommt insbesondere dann in Betracht, wenn dem öffentlichen Auftraggeber kein geeignetes Personal zur Verfügung steht oder die Anzahl der zu vergebenden öffentlichen Aufträge das dauerhafte Vorhalten des in erforderlichem Maße qualifizierten Personals nicht rechtfertigt.

Absatz 1 Satz 1 stellt die Durchführung von Kontrollen in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Die Formulierung „sind gehalten“ verstärkt die bisherige Befugnisnorm („ist berechtigt – vgl. § 7 Abs. 1 S.1 LVergabeG) und bringt den gesetzgeberischen Appell zum Ausdruck, die Kontrolltätigkeit gegenüber dem Ist-Zustand zu verstärken.

Nach Absatz 1 Satz 2 haben der Auftragnehmer und die ggf. eingesetzten Nachunternehmer die Einhaltung der Verpflichtungen aus Satz 1 jederzeit, also vor, während und/oder nach Auftragsausführung auf Verlangen des Auftraggebers nachzuweisen. Die erforderlichen Einsichtsrechte des öffentlichen Auftraggebers für die Verpflichtungen, die sich auf die Beschäftigten beziehen und damit in der Regel die Einhaltung von Tariftreue i.S.d. § 4 oder die Zahlung des vergabespezifischen Mindestentgelts nach § 5 betreffen, ergeben sich aus Absatz 2.

Absatz 3 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber, Kontrollen durchzuführen, wenn und soweit sich Anhaltspunkte für Verstöße im Hinblick auf die Regelungen nach §§ 4 Abs. 1 bis 3 und 5 Abs. 1 ergeben. Dies ist der Fall, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Verpflichtungen aufgrund des Gesetzes nicht eingehalten werden. Haltlose Vorwürfe und reines Denunziantentum erfüllen die Voraussetzungen dagegen nicht.

Absatz 4 verpflichtet das beauftragte Unternehmen und seine Nachunternehmer an den Kontrollen mitzuwirken, indem sie jederzeit vollständige und prüffähige Unterlagen nach Absatz 2 vorhalten müssen. Dies stellt sicher, dass der öffentliche Auftraggeber jederzeit Kontrollen durchführen kann und ihm die dafür erforderlichen Unterlagen zugänglich sind. Das beauftragte Unternehmen sowie die Nachunternehmer müssen ihre Beschäftigten daher auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinweisen.

Absatz 5 regelt, dass die für den öffentlichen Auftraggeber erforderlichen Rechte zur Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen sowie die Auskunft- und Mitwirkungspflichten des beauftragten Unternehmens und ggf. seiner Nachunternehmer nach Absatz 1 Satz 2, Absatz 2 und 4 vertraglich sicherzustellen sind. Sollten die Rechte oder Pflichten nicht eingehalten werden, wäre der Anspruch (z.B. auf Herausgabe bzw. auf Vertragserfüllung) auf dem Zivilrechtsweg einzufordern.

Nach Absatz 6 nimmt die Servicestelle „Hinweise“ zu öffentlichen Aufträgen entgegen und leitet sie weiter. Eine vergaberechtliche Prüfung durch die Servicestelle erfolgt nicht. Die Hinweise müssen sich auf einen konkreten öffentlichen Auftrag beziehen, damit nach dem Wortlaut des Gesetzes der jeweilige öffentliche Auftraggeber informiert werden kann. Die Hinweise müssen ferner „Anlass für Kontrollen nach Abs. 1 oder 3 sein“ und sich daher auf die Vertragsausführung beziehen. Damit wird deutlich, dass hier keine Überprüfung von Vergabe- oder Wettbewerbsfragen erfolgt, sondern allein die vertragsgemäße Ausführung des öffentlichen Auftrags erfasst ist.

Zu § 15 Sanktionen

Die Vorschrift stellt die Einhaltung der sich aus den Erklärungen nach § 4 Abs. 1 bis 3 und § 5 Abs. 1 ergebenden Verpflichtungen sicher, indem nach Absatz 1 Verstöße der Unternehmen gegen diese Verpflichtungen wirksam sanktioniert werden können. Dazu sind zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer Vertragsstrafen zu vereinbaren, deren Höhe bei 1 % für jeden schuldhaften Verstoß und bei max. 10 % bei mehrfachen Verstößen bezogen auf den jeweiligen Auftragswert liegt. Satz 2 regelt in Konsequenz zu § 14, dass auch alle Verstöße von Nachunternehmen dem beauftragten Unternehmen zuzurechnen sind, sofern dieser die Verstöße unter Beachtung seiner Sorgfaltspflicht (i.S.d. § 347 Handelsgesetzbuch) kannte oder kennen musste.

Sollte die nach Satz 1 vereinbarte Vertragsstrafe im Einzelfall unverhältnismäßig hoch ausfallen, wird die Reduzierung des Wertes ins Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt.

Neben der Sanktionierung von Verstößen durch Vertragsstrafen ist nach Absatz 2 auch zu vereinbaren, dass der öffentliche Auftraggeber bei einer schuldhaften und nicht nur erheblichen Nichterfüllung einer sich aus den Erklärungen nach § 4 Abs. 1 bis 3 und § 5 Abs. 1 ergebenden Verpflichtung berechtigt ist, den Vertrag mit dem beauftragten Unternehmen fristlos zu kündigen. Dabei ist ebenfalls unerheblich, ob der Verstoß vom beauftragten Unternehmen oder einem Nachunternehmen begangen wurde.

Nach Absatz 3 ist der Auftragnehmer bei grob fahrlässigen oder mehrfachen Verstößen gegen diese Verpflichtungen für die Dauer von bis zu drei Jahren von weiteren Auftragsvergaben auszuschließen. Dem öffentlichen Auftraggeber wird bei der Festsetzung der Ausschlussdauer ein Ermessen eingeräumt, um auch kürzere Ausschlussfristen (je nach Schwere der Verstöße und Turnus entsprechender Vergaben) festlegen zu können. Der Ausschluss kann dabei sowohl für den Auftragnehmer als auch für ein Nachunternehmen festgesetzt werden und bezieht sich nur auf die Vergabeverfahren des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Er gilt also nicht für alle öffentlichen Auftraggeber.

Absatz 4 weist auf die Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers gegenüber der zuständigen Stelle nach § 23 AEntG bei Verstößen gegen die Tariftreuepflicht (§ 4 Abs. 1) sowie der zuständigen Stelle nach § 18 MiArbG bei Verstößen gegen die Einhaltung der Mindestentgelte (§ 4 Abs. 2) hin.

Zu § 16 Übergangsbestimmungen

Mit der Regelung werden Rechtsunsicherheiten für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes noch laufende Vergabeverfahren vermieden, denn diese sind noch nach den Regelungen des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes (LVergabeG) vom 15. Dezember 2008 (Nds. GVBl. S. 411) geändert durch Gesetz vom 19. Januar 2012 (Nds. GVBl. S. 6) zu beenden. Die Regelungen des LVergabeG gelten für diese Fälle insofern fort.

Zu § 17 Evaluation

Das Gesetz und seine Wirkungen hinsichtlich der gewünschten Ziele (§ 1) sollen einer Evaluation unterzogen werden. Hierbei soll überprüft werden, ob und wie die öffentlichen Auftraggeber ihren gebundenen oder im Ermessen stehenden Rechten und Pflichten aus dem Gesetz (Vorgabe von Tariftreue und Mindestlohn sowie Art und Umfang der eingesetzten strategischen Vergabekriterien i.S.d. §§ 10 bis 12, aber auch Förderung der kleinen und mittelständischen Unternehmen - § 9) nachkommen. Hierzu gehören auch Feststellungen hin-

sichtlich durchgeführter Kontrollen und Sanktionen. Es wird erwartet, dass die eingeräumten Ermessensspielräume verantwortungsvoll unter Beachtung der gesetzgeberischen Intention (fairer Wettbewerb sowie die Verknüpfung umwelt- und sozialpolitischer Zielstellungen, vgl. § 1) mit der öffentlichen Auftragsvergabe ausgeschöpft werden.

Zu § 18 Inkrafttreten

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes zum 01.01.2014. Abweichend davon sind die Verordnungsermächtigungen sowie die Vorschriften zur Einrichtung der Servicestelle bereits nach Verkündung dieses Gesetzes in Kraft getreten, um die Vollziehbarkeit des Gesetzes zum 01.01.2014 zu gewährleisten.

Das Niedersächsische Tariftreue- und Vergabegesetz findet insofern auf Vergabeverfahren, die ab dem 01.01.2014 eingeleitet bzw. begonnen werden, Anwendung. Dies ist der Fall, wenn der (interne) Beschaffungsbeschluss in irgendeiner Weise nach außen kundgetan wird (s.o. S. 1).