



Umgang mit den Musterregelungen zur Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben der §§ 13 bis 15 NTVergG

Anwendungshinweise

Die Servicestelle des Niedersächsischen Ministeriums für Wirtschaft, Arbeit und Verkehr (nachfolgend „Servicestelle“) hat Musterregelungen zur Umsetzung der §§ 13 bis 15 des Niedersächsischen Tariftreue- und Vergabegesetzes (NTVergG) veröffentlicht. Die Musterregelungen setzen jeweils die Umsetzung der gesetzlichen Vorgaben des NTVergG durch die Vergabestellen in den Vergabeunterlagen innerhalb der eingeleiteten Ausschreibungen voraus. Die Servicestelle weist ausdrücklich darauf hin, dass die Verwendung und Integration der Musterregelungen in eigener Verantwortung und auf eigene Gefahr der jeweiligen Vergabestelle erfolgt und dass bei vertraglichen und weitergehenden vergaberechtlichen Fragen eine rechtliche Prüfung und Bewertung durch den entsprechenden niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber erfolgen muss. Bei der Wahrnehmung der Kontrollrechte sind insbesondere die datenschutzrechtlichen Vorschriften des Niedersächsischen Datenschutzgesetzes und des Bundesdatenschutzgesetzes durch die Vergabestellen zu beachten.

Im Weiteren werden die Anwendungsvoraussetzungen der Musterregelungen (dazu unter A.), Erläuterungen zu Regelungsinhalten (dazu unter B.), sodann wesentliche bestehende rechtliche Risiken (dazu unter C.) und abschließend bestehende wichtige Gestaltungsmöglichkeiten im Umgang mit den Musterregelungen exemplarisch skizziert (dazu unter D.).

A.

Allgemeine Grundsätze und Anwendungsvoraussetzungen der Musterregelungen

- I. Das NTVergG verpflichtet die niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber unterhalb der in § 2 Vergabeverordnung (VgV) geregelten Schwellenwerte zur Anwendung des 1. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) und des 1. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A 2012). Die Handlungsempfehlungen basieren auf der Umsetzung dieser Regelungen in den Vergabeunterlagen. Aufgrund des Anwendungsbefehls bzgl. der VOL/A und VOB/A gemäß § 3 NTVergG ist gem. § 9 Abs. 1 VOL/A bzw. gem. § 8 Abs. 3 VOB/A regelmäßig davon auszugehen, dass die Vorschriften der VOL/B und VOB/B Anwendung finden.

- II. Die Musterregelungen setzen voraus, dass dem Vertragsabschluss ein ordnungsgemäßes Vergabeverfahren vorangeschaltet wurde und die durch das NTVergG geforderten Verpflichtungserklärungen und Nachweise von den Bewerbern/Bietern in schriftlicher Form eingefordert wurden und zum Zeitpunkt der Auftragserteilung vorliegen. Die Servicestelle weist ausdrücklich darauf hin, dass die geforderten Erklärungen und Nachweise auch im Wege der Präqualifikation erbracht werden können.
- III. Die gesetzlich vorgegebenen Verpflichtungen zur Zahlung von Mindestentgelten gelten nur bei der Vergabe von Bau- und Dienstleistungen, jedoch nicht bei der Vergabe von Lieferleistungen. Die Abgrenzung und rechtliche Einordnung ist nach allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen vorzunehmen.

B.

Zu den Inhalten der Musterregelungen

I. Verpflichtungserklärungen

1. Die Musterregelungen differenzieren nicht nach den unterschiedlichen Vergabeararten. Im Falle einer Öffentlichen Ausschreibung bzw. einem offenen Verfahren sind die gesetzlich geforderten Verpflichtungserklärungen als Ausführungsbedingung im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB Bestandteil des Angebots und werden durch Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil. In den Fällen einer Beschränkten Ausschreibung bzw. einem nicht offenen Verfahren und einer Freihändigen Vergabe bzw. einem Verhandlungsverfahren werden die entsprechenden Verpflichtungserklärungen zusammen mit dem Teilnahmeantrag, spätestens jedoch mit dem Angebot, als zusätzliche Bedingung der Auftragsausführung im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB gefordert und werden durch Zuschlagserteilung Vertragsbestandteil. Die Vergabeunterlagen müssen jeweils klarstellen, dass die übernommenen Verpflichtungen als Ausführungsbedingung Vertragsbestandteil werden.

Wird eine Rahmenvereinbarung ausgeschrieben, empfiehlt es sich, die Verpflichtungserklärungen mitsamt den Musterregelungen in die Rahmenvereinbarung einzubeziehen, die die generellen vertraglichen Vorgaben für die Einzelabrufe enthält. Die Einzelabrufe erfolgen dann auf Grundlage der Rahmenvereinbarung und der darin erfassten Vertragsinhalte. Es ist dann entbehrlich, für jeden Einzelabruf erneut die Verpflichtungserklärungen einzufordern und die gesetzlich geforderten Vertragsregelungen umzusetzen, da diese bereits in der Rahmenvereinbarung als Rechtsrahmen vereinbart wurden.

2. Im Bereich der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im Sinne des § 2 Abs. 3 NTVergG und des freigestellten Schülerverkehrs im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 2 NTVergG enthalten die Musterregelun-

gen mangels eines aktuellen Anwendungsbereichs keine explizite Regelung dazu, dass dann, wenn es keinen repräsentativen Tarifvertrag im Sinne des § 4 Abs. 3 NTVergG gibt, das in § 5 Abs. 1 NTVergG normierte Mindestentgelt zu vereinbaren ist. Dies bedeutet jedoch nicht, dass § 5 Abs. 1 NTVergG in diesem Bereich keine Anwendung findet.

Die Regelung des § 5 Abs. 1 NTVergG gilt auch innerhalb der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs im Sinne des § 2 Abs. 3 NTVergG und des freigestellten Schülerverkehrs im Sinne des § 4 Abs. 3 Satz 2 NTVergG, besitzt derzeit jedoch keinen relevanten Anwendungsbereich, da repräsentative Tarifverträge festgestellt sind und davon auch in Zukunft auszugehen sein wird. Sollte der Fall eintreten, dass kein repräsentativer Tarifvertrag festgestellt wurde, ist das in § 5 Abs. 1 NTVergG normierte Mindestentgelt vorzugeben.

3. Die Beurteilung dessen, ob die gezahlten Arbeitsentgelte den Mindestentgeltanforderungen im Sinne der gesetzlichen Regelungen entsprechen, obliegt dem öffentlichen Auftraggeber.
4. Der Begriff der Beschäftigten, der in § 14 NTVergG genannt ist, ist als Sammelbegriff zu verstehen, der sowohl Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des Auftragnehmers sowie der eingesetzten Nachunternehmer erfasst als auch sonstige Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter, die im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) entliehen und mit der Ausführung der beauftragten Leistung befasst sind.

II. Einsatz von Nachunternehmern

1. Die niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber können gem. § 13 Abs. 3 NTVergG bestimmen, dass auf die Vorlage von Erklärungen und Nachweisen verzichtet wird, soweit der Anteil des Auftrags, der auf das jeweilige Nachunternehmen entfällt, weniger als EUR 3.000,- beträgt. Die Musterregelungen sind dementsprechend anzupassen oder in den Vergabeunterlagen ist klarzustellen, ob der Auftraggeber im Einzelfall von dieser Erleichterung Gebrauch macht. Die gesetzlich geregelten Entgelte müssen jedoch unabhängig davon gezahlt und die entsprechenden Vereinbarungen zwischen dem Auftragnehmer und den Nachunternehmern getroffen werden.
2. Eine generelle und pauschale rechtliche Einordnung der durch den Auftragnehmer eingesetzten Dritten ist der Servicestelle nicht möglich. Daher kann keine abschließende Regelung dazu vorgeschlagen werden, ob ein eingesetztes Unternehmen Nachunternehmen im Sinne der gesetzlichen Regelungen ist. Die Prüfung dieser Frage obliegt dem beauftragten Unternehmen und dem öffentlichen Auftraggeber im Einzelfall. Die erforderlichen Erklärungen und Nachweise sind vor

Einsatz der Nachunternehmer einzuholen und die entsprechenden Vereinbarungen gleichfalls vor Einsatz der Nachunternehmer zu treffen.

3. Verleiher, d.h. Arbeitgeber, deren Geschäftstätigkeit die Überlassung ihrer Arbeitnehmer an Unternehmen zur Arbeitsleistung ist, können selbst Auftragnehmer sein, die unter Anwendung des Vergaberechts vom öffentlichen Auftraggeber beauftragt werden.

Sind sie nicht selbst Auftragnehmer sondern Verleiher von Arbeitskräften an den Auftragnehmer, hat der Auftragnehmer durch entsprechende Vereinbarungen mit dem Verleiher sicherzustellen, dass diese entliehenen Arbeitskräfte gemäß den gesetzlichen Vorgaben des NTVergG entlohnt werden. Die Pflichten des NTVergG treffen den Auftragnehmer auch im Hinblick auf entliehene Arbeitskräfte.

III. Kontrollen

1. Die niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber haben bei der Durchführung der Kontrollen, ob die von den Auftragnehmern und den ggf. eingesetzten Nachunternehmer einzuhaltenden Pflichten und Eigenerklärungen umgesetzt wurden und werden, die gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die datenschutzrechtlichen Vorgaben des Niedersächsischen Datenschutzgesetzes und des Bundesdatenschutzgesetzes in eigener Verantwortung zu prüfen und zu berücksichtigen. In die Musterregelungen wurden lediglich im Hinblick auf das Rechtsverhältnis des beauftragten Unternehmens zu seinen Beschäftigten Hinweise aufgenommen, die verdeutlichen, dass die Unternehmen sich den Kontrollrechten des öffentlichen Auftraggebers nicht mit dem Hinweis darauf entziehen können, dass ihre Beschäftigten in die Verarbeitung, Nutzung und Offenlegung der personenbezogenen Daten gegenüber den öffentlichen Auftraggebern nicht eingewilligt hätten. Die Prüfung der datenschutzrechtlichen Vorschriften im Rahmen der Ausübung der Kontrollrechte ist Aufgabe des öffentlichen Auftraggebers. Insbesondere sind die Zweckbestimmung der Datennutzung und die Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Wenn die Datenerhebung direkt bei den Beschäftigten erfolgt, sind die Hinweispflichten des BDSG zu beachten.

C.

Wichtige rechtliche Risiken

- I. Die Verwendung und Integration der Musterregelungen in die Vergabe- und Vertragsregelungen erfolgt in eigener Verantwortung der Vergabestellen.
- II. Die Verwendung und Integration der Musterregelungen muss in einer klaren, transparenten Art und Weise erfolgen. Der Grundsatz der Transparenz der Vergabeunterlagen ist neben den übrigen vergaberechtlichen Grundsätzen zu beachten.

- III. Die Musterregelungen enthalten die Klarstellung, dass es sich nicht um Vertragsregelungen handelt, die die Regelungen der VOB/B ändern oder modifizieren. Vielmehr werden durch die Musterregelungen ergänzend Regelungen integriert, die die Wirksamkeit der VOB/B als Ganzes nach der Rechtsauffassung der Servicestelle nicht in Frage stellen. Es kann jedoch nicht ausgeschlossen werden, dass ein Gericht die Rechtsauffassung vertritt, dass die Verwendung der Musterregelungen - ggf. auch im Kontext mit weiteren Vertragsregelungen, die die Vergabestelle verwendet - in die VOB/B eingreift mit der Rechtsfolge, dass die gesamten Regelungen der sog. AGB-Kontrolle gem. §§ 305 ff. BGB unterliegen und jeweils zu prüfen ist, ob es sich um wirksame AGB-Klauseln handelt.

D.

Gestaltungshinweise

- I. In den Musterregelungen wurde die Vertragsstrafenregelung über die gesetzlichen Vorgaben hinaus auch auf die Einhaltung der vereinbarten besonderen Pflichten aufgrund der §§ 13 bis 15 NTVergG und die Mitwirkungspflichten des Auftragnehmers innerhalb der Kontrollrechte erstreckt, um eine effektive Kontrolle zu ermöglichen.
- II. Der öffentliche Auftraggeber ist gehalten zu prüfen, ob die Einbeziehung etwaiger weiterer Anforderungen, die er in den Vergabeunterlagen an die Unternehmen stellt, wie etwa soziale Kriterien oder Umweltkriterien, in gleicher Weise wie die Entgeltzahlungspflichten in eine Vertragsstrafenregelung sowie in die Sanktionsregelungen des § 15 NTVergG möglich und zweckmäßig erscheint.