

Stellungnahme



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

Gesetzentwurf der Bundesregierung

Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Stand 6.7.2015

21.08.2015

I. Einführung

Die Vergabestellen des Bundes, der Länder und der Kommunen geben in Deutschland derzeit ca. 400 Milliarden Euro für die öffentliche Beschaffung von Gütern und Dienstleistungen aus. Dies entspricht etwa 17 % des Bruttoinlandsproduktes. Damit besitzt die öffentliche Auftragsvergabe wirtschaftlich eine sehr große Bedeutung.

Der Staat als öffentlicher Auftraggeber ist allerdings kein normaler Marktteilnehmer. Er darf sich nicht allein von privatwirtschaftlichen Kostenüberlegungen leiten lassen. Vielmehr muss er seiner besonderen Vorbildrolle gerecht werden, da es bei der öffentlichen Auftragsvergabe um eine nachhaltige Verwendung von Steuergeldern geht. Er hat ein demokratisch legitimes Interesse, die öffentliche Auftragsvergabe als politisches Lenkungsinstrument für gesellschaftlich erstrebenswerte soziale und ökologische Ziele einzusetzen.

Dabei geht es aus gewerkschaftlicher Perspektive insbesondere um den Schutz der Marktteilnehmer vor Preisunterbietung durch Lohndumping und durch Unterlaufen hiesiger und internationaler arbeits- und sozialrechtlicher Standards – z.B. durch Einhaltung des gesetzlichen Mindestlohnes, durch Tariftreue, durch die Durchsetzung des Prinzips gleicher Löhne für gleiche Arbeit, durch Verhinderung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung und durch eine effektive Kontrolle dieser Standards. Dies schützt im Ergebnis auch den Sozialstaat, der weniger Sozialtransfers zur Ergänzung nicht existenzsichernder Löhne von Beschäftigten auszahlen muss. Durch auskömmliche Löhne der Beschäftigten steigen zudem die Einnahmen der Sozialversicherungen. Altersarmut wird verhindert. Bestehende Ungleichheiten in der Gesellschaft können auf diese Art abgebaut werden.

Für die Umsetzung all dieser Ziele bieten die neuen EU-Richtlinien über die öffentliche Auftragsvergabe eine gute Vorlage. Soziale Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe können

Deutscher Gewerkschaftsbund
Bundesvorstand
Abteilung Wirtschafts-, Finanz- und
Steuerpolitik

Dr. Ghazaleh Nassibi
Referatsleiterin Tarifkoordination

ghazaleh.nassibi@dgb.de

Telefon: 030-24 060-238
Telefax: 030-24 060-218

Henriette-Herz-Platz 2
D 10178 Berlin

www.dgb.de



nun nicht mehr als „vergabefremd“ bezeichnet werden, wie auch ein Gutachten des renommierten Europarechtlers Prof. Dr. Andreas Glaser (Universität Zürich) belegt.¹ Denn mit dem Erlass der EU-Vergaberichtlinien hat auch die EU die strategische Einkaufsmacht der öffentlichen Hand erkannt und dieser Tatsache Wirkung verliehen. Die Berücksichtigung umweltbezogener und sozialer Kriterien, wie allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge, gesetzlicher Mindestlohn oder Kriterien des Fairen Handels werden durch die Vergaberichtlinien erheblich aufgewertet. Damit bietet die jetzige Umsetzung dieser Richtlinien eine gute Chance dazu, auch in Deutschland den weiten Spielraum der europäischen Vorgaben zu nutzen, um ein Zeichen für umwelt- und sozialpolitisches Bewusstsein zu setzen.

- Vor diesem Hintergrund begrüßt der DGB grundsätzlich den Gesetzentwurf der Bundesregierung zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz. Hierin sind einige der Anregungen des DGB aus der Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 22.5.2015 aufgegriffen worden. Allerdings identifiziert der DGB nach wie vor noch erhebliche Kritikpunkte, die es im laufenden Gesetzgebungsverfahren nachzubessern gilt. An vielen Stellen ist die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien nicht oder nur unzureichend erfolgt. Insbesondere wurden wesentliche Inhalte, z.B. bei den Regelungen zur Vergabe von sozialen Dienstleistungen, mit Verweis auf die geplanten Rechtsverordnungen nicht in das Gesetz aufgenommen. Allerdings kann der Gesetzentwurf erst abschließend beurteilt werden, wenn gleichzeitig die Rechtsverordnungen vorgelegt werden. Der DGB regt an, die geplanten Änderungen in den Rechtsverordnungen bereits jetzt vorzulegen. Nur so kann sichergestellt werden, dass die Vorgaben der EU-Richtlinien eingehalten werden.

Zur Vermeidung von Wiederholungen fokussiert die Stellungnahme im Folgenden die für den DGB wichtigsten Problemstellungen. Im Übrigen wird auf die Ausführungen in der Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 22.5.2015 verwiesen.

II. Kritik ausgewählter Vorschriften

1. § 97 GWB-E – Grundsätze der Vergabe

Es wird begrüßt, dass in § 97 GWB-E gleich zu Beginn die für alle Phasen einer Auftragsvergabe geltenden wesentlichen Grundsätze aufgelistet werden. Begrüßt wird auch grundsätzlich die Regelung in Abs. 3, wonach bei der Vergabe u.a. soziale und umweltbezogene Aspekte berücksichtigt werden. Hier werden die Vorgaben aus Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU aufgegriffen und es findet – im Gegensatz zur bisherigen Rechtslage – die Einbeziehung sozialer Aspekte für alle Vergabephasen Erwähnung.

Allerdings bleibt die konkrete Formulierung in § 97 Abs. 3 GWB-E in zweierlei Hinsicht hinter den Vorgaben von Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU zurück. Hiernach treffen die Mitgliedstaaten „geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer

¹ Andreas Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Pflichten der Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie, Nomos Verlag 2015, S. 77 (im Folgenden: Glaser, S. 77).



bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

Zunächst greift der Begriff der „sozialen Aspekte“ in § 97 Abs. 3 GWB-E zu kurz. In Anlehnung an den Wortlaut der Richtlinie hätten die umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften des nationalen und internationalen Rechts sowie die allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nach TVG und AEntG explizit im Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts Erwähnung finden müssen. Insbesondere fehlt - trotz der Erwähnung in Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU in Verbindung mit Anhang X - eine ausdrückliche Bezugnahme auf die ILO-Kernarbeitsnormen. Auch wenn die ILO-Kernarbeitsnormen durch die in Deutschland erfolgte Ratifizierung automatisch Anwendung finden, wäre im Interesse der Rechtsklarheit ihre Erwähnung als verpflichtendes soziales Kriterium wichtig.²

In diesem Zusammenhang würde es der DGB auch begrüßen, wenn die Bundesrepublik die noch nicht ratifizierte ILO Konvention Nr. 94 zur öffentlichen Auftragsvergabe ratifizieren und in nationales Recht umsetzen würde. Auch danach hat die öffentliche Hand bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags vom bietenden Unternehmer die Einhaltung von Sozialstandards zu verlangen. Dies unterstützt den von den EU-Richtlinien eingeschlagenen Weg.

Des Weiteren verlangt eine korrekte Umsetzung des Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU von den Mitgliedsstaaten, die Einhaltung umwelt-, sozial und arbeitsrechtlicher Vorschriften des nationalen und internationalen Rechts sowie der allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge **zwingend** für alle Phasen des Vergabeverfahrens anzuordnen.³ Im Gegensatz dazu deutet die Formulierung im Abs. 3 zusammen mit der Gesetzesbegründung aber auf eine nur fakultative Regelung hin (siehe Gesetzesbegründung S. 82: „**Möglichkeit** für Auftraggeber“). Dies wird den Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien nicht gerecht und sollte daher in eine verpflichtende Regelung umformuliert werden („muss“).

2. § 122 GWB-E – Eignung

§ 122 GWB-E verkürzt die Kategorie der Eignung auf die Begriffe der Fachkunde und Leistungsfähigkeit. Die Kriterien der „Zuverlässigkeit“ und „Gesetzestreue“ nach bisherigem Recht entfallen als eigene Kategorien und werden durch zwingende oder fakultative Ausschlussgründe bei Rechtsverstößen (§§ 123 und 124 GWB-E) ersetzt. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen, da anstelle einer Aufzählung unbestimmter Rechtsbegriffe die Zuverlässigkeit anhand des Bestehens konkreter Ausschlussgründe bestimmt wird.

Die Rechtstreue von Unternehmen nach § 128 GEW-E müsste in einem noch einzuführenden zentralen und bundesweiten Vergabeausschlussregister erfasst werden. Der DGB unterstützt die Einführung eines solchen Registers. Damit könnten öffentliche Auftraggeber frühzeitig

² So auch Glaser, S. 68.

³ So auch Glaser, S. 76.



vor der Vergabe ihrer öffentlichen Aufträge die Zuverlässigkeit der bietenden Unternehmen überprüfen. Durch eine Pflicht zur Einsichtnahme der öffentlichen Auftraggeber oder eine Pflicht zur Vorlage eines aktuellen Auszugs aus dem Register ist sicherzustellen, dass öffentliche Aufträge nur an zuverlässige und gesetzestreue Unternehmen vergeben werden.

Regelungsansätze könnten aus § 150 a GewO übernommen werden, wonach öffentliche Auftraggeber zur Vorbereitung von vergaberechtlichen Entscheidungen aus dem Gewerbezentralregister Informationen zu Verstößen gegen das Mindestlohngesetz, Arbeitnehmerentsehdengesetz oder Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz erfragen können.

3. § 123 GWB-E – Zwingender Ausschlussgrund

Zu begrüßen ist die Regelung zwingender Ausschlussgründe im GWB selbst durch § 123 GWB-E. Im Wesentlichen erfolgt hier eine 1:1 Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU.

Besonders positiv ist die Berücksichtigung von Fällen der durch bestandskräftige Verwaltungsentscheidung oder rechtskräftige Gerichtsentscheidung festgestellten Nichtentrichtung von Steuern und Sozialabgaben in Abs. 4 Nr. 1, wozu nach der Gesetzesbegründung auch eine rechtskräftige Verurteilung nach § 266 a StGB (Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen) zählt. Über § 266 a StGB können Sozialversicherungsträger gegen Arbeitgeber vorgehen, die ihre Beschäftigten nicht ordnungsgemäß entlohnt und damit auch nicht die entsprechenden Sozialversicherungsbeiträge entrichtet haben. § 266 a StGB befördert indirekt auch eine bessere Durchsetzung von Lohnansprüchen der Beschäftigten.

4. § 124 GWB-E - Fakultative Ausschlussgründe

Begrüßt wird die Aufnahme von Verstößen gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht nach Nr. 1 in die Liste der Ausschlussgründe, ebenso wie die Feststellung in der Gesetzesbegründung (S. 129), dass damit auch für das jeweilige Unternehmen verbindliche Tarifverträge und die ILO-Kernarbeitsnormen gemeint sind. Ebenso wird die Klarstellung in der Begründung begrüßt, dass auch Zahlungsverpflichtungen an tarifvertragliche Sozialkassen erfasst sind. Dies stärkt die Geltungskraft von Regelungen des Arbeits- und Sozialrechts und von Tarifverträgen im Besonderen - gerade auch von Tarifverträgen über Sozialkassenverfahren.

Zu kritisieren ist allerdings, dass solche Verstöße gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht (Nr. 1) nur einen fakultativen und keinen zwingenden Ausschlussgrund darstellen. Hier bleibt der Gesetzentwurf weit hinter den Möglichkeiten der EU-Vergaberichtlinien zurück. Nach Art. 57 IV a) Richtlinie 2014/24/EU hätten die Mitgliedsstaaten die Möglichkeit gehabt, daraus einen zwingenden Ausschlussgrund zu machen. Denn sie haben bei der Umsetzung der Richtlinie die Wahl, ob sie die Ausübung dieses Ausschlussgrundes in das Ermessen der öffentlichen Auftraggeber stellen oder diese bindend hierzu verpflichten. Eine verpflichtende



Regelung würde der wachsenden Bedeutung sozialer und ökologischer Belange im Vergabeverfahren Nachdruck verleihen.⁴

Als Folge daraus würde ein Verstoß gegen umwelt-, arbeits- und sozialrechtliche Verpflichtungen als zwingender Ausschlussgrund nach § 123 GWB-E auch zur Kündigungsmöglichkeit nach § 133 Nr. 2 GWB-E führen. Diese Rechtsfolge muss unbedingt sichergestellt werden. Nur mit Hilfe von Kontrollen und Sanktionsmöglichkeiten ist es möglich, der Geltung der vergaberechtlichen Verpflichtungen zur Durchsetzung und Effektivität zu verhelfen.

5. § 127 GWB-E – Zuschlag

Es ist zu begrüßen, dass sich nach § 127 Abs. 1 S. 3 GWB-E das wirtschaftlichste Angebot, auf das der Zuschlag erteilt wird, nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis und nicht nur nach dem Preis bestimmt. Diese Regelung entspricht den Vorgaben aus Art. 67 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU.

Allerdings müssen nach Abs. 1 S. 4 soziale Kriterien bei der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses nicht zwingend, sondern können nur fakultativ berücksichtigt werden. Damit bleibt der niedrigste Preis als Kriterium weiterhin möglich. Hingegen schließt das beste Preis-Leistungsverhältnis definitionsgemäß soziale und ökologische Aspekte zwingend ein. Außerdem ermöglicht die Richtlinie 2014/24/EU in Art. 67 Abs. 2 Unterabs. 3 den Mitgliedstaaten, den öffentlichen Auftraggebern vorzuschreiben, nicht ausschließlich preis- oder kostenbezogene Merkmale zugrunde zu legen, sondern zugleich auch umweltbezogene oder soziale Kriterien zwingend zu berücksichtigen.⁵ Der DGB fordert dringend, diese von der Richtlinie eröffnete Chance zur strategischen Verwendung öffentlicher Mittel zu nutzen.

Zudem fehlt eine Umsetzung der zwingenden Vorgaben aus Art. 69 Abs. 3 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU im Gesetz. Hiernach lehnen öffentliche Auftraggeber das Angebot ab, wenn ein Auftragnehmer keine hinreichende Begründung für ein ungewöhnlich niedriges Angebot geben kann. Nach Erwägungsgrund 103 Richtlinie 2014/24/EU sollte eine Ablehnung obligatorisch sein, wenn das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen nach Art. 18 Abs. 2 nicht genügt. Mit Art. 69 Abs. 3 Unterabs. 2 wird der zentralen Norm der Richtlinie 2014/24/EU in Art. 18 zur Geltung verholfen. Die Regelung verhindert Wettbewerbsverzerrungen und Preisdumping zulasten der Beschäftigten und Unternehmen. Da allerdings § 127 GWB-E die Zuschlagskriterien regelt, ohne den zwingenden Ablehnungsgrund des ungewöhnlich niedrigen Angebots aufzuführen, ist er insoweit unionsrechtswidrig. Zur Umsetzung dieser Vorgabe aus der Vergaberichtlinie schlägt der DGB folgenden neuen Absatz 6 in § 127 GWB-E vor:

„(6) Die im Angebot vorgeschlagenen Preise oder Kosten sind vom Unternehmen zu erläutern, wenn diese im Verhältnis zu den angebotenen Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen ungewöhnlich niedrig erscheinen. Die Erläuterung erfolgt durch eine Rücksprache

⁴ So auch Glaser, S. 41.

⁵ So auch Glaser, S. 33/37.



des öffentlichen Auftraggebers mit dem Unternehmen. Das Angebot erhält den Zuschlag dann nicht, wenn die erbrachten Nachweise das niedrige Niveau des vorgeschlagenen Preises oder der vorgeschlagenen Kosten nicht plausibel erklären können.

Wird festgestellt, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen nach § 97 Abs. 3 GWB-E nicht genügt, insbesondere umwelt-, sozial und arbeitsrechtliche Vorschriften nicht eingehalten werden, ist der Zuschlag ebenso nicht zu erteilen.“

6. § 128 GWB-E – Auftragsausführung

Die Absätze 1 und Abs. 2 des § 128 GWB-E werden grundsätzlich begrüßt. Es handelt sich um die Umsetzung der Vorgaben aus Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU. Auch wenn die Gesetzesbegründung einen Hinweis auf die ILO-Kernarbeitsnormen im Gesetzestext für entbehrlich hält (S. 140), sollte ein solcher aus Klarstellungsgründen im Gesetzestext erfolgen. Dazu könnte in Absatz 1 ein Bezug auf die „**geltenden nationalen und internationalen rechtlichen Verpflichtungen**“ aufgenommen werden.

Der DGB lehnt es aber mit Nachdruck ab, dass in § 128 Abs. 1 GWB-E – anders als noch im Referentenentwurf – die Einhaltung der allermeisten nur nach TVG für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge von den Auftraggebern bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nicht mehr zur Grundlage für die Auftragsausführung gemacht werden kann. Diese wichtige Änderung wird mit keinem Wort in der Begründung erläutert und ist nicht nachvollziehbar. Im Ergebnis können von den am 1. Juli 2015 insgesamt 502 für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen die öffentlichen Auftraggeber nach der neuen Formulierung im Wesentlichen nur noch die Zahlung der 14 Branchenmindestlöhne verlangen und deren Einhaltung mit den besonderen vergaberechtlichen Kontroll- und Sanktionsmechanismen sicherstellen.

Der Ausschluss von mehr als 90% der im öffentlichen Interesse liegenden allgemeinverbindlichen Tarifverträge nach TVG schöpft den neuen europarechtlichen Handlungsspielraum bei Weitem nicht aus. Im Gegenteil: die Richtlinie 2014/24/EU sieht keine solche Einschränkung der Anwendbarkeit von Tarifverträgen vor, vgl. z.B. die Formulierung in Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU, der nur von „Tarifverträgen“ spricht. Wichtig ist europarechtlich insbesondere, dass eine stets im öffentlichen Interesse (Arbeitnehmerschutz) liegende Allgemeinverbindlicherklärung als solche vorliegt, damit sich alle Unternehmen – gleich ob im Bereich eines privaten oder eines öffentlichen Auftrags – an die gleichen Regeln halten müssen und damit keine Wettbewerbsverzerrungen entstehen. Diese Vorgaben erfüllen nach TVG für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge. Auch die Arbeitnehmerentsenderichtlinie gebietet keine andere Beurteilung: diese ist nach neuerer Rechtsprechung des EUGH nicht zwingend als abschließend aufzufassen, lässt also weitergehende Regelungen auf nationaler Ebene zum Schutz von Beschäftigten durchaus zu (Sähköalojen Ammattiliitto, EuGH 12.2.2015, C-396/13, Rn. 45).



Daneben befürchtet der DGB, dass nach der Neufassung des § 128 Abs. 1 GWB-E weitergehende landesgesetzliche Regelungen wie etwa im Tariftreue- und Vergabegesetz NRW, die der ursprünglichen Regelung im Referentenentwurf entsprechen, gefährdet werden.

Daher fordert der DGB die Rückkehr zur ursprünglichen Formulierung des Referentenentwurfs und die Aufnahme aller allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge nach TVG und AEntG in den Katalog des § 128 Abs. 1.

7. § 129 GWB-E - Zwingend zu berücksichtigende Ausführungsbedingungen

Laut Gesetzesbegründung (S. 141) soll § 129 GWB-E die bisherige Ermächtigungsklausel für die Landesgesetzgeber im § 97 Abs. 4 S. 3 GWB präzisieren. Allerdings drängen sich Zweifel auf, ob mit der neuen Norm nicht zugleich der Handlungsspielraum der Bundesländer erheblich eingeschränkt wird. Denn die bisherige Ermächtigungsklausel in § 97 Abs. 4 S. 3 GWB bot für den Landesgesetzgeber einen größeren Auslegungsspielraum als die jetzt ausdrücklich nur auf Ausführungsbedingungen bezogene Ermächtigung in § 129 GWB-E.

Hierzu fordert der DGB, dass der Handlungsspielraum der Bundesländer zur Gestaltung ihrer Landestariftreuegesetze durch § 129 GWB-E keinesfalls eingeschränkt werden darf. Es muss den Ländern weiterhin möglich bleiben, strategische Ziele in jedem Stadium des Vergabeprozesses zwingend vorzugeben. Dies sollte mindestens in der Gesetzesbegründung, wenn nicht sogar im Gesetz selbst, klargestellt werden.

8. § 130 GWB-E – Soziale und andere besondere Dienstleistungen

Mit § 130 GWB-E werden Artikel 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt, die bestimmte soziale und andere besondere Dienstleistungen erleichterten Beschaffungsregelungen unterstellen. Dazu zählen unter anderem Arbeitsmarktdienstleistungen. Der DGB begrüßt diese Vorgabe aus der Richtlinie 2014/24/EU.

Der DGB unterstützt zudem die Regelung in § 106 GWB-E i. V. m. Art. 4 Richtlinie 2014/24/EU. Danach fallen öffentliche Aufträge über soziale Dienstleistungen erst ab einem Auftragswert von 750.000 € in den Geltungsbereich dieses Gesetzes. Denn Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und im Bildungsbereich unterhalb des Schwellenwerts haben eine nur begrenzte grenzüberschreitende Dimension.

a) Besonderes Vergaberegime für soziale Dienstleistungen

§ 130 GWB-E stellt allerdings nicht sicher, dass die in den Artikeln 74 ff. Richtlinie 2014/24/EU eröffnete Flexibilität für öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen gewährleistet wird. Der Gesetzentwurf zählt zwar die einzelnen zur Verfügung stehenden Verfahrensarten auf, jedoch ohne ein eigenes vereinfachtes Vergaberegime für soziale Dienstleistungen zu schaffen. Als Verfahrensarten kommen dabei insbesondere das Verhandlungsverfahren, der wettbewerblicher Dialog und die Innovationspartnerschaft (bei Neukonzeptionen) in Betracht.



Insbesondere fehlen bislang Verfahrensregeln entsprechend den Vorgaben in Art. 76 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU, wonach die Mitgliedsstaaten sicherzustellen haben, dass die öffentlichen Auftraggeber die Grundsätze der Transparenz und der Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer einhalten. Gleichzeitig stellt die Richtlinie 2014/24/EU in Artikel 76 Abs. 2 klar, dass die Ziele des Sozialrechts nicht von der Verfahrenslogik des Vergaberechts überlagert werden dürfen, wenn sich Transparenz und Chancengerechtigkeit des Auswahlvorgangs auch anderweitig sicherstellen lassen. Der DGB fordert den Gesetzgeber auf, diese Grundsätze in das Gesetz aufzunehmen und im neuen GWB ein besonderes Vergaberegime für soziale Dienstleistungen zu schaffen.

b) Insbesondere: Qualitätswettbewerb sicherstellen

Soziale Dienstleistungen und insbesondere für Arbeitsmarktdienstleistungen zeichnen sich durch zwei konstitutive Merkmale aus:

- das Ergebnis ist immateriell,
- die Leistungserstellung geschieht unter Mitwirkung des Kunden.

Damit sind sie gekennzeichnet durch ein hohes Maß an Heterogenität und Individualität in Verbindung mit persönlichen Interaktionen. Diese Form einer Dienstleistung lässt sich nicht allein auf den Preis der Leistung reduzieren. Daher ist das Vergabeverfahren im GWB-E so zu gestalten, dass der Wettbewerb nicht alleine über den Preis, sondern insbesondere über die Qualität geführt wird. Nur so entsteht ein fairer Wettbewerb ohne Lohndumping, Outsourcing und die Umwandlung von abhängiger Beschäftigung in Honorarbeschäftigung.

Diese Grundsätze finden sich auch in den Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU. So schreibt Art. 67 Richtlinie 2014/24/EU die Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlichste und nicht nur preisgünstigste Angebot im Rahmen eines Preis-Leistungs-Verhältnisses fest. Art. 76 Absatz 2 Satz 2 konkretisiert diesen Grundsatz für soziale Dienstleistungen, wonach die Mitgliedsstaaten auch vorsehen können, dass die Auswahl der Dienstleister auf der Grundlage des Angebots mit dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis unter Berücksichtigung von Qualitäts- und Nachhaltigkeitskriterien getroffen wird.

Art. 67 Absatz 2 b Richtlinie 2014/24/EU sieht vor, dass die Qualifikation und Erfahrung des Personals als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden, wenn dies erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat. Nach Erwägungsgrund 94 der Richtlinie 2014/24/EU sollen öffentliche Auftraggeber, die davon Gebrauch machen, mit Hilfe geeigneter vertraglicher Mittel sicherstellen, dass die zur Auftragsausführung eingesetzten Mitarbeiter die angegebenen Qualitätsnormen effektiv erfüllen und nur mit Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers ersetzt werden können, wenn dieser sich davon überzeugt hat, dass das Ersatzpersonal ein gleichwertiges Qualitätsniveau hat.

§ 130 GWB-E berücksichtigt leider keine dieser Vorgaben. Es ist zu regeln, dass Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals im Vergabeverfahren gesondert zu gewichten



sind. Dabei sind Aspekte der Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität zu berücksichtigen. Der DGB fordert eine Umsetzung dieser Vorgaben für soziale Dienstleistungen im Gesetz selbst, und nicht etwa „nur“ in der Rechtsverordnung. Es muss dem Auftraggeber möglich sein, konkrete Anforderungen an die Art der Beschäftigung zu definieren. Daher schlägt der DGB folgenden neuen Absatz in § 130 GWB-E vor:

„Bei sozialen Dienstleistungen wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt. Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung sind neben dem Preis oder den Kosten die folgenden Kriterien zu berücksichtigen:

- a) Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags beauftragten Personals,*
- b) die Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität,*
- c) umweltbezogene oder soziale Aspekte.“*

Weitergehende Ausformungen o.g. Grundsätze können im Rahmen der Rechtsverordnungen berücksichtigt werden, die gleichzeitig mit diesem Gesetzentwurf vorgelegt werden sollten.

c) Rehabilitationsleistungen nach dem SGB VI

Der DGB geht davon aus, dass Leistungen der medizinischen Rehabilitation nach dem SGB VI auch weiterhin nicht dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterfallen.

Die Gesetzesbegründung spricht zwar auf S. 141 davon, dass die Zulassung von Dienstleistungserbringern im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht unter die Richtlinie 2014/24/EU fällt. Diese Klarstellung wird begrüßt. Allerdings fordert der DGB eine eindeutiger Formulierung im Gesetz, damit klargestellt wird, dass die Zulassung von Dienstleistungen im sozialrechtlichen Dreiecksverhältnis nicht unter das GWB fällt. Die Anwendung des Vergaberichts auf Rehabilitationsleistungen würde langfristig Kostenaspekten eine unangemessen hohe Bedeutung zumessen. Damit würde ein Unterbietungswettbewerb zu Lasten der Versicherten und der Qualität der Leistungserbringung eröffnet.

9. § 131 GWB-E – Vergaben im Eisenbahnbereich

a) Zum Thema Personalüberleitung (§ 131 Abs. 3)

Der DGB begrüßt, dass in dem vorgeschlagenen § 131 Abs. 3 GWB-E ausdrücklich die Möglichkeit festgehalten wird, dass der öffentliche Auftraggeber (für den Schienenpersonennahverkehr (SPNV): Aufgabenträger genannt) den neuen Betreiber verpflichten kann, das bisherige Personal zu den bisherigen Bedingungen zu übernehmen. Das ist ein Schritt in die richtige Richtung. Wir erhoffen uns von einer solchen Vorgabe, dass den berechtigten Belangen der Beschäftigten künftig bei ÖPNV- und SPNV-Vergaben verstärkt Beachtung geschenkt wird und dies zu mehr Rechtssicherheit führt.



Wir halten die vorgeschlagene Regelung jedoch aus mehreren Gründen für nicht ausreichend. Zum kann eine nur optionale Regelung („Kann-Vorschrift“) Lohn- und Sozialdumping infolge von öffentlichen Ausschreibungen von Personenverkehrsdienstleistungen nicht konsequent Einhalt gebieten. Ohne verbindliche Vorgabe steht zu befürchten, dass öffentliche Auftraggeber (Aufgabenträger) ihre bisherige Praxis nicht ändern und die „Kann-Bestimmung“ nicht anwenden werden. Obwohl die VO 1370/2007 EU bereits heute unstrittig die verbindliche Vorgabe von Lohn- und Sozialstandards ermöglicht, machen öffentliche Auftraggeber (Aufgabenträger) weit überwiegend keinen Gebrauch davon und leisten damit indirekt Lohn- und Sozialdumping Vorschub. Insbesondere bei der Verwendung öffentlicher Mittel muss das zukünftig ausgeschlossen werden. Hier steht der Bund in einer besonderen Verantwortung und sollte nach dem Vorbild anderer EU-Länder wie Dänemark, Niederlande, UK, Frankreich und Italien eine verbindliche Vorgabe („Muss-Vorschrift“) in das Vergaberecht aufnehmen. Wir schlagen daher vor, den § 131 Absatz 3 GWB wie folgt zu fassen:

„Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, müssen verlangen, dass gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu den Arbeitsbedingungen übernimmt, die diesen von dem bisherigen Betreiber gewährt wurden.“

Im Vergaberecht fehlt nach wie vor eine Pflicht zur Personalübernahme mit mindestens gleichbleibenden Arbeitsbedingungen bei der Neuvergabe von Verkehrsdienstleistungen im SPNV. Der bestehende § 613a BGB greift in den meisten Fällen nicht, weil die Betriebsmittel (Fahrzeuge) und Wartungseinrichtungen nicht vom alten an den neuen Betreiber übergeben werden. Gleichwohl besteht ein entsprechendes Schutzbedürfnis für die Beschäftigten. Es gibt keinen sachlichen Grund, aus dem der Bund im Verkehrsbereich auf die Verbindlichkeit der Schutzvorschrift verzichten sollte.

Nur eine verbindliche Vorschrift zur Personalüberleitung unter Beibehaltung der bisherigen Lohn- und Sozialstandards trägt dazu bei, die notwendige Sicherheit für die betroffenen Beschäftigten und ihre Familien zu schaffen und bei Ausschreibungen öffentlicher Verkehrsdienstleistungen einen Wettbewerb zu Lasten der Beschäftigten zu verhindern. Da die Verkehrsverträge in der Regel auf fünf bis 15 Jahre befristet sind, sind andernfalls Beschäftigte mehrmals während ihres Berufslebens von Arbeitsplatzverlust, Umzug oder Verschlechterung der Arbeitsbedingungen bedroht oder betroffen. Es ist außerdem sicherzustellen, dass die verbindliche Regelung zur Personalüberleitung nicht durch Änderungen beim Zuschnitt der Liniennetze umgangen werden kann.

Zum anderen schränkt der im Gesetzentwurf vorgesehene Verweis auf § 613a BGB die Möglichkeiten der Aufgabenträger gegenüber Art. 4 Abs. 5 VO 1370/2007 unnötig ein, bei der Vergabe Regelungen zum Schutz der beim bisherigen Betreiber Beschäftigten vorzusehen. Die dort angesprochene Richtlinie 2001/23/EG sieht keine zeitliche Einschränkung für die Fortgeltung der bisherigen Beschäftigungsbedingungen vor, sondern ermöglicht dem nationalen Gesetzgeber lediglich, diese zeitliche Dauer einzuschränken. Der deutsche Gesetzgeber



hat bei der Umsetzung von Artikel 3 Ziffer 3 der Richtlinie 2001/23/EG in deutsches Recht den gegebenen Spielraum sehr restriktiv zu Lasten der Beschäftigten genutzt, indem gemäß § 613a BGB der Fortbestand der bisherigen Beschäftigungsbedingungen nur für maximal ein Jahr vorgeschrieben werden darf.

Eine Beschränkung der Schutzfrist auf ein Jahr bietet bei mehrjährigen Verkehrsverträgen keinen ausreichenden Schutz gegen Wettbewerb zu Lasten der Beschäftigten. Nach Ablauf eines Jahres sind Änderungen der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen möglich, die die Beschäftigten schlechter stellen als während des vorherigen Verkehrsvertrages. Wir schlagen daher vor, wie noch im Referentenentwurf von einer zusätzlichen zeitlichen Einschränkung der Schutzfrist bei Betreiberwechsel abzusehen (Verzicht auf den Verweis auf § 613a BGB).

b) Zu den Vergabeverfahren (§ 131 Abs. 1 und 2 GWB-E)

Der DGB begrüßt es, dass die interne Vergabe für den SPNV ausdrücklich vorgesehen und der Spielraum der VO 1370/2007 ausgeschöpft wird. Es sollten aber auch die Möglichkeiten der Direktvergabe, die in der VO 1370/2007 vorgesehen sind, in vollem Umfang in das deutsche Vergaberecht übernommen werden. Dadurch erhalten öffentliche Auftraggeber zusätzliche Optionen, um auf besondere Situationen (z.B. spezifische technische Bedingungen bei der Infrastruktur, Übergangsphasen durch die Neustrukturierung der Vergabenetze, durch Elektrifizierung oder andere Änderungen an der Infrastruktur) reagieren zu können.

10. § 131 a GWB-E – Vergaben im ÖPNV gemäß § 1 PBefG

Ebenso wie im Schienenpersonennahverkehr der Eisenbahnen sind auch Beschäftigte im öffentlichen Personennahverkehr mit Bussen, Straßen- und Untergrundbahnen (ÖPNV) in der Aufgabenträgerschaft der Städte und Kommunen von wettbewerblichen Vergaben und Betreiberwechseln betroffen. Verkehrsverträge im wettbewerblichen Vergabeverfahren im ÖPNV sind in der Regel auf 8 Jahre befristet. Beschäftigte sollten dringend davor geschützt werden, nach dieser kurzen Zeit dem Verlust des Arbeitsplatzes oder der Verschlechterung ihrer Arbeitsbedingungen ausgesetzt zu sein. Ansonsten können Unternehmen mit guten Arbeits- und Entlohnungsbedingungen vom Markt verdrängt werden. Deshalb sollte auch für Beschäftigte des Personenverkehrs auf der Straße in einem neu einzufügenden § 131 a eine entsprechende Schutzvorschrift in das GWB aufgenommen werden. Dies folgt auch aus der VO 1370/2007/EG, die in Artikel 4 Abs. 5 gerade nicht zwischen Verkehrsdienstleistungen auf der Schiene und der Straße unterscheidet:

„§ 131 a - § 131 Abs. 2 und 3 gilt für öffentliche Aufträge über gemeinwirtschaftliche Personenverkehrsleistungen auf der Straße nach § 8 a und § 8 b Personenbeförderungsgesetz (PBefG) entsprechend.“

10. Subunternehmervergabe

Leider enthält der Gesetzesentwurf keinerlei Regelungen zu Fragen der Subunternehmervergabe und erfüllt daher nicht die Anforderungen aus der Richtlinie 2014/24/EU.



Die Gefahr der Umgehung von in der Vergabe aufgestellten Standards ist groß. Sie besteht regelmäßig in der Einschaltung von Unterauftragnehmern. Erwägungsgrund 105 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU greift die Umgehungsgefahr bei der Einschaltung von Unterauftragnehmern auf. Hier heißt es: „Es ist wichtig, die Einhaltung der geltenden Anforderungen des Unionrechts, der nationalen Rechtsvorschriften und der Tarifverträge auf dem Gebiet des Umwelt-, Sozial- und Arbeitsrechts oder der in dieser Richtlinie aufgeführten internationalen Vorschriften (...) durch Unterauftragnehmer mittels geeigneter Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden (...) im Rahmen ihrer Zuständigkeit und Befugnisse sicherzustellen.“ Die Richtlinie 2014/24/EU ordnet daher zusätzlich in Art. 71 Abs. 1 unmissverständlich an, dass die Einhaltung der in Art. 18 Abs. 2 genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer durch geeignete Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden gewährleistet wird.

Der DGB fordert dringend eine Umsetzung von Art. 71 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU auf Gesetzesebene. Der Gesetzgeber muss sicherstellen, dass alle Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die internationalen Vorschriften festgelegt sind. Dies muss sich auch auf die Unterauftragnehmer erstrecken. So wird in der juristischen Literatur betont, dass die Bindung an die ILO-Kernarbeitsnormen und die Erstreckung aller umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Pflichten auf sämtliche Unterauftragnehmer ausdrücklich zu regeln ist.⁶

Insbesondere sollte der Auftragnehmer stets verpflichtet werden, eine schriftliche Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers zur Übertragung der Leistung oder von Leistungsteilen an Nachunternehmer einzuholen. Die Zustimmung ist nur dann zu erteilen, wenn sich die vorgesehenen Nachunternehmer verpflichten, sämtliche Vergabeanforderungen (insbesondere die Einhaltung der Tariftreuepflicht) und Auflagen, die der Hauptauftragnehmer zu erfüllen hat, gleichermaßen zu übernehmen. Dies setzt die Pflicht des Auftragnehmers voraus, den Anteil der Leistungen, die er durch Untervergaben nicht im eigenen Betrieb erledigen möchte, dem Auftraggeber unter Benennung der Unterauftragnehmer anzugeben. Diese Pflichten müssen alle Stufen in der Kette der Unterauftragsvergabe umfassen. Vor diesem Hintergrund sollte § 128 GWB-E um folgende zwei Absätze ergänzt werden, da es bei Subunternehmervergaben um Fragen der Auftragsausführung geht:

„(2) Bei der Ausführung von Bau- und Dienstleistungen haben die Unternehmen spätestens zu Beginn der Auftragsausführung ein Verzeichnis der Nachunternehmer vorzulegen, aus dem sich die Namen, die Kontaktdaten und die gesetzlichen Vertreter ihrer Unterauftragnehmer, die an diesen Bau- oder Dienstleistungen beteiligt sind, ergeben. Unternehmen dürfen Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber spätestens zum Zeitpunkt des Beginns der Auftragsausführung im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Satz 1 und Satz 2 gelten entsprechend für jeden weiteren Nachunternehmer und bei einem Wechsel des Nachunternehmers.“

⁶ Glaser S. 76.



(3) Unternehmen haben dafür zu sorgen, dass jedes von ihnen eingesetzte Nachunternehmen die Verpflichtungen nach Absatz 1 gleichermaßen erfüllt.“

Weitere Detailregelungen bleiben den Rechtsverordnungen vorbehalten.

11. Kontrollen und Sanktionierung von Verstößen

Der Gesetzentwurf sieht zwar die Berücksichtigung der „strategischen Ziele“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe grundsätzlich vor, trifft aber – abgesehen von § 133 GWB-E – keine Regelungen zur Kontrolle und Sanktionierung von Verstößen gegen die o.g. Pflichten.

Ohne das aktive Handeln der öffentlichen Vergabestellen im Sinne einer effektiven Kontrolle und Sanktionierung würde die von den europäischen Vergaberichtlinien geforderte Umsetzung strategischer Ziele nur rein deklaratorisch bleiben. Alle Vergabestellen und Auftragnehmer öffentlicher Aufträge müssen deutlich dazu verpflichtet werden, die strategischen Ziele auch umzusetzen, da nur so nachhaltig die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Erhaltung von guten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards und der Schutz des geltenden Tarifvertragssystems gewährleistet werden kann.

Zumindest für den Kernbereich der Gewährleistung der zwingenden gesetzlichen und tarifvertraglichen Mindestarbeitsbedingungen sollte das vergaberechtliche Kontroll- und Sanktionsinstrumentarium einschließlich der zivilrechtlichen Möglichkeiten (insbesondere Vertragsstrafe, Kündigungsmöglichkeiten bei Verstoß gegen § 128 GWB-E) voll ausgenutzt werden. Dies umso mehr, als die Kontroll- und Sanktionskapazitäten der allgemein zuständigen, personell nicht ausreichend ausgestatteten Finanzkontrolle Schwarzarbeit spätestens mit Einführung des gesetzlichen Mindestlohns an ihre Grenzen gelangt sind.

Daher fordert der DGB die Einführung eines Rechts und einer Pflicht der öffentlichen Auftraggeber oder ggf. entsprechender ausreichend personalisierter zentraler Prüfstellen zur Durchführung von Kontrollen, die Festlegung des Kontrollumfangs sowie die Regelung der Informations- und Nachweispflichten durch die Auftragnehmer. Gleichzeitig sollte das vergaberechtliche Instrumentarium zur Sanktionierung von Pflichtverstößen durch die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer (v.a. Vertragsstrafen, fristlose Kündigung) bundeseinheitlich geregelt werden, ohne darüber hinausgehende Regelungen der Länder zu gefährden. Daher sollte ein neuer § 128 a GWB-E (Kontrolle und Sanktionen) eingeführt werden:

„(1) Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, wirksame Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der in § 128 vorgesehenen Auflagen und Pflichten zu überprüfen.

(2) Um die Einhaltung der aus § 128 resultierenden Verpflichtungen der Unternehmen zu sichern, sind die Unternehmen zu verpflichten, für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 v.H., bei mehreren Verstößen zusammen bis zur Höhe von 5 v.H. der Auftragssumme zu vereinbaren. Der Unternehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch ein von ihm



eingesetztes Nachunternehmen oder ein von diesem eingesetztes Nachunternehmen begangen wird.

(3) Die Auftraggeber haben vertraglich zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus § 128 resultierenden Anforderungen durch die Unternehmen oder die Nachunternehmen zur fristlosen Kündigung des Auftrags berechtigt.“

12. § 149 Nr. 9 - Ausnahmen von Konzessionsvergaben im Bereich Wasser

Der DGB begrüßt es, dass wichtige Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge wie die Wasserversorgung von der Anwendung des GWB ausgenommen wurden und so von einer stärkeren Liberalisierung verschont bleiben. Die Herausnahme dieses Bereichs aus der zugrundeliegenden EU-Dienstleistungskonzessionsrichtlinie ist auch auf den unermüdlichen Einsatz der Europäischen Bürgerinitiative „Wasser ist ein Menschenrecht“ zurückzuführen.

Umso wichtiger ist es, genau zu beobachten, wie die EU-Kommission mit der Revisionsklausel umgeht, damit der Wassersektor nicht durch die Hintertür erneut unter Liberalisierungsdruck gerät. Nach Artikel 53 der Richtlinie 2014/23/EU sollen im Jahr 2019 die wirtschaftlichen Auswirkungen der Ausschlüsse im Bereich Wasser auf den europäischen Binnenmarkt überprüft werden. Die EU-Kommission bereitet schon jetzt die Evaluierung der Ausnahme für den Wassersektor aus dem Geltungsbereich der Konzessionsrichtlinie vor. Diese Evaluierung gilt es sorgsam zu beobachten.

III. Fazit

Dieser Gesetzentwurf ist im Ergebnis eine nur unzureichende – und damit teilweise unionsrechtswidrige - Umsetzung der zugrunde liegenden Vergaberichtlinie 2014/24/EU, vor allem bezogen auf die verpflichtenden Regelungen zu den sozialen Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe und bezogen auf die fehlenden Regelungen zur Subunternehmervergabe und zu den Kontrollen und Sanktionen. Die neuen Handlungsspielräume der Vergaberichtlinien für ein aus sozialpolitischer Sicht strategisch eingesetztes Vergaberecht werden nicht ausgeschöpft.

Anders als im Eckpunktepapier des Kabinetts vom 7. Januar 2015 angekündigt, handelt es sich daher nicht um eine 1:1 Umsetzung der Vergaberichtlinien. Im Ergebnis wird Deutschland damit innerhalb Europas nicht zur Vorreiterin für die Umsetzung der Ziele der Strategie „Europa 2020“ für ein intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum.

Der DGB erwartet eine Korrektur des Entwurfs entsprechend der o.g. Maßstäbe. Nur so bleibt die Bezugnahme auf die sozialen Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe nicht nur ein rein deklaratorisches Lippenbekenntnis.