

**Deutscher
Gewerkschaftsbund**

Bundesvorstand

Abteilung
Wirtschafts-, Finanz- und Steuerpolitik

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB)

zum Vorschlag der EU-Kommission für zwei neue EU-Richtlinien zur öffentlichen Auftragsvergabe (896/2 und 895)

Berlin, 05.06.2012



Herausgeber:
DGB-Bundesvorstand
Abteilung Wirtschafts-,
Finanz- und Steuerpolitik

Verantwortlich:
Claus Matecki

Henriette-Herz-Platz 2
10178 Berlin

Fragen an:
Ghazaleh Nassibi
Tel.: 0 30/2 40 60-238
Fax: 0 30/2 40 60-218
E-Mail: ghazaleh.nassibi@dgb.de

1. Hintergrund

Die EU-Kommission hat am 20.12.2011 ein neues Richtlinienpaket zur öffentlichen Auftragsvergabe und Dienstleistungskonzessionen vorgelegt, das aus drei Einzelrichtlinien besteht:

- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe - KOM (2011) 896/2,
- Sektorenrichtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste - KOM (2011) 895 und
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe - KOM (2011) 897.

Vorliegende Stellungnahme beschäftigt sich nur mit den zwei Richtlinienentwürfen zur Auftragsvergabe, zur Konzessionsrichtlinie erfolgt eine gesonderte Stellungnahme.

Vornweg kritisiert der DGB, dass keine umfassende Konsultation der europäischen Sozialpartner durchgeführt wurde, wir verweisen dabei auf Art. 154, insbesondere in Verbindung mit Art. 152 AEUV. Zudem wurde eine ausreichende Abschätzung der sozialen Folgen nicht durchgeführt und in die Debatte eingebracht, dies ist mit Blick Art. 9 AEUV nachdrücklich zu kritisieren.

Die Richtlinienentwürfe der EU-Kommission sind im Rahmen der Strategie „Europa 2020“ zu betrachten. Die EU-Kommission verfolgt dabei nach eigenen Angaben folgende Ziele: Steigerung der Effizienz der öffentlichen Ausgaben, Flexibilisierung der Vergaberegeln, Erleichterung der Teilnahme kleiner und mittlerer Unternehmen an öffentlichen Vergabeverfahren und Schaffung der Möglichkeit, die öffentliche Auftragsvergabe zur Unterstützung gesellschaftlicher Ziele zu nutzen, Gewährleistung von mehr Rechtssicherheit.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften bezweifeln aber, dass die Richtlinienentwürfe die Effizienz oder Rechtssicherheit ausreichend erhöhen, geschweige denn überhaupt die strategische Nutzung der öffentlichen Auftragsvergabe für gesellschaftliche Ziele bezwecken.

Denn die Entwürfe setzen vielmehr ein klares Signal für eine Fortsetzung der bisherigen wettbewerbsfixierten Wirtschaftspolitik der EU auf Basis der Prinzipien der EU-Binnenmarktfreiheiten. Sie verbessern nur die Rahmenbedingungen und beseitigen Hindernisse für bietende Unternehmen. Sie kümmern sich aber nicht um soziale Korrekturen der Marktkräfte, wozu der Lissabon-Vertrag aber verpflichtet. Sie tragen den Verpflichtungen, die sich aus der Grundrechtecharta ergeben, nicht ausreichend Rechnung. Alle Bestrebungen, als Konsequenz aus der aktuellen Finanz- und Wirtschaftskrise das europäische Sozialstaatsmodell durch eine stärkere Rolle des Staates besser zu wappnen, werden verhindert. Der grundsätzliche Vorrang des Marktliberalismus gilt offensichtlich weiterhin, auch wenn über die öffentliche Beschaffung von Waren und Dienstleistungen auch soziale und ökologische Ziele verfolgt werden können. Insbesondere die Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien und tarifpolitischer Standards in der öffentlichen Auftragsvergabe wird erschwert, indem auf die Logik der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den Fällen Rüffert etc. zurückgegriffen wird. Für die Glaubwürdigkeit des europäischen Integrationsprozesses ist es aber von fundamentaler Bedeutung, dass gerade Initiativen der EU-Kommission mit Bezug auf das unmittelbare Handeln des Staates die unmittelbaren Lebensverhältnisse der europäischen BürgerInnen wirklich verbessern – und nicht weiterhin nur auf langfristig vermeintlich positive Wirkungen verschärften Wettbewerbs vertrösten.

Dabei wäre die öffentliche Auftragsvergabe eigentlich wie geschaffen dafür, die ordnende Rolle des Staates für eine Politik des sozialen Fortschritts und der sozialen und ökologischen Weiterentwicklung des europäischen Projekts zu nutzen, d.h. für Vollbeschäftigung, Verringerung der Einkommensunterschiede, Stärkung des Sozialstaates, Abschaffung prekärer Arbeitsverhältnisse, Ausweitung der Arbeitnehmerrechte und der Mitbestimmung.

Der DGB fordert die Kommission auf, die aktuelle Reform für einen Strategiewechsel hin zu einem solchen qualitativen Wachstum zu nutzen. Eine nachhaltige soziale Marktwirtschaft, wie sie im Lissabon-Vertrag verankert ist, sollte den sozialen Zusammenhalt innerhalb und zwischen den Mitgliedstaaten fördern. Die öffentliche Auftragsvergabe muss dazu genutzt werden,

bestehende Ungleichheit abzubauen, ökologische Anreize zu setzen und so Eckpfeiler für zukunftsfähiges Wirtschaften in Europa zu setzen. Dabei geht es insbesondere um „Gute Arbeit“ im öffentlichen Auftrag, um Tariftreue und die Durchsetzung des Prinzips gleicher Löhne für gleiche Arbeit, um die Einhaltung und Kontrolle von sozialen und ökologischen Standards, um die Sicherung der öffentlichen Daseinsvorsorge und um sinnvolle Investitionen in eine zukunftsfähige öffentliche Infrastruktur.

2. Zentrale Probleme der Richtlinienentwürfe 896/2 und 895

- Eine Berücksichtigung sozialer und tariflicher Standards in der öffentlichen Auftragsvergabe ist nicht verpflichtend. Noch schlimmer: Der Richtlinienentwurf ist darauf ausgerichtet, heute noch bestehende Möglichkeiten für Tariftreue zu unterminieren. Das ist inakzeptabel.
- Anstatt die Vorgabe sozialer Normen – insbesondere zur Tariftreue – zu erschweren, sollte die EU-Kommission dafür sorgen, dass die öffentlichen Auftraggeber verpflichtend die Einhaltung der Arbeits- und Entlohnungsbedingungen vorgeben können, die im gleichen Gebiet für gleichartige Arbeit herrschen und insbesondere durch repräsentative Tarifverträge festgelegt sind. Bei den tariflichen Entlohnungsbedingungen sollte das gesamte Tarifgitter zur Anwendung kommen können. Denn die Arbeits- und Lebensbedingungen der Beschäftigten, Qualifikation, Gesundheitsbedingungen und Arbeitsplatzsicherheit sind Faktoren für Qualität und Sicherheit im öffentlichen Auftragswesen.
- Das Zuschlagskriterium des günstigsten Preises wird in den Richtlinienentwürfen gleichberechtigt neben dem des wirtschaftlich günstigsten Angebots zugelassen. Das Kriterium des günstigsten Preises ist als einziges Kriterium aber völlig unzureichend für eine sachgerechte und qualitätsorientierte Auftragsvergabe. Denn es führt zu Preiswettbewerb auf Kosten der Löhne, Arbeitsbedingungen und Umweltstandards.
- Das ILO-Übereinkommen Nr. 94 zur öffentlichen Auftragsvergabe wird nicht berücksichtigt, obwohl dieses Übereinkommen derzeit in 10 EU-Mitgliedstaaten verbindlich ist. Das Übereinkommen Nr. 94 schreibt die Einhaltung der vor Ort üblichen Lohn- und Arbeitsbedingungen vor und setzt damit das Prinzip gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort durch. Statt das EU-Recht an die Vorgaben des Übereinkommens anzugleichen, versucht die EU-Kommission, diese Prinzipien außer Kraft zu setzen.
- Die Beschränkung der Berücksichtigung sozialer Kriterien auf den Auftragsgegenstand während der Auftragsausführung (vgl. Erwägungsgrund 43 des Entwurfs KOM (2011) 896/2) verkleinert entgegen den bisherigen Regelungen in Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG den staatlichen Handlungsspielraum für die Berücksichtigung sozialer Kriterien. Diese Verschlechterung des Status quo ist nicht hinnehmbar.
- Ein Verstoß gegen nationales Arbeits- und Sozialrecht durch die Auftragnehmer soll nach dem Richtlinien-Entwurf 896/2 nur dann zu einem Ausschluss vom Vergabeverfahren führen, wenn die entsprechenden Vorschriften mit dem Unionsrecht vereinbar sind (vgl. Erwägungsgrund 44). Vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) zu Laval, Viking, Ruffert und Luxemburg führt dies aber dazu, dass das nationale Recht ausgehebelt wird. Dies ist eindeutig abzulehnen.
- In den Richtlinienentwürfen werden nur das europäische Recht und nicht auch das nationale Tarifvertrags- und Arbeitsrecht in Bezug genommen. Dadurch entsteht der Eindruck, dass das nationale Recht zugunsten der europäischen Binnenmarktsfreiheiten zurückgedrängt werden soll. Dies zeigt sich auch an der ersatzlosen Streichung des Art. 27 RL 2004/18/EG, mit dem bisher bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen von Bietern der Nachweis verlangt werden konnte, dass bei der Ausarbeitung des Angebots den örtlichen Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen worden ist. Diese Streichung wird auf den massiven Widerstand der deutschen Gewerkschaften stoßen.

- Der DGB kritisiert, dass die bisherige Unterscheidung zwischen A- und B-Dienstleistungen aufgegeben werden soll. Danach wären die B-Dienstleistungen, wozu auch das Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen sowie das Unterrichtswesen und die Berufsausbildung zählte, von weiten Teilen des Anwendungsbereichs der Vergaberichtlinien ausgenommen (Anh. II Teil B RL 2004/18/EG). Jetzt sollen die Richtlinien auf Dienstleistungen im Sozial- und Gesundheitswesen und administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich grundsätzlich anwendbar sein. Dadurch werden diese Bereiche – die keine am Markt handelbaren Wirtschaftsbereiche darstellen – bei Übertretung bestimmter Schwellenwerte dem europäischen Wettbewerb geöffnet. Auch hier wird deutlich, dass die EU-Kommission unverdrossen die Politik der Deregulierung und Liberalisierung fortzusetzen gedenkt, die in die anhaltende europäische Wirtschaftskrise geführt hat.
- Die Richtlinienentwürfe nehmen an keiner Stelle Bezug auf die Stärkung der öffentlichen Daseinsvorsorge in Art. 14 AEUV und Art. 36 Grundrechtecharta. Stattdessen wird in Erwägungsgrund 1 des Entwurfs 896/2 bzw. Erwägungsgrund 2 des Entwurfs 895 auf die Öffnung des öffentlichen Auftragswesens für den Wettbewerb orientiert. Notwendig ist aber ein legislativer Rahmen, der bei der öffentlichen Daseinsvorsorge auf eine hohe Qualität, breite Nutzungsmöglichkeiten und den weiten Entscheidungsspielraum der politischen Entscheidungsgremien orientiert ist, statt diesen Bereich dem Wettbewerb zu öffnen und auf Kostensenkung auszurichten.

3. Im Einzelnen: Der Richtlinienentwurf über die öffentliche Auftragsvergabe 896/2

a) Herabsetzung der Schwellenwerte

Art. 4 Entwurf 896/2

- 5 000 000 EUR bei öffentlichen Bauaufträgen (vorher Art. 7 RL 2004/18/EG: 6 242 000 EUR)
 - 130 000 EUR bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von zentralen Regierungsbehörden vergeben werden, und bei von diesen Behörden ausgerichteten Wettbewerben (vorher Art. 7 RL 2004/18/EG: 162 000 EUR)
 - 200 000 EUR bei öffentlichen Liefer- und Dienstleistungsaufträgen, die von subzentralen öffentlichen Auftraggebern vergeben werden, und bei von diesen Behörden ausgerichteten Wettbewerben (vorher Art. 7 RL 2004/18/EG: 249 000 EUR)

- Damit sind insgesamt mehr Auftragsvergaben vom EU-Vergaberecht erfasst und müssen europaweit ausgeschrieben werden, selbst wenn kein grenzüberschreitender Bezug des Auftrags vorhanden ist.

b) Technische Spezifikationen

Art. 40 III Entwurf 896/2:

Unbeschadet zwingender nationaler Vorschriften, die mit dem Unionsrecht vereinbar sind, sind die technischen Spezifikationen auf eine der nachfolgend genannten Arten zu formulieren:
 (a) *in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen, **einschließlich Umweltmerkmale**, sofern die Parameter hinreichend genau sind, um den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand zu vermitteln und dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags zu ermöglichen; [...]*

- Der DGB kritisiert, dass - wie schon in der alten Richtlinie (Art. 23 III RL 2004/18/EG) - auch in Art. 40 III des neuen Entwurfs neben den Umweltkriterien keine weiteren sozialen Kriterien wie Arbeitsbedingungen, ILO-Übereinkommen, Tarifstandards als mögliche technische Spezifikation erwähnt werden. Es geht vielmehr neben den Umweltmerkmalen nur um Vorgaben zur technischen Beschaffenheit. Dies muss geändert werden. Soziale Anforderungen wie etwa die Einhaltung der vor Ort geltenden gesetzlichen oder tariflichen Löhne und Mindestlöhne müssen in den technischen Spezifikationen aber berücksichtigt werden.

- Auch Kriterien, die auf den Prozess der Erstellung eines Produkts bzw. einer Dienstleistung abgestellt sind, sollten in den technischen Spezifikationen enthalten sein. So könnten z.B. Vorgaben gemacht werden, dass bei der Erstellung von Kleidung die Kernarbeitsnormen der ILO beachtet werden müssen.
- Erwägungsgrund 27 verlangt zudem, dass die technischen Spezifikationen es erlauben sollen, das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb zu öffnen. Dies lehnt der DGB aus den bereits oben benannten Gründen ab.

c) Auftragsvergabe

Art. 54 II Entwurf 896/2:

*Die öffentlichen Auftraggeber **können** entscheiden, einen Auftrag nicht an einen Bieter mit dem besten Angebot zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass der Bieter zumindest nicht in angemessener Weise den Anforderungen der Unionsrechtsvorschriften **auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts bzw. der in Anhang XI¹ genannten internationalen Sozial- und Umweltrechtsvorschriften** genügt. [...]*

- Es ist zwar zu begrüßen, dass die Auftraggeber selbst entscheiden können, einen Auftrag nicht an den besten Bieter zu vergeben, wenn sie festgestellt haben, dass diese Bieter EU-Vorschriften auf dem Gebiet des Arbeits-, Sozial- und Umweltrechts nicht genügen.
- Allerdings ist es völlig unzureichend, dass diese Regelung nur freiwillig ausgestaltet ist und keine Bezugnahme auf die nationalen Rechtsvorschriften zum Sozial-, Arbeits- und Umweltrecht erfolgt. Aus unserer Sicht muss ein erkennbarer Verstoß der Bieter gegen die entsprechenden europäischen und nationalen Vorschriften stets zur Nichtberücksichtigung eines Angebots bei der öffentlichen Auftragserteilung führen, da Rechtsverstöße in der Regel auch die Angebotspreise beeinflussen und somit die gesetzeskonform operierenden Mitbieter strukturell benachteiligt werden, wenn ein auf Rechtsverstößen beruhendes Angebot überhaupt als mögliches „bestes Angebot“ angesehen werden kann.
- Auch fehlt im Anhang XI das ILO Übereinkommen Nr. 94 zur öffentlichen Auftragsvergabe. Erwägungsgrund 43 der RL KOM (2011) 896/2 erwähnt im Zusammenhang mit Bedingungen bei der Auftragsausführung zwar die ILO Kernarbeitsnormen, aber nicht die ILO Konvention Nr. 94.
- Dabei hat die Internationale Arbeitsorganisation 1949 das „Übereinkommen über Arbeitsklauseln in von Behörden abgeschlossenen Verträgen“ beschlossen, das am 20. September 1952 in Kraft trat und von derzeit 10 EU-Mitgliedsstaaten ratifiziert worden ist.² Es bestimmt in Artikel 2: „Die Verträge ... müssen Klauseln enthalten, die den beteiligten Arbeitnehmern Löhne [...] und sonstige Arbeitsbedingungen gewährleisten, die nicht weniger günstig sind als die Bedingungen, die im gleichen Gebiet für gleichartige Arbeit in dem betreffenden Beruf oder in der betreffenden Industrie gelten auf Grund a) eines Gesamtarbeitsvertrages (...) c) der innerstaatlichen Gesetzgebung.“
- Die Nichtberücksichtigung dieses Übereinkommens steht in Widerspruch zur Entschließung des Europäischen Parlaments (EP) vom 18.5.2010 zum öffentlichen Auftragswesen. Das EP meint, dass gemäß Übereinkommen Nr. 94 öf-

¹ Anhang XI: Übereinkommen Nr. 87 (Vereinigungsfreiheit), Nr. 98 (Vereinigungsrechte und Kollektivverhandlungen), Nr. 29 (Zwangs- oder Pflichtarbeit), Nr. 105 (Abschaffung der Zwangsarbeit); Nr. 138 (Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung), Nr. 111 (Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf); Nr. 100 (Entgeltgleichheit); Nr. 182 (Verbot der Kinderarbeit); Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht; Basler Übereinkommen über die Kontrolle der grenzüberschreitenden Verbringung gefährlicher Abfälle und ihrer Entsorgung; Stockholmer Übereinkommen über persistente organische Schadstoffe; UNEP/FAO-Übereinkommen vom 10.9.1998 über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennzeichnung für bestimmte gefährliche Chemikalien sowie Pflanzenschutz- und Schädlingsbekämpfungsmittel im internationalen Handel (PIC Übereinkommen)

² Belgien, Niederlande, Bulgarien, Dänemark, Österreich, Finnland, Frankreich, Großbritannien, Italien und Spanien.

fentliche Aufträge Klauseln enthalten müssen, die eine angemessene Entlohnung sowie Arbeitsbedingungen gewährleisten, die nicht schlechter sind als die Bedingungen, die z.B. aufgrund eines TV gelten.³ Auch die Entschließung des EP vom 25.10.2011 fordert eine Regelung in den Vergaberichtlinien, wonach diese kein Land an der Einhaltung der ILO-Konvention Nr. 94 hindern; zudem fordert das EP die EU-Kommission auf, alle Mitgliedstaaten zur Einhaltung des Übereinkommens anzuhalten.⁴

d) Auswahlkriterien

Art. 56 Entwurf 896/2:

1. Die öffentlichen Auftraggeber können Teilnahmebedingungen festlegen, die Folgendes betreffen:

- (a) Befähigung zur Berufsausübung;
- (b) wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit;
- (c) technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Sie sind nicht verpflichtet, sämtliche in den Absätzen 2, 3 und 4 genannten Bedingungen vorzuschreiben; allerdings können sie **keine weiteren Anforderungen als die dort genannten fest-schreiben**.

Die öffentlichen Auftraggeber beschränken die Teilnahmebedingungen auf jene, die zweckmäßig sind, um sicherzustellen, dass ein Bewerber oder Bieter über die juristischen und finanziellen Kapazitäten sowie die kommerziellen und technischen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt. Alle Anforderungen müssen **mit dem Vertragsgegenstand im Zusammenhang und mit diesem in einem absolut angemessenen Verhältnis stehen und der Notwendigkeit, einen echten Wettbewerb zu gewährleisten, Rechnung tragen**. [...]

- ➔ Die Auswahlkriterien ermöglichen öffentlichen Auftraggebern, die technischen und professionellen Fähigkeiten der Anbieter zu berücksichtigen. Dazu zählen nach Abs. 4 ggf. unter anderen „die erforderlichen humanen und technischen Ressourcen sowie Erfahrungen mit der Ausführung des Auftrags zu einem angemessenen qualitativen Standard“ sowie „Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Erfahrung und Zuverlässigkeit“. Hierunter können Vorschriften des betrieblichen Arbeitsschutzes fallen, was grundsätzlich zu begrüßen ist.
- ➔ Die Richtlinie verbietet es aber explizit, dass der öffentliche Auftraggeber zusätzliche soziale und ökologische Kriterien - wie z.B. die Einhaltung der geltenden Tarifverträge oder anderer Nachhaltigkeitskriterien - als Auswahlkriterium hinzufügen darf. Der DGB lehnt diese Einschränkung ab. Zur Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit von Bietern gehört auch die zwingende Einhaltung von international anerkannten Arbeits- und Sozialstandards und von Tarifverträgen. Die Tariftreue ist ein wesentliches sozialpolitisches Standbein des Vergaberechts.
- ➔ Hier wird deutlich, dass die EU-Kommission vor allem die Vereinfachung der Verfahren verfolgt – Deregulierung im Sinne der Unternehmen. Bei der öffentlichen Auftragsvergabe fordert der DGB eine andere Prioritätensetzung für eine gemeinwohlorientierte Ausführung von Aufgaben der öffentlichen Daseinsvorsorge.
- ➔ Der DGB kritisiert auch, dass die Regelungen nur fakultativ sind. Der geforderte Zusammenhang mit dem Vertragsgegenstand darf zudem nicht dazu führen, dass dieser als pauschale Ablehnungsformel gegen soziale und ökologische Standards verwendet wird.
- ➔ Die genannten Eignungskriterien müssen verpflichtend sein, um Lohn- und Sozialdumping von vornherein auszuschließen und um Schaden von der öffentlichen Hand fernzuhalten, der durch unprofessionelle Ausführung

³ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2010-0173+0+DOC+XML+V0//DE>, Erwägung H.

⁴ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2011-0454+0+DOC+XML+V0//DE>, Erwägung C. 3.

entstehen kann. Vor diesem Hintergrund ist es abwegig, die Formulierung von Teilnahmebedingungen einzuschränken mit der Auflage, einen „echten Wettbewerb“ gewährleisten zu müssen. „Echter“ Wettbewerb beginnt für Gewerkschaften erst, wenn Qualitätsstandards nachgewiesen und würdige und faire Arbeits- und Lohnbedingungen erfüllt werden. Diese Wettbewerbsklausel dient aber dazu, dem billigsten Angebot den Zugang zum Vergabeverfahren zu ermöglichen. Wettbewerb um jeden Preis lehnen wir allerdings strikt ab.

e) Ausschlussgründe

*Art. 55 II Entwurf 896/2 (Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen):
Jeder Wirtschaftsteilnehmer **ist** von der Teilnahme an einem Auftrag **ausgeschlossen**, wenn ein öffentlicher Auftraggeber Kenntnis von einer endgültigen und rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung erlangt, derzufolge der Teilnehmer der Entrichtung seiner **Steuern oder Sozialversicherungsbeiträge** gemäß den Rechtsvorschriften des Landes seiner Niederlassung bzw. des Mitgliedstaats des öffentlichen Auftraggebers nicht nachgekommen ist.*

- Eine Verurteilung wegen Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen war in der alten Richtlinie (Art. 45 I RL 2004/18/EG) im Gegensatz zum neuen Art. 55 II bisher kein zwingendes Ausschlusskriterium. Art. 45 II RL 2004/18/EG sah bisher nur einen fakultativen Ausschluss bei Verurteilung wegen Hinterziehung von Sozialversicherungsbeiträgen vor. Diese Änderung ist zu begrüßen.

*Art. 55 III Entwurf 896/2 (Verstoß gegen Arbeits-, Sozial- und Umweltrecht):
Ein öffentlicher Auftraggeber **kann** jeden Wirtschaftsteilnehmer von der Teilnahme an einem öffentlichen Auftrag **ausschließen**, sofern eine der nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt ist:
a) wenn er Kenntnis von einem **Verstoß gegen die Unionsrechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts bzw. der in Anhang XI genannten internationalen Sozial- und Umweltrechtsvorschriften hat**. [...]
c) wenn der öffentliche Auftraggeber mit jeglichen Mitteln nachweisen kann, dass der Wirtschaftsteilnehmer eine **sonstige schwere Verfehlung** begangen hat;*

- In der alten Richtlinie findet sich keine vergleichbare Regelung, insofern ist dies ein Fortschritt.
- „Sonstige schwere Verfehlung“ umfasst nach Erwägungsgrund 44 auch die in Bezug auf Arbeitsbedingungen und Arbeitssicherheit auf nationaler und auf Unionsebene geltenden Gesetze, Regelungen und Kollektivverträge, vorausgesetzt sie sind mit dem Unionsrecht vereinbar. Die Einschränkung über die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht kann vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zu Laval, Viking, Ruffert und Luxemburg dazu führen, dass das nationale Recht ausgehebelt wird.
- Problematisch ist außerdem, dass nur ein Verstoß gegen EU-Vorschriften im Arbeits-, Sozial- und Umweltrecht erfasst wird. DGB fordert, dass ein Verstoß gegen nationales Arbeitsrecht und nationale Tarifverträge explizit als Ausschlussgrund genannt wird.
- Zudem fordert der DGB statt der nur fakultativen eine verpflichtende Regelung ebenso wie eine Bezugnahme auf ILO-Übereinkommen Nr. 94 im Anhang XI.
- Bieter aus Drittstaaten, die europäischen Firmen bei eigenen öffentlichen Vergaben keine gleichberechtigte Teilnahme erlauben und nur vermeintlich inner-europäische Bieter mit Muttergesellschaften in diesen Drittstaaten, bei deren innereuropäischer Niederlassung es sich lediglich um eine Briefkastenfirma handelt, sollten von der öffentlichen Vergabe ausgeschlossen werden.

Art. 69 Entwurf 896/2 (ungewöhnlich niedriger Preis):

1. Die öffentlichen Auftraggeber schreiben den Wirtschaftsteilnehmern vor, den berechneten Preis [...] zu erläutern, sofern alle nachfolgend genannten Bedingungen erfüllt sind:

(a) der berechnete Preis bzw. die berechneten Kosten liegen mehr als 50 % unter dem Durchschnittspreis oder den Durchschnittskosten der übrigen Angebote;

(b) der berechnete Preis bzw. die berechneten Kosten liegen mehr als 20 % unter dem Preis oder den Kosten des zweitniedrigsten Angebots;

(c) es wurden mindestens fünf Angebote eingereicht.

2. Liegt das Angebot aus anderen Gründen ungewöhnlich niedrig, können die öffentlichen Auftraggeber ebenfalls Erklärungen verlangen [...].

3. Die Erklärungen im Sinne der Abs. 1 und 2 können sich insbesondere auf Folgendes beziehen: [...]

(d) die zumindest angemessene Einhaltung der Anforderungen der **Unionsrechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts bzw. der in Anhang XI genannten internationalen Sozial- und Umweltrechtsvorschriften** oder, falls nicht anwendbar, anderer Vorschriften zur Gewährleistung eines gleichwertigen Schutzniveaus; [...].

4. [...] Die öffentlichen Auftraggeber **lehnen das Angebot ab**, wenn sie festgestellt haben, **dass das Angebot ungewöhnlich niedrig liegt, weil es den Anforderungen der Unionsrechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts oder des Umweltrechts bzw. der in Anhang XI genannten internationalen Sozial- und Umweltrechtsvorschriften nicht genügt** [...].

- Grundsätzlich begrüßenswert ist die Pflicht der Betreiber, Preise und Kosten zu erläutern, wenn der Angebotspreis 50 % niedriger ist als der Durchschnittspreis, 20 % niedriger ist als das zweitniedrigste Angebot und aus anderen Gründen, die zu ungewöhnlich niedrigen Preisen führen.
- Allerdings sind diese additiv zu erfüllenden Bedingungen - insbesondere im Fall eines Angebotspreises, der 50 % niedriger ist als der Durchschnittspreis - als zu restriktiv anzusehen. Daher sollte Abs. 1 a auf höchstens 30 % reduziert werden.
- Auch sollte die Zahl der Angebote in Abs. 1 c auf drei statt fünf reduziert werden. Insbesondere bei sehr großen und komplizierten Infrastrukturprojekten gibt es in der Praxis häufig weniger als fünf Angebote, da hier bereits die Angebotserstellung ein Know-How und einen Aufwand erfordert, zu dem nur wenige Firmen am Markt in der Lage sind, was sie allerdings keineswegs daran hindert, gelegentlich Angebote auf einer unseriösen Grundlage abzugeben.
- Zwar ist grundsätzlich begrüßenswert, dass die öffentlichen Auftraggeber das Angebot ablehnen müssen, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig liegt, weil es den Anforderungen der Unionsrechtsvorschriften auf dem Gebiet des Sozial- und Arbeitsrechts nicht genügt (Abs. 4).
- Der DGB kritisiert allerdings, dass die frühere Bezugnahme auf Erläuterungen über die Einhaltung der Vorschriften am Ort der Leistungserbringung (Art. 55 I d) RL 2004/18/EG) durch Erläuterungen über das europäische Arbeits- und Sozialrecht (Abs. 3 d) ersetzt worden ist. Damit werden erneut nicht das nationale Arbeitsrecht und die nationalen Tarifverträge in Bezug genommen, wie es wünschenswert gewesen wäre, sondern nur das Europarecht.

f) Zuschlagserteilung

Art. 66 Entwurf 896/2:

1. Die öffentlichen Auftraggeber wenden unbeschadet der für die Vergütung bestimmter Dienstleistungen geltenden einzelstaatlichen Rechts- und Verwaltungsvorschriften bei der Erteilung des Zuschlags eines der folgenden Kriterien an:

(a) das wirtschaftlich günstigste Angebot;

(b) die günstigsten Kosten.

Je nach Wahl des öffentlichen Auftraggebers können die Kosten entweder nur auf der Grundlage des Preises oder mittels des Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie des **Lebenszyklus-Kostenansatzes** gemäß den Bedingungen von Artikel 67 bewertet werden.

2. Das wirtschaftlich günstigste Angebot gemäß Absatz 1 Buchstabe a erfolgt aus Sicht des öffentlichen Auftraggebers aufgrund von Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand des besagten öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. Zu diesen Kriterien zählen [...] **weitere Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand des besagten öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen** [...]

- Art. 66 I des neuen Richtlinienentwurfs ist im Gegensatz zum alten Art. 53 RL 2004/18/EG ein Rückschritt, da in der alten Version zumindest noch u.a. Qualität und Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien aufgezählt wurden, auch wenn ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand erforderlich war.
- Der DGB lehnt es ab, dass der neue Art. 66 I das Zuschlagskriterium des günstigsten Preises gleichberechtigt neben dem des wirtschaftlich günstigsten Angebots zulässt. Dies führt zu einem Preiswettbewerb auf Kosten der Löhne, Arbeitsbedingungen und Umweltstandards.
- Inakzeptabel ist, dass Erwägungsgrund 41 die möglichen zusätzlichen sozialen Kriterien im Rahmen des wirtschaftlich günstigsten Angebots auf Aspekte begrenzt, die sich ausschließlich auf den Gesundheitsschutz der am Produktionsprozess beteiligten Mitarbeiter oder auf die Förderung der sozialen Integration benachteiligter Personengruppen beziehen.
- Bei den in Absatz 2 genannten „weiteren Kriterien“ fehlt ein Bezug auf das Arbeitsrecht und die tariflich geregelten Arbeitsbedingungen. Damit ist ein Bezug auf Regeln zur Entlohnung und auf nationale Tarifstandards (einschließlich der Mindestarbeitsbedingungen z.B. aus dem AEntG) als mögliche Zuschlagskriterien ausgeschlossen. Das ist für den DGB nicht akzeptabel.
- Zwar ist in Abs. 1 die Bezugnahme auf die Lebenszykluskosten, die bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden können, zu begrüßen. Allerdings fehlt hierbei ein expliziter Bezug auf soziale Kriterien
- Eine Vergabeentscheidung, die nicht auf ein ausgewogenes wirtschaftliches Verhältnis von angebotener Leistung zu den voraussichtlichen Kosten abstellt, übt Druck auf Löhne, Arbeitsbedingungen und Umweltstandards aus. Das Kriterium des günstigsten Preises muss daher eliminiert und durch das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes ersetzt werden. Der DGB definiert diesen Begriff im Sinne des Nachhaltigkeitsparadigmas: das langfristig wirtschaftlich günstigste Angebot ermöglicht neben einer sparsamen Verwendung von Steuergeldern die gleichrangige Berücksichtigung sozialer, umweltbezogener und innovativer Aspekte.
- Wenn das Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebotes auf die gleichrangige Erreichung ökonomischer, sozialer und ökologischer Ziele ausgerichtet werden soll, muss die Bedeutung sozialer und ökologischer Kriterien im Vergabeverfahren deutlich gestärkt werden. Aus der Option muss eine Pflicht werden, transparent und diskriminierungsfrei.

- Dass soziale Vergabekriterien als Zuschlagskriterien angewandt werden können, wenn diese in Bezug zum Vertragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich in der Vergabebekanntmachung und den Ausschreibungsunterlagen erwähnt werden und den Grundprinzipien des EU-Rechts entsprechen, hat auch der EuGH bereits mehrfach bestätigt, zuletzt wieder in seinem Urteil vom 10.5.2012 (C 368/10).

g) Auftragsausführung

Art. 70 Entwurf 896/2:

Öffentliche Auftraggeber können besondere Bedingungen für die Auftragsausführung festlegen, sofern diese im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Spezifikationen angegeben werden. Diese Bedingungen können insbesondere Sozial- und Umweltbelange betreffen. [...]

- Als besondere Bedingung für die Auftragsausführung sind Mindestbedingungen zu verstehen, die von jedem Bieter einzuhalten sind. Hier besteht kaum eine Änderung zwischen neuem Entwurf und den alten Regelungen in Art. 26 RL 2004/18/EG bzw. Art. 38 RL 2004/17/EG: Diese Norm kann nach wie vor als kleine Öffnungsklausel für die Anwendung sozialer und ökologischer Kriterien im nationalen Vergaberecht in der Auftragsausführung herangezogen werden.
- Abzulehnen ist allerdings die ersatzlose Streichung des Art. 27 RL 2004/18/EG, mit dem bisher bei Bau- und Dienstleistungsaufträgen von Bieter die Angaben verlangt werden konnten, dass bei Ausarbeitung des Angebots den örtlichen Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen worden ist. Art. 27 RL 2004/18/EG sollte vielmehr als neuer Absatz 2 den Artikel 70 ergänzen und damit in der Richtlinie erhalten bleiben.
- Der DGB kritisiert zudem, dass die Berücksichtigung sozialer Kriterien noch immer nur freiwillig ist. Problematisch ist insbesondere, dass die verpflichtende Vorgabe von Tariftreueklauseln nicht explizit geregelt ist. Dabei wäre es vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen Rüffert wichtig klarzustellen, dass die Vorgabe von Tariftreue auch über die Entsenderichtlinie hinaus zulässig ist. Denn die Entsenderichtlinie kennzeichnet nach Ansicht des DGB nur Mindeststandards, über die die Mitgliedstaaten hinausgehen können und ist daher nicht abschließend.
- Sozialstandards, Tariftreue sowie die Zahlung von gesetzlich festgelegten Löhnen und Mindestlöhnen in der Auftragsausführung, in der Vorleistungs- und Zulieferkette müssen verbindliches Kriterium der Auftragsvergabe werden.
- Zudem bestimmt Erwägungsgrund 43 des neuen Entwurfs, dass die Bedingungen für die Auftragsausführung immer mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen müssen. Dies könnte den Handlungsspielraum der öffentlichen Hand verkleinern, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge weitergehende gesellschaftliche Ziele wie Gute Arbeit zu verfolgen und den Auftragnehmer davon entbinden, Verantwortung für ihre Liefer- bzw. Subunternehmerkette zu übernehmen.
- In diesem Zusammenhang sollten die öffentlichen Auftraggeber sowie die weiteren zuständigen Behörden zu Kontrollen bei der Erbringung der (Bau-)Leistungen verpflichtet werden. Ohne deren Durchführung besteht nachweislich die große Gefahr, dass Vorschriften insbesondere zu den Arbeitsbedingungen nicht eingehalten werden.

h) Vergabe von Unteraufträgen

Art. 71 Entwurf KOM 896/2:

In den Auftragsunterlagen kann der öffentliche Auftraggeber den Bieter auffordern oder von einem Mitgliedstaat verpflichtet werden, den Bieter aufzufordern, in seinem Angebot den Teil des Auftrags, den er gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte zu vergeben gedenkt, sowie die gegebenenfalls vorgeschlagenen Unterauftragnehmer anzugeben.

- ➔ Art. 71 Abs. 1 entspricht dem alten Art. 25 RL 2004/18/EG und ermöglicht es nationalen Auftraggebern, von Bietern die Angabe eventueller Subunternehmer zu verlangen. Dies ist grundsätzlich zu begrüßen.
- ➔ Allerdings bleibt unklar, wie eine Verantwortlichkeit der Bieter für die Einhaltung von Beschäftigungsschutz, Arbeitsbedingungen oder Umweltschutzstandards in der gesamten Lieferkette (durch die Subunternehmer) sichergestellt werden kann. Hier sollte den öffentlichen Auftraggebern ermöglicht werden, Einsicht in die Untervergabeverträge zu nehmen, Verstöße seitens der Unterauftragnehmer während der Auftragsausführung auch dem Bieter anzulasten, eine selbstschuldnerische Haftung des Bieters und übergeordneter Unterauftragnehmer bei solchen Verstößen vorzusehen und jede Untervergabe von einer vorherigen Genehmigung durch den Auftraggeber abhängig zu machen. Ergänzend sollte es auch ermöglicht werden, Untervergaben generell auszuschließen oder die Zahl der möglichen vertikalen Untervergaben (Subunternehmerketten) von vorneherein zu beschränken.

i) Besondere Beschaffungsregeln für soziale und andere besondere Dienstleistungen

Im neuen Entwurf wird die bisherige Unterscheidung zwischen A- und B-Dienstleistungen aufgegeben. Die B-Dienstleistungen, wozu auch das Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen sowie das Unterrichtswesen und die Berufsausbildung zählte, waren bisher vom Anwendungsbereich der Vergaberichtlinien ausgenommen (Anh. II Teil B RL 2004/18/EG). Hier galt nur eine Pflicht zur **nachträglichen** europaweiten Bekanntmachung. In der Richtlinie 896/2 ist nun u.a. für Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen und für administrative Dienstleistungen im Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich eine grundsätzliche Anwendbarkeit der Richtlinien vorgesehen, auch wenn in Art. 74-76 in Verbindung mit Anhang XVI besondere Vorschriften und höhere Schwellenwerte (500.000 €) vorgesehen sind. Folge ist, dass Aufträge in diesen Bereichen ab einem Schwellenwert von 500 000 € im Vorfeld europaweit bekannt zu machen sind.

- ➔ Die - wenn auch eingeschränkte - Anwendbarkeit der Vergabevorschriften auf Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen ist wegen Art. 168 Abs. 7 AEUV grundsätzlich problematisch. Danach sollen die Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt bleiben. Art. 168 Abs. 7 AEUV schützt damit die Gestaltungshoheit der Mitgliedstaaten im Hinblick auf die Ausgestaltung ihrer Gesundheitssysteme.
- ➔ Da Dienstleistungen im Gesundheits- und Sozialwesen nur begrenzt binnenmarktrelevant und v.a. in Deutschland nicht wettbewerbsorientiert sind, ist hier selbst die eingeschränkte Anwendung der Vergaberichtlinie nach Art. 74 ff. RL 896/2 zu kritisieren. Wegen Art. 168 AEUV sollte es den nationalen Gesundheitssystemen selbst überlassen bleiben, zu entscheiden, wann im nationalen Gesundheits- und Sozialwesen das europäische Vergaberecht zur Anwendung kommen soll.

4. Entwurf Sektorenrichtlinie KOM (2011) 895

Für die Sektorenrichtlinie sind im Wesentlichen die gleichen Änderungsvorschläge unterbreitet worden wie für die Richtlinie über die Auftragsvergabe. Die vorstehende Bewertung gilt daher im Wesentlichen auch für die Sektorenrichtlinie.

5. Abschließende Bewertung

Schon in seiner Stellungnahme zum Grünbuch über die Modernisierung der europäischen Politik im öffentlichen Auftragswesen vom 18.4.2011 hat der DGB zentrale Positionen zusammengefasst, die auch in den vorgelegten Richtlinienentwürfen stärker berücksichtigt werden sollten:

1. Der DGB weist darauf hin, dass eine qualitativ hochwertige Auftragsvergabe die Lohn- und Arbeitsbedingungen am Arbeitsort berücksichtigen muss. Andernfalls entstehen soziale Folgekosten. Es droht eine sich gegenseitig verstärkende, soziale und wirtschaftliche Abwärtsspirale.
2. Die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten sind ein wichtiger Faktor für die Qualität und Zuverlässigkeit im öffentlichen Auftragswesen. Gut ausgebildetes und qualifiziertes Personal stellt das eigentliche Kapital eines jeden Unternehmens dar. Die europäischen Richtlinien müssen daher sicherstellen, dass die eigentlichen Ziele von Auftragsvergaben nicht durch einen Wettbewerb um die niedrigsten Löhne und Sozialstandards gefährdet werden
3. Bei der Vergabe müssen auch ökologische und sozialverträgliche Aspekte im Sinne von Nachhaltigkeit beachtet werden. Gerade mit Blick auf soziale, ökologische und wirtschaftliche Folgekosten muss gelten: Nicht das billigste Angebot ist automatisch das wirtschaftlichste. Das Kriterium des niedrigsten Preis muss daher entfallen.
4. Der DGB fordert, dass die Bedeutung von sozialen und ökologischen Kriterien im Vergabeverfahren deutlich gestärkt wird. Aus der Option muss eine Pflicht werden - schon bei den Eignungskriterien wie auch anschließend in der Zuschlagsphase und nicht erst durch die Ausführungsklauseln.
5. Der DGB fordert, dass Sozialstandards, Tariftreue und dort, wo keine Tarifverträge gelten, die Zahlung von gesetzlich festgelegten Mindestlöhnen und Mindesthonoraren in der Auftragsausführung und in der Vorleistungs- und Zulieferkette ein verbindliches Kriterium der Auftragsvergabe werden.
6. Der DGB fordert die Berücksichtigung der ILO Konvention Nr. 94 in den Vergaberichtlinien. Die Bundesregierung wird zudem aufgefordert, in Deutschland die ILO-Konvention Nr. 94 zu ratifizieren.
7. Der DGB fordert Rechtssicherheit für langfristigen Erhalt und Entwicklung öffentlicher Dienstleistungen.
8. Der DGB fordert die unveränderte Beibehaltung der derzeitigen Struktur der Auftragsvergabe mit der Definition der Bauaufträge wie auch der Unterscheidung zwischen A- und B-Dienstleistungen.
9. Der DGB fordert, dass die öffentliche Hand weiterhin den Kern der Leistungskriterien definiert, kontrolliert und ggf. sanktioniert. Das gilt auch für Verhandlungsverfahren. Hierfür müssen ausreichende Kapazitäten und Sachkenntnisse vorgehalten werden.
10. Der DGB fordert den Vorrang für das Allgemeininteresse bei öffentlichen Dienstleistungen. Soziale Dienste müssen weiterhin den Ausnahmeregeln der Richtlinie unterliegen. Außerdem sollen Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen, die von der öffentlichen Arbeitsverwaltung getragen werden, vom Geltungsbereich der Richtlinien ausgeschlossen sein.
11. Für den DGB erweist sich die Effizienz des Marktes für öffentliche Aufträge daran, ob die Bekämpfung von sozialer Ausgrenzung und Armut, die Verbesserung der Umweltqualität, die Schaffung einer europäischen „sozialen Marktwirtschaft mit Vollbeschäftigung und sozialem Fortschritt gelingt“.⁵

⁵ Art. 3 III EUV