

Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO)

BT-Drucksache 18/7318 - Stand 20.01.2016

15.02.2016

I. Einführung

Deutschland muss die am 18. April 2014 in Kraft getretene europäische Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe bis April 2016 in nationales Recht umsetzen. In Artikel 18 Absatz 2 der Richtlinie verpflichtet der europäische Gesetzgeber die Mitgliedstaaten zu Regelungen, die die Einhaltung der jeweiligen nationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlicher Verpflichtungen in allen Phasen der öffentlichen Auftragsvergabe sicherstellen. Mit dieser Verpflichtung wird die Verankerung sozialer Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe ausdrücklich gestärkt und auf europäischer Ebene ein Paradigmenwechsel eingeleitet.

In Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien hat die Bundesregierung im letzten Jahr den „Gesetzentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts“ vorgelegt, der mittlerweile Bundestag und Bundesrat passiert hat. Das neue Gesetz ist ein erster Schritt in die richtige Richtung, reicht aber noch lange nicht für eine faire öffentliche Auftragsvergabe. Zwar begrüßt der DGB die Kompromissregelung zu Vergaben im Schienenpersonennahverkehr - öffentliche Auftraggeber ‚sollen‘ nun verlangen, dass die Beschäftigten bei einem Betreiberwechsel vom neuen Betreiber übernommen werden. Gleichzeitig hatte der DGB aber eine verpflichtende Muss-Regelung favorisiert. Absolut unverständlich ist jedoch, dass diese Regelung nicht für den öffentlichen Personennahverkehr gelten soll, obwohl auch die dort Beschäftigten gleichermaßen geschützt werden müssen. Eine entsprechend beispielhafte Regelung wird zurzeit im Landtag von Rheinland-Pfalz diskutiert. Das Land plant mit seinem Landestariftreugesetz eine stärker verpflichtende Regelung zum Personalübergang im Schienenpersonenverkehr und im Öffentlichen Personennahverkehr – und geht damit über die Rechtslage auf Bundesebene hinaus.

Solche und andere Initiativen einiger Bundesländer im Zusammenhang mit ihren Landesvergabegesetzen werden durch die aktuelle Rechtsprechung des EuGH gestärkt: mit seinem jüngsten Urteil in Sachen „Regio Post“ vom 17.11.2015 (C-115/14) hat der EUGH festgestellt, dass der vergabespezifische Mindestlohn im rheinland-pfälzischen Tariftreugesetz europarechtskonform ist. Damit spricht er sich für ein soziales Europa mit verbrieften Löhnen

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



aus und stärkt damit Belange der Beschäftigten. Die Bundesregierung ist nun aufgefordert, dieses Urteil bei der aktuellen Vergaberechtsreform angemessen zu berücksichtigen; der Handlungsspielraum der Bundesländer zum Erlass ihrer Landesvergabegesetze mit sozialen Kriterien und vergabespezifischen Mindestlöhnen darf keinesfalls eingeschränkt werden.

Bei den sozialen Kriterien im neuen GWB hat die Bundesregierung die Handlungsspielräume der EU-Vergaberichtlinien leider nicht voll ausgeschöpft. Teilweise fehlen klare, verpflichtende Regeln, die bei einer öffentlichen Auftragsvergabe eingehalten werden müssen - zum Beispiel wenn es darum geht, das beste Preis-Leistungsverhältnis für die Zuschlagerteilung zu ermitteln. Derzeit ist der Zuschlag nach dem billigsten Preis weiterhin zulässig. Wenn das Gesetz – und spiegelbildlich auch die Rechtsverordnungen (z.B. § 58 VgV) - hier nicht nachgebessert werden, droht Preisunterbietung durch Lohndumping.

Problematisch ist schließlich, dass bei der Reform des GWB im Gesetzentwurf wesentliche Inhalte, z.B. bei den sozialen Dienstleistungen oder der Subunternehmervergabe, mit Verweis auf die geplanten Rechtsverordnungen nicht geregelt wurden. Insofern ist es zu begrüßen, dass die Bundesregierung nun endlich den Entwurf der Rechtsverordnungen vorgelegt hat, damit eine zusammenhängende Bewertung der gesamten Vergaberechtsreform möglich wird. Die Stellungnahme des DGB konzentriert sich im Folgenden auf den Entwurf der Vergabeverordnung (VgV).

II. Kritik ausgewählter Vorschriften: Artikel 1 – Vergabeverordnung (VgV)

1. § 14 Abs. 4 VgV-E

In § 14 Abs. 4 VgV-E ist abschließend geregelt, unter welchen Voraussetzungen Auftraggeber den Auftrag im Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb vergeben können. § 65 Abs. 1 VgV-E nimmt für die Vergabe sozialer Dienstleistungen darauf Bezug.

Der DGB regt an, für Vergaben sozialer Dienstleistungen nach §§ 64 ff VgV-E folgenden weiteren Ausnahmetatbestand zu ergänzen:

„Wenn für die Leistung aus besonderen Gründen nur ein Unternehmen in Betracht kommt.“

Bei sozialen Dienstleistungen in der Arbeitsmarktpolitik ist es nicht selten der Fall, dass Leistungen erheblich günstiger als der Marktpreis eingekauft werden können, weil eine Ko-Finanzierung aus anderen Mitteln erfolgt (zum Beispiel aus Mitteln des ESF). In diesem Fall ist es für den Auftraggeber vorteilhaft, dieses Angebot anzunehmen. Eine Ausschreibung ist deswegen nicht sinnvoll. Dieser Weg sollte für bestimmte, eng definierte Ausnahmefälle zugelassen werden.



2. § 36 VgV-E: Unteraufträge

Der DGB begrüßt grundsätzlich die Aufnahme von Regelungen zur Unterauftragsvergabe in das Reformvorhaben in Umsetzung von Art. 71 Abs. 1 der Richtlinie 2014/24/EU. Zugleich wird unsere Kritik aufrechterhalten, dass diese Regelungen nicht in den Gesetzentwurf zum GWB integriert wurden. Die Gefahr der Umgehung von in der Vergabe aufgestellten Standards durch die Einschaltung von Unterauftragnehmern ist groß. Der DGB ist davon überzeugt, dass eine angemessene Umsetzung der Vorgaben in Art. 71 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU mit der erforderlichen Ausstrahlungskraft nur dann erfolgen kann, wenn die Regelungen auf Gesetzesebene getroffen werden.

Die Regelungen zur Unterauftragsvergabe im Kabinettsentwurf werden begrüßt, soweit sie sich an den Vorgaben des Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU orientieren. Notwendig ist es jedoch, die Regelungen des § 36 Absatz 3 VgV-E nicht nur auf Dienstleistungen, *die in einer Einrichtung des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringen sind*, zu erstrecken, sondern auf **alle Arten der Vergabe**. Die Möglichkeiten des Art. 71 Abs. 5 Uabs. 5, die verbindlichen Mitteilungspflichten auch auf Lieferaufträge, auf andere Dienstleistungsaufträge (als solche, die in den Einrichtungen des öffentlichen Auftraggebers unter dessen direkter Aufsicht zu erbringende Dienstleistungen betreffen), oder auf Lieferanten, die an Bau- oder Dienstleistungsaufträgen beteiligt sind, zu erstrecken, werden nicht genutzt. Der Regelungsentwurf bleibt damit weit hinter den europarechtlich zulässigen Möglichkeiten für eine verbindlichere Ausgestaltung der Regelungen zur Bekämpfung missbräuchlicher Subunternehmerketten zurück.

Unverständlich bleibt auch, warum nach § 36 Abs. 1 VgV-E der öffentliche Auftraggeber nur dann Unternehmen auffordern kann, die vorgesehenen Unterauftragnehmer zu benennen, wenn dies zumutbar ist. Eine solche Einschränkung ergibt sich aus Vorgaben der EU-Vergaberichtlinie in Art. 71 Abs. 2 gerade nicht.

Darüber hinaus fordert der DGB, dass der Auftraggeber einer Unterauftragsvergabe und bei Wechsel der Unterauftragsnehmer durch ein Unternehmen im Einzelfall schriftlich zustimmen muss. Zudem ist die Möglichkeit der Unterauftragsvergabe auf eine nachvollziehbare Anzahl von Gliedern zu begrenzen. Die missbräuchliche Verwendung langer Subunternehmerketten ohne fachliche Rechtfertigung (z.B. arbeitsteiliges Vorgehen etc.) gilt es – insbesondere auf öffentlichen Baustellen – zu unterbinden. Wenn bei öffentlichen Aufträgen mehrere hintereinander geschaltete Untervergaben erfolgen, führt dies meist zu rechtswidrigen Praktiken und Ausbeutung am unteren Ende. Solche Konstruktionen dienen vor allem dazu, Unternehmen weiter oben in den Ketten die Möglichkeit zu geben, sich aus der Verantwortung zu ziehen und zugleich straffrei an diesem Unrecht zu bereichern. Dies gilt es zu verhindern.

Funktionierende und europarechtskonforme Modelle der Begrenzung der Unterauftragsvergabe gibt es in der europäischen Praxis seit langem: in Spanien z.B. ist bei öffentlichen Aufträgen die Zahl der vertikalen Subunternehmerebenen unter dem Hauptauftragsnehmer auf vier begrenzt. Ein solches Modell ist auch in Deutschland denkbar.



In Bezug auf die sozialen Dienstleistungen sollte in der Verordnung den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit eröffnet werden, die Weitergabe an Unterauftragnehmer gänzlich zu unterbinden. Bei sozialen Dienstleistungen muss der Auftraggeber einen unmittelbaren Einblick in die Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit des Anbieters haben. Durch die Weitergabe an Unterauftragnehmer geht dem Auftraggeber diese Kontrolle verloren. Die Tatsache, dass der Hauptauftragnehmer weiterhin für das Ergebnis haften muss, ist in diesem Fall kein ausreichender Schutz des Auftraggebers, da bei sozialen Dienstleistungen die Ergebnisse nicht immer objektiv messbar sind.

3. § 58 VgV-E: Zuschlag und Zuschlagskriterien

Es ist zu begrüßen, dass sich – wie schon in § 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 wird auch hier – wie schon bei § 127 GWB-E - die nur fakultative Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Ermittlung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses kritisiert. Damit bleibt der niedrigste Preis als Kriterium weiterhin möglich. Hingegen schließt aber 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 **zwingend** umweltbezogene oder soziale Kriterien zu berücksichtigen.¹ Der DGB erneuert hier seine Forderung, dringend diese von der Richtlinie eröffnete Chance zur strategischen Verwendung öffentlicher Mittel zu nutzen, sowohl im GWB als auch in der VgV.

4. § 60 VgV-E: Ungewöhnlich niedrige Angebote

Der DGB begrüßt grundsätzlich die Aufnahme von Regelungen zu ungewöhnlich niedrigen Angeboten in Umsetzung der Vorgaben in Art. 69 Richtlinie 2014/24/EU. Insbesondere begrüßt der DGB, dass – anders als noch im Diskussionsentwurf der VgV – nun die Einhaltung der rechtlichen Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1 GWB-E in § 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV-E Erwähnung finden. Damit wird Auslegungsschwierigkeiten vorgebeugt.

Allerdings wäre es auch hier wünschenswert gewesen, dass diese Regelungen angesichts ihrer Bedeutung Eingang bereits in das Gesetz gefunden hätten.

¹ Dazu siehe auch: Andreas Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, Pflichten der Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie, Nomos Verlag 2015, S. 33/37.

5. § 65 VgV-E: Soziale Dienstleistungen

Soziale Dienstleistungen und insbesondere Arbeitsmarktdienstleistungen sind 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 für soziale Dienstleistungen und insbesondere für Arbeitsmarktdienstleistungen 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 der Richtlinie 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 Qualität und Erfahrung des Personals als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden, wenn die Qualität des Personal erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung hat. Die Rechtsordnung und gerade auch das Vergaberecht erkennen die Notwendigkeit subjektiver Bewertungen an und haben dafür transparente und erprobte Verfahren entwickelt (z. B. bei der Ausschreibung von Architektenleistungen).

Bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen müssen deswegen die in der Qualitätssicherung etablierten Kriterien Strukturqualität, Prozessqualität und Ergebnisqualität abgebildet werden.

In Anlehnung daran legt § 65 Abs. 5 VgV-E fest, dass bei der Bewertung der Zuschlagskriterien der Organisation, Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals insbesondere der Erfolg und die Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters oder des vom Bieter eingesetzten Personals berücksichtigt werden können. Es wird begrüßt, dass der hier noch im Referentenentwurf anzutreffende Satz *„soweit dies nicht bereits im Rahmen der Eignung berücksichtigt worden ist“* gestrichen worden ist.

Zudem wird begrüßt, dass § 65 Abs. 5 S. 2 VgV-E in Bezug auf Arbeitsmarktdienstleistungen ergänzt, dass für die Bewertung des Erfolgs und der Qualität bereits erbrachter Leistungen des Bieters berücksichtigt werden können:

1. Eingliederungsquoten
2. Abbruchquoten
3. erreichte Bildungsabschlüsse
4. Beurteilungen der Vertragsausführung durch den öffentlichen Auftraggeber.



Diese Kriterien spiegeln in ihrer Gesamtheit ein ausgewogenes Bild von Erfolgsqualität wieder, in dem der Integrationsquote ein Platz, aber nicht das allein ausschlaggebende Gewicht zukommt. Diese Qualitätskriterien stellen ein Gleichgewicht zwischen arbeitsmarkt- und bildungspolitischen Zielen her. Daran mangelte es bislang in der Praxis der Bundesagentur für Arbeit, die nur die Integrationsquote und Abbruchquote als Kriterien heranzog.

Darüber hinaus fordert der DGB, dass bei Arbeitsmarktdienstleistungen ohne grenzüberschreitenden Bezug die Anwendung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen für die Durchführung des Auftrags festgeschrieben werden können. Eine entsprechende Regelung in einem Abs. 6 von § 65 VgV-E könnte lauten:

„Dem Auftraggeber kann bei der Durchführung von Aufträgen, die ihrem Wesen nach im Inland ausgeführt werden und keinen grenzüberschreitenden Bezug haben, das Recht eingeräumt werden, ohne Ausnahmen die Anwendung von allgemeinverbindlichen Tarifverträgen für die Durchführung des Auftrages festzuschreiben.“

Es ist sinnvoll, die in § 128 GWB neu formulierten Bedingungen für die Auftragsausführung in Bezug auf Arbeitsmarktdienstleistungen ohne grenzüberschreitenden Bezug zu präzisieren. Die Hervorhebung der Möglichkeit der Bezugnahme auf allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge nach TVG (über die in § 128 GWB-E geregelten Fälle hinaus) stärkt die Tarifautonomie im Bereich der Arbeitsmarktdienstleistungen. Damit wird für alle Anbieter ohne Ausnahmen Wettbewerbsgleichheit hergestellt. Vor allem in der Weiterbildung hat der schrankenlose Wettbewerb zu einer Lohnsituation geführt, die inzwischen deutlich negative Auswirkungen auf die Qualität der Dienstleistungen hat. Die Einführung des gesetzlichen Mindestlohnes allein wird diesen Prozess nicht stoppen. Im Ergebnis wird dies auch den Abschluss von Tarifverträgen erleichtern, die für allgemeinverbindlich erklärt werden können.

Damit wird auch das Ziel des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie (Tarifautonomiestärkungsgesetz) gestützt, „die Tarifautonomie zu stärken und angemessene Arbeitsbedingungen für Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sicherzustellen“ (Einleitung zum Gesetzentwurf).

6. Fehlende Regelungen zu Kontrollen und Sanktionen

Leider fehlen auch im VgV-Entwurf Regelungen zur Kontrolle und Sanktionierung von Verstößen gegen die Pflichten des GWB und der VgV.

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. Auf die diesbezüglichen Ausführungen in der DGB-StN zum Gesetzentwurf vom 21.8.2015 wird verwiesen.



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 – wenn schon nicht im GWB-E, dann wenigstens in der VgV – folgende Regelungen zu Kontrolle und Sanktionen eingeführt werden:

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

(2) Um die Einhaltung der aus § 128 GWB 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 GWB resultierenden Anforderungen durch die Unternehmen oder die Nachunternehmen zur fristlosen Kündigung des Auftrags berechtigt.“

III. Fazit

Der DGB begrüßt diesen Kabinettsentwurf einer Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts grundsätzlich, auch wenn die erwähnten Fragen nach Ansicht des DGB aufgrund ihrer Bedeutung für das Vergabeverfahren in das Gesetz hätten eingebunden werden müssen. Im Wesentlichen werden mit dem Entwurf der VgV die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinien umgesetzt.

Allerdings sieht der DGB auch hier noch einigen Nachbesserungsbedarf, z.B. in Bezug auf Regelungen zu den Kontrollen und Sanktionen oder der Subunternehmervergabe und zu den sozialen Dienstleistungen. Der DGB würde es sehr begrüßen, wenn die o.g. Kritikpunkte aufgegriffen werden würden. Nur so bleibt die Bezugnahme auf die sozialen Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe nicht nur ein rein deklaratorisches Lippenbekenntnis.