

# Stellungnahme



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

## Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie - Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts

Stand 9.11.2015

30.11.2015

### 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.

Auch der EuGH folgt mit seinem jüngsten Urteil in Sachen „Regio Post“ vom 17.11.2015 (C-115/14) diesem Paradigmenwechsel der EU-Vergaberichtlinien. Er bestätigt, dass der vergabespezifische Mindestlohn im rheinland-pfälzischen Tarifreuegesetz europarechtskonform ist. Damit wendet er sich von seiner bisher restriktiven Rechtsprechung im sog. Ruffert-Urteil ab. Er spricht sich für ein soziales Europa mit verbrieften Löhnen aus und stärkt damit Belange der Beschäftigten.

Die Bundesregierung ist nun aufgefordert, dieses Urteil bei der aktuellen Vergaberechtsreform zu berücksichtigen. Am 8. Juli hat das Kabinett den „Gesetzesentwurf zur Modernisierung des Vergaberechts“ beschlossen. Der DGB hat dazu die Stellungnahme vom 21.8.2015 vorgelegt. Darin begrüßt der DGB grundsätzlich diese Initiative. Allerdings kritisiert der DGB, dass der Gesetzesentwurf die EU-Vergaberichtlinien teilweise nur unzureichend umsetzt, vor allem bezogen auf die verpflichtenden Regelungen zu den sozialen Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe und die Regelungen zur Subunternehmervergabe und den Kontrollen und Sanktionen. Die neuen Handlungsspielräume der Vergaberichtlinien für ein aus sozialpolitischer Sicht strategisch eingesetztes Vergaberecht werden bei weitem nicht ausgeschöpft. Insbesondere vor dem Hintergrund des neuen EuGH-Urteils darf der Handlungsspielraum der Bundesländer zum Erlass ihrer Landesvergabe Gesetze mit sozialen Kriterien und vergabespezifischen Mindestlöhnen nicht eingeschränkt werden. Die Regelungen im GWB-E

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](http://www.dgb.de)



und in der Vergabeverordnung zur Berücksichtigung sozialer Kriterien müssen verpflichtend sein, so z.B. beim Zuschlag.

Auch wurden im Gesetzentwurf wesentliche Inhalte, z.B. bei den sozialen Dienstleistungen oder der Subunternehmervergabe, mit Verweis auf die geplanten Rechtsverordnungen nicht in das Gesetz aufgenommen. Da die Rechtsverordnungen bis zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorgelegen haben, musste der DGB eine Bewertung des Gesetzentwurfs ohne Kenntnis der geplanten Regelungen in den Rechtsverordnungen vornehmen. Daher wird an dieser Stelle nochmals ausdrücklich kritisiert, dass der Gesetzentwurf nicht gleichzeitig mit den Rechtsverordnungen vorgelegt worden ist.

Nun hat das Bundeswirtschaftsministerium einen Referentenentwurf der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts vorgelegt, der u.a. Entwürfe der Vergabeverordnung, Sektorenverordnung und Konzessionsvergabeverordnung enthält. 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**

In § 14 Abs. 4 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 zum Beispiel 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 kritisiert, dass diese Regelungen nicht in den Gesetzentwurf 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 erfolgt, wenn die Regelungen auf Gesetzesebene getroffen werden.

Gleichwohl werden nun die Regelungen zur Unterauftragsvergabe im Referentenentwurf der VgV bewertet. Die Regelungen werden begrüßt, soweit sie sich an den Vorgaben des Art. 71 der Richtlinie 2014/24/EU orientieren. Notwendig ist es jedoch, die Regelungen des § 37 Absatz 3 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.

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 gilt es – insbesondere auf öffentlichen Baustellen – zu unterbinden. Wenn öffentliche Aufträge mehrere hintereinander geschaltete Untervergaben erfordern, 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.

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 den Mitgliedstaaten, den öffentlichen Auftraggebern vorzuschreiben, auch umweltbezogene oder soziale Kriterien zwingend zu berücksichtigen. Der DGB fordert dringend, diese von der Richtlinie eröffnete Chance zur strategischen Verwendung öffentlicher Mittel zu nutzen.

#### **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 – 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 in das Gesetz gefunden hätten.

#### **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 konkretisiert diesen Grundsatz für soziale Dienstleistungen, wonach die Mitgliedstaaten 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 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. 3 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, *soweit dies nicht bereits im Rahmen der Eignung berücksichtigt worden ist*. Der DGB regt an, diesen letzten Satzteil zu streichen. Es ist nicht ersichtlich, welchen Sinn diese Einschränkung haben soll.

Der DGB schlägt zudem vor, in § 65 VgV-Entwurf einen neuen Absatz 4 zu Arbeitsmarktdienstleistungen wie folgt einzufügen:

*„Bei Aufträgen, deren Gegenstand Integrationsdienstleistungen am Arbeitsmarkt sind, gilt Absatz 3 mit folgender Maßgabe, dass:*

- 1. bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots Erfolg und Qualität bereits erbrachter Leistungen berücksichtigt werden sollen. Dabei sind insbesondere folgende Aspekte zu berücksichtigen:
  - a) die Integrationsquote in den allgemeinen Arbeitsmarkt,*
  - b) die Abbruchquote,*
  - c) die Prüfungsergebnisse*
  - d) die Zufriedenheit der Teilnehmenden,*
  - e) die Zufriedenheit der regionalen Netzwerkpartner*
  - f) die Zufriedenheit der/ des regionalen Auftraggeber/s mit dem Leistungsergebnis.**
- 2. Die Träger müssen nach § 2 der AZAV zugelassen sein.“*

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 soll nach dem neuen Absatz 4 ein neuer Absatz 5 folgen:

*„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 Tarifauto-



nomie 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 eines 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 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 schuldhaftige Nichterfüllung der aus § 128 resultierenden Anforderungen durch die Unternehmen oder die Nachunternehmen zur fristlosen Kündigung des Auftrags berechtigt.“*

### **7. Verfahrensregelungen zum § 131 GWB-E: Vergabe von öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsleistungen im Eisenbahnverkehr**

Der DGB schlägt vor, Verfahrensregelungen zur Personalüberleitung bei Betreiberwechseln im SPNV nach § 131 Abs. 3 GWB-E aufzunehmen. Dabei sollten unter anderem Regelungen

- zur Auswahl der zu übernehmenden Arbeitnehmer bei der Übergabe von Teilnetzen;
- zu Informationspflichten und –rechten des bisherigen Betreibers, des Auftraggebers (Aufgabenträgers) und des neuen Betreibers;
- zum Einsatz von Subunternehmen und insbesondere der Sicherstellung der Rechte gemäß § 131 Abs. 3 von Arbeitnehmern, die vor oder nach der Betriebsübergabe bei Subunternehmen beschäftigt sind;
- zu etwaigen Erklärungsfristen und
- zur Begleitung des Übergabeverfahrens durch Betriebsräte und Gewerkschaften

getroffen werden. Der DGB wird sich ggf. mit konkreten Vorschlägen an der Erarbeitung des zu ergänzenden Abschnitts beteiligen.

### **III. Fazit**

Der DGB begrüßt diesen Referentenentwurf 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 Referentenentwurf insbesondere 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 sozialen Dienstleistungen, den Kontrollen und Sanktionen oder der Subunternehmervergabe. 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.