

Stellungnahme



Stellungnahme des Deutschen Gewerkschaftsbundes

Referentenentwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergModG (Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien 2014)

22.05.2015

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 die Verwendung von Steuergeldern geht. Der Staat hat als öffentlicher Auftraggeber ein demokratisch legitimes Interesse, die öffentliche Auftragsvergabe als politisches Lenkungsinstrument für gesellschaftlich erstrebenswerte soziale und ökologische Ziele einzusetzen.

Aufgrund ihrer großen wirtschaftlichen Bedeutung ist die öffentliche Auftragsvergabe wie dafür geschaffen, die ordnende Rolle des Staates für eine Politik des sozialen und ökologischen Fortschritts zu nutzen. Öffentliche Auftraggeber können in der Auftragsvergabe einen wichtigen Beitrag zur nachhaltigen Entwicklung leisten, indem sie ihre Kaufkraft in Gütern und Dienstleistungen mit sozialer Ausrichtung stecken.

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

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



die Einnahmen der Sozialversicherungen. Altersarmut wird verhindert. Bestehende Ungleichheiten in der Gesellschaft können auf diese Art abgebaut werden.

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in der Vergangenheit in seiner Entscheidung zum Berliner Vergabegesetz vom 11.07.2006 diese Ziele als verfassungsrechtlich legitim anerkannt. Danach rechtfertigen die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung und der Schutz des Tarifvertragssystems Eingriffe in die Berufs- und Vertragsfreiheit (1 BvL 4/00, BeVerfGE 116, 2020, 223).

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 nun nicht mehr als „vergabefremd“ bezeichnet werden, eine Ansicht, die sich zwischenzeitlich auch in der juristischen Literatur zum Thema durchsetzt.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 bei der öffentlichen Beschaffung durch die Vergaberichtlinien erheblich aufgewertet. Öffentliche Einrichtungen können im Ergebnis Anbieter bevorzugen, die mit ihrer Umwelt und ihren Beschäftigten besonders verantwortungsvoll und fair umgehen. 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 begrüßen der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften den vom Bundesministerium für Wirtschaft und Energie vorgelegten Referentenentwurf zum Vergaberechtsmodernisierungsgesetz grundsätzlich. Allerdings identifiziert der DGB noch erhebliche Kritikpunkte, die es im laufenden Gesetzgebungsverfahren nachzubessern gilt. Anders als das Bundeskabinett in seinem Eckpunktetpapier vom 7. Januar 2015 beschlossen hat, handelt es sich bei dem Referentenentwurf nicht um eine 1:1-Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien. Vielmehr ist an vielen Stellen die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien nicht oder nur unzureichend erfolgt.

¹ So 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. 77 (im Folgenden: Glaser, S. 77).



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 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 infolge der in Deutschland erfolgten Ratifizierung automatisch Anwendung finden, wäre im Interesse der Rechtsklarheit eine Erwähnung der ILO-Kernarbeitsnormen als verpflichtendes soziales Kriterium wichtig. Damit wird z.B. klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber keine Waren oder Dienstleistungen beschaffen dürfen, die im Zusammenhang mit Kinderarbeit stehen.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. So könnte in § 97 Abs. 3 GWB-E dann auch die ILO-Konvention Nr. 94 in Bezug genommen werden.

Des Weiteren verlangt eine korrekte Umsetzung des Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU von den Mitgliedsstaaten, die Einhaltung umwelt-, sozial und arbeitsrechtlicher Vorschrif-

² Glaser, S. 68.

ten 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. 81: „**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.

Fragezeichen wirft allerdings die Gesetzesbegründung zum Abs. 1 auf: Auf S. 118 des Referentenentwurfs wird nach der Bezugnahme auf die fakultativen und zwingenden Ausschlussgründe nach §§ 123/124 GWB-E (die beide im Gesetz selbst erwähnt werden) die Pflicht der Unternehmen nach § 128 erwähnt, bei der Ausführung des Auftrags die für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen (auch die Pflichten zur Gewährung von Mindestarbeitsbedingungen nach dem Mindestlohngesetz und nach allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen) zu beachten. In § 122 findet sich jedoch kein Verweis auf § 128. Zur Klarstellung der Bedeutung des Verweises auf § 128 GWB-E wird eine ausdrückliche Bezugnahme in § 122 GWB-E angeregt. Beispielsweise ist eine Formulierung in § 122 GWB-E denkbar, wonach öffentliche Aufträge an fachkundige und leistungsfähige Unternehmen vergeben werden, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind **und rechtstreu im Sinne des § 128 sind**.

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 – auch schon in den Eckpunkten des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015 auf S. 8 erwähnten - Registers. Damit könnten öffentliche Auftraggeber frühzeitig 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.

³ Glaser, S. 76.



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, Arbeitnehmer-sendegesetz 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. 5 Nr. 1, wozu nach der Gesetzesbegründung (S. 121) auch eine rechtskräftige Verurteilung nach § 266 a StGB wegen des Vorenthaltens und Veruntreuens 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.

Allerdings stellt die Möglichkeit der Selbstreinigung nach § 123 Abs. 5 S. 2 GWB-E eine zu hohe Hürde für die Bejahung des § 123 Abs. 5 Nr. 1 GWB-E dar. Dies schränkt die Wirksamkeit der Norm erheblich ein. Zudem ist nicht nachvollziehbar, warum § 266 a StGB nicht in den Katalog des § 123 Abs. 1 GWB-E aufgenommen worden ist. Dies würde seiner besonderen strategischen Bedeutung insbesondere für die Sozialversicherungsträger - und mittelbar auch für die Beschäftigten - eher gerecht werden. Daher fordert der DGB die Aufnahme des § 266 a StGB in den Katalog zwingender Ausschlussgründe nach § 123 Abs. 1 GWB-E, und zwar etwa als zu ergänzender Ziffer 12.

Weiterhin fehlt in § 123 Abs. 1 GWB-E die Aufzählung der Nichtabführung von Beiträgen an gemeinsame Einrichtungen der Tarifvertragsparteien i.S.v. § 4 Abs. 2 TVG als zwingender Ausschlussgrund. Solche Fälle sind als Betrugsfälle iSd. § 263 StGB zulasten der Kassen der gemeinsamen Einrichtungen einzuordnen. Es wird daher vorgeschlagen, § 123 Abs. 1 Nr. 4 wie folgt zu ergänzen:

„§ 263 StGB (Betrug), soweit sich die Straftat gegen den Haushalt der EU oder gegen Haushalte richtet, die von der EU oder in ihrem Auftrag verwaltet werden **oder zulasten der gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien i.S.v. § 4 Abs. 2 TVG erfolgt.**“

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 Gesetzes-



begründung (S. 123), dass damit auch Tarifverträge gemeint sind, an die das jeweilige Unternehmen gebunden ist. Dies stärkt die Geltungskraft von Regelungen des Arbeits- und Sozialrechts und von Tarifverträgen im Besonderen.

Zu kritisieren ist allerdings, dass ein Verstoß gegen das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht nach Nr. 1 nur einen fakultativen und keinen zwingenden Ausschlussgrund darstellt.

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 Abs. 1 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.

In diesem Zusammenhang kritisiert der DGB, dass außer den Ausschlussgründen und Kündigungsmöglichkeiten keine weiteren Regelungen zur Kontrolle und Sanktionen vorgesehen sind. Der DGB fordert hier mit Nachdruck eine Nachbesserung im weiteren Gesetzgebungsverfahren. Zu den Einzelheiten hierzu wird auf die Ausführungen unter Punkt 11 verwiesen.

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 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 mit ein.⁵ Außerdem ermöglicht die Richtlinie 2014/24/EU in Art. 67 Abs. 2 Unterabs. 3 den Mitgliedstaaten, den öffentlichen Auftraggebern vorzuschreiben, nicht ausschließlich preis-

⁴ So auch Glaser, S. 41.

⁵ Glaser, S. 33.



oder kostenbezogene Merkmale zugrunde zu legen, sondern zugleich auch umweltbezogene oder soziale Kriterien zwingend zu berücksichtigen.⁶ Der DGB und seine Mitgliedsverbände fordern dringend, diese von der Richtlinie eröffnete zentrale Chance zur strategischen Verwendung öffentlicher Mittel zu nutzen und damit gleichzeitig für größere Rechtssicherheit zu sorgen.

Positiv fällt auf - und wird auch durch die Gesetzesbegründung bestätigt (S. 130) -, dass nach Abs. 3 ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand auch dann besteht, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf den Handel mit einer Leistung bezieht. Damit können Kriterien wie fairer Handel bei Auftragsvergabe in Zukunft als Zuschlagskriterium begründet werden.

Weniger erfreulich ist allerdings die komplett fehlende Umsetzung der zwingenden Vorgaben aus Art. 69 Abs. 3 Unterabs. 2 Richtlinie 2014/24/EU. Hiernach lehnen öffentliche Auftraggeber das Angebot ab, wenn sie festgestellt haben, dass das Angebot ungewöhnlich niedrig ist, weil es den geltenden Anforderungen gem. Art. 18 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU 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 zudem 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. Daher sollte diese Vorgabe aus der Vergaberichtlinie in einem eigenen Absatz in § 127 GWB-E geregelt werden.

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. 131), sollte ein solcher aus Klarstellungsgründen im Gesetzestext erfolgen (dazu siehe bereits oben unter Punkt II.1.). Dazu könnte in Absatz 1 ein Bezug auf die **„geltenden nationalen und internationalen rechtlichen Verpflichtungen“** aufgenommen werden.

Die Aufzählung der verschiedenen Kriterien in Absatz 2 S. 2 ist nach der Gesetzesbegründung nicht abschließend gemeint (siehe Gesetzesbegründung S. 132). Da sich das aber nicht aus dem Wortlaut der Norm ergibt, wäre die Einfügung eines „insbesondere“ zur Vermeidung von Missverständnissen empfehlenswert.

⁶ Glaser, S. 37.



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

Laut Gesetzesbegründung auf S. 132 soll § 129 GWB-E die bisherige Ermächtigungsklausel für die Landesgesetzgeber im § 97 Abs. 4 S. 3 GWB aufgreifen und 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

a) Allgemein zu sozialen Dienstleistungen

Mit § 130 GWB-E werden Artikel 74 ff. der Richtlinie 2014/24/EU umgesetzt. Artikel 74 ff. unterstellen bestimmte soziale und andere besondere Dienstleistungen erleichterten Beschaffungsregelungen, die im Einzelnen im Anhang XIV der Richtlinie 2014/24/EU aufgeführt sind. Dazu zählen unter anderem Arbeitsmarktdienstleistungen. Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften begrüßen die Vorgabe der Richtlinie 2014/24/EU, für die sozialen Dienstleistungen ein vereinfachtes Vergabeverfahren zu schaffen. Daher wird auch grundsätzlich die im Gesetzentwurf enthaltene Begründung zur Umsetzung der Regelungen zu sozialen und besonderen Dienstleistungen in der Richtlinie 2014/24/EU begrüßt.

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. Der Erwägungsgrund 114 der Richtlinie 2014/24/EU hebt hervor, dass Dienstleistungen im Sozial-, Gesundheits- und im Bildungsbereich eine begrenzte grenzüberschreitende Dimension haben. Dienstleistungen unter dem Schwellenwert sind in der Regel für Dienstleister aus anderen Mitgliedsstaaten nicht von Interesse.

b) Klarstellungen im Gesetz vornehmen: 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 besondere Einschränkungen oder Vo-



raussetzungen zu schaffen. Ein eigenes vereinfachtes Vergaberegime für soziale Dienstleistungen ist trotz der Vorgaben der Richtlinie 2014/24/EU, trotz entsprechender Hinweise in der Gesetzesbegründung auf S. 134 und trotz der Vorgaben im Eckpunktepapier des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015 nicht geschaffen worden.

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. Auch Art. 76 Abs. 2 S. 1 Richtlinie 2014/24/EU wurde nicht umgesetzt. Danach gewährleisten die Mitgliedsstaaten, dass die öffentlichen Auftraggeber der Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen, der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer und dem Aspekt der Innovation Rechnung tragen. Damit stellt die Richtlinie 2014/24/EU klar, dass die Ziele des Sozialrechts, wie Art. 76 Abs. 2 sie beispielhaft aufzählt, nicht von der Verfahrenslogik des Vergaberechts überlagert werden dürfen, wenn sich Transparenz und Chancengerechtigkeit des Auswahlvorgangs auch anderweitig sicherstellen lassen.

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern den Gesetzgeber auf, diese Grundsätze zu berücksichtigen. Die in den Artikeln 74 und 76 Abs. 1 und Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU aufgeführten Tatbestände sind in das Gesetz aufzunehmen. Insbesondere ist im neuen GWB-E ein besonderes Vergaberegime für soziale Dienstleistungen zu schaffen. Als Verfahrensarten kommen dabei insbesondere das Verhandlungsverfahren, der wettbewerblicher Dialog und die Innovationspartnerschaft (bei Neukonzeptionen) in Betracht. Dies schafft Klarstellungen für die Praxis.

c) Insbesondere: Qualitätswettbewerb sicherstellen

Soziale Dienstleistungen und insbesondere für Arbeitsmarktdienstleistungen sind durch zwei konstitutive Merkmale gekennzeichnet:

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

Dies bedeutet, dass sie gekennzeichnet sind durch ein hohes Maß an Heterogenität und Individualität (personalisiert) 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 der 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 Qualität und Erfahrung des Personal als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden, wenn die Qualität des Personal 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 aus der Richtlinie 2014/24/EU. Qualifikation und Erfahrung des eingesetzten Personals sind im Vergabeverfahren gesondert zu gewichten. Dabei sind Aspekte der Struktur-, Prozess- und Ergebnisqualität zu berücksichtigen. Der DGB fordert eine Umsetzung dieser Vorgaben für soziale Dienstleistungen in das Gesetz (und nicht etwa „nur“ in die Rechtsverordnung). Damit ließe sich die bestehende Praxis bei Arbeitsmarktdienstleistungen in Deutschland beheben, die nicht die Erfahrungen, Einfühlungsvermögen und Qualifizierung des eingesetzten Personals berücksichtigt.

Im Ergebnis muss es dem Auftraggeber möglich sein, konkrete Anforderungen an die Art der Beschäftigung zu definieren. Denn die Festsetzung von Mindestlöhnen oder Tariflöhnen ist wirkungslos, wenn die Auftragnehmer die Beschäftigten beliebig durch Honorarkräfte ersetzen können.

Weitergehende Ausformungen o.g. Grundsätze sollten im Rahmen der anstehenden Überarbeitung der Rechtsverordnungen berücksichtigt werden. So sollte z.B. die Gewichtung der Organisation, der Qualifikation und der Erfahrung des mit der Durchführung des betreffenden Auftrags betrauten Personals in § 4 Abs. 2 VgV **von 25% auf 40%** erhöht werden. Zudem ist auch sicherzustellen, dass bei Vorliegen von Mindestlöhnen nach dem Gesetz oder nach allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen **Honorarkräfte** analog zu abhängig Beschäftigten vergütet werden. Ebenso sollte der Anteil befristet Beschäftigter bei den Trägern beschränkt werden.



d) Rehabilitationsleistungen nach dem SGB VI

Der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften gehen davon aus, dass Leistungen der medizinischen Rehabilitation nach dem SGB VI auch weiterhin nicht dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) unterfallen. Eine eindeutige, klarstellende Formulierung ist jedoch weder dem Gesetzesentwurf selbst noch der Begründung zu entnehmen. Hier besteht jedoch dringend Klarstellungsbedarf.

Dies gilt umso mehr, als die Gesetzesbegründung die Regelungen der SGB II, III und IX ausdrücklich nennt. Auch bei den Rehabilitationsleistungen nach dem SGB VI handelt es sich um Leistungen zu Wiederherstellung und Erhalt der Erwerbsfähigkeit und damit zur Eingliederung in den Arbeitsmarkt. Willkürlich erscheinende Differenzierungen nach dem Träger der Rehabilitationsleistung sorgen für zusätzliche Komplexität und führen zu widersprüchlichen Ergebnissen, die letztlich zu Lasten der Rehabilitand/innen gehen.

Die Anwendung des Vergaberechts auf Rehabilitationsleistungen würde nicht das Leistungsniveau verbessern, sondern – zumindest langfristig – Kostenaspekten eine unangemessen hohe Bedeutung zumessen. Damit würde ein Unterbietungswettbewerb eröffnet, der zu Lasten der Versicherten und der Qualität der Leistungserbringung ausgetragen würde. Das hohe Qualitätsniveau der Leistungen zur Rehabilitation nach dem SGB VI darf – auch nicht unter dem Vorwand höherer Transparenz – nicht zur Disposition stehen.

Für den Erfolg einer Maßnahme können auch Faktoren maßgeblich sein, die im Rahmen eines europaweiten Vergabeverfahrens nicht ausreichend berücksichtigt werden könnten, etwa Wohnortnähe und subjektive Bedürfnisse der Versicherten.

9. § 131 GWB-E – Vergaben im Eisenbahnbereich

a) Zum Thema Personalüberleitung (§ 131 Abs. 3 GWB-E)

Der DGB begrüßt die Regelung in § 131 Abs. 3 GWB-E. Damit kann der öffentliche Auftraggeber (für den Schienennahverkehr/SPNV und öffentlichen Personennahverkehr/ÖPNV: Aufgabenträger genannt) den neuen Betreiber verpflichten, 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.

Der DGB hält jedoch die optionale Regelung („Kann-Vorschrift“) für nicht ausreichend, um Lohn- und Sozialdumping infolge von öffentlichen Ausschreibungen von Personenverkehrsdienstleistungen konsequent Einhalt zu 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-Mitgliedsstaaten wie Dänemark, Niederlande, UK, Frankreich und Italien eine verbindliche Vorgabe („Muss-Vorschrift“) in das Vergaberecht aufnehmen:

„(3) 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 und im ÖPNV. 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 Eisenbahnerinnen und Eisenbahner, ihre Familien und ihre Lebensplanung 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 die Beschäftigten 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.

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

Der DGB begrüßt es, dass die interne Vergabe für den ÖPNV und 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 Auftragsgeber zusätzliche Optionen, um auf besondere Situationen (z.B. spezifische technische Bedingungen bei der Infrastruktur, Übergangsphasen durch die Neustrukturierung der Vergabernetze, durch Elektrifizierung oder andere Änderungen an der Infrastruktur) reagieren zu können.



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 umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften (...) durch Unterauftragnehmer mittels geeigneter Maßnahmen der zuständigen nationalen Behörden, wie etwa Arbeitsaufsichtsbehörden oder Umweltschutzagenturen, 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 und seine Mitgliedsgewerkschaften fordern dringend eine Umsetzung von Art. 71 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU auf Gesetzesebene. Der Gesetzgeber muss danach 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 in Anhang X der Richtlinie aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind. Diese Verpflichtung muss sich auch auf die Unterauftragnehmer erstrecken. So wird in der juristischen Fachliteratur betont, dass die Bindung an die ILO-Kernarbeitsnormen und die Erstreckung aller umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Pflichten auf sämtliche Unterauftragnehmer ausdrücklich zu regeln ist.⁷

Insbesondere sollte der Auftragnehmer stets verpflichtet werden, eine schriftliche Genehmigung des öffentlichen Auftraggebers zur Übertragung der Leistung oder von Leistungsteilen an Nachunternehmern einzuholen. Die Genehmigung 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.

⁷ Glaser S. 76 (auch mit weiteren Nachweisen aus der Literatur).



Verstöße gegen diese Pflichten sind angemessen zu sanktionieren, z.B. durch die Pflicht zur Ersetzung des Nachunternehmers, Entzug des Auftrags, Vertragsstrafen oder einen zwingenden befristeten Ausschluss von der Teilnahme an Vergabeverfahren. Die Regelungen im GWB-E dazu wären entsprechend anzupassen (z.B. § 123 GWB-E). Gerade vor diesem Hintergrund ist eine Regelung auf Gesetzesebene aus Gründen der Rechtssicherheit und Transparenz geboten.

11. Kontrollen und Sanktionierung von Verstößen

Der Referentenentwurf sieht zwar die Berücksichtigung sogenannter „strategischen Ziele“ bei der öffentlichen Auftragsvergabe grundsätzlich vor, trifft aber – abgesehen von den Regelungen zu den Ausschlussgründen und den Kündigungsmöglichkeiten - keinerlei 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 würden die vom Referentenentwurf - in Ansätzen - geregelte und von den europäischen Vergaberichtlinien geforderte Umsetzung strategischer Ziele nur rein deklaratorisch bleiben. Alle Vergabestellen und Auftragnehmer öffentlicher Aufträge müssen deutlich daran erinnert und dazu verpflichtet werden, die strategischen Ziele auch umzusetzen, da nur so nachhaltig die Verhinderung eines Verdrängungswettbewerbes über die Lohnkosten, die Bekämpfung der Arbeitslosigkeit, der Schutz von tarifgebundener Beschäftigung, die Erhaltung von gesellschaftlich wünschenswerten Arbeitsbedingungen und sozialen Standards, die Entlastung der Systeme der sozialen Sicherung 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) voll ausgenutzt werden. Dies umso mehr, als die Kontroll- und Sanktionskapazitäten der allgemein zuständigen, personell nicht ausreichend ausgestatteten Finanzkontrolle Schwarzarbeit der Zollverwaltung spätestens mit Einführung des gesetzlichen Mindestlohns an ihre Grenzen gelangt sind.

Vor diesem Hintergrund fordern der DGB und seine Mitgliedsgewerkschaften 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 Verstößen gegen die Einhaltung der Mindestarbeitsbedingungen durch die Auftragnehmer und deren Nachunternehmer bzw. Verleiher (insbesondere Vertragsstrafen, Recht zur fristlosen Kündigung, etc.) bundeseinheitlich geregelt werden, ohne darüber hinausgehende Regelungen auf Länderebene zu gefährden.



12. § 149 Nr. 9 GWB-E – Besondere Ausnahmen von Konzessionsvergaben

Der DGB begrüßt es ausdrücklich, dass wichtige Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge wie die Wasserversorgung von der Anwendung des GWB ausgenommen wurden und damit 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“, right2water, zurückzuführen.

Die Gewerkschaften haben sich von Anfang an für die komplette Ablehnung der EU-Dienstleistungskonzessionsrichtlinie ausgesprochen, weil damit auch so sensible Bereiche der öffentlichen Daseinsvorsorge wie die Wasserversorgung unter die strengen Wettbewerbsregeln des europäischen Vergabegesetzes gefallen wären und privaten Gewinninteressen Tür und Tor geöffnet hätten.

Die ursprünglich vorgesehene Regelung für die Vergabe von Konzessionen im Wasserbereich hätte unter Umständen Nachteile für die Arbeitsbedingungen der Beschäftigten, eine nachlassende Qualität der öffentlichen Daseinsvorsorge, höhere Preise für die Verbraucherinnen und Verbraucher und die Beschneidung des Selbstverwaltungsrechts der Kommunen mit sich bringen können.

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. Dazu wurde eine Vergleichsstudie in Auftrag gegeben, die eine Bestandsaufnahme des Wassersektors in den sieben Mitgliedstaaten Deutschland, Spanien, Frankreich, Ungarn, Polen, Großbritannien und Schweden bringen soll. Dazu werden in Deutschland u.a. der Verband Kommunaler Unternehmen und die Allianz für öffentliche Wasserwirtschaft interviewt.

Diese Evaluierung gilt es sorgsam zu beobachten. Die Bundesregierung ist auch weiterhin in der Pflicht darauf zu achten, dass öffentliches Eigentum und öffentlich vergebene und kontrollierte Dienstleistungen nicht in Gefahr geraten, indem Private das risikoarme Geschäft auf öffentlich finanzierter Infrastruktur betreiben und dabei vor allem die Gewinne vor Augen haben.

13. § 108 GWB-E – Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit

Grundsätzlich begrüßenswert ist die Klarstellung über öffentlich-öffentliche Partnerschaften, interkommunale Zusammenarbeit und Inhouse-Vergaben in § 108 GWB-E.



Allerdings muss die Gesetzesbegründung zu § 108 Abs. 6 GWB-E kritisiert werden. Danach soll es „unerheblich“ sein, ob an öffentlichen Auftraggebern nach § 99 Nummer 1 bis 3 „eine private Kapitalbeteiligung besteht“. In der Konsequenz bedeutet das, dass auch öffentliche Auftraggeber mit einer privaten Kapitalbeteiligung die Ausnahmeregelung für die horizontale Zusammenarbeit in Anspruch nehmen können. Nach dieser Auslegung könnten auch öffentlich-private Partnerschaften vergaberechtsfrei zustande kommen. Diese weite Auslegung ist nach Auffassung des DGB nicht von den Formulierungen der Richtlinie gedeckt. Dies schafft Anreize für neue Konstruktionen von öffentlich-privaten Partnerschaften und für Umgehungen der Vergaberichtlinie.

III. Fazit

Dieser Referentenentwurf 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 Kontrolle 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 und seine Mitgliedsgewerkschaften erwarten 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.