

Neues Vergaberecht erlaubt soziale und umweltbezogene Aspekte

Die Weiterentwicklung des Vergaberechts schreitet Schritt für Schritt voran. Bereits zum Frühjahr letzten Jahres wurde das Kartellvergaberecht (vierter Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)) geändert.

Wesentlicher Bestandteil aller Vergabeverfahren ist der Wettbewerbsgrundsatz, wonach ein echter Bieterwettbewerb nur möglich ist, wenn jeder Bieter die ausgeschriebene Leistung in Unkenntnis der Angebote, der Angebotsgrundlagen und der Angebotskalkulation seiner Mitbewerber anbietet (Geheimwettbewerb).

1. Soziale und umweltbezogene Aspekte sind nach dem neuen Vergaberecht möglich

Nunmehr lässt § 97 Abs. 4 GWB jedoch die bislang als vergabefremd bezeichneten sozialen und umweltbezogenen Aspekte durchaus zu. So heißt es nunmehr in § 97 Abs. 4 S. 2 GWB: **„Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben“**. Satz 1, wonach „Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben [werden]“, blieb unverändert.

Gemäß § 97 Abs. 4 GWB sind zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge alle Unternehmen zugelassen, welche das nötige Fachwissen sowie die erforderliche wirtschaftliche und technische Leistungsfähigkeit mitbringen, um den vorgesehenen Auftrag zu erfüllen, und insofern „geeignet“ sind. Hierzu zählt insbesondere die Zuverlässigkeit, die davon ausgeht, dass alle Unternehmen die deutschen Gesetze einhalten. Dazu zählen auch **die für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge** wie auch die Entgeltgleichheit von Männern und Frauen. Auch die international vereinbarten Grundprinzipien und Rechte, wie die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation zum Verbot der Kinder- und Zwangsarbeit sind zwingender Bestandteil unserer Rechtsordnung und damit der Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte nicht beachten, müssen prinzipiell aufgrund fehlender Zuverlässigkeit vom Wettbewerb um öffentliche Aufträge ausgeschlossen werden. Es kann dennoch sinnvoll sein, in den Ausschreibungstexten auf diese Normen hinzuweisen.

Im Rahmen der Wirtschaftlichkeit können weitere soziale, umweltbezogene und innovative Aspekte bei der Vergabe Berücksichtigung finden. Dazu gehört insbesondere der **Klimaschutz** – zum Beispiel durch Beachtung von Lebenszykluskosten und Energieeffizienz. Durch die Beschreibung der Leistung als **„Strom aus erneuerbaren Energiequellen“** oder **„Recyclingpapier“** können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrags vorgegeben werden.

2. Kann die Bezahlung nach Tarif bei der Ausschreibung vorgeschrieben werden?

Immer wieder wird die GAR mit der Frage konfrontiert, ob eine faire Bezahlung von Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern Gegenstand eines öffentlichen Wettbewerbsverfahren sein kann. Kern der Frage ist es, ob Mindestlöhne und Tariftreue Gegensatz eines öffentlichen Wettbewerbsverfahrens sein können.

Wir wollen hier den aktuellen Diskussionsstand wiedergeben:

- a) **Allgemeinverbindliche Tarifverträge müssen nach geltendem Recht angewendet werden:** Sofern ein Tarifvertrag, der Aussagen zur Vergütung der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter enthält (bspw. Vergütungstarifvertrag), für allgemeinverbindlich erklärt wurde

(§ 5 Abs. 4 TVG), gelten die dort vorgesehenen Vergütungsregelungen für alle Arbeitnehmer und Arbeitgeber – auch für nicht tarifgebundene Arbeitnehmer und Arbeitgeber. **Folglich sind die für allgemeinverbindlich erklärten Vergütungsregelungen in den Tarifverträgen auch von Unternehmen, die sich an einem öffentlichen Wettbewerbsverfahren beteiligen, anzuwenden.** In den Verdingungsunterlagen kann auf die für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge hingewiesen werden. Nach der Novellierung des Vergaberechts ist meines Erachtens ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag (§ 5 TVG) als „sozialer Aspekt“ (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB) Bestandteil eines Wettbewerbsverfahrens.

- b) **Mindestlohn nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)¹: muss nach geltendem Recht angewendet werden.** Sofern eine bestimmte Branche in das AEntG aufgenommen ist, können zwingende Arbeitsbedingungen und Mindestentgeltsätze durch das Bundesministerium für Arbeit und Soziales im Zuge einer Rechtsverordnung erlassen werden.

Wir stellen dies am Bsp. der Abfallwirtschaft dar:

- a. Die Abfallwirtschaft ist eine der in das AEntG (Entsendegesetz) einbezogenen Branchen (§ 4 Ziffer 7 AEntG; weitere Branchen sind das **Bauhaupt- und –nebergewerbe, die Gebäudereinigung, die Briefdienstleistungen, die Sicherheitsdienstleistungen, die Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken, die Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft und die Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch**).
- b. Der Mindestlohn ist zwingend vorgeschrieben, wenn das Bundesministerium für Arbeit und Soziales dies durch Rechtsverordnung geregelt hat (§§ 3, 4, 7 AEntG). Dies ist für die Abfallwirtschaft geschehen. Nach § 5 Ziffer 1 AEntG müssen Mindestentgeltsätze bezahlt werden. Für die Abfallwirtschaft gibt es einen gültigen Mindestlohntarifvertrag, welcher ein § 2 Abs. 1 einen Mindestlohn von 8,02 Euro je Stunde vorsieht.

Folglich sind die über das AEntG geltenden Mindestentgeltsätze auch von Unternehmen, die sich an einem öffentlichen Wettbewerbsverfahren beteiligen, anzuwenden. In den Verdingungsunterlagen kann hierauf hingewiesen werden.

Problemfall: Es gibt keinen Tarifvertrag der für allgemeinverbindlich erklärt wurde und es gibt keinen Mindestlohn, der für allgemeinverbindlich erklärt wurde

Noch keine gesicherte Aussage gibt es zu der Frage, ob die Mitarbeiterbezahlung, die nicht über für allgemeinverbindlich erklärte Tarifverträge oder das AEntG geregelt ist, rechtssicher in einer Ausschreibung vorgegeben werden kann. Der EuGH hat im Urteil vom 03.04.2008 (Dirk Ruffert / Land Niedersachsen)² in einem Verfahren zur Vergabe von Bauleistungen die Zugrundelegung eines Lohnsatzes nach dem Baugewerbetarifvertrag für unzulässig erachtet, da der Baugewerbetarifvertrag nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde und daher der freie Dienstleistungsverkehr eingeschränkt werde. Ob die Mitarbeiterbezahlung als „sozialer Aspekt“ (§ 97 Abs. 4 S. 2 GWB) Bestandteil eines Wettbewerbsverfahrens sein kann, bleibt abzuwarten. Auf kommunaler Ebene sind wir an einer Klärung dieser Frage interessiert und raten Euch, folgende Anfrage zu stellen: „Welche Möglichkeiten gibt es, das Bezahlen von Tariflöhnen bei der Vergabe zu berücksichtigen, wenn der Tariflohn nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurde, sich nicht aus dem AEntG ableiten lässt und wenn es kein Tariftreuegesetz gibt?“

¹ Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen für grenzüberschreitend entsandte und für regelmäßig im Inland beschäftigte Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen (Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)).

² EuGH, Urteil vom 03.04.2008 - C-346/06.

3. Gleiche Bezahlung von Frauen und Männern als sozialer Aspekt in der Ausschreibung möglich.

Die gleiche Bezahlung von Frauen und Männern bei den jeweils ausgeschriebenen Aufträgen kann als sozialer Aspekt Eingang in die Ausschreibung finden. Wir zitieren daher aus der von der damaligen CDU-/SPD-geführten Bundesregierung dargelegten Begründung für ein Änderungsgesetz zur Modernisierung des Vergaberechts³:

Zu den Anforderungen, die insbesondere soziale Aspekte betreffen können, sind auch Maßnahmen zur gleichberechtigten Teilhabe von Frauen und Männern im Erwerbsleben zu rechnen. Das betrifft insbesondere die Sicherstellung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei der konkreten Ausführung eines Auftrages. Entsprechende Anforderungen können in der Leistungsbeschreibung und bei der Auftragsvergabe gestellt werden. Im Übrigen gehört die Entgeltgleichheit von Frauen und Männern zu den international über das EG-Recht vereinbarten Grundprinzipien, deren Beachtung zu der erforderlichen Zuverlässigkeit gehört.

Für dieses Jahr steht die Novellierung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung (VgV)) an, welche dann zur Anwendung der bereits geänderten Verdingungsordnungen für Leistungen (VOL), für Bauleistungen (VOB) und freiberufliche Leistungen (VOF) führen wird.

Sobald die Novellierung der Vergabeverordnung vorliegt, werden wir an dieser Stelle erneut über das Vergaberecht informieren.

Andreas Schwarz

³ Entwurf der Bundesregierung für ein Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts, BT-Drs 16/10117, S. 16.