

„Den Guten eine Chance“

Leitfaden zur Vergabe von Verkehrsdienstleistungen Die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren

Im Auftrag von mobifair – für fairen Wettbewerb in der Mobilitätswirtschaft e. V.

Erstellt durch: Wolfgang Trautner
Rechtsanwalt
Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht
Fachanwalt für Verwaltungsrecht
Lehrbeauftragter Vergaberecht (FH)

Dr. Christof Schwabe, LL.M.
Rechtsanwalt

S•N•P | SCHLAWIEN • NAAB • PARTNERSCHAFT

Darmstädter Landstraße 184
60598 Frankfurt am Main
www.snp-online.de
Aktenzeichen: 04287-09/CS/SR

I.	Einleitung	3
II.	Soziale Kriterien im Vergabeverfahren: Übersicht	5
III.	Soziale Kriterien im Vergabeverfahren: Details	6
1.	<i>Der Bereich oberhalb der europäischen Schwellenwerte</i>	6
a)	Bedarfsfeststellung und Leistungsbeschreibung	6
b)	Zusätzliche besondere Auftragsbedingungen	7
	<i>Exkurs: Abforderung von Tariftreuerklärungen</i>	8
c)	Eignungsprüfung	9
d)	Zuschlagskriterien	10
e)	Solidaritätsgrundrechte in der seit dem 01.12.2009 verbindlichen Charta der Grundrechte der EU	11
2.	<i>Der Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte</i>	13
IV.	Formulierungsbeispiele für besondere Auftragsbedingungen	14
1.	<i>Beispielsklauseln zur Tariftreue im Sektor Verkehr</i>	14
2.	<i>Beispielklauseln für Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007</i>	15
3.	<i>Vertragsklausel zur Beschäftigung Langzeitarbeitsloser / älterer Arbeitnehmer / Frauen:</i>	17
V.	Formulierungsbeispiele Eignung	18
1.	<i>Nachweise und Eigenerklärungen</i>	18
2.	<i>Qualifikationen, Fachkunde und damit verbundene Effekte</i>	18
3.	<i>Präqualifikation</i>	19
VI.	Zuschlagskriterien am Beispiel einer Bewertungsmatrix	22

I. Einleitung

Dass soziale Aspekte in Vergabeverfahren einbezogen werden können und sollen, ist eine sich schon seit Langem durchsetzende Erkenntnis. Soziale Aspekte sind beispielsweise faire Arbeitszeitregelungen, eine angemessene Qualifikation und die Zahlung von Tariflöhnen.

Richtig ist zwar nach wie vor: Die primären Zwecke des Vergaberechts sind erstens der wirtschaftliche Einkauf der öffentlichen Hand und zweitens die Sicherstellung des Wettbewerbs. Der Zwang zu wirtschaftlichem Verhalten stellt sicher, dass Steuergelder sparsam verwendet werden. Gleichzeitig verhindert er, dass der Staat seine Marktstärke missbraucht.

Dies ändert aber nichts daran: Öffentliche Auftraggeber dürfen Beschaffungsvorgänge sekundär mit der Einhaltung sozialer Aspekte verbinden. Der Ursprung und die rechtliche Grundlage der Sekundärzwecke sind die europäischen Vergaberichtlinien in ihrer Interpretation durch den Europäischen Gerichtshof. Er hat schon Ende der achtziger Jahre festgestellt, dass ein Beschaffungsvorhaben z.B. mit dem Einsatz einer bestimmten Anzahl von Langzeitarbeitslosen bedingt werden darf. Diese Rechtsprechung hat der europäische Gesetzgeber 2004 zum Anlass genommen, Sekundärzwecke in den europäischen Vergaberichtlinien zu verankern.

Angesichts dessen wird es heute für die öffentlichen Auftraggeber zu einer Frage der politischen Glaubwürdigkeit, sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für die Einhaltung sozialer Aspekte einzusetzen. Auch und gerade im Verkehrsbereich, der dem öffentlichen Beschaffungswesen unterfällt, sind im Stadium der Auftragsausführung sehr bedenkliche Entwicklungen zu verzeichnen. Stichpunkte hierfür sind unzureichende Qualifikationen, Doppelschichten, die Nichtzahlung von notwendigen Zulagen und die Nichtzahlung von repräsentativen Tariflöhnen.

Ursache dieser Entwicklungen ist, dass die Vergabepaxis bei Verkehrsdienstleistungen fast durchweg den Preis zum alleinigen Zuschlagskriterium nimmt.

Diese Fixierung des Wertungsprozesses auf den Preis nimmt den Bietern jeglichen Anreiz dazu, auf Qualitäts- und Sozialaspekte zu achten. Ganz im Gegenteil belohnt der reine Preiswettbewerb qualitative und soziale Kürzungen. Da bei Dienstleistungen der größte Spielraum für Einsparungen immer noch bei den Löhnen der Arbeitnehmer besteht, leistet der reine Preiswettbewerb letztlich einem Lohndumping Vorschub.

Die Rechtfertigung vieler öffentlicher Auftraggeber lautet bis heute: Wir würden gerne soziale Kriterien in Vergabeverfahren einbeziehen. Wir haben aber Bedenken hinsichtlich der Rechtsgrundlage, der praktischen Handhabung der Sekundärzwecke sowie der Nachprüfungsanfälligkeit. An repräsentativen Tariflöhnen als Ausschreibungsbedingung hindert uns das "Rüffert"-Urteil des Europäischen Gerichtshofes.

Offenbar herrschen vielerorts vage Befürchtungen vor. Möglicherweise besteht aber auch Unkenntnis über die geltende Rechtslage. Dass soziale Kriterien wie die Tariftreue in Vergabeverfahren nicht einbezogen werden könnten, entpuppt sich bei näherem Hinsehen als nicht haltbar:

Der Gesetzgeber hat mit der Novellierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 2009 die Vergaberichtlinien der Europäischen Union weiter umgesetzt. § 97 Abs. 4 GWB sieht heute ausdrücklich vor, die Beachtung sozialer Belange als zusätzliche Bedingungen für die Ausführung von Aufträgen zu verlangen. Im Bereich von Verkehrsdienstleistungen bestehen seit dem Inkrafttreten der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 weitere Sonderregelungen. Sie lassen es zu, dass öffentliche Auftraggeber die Auftragsvergabe an soziale Kriterien binden.

Dieser Leitfaden soll erstens aufzeigen, an welchen Stellen des Vergabeverfahrens soziale Aspekte berücksichtigt werden können. Zweitens soll er Handlungsanweisungen und Anwendungsbeispiele geben, wie die neuen Regelungen in einem Vergabeverfahren anzuwenden sind. Daher stellen die Kapitel I. bis III. die Berücksichtigung der sozialen Aspekte in einer abstrakten und die Kapitel IV. bis VI. in einer konkreten Form vor.

II. Soziale Kriterien im Vergabeverfahren: Übersicht

In welchen Phasen des Vergabeverfahrens können soziale Aspekte eine Rolle spielen? Dieser Frage sei am Beispiel des Ablaufs eines Nichtoffenen Verfahrens mit Teilnahmewettbewerb nachgegangen.

Die fett hervorgehobenen Punkte zeigen, dass soziale Aspekte maßgeblich an vier Stellen eines Vergabeverfahrens eine Rolle spielen können:

1. Bedarfsfeststellung und Kostenschätzung
2. **Erstellung der Vergabeunterlagen**
 - **Leistungsbeschreibung**
 - **zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung**
3. Bekanntmachung und Teilnahmewettbewerb
4. **Eignungsprüfung** (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit)
5. Teilnehmerauswahl
6. Aufforderung zur Abgabe eines Angebotes
7. Abgabe der Vergabeunterlagen
8. Angebotserstellung durch die Bieter
9. Ende der Angebotsfrist; Öffnung der Angebote (Submission)
10. **Prüfung und Wertung**
 - a) **Formelle Prüfung** (insbesondere Erfüllung der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung)
 - b) Nachträgliche Eignungsmängel
 - c) Angemessenheit der Preise
 - d) **Zuschlagskriterien** (z.B. Qualität, Arbeitnehmerbelange, andere soziale Zuschlagskriterien, Umweltschutz, Preis)
11. Vorinformation der unterliegenden Bieter (§ 101a GWB)
12. Zuschlag

III. Soziale Kriterien im Vergabeverfahren: Details

Zu unterscheiden sind die Bereiche ober- und unterhalb der europäischen Schwellenwerte. Oberhalb der Schwellenwerte gelten die Vorgaben der europäischen Vergaberichtlinien zu den sozialen Kriterien (s. oben I.). Der Bereich oberhalb der europäischen Schwellenwerte unterliegt im deutschen Vergaberecht einer separaten Regelung. Ihn regeln das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), die zweiten Abschnitte der Verdingungsordnungen VOB/A und VOL/A und die Sektorenverordnung.

1. Der Bereich oberhalb der europäischen Schwellenwerte

Wie bereits oben ausgeführt, können soziale Aspekte hauptsächlich an vier Stellen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden, namentlich bei der Leistungsdefinition, als zusätzliche Bedingungen für die Auftragsdurchführung, bei der Eignungsprüfung und beim Zuschlag.

a) Bedarfsfeststellung und Leistungsbeschreibung

Die Einleitung jedes Vergabeverfahrens bedarf zunächst einer Bedarfsbeurteilung und einer Kostenschätzung. Der öffentliche Auftraggeber muss feststellen, welche Bauleistungen, Dienstleistungen und Lieferungen er für das Projekt benötigt, wann diese zu erbringen sind und ggfs. welchen Normen sie entsprechen müssen. Schon bei der Bedarfsfeststellung stellt sich die Frage der Berücksichtigung sozialer Belange.

Spätestens bei der Vorbereitung der Vergabeunterlagen muss sich der öffentliche Auftraggeber darüber im Klaren sein, in welcher Art und Weise die Vergabe nach sozialen Maßstäben gestaltet werden soll. Die Vergabeunterlagen bestehen nicht nur aus der Leistungsbeschreibung. Sie bestehen auch aus dem Anschreiben (der Aufforderung zur Angebotsabgabe) und den sonstigen Verdingungsunterlagen.

*Merke: Bei der Erstellung der Vergabeunterlagen sollte an **soziale Standards im Rahmen der Leistungsbeschreibung und der Vertragsbedingungen** gedacht werden. Soziale Anforderungen an den*

Leistungsgegenstand können als Ausschlusskriterium oder dergestalt formuliert sein, ihre Erfüllung vor dem Zuschlag zu werten.

Soziale Aspekte können in der Leistungsbeschreibung ihren Niederschlag finden, indem sie die Art, Eigenschaft und Güte des Leistungsgegenstandes steuern, beispielsweise wenn in der Leistungsbeschreibung Barrierefreiheit als behindertengerechte Anforderung an den Bau eines Bahnsteiges, einer Haltestelle oder eines Busses gefordert wird. Bei der Ausschreibung von Verkehrsdienstleistungen sind entsprechende Anforderungen an die Barrierefreiheit von Arbeitsplätzen denkbar, die für körperlich Behinderte geeignet sind, zum Beispiel in Verkehrsleitzentralen.

b) Zusätzliche besondere Auftragsbedingungen

Neben der Möglichkeit soziale Aspekte in der Leistungsbeschreibung zu berücksichtigen kommen sie als "zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrages" in Betracht. Die gesetzliche Grundlage dafür ist § 97 Abs. 4 S. 2 GWB. Danach kann eine zusätzliche Bedingung für die Ausführung des Auftrages Berücksichtigung finden, wenn diese zusätzlichen Anforderungen in sachlichem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

*Merke: Soziale Aspekte können auch **als zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages** formuliert werden.*

Es gibt viele Möglichkeiten, soziale Aspekte als zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages festzulegen. Als beschäftigungsorientierte Bedingungen kann verlangt werden, dass der öffentliche Auftraggeber zu einem bestimmten Teil Arbeitssuchende, vor allem Langzeitarbeitslose oder ältere Arbeitnehmer einstellt. Auch kann die Beschäftigung einer bestimmten Zahl von Menschen mit Behinderungen bzw. der Einsatz von Auszubildenden für die Auftragsausführung verlangt werden. Ferner kann zur Förderung der Gleichstellung die Beschäftigung von Frauen und Männern zu gleichen Teilen bei der Auftragsausführung verlangt werden.

Die zusätzlichen Bedingungen für die Ausführung des Auftrages sind in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Kritisch und zugleich von hoher

praktischer Relevanz ist der erforderliche sachliche Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand. Er fehlt, wenn eine besondere Auftragsbedingung über den konkreten Auftrag hinaus den Betrieb des Auftragnehmers betrifft, wie z.B. allgemeine Ausbildungsquoten oder eine generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen im Betrieb. Solche Bedingungen sind unzulässig. Denn sie stellen allgemeine Bedingungen an die Bieterunternehmen und nicht an die konkreten Aufträge.

Exkurs: Abforderung von Tariftreuerklärungen

Auch die Abgabe einer Tariftreuerklärung durch den Bieter fällt unter die möglichen auftragsbezogenen zusätzlichen Auftragsbedingungen. Bei ihr geben die Auftraggeber in den Verdingungsunterlagen die Zahlung eines ortsüblichen Tarifentgelts für die Arbeitnehmer vor. Sie verlangen, dass die Bieter sich dieser Vorgabe unterwerfen. Tariftreuerklärungen fehlt nicht der sachliche Zusammenhang zum Auftragsgegenstand. Denn die Beachtung eines Mindestentgelts im Rahmen eines konkreten Auftragsverhältnisses dient sowohl der Durchsetzung der Arbeitnehmermotivation als auch der Qualitätssicherung der Arbeitsergebnisse.

Die Auftraggeber vertreten im Zusammenhang mit Tariftreuerklärungen sehr oft die Meinung, Tariftreuerklärungen seien nach der "Rüffert"-Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes pauschal rechtswidrig.

Letzteres ist jedoch so nicht richtig. Außerhalb der vom Arbeitnehmer-Entsendegesetz erfassten Branchen *kann* die Rüffert-Rechtsprechung zwar der Vorgabe von Mindest- oder Tariflöhnen in Vergabeverfahren entgegenstehen. Dies trifft aber nur zu, wenn die Zahlung des Tariflohnes die europäische Dienstleistungsfreiheit gefährdet, das heißt, wenn Arbeitnehmer aus dem EU-Ausland nicht nach Deutschland entsandt werden, weil ihre Arbeitgeber nicht das deutsche Tarifentgelt auszahlen können.

Den Verkehrssektor betrifft diese Problematik nicht. Nach Artikel 58 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der EU (AEUV) findet die Dienstleistungsfreiheit auf den Verkehrssektor keine direkte Anwendung. Daher gilt auch die Entsenderichtlinie nicht, sodass das Rüffert-Urteil auf den Ver-

kehrssektor nicht übertragen werden darf. Die Folge ist, dass Tariftreueklauseln auf der Basis von Tarifverträgen weiterhin möglich sind.

Zudem ist in Art. 4 Abs. 5 der VO (EG) Nr. 1370/2007 eine spezielle Ermächtigungsgrundlage zur Vorgabe sozialer Standards enthalten. Danach kann die zuständige Behörde im Rahmen einer Ausschreibung den neuen Betreiber verpflichten, wie bei einem Betriebsübergang die Arbeitnehmer des bisherigen Betreibers zu den alten Bedingungen zu übernehmen. Diese Ermächtigung zur Vorgabe sozialer Standards erlaubt in einem Erst-Recht-Schluss auch das Verlangen von Tariftreueerklärungen.

Auch Art. 4 Abs. 6 VO (EG) Nr. 1370/2007 kann als Rechtsgrundlage für Tariftreueerklärungen angesehen werden. Dies folgt zwar nicht direkt aus dem Wortlaut, jedoch aus dem Erwägungsgrund 17 der Verordnung.

Hinweis: Eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Zulässigkeit von Tariftreueerklärungen im SPNV bietet ein von mobifair in Auftrag gegebenes Rechtsgutachten der Rechtsanwaltskanzlei SNP Schlawien Naab vom 12.10.2009 (Quelle: <http://www.mobifair.eu>).

c) Eignungsprüfung

Die Kriterien für die Eignungsprüfung sind in § 97 Abs. 4 GWB abschließend aufgezählt. Nach dieser Vorschrift sind Eignungskriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit. Mit der Novellierung des GWB wurde das Merkmal der "Gesetzestreue" als viertes Eignungsmerkmal eingeführt. Die Gesetzestreue war bisher schon Bestandteil der Zuverlässigkeit. Mit der Erhebung zum eigenständigen Eignungskriterium soll deutlicher werden, dass nur Unternehmen zum Wettbewerb um öffentliche Aufträge zugelassen werden, die die deutschen Gesetze einhalten.

Unter das Merkmal der Gesetzestreue fallen arbeitsrechtliche Vorschriften wie etwa allgemeinverbindliche Tarifverträge, gesetzliche Mindestarbeitsbedingungen und Arbeitsschutzvorschriften. Auch die Entrichtung von Steuern und Sozialabgaben kann besonders abverlangt werden. Ein Angebotsausschluss wegen mangelnder Gesetzestreue setzt voraus, dass von den Bietern entsprechende Eignungsnachweise gefordert sind.

Beachtet werden sollte, dass die Anforderungen an die Eignung am wenigsten tauglich sind, um eine Berücksichtigung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren sicherzustellen. Die allgemeine Sozialkompetenz eines öffentlichen Auftraggebers oder der Nachweis von Referenzen bei der Eignungsprüfung stellt keineswegs sicher, dass die Leistung *im konkreten Fall* unter sozial adäquaten Bedingungen erbracht wird.

d) Zuschlagskriterien

Die Zuschlagskriterien korrespondieren mit den in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen an den Leistungsgegenstand. Die in den gesetzlichen Vorschriften genannten Zuschlagskriterien sind nicht abschließend. Sie sind vielmehr für soziale Aspekte offen.

§ 25 Nr. 3 Abs. 3 Sätze 2 und 3 VOB/A lauten:

"Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie **z.B.** Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend."

§ 25a Nr. 1 Abs. 1 Satz 1 VOL/A lautet:

"Der Auftraggeber berücksichtigt bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, **beispielsweise** Qualität, Preis, technischen Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist."

Es ist zwar richtig, dass die beiden Vorschriften soziale Zuschlagskriterien nicht explizit aufführen. Dasselbe gilt im Übrigen für Artikel 53 Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG, der die beiden Vorschriften umsetzt. Dass Zuschlagskriterien im sozialen Bereich zulässig sind, folgt aber aus dem ersten Erwägungsgrund der Vergabekoordinierungsrichtlinie:

"(...) Die vorliegende Richtlinie gründet sich auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien, wodurch klargestellt wird, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen (...)"

Dass soziale Aspekte zum Zuschlagskriterium gemacht werden dürfen, verdeutlicht zudem die nur beispielhafte Nennung der Zuschlagskriterien.

*Merke: Soweit **soziale Anforderungen** an den Leistungsgegenstand Raum zur Wertung geben, können sie in der **Wertung** bei den **Zuschlagskriterien** berücksichtigt werden.*

Zweckmäßigerweise wird die Wertung unter Verwendung einer Bewertungsmatrix durchgeführt, in der die Zuschlagskriterien samt Unterkriterien gewertet und bepunktet werden.

e) Solidaritätsgrundrechte in der seit dem 01.12.2009 verbindlichen Charta der Grundrechte der EU

Für die Beachtung sozialer Aspekte im Vergaberecht spricht seit kurzem auch eine grundrechtliche Dimension. Sie gilt es bei der Auslegung des deutschen Vergaberechts oberhalb der Schwellenwerte zu beachten.

Am 1. Dezember 2009 ist der Lissabon-Vertrag in Kraft getreten. Er reformiert die Verträge über die Europäischen Gemeinschaften und über die Europäische Union. Eine der wichtigsten Änderungen dieser Reform besteht darin, dass Art. 6 Abs. 2 EU-Vertrag die Charta der Grundrechte und die Verträge für rechtlich gleichrangig erklärt. Konkret bedeutet das: Die Grundrechte-Charta ist für die Mitgliedstaaten verbindlich, wenn sie Recht der Union durchführen (Art. 51 Grundrechte-Charta).

Das deutsche Vergaberecht führt Recht der Union aus. Denn es setzt in dem Bereich oberhalb der Schwellenwerte die europäische Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG und die Sektorenkoordinierungsrichtlinie 2004/17/EG um. Folglich findet die Grundrechte-Charta der EU auf das deutsche Vergaberecht oberhalb der Schwellenwerte Anwendung.

Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes sind die Vorgaben und Wertungen des Primärrechts bei der Auslegung von europäischen Richtlinien zu beachten. Die europäischen Richtlinien sind wiederum die Grundlage und der Auslegungsmaßstab für das nationale Recht, das diese Richtlinien umsetzt.

Legt man das deutsche Vergaberecht charta-konform aus, ist Artikel 31 der Grundrechte-Charta von grundlegender Bedeutung. Er lautet:

Artikel 31

Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

(1) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf gesunde, sichere und würdige Arbeitsbedingungen.

(2) Jede Arbeitnehmerin und jeder Arbeitnehmer hat das Recht auf eine Begrenzung der Höchstarbeitszeit, auf tägliche und wöchentliche Ruhezeiten sowie auf bezahlten Jahresurlaub.

Gemünzt auf die europäischen Vergaberichtlinien bedeutet das: Verbürgt die europäische Grundrechte-Charta gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen, muss dies bei der Auslegung der europäischen Vergaberichtlinien Berücksichtigung finden. Im Zweifel sind die Verfahren und Begrifflichkeiten dieser Richtlinien nach den Wertungen des europäischen Verfassungsrechts auszulegen. Dabei kann durch die Einbeziehung sozialer Kriterien in die Vergabeverfahren das grundrechtlich verbürgte Ziel gerechter und angemessener Arbeitsbedingungen erreicht werden. Das gleiche gilt für das deutsche Vergaberecht, soweit es oberhalb der Schwellenwerte die europäischen Vergaberichtlinien umsetzt.

Insbesondere bei der Ausschreibung von Dienstleistungen müssen die öffentlichen Auftraggeber fortan die Leistungsbeschreibung, die besonderen Auftragsbedingungen, die Eignungsanforderungen und die Zuschlagskriterien so verfassen, dass für die Auftragsausführenden gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen gewährleistet sind.

2. Der Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte

Die EU-Kommission hat mit der Verordnung 1177/2009 vom 30.11.2009 die Schwellenwerte für die Jahre 2010/2011 bekannt gemacht. Ab dem 01.01.2010 gelten die folgenden - reduzierten - Schwellenwerte für:

Baufträge:	4.845.000 Euro
Dienstleistungs- und Lieferaufträge:	193.000 Euro
Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich:	387.000 Euro

Bei Nichterreichen der Schwellenwerte des GWB ergibt sich die Verpflichtung zur Anwendung des Vergaberechts aus dem Haushaltsrecht.

Die jeweiligen Vorschriften der Länder und des Bundes verweisen auf die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) sowie weitgehend auf die Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen Teil A (VOL/A). Wichtig ist: Das Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte hat einen erheblich verminderten Rechtsschutz.

Unzutreffend ist die Meinung, im Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte gäbe es keine Rechtsgrundlagen für die Berücksichtigung sozialer Kriterien. Im Baubereich wurde der Sekundärzweck "Umwelteigenschaften" sowohl in § 9 (Beschreibung der Leistung) als auch in § 25 VOB/A (Wertung der Angebote) festgeschrieben. Diese Regelungen gehören zu den Basisparagrafen. Sie gelten ober- und unterhalb der Schwellenwerte. Ähnlich ist die rechtliche Entwicklung im Lieferungs- und Dienstleistungsbereich: Die bereits verabschiedete Reform der VOL/A 2009 wird in § 16 Abs. 8 VOL/A die Zuschlagskriterien und die Sekundärzwecke schwellenwertunabhängig gleich regeln.

*Merke: Nach der geltenden Rechtslage ist Berücksichtigung sozialer Aspekte **auch im Unterschwellenbereich zulässig.***

IV. Formulierungsbeispiele für besondere Auftragsbedingungen

Zusätzliche soziale Aspekte für die Ausführung eines Auftrags können nach dem oben Gesagten maßgeblich in den Vertragsunterlagen verankert werden. Indem der Bieter sein Angebot gemäß den Ausschreibungsbedingungen einschließlich der jeweiligen vertraglichen Regelungen abgibt, erklärt er sich mit ihnen einverstanden. Bei dem Auftragnehmer, der den Zuschlag erhält, wird der Inhalt der Regelungen verbindlicher Vertragsbestandteil.

1. Beispielsklauseln zur Tariftreue im Sektor Verkehr

- a) "Das Unternehmen verpflichtet sich, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das im Saarland für diese Leistungen in einem einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen (Tariftreueerklärung). Der öffentliche Auftraggeber bestimmt den anzuwendenden Tarifvertrag unter Berücksichtigung der weitreichenden Repräsentativität und unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen."
- b) "Das Unternehmen verpflichtet sich, mit der Tariftreueerklärung auch von seinen Nachunternehmern zu verlangen, dass sie ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen gewähren, die das Unternehmen selbst einzuhalten verspricht."
- c) "Das beauftragte Unternehmen und die Nachunternehmen verpflichten sich, dem Auftraggeber die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung auf dessen Verlangen jederzeit nachzuweisen."
- d) "Verstößt das beauftragte Unternehmen gegen eine Regelung nach [...], so kann der Auftraggeber für jeden schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 % des vertraglich vorgesehenen Entgelts (ohne Umsatzsteuer) verlangen; bei mehreren Verstößen kann eine Vertragsstrafe bis zu 10 % des Auftragswer-

tes verlangt werden. Das beauftragte Unternehmen ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch dann verpflichtet, wenn der Verstoß durch ein Nachunternehmen begangen wird und das beauftragte Unternehmen den Verstoß kannte oder kennen musste."

- e) "Bei einem mindestens grob fahrlässigen und erheblichen Verstoß gegen ... [Tarifreuepflicht, Auswahl der Nachunternehmen, Nachweis] ist der Auftraggeber zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt."
- f) "Verstößt der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmen mindestens grob fahrlässig oder mehrfach gegen die Verpflichtungen des [...] kann der Auftraggeber das betreffende Unternehmen oder Nachunternehmen für die Dauer von bis zu drei Jahren von seiner öffentlichen Auftragsvergabe ausschließen."

Quellenangabe:

Klauseln a) b) c): In Anlehnung an das "Bremische Gesetz zur Sicherung von Tarifreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe" vom 24.11.2009, BremGBI. S.476, den Entwurf der SPD-Landtagsfraktion eines "Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Saarland - Saarländisches Vergabe- und Tarifreuegesetz", LT-Drucksache 13/1769 vom 14.02.2008 und einen Vorschlag zu dem Entwurf eines Saarländischen Vergabe- und Tarifreuegesetzes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache "Rüffert" der Rechtsanwaltskanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll. vom 16.04.2009 im Auftrag der Dienstleistungsgewerkschaft Verdi

Klauseln d) e) f): In Anlehnung an das "Bremische Gesetz zur Sicherung von Tarifreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe" vom 24.11.2009, BremGBI. S.476 und den Gesetzesentwurf der Landesregierung Rheinland-Pfalz "Landesgesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen" (Landestarifreuegesetz), LT-Drucksache 15/1696 vom 27.11.2007

2. Beispielklauseln für Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Nach der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 kann der öffentliche Auftraggeber den zuschlagserhaltenden Bieter verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte einschließlich einer Tarifreueerklärung zu gewähren, auf die sie Anspruch

hätten, wäre ein Betriebsübergang erfolgt. Unter einem Betriebsübergang versteht man den Wechsel des Inhabers eines Betriebs oder Betriebsteils durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung. Bei der praktischen Handhabung der Anordnung eines Betriebsübergangs sind grundsätzlich zwei Vorgehensweisen denkbar. Die Verordnung selbst gibt kein Verfahren vor, so dass dem Auftraggeber ein Auswahlermessen zukommt.

- a) Zum einem kann der Auftraggeber in der Ausschreibung darauf hinweisen, dass er von der Ermächtigung des Art. 4 Abs. 5 VO (EG) Nr. 1370/2007 Gebrauch machen wird [Erzwungener Betriebsübergang].

"Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Behörde den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre."

Die Formulierung könnte lauten:

"Der Auftragnehmer übernimmt die Arbeitskräfte des bisherigen Betreibers zu den Konditionen, die diesen vom dem bisherigen Bieter gewährt wurden. Dabei handelt es sich um folgende Personen:

Namen: (...)

Die Behörde stellt mit dieser Anordnung fest, dass der Tatbestand eines Betriebsübergangs vorliegen soll. Zusammen mit der Zuschlagserteilung wird der Betriebsübergang dann durch einen Verwaltungsakt nach § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz herbeigeführt."

- b) Zum anderen kann der öffentliche Auftraggeber von den Bietern eine Erklärung fordern, mit der sich diese verpflichten, nach einer Zuschlagserteilung den jeweiligen Arbeitnehmern ein Angebot auf

Übernahme ihres Arbeitsverhältnisses zu einem entsprechenden Tariflohn zu unterbreiten. Der Bieter bindet sich mit einer Selbstverpflichtung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, die betroffenen Arbeitnehmer zu einem entsprechenden Tariflohn zu übernehmen. Der Auftraggeber kann mit vergabe- und vertragsrechtlichen Mitteln sicherstellen, dass den Arbeitnehmern tatsächlich ein entsprechendes Angebot unterbreitet wird.

Hierzu kann auf die Beispielsklauseln unter IV.1 verwiesen werden.

Quellenangabe:

Bayreuther, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2009, S. 582, 583

3. Vertragsklausel zur Beschäftigung Langzeitarbeitsloser / älterer Arbeitnehmer / Frauen:

"Der Auftragnehmer stellt für die Ausführung des Auftrages ... (hier: Anzahl oder Prozentzahl angeben) ältere Arbeitnehmer / Langzeitarbeitslose / Frauen ein. Verstößt der Auftragnehmer gegen diese Regelung, so kann der Auftraggeber eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 % des vertraglich vorgesehenen Entgelts (ohne Umsatzsteuer) verlangen. Das beauftragte Unternehmen ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch dann verpflichtet, wenn der Verstoß durch ein Nachunternehmen begangen wird und das beauftragte Unternehmen den Verstoß kannte oder kennen musste."

Quellenangabe:

In Anlehnung an den Gesetzesentwurf der Landesregierung Rheinland-Pfalz "Landesgesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen (Landestariftreugesetz), LT-Drucksache 15/1696 vom 27.11.2007

V. Formulierungsbeispiele Eignung

Zum Nachweis der Eignung kann die Vorlage von Nachweisen oder eine Eigenerklärung des Bieters verlangt werden. Darüber besteht die Möglichkeit, die Eignung mit einem Präqualifikationssystem nachzuweisen.

1. Nachweise und Eigenerklärungen

Wie bereits oben unter Kapitel III 1 c) angesprochen, sind Möglichkeiten, soziale Aspekte in der Eignungsprüfung zu verankern, sehr begrenzt.

Bei der Prüfung des Eignungsmerkmals "Zuverlässigkeit" können nach Artikel 45 Vergabekoordinierungsrichtlinie Nachweise oder eine Eigenerklärung über die Abführung der Sozialbeiträge abgefordert werden.

In der Bekanntmachung (unter Punkt III.2. Teilnahmebedingungen) könnte folgende Formulierung erfolgen:

"Angaben, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu prüfen.

Eine schriftliche Erklärung folgenden Inhalts:

Ich/wir erklären, dass wir der Verpflichtungen zur Zahlung der Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung ordnungsgemäß nachkommen.

Für die Erklärung nach [...] stellt der Auftraggeber ein Formular zur Verfügung, das verwendet werden kann."

Im Rahmen der Bekanntmachung und den Verdingungsunterlagen sollte der Hinweis erfolgen, dass Angebote, die die geforderten Angaben und Erklärungen nicht enthalten und an den dafür vorgesehenen Stellen nicht unterschrieben sind, ausgeschlossen werden.

2. Qualifikationen, Fachkunde und damit verbundene Effekte

Die Eignungskriterien Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit, Fachkunde und Gesetzestreue lassen wenige Spielräume dafür, unmittelbar soziale Aspekte abzufragen. Das Merkmal der Fachkunde kann jedoch dazu die-

nen, mittelbar soziale Belange in die Eignungsprüfung einfließen zu lassen.

Indem der öffentliche Auftraggeber mit der Fachkunde bestimmte Qualifikationen der Ausführungskräfte verlangt, kann er verhindern, dass unqualifiziertes Personal qualifizierte Arbeiten ausführt.

In der Vergabebekanntmachung (unter Punkt III.2.3 Technische Leistungsfähigkeit) könnte folgende Formulierung erfolgen:

"Angaben und Formalitäten, die erforderlich sind, um die Einhaltung der Auflagen zu überprüfen:

Schriftliche Nachweise zu der beruflichen Qualifikation jeder einzelnen Ausführungskraft

Möglicherweise geforderte Mindeststandards (falls zutreffend):

Gelernte Gleisbauer oder alternativ: Facharbeiter Gleisbau"

Diese Vorgehensweise kann vermeiden, dass unqualifiziertes Personal für qualifizierte Tätigkeiten herangezogen wird, ohne eine entsprechende Bezahlung zu erhalten. Wird eine bestimmte Qualifikation zur Eignungsvoraussetzungen gemacht, kann - branchenabhängig - unter Umständen als Nebeneffekt erreicht werden, dass eine angemessene Entlohnung stattfindet. Denn wenn die Qualifizierung mit einer bestimmten Lohnerwartung oder sogar bestimmten Tariflöhnen einhergeht, muss der Arbeitgeber diese Löhne auszahlen, um qualifiziertes Personal zu finden.

Quellenangabe:

Deutscher Städtetag (Hrsg.), Die Berücksichtigung sozialer Belange im Vergaberecht, Hinweise für die kommunale Praxis, Köln Berlin Bonn, Stand: September 2009; FERCO der europäische Verband der Gemeinschaftsverpflegung und EFAT der Europäische Verband der Gewerkschaften der Bereiche Lebensmittel, Landwirtschaft und Tourismus (Hrsg.), Leitfaden zum "wirtschaftlich günstigsten Angebot" in der Gemeinschaftsverpflegung, <http://www.contract-catering-guide.org>, Stand: September 2006

3. Präqualifikation

Im Rahmen einer Präqualifikation können potentielle Bieter nach speziellen Vorgaben unabhängig von einer konkreten Ausschreibung ihre Fach-

kunde und Leistungsfähigkeit vorab nachweisen. Präqualifikationssysteme werden von dem "Verein für die Präqualifizierung von Bauunternehmen e.V." und von dem "Hessischen Präqualifikationsregister" betrieben.

Verein für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V.
Konstantinstraße 38, 53179 Bonn
Telefon: 0228-94 37 77-0, Telefax: 0228-94 37 77-20
<http://www.pq-verein.de>

Auftragsberatungsstelle Hessen e.V.
Wilhelmstr.24 ,
65183 Wiesbaden
Telefon: 0611 974508-0, Telefax: 0611 974508-20
<http://www.hpqr.de>

Die Tariftreueerklärung Bund und die Tariftreueerklärung der Länder können bereits in Form von Eigenerklärungen in das Präqualifikationssystem des "Vereins für die Präqualifizierung von Bauunternehmen e.V." eingestellt werden. Allerdings können sie nur informativ entnommen werden und sind ohne Einfluss auf die Präqualifizierung.

Gemäß § 97 Abs. 4a GWB können öffentliche Auftraggeber eigene Präqualifikationssysteme einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann. Innerhalb eines eigenen Präqualifikationssystems kann der Auftraggeber eigene Kriterien an die Präqualifizierung vorgeben.

Beispiel: Eintragungsvoraussetzungen für das Präqualifikationssystem der Stadt XY

Voraussetzungen zur Aufnahme in das Präqualifikationsregister der
[Name des öffentlichen Auftraggebers] :

- Erklärung, dass sich das Unternehmen nicht in Insolvenz oder in Liquidation befindet (Eigenerklärung),
- **Erklärung über die Zahlung von Steuern und Abgaben sowie über die Zahlung von Beiträgen der gesetzlichen Sozialversicherungen und Sozialkassen (Eigenerklärung),**
- **Tariftreueerklärung ... (Eigenerklärung),**

- **Nachweis über die Förderung der Erstausbildung durch das Unternehmen (Eigenerklärung),**
- Gesamtumsatz des Unternehmens innerhalb der letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahre (Eigenerklärung),
- Liste mit mindestens 3 Referenzen zu Leistungen, die erbracht wurden (Eigenerklärung),
- Zahl der Beschäftigten zum Erklärungszeitpunkt (Eigenerklärung).

VI. Zuschlagskriterien am Beispiel einer Bewertungsmatrix

Soziale Belange können nur dann als Zuschlagskriterien verwendet werden, wenn sie Raum zur Wertung geben und nicht bereits als Ausschlusskriterien verwendet wurden.

Beispiel: Bei der Ausschreibung von Sicherungsleistungen für eine Gleisbaumaßnahme werden Anforderungen an die Qualifikation der Ausführungskräfte und an die Einhaltung sozialer Standards gestellt. Eine Bewertungsmatrix für das Beispiel könnte folgendermaßen aussehen:

Zuschlagskriterien/ Unterkriterien	A Gewichtung (in %)	B Bewertung (0-4 Pkte.)	C Erreichte Pkte. (AxB)	max. erreichbare Punktzahl (Ax4)
1. Ausführungsfrist	10			40
2. Qualitätssicherung	20			80
3. Berücksichtigung sozialer Belange	40			160
a) Arbeitszeitmodell	20			80
b) Unterbringung der Arbeitnehmer	10			40
c) Doppelschichtenkontrolle	10			40
4. Preis	30			120
Gesamtpunktzahl	100			400

Wichtig ist, dass die Bewertungsmatrix einschließlich ihrer Unterkriterien und der Gewichtung in der Bekanntmachung angegeben werden muss.