



[**Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]**

www.ggsc.de

Berücksichtigung von Entlohnungskriterien bei Vergabeentscheidungen

Berlin, 15.02.2007

Rechtsanwältin von Bechtolsheim

Rechtsanwältin Betz



Vorüberlegungen

- Sollen Vergütungsaspekte in die Vergabe Entscheidung einbezogen werden?
- Wie sollen sie einbezogen werden?
 - Umfang:
 - Tariftreue bei der Erbringung des Auftrags?
 - Tariftreue bei allen Unternehmensaktivitäten?
 - Tariftreue in Vergangenheit/Zukunft?
 - Rechtstechnische Umsetzung?



Aktuell: Entscheidung des BVerfG zur Tariftreue

- § 1 VgG Bln: Vergabe von Bauleistungen und Dienstleistungen an Gebäuden sollen mit der Auflage der Tariftreue für die Ausführung dieser Leistungen vergeben werden
- Bundesverfassungsgericht (BVerfG): Berliner Vergabegesetz (VgG Bln) verfassungsgemäß
 - Kein Verstoß gegen Art. 9 Abs. 3 Grundgesetz (GG): Koalitionsfreiheit der Tarifparteien wird nicht berührt
 - Kein Verstoß gegen übriges Bundesrecht, insbesondere nicht gegen die gesetzliche Möglichkeit, Tarifverträge für allgemeinverbindlich zu erklären und nicht gegen das wettbewerbsrechtliche Diskriminierungsverbot



Stufen der Angebotsauswertung

1. Formelle Prüfung (§ 25 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A)

u.a.:

- Entspricht das Angebot den Ausschreibungsbedingungen? (Änderungen oder Ergänzungen an den Verdingungsunterlagen)
- Wenn (-): Zwingender Angebotsausschluss
- Denkbar: Tariftreue als Ausschreibungsbedingung in diesem Sinne



Stufen der Angebotsauswertung

2. Eignungsprüfung (§ 25 Nr. 2 Abs. 1 VOL/A)

- Prüfung von:
 - Fachkunde
 - (wirtschaftlicher) Leistungsfähigkeit
 - Zuverlässigkeit

- Bieterbezogene Prüfung
- Lassen Eigenschaften und Verhalten des Bieters in der Vergangenheit auf eine künftige ordnungsgemäße Aufgabenerfüllung schließen?
- Wenn Eignung (-): Zwingender Angebotsausschluss
- Denkbar: Tarifgemäße Entlohnung als Teil der Eignung



Stufen der Angebotsauswertung

3. Auskömmlichkeitsprüfung (§ 25 Nr. 2 Abs. 2-3 VOL/A)

- Prüfung der Angemessenheit des Verhältnisses zwischen
 - Preis und
 - Leistung

- Wenn Angemessenheit (-): Zwingender Angebotsausschluss

- Denkbar: Prüfung des Entlohnungsniveaus bei der Bewertung der preislichen Angemessenheit



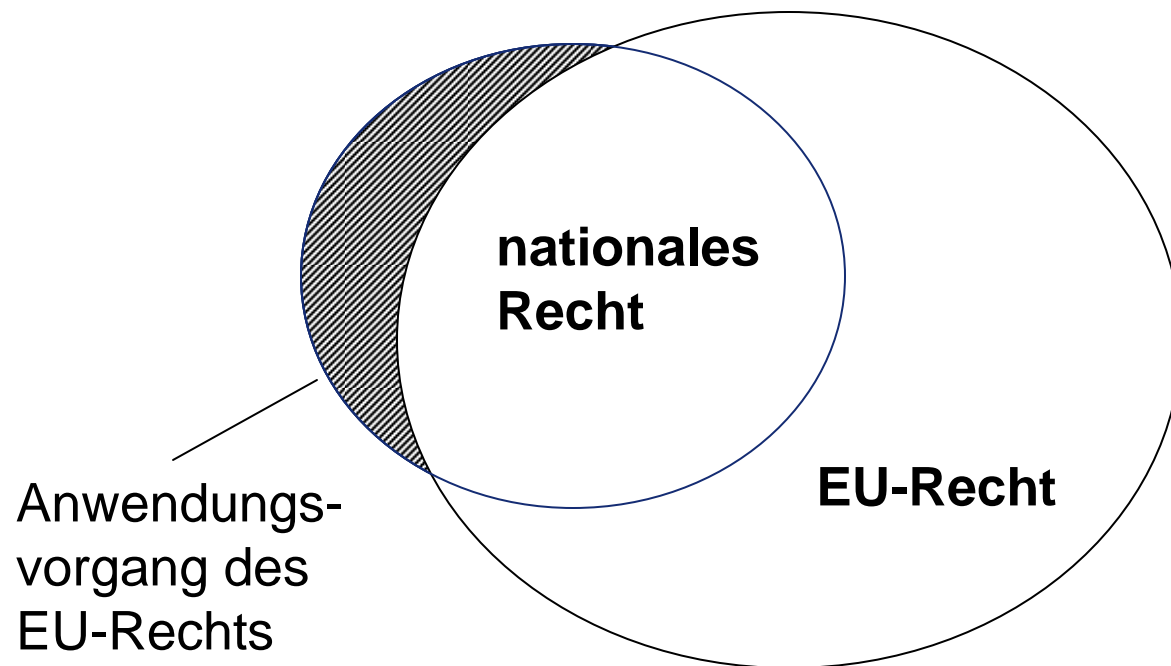
Stufen der Angebotsauswertung

4. Wirtschaftlichkeitsprüfung (§ 25 Nr. 3 VOL/A)

- Prüfung der Wirtschaftlichkeit des Angebots unter Heranziehung der zuvor bekannt gemachten Zuschlagskriterien
 - Preis oder
 - Preis und zusätzliche Kriterien
- Denkbar: Bewertung der vorgesehenen Entlohnung als ein Aspekt der Wirtschaftlichkeitsprüfung



Verhältnis von EU-Recht und nationalem Recht





Brennpunkt: EU-rechtliche Zulässigkeit sozialer Kriterien

- früher z.T.:
Soziale Aspekte dürfen nicht zur Nichtberücksichtigung des Angebots führen
- Aber:
EuGH hat Berücksichtigung sozialer Kriterien mehrfach ausdrücklich zugelassen (Beentjes, Nord-Pas-de-Calais: Beschäftigung Langzeitarbeitsloser)
- Neuregelung Art.26 VKR: Soziale Bedingungen für die Ausführung des Auftrags können vorgeschrieben werden, „sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind.“



Brennpunkte: Vereinbarkeit mit Art. 49 EG

- Trotz ausdrücklicher Regelung in Art. 26 VKR können soziale Kriterien nur vorgegeben werden, wenn dies im Einklang mit EU-Primärrecht steht
- Problematisch: Vereinbarkeit von Tariftreueerklärungen mit Art. 49 EG-Vertrag (EG) (Dienstleistungsfreiheit)
- Grundsatz: Art. 49 EG verbietet Behinderungen des freien Dienstleistungsverkehrs
- Nicht diskriminierende Behinderungen können aber aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt werden



Brennpunkt: Vereinbarkeit mit Art. 49 EG

- Die Forderung von Tariftreueerklärungen kann zu Behinderungen der Dienstleistungsfreiheit führen
- Sie kann aber aus Gründen des Schutzes der Arbeitnehmer gerechtfertigt werden, wenn sie nicht diskriminierend ausgestaltet ist:
 - gleiche Anforderungen für Bieter aus Aus- und Inland
 - Vorgaben sind transparent
 - optimal: Bieter kann aus den Unterlagen den zu zahlenden Lohn ersehen
- Aber sehr umstritten: OLG Celle hat eine entsprechende Vorlagefrage an EuGH formuliert, Entscheidung steht aus



Brennpunkt: Gesetzesvorbehalt im nationalem Recht

Gesetzesvorbehalt gemäß § 97 Abs. 4 GWB:

„Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Unternehmen vergeben; andere oder weitergehende Anforderungen dürfen an Auftragnehmer nur gestellt werden, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist.“

[GGSC]: Kein genereller Gesetzesvorbehalt für sog. „vergabefremde Kriterien“; § 97 Abs. 4 GWB gilt nur für die Stufe der Eignungsprüfung



Brennpunkt: Gesetzesvorbehalt wegen Grundrechtseingriff

- BVerfG zum VergabeG Bln: Gesetzliche Anforderung von Tariftreueerklärungen beinhaltet Eingriff in Art. 12 GG. Der Eingriff ist aber gerechtfertigt.
- Grundsatz: In Art. 12 GG darf nur durch oder aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden.
- Aber: Nur begrenzte Grundrechtsbindung der öffentlichen Hand im fiskalischen Beschaffungswesen (str.)

[GGSC]: Forderung einer Tariftreueerklärung durch einzelnen Auftraggeber ist **kein** Grundrechtseingriff.



1. Prüfungsstufe: Tariftreue Ausführungsbedingung

- Art. 26 VKR lässt die Einbeziehung von sozialen Kriterien als Ausführungsbedingung ausdrücklich zu, wenn
 - sie sich auf die Ausführung des Auftrags beziehen
 - sie nicht diskriminierend sind (Art. 49 EG)
- Aber: Keine Umsetzung von Art. 26 VKR in nationales Recht
- [GGSC]: Keine gesetzliche Grundlage erforderlich (str.)
- ggf.: wettbewerbsrechtliche Schranken, wenn AG marktbeherrschende Stellung zukommt



1. Prüfungsstufe: Tariftreue als Ausführungsbedingung

Ergebnis [GGSC]-Gutachten:

Auch ohne ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung kann bei der Auftragsvergabe die tarifliche Entlohnung als Ausführungsbedingung gefordert werden, wenn:

- der Auftragsbezug gewahrt ist (nur für ausgeschriebene Leistung),
- der Tariflohn transparent gemacht wird,
- die Anforderung unterschiedslos für Firmen im In- und Ausland gelten und
- der Auftraggeber keine marktbeherrschende Stellung hat.



2. Prüfungsstufe: Eignung

- Das EU-Recht gestattet nur die Prüfung der Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde.
 - Das EU-Recht zählt forderbare Nachweise der Fachkunde abschließend auf, die Forderung einer Tariftreueerklärung ist nicht genannt.
 - Tariftreueforderung nach EU-Recht nur denkbar, wenn dadurch wirtschaftliche Leistungsfähigkeit belegt werden soll.
 - h.A.: Mangelnde tarifliche Vergütung erlaubt keinen Rückschluss auf Leistungsfähigkeit
- ⇒ Berücksichtigung der tariflichen Vergütung auf Eignungsebene europarechtlich zweifelhaft



2. Prüfungsstufe: Eignung

- Im nationalen Recht greift der Gesetzesvorbehalt des § 97 Abs. 4 GWB, soweit Tariftreue nicht unter Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit oder Fachkunde gefasst wird.
 - Bei Vorliegen eines Gesetzes ist Anwendungsvorrang des EU-Rechts zu berücksichtigen: Keine zusätzlichen Eignungskriterien!
- ⇒ Berücksichtigung der Vergütungspraxis zur Beurteilung der Eignung ist rechtlich zweifelhaft



3. Prüfungsstufe: Auskömmlichkeitsprüfung

- Prüfung erforderlich, wenn Preis ungewöhnlich niedrig erscheint
 - VSt. überprüft Einzelpositionen: dazu gehören Personalkosten
 - Wenn Personalkosten so niedrig, dass ordnungsgemäße Auftragserbringung nicht zu erwarten ist: Ausschluss des Angebots möglich
 - Aber: Die Schwelle dürfte i.d.R. unterhalb des Tariflohns liegen.
- ⇒ Eine Tariflohnbindung ist auf dieser Stufe nicht zu erreichen, aber Ausschluss extremer Dumpingangebote mit unrealistischen Lohnansätzen möglich (Einzelfallprüfung)



4. Stufe: Wirtschaftlichkeitsprüfung

- gem. Art. 53 Abs. 1 VKR können AG folgende Kriterien anwenden:

„Verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften [...]“
- Schlüsselbegriff: „Auftragsbezug“: Umstritten für Tariftreue



4. Stufe: Wirtschaftlichkeitsprüfung

- EuGH neigt zur weiten Auslegung des Auftragsbezugs, insbesondere hat EuGH klargestellt, dass Zuschlagskriterien nicht rein wirtschaftlich sein müssen
- Umweltkriterien erstmals ausdrücklich benannt
- Soziale Auswirkungen eines Auftrags vergleichbar mit Umweltauswirkungen eines Auftrags

[GGSC]:

Auftragsbezug kann bejaht werden, wenn nur Tariftreue für den zu erbringenden Auftrag bewertet wird



Fazit [GGSC] - Gutachten

- Die Einhaltung von tariflicher Vergütung kann bezogen auf den konkreten Auftrag
 - als Auftragsbedingung vorgegeben werden
 - als Zuschlagskriterium Eingang in die Bewertung finden.
- Dumping-Angebote mit unrealistisch niedrigen Personalkosten können ggf. im Rahmen der Auskömmlichkeitsprüfung ausgeschlossen werden.
- Eine Berücksichtigung von Vergütungsaspekten auf der Eignungsebene empfiehlt sich nicht.
- Die allgemeine Vergütungspraxis des Bieters kann nur berücksichtigt werden, wenn sie gegen Gesetze verstößt.



[Gaßner, Groth, Siederer & Coll.]

www.ggsc.de

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.

Rechtsanwälte

EnergieForum Berlin

Stralauer Platz 34 ■ 10243 Berlin

Tel: +49 (0) 30 726 10 26 0

Fax: +49 (0) 30 726 10 26 10

E-Mail: berlin@ggsc.de

Web: www.ggsc.de