

**Vorlage für die
Sitzung des Ausschusses für Integration, Bundes- und Europaangelegenheiten,
internationale Kontakte und Entwicklungszusammenarbeit
der Bremischen Bürgerschaft**

am 8. Juli 2014

„Konsequenzen aus der Einigung über das sog. Vergabepaket für die bremische Politik“

A. Einführung

Die Freie Hansestadt Bremen hat in den vergangenen fünf Jahren eine Reihe landesrechtlicher Vorschriften über die Vergabe öffentlicher Aufträge erlassen. Hierdurch wurden die öffentlichen Auftraggeber in Bremen verpflichtet, eine Reihe zusätzlicher Vergabestandards und Verfahrensvorschriften einzuhalten, die über das bundesweit zur Anwendung kommende Vergaberecht (insbesondere VOB/A und VOL/A) hinausgehen. Im Einzelnen sind dies:

- a) Vereinbarung eines Mindestlohns (§§ 9 bis 17 des Tariftreue- und Vergabegesetzes (TtVG) und Richtlinie des Senats dazu vom 21.08.2012, Amtsblatt S. 719 ff.)
- b) Förderung weiterer sozialer und gleichstellungspolitischer Ziele (§ 18 Abs. 3 TtVG)
- c) Berücksichtigung von Umwelteigenschaften (§ 19 TtVG)
- d) Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Beschaffung von Waren (§ 18 Abs. 2 TtVG, Bremische Kernarbeitsnormenverordnung)
- e) Förderung des Mittelstandes durch Losvergabe (§ 4 TtVG)
- f) Bevorzugung präqualifizierter Unternehmen bei der freihändige Vergabe und der beschränkten Ausschreibung öffentlicher Bauaufträge (Beschluss des Senats vom 24.03.2009, Amtsblatt S. 426f.)
- g) Meldung an das bzw. Abfrage beim Korruptionsregister (§ 3 bis 8 des bremischen Korruptionsregistergesetzes)
- h) Meldung an das bzw. Abfrage beim Vergaberegister (§ 2 bis 6 der bremischen Vergabeverordnung)

Die aufgezählten Vorschriften gelten – abgesehen vom vergabespezifischen Mindestlohn nach § 9 TtVG und den sozialen Zielen nach § 18 Abs. 3 TtVG – inhaltsgleich sowohl für nationale als auch für europaweite Vergabeverfahren. Da für europaweite Vergabeverfahren das Bundesrecht (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), 4. Teil, mit den zugehörigen untergesetzlichen Regelungen) vorrangig zu beachten ist, dürfen die bremischen Vorschriften dem Bundesrecht allerdings nicht widersprechen und nur die vom Bundesrecht gelassenen Spielräume nutzen. Das derzeitige Bundesrecht basiert wiederum auf den EU-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG.

Am 17. April 2014 sind die neuen Vergaberichtlinien der EU in Kraft getreten, was umfangreiche Rechtsänderungen auf bundesgesetzlicher Ebene nach sich ziehen wird. Die Änderungen des Bundesrechts werden voraussichtlich spätestens mit Ablauf der Umsetzungsfrist am 18. April 2016 in Kraft getreten sein. Der Bürgerschaftsausschuss für Integration, Bundes- und Europaangelegenheiten, internationale Kontakte und Entwicklungszusammenarbeit hat den Senator für Wirtschaft, Arbeit und Häfen um eine Information gebeten, inwiefern dies Anpassungsbedarf und für das bremische Landesrecht auslösen wird.

Im Detail werden die Konsequenzen für das bremische Landesvergaberecht erst dann abzusehen sein, wenn der Bund die Umsetzung der neuen Vergaberichtlinien abgeschlossen hat. Aus diesem Grund wird im Folgenden dort, wo dies möglich erscheint, über die Anpassungsbedarfe konkretisierend und dort, wo dies noch nicht möglich ist, lediglich thematisierend berichtet.

B. Zu den landesspezifischen Regelungen im Einzelnen

a) Mindestlohn

Die Mindestlohnvorschriften in Bremen sind zweigeteilt. Während bezüglich der Zahlung von Mindestlöhnen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) oder dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) generell die Verpflichtung besteht, dies mit Auftragnehmern zu vereinbaren, wird der Landesmindestlohn von zurzeit 8,50 € nur in nationalen Verfahren angewandt. Diese Regelung wird voraussichtlich – auch in dieser Differenzierung – unverändert bleiben können. Denn gemäß Artikel 18 Abs. 2 der neuen sog. „klassischen“ Vergaberichtlinie (2014/24/EU) werden die Mitgliedstaaten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Zukunft sogar ausdrücklich verpflichtet sein, die Einhaltung arbeitsrechtlicher und sozialrechtlicher Vorschriften sicherzustellen. Gemeint sind hier die bundesgesetzlich geregelten Mindestlöhne, deren Anwendungsbereich nicht nur auf das Vergaberecht beschränkt ist. Für den Landesmindestlohn gilt jedoch nach wie vor die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „Rüffert“¹, wonach eine Behinderung des Wettbewerbs durch Mindestlöhne nur dann mit Europarecht vereinbar ist, wenn diese sowohl für öffentliche als auch für private Aufträge gelten². Der vergabespezifische Mindestlohn wird in Bremen daher auch in Zukunft nur in nicht binnenmarktrelevanten Vergabeverfahren zur Anwendung kommen.

¹ Vgl. Erwägungsgrund 98 der klassischen Richtlinie, die ausdrücklich auf die Auslegung der Entsenderichtlinie durch den EuGH hinweist.

² Dies ist jedenfalls die Auslegung der Rechtsprechung durch den Senat. Andere Bundesländer wenden den vergabespezifischen Mindestlohn auch oberhalb der EU-Schwellenwerte an. Die Vergabekammer Arnsberg und das OLG Koblenz hielten dies in jüngerer Vergangenheit für rechtswidrig und haben dem Europäischen Gerichtshof bereits entsprechende Vorlagefragen zur Entscheidung vorgelegt. Sollte der Europäische Gerichtshof den vergabespezifischen Landesmindestlohn entgegen der Erwartung des Senats für rechtmäßig achten, so könnte die Beschränkung des bremischen Mindestlohns auf nationale Vergabeverfahren aufgehoben werden.

b) Weitere soziale oder gleichstellungspolitische Ziele

Gemäß § 18 Abs. 3 TtVG erhalten beim Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag diejenigen Firmen einen Vorteil, die Arbeitsplätze für schwerbehinderte Menschen oder Ausbildungsplätze bereitstellen oder die Chancengleichheit für Männer und Frauen im Beruf fördern. Abs. 4 sieht jedoch vor, dass eine Bevorzugung gegenüber Bietern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht stattfindet. Diese Einschränkung war beim Erlass des Gesetzes ebenfalls der Tatsache geschuldet, dass die Regelung sonst nicht europarechtskonform wäre und bei binnenmarktrelevanten Sachverhalten nicht zur Anwendung kommen konnte.

Dies ändert sich auch nach Inkrafttreten des neuen europäischen Vergaberechts nicht. Die Achtung sozialer Rechte mittels einer „horizontalen Sozialklausel“ war zwar erklärtes Regelungsziel des EU-Vergabepakets. Artikel 67 Abs. 2 der neuen klassischen Vergaberichtlinie sieht daher nun erstmals die Berücksichtigung sozialer Aspekte als mögliche Zuschlagskriterien vor. Die Richtlinie setzt aber nach wie vor einen konkreten Auftragsbezug voraus (Artikel 67 Abs. 3).

Da es bei dem in § 18 TtVG genannten Aspekten lediglich um langfristige firmenpolitische Themen geht, die einem konkreten Auftrag nicht zuzuordnen sind, kommen sie als Auswahlkriterien für europaweite Verfahren auch weiterhin nicht in Betracht. Die Vorschrift kann daher für nationale Vergaben unverändert bleiben, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs kann jedoch nicht vorgenommen werden.

c) Umwelteigenschaften

Sowohl die alten als auch die neuen Vergaberichtlinien sehen vor, dass Umwelteigenschaften in unterschiedlicher Art und Weise in das Vergabeverfahren eingebracht werden können. Die neue klassische Richtlinie sieht beispielsweise die Möglichkeit, sie als Spezifikationen (also Mindestanforderungen) oder auch als Zuschlagskriterien zu verwenden. Dies wird bereits durch den aktuellen § 19 Abs. 1 TtVG aufgegriffen, der bestimmt, dass bremische Vergabestellen bei der Vergabe eines Auftrags die Umwelteigenschaften einer Ware berücksichtigen müssen. Änderungsbedarf für diese grundsätzliche Vorschrift besteht nicht.

Es besteht ein möglicher Ergänzungsbedarf für die Absätze 2 und 3. Die dort verwendeten Formulierungen stammen aus Artikel 23 der alten Richtlinie und sind in dieser Art und Weise nicht in die neue klassische Richtlinie übernommen worden. Stattdessen räumt das EU-Recht den Vergabestellen nunmehr die Möglichkeit ein, konkrete Gütezeichen zu verlangen (Artikel 43). Abhängig davon, wie der Bundesgesetzgeber diese Handlungsoption in nationales Recht umsetzen wird, sollte auch von Seiten des bremischen Landesgesetzgebers eine Neufassung des § 19 TtVG überprüft werden.

d) ILO-Kernarbeitsnormen

Ähnliches gilt für die Beschaffung von Waren, die in den Anwendungsbereich der bremischen Kernarbeitsnormenverordnung fallen. Gegenwärtig sieht das bremische Recht vor, dass die Einhaltung der acht ILO-Kernarbeitsnormen mit jedem Auftragnehmer zu vereinbaren ist, der im Rahmen der Vertragserfüllung Textilien, Natursteine, Spielwaren, Blumen oder Genussmittel wie Tee, Kaffee oder Kakao liefert. In den Vergabeunterlagen werden dem Auftragnehmer verschiedene Möglichkeiten angeboten, auf die er während der Vertragserfüllung die Einhaltung dieser sozialen Kriterien nachweisen kann.

Grundsätzlich besteht auch hier zukünftig die Möglichkeit, bestimmte Gütezeichen als Nachweise für die Einhaltung sozialer Kriterien zu verlangen. Anders als bei den ökologischen Kriterien werden im Bereich der sozialen Zertifikate gegenwärtig allerdings diverse rechtliche Probleme diskutiert. So sieht die Richtlinie beispielsweise vor, dass die Verwendung eines bestimmten Gütezeichens voraussetzt, dass die Gütezeichenanforderungen ausschließlich Kriterien betreffen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen erfüllt dieses Kriterium zweifellos, allerdings gibt es keine Zertifikate, die sich ausschließlich auf die ILO-Kernarbeitsnormen beschränken. So setzt beispielsweise das fairtrade-Siegel neben einer Reihe weiterer Arbeitsbedingungen auch eine umfassende Unterstützung des Produzenten und die Einhaltung fairer Handelsbedingungen voraus. Gefordert wird dies zudem nicht nur für das jeweils vom öffentlichen Auftraggeber eingekaufte Produkt sondern auf alle anderen Produkte die von einer bestimmten Farm kommen. Im laufenden Gesetzgebungsprozess wird zwischen den beteiligten Akteuren zurzeit diskutiert, ob hier noch ein konkreter Auftragsbezug besteht. Für eine entsprechend weite Auslegung könnte ein Artikel 67 Abs. 3 der neuen klassischen Richtlinien sprechen, der für jedwede Kriterien einem Auftragsbezug anerkennt, die in „irgendeiner Hinsicht“ mit einem Produkt in Zusammenhang stehen.

Neben den einzelnen Voraussetzungen für taugliche Gütezeichen im Sinne des Artikels 43 besteht ein weiteres Problem darin, dass weiterhin gleichwertige Gütezeichen akzeptiert werden müssen, wenn der Bieter nachweislich keine Möglichkeit hatte, dass verlangte Gütezeichen rechtzeitig zu erlangen. Hieraus entsteht die Frage, welche Verfahrensschritte – beispielsweise eine Vorabinformation – den öffentlichen Auftraggeber empfohlen bzw. auferlegt werden können, um alternative Nachweise, die in der Regel einen hohen Verwaltungs- und Begründungsaufwand im laufenden Vergabeverfahren nach sich ziehen, auszuschließen.

Hier bleibt zunächst abzuwarten, ob und in welchem Umfang der Bund die angesprochenen rechtlichen Probleme im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens klären wird. Es ist jedoch vor auszusehen, dass nach der Umsetzung der Vergaberechtsnovelle auf Bundesebene auch für das bremische Landesrecht Änderungsbedarfe entstehen, soweit es um den Einkauf sozialverantwortlich hergestellte Waren geht.

e) Losvergabe

Das bremische Vergaberecht sieht zurzeit zwingend vor, dass öffentliche Aufträge grundsätzlich in Losen zu vergeben sind und die Vergabe an Generalunternehmer sowohl die Ausnahme als auch begründungspflichtig ist. In den EU-Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG gibt es bislang keine solchen Vorschriften. Allerdings bestehen auf nationaler Ebene in § 97 Abs. 3 GWB Regelungen zum Schutz mittelständischer Interessen, die die Bildung von Teil- oder Fachlosen vorschreiben.

Die neuen Richtlinien enthalten kann-Regelungen zu Losvergabe (Art. 45 der klassischen Richtlinie, Art. 65 der Sektorenrichtlinie), sie schränken die Möglichkeit, Generalunternehmer zu beauftragen also nicht so weit ein wie die bremischen Regelungen. Dem Mitgliedstaat wird von den neuen Richtlinien ausdrücklich die Kompetenz eingeräumt, strengere Regelungen zu erlassen. Inwieweit der Bund von dieser Möglichkeit weiterhin machen wird und welche Spielräume hiernach noch für die Länder verbleiben, muss abgewartet werden. Es ist daher noch nicht abzusehen, ob § 4 TtVG in seinem Wortlaut unverändert bleiben kann.

f) Präqualifizierte Unternehmen

Da die bremische Vorschrift über die Bevorzugung eines qualifizierten Unternehmens lediglich für freihändige Vorgaben und beschränkte Ausschreibungen weit unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt, ist eine Betroffenheit durch eine Änderung der EU-Richtlinie von vornherein ausgeschlossen.

Die Arbeit der Präqualifizierungsstellen wird darüber hinaus auch oberhalb der Schwellenwerte nicht an Bedeutung verlieren. Zwar sieht die neue klassische Vergaberichtlinie in Artikel 59 entbürokratisierende Vorschriften im Rahmen der Eignungsprüfung vor, es geht dort jedoch ausschließlich um eine Standardisierung einer der eigentlichen Eignungsprüfungen vorgeschalteten Eigenerklärung. Es bleibt dabei, dass die in die engere Wahl gekommenen Bieter bzw. Bewerber ihre Eignungsnachweise auch durch Verweis auf einen Eintrag in ein Präqualifikationsregister erbringen können. Hierauf wird auch in Artikel 59 Abs. 5 der neuen klassischen Richtlinie ausdrücklich hingewiesen.

g) / h) Korruptionsregister / Vergaberegister

Die beiden bremischen Register, die von den Vergabestellen konsultiert werden, um ggf. Informationen über mögliche Rechtsverstöße potenzieller Auftragsnummer zu erhalten, können ebenfalls beibehalten werden. Die Register wurden letztendlich geschaffen, um von der Möglichkeit Gebrauch machen zu können, Bieter von Vergabeverfahren auszuschließen, dem Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit eine schwere Verfehlung begangen haben. Die EU-rechtliche Grundlage für diese Möglichkeit befand sich bislang in Artikel 45 Abs. 2 Buchstabe d der Richtlinie 2004/18/EG. Eine operationell veränderte Vorschrift findet sie nunmehr in Artikel 57 Absatz 4 Buchstabe c der neuen klassischen Richtlinie.

i) Neuregelungen e-Vergabe

Landesrechtliche Regelungen über die Verwendung elektronischer Kommunikationsmittel bei der Vergabe öffentlicher Aufträge bestehen in Bremen zurzeit nicht. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass hier zukünftig Rechtsänderungen vorzunehmen sein werden. Das EU-Vergabepaket beinhaltet zahlreiche Vorschriften, die den Einsatz elektronischer Mittel im Vergabeverfahren (Software, Hardware, Internetzugang) zwingend voraussetzen. Diese Vorschriften betreffen insbesondere die Kommunikation und den Informationsaustausch im Vergabeverfahren mithilfe elektronischer Mittel. Zwar wird zunächst der Bund die Vorgaben der neuen Richtlinien für die europaweiten Vergaben in nationales Recht umsetzen. Es ist jedoch möglich, dass eine ergänzende Regelungskompetenz des Landesgesetzgebers für Details verbleibt. Darüber hinaus besteht für das Land die Regelungskompetenz für nationale Vergaben. Da sowohl in Bremen als auch in Bremerhaven bereits in umfangreichen Projekten an der Bereitstellung einer eVergabe für die Vergabestellen in den beiden Städten gearbeitet wird, muss geprüft werden, inwieweit eine Verwendung der elektronischen Kommunikation auch bei nationalen Vergaben obligatorisch sein sollte.

j) Ergebnis

Die Neufassung der EU-Vergaberichtlinien eröffnet insbesondere durch die neuen Vorschriften über die Verwendung von Gütezeichen in gewissem Umfang die Möglichkeit, die betreffenden Vergabeverfahren zu verschlanken und praxistauglicher zu machen. Die zukünftige Verwendung der eVergabe wird das Vergabewesen in Bremen zudem erheblich verändern. Im Übrigen sind auf die bremenspezifischen Vorschriften keine nennenswerten Auswirkungen zu erwarten. Dennoch wird im Jahre 2016 eine Anpassung des Tariftreue- und Vergabegesetzes erforderlich sein, da jedenfalls die Verfahrensvorschriften auf die der zweite Abschnitt des Gesetzes zurzeit verweist (VOL und VOB), mit der Neufassung des Bundesrechts voraussichtlich überholt sein wird.

C. Beschlussvorschlag

Der Ausschuss für Integration, Bundes- und Europaangelegenheiten, internationale Kontakte und Entwicklungszusammenarbeit der Bremischen Bürgerschaft nimmt den Bericht des Senators für Wirtschaft, Arbeit und Häfen zur Kenntnis.