

## Gesetzentwurf

Fraktion der SPD  
Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Hannover, den 11. Juni 2013

Der Landtag wolle das folgende Gesetz beschließen:

### **Niedersächsisches Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Niedersächsisches Tariftreue- und Vergabegesetz)**

#### **§ 1 Zweck des Gesetzes**

Dieses Gesetz soll Verzerrungen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge entgegenwirken, die durch den Einsatz von Niedriglohnkräften entstehen, und Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme mildern.

#### **§ 2 Anwendungsbereich**

- (1) <sup>1</sup>Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge über die Beschaffung von Leistungen, die Liefer-, Bau- oder Dienstleistungen zum Gegenstand haben, im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2114, 2009 I S. 3850), zuletzt geändert durch Artikel 1 und Artikel 4 Abs. 2 des Gesetzes vom 5. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2403), in der jeweiligen Fassung unabhängig von den Schwellenwerten gemäß § 100 Abs. 1 GWB ab einem geschätzten Auftragswert von 10 000 Euro ohne Umsatzsteuer. <sup>2</sup>Für die Schätzung gilt § 3 der Vergabeverordnung in der Fassung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 12. Juli 2012 (BGBl. I S. 1508), in der jeweils geltenden Fassung. <sup>3</sup>Das Gesetz gilt nicht für öffentliche Aufträge, die im Namen oder im Auftrag des Bundes ausgeführt werden.
- (2) Für öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gelten die Regelungen dieses Gesetzes für alle Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315/1 vom 3. Dezember 2007).
- (3) Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes sind die niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber nach § 98 Nrn. 1 bis 5 GWB.
- (4) Sollen öffentliche Aufträge gemeinsam mit Auftraggebern anderer Bundesländer oder von Nachbarstaaten der Bundesrepublik Deutschland vergeben werden, so ist mit diesen zwecks Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes eine Einigung anzustreben. Kommt diese nicht zustande, so kann von den Bestimmungen abgewichen werden.

#### **§ 3**

## **Anzuwendende Vorschriften; Wertgrenzen**

- (1) Bei der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB gelten die Regelungen des Abschnitts 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A: Allgemeine Bestimmungen für die Vergabe von Leistungen (VOL/A) in der Fassung der Bekanntmachung vom 20. November 2009 (BAnz. Nr. 196a vom 29. November 2009; BAnz. 2010, S. 755) und die Regelungen des Abschnitts 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A: Allgemeine Bestimmungen (VOB/A 2012) in der Fassung der Bekanntmachung vom 31. Juli 2009 (BAnz. Nr. 155a vom 15. Oktober 2009), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 26. Juni 2012 (BAnz. AT 13. Juli 2012 B 3), sowie § 100 Abs. 2 GWB entsprechend.
- (2) <sup>1</sup>Das für Öffentliches Auftragswesen zuständige Ministerium wird ermächtigt, zur Beschleunigung und Vereinfachung von Vergabeverfahren durch Verordnung Grenzen für Auftragswerte festzulegen, bis zu deren Erreichen eine Auftragsvergabe im Wege einer beschränkten Ausschreibung oder einer freihändigen Vergabe nach den Vergabe- und Vertragsordnungen zulässig ist. <sup>2</sup>In der Verordnung können weitere Voraussetzungen für die Inanspruchnahme der Verfahrenserleichterungen geregelt werden. <sup>3</sup>Die Ermächtigung gilt abweichend von § 2 Abs. 1 Satz 1 unabhängig von der Höhe des Auftragswertes.

### **§ 4**

#### **Allgemeine Grundsätze**

- (1) Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben werden.
- (2) 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.

### **§ 5**

#### **Tariftreue und besondere Mindestentgelte**

- (1) <sup>1</sup>Öffentliche Aufträge über Bau- und Dienstleistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) in der Fassung vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert durch Artikel 1c Gesetz vom 25. November 2012 (BGBl. II S. 1381) in der jeweils geltenden Fassung unterfällt, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt zu zahlen, das in Höhe und Modalitäten mindestens den Vorgaben des für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages im Sinne des AEntG oder einer nach §§ 7 oder 11 AEntG erlassenen Rechtsverordnung entspricht. <sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht für die Leistungserbringung durch Auszubildende.
- (2) <sup>1</sup>Öffentliche Aufträge über Bau- und Dienstleistungen, für deren Erbringung Mindestentgelte durch Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 3 des Mindestarbeitsbedingengesetzes (MiArbG) vom 11. Januar 1952 (BGBl. I S. 17), zuletzt geändert durch Artikel 1 des Gesetzes vom 22. April 2009 (BGBl. I S. 818), in der jeweils geltenden Fassung festgesetzt sind, dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung mindestens diese Mindestentgelte

zu zahlen. <sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht für die Leistungserbringung durch Auszubildende.

- (3) <sup>1</sup>Öffentliche Aufträge über Dienstleistungen im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene im Sinne von § 2 Abs. 2 dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, ihren Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung mindestens das in Niedersachsen für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen. <sup>2</sup>Dies gilt auch für öffentliche Aufträge im freigestellten Schülerverkehr im Sinne des § 1 Nr. 4 Buchst. d der Freistellungs-Verordnung vom 30. August 1962 (BGBl. I 1962, S. 601), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung vom 4. Mai 2012 (BGBl. I 1037). <sup>3</sup>Bei Ausschreibungen für grenzüberschreitenden Verkehr kann auch ein einschlägiger und repräsentativer Tarifvertrag aus dem jeweiligen Nachbarstaat der Bundesrepublik Deutschland zugrunde gelegt werden. <sup>4</sup>Kann dabei mit dem oder den öffentlichen Auftraggebern aus den Nachbarstaaten der Bundesrepublik Deutschland keine Einigung über die Vorgabe der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge erzielt werden, soll die Beachtung eines einschlägigen Tarifvertrages vorgegeben werden. <sup>5</sup>Ist auch dies nicht möglich, findet Satz 1 keine Anwendung.
- (4) <sup>1</sup>Das für Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständige Ministerium stellt fest, welche Tarifverträge repräsentativ sind. <sup>2</sup>Merkmale der Repräsentativität sind
1. die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern beschäftigten unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer,
  2. die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat.
- <sup>3</sup>Das für Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständige Ministerium regelt im Einvernehmen mit dem für Öffentliches Auftragswesen und dem für Verkehr zuständigen Ministerium durch Verordnung das Verfahren, in dem festgestellt wird, welche Tarifverträge repräsentativ sind, sowie die Veröffentlichung dieser Tarifverträge; in der Verordnung können weitere Merkmale der Repräsentativität festgelegt werden. <sup>4</sup>Die Verordnung kann regeln, dass im Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität ein Beirat beratend mitwirkt.
- (5) <sup>1</sup>Bei dem für Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständigen Ministerium wird eine Servicestelle eingerichtet, die über Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen nach den Absätzen 1, 2 und 3 informiert und die Entgeltregelungen aus den einschlägigen Tarifverträgen oder Rechtsverordnungen unentgeltlich zur Verfügung stellt. <sup>2</sup>Die Servicestelle macht Muster zur Abgabe von Tariftreue- oder Mindestentgelterklärungen öffentlich bekannt.
- (6) <sup>1</sup>Die öffentlichen Auftraggeber geben in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen des öffentlichen Auftrags an, welche für allgemein verbindlich erklärten oder repräsentativen Tarifverträge für die Erfüllung des Auftrags einschlägig sind. <sup>2</sup>Satz 1 gilt entsprechend für durch Rechtsverordnung festgesetzte Mindestentgelte.
- (7) Fehlt bei Angebotsabgabe die einschlägige Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung im Sinne der Absätze 1, 2 oder 3 und wird sie auch nach Aufforderung nicht vorgelegt, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen.

## **§ 6 Mindestentgelte**

- (1) Öffentliche Aufträge über Bau- und Dienstleistungen dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Entgelt von mindestens 8,50 Euro (brutto) pro Stunde zu zahlen (Mindestentgelt). Satz 1 gilt nicht, soweit nach § 5 Tariftreue gefordert werden kann und die danach maßgebliche tarifliche Regelung für die Beschäftigten günstiger ist. <sup>2</sup>Satz 1 gilt nicht für die Leistungserbringung durch Auszubildende. <sup>3</sup>Fehlt die Mindestentgelterklärung im Sinne von Satz 1 bei Angebotsabgabe und wird sie auch nach Aufforderung nicht vorgelegt, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen.
  
- (2) <sup>1</sup>Eine Kommission überprüft jährlich bis zum 31. August, beginnend im Jahr 2014, die Höhe des Mindestentgelts nach Absatz 1 Satz 1 unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung und schlägt gegebenenfalls ein angepasstes Mindestentgelt vor. <sup>2</sup>Das für die Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständige Ministerium regelt im Einvernehmen mit dem für Öffentliches Auftragswesen zuständigen Ministerium durch Verordnung die Zusammensetzung und das Verfahren der Kommission. <sup>3</sup>Die Landesregierung kann unter Berücksichtigung des Vorschlags der Kommission ein angepasstes Mindestentgelt durch Verordnung festsetzen.

## **§ 7 Betreiberwechsel bei der Erbringung von Personenverkehrsdiensten**

<sup>1</sup>Öffentliche Auftraggeber können gemäß der Verordnung (EG) Nummer 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315/1 vom 3. Dezember 2007) verlangen, dass der ausgewählte Betreiber die Beschäftigten des bisherigen Betreibers zu den Arbeitsbedingungen übernimmt, die diesen von dem vorherigen Betreiber gewährt wurden. <sup>2</sup>Die bisherigen Betreiber sind verpflichtet, den öffentlichen Auftraggebern auf Anforderung die hierzu erforderlichen Unterlagen zur Verfügung zu stellen oder Einsicht in Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen und Aufzeichnungen zu gewähren, aus denen Umfang, Art, Dauer und tatsächliche Entlohnung der Beschäftigten hervorgehen oder abgeleitet werden können. <sup>3</sup>Hierdurch entstehende Aufwendungen des bisherigen Betreibers werden durch den öffentlichen Auftraggeber erstattet.

## **§ 8 Wertung unangemessen niedriger Angebote**

<sup>1</sup>Öffentliche Auftraggeber können die Kalkulation eines unangemessen niedrigen Angebots, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, überprüfen; bei einer Abweichung von mindestens 10 vom Hundert zum nächst höheren Angebot sind die öffentlichen Auftraggeber dazu verpflichtet. <sup>2</sup>Im Rahmen dieser Überprüfung sind die Unternehmen verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. <sup>3</sup>Kommt ein Unternehmen dieser Verpflichtung innerhalb einer vom öffentlichen Auftraggeber festgesetzten Frist nicht nach, so ist das Unternehmen vom weiteren Verfahren auszuschließen.

## **§ 9**

## Nachweise

- (1) <sup>1</sup>Den Nachweis ihrer Eignung können Unternehmen auch im Wege der Präqualifikation gemäß den Vergabe- und Vertragsordnungen führen. <sup>2</sup>Satz 1 gilt auch für Nachweise und Erklärungen nach diesem Gesetz.
- (2) <sup>1</sup>Bei der Vergabe von Bauaufträgen hat das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, für den Fall, dass es nicht in das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e. V. eingetragen ist, durch Unterlagen, die nicht älter als ein Jahr sein dürfen, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung zu erbringen. <sup>2</sup>Die Unterlagen müssen von
  1. dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger oder
  2. der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse ausgestellt sein, soweit das Unternehmen Bauaufträge im Sinne des § 99 Abs. 3 GWB ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird.<sup>3</sup>Der Nachweis nach Satz 1 kann durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates erbracht werden. <sup>4</sup>Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

## § 10 Mittelstandsförderung

- (1) <sup>1</sup>Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. <sup>2</sup>Daher sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge Leistungen in den Vergabeunterlagen nach Art und Umfang so in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Fachgebieten (Fachlose) festzulegen, dass kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können. <sup>3</sup>Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern. <sup>4</sup>Generalunternehmervergaben stellen den Ausnahmefall dar und bedürfen einer gesonderten Begründung.
- (2) Öffentliche Auftraggeber sollen kleine und mittlere Unternehmen bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe auffordern.

## § 11 Umweltverträgliche Beschaffung

- <sup>1</sup>Öffentliche Auftraggeber sollen im Rahmen der Auftragsvergabe dafür Sorge tragen, dass umweltfreundliche Aspekte bei Erstellung, Lieferung, Nutzung und Entsorgung der zu beschaffenden Gegenstände oder Leistungen berücksichtigt werden.
- <sup>2</sup>Entsprechende Anforderungen müssen im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

## § 12 Berücksichtigung sozialer Kriterien

- (1) <sup>1</sup>Öffentliche Auftraggeber sollen im Rahmen der Auftragsvergabe soziale Kriterien

als Anforderungen an die Unternehmen berücksichtigen. <sup>2</sup>Diese Anforderungen dürfen nur für die Auftragsausführung und nur an Unternehmen mit mindestens 20 Beschäftigten (ohne Auszubildende) gestellt werden.

- (2) Zu berücksichtigende soziale Kriterien sind insbesondere:
1. die Beschäftigung von schwerbehinderten Menschen,
  2. die Förderung der Chancengleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern im Beruf,
  3. die Beschäftigung von Auszubildenden,
  4. die Beteiligung an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden oder
  5. die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen.

### **§ 13 Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen**

- (1) <sup>1</sup>Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sollen nur solche Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Beachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. <sup>2</sup>Die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen ergeben sich aus
1. dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. Juni 1930 (BGBl. 1956 II S. 641),
  2. dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 (BGBl. 1956 II S. 2073),
  3. dem Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1. Juli 1949 (BGBl. 1955 II S. 1123),
  4. dem Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29. Juni 1951 (BGBl. 1956 II S. 24),
  5. dem Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 25. Juni 1957 (BGBl. 1959 II S. 442),
  6. dem Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958 (BGBl. 1961 II S. 98),
  7. dem Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1973 (BGBl. 1976 II S. 202) und
  8. dem Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 17. Juni 1999 (BGBl. 2001 II S. 1291).
- (2) <sup>1</sup>Die Unternehmen haben bei Angebotsabgabe eine Erklärung abzugeben, dass sie dafür Sorge tragen, den Auftrag mit Waren auszuführen, die unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Absatz 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. <sup>2</sup>Die Unternehmen haben unter zumutbarem Aufwand zu ermitteln, ob die von ihnen verwendeten Waren diese Voraussetzungen erfüllen. <sup>3</sup>Die Ermittlungen sind zu dokumentieren; ein entsprechender Nachweis ist dem öffentlichen Auftraggeber auf Aufforderung vorzulegen.
- (3) Fehlt die Erklärung nach Absatz 2 Satz 1 bei Angebotsabgabe und wird sie auch

nach Aufforderung nicht vorgelegt, so ist das Angebot von der Wertung auszuschließen.

- (4) <sup>1</sup>Die Landesregierung wird ermächtigt, durch Verordnung für bestimmte Waren den Mindestinhalt der vertraglichen Regelungen zur Sicherstellung der Verpflichtung nach Abs. 1 zu bestimmen. <sup>2</sup>Die Verordnung kann Vorgaben zu geeigneten Zertifizierungen und Nachweisen sowie zur Ausgestaltung von Kontrollen und Sanktionen bei Nichteinhaltung der vertraglichen Regelungen treffen. <sup>3</sup>Wird ein öffentlicher Auftrag nach den Vorgaben der Verordnung abgewickelt, finden Abs. 2 und 3 keine Anwendung.

## **§ 14 Nachunternehmen**

- (1) <sup>1</sup>Soweit Nachunternehmen bei der Auftragserfüllung eingesetzt werden, muss das Unternehmen sich auch dazu verpflichten, den eingesetzten Nachunternehmen die Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3, § 6 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie die Nachweise nach § 9 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 Satz 3 abzuverlangen und diese dem öffentlichen Auftraggeber vorzulegen. <sup>2</sup>Das Unternehmen, das einen Auftrag an ein Nachunternehmen vergibt, hat die Einhaltung der sich aus den Erklärungen und Nachweisen nach Satz 1 ergebenden Verpflichtungen durch die Nachunternehmen sicherzustellen.
- (2) <sup>1</sup>Die Unternehmen haben bei Abgabe ihres Angebots ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen vorzulegen. <sup>2</sup>Die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmens bedarf der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers.
- (3) Auf die Verpflichtung zur Vorlage von Erklärungen und Nachweisen kann verzichtet werden, wenn das Auftragsvolumen des jeweiligen Nachunternehmens weniger als 5 000 Euro ohne Umsatzsteuer beträgt.

## **§ 15 Kontrollen**

- (1) <sup>1</sup>Die öffentlichen Auftraggeber sind gehalten, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der Vorgaben dieses Gesetzes zu überprüfen. <sup>2</sup>Liegen den öffentlichen Auftraggebern Anhaltspunkte dafür vor, dass die sich aus den Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 1 ergebenden Verpflichtungen nicht eingehalten werden, so sind sie zur Durchführung von Kontrollen verpflichtet. <sup>3</sup>Das beauftragte Unternehmen und die jeweiligen Nachunternehmen sind verpflichtet, dem öffentlichen Auftraggeber die Einhaltung der Erklärungen insbesondere nach den §§ 5 Abs. 1 bis 3 und 6 Abs. 1 auf dessen Verlangen jederzeit nachzuweisen. <sup>4</sup>Der öffentliche Auftraggeber darf zu diesem Zweck in erforderlichem Umfang Einsicht in Unterlagen insbesondere in Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und andere Geschäftsunterlagen und Aufzeichnungen nehmen, aus denen Umfang, Art, Dauer und tatsächliche Entlohnung der Beschäftigten hervorgehen oder abgeleitet werden. <sup>5</sup>Das beauftragte Unternehmen und die Nachunternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen.
- (2) <sup>1</sup>Das beauftragte Unternehmen und die Nachunternehmen haben vollständige und prüffähige Unterlagen nach Absatz 1 über die eingesetzten Beschäftigten bereitzuhalten. <sup>2</sup>Auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers sind ihm diese Unterlagen vorzulegen.

- (3) Die erforderlichen Rechte des öffentlichen Auftraggebers zur Einsichtnahme in Unterlagen sowie die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten des beauftragten Unternehmens und der jeweiligen Nachunternehmer sind vertraglich sicherzustellen.

## **§ 16 Sanktionen**

- (1) <sup>1</sup>Um die Einhaltung der sich aus den Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 1 ergebenden Verpflichtungen zu sichern, hat der öffentliche Auftraggeber für jeden schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 vom Hundert des Auftragswertes mit dem beauftragten Unternehmen zu vereinbaren; bei mehreren Verstößen darf die Summe der Vertragsstrafen 10 vom Hundert des Auftragswertes nicht überschreiten. <sup>2</sup>Das beauftragte Unternehmen ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch ein Nachunternehmen oder einen Verleiher von Arbeitskräften begangen wird und das beauftragte Unternehmen den Verstoß kannte oder kennen musste. <sup>3</sup>Ist die verwirkte Vertragsstrafe unverhältnismäßig hoch, so kann sie vom öffentlichen Auftraggeber auf Antrag des beauftragten Unternehmens auf einen angemessenen Betrag herabgesetzt werden.
- (2) Der öffentliche Auftraggeber vereinbart mit dem beauftragten Unternehmen, dass die schuldhafte und nicht nur unerhebliche Nichterfüllung einer sich aus den Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 1 ergebenden Verpflichtung durch das beauftragte Unternehmen oder ein Nachunternehmen den öffentlichen Auftraggeber zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt.
- (3) Hat das beauftragte Unternehmen oder ein Nachunternehmen mindestens grob fahrlässig oder mehrfach gegen die sich aus den Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 1 ergebenden Verpflichtungen verstoßen, so ist das betreffende Unternehmen oder Nachunternehmen vom öffentlichen Auftraggeber für die Dauer von bis zu drei Jahren von seiner öffentlichen Auftragsvergabe ausschließen.
- (4) Die öffentlichen Auftraggeber haben die für die Verfolgung und Ahndung von Ordnungswidrigkeiten nach § 23 AEntG und § 18 MiArbG zuständigen Stellen zeitnah über Verstöße der Unternehmen gegen Verpflichtungen nach § 5 Abs. 1 und 2 zu informieren.

## **§ 17 Übergangsbestimmungen**

Auf Vergaben, die vor dem Inkrafttreten dieses Gesetzes begonnen haben, ist das Niedersächsische Landesvergabegesetz vom 15. Dezember 2008 (Nds. GVBl. S. 411), geändert durch Gesetz vom 19. Januar 2012 (Nds. GVBl. S. 6), anzuwenden.

## **§ 18 Inkrafttreten**

<sup>1</sup>Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2014 in Kraft. <sup>2</sup>Abweichend von Satz 1 tritt § 5 Abs. 4 am Tag nach der Verkündung dieses Gesetzes in Kraft.

## **Begründung**

## A. Allgemeiner Teil

### **I. Anlass, Ziele und Schwerpunkte des Gesetzes**

Der Einsatz von Niedriglohnkräften kann bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zu Wettbewerbsverzerrungen führen, die sich nachteilig gerade auf die Unternehmen auswirken, die tarifgebundene Arbeitsplätze anbieten. Denn das Gebot der Wirtschaftlichkeit zwingt den öffentlichen Auftraggeber, dem wirtschaftlich günstigsten Angebot den Zuschlag zu erteilen. Entsprechend müssen ungerechtfertigte Wettbewerbsvorteile zu Lasten der Beschäftigten und der sozialen Sicherungssysteme vermieden werden.

Ziel des Gesetzes ist deshalb, durch die Einführung von Tariftreue einen fairen Wettbewerb bei öffentlichen Ausschreibungen zu ermöglichen und hierdurch insbesondere die mittelständischen Unternehmen und ihre Beschäftigten zu schützen. Die Festsetzung eines Mindestentgelts verhindert, dass sich die Unternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge durch unbegrenztes Unterbieten bei den Arbeitskosten Vorteile verschaffen und soll einen Beitrag leisten, ein Vergütungsniveau zu bestimmen, das auch außerhalb von öffentlichen Aufträgen eine Orientierungshilfe sein kann.

Der öffentlichen Hand kommt grundsätzlich eine Vorbildfunktion zu. Das Gesetz zielt daher auch darauf ab, durch die Berücksichtigung qualitativer Anforderungen hochwertige, nachhaltige und gemeinwohlorientierte Leistungen für die öffentliche Hand zu generieren. Die Vergabeentscheidungen öffentlicher Auftraggeber sind für die Berücksichtigung verschiedenster gesellschaftlicher und politischer Aspekte offen. Durch die Einbeziehung von sozialen Kriterien ebenso wie von Aspekten des Umweltschutzes trägt das Gesetz deshalb auch dazu bei, den Vorbildcharakter der öffentlichen Hand im Interesse wichtiger Gemeinwohlbelange wie Sozialverträglichkeit, Umweltschutz, Energieeffizienz und Innovation zu stärken.

Die Gesetzgebungskompetenz des Landes ist, wie das Bundesverfassungsgericht mit Beschluss vom 11. Juli 2006 (Az.: 1 BvL 4/00) bestätigt hat, nach Artikel 70 in Verbindung mit Artikel 72 Abs. 1 des Grundgesetzes (GG) gegeben. Die Regelungsmaterie fällt in die konkurrierende Zuständigkeit nach Artikel 74 Absatz 1 Nummer 11 Grundgesetz und ist vom Bund nicht abschließend geregelt. Das Gesetz gilt sowohl für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte als auch oberhalb, insoweit ist rechtliche Grundlage § 97 Absatz 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB), wonach der Landesgesetzgeber für die Vergabe öffentlicher Aufträge Anforderungen an die Unternehmen stellen darf.

Der Anwendungsbereich erstreckt sich auf Vergaben der niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber, einschließlich der Sektorenauftraggeber, von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen einschließlich des ÖPNV. Die Eingangsschwelle des Gesetzes wird auf den geschätzten Auftragswert ab 10.000 Euro festgesetzt.

Kernelement des Gesetzentwurfs ist die Verankerung einer an tariflichen Regelungen orientierten Mindestvergütung der in die Ausführung öffentlicher Aufträge einbezogenen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer. Aufgrund der Vorgaben des Europäischen Gerichtshofs in der Entscheidung vom 03.04.2008 (Rs. C-346/06, Ruffert ./ Land Niedersachsen) verzichtet das Gesetz mit Ausnahme des ÖPNV darauf, am Ort der Leistungserbringung anwendbare Tarifverträge für verbindlich zu erklären. Vielmehr wird Tariftreue in Anknüpfung an das Arbeitnehmerentsendegesetz sowie das Mindestarbeitsbedingengesetz gefordert.

Ebenfalls im Einklang mit Europarecht ist die Einführung einer Tariftreuepflicht bei öffentlichen Aufträgen über Personenverkehrsdienste. Nach Artikel 58 Absatz 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) gehen die Bestimmungen des AEUV über den Verkehr denen über die Dienstleistungsfreiheit vor. Das Ruffert-Urteil des EuGH,

das maßgeblich auf der Dienstleistungsfreiheit und der auf ihrer Basis erlassenen Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (ABl. L 18 vom 21. Januar 1997, S. 1) beruht, findet folglich im Verkehrsbereich keine Anwendung. Für die Zulässigkeit von Tariftreuregelungen in diesem Bereich lässt sich zudem die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3. Dezember 2007, S. 1) heranziehen. Nach Artikel 4 Absatz 6 dieser Verordnung kann der Auftraggeber den Betreiber bei der Vergabe von Personenverkehrsdiensten im Einklang mit nationalem Recht dazu verpflichten, bestimmte Qualitätsstandards einzuhalten. Aus Erwägungsgrund 17 der Verordnung wird deutlich, dass es sich bei diesen Standards auch um soziale Kriterien, wie Mindestarbeitsbedingungen und Verpflichtungen aus Kollektivvereinbarungen, handeln kann; die Mitgliedstaaten können zur Gewährleistung transparenter und vergleichbarer Wettbewerbsbedingungen zwischen den Betreibern und um das Risiko von Sozialdumping zu verhindern, besondere soziale Normen und Dienstleistungsqualitätsnormen vorschreiben. Daher ist im Anwendungsbereich der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 von der Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen auszugehen.

Die für den Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste vorgesehene vergabespezifische Pflicht zur Einhaltung von in Niedersachsen geltenden Tarifverträgen stellt auch keine Behinderung der europarechtlichen Niederlassungsfreiheit dar. Solche Bedingungen in Vergabeverfahren betreffen keine Organisations- oder Ordnungsvorschriften für die Niederlassung. Die Niederlassungsfreiheit bezweckt nicht die Freistellung von tätigkeitsbezogenen Regulierungen, die alle Marktanbieter in gleicher Weise treffen. Dies ist bei einer landesgesetzlichen Tariftreue- und Mindestentgeltregelung der Fall, weil damit weder eine versteckte noch eine indirekte Diskriminierung von Bewerbern aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union hinsichtlich der Niederlassungsfreiheit oder in sonstiger Weise verursacht wird.

Da die Verpflichtung zur Tariftreue unter den o.g. Voraussetzungen nur eingeschränkt gefordert werden kann, wird sie durch eine allgemeine Vorgabe zum Mindestentgelt ergänzt. Danach dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Mindestentgelt zu zahlen. Die Forderung kann vom Landesgesetzgeber zulässigerweise erhoben werden, weil es sich hierbei nicht um eine arbeitsrechtliche Regelung handelt, sondern um die Vorgabe eines Vergabekriteriums (vgl. BVerfG, Beschluss vom 11. Juli 2006, Az.: 1 BvL 4/00, Rn. 56 ff.). Sie ist auch mit der Rechtsprechung des EuGH zu vereinbaren, weil das Mindestentgelt durch Rechtsvorschrift verbindlich festgelegt wird (vgl. EuGH, Urteil vom 3. April 2008, Rs. C-346/06, Rn. 21,24).

Im Verhältnis zur Tariftreuepflicht gilt: In den Fällen, in denen zulässigerweise Tariftreue gefordert werden kann, gelten grundsätzlich die tarifvertraglich bestimmten Entgelte. Jedoch gilt in solchen Fällen ausnahmsweise dann die Mindestentgeltregelung, wenn diese für die Beschäftigten günstiger ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs der Tariftreue greift die Mindestentgeltvorgabe. Ist zwar der Anwendungsbereich der Tariftreue mit Blick auf das AEntG oder MiArbG eröffnet, liegen aber keine einschlägigen Tarifverträge vor, greift auch insoweit die Mindestentgeltvorgabe.

Hiermit soll gewährleistet werden, dass die Beschäftigten, die im Rahmen der Leistungserbringungen der öffentlichen Aufträge eingesetzt werden, für ihre Tätigkeit einen angemessenen Lohn erhalten. Diese Regelung ist auch mit der Rüffert-Entscheidung des EuGH vereinbar, da das Mindestentgelt durch eine Rechtsvorschrift verbindlich festgelegt wird und keine allgemeinverbindlichen Vorgaben der Entsenderichtlinie zum Zwecke des Arbeitnehmerschutzes missachtet oder darüber hinausgeht. Ein Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit wird daher mit der Festlegung eines vergabespezifischen Mindestlohns nicht begründet.

## II. Voraussichtliche Kosten und haushaltsmäßige Auswirkungen

Durch die Vorgabe von Tariftreue oder eines sog. vergabespezifischen Mindeststundenentgeltes sowie durch die vorgesehene Festlegung von repräsentativen Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV ist eine grundsätzliche Steigerung der Auftragssummen bei der öffentlichen Auftragsvergabe möglich. Ferner ist hierdurch sowie durch zusätzliche, verpflichtende Vorgabe zur Berücksichtigung weiterer politischer Aspekte neben der Wirtschaftlichkeit bei der Beschaffung, eine Steigerung der Verwaltungskosten im Rahmen der Durchführung der Vergabeverfahren zu erwarten. Allerdings gibt es keinen regelmäßig feststellbaren Automatismus zwischen der Tariftreue- beziehungsweise Mindestentgeltspflicht und den Gesamtpreisen bei öffentlichen Aufträgen. Das Ergebnis von Ausschreibungen hängt meist von einer Vielzahl von Einzelpositionen und Faktoren ab, die unternehmensabhängig unterschiedlich stark ins Gewicht fallen können. Ob und in welchem Umfang die vorgesehenen Regelungen über die Angebotspreise zu Mehrkosten für die öffentlichen Auftraggeber führen, ist daher nicht vorhersehbar.

Zusätzlicher Verwaltungsaufwand entsteht durch den Gesetzesvollzug insbesondere durch die Erstellung der Ausschreibungsunterlagen, durch die Feststellung der einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife, die Einholung von Nachweisen sowie durch Kontrollen und Sanktionen. Soweit bei Kontrollen Verstöße festgestellt werden, die zu Vertragsstrafen führen, kommen diese den jeweiligen öffentlichen Auftraggebern zugute. Mehraufwand beim Land entsteht außerdem beim Arbeitsministerium im Zusammenhang mit der Feststellung der repräsentativen Tarifverträge im Verkehrsbereich sowie der Fortschreibung des Mindestentgelts von 8,50 Euro pro Stunde. Aufgrund zu erwartender steigender Zahl der Nachprüfungsverfahren und vor allem unmittelbar nach Inkrafttreten des Gesetzes erhöhtem Beratungsbedarf der öffentlichen Auftraggeber ist auch mit zusätzlichem Aufwand bei der Beratungs- und Nachprüfungsstelle des Wirtschaftsministeriums sowie bei der niedersächsischen Vergabekammer zu rechnen.

Das Kostensteigerungspotenzial für öffentliche Aufträge kann allerdings mangels verfügbarer statistischer Informationen zum jetzigen Zeitpunkt nicht konkretisiert werden. Insbesondere werden nicht nur unmittelbare Kostensteigerungen haushaltswirksam werden, sondern es können sich Auswirkungen auf die Beteiligungen der Gebietskörperschaften ergeben. Ferner können die durch das Gesetz eintretenden Wirkungen aufgrund der Komplexität der Mechanismen im Rahmen der öffentlichen Beschaffung nicht abschließend beurteilt werden. Den etwaigen Kostenerhöhungen stehen jedoch vermutlich durch die Verankerung des vergabespezifischen Mindestlohns auch Einsparungen der sozialen Sicherungssysteme gegenüber.

Im Anwendungsbereich des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes und des Gesetzes über die Festsetzung von Mindestarbeitsbedingungen besteht bereits jetzt eine bundesrechtliche Verpflichtung, die auf Grund dieser Normen ausgewiesenen Entgeltbedingungen zu beachten. In den Branchen, in denen tarifvertragliche Verpflichtungen für die Unternehmen bestehen, die oberhalb des vergabespezifischen Mindestlohns von 8,50 EUR liegen, wird eine Verteuerung der öffentlichen Aufträge nicht eintreten.

Gemäß Art 57 Abs. 4 der Niedersächsischen Verfassung sind die durch Übertragung neuer Aufgaben sowie die Veränderung bestehender Aufgaben entstehenden Verwaltungskosten der Kommunen im Rahmen eines Konnexitätsfolgenausgleiches zu regeln. Mangels verfügbarer statistischer Daten zu den Verwaltungskosten bei der Durchführung von Vergabeverfahren wird die Höhe der etwaigen Ausgleichszahlungen nur im Dialog mit den kommunalen Spitzenverbänden und den kommunalen Auftraggebern zu klären sein. Die verfassungsmäßig vorgesehene gesetzliche Regelung wird daher in einem späteren Gesetzgebungsverfahren nachzuholen sein. Der insoweit eintretenden Mehrbelastung des Landeshaushaltes steht jedoch auch durch die Beauftragung tariftreuer Unternehmen eine

entsprechende Entlastung der Sozialkassen gegenüber, die in geeigneter Weise bei der Ermittlung der Ausgleichszahlung zu berücksichtigen wäre. Im Verfahren zur Festlegung eines Konnexitätsfolgenausgleiches ist zu prüfen, ob die zusätzliche Belastung der Gemeinden und Gemeindeverbände den Betrag von 25 Cent pro Einwohner überschreitet, so dass ein Ausgleich einer nicht nur geringfügigen Mehrbelastung veranlasst ist.

## B. Besonderer Teil

### **Zu § 1 Zweck des Gesetzes**

Die Vorschrift betont das Ziel, bei der Ausführung von öffentlichen Aufträgen durch den Einsatz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern zu sozialverträglichen Bedingungen einen fairen Wettbewerb zu gewährleisten. Dumpinglöhne sollen durch die verpflichtende Forderung von Tariftreue bzw. der verpflichtenden Forderung zur Einhaltung von Mindestentgelten (siehe §§ 5 und 6) verhindert und dadurch entstehende Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme abgemildert werden.

### **Zu § 2 Anwendungsbereich**

Absatz 1 Satz 1 definiert den Begriff des öffentlichen Auftrages und damit den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes. Das gesamte Gesetz soll in sachlicher Hinsicht für die Vergabe öffentlicher Aufträge (inkl. Freiberufliche Leistungen im Sinne der VOF; außer Baukonzessionen und Auslobungsverfahren) i.S.d. § 99 GWB gelten. Der Hinweis auf die Schwellenwerte nach § 100 Abs 1 GWB stellt klar, dass die Vorschriften auch oberhalb der Schwellenwerte gelten.

Die „Eingangsschwelle“ für die Anwendung dieses Gesetzes ist ein geschätzter Auftragswert in Höhe von 10.000 € ohne Umsatzsteuer, für die Schätzung soll nach Satz 2 § 3 der Vergabeverordnung gelten.

Absatz 1 Satz 3 nimmt Verfahren im Bundesauftrag vom Anwendungsbereich aus. Betroffen ist insbesondere der Bereich der Bundesfernstraßenverwaltung, den die Länder zwar im Wege der Bundesauftragsverwaltung als eigene Angelegenheiten wahrnehmen, der Bund aber kostenpflichtiger Vertragspartner der Unternehmen wird. Es bestehen hinsichtlich der Frage, wer in diesen Fällen öffentlicher Auftraggeber und damit richtiger Antragsgegner in Nachprüfungsverfahren ist, Divergenzen in der Rechtsprechung. Insbesondere das für die hiesige Vergabekammer zuständige OLG Celle verlangt das Land Niedersachsen als Antragsgegner im Nachprüfungsverfahren, mit der Folge, dass Entscheidungen gegen das Land ergehen, obwohl als Vertragspartner und öffentlicher Auftraggeber der Bund betroffen ist. Die Verfahren im Bundesauftrag (mit einem jährlichen Volumen im Fernstraßenbau von ca. 480 Mio € im Mittel) vom Anwendungsbereich auszunehmen, trägt dem Umstand Rechnung, dass die Länder den Bund in Angelegenheiten der Vermögensverwaltung „nur“ vertreten, also namens oder im Auftrage des Bundes handeln („Bundesrepublik Deutschland, vertreten durch das Land Niedersachsen, dieses vertreten durch...“) und sich damit auch seinen Regelungen unterwerfen. Das muss auch für das Vergabeverfahren gelten. Insoweit ist ein (deklaratorischer) Ausschluss aus dem Anwendungsbereich des Tariftreue- und Vergabegesetzes nur folgerichtig und beseitigt Rechtsunsicherheiten in der Praxis. Dies ist insofern unproblematisch, da der mit diesem Gesetz verfolgte Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in dem betroffenen Bereich im Wesentlichen durch die Geltung von allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz gewährleistet ist.

Absatz 2 erstreckt den Anwendungsbereich dieses Gesetzes auf alle unter die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallenden öffentlichen Personenverkehre. Dies sind gemäß Artikel 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Dienstleistungsaufträge im straßengebundenen ÖPNV, die unter Beachtung der in den Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG vorgesehenen Verfahren vergeben werden, Dienstleistungskonzessionen im straßengebundenen ÖPNV, wobei diese auch im Wege der Direktvergabe vergeben werden können (Art. 5 Abs. 2, 4 und

5 der Verordnung) sowie Dienstleistungsaufträge im schienengebundenen Personennahverkehr (SPNV), die ebenfalls auch im Wege der Direktvergabe vergeben werden können (Art. 5 Abs. 6 der Verordnung).

Das Vergaberecht ist in erster Linie an die öffentlichen Auftraggeber adressiert, denen es eine Reihe von Pflichten auferlegt. Dies soll auch für das Niedersächsische Tariftreue- und VergabeG gelten, so dass in Absatz 3 unter Verweis auf § 98 Nummern 1 bis 5 GWB die niedersächsischen Rechtsträger benannt werden, die in ihrer Eigenschaft als öffentliche Auftraggeber (bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – vgl. Absatz 1) betroffen sind.

- § 98 Nr. 1 GWB benennen die Gebietskörperschaften Land und Kommunen sowie ihre Sondervermögen.
- § 98 Nr. 2 GWB erfasst juristische Personen des öffentlichen und des privaten Rechts, die zu dem Zweck gegründet wurden, im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nicht gewerblicher Art zu erfüllen und die vom Staat beherrscht werden (z.B. kommunale Abfallentsorgungs-GmbH, kommunale Wohnungsbaugesellschaften, Wirtschaftsfördergesellschaften, Krankenkassen, gesetzliche Rentenversicherungsträger).
- Nach § 98 Nr. 3 sind auch Verbände, deren Mitglieder Gebietskörperschaften sind, öffentliche Auftraggeber. Betroffen sind insbesondere kommunale Zweckverbände (Wasser-, Abfall-, Verkehr-).
- § 98 Nr. 4 unterwirft auch die so genannten Sektorenauftraggeber, die in den Bereichen Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des (Luft-, See- und Binnenschiffs-, öffentlichen Personennah-) Verkehrs tätig sind, den Vorgaben des (Landes-) Vergaberechts. Tätigkeiten sind z.B. das Bereitstellen und Betreiben fester Netze zur Versorgung der Allgemeinheit mit Trinkwasser, Strom, Gas oder Wärme. Im Bereich Verkehr ist der Betrieb von Flughäfen, Häfen und sonstiger Infrastruktur im Eisenbahn-, Straßenbahn- oder sonstigem Schienenverkehr sowie im öffentlichen Personenverkehr der Betrieb von Kraftomnibussen und Oberleitungsbussen betroffen.
- § 98 Nr. 5 unterwirft staatlich subventionierte Bauherren dem (Landes-)Vergaberecht. Erhalten natürliche oder juristische Personen des Privatrechts vom Staat Mittel für Tiefbau- und bestimmte Hochbaumaßnahmen (z.B. Schul- und Verwaltungsgebäude), mit denen die genannten Bauvorhaben zu mehr als 50 % finanziert werden, finden die Vergaberegeln Anwendung.

Absatz 4 regelt das Verfahren bei einer gemeinsamen Vergabe öffentlicher Aufträge mit Auftraggebern anderer Bundesländer sowie die gemeinsame Vergabe mit Nachbarstaaten der Bundesrepublik Deutschland. Die ggf. aus unterschiedlichen Landesvergabe- bzw. Tariftreuegesetzen erwachsenden Kooperationshemmnisse sollen beseitigt werden können, indem den öffentlichen Auftraggebern des Landes Niedersachsen die Möglichkeit eröffnet wird, mittels einer Einigung den Zielsetzungen dieses Gesetzes zu entsprechen. Sofern eine Einigung nicht erzielt werden kann, wird zudem die Möglichkeit eröffnet, auch Tariftreue- und Vergabegesetze eines anderen Bundeslandes oder eines Nachbarstaates der BRD auf die gemeinsame Vergabe des öffentlichen Auftrags anzuwenden.

### **Zu § 3 Anzuwendende Vorschriften; Wertgrenzen**

Die Vorschrift in Absatz 1 bindet alle niedersächsischen öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe von Bau- sowie Dienst- und Lieferleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte nach § 100 Abs. 1 GWB an die Vorgaben des jeweils 1. Abschnitts der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A); auf die VOF wird nicht verwiesen, diese findet weiter nur im Oberschwellenbereich Anwendung. Damit werden u.a. auch die Kommunen, ihre Eigenbetriebe und sonstigen kommunalen Einrichtungen an die Einhaltung der Regelungen aus der VOB/A und der VOL/A gebunden. Unterhalb der 10.000 €-Schwelle kann dies weiterhin nur über haushaltsrechtliche Vorgaben (für das Land vgl. VV Nr. 1.2.2 zu § 55 LHO; für die Kommunen vgl. § 26a GemHKVO) erfolgen. Im 2. Halbsatz werden für den

Unterschwellenbereich die Ausnahmetatbestände des § 100 Abs. 2 GWB, der seinerseits auf die Abs. 3 bis 6 (u.a. Arbeitsverträge, Grundstückserwerb, Mietverträge) und §§ 100a bis 100c (u.a. Sektorenbereich, Bereich Verteidigung und Sicherheit) verweist, für anwendbar erklärt.

Im Oberschwellenbereich gelten das GWB und die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/ VOL/ VOF) sowie die Sektorenverordnung unmittelbar.

Die Vorschrift in Absatz 2 normiert die Möglichkeit für das für Öffentliches Auftragswesen zuständige Ministerium, per Verordnung Wertgrenzen festzulegen. Bisher gilt in Niedersachsen der sog. „Wertgrenzenerlass“. Satz 3 stellt klar, dass die Verordnungsermächtigung unabhängig von der Eingangsschwelle dieses Gesetzes gilt. Die künftige „Wertgrenzen“-Verordnung soll somit abweichend von § 2 Abs. 1 auch auf öffentliche Vergaben mit Auftragswerten von unter 10.000 € (netto) Anwendung finden. Die Festlegung von Wertgrenzen erleichtert und beschleunigt die Vergabeverfahren unterhalb der EU-Schwellenwerte, da für Vergabefälle bis zur jeweils festgelegten Wertgrenze der Rückgriff auf die beschränkte Ausschreibung oder die freihändige Vergabe vereinfacht wird. Dabei regelt eine solche Verordnung lediglich die Wahl der Vergabeart, die sonstigen Regelungen dieses Gesetzes, insbesondere die Forderung von Tariftreue und Mindestentgelten nach den §§ 5 und 6, sind weiterhin zu beachten, insoweit gilt die 10.000 € - Schwelle.

#### **Zu § 4 Allgemeine Grundsätze**

Absatz 1 entspricht inhaltlich der Regelung in § 97 Abs. 4 Satz 1 GWB und regelt grundsätzliche Eignungskriterien als Anforderungen an die Unternehmen. Das GWB findet für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte unmittelbar Anwendung. Die allgemeinen Grundsätze sollen auch im Unterschwellenbereich (ab 10.000 €) gelten.

Über die reinen Eignungskriterien hinaus regelt Absatz 2, unter welchen Voraussetzungen der öffentliche Auftraggeber zusätzliche Anforderungen an den Unternehmen stellen kann. Absatz 2 entspricht dabei inhaltlich der Regelung in § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB und gilt damit auch für den Unterschwellenbereich (ab 10.000 €).

#### **Zu § 5 Tariftreue und besondere Mindestentgelte**

Mit der Forderung von Tariftreue bzw. der Einhaltung von Mindestentgelten (§§ 5 und 6) soll sichergestellt werden, dass es bei der öffentlichen Auftragsvergabe nicht zu Wettbewerbsverzerrungen aufgrund sog. Dumpinglöhne kommt. Ohne eine entsprechende Regelung zur Tarif-/ Mindestentgelttreue besteht die Gefahr, dass die bietenden Unternehmen sich über möglichst niedrige Löhne gegenseitig unterbieten. Die Regelungen der §§ 5 und 6 dienen insofern auch dem Schutz der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vor Sozial- und Lohndumping sowie der Stabilisierung der sozialen Sicherungssysteme.

Die Abgabe von Tariftreue- und Mindestentgeltklärungen nach § 5 Abs. 1 - 3 und § 6 Abs. 1 wird nur bei öffentlichen Aufträgen über Bau- und Dienstleistungen gefordert. Auftragsgegenstand von Lieferleistungen ist dagegen i.d.R. die Beschaffung von bereits fertig gestellten Waren. Eine Leistungserbringung durch Beschäftigte erfolgt hierbei nur in einem sehr geringen Umfang (z.B. Rechnungslegung für den Auftrag, ggf. Zulieferung). Dabei ist nach h. M. die ggf. im öffentlichen Auftrag enthaltene „Zulieferung“ auch nicht als Bestandteil des öffentlichen Auftrags anzusehen.

Mit § 5 Absatz 1 wird eine europarechtskonforme Tariftreue- und Mindestentgeltregelung geschaffen. So wird die Einhaltung der im Sinne des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntG) für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge in Bezug auf die tarifvertraglichen Entgelte und ihre Zahlungsmodalitäten gefordert. Bei Angebotsabgabe müssen die

Unternehmen eine Erklärung abgeben, dass die Zahlung des Entgelts an ihre Beschäftigten nach den Vorgaben des nach dem AEntG einschlägigen Tarifvertrages erfolgt. Dasselbe gilt für Mindestentgelte, die auf Grundlage des AEntG durch Rechtsverordnung festgesetzt werden können. Das AEntG erstreckt sich dabei auf folgende Bereiche:

- Bauhauptgewerbe oder Baunebengewerbe im Sinne der Baubetriebe-Verordnung,
- Gebäudereinigung,
- Briefdienstleistungen,
- Sicherheitsdienstleistungen
- Bergbauspezialarbeiten auf Steinkohlebergwerken,
- Wäschereidienstleistungen im Objektkundengeschäft
- Abfallwirtschaft einschließlich Straßenreinigung und Winterdienst,
- Aus- und Weiterbildungsdienstleistungen nach dem Zweiten oder Dritten Buch Sozialgesetzbuch und
- Pflegedienstleistungen.

In Satz 2 wird klargestellt, dass sich die Tariftreueerklärung nicht auf die Leistungserbringung durch Auszubildende erstreckt. Für die Beschäftigung von Auszubildenden ist insbesondere das Berufsbildungsgesetz maßgeblich.

Sofern die Leistungserbringung des öffentlichen Auftrags nicht dem Geltungsbereich des AEntG unterfällt, wird in Absatz 2 bei Angebotsabgabe alternativ eine Erklärung über die Einhaltung von Mindestentgelten, die durch Rechtsverordnung nach § 4 Abs. 3 Mindestarbeitsbedingungengesetz (MiArbG) festgesetzt werden können, gefordert. Im Hinblick auf die Arbeitnehmerentsenderichtlinie ist insbesondere eine Berücksichtigung solcher entsprechend bundesweit geltender Mindestentgelte zulässig. Es soll daher vorrangig die Einhaltung bundesweit geltender, also „besonderer“ Mindestentgelte gefordert werden.

Satz 2 stellt wiederum klar, dass sich die geforderte Mindestentgelterklärung nicht auf die Leistungserbringung durch Auszubildende bezieht.

Absatz 3 fordert bei öffentlichen Aufträgen über Dienstleistungen im Bereich des Öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene (vgl. § 2 Abs. 2; betroffen ist hier in aller Regel der öffentliche Personennahverkehr -ÖPNV- im Sinne des § 1 Abs. 2 Nds.

Nahverkehrsgesetz) von den Unternehmen die Abgabe einer Tariftreueerklärung, die sich auf einen der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge bezieht. Das Abstellen der Tariftreueerklärung auf einen der einschlägigen und repräsentativen Tarifverträge (zum Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität siehe Absatz 4) ist erforderlich, da im Bereich des ÖPNV keine für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträge existieren. Vielmehr gibt es insbesondere im Bereich „Straße“ eine Vielzahl von Tarifverträgen, die mit den jeweils zuständigen Gewerkschaften vereinbart worden sind. Diese differieren jedoch erheblich in Bezug auf die tarifvertraglich vereinbarten Entgelte. Um hier eine möglichst einheitliche Forderung der Tariftreue im Sinne dieser Vorschrift zu ermöglichen und insofern auch eine Vergleichbarkeit im Hinblick auf die Entlohnung der Beschäftigten (ohne Auszubildende) zu gewährleisten, ist die Feststellung der Repräsentativität von einschlägigen Tarifverträgen dringend geboten.

Die Sätze 3 bis 5 regeln das Verfahren bei Ausschreibungen für grenzüberschreitenden Verkehr. Vornehmlich soll hier eine Einigung mit dem Nachbarstaat über die Vorgabe des einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrags angestrebt werden. Dabei besteht auch die Möglichkeit, die Tariftreueerklärung für einen repräsentativen Tarifvertrag aus dem Nachbarstaat zu fordern. Als problematisch könnte sich dabei jedoch herausstellen, wie das Vorliegen der Voraussetzungen für die geforderte Repräsentativität bei ausländischen Tarifverträgen ermittelt werden kann. In Ausnahmefällen kann bei Ausschreibungen grenzüberschreitenden Verkehrs daher auch auf die Forderung der Tariftreue verzichtet werden.

- In Fällen der bundeslandübergreifenden Auftragsvergabe gilt § 4 Abs. 3. -

Für die Feststellung der Repräsentativität von einschlägigen Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV (siehe Absatz 3) ist die Zuständigkeit bei dem für Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständigen Ministerium angesiedelt, siehe Absatz 4. Dieses Ministerium kann unter Berücksichtigung der Vorgaben in den Sätzen 2 bis 4 per Verordnung das genaue Verfahren zur Feststellung der Repräsentativität festlegen. Die Verordnung wird dabei gleichwohl ins Einvernehmen mit dem für Öffentliches Auftragswesen und dem für Verkehr zuständigen Ministerium gestellt, damit die rechtlichen und tatsächlichen Anforderungen aus den betroffenen Bereichen Berücksichtigung finden können.

Absatz 5 sieht die Einrichtung einer Servicestelle vor. Zu den Aufgaben der Servicestelle gehört die Information über bestehende Tarifreue- und Mindestentgeltregelungen sowie die kostenlose Bereitstellung von Entgeltregelungen aus den jeweils einschlägigen – für allgemein verbindlich erklärten oder repräsentativen – Tarifverträgen oder Rechtsverordnungen. Die Servicestelle nimmt somit im Hinblick auf Tarifreue- und Mindestentgeltregelungen eine Beratungsfunktion gegenüber den Vergabestellen wahr und ist daher im Bereich des Tarif- und Arbeitsrechts anzusiedeln. Die Servicestelle stellt auch Mustervordrucke zur Erklärung der Tarif- und Mindestentgelttreue zur allgemeinen Verwendung bereit. Diese können von den Unternehmen verwendet werden und sind von den öffentlichen Auftraggebern entsprechend anzuerkennen.

Absatz 6 nimmt die öffentlichen Auftraggeber in die Pflicht, den oder die jeweils einschlägigen – für allgemein verbindlich erklärten oder repräsentativen – Tarifvertrag bzw. Tarifverträge oder Rechtsverordnung(en), für den die Tarifreue- oder Mindestentgelterklärung nach den Absätzen 1, 2 oder 3 im Einzelfall gefordert wird, in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen des Auftrags anzugeben. Da die Tarifreue- bzw. Mindestentgelterklärung von allen Unternehmen abgefordert wird, muss die Angabe des einschlägigen „Tarifs“ oder „Mindestentgelts“, für den die Erklärung jeweils verlangt wird, durch den öffentlichen Auftraggeber klar benannt werden. Dieses stellt eine weitere Anforderung an den öffentlichen Auftraggeber dar, die jedoch erforderlich ist, um eine Kontrolle und Vergleichbarkeit der Angebote gewährleisten zu können. Dieses ist außerdem zur Sicherstellung der gebotenen Transparenz in Vergabeverfahren unerlässlich.

Absatz 7 regelt den Wertungsausschluss von Angeboten, die die entsprechende Tarifreue- oder Mindestentgelterklärung – spätestens nach Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers – nicht aufweisen. Dies stellt die Bedeutung der Tarifreue- bzw. Mindestentgeltforderung heraus. Die Tarifreue- oder Mindestentgelterklärung soll in der Regel bei Angebotsabgabe vorliegen (siehe Absätze 1 bis 3). Liegt die Tarifreue- oder Mindestentgelterklärung zu diesem Zeitpunkt nicht vor, hat der öffentliche Auftraggeber das Unternehmen unter Angabe einer angemessenen kurzen Frist zur Abgabe aufzufordern, ehe er das Angebot von der Wertung ausschließt. Diese Regelung stellt klar, dass die Tarifreue- bzw. Mindestentgelterklärung – ebenso wie die sonstigen Erklärungen und Nachweise entsprechend den Regelungen in § 16 (EG) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und § 16 Abs. 2 bzw. § 19 EG Abs. 2 VOL/A – nachgefordert werden können. Die Dauer der Frist ist dabei in Anlehnung an die Vorgaben der VOB/A und VOL/A bzw. die Verwaltungspraxis der jeweiligen Vergabestelle zu bestimmen.

## **Zu § 6 Mindestentgelte**

Um den sozialpolitischen Regelungsspielraum hinsichtlich der Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen zu erweitern, wird in Absatz 1 als Vergabekriterium eine allgemeine Lohnuntergrenze festgelegt. Danach dürfen nur solche Unternehmen öffentliche Aufträge erhalten, die sich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistung ein Mindeststundenentgelt von 8,50 € (brutto) pro Stunde zu bezahlen. Die Unternehmen haben bei Angebotsabgabe eine Erklärung über die Einhaltung dieses Mindestentgelts abzugeben. Wird die Erklärung auch nach Aufforderung nicht vorgelegt, ist das Angebot von der Wertung auszuschließen, siehe Satz 3. Diese Regelung entspricht den Regelungen in §

16 (EG) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und § 16 Abs. 2 bzw. § 19 EG Abs. 2 VOL/A, wonach Erklärungen und Nachweise, die bei Angebotsabgabe nicht vorliegen, nachgefordert werden können. Die Dauer der Nachforderungsfrist ist dabei in Anlehnung an die Vorgaben der VOB/A und VOL/A bzw. die Verwaltungspraxis der jeweiligen Vergabestelle zu bestimmen. Das Mindestentgelt gilt unterdessen nicht für die Leistungserbringung durch Auszubildende. Hierfür ist das Berufsbildungsgesetz maßgeblich.

Für den Fall, dass bei der Anwendung der Tariftreuerregelung des § 5 den Beschäftigten, die mit der Ausführung der beauftragten Leistung befasst sind, niedrigere Stundenentgelte zustehen würden als nach der Mindestentgeltverpflichtung, soll das Mindestentgelt nach § 6 als die für die Beschäftigten günstigere Regelung gelten. Denn bei der Ausführung öffentlicher Aufträge sollen Beschäftigte für die Tarifverträge nach § 5 gelten, nicht schlechter gestellt werden als die Beschäftigten in Branchen, für die überhaupt keine oder keine unter § 5 fallenden Tarifverträge gelten.

Es wird verhindert, dass die bietenden Unternehmen sich im Wettbewerb um öffentliche Aufträge durch ein unbegrenztes Unterbieten bei den Arbeitskosten Vorteile verschaffen können und somit ein auf dem Rücken niedrig qualifizierter Arbeitskräfte Niedriglohnwettbewerb ausgetragen wird. Darüber hinaus wird durch die Mindestentgeltforderung vermieden, dass der Staat durch ansonsten erforderliche ergänzende Zahlungen an die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer indirekt die Unternehmen, die Niedriglöhne zahlen, subventioniert.

Die Festsetzung des Mindeststundenentgelt auf 8,50 Euro (brutto) ergibt sich aus der Koalitionsvereinbarung und entspricht der derzeit auch bundesweit geforderten Mindestentgelthöhe. Damit wird erreicht, dass Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zumindest dann eine auskömmliche Vergütung erhalten, wenn sie zur Erfüllung von Verträgen mit öffentlichen Auftraggebern eingesetzt werden. Dieses Vergütungsniveau kann auch außerhalb öffentlicher Aufträge eine Orientierungshilfe für die Existenz sichernde Bezahlung von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern dienen.

Absatz 2 regelt, dass das Mindeststundenentgelt nach Absatz 1 jährlich (erstmalig 2014) überprüft und ggf. per Verordnung der Landesregierung angepasst werden kann. Dies trägt den sich stets verändernden wirtschaftlichen Verhältnissen Rechnung und trägt zur Gewährleistung der Grundsicherung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer bei. Dazu wird eine Kommission eingesetzt. Das Verfahren zur Überprüfung des Mindestentgelts sowie die Zusammensetzung der Kommission werden in einer gesonderten Verordnung geregelt, die in der Zuständigkeit des für die Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständigen Ministeriums im Einvernehmen mit dem für Öffentliches Auftragswesen zuständigen Ministerium liegt.

Die abschließende Entscheidung über die Neufestsetzung bzw. Anpassung des Mindestentgelts trifft die Landesregierung.

### **Zu § 7 Betreiberwechsel bei der Erbringung von Personenverkehrsdiensten**

Die Vorschrift stellt auf die Umsetzung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 ab, wonach bei einem Betreiberwechsel angeordnet werden kann, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern die Rechte entsprechend einem Betriebsübergang nach der Richtlinie 2001/23/EG des Rates vom 12. März 2001 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Wahrung von Ansprüchen der Arbeitnehmer beim Übergang von Unternehmen, Betrieben oder Unternehmens- oder Betriebsteile zu gewähren. Verpflichtet der öffentliche Auftraggeber die Betreiber eines öffentlichen Dienstes zur Einhaltung der bisherigen Sozialstandards, so sind nach Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und der öffentlichen Dienstleistungsaufträge die betreffenden Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer aufzuführen und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten zu machen.

Um die Regelung auch handhabbar zu machen, sieht Satz 2 vor, dass die bisherigen Betreiber den Auftraggebern auf Anforderung erforderliche Unterlagen und Auskünfte zur Verfügung stellen müssen.

### **Zu § 8 Wertung unangemessen niedriger Angebote**

Zur Sicherstellung eines fairen Wettbewerbs zwischen den bietenden Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sowie zur Vermeidung illegaler Beschäftigung bei der Auftragsausführung müssen sich die öffentlichen Auftraggeber insbesondere mit unangemessen niedrigen Angeboten auseinandersetzen. Erscheint ein Angebot, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, unangemessen niedrig, so kann die Vergabestelle die Kalkulation des Angebotes überprüfen (vgl. hierzu auch § 16 (EG) Abs. 6 VOB/A und § 16 Abs. 6 VOL/A bzw. § 19 EG Abs. 6 VOL/A). Bei einer Abweichung von 10 Prozent und mehr ist die Vergabestelle nunmehr nach diesem Gesetz dazu verpflichtet, die Kalkulationsunterlagen des Angebotes zu überprüfen.

### **Zu § 9 Nachweise**

Absatz 1 stellt klar, dass Unternehmen den Nachweis ihrer Eignung im Hinblick auf ihre Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit – entsprechend den Regelungen in § 6 (EG) Abs. 3 VOB/A und §§ 6 Abs. 4, 7 EG Abs. 4 VOL/A – auch im Wege der zugelassenen Präqualifizierungssysteme (vgl. § 97 Abs. 4a GWB), d.h. durch eine aktuell gültige Eintragung in ein Präqualifikationsverzeichnis, erbringen können. Das bedeutet, dass auf die Vorlage von Einzelnachweisen oder Eigenerklärungen verzichtet werden kann, sofern diese bereits für die Eintragung in das jeweilige Präqualifikationsverzeichnis vorgelegt werden mussten. Die Präqualifikation kann dabei selbstverständlich nur Nachweise und Einzelerklärungen ersetzen, die vom jeweiligen Präqualifikationssystem erfasst werden. Die öffentlichen Auftraggeber haben die „Präqualifikation“ der Unternehmen anzuerkennen und insofern auf die Vorlage von Einzelnachweisen oder Eigenerklärungen, die Bestandteil der Präqualifizierung sind, zu verzichten. Dies trägt zur Verfahrensvereinfachung und Verfahrenserleichterung sowohl auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber, die die einzelnen Nachweise und Erklärungen nicht mehr jeweils separat prüfen müssen, als auch auf Seiten der Unternehmen, die diese nicht bei jeder Bewerbung um einen öffentlichen Auftrag vorlegen müssen, bei.

Das System der Präqualifizierung soll auch für Nachweise oder Erklärungen nach diesem Gesetz Anwendung finden, sofern diese von den Präqualifizierungssystemen erfasst werden.

#### *Präqualifizierung im VOB-Bereich, Bsp.: Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen*

Die Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung für die Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens vom 25. April 2005 in der Fassung vom 25. Oktober 2012 trifft Regelungen zur bundesweit einheitlichen Durchführung eines Präqualifikationsverfahrens für öffentliche Bauaufträge. In der Anlage 1 zu dieser Leitlinie sind die Kriterien der Präqualifizierung aufgeführt. Danach umfasst die Präqualifizierung im VOB-Bereich gemäß lfd. Nr. 8 auch eine Eigenerklärung der Unternehmen in Bezug auf die Zahlung des nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vorgeschriebenen Mindestlohns. Sofern ein Unternehmen über eine aktuell gültige Eintragung in das Präqualifikationsverzeichnis des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. ([www.pq-verein.de](http://www.pq-verein.de)) verfügt, kann daher auf eine gesonderte Vorlage der Tariftreueerklärung nach § 5 Abs. 1 dieses Gesetzes verzichtet werden.

Die Liste der präqualifizierten Unternehmen ist dabei im Internet allgemein zugänglich. Die öffentlichen Auftraggeber können darüber hinaus über einen gesicherten Zugang die von dem Unternehmen zur Eintragung vorgelegten Eignungsnachweise und Eigenerklärungen einsehen. Dort können nach Anlage 1 der Leitlinie auch weitere freiwillige Angaben oder Eigenerklärungen der Unternehmen informativ aufgenommen werden, ohne dabei Einfluss auf die Präqualifizierung zu haben oder von dieser erfasst zu sein. Hierzu gehören z.B. Eigenerklärungen über die Einhaltung von Tariftreueforderungen der Länder. Sofern eine

entsprechende Tariftreue- bzw. Mindestentgelterklärung nach § 5 Abs. 2 oder § 6 Abs. 1 dieses Gesetzes hier bereits als freiwillige Erklärung eines Unternehmens hinterlegt ist, kann diese von den öffentlichen Auftraggebern anerkannt werden. Ist das nicht der Fall, haben die Unternehmen die im einzelnen Vergabefall geforderte Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung als separate Erklärung bei Angebotsabgabe vorzulegen. Die Aktualität bzw. Gültigkeit der Präqualifizierung wird dadurch sichergestellt, dass Nachweise und Eigenerklärungen in bestimmten zeitlichen Abständen (i.d.R. alle 13 Monate) neu vorzulegen sind. Werden die Unterlagen nicht fristgerecht vorgelegt, wird die Präqualifikation des Unternehmens unverzüglich gestrichen und die Eintragung des Unternehmens aus der Liste entfernt (siehe Ziffer 9.1. der Leitlinie).

*Präqualifizierung im VOL-Bereich, Bsp.: Tariftreue- und Mindestentgelterklärungen*  
Das Präqualifizierungssystem nach der Arbeitsrichtlinie für die Durchführung des Präqualifizierungsverfahrens im Liefer- und Dienstleistungsbereich (Stand: 03.12.2012, [www.pq-vol.de](http://www.pq-vol.de)) ist grundsätzlich mit dem Präqualifizierungssystem im VOB-Bereich vergleichbar. Die Präqualifizierung umfasst jedoch bislang keine verpflichtende Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung (siehe Anlage zur Arbeitsrichtlinie). Tariftreue- oder Mindestentgelterklärungen können bei der VOL-Präqualifizierung lediglich als freiwillige Angaben von Unternehmen aufgenommen werden. Die Unternehmen müssen dem öffentlichen Auftraggeber daher in der Regel die im einzelnen Vergabefall geforderte Tariftreue- oder Mindestentgelterklärung als separate Erklärung bei Angebotsabgabe vorlegen.

Für alle Nachweise oder Erklärungen, die die Unternehmen den öffentlichen Auftraggebern vorlegen müssen, gilt grundsätzlich, dass bei bestehenden Zweifeln an der Ordnungsmäßigkeit eines Nachweises oder einer Erklärung, das Unternehmen die entsprechende Beweislast zu tragen hat.

Zentraler Regelungsinhalt des Absatzes 2 ist die Verpflichtung des Unternehmens bei der Vergabe von Bauaufträgen vor Zuschlagserteilung nachzuweisen, dass es seinen Verpflichtungen zur vollständigen Entrichtung von Beiträgen zur gesetzlichen Sozialversicherung nachkommt. Der Nachweis muss von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger oder der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse ausgestellt sein und darf nicht älter als ein Jahr sein. Ggf. ist eine deutschsprachige Übersetzung beizufügen. Der Nachweis kann gleichwohl aber auch durch Präqualifizierung erbracht werden, denn nach § 6 (EG) Abs. 3 Nummer 1h VOB/A kann der Nachweis über die Zahlung von Steuern und Abgaben sowie der Beiträge zu gesetzlichen Sozialversicherung auch mittels der vom Auftraggeber direkt abrufbaren Eintragung in die allgemein zugängliche Liste des Vereins für die Präqualifikation von Bauunternehmen e.V. (siehe auch lfd. Nummern 6 und 7 der Anlage 1 zur o.g. Leitlinie des Bundesministeriums für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung) erfolgen. Die Vorschrift dient der Sicherstellung, dass die Beiträge an die sozialen Sicherungssysteme abgeführt werden und trägt so zu ihrer Stabilisierung bei. Dies beugt auch Schwarzarbeit vor.

Zur Vorbeugung von Schwarzarbeit sind die öffentlichen Auftraggeber (nach § 98 Nr. 1 bis 3 und 5 GWB) außerdem gemäß § 21 Abs. 1 Satz 3 Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz (SchwarzArbG) berechtigt, Auskünfte über die sich bewerbenden Unternehmen aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a Gewerbeordnung anzufordern, um Unternehmen, gegen die bzw. gegen deren Vertretungsberechtigten aufgrund von Schwarzarbeit bereits Straf- oder Bußgeldverfahren geführt werden oder wurden, ggf. von der Teilnahme am Wettbewerb um einen öffentlichen Bauauftrag ausschließen zu können. Bei der Vergabe von Bauaufträgen ab einer Höhe von 30.000 € sind die öffentlichen Auftraggeber vor Zuschlagserteilung dazu verpflichtet, für das Unternehmen, das den Zuschlag erhalten soll, Auskünfte aus dem Gewerbezentralregister nach § 150a Gewerbeordnung anzufordern (§ 21 Abs. 1 S. 4 SchwarzArbG).

## **Zu § 10 Mittelstandsförderung**

Mit § 14 des Gesetzes zur Förderung kleiner und mittlerer Unternehmen vom 30.04.1978 gibt es in Niedersachsen bereits eine ausführliche gesetzliche Grundlage zur Mittelstandsförderung. Auch die mit § 3 Abs. 1 für anwendbar erklärten Vergabe- und Vertragsordnungen enthalten spezifische Regelungen zur Förderung der Teilnahme von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) an Vergabeverfahren. Dennoch soll im Tarifreue- und VergabeG eine Mittelstandsförderung explizit geregelt werden; divergierende Vorgaben entstehen dadurch nicht.

Absatz 1 Satz 1 entspricht der Regelung in § 97 Abs. 3 Satz 1 GWB und soll verdeutlichen, dass für öffentliche Auftraggeber eine generelle Verpflichtung besteht, besonders kleine und mittlere Unternehmen bei Auftragsvergaben (d.h. bei allen Vergabearten) in den Fokus zu nehmen. Die Sätze 2 und 3 wiederholen sinngemäß die Regelungen des § 97 Abs. 3 Sätze 1 und 2 GWB, die im Oberschwellenbereich unmittelbar gelten, da diese Regelungen auch für Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte Anwendung finden sollen. Die Formulierung enthält für den öffentlichen Auftraggeber sowohl verpflichtende, als auch entpflichtende Teile zum Vorteil von KMU- Belangen, die jedoch immer am Einzelfall zu messen sind. Die beschränkende Regelung zur Generalunternehmervergabe in Satz 4 soll dazu beitragen, negative Auswirkungen für KMU in der Vergabepaxis sinnvoll zu begrenzen. Denn in der Regel werden KMU zwar häufig als Nachunternehmer durch den Generalunternehmer eingebunden, naturgemäß erfolgt dies aber zu deutlich schlechteren Auftragskonditionen im Vergleich zu denen des Hauptauftragnehmers (=Generalunternehmer). Satz 4 verdeutlicht daher, dass derartige Vergaben nur in begründeten Ausnahmefällen zulässig und entsprechend zu dokumentieren sind.

Absatz 2 geht gesondert auf die entsprechende Berücksichtigung von KMU bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben ein, wobei den Vergabestellen abhängig vom Einzelfall ein Ermessensspielraum zugebilligt wird. Die Aufnahme als Soll-Vorschrift erfordert ein Abweichen nur in Ausnahmefällen, die üblicherweise zu dokumentieren sind.

## **Zu § 11 Umweltverträgliche Beschaffung**

Zentraler Regelungsinhalt des § 11 ist, dass umweltfreundliche Aspekte bei der Auftragsvergabe Berücksichtigung finden sollen. Die öffentlichen Auftraggeber werden dabei in die Pflicht genommen, im Einzelfall selbst zu beurteilen, in welchem Umfang umweltfreundliche Aspekte sachgerecht in die Auftragsvergabe zu integrieren sind. Die Formulierung als Sollvorschrift lässt dem öffentlichen Auftraggeber insofern den notwendigen Ermessensspielraum. In Satz 2 wird entsprechend § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB geregelt, dass derartige umweltbezogene oder innovative Anforderungen nur gestellt werden können, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben. Dies sichert neben der Einhaltung von umweltrelevanten Anforderungen auch eine wirtschaftliche Beschaffung der öffentlichen Hand. Hierbei wird sich aber insoweit abweichend von § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB nicht auf die Auftragsausführung beschränkt, auch Phasen wie Erstellung und Entsorgung sind hier eingeschlossen.

Der Begriff „umweltfreundliche Aspekte“ erscheint unbestimmt, er eröffnet den öffentlichen Auftraggeber jedoch die Möglichkeit, individuell auf den Einzelfall zugeschnittene ökologische Wertungskriterien in der Leistungsbeschreibung vorzugeben, beispielsweise Abfragen von Lebenszykluskosten eines Produktes, Fragen zur Energieeffizienz oder die Berücksichtigung von sonstigen ökologischen Nachhaltigkeitsaspekten. Bei öffentlichen Aufträgen der allgemein zugänglichen Beförderung von Personen im Schienen- und Personennahverkehr wäre z.B. die Nutzung einer möglichst umweltfreundlichen Technologie berücksichtigungsfähig.

Neben der damit verbundenen Vorbildfunktion des öffentlichen Beschaffungsmarktes mit seinem hohen Nachfragevolumen nimmt diese Sollvorschrift gleichermaßen Rücksicht auf die faktische Umsetzbarkeit von hohen ökologischen (technischen) Anforderungen und Leistungen auf Seiten der Auftragnehmer.

Bezogen auf die Beschaffungsstellen des Landes können die Vorgaben in Bezug auf Aspekte umweltfreundlicher Beschaffung im Erlasswege oder durch Verwaltungsvorschriften noch konkretisiert werden, beispielsweise zu Umweltgütezeichen, betrieblichem Umweltmanagement, zur Berechnung von Lebenszykluskosten, Energieeffizienz oder Entsorgungsbedingungen. Diese Vorgaben können anderen (d.h. insbesondere kommunalen) öffentlichen Auftraggebern zur Anwendung empfohlen werden. Diese Vorgehensweise entspricht der üblichen Praxis.

## **Zu § 12 Berücksichtigung sozialer Kriterien**

Mit dieser Sollvorschrift wird das politische Ziel realisiert, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge die Möglichkeit zu nutzen, soziale und damit auch gleichstellungspolitische Aspekte zu berücksichtigen. Auf Grundlage von § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB ermöglicht die Regelung in § 12, dass die öffentlichen Auftraggeber betriebsbezogene Anforderungen an die Unternehmen, soweit sie soziale Aspekte betreffen, stellen können. Die optionalen sozialen Anforderungen sind dabei als „betriebsbezogen“ zu bezeichnen, da sie auch abgekoppelt vom Auftragsgegenstand vom potentiellen Auftragnehmer eingefordert werden können. Satz 2 macht jedoch deutlich, dass diese Anforderungen nur für die Auftragsausführung (vgl. auch § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB) gestellt werden dürfen, da sonst der erforderliche Bezug zum öffentlichen Auftrag fehlt.

Zum Schutz der Kleinunternehmen sieht die Vorschrift außerdem vor, dass soziale Anforderungen an Unternehmen erst ab einer Mindestgröße von 20 Beschäftigten (ohne Auszubildende) gestellt werden dürfen. Damit soll erreicht werden, dass Kleinunternehmen, die einige oder gar sämtliche soziale Anforderungen aufgrund ihrer Größe häufig gar nicht erfüllen können, nicht von der Teilnahme an öffentlichen Auftragsvergaben abgeschreckt werden. Ohne die Vorgabe einer solchen Unternehmensmindestgröße würde die Vorschrift der in § 10 verankerten Mittelstandsförderung zuwiderlaufen, da KMU sich nicht mehr oder nur in geringem Maße an öffentlichen Vergabeverfahren beteiligen könnten.

Absatz 2 enthält eine nicht abschließende Aufzählung von sozialen Kriterien, die wesentliche soziale Anliegen des Gesetzgebers darstellen und im Sinne dieser Vorschrift geeignet erscheinen. Den öffentlichen Auftraggebern wird damit aber auch die Möglichkeit eröffnet, jeweils auf den einzelnen Vergabefall abgestimmt auch andere geeignete soziale Kriterien als Anforderungen an die Unternehmen zu stellen.

Unter Nummer 1 ist die „Beschäftigung schwerbehinderter Menschen“ i.S.d. § 71 SGB IX als ein mögliches soziales Kriterium vorgesehen. Dies kann und soll dem betroffenen Personenkreis indirekt auch zu größeren Beschäftigungschancen verhelfen.

Soweit unter Nummer 2 die „Förderung der Chancengleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern im Beruf“ gefordert wird, schließt dies auch die Sicherung von Entgeltgleichheit zwischen Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Tätigkeit mit ein.

In Nummer 3 ist die „Beschäftigung von Auszubildenden“ als mögliches Kriterium aufgeführt. Die ergänzende Nennung „Beteiligung an tariflichen Umlageverfahren oder an Ausbildungsverbänden“ in Nummer 4 der Aufzählung soll insbesondere KMU die Chance auf einen Zuschlag eröffnen, die keine eigenen Auszubildenden beschäftigen können.

Nummer 5 sieht die „Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen“ i.S.d. § 18 SGB III als weiteres optionales Kriterium vor.

### **Zu § 13 Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen**

Hinsichtlich der Berücksichtigung der ILO-Kernarbeitsnormen wird mit § 13 verdeutlicht, dass die entsprechenden Vereinbarungen auch im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe zu beachten sind. Die Intention des Gesetzes ist es, ein politisches Signal zu setzen, auch im Beschaffungswesen verstärkt die Aufmerksamkeit der öffentlichen Auftraggeber darauf zu richten, ob Produkte, z.B. aus Kinderarbeit stammen oder nicht. Ein lückenloser Durchgriff über die Wertschöpfungs- und Lieferkette ist allerdings in der Regel nicht möglich, da bei einem globalisierten Herstellungsprozess soziale Umstände der Herstellung nicht bekannt sind und auch nicht abschließend ermittelt werden können. Daher wird eine Soll-Vorschrift gewählt, die dem Umstand Rechnung trägt, dass sich nicht in jedem Fall mit letzter Gewissheit die Herkunft der Waren ermitteln lässt und nicht alle Kernarbeitsnormen mit jedem Auftragsgegenstand kompatibel sind.

Absatz 1 regelt insofern, dass bei der öffentlichen Aufträgen nur solche Waren Gegenstand der Leistung sein sollen, die unter Beachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierfür werden acht ILO-Kernarbeitsnormen zugrunde gelegt.

Die Beachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards ist als Maßstab der Gesetzestreue (vgl. § 4 Abs. 1) bei der Eignungsprüfung der Unternehmen zu beachten, denn soziale Umstände der Herstellung können nicht als Eigenart der Leistung selbst angesehen und deshalb auch nicht als Kriterien in die Leistungsbeschreibung aufgenommen werden. Nach Absatz 2 Satz 1 müssen die Unternehmen daher bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, dass sie Sorge dafür tragen, dass der Auftrag nur mit Waren ausgeführt wird, die entsprechend der ILO-Normen gewonnen oder hergestellt worden sind. Satz 2 berücksichtigt gleichwohl die Realitäten, dass sich die um den öffentlichen Auftrag bewerbenden Unternehmen z.B. von den Arbeitsbedingungen vor Ort, etwa in Asien oder Lateinamerika, selbst kein eigenes Bild machen können, sondern auf schriftliche Auskünfte und Angaben des Herstellers oder Händlers oder sonstiger Informationsquellen (u.a. auch Recherche über Produkt oder Hersteller im Internet) angewiesen sind. Die Unternehmen haben aber unter zumutbarem Aufwand Ermittlungen anzustellen und diese zu dokumentieren. Sind Auskünfte oder Angaben über die verwendeten Waren nicht zu erlangen, so müssen die Unternehmen dies in ihren Unterlagen vermerken. Damit wird sichergestellt, dass Ermittlungen stattfinden und die Unternehmen so zumindest glaubhaft versichern können, dass ihnen keine Tatsachen bekannt sind, die auf einen Verstoß gegen die ILO-Kernarbeitsnormen hinweisen.

Die Erklärung nach Satz 1 kann dabei nur eingefordert werden, sofern Waren Gegenstand der dem öffentlichen Auftrag zugrunde liegenden Leistung sind (vgl. Absatz 1). Bei einem öffentlichen Auftrag, der ausschließlich eine freiberufliche Leistung - beispielsweise eine Beratungsleistung - umfasst, ist die Erklärung somit nicht erforderlich. Gegenstand der dem öffentlichen Auftrag zugrunde liegenden Leistung ist hier vielmehr die geistig-schöpferische Eigenleistung des Beraters, nicht aber eine Ware im Sinne dieser Vorschrift. Die Ware muss insofern Bestandteil der Leistung sein.

Auf Aufforderung des öffentlichen Auftraggebers sind entsprechende Nachweise der Ermittlungen vorzulegen. Nachweise in diesem Sinne können beispielsweise anerkannte ILO-Zertifikate, sofern diese existieren, schriftliche Auskünfte oder Angaben des Herstellers oder Händlers sowie die sonstige Dokumentation der Ermittlungen sein.

Die Regelungen in den Sätzen 2 und 3 beziehen sich dabei ausdrücklich nicht auf einen bestimmten Verfahrenszeitpunkt. Vielmehr müssen die Ermittlungen jeweils im

Zusammenhang mit der tatsächlichen Beschaffung der Waren stehen. Dies kann sowohl vor Angebotsabgabe als auch während der Auftragsausführung der Fall sein. Insofern kann auch die sich anschließende Vorlage von Nachweisen nicht auf einen bestimmten Verfahrenszeitpunkt festgelegt werden. Die Nachweise nach Satz 3 sind den öffentlichen Auftraggeber daher jeweils auf Aufforderung vorzulegen.

Absatz 3 regelt den Wertungsausschluss von Angeboten, die die Erklärung nach Absatz 2 Satz 1 bei Angebotsabgabe und ggf. nach Aufforderung nicht umfassen. Diese Regelung entspricht den Regelungen in § 16 (EG) Abs. 1 Nr. 3 VOB/A und § 16 Abs. 2 bzw. § 19 EG Abs. 2 VOL/A, wonach Erklärungen und Nachweise, die bei Angebotsabgabe nicht vorliegen, nachgefordert werden können. Die Dauer der Nachforderungsfrist ist dabei in Anlehnung an die Vorgaben der VOB/A und VOL/A bzw. die Verwaltungspraxis der jeweiligen Vergabestelle zu bestimmen.

Absatz 4 ermächtigt die Landesregierung für bestimmte Waren durch Verordnung den Mindestinhalt der vertraglichen Regelungen zur Sicherstellung der Verpflichtung nach Absatz 1 zu regeln. Hierdurch soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass es für bestimmte Waren (z.B. Textilwaren, Naturstein, Spielwaren) bereits anerkannte Zertifikate und ausreichende Erkenntnisse gibt, die es ermöglichen, die vertraglichen Regelungen zu konkretisieren und die Verpflichtung des Unternehmens, für eine Einhaltung der Kernarbeitsnormen Sorge zu tragen, verbindlich zu formulieren. Entsprechend sollen nach Satz 2 auch Vorgaben für Zertifizierungen oder andere Nachweise sowie zur Ausgestaltung von Kontrollen und Sanktionen bei Nichteinhaltung getroffen werden können. Konsequenterweise regelt Abs. 4 Satz 3, dass in diesen Fällen die Absätze 2 und 3 keine Anwendung finden. Solange noch keine Verordnung erlassen bzw. in Kraft getreten ist, ist nach den Absätzen 2 und 3 zu verfahren.

#### **Zu § 14 Nachunternehmen**

Absatz 1 regelt, dass alle Verpflichtungen des sich bewerbenden Unternehmens aufgrund der Erklärungen nach §§ 5 Abs. 1 bis 3, 6 Abs. 1 und § 13 Abs. 2 Satz 1 sowie der Nachweise im Sinne des § 9 Abs. 2 und § 13 Abs. 2 Satz 3 auch auf alle Nachunternehmen zu übertragen sind. Dabei sind von den Nachunternehmen selbst auch die entsprechenden Erklärungen und Nachweise zu erbringen. Die Nachweispflicht gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber verbleibt aber bei dem beauftragten Unternehmen. Die Verantwortung, die Nachunternehmen über alle Verpflichtungen zu informieren und deren Einhaltung sicherzustellen, obliegt jeweils dem Unternehmen, das einen Nachunternehmer einsetzt.

Absatz 2 regelt das Anzeigerfordernis der Unternehmen gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, diesen über den Einsatz von Nachunternehmen zu informieren. Bei Angebotsabgabe ist dem öffentlichen Auftraggeber ein Verzeichnis über alle Nachunternehmen und ihre jeweiligen Leistungen vorzulegen. Wird nach Zuschlagserteilung ein Nachunternehmen eingesetzt oder gewechselt, bedarf dies der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers.

Absatz 3 eröffnet die Möglichkeit, beim Einsatz von Nachunternehmen mit einem geringen Auftragsvolumen aus Gründen der Verfahrenserleichterung auf die Vorlage von Erklärungen und Nachweisen zu verzichten. Um jedoch zu verhindern, dass durch den Einsatz vieler Nachunternehmen, die jeweils nur einen geringen Anteil des Gesamtauftrags übernehmen, u. a. die Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen dieses Gesetzes umgangen werden, soll die Verfahrenserleichterung nur bei einem Auftragsvolumen des jeweiligen Nachunternehmens von unter 5.000 € (netto; sog. „Bagatellgrenze“) und damit der Hälfte der Eingangsschwelle zur Anwendbarkeit dieses Gesetzes gelten.

#### **Zu § 15 Kontrollen**

Die Regelung dient der wirksamen Umsetzung dieses Gesetzes. Die Kontrolle erstreckt sich schwerpunktmäßig auf die Einhaltung der Vorgaben nach §§ 5 Abs. 1 bis 3 und 6 Abs. 1 (Tariftreue und Mindestentgelte), umfasst aber - im Rahmen der Berechtigung nach Satz 1 - auch die Kontrolle der dem öffentlichen Auftraggeber auferlegten Pflichten (§§ 11, 12, 13) bzw. deren Umsetzung bei der Auftragsvergabe und Leistungserbringung.

Absatz 1 Satz 1 stellt die Durchführung von Kontrollen in das - wenn auch eingeschränkte - Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Satz 2 verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber aber, Kontrollen durchzuführen, wenn und soweit sich Anhaltspunkte für Verstöße im Hinblick auf die Regelungen nach §§ 5 Abs. 1 bis 3 und 6 Abs. 1 ergeben. Dies ist der Fall, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass Verpflichtungen aufgrund des Gesetzes nicht eingehalten werden. Haltlose Vorwürfe und reines Denunziantentum erfüllen die Voraussetzungen dagegen nicht.

Zur Überprüfung der Einhaltung der Verpflichtungen nach §§ 5 Abs. 1 bis 3 und 6 Abs. 1 werden dem öffentlichen Auftraggeber zudem umfangreiche Einsichtnahmerechte in Geschäftsunterlagen eingeräumt, die Angaben über die Beschäftigung der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer enthalten. Das beauftragte Unternehmen sowie die Nachunternehmen müssen die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer daher auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinweisen.

Absatz 2 verpflichtet das beauftragte Unternehmen und seine Nachunternehmen an den Kontrollen mitzuwirken, indem sie jederzeit vollständige und prüffähige Unterlagen nach Absatz 1 vorhalten müssen. Dies stellt sicher, dass der öffentliche Auftraggeber jederzeit Kontrollen durchführen kann und ihm die dafür erforderlichen Unterlagen zugänglich sind.

Absatz 3 regelt, dass die für den öffentlichen Auftraggeber erforderlichen Rechte zur Einsichtnahme in die Geschäftsunterlagen sowie die Auskunfts- und Mitwirkungspflichten zudem vertraglich sicherzustellen sind. Sollten die Rechte oder Pflichten nicht eingehalten werden, wäre der Anspruch (z.B. auf Herausgabe bzw. auf Vertragserfüllung) auf dem Zivilrechtsweg einzufordern.

## **Zu § 16 Sanktionen**

Die Vorschrift stellt die Einhaltung der sich aus den Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 1 ergebenden Verpflichtungen sicher, indem nach Absatz 1 Verstöße der Unternehmen gegen diese Verpflichtungen wirksam sanktioniert werden können. Dazu sind zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer Vertragsstrafen zu vereinbaren, deren Höhe bei 1 v. H. für jeden schuldhaften Verstoß und bei max. 10 v. H. bei mehrfachen Verstößen bezogen auf den jeweiligen Auftragswert liegt. Satz 2 regelt in Konsequenz zu § 14, dass auch alle Verstöße von Nachunternehmen dem beauftragten Unternehmen zuzurechnen sind, sofern dieser die Verstöße unter Beachtung seiner Sorgfaltspflicht (i.S.d. § 347 Handelsgesetzbuch) kannte oder kennen musste. Sollte die nach Satz 1 vereinbarte Vertragsstrafe im Einzelfall unverhältnismäßig hoch ausfallen, wird die Reduzierung des Wertes ins Ermessen des öffentlichen Auftraggebers gestellt.

Neben der Sanktionierung von Verstößen durch Vertragsstrafen ist der öffentliche Auftraggeber nach Absatz 2 auch dazu berechtigt, bei einer schuldhaften und nicht nur erheblichen Nichterfüllung einer sich aus den Erklärungen nach § 5 Abs. 1 bis 3 und § 6 Abs. 1 ergebenden Verpflichtung den Vertrag mit dem beauftragten Unternehmen fristlos zu kündigen. Dabei ist ebenfalls unerheblich, ob der Verstoß vom beauftragten Unternehmen oder einem Nachunternehmen begangen wurde.

Absatz 3 sieht bei grob fahrlässigen oder mehrfachen Verstößen gegen diese Verpflichtungen außerdem eine Ausschlussfrist von der Teilnahme an Vergabeverfahren vor, die bis zu drei Jahren betragen kann. Dem öffentlichen Auftraggeber wird bei der

Festsetzung der Ausschlussdauer ein Ermessen eingeräumt, um auch kürzere Ausschlussfristen (je nach Schwere der Verstöße und Turnus entsprechender Ausschreibungen) festlegen zu können. Der Ausschluss kann dabei sowohl für den Auftragnehmer als auch für ein Nachunternehmen festgesetzt werden und bezieht sich nur auf die Vergabeverfahren des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers. Es gilt also nicht für alle öffentlichen Auftraggeber.

Absatz 4 weist auf die Informationspflicht des öffentlichen Auftraggebers gegenüber der zuständigen Stelle nach § 23 AEntG bei Verstößen gegen die Tariftreuepflicht (§ 5 Abs. 1) sowie der zuständigen Stelle nach § 18 MiArbG bei Verstößen gegen die Einhaltung der Mindestentgelte (§ 5 Abs. 2) hin.

### **Zu § 17 Übergangsbestimmungen**

Mit der Regelung in § 17 werden Rechtsunsicherheiten für zum Zeitpunkt des Inkrafttretens dieses Gesetzes noch laufende Vergabeverfahren vermieden, denn diese sind nach den Regelungen des Niedersächsischen Landesvergabegesetzes (LVergabeG) vom 15. Dezember 2008 (Nds. GVBl. S. 411) geändert durch Gesetz vom 19. Januar 2012 (Nds. GVBl. S. 6) zu beenden. Die Regelungen des LVergabeG gelten insofern fort.

### **Zu § 18 Inkrafttreten**

Die Vorschrift regelt das Inkrafttreten dieses Gesetzes zum 01.01.2014. Abweichend davon muss die Verordnung nach § 5 Abs. 4 Sätze 3 und 4 bereits nach Verkündung dieses Gesetzes in Kraft treten (Verordnung über Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen im ÖPNV-Bereich), um die Vollziehbarkeit des Gesetzes im Hinblick auf die Regelung in § 5 Abs. 3 zum 01.01.2014 zu gewährleisten.

Dieses Niedersächsische Tariftreue- und Vergabegesetz findet insofern auf Vergabeverfahren, die ab dem 01.01.2014 eingeleitet werden, Anwendung.

Für die Fraktion der SPD

Für die Fraktion Bündnis 90/Die Grünen

Grant Hendrik Tonne  
Parlamentarischer Geschäftsführer

Anja Piel  
Fraktionsvorsitzende