

DEN GUTEN EINE CHANCE

Leitfaden zur Vergabe von Verkehrsdienstleistungen

DEN GUTEN EINE CHANCE

Leitfaden zur Vergabe von Verkehrsdienstleistungen.
Die Einbeziehung sozialer Aspekte in Vergabeverfahren.

Im Auftrag von:

mobifair – für fairen Wettbewerb in der Mobilitätswirtschaft e. V.

Mitarbeit:

Prof. Wolfgang Trautner

Fachanwalt für Vergaberecht

Fachanwalt für Bau- und Architektenrecht

Fachanwalt für Verwaltungsrecht Lehrbeauftragter Vergaberecht (FH)

Heussen Rechtsanwaltsgesellschaft mbH

Platz der Einheit 2

60327 Frankfurt am Main

Grundsätzlich unterliegen juristische Sachverhalte einer fortlaufenden dynamischen Entwicklung. Vor diesem Hintergrund wurde von den Erstellern auch die Verordnung (EG) 1370/2007, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2016/2338, bewertet und vorliegender Leitfaden entwickelt. Auch wenn die Änderungen durch die Verordnung (EU) 2016/2338 erst zum 24. Dezember 2017 in Kraft treten werden, haben diese aus heutiger Sicht keinen Einfluss auf den Leitfaden.

Sollte sich aus der praktischen Anwendung oder obergerichtlichen Entscheidungen zur Anwendung der Verordnung (EG) 1370/2007, zuletzt geändert durch die Verordnung (EU) 2016/2338, Änderungsbedarf ergeben, wird der vorliegende Leitfaden entsprechend aktualisiert.

Inhalt

VORWORT.....	4
I EINLEITUNG	6
II SOZIALE KRITERIEN IM VERGABEVERFAHREN: ÜBERSICHT.....	9
III SOZIALE KRITERIEN IM VERGABEVERFAHREN: DETAILS	10
1. Der Bereich oberhalb der europäischen Schwellenwerte	10
a) Bedarfsfeststellung und Leistungsbeschreibung	10
b) Bedingungen für die Auftragsausführung	12
EXKURS: ABFORDERUNG VON TARIFTREUEERKLÄRUNGEN	14
c) Eignungsprüfung	15
d) Zuschlagskriterien	16
2. Der Bereich unterhalb der europäischen Schwellenwerte	18
IV ANGEORDNETER BESCHÄFTIGTENÜBERGANG.....	20
V FORMULIERUNGSBEISPIELE FÜR BESONDERE AUFTRAGSBEDINGUNGEN.....	25
1. Beispielklauseln zur Tariftreue im Sektor Verkehr	25
EXKURS: ANORDNUNG DES BETRIEBSÜBERGANGS AUCH BEI DER DIREKTVERGABE.....	27
2. Beispielklauseln für Personenverkehrsdienste im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007	28
VI ZUSCHLAGSKRITERIEN.....	30

Vorwort



Helmut Diener
Vorsitzender mobifair e.V.

Mit Unterstützung des Fonds soziale Sicherung hat sich mobifair in einem Projekt zum Thema „ÖPNV 1370 für alle“ damit beschäftigt, das Verfahren für Auftragsvergaben im Öffentlichen Personennahverkehr (ÖPNV) zu analysieren und Lösungswege zur Vermeidung von Lohn- und Sozialdumping aufzuzeigen. Die Ergebnisse haben aufgezeigt, dass der Preis nach wie vor ein ausschlaggebendes Kriterium dafür ist, wer letztendlich den Zuschlag für die Auftragsleistung erhält. Dabei werden gute und geschützte Lohn- und Sozialstandards ausgehebelt, um letztendlich im Wettbewerbsverfahren eine Chance zu erhalten. So lange dem Vorrang gegeben wird und die Qualität der Arbeit, des Arbeitsplatzes und der Beschäftigungsbedingungen in eine untergeordnete Rolle gedrängt werden, so lange leisten die Aufgabenträger Vorschub, die Beschäftigten in der Branche in prekäre Arbeitsplatzsituationen zu bringen.

Das Ziel von mobifair ist es, dass die Aufgabenträger dem sozialen Schutz der Beschäftigten in der Branche eine gewichtige Rolle im Vergabeverfahren zukommen lässt. Das dient ebenso der Sicherheit und dem Wohlergehen aller – der Fahrgäste, der Auftragsunternehmen und deren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern.

Um Möglichkeiten aufzuzeigen und negativen Auslegungen der bestehenden europäischen und nationalen Regeln zu begegnen hat mobifair einen Vergabeleitfaden erarbeitet, und wendet sich damit an die verantwortlichen politischen Mandatsträger, Aufgabenträger, Interessenvertreter,

Gewerkschaften und Sozialpartner. Der Vergabeleitfaden ist ein Raster von Möglichkeiten für faire Ausschreibungen ohne Lohn- und Sozialdruck.

Für die Unterstützung bei der Erstellung des Vergabeleitfadens dankt mobifair ausdrücklich den juristischen Beratern vom Vergaberechtsteam für ihre engagierte Zuarbeit. Insbesondere Rechtsanwalt Professor Wolfgang Trautner, der mit großer Kompetenz und viel Präzision die Prüfungen der Gesetzgebung mit ihren Kommentierungen und Rechtsprechungen vorgenommen hat.

mobifair ist davon überzeugt, dass der Vergabeleitfaden in der praktischen Arbeit eine gute Hilfestellung für alle im Vergabeverfahren beteiligten Personen sein wird. Letztendlich sollen damit vorrangig diejenigen eine Chance am Markt erhalten, die gute Beschäftigungsbedingungen respektieren, schützen und ausbauen wollen.

Durch die Änderungen im Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und durch die Verordnung (EG) 1370/2007 ist dies rechtssicher möglich. mobifair sieht darin eine Verpflichtung, dies auch entsprechend anzuwenden.

Dieser Vergabeleitfaden soll allen Personen, die Vergabeentscheidungen betreuen oder auf sie Einfluss haben, die Umsetzung ermöglichen. Ziel muss es sein, dass der Wettbewerb dem Menschen dient, nicht umgekehrt.



Heinz Fuhrmann
Vorstand mobifair e.V.

I Einleitung

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

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

Dies ändert aber nichts daran: Öffentliche Auftraggeber dürfen sehr wohl Beschaffungsvorgänge mit der Einhaltung sozialer Standards verbinden. Dies hat der Gesetzgeber mit der Reform des Vergaberechts 2016 noch einmal ausdrücklich betont. Der neue Rechtsrahmen ermöglicht es den Vergabestellen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Un-

terstützung strategischer Ziele zu nutzen. Zu diesen strategischen Zielen gehören neben den umweltbezogenen und innovativen Aspekten vor allem die sozialen Aspekte. Damit ist die seit geraumer Zeit geführte Gespensterdebatte über vermeintlich nicht zulässige soziale Aspekte im Vergaberecht beendet.

Angesichts dessen wird es heute für die öffentlichen Auftraggeber zu einer Frage der politischen Glaubwürdigkeit, sich bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für die Einhaltung sozialer Standards einzusetzen. Auch und gerade im Verkehrsbereich, der dem öffentlichen Beschaffungswesen unterfällt, sind im Stadium der Auftragsausführung sehr bedenkliche Entwicklungen zu verzeichnen. Stichworte hierfür sind unzureichende Qualifikationen, Doppelschichten, die Nichtzahlung von notwendigen Zulagen und die Nichtzahlung von repräsentativen Tariflöhnen. Die Ursache dieser Entwicklungen ist, dass die Vergabepaxis bei Verkehrsdienstleistungen fast durchweg den Preis zum alleinigen Zuschlagskriterium nimmt.

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

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

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

Das „Rüffert“-Urteil bezog sich auf einen anderen Sachverhalt und war schon damals nicht auf öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße übertragbar. Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Modernisierung des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) im Jahr 2016 deutlich gemacht, dass soziale Aspekte bei der Auftragsvergabe zu beachten sind. So formuliert § 97 Abs. 3 GWB heute, dass bei der Vergabe unter anderem auch soziale Aspekte berücksichtigt werden. Der § 127 Abs. 1 Satz 3 GWB betont noch einmal ausdrücklich, dass soziale Aspekte auch als Zuschlagskriterien herangezogen werden können.

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



SOZIALE KRITERIEN IM VERGABEVERFAHREN: ÜBERSICHT

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

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

1. Bedarfsfeststellung und Kostenschätzung
- 2. Erstellung der Vergabeunterlagen**
 - **Leistungsbeschreibung**
 - **zusätzliche Bedingungen für die Auftragsausführung**
3. Bekanntmachung und Teilnahmewettbewerb
- 4. Eignungsprüfung** (Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Zuverlässigkeit)
5. Teilnehmerauswahl
6. Abgabe der Vergabeunterlagen
7. Angebotserstellung durch die Bieter
8. Ende der Angebotsfrist; Öffnung der Angebote (Submission)
- 9. Prüfung und Wertung**
 - a) Formelle Prüfung** (insbesondere Erfüllung der zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung)
 - b) Nachträgliche Eignungsmängel
 - c) Angemessenheit der Preise
 - d) Zuschlagskriterien (z.B. Qualität, Arbeitnehmerbelange, andere soziale Zuschlagskriterien, Umweltschutz, Preis)
10. Vorinformation der unterlegenen Bieter, § 134 GWB.
11. Zuschlag



III SOZIALE KRITERIEN IM VERGABEVERFAHREN: DETAILS

Zu unterscheiden sind die Bereiche ober- und unterhalb der europäischen Schwellenwerte. Oberhalb der Schwellenwerte gelten zu den sozialen Aspekten die Vorgaben aus dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und der Vergabeverordnung (VgV) jeweils in der Fassung des Jahres 2016.

1 DER BEREICH OBERHALB DER EUROPÄISCHEN SCHWELLENWERTE

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

a) BEDARFSFESTSTELLUNG UND LEISTUNGSBESCHREIBUNG

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

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

Merke: Bei der Erstellung der Vergabeunterlagen sollte an soziale Standards im Rahmen der Leistungsbeschreibung und der Vertragsbedingungen gedacht werden. Soziale Anforderungen an den Leistungsgegenstand können als Ausschlusskriterium oder so formuliert sein, dass ihre Erfüllung vor dem Zuschlag zu bewerten ist.

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

Für die Durchführung von Vergabeverfahren für Verkehrsdienstleistungen mit einem Auftragswert oberhalb des europäischen Schwellenwertes von derzeit 209.000 EUR gelten im Wesentlichen die Vorschriften der Vergabeverordnung (VgV). Deren § 31 Abs. 3 VgV sieht ausdrücklich vor, dass Merkmale der Leistungsbeschreibung auch soziale Aspekte sein können.

b) BEDINGUNGEN FÜR DIE AUFTRAGSAUSFÜHRUNG

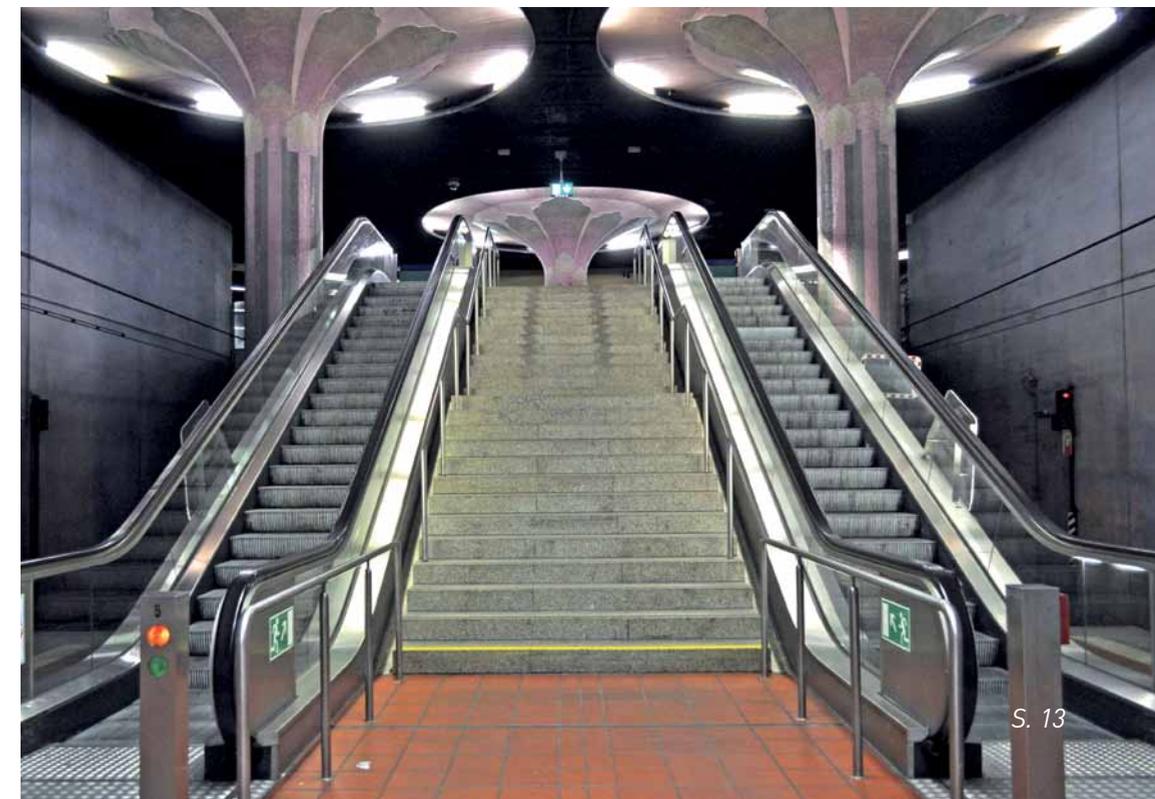
Neben der Berücksichtigung in der Leistungsbeschreibung kommen die sozialen Aspekte auch als so genannte besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags in Frage. Das ergibt sich aus § 128 Abs. 2 GWB. Nach Satz 3 können diese besonderen Bedingungen ausdrücklich auch soziale Belange umfassen. Diese besonderen Bedingungen müssen sich allerdings aus der Vergabebekanntmachung oder aus den Vergabeunterlagen ergeben.

Zudem müssen sie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Beim ÖPNV lässt sich der Zusammenhang zwischen der Einhaltung von sozialen Standards und der Qualität der Dienstleistung einerseits und Sicherheitsbelangen andererseits begründen.

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

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

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



Exkurs:

ABFORDERUNG VON TARIFTREUEERKLÄRUNGEN

Tariftreueerklärungen können von den Bietern oder Teilnehmern gefordert werden. Nach § 129 GWB können zwingende zu berücksichtigende Ausführungsbestimmungen vom Auftraggeber vorgegeben werden, wenn dies in einem Bundes- oder Landesgesetz festgelegt ist. In verschiedenen Bundesländern wurden Tariftreuegesetze bzw. Vergabe- und Tariftreuegesetze erlassen.



Auf unserer Karte finden Sie eine Darstellung und Bewertung der Tariftreuegesetze.

Es können maximal 5 Sterne erreicht werden. Im einzelnen stehen die Sterne für den Regelungsumfang, die Einbeziehung von Nachunternehmern, die Berücksichtigung eines Mindestlohns, die besondere Berücksichtigung des Verkehrsgebietes und darüber hinausgehende soziale, umweltfreundliche oder innovative Regelungen.

[Stand: Januar 2017]



c) EIGNUNGSPRÜFUNG

Im Rahmen der Eignungsprüfung hat der öffentliche Auftraggeber nicht nur zu prüfen, ob das Unternehmen leistungsfähig ist. Dennoch darf das Unternehmen den Auftrag nur dann erhalten, wenn keine zwingenden Ausschlussgründe nach § 123 GWB bzw. keine fakultativen Gründe nach § 124 GWB vorliegen.

Hierbei ist vor allem der fakultative Ausschlussgrund nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu beachten, wonach ein Unternehmen ausgeschlossen werden kann, wenn das Unternehmen bei Ausführung von Aufträgen unter anderem gegen geltende sozial- oder arbeitsrechtliche Vorschriften verstoßen hat.

Dieses Instrumentarium kann jedenfalls flankierend eingesetzt werden, um sicherzustellen, dass Aufträge nur zuverlässigen Unternehmen erteilt werden, die die Einhaltung sozial- und arbeitsrechtlicher Vorschriften ernst nehmen.

d) ZUSCHLAGSKRITERIEN

Die Zuschlagskriterien korrespondieren mit den in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen an den Leistungsgegenstand.

Durch das Vergaberechtmodernisierungsgesetz von 2016 wurde noch einmal ausdrücklich betont, dass auch im Rahmen der Zuschlagskriterien soziale Aspekte eine Rolle spielen können. So wird in der amtlichen Begründung ausgeführt, dass nach § 127 Absatz 1 Satz 3 GWB die „Wirtschaftlichkeit“ des Angebots auch weiterhin den Maßstab für die Angebotsbewertung darstellt. Ausgefüllt wird der Begriff durch das Konzept des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Dabei muss der Angebotspreis ins Verhältnis gesetzt werden zur Leistung, die im Rahmen des öffentlichen Auftrags erbracht werden soll. Preis bzw. Kosten müssen bei der Angebotsbewertung zwingend berücksichtigt werden. Erstmals wird mit der Regelung in § 127 Abs. 1 S. 3 GWB auch auf gesetzlicher Ebene klargestellt, dass bei der Leistungsbewertung auch zusätzliche Kriterien wie eben soziale Aspekte Berücksichtigung finden können.

Weiter wird als Beispiel für diese sozialen Aspekte die Förderung der Integration von benachteiligten Personen aufgeführt.

Von erheblicher Bedeutung ist in diesem Zusammenhang, dass bei einem Wechsel des Betreibers sowohl im SPNV- als auch im ÖPNV-Bereich die Möglichkeit für den Auftraggeber bzw. Aufgabenträger besteht, die Rechtsfolgen eines Betriebsübergangs anzuordnen (Einzelheiten dazu in Kapitel III).





2 DER BEREICH UNTERHALB DER EUROPÄISCHEN SCHWELLENWERTE

Mit den sogenannten Delegierten Verordnungen (EU) 2015/2170, 2015/2171 und 2015/2172 der Kommission vom 24.11.2015 zur Änderung der Vergabekoordinierungsrichtlinien (2015/24/EU, 2015/25/EU und 2015/23/EU) hat die Europäische Kommission die bis zum 31.12.2017 geltenden Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren veröffentlicht.

Baufträge: 5.225.000 €
Dienstleistungs- und Lieferaufträge: 209.000 €
Dienstleistungs- und Lieferaufträge im Sektorenbereich: ... 418.000 €

Wenn der Auftrag mit seinem voraussichtlichen Wert nicht diese Schwellen erreicht, ist der öffentliche Auftraggeber in der Regel nur nach Haushaltsrecht zur Anwendung des Vergaberechts gezwungen. Die jeweilige Reichweite dieses Anwendungsbefehls hängt von der konkreten Ausgestaltung der unterschiedlichen landesrechtlichen Vorschriften ab.

Aber auch im sogenannten Unterschwellenbereich ist die Behauptung unzutreffend, es gäbe deshalb keine Rechtsgrundlagen für die Berücksichtigung von sozialen Kriterien oder sozialen Aspekten. Für Bauaufträge unterhalb der Schwellenwerte verweisen die Vorschriften des Bundes und der Länder auf die VOB/A, Abschnitt 1.

Für die hier einschlägigen Dienstleistungen im Verkehrsbereich löst die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – die neue Verfahrensordnung für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen unterhalb der EU-Schwellenwerte – die VOL/A, Abschnitt 1 ab. Die UVgO ist anzuwenden, sobald sie nach ihrer Veröffentlichung im Bundesanzeiger durch bundes- und landesrechtliche Regelungen in Kraft gesetzt wurde.

Die UVgO sieht für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte ebenfalls die Berücksichtigung von sozialen Aspekten vor. So sieht § 2 Abs. 2 UVgO vor, dass bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen auch soziale Aspekte berücksichtigt werden.

So sieht § 23 Abs. 2 UVgO zudem vor:

„Die Leistungsbeschreibung kann auch Aspekte der Qualität sowie soziale, innovative und umweltbezogene Merkmale aufweisen. Diese können sich auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.“

Damit steht fest, dass auch im Unterschwellenbereich die Berücksichtigung sozialer Aspekte zulässig ist.



IV ANGEORDNETER BESCHÄFTIGTENÜBERGANG

Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 sieht für den Fall des Betreiberwechsels einer Verkehrsdienstleistung die Möglichkeit vor, dass der Auftraggeber den neuen Betreiber verpflichtet, die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer so zu stellen, als ob ein Beschäftigtenübergang nach § 613a BGB stattfinden würde. Während die VO 1370/2007 als Kann-Bestimmung nur eine Möglichkeit des Auftraggebers im Vergabeverfahren darstellt, hat das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz in § 131 Abs. 3 GWB eine Soll-Regelung für den Bereich des SPNV aufgenommen. Das bedeutet, dass der Auftraggeber den Beschäftigtenübergang anordnen muss, es sei denn, es liegt ein atypischer Fall vor, der eine Ausnahme rechtfertigt.

Die Regelung lautet:

„(3) Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, sollen gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der

Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung dieser Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gemäß § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre. Für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Übernahme von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne von Satz 1 verlangt, beschränkt sich das Verlangen auf diejenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die für die Erbringung der übergehenden Verkehrsleistung unmittelbar erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber soll Regelungen vorsehen, durch die eine missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des neuen Betreibers zwischen der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung und der Übernahme des Betriebes ausgeschlossen wird. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, alle hierzu erforderlichen Angaben zu machen.“

Diese Regelung betrifft ausdrücklich nur den schienengebundenen Personennahverkehr. Nicht erfasst von § 131 Abs. 3 GWB

sind Schienenverkehre mit Straßenbahnen oder U-Bahnen oder der Busverkehr. Für diese Verkehre bleibt es bei der unmittelbaren Anwendung des Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007.

Die Vorschrift lautet:

„Unbeschadet des nationalen Rechts und des Gemeinschaftsrechts, einschließlich Tarifverträge zwischen den Sozialpartnern, kann die zuständige Behörde den ausgewählten Betreiber eines öffentlichen Dienstes verpflichten, den Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, die Rechte zu gewähren, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang im Sinne der Richtlinie 2001/23/EG erfolgt wäre. Verpflichtet die zuständige Behörde die Betreiber eines öffentlichen Dienstes, bestimmte Sozialstandards einzuhalten, so werden in den Unterlagen des wettbewerblichen Vergabeverfahrens und den öffentlichen Dienstleistungsaufträgen die betreffenden Arbeitnehmer aufgeführt und transparente Angaben zu ihren vertraglichen Rechten und zu den Bedingungen gemacht, unter denen sie als in einem Verhältnis zu den betreffenden Diensten stehend gelten.“

Zwischenergebnis: Der öffentliche Auftraggeber ist also auch im ÖPNV-Bereich bzw. bei der Vergabe von Verkehrsdienstleistungen im Busverkehr nicht gehindert, zum Schutz der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des bisherigen Betreibers einen Beschäftigtenübergang anzuordnen.

Gutes Beispiel: Rheinland-Pfalz

In Rheinland-Pfalz ist man einen Schritt weitergegangen und hat festgelegt, dass Aufgabenträger im Bereich der öffentlichen Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße auf der Grundlage von Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 Auftragnehmer zu verpflichten haben, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, ein Angebot zur Übernahme zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zu unterbreiten.

§ 1 Abs. 4 des Landestariftreugesetzes (LTTG) des Landes Rheinland-Pfalz lautet:

„(4) Aufgabenträger haben im Rahmen der Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags 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. EU Nr. L 315 S. 1) in der jeweils geltenden Fassung Auftragnehmer auf der Grundlage von Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 dazu zu verpflichten, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die zuvor zur Erbringung der Dienste eingestellt wurden, ein Angebot zur Übernahme zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zu unterbreiten. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung des Aufgabenträgers binnen sechs Wochen dazu verpflichtet, dem Aufgabenträger alle hierzu erforderlichen Informationen zur Verfügung zu stellen. In einem repräsentativen Tarifvertrag im Sinne von § 4 Abs. 3 können Regelungen zu den



Arbeitsbedingungen getroffen werden, auf die im Falle einer Übernahme der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf der Grundlage von Artikel 4 Abs. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 als vorrangig verwiesen werden kann.“

Das Land stellt auf der Website des Teams Servicestelle LTTG beim Landesamt für Soziales, Jugend und Versorgung einen Handlungsleitfaden zur Verfügung (<https://lsjv.rlp.de/de/unsere-aufgaben/arbeit/landestariftreuegesetz-lttg>):

„LTTG-Handlungsleitfaden für die Anwendung des Art. 4 Abs. 5 und 6 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und des Landestariftreugesetzes bei Ausschreibungen über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße“

Bei der praktischen Handhabung der Anordnung eines Betriebsübergangs sind grundsätzlich zwei Vorgehensweisen denkbar. Die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 selbst gibt kein Verfahren vor, so dass dem Auftraggeber ein Auswahlermessen zukommt.

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

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



Die Formulierung könnte lauten:

„Der Auftragnehmer übernimmt die Arbeitskräfte des bisherigen Betreibers zu den Konditionen, die diesen vom bisherigen Betreiber gewährt wurden. Dabei handelt es sich um folgende Personen (Anm. d. Red.: Ggf. zweistufiges Verfahren, mit Anonymisierung der Beschäftigten bei der ersten Stufe): (...)

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

b) Zum anderen kann der öffentliche Auftraggeber von den Bietern eine Erklärung fordern, mit der

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

Hierzu kann auf die Beispielklauseln unter V.1 verwiesen werden.

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

V FORMULIERUNGSBEISPIELE FÜR BESONDERE AUFTRAGSBEDINGUNGEN

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

1 BEISPIELKLAUSELN ZUR TARIFTREUE IM SEKTOR VERKEHR

a) *„Das Unternehmen verpflichtet sich, den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das im (Name des Bundeslandes) für diese Leistungen in einem einschlägigen und repräsentativen Tarifvertrag vorgesehene Entgelt zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen (Tariftreueerklärung). Der öffentliche Auftraggeber bestimmt den anzuwendenden Tarifvertrag unter Berücksichtigung der weitreichenden Repräsentativität und unter Abwägung aller Umstände nach billigem Ermessen. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen.“*

- b)** „Das Unternehmen verpflichtet sich, mit der Tariftreueerklärung auch von seinen Nachunternehmern zu verlangen, dass sie ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen gewähren, die das Unternehmen selbst einzuhalten verspricht.“
- c)** „Das beauftragte Unternehmen und die Nachunternehmen verpflichten sich, dem Auftraggeber die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung auf dessen Verlangen jederzeit nachzuweisen.“
- d)** „Verstößt das beauftragte Unternehmen gegen eine Regelung nach (...), so kann der Auftraggeber für jeden schuldhaften Verstoß eine Vertragsstrafe in Höhe von 1 % des vertraglich vorgesehenen Entgelts (ohne Umsatzsteuer) verlangen; bei mehreren Verstößen kann eine Vertragsstrafe bis zu 10 % des Auftragswertes verlangt werden. Das beauftragte Unternehmen ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch dann verpflichtet, wenn der Verstoß durch ein Nachunternehmen begangen wird und das beauftragte Unternehmen den Verstoß kannte oder kennen musste.“
- e)** „Bei einem mindestens grob fahrlässigen und erheblichen Verstoß gegen ... (Tariftreuepflicht, Auswahl der Nachunternehmen, Nachweis) ist der Auftraggeber zur fristlosen Kündigung aus wichtigem Grund berechtigt.“
- f)** „Verstößt der Auftragnehmer oder ein Nachunternehmen mindestens grob fahrlässig oder mehrfach gegen die Verpflichtungen des (...) kann der Auftraggeber das betreffende Unternehmen oder Nachunternehmen für die Dauer von bis zu drei Jahren von seiner öffentlichen Auftragsvergabe ausschließen.“

Quellenangabe:

Klauseln a) b) c):

In Anlehnung an das „Bremische Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe“ vom 24.11.2009, BremGBL S.476, den Entwurf der SPD-Landtagsfraktion eines „Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen im Saarland – Saarländisches Vergabe- und Tariftreuegesetz“, LT-Drucksache 13/1769 vom 14.02.2008 und einen Vorschlag zu dem Entwurf eines Saarländischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache „Rüffert“ der Rechtsanwaltskanzlei Gaßner, Groth, Siederer & Coll. vom 16.04.2009 im Auftrag der Dienstleistungsgewerkschaft Verdi

Klauseln d) e) f):

In Anlehnung an das „Bremische Gesetz zur Sicherung von Tariftreue, Sozialstandards und Wettbewerb bei öffentlicher Auftragsvergabe“ vom 24.11.2009, BremGBL S.476 und den Gesetzesentwurf der Landesregierung Rheinland-Pfalz „Landesgesetz zur tariflichen Entlohnung bei öffentlichen Aufträgen“ (Landestariftreuegesetz), LT-Drucksache 15/1696 vom 27.11.2007



Exkurs:

ANORDNUNG DES BETRIEBSÜBERGANGS AUCH BEI DER DIREKTVERGABE

Zur Anwendung des Art. 4 Abs. 5 Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 kommt es auch bei Direktvergaben von Verkehrsdienstleistungen. Daher kann der Aufgabenträger auch in diesem Fall die Folgen des Betriebsübergangs anordnen. Einzig bei der eigenwirtschaftlichen Erbringung

im Sinne des § 8 Abs. 4 Satz 1 PBefG kommt nach der derzeitigen – heftig kritisierten – Rechtslage eine Anwendung der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 und insbesondere des Art. 4 Abs. 5 mit der Möglichkeit der Anordnung des Betriebsübergangs nicht in Betracht.

2 BEISPIELKLAUSELN FÜR PERSONENVERKEHRSDIENSTE

Im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007

Bei der praktischen Handhabung der Anordnung eines Betriebsübergangs sind grundsätzlich zwei Vorgehensweisen denkbar. Die Verordnung selbst gibt kein Verfahren vor, so dass dem Auftraggeber ein Auswahlermessen zukommt.

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

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

Die Formulierung könnte lauten:

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

d. Red.: Ggf. zweistufiges Verfahren, mit Anonymisierung der Beschäftigten bei der ersten Stufe): (...) Die Behörde stellt mit dieser Anordnung fest, dass der Tatbestand eines Betriebsübergangs vorliegen soll. Zusammen mit der Zuschlagserteilung wird der Betriebsübergang dann durch einen Verwaltungsakt nach § 35 Verwaltungsverfahrensgesetz herbeigeführt.“

b) Zum anderen kann der öffentliche Auftraggeber von den Bietern eine Erklärung fordern, mit der sich diese verpflichten, nach einer Zuschlagserteilung den jeweiligen Arbeitnehmern ein Angebot auf Übernahme ihres Arbeitsverhältnisses zu einem entsprechenden Tariflohn zu unterbreiten. Der Bieter bindet sich mit einer Selbstverpflichtung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber, die betroffenen Arbeitnehmer zu den bisherigen Bedingungen zu übernehmen.

Der Auftraggeber kann mit vergabe- und vertragsrechtlichen Mitteln sicherstellen, dass den Arbeitnehmern tatsächlich ein entsprechendes Angebot unterbreitet wird.

Hierzu kann auf die Beispielklauseln unter V.1 verwiesen werden.

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

c) Vertragsklausel zur Beschäftigung Langzeitarbeitsloser/älterer Arbeitnehmer/Frauen:

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

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



VI ZUSCHLAGSKRITERIEN AM BEISPIEL EINER BEWERTUNGSMATRIX

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

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

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



Aufgrund der verschärften Anforderungen durch die Nachprüfungsinstanzen muss der Auftraggeber auch die Wertungsmaßstäbe den Bietern vorab bekannt geben. Der interessierte Unternehmer muss wissen, welche Teile seines Konzeptes mit der jeweiligen Punktzahl bewertet werden. Hintergrund ist, dass der Bieter wissen muss, wie er sein Angebot (einschließlich der Konzepte) zu gestalten hat, um die höchste Punktzahl zu erreichen. Um auf „Nummer sicher“ zu gehen, empfiehlt sich hierzu die Einholung von ergänzender fachlicher Beratung.

