

Herrn Georg Fortmeier MdL
Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft, Energie,
Industrie, Mittelstand und Handwerk
des Landtags NRW
Landtag Nordrhein-Westfalen
Platz des Landtags 1

40221 Düsseldorf

Per E-Mail: anhoerung@landtag.nrw.de



Ansprechpartner:

Städtetag NRW:
Barbara Meißner
Tel.: +49 221 3771-276
E-Mail: barbara.meissner@staedtetag.de

Landkreistag NRW:
Dr. Markus Faber
Tel.: +49 211 300491-310
E-Mail: m.faber@lkt-nrw.de

Städte- und Gemeindebund NRW:
Johannes Osing
Tel.: +49 211 4587-244
E-Mail: johannes.osing@kommunen-in-nrw.de

Verband kommunaler Unternehmen NRW:
Christian Untrieser
Tel.: +49 221 3770-225
E-Mail: untrieser@vku.de

Aktenzeichen: 10.70.08

Datum: 25.10.2016 MF/MB

Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landtags Nordrhein-Westfalen am 02.11.2016 zum Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG-NRW)

Hier: Schreiben der Präsidentin des Landtags Nordrhein-Westfalen vom 10.10.2016 zum Gesetzentwurf der Landesregierung, LT-Drucksache 16/12265

Sehr geehrter Herr Fortmeier,

auf das Schreiben vom 10.10.2016 zur Öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landtags NRW am 02.11.2016 zum Entwurf eines Gesetzes über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG-NRW) möchten wir gerne antworten.

I. Allgemeines

Grundsätzlich begrüßen die kommunalen Spitzenverbände die geplante Novelle des TVgG-NRW. Diese ist erforderlich, um die Vollzugsprobleme mit dem TVgG-NRW in der kommunalen Praxis zu verringern.

Der Gesetzentwurf ist somit ein Schritt in die richtige Richtung. Allerdings wurden bedauerlicherweise verschiedene, für die kommunalen Spitzenverbände und den Verband kommunaler

Unternehmen, Landesgruppe NRW, wichtige Punkte nach wie vor nicht umgesetzt: Zu nennen sind hier insbesondere die Forderung nach „Kann“-Regelungen im Rahmen der §§ 6, 7 und 8 TVgG-NRW, einem umfassenden und einheitlichen Schwellenwert in Höhe von 50.000 Euro für alle Bereiche des TVgG-NRW und schließlich die ausdrückliche gesetzliche Regelung, dass im Bereich des ÖPNV jeweils mehrere Tarifverträge, auch getrennt für die Bereiche straßengebundener ÖPNV und schienengebundener ÖPNV, repräsentativ sein können.

II. Zu den Regelungen im Einzelnen

1. Anwendungsbereich

- 1a)** Gemäß § 2 Abs. 4 TVgG-E soll ein Schwellenwert für die Bereiche der umweltfreundlichen Beschaffung und der Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in Höhe von 5.000 Euro ohne Umsatzsteuer eingeführt werden. Für die übrigen Bereiche des TVgG-NRW soll darüber hinaus der bekannte Schwellenwert von 20.000 Euro, für den Bereich der Frauenförderung ein gesonderter Schwellenwert von 50.000/150.000 Euro (vgl. § 8 Abs. 1 TVgG-E) gelten.

Die kommunalen Spitzenverbände und der Verband kommunaler Unternehmen, Landesgruppe NRW, fordern einen einheitlichen Schwellenwert in Höhe von 50.000 Euro, soweit nicht bereits ein höherer Schwellenwert vorgesehen ist. Die unterschiedlichen Schwellenwerte für die verschiedenen Bereiche des Gesetzes sowie der aktuell nicht vorhandene und nun geplante geringe Schwellenwert für die umweltfreundliche Beschaffung und die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen sind wesentliche Gründe für die erschwerte Vollziehbarkeit des Gesetzes sowie die hohe Bürokratie.

Das Auseinanderfallen der Schwellenwerte sollte unbedingt vermieden werden, zumal die Unübersichtlichkeit in der Vergabep Praxis auch noch dadurch gesteigert wird, dass die Vergabestatistikverordnung des Bundes (VergStatVO) in § 2 Abs. 2 Nr. 1 einen Schwellenwert von 25.000 Euro vorsieht. Schon die geltende Rechtslage im TVgG-NRW mit vier verschiedenen Schwellenwerten hat sich als schwer überschaubar und unpraktikabel herausgestellt. Blicke es bei den in § 2 Abs. 4 TVgG-E vorgesehenen Werten, gäbe es künftig sogar fünf verschiedene Stufen im Unterschwellenbereich.

Wir bitten deshalb, die Einführung eines einheitlichen Schwellenwertes in Höhe von 50.000 Euro erneut zu prüfen. Hilfsweise sollte dieser mindestens an den Schwellenwert in § 2 Abs. 2 Nr. 1 VergStatVO (25.000 Euro) angeglichen werden.

- 1b)** Es wird begrüßt, dass in § 2 Abs. 5 TVgG-E Sektoren- und Konzessionsauftraggeber von der Anwendung des TVgG-NRW ausgenommen werden sollen. Diese Herausnahme sollte aber auf alle kommunalen Unternehmen ausgedehnt werden. Im Wettbewerb stehende öffentliche Auftraggeber wie kommunale Krankenhäuser, Messen oder Flughäfen, werden ebenso wie Energie- und Wasserversorgungsunternehmen durch das TVgG-NRW in ihren Wettbewerbschancen gegenüber privaten Anbietern und Konkurrenten erheblich benachteiligt. Zudem besteht eine Benachteiligung gegenüber kommunalen Unternehmen anderer Bundesländer, in denen kein Tarifreue- und Vergabegesetz gilt bzw. in denen kommunale Unternehmen von dessen Vorschriften ausdrücklich ausgenommen sind. Dies schwächt die kommunale wirtschaftliche Betätigung in Nordrhein-Westfalen insgesamt und widerspricht zugleich dem vom Land verfolgten Ziel einer Stärkung der kommunalwirtschaftlichen Betätigung (vgl. insbesondere die Novellierung des § 107 GO NRW im Jahre 2010).

Im Wettbewerb stehende öffentliche Auftraggeber müssen deshalb vom TVgG-NRW ausgenommen werden.

2. Tariftreuepflicht; Mindestlohn

2a) Die Regelungen zur Tariftreuepflicht und zum Mindestentgelt sollen teilweise geändert werden. In § 4 Abs. 2 TVgG-E i.V.m. § 16 Abs. 1, 2 TVgG-E wird erwähnt, dass „einer“ oder „mehrere“ Tarifverträge im ÖPNV repräsentativ sein können. Es ist zweifelhaft, ob diese Formulierung dauerhaft geeignet ist, die von der Rechtsprechung geforderte Pluralität von Tarifverträgen im ÖPNV zu sichern. Im ungünstigsten Fall könnte man diese Formulierung auch so auslegen, dass damit unterschiedliche Tarifverträge im straßengebundenen und schienengebundenen ÖPNV gemeint sind, nicht aber eine Mehrzahl von Tarifverträgen in den einzelnen Teilsektoren, also jeweils im straßengebundenen und schienengebundenen ÖPNV.

Grundsätzlich muss gelten, dass jeder nach arbeitsrechtlichen Voraussetzungen wirksam zustande gekommene, mit einer tariffähigen Gewerkschaft geschlossene und im Gebiet mindestens eines Kreises oder einer kreisfreien Stadt in NRW praktisch zur Anwendung kommende Tarifvertrag als repräsentativ gelten soll. Soweit das Land NRW an einer enger gefassten „Repräsentativität“ festhalten will, ist an dieser Stelle zumindest eine klarere Formulierung wünschenswert und erforderlich, auch und gerade für den Bereich des straßengebundenen ÖPNV, um Rechtsstreitigkeiten zu verhindern.

2b) In § 4 Abs. 3 TVgG-E wird geregelt, dass bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Entgelt zu zahlen ist, das den Vorgaben des Mindestlohngesetzes (MiLoG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) in der jeweils geltenden Fassung entspricht, mindestens aber ein Mindeststundenentgelt von 8,85 Euro. Damit soll zunächst an einem vergabespezifischen Mindestlohn festgehalten werden.

Es ist aber höchst fraglich, ob eine solche Regelung europa- und verfassungsrechtlich Bestand haben kann. In der Sache RegioPost hat der Europäische Gerichtshof (EuGH, Urt. v. 17.11.2015, Rs. C-115/14) entschieden, dass der im insoweit vergleichbaren § 3 Abs. 1 des rheinland-pfälzischen Landesgesetzes zur Gewährleistung von Tariftreue und Mindestentgelt bei öffentlichen Auftragsvergaben (Landestariftreuegesetz) vorgesehene Mindestlohn das europarechtlich zulässige Mindestmaß an Schutz für die Arbeitnehmer dargestellt hat. Dies mag zwar – oberflächlich betrachtet – für die unionsrechtliche Zulässigkeit eines landesspezifischen Mindestlohns im Vergaberecht sprechen. Das MiLoG war zur Zeit des streitgegenständlichen Sachverhalts allerdings noch nicht in Kraft. Es steht daher zu vermuten, dass der EuGH nunmehr für das Mindestmaß des Arbeitnehmerschutzes auf das MiLoG abstellen würde.

Auch das VG Düsseldorf (Beschl. v. 27.08.2015 – 6 K 2793/13) hat sich – nach Inkrafttreten des MiLoG – in seiner Vorlage an den nordrhein-westfälischen Verfassungsgerichtshof zu dieser Frage geäußert. Es vertritt die Auffassung, dass der Arbeitnehmerschutz den Grundrechtseingriff durch die Tariftreuregelung nicht rechtfertigt. Vielmehr sei mit der Einführung des Mindestlohns (§ 1 Abs. 1, 2 Satz 1 MiLoG: brutto 8,50 Euro je Zeitstunde) zum 1. Januar 2015 ein Absinken des Lohns auf ein prekäres Niveau bundesgesetzlich ausgeschlossen. Das VG Düsseldorf zieht daraus den Schluss, dass der Bundesgesetzgeber mit dem MiLoG die bundesweit verbindliche Wertung vorgegeben hat, ab welchem Betrag das vom TVgG-NRW vorgeblich bekämpfte "Lohndumping" beginnt (Rn. 67).

Schließlich ist zu bedenken, dass auf Bundesebene das Bundesministerium für Arbeit und Soziales am 09.09.2016 den Entwurf einer Verordnung zur Anpassung der Höhe des Mindestlohns (Mindestlohnanpassungsverordnung – MiLoV) vorgelegt hat, nach der der gesetzliche Mindestlohn auf 8,84 Euro erhöht werden soll. Demnach würde voraussichtlich ab dem 01.01.2017 nur noch eine Differenz von 1 Cent zwischen den Anforderungen des TVgG-

NRW und dem MiloG bestehen. Es ist jedoch aus unserer Sicht völlig unverhältnismäßig, den Bietern die Verpflichtung zur Abgabe entsprechender Erklärungen und dem erfolgreichen Bieter die Pflicht zur Zahlung um 1 Cent erhöhter Stundenentgelte aufzuerlegen, nur um einen wirtschaftlichen Vorteil in Höhe eines Eurocents pro Stunde zu erreichen (entspricht bei einer 40-Stundenwoche einem um 1,73 Euro erhöhten Monatslohn). Entweder sollte § 4 Abs. 3 TVgG-E ganz entfallen – und damit ausschließlich der bundesrechtlich geregelte, allgemeine Mindestlohn zur Anwendung kommen – oder das dort genannte vergabespezifische Mindestentgelt sollte auf 8,84 Euro die Stunde gesenkt werden.

3. Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz

Die Regelungen zu Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz in § 6 TVgG-E sind im Vergleich zum geltenden Recht verschärft worden, da nunmehr auch Lebenszykluskosten, das Ziel einer möglichst hohen Energieeffizienz sowie Leistungs- oder Funktionsanforderungen zur Berücksichtigung von Umweltaspekten und/oder Umweltzeichen in Zukunft als Regel (ab dem Schwellenwert von 5.000 Euro ohne Umsatzsteuer) verpflichtend berücksichtigt werden sollen. Nach bisher geltendem Recht kann von der Pflicht, Lebenszykluskosten zu berücksichtigen, abgesehen werden, wenn die Verhältnismäßigkeit zwischen Aufwand und Nutzen nicht gegeben ist. Dies kommt in der Praxis z.B. in den Fällen vor, in denen bzgl. des Energieverbrauchs eines Gerätes so enge Vorgaben gemacht werden, dass die Analyse der Lebenszykluskosten zu keinem Unterschied führen würde.

Die nunmehr geplante Verschärfung lehnen wir ab. Die geltenden Regelungen stellen bereits gegenüber dem im nationalen Vergaberecht auf Bundesebene eine erhebliche Verschärfung dar. Die Kommunen berücksichtigen bereits seit langem Umweltaspekte, in der Regel auch unter Beachtung der Lebenszykluskosten. Nach dem neuen, ab dem 18.04.2016 geltenden Vergaberecht für europaweite Vergaben, wird die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten ebenfalls gestärkt; allerdings als Option. Zudem kann der öffentliche Auftraggeber die Berechnungsmethode vorgeben. Insofern scheint diese Regelung noch über die Vorgaben der EU-Vergaberichtlinie hinaus zu gehen.

Daher bitten wir erneut, eigene Spielräume durch "Kann-Regelungen" zu eröffnen.

4. Beachtung von Mindestanforderungen der Internationalen Arbeitsorganisation an die Arbeitsbedingungen

Die Auflistung der zu beachtenden ILO-Kernarbeitsnormen (§ 7 TVgG-E) soll unverändert bleiben. In Zukunft soll es aber ausreichen, wenn nachgewiesen wird, dass der Auftragnehmer dafür Sorge trägt, dass die im konkreten Auftrag beschafften Waren unter Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen produziert worden sind. Damit wird die im neuen, ab dem 18.04.2016 geltenden Vergaberecht, bestehende Möglichkeit der öffentlichen Auftraggeber umgesetzt, zum Nachweis Siegel zu verlangen. Bisher war dieses nicht ausreichend.

Diese Möglichkeit wird begrüßt. Allerdings kann diese Vereinfachung nur erreicht werden, wenn Datenbanken oder ähnliches eingerichtet werden, bei denen die Inhalte der einzelnen Labels hinterlegt sind bzw. die Landesregierung eine Zertifizierungsstelle einrichtet. Dem öffentlichen Auftraggeber kann nicht zugemutet werden, die einzelnen Inhalte der Labels zu hinterfragen oder zu kontrollieren. Das Land muss sicherstellen, dass die noch einzurichtende Servicestelle Zertifikate und Initiativen nach § 7 Abs. 2 und 3 RVO TVgG-E einer Vorabprüfung unterzieht und dass öffentliche Auftraggeber über die Servicestelle oder das Vergabeportal des Landes auf Listen zu den anzuerkennenden Zertifikate und Initiativen zugreifen können.

Nicht mehr vorgesehen ist eine Regelung, wann ausnahmsweise von der Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen abgesehen werden kann. Diese Frage soll künftig nur noch in der seit kurzem als Entwurf vorliegenden RVO zum TVgG-NRW geregelt werden. Bisher kann gem. § 18 Abs. 2 S. 3 TVgG-NRW auf die Vorlage der Nachweise oder Erklärungen verzichtet werden, sofern die Bieter diese trotz Beachtung der Sorgfaltspflichten eines ordentlichen Kaufmanns nach § 347 HGB nicht oder nicht fristgerecht erbringen können. Stattdessen würde es nach § 7 Abs. 5 RVO TVgG-E künftig darauf ankommen, ob eine Ausnahme vom Bestbieterprinzip vorliegt, der Auftraggeber ein Marktversagen feststellt „oder andere vergleichbare Ausnahmegründe vorliegen“, die es objektiv unmöglich machen, geeignete Produkte zu beschaffen. Ob auch die in § 18 Abs. 2 S. 3 TVgG-NRW genannte Voraussetzung einen „vergleichbaren Ausnahmegrund“ darstellt, ist fraglich. Die Konstellation, dass Bieter die Vorlage der Nachweise oder Erklärungen nicht oder nicht fristgerecht erbringen können, sollte jedenfalls auch als Ausnahmegrund erhalten bleiben. Dies wäre in § 7 TVgG-E, sonst aber zumindest in der RVO klarzustellen.

5. Verfahrensanforderungen zu den Erklärungen und Bestbieterprinzip

Eine wesentliche Verfahrenserleichterung soll § 9 TVgG-E bieten, der die Bestbietererklärung regelt. Danach sollen nicht mehr alle Bieter bei der Abgabe ihres Angebots die Verpflichtungserklärungen nach dem TVgG-NRW abgeben müssen, sondern es soll der „Bestbieter“ nach Angebotsabgabe die nach dem TVgG-NRW erforderlichen Nachweise und Erklärungen innerhalb von drei Werktagen vorlegen (§ 9 Abs. 3 S. 1 TVgG-E).

Dieses soll einerseits die Unternehmen bei der Angebotsabgabe und die Auftraggeber bei der Prüfung der Angebote entlasten. Damit verfolgt die Regelung zunächst ein richtiges Ziel. Andererseits bedeutet dies jedoch auch einen Mehraufwand, da der erfolgreiche Bieter nachträglich aufgefordert werden muss, die erforderlichen Nachweiserklärungen innerhalb von drei Werktagen vorzulegen. Zudem müsste, wenn der Bieter der Aufforderung nicht nachkommt, der Vorgang nach § 9 Abs. 5 TVgG-E ggf. mehrmals wiederholt werden. Ohnehin dürfte es einem Bieter aber kaum gelingen, die Frist von drei Werktagen zur Vorlage aller erforderlichen Nachweise und Erklärungen zu wahren, sofern er die Unterlagen nicht bereits vor dem Zuschlag vorliegen hat. Außerdem kann es nun zu „doppelten“ Nachforderungen kommen, wenn zugleich andere Erklärungen und Unterlagen (als solche nach dem TVgG-E) bei einem oder mehreren Bietern fehlen; dann müssten zunächst diese Unterlagen nachgefordert werden, um dann von dem abschließend „ermittelten“ Bestbieter nochmals die Erklärungen nach dem TVgG-NRW zu fordern. In der Praxis dürfte daher trotz des Bestbieterprinzips ein Großteil der Bieter „auf Verdacht“ die nötigen Nachweise und Erklärungen bereithalten.

Zu berücksichtigen ist auch, dass die Zuschlags- und Bindefrist (jedenfalls im Unterschwellenbereich, wo es zunächst noch eine solche Fristsetzung gibt), schwerer zu kalkulieren ist. Derzeit laufen Nachforderung fehlender Unterlagen und Prüfung der Angebote i.d.R. parallel. Innerhalb von 14 Tagen kann der Zuschlag erteilt werden. In Zukunft müssten zunächst die Prüfung der Angebote und ggf. die Zustimmung anderer involvierter Stellen innerhalb der Kommunalverwaltungen (z.B. Rechnungsprüfungsamt) erfolgen. Erst danach könnten die Vordrucke nach dem TVgG-E von dem Bestbieter angefordert werden. Soweit der Bestbieter ausfällt, weil er die Erklärung falsch ausgefüllt hat, muss von dem zweitplatzierten Bieter die Erklärung eingefordert werden. Es ist schwierig, diesen Zeitaufwand zu kalkulieren. Demnach muss man sicherheitshalber die Zuschlags- und Bindefrist um mehrere Wochen ausdehnen, was sich auch im Preis niederschlägt.

Schließlich bietet das „Bestbieterprinzip“ auch die Möglichkeit, dass sich der erfolgreiche Bieter der Bindungswirkung seines Angebotes entziehen kann, indem er sich weigert, auf Nachforderung die notwendigen Erklärungen nach dem TVgG-NRW einzureichen. Somit kann der „Bestbieter“ nach Bekanntwerden, dass er das beste Gebot abgegeben hat, faktisch frei entscheiden, ob er bei seinem Angebot bleibt.

Ob deshalb von einer erheblichen Verfahrenserleichterung ausgegangen werden kann, ist zumindest fraglich. Daher sollte das Land den Vergabestellen fakultativ ermöglichen, von vornherein sämtliche Unterlagen nach dem TVgG-E anzufordern und dann die Möglichkeit einer Nachforderung bei fehlenden Unterlagen im Einzelfall eröffnen. Darüber hinaus muss auch bei Anwendung des Best-Bieter-Prinzips gewährt bleiben, dass ein Bieter, der von vornherein von sich aus alle Erklärungen mit dem Angebot abgegeben hat, nicht nochmals zur Abgabe von Erklärungen aufgefordert wird, wenn das Gebot als das wirtschaftlichste Gebot gewertet wurde.

6. Überwachungs- und Kontrollregelungen

Die Überwachungs- und Kontrollpflichten im TVgG-E sollen entsprechend der geltenden Rechtslage bestehen bleiben. Frühere Planungen, die Kompetenzen der Prüfbehörde auf alle Bereiche des TVgG-NRW auszudehnen, Ordnungswidrigkeiten und rechtliche Sanktionen auch auf Erklärungen hinsichtlich Umweltschutz und ILO-Kernarbeitsnormen auszudehnen oder sogar Mitarbeiter in den Vergabestellen dem Ordnungswidrigkeitenrecht zu unterwerfen, sind nicht umgesetzt worden, was zu begrüßen ist.

Allerdings halten wir es für sachwidrig, dass das für Arbeit zuständige Landesministerium die Aufgabe der Prüfbehörde gem. § 14 Abs. 1 TVgG-E übernehmen soll. Der vergaberechtliche Sachverstand ist im Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk des Landes Nordrhein-Westfalen konzentriert, so dass dort auch die Aufgabe der Prüfbehörde sinnvoller Weise zu verankern wäre.

7. Konnexitätsregelung

Das Land NRW hat den kommunalen öffentlichen Auftraggebern die durch dieses Gesetz entstehenden Kosten auch in Zukunft in vollem Umfang zu erstatten. Dies hat der Landesgesetzgeber im bisherigen TVgG-NRW auch so anerkannt.

Ein solcher Belastungsausgleich muss die Zusatzkosten aufgrund der administrativen Mehraufwendungen, der Verteuerung öffentlicher Aufträge sowie der zusätzlichen Rechtsberatung und Rechtsverfolgung umfassen. In sachlicher Hinsicht muss der Belastungsausgleich sämtliche Bereiche des Tariftreue- und Vergabegesetzes NRW erfassen, insbesondere auch die Bindung an einen repräsentativen Tarifvertrag nach § 4 Abs. 2 TVgG-E in Verbindung mit der entsprechenden Verordnung. Zudem muss der Belastungsausgleich Mehrkosten bei kommunalen Gesellschaften, Vereinen, Anstalten öffentlichen Rechts und Zweckverbänden mit mindestens einer mehrheitlichen kommunalen Beteiligung erfassen.

Wir bitten, unsere Anregungen und Hinweise im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens zu berücksichtigen.

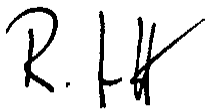
Mit freundlichen Grüßen



Detlef Raphael
Beigeordneter
des Städtetages Nordrhein-Westfalen



Dr. Marco Kuhn
Erster Beigeordneter
des Landkreistages Nordrhein-Westfalen



Rudolf Graaff
Beigeordneter
des Städte- und Gemeindebundes
Nordrhein-Westfalen



Markus Moraing
Geschäftsführer
der VKU-Landesgruppe Nordrhein-Westfalen