



IHK NRW – Die Industrie- und Handelskammern
in Nordrhein-Westfalen

LANDTAG
NORDRHEIN-WESTFALEN
16. WAHLPERIODE

STELLUNGNAHME
16/4383

A18

STELLUNGNAHME

Ihr/e Ansprechpartner/in
Matthias Mainz

E-Mail
matthias.mainz@ihk-nrw.de

Telefon
0211 36702-14

Datum
26.10.2016

Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung am 02.11.2016 zum Gesetz über die Sicherung von Tariftreue- und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerbs bei der Vergabe öffentlicher Aufträge TVgG NRW

Vorbemerkung

Kaum ein Gesetz in NRW wurde in den vergangenen Jahren so kontrovers diskutiert wie das Tariftreue- und Vergabegesetz TVgG NRW. Auch nach mehreren Jahren in Anwendung berichten insbesondere viele kleinere Unternehmen und solche, die sich nur selten an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, von Unsicherheiten und zusätzlichen bürokratischen Lasten, die mit der Anwendung des Gesetzes verbunden sind. Andere haben sich von der Teilnahme an öffentlichen Ausschreibungen zurückgezogen.

Aus Sicht der Unternehmen stellen sich gerade die häufigen Änderungen des Rechtsrahmens der Vergabegesetze und -verordnungen des Landes, aber auch des Bundes, der EU und der kommunalen Auftraggeber als Problem dar. Als Folge der kontinuierlichen Änderungen und da die Regelungen auf den unterschiedlichen Gesetzgebungsebenen nicht in allen Teilen identisch sind, müssen die Unternehmen ihre Abläufe stetig anpassen, immer neue Erfahrungen mit der Umsetzung sammeln und eine rechtssichere Anwendung einüben. Dies stellt insbesondere kleinere Unternehmen, die nicht über eine eigene Vergabeabteilung verfügen, und solche, die sich nur selten an Ausschreibungen beteiligen, vor Probleme. Im Ergebnis verlieren öffentliche Aufträgen durch den zusätzlichen Aufwand und die anhaltende Rechtsunsicherheit an Attraktivität.

Zuletzt sind über die Richtlinien 2014/23/EU, 2014/24/EU und 2014/25/EU neue Möglichkeiten geschaffen worden, um ergänzende Ziele bei der öffentlichen Beschaffung zu berücksichtigen. So können nun in jeder Phase eines Verfahrens, von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte einbezogen werden. Die entsprechenden Prüfkataloge wie die Einheitliche Europäische Einheitserklärung setzen neue Standards für die Vergabe öffentlicher Aufträge, auf die sich die Unternehmen einstellen müssen. Durch die Einbeziehung der Wertschöpfungskette (Zulieferer, Abnehmer) sowie der Nachunternehmer und Leiharbeitsfirmen in die Nachweispflichten hat sich der Abstimmungsbedarf zusätzlich nochmals erhöht.

Die wachsende Komplexität und erforderliche Fachkompetenz wirkt dabei immer wieder als Markteintrittsschranke, da kleine Unternehmen häufig nicht in der Lage sind, die notwendige Fachkenntnis zu erlangen. Das vordringliche Ziel der Gesetzgeber in Europa, Bund und den Bundesländern sollte daher eine Vereinfachung bei einhergehender Harmonisierung bzw. Verzicht auf abweichende Regelungen zur Vergabe öffentlicher Aufträge sein. Die Komplexität des Vergaberechts zeigt sich auch darin, dass, wie im Falle des alten TVgGs auch, die Rechtsprechung immer wieder eine Anpassung der Gesetze erforderlich macht. Die Initiative der Landesregierung, eine vorgezogene Anpassung des Gesetzes vorzunehmen, haben wir daher begrüßt. Im Ergebnis hätten wir uns allerdings eine deutlichere Orientierung an der reformierten Vergabeverordnung des Bundes und einen weitgehenden Verzicht von NRW-spezifischen Regelungen erwartet.

Zu den Eckpunkten der Novelle

- Anpassung der Schwellenwerte

Die Einführung einer Bagatellgrenze von 20.000 Euro, bis zu der die Anforderungen des TVgGs mit Ausnahme der Regelungen zum Umweltschutz und Energieeffizienz sowie zu den ILO-Kernarbeitsnormen keine Anwendung finden, erleichtert die Durchführung gerade bei kleineren Aufträgen, die den Großteil aller öffentlichen Ausschreibungen ausmachen. Zu begrüßen ist, dass die bisherige Bagatellgrenze von 500 Euro angehoben worden ist. Im Dienstleistungsbereich, der durch eine Vielzahl an Betrieben mit einer eher geringen Unternehmensgröße charakterisiert ist, werden Unternehmen von der Erleichterung profitieren können.

Bei Gewerken, die regelmäßig über den Schwellenwert hinaus gehen, werden die Unternehmen, die auf öffentliche Aufträge angewiesen sind, unabhängig vom Schwellenwert, auf die Einhaltung des TVG's einrichten und entsprechende Vorsorge treffen.

Auf der anderen Seite führt die Einführung weiterer Schwellenwerte auch zu Schwierigkeiten bei der rechtlichen Einordnung. Gerade im öffentlichen Ausschreibungsrecht gibt es bereits heute eine Vielzahl an Schwellenwerten wie etwa zur Abgrenzung der Vergabeart, die regelmäßigen Änderungen unterworfen sind und sich regional und nach Auftraggeber unterscheiden können. In der Beratungspraxis stellen wir daher immer wieder fest, dass gerade diese Vielzahl an Regelungen bei Unternehmen zu Unsicherheit führt, welche Regelungen Anwendung finden.

Mit der Regelung nach § 2 sowie den Schwellenwerten nach den § 6 (Umweltschutz und Energieeffizienz), § 7 (ILO-Kernarbeitsnormen) und § 8 (Frauenförderung) kommen nun weitere Schwellenwerte hinzu, die eine zusätzliche Abwägung nötig machen. Hier wäre eine Vereinheitlichung der Schwellenwerte sinnvoll, um den Auftraggebern und Unternehmen den Prüfaufwand bei der Einordnung der Aufträge zu erleichtern. Statt nunmehr vier unterschiedliche Schwellenwerte prüfen zu müssen, könnte durch Orientierung an den bundesweiten Schwellenwerten die auftragsbezogenen bürokratischen Aufwendungen der Unternehmen verringert werden.

- Harmonisierung des vergabespezifischen Mindestlohns

Die Einführung eines vergabespezifischen Mindestlohns für NRW hat aus Sicht der Unternehmen zu einem nicht unerheblichen bürokratischen Aufwand in der Dokumentation geführt.

Vor Herausforderungen stellt die Unternehmen insbesondere die partielle Berechnung des Mindestlohns in der Lohnbuchhaltung. Da viele Unternehmen nicht nur für einen Auftraggeber tätig sind, müssen die Unternehmen für gleiche Tätigkeiten eine unterschiedliche Entlohnung vornehmen bzw. nachweisen. Insbesondere in Branchen wie den Briefdienstleistern oder Großwäschereien, in denen Mitarbeiter nicht nach Stunden bezahlt werden, gelingt es kaum, die Zeittätigkeit eindeutig einem Auftraggeber zuzuordnen. Die Schwierigkeiten erhöhen sich, wenn Unternehmen in mehreren Bundesländern tätig sind und abweichende Mindestlohnregelungen beachten müssen.

Die angestrebte Harmonisierung der Mindestlohnregelung geht aus unserer Sicht in die richtige Richtung. Ein vollständiger Verzicht auf die Landesregelung etwa durch Bezug auf die Bundesregelung wäre sicherlich der konsequentere Schritt gewesen und hätte auch für

die Zukunft Sicherheit geschaffen. Zudem könnte der Prüfaufwand im Land entfallen, da bereits die Bundesregelungen entsprechende Sanktionsmechanismen vorsehen. Die Unternehmen müssten zudem nicht drei Gesetze beachten (TVgG NRW, MiLoG, Arbeitnehmerentsendegesetz), die grundsätzlich den gleichen Tatbestand regeln.

Als problematisch könnte sich die nach § 4 Abs. 6 vorgesehene Offenlegung der Kalkulation zur Sicherstellung der Einhaltung des Gesetzes bei ungewöhnlich niedrigen Angeboten erweisen. Die Abweichung auf 10 Prozent zum nächst günstigen Angebot erscheint ohne Berücksichtigung des Gewerks nicht ausreichend flexibel. Bei personalintensiven Dienstleistungen etwa kann eine Abweichung von 10 Prozent ein Indiz für eine auffällige Abweichung darstellen. Bei eher materialkostenlastigen Ausschreibungen sind hingegen Abweichungen über 10 Prozent keine Seltenheit. In diesen Fällen darf es nicht dazu kommen, dass Unternehmen mit wettbewerblich kalkulierten Angeboten aufgrund einer schematischen Prüfung zur Offenlegung ihrer betrieblichen Kalkulationen aufgefordert werden, nicht zum Zuge kommen oder einer Überprüfung unterzogen werden. Die Unternehmen sollten hier eine Möglichkeit zur Stellungnahme erhalten.

Als problematisch stufen wir die Verpflichtung der Bietenden auf die Kontrolle des Nachunternehmers nach § 5 Abs. 2 ein. Bislang war hierfür eine vertragliche Absicherung ausreichend. Gerade kleinere Unternehmen sind auf die Geheimhaltung ihrer Kalkulation zur Sicherung ihrer Wettbewerbsfähigkeit angewiesen. Da die Unternehmen auch außerhalb öffentlicher Aufträge zusammenarbeiten oder konkurrieren, müssen sie die Kalkulation als Geschäftsgeheimnisse wahren. Die Regelungen zur Offenlegungen könnten daher insbesondere kleine Unternehmen davon abhalten, sich zur gemeinsamen Erledigung eines Auftrags zusammenschließen.

- Umweltschutz und Energieeffizienz

Nach § 6 TVgG sollen die Kriterien zur Sicherung des Umweltschutzes und der Energieeffizienz bereits bei der Konzeption eines Auftrags herangezogen werden. Bei einer auftragsbezogenen Integration der Anforderungen in die Ausschreibungsunterlagen, können die Bieter die Anforderungen bei der Erstellung des Angebots einfließen lassen. Im Einzelfall muss deutlich werden, wie die Einhaltung der zusätzlichen Anforderungen in die Wertung einfließt.

Bei der Nachweisführung können Siegel grundsätzlich unterstützend wirken. Jedoch bleibt der Einsatz auf solche Aufträge beschränkt, die auch durch ein Siegel eindeutig beschrieben werden können. Bei komplexeren Aufträgen wird ein einzelnes Siegel oder auch mehrere Siegel kaum alle eingesetzten Komponenten und Gewerken umfassen können. In diesen



Fällen kann der Prüfaufwand nicht reduziert werden. Siegel führen dann tendenziell zu einer Scheinsicherheit.

- Mindestanforderungen internationale Arbeitsorganisation

Obwohl die Einhaltung der ILO-Mindestanforderungen bei den Unternehmen grundsätzlich nicht in Frage gestellt wird, hat sich in der Vergangenheit doch gerade an diesen Nachweispflichten die Kritik der kleineren und mittleren Unternehmen in der Beratungspraxis konzentriert. Vielen Unternehmen ist es nicht möglich, die Vorgaben entlang ihrer Lieferkette zu überprüfen, da sie letztlich nicht die Verhandlungsmacht aufweisen, um in einem internationalen Marktumfeld die Einhaltung der Auskunftspflichten aus NRW durchzusetzen. Gerade im Handelsbereich löst die Überprüfung des gesamten Sortiments zudem einen hohen Prüfaufwand aus, zumal bei Angebotsabgabe noch nicht immer alle Lieferanten der bei Ausführung einzusetzenden Produkte feststehen.

§ 14 RVO TVgG hat die Vorgaben bislang insofern entschärft, dass nur bei bestimmten "sensiblen" Produkten (z. B. Bekleidung, Informations- oder Kommunikationstechnologie, etc.) eine solche Erklärung abzugeben ist. Doch schon die Zurechnung der Aufträge auf die Produktliste führt in der Praxis bei Vergabestellen und Unternehmen zu Schwierigkeiten, da die Herkunftsbezeichnungen nicht immer sachgerecht sind.

Entsprechend bleiben die Verunsicherung und der Beratungsbedarf hoch. Das bisherige Formular zu den ILO-Kernarbeitsnormen wie auch die Gewichtung der Antwortmöglichkeiten ist für viele Unternehmen nur schwer, teilweise gar nicht nachvollziehbar wie bspw. die ILO-Norm Nr. 138 zum Mindestalter mit ihren unterschiedlichen Altersgrenzen und Pflichtschuljahren sowie der Bezugnahme auf die jeweiligen Gesetze im Herkunftsland. Die Vorgabe der Prüfung nach der „Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmanns“ ist hier zu unbestimmt.

Geprüft werden sollte, ob durch weitere pauschale Vereinfachungen die Nachweispflicht für Unternehmen etwa in Abhängigkeit der Auftragsgröße vereinfacht oder auf einzelne Handelsstufen beschränkt werden kann.

Eine allgemeingültige Zertifizierung ist derzeit nicht verfügbar und kann auch in Zukunft nur zu unverhältnismäßig hohen Kosten erreicht werden. Daher sollten die Nachweispflichten so gestaltet werden, dass Unternehmen diese einfach einhalten können. Neben einer verständlicheren Formulierung der Verpflichtungserklärungen sollte eine Vereinheitlichung mit den Erklärungen in Bund und EU erreicht werden.



- Frauenförderung

Die Regelungen haben zu erheblichen Umsetzungsschwierigkeiten insbesondere in den Branchen mit geringer Frauenbeschäftigung geführt. Insbesondere in vielen Baubranchen wird ein höherer Anteil an Frauen an den Beschäftigten aus strukturellen Gründen nicht erreicht werden können. In diesen Branchen führen die aufgeführten Anforderungen daher lediglich zu steigenden Kosten. Unklar bleibt, wie die durchgeführten Maßnahmen in den Unternehmen im Bezug zum einzelnen Auftrag gewertet werden können. Zudem ist bei der Nachweisführung über die durchgeführten Maßnahmen mit einem nicht unerheblichen bürokratischen Aufwand zu rechnen.

- Bestbieterprinzip

Das Bestbieterprinzip, dem folgend nur der Unternehmer die Nachweispflichten zu erfüllen hat, der auch den Zuschlag erhält, entlastet die Unternehmen in dem knappen Zeitraum der Angebotsabgabe. Gerade in diesem Zeitraum passieren den Unternehmen unter Zeitdruck immer wieder auch formale Fehler bei der Einreichung und Auswahl der Unterlagen, die letztendlich zum Ausschluss führen können. Daher ist es grundsätzlich zu begrüßen, dass durch das Bestbieterprinzip der Druck reduziert werden kann.

Eine Reduktion des Bearbeitungsaufwands für die Unternehmen wird so aber nicht erreicht. Denn die Unternehmen müssen auch beim Bestbieterprinzip davon ausgehen, dass sie die Unterlagen im Falle der Zuschlagserteilung innerhalb von drei Tagen einreichen müssen und diese nun auch im Detail ausführlich geprüft werden. Dies führt letztlich dazu, dass alle Unternehmen die notwendigen Unterlagen bereits wie bisher im Vorfeld einer Beteiligung vorhalten bzw. zusammentragen. Für die Unternehmen führt die Regelung im Gesamtprozess daher nicht zu einer Entlastung, kann ihnen aber die erforderliche Zeit bringen, um Fehler zu vermeiden. Um diesen Vorteil tatsächlich realisieren zu können, sollte die Einreichungsfrist von drei Tagen verlängert werden. Da die Frist nicht erst beim Zugang des Zuschlags beim Bieter beginnt, sondern einen Tag nach Versendung, kann allein der Postweg eine fristgerechte Einbringung der Unterlagen verhindern. Wenn zur Beibringung eines Nachweises wiederum ein Postweg eingehalten werden muss, können die Bieter möglicherweise aus technischen Gründen die erforderlichen Nachweise nicht beibringen.

Im der jetzigen Situation führen nicht vollständige Unterlagen im Zweifel zum Ausschluss von der Vergabe. Beim Bestbieterprinzip könnten die gleichen Formfehler zur nachträglichen Aberkennung des Zuschlages und damit auch Folgen für die Reputation des Unternehmens

haben. Die nachträgliche Überprüfung sollte daher weiteren Raum für Nachbesserung beinhalten, damit die Zuschlagserteilung nicht an formalen Fehlern scheitert.

Durch die nachträgliche Prüfung wird sich in jedem Fall die Verfahrensdauer weiter erhöhen, insbesondere wenn die Überprüfung der Unterlage zu einer Aufhebung des Zuschlags führt. Zu klären wäre daher, welche Möglichkeiten ein Unternehmen hat, gegen eine Aufhebung eines Zuschlags aufgrund vermeintlich fehlerhafter oder nicht ausreichender Nachweise vorzugehen.

- Einführung TVgG-Siegel

Grundsätzlich sind Siegel oder Präqualifizierungen geeignet, den Aufwand zum Nachweis der Eignungs- und Leistungsfähigkeit bei der Erstellung von Angeboten durch eine vorgezogene Prüfung zu vermindern. Auch in der Evaluation des TVgGs gab der überwiegende Teil der befragten Unternehmen an, dass eine anerkannte Präqualifizierung ihren Aufwand reduziert.

Die Erfahrungen zeigen jedoch, dass im Land und den Kommunen die Präqualifizierungen in der VOB und VOL nur bedingt anerkannt werden. Im Zweifel fordern die Auftraggeber trotz Präqualifizierung bei jeder Ausschreibung alle Dokumente ein.

Mit der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung - VergRModVO), mit der die entsprechenden europäischen Richtlinien zum Vergaberecht umgesetzt wurden, können nach § 48 Absatz 8 Satz 2 der Vergabeverordnung die Industrie- und Handelskammern ein amtliches Verzeichnis für präqualifizierte Unternehmen führen. Für Bieterunternehmen, die in diesem Verzeichnis eingetragen sind, gilt nun neu eine grundsätzliche Eignungsvermutung sowohl für nationale Vergabeverfahren wie für die Teilnahme an Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte nach dem EU-Recht.

Auch in NRW sollte statt des Aufbaus eines neuen Siegels, das zudem nur in einem Bundesland Gültigkeit erlangt, der Vorrang der Präqualifizierung in der VOL und VOB weiter vorangetrieben werden. Dafür sollten weiter die Spielräume ausgelotet werden, auch zunächst auftragsbezogen formulierte Nachweise über die Präqualifizierung prüfbar zu machen.



- Servicestelle

Im Sinne einer effizienten Rechtssetzung sollte im Grundsatz jedes Gesetz mit vertretbarem Aufwand angewendet werden können. Eine eigene Beratungsinfrastruktur zur Umsetzung des TVgGs sollte daher im Grundsatz verzichtbar, zumindest aber zeitlich begrenzt werden, bis die Regelungen derart ausgearbeitet worden sind, dass durch Erfahrungen und die Rechtsprechung die Anwendung des Gesetzes erfolgen kann.

Bereits heute erhalten Unternehmen Informations- und Beratungsangebote von Kammern und Verbänden sowie Beratungsunternehmen. Weitere Beratungsangebote für Unternehmen sollten daher ergänzend ausgerichtet sein. So könnten sie sich an Unternehmen richten, die sich erstmals an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen und eine umfängliche Beratung zum Vergaberecht benötigen. Angesichts der Komplexität des Vergaberechts müssen diese Unternehmen erfahrungsgemäß erhebliche Ressourcen bereitstellen, um das notwendige Know-how für eine erfolgreiche Beteiligung aufzubauen. Die Komplexität des Vergaberechts darf sich nicht zu einer Markteintrittsbarriere entwickeln.

Darüber hinaus sollte geprüft werden, ob durch weitere Vereinfachungen des Gesetzes bzw. der begleitenden Rechtsverordnungen oder durch eine stärkere Zusammenarbeit der Vergabestellen die Anwendung des TVgGs weiter erleichtert werden kann.

Um das Vertrauen der Ratsuchenden nicht zu verletzen, halten wir es für richtig, dass nun eine organisatorische Trennung von Kontroll- und Servicefunktion vorgesehen ist.

IHK NRW ist der Zusammenschluss der 16 Industrie- und Handelskammern in Nordrhein-Westfalen. IHK NRW vertritt die Gesamtheit der IHKs in NRW gegenüber der Landesregierung, dem Landtag sowie den für die Kammerarbeit wichtigen Behörden und Organisationen.