

Stellungnahme

Öffentliche Anhörung der Ausschüsse für Wirtschaft, Mittelstand und Energie am 18.10.2011 zum Gesetzentwurf der Landesregierung zum Thema „Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG NRW)“

Vorbemerkung

Im nordrhein-westfälischen Handwerk wird seit Jahren mit Sorge registriert, dass öffentliche Auftraggeber nicht den wirtschaftlichsten, sondern den billigsten Bieter beauftragen – mit stets wachsender Tendenz. Preisdruck steht im Widerspruch zu Qualität und Nachhaltigkeit. Auf diese Situation kann angemessen nur dadurch reagiert werden, dass Qualitätskriterien und das damit verbundene Preis-Leistungs-Verhältnis wieder verstärkt in den Mittelpunkt der Vergabe gerückt werden. Die öffentliche Hand sollte dabei selbst entscheiden, wie und nach welchen Kriterien sie einkauft. Auch ist durch das Arbeitnehmerentsendegesetz eine gesamtstaatliche Regelung geschaffen worden, die den Schutz vor Dumping-Löhnen in seinem Anwendungsbereich seit Langem gewährleistet. Überdies gibt es in den im Rahmen des öffentlichen Vergabeverfahrens wichtigen Handwerken tarifvertraglich vereinbarte Mindestlöhne, die für allgemeinverbindlich erklärt worden sind.

Mithin bietet das bestehende gesetzliche Regelwerk in den besonders schutzwürdigen Branchen des Baugewerbes, des Dachdeckerhandwerks, des Elektrohandwerks, des Gebäudereinigerhandwerks und des Maler- und Lackiererhandwerks bereits jetzt einen ausreichenden Schutz vor Lohn-Dumping und Wettbewerbsverzerrungen.

Diese Haltung sehen wir auch dadurch gerechtfertigt, dass die Tarifautonomie in unserer Wirtschaftsordnung ein verfassungsrechtlich geschütztes Gut ist. Die Tarifautonomie als wichtigstes Element der in Art. 9 GG geschützten Koalitionsfreiheit ist das Recht der Tarifparteien, Tarifverträge frei von staatlichen Eingriffen abzuschließen. Jeder staatliche Eingriff in die Lohngestaltung beeinträchtigt die Tarifautonomie und setzt das bewährte System der Lohnfindung zwischen Arbeitgebern und Gewerkschaften außer Kraft. Aus Sicht des Handwerks gilt damit ein Vorrang tarifvertraglicher Regelungen vor staatlicher Lohnfestsetzung. Überdies darf das Vergaberecht nicht mit vergabefremden Aspekten befrachtet werden. Sie führen zu weiteren Bürokratielasten. Aus diesen grundsätzlichen Erwägungen heraus lehnen wir das Tariftreue- und Vergabegesetz ab.

1. Rechtliche Bedenken gegen den Gesetzentwurf des Tariftreue- und Vergabegesetzes

(Frage 8, Frage 34)

Gegen den TVgG-E NRW wurden während der bisherigen Diskussion eine Reihe rechtlicher Bedenken vorgebracht. Sie betreffen unter anderem

- Fragen des Verhältnisses zum Bundesrecht in den Bereichen Zivil- und Handelsrecht und im Bereich der Arbeitnehmerüberlassung;
- Fragen des Verhältnisses zur grundgesetzlich geschützten Tarifautonomie im Zusammenhang mit der möglichen Verdrängung rechtmäßig abgeschlossener Tarifverträge;
- Fragen der Vereinbarkeit mit den Grundsätzen der Rechtsprechung des EuGH aus dem sogenannten Ruffert-Urteil;
- Fragen im Zusammenhang mit dem Konnexitätsprinzip.

Die Fülle von Rechtsfragen lassen die Vermutung plausibel erscheinen, dass das geplante TVgG NRW nicht die verlässliche Grundlage für die künftigen öffentlichen Vergabeverfahren bilden kann.

2. Vergabespezifischer Mindestlohn und Tarifautonomie

(Fragen 7, 10 – 12, 22, 25, 26)

Das nordrhein-westfälische Handwerk steht für Qualität. Der gesamte Qualifikationsweg im Handwerk, der Voraussetzung für Qualität ist, lässt sich nur halten, wenn bei den Arbeitsentgelten geltendes Recht eingehalten wird. Das nordrhein-westfälische Handwerk wird stets dafür eintreten, dass die tarifvertraglichen und sonstigen Regeln zum Schutz der Arbeitnehmer beachtet werden.

Die Prüfung der Einhaltung geltenden Rechts ist ohnehin Teil des Vergabeverfahrens. Nach § 97 Abs. 4 GWB werden Aufträge an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben.

Die Fachverbände des nordrhein-westfälischen Handwerks haben in Zusammenarbeit mit den Gewerkschaften immer konstruktiv auch über Mindestlöhne verhandelt. In allen für die öffentliche Vergabe in besonderer Weise relevanten Handwerkszweigen gibt es allgemein verbindliche Mindestlöhne:

Baugewerbe:	11,00 Euro
Dachdeckerhandwerk:	10,80 Euro
Elektrohandwerk:	9,70 Euro
Maler- und Lackiererhandwerk:	9,75 Euro bis 11,89 Euro
Gebäudereinigerhandwerk (ab 01.01.2012):	8,82 Euro bis 11,33 Euro

Diese Mindestlöhne liegen über dem geplanten vergabespezifischen Mindeststundenentgelt von Euro 8,62 (§ 4 Abs. § TVgG-E NRW). Eine einfache Abfrage der Innungsmitgliedschaft würde in diesen Fällen genügen. Die Innungsmitgliedschaft ist ein Bekenntnis zur Tariftreue. Die Tarifvertragsparteien haben nach unserer Auffassung bewiesen, dass sie Mindestlöhne im Bereich des nordrhein-westfälischen Handwerks festlegen können. Die Fachverbände des nordrhein-westfälischen Handwerks stehen darüber hinaus Vorschlägen, tarifvertraglich vereinbarte Mindeststandards für allgemeinverbindlich zu erklären, aufgeschlossen gegenüber. **(Fragen 10 – 12)**

Für den Landesgesetzgeber besteht deshalb kein Grund, in diesen Bereich durch Festlegung eines vergabespezifischen Mindestlohnes tätig zu werden **(Frage 3)**.

Im übrigen sollte der Gedanke sehr genau erwogen werden, ob ein vergabespezifischer Mindestlohn nicht etwaige weitere tarifvertragliche Vereinbarungen über Mindestlöhne zu Lasten der betroffenen Arbeitnehmer konterkariert.

Und schließlich stellt sich die Frage, ob das Instrument der vergabespezifischen Mindestlöhne überhaupt geeignet ist, soziale Mindeststandards durchzusetzen.

Bäckereibetriebe beispielsweise liegen in Konkurrenz mit sogenannten „Aufbackbäckereien“. Der Tariflohn für eine gelernte Verkaufskraft liegt im Bäckerhandwerk laut dem öffentlich zugänglichen Teil des Tarifregisters NRW zwischen 8,28 Euro brutto und 9,93 Euro brutto.

„Aufbackbäckereien“ sind dagegen nicht tariflich gebunden und zahlen teilweise Niedriglöhne im Bereich von 4,00 Euro brutto. Sie sind aber, da sie aufgrund ihres Geschäftsmodelles sich nicht an öffentlichen Ausschreibungen beteiligen, durch einen vergabespezifischen Mindestlohn nicht zu beeinflussen.

Der Personenverkehr auf Straße und Schiene ist ausdrücklich vom Mindestlohn ausgenommen. Stattdessen ist das in „einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehen Entgelt“ Grundlage für die Vergabe (§4 Abs. 2 TVgG-E NRW).

Das Phänomen der Dumping-Löhne ist uns im Bereich des ÖPNV unbekannt. Außerdem gibt es in diesem Bereich nach unserer Kenntnis nur rechtskräftig abgeschlossene Tarifverträge.

Falls die Verordnungsermächtigung in § 4 Abs. 2 TVgG-E NRW zum Ausschluss von Tarifverträgen mit tariffähigen Gewerkschaften im Sinne der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichtes führen sollte, würde das nach unserer Auffassung einen schwerwiegenden Eingriff in die Tarifautonomie bedeuten. Außerdem könnte es in diesem Fall entweder zu einer massiven Erhöhung der Defizite in den kommunalen Haushalten oder aber zu einer deutlichen Erhöhung der Fahrpreise kommen, die beispielsweise auch Konsequenzen für den freigestellten Schülerverkehr haben könnte. **(Frage 22)**

3. Vergabe- und vergabespezifische Kriterien

(Frage 4 – 6, 13, 28, 31, 32, 35)

Die grundlegenden Vergabebestimmungen sind in § 97 GWB klar und eindeutig geregelt.

- Aufträge werden an fachkundige, leistungsfähige sowie gesetzestreue und zuverlässige Unternehmen vergeben. Für die Auftragsausführung können zusätzlich 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.
- Mittelständische Interessen sind bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vornehmlich zu berücksichtigen. Leistungen sind in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) zu vergeben. Mehrere Teil- oder Fachlose dürfen zusammen vergeben werden, wenn wirtschaftliche oder technische Gründe dies erfordern.
- Auftraggeber können Präqualifikationssysteme einrichten oder zulassen, mit denen die Eignung von Unternehmen nachgewiesen werden kann.
- Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.

Das nordrhein-westfälische Handwerk begrüßt ausdrücklich, dass in § 3 Abs. 7 TVgG-E NRW festgelegt worden ist, dass auch unterhalb der Schwellenwerte nach § 2 Vergabeverordnung öffentliche Aufträge in der Menge aufgeteilt (Teillose) und getrennt nach Art und Fachgebiet (Fachlose) vergeben werden können. Das nordrhein-westfälische Handwerk dankt ausdrücklich der Landesregierung für die konstruktiven Gespräche in diesem Zusammenhang. Wünschenswert wäre es aus unserer Sicht allerdings gewesen, dass die Gründe für das etwaige Zusammenlegen mehrerer Fachlose nachprüfbar hätten belegt werden müssen.

Von der Fach- und Teillosvergabe wird nicht in dem Maß Gebrauch gemacht, wie das von Gesetzes wegen geboten und aus unserer Sicht notwendig ist. In Verbindung damit kann das vorgesehene Gesetz eine stärkere Verlagerung der Vergabe auf größere Unternehmen nach sich ziehen.

Wenn keine Fach- und Teillosvergabe erfolgt, werden kleinere Unternehmen nicht in der Lage sein, eine umfassende Leistung anzubieten. Sie kommen in diesem Fall als Nachunternehmer zum Zuge oder setzen ihrerseits Nachunternehmer ein. Wegen der umfangreichen Prüfpflichten des Hauptauftragnehmers aus dem Gesetz, ist aber das Verhältnis Hauptauftragnehmer/Nachunternehmer zusätzlichen Risiken und Spannungen ausgesetzt. Fach- und Teillosvergabe ist deshalb das Gebot der Stunde.

Trotz dieser nach unserer Auffassung sachgemäßen gesetzlichen Regelungen, kann von einer regelmäßigen, flächendeckenden und rechtssicheren Einhaltung dieser Vergabebestimmungen allerdings nicht mehr die Rede sein.

Das Vergaberecht wird immer komplizierter. Die Anfälligkeit für Fehler und für daraus folgende Rechtsstreitigkeiten steigt an.

Die seit Jahren unzureichende Finanzierung der Kommunen führt dazu, dass der Druck defizitärer Haushalte im Vergabeverfahren nach unten weiter gegeben wird. Deshalb wird in einer großen Zahl von Fällen nicht dem **wirtschaftlichsten**, sondern dem **billigsten** Anbieter der Zuschlag gegeben. **(Frage 4)**

Der Druck defizitärer Haushalte hat auch dazu geführt, dass die Bauverwaltungen personell ausgedünnt worden sind. Eine ausreichende personelle Ausstattung der Bauverwaltungen ist aber die Voraussetzung, dass die Vergabeverfahren so durchgeführt werden können, wie es dem Geist der Gesetze entspricht.

Die Probleme, die wir in der Praxis feststellen, betreffen beispielsweise

- pauschale oder wenig ausgearbeitete Funktionsausschreibungen, die keine vernünftige Kalkulation zulassen;
- fehlerhafte Ausschreibungen;

- fehlende Begleitung bei der Durchführung der Aufträge;
- fehlende Kommunikation bei Differenzen über Abrechnungsfragen.

Das nordrhein-westfälische Handwerk hat deshalb immer die Position vertreten, dass das Vergaberecht und –verfahren nicht mit vergabefremden Aspekten überfrachtet werden sollte. Es ist nicht das geeignete Instrument, gesellschafts- und sozialpolitische Anliegen umzusetzen. Dieser Position sind wir auch dann gefolgt, wenn Kriterien in das Vergaberecht aufgenommen werden sollten, die uns gegenüber konkurrierenden Wirtschaftszweigen begünstigt hätten. Beispielhaft ist die Idee der Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben zu nennen, die immer wieder vorgetragen wird. Sie würde das Handwerk begünstigen, weil es traditionell über Bedarf ausbildet. Trotzdem war das nordrhein-westfälische Handwerk auch in diesem Fall gegen die Öffnung des Vergaberechts für dieses Kriterium. Für die Förderung der Ausbildung gibt es geeignetere Instrumente, von der Förderung der überbetrieblichen Lehrlingsunterweisung bis zur Rekrutierung geeigneter Fachlehrer für Berufsschulen.

Wir warnen vor der Aufnahme weiterer Kriterien in das Vergaberecht. Es besteht die große Gefahr, dass sie faktisch nicht beachtet werden (können).

Ein Blick auf die praktischen Erfahrungen aus dem ehemaligen Tariftreuegesetz NRW sollte in diesem Zusammenhang Warnung genug sein. Auf der anderen Seite werden Kosten bei den Vergabestellen produziert, gibt es zusätzlichen bürokratischen Aufwand bei den Bietern und werden nicht zuletzt erhebliche Haftungsrisiken bei den Unternehmen hervorgerufen.

Diese Verbindung aus vermutlich geringer Effizienz mit bedeutendem Aufwand bei allen Beteiligten müsste aus unserer Sicht dazu führen, dass TVgG nochmals kritisch zu überdenken.

Mit § 17 TVgG-E NRW - **umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung** – wird im Wesentlichen der Runderlaß des Ministeriums für Wirtschaft, Mittelstand und Energie vom 12.04.2010 „Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes der Energieeffizienz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ in das Gesetz übernommen.

Das nordrhein-westfälische Handwerk unterstützt das Kernanliegen dieses Erlasses, wie auch des vorgeschlagenen § 17. Es besteht darin, dass bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auch Kriterien des Umweltschutzes und der Energieeffizienz berücksichtigt werden sollen.

Dies ist ein Grundanliegen auch des nordrhein-westfälischen Handwerks.

Gegenüber dem Erlaß entfällt im Entwurf die Abwägung von Belangen des Umweltschutzes und der Energieeffizienz mit dem Grundsatz der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit. Da der Entwurf für § 17 keine Untergrenze für die Anwendung vorsieht, wird das sicherlich bei den Vergabestellen zu erheblichen Problemen führen. Der Erlaß vom 12.04.2010 ist den Gemeinden und Gemeindeverbänden zur Anwendung empfohlen. § 17 TVgG NRW würde die Kommunen binden. Dies gilt auch für die Handwerkskammern (§ 2 Abs. 4 TVgG). Umso stärker wiegt das Fehlen einer Abwägungsmöglichkeit und einer Untergrenze.

Zur **Berücksichtigung sozialer Kriterien** (§ 18 TVgG-E NRW) hat das nordrhein-westfälische Handwerk zusammen mit anderen Wirtschaftsverbänden, den Gewerkschaften, den Kirchen, den Sozialverbänden und dem Ministerium für Arbeit, Integration und Soziales NRW vom 06.07.2011 eine „Gemeinsame Erklärung gegen schlimmste Formen von Kinderarbeit zum internationalen Tag gegen Kinderarbeit“ abgegeben. Dieses Ziel wird von allen gesellschaftlichen Gruppen gemeinsam getragen.

Ebenso wie bei § 17 wird in § 18 ein Erlaß der Landesregierung (Rundererlaß zur Vermeidung der Beschaffung von Produkten aus schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 23.03.2010) in das Gesetz übernommen. Anders als der Erlaß enthält § 18 eine Reihe von Verschärfungen, die insbesondere für kleine und mittlere Unternehmen unlösbare Probleme darstellen.

Gemäß Erlaß kann der Bieter die Vermeidung der Verwendung von Produkten aus schlimmsten Formen der Kinderarbeit durch

- Vorlage einer unabhängigen Zertifizierung oder eines anderen vergleichbaren Nachweises,
- durch eine verbindliche Erklärung, dass er sich vergewissert hat, dass die verwendeten Produkte ohne den Einsatz schlimmster Formen von Kinderarbeit hergestellt oder vertrieben worden sind,
- eine verbindliche Erklärung, dass er für sein Unternehmen wirksame Maßnahmen ergriffen hat, um die Verwendung von Produkten zu vermeiden, die unter Einsatz schlimmster Formen von Kinderarbeit hergestellt oder vertrieben worden sind

nachweisen. Alle drei Nachweisvarianten sind als gleichwertig zu behandeln.

Dem gegenüber sieht § 18 Abs. 2 TVgG-E NRW vor, dass der Auftraggeber die Lieferkette lückenlos nachzuweisen und der öffentliche Auftraggeber dies zu überprüfen hat.

Dies wird in einer Vielzahl von Fällen gerade für kleine und mittlere Unternehmen – und nicht nur bei diesen – nicht möglich sein. In Verbindung mit § 13 (Ausschluss von der Teilnahme am Wettbewerb) stellt dies ein erhebliches und unverhältnismäßiges Erschwernis für die Unternehmen dar.

Die Begründung zu § 18 ist demgegenüber etwas weiter gefaßt. Sie sieht ausnahmsweise den Verzicht auf die Vorlage von Nachweisen oder Erklärungen in Fällen vor, in denen der Bieter die Lieferkette nicht abschließend aufklären kann. Dies sollte in den Gesetzestext aufgenommen werden. Sinnvoller wäre es noch, die zitierten Regelungen aus dem Erlaß vom 23.03.2010 zu übernehmen.

Wiederum bindet das Gesetz im Gegensatz zum Erlaß die Kommunen und die weiteren Auftraggeber, wie insbesondere auch die Handwerkskammern.

Auch bei § 19 – **Frauenförderung** – teilt das nordrhein-westfälische Handwerk die Zielsetzungen der Landesregierung. Wiederum halten wir die Umsetzung im Rahmen des Vergaberechtes allerdings für außerordentlich problematisch. Wir weisen darauf hin, dass es im Handwerk und außerhalb des Handwerks Gewerke gibt, die aufgrund ihrer Fertigungspalette faktisch keine Frauen beschäftigt haben. In diesen Fällen gehen die Forderungen des Gesetzes an der Realität vorbei. Zwar ist es positiv, dass hier eine Untergrenze von 20 Beschäftigten bzw. eines Auftragswertes von 50.000 Euro (150.000 Euro bei Bauleistungen) vorgesehen ist; den betroffenen Unternehmen oberhalb dieser Grenzen ist damit allerdings nicht geholfen. **(Frage 13)**

4. Probleme der Umsetzung und des bürokratischen Aufwands

(Frage 14 – 21, 28, 31, 32, 35)

Der Aufwand für die Umsetzung des Gesetzes wird bei den Kommunen und den sonstigen öffentlichen Auftraggebern wie den Handwerkskammern erheblich sein. Teilweise ist das Gesetz – siehe Nachweis der Lieferkette im Bereich der sozialen Kriterien – auch mit größtem Aufwand so nicht umsetzbar, teilweise – siehe fehlende Untergrenzen bei Umwelt- und sozialen Kriterien – sind Aufwand und vermutliches Ergebnis in keinem ausgewogenen Verhältnis. **(Frage 33)**

Das betrifft auch die Handwerkskammern, die öffentliche Auftraggeber im Sinne des Gesetzes sind. Bei ihnen kommt noch hinzu, dass sie nicht einlösbare oder nur mit unverhältnismäßig großem Aufwand einlösbare Forderungen des Gesetzes bei der eigenen Mitgliedschaft durchzusetzen hätten.

Spiegelbildlich gilt das Gesagte auch für die Unternehmensseite. Insbesondere kleine und mittlere Unternehmen – aber nicht nur diese – werden einen erheblichen zusätzlichen Aufwand betreiben müssen und gleichzeitig erhebliche Risiken eingehen müssen. **(Fragen 28, 30-32, 35)**

Der Landesgesetzgeber sollte sich vor Augen führen, dass es bei Weitem nicht mehr bei allen Vergabeverfahren und bei Weitem nicht mehr jederzeit möglich ist, genügend zuverlässige, fach- und sachkundige Unternehmen für ein öffentliches Bieterverfahren zu finden. Dieser Trend wird sich durch das TVgG NRW noch verstärken. Ein möglichst lebhafter Wettbewerb ist aber die Grundvoraussetzung für den wirtschaftlichen Umgang mit Steuermitteln.

Die größten Schwierigkeiten dürfte das Gesetz beim Verhältnis Hauptauftragnehmer/Nachunternehmer hervorrufen.

Nach dem aktuellen Vergaberecht können sich Bieter - soweit der Nachunternehmerinsatz nicht zwingend ausgeschlossen ist - in einem bestimmten Umfang der Ressourcen sog. Nachunternehmer bedienen. Im Gegensatz zu den streng formalisierten Ausschreibungsverfahren nach VOB/A und VOL/A für das Hauptauftragsverhältnis sind die Verhandlungen zwischen Hauptauftragnehmer und Nachunternehmer dabei relativ formlos möglich.

Für Handwerksbetriebe bedeuten diese "formlosen" Verhandlungen im Wesentlichen das rigide Nachverhandeln über Preise. Die "Nachverhandlungen" finden oftmals sogar noch nach der eigentlichen Auftragsvergabe an den Hauptauftraggeber statt.

Aus diesem Grunde haben wir in der Vergangenheit immer wieder die Einführung von Ausschreibungsstandards im Rahmen von öffentlichen Vergabeverfahren auch auf dieser "zweiten Ebene" gefordert, zuletzt bei der Einführung des sog. ÖPP-Beschleunigungsgesetzes, durch das wenigstens die zwingende Geltung der VOB/B auf der "zweiten Ebene", wie im vorliegenden Entwurf auch, eingeführt wurde.

Durch den vorliegenden Entwurf wird vom Hauptauftragnehmer nunmehr die Beibringung einer Verpflichtungserklärung des Nachunternehmers nach § 4 Tariftreugesetz verlangt (§ 9). Es mutet etwas seltsam an, wenn auf der einen Seite für die Vertragsverhandlungen auf dieser Ebene eigentlich keine genauen Regelungen existieren, während auf der anderen Seite durch das Tariftreugesetz dem Hauptauftragnehmer in Zukunft abverlangt wird, bestimmte Erklärungen beizubringen und diese nach § 9 Abs. 2 auch noch auf ihre Richtigkeit zu überprüfen.

Konsequenterweise müsste in diesem Fall dann auch über die Einführung von weiteren "Standards" zum Schutz von Nachunternehmern bei den oben beschriebenen Vergabeverhandlungen nachgedacht werden, da in der Vergangenheit gerade der nicht überprüfbare Einsatz von Nachunternehmern auf der Baustelle zu einer Umgehung des alten Tariftreugesetzes geführt hat.

In diesem Zusammenhang wäre also die Frage zu stellen, ob nicht - der Zielsetzung des Gesetzes entsprechend - auf dieser zweiten Ebene das "Preisermittlungsverfahren" stärker durch Anleihen an die VOB/A formalisiert werden müsste, um auf diesem Weg zu einem besseren Schutz der handwerklichen Nachunternehmer zu gelangen. Die Abgabe von entsprechenden Tariftreueerklärungen dürfte jedenfalls hier nicht ausreichend erscheinen.

Unabhängig davon stellt sich auch die Frage, wie die Hauptauftragnehmer ihrer Prüfpflicht nach § 9 Abs. 2 Tariftreuegesetz überhaupt nachkommen sollen. Der Einsatz von Nachunternehmern beschränkt sich oftmals - vgl § 4 Abs. 8 VOB/B - auf Leistungen, auf die der Betrieb des Hauptauftragnehmers nicht eingestellt ist. Es stellt sich hier also die Frage, wie der Hauptauftragnehmer einen kalkulatorischen Ansatz seines Nachunternehmers aus einem ggf. komplett anderen Gewerk überprüfen soll, für dessen Prüfung er noch nicht einmal die Kalkulationsgrundlagen kennen kann.

Präqualifizierungsverfahren (§ 6 TVgG-E NRW) sind als auftragsunabhängige, vorgezogene Prüfung grundsätzlich geeignet, Verfahren zu vereinfachen. Dies gilt aber nur für Erklärungen im Zusammenhang mit der Einhaltung von tarifvertraglichen Regeln.

Präqualifizierungsverfahren sind nicht dafür angelegt, alle im Zusammenhang mit dem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen zu erbringen. Sie erstrecken sich insbesondere nicht auf die Einhaltung der Umwelt-, sozialen und Frauenförderungsbelange. Hier werden Präqualifizierungs-Verfahren weder auf Auftraggeber- noch auf Unternehmensseite eine Erleichterung bringen können.

Unbeschadet der grundsätzlich ablehnenden Haltung zur Befrachtung des Vergabeverfahrens mit zusätzlichen vergabefremden Kriterien, sollten deshalb die Auftragsgrenzen aus § 19 Abs. 1 Satz 2 TVgG-E NRW als Schwellenwert für alle Regelungen des TVgG übernommen werden. **(Frage 15, 20)**

Die **Prüfbehörde (Fragen 14, 21, 24)** wird nach unserer Auffassung demgegenüber die Vergabestellen kaum entlasten können. Das liegt einmal daran, dass das TVgG zusätzliche Unklarheiten in das Vergabeverfahren bringen wird und zum anderen daran, dass sich die Verantwortung für ein korrekt durchgeführtes Vergabeverfahren nicht „nach oben“ delegieren läßt.

Die Prüfbehörde sollte sich – so sie ins Leben gerufen wird – auch mit der Frage beschäftigen, wie schlechte Vergabe sanktioniert wird. Am Beginn einer Vergabe, die nicht den im Gesetz vorgeschriebenen Standards entspricht, kann eine Ausschreibung stehen, die die Einhaltung der Standards nicht zulässt. Uns stellte sich die Frage, warum das Gesetz nur Sanktionen gegenüber den Bietern vorsieht, nicht aber gegenüber Vergabestellen. Als Denkanstoß verweisen wir auf § 14 Entsendegesetz.

Eine konsequente Umsetzung des Tariftreuegesetzes würde überdies bedeuten, die bislang unklare Gesetzesauslegung im Rahmen des kommunalen Vergaberechts durch einen eindeutigen Gesetzeswortlaut zu ersetzen, um auf diese Weise die Geltung des Kommunalen Vergaberechts auch für Kommunale Vergabegeellschaften sicherzustellen. Ansonsten dürfte sich das "Vergabegefälle" zwischen den Kommunen, die sich an das kommunale Vergaberecht gebunden fühlen, und den anderen Kommunen, die dies bewusst umgehen, noch fühlbar verstärken. Konsequenterweise dürfte die Verpflichtung zur Anwendung der im Tariftreuegesetz enthaltenen Standards die "Flucht" aus dem Vergaberecht noch verstärken, so dass hier im schlechtesten Fall eine weitestgehender Ausstieg der Kommunen aus dem Kommunalen Vergaberecht zu befürchten ist.



Josef Zipfel
Hauptgeschäftsführer des NWHT



Dr. Frank Wackers
Hauptgeschäftsführer der LFH