

## Ausschussvorlage WVA 20/15 – öffentlich – Teil 2

Stellungnahmen der Anzuhörenden zu

**Gesetzentwurf**

**Fraktion der SPD**

**Gesetz zur Sicherung von Tariffreue und Sozialstandards sowie  
fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen  
(Hessisches Tariffreue- und Vergabegesetz)**

– Drucks. [20/2354](#) –

und

**Gesetzentwurf**

**Fraktion der Freien Demokraten**

**Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs und zum Abbau von  
Bürokratie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge**

– Drucks. [20/2658](#) –

- |     |   |        |
|-----|---|--------|
| 18. | Stadt Frankfurt am Main                         | S. 103 |
| 19. | Hessischer Landkreistag                         | S. 133 |
| 20. | Arbeitsgemeinschaft Hessischer Handwerkskammern | S. 141 |

Stadtverwaltung (Amt 30), 60275 Frankfurt am Main

Hessischer Landtag  
Ausschuss für Wirtschaft, Energie,  
Verkehr und Landesentwicklung  
Schlossplatz 1-3  
65183 Wiesbaden

Auskunft erteilt

**Herr Dr. Fuhrmann**

Telefon Durchwahl	Fax	Zimmer
(0 69) 2 12 – 3 38 59	- 3 78 95	115

E-Mail

[stefan.fuhrmann@stadt-frankfurt.de](mailto:stefan.fuhrmann@stadt-frankfurt.de)

Ihre Nachricht / Ihre Zeichen

Unsere Zeichen  
30.AL Fu-MK

Datum

27.08.2020

## Stellungnahme

### zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

**Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz) – Drucksache 20/2354**

und

### zu dem Gesetzentwurf der Fraktion der FDP

**Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs und zum Abbau von Bürokratie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge – Drucksache 20/2658**

Sehr geehrte Damen und Herren,

mit Schreiben vom 08.07.2020 haben Sie die Stadt Frankfurt am Main zur schriftlichen und mündlichen Anhörung zu vorgenanntem Gesetzentwurf eingeladen. In Vorbereitung des für den 07.09.2020 angesetzten Termins zur mündlichen Anhörung nehmen wir vorab zu dem Gesetzentwurf für die Stadt Frankfurt am Main wie folgt Stellung:

#### A. Stellungnahme zu dem Gesetzentwurf der SPD für ein

**Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen**

(Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz HTVG)

## I. Grundsatz der Berücksichtigung der Interessen der KMU:

In Ziffer A der Begründung zum Gesetzentwurf wird als eine der grundlegenden Motivationen für diesen Gesetzentwurf darauf hingewiesen, dass der Mittelstand Motor für Wachstum und Beschäftigung in Deutschland sei.

*„Die überwiegende Mehrheit aller Arbeitsplätze in Deutschland befindet sich in kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) und ist somit dem wirtschaftlichen Mittelstand zuzurechnen. Die hessische Wirtschaftspolitik muss die Rahmenbedingungen für die mittelständische Wirtschaft daher so gestalten, dass dieses Potential möglichst optimal entfalten, Wachstumschancen nutzen und im Wettbewerb dauerhaft bestehen kann.“*

Bereits im europäischen, nationalen Vergaberecht und insbesondere in dem derzeit gültigen Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetz, HVTG, wird diesem Grundsatz durch adäquate Regelungen Rechnung getragen. So trägt insbesondere die Vorgabe des Grundsatzes der losweisen Vergabe sowie die Wahl der Verfahrensarten beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben - im Rahmen gewisser Auftragssschätzwerte - dem Anspruch Rechnung, die kleinen und mittleren Unternehmen (KMU) angemessen am Wettbewerb beteiligen zu können.

## II. Grundsatz der Berücksichtigung arbeitnehmerschützender, ökologischer und sozialer Belange sowie die Stärkung der Tarifautonomie

Ausweislich § 1 dient dieser Gesetzentwurf dem Zweck

*„...den Wettbewerb um die wirtschaftlich beste Leistung über Qualität und Innovation zu fördern und zu unterstützen. Bei der Vergabe sollen arbeitnehmerschützende, ökologische und soziale Belange berücksichtigt sowie die Tarifautonomie gestärkt werden...“*

Dies soll durch die im Gesetz nachfolgenden Regelungen sichergestellt werden. Insbesondere wird davon ausgegangen, dass diese Regelungen für die Beteiligung der KMU geeignet sind.

Es bietet sich an, den Gesetzeszweck bzw. die Motive in die Begründung zum Gesetzentwurf aufzunehmen und den einzelnen Vorschriften des Gesetzes eher regelnden Charakter beizumessen, sei es auch über die Vorgabe von Vergabegrundsätzen.

Eine dem Entwurf entsprechende Regelung besteht ebenfalls im bisherigen § 3 HVTG, die jedoch – im Gegensatz zu dem Gesetzentwurf – auf die Notwendigkeit des Auftragsbezugs der jeweilig anzuwendenden Kriterien abstellt.

Inwieweit der Gesetzentwurf den oben dargestellten Grundsätzen als auch der sonstigen geltenden Gesetzeslage und dem Anspruch an ein praktisch einsetzbares Instrument für die tägliche Verwaltungsarbeit dient, soll nachfolgend erörtert werden.

### III. Prüfung des Gesetzentwurfes

#### 1. § 2 Sachlicher Anwendungsbereich

##### **In § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 wird geregelt:**

*„(1) Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen im Sinne des § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Juli 2018 (BGBl. I S. 1151), unabhängig von den Schwellenwerten nach § 106 GWB, soweit ein geschätzter Auftragswert von 10 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) überschritten wird. Für die Schätzung gilt § 3 der Vergabeverordnung (VgV) vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624), zuletzt geändert durch Verordnung vom 12. Juli 2019 (BGBl. I S. 1081).“*

Der Gesetzentwurf soll – entgegen des derzeit geltenden HVTG – in vollem Umfang auch auf Vergaben oberhalb der Schwellenwerte Anwendung finden. Hierzu wird auf die derzeit geltenden Fassungen des GWB und der VgV, deren Veröffentlichung und den Veröffentlichungsort verwiesen. Im Sinne einer praktikablen Handhabung des Gesetzes sollte jedoch grundsätzlich bei Verweisung auf grundlegende bzw. anzuwendende Regelungen auf deren jeweils geltende Fassung verwiesen werden (dynamische Verweisung), es sei denn, es ist beabsichtigt, etwaige zukünftige Gesetzesanpassungen nicht in den Geltungsbereich des Gesetzentwurfes einzubeziehen. Dies könnte jedoch zu nicht absehbaren Rechtsunklarheiten führen. Diese Problematik zieht sich durch den gesamten Gesetzentwurf.

##### **In § 2 Abs. 1 Satz 3 wird geregelt:**

*„§ 10 dieses Gesetzes findet unabhängig von den Wertgrenzen in Satz 1 Anwendung.“*

Die in § 10 (Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt) geforderten Verfahrensweisen sind so umfangreich, dass davon ausgegangen werden kann, dass diese zu einem erheblichen Verwaltungsaufwand führen werden. Da § 10 „unabhängig der Wertgrenzen in Satz 1“ Anwendung finden soll, werden auch Vergaben unterhalb eines Auftragsschätzwertes von 10.000,- € erfasst. In diesem Bereich wird sich der Großteil der Beschaffungen der größeren Beschaffungstellen bewegen.

##### **In § 2 Abs. 1 Satz 4 bis 6 wird geregelt:**

*„Bei Bauaufträgen gilt die beschränkte Ausschreibung je nach Gewerk: 50 000 Euro bei Ausbaugewerken, Landschaftsbau und Straßenausstattung, 100 000 Euro bei allen anderen Gewerken und bei Tiefbau, Verkehrswege und Ingenieurbau 150 000 Euro. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gilt die beschränkte Ausschreibung bis 40 000 Euro. Diese Wertgrenzen beziehen sich auf die Beschaffungsstellen des Landes.“*

In Satz 4 und 5 werden die für die Beschaffungsstellen des Landes geltenden Auftragsschätzwerte festgelegt. Im Hinblick auf die Bauleistungen werden in Satz 4 die Regelungen des § 3a Abs. 2 VOB/A größtenteils wiedergegeben, allerdings ohne den dort für die Ausbaugewerke festgeschriebenen Abschluss der Energie- und Gebäudetechnik mit zu übernehmen. Ausweislich der Begründung lässt sich hierfür kein Beweggrund feststellen. Während in der VOB/A eine klare Darstellung und Zuordnung der Auftragsschätzwerte zu den Gewerken vorgenommen wird, lässt diese Regelung eine übersichtliche Darstellung vermissen.

Der Auftragsschätzwert für die beschränkte Ausschreibung bei Liefer- und Dienstleistungen beträgt 40.000,-€. Auf die Festlegung einer Wertgrenze für die freihändige Vergabe durch die Beschaffungsstellen des Landes wird hingegen verzichtet.

Im Sinne der Eindeutigkeit dieses Gesetzes sollte auf die bloße unbegründete Abweichung von bereits bestehenden Regelungen verzichtet und allenfalls ein Verweis auf die Festsetzungen in der VOB/A erfolgen. Des Weiteren ist eine Regelung für die freihändige Vergabe aufzunehmen.

**In § 2 Abs. 1 Satz 7 bis 10 wird geregelt:**

*„Für den Geltungsbereich der Kommunen findet die freihändige Vergabe bei Bauaufträgen sowie bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen Anwendung bis zu 30 000 Euro. Bei Bauaufträgen gilt die beschränkte Ausschreibung je nach Gewerk: 50 000 Euro bei Ausbaugewerken, Landschaftsbau und Straßenausstattung, 100 000 Euro bei allen anderen Gewerken und bei Tiefbau, Verkehrswege und Ingenieurbau 150 000 Euro. Bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gilt die freihändige Vergabe bis 30 000 Euro und die beschränkte Ausschreibung bis 100 000 Euro. Diese Wertgrenzen beziehen sich auf die Beschaffungsstellen der Kommunen.“*

Entsprechend der Regelungen in § 2 gelten für das Land und die Kommunen teilweise andere Auftragschätzwerte. Während für das Land bei der freihändigen Vergabe kein Auftragsschätzwert Anwendung findet, ist der Auftragsschätzwert für die Beschaffungsstellen der Kommunen für freihändige Vergaben bei Bau-, Liefer- und Dienstleistungen auf 30.000,- € festgesetzt. Eine inhaltliche Begründung hierfür unterbleibt.

Hinsichtlich der Auftragsschätzwerte für Bauleistungen bei beschränkten Ausschreibungen wird auf die Ausführungen zu den Sätzen 4 bis 6 des § 2 Abs. 1 verwiesen, in denen die Festlegungen der Auftragsschätzwerte des Landes geregelt werden. Die beschränkte Ausschreibung für Liefer- und Dienstleistungen ist bis 100.000,- € möglich.

Auch hier sollte im Sinne der Einheitlichkeit dieses Gesetzes auf die bloße unbegründete Abweichung von bereits bestehenden Regelungen verzichtet und eine übersichtliche Darstellung gewählt werden. Vor allem sollte auf unterschiedliche Behandlung der Landes- und kommunalen Beschaffungsstellen verzichtet werden.

**In § 2 Abs. 2 wird geregelt:**

*„Für öffentliche Aufträge im Bereich des öffentlichen Nahverkehrs gelten die Regelungen dieses Gesetzes für alle Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 des europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Oktober 2007 über öffentliche Personenverkehrsdienste auf Schiene und Straße und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. Nr. L 315 S. 1). Dieses Gesetz gilt auch für Verkehre im Sinne von § 1 Freistellungs-Verordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 9240-1-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Verordnung vom 4. Mai 2012 (BGBl. I S. 1037).“*

Bereits das derzeit geltende HVTG krankt daran, die Regelungen für den öffentlichen Nahverkehr auf Grund der damit verbundenen Sonderregelungen gebündelt in einem eigenen Abschnitt zu regeln.

Im Sinne einer praktikablen Handhabung des Gesetzes sollte grundsätzlich bei Verweisung auf anzuwendende Regelungen auf deren jeweils geltende Fassung und nicht statisch auf die letzte Fassung verwiesen werden. Siehe Ausführungen zu § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2.

**In § 2 Abs. 3 wird geregelt:**

*„Ausgenommen sind Architekten- und Ingenieursleistungen im Unterschwellenvergabebereich. Diese sind entsprechend der §§ 50, 52 UVgO für freiberufliche Leistungen zu behandeln.“*

Dieser Satz wird ohne Bezug oder nähere Begründung als eigenständiger Absatz formuliert. Aus der Begründung lässt sich sodann entnehmen, dass die Architekten- und Ingenieurleistungen nicht von diesem Gesetzentwurf erfasst werden sollen. Da im nächsten Absatz unter anderem auch die Geltung der UVgO für das Land Hessen eingeführt wird, ist diese Regelung überflüssig und der gesamte Absatz kann ersatzlos entfallen.

**In § 2 Abs. 4 wird geregelt:**

*„Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB diejenigen Regelungen der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Ausgabe 2017 – vom 2. Februar 2017 (BAnz AT 07.02.2017 B1) und für Bauleistungen diejenigen Regelungen des Abschnittes 1 der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2019 - in der Fassung vom 31. Januar 2019 (BAnz AT 19.02.2019 B2) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen – Teil B (VOB/B) – Ausgabe 2016 - in der Fassung vom 7. Januar 2016 (BAnz AT 01.04.2016 B1) anzuwenden, die für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gelten, die nicht im Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegen.“*

In diesem Absatz erfolgt die Einführung der Anwendung der UVgO neben der VOB/A und der VOB/B. Allerdings wurde die Anwendung der VOL/B vergessen, die selbstverständlich ebenfalls Berücksichtigung findet, da sie gemäß § 21 Abs. 2 UVgO in den Vertrag einzubeziehen ist.

Im Sinne einer praktikablen Handhabung des Gesetzes sollte grundsätzlich bei Verweisung auf anzuwendende Regelungen auf deren jeweils geltende Fassung und nicht statisch auf die letzte Fassung verwiesen werden. Siehe Ausführungen zu § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2.

## **2. § 3 Persönlicher Anwendungsbereich**

**In § 3 Abs. 1 bis 3 wird geregelt:**

*„(1) Dieses Gesetz gilt für alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, [...]. Zuwendungsempfänger haben die Bestimmungen des Vierten Abschnitts zu beachten, soweit sie nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen hierzu verpflichtet werden.“*

*(2) Kommunale Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes sind die Gemeinden, die Landkreise, die Zweckverbände und die Verwaltungsgemeinschaften.*

*(3) Für juristische Personen des Privatrechts, die die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB erfüllen, gilt Abs. 2 entsprechend.“*

Entsprechend der Formulierung des Abs. 1 werden Eigenbetriebe im Gegensatz zu dem derzeit geltenden HVTG nicht von diesem Gesetz erfasst. Ein Verweis auf § 99 Nr. 1 GWB – Sondervermögen der Gebietskörperschaften – fehlt an dieser Stelle. Der persönliche Anwendungsbereich schwimmt mit der der Regelung zum sachlichen Anwendungsbereich in § 1 Abs. 1 Satz 1, der Bezug auf § 99 GWB nimmt

Zuwendungsempfänger haben dem Wortlaut dieses Gesetzentwurfes nach den „**Vierten Abschnitt**“ dieses Gesetzes zu berücksichtigen, d.h. die Ausführungs- und Schlussbestimmungen. Ausweislich der Begründung ergibt sich jedoch, dass der **dritte** Abschnitt (Auswahlverfahren) Anwendung finden soll. Durch die Einschränkung „soweit sie nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen hierzu verpflichtet werden“ deutet bereits darauf hin, dass diese Vorgabe überflüssig ist.

Gemäß Abs. 3 soll der Gesetzentwurf unter Verweis auf § 98 Nr. 2 GWB auch auf die juristischen Personen des Privatrechts Anwendung finden. Allerdings handelt es sich seit 2016 auf Grund der Vergaberechtsnovelle um § 99 Nr. 2 GWB. Der Verweis auf § 98 Abs. 2 GWB ist obsolet. Auch diese Regelung erweist sich auf Grund der Bezugnahme auf § 99 GWB insgesamt in § 2 Abs. 1 Satz 1 als überflüssig.

Eine Beordnung des persönlichen Anwendungsbereichs insgesamt ist daher wünschenswert.

### 3. § 4 Mittelstandsförderung

In § 4 Abs. 2 wird geregelt:

*„Unbeschadet der Verpflichtung zur Teilung der Leistungen in Fach- und Teillose nach dem GWB, der VGV, der UVgO und der VOB/A ist das Vergabeverfahren, soweit nach Art und Umfang der anzubietenden Leistungen möglich, so zu wählen und die Verdingungsunterlagen so zu gestalten, dass kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.“*

Seitens des Gesetzgebers sollen bevorzugt freihändige Vergaben und beschränkte Ausschreibungen eine Beteiligung KMU ermöglichen. Diese Verfahren sind jedoch nur unter bestimmten Voraussetzungen wählbar und es ist sicherzustellen, dass insbesondere durch eine Verringerung des Auftragsschätzwertes kein Umgehungstatbestand ausgelöst wird und beispielsweise aus einer Oberschwellenvergabe zwei Unterschwellenvergaben gebildet. Darüber hinaus lässt § 4 Abs.1 und 2 offen, welche Instrumentarien zur Förderung von KMU angewendet werden sollen. Die bisherige Vorschrift des § 12 HVTG erscheint an dieser Stelle präziser.

Ferner werden veraltete Begrifflichkeiten verwendet, bspw. „Verdingungsunterlagen“ anstatt „Vergabeunterlagen“.

### 4. § 5 Definition des Auftragsgegenstands

In § 5 Abs. 2 wird geregelt:

*„Bereits bei der Definition des Auftragsgegenstands kann der Auftraggeber ökologische und soziale Belange berücksichtigen, soweit nicht haushaltsrechtliche Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Vorgaben des Umweltrechts oder Unionsrecht, insbesondere keine Beeinträchtigung des Marktzugangs für ausländische Bieter entgegenstehen.“*

Es handelt sich hier um eine die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze aufgreifende Regelung, die in dieser Form entbehrlich ist, da diese Regelung bereits in den §§ 97 ff. GWB, §§ 7, 7a VOB/A, § 2 UVgO ihre Grundlage findet. Die Definition des Auftragsgegenstandes erfolgt üblicherweise im Rahmen der Leistungsbeschreibung, daher wäre die Verwendung dieses Begriffes zielführend gewesen. Diese Regelung ist daher überflüssig.

**In § 5 Abs. 2 wird geregelt:**

*„Unternehmen haben bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung sowie die aufgrund allgemeinverbindlicher Tarifverträge geschuldeten Beiträge zu gemeinsamen Einrichtungen der Tarifvertragsparteien gemäß § 4 Abs. 2 Tarifvertragsgesetz (TVG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Gesetz vom 18. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2651), zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799), zuletzt geändert durch Gesetz vom 22. November 2019 (BGBl. I S. 1756), oder einer nach § 3a Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158), zuletzt geändert durch Gesetz vom 15. August 2019 (BGBl. I S. 1307), erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.“*

Die Regelung gibt den Inhalt aus § 128 Abs. 1 GWB wieder, ist unübersichtlich und problematisch, da permanenter Anpassungsbedarf bei Änderung der gesetzlichen Regelungen absehbar ist. Durch den Anwendungsbefehl der UVgO in § 2 Abs. 4, die bereits in § 45 UVgO Abs. 1 Bezug auf die GWB-Vorschrift nimmt, handelt es sich um eine Redundanz.

**5. § 6 ILO-Kernarbeitsnormen**

**In § 6 wird geregelt:**

*„Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sollen keine Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Missachtung der in den Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Diese Mindeststandards ergeben sich aus:*

- 1. dem Übereinkommen Nr. 29 über Zwangs- oder Pflichtarbeit vom 28. Juni 1930 (BGBl. 1956 II S. 640),*
- 2. dem Übereinkommen Nr. 87 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 (BGBl. 1956 II S. 2073),*
- 3. dem Übereinkommen Nr. 98 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen vom 1. Juli 1949 (BGBl. 1955 II S. 1123),*
- 4. dem Übereinkommen Nr. 100 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit vom 29. Juni 1951 (BGBl. 1956 II S. 24),*

5. dem Übereinkommen Nr. 105 über die Abschaffung der Zwangsarbeit vom 25. Juni 1957 (BGBl. 1959 II S. 442),
6. dem Übereinkommen Nr. 111 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf vom 25. Juni 1958 (BGBl. 1961 II S. 98),
7. dem Übereinkommen Nr. 138 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung vom 26. Juni 1973 (BGBl. 1976 II S. 202), 8. dem Übereinkommen Nr. 182 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit vom 17. Juni 1999 (BGBl. 2001 II S. 1291).

*(2) Aufträge über Lieferleistungen dürfen nur an solche Auftragnehmer vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen nach Abs. 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierzu sind von den Bietern entsprechende Nachweise oder Erklärungen zu verlangen. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden.“*

Die Bieter müssen gem. Abs. 2 eine Verpflichtungserklärung hinsichtlich der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen abgeben, da der Auftraggeber andernfalls keinen Auftrag erteilen darf. Eine zwingende Regelung, die die Bieter im Regelfall nicht erfüllen können. Die Bieter sind häufig nicht in der Lage, eine Verpflichtungserklärung darüber abzugeben, dass auch in ihrer Lieferkette die Bedingungen (z.B. in jedem Unternehmen über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte) eingehalten werden. Insbesondere in Ländern, die nicht Mitglied der EU sind, ist eine Nachverfolgung aufgrund anderweitiger Vorgaben erschwert. Darüber hinaus ist nicht geklärt, welche Nachweise allgemein anerkannt werden.

Der Warenhandel kann im Rahmen der öffentlichen Beschaffungen damit faktisch unmöglich werden. Sollten große Unternehmen noch in der Lage sein, entsprechende Nachweise zu führen, dürfte dies bei KMU und mittelständischen Unternehmen jedoch kaum der Fall sein. Dieser Entwurf kann daher nicht als mittelstandsfreundlich angesehen werden.

## 6. § 7 Auswahl der Bieter

### In § 7 wird geregelt

*„(1) Vor Erteilung des Zuschlags hat der öffentliche Auftraggeber zu prüfen, ob die Bieterin oder der Bieter die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzt.*

*(2) Ausgeschlossen werden können Bieter, die gegen eine arbeitnehmerschützende Vorschrift oder gegen eine Rechtsvorschrift über unrechtmäßige Absprachen bei öffentlichen Aufträgen verstoßen haben, wenn der Verstoß mit einem rechtskräftigen Urteil oder einem Beschluss mit gleicher Wirkung geahndet wurde und der Verstoß eine schwere Verfehlung darstellt, die die Zuverlässigkeit des Bewerbers infrage stellt.“*

Dies Sachverhalt ist bislang in § 2 HVTG geregelt, der jedoch noch auf der Vorgängerfassung des GWB beruht. Der Verweis auf den Begriff der Zuverlässigkeit stellt eine Abweichung von § 122 GWB sowie

§ 31 UVgO dar, die sich an Art. 58 Abs. 1 RL 2014/24/EU anlehnen. Grundsätzlich sind jedoch die einschlägigen Regelungen bereits im GWB, der UVgO als auch der VOB/A vorgesehen.

Auch nur geringfügige Abweichungen von den vorhandenen Regelungen mitsamt derer Begrifflichkeiten, wie in diesem Fall, führen für die Anwender (Auftraggeber und Bieter) zu rechtlichen Unsicherheiten einem unnötigen Mehraufwand.

Ein Verzicht auf diese Regelung erscheint im Sinne der Handhabung dieses Gesetzentwurfes sinnvoll.

Sofern beabsichtigt ist, eine gendergerechte Sprache zu verwenden, wie bei „Bieterin oder Bieter“ in Abs. 1 sollte dies durchgängig berücksichtigt werden oder alternativ - ggf. auch durch einen allgemeinen Hinweis darauf, dass das generische Maskulinum verwendet wird - unterbleiben.

## 7. § 8 Erteilung des Zuschlags

*„(1) Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.*

*(2) Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem besten Preis-Leistungs-Verhältnis. Zu dessen Ermittlung sind neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte zu berücksichtigen.“*

Dies wird bislang abweichend in § 17 HVTG geregelt. Ausweislich der Begründung handelt es sich bei den in Abs. 2 genannten sozialen Aspekten insbesondere um das Engagement der Bieter in der Erstausbildung. Dieses Engagement in der Erstausbildung soll im Falle wirtschaftlich gleichwertiger Angebote den Ausschlag geben.

Diese Regelung stellt eine Abweichung von § 123 GWB, § 7a VOB/A und VOB/A EU und § 43 UVgO dar und entspricht zudem nicht der Vorgabe der Auftragsbezogenheit gem. Art. 67 Abs. II RL 2014/24/EU. Durch die abweichende Regelung konfliktiert sie mit § 2 Abs. 4. Zudem dürfen „qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte“ nur berücksichtigt werden, sofern sie im Rahmen des jeweiligen Vergabeverfahrens als Bedingung oder Kriterium in der Vergabe integriert waren und über einen entsprechenden Auftragsbezug verfügen. Dies dürfte jedoch hinsichtlich der Erstausbildung nur selten der Fall sein.

## 8. § 9 Bedingungen für die Ausführung des Auftrags

*„(1) Der Auftraggeber kann zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, wenn diese*

*1. mit Unionsrecht vereinbar sind, insbesondere keinen diskriminierenden Charakter haben,*

*2. in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben werden,*

*3. keine versteckten technischen Spezifikationen, Auswahl- oder Zuschlagskriterien darstellen und*

*4. alle Bewerber in der Lage sind, diesen Bedingungen nachzukommen, falls sie den Zuschlag erhalten.*

*(2) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 kann bei geeigneten umweltbedeutsamen Aufträgen, bei denen ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, der Auftraggeber einen Nachweis dafür verlangen, dass bestimmte Umweltmanagementmaßnahmen bei der Ausführung des Auftrags ergriffen werden.“*

Diese Regelung entspricht in den Ziffern 1 bis 3 inhaltlich § 123 GWB, § 7a VOB/A und VOB/A EU und § 43 UVgO und wiederholt die allgemeinen Grundregeln des Vergaberechts; sie ist somit überflüssig.

In Ziffer 4 enthält die Regelung zudem unklare Formulierungen, die nicht dem vergaberechtlichen Termin entsprechen. So kann ein Bewerber keinen Zuschlag erhalten, da dieser noch kein Angebot abgegeben hat und ein Zuschlag lediglich auf das Angebot eines Bieters, der bereits sein Angebot abgegeben hat, erfolgen kann. Hier bedarf es noch weiterer Klarstellung, was tatsächlich geregelt werden soll.

Des Weiteren dürfen „qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte“ nur berücksichtigt werden, sofern sie im Rahmen des jeweiligen Vergabeverfahrens als Auftragsbedingung oder Kriterium in den Vergabeunterlagen enthalten bzw. veröffentlicht waren.

## 9. § 10 Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt

**In § 10 Abs. 2 wird geregelt:**

*„(1) Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen oder Genehmigungen im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs auf Straße und Schiene sowie Bauaufträge im Sinne des § 103 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) werden nur an Unternehmen vergeben oder erteilt, die sich bei der Angebotsabgabe oder im Antrag auf Erteilung der Genehmigung schriftlich verpflichten, ihren Beschäftigten bei der Ausführung der Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung für die jeweilige Leistung tarifvertraglich vorgesehene Entgelt (Tariflohn), einschließlich der Überstundenzuschläge, zum tarifvertraglich vorgesehenen Zeitpunkt zu bezahlen. In den Ausschreibungsunterlagen ist anzugeben, welcher Tariflohn für die Leistung jeweils als maßgeblich im Sinne des Satzes 1 anzusehen ist; im Bereich des öffentlichen Personennahverkehrs erfolgt dies in der Vorabbekanntmachung im Amtsblatt der Europäischen Union.]*

*(2) Gelten am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung, so hat der Auftraggeber den Tariflohn eines repräsentativen Tarifvertrags zugrunde zu legen, der mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbart wurde. Haustarifverträge sind hiervon ausgenommen. Das für die Angelegenheiten des Arbeitsrechts zuständige Ministerium wird ermächtigt, mittels Rechtsverordnung, die der Zustimmung des für die Angelegenheiten der Wirtschaft zuständigen Ministeriums bedarf, zu regeln, in welchem Verfahren festgestellt wird, welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne der Sätze 1 und 2 anzusehen sind. Die Rechtsverordnung kann auch die Vorbereitung der Entscheidung durch einen Beirat vorsehen; sie regelt in diesem Fall auch die Zusammensetzung des Beirats.“*

Die Festlegung „repräsentativer“ Tarifverträge ist unklar. Wird keine Rechtsverordnung gem. Abs. 2 erlassen, so wird eine rechtssichere Auswahl für den Auftraggeber kaum möglich sein. Zudem stellt sich die Frage, ob es zielführend sein kann, dass in diesem Fall der jeweilige Auftraggeber entscheiden soll, wann ein repräsentativer Tarifvertrag vorliegt oder nicht. Hier wird eine Zuständigkeit und Verantwortlichkeit des Gesetzgebers auf die Auftraggeber abgewälzt. Wer Derartiges regeln möchte,

muss auch die entsprechenden Ressourcen einrichten. Zudem führt dies auch zu erheblichen Konsequenzen für die Bieter – hier insbesondere die KMU – die ihren Mitarbeitern bereits zulässige tarifliche Löhne zahlen, dann aber im Rahmen eines Auftrages gezwungen werden bspw. höhere Tariflöhne zu zahlen.

Ein Eingriff in die Tarifautonomie ist nicht auszuschließen.

**In § 10 Abs. 3 wird geregelt:**

*„Gelten für eine Leistung mehrere Tarifverträge (gemischte Leistungen), ist der Tariflohn desjenigen Tarifvertrags maßgeblich, in dem der überwiegende Teil der Leistung liegt.“*

Die Regelung ist nicht eindeutig. Unklar ist, wer die Festlegung trifft, wann der überwiegende Teil einer gemischten Leistung relevant ist, ob bspw. die Kosten oder etwa die Zeit maßgeblich sind. Unklar ist auch, ob der Abs. 3 im Rahmen der Regelungen des Abs. 2 zu verstehen ist und wer den Tarifvertrag festzulegen hat.

Diese Regelung bedarf der grundsätzlichen Überarbeitung.

**In § 10 Abs. 4 wird geregelt:**

*„Öffentliche Aufträge über Bau- und Dienstleistungen dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die bei Angebotsabgabe schriftlich erklären, bei der Ausführung des Auftrags im Inland*

*1. ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne des § 22 des Mindestlohngesetzes (MiLoG) vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348), zuletzt geändert durch Gesetz vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066), mindestens ein Mindestentgelt nach den Vorgaben des Mindestlohngesetzes und*

*2. ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern, die von Regelungen nach § 1 Abs. 3 MiLoG, insbesondere von Branchentarifverträgen, die nach den Vorgaben des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zwingend Anwendung finden, erfasst werden, mindestens ein Mindestentgelt nach den Vorgaben dieser Regelungen zu zahlen.“*

Es gelten die gesetzlichen Regelungen, diese sind einzuhalten, ohne dass es einer besonderen Erklärung bedarf. Diese Regelung ist überflüssig und kann entfallen.

Im Sinne einer praktikablen Handhabung des Gesetzes sollte grundsätzlich bei Verweisung auf anzuwendende Regelungen auf deren jeweils geltende Fassung und nicht statisch auf die letzte Fassung verwiesen werden. Siehe Ausführungen zu § 2 Abs. 1 Satz 1 und 2.

**In § 10 Abs. 5 wird geregelt:**

*„(5) Die Bieter haben bei Angebotsabgabe zu erklären, dass sie bei der Auftragsdurchführung ihren Arbeitnehmern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zahlen“.*

Hier sollte vielleicht noch definiert werden, was unter „gleichem Entgelt“ zu verstehen ist, da im Rahmen der Tariflöhne durchaus noch alters- oder familienbedingte Zuschläge erfolgen können, die zu unterschiedlichen Entgelten führen.

**10. § 11 Nachweise****In § 11 Abs. 1 wird geregelt:**

*(1) Die Vergabestellen sind verpflichtet, von dem Bieter, der den Zuschlag für Bauleistungen erhalten soll, für den Fall, dass dieser keine gültige Bescheinigung aus dem Präqualifizierungsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V. vorlegt, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen an in- und ausländische Sozialversicherungsträger und Sozialkassen sowie die Vorlage einer für die Dauer der Ausführung des Auftrages ausgestellten Vollmacht zur Einholung von Auskünften über die ordnungsgemäße Meldung und Zahlung der geschuldeten Beiträge an die gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 4 Abs. 2 TVG zu fordern. Die Unterlagen müssen ausgestellt sein von dem zuständigen in- und ausländischen Sozialversicherungsträger, der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse, soweit der Betrieb des Bieters Bauaufträge im Sinne des § 103 Abs. 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. Die Angaben zu Satz 1 können durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates, in dem das Unternehmen seinen Sitz hat, nachgewiesen werden. Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.*

Diese Regelung ist sinnvoll, aber mit erheblichem Arbeitsaufwand – insbesondere für die KMU – verbunden. Die hierfür entstehenden Kosten – sowohl auf Seiten der Bieter als auch der Sozialversicherungsträger – werden sich wirtschaftlich niederschlagen. Auch der Aufwand der Verwaltung wird hierdurch nicht unerheblich erhöht. Zudem kann die Dauer der Ausführung, je nach Festlegung des Auftragsgegenstandes, nicht stets klar definiert werden, sodass eine unpraktikable sukzessive Nachreichung der Vollmacht zu befürchten steht.

**In § 11 Abs. 2 wird geregelt:**

*(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrages einem Nachunternehmer übertragen werden, so ist gemäß der Vorschrift im § 12 Abs. 2 zu verfahren.*

Es wird auf die Ausführungen zu § 12 Abs. 2 verwiesen, hier ist zunächst eine Klärung des Regelungsgehaltes herbeizuführen, bevor auf diesen Absatz verwiesen werden kann.

**In § 11 Abs. 3 wird geregelt:**

*(3) Bestehen Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit des Nachweises, so hat der Auftragnehmer die entsprechende Beweislast zu tragen.*

Diese Frage dürfte bereits über die Nachforderungsregeln der VgV, VOB/A und UVgO geklärt sein.

**11. § 12 Nachunternehmereinsatz****In § 12 Abs. 1 wird geregelt:**

*„(1) Die Unterauftragsvergabe desselben Leistungsgegenstandes ist auf höchstens drei Stufen begrenzt. Erfolgt die Auftrags- oder Unterauftragsvergabe an ein Verleihunternehmen nach § 1*

*Abs. 1 Satz 1 AÜG oder an einen Betrieb, der keine Arbeitnehmer beschäftigt (Einzelunternehmer), ist eine weitere Untervergabe in allen Stufen ausgeschlossen.“*

Hinsichtlich des Einzelunternehmers ist diese Regelung nicht durchdacht. Im Falle der Beauftragung einer freiberufliche Leistung, in deren Leistungsspektrum unter anderem als Teilleistung die Dokumentation und Reproduktion des Ergebnisses in vielfachen Exemplaren erbracht werden soll, würde dann die Beauftragung eines entsprechenden Druckbetriebes zur Herstellung der Vervielfältigungsexemplare bereits eine unzulässige Unterbeauftragung darstellen.

**In § 12 Abs. 2 wird geregelt:**

*„Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Satz 1 gilt entsprechend für jeden weiteren Nachunternehmer.“*

Es wird davon ausgegangen, dass diese Formulierung nur auf die Zeit der Auftragsausführung ausgerichtet ist, da der Auftragnehmer erst nach Zuschlagserteilung vom Bieter zum Auftragnehmer wird.

Sollte diese Regelung aber auf das Vergabeverfahren zu beziehen sein, dann wäre sie zumindest in Hinblick auf das Oberschwellenverfahren unzulässig. Während des Vergabeverfahrens ist den Bietern die Einbindung von Nachunternehmern im Oberschwellenbereich uneingeschränkt gestattet. Im Unterschwellenbereich ist eine Nachunternehmereinbindung unter Berücksichtigung des Selbstauführungsgebotes zulässig, d.h. der Auftragnehmer hat die wesentlichen Leistungen selbst zu erbringen.

Die in der Begründung erwähnte Verpflichtung der Bieter, im Rahmen der Angebotsabgabe die Nachunternehmerleistungen zu benennen, wird durch diese Regelung jedenfalls nicht deutlich.

**In § 12 Abs. 3 wird geregelt:**

*„Soweit Leistungen nach Abs. 2 auf Nachunternehmer übertragen werden, hat sich der Auftragnehmer auch zu verpflichten, den Nachunternehmern die für Auftragnehmer geltenden Pflichten der Abs. 4 und 5 sowie der §§ 12, 13, 14 und 21 Abs. 2 aufzuerlegen und die Beachtung dieser Pflichten durch die Nachunternehmer zu kontrollieren.“*

Auch diese Formulierung stellt dem Wortlaut nach auf die Vertragsausführungszeit ab, da sie auf den Auftragnehmer verweist. Sollte jedoch mit dieser Formulierung auf die Nachunternehmerbeauftragung während des Vergabeverfahrens abgestellt werden, so ist der Auftragnehmer durch den Begriff des Bieters zu ersetzen. Auch ein Blick in die Begründung verschafft hier jedoch keine Klärung

**In § 12 Abs. 4 wird geregelt:**

*„Die Bieter haben bereits bei der Abgabe ihres Angebots ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen unter Angabe der Namen, Anschriften und gesetzlichen Vertreter vorzulegen. Die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers bedarf der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers; Abs. 1 Satz 2 und § 19 Abs. 2 gelten entsprechend. Die Zustimmung darf nur wegen mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers sowie wegen Nichterfüllung der Nachweispflicht nach § 19 Abs. 2 versagt werden.“*

Die in diesem Absatz in Satz 1 verpflichtende Regelung zur Benennung des Nachunternehmers ist vergaberechtswidrig. Ausweislich der Regelungen in § 36 VgV, § 26 UVgO hängt eine Benennung des Nachunternehmers durch den Bieter bereits bei der Angebotsabgabe davon ab, ob diese Benennung für ihn zumutbar ist. Ein Zwang zur Nennung des Nachunternehmers besteht für in der engeren Wahl befindlichen Bieter erst bei entsprechender Aufforderung zur Bekanntgabe durch den Auftraggeber vor der Zuschlagserteilung.

**In § 12 Abs. 5 und 6 wird geregelt:**

*„(5) Die Auftragnehmer sind für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer vertraglich zu verpflichten,*

*1. bevorzugt kleine und mittlere Unternehmen zu beteiligen, soweit es mit der vertragsgemäßen Ausführung des Auftrags zu vereinbaren ist,*

*2. Nachunternehmer davon in Kenntnis zu setzen, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt,*

*3. bei der Weitergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die VOB/B, bei der Weitergabe von Dienstleistungen die VgV und die UVgO zum Vertragsbestandteil zu machen und*

*4. den Nachunternehmern keine, insbesondere hinsichtlich der Zahlungsweise, ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind.*

*(6) Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung nach den Abs. 1 bis 5 gefordert, muss der Bieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Anbieter selbst einzuhalten verspricht. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragsbefüllung beteiligten Unternehmen und gilt auch für alle weiteren Untervergaben. Der jeweils einen Auftrag Weitergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber nachzuweisen.“*

In Abs. 5 müsste es wieder „Bieter“ statt „Auftragnehmer“ lauten, damit der Verweis von Abs. 6 auf Abs. 5 Ziffer 1 bis 4 passt. Zudem wird man diese Verpflichtung nur im Rahmen des Vertragsabschlusses, d.h. im Rahmen der Vergabe, dem Bieter auferlegen können.

Auch ist Ziffer 3 dahingehend zu überarbeiten als die VgV und die UVgO nicht Vertragsbestandteil werden können – da diese Vergabeordnungen die Durchführung des Vergabeverfahrens regeln – und einzig die VOL/B – als Vertragsordnung – zum Vertragsbestandteil werden kann.

Hinsichtlich des Abs. 6 ist darauf zu verweisen, dass die in diesem Absatz aufgeführten Regelungen zu den Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen ansatzweise in den §§ 5 und 10 für den Bieter geregelt werden, sich aus § 12 Abs. 1- bis 5 aber keine derartige Verpflichtung entnehmen lässt.

Eine grundsätzliche Verpflichtung des Bieters, die von ihm nach dem HTVG zu übernehmenden Verpflichtungen, zu erbringenden Erklärungen usw., auch von seinem Nachunternehmer zu verlangen, ist

nicht ersichtlich und auch nicht in § 12 geregelt. Es wird empfohlen, § 12 grundsätzlich zu überarbeiten!

## 12. § 13 Berufliche Erstausbildung

In § 13 wird geregelt:

*„Bei der Entscheidung über den Zuschlag auf ein Angebot kann berücksichtigt werden, ob und inwieweit eine angemessene Beteiligung der Bieter an der beruflichen Erstausbildung erfolgt. Das gilt nur für Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten, ausschließlich der zu ihrer Ausbildung Beschäftigten. Bei wirtschaftlich gleichem Angebot wird das Angebot berücksichtigt, welches sich an der beruflichen Erstausbildung beteiligt.“*

Diese Regelung ist vergaberechtlich bedenklich, da die Festlegung der Erstausbildung als Wertungskriterium nur dann zulässig ist, wenn es sich um ein auftragsbezogenes Kriterium handelt (siehe Art. 67 Abs. 2 RL 2014/24/EU). Dies dürfte in den seltensten Fällen vorliegen.

Zudem führt diese Regelung auch zur Benachteiligung von KMU, da nur Kleinst- und ein Teil der Kleinunternehmen (bis 20 Beschäftigten) von der Anwendung befreit sind. Alle anderen kleinen und mittleren Unternehmen werden von der Begünstigung nicht erfasst.

Unter KMU sind zu verstehen:

Kleinstunternehmen,

- die weniger als 10 Mitarbeiter und
- einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 2 Mio. € haben.

Kleine Unternehmen,

- die weniger als 20 Mitarbeiter und
- einen Jahresumsatz oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 10 Mio. € haben.

Mittlere Unternehmen,

- die weniger als 150 Mitarbeiter und
- einen Jahresumsatz von 50 Mio. oder eine Jahresbilanzsumme von höchstens 43 Mio. € haben.

Die Regelung scheint insbesondere auf ihren Schutzzweck der kleineren und mittleren Unternehmen nicht besonders durchdacht.

## 13. § 14 Berücksichtigung von Umweltkriterien

In § 14 Abs. 1 wird geregelt:

*„Bei der technischen Spezifikation eines Auftrags können Umwelteigenschaften und/oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt festgelegt werden. Hierzu können geeignete Spezifikationen verwendet werden, die in Umweltgütezeichen definiert sind, wenn*

1. sie sich zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind,
2. die Anforderungen an das Gütezeichen auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
3. die Umweltgütezeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Stellen und Personen teilnehmen können, und
4. das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.“

Diese Regelung ist bereits weitestgehend in den Regelungen der §§ 34, 49, 58 VgV (Gütezeichen, Umweltmanagement und Zuschlagskriterien) in §§ 2, 23, 24, 43 UVgO und in den §§ 7a, 7a EU VOB/A enthalten. Auf diesen Absatz sollte daher im Sinne der Rechtsklarheit für die Anwender verzichtet werden.

**In § 14 Abs. 2 wird geregelt:**

*„Andere geeignete Beweismittel, insbesondere technische Unterlagen der Hersteller oder Prüfberichte anerkannter Stellen, sind ebenfalls zulässig. Die technischen Spezifikationen dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.“*

Diese Regelung wird bereits von anderen Vorschriften geregelt (siehe Ausführungen zu § 14 Abs. 1) und wenn bereits vorhandene Regelungen unbedingt inhaltlich wiederholt werden sollen, dann muss statt des Begriffs „Beweismittel“ der korrekte Begriff „Nachweis“ benutzt werden.

**In § 14 Abs. 3 wird geregelt:**

*Auch bei der Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot können Umweltbelange berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung ist zulässig, wenn*

1. die Umweltkriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
2. die Umweltkriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind,
3. dem Auftraggeber durch die Festlegung des Kriteriums keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird und
4. alle Grundsätze des Unionsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, gewahrt werden.

*Im Rahmen der zu überprüfenden technischen Fachkunde können mit Ausnahme bei Lieferaufträgen Umweltbelange Berücksichtigung finden. Der öffentliche Auftraggeber kann mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende und ihm angemessene Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit der Bieterin oder des Bieters aufstellen, die in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen anzugeben sind. Diese können bei umweltrelevanten öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen in der Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen bestehen, die bei*

*der Ausführung des Auftrags zur Anwendung kommen sollen. Zum Nachweis dafür, dass die Bieter bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllen, kann der Auftraggeber die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen.“*

Die in diesem Absatz festgesetzten Regelungen entsprechen den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen und werden in den einschlägigen Vergabeverordnungen als auch dem GWB geregelt. Zudem wird nicht klar getrennt zwischen Eignungs- und Zuschlagskriterien.

Diese Regelung ist daher überflüssig.

**In § 14 Abs. 4 wird geregelt:**

*„Das geprüfte Umweltmanagement EMAS ist als europäische Auszeichnung für betriebliches Umweltmanagement zum Nachweis der Erfüllung von bestimmten Normen für das Umweltmanagement geeignet. Die Eintragung eines Unternehmens in das EMAS-Register kann für die Beurteilung der technischen Fachkunde einer Bieterin oder eines Bieters unter folgenden Bedingungen herangezogen werden:*

- 1. die Vergabestellen dürfen nicht auf die Registrierung als solche abstellen, sondern es*
- 2. muss ein Bezug zur Ausführung des Auftrags vorhanden sein und*
- 3. dem EMAS gleichwertige Nachweise für Umweltmanagementmaßnahmen sind anzuerkennen.*

*Bei wirtschaftlich gleichem Angebot wird das Angebot bevorzugt, das ökologische Kriterien beinhaltet.“*

Die Verwendung bzw. der Einsatz des EMAS ist im Oberschellenbereich bereits durch die § 127 GWB, § 46 VgV geregelt.

Die Bevorzugung von Angeboten mit ökologischen Kriterien setzt jedoch voraus, dass diese im Vergabeverfahren gefordert wurden. Nicht geklärt wird, welche Qualität die ökologischen Kriterien aufweisen müssen. Zu klären ist zudem, ob etwa eine mindere Qualität der ökologischen Kriterien geeignet ist, weitere im Verfahren geforderte hochwertige Kriterien – zum Beispiel soziale Kriterien - zu „übertrumpfen“.

**14. § 15 Berücksichtigung von sozialen Kriterien: Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern sowie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie**

*„Bei der Entscheidung über den Zuschlag für ein Angebot kann berücksichtigt werden, ob und inwieweit eine angemessene Beteiligung der Bieter an Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf sowie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie durchgeführt wird. Eine Entscheidung nach diesen Kriterien erfolgt nur, wenn diese im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, in der Bekanntmachung des Auftrags und in den Vergabeunterlagen hinreichend deutlich hinsichtlich des Umfangs der Vorgaben und der Gewichtung dokumentiert sind, dem Auftraggeber durch ihre Festlegung keine willkürliche Entscheidung ermöglicht wird und die Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere das Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot sowie das Diskriminierungsverbot, beachtet werden.“*

Diese Regelung ist zwar zulässig, aber auf sie kann verzichtet werden, da sie wieder auf bereits einschlägig geregelte Vergabegrundsätze aufgreift.

Die Umsetzung der Regelung könnte unter Umständen für KMU schwierig werden.

#### 15. § 16 Wertung unangemessen niedriger Angebote

**In § 16 Abs.1 wird geregelt:**

*„Der Auftraggeber hat ungewöhnlich niedrige Angebote, auf die der Zuschlag erfolgen soll, zu überprüfen. Dies gilt unabhängig von der nach Teil A der VOB/B und Abschnitt 2 der VgV vorgegebenen Prüfung unangemessen niedrig erscheinender Angebote.“*

Zunächst ist die VOB/A gemeint und es muss „Teil A der VOB/A“ heißen. Des Weiteren stellt sich die Frage, warum hier auf die Unterschwellenvergabe, und mit dem Hinweis auf die VgV auf die Oberschwellenvergabe verwiesen wird. Unklare Formulierungen schaden der Rechtssicherheit. Zudem ist der Umgang mit unangemessen niedrigen Preisen grundsätzlich geregelt (s. § 60 VgV, § 44 UVgO, §§ 16d, 16d-EU VOB/A). Laut Begründung soll er der Einhaltung der Vorgaben des § 10 HTVG (Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt) dienen. Einen entsprechenden Verweis lässt die Regelung vermissen.

Man sollte es bei den einschlägigen Regelungen belassen.

**In § 16 Abs. 2 wird geregelt:**

*„Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, um mindestens zehn Prozent vom nächsthöheren Angebot ab, so hat der Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen. Im Rahmen dieser Überprüfung sind die Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommen die Bieter dieser Verpflichtung auch nach Aufforderung des Auftraggebers nicht nach, so sind sie vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.“*

Zwar kann davon ausgegangen werden, dass diese undifferenzierte Beschränkung auf 10 % zulässig sein mag, allerdings ist für eine ordnungsgemäße Kalkulation zumeist auf die mit dem Angebot abzugebende Urkalkulation abzustellen, um nachträglichen Kalkulationsmanipulationen vorzubeugen. Wurde diese nicht eingefordert, so kann dies zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

Des Weiteren ist mit einem erhöhten Arbeitsaufwand zu rechnen, sowohl bei Auftraggebern als auch bei den Bietern.

Die differenzierteren Regelungen der Vergabeordnungen sind zu bevorzugen.

#### 16. § 17 Wertungsausschluss

**In § 17 Abs. 1 wird geregelt:**

*„Hat der Bieter oder die Bieterin*

*1. aktuelle Nachweise über die vollständige Entrichtung von Steuern und Beiträgen,*

2. eine Erklärung nach den §§ 12, 13 und 14 oder

3. sonstige Nachweise oder Erklärungen nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt,

*entscheidet die Vergabestelle auf der Grundlage der VgV und der VOB/B, ob das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird. Bescheinigungen oder Erklärungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie mit einer Übersetzung in die deutsche Sprache vorgelegt worden sind.“*

Eine überflüssige und wieder mit falschem Textbezug - VOB/B statt richtig VOB/A (-EU ?) – formulierte Regelung. So ist der Regelung nicht zu entnehmen, warum nicht auch auf die UVgO verwiesen wird. Auch dies ist bereits einschlägig geregelt.

**In § 17 Abs. 2 wird geregelt:**

*„Soll die Ausführung eines Teils des Auftrags über die Erbringung von Bauleistungen oder Dienstleistungen einem Nachunternehmer übertragen werden, so sind vor der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise und Erklärungen nach Abs. 1 vorzulegen. Soweit eine Benennung von Nachunternehmern nach Auftragserteilung zulässig ist, sind die erforderlichen Nachweise und Erklärungen nach Abs. 1 bei der Benennung vorzulegen.“*

Ausweislich der Begründung soll es sich hier um eine Regelung zur Nachunternehmerbenennung nach Auftragserteilung handeln.

Diese Regelung sollte aufgrund des thematischen Bezugs in § 12 integriert werden. Allerdings fehlt auch dort die Verpflichtung zur Erklärungs- und Nachweisvorlage des Bieters, den Nachunternehmer entsprechend zu verpflichten.

## 17. § 18 Sicherheitsleistung bei Bauleistungen

**In § 18 wird geregelt:**

*„(1) Für die vertragsgemäße Erfüllung von Bauleistungen sollen bei öffentlicher Ausschreibung und offenem Verfahren ab einer Auftragssumme von 250 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) Sicherheitsleistungen verlangt werden. Diese Sicherheitsleistungen sind auch von den Nachunternehmern zu erbringen. Bei beschränkter Ausschreibung, beschränkter Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb, freihändiger Vergabe, nicht offenem Verfahren und Verhandlungsverfahren sollen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden.*

*(2) Für die Erfüllung der Mängelansprüche sollen Sicherheitsleistungen in der Regel ab einer Auftragssumme oder Abrechnungssumme von 250 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) verlangt werden.“*

Zunächst ist festzustellen, dass diese Regelung mit Ausnahme der Verpflichtung des Nachunternehmers zur Leistung einer Sicherheitsleistung bereits in den §§ 9c, 9c EU VOB/A geregelt wird. Insofern ist die Regelung überflüssig.

Die Einbindung der Verpflichtung des Nachunternehmers sollte aufgrund des thematischen Bezugs ebenfalls in § 12 verortet werden. Auch sind die Modalitäten für die Sicherheitsleistung, insbesondere an wen und in welcher Höhe sie erfolgen soll, zu klären. Sofern mit „Auftragssumme“ der „Auftragschätzwert“ gemeint ist, sollte dies klargestellt werden.

**18. § 19 Kontrollen****In § 19 Abs. 1 wird geregelt:**

*„(1) Der Auftraggeber führt Kontrollen durch, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer aufgrund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Er darf zu diesem Zweck Einblick in die Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer und die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen nach § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge nehmen. Der Auftragnehmer hat seine Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen.“*

Bedenklich und unklar erscheint, ob mittels dieser Formulierung dem Auftraggeber eine hoheitliche Prüfungsermächtigung übertragen werden soll. Bisher wurde davon ausgegangen, dass dies aufgrund dieses Gesetzentwurfes nur im Rahmen vertraglich vom Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber übernommenen Verpflichtungen zur Einhaltung der in den §§ 10, 12, 13, 14 und 15 normierten Grundsätze vorgesehen sei. Die in diesem Gesetzentwurf geregelten Sachverhalte und Verpflichtungen des Auftragnehmers zur Einhaltung von arbeitnehmerschützenden und die das Mindestentgelt bzw. den Tariflohn sichernden Regelungen sind nur bedingt für den Auftragnehmer und überhaupt nicht für die Nachunternehmer geregelt. Soweit entsprechende vertragliche Regelungen getroffen wurden, ergeben sich im Falle der Nichteinhaltung ggfs. Kündigungsrechte des Auftraggebers. Prüfrechte der Auftragnehmer sowie sonstiger mit dem Auftraggeber nicht vertraglich verbundener Nachunternehmer werden jedenfalls durch diese Regelung allenfalls bedingt begründet.

Auch der Verweis auf die Unterrichtung der Beschäftigten durch den Auftragnehmer – d.h. auch nur in diesem Vertragsverhältnis – auf die Prüfbefugnisse des Auftraggebers kann mangels hoheitlicher Ermächtigung insbesondere hinsichtlich der Beschäftigten der Nachunternehmer keine Aufhebung der datenschutzrechtlichen Regelungen entstehen lassen. Daher sollte diese Regelung eine Aussage zum Umfang der zu erhebenden personenbezogenen Daten treffen.

**In § 19 Abs. 2 wird geregelt:**

*„(2) Der Auftragnehmer und seine Nachunternehmer haben vollständige und prüffähige Unterlagen nach Abs. 1 über die eingesetzten Beschäftigten bereitzuhalten. Auf Verlangen des Auftraggebers sind ihm diese Unterlagen vorzulegen.“*

Auch hier ist wieder fraglich, ob tatsächlich eine hoheitliche Prüfermächtigung besteht (siehe Ausführungen zu Abs. 1). Grundsätzlich können auch nur bedingt – nämlich auf Basis der vertraglichen Regelungen – zulässige Prüfungen vorgenommen werden.

**19. § 20 Prüfbehörde**

*„(1) Für die Prüfung der Einhaltung der Pflichten eines Auftragnehmers oder eines Nachunternehmers aus einer Verpflichtungserklärung nach § 10 Abs. 1 bis 6 ist das für Wirtschaft zuständige Ministerium zuständig. Die Landesregierung wird ermächtigt, die Zuständigkeit durch Rechtsverordnung auf eine Prüfbehörde im für Wirtschaft zuständigen Ministerium für die Kontrolle zu übertragen, die auf Ebene der drei Regierungspräsidien anzusiedeln ist. Diese Prüfbe-*

*hörde mit ihren drei Standorten führt Kontrollen durch und initiiert sie. Die dort tätigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer sind ausschließlich mit dieser Aufgabe befasst. Ziel ist es, stichprobenartig fünf Prozent aller öffentlichen Vergaben zu kontrollieren.*

*(2) Die Prüfbehörde prüft, ob die in einer Verpflichtungserklärung nach Maßgabe der §§ 9 bis 12 übernommenen Verpflichtungen durch den Auftragnehmer und den Nachunternehmer eingehalten werden. Die Prüfung kann sowohl anlass- als auch stichprobenbezogen erfolgen.*

*(3) Soweit es für die Überprüfung nach Abs. 2 erforderlich ist, kann die Prüfbehörde:*

*1. Von den öffentlichen Auftraggebern, den Auftragnehmern und ihren Nachunternehmern Auskünfte über den Inhalt und Umfang der den öffentlichen Aufträgen im Sinne von § 2 und § 3 zugrundeliegenden vertraglichen Vereinbarungen, insbesondere über die mit den Arbeitnehmern vereinbarten Arbeitsentgelte und die darauf beruhenden Kalkulationsunterlagen, verlangen.*

*2. Innerhalb der üblichen Betriebs- oder Geschäftszeiten beim öffentlichen Auftraggeber, beim Auftragnehmer und seinen Nachunternehmern die Lohn- und Meldeunterlagen, Bücher und Geschäftsunterlagen, aus denen Umfang, Art und Dauer von Beschäftigungsverhältnissen hervorgehen oder abgeleitet werden können, sowie die weiteren Geschäftsunterlagen wie Verträge, Rechnungen, Zahlungsbelege und Kalkulationsunterlagen einsehen. In Datenverarbeitungsanlagen gespeicherte Daten haben der öffentliche Auftraggeber, der Auftragnehmer und seine Nachunternehmer der Prüfbehörde auf Verlangen auf automatisiert verarbeiteten Datenträgern oder in Listen zu übermitteln. Sie dürfen automatisiert verarbeitete Datenträger oder Datenlisten, die die erforderlichen Daten erhalten, nicht ausgesondert zur Verfügung stellen, wenn die Aussonderung mit einem unverhältnismäßigen Aufwand verbunden wäre und überwiegende schutzbedürftige Interessen des Betroffenen nicht entgegenstehen. In diesem Fall hat die Prüfbehörde die Daten zu trennen und die nicht für die Prüfung der Einhaltung der Pflichten eines Auftragnehmers aus einer Verpflichtungserklärung nach §§ 9 bis 12 erforderlichen übermittelten Daten zu löschen. Soweit die übermittelten Daten für Zwecke der Ermittlung von Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten, der Ermittlung von steuerlich erheblichen Sachverhalten oder der Festsetzung von Sozialversicherungsbeiträgen oder Sozialleistungen nicht benötigt werden, sind die Datenträger oder Listen nach Abschluss der Prüfungen nach Abs. 2 auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers, des Auftragnehmers und seiner Nachunternehmer zurückzugeben oder die Daten unverzüglich zu löschen.*

*3. Die Personalien der in den Geschäftsräumen, auf dem Grundstück oder in den Beförderungsmitteln des öffentlichen Auftraggebers, der Auftragnehmer und ihrer Nachunternehmer angebotenen Personen zu überprüfen. Soweit dies für die Prüfung nach Abs. 2 erforderlich ist, können diese Personen zu diesem Zweck zu den Personalien befragen und verlangen, dass sie mitgeführte Ausweispapiere zur Prüfung aushändigen.*

*(4) Die Prüfbehörde fordert die Auskünfte nach Abs. 3 Nr. 1 und ordnet die Prüfung nach Abs. 3 Nr. 2 durch schriftliche Verfügung gegenüber dem zu prüfenden Unternehmen an. In der Verfügung sind die Rechtsgrundlagen, der Gegenstand und der Zweck des Auskunfts- oder Prüfverlangens anzugeben. Bei einem Auskunftsverlangen ist eine angemessene Frist zur Erteilung der Auskunft zu bestimmen.*

*(5) Die öffentlichen Auftraggeber, die Unternehmen oder die Nachunternehmer der Auftragnehmer oder die diese vertretenden Personen, bei juristischen Personen, Gesellschaften oder nicht rechtsfähigen Vereinen die nach Gesetz oder Satzung zur Vertretung berufenen Personen, die den Auftrag erhalten, sind verpflichtet, die verlangten Auskünfte nach Abs. 3 zu erteilen, die geschäftlichen Unterlagen vorzulegen und die Prüfung dieser geschäftlichen Unterlagen sowie das Betreten von Geschäftsräumen und Grundstücken während der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten zu dulden. Die öffentlichen Auftraggeber sowie die ausführenden Unternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Prüfungen hinzuweisen.*

*(6) Personen, die von der Prüfbehörde mit der Vornahme von Prüfungen beauftragt werden, dürfen die Büro- und Geschäftsräume der Unternehmen während der üblichen Betriebs- und Geschäftszeiten betreten.*

*(7) Durchsuchungen können nur auf Anordnung des Amtsgerichts, in dessen Bezirk die Durchsuchung erfolgen soll, vorgenommen werden. Durchsuchungen sind zulässig, wenn zu vermuten ist, dass sich in den betreffenden Räumen Unterlagen befinden, die die Prüfbehörde nach den Abs. 2 und 3 einsehen, prüfen oder herausverlangen darf. Auf die Anfechtung dieser Anordnung finden die §§ 306 bis 310 und 311a der Strafprozessordnung entsprechende Anwendung. Bei Gefahr in Verzug können die in Abs. 6 bezeichneten Personen während der Geschäftszeit die erforderlichen Durchsuchungen ohne richterliche Anordnung vornehmen. An Ort und Stelle ist eine Niederschrift über die Durchsuchung und ihr wesentliches Ergebnis aufzunehmen, aus der sich, falls keine richterliche Anordnung ergangen ist, auch die Tatsachen ergeben, die zur Annahme einer Gefahr im Verzug geführt haben. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 des GG) wird insoweit eingeschränkt.*

*(8) Die Prüfbehörde unterrichtet die jeweils zuständigen Stellen, wenn sich bei der Durchführung ihrer Aufgaben nach diesem Gesetz Anhaltspunkte ergeben für Verstöße gegen*

- 1. dieses Gesetz,*
- 2. das Arbeitnehmer-Entsendegesetz,*
- 3. das Mindestlohngesetz,*
- 4. das Arbeitnehmerüberlassungsgesetz,*
- 5. Bestimmungen des Sozialgesetzbuches zur Zahlung von Beiträgen und Meldepflichten,*
- 6. die Steuergesetze,*
- 7. das Aufenthaltsgesetz,*
- 8. die Handwerks- und Gewerbeordnung,*
- 9. das Güterkraftverkehrsgesetz,*
- 10. das Personenbeförderungsgesetz und das allgemeine Eisenbahngesetz und dazu gehörende Verordnungen oder*
- 11. sonstige Strafgesetze.“*

Grundsätzlich ist die Errichtung einer hoheitlich tätigen Prüfbehörde zu begrüßen, jedoch sollte zunächst das Verhältnis der §§ 19, 20 zueinander geklärt werden. Insofern sollte klargestellt werden, ob und inwieweit daneben die Auftraggeber gemäß § 19 weiterhin verpflichtet sein sollen, ihre bisherigen Kontrolltätigkeiten in dieser Sache auf zivilrechtlicher Basis durchzuführen.

Zudem sollte auch geklärt werden, in welcher Beziehung die Kontrollen des Zolls zur Prüfbehörde stehen. Die parallele Prüfung bzw. Kontrolle ähnlicher Sachverhalte durch zwei Behörden sollte nicht zuletzt aus personalkapazitären Gründen vermieden werden. Sollten auch noch die Kontrollen durch die Auftraggeber – die wie bereits dargestellt jedoch nur eingeschränkt auf zivilrechtlicher Basis möglich sind – ebenfalls ergänzend durchgeführt werden, ist die Wirtschaftlichkeit des Aufwandes zum erwarteten Erfolg sehr kritisch zu beurteilen.

## 20. § 21 Sanktionen

### In § 21 Abs. 1 wird geregelt:

*„Um die Einhaltung der Verpflichtungen nach § 7 Abs. 2, § 10 Abs. 1 bis 6, § 11 Abs. 1, § 12 Abs. 3, 5 und 6 und § 13 zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe von bis zu zehn Prozent des Auftragswerts zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer begangen wird, es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß weder kannte noch kennen musste.“*

Die Höhe der Vertragsstrafe von bis zu 10 % des Auftragswertes, die vertraglich vereinbart werden soll, ist hinsichtlich der bisherigen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu bewerten. Bislang wurden seitens der Rechtsprechung Vertragsstrafen in Höhe von maximal 5 % als zulässig erachtet.

Zudem bedarf es für die Verwirkung einer Vertragsstrafe eines verschuldeten Tuns oder Unterlassens vertraglich vereinbarter Verpflichtungen durch den Vertragspartner – in diesem Fall des Auftragnehmers. Dies wird jedoch im Regelfall nicht bei einem Verschulden des Nachunternehmers zu bejahen sein, der nicht Partner in dem Vertragsverhältnis Auftraggeber und Auftragnehmer ist.

Insoweit sollte diese Regelungen überarbeitet werden.

### In § 21 Abs. 2 wird geregelt:

*„Der Auftraggeber hat mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der aus § 7 Abs. 2, § 10 Abs. 1 bis 4, § 11 Abs. 1, § 13 Abs. 1 resultierenden Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer sowie schuldhafte Verstöße gegen die Verpflichtungen des § 14 Abs. 2, 4 und 5 den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung des Vertrags berechtigen.“*

Zunächst ist festzustellen, dass die §§ 7 Abs. 2, 10 Abs. 1, 11 Abs. 1 und 12 Abs. 1 (§ 13 hat keinen Abs. 1) Anforderungen formulieren, die der Auftraggeber zu erbringen hat. Inwieweit diese dann in der Praxis als AGB zu formulierende Regelungen rechtlichen Bestand haben, bleibt abzuwarten.

### In § 21 Abs. 3 wird geregelt:

*„(3) Hat der Auftragnehmer gegen die sich aus § 7 Abs. 2, § 12 Abs. 1 bis 5, § 13, § 14 Abs. 2, 4 und 5, § 15 ergebenden Verpflichtungen verstoßen, soll jeweils der Auftraggeber dieses Unternehmen von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer von bis zu drei Jahren ausschließen. Satz 1 gilt auch für Nachunternehmer. Vor dem Ausschluss ist dem Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Ein ausgeschlossenes Unternehmen ist auf dessen Antrag allgemein oder teilweise wieder zuzulassen, wenn der Grund des Ausschlusses weggefallen ist und mindestens sechs Monate der Sperre abgelaufen sind.“*

Diese Regelung ist rechtlich t bedenklich, da sie z.B. in das Selbstbestimmungsrecht des Bieters an seinem eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb eingreift. Dem Bieter die Vornahme von Erstausbildungen vorzuschreiben und im Falle der Nichtvornahme auch noch mit einem Ausschluss sowie ggfs. mit einer Sperre zu pönalisieren, dürfte in dieser Form nicht zulässig sein. Hierfür gibt insbesondere § 13 keinerlei Grundlage. Gleiches gilt für die §§ 14 Abs. 2, 4 und 5 sowie 15. Diese Regelungen stellen lediglich Anordnungen für den Auftraggeber dar, wie er im Rahmen der Angebotsauswahl seine Entscheidung zu treffen hat. Allerdings sind auch diese Anordnungen schon als vergaberechtlich bedenklich zu bewerten.

Es erscheint unbillig, einen Mindestzeitraum des Ausschlusses vorzusehen, wenn der sachliche Grund hierfür weggefallen ist.

**In § 21 Abs. 4 wird geregelt:**

*„(4) Maßnahmen nach Abs. 1 bis 3 bleiben von der Geltendmachung einer Vertragsstrafe aus anderem Grunde sowie von der Geltendmachung sonstiger Ansprüche unberührt.“*

Da bereits die Abs. 1 bis 3 einer dringenden Überarbeitung bedürfen bzw. rechtlich bedenklich sind, läuft diese Regelung ins Leere.

**21. § 22 Informations- und Wartepflicht**

*„Unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB findet hinsichtlich der Informations- und Wartepflicht § 134 GWB entsprechende Anwendung.“*

Hier sollte in Hinblick auf eine praktikable Umsetzung und eine noch handlungsfähige Verwaltung erwogen werden, eine Differenzierung nach Schwellenwert und Vergabeart festzusetzen.

**22. § 23 Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs unterhalb der Schwellenwerte**

*„(1) Unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB ist der Verwaltungsrechtsweg mit der Maßgabe eröffnet, dass ein Vorverfahren nach § 68 der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) in der Fassung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Gesetz vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2652), entfällt. Die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche bleibt hiervon unberührt.*

*(2) Wenn vor Ablauf der Wartepflicht nach § 23 in Verbindung mit § 134 GWB verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wird, darf der Zuschlag erteilt werden, wenn das*

*Gericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren binnen 14 Kalendertagen nach Eingang des Antrags bei Gericht keine einstweilige Anordnung erlassen oder binnen drei Monaten nach Mitteilung der Auswahlentscheidung nicht in der Hauptsache entschieden hat.*

*(3) Die Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist unzulässig, soweit*

- 1. der Antragsteller oder der Kläger den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat,*
- 2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,*
- 3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,*
- 4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.*

*(4) § 100 VwGO findet mit der Maßgabe Anwendung, dass das Gericht die Einsicht in die dem Gericht vorgelegten Akten zu versagen hat, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisschutzes, oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Jeder Beteiligte hat mit Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen auf die in Satz 1 genannten Geheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen. Erfolgt dies nicht, kann das Gericht von seiner Zustimmung auf Einsicht ausgehen.“*

Hier sollte in Hinblick auf eine praktikable Umsetzung und eine noch handlungsfähige Verwaltung sowie Verwaltungsgerichtsbarkeit erwogen werden, eine Differenzierung nach Schwellenwert und Vergabeart festzusetzen. Geringwertige Beschaffungen vermögen es kaum, die Einleitung derart komplexer Verfahren zu rechtfertigen. Zudem ist davon auszugehen, dass eine nicht einschätzbare Verzögerung der Beschaffungen zu erwarten ist. Auch der Umstand, dass die Wartefrist länger als im Oberschwellenbereich ist, erscheint angesichts der sonst längeren Fristen nicht ausgewogen.

In Abs. 2 wird irrigerweise auf § 23 und nicht auf § 22 verwiesen.

### **III. Fazit und Empfehlung:**

Zusammenfassend bleibt festzustellen, dass es sich um einen schwerfälligen, unausgereiften und lückenbehafteten Gesetzentwurf handelt, der über einige wenige gute Ansätze verfügt, wie z.B. die Gleichberechtigung in der Bezahlung von Männern und Frauen, die Berücksichtigung von sozialen und ökologischen Kriterien oder die Nachweiserbringung im Rahmen des § 11 sowie die Einbindung der juristischen Personen nach § 99 Abs. 2 GWB.

Der Gesetzentwurf weist viele intransparente sowie in Widerspruch zu den Regelungen des EU-Vergaberechts und sonstigen Bundesrechts stehende Regelungen und handwerkliche Fehler auf:

- Verweisung auf falsch zitierte Gesetze oder Falschbezeichnungen,

- die Nichtverweisung auf anzuwendenden Regelungen (z.B. die VOL/B),
- Permanente Zitierung von Gesetzen, Verordnungen mit Verweis auf derzeitig geltende Fassungen anstatt auf die jeweils geltende Fassung,
- Unklare und zum Teil rechtswidrige Formulierungen,
- Überflüssige Wiederholungen vorhandener einschlägiger Regelungen, die in einzelnen Formulierungen unnötigerweise auch zu Abweichungen von den bestehenden Regelungen und Rechtsunsicherheiten führt.

Der Gesetzentwurf scheint in Anlehnung an einen Gesetzentwurf der Partei der Linken aus dem Jahr 2017 „mit heißer Nadel“ und ohne fundierte vergaberechtliche Beratung erstellt. Es ist festzustellen, dass dieser Gesetzentwurf im Falle der Umsetzung zu einer Vielzahl von Rechtsstreitigkeiten und zu einer nicht vorhersehbaren Verlängerung der Beschaffungsvorgänge führen wird. Er dient nicht einer klaren Rechtsanwendung und erscheint für den juristischen Laien, die in der Mehrzahl mit Beschaffungsvorgängen öffentlicher Auftraggeber betraut sind, schwer verständlich.

Zudem würde der Verwaltungsaufwand erheblich erhöht und es ist eine signifikante Teuerung der Beschaffung zu erwarten. Insbesondere Kommunen würden damit hohe finanzielle Mehrbelastungen auferlegt.

Weiter werden auch die Bieter in erheblichem Maße belastet, da diesen insbesondere im Hinblick auf sozialpolitische Vorgaben Verpflichtungen aufgegeben werden, die eine Angebotsabgabe unverhältnismäßig erschweren. Damit wird insbesondere auch ein weiterer Zweck des Gesetzes, die Förderung von KMU, konterkariert, da selbst bei Kleinstaufträgen ein erheblicher Aufwand zur Zusammenstellung der Angebotsunterlagen anfallen würde.

Folglich erfüllt dieser Gesetzentwurf nicht den Zweck, eine Vergaberechtskonformität der Verfahren herzustellen bzw. zu begünstigen.

Seitens der Stadt Frankfurt kann daher eine Verabschiedung des HTVG nicht befürwortet werden.

**B. Gesetzentwurf der FDP**

Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs und zum Abbau von Bürokratie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge

Dieser Gesetzentwurf sieht eine Beibehaltung des derzeit geltenden HVTG vor, eine Einbindung der UVgO findet weder dem Wortlaut nach oder durch entsprechende Verweisung statt. Es kann daher auf Grund des vorliegenden Wortlautes nicht eindeutig gefolgert werden, dass eine Einbindung der UVgO gewünscht ist.

**I. Art. 1 Gesetz zur Änderung des Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetzes****1. § 1 wird wie folgt geändert:**

*a) Abs. 5 wird wie folgt gefasst:*

*„(5) Der Schwellenwert für Aufträge, ab welchem die Vergabeverfahren von diesem Gesetz erfasst werden, beträgt 20 000 Euro ohne Umsatzsteuer. Werden die Schwellenwerte für die Vergabe von Aufträgen nach § 100 Abs. 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. März 2020 (BGBl. I S. 674), erreicht oder überschritten, finden § 10 Abs. 1 bis 6, § 11 Abs. 2 und 3 sowie die §§ 15 und 20 keine Anwendung.“*

*b) Abs. 6 wird wie folgt gefasst:*

*„(6) Liegt der Schwellenwert eines Auftrags unterhalb von 20 000 Euro, sind die in den §§ 4 und 6 genannten Verpflichtungen bezüglich Tariftreue und Mindestlohn einzuhalten. Auf die entsprechenden Nachweise kann verzichtet werden. Die Vergabe und Ausführung öffentlicher Aufträge unterhalb von 20 000 Euro können unbeschadet des Haushaltsrechtes durch Verwaltungsvorschrift gesondert geregelt werden.“*

In § 1 Abs. 5 und 6 wird der Schwellenwert von 10.000,- € auf 20.000,- € angehoben, diese ist eine politisch zu betrachtende Regelung, die jedoch kein vergaberechtliches Problem darstellt. Es sollte darauf geachtet werden, dass einheitlich von einem Auftragswert ohne Umsatzsteuer auszugehen ist.

**2. § 2 wird wie folgt geändert:**

*Abs. 2 wird wie folgt gefasst:*

*„(2) Bei den Beschaffungen des Landes sind grundsätzlich die Aspekte einer nachhaltigen Entwicklung in Bezug auf den Beschaffungsgegenstand und dessen Auswirkungen auf das ökologische, soziale und wirtschaftliche Gefüge zu berücksichtigen. Das Ausschreibungsverfahren ist auch in durchgängig digitaler Form für den Unternehmer anzubieten. Die Gemeinden und Gemeindeverbände und ihre Eigenbetriebe können eine nachhaltige Entwicklung bei ihren Beschaffungsmaßnahmen und die dazu erlassenen Richtlinien berücksichtigen.“*

Die Vorgabe in Satz 2, das Ausschreibungsverfahren auch in durchgängig digitaler Form anzubieten wird in Frankfurt am Main Stand bereits praktiziert und ist generell begrüßenswert.

### 3. § 3 wird aufgehoben.

Der Wegfall dieser Regelung ist zu begrüßen, da er grundsätzliche Regelungen aus dem GWB und den Vergabeordnungen wiederholt.

### 4. Nach § 10 wird als neuer § 10a eingefügt:

*„§ 10a*

*Elektronisches Vergabeverfahren*

*(1) Für das Senden, Empfangen, Weiterleiten und Speichern von Daten in einem Vergabeverfahren bietet der Auftraggeber Unternehmen grundsätzlich die Möglichkeit eines vollständig elektronischen Verfahrens.“*

Abs. 1 ähnelt den Formulierungen des § 7 Abs. 1 UVgO. Zudem wird dadurch der neu gefasste § 2 Abs. 2 Satz 2 überflüssig.

*„(2) Den Unternehmen ist die Nutzung des rein elektronischen Vergabeprozesses freigestellt. Eine nicht elektronische Beteiligung am Vergabeverfahren rechtfertigt keine Diskriminierung oder Nichtberücksichtigung gegenüber anderen Bewerbern.“*

Die Absätze 1 und 2 des § 10a bedürfen einer gemeinsamen Betrachtung. Sowohl § 11 VOL/A als auch § 7 UVgO stellen darauf ab, dass die Wahl der Informationsübermittlung im Rahmen der Vergabeverfahren zum jetzigen Zeitpunkt durch den Auftraggeber bestimmt werden bzw. die Vorgabe des zu verwendenden Mittels durch die UVgO erfolgt. Ausweislich § 38 Abs. 3 in Verbindung mit § 7 UVgO hat der Auftraggeber ab dem 01.01.2020 vorzugeben, dass Angebote und Teilnahmeanträge grundsätzlich mithilfe elektronischer Mittel gemäß § 7 zu übermitteln sind.

Der Auftraggeber ist zur Akzeptanz oder Vorgabe elektronisch eingereichter Teilnahmeanträge oder Angebote nach § 38 Abs. 2 und 3 nicht verpflichtet, wenn es sich um

- Geschätzte Auftragswerte bis 25.000,- € ohne Umsatzsteuer oder um
- eine Beschränkte Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb oder eine Verhandlungsvergabe ohne Teilnahmewettbewerb handelt.

§ 10a Abs. 2 stellt eine Einschränkung der Regelungen des § 11 VOL/A sowie des § 7 Abs. 1 UVgO und des § 11 VOB/A Abs. 4 i. V. m § 11a VOB/A dar, da die Wahl des Kommunikationsmittels nach dem Gesetzentwurf dem Bewerber bzw. Bieter obliegen soll. Im Interesse der Rechtsklarheit sollte auf eine derartige Regelung verzichtet werden, zumal den Bewerbern bzw. den Bietern durch die Auftraggeber entsprechende elektronische barrierefreie Mittel zur Verfügung gestellt werden. Weiterhin erscheint eine Abkehr von der Verwendung elektronischer Mittel retrospektiv.

*„(3) Das für das öffentliche Auftragswesen zuständige Ministerium erarbeitet im Einvernehmen mit dem für das Haushaltswesen zuständigen Ministerium und dem für kommunale Angelegenheiten zuständigen Ministerium sowie dem für digitale Angelegenheiten zuständigen Ministerium einheitliche digitale Muster und Prozesse für vollständig elektronische Vergabeverfahren.“*

Eine Vereinheitlichung der digitalen Muster und Prozesse ist grundsätzlich wünschenswert. Es ist jedoch fraglich, ob diese sodann in die jeweiligen elektronischen Systeme implementiert werden können.

**5. § 15 wird wie folgt geändert:**

*Abs. 3 wird wie folgt gefasst:*

*„(3) Bei der Vergabe eines Auftrags ab einem Auftragswert von 30 000 Euro ohne Umsatzsteuer gibt der öffentliche Auftraggeber oder Besteller bei Beschränkten Ausschreibungen ohne Interessenbekundungsverfahren und bei Freihändigen Vergaben ohne Interessenbekundungsverfahren für drei Monate seinen Namen und Anschrift, den Namen des Auftragnehmers, den Auftragsgegenstand und bei Bauleistungen den Ort der Ausführung in der HAD bekannt. Dies gilt nicht bei Vergabeverfahren, die der Geheimhaltung unterliegen. Soweit es sich bei dem beauftragten Unternehmen um eine natürliche Person handelt, ist deren Einwilligung einzuholen oder die Angabe des Namens zu anonymisieren.“*

In Abs. 3 wird die Wertgrenze von 15.000,- € auf 30.000,- € erhöht. Dies ist eine politische Entscheidung.

**6. § 19 wird wie folgt geändert:**

*Abs. 1 wird wie folgt gefasst:*

*„(1) Fällige Zahlungen sind unverzüglich, spätestens 14 Kalendertage nach Zugang der prüffähigen Rechnung auszuführen.“*

Eine problematische Regelung, die der Festsetzung der 30 Kalendertagen in der VOB/B als auch der VOL/B zuwiderläuft.

Beide Vertragsordnungen werden durch Verdingungsausschüsse - dem Deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA) sowie dem Deutschen Verdingungsausschuss für Leistungen (DVAL) - erarbeitet und fortgeschrieben. Da beide Gremien von den Interessengruppen der öffentlichen Auftraggeber und der Auftragnehmer paritätisch besetzt werden, wird auch seitens der Rechtsprechung davon ausgegangen, dass diese Vertragsordnungen in ihrer Gesamtheit als ausgewogen anzusehen sind. Auf Änderungen sollte zum Zwecke der Rechtsklarheit verzichtet werden.

**II. Fazit und Empfehlung:**

Der Gesetzentwurf der FDP ist im Ansatz durchweg als positiv und konstruktiv anzusehen. Lediglich auf § 10a Abs. 2 und die Fristverkürzung in § 19 sollte aus Gründen der Ausgewogenheit und der Rechtsklarheit verzichtet werden. Darüber hinaus wäre bei einer Änderung des geltenden HVTG wünschenswert, in § 15 „Vergabefreigrenzen“ eine Konkordanz mit den EU-Schwellenwerten herzustellen.

**C. Abschließende Bemerkung**

Seitens der Stadt Frankfurt am Main wird eine Übernahme der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) ohne Modifikationen empfohlen, um eine rechtssichere Handhabung der Vergabevorschriften auch im Unterschwellenbereich zu gewährleisten.

Insbesondere im Hinblick auf gemeinsame Projekte öffentlicher Auftraggeber, aber auch im Bereich der Fördermittelgewährung (z.B. Mitfinanzierung durch den Bund) ist es erforderlich, möglichst bundeseinheitliche Regelungen anwenden zu können.

Für eine entsprechende Übernahme der UVgO in Hessen haben sich auch einmütig die Rechtsamtsleiter in ihrer Arbeitsgemeinschaft im Hessischen Städtetag ausgesprochen, dessen stellvertretender Vorsitzender der Unterzeichner ist.

Mit freundlichen Grüßen  
Im Auftrag



(Dr. Fuhrmann)  
Ltd. Magistratsdirektor



Hessischer Landkreistag · Frankfurter Str. 2 · 65189 Wiesbaden

Hessischer Landtag  
Ausschuss für Wirtschaft, Energie,  
Verkehr und Wohnen  
Frau Ausschussgeschäftsführerin Heike Schnier  
Schlossplatz 1-3  
65183 Wiesbaden

Frankfurter Str. 2  
65189 Wiesbaden  
Telefon (0611) 17 06 - 0  
Durchwahl (0611) 17 06- 15  
Telefax-Zentrale (0611) 17 06- 27  
PC-Fax-Zentrale (0611) 900 297-70  
PC-Fax-direkt (0611) 900 297-99  
e-mail-Zentrale: info@hlt.de  
e-mail-direkt: wobbe@hlt.de  
www.HLT.de  
Datum: 25.08.2020  
Az. : Wo/

**Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz: Landtagsanhörung zu Gesetzentwürfen der Fraktion der SPD, LT-Drs. 20/2354 und Fraktion der FDP, LT-Drs. 20/2658**

Ihr Schreiben vom 08.07.2020, Az. IA 2.4  
Stellungnahme des Hessischen Landkreistages

Sehr geehrte Frau Ausschussvorsitzende,  
sehr geehrte Damen und Herren Abgeordnete,  
sehr geehrte Frau Schnier,

wir bedanken uns für Ihr o.g. Schreiben, mit dem Sie uns die Gelegenheit zur Stellungnahme zu den o.g. Gesetzentwürfen der Fraktionen der SPD und der FDP zum Hessischen Tariftreue- und Vergabegesetz gegeben haben. Auf der Grundlage einer Befragung seiner Mitglieder erklärt sich der Hessische Landkreistag hierzu nunmehr wie folgt:

**Gegen die Gesetzentwürfe bestehen keine grundsätzlichen Bedenken.**

Hinsichtlich der Regelungen im Detail haben uns allerdings zwei Landkreise die nachstehenden Argumente übermittelt. Wir wollen Ihnen diese nicht vorenthalten, da sie im Rahmen der nachfolgenden Beratungen möglicherweise wertvolle Hinweise aus der Praxis enthalten.

Mit Blick auf die Umfrageergebnisse im Übrigen dürfen diese Bewertungen allerdings nicht als Votum des Verbandes insgesamt missverstanden werden.

Dies vorausgesetzt lauten die Hinweise der beiden Landkreise folgendermaßen:

## **I. Stellungnahme zum Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein neues Vergabegesetz in Hessen: Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz)**

### Allgemein:

Die untere Wertgrenze für den Geltungsbereich dieses Gesetzes sollte von derzeit 10.000 € auf 25.000 € angehoben werden, denn die Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen stellt für kleine und mittlere Unternehmen einen hohen Kostenfaktor dar. Es ist zunehmend zu beobachten, dass Unternehmen die Teilnahme am Wettbewerb öffentlicher Ausschreibungen verweigern, da die Kosten weder im Verhältnis zur Chance auf den Zuschlag noch im Verhältnis zum Ertrag gesehen werden. Das Gesetz schützt somit nicht kleine und mittlere Unternehmen, sondern schließt deren Beteiligung am Wettbewerb damit sogar de facto aus. Der Zielsetzung in § 4 wird damit nicht Rechnung getragen. Ab 25.000 € Auftragsvolumen relativiert sich diese Einschätzung, tendenziell stärker mit steigendem Auftragswert.

Zudem sollten die Tariftreue und Sozialstandards nicht über das Vergaberecht geregelt werden. Die Unternehmensgesetzgebung erfordert hier noch Regelungsbedarf, der jetzt hier kompensiert werden soll. Eine tragfähige Gesetzgebung im Unternehmensbereich würde Millionen von öffentlichen Aufträgen jährlich in Deutschland in Sachen Bürokratie entlasten und keine zusätzlichen Prüfstellen erforderlich machen. Soziale, ökologische und „gender“ Aspekte sollen bei öffentlichen Aufträgen stärker berücksichtigt werden. Es fehlt jedoch die Möglichkeit, diese Aspekte bei den Auftragsvergaben angemessen zu berücksichtigen, solange es keine verbindlichen offiziellen Qualitätssiegel für alle genannten Bereiche gibt, die Garantie dafür bieten, dass die Aspekte von den Bietern erfüllt werden. Einfache Nachweise der Bieter in schriftlicher Form können nicht vom Auftraggeber nachgeprüft werden. Zusammenfassend sollte die eigentlich von der SPD gewünschte Neugestaltung von Rahmenbedingungen der Betriebe/Unternehmen durch die Vorgaben im Vergaberecht sollte auf anderem Weg erreicht werden.

### **Zu § 2 Sachlicher Anwendungsbereich**

Grundsätzlich wird im Zusammenhang mit § 2 begrüßt, dass die freiberuflichen Leistungen unterhalb der Schwelle nicht mehr vom HVTG erfasst werden sollen, sondern nur noch in der UVgO geregelt werden. Gerade im Bereich der Interessenbekundungsverfahren schon ab 50.000 € war ein hohes Missverhältnis zwischen Verfahrensaufwand und zu erzielender Auftragssumme vorhanden.

Das Interessenbekundungsverfahren als "Hessische Besonderheit" sollte im Hessischen Vergaberecht keine Anwendung mehr finden. Gerade bei Landkreisen an den Grenzen zu Baden-Württemberg und Rheinland-Pfalz führt dies zu Problemen. In den Nachbarbundesländern ist das Interessenbekundungsverfahren unbekannt, was bei länderübergreifend tätigen Firmen oft zu Missverständnissen führt. Zudem sorgt das Interessenbekundungsverfahren für unnötig lange Verfahrenszeiten.

**Zu § 2 Abs. 1**

Zum sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes gehört die Festlegung von Freigrenzen für bestimmte Vergabearten nicht. Diese Festlegungen sollten in einem gesonderten Paragraphen und zudem übersichtlicher abgebildet werden. Außerdem sollte es zur Präzisierung jeweils heißen: "Bei Bauaufträgen gilt die Beschränkte Ausschreibung je nach Gewerk bis: ..."

**Zu § 2 Abs. 4**

Es erschließt sich nicht, warum nicht mit einer dynamischen Verweisung auf die jeweils geltenden Fassungen der Gesetze und zu beachtenden weiteren Regelungen gearbeitet wird.

**Zu § 4 Abs. 2 Mittelstandsförderung**

Der Begriff "Verdingungsunterlagen" sollte durch den Begriff "Vergabeunterlagen" ersetzt werden.

**Zu § 4 Abs. 3 Mittelstandsförderung**

Eine klare Regelung -wie die bisherige es war- ist wünschenswert. Es sollte daher heißen: "Die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags ist zusätzlich ... bekannt zu machen."

**Zu § 6 Abs. 1 ILO-Kernarbeitsnormen**

Wünschenswert ist der Ersatz des Wortes "sollen" durch das Wort "dürfen" in Satz 1, wenn es um die Nicht-Verwendung von Waren geht, die den ILO-Kernarbeitsnormen nicht entsprechen.

**Zu § 6 Abs. 2 ILO-Kernarbeitsnormen**

Eine Verpflichtung zur Schriftform ist im Sinne der weiteren Förderung der eVergabe nicht sachgerecht. Zu empfehlen ist die Textform.

**Zu § 10 Abs. 1, 4, 6b Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt**

Eine Verpflichtung zur Schriftform ist im Sinne der weiteren Förderung der eVergabe nicht sachgerecht. Zu empfehlen ist auch hier die Textform.

**Zu § 10 Abs. 5 Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt**

Es erscheint sinnvoll, dass nicht nur auf die gleiche oder gleichwertige Arbeit abgestellt wird, sondern zusätzlich auf die gleiche oder gleichwertige *Erfahrung* der Arbeitnehmer. Ansonsten könnten auch Erfahrungsstufen und sich daraus ergebendes unterschiedliches Gehalt bei der Entlohnung von Arbeitnehmer nicht berücksichtigt werden.

**Zu § 11 Nachweise**

Grundsätzlich ist zu § 11 zu sagen, dass die zusätzlichen Nachweise, die durch den Unternehmer vorzulegen sind, entgegen der Auffassung der Entwurfsverfasser auch für Vergabestellen und vor allem auch Unternehmer zusätzlichen Aufwand bedeuten.

Besonders die nun vorgesehene Prüfung der Kalkulation bei jeder 10%-Unterschreitung bedeutet erheblichen Aufwand für die Vergabestelle. Der Gesetzgeber sollte beachten, dass bereits jetzt die Unternehmen eine Vielzahl von Nachweisen und Unterlagen im Vergabeverfahren einbringen müssen. Eine Ver-

einfachung wäre begrüßenswert, da dies auch bei Angebotsprüfung für Entlastung der Vergabestellen sorgt.

#### **Zu § 11 Abs. 1 Nachweise**

In Satz 1 wird ausschließlich Bezug genommen auf das Präqualifizierungsverzeichnis des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V.. Hier erscheint der Zusatz "oder eines gleichwertigen Präqualifizierungsregisters" geboten.

#### **Zu § 12 Nachunternehmerersatz**

Grundsätzlich ist die Begrenzung der Unterauftragsvergabe desselben Leistungsgegenstands auf höchstens drei Stufen zu begrüßen. Dabei ist davon auszugehen, dass die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht geprüft wurde. Unter dem Strich ist die in § 12 Abs. 1 getroffene Regelung zum Nachunternehmerersatz auf "höchstens drei Stufen" aber nicht weitgehend genug. Die Begrenzung sollte auf "höchstens zwei Stufen" erfolgen. Letztlich ist festzuhalten: Je höher die Quote von Nachunternehmern, desto stärker ist in der Praxis das Risiko, dass beim Wettbewerb um öffentliche Aufträge die Konkurrenz durch Absenkung von Tarif- und Sozialstandards vom Markt gedrängt wird. Insbesondere große Unternehmen sichern sich so Wettbewerbsvorteile zu Lasten von kleinen und mittleren Unternehmen.

#### **Zu § 12 Abs. 4 Nachunternehmerersatz**

Die namentliche Angabe der Nachunternehmer bereits bei Angebotsabgabe ist kritisch zu betrachten. Der BGH hat bereits 2008 in einem obiter dictum festgehalten, dass die Forderung einer verbindlichen Mitteilung, welche Nachunternehmer eingeschaltet werden sollen, unzumutbar sein könne und nicht verlangt werden dürfe (BGH 10.06.2008 X ZR 78/07). Diese Rechtsprechung gilt fort. Hat der Auftraggeber ein berechtigtes Interesse den Nachunternehmer zu kennen, kann er verlangen, dass die Nachunternehmer namentlich benannt werden.

#### **Zu § 13 Berufliche Erstausbildung**

§ 13 Satz 3 ist nicht praxisorientiert, weil wirtschaftlich gleiche Angebote beinahe unmöglich sind.

#### **Zu § 14 Abs. 4 Berücksichtigung von Umweltkriterien**

Hier ist der letzte Satz des § 14 nicht praxisorientiert, weil auch unter diesem Blickwinkel wirtschaftlich gleiche Angebote beinahe unmöglich sind.

#### **Zu § 15 Berücksichtigung von sozialen Kriterien: Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern sowie zur Vereinbarkeit von Beruf und Familie**

Bei der Zuschlagserteilung sollen die Chancengleichheit von Frauen und Männern und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie als Kriterien berücksichtigt werden können, wenn "diese im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen".

Einen solchen Zusammenhang herzustellen erscheint fast ausgeschlossen, will man nicht die Anregung aus der Begründung des Gesetzentwurfs aufgreifen. Dort erscheint allerdings der Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand zu sehr konstruiert und es handelt sich im Übrigen eher um Ausführungsbestimmungen als um Zuschlagskriterien, wenn festgelegt werden soll, dass das ausführende

Personal zu gleichen Teilen aus Frauen und Männern zusammengesetzt sein soll.

#### **Zu § 17 Abs. 1 Wertungsausschluss**

Nach der Aufzählung müsste richtigerweise auf die VOB/A verwiesen werden.

#### **Zu § 18 Abs. 1 Sicherheitsleistung bei Bauleistungen**

Vertragspartner sind der Auftraggeber und der Auftragnehmer, nicht aber dessen Nachunternehmer. Die Sicherheitsleistung gemäß den Besonderen Vertragsbedingungen ist folglich vom (Haupt-)Auftragnehmer zu stellen. Satz 2 entbehrt deshalb einer praktischen Anwendbarkeit.

#### **Zu § 20 Prüfbehörde**

Sofern der Gesetzgeber bei seiner Auffassung bleibt, die Versäumnisse der Unternehmensgesetzgebung im Rahmen des Vergaberechts regeln zu wollen, ist die Einrichtung von Prüfstellen zu begrüßen. Die Prüfung von Tarifrecht und Sozialstandards kann aber letztlich durch Vergabestellen nicht geleistet werden.

#### **Zu §§ 22 und 23**

Die Übertragung der überschwelligen Regelungen auf den Unterschwellenbereich bringt der Bieterschaft den bisher nicht gegebenen Primärrechtsschutz. Gleichzeitig birgt dies jedoch für den Ablauf der Vergabeverfahren die latente Gefahr von Verzögerungen über die Informations- und Wartepflicht hinaus. Auftraggeber werden diese nicht auszuschließenden Verzögerungen bei der Planung der Vergabeverfahren und ebenso in der Folge im Ablauf der Maßnahmen zu berücksichtigen haben. Die weit größere Zahl unterschwelliger Verfahren im Vergleich zu Oberschwellenvergaben lässt eine weit höhere Zahl an Nachprüfungsverfahren im Sinne des § 23 des Gesetzentwurfs als gemäß § 160 ff. GWB erwarten.

#### **Zu § 23 Abs. 2 Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs unterhalb der Schwellenwerte**

Im ersten Satz muss es heißen " ... Wartepflicht nach § 22, in Verbindung mit ... "

#### Zusammenfassend ist aus Sicht der beiden Landkreise festzuhalten:

- Der Gesetzentwurf steht insgesamt nicht im Einklang mit der seit geraumer Zeit verfolgten Idee einer Verschlankung und Entbürokratisierung des Vergaberechts. Vielmehr sieht der Gesetzentwurf neue Regelungen vor, mit denen für die Unternehmen wie die Auftraggeber gleichermaßen zusätzliche Verpflichtungen verbunden sind. Die unerwünschte Folge könnte ein Rückgang der Beteiligung von Unternehmen an Ausschreibungen öffentlicher Auftraggeber sein.
- Der Gesetzentwurf stellt eine zusätzliche Bürokratisierung zu Lasten der hessischen Auftraggeber und Auftragnehmer dar und erfordert eine Vielzahl neuer, nur in Hessen anzuwendender, Formblätter. Aufgrund der so weiter verfestigten Sonderlösung im Hessischen Vergaberechts, würden länderübergreifende Ausschreibungen und Angebotseinholungen - gerade im Grenzgebiet zu Bayern und Baden-Württemberg eingeschränkt werden.

- Im Gesetzentwurf fehlt eine Regelung zur Pflicht und Haftung des Auftragnehmers für seine Unterauftragnehmer.
- In der Praxis werden Haftungsrisiken teilweise auf Unterauftragnehmer verschoben. Dies ist gesetzlich so auszuschließen, dass der Auftragnehmer vom Auftraggeber stets direkt in die Pflicht bzw. Haftung genommen werden kann und dieser sich nur im Innenverhältnis zu seinen Unterauftragnehmern schadlos stellen kann, nicht jedoch gegenüber dem Auftraggeber. Hierdurch kann vermieden werden, dass sich Unternehmen durch die Verlagerung von Risiken auf Unterauftragnehmer Wettbewerbsvorteile gegenüber kleinen und mittleren Unternehmen verschaffen können, da auch Risiken in der Preisbildung eine wichtige Rolle spielen und kalkulatorisch berücksichtigt werden.
- Generell sollte auf eine Wiederholung von Inhalten und Regelungen aus geltenden Vergabegesetzen verzichtet werden. Ein Verweis wäre an vielen Stellen ausreichend.
- Den Regelungen mangelt es zum Teil an Übersichtlichkeit und Klarheit. Darüber hinaus wirkt der Wechsel zwischen generischem Maskulinum und genderneutralen Formulierungen inkonsequent (Beispiel § 12 Abs. 6 Satz 1).

## II. Gesetzentwurf Fraktion der Freien Demokraten „Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs und zum Abbau von Bürokratie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge“ - LT-Drs. 20/2658

### Allgemein:

Bei der Veröffentlichung von Aufträgen bei freihändigen Vergaben und beschränkten Ausschreibungen jeweils ohne Teilnahmewettbewerb wäre es sinnvoll, die Schwelle auf die Eingangsschwelle der Anwendung des HVTG zu setzen. Dadurch würde gewährleistet, dass auch keine Bekanntmachung vergessen wird. Andernfalls entstehen hier drei Wertgrenzen für diese Vergaben (unter 20.000 €, 20.000 € bis 30.000 € und über 30.000 €) mit unterschiedlichen Vergabeprozessen. Insbesondere bei der Festlegung von Wertgrenzen sollte Klarheit geschaffen werden. Auch sollte die Veränderung des Schwellenwertes über Oberschwellenvergaben berücksichtigt werden, so dass keine Lücken zwischen dem eigentlichen Anwendungsbereich des HVTG und der Oberschwellenvergabe entstehen.

Im Gesetzentwurf gibt es an keiner Stelle ein Hinweis auf die Anwendung der UVGO, insofern gilt in Hessen die VOL und das Vergabegesetz.

### **Zu Ziffer 1a**

Es ist nicht ersichtlich, warum vor dem Hintergrund der ohnehin gegebenen Freiwilligkeit der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten bei der Auftragsvergabe der Paragraph entfallen sollte. Zu Recht wird in der Begründung darauf hingewiesen, dass bereits gemäß § 2 Abs. 2 HVTG die Aspekte einer nachhaltigen Entwicklung zu berücksichtigen sind, was allerdings die näheren im bisherigen § 3 HVTG getroffenen Bestimmungen zu Berücksichtigung von Nachhaltig-

keitsaspekten (zum Beispiel hinsichtlich der Bekanntgabe der Kriterien oder auch der Gütezeichen) nicht unmittelbar entbehrlich macht.

#### **Zu Ziffer 2**

Die Vorschläge sind grundsätzlich zu begrüßen, wenngleich die Anpassung des Schwellenwertes auf 20.000,00 € als nicht ausreichend erachtet wird. Grundsätzlich ist die Anhebung der Schwellen gut gemeint wird aber nicht die gewünschten Entlastungen und Vereinfachungen und Förderung des Mittelstandes bringen. Wenn man dieses Ziel verfolgt, sollte man zunächst analysieren, in welchen Bereichen dem Mittelstand hohe Aufwand oder hohe formale Anforderungen durch die bisherigen Regelungen entstanden sind. Daher ist nachvollziehbar, weshalb hier beispielsweise nicht über die Anhebung der Wertgrenze des IBV bei freiberuflichen Leistungen nachgedacht wurde. Um Transparenz und Gleichbehandlung hier zu gewährleisten ist hier oft ein ähnlicher Aufwand, wie bei VGV-Verfahren zu betreiben und dass bei wesentlich geringeren zu erwartenden Auftragssummen. Auf die Stellungnahme zur Drucksache 20/2354 (SPD) wird verwiesen.

#### **Zu Ziffer 5**

Die Einführung der elektronischen Vergabe wird grundsätzlich begrüßt. Es ist allerdings nicht praktikabel dann noch die herkömmliche Vergabe grundsätzlich zu ermöglichen. Gerade das gleichbehandlungsgebot kann dann unmöglich von der Vergabestelle eingehalten werden. Es entstehen zwangsläufig zeitlicher Verzug bei der Mitteilung von Submissionsergebnissen und in der Bieterkommunikation, wenn nicht einheitlich über die Plattform kommuniziert wird. Grundsätzlich sollte immer eine E-Vergabe möglich sein. Offen bleibt, ob und von wem die von den Ministerien zu erarbeitenden einheitlichen digitalen Muster und Prozesse für die vollständig elektronischen Vergabeverfahren verbindlich anzuwenden sein sollen.

#### **Zu Ziffer 6**

Im Hinblick auf die Begründung der Fraktion der FDP zu § 15 Abs. 3 ist nicht ersichtlich, inwiefern die Verdoppelung des Wertes, ab dem ein Auftrag der im Rahmen einer Beschränkten Ausschreibung ohne Interessenbekundungsverfahren oder einer Freihändigen Vergabe ohne Interessenbekundungsverfahren vergeben wurde, auf der Hessischen Ausschreibungsdatenbank bekannt zu machen ist, im Interesse der kleinen und mittelständischen Unternehmen oder der Transparenz in Vergabeverfahren sein soll. Die Regelung würde ausschließlich den Auftraggebern dienen, die weniger Veröffentlichungen dieser Art durchzuführen hätten.

#### **Zu Ziffer 7**

Mit Blick auf § 19 Abs. 1 erscheint die Verkürzung der Frist für das Leisten fälliger Zahlungen von 30 auf 14 Kalendertage nicht praktikabel und sollte überdies noch einmal in Bezug auf Werkvertragsrecht geprüft werden.

Zunächst einmal entscheidet der Unternehmer alleine, wann er dem Auftraggeber die Rechnung stellt. Hier besteht sehr viel zeitliches Potential. Es gibt teilweise Gewerke, für die nach zwei Jahren noch keine Schlussrechnung vorliegt. Auch bei Abschlagsrechnungen gibt es hier seitens der Unternehmer und gerade der kleinen Unternehmen, bei denen der Geschäftsführer meist selbst die Rechnungen aufstellt, ein erheblicher Zeitraum zwischen Leistungserbringung und

Rechnungsstellung. Die gesetzte Zahlungsfrist verkennt völlig, dass es auch Rechnungen gibt, die inklusive aller Nachweise mehrere 100 Seiten beinhalten. Ein digitaler Rechnungslauf beschleunigt die Prüfung einer solchen Rechnung nicht. Denn Nachweise müssen immer noch von Menschen geprüft werden. Wenn hier über Verbesserungen nachgedacht wird, ist der richtige Weg das Nachweiskonzept zu überprüfen. Beispielweise die Unternehmer gesetzlich verpflichten die Nachweise ausführungsbegleitend dem Auftraggeber zu bestimmten Fristen vorzulegen oder Nachweise mit einer Vorlauffrist dem AG vorzulegen. Dann kann die Zahlungsfrist sogar auf unter zehn Tage festgelegt werden! Die digitalen Zahlungsläufe wurden bereits vor Jahrzehnten in den Zahlungsfristen berücksichtigt.

Insofern ist aus Sicht der beiden Landkreise zusammenfassend festzuhalten, dass eine solche generelle Regelung bei umfangreichen Rechnungen das ordnungsgemäße Prüfen der rechnungsbegründenden Unterlagen erschwert, weil dieser Vorgang mit zum Teil nicht unerheblichem (Zeit-)Aufwand verbunden ist. Auch ist der Zahlungsfreigabe durch den Auftraggeber nicht selten auch die Prüfung durch externe Planer oder Berater vorgelagert (zum Beispiel der beauftragte Architekt bei einer Baumaßnahme), die ebenfalls einen gewissen Zeitaufwand bewirkt. Der Gesetzentwurf basiert auf dem bestehenden Hessischen Vergabe- und Tariftreuegesetz. Nicht alle Änderungen erscheinen aber praxisorientiert und dem Ziel der Mittelstandsförderung unmittelbar untergeordnet.

Abschließend bitten wir zu beachten, dass aufgrund der Fristsetzung keine Befassung unseres zuständigen Verbandsorgans möglich war. Die vorstehende Stellungnahme wird deshalb unter dem ausdrücklichen Vorbehalt einer möglicherweise anderslautenden Positionierung unserer Verbandsorgane abgegeben.

Da von uns im Rahmen der mündlichen Anhörung inhaltlich nichts beigetragen werden könnte, was über die vorstehende Positionierung des Verbandes selbst hinausgeht, bitten wir um Verständnis, wenn wir im Sinne einer Verfahrensbeschleunigung auf eine Teilnahme an der mündlichen Anhörung verzichten.

Wir bitten um Kenntnisnahme.

Mit freundlichen Grüßen



Lorenz Wobbe  
Referatsleiter



Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern ·  
Postfach 2960 · 65019 Wiesbaden

Frau  
Janine Wissler  
Vorsitzende des Ausschusses für  
Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen  
Hessischer Landtag  
Postfach 32 40  
65022 Wiesbaden

### Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Wohnen

Sehr geehrte Frau Wissler,  
sehr geehrte Damen und Herren,

für die Übersendung der nachstehenden Gesetzesentwürfe und der hierzu eingeräumten Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme möchten wir uns bedanken.

- Gesetzentwurf Fraktion der SPD  
Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Hessen (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz)  
- Drucksache 20/2354 -
- Gesetzentwurf der Fraktion der Freien Demokraten  
Gesetz zur Stärkung des Wettbewerbs und zum Abbau von Bürokratie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge  
- Drucksache 20/2658 -

Die Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern ist die Spitzenorganisation der drei hessischen Handwerkskammern Kassel, Frankfurt-Rhein-Main und Wiesbaden. Der Inhalt dieser Stellungnahme ist mit den drei Handwerkskammern abgestimmt, so dass die ebenfalls in den Kreis der Anzuhörenden aufgenommene Handwerkskammer Frankfurt-Rhein-Main keine eigene schriftliche Stellungnahme abgibt.

Bewertung der einzelnen Gesetzesentwürfe:

#### A. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD

Dieser Gesetzentwurf für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in

21. August 2020

Ihr Zeichen: I A 2.4  
Unser Zeichen: II.1-Bru-Bs

Ansprechpartner:  
Markus Bruns  
Telefon 0611 136-104  
Telefax 0611 136-8104  
markus.bruns@hwk-wiesbaden.de

Arbeitsgemeinschaft der Hessischen  
Handwerkskammern –  
Die Dachorganisation der drei  
hessischen Handwerkskammern  
Frankfurt-Rhein-Main, Kassel und Wiesba-  
den.

Hausanschrift:  
Bierstadter Straße 45  
65189 Wiesbaden  
info@handwerk-hessen.de  
www.handwerk-hessen.de

Präsident:  
Heinrich Gringel  
Geschäftsführer:  
Bernhard Mundschenk

Wiesbadener Volksbank  
IBAN DE20 5109 0000 0000 2472 00  
BIC (Swift-Code) WIBADE5W



Hessen entspricht weitgehend, bis auf kleinere Änderungen, dem Gesetzentwurf vom 2. Mai 2014 - Drucksache 19/2354. Hierzu hatte der Hessische Handwerkstag bereits am 28. August 2014 eine Bewertung des Gesetzentwurfes vorgenommen.

Die Ausführungen dieser Stellungnahme treffen grundsätzlich auch für den nunmehr vorgelegten Gesetzentwurf zu. Eine Kopie der seinerzeitigen Stellungnahme ist daher in der Anlage beigelegt.

## **B. Gesetzentwurf der Fraktion der Freien Demokraten**

Ziel des Gesetzentwurfes soll es sein, Vergabeverfahren durch die Absenkung bürokratischer Hürden zu vereinfachen und sich stärker an den Möglichkeiten kleiner und mittelständischer Unternehmen (KMU) zu orientieren.

### **§ 1 Anwendungsbereich**

Der Schwellenwert für die Anwendung des Gesetzes soll in den Absätzen 5 und 6 von 10.000 Euro netto auf 20.000 Euro netto je Auftrag angehoben werden. Diese Maßnahme greift unseres Erachtens zu kurz. Das eigentliche Ziel des Gesetzentwurfes, für kleine und mittlere Unternehmen die Nachweispflichten zu verringern, lässt sich nicht allein dadurch erreichen, dass die Vorgaben des Hessischen Tariftreue- und Vergabegesetzes erst ab einem höheren Schwellenwert von 20.000 Euro je Auftrag netto gelten sollen. Ziel muss es vielmehr sein, den Ablauf von Vergabeverfahren insgesamt zu vereinfachen. Dies lässt sich unseres Erachtens insbesondere dadurch erreichen, dass zusätzlich die Freigrenzen für die Durchführung beschränkter Ausschreibungen und freihändiger Vergaben erhöht beziehungsweise seitens der Vergabestellen auch stringent angewendet werden. Denn viele Aufträge der kleinen und mittleren Unternehmen aus dem Handwerk sind keinesfalls nur auf Auftragsvolumen bis zu lediglich 20.000 Euro netto begrenzt, sondern bewegen sich sehr häufig auch in Größenordnungen bis zu 100.000 Euro je Auftrag, bei denen dann auch nach dem vorliegenden Gesetzentwurf der Freien Demokraten die entsprechenden Vorgaben des HTVG greifen würden.

### **§ 2 Allgemeine Grundsätze, Verfahren**

Die in § 2 Absatz 2 vorgesehene Ergänzung, Ausschreibungsverfahren auch durchgängig in digitaler Form anzubieten, wird unsererseits positiv bewertet, soweit die Möglichkeit einer Angebotsabgabe in Papierform erhalten bleibt.

### **§ 10 a Elektronisches Vergabeverfahren**

Die mit der Norm vorgesehene grundsätzliche Bereitstellung einheitlicher digitaler Muster und Prozesse wird unsererseits positiv bewertet. Da Muster für Verfahren nach dem HTVG bereits von der durch die Kammern getragene Auftragsberatungsstelle Hessen zur Verfügung gestellt werden, würden wir eine entsprechende Verknüpfung dorthin anregen.



## § 15 Vergabefreigrenzen

Gegen die in § 15 Absatz 3 vorgesehene Bekanntmachung erst ab einem Auftragswert von 30.000 Euro netto bestehen unsererseits keinerlei Bedenken.

## § 19 Zahlungen

Das mit der Neufassung verfolgte Ziel einer kürzeren Zahlungsverpflichtung seitens der Vergabestellen ist zwar grundsätzlich begrüßenswert, würde jedoch aufgrund der in anderen Rechtsvorschriften vorgegebenen anderen Zahlungsfristen wie zum Beispiel dem BGB, der VOB Teil B sowie der UVgO lediglich zu einer weiteren Zersplitterung und Unübersichtlichkeit der geltenden Regelungen bei den Vergabeverfahren führen. Bei geförderten sowie nicht geförderten Maßnahmen als auch bei Bauleistungen sowie Liefer- und Dienstleistungen würden somit unter Umständen jeweils andere Zahlungsfristen gelten, so dass einer Vereinfachung der Vergabeverfahren durch Vereinheitlichung der Vorgaben keinesfalls Rechnung getragen würde.

Unseres Erachtens wäre es sinnvoller, wenn die Vergabestellen in der Praxis die bereits bestehenden Zahlungsfristen auch tatsächlich einhalten würden, welches gemäß den Rückmeldungen der Handwerksbetriebe oftmals nicht der Fall ist und diese deutlich länger auf die Begleichung ihrer Forderungen warten müssen.

Dass das Ziel vergaberechtliche Erleichterungen zur beschleunigten Vergabe öffentlicher Aufträge zu schaffen durchaus möglich ist, zeigt sich derzeit auf der Bundesebene durch verbindliche seitens des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie (BMWi) herausgegebene Handlungsleitlinien zur Bewältigung der Corona-Krise. Diese sehen unter anderem eine Anhebung der Wertgrenzen für Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb sowie für Direktvergaben vor. Des Weiteren können die Fristen für Angebote und Teilnahmeanträge leichter verkürzt werden.

Für das anstehende Gesetzgebungsverfahren zur Novellierung des Hessischen Vergabe- und Tarifstreugesetzes HVTG wünschen wir uns eine stärkere Orientierung an diesen zuvor dargestellten Maßnahmen.

In der öffentlichen mündlichen Anhörung am Montag, den 7. September 2020, wird die Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern durch Herrn Markus Bruns, Abteilungsleiter Recht und Sozialrecht der Handwerkskammer Wiesbaden, vertreten.

Mit freundlichen Grüßen



Bernhard Mundschenk  
Geschäftsführer

## Anlage

Stellungnahme Hessischer Handwerkstag vom 28. August 2014, insbesondere Seite 2 bis 7



Hessischer Handwerkstag · Postfach 29 60 · 65019 Wiesbaden

Herrn  
 Clemens Reif  
 Mitglied des Landtages  
 Vorsitzender des Ausschusses für Wirtschaft,  
 Energie, Verkehr und Landesentwicklung  
 Hessischer Landtag  
 Postfach 3240  
 65022 Wiesbaden

Ihr Zeichen: I A 2.4  
 Ihre Nachricht vom: 3. Juli 2014  
 Unser Zeichen: II.1-Bru-Bs

Ansprechpartner: Markus Bruns  
 Telefon: 0611 136-104  
 Telefax: 0611 136-8104  
 E-Mail: markus.bruns@  
 hwk-wiesbaden.de

Datum: 28. August 2014

## Öffentliche Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung

Sehr geehrter Herr Reif,  
 sehr geehrte Damen und Herren,

für die Übersendung der nachstehenden Gesetzentwürfe und der hierzu eingeräumten Gelegenheit zur Abgabe einer Stellungnahme möchten wir uns bedanken:

- Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge  
 - Drucksache 19/134 -
- Gesetzentwurf der Fraktion der SPD für ein Gesetz zur Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairem Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Tariftreue- und Vergabegesetz)  
 - Drucksache 19/349 -
- Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN für ein Hessisches Vergabe- und Tariftreuegesetz  
 - Drucksache 19/401-

Der Hessische Handwerkstag (HHT) ist die Spitzenorganisation des Handwerks in Hessen, der neben den Landesfachverbänden, den Landesinnungsverbänden und Landesinnungen, den Kreishandwerkerschaften auch die drei hessischen Handwerkskammern Kassel, Frankfurt-Rhein-Main und Wiesbaden angehören. Der Inhalt dieser Stellungnahme ist mit den Mitgliedern abgestimmt. Deshalb wird die ebenfalls in dem Kreis der Anzuhörenden aufgenommene Handwerkskammer Frankfurt-Rhein-Main keine eigene schriftliche Stellungnahme abgeben.



..2

Der HHT ist die Spitzenorganisation des hessischen Handwerks

Hausanschrift:  
 Bierstadter Straße 45  
 65189 Wiesbaden  
 Telefon: 0611 136-112  
 Telefax: 0611 136-120

Wiesbadener Volksbank  
 BLZ 510 900 00 • Kto. 247200  
 IBAN DE20 5109 0000 0000 2472 00  
 BIC (Swift-Code) WIBADE5W

Internet:  
[www.handwerk-hessen.de](http://www.handwerk-hessen.de)  
 E-Mail:  
[info@handwerk-hessen.de](mailto:info@handwerk-hessen.de)

## **Grundsätzliche Anmerkungen**

Bevor wir uns zu den Detailregelungen der verschiedenen Gesetzentwürfe äußern, wollen wir vorab eine grundsätzliche Bewertung der Gesetzentwürfe vornehmen.

Prinzipiell entspricht der gemeinsame Gesetzentwurf von CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN unseren Vorstellungen am ehesten. Diese Bewertung resultiert vor allem aus dem Umstand, dass die bestehenden Vergabefreigrenzen allein in diesem Gesetzentwurf fortgeschrieben werden. Diese haben sich in der Praxis sehr bewährt, um Vergaben einfach, schnell und unbürokratisch durchführen zu können. Insoweit begrüßen wir die gesetzliche Fortschreibung der großen Vergabefreigrenzen sehr. Zwar verkennen wir nicht, dass auch die Gesetzentwürfe von der Fraktion DIE LINKE sowie der Fraktion der SPD durchaus für uns positive Aspekte aufweisen, wegen der vorgesehenen Einführung einer Vielzahl weiterer vergabefremder Aspekte, vermehrter Nachweispflichten für die Unternehmer und verstärkter Kontrollen, die letzten Endes nur zu mehr Bürokratismus führen würden, stehen wir diesen Gesetzentwürfen in der Gesamtschau allerdings im Grundsatz ablehnend gegenüber.

### **Bewertung der einzelnen Gesetzentwürfe:**

#### **A. Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE**

Dieser Gesetzentwurf für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge entspricht weitgehend, bis auf marginale Änderungen, dem vom 20. November 2012 – Drucksache 18/6523 – und dem Gesetzentwurf vom 17. Dezember 2007 – Drucksache 18/1075 –. Hierzu hatte die Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern bereits am 5. November 2009 eine Stellungnahme abgegeben. Mit dieser hatte die Arbeitsgemeinschaft der Hessischen Handwerkskammern seinerzeit eine Bewertung des Gesetzentwurfes vorgenommen.

Die Ausführungen dieser Stellungnahme treffen grundsätzlich auch für den nunmehr vorliegenden Gesetzentwurf zu. Eine Kopie der seinerzeitigen Stellungnahme ist daher in der Anlage beigelegt.

#### **B. Gesetzentwurf der Fraktion der SPD**

Als Ziel des Gesetzes ist vor allem die Verankerung von sozialen, ökologischen und arbeitnehmerschützenden Belangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vorgesehen, welche sämtlich vergabefremde Aspekte sind. Die Einführung solcher vergabefremden Kriterien in das Vergaberecht ist grundsätzlich abzulehnen, da sie für die bietenden Betriebe lediglich mit weiteren Auflagen und Erschwernissen verbunden ist, damit letztlich zu mehr Bürokratie führt und gerade für kleine Betriebe die gewünschte Beteiligung an öffentlichen Aufträgen noch mehr behindert. Diese vergabefremden Aspekte sind zwar für sich genommen überwiegend politisch wünschenswerte Ziele, gehören jedoch nicht in das Vergaberecht, das ohnehin schon sehr kompliziert und überfrachtet ist.

Darüber hinaus sieht der SPD-Entwurf eine von uns strikt abgelehnte deutliche Reduzierung der bestehenden Vergabefreigrenzen vor, wobei die Ausgestaltung im Detail sehr kompliziert erfolgt.

### **§ 1 Zweck des Gesetzes**

Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sollen soziale, ökologische und arbeitnehmerschützende Belange berücksichtigt werden. Hierbei handelt es sich um vergabefremde Aspekte, deren Übernahme in das Vergaberecht aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten heraus abzulehnen ist.

### **§ 2 Sachlicher Anwendungsbereich**

Vorgesehen ist die Geltung der gesetzlichen Regelungen ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000 Euro netto, sowohl für Bau-, als auch für Liefer- und Dienstleistungsaufträge. Die geplante Einführung eines weiteren Schwellenwertes, ab dem erhöhte Anforderungen an die Bieter gelten und von diesen weitere Nachweise zu erbringen sind, führt nach unserer Ansicht lediglich dazu, dass das ohnehin bereits schwer zu überschauende Vergaberecht noch komplizierter wird, weil wiederum weitere zu beachtende Vorschriften hinzutreten und zudem auf Seiten der Bieter weiterer Bürokratieaufwand erforderlich ist.

Darüber hinaus werden die bislang geltenden Freigrenzen für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben erheblich reduziert, wobei die konkrete Ausgestaltung der Freigrenzen sehr kompliziert geregelt wird.

So sollen nach dem vorliegenden Entwurf zukünftig unterschiedliche Freigrenzen gelten für die Beschaffungsstellen des Landes sowie sonstiger öffentlicher Auftraggeber einerseits und kommunaler Auftraggeber andererseits.

Desweiteren soll die Freigrenze nur noch bei Beschaffungen des Landes und hier lediglich für beschränkte Ausschreibungen gelten, für freihändige Vergaben sind überhaupt keine Freigrenzen mehr vorgesehen. Diese Differenzierung zwischen Vergabestellen des Landes und solchen der Kommunen ist abzulehnen. Gleiches gilt für die vorgesehene erhebliche Reduzierung, da sich die bestehenden Vergabefreigrenzen sowohl für beschränkte Ausschreibungen als auch für freihändige Vergaben aus Sicht des Handwerks als sinnvoll erwiesen und bewährt haben. Dies ist ein nicht unerhebliches Steuerungsinstrument, mit dem eine bessere Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen gerade auch des Handwerks erreicht werden kann. Wir sehen daher keine Notwendigkeit die Vergabefreigrenzen herabzusetzen .

Die in Absatz 3 vorgesehene Verweisung auf die Regelung der VOB/A beziehungsweise VOL/A in der Fassung des Jahres 2009 kann unseres Erachtens unterbleiben, da sich deren Geltung bereits aus dem Haushaltsrecht in Verbindung mit der VOB/A beziehungsweise VOL/A ergibt. Darüber hinaus werden die Vergabe- und Vertragsordnungen VOB und VOL regelmäßig vom deutschen Vergabe- und Vertragsausschuss überarbeitet, so dass sich eine gesetzliche Verweisung nicht auf eine bestimmte Fassung eines Jahres, sondern auf die jeweils aktuell geltende Fassung beziehen sollte.

### § 3 Persönlicher Anwendungsbereich

Hier ist aus Sicht des Handwerks zu monieren, dass die Eigenbetriebe der Kommunen nicht mehr genannt sind, so dass sie den Regelungen des Vergaberegimes nicht mehr unterliegen würden.

### § 4 Mittelstandsförderung

Die Verpflichtung der Auftraggeber, kleinere und mittlere Unternehmen im Rahmen beschränkter Ausschreibungen und freihändiger Vergaben zur Angebotsabgabe aufzufordern, wird seitens des hessischen Handwerks ausdrücklich begrüßt. Gleiches gilt für die in Absatz 2 enthaltene Verpflichtung zur Teilung der Leistungen in Fach- und Teillose und der Ausgestaltung der Verdingungsunterlagen derart, dass sich kleinere und mittlere Unternehmen beteiligen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.

Abzulehnen ist allerdings die in Absatz 3 enthaltene Formulierung, dass Bekanntmachungen **zusätzlich** in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank erfolgen sollten. Dies führt zu einer deutlichen Abschwächung gegenüber der derzeitigen Rechtslage, wonach solche Bekanntmachungen verpflichtend in der Hessischen Ausschreibungsdatenbank erfolgen müssen. Die Hessische Ausschreibungsdatenbank hat sich in der Praxis bewährt und gibt sowohl Bewerbern als auch den Vergabestellen die Möglichkeit, sich auf einfachem Weg und ohne größeren Aufwand kostenlos über Ausschreibungen zu informieren beziehungsweise diese zu veröffentlichen.

Die vorgesehene Regelung läuft de facto darauf hinaus, dass sich ein Interessent wieder mittels verschiedenster Medien und Quellen über laufende Ausschreibungsverfahren informieren muss. Dies ist mit erheblichem Aufwand verbunden, der sich gerade auf kleinere und mittlere Unternehmen negativ auswirkt.

Diese Klausel ist daher aus unserer Sicht nicht als mittelstandsfördernd, sondern als mittelstandsfeindlich zu bezeichnen.

### §§ 5 bis 6 Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien

Die Berücksichtigung ökologischer und sozialer Belange sowie der ILO-Kernarbeitsnormen in allen Phasen des Vergabeverfahrens stellt sich wiederum als die Einführung vergabefremder Aspekte dar, deren Geltung im Vergaberecht aus ordnungspolitischen Gründen abgelehnt wird.

Ohnehin besteht bereits nach der derzeitigen Rechtslage im Rahmen der Angebotsauswertung die Möglichkeit, sowohl soziale als auch insbesondere ökologische Aspekte in hinreichendem Maße als Wertungskriterium berücksichtigen zu können, wenn dies zuvor in der Bekanntmachung erfolgt ist. Insoweit verweisen wir auf § 16 Absatz 6 Nummer 3 VOB/A beziehungsweise § 16 Absatz 8 VOL/A.

### **§§ 7 bis 9 Auswahlverfahren**

Die hier im Entwurf enthaltenen Regelungen finden sich in ähnlicher Form bereits in den Paragrafen der VOB/A beziehungsweise VOL/A wieder und erscheinen deshalb entbehrlich. Durch die Festschreibung, vor allem bei der in § 7 geregelten Auswahl der Bieter nach Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit werden mittelständische Belange berücksichtigt, was wir begrüßen. Dies gilt auch für die Erteilung des Zuschlags auf das „wirtschaftlichste“ Angebot. Kritisch sehen wir allerdings die an einigen Stellen auch hier immer wiederkehrende Absicht, vergabefremde Aspekte festzuschreiben.

### **§ 10 Tariftreue, Entgeltgleichheit und Mindestentgelt**

Die Einführung einer Mindestlohnregelung und der Tariftreue wird im hessischen Handwerk ambivalent beurteilt. Einerseits werden hierin bei allem Verständnis für politisch wünschenswerte Ziele vergabefremde Aspekte gesehen, die aus ordnungspolitischen Gründen abzulehnen sind, andererseits wird insbesondere von den hessischen Fachverbänden das Argument in den Vordergrund gestellt, dass gerade auch bei öffentlichen Ausschreibungen nur Unternehmen berücksichtigt werden sollten, die sich an die für den Ort der Leistungserbringung geltende tarifvertraglich vereinbarte Entlohnung halten.

### **§ 11 Nachweise**

Die Vorschrift fordert eine Bescheinigung aus dem Präqualifizierungsverzeichnis ausschließlich des Vereins für die Qualifizierung von Bauunternehmen e.V., ansonsten hat der Bieter die entsprechenden Einzelnachweise der jeweiligen Sozialversicherungsträger etc. vorzulegen. Dies ist abzulehnen, da es neben dem Verein für die Qualifizierung von Bauunternehmen auch andere amtlich anerkannte Präqualifizierungsstellen gibt, deren Bescheinigungen dann jedoch nicht mehr zulässig wären. Dies träfe insbesondere für das hessische Präqualifizierungsregister der Auftragsberatungsstelle Hessen e.V. zu, welches bereits seit vielen Jahre existiert, anerkannt ist und sich bewährt hat. Des Weiteren fehlt die Möglichkeit der Abgabe von Eigenerklärungen durch die Bieter, wie sie nach der VOB/A und der VOL/A zugelassen ist.

### **§ 12 Nachunternehmerinsatz**

Die Bezeichnung der Nachunternehmerleistungen durch den Bieter bereits bei Angebotsabgabe ist positiv zu sehen. Gleiches gilt für die Verpflichtung der Auftragnehmer gemäß Absatz 4, bevorzugt kleinere und mittlere Unternehmen zu beteiligen, die VOL/A beziehungsweise VOB/A zu vereinbaren und den Nachunternehmern keine ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen als zwischen dem Auftragnehmer selbst und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind.

**§§ 13 bis 15** Berufliche Erstausbildung, Berücksichtigung von Umweltkriterien, Berücksichtigung von sozialen Kriterien: Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern sowie zur Vereinbarkeit von Familie und Beruf

Diese Vorschriften sind zwar lediglich als „Soll“- beziehungsweise „Kann“-Vorschriften ausgestaltet, jedoch handelt es sich bei den vorgenannten Gesichtspunkten sämtlich um vergabefremde Kriterien, deren Einführung in das Vergaberecht ordnungspolitisch nicht geboten ist.

### **§ 16 Wertung unangemessen niedriger Angebote**

Die Statuierung einer Prüfpflicht des Auftraggebers bei unangemessen niedrigen Angeboten, das heißt solchen, bei denen eine mindestens 10-prozentige Differenz zum nächst höheren Angebot besteht, wird seitens des hessischen Handwerks begrüßt. Im Rahmen dessen ist die Kalkulation zu prüfen.

### **§ 17 Wertungsausschluss**

Die hier enthaltene Möglichkeit des Ausschlusses von der Wertung aufgrund fehlender Nachweise ist, im Vergleich zum zwingenden Ausschluss nach der VOB/A beziehungsweise der VOL/A, das mildere Mittel. Andererseits widerspricht sie diesen Regelungen jedoch und führt dadurch zur Rechtsunsicherheit für Auftraggeber und Auftragnehmer.

### **§ 18 Sicherheitsleistung bei Bauleistungen**

Die vorgesehene Einführung einer Vertragserfüllungssicherheit bei Bauleistungsaufträgen ab einem Volumen von mehr als 250.000 Euro netto schränkt die Liquidität der ausführenden Unternehmen unnötig ein. Gleiches gilt für die vorgesehene Gewährleistungssicherheit bei Aufträgen ab 250.000 Euro netto Auftragswert. Letztlich ist die Vereinbarung von Sicherheiten eine Verhandlungsangelegenheit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer und sollte daher den handelnden Beteiligten überlassen bleiben, nicht jedoch gesetzlich vorgegeben werden.

### **§ 20 Prüfbehörde**

Die gemäß dem Entwurf vorgesehene Einrichtung einer Prüfbehörde beim Hessischen Wirtschaftsministerium oder einer ihr nachgeordneten Behörde ist aus Gründen der Kosten und des Verwaltungsaufwandes abzulehnen und zeigt lediglich, dass mit der Einführung vergabefremder Kriterien der Bürokratieaufwand ganz erheblich steigt, die Vergabeverfahren selbst jedoch keineswegs dadurch effektiver, schneller und transparenter werden, welches das eigentliche Ziel vergaberechtlicher Bestimmungen sein sollte. Überdies gibt es bereits mit den bestehenden Hauptzollämtern eine Kontrollinstanz, welche Verstöße gegen die in Absatz 8 Nummern 2 bis 11 genannten Gesetze überprüfen.

### **§ 21 Sanktionen**

Die hier vorgesehene Sanktionierung in finanzieller Hinsicht mittels einer Vertragsstrafe bis zu 10 % halten wir vor dem Hintergrund, dass auch im sich anschließenden Bauvertrag regelmäßig eine Vertragsstrafe in Höhe von 5 % für zeitliche Verzögerungen vereinbart wird und sich die Gesamthöhe somit auf bis zu 15 % der Auftragssumme belaufen könnte, für zu hoch angesetzt. Insbesondere wäre dies der Fall, wenn sich der beauftragte Hauptunternehmer redlich verhält, der von ihm wiederum beauftragte Nachunternehmer oder dessen Nachunternehmer den Verstoß begeht.

### **§§ 22 bis 23 Informations- und Wartepflicht / Eröffnung des Verwaltungsrechtswegs unterhalb der Schwellenwerte**

Die hier vorgesehene Statuierung von Informations- und Wartepflichten ebenso wie bei EU-weiten Vergaben sowie die Eröffnung des Rechtswegs unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB ist grundsätzlich zu begrüßen, da effektiver Rechtsschutz für die Bieter bei vergaberechtlichen Verstößen durch die öffentlichen Auftraggeber nach der derzeitigen Rechtslage faktisch nicht besteht. Insbesondere kann die Erteilung des Zuschlags für die Aufträge unterhalb der Schwellenwerte durch einen Bieter nicht verhindert werden, da derzeit keine Rechtsmittel mit Suspensivwirkung zur Verfügung stehen. Momentan ist auch nicht abzusehen, ob und wann der vergaberechtliche Bundesgesetzgeber hier tätig werden wird.

Wenn jedoch, auch unterhalb der Schwellenwerte, der Rechtsweg für den Bieter eröffnet werden soll, so sollte die Zuständigkeit dann jedoch nicht in den Händen der Verwaltungsgerichtsbarkeit liegen, sondern stattdessen auf den Erfahrungsschatz der bereits mit vergaberechtlichen Fragestellungen betrauten Vergabekammern zurückgegriffen werden. Andernfalls würde dies zu einer Rechtswegzersplitterung führen, je nachdem ob es sich um ein Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte oder oberhalb der Schwellenwerte handelt, bei denen zunächst die Vergabekammern und in zweiter Instanz die Oberlandesgerichte zuständig sind.

## **C. Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU und BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN**

Der vorliegende Entwurf ist in der Gesamtschau positiv zu bewerten, denn er enthält wichtige mittelstandsgerechte inhaltliche Elemente. Gleichwohl sehen wir die erweiterte Festbeschreibung sozialer und ökologischer Kriterien kritisch, da es sich hierbei um vergabefremde Aspekte handelt, deren Verankerung im Vergaberecht das hessische Handwerk ablehnt. Denn dies wird lediglich zu mehr Bürokratieaufwand für die Betriebe, nicht jedoch zu gerechteren und effektiveren Beschaffungsvorgängen führen.

### **§ 1 Anwendungsbereich**

Dass neben den Beschaffungsvorgängen der Länder, der Kommunen und der kommunalen Zweckverbände auch weiterhin die Beschaffungsvorgänge der kommunalen Eigenbetriebe erfasst werden, sehen wir positiv. Des Weiteren können wir der Regelung zustimmen, dass die Vorgaben des Hessischen Vergabegesetzes einheitlich ab einem Auftragswert von 10.000 Euro netto gelten sollen.

Zu kritisieren sind jedoch die in Absatz 5 Satz 3 festgelegten Ausnahmen. Dies führt dazu, dass europaweite Ausschreibungen nicht mehr in der Hessischen Ausschreibungsbank HAD bekannt zu machen sind, welches zu einer deutlichen Einschränkung gegenüber der jetzigen Rechtslage führt, wonach **alle** durchzuführenden Ausschreibungen und andere Bekanntmachungen in der HAD veröffentlicht werden. Für Interessenten und Bieter führt dies dazu, dass sie letztlich in mindestens zwei Datenbanken beziehungsweise Medien nach für sie relevanten Ausschreibungsverfahren suchen müssen, anstatt wie bisher lediglich die HAD hierfür zu nutzen.

Gerade für kleine Handwerksbetriebe bedeutet dies einen erhöhten Zeitaufwand, zumal die Recherche in der europäischen Ausschreibungsdatenbank TED im Vergleich zur HAD wesentlich komplizierter und aufwendiger ist. Bereits nach bisheriger gesetzlicher Lage stellt die HAD durch eine Verknüpfung mit der europäischen Ausschreibungsdatenbank TED die Recherche von Bewerbern nach europaweiten Ausschreibungen als auch deren Einstellen durch öffentliche Auftraggeber sicher. Bundesrecht steht hier ebenfalls nicht entgegen, da weder das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) noch § 14 der Vergabeverordnung Vorgaben hinsichtlich der Bekanntmachungsmedien enthalten.

Insoweit sprechen wir uns für eine Beibehaltung der bisherigen Regelung, dass alle durchzuführenden Ausschreibungen und andere Bekanntmachungen in der HAD zu veröffentlichen sind, aus, weil wir dies für mittelstandsgerechter halten. Wir plädieren insoweit dringend für eine Streichung des § 11 in Absatz 5 Satz 3 des Anwendungsbereichs, da die bisherige Regelung der HAD als Pflichtbekanntmachungsplattform für alle hessischen Ausschreibungen ein ausgesprochen positiver Umstand ist, der keinesfalls aufgeweicht werden sollte.

## § 2 Allgemeine Grundsätze, Verfahren

Die Verpflichtung, öffentliche Aufträge in transparenten und wettbewerblich fairen Verfahren durchzuführen, begrüßen wir ebenso wie die Regelung, dass eine Nichtteilnahme an einer Ausschreibung keinerlei negative Konsequenzen bei weiteren zukünftigen Vergabeverfahren haben darf. Die fortbestehende Statuierung der Unzulässigkeit, ortsansässige oder in der Region ansässige Unternehmen zu bevorzugen, ist ebenfalls sehr zu begrüßen, um so Wettbewerbsverzerrungen vorzubeugen und sogenanntes „Hoflieferantentum“ zu vermeiden. Des Weiteren erachten wir die in Absatz 6 festgeschriebene fortlaufende und vollständige Dokumentation des Vergabeverfahrens, unter Berücksichtigung der mittelständischen Interessen, für akzeptabel. So lässt sich unseres Erachtens die notwendige Transparenz von Vergabeverfahren sinnvoll erreichen.

## § 3 Soziale, ökologische und innovative Anforderungen, Nachhaltigkeit

Der Gesetzentwurf gibt dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit der Berücksichtigung von sozialen, ökologischen, umweltbezogenen und innovativen Anforderungen. Wir werten diese zusätzlichen Anforderungen als vergabefremde Aspekte, sehen in der konkreten Ausgestaltung aber auch positive Aspekte. Hierzu gehört, dass die Berücksichtigung dieser Belange den öffentlichen Auftraggebern freigestellt wird und eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand bestehen muss.



**§ 4 bis 9** Tariftreuepflicht, Mindestentgelt, Tariftreue- und sonstige Verpflichtungserklärungen, Nachunternehmen, Verleihunternehmen, Nachweise und Kontrollen

Die vorgesehene Regelung in § 4 Abs. 1 entspricht im wesentlichen der Regelung des § 3 Abs. 1 des geltenden hessischen Vergabegesetzes. Hiernach sind Unternehmen verpflichtet, die für sie geltenden gesetzlichen, aufgrund eines Gesetzes festgesetzten und unmittelbar geltenden tarifvertraglichen Leistungen zu gewähren. Die Fortschreibung dieser Regelung ist für uns weiterhin akzeptabel, wobei wir in diesem Zusammenhang auf unsere Ausführungen hinsichtlich einer ambivalenten Beurteilung von Tariftreueverpflichtungen und Mindestentgeltregelungen zu § 10 des Gesetzentwurfs der SPD-Fraktion verweisen.

Die in § 7 erfolgte Festschreibung, dass in der HAD einheitliche Muster für die Abgabe der Tariftreue und sonstigen Verpflichtungserklärungen bekannt zu geben und diese zu verwenden sind, beurteilen wir positiv. Allerdings sollte die Verpflichtung zur Anwendung auch auf Gemeinden und Gemeindeverbände sowie Eigenbetriebe erstreckt werden, um unterschiedliche Muster zu vermeiden.

**§ 10** Vergabearten

Um mehr Wettbewerb zu erreichen und um zu vermeiden, dass dieselben Unternehmen mehrfach angefragt werden, sollte bei beschränkten Ausschreibungen und freihändigen Vergaben eine Streuung der Anfragen zur Angebotsabgabe in Absatz 3 aufgenommen werden. Verhandlungen bei freihändigen Vergaben stehen wir kritisch gegenüber.

Des Weiteren ist in Absatz 5 Satz 2 vorgesehen, dass mehrere Gewerke zusammengefasst werden können. Eine solche Regelung lehnen wir nachdrücklich ab, weil sie der von uns gewünschten Vergabe nach Losen widersprechen und stattdessen das Generalunternehmertum unterstützen würde. Wir fordern deshalb ausdrücklich eine Streichung dieser Formulierung.

Die in Absatz 8 vorgesehene Erstellung einheitlicher Muster für Vergabeverfahren begrüßen wir stattdessen, um den bürokratischen Aufwand für die teilnehmenden Betriebe so gering wie möglich zu halten. Allerdings sollte die Ausgestaltung dergestalt erfolgen, dass auch den Gemeinden und Gemeindeverbänden die verpflichtende Anwendung der Muster auferlegt wird.

**§ 11** Bekanntmachung, Wettbewerb

Wie bereits zu § 1 kritisch angemerkt, sprechen wir uns gegen eine Beschränkung der Bekanntmachungen auf rein nationale Ausschreibungen, die in der HAD veröffentlicht werden sollen, aus. Wir plädieren insoweit für eine Beibehaltung der bisherigen Bekanntmachungsregelung. Darüber hinaus halten wir die Ausweitung der Aufforderung zur Angebotsabgabe von 3 auf 5 geeignete Unternehmen zur Stärkung des Wettbewerbsgedankens für akzeptabel.

## **§ 12 Fördergrundsätze**

Die Festschreibung des Grundsatzes der Fach- und Teillosvergabe von Leistungen ist ebenso wie die Zulassung von Bieter- und Arbeitsgemeinschaften sowie die Pflicht zur Benennung von Nachunternehmern bereits bei Angebotsabgabe positiv zu bewerten, da hierdurch intransparente Subunternehmerketten verhindert werden können.

## **§ 13 Nachweis der Eignung, Präqualifikation**

Wir befürworten, dass Eignungsnachweise nur soweit gefordert werden sollen wie dies sachlich gerechtfertigt ist. Eigenerklärungen sind, wie nach der VOB/A und der VOL/A, ebenfalls zulässig. Zu begrüßen ist, dass anstelle vieler Einzelnachweise die entsprechenden Bieter auch eine Präqualifikationsbescheinigung vorlegen können. Insoweit begrüßen wir es, dass hier alle bekannten Präqualifikationsstellen genannt sind.

## **§ 14 Öffentlich private Partnerschaften**

Dem Grundsatz in Absatz 1, dass Vergaben in öffentlich-privater Partnerschaft so zu planen sind, dass mittelständische Unternehmen sich an dem Projekt beteiligen können, stimmen wir zu. Ebenso ist die vorgesehene Aufteilung in Lose und Gewerke positiv.

Wir empfehlen des Weiteren die Möglichkeit des vorzeitigen Ausscheidens mittelständischer Unternehmen aus der Projekt- oder Betriebsgesellschaft gemäß Absatz 3 vorzusehen.

Ebenso erachten wir die Möglichkeit des Forderungsverkaufes als außerordentlich positiv, wobei der öffentliche Auftraggeber einen Einredeverzicht erklären kann. Gerade dies dürfte die notwendige Vorfinanzierung für mittelständische Unternehmen erheblich erleichtern und zu günstigeren Finanzierungsbedingungen führen.

Wir begrüßen es zudem, dass ÖPP-Projekte nur bei einem nachgewiesenen Wirtschaftlichkeitsvorteil durchgeführt werden dürfen, wobei die Festlegung bestimmter Kriterien für die Wirtschaftlichkeitsuntersuchungen und die Vorgabe einheitlicher Standard- und Rechenmodelle für die Wirtschaftlichkeitsberechnung positiv zu sehen ist.

## **§ 15 Vergabefreigrenzen**

Die vorgesehene Fortschreibung der Vergabefreigrenzen für beschränkte Ausschreibungen und freihändige Vergaben bei Bauleistungen beziehungsweise Aufträgen über Lieferungen und Leistungen begrüßen wir sehr. Damit wird einem zentralen Anliegen des hessischen Handwerks Rechnung getragen. Wir verweisen insoweit auf die bisherigen positiven Erfahrungen aufgrund der Geltung des bisherigen Hessischen Vergabegesetzes als auch zuvor des Vergabeerlasses.

Die Notwendigkeit einer ausführlichen und nachvollziehbaren Dokumentation der Vergabeverfahren bewerten wir ebenfalls positiv, um die notwendige Transparenz solcher Vergaben zu erzielen.

Die auch hier wieder auftretende Formulierung „werden mehrere Gewerke zusammengefasst, erhöhen sich die genannten Auftragswerte nicht.“ in Absatz 1 Satz 2 lehnen wir entschieden ab. Eine solche Regelung würde nachhaltig der von uns ausdrücklich gewünschten kleinteiligen Vergabe nach Losen widersprechen und lediglich die Vergabe an Generalunternehmer begünstigen. Dies läuft den Interessen der kleinen und mittleren Unternehmen ausdrücklich zuwider. Wir plädieren daher für eine vollständige Streichung dieses Satzes.

Stattdessen sollte vielmehr die Anwendung der Vergabefreigrenzen bei beschränkten Ausschreibungen und freihändiger Vergabe für alle Auftraggeber verpflichtend vorgesehen werden.

### **§ 16** Urkalkulation, Zwei-Umschlagsverfahren

Ab bestimmten Schwellenwerten sollen Bieter mit einem auffallend niedrigem Angebot die Urkalkulation einreichen. Obwohl wir dieser Vorgehensweise zur Vermeidung von Wettbewerbsverzerrungen grundsätzlich beipflichten, regen wir an, genauer zu formulieren, wann ein auffällig niedriges Angebot vorliegt.

Diesbezüglich bietet es sich unseres Erachtens an, auf die Formulierung in § 17 Absatz 2 zurückzugreifen, um demzufolge bei einer Abweichung von mehr als 10 % zum nächst höheren Angebot von einem auffallend niedrigen Angebot auszugehen ist, welches dann genauer zu prüfen ist.

### **§ 17** Zuschlag, Preise

Wir begrüßen es sehr, dass gesetzlich festgeschrieben wird, dass der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot, jedoch nicht auf den niedrigsten Preis allein erfolgen soll. Gleiches gilt bei einer Abweichung von mehr als 10 % eines Angebots auf das der Zuschlag erfolgen soll, zum nächst höheren Angebot.

### **§ 18** Vertragsstrafe, Sperre

Es obliegt der Verhandlung der Parteien, ob diese eine Vertragsstrafe vereinbaren wollen oder nicht und sollte daher diesen überlassen bleiben. Insoweit sollte die Formulierung „Soll-“ durch eine „Kann-Bestimmung“ ersetzt werden.

### **§ 19** Zahlungen

Wichtig und richtig ist nach unserer Ansicht die vorgesehene Regelung, dass fällige Zahlungen spätestens 30 Kalendertage nach Zugang der Rechnung zu leisten sind. Gerade für kleinere und mittlere Betriebe haben die langen Zahlungsfristen öffentlicher Auftraggeber in der Vergangenheit zu erheblichen Liquidationsproblemen geführt, die sich auf diese Weise deutlich verringern lassen. Von besonderem Interesse für mittelständische Unternehmen ist auch die in Absatz 2 vorgesehene Möglichkeit der Teilabnahmen als notwendige Voraussetzungen für die Forderungsfälligkeit, um die Liquidität der Betriebe zu stärken.

Zu unterstützen ist des Weiteren, dass diese Verpflichtungen auch gegenüber Nachunternehmern gelten sollen. Die in Absatz 5 vorgesehene Möglichkeit der Direktzahlung an Gläubiger des Auftragnehmers ist unseres Erachtens ebenfalls positiv zu sehen, um die Liquidität der ausführenden Unternehmen zu stärken und Stillstände auf den Baustellen der öffentlich rechtlichen Auftraggeber zu vermeiden. Der Forderung, dass der Anspruch auf Verzugszinsen weder einschränkbar noch abdingbar sein soll, schließen wir uns an.

## **§ 20 Nachprüfungsstellen**

Im Vergleich zur bisherigen Rechtslage soll die Gebührenfreiheit für Verfahren vor VOB- und VOL-Stellen entfallen und stattdessen einheitliche Kostenvorschriften in einer Rechtsverordnung vorgegeben werden. Dies stellt aus unserer Sicht eine nicht unerhebliche Hürde gerade für kleinere und mittlere Unternehmen des Handwerks dar, derartige Verfahren zur Nachprüfung vorgebrachter Verfahrensverstöße überhaupt zu beantragen. Insoweit plädieren wir für einen Beibehalt der bisherigen Gebührenfreiheit solcher Verfahren.

Des Weiteren besteht nach Absatz 4 die Möglichkeit einer Aussetzung des Vergabeverfahrens, wenn ein Nachprüfungsverfahren vor einer VOB- oder VOL-Stelle durchgeführt wird. Verpflichtend ist dies jedoch nicht, so dass hier das Risiko nach wie vor besteht, dass ein öffentlicher Auftraggeber mit der Erteilung des Zuschlages vollendete Tatsachen schaffen kann, bevor die Nachprüfungsstelle eine Prüfung und Entscheidung getroffen hat. Insofern sprechen wir uns für eine Ausgestaltung in Form einer verpflichtenden Aussetzung des Vergabeverfahrens aus.

Darüber hinaus findet sich im Gesetzentwurf keinerlei Hinweis auf Rechtsmittel der Beteiligten gegen Entscheidungen dieser Nachprüfungsstellen. Sollten solche Entscheidungen vor den Verwaltungsgerichten angegriffen werden, würde dies letztlich zu einer Rechtswegzersplitterung führen, je nachdem ob es sich um eine europaweite oder eine nationale Ausschreibung handelt. Dies sollte aus unserer Sicht vermieden werden. Sinnvoll wäre es daher, die bereits bestehenden Vergabekammern als Nachprüfungsstellen im Sinne dieses Gesetzes zu statuieren.

## **§ 21 Überprüfung der Auswirkung der Tariftreueregelung**

Die vorgesehene Evaluierungsregelung nach einem Zeitraum von 3 Jahren bewerten wir positiv.

**§ 23** Aufhebung bisherigen Rechts

Wir erachten es als sehr wichtig, dass zumindest in der Begründung des Gesetzes ausdrücklich klargestellt wird, dass mit der Novelle des Hessischen Vergabegesetzes das Hessische Mittelstandsförderungsgesetz als Artikel 1 des „Gesetz zur Förderung der mittelständischen Wirtschaft und zur Vergabe öffentlicher Aufträge“ vom 25. März 2013 auch zukünftig unverändert erhalten bleibt.

Der Hessische Handwerkstag wird bei der Anhörung des Ausschusses für Wirtschaft, Energie, Verkehr und Landesentwicklung am 11. September 2014 durch den stellvertretenden Hauptgeschäftsführer der Handwerkskammer Wiesbaden, Herrn Bernhard Mundschenk, vertreten.

Mit freundlichen Grüßen



Bernd Ehinger  
Präsident



Harald Brandes  
Geschäftsführer

**Anlage**