



Handlungsspielräume öffentlicher Auftraggeber bei der Verankerung von Vergütungskriterien in Vergabeunterlagen

**ver.di – Betriebs- und Personalrätekonferenz Abfallwirtschaft
21. - 23. März 2017 in Kassel**

Rechtsanwältin Caroline von Bechtolsheim

Übersicht

- I. Einleitung**
- II. Vorgabe einer bestimmten Vergütung als besondere Mindest-/Ausführungsbedingung von Entsorgungsausschreibungen**
- III. Verankerung von Vergütungskriterien als zusätzliches soziales Zuschlagskriterium**
- IV. Verhinderung von (Lohn-)Dumpingangeboten über sonstige Maßnahmen**

I. Einleitung (1)

Befund / Aktuelle Entwicklungen

- **negative Erfahrungen** von Kommunen bei einer Beschränkung auf **reinen Preiswettbewerb** - höhere Sensibilität / Akzeptanz für Kriterien einer sozialverträglichen Bezahlung von Arbeitnehmern in Ausschreibungen
- **Mindestlohn** in **Entsorgungsbranche** als einer der „**Vorreiter**“ **eines** bundesweiten Mindestlohns
- Wandel (vergabe-)rechtlicher **Rahmenbedingungen** zugunsten von stärker auf Sozialkriterien gerichteten Ausschreibungen
- **Soziale Zuschlagskriterien** in der EU-Richtlinie 2014/24 EU erstmals ausdrücklich genannt, ab April 2016 auch im Bundesrecht umgesetzt (§ 127 GWB, § 58 VgV)

I. Einleitung (2)

- Beobachtung: Nach wie vor drängen Unternehmen auch bei Entsorgungsausschreibungen mit besonders niedrigen Preisen auf den Markt
- **Ziel der Untersuchung: Ermittlung** von Möglichkeiten von Kommunen für die **Absicherung** und/oder die **Belohnung einer sozialadäquaten Vergütung**
 - **Motiv 1:** Stärkung der sozialen Sicherungssysteme
 - **Motiv 2:** Förderung eines hohen Leistungsniveaus
- **Verschiedene Verankerungsmöglichkeiten** im Rahmen einer (Entsorgungs-)Ausschreibung:

I. Einleitung (3)

Verankerung von Vergütungskriterien in Vergabeunterlagen

Vergütungskriterien als Mindestbedingung

Vergütungskriterien als zusätzliches soziales Zuschlagskriterium

Verhinderung Lohndumping über sonstige Maßnahmen

II. Modell 1: Vorgabe einer Mindestvergütung von Arbeitnehmern für die Auftragserfüllung

- **Mindest- bzw. Ausführungsbedingung** = Auftraggeber legt eine bestimmte Vergütungshöhe (Bruttolohn pro Monat/ Stunde) als „**K.O.-Kriterium**“ fest
- Muss von allen Bieter für die Auftragserfüllung zwingend eingehalten werden. Sonst: **Angebotsausschluss!**
- **§ 128 Abs. 1 GWB: Vergütungsniveau** nach **allgemeinverbindlichem Tarifvertrag** für die **Branche Abfallwirtschaft** i.H.v. derzeit 9,10 €/Std. gesetzlich zwingend - Verweis

Praxisempfehlung:

- ergänzende **Verankerung** der Pflicht zur Zahlung von Mindestlohn **in Besonderen Vertragsbedingungen** (BVB) → zusätzliche **vertragliche Bindung des** künftigen Auftragnehmers

II. Modell 1: Vorgabe einer Mindestvergütung von Arbeitnehmern (2)

- **Verpflichtung** der Bieter
 - auf eine **höhere Bezahlung** von Arbeitnehmern
 - **über** den **Mindestlohn** hinaus
 - in der Ausschreibung als (zwingende) **Mindestbedingung zulässig?**
 - Anknüpfungspunkt: § 128 Abs. 2 GWB („*besondere Bedingungen für die Ausführung des Auftrags*“):
 - Wortlaut und Entstehungsgeschichte sprechen **dafür**

II. Modell 1: Vorgabe einer Mindestvergütung von Arbeitnehmern (3)

- Problem: **Tarifautonomie** von Arbeitgebern & Arbeitnehmern kann nach Art. 9 GG kann im Einzelfall Vorrang einzuräumen sein
- gilt v.a., wenn **Gefahr eines Lohn-/Sozialdumpings z.B. aufgrund eines Mindestlohns oder eigener tariflicher Vereinbarungen ausgeschlossen**
 - Frage: Gesetzlicher Mindestlohn dafür ausreichend?
 - Jedenfalls sollte Kommune auf Auftragsbezug achten: Verpflichtende Vorgabe in der Ausschreibung nur für die Bezahlung von Arbeitnehmern, die auch für die Erfüllung des Auftrags eingesetzt werden

II. Vergütungskriterien als Mindest-/Ausführungsbedingung (3)

- Europäischen Gerichtshofs (EuGH): Bisherige **Rechtsprechung** deutet darauf hin, dass **Mindestvorgaben** für bestimmte **Vergütungshöhe**
 - jedenfalls bei **Ausschreibungen mit Entsenderelevanz** (Es werden zur Auftragserbringung Arbeitnehmer von einem EU-Mitgliedsstaat in den anderen entsandt)
 - **nur auf gesetzlicher Grundlage** zulässig sind.
- Argument: Sonst Verstoß gegen EU-Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie
- Es kann aber ein **Landesgesetz** ausreichen (neu!)
- ggf. andere Beurteilung, wenn **Entsendung** im Einzelfall **ausgeschlossen** bzw. unwahrscheinlich

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (1)

- Berücksichtigung einer Bezahlung von Mitarbeitern als **Zuschlagskriterium** i.S. von § 127 GWB, 58 VgV:
 - Bieter wird **nicht auf bestimmtes Niveau festgelegt**;
 - **je besser** er die von ihm zur Leistungserbringung **eingesetzten Arbeitnehmer vergütet, desto höher** die **Chance**, dass sein Angebot **Zuschlag erhält**.
- **Zuschlagskriterium** „Vergütung der einzusetzenden (gewerblichen) Arbeitnehmer“ sollte aber möglichst so **stark gewichtet werden**, dass **Preisvorteile einer niedrigen Entlohnung** der einzusetzenden Arbeitnehmer **ausgeglichen** werden können

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (2)

- Zuschlagskriterium „Vergütungshöhe der einzusetzenden gewerblichen Arbeitnehmer“ darf **nicht** auf die **allgemeine Geschäftspolitik** des Bieters **zielen**
 - **Auftragsbezug** erforderlich!
 - Also: Abfrage und Bewertung auf **tatsächlich für die Auftragserfüllung vorgesehene** (gewerbliche) Arbeitnehmer beschränken!
 - Interessierten Bietern sollte das **Bewertungsraster etc.** (Hinweise zur Gewichtung der Zuschlagskriterien, zur Methode der Bewertung) hinreichend **transparent** in **Auftragsbekanntmachung** bzw. **Vergabeunterlagen** mitgeteilt werden

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (3)

- Ein am Ausgleich der Kostennachteile orientiertes Wertungsraster setzt **Kenntnis** der Kostenstruktur in der **Branche Abfallwirtschaft** beim Auftraggeber voraus
 - Wie hoch ist in etwa der **Anteil der Lohnkosten** für die gewerblichen Arbeitnehmer an den Gesamtkosten?
 - Welchen Anteil hat welche **Vergütungsgruppe** (Fahrer/Lader)?
 - Welchen Umfang hat die **Bandbreite möglicher Lohnhöhen**?
- Auf der Grundlage dieser Kenntnisse können **spiegelbildlich** zu möglichen Kostennachteilen „**Preisab- oder aufschläge**“ auf den Wertungspreis gebildet werden

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (5)

Vergütungshöhe (gewerblicher) Arbeitnehmer als zusätzliches (soziales) Zuschlagskriterium

Differenziertes

Wertungssystem mit Auf- / und Abschlägen

Wertungssystem mit **einheitlichem Abschlag**, wenn Vergütungsniveau Höher als Mindestlohn

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (6)

Wertungssystem mit einheitlichem Abschlag

- Angebote, die die ihre für die Auftrags Erfüllung eingesetzten gewerblichen Arbeitnehmer oberhalb des Mindestlohns Entsorgungswirtschaft liegt, erhalten generell **einheitlichen Preisabschlag vom Angebotspreis**
- Problem: Nuancen werden ausgeblendet, keine Binnendifferenzierung – starke **Verzerrung** in der Angebotsreihenfolge?

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (7)

Wertungssystem mit differenziertem Abschlag

- Für die Höhe des Abschlags wird danach differenziert, wieviel der Auftragnehmer seinen einzusetzenden, gewerblichen Arbeitnehmern zahlen will
- Je **höher das Vergütungsniveau**, desto höher der **Preisabschlag** (zum Ausgleich von Mehrkosten gegenüber Bietern mit Mindestlohniveau)
- Versuch eines **Ausgleichs von Kostennachteilen** anhand von Näherungswerten

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (8)

Beispiel 1 (aus Ausschreibung 2012) – Grundlage Lohnkosten:

- z.B. Annahme: Kosten für die gewerblichen Arbeitnehmer machen 40 % des Angebotspreises aus
- Unterschiedliche Abstände der Lohnhöhen je nach Vergütungsniveau:
- Annahme: Differenz der Kosten pro Arbeitnehmer zwischen Mindestlohn zu BDE-Tarif (Eckvergütungsgruppe V): ca. 28 % der o.g. Lohnkosten,
 - Falls BDE-Tarif und höher: 11,2 % „Abschlag“ vom Angebotspreis
 - Falls mehr als 14 % oberhalb Mindestlohn bis BDE-Tarif: 5,60 % Abschlag auf den Angebotspreis

III. Bezahlung der Arbeitnehmer als soziales Zuschlagskriterium (9)

Beispiel 2 – Grundlage Stundenlohn aus Tarifvergleich ver.di:

- Spanne von Mindestlohn zu TVöD-E sehr hoch (ausgehend von Mindestlohn für Fahrer und Lader zum TVöD-E fast 70 %, ausgehend von TVöD-E zum Mindestlohn ca. 40 %)
- Dann: Bezahlung im Vergleich zu Mindestlohn bis zu 20 % höher: Keine anteiligen Abschläge vom Preis, Angebotspreis bleibt so in der Wertung
- Falls höhere Aufschläge: Prozentzahl der Höherzahlung im Vergleich zu Mindestlohn $\times 0,40$ = Abschlag auf Angebotspreis
 - Hohe Gewichtung einer guten Bezahlung von Arbeitnehmern
 - Bedeutung Vertragscontrolling!

IV. Verhinderung von (Lohn-)Dumpingangeboten über sonstige Maßnahmen

- Falls Verstoß eines Unternehmens gegen **sozial- oder arbeitsrechtliche** Verpflichtungen bekannt: Angebot des Unternehmens **kann** ausgeschlossen werden (sog. «fakultativer Ausschlussgrund», § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB)
- Bei Verstoß gegen die Zahlung von **Mindestlohn: Soll-Regelung (z.B. § 19 MiLohnG, § 21 ArbEntsG)**: Die Kommune muss **in aller Regel** ausschließen
- Außerdem: Nach § 126 GWB **Auftragssperre** von bis zu drei Jahren möglich

IV. Verhinderung von (Lohn-)Dumpingangeboten über sonstige Maßnahmen

- **Weitere Ansatzpunkte zur Verhinderung von (Lohn-)Dumpingangeboten enthält sog. Auskömmlichkeitsprüfung**
 - Auftraggeber kann ausdrücklich Einhaltung der tariflicher Mindestentgeltverpflichtungen überprüfen und ggf. vom Bieter Aufklärung verlangen (§ 60 Abs. 2 Nr. 4 VgV)
 - Kann Bieter „**Auskömmlichkeit**“ **nicht nachweisen**, ist **Angebot** schon deshalb **zwingend auszuschließen** → § 60 Abs. 3 S. 2 VgV (AG „lehnt“ das Angebot „ab“)
 - deutliche **Ausweitung Befugnisse** von Auftraggebern zum **Angebotsausschluss** bei **Nichteinhaltung tariflicher Mindestentgeltverpflichtungen** nach neuem Vergaberecht

Wir bedanken uns für Ihre Aufmerksamkeit.

Gaßner, Groth, Siederer & Coll.

Partnerschaft von Rechtsanwälten

Caroline v. Bechtolsheim

Rechtsanwältin und Partnerin

Fachanwältin für Vergaberecht

EnergieForum Berlin

Stralauer Platz 34 ■ 10243 Berlin

Tel. +49 (0) 30.726 10 26.0

Fax. +49 (0) 30.726 10 26.10

E-Mail: bechtolsheim@ggsc.de

Web: www.ggsc.de