



|                              |
|------------------------------|
| <b>Vorlage Nr.:</b> 2023/038 |
|------------------------------|

|                        |
|------------------------|
| <b>Berichtsvorlage</b> |
|------------------------|

|                   |
|-------------------|
| <b>öffentlich</b> |
|-------------------|

| Beratungsfolge | Verfasser*in  | Sitzung am |
|----------------|---------------|------------|
| Kreisausschuss | Herr Gehrmann | 27.02.2023 |
| Kreistag       | Herr Gehrmann | 06.03.2023 |

### **Bericht der Verwaltung zum Antrag der SPD-Fraktion vom 06.07.2021**

### **-Überprüfung der Vergabeverfahren bezüglich vertraglicher Regelungen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit / Einhaltung Tariftreue im Kreis Recklinghausen-**

#### **Darstellung des Sachverhaltes:**

Die Verwaltung wurde auf Initiative des Antrages der SPD-Fraktion vom 06.07.2021 und Beschluss des Kreisausschusses vom 13.08.2021 mit der Prüfung beauftragt, ob und in wie fern die für die Vergaben des Kreises geltenden Regelungen zur Bekämpfung von Schwarzarbeit und der Einhaltung der Tariftreue angepasst werden können und welche Grenzen hinsichtlich der Einflussnahme auf Vergabeverfahren rechtlich zu beachten sind.

Wie nahezu sämtliche Bereiche, war auch die Vergabestelle des Kreises in den letzten Jahren von den Auswirkungen der Corona-Pandemie betroffen. In dieser Zeit verblieb das abzuwickelnde Vergabeaufkommen unverändert. Eine zusätzliche Herausforderung ergab sich durch eine in diesem Zeitraum für die Vergabestelle ungewohnt hohe Personalfluktuations. Zwei ehemals erfahrenen Sachbearbeiter\*innen sind ausgeschieden, zwei neue Kolleg\*innen wurden in das komplexe Aufgabengebiet eingearbeitet.

Mitte des Jahres 2021 wurde bekannt, dass der Bereich des Vergabewesens ein Prüfungsschwerpunkt der überörtlichen Prüfung durch die GPA sein wird. Die zunächst vorgesehene Überarbeitung der Vergabedienstanweisung wurde daher verschoben, um die Erkenntnisse der Prüfung in die Neufassung einfließen lassen zu können.

Der Bericht der GPA wird für das zweite Quartal 2023 erwartet. Die während der Prüfung erhaltenen Rückmeldungen seitens der Prüfenden waren sehr positiv, die wenigen Anmerkungen der GPA werden in der Neufassung der Vergabedienstanweisung aufgenommen werden.

Klimpel  
Landrat

Butz  
Kreisdirektor

Lewe  
Fachbereichsleitung

Demnach sei das Vergabewesen des Kreises gut und rechtssicher organisiert. Die Reaktionen zu den konkret geprüften Vergabeverfahren haben diesen Eindruck bestätigt. Auch die in 2023 beabsichtigte Einführung einer Vergabemanagementsoftware wurde von den Prüfenden positiv bewertet.

Die folgenden Ausführungen zeigen auf, welche Maßnahmen bereits bei der letzten Anpassung der Dienstanweisung in 2019 umgesetzt wurden, welche Maßnahmen bereits für die neue Dienstanweisung konkret vorgesehen sind, für welche Maßnahmen die Umsetzbarkeit derzeit rechtlich geprüft wird und welche Maßnahmen aufgrund der Vorgaben des Vergaberechts nicht umgesetzt werden können.

#### **Maßnahmen, die bereits umgesetzt wurden:**

Die Regelungen zu den Vergaben des Kreises sind in der zuletzt im Jahr 2019 aktualisierten Vergabedienstanweisung zusammengefasst. In diesem Zuge wurden bereits verschiedene Maßnahmen zur Förderung der sozialen und ökologischen Nachhaltigkeit umgesetzt.

Bietende werden dahingehend überprüft, ob diese Verstöße gegen das Mindestlohngesetz begangen haben. Dies geschieht über Eigenerklärungen. Ab einem Auftragswert von 30.000 € (netto) werden darüber hinaus Auszüge aus dem Wettbewerbsregister angefordert. Eintragungen können den Ausschluss von sämtlichen Vergabeverfahren nach sich ziehen. In gleicher Weise werden die Bietenden auf Ordnungswidrigkeiten und Straftaten überprüft.

Bei Vergabeverfahren ab einem Wert von 25.000 € (netto) sind die Bietenden bei Bestehen eines für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages verpflichtet, ihren Beschäftigten bei der Ausführung des Auftrages tarifvertraglichen Mindestarbeitsbedingungen zu gewähren. Die vertraglichen Regelungen des Kreises sehen für eventuelle Verstöße gegen diese Vorgaben bereits Klauseln zu Vertragsstrafen vor.

Die Regelungen des Kreises enthalten ebenfalls bereits Regelungen zur Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Behinderung. Werkstätten für behinderte Menschen und Inklusionsbetriebe erhalten bei der Beurteilung der Wirtschaftlichkeit einen Wettbewerbsvorteil, in dem der angebotene Preis mit einem Abschlag von 15 % berücksichtigt wird. Sollte das Angebot eines anderen Bietenden ebenso wirtschaftlich sein, erhalten Angebote von Werkstätten für behinderte Menschen bzw. Inklusionsbetriebe den Zuschlag. Diese Regelungen können aufgrund von europarechtlichen Vorgaben jedoch nur bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte, also für nationale Vergaben, berücksichtigt werden.

#### **Maßnahmen, deren Umsetzung geplant ist:**

Noch im laufenden Jahr soll die Vergabedienstanweisung des Kreises um ökologische und soziale Aspekte ergänzt werden. Die Regelungen werden um Kriterien zur Ressourcensparsamkeit, Müllvermeidung, Recycling, Schadstoffvermeidung sowie Regionalität und Saisonalität erweitert. Beschaffungsvorhaben sollen unter Anwendung des Lebenszykluskostenansatzes sowie unter Einbeziehung von Gütezeichen (z.B. staatlich Umweltzeichen oder Siegel des Fairen Handels) erfolgen.

Darüber hinaus werden die Gleichstellung von Männern und Frauen, die Beschäftigung von Menschen mit Behinderung sowie das Verbot von Kinderarbeit bei der Erbringung der vertraglichen Leistungen hervorgehoben.

Die genannten Kriterien können allerdings nur dann in den Entscheidungsprozess einbezogen werden, wenn diese jeweils mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Andernfalls böten sich für unterlegene Bietende die Möglichkeit, Vergabeverfahren juristisch anfechten zu können.

Maßnahmen, deren Anwendbarkeit aktuell geprüft werden:

Das Bestehen von Ausbildungsplätzen soll hinsichtlich der Verwendung als Zuschlagskriterium noch abschließend im Kommunalen Netzwerk Nachhaltigkeit (KNN) besprochen und geprüft werden. Hintergrund dieser Prüfung ist die Problemlage, dass die Verwendung dieses Zuschlagskriteriums das Risiko beinhaltet, kleine und mittlere Unternehmen von der Vergabe auszuschließen. Dies soll und muss vermieden werden, da hiervon neben anderen auch ortsansässige Betriebe betroffen wären. Darüber hinaus verbietet sich eine Diskriminierung von kleineren und mittleren Unternehmen, da deren Interessen gemäß § 97 Absatz 4 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) vornehmlich zu berücksichtigen sind.

Die Berücksichtigung der Kernarbeitsnormen der Internationalen Labour Organisation (ILO) soll ebenfalls im Rahmen des KNN abgestimmt werden. Es ist derzeit noch nicht abschließend geklärt, ob bzw. unter welchen Umständen ein Auftraggeber bei Liefer-, Bau- oder Dienstleistungsaufträgen, bei denen Waren eingesetzt werden, verlangen darf, dass keine Waren verwendet werden, die unter Missachtung der Mindeststandards der ILO – Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt wurden.

Bedenken gegen eine solche Forderung bestehen aufgrund mangelnder Transparenz und mangelnder Verhältnismäßigkeit derartiger Anforderungen. So wird in der Fachliteratur darauf hingewiesen, dass eine konsequente Anwendung z.B. zu dem Verbot führe, in der Volksrepublik China hergestellte Waren zu liefern. Weiterhin wird darauf verwiesen, dass auch die Verwendung einer nach Deutschland völlig legal importierten Ware nur schwer als eine schwere Verfehlung qualifiziert werden kann, die die Integrität eines Unternehmens in Frage stellt.

#### **Maßnahmen, deren Umsetzung nicht empfohlen werden kann:**

Bei der Umsetzung neuer Regularien in Vergabeverfahren ist es von besonderer Bedeutung, die bestehenden rechtlichen Vorschriften zu beachten. Vorgaben die keine oder keine hinreichende Verbindung zum Auftragsgegenstand besitzen, sind gemäß § 127 Absatz 3 GWB rechtlich unzulässig. Neue Vergaberegeln dürfen ebenso wenig dazu führen, dass einzelne Unternehmen unrechtmäßig diskriminiert, also ausgeschlossen werden. Wegen des bei Vergaben hohen Prozessrisikos ist eine gründliche Prüfung neuer Vergabevorgaben hinsichtlich der Rechtmäßigkeit, Zweckmäßigkeit und letztlich auch der Prüf- und Kontrollierbarkeit unerlässlich.

Neben rechtlichen Fragestellungen ergeben sich bei der Ausgestaltung der Vergabeverfahren immer auch Auswirkungen auf die Anzahl der eingehenden Angebote. Je detaillierter die zu erfüllenden Voraussetzungen sind, desto weniger

Unternehmen beteiligen sich an den Vergabeverfahren. Sicher ist dies kein alleiniger Grund, auf einzelne Vorgaben zu verzichten. In der gegenwärtigen Gesamtlage fällt die Resonanz auf Ausschreibungen jedoch bereits spürbar geringer aus, teilweise müssen Ausschreibungen aufgrund fehlender Angebote wiederholt werden. Daher ist ein sorgfältiger Abwägungsprozess vor der Einführung neuer Vergaberegeln unerlässlich.

Vor diesem Hintergrund fand, wie von der SPD Kreistagsfraktion angeregt, ein Austausch mit den Vergabestellen des Landschaftsverbands Westfalen-Lippe sowie der Stadt Köln statt. Neue Erkenntnisse haben sich für die Kreisverwaltung hieraus nicht ergeben. Seitens der Stadt Köln wurde berichtet, dass dortige Ausschreibungen ebenfalls teilweise ohne Angebote enden.

Die aufgeführten Gründe führen dazu, dass die Verwaltung gegenwärtig einzelne neuen Maßnahmen nicht verfolgt und deren Umsetzung nicht empfehlen kann. Bei einer ausschließlichen Zulassung von Unternehmen mit sozialversicherungspflichtig beschäftigtem Personal würde ein unzulässiger Eingriff in die unternehmerische Sozialpolitik eines Unternehmens vorliegen (Gesetzesbegründung zu § 58 Vergaberechtsmodernisierungsverordnung, Bundesrat Drucksache 87/16). Diesbezügliche Vorgaben besitzen keine Verbindung zum Auftragsgegenstand, ähnlich der Beschäftigung von Frauen und Männern zu gleichen Teilen im Unternehmen oder dem Vorhandensein von Betriebsräten. Insbesondere kleinere und mittlere Handwerksbetriebe verfügen oftmals über keine Betriebsräte und könnten hier benachteiligt werden.

Ausschließlich Angebote von Unternehmen zu bezuschlagen, die tariftreu sind, würde ebenfalls einen unzulässigen Eingriff in die unternehmerische Sozialpolitik eines Unternehmens bedeuten. Bei derart global gefassten Ausschlusskriterien liegt gemäß herrschender Meinung ebenfalls keine Verbindung zum Auftragsgegenstand vor.

Insgesamt ist die Verwendung von sozialen Eignungskriterien oder Mindestanforderungen besonders kritisch zu sehen, da solche Anforderungen bereits den Zugang zum öffentlichen Auftrag sperren. Unternehmen, die die betreffenden politisch motivierten Anforderungen nicht erfüllen (weil Ihre privaten Kunden dergleichen nicht verlangen), werden somit am stärksten durch derartige Anforderungen betroffen. Das Vergaberecht erlaubt deshalb auch nur ganz eingeschränkt politische Implikationen.

Auch hier ist anzumerken, dass sich derartige Auflagen spürbar auf die Anzahl eingehender Angebote auswirken würden.