

15.06.2016

# Gesetzentwurf

der Landesregierung

**Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG - NRW)**

## A Problem und Ziel

Mit dem TVgG – NRW in der aktuellen Fassung vom 10. Januar 2012 (TVgG – a.F.) hat der Landesgesetzgeber eine umfassende Regelung zur Berücksichtigung strategischer Vergabeziele normiert. Neben der Tariftreue im Anwendungsbereich des Arbeitnehmerentendegesetzes, der Bindung an einen repräsentativen Tarifvertrag im ÖPNV und einem Vergabemindestlohn zielt das Gesetz zudem auf die Beachtung von Umweltkriterien, ILO-Kernarbeitsnormen sowie der Frauenförderung und der Förderung der Vereinbarkeit von Familie und Beruf ab. Damit soll das Gesetz u.a. die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand für eine sozialverträgliche, umweltfreundliche, energieeffiziente, gleichstellungs- und integrationsfördernde sowie mittelstandsfreundliche Ausgestaltung von Vertragsbeziehungen verdeutlichen und umsetzen.

Gemäß § 22 TVgG – a.F. ist die Landesregierung spätestens vier Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes verpflichtet, dem Landtag eine wissenschaftliche Evaluierung der Wirkungen insbesondere hinsichtlich Effizienz und Zielerreichung vorzulegen. Dieser Verpflichtung ist die Landesregierung durch Vorlage des Evaluierungsberichts der Beratungsgesellschaft Kienbaum Management Consultants GmbH vom 29.02.2015 nachgekommen. Ein wesentliches Ergebnis der Evaluierung ist, dass sowohl bei den Vergabestellen als auch bei den Unternehmen eine grundsätzliche Befürwortung und Akzeptanz in Bezug auf die Ziele des TVgG – a.F. besteht. Obwohl sich bislang nur wenige konkret messbare Wirkungen für die Erreichung der einzelnen Ziele des TVgG – a.F. feststellen lassen, werden die dem TVgG – a.F. zugrundeliegenden Leitgedanken grundsätzlich von den Beteiligten am Vergabeverfahren unterstützt. Gleichwohl stellte sich im Rahmen der Erhebung heraus, dass sowohl für die Vergabestellen als auch für die Unternehmen Mehraufwände durch das TVgG – a.F. begründet worden sind und sich die Zahl der Teilnehmer am Wettbewerb teilweise verringert hat. Zudem bestehen für die Beteiligten an Vergabeverfahren Schwierigkeiten in der Anwendung, laut Evaluierungsergebnis auf Seiten der Unternehmen weniger als auf Seiten der Vergabestellen.

Datum des Originals: 14.06.2016/Ausgegeben: 22.06.2016

Die Veröffentlichungen des Landtags Nordrhein-Westfalen sind einzeln gegen eine Schutzgebühr beim Archiv des Landtags Nordrhein-Westfalen, 40002 Düsseldorf, Postfach 10 11 43, Telefon (0211) 884 - 2439, zu beziehen. Der kostenfreie Abruf ist auch möglich über das Internet-Angebot des Landtags Nordrhein-Westfalen unter [www.landtag.nrw.de](http://www.landtag.nrw.de)

Mit dem vorliegenden Gesetzesentwurf (TVgG - E) reagiert die Landesregierung auf die Erkenntnisse aus dem Evaluierungsbericht und auf aktuelle Entwicklungen im Bereich der Rechtsprechung und der Gesetzgebung. Ziel des Änderungsgesetzes ist es, das TVgG – a.F. unter Beibehaltung der bisherigen Zielsetzungen sowohl für Vergabestellen als auch für Unternehmen zu vereinfachen, zu entbürokratisieren und anwenderfreundlicher zu gestalten.

## **B Lösung**

Die folgenden Anpassungen werden zur Zielerreichung vorgenommen:

- Der vergabespezifische Mindestlohn orientiert sich künftig am Mindestlohngesetz (MiLoG) und beträgt mindestens 8,85 Euro.
- Das Bestbieterprinzip wird neu eingeführt. Demnach muss nur noch derjenige Bieter die Anforderungen des TVgG - E schriftlich nachweisen, der nach Durchführung der Angebotswertung für den Zuschlag in Betracht kommt. Gleichzeitig werden die Vergabestellen von der Prüfung der Nachweise bei den übrigen Bietern entlastet.
- Im Gesetzentwurf sind sprachliche und strukturelle Anpassungen vorgenommen worden.
- Die notwendige Anpassung an die Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-549/13 ist vorgenommen worden.
- Die Prüfbehörde wird in das für Arbeit zuständige Ministerium verlagert. Die Kompetenzen der Prüfbehörde werden klarer und prägnanter gefasst.
- Das für Wirtschaft zuständige Ministerium nimmt die Funktion einer Servicestelle für Fragen zum TVgG - E wahr.
- Es wird ein Schwellenwert in Höhe von 20.000 Euro eingeführt, ab dem das TVgG - E Anwendung findet. Die §§ 6 und 7 sind bereits ab einem Schwellenwert in Höhe von 5.000 Euro anzuwenden.
- Die Grundlage für eine Vereinfachung und Verbesserung der Nachweise bezüglich der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen wird im Gesetz geschaffen. Die nähere Ausgestaltung obliegt einer Rechtsverordnung.
- Es wird die gesetzliche Grundlage dafür geschaffen, dass ein Siegel-System für die Erbringung sämtlicher Nachweise gemäß TVgG - E etabliert werden kann.

## **C Alternativen**

Keine

## **D Kosten**

Im Gesetzentwurf zum TVgG - a.F. (Gesetzentwurf vom 14.07.2011, Drucksache 15/2379, Seite 3) wurden die kostenrelevanten Aspekte des TVgG - a.F. dargestellt. Konkret genannt wurden der vergabespezifische Mindestlohn, die vorgesehene Festlegung von repräsentativen Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV und damit verbundene erhöhte Ausgleichszahlungen des

Landes gegenüber den Kommunen sowie die zusätzlichen Stellen für die Einrichtung der Prüfbehörde. Wegen der Einzelheiten wird auf die Ausführungen im Gesetzentwurf zum TVgG - a.F. verwiesen.

Insgesamt sind keine Anhaltspunkte für Kostensteigerungen durch das TVgG - E gegenüber dem TVgG - a.F. ersichtlich.

Durch das TVgG - E soll eine Harmonisierung mit dem Mindestlohngesetz stattfinden. Gleichzeitig wird sichergestellt, dass das Lohnniveau nicht unter 8,85 Euro fällt. Da die Unternehmen unabhängig vom TVgG - E bereits durch das Mindestlohngesetz dazu verpflichtet sind, den darin festgelegten Mindestlohn zu zahlen, werden durch das TVgG - E auch keine zusätzlichen Kosten entstehen, sobald der Mindestlohn nach Mindestlohngesetz das Niveau des TVgG - E erreicht hat, d.h. 8,85 Euro. Die im Gesetzentwurf zum TVgG - a.F. dargestellte theoretische Möglichkeit einer erhöhten Gesamtangebotssumme wird keine Rolle mehr spielen, wenn die Harmonisierung abgeschlossen ist.

Das TVgG - E hält bei der Festlegung von repräsentativen Tarifverträgen im Bereich des ÖPNV an der Regelung des TVgG - a.F. fest und konkretisiert diese dahingehend, dass mehrere Tarifverträge gleichzeitig oder nebeneinander für repräsentativ erklärt werden können.

Sobald die Harmonisierung des TVgG - E mit dem Mindestlohngesetz abgeschlossen ist, muss die Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten insoweit außer Kraft gesetzt werden. Die Zuständigkeit für Ordnungswidrigkeiten wegen Verstößen gegen das Mindestlohngesetz liegt ausschließlich bei den zuständigen Bundesbehörden. Indes ist für die nächsten Jahre von einer Zunahme von öffentlichen Auftragsvergaben im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auszugehen, so dass für die Tätigkeit der Prüfbehörde ein weiterer Schwerpunkt entsteht. Im Stellenbedarf der Prüfbehörde gibt es daher keine Veränderung.

## **E Zuständigkeit**

Zuständig ist das Ministerium für Wirtschaft, Energie, Industrie, Mittelstand und Handwerk.

## **F Auswirkungen auf die Selbstverwaltung und die Finanzlage der Gemeinden und Gemeindeverbände**

Ein Anspruch im Sinne des Art. 78 Absatz 3 Landesverfassung NRW (LVerf NW) in Verbindung mit dem dazu erlassenen Gesetz zur Regelung eines Kostenfolgeabschätzungs- und eines Beteiligungsverfahrens (Konnexitätsausführungsgesetz – KonnexAG) besteht nicht.

Es fehlt bereits an den tatbestandlichen Voraussetzungen. Gemäß Art. 78 Absatz 3 Satz 2 LVerf NW muss entweder eine Übertragung neuer Aufgaben oder die Veränderung bestehender und übertragbarer Aufgaben aufgrund des TVgG - E vorliegen. Beide Alternativen sind nicht erfüllt. Zu diesem Ergebnis kommt ein Rechtsgutachten von Herrn Prof. Dr. Mayen, Bonn. Demnach wird keine konnexitätsrelevante Änderung bestehender Aufgaben der Gemeinden und Gemeindeverbände in Nordrhein-Westfalen verursacht. Bei einer bloßen Änderung der bestehenden Pflicht zur Vergabe öffentlicher Aufträge wird keine Konnexitätsrelevanz begründet, weil die Pflicht der Kommunen zur öffentlichen Auftragsvergabe keine öffentliche Aufgabe im Sinne des Art. 78 Abs. 3 LVerf NW ist. Laut Gutachten sind die mit dem TVgG – a.F. verbundenen Auswirkungen auf die Erfüllung der den Kommunen übertragenen (pflichtigen) Sachaufgaben nur mittelbarer Art und daher ebenfalls nicht konnexitätsrelevant.

## **G Finanzielle Auswirkungen auf die Unternehmen und die privaten Haushalte**

Weil das TVgG - E eine wesentliche Mittelstandsrelevanz aufweist, hat die Clearingstelle Mittelstand das Gesetz auf die Mittelstandsverträglichkeit geprüft (vgl. § 6 Absatz 1 des Mittelstandsförderungsgesetzes) und unter dem 12.05.2016 eine Stellungnahme abgegeben. Im Rahmen des förmlichen Clearingverfahrens wurde von der Fachhochschule des Mittelstands in Bielefeld (FHM, Prof. Dr. Wittberg) eine Studie zur Messung der Reduzierung des Erfüllungsaufwands der Wirtschaft und der Verwaltungslasten im Land NRW durch die Novellierung des TVgG – a.F. durchgeführt. Demnach ergibt sich durch die hiermit vorgelegte Novelle des TVgG – a.F. eine jährliche Kostenersparnis für die Wirtschaft i.H.v. 28,2 Mio Euro. Für die Vergabestellen kommt die Studie zu dem Ergebnis, dass aufgrund der Novelle des TVgG – a.F. jährlich 640.000 Euro eingespart werden.

## **H Geschlechterdifferenzierte Betrachtung der Auswirkungen des Gesetzes**

Das TVgG - E realisiert weiterhin das politische Ziel, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge stärker auf Genderaspekte zu achten und eine effektive Frauenförderung zu gewährleisten. Dementsprechend wurde die Regelung des § 19 TVgG - a.F. zur Frauenförderung nahezu unverändert übernommen.

## **I Befristung**

Dieses Gesetz tritt mit dem Tag der Verkündung in Kraft. Gleichzeitig treten das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen vom 10. Januar 2012 (GV. NRW. S. 17), die Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen vom 14. Mai 2013 (GV. NRW. S. 254), die Vergabe-Mindestentgelt-Verordnung vom 19. November 2014 (GV. NRW. S. 927) sowie die Vergabe-Mindestentgeltausschuss-Verordnung vom 23. April 2012 (GV. NRW. S. 176 ) außer Kraft.

Dieses Gesetz tritt im zehnten Jahr nach Inkrafttreten mit Ablauf des Monats außer Kraft, der kalendermäßig dem Monat, in dem es in Kraft getreten ist, vorangeht. Dieses Gesetz gilt für alle Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne dieses Gesetzes, die nach dessen Inkrafttreten begonnen werden.

## **Gesetzentwurf der Landesregierung**

### **Gesetz über die Sicherung von Tariffreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Tariffreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – TVgG NRW)**

#### **§ 1 Zweck des Gesetzes**

Zweck dieses Gesetzes ist es, einen fairen Wettbewerb um das wirtschaftlichste Angebot bei der Vergabe öffentlicher Aufträge unter gleichzeitiger Berücksichtigung von Sozialverträglichkeit, Umweltschutz und Energieeffizienz (Nachhaltigkeitskriterien) sowie Qualität und Innovation der Angebote zu fördern und zu unterstützen.

#### **§ 2 Anwendungsbereich, Begriffsbestimmungen**

(1) Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge über die Beschaffung von Leistungen, die die Ausführung von Bauleistungen oder die Erbringung von Dienstleistungen im Sinne des § 103 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist, zum Gegenstand haben. Die §§ 3 und 6 bis 8 gelten auch für Verträge im Sinne des § 103 Absatz 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die die Lieferung von Waren zum Gegenstand haben. Das Gesetz gilt nicht für öffentliche Aufträge, die im Namen oder im Auftrag des Bundes ausgeführt werden.

(2) Im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gelten die Regelungen dieses Gesetzes für alle öffentlichen Aufträge im Sinne des Absatzes 1, die 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 Verordnungen (EWG) Nr. 1191/69 und (EWG) Nr. 1107/70 des Rates (ABl. L 315 vom 3.12.2007, S. 1) sind. Dieses Gesetz gilt auch für Verkehre im Sinne von § 1 Freistellungsverordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 9240-1-1, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch Artikel 1 der Verordnung vom 4. Mai 2012 (BGBl. I S. 1037) geändert worden ist.

(3) Öffentliche Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes sind die nordrhein-westfälischen Auftraggeber nach § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

(4) Dieses Gesetz gilt ab einem geschätzten Auftragswert von 20 000 Euro (ohne Umsatzsteuer). Die §§ 6 und 7 gelten bereits ab einem geschätzten Auftragswert von 5 000 Euro (ohne Umsatzsteuer). Für die Schätzung des Auftragswerts gilt § 3 der Vergabeverordnung vom 12. April 2016 (BGBl. I S. 624).

(5) Für Verträge von Sektoren- und Konzessionsauftraggebern im Sinne der §§ 100 und 101, für verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge im Sinne des § 104, für Konzessionen im Sinne des § 105, für Vergaben im Sinne der §§ 107, 108, 109, 110, 111, 112, 116 und 117 jeweils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt dieses Gesetz nicht.

(6) Sollen öffentliche Aufträge gemeinsam mit Auftraggebern anderer Bundesländer oder mit Nachbarstaaten der Bundesrepublik Deutschland vergeben werden, soll mit diesen eine Einigung über die Einhaltung der Bestimmungen dieses Gesetzes angestrebt werden. Kommt keine Einigung zustande, kann von den Bestimmungen dieses Gesetzes abgewichen werden.

### **§ 3**

#### **Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge**

(1) Die vergaberechtlichen Regelungen und Erfordernisse des primären und sekundären Unionsrechts, der bundeseinheitlichen Regelungen sowie des Landeshaushaltsrechts bleiben unberührt. Ebenfalls unberührt bleiben die Haushaltsgrundsätze und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.

(2) Auch unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie § 2 Absatz 4 dieses Gesetzes können öffentliche Auftraggeber zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots neben dem Preis oder den Kosten auch qualitative, umweltbezogene, innovative oder soziale Aspekte berücksichtigen. Dabei müssen die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die öffentlichen Auftraggeber können über die in den §§ 6 und 7 festgelegten Mindeststandards hinausgehende besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, wie z.B. Kriterien des Fairen Handels und weitergehende Regelungen zur Arbeitsorganisation (beispielsweise zu Gesundheits- und Sozialstandards), sofern diese mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange umfassen.

### **§ 4**

#### **Tariftreuepflicht, Mindestlohn**

(1) Öffentliche Aufträge für Leistungen, deren Erbringung dem Geltungsbereich

1. eines nach dem Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323) in der jeweils geltenden Fassung für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages,
2. eines nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) in der jeweils geltenden Fassung für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrages oder
3. einer nach den §§ 7, 7a oder 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder nach § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158) in der jeweils geltenden Fassung erlassenen Rechtsverordnung unterfällt,

dürfen nur an ein Unternehmen vergeben werden, wenn sich dieses gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet hat, seinen Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung des Auftrags wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die in dem Tarifvertrag oder der Rechtsverordnung verbindlich vorgegeben werden.

(2) Öffentliche Aufträge im Sinne des § 2 Absatz 2 Satz 1 im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf Straße und Schiene dürfen nur an ein Unternehmen vergeben werden, wenn sich dieses gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet hat, seinen Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung des Auftrags wenigstens das in Nordrhein-Westfalen für diese Leistung in einem einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifvertrag vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen und während der Ausführungslaufzeit Änderungen nachzuvollziehen. Das für Arbeit zuständige Ministerium bestimmt durch Rechtsverordnung gemäß § 16 Absatz 1, welcher Tarifvertrag, beziehungsweise welche Tarifverträge als repräsentativ im Sinne des Satzes 1 anzusehen sind. Der öffentliche Auftraggeber führt diese in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen des öffentlichen Auftrags auf.

(3) Öffentliche Aufträge über Leistungen dürfen nur an ein Unternehmen vergeben werden, wenn sich dieses durch Erklärung gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber schriftlich verpflichtet hat, seinen Beschäftigten (ohne Auszubildende) bei der Ausführung der Leistung wenigstens ein Entgelt zu zahlen, das den Vorgaben des Mindestlohngesetzes vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1348) in der jeweils geltenden Fassung entspricht, mindestens aber ein Mindeststundenentgelt von 8,85 Euro. Das Unternehmen muss im Rahmen der Verpflichtungserklärung die Art der tariflichen Bindung sowie die Höhe der gezahlten Mindeststundenentgelte für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten angeben. Die Sätze 1 und 2 gelten nur, sofern die ausgeschriebene Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird.

(4) Öffentliche Aufträge und Leistungen im Sinne der Absätze 1 bis 3 dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, wenn sich diese gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber vor Zuschlagserteilung schriftlich verpflichtet haben, dafür zu sorgen, dass Leiharbeiterinnen und Leiharbeiter im Sinne des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes bei der Ausführung der Leistung für die gleiche Tätigkeit ebenso entlohnt werden wie ihre regulär Beschäftigten.

(5) Auf bevorzugte Bieter gemäß den §§ 141 Satz 1 und 143 des Neunten Buches Sozialgesetzbuch – Rehabilitation und Teilhabe behinderter Menschen (Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2001, BGBl. I S. 1046, 1047) in der jeweils geltenden Fassung finden die Absätze 3 und 4 keine Anwendung.

(6) Erscheint ein Angebotspreis ungewöhnlich niedrig, so dass begründete Zweifel an der Einhaltung der Vorgaben der vorstehenden Absätze bestehen, kann sich der öffentliche Auftraggeber die Kalkulationsgrundlagen des Bieters innerhalb einer von ihm zu bestimmenden angemessenen Frist vorlegen lassen. Begründete Zweifel können vorliegen, wenn der Angebotspreis (netto) mehr als 10 Prozent unter dem nächsthöheren Angebotspreis (netto) liegt. Legt der Bieter die Kalkulationsgrundlagen nicht fristgerecht vor oder werden die Zweifel aufgrund der vorgelegten Unterlagen nicht ausgeräumt, muss das Angebot von der Wertung ausgeschlossen werden.

(7) Erfüllt die Vergabe eines öffentlichen Auftrages die Voraussetzungen von mehr als einer der in den Absätzen 1 bis 3 getroffenen Regelungen, so gilt die für die Beschäftigten jeweils günstigste Regelung. Absatz 3 Satz 2 gilt entsprechend.

**§ 5****Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften**

(1) Für den Fall der Ausführung übernommener Leistungen durch Nachunternehmer oder bei Beschäftigung von entliehenen Arbeitskräften hat sich der Bieter in der Verpflichtungserklärung nach § 4 zu verpflichten, auch von seinen Nachunternehmern und den Verleihern von Arbeitskräften eine Verpflichtungserklärung nach § 4 ihm gegenüber abgeben zu lassen. § 4 Absatz 3 Satz 2 und 3 gelten für Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften entsprechend. Die Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für alle weiteren Nachunternehmer des Nachunternehmers.

(2) Die Unternehmen haben ihre Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften sorgfältig auszuwählen. Dies schließt die Pflicht ein, die Angebote der Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften daraufhin zu überprüfen, ob die Kalkulation unter Beachtung der Vorgaben des § 4 zustande gekommen sein kann.

**§ 6****Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Energieeffizienz**

(1) Bei der Konzeption des Bedarfs für die Beschaffung ist verpflichtend folgendes zu berücksichtigen:

1. Lebenszykluskosten; dazu gehören Betriebs- und Wartungskosten (insbesondere Energiekosten), Entsorgungskosten, Preis-Leistungs-Verhältnis über die Nutzungsdauer,
2. das Ziel einer möglichst hohen Energieeffizienz und
3. Leistungs- oder Funktionsanforderungen sowie technische Spezifikationen zur Berücksichtigung von Umweltaspekten und Umweltzeichen.

(2) Im Bereich unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gilt:

1. Zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots sind neben dem Preis auch die Betriebs- und Wartungs- sowie die Entsorgungskosten zu berücksichtigen.
2. Im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung sollen Leistungs- oder Funktionsanforderungen hinsichtlich des Umweltschutzes und der Energieeffizienz ausdrücklich genannt werden. Dabei kann auf geeignete Umweltzeichen wie „Blauer Engel“ verwiesen werden. Der Nachweis kann durch das entsprechende Umweltzeichen, ein anderes gleichwertiges Siegel oder durch andere geeignete und gleichwertige Mittel erbracht werden. Beim Kauf, der Ersetzung oder der Nachrüstung technischer Geräte und Ausrüstungen sind mit der Leistungsbeschreibung im Rahmen der technischen Anforderungen von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen zu fordern. Dabei ist in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit vom Bieter zu fordern.
3. Im Rahmen der Eignungsprüfung soll der öffentliche Auftraggeber von den Bietern und Bewerbern zum Nachweis ihrer Leistungsfähigkeit in geeigneten Fällen verlangen, dass das zu beauftragende Unternehmen bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt. 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 der Bieter bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt, kann der Auftraggeber die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen. Die Teilnahme am „Eco-Management and Audit Scheme (EMAS)“ als europäische Auszeichnung für betriebliches Umweltmanagement ist einer der geeigneten Nachweise zur Erfüllung von bestimmten Normen für das Umweltmanagement.

## **§ 7**

### **Beachtung von Mindestanforderungen der Internationalen Arbeitsorganisation an die Arbeitsbedingungen**

Öffentliche Aufträge dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die nachweislich dafür Sorge tragen, dass die im konkreten Auftrag beschafften Waren unter Beachtung der in den Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Diese Mindeststandards ergeben sich aus:

1. dem Übereinkommen Nr. 29 vom 28. Juni 1930 über Zwangs- oder Pflichtarbeit (BGBl. 1956 II S. 640, 641),
2. dem Übereinkommen Nr. 87 vom 9. Juli 1948 über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes (BGBl. 1956 II S. 2072, 2073),
3. dem Übereinkommen Nr. 98 vom 1. Juli 1949 über die Anwendung der Grundsätze des Vereinigungsrechtes und des Rechtes zu Kollektivverhandlungen (BGBl. 1955 II S. 1122, 1123),
4. dem Übereinkommen Nr. 100 vom 29. Juni 1951 über die Gleichheit des Entgelts männlicher und weiblicher Arbeitskräfte für gleichwertige Arbeit (BGBl. 1956 II S. 23, 24),
5. dem Übereinkommen Nr. 105 vom 25. Juni 1957 über die Abschaffung der Zwangsarbeit (BGBl. 1959 II S. 441, 442),
6. dem Übereinkommen Nr. 111 vom 25. Juni 1958 über die Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf (BGBl. 1961 II S. 97, 98),
7. dem Übereinkommen Nr. 138 vom 26. Juni 1973 über das Mindestalter für die Zulassung zur Beschäftigung (BGBl. 1976 II S. 201, 202) und
8. dem Übereinkommen Nr. 182 vom 17. Juni 1999 über das Verbot und unverzügliche Maßnahmen zur Beseitigung der schlimmsten Formen der Kinderarbeit (BGBl. 2001 II S. 1290, 1291).

## **§ 8**

### **Frauenförderung, Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie**

(1) Öffentliche Aufträge sollen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich schriftlich verpflichten, bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im eigenen Unternehmen durchzuführen oder einzuleiten sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten. Satz 1 gilt nur

1. für Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten (ohne Auszubildende) und
2. für Aufträge über Leistungen ab einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von 50 000 Euro und für Aufträge über Bauleistungen ab einem geschätzten Auftragswert ohne Umsatzsteuer von 150 000 Euro.

(2) § 11 ist insoweit entsprechend anzuwenden, als der öffentliche Auftraggeber mit dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß gegen die Durchführung der vertraglichen Verpflichtung zur Umsetzung der im Rahmen der Eigenerklärung festgelegten Maßnahmen nach Absatz 1 Satz 1 eine Vertragsstrafe nach § 11 Absatz 1 Satz 1 sowie die Möglichkeit einer fristlosen Kündigung entsprechend § 11 Absatz 2 vereinbaren soll. Dies umfasst auch die Vereinbarung von Informations-, Auskunfts- und Dokumentationspflichten des Auftragnehmers. § 11 Absatz 1 Satz 2 ist bei Maßnahmen nach Absatz 1 Satz 1 nicht anwendbar.

## **§ 9**

### **Verfahrensanforderungen zu den Erklärungen und Bestbieterprinzip**

(1) Die nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen sind nur von demjenigen Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden soll (Bestbieter), vorzulegen.

(2) Öffentliche Auftraggeber sind verpflichtet, in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags und in den Vergabeunterlagen darauf hinzuweisen, dass die Bieter im Fall der beabsichtigten Zuschlagserteilung die nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen nach Aufforderung innerhalb von drei Werktagen vorlegen müssen.

(3) Der öffentliche Auftraggeber fordert den Bestbieter auf, die nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen innerhalb von drei Werktagen vorzulegen. Die Frist beginnt an dem Tag, der auf die Absendung dieser Aufforderung folgt. Die Vergabestelle kann im Ausnahmefall die Frist verlängern, wenn die erforderlichen Erklärungen und Nachweise nicht innerhalb des in Satz 1 bestimmten Zeitraumes vorgelegt werden können oder dies im Hinblick auf Art und Umfang des Auftrages angemessen erscheint.

(4) Die Vorlage der nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen hat in geeigneter Form zu erfolgen. Hierfür ist es grundsätzlich ausreichend, die Textform im Sinne des § 126b des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu verwenden.

(5) Werden die nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen im Sinne des Absatzes 1 nicht innerhalb der in Absatz 3 bestimmten Frist rechtzeitig beim öffentlichen Auftraggeber vorgelegt, ist das Angebot von der Wertung auszuschließen. In diesem Fall ist das der Wertungsrangfolge nach nächste Angebot heranzuziehen. Auf dieses Angebot finden diese Vorschriften Anwendung.

(6) Öffentliche Auftraggeber können nur dann vom Bestbieterprinzip absehen, wenn äußerst dringliche, zwingende Gründe im Zusammenhang mit Ereignissen, die der betreffende Auftraggeber nicht voraussehen konnte, es nicht zulassen, die Mindestfristen einzuhalten, die aufgrund des Bestbieterprinzips vorgeschrieben sind; die Umstände zur Begründung der äußersten Dringlichkeit dürfen dem Auftraggeber nicht zuzurechnen sein.

## § 10

### Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber, Nachweise zur Beitragsentrichtung

(1) Öffentliche Auftraggeber sind berechtigt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer sowie den Nachunternehmern und den Verleihern von Arbeitskräften auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Sie dürfen sich zu diesem Zweck die Entgeltabrechnungen, die Unterlagen über die Abführung von Steuern, Abgaben und Beiträgen gemäß Absatz 3 sowie die abgeschlossenen Verträge in anonymisierter Form vorlegen lassen, diese prüfen und hierzu Auskünfte verlangen. Der Auftragnehmer sowie die Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften haben ihre jeweiligen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen. Die öffentlichen Auftraggeber haben den Auftragnehmer im Wege einer vertraglichen Vereinbarung zu verpflichten, ihm ein entsprechendes Auskunfts- und Prüfrecht bei der Beauftragung von Nachunternehmern und von Verleihern von Arbeitskräften einräumen zu lassen.

(2) Der Auftragnehmer hat vollständige und prüffähige Unterlagen zur Prüfung der Einhaltung der Vorgaben des § 4 bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber binnen einer vertraglich zu vereinbarenden angemessenen Frist vorzulegen und zu erläutern. Der Auftragnehmer ist vertraglich zu verpflichten, die Einhaltung dieser Pflicht durch die beauftragten Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften vertraglich sicherzustellen.

(3) Öffentliche Auftraggeber haben bei der Vergabe von Bauaufträgen im Sinne des § 103 Absatz 1 in Verbindung mit Absatz 3 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen zum Nachweis der Eignung der Bieter deren Fachkunde und Leistungsfähigkeit zu prüfen. Bieter müssen nachweisen, dass sie die Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung und der gemeinsamen Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne des § 5 Nummer 3 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes vollständig entrichten. Soweit dies nicht durch eine gültige Bescheinigung des Vereins für die Präqualifizierung von Bauunternehmen e.V. erfolgt, kann der Nachweis durch Unterlagen erbracht werden, die nicht älter als ein Jahr sind und die durch die ausstellende Stelle festgelegte Gültigkeit nicht überschreiten. Die Unterlagen müssen von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger – im Inland der Einzugsstelle – oder der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse ausgestellt sein, soweit der Betrieb des Bieters von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. Der Nachweis nach Satz 2 kann durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates erbracht werden. Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine beglaubigte Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen.

(4) Im Falle des Einsatzes von Nachunternehmern und Verleihern von Arbeitskräften muss der Bieter die Nachweise nach Absatz 3 Satz 2 auch für diese sowie alle weiteren Nachunternehmer erbringen.

## § 11

### Sanktionen durch den öffentlichen Auftraggeber

(1) Zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und dem Auftragnehmer ist für jeden schuldhaften Verstoß gegen die Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 eine Vertragsstrafe zu vereinbaren, deren Höhe ein Prozent, bei mehreren Verstößen bis zu fünf Prozent des Auftragswertes (netto) betragen soll. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass ein Verstoß gegen Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 5 durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer oder von einem Verleiher von Ar-

beitskräften begangen wird, es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß bei Beauftragung des Nachunternehmers und des Verleihers von Arbeitskräften nicht kannte und unter Beachtung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns auch nicht kennen musste.

(2) Der öffentliche Auftraggeber hat mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhaftige Nichterfüllung der Verpflichtungen aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4 durch den Auftragnehmer, aus einer Verpflichtungserklärung nach § 5 durch seine Nachunternehmer und die Verleiher von Arbeitskräften sowie schuldhaftige Verstöße gegen die Verpflichtungen des Auftragnehmers aus § 5 den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung des Bau- oder Dienstleistungsvertrages oder zur Auflösung des Dienstleistungsverhältnisses berechtigen.

## **§ 12**

### **Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge**

(1) Auch unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen gelten die Ausschlussgründe nach den §§ 123 und 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen sowie die Möglichkeit der Selbstreinigung nach § 125 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Ein Verstoß gegen sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen im Sinne des § 124 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegt insbesondere dann vor, wenn der Auftragnehmer nachweislich gegen Pflichten aus einer Verpflichtungserklärung nach § 4, der Nachunternehmer oder der Verleiher nachweislich gegen Pflichten aus einer Verpflichtungserklärung nach § 5 schuldhaft verstoßen haben.

(2) Ein Ausschluss nach Absatz 1 ist dem Vergaberegister nach § 6 des Korruptionsbekämpfungsgesetz vom 16. Dezember 2004 (GV. NRW. 2005 S. 8), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 19. Dezember 2013 (GV. NRW. S. 875) geändert worden ist, mitzuteilen.

## **§ 13**

### **Bietergemeinschaft, Bewerber beim Teilnahmewettbewerb**

Beteiligt sich eine Bietergemeinschaft an einem Vergabeverfahren oder wird ihr der Zuschlag erteilt, so gelten die Verpflichtungen der Bieter und Auftragnehmer nach diesem Gesetz für die Bietergemeinschaft und für deren Mitglieder. § 13 ist für die Mitglieder der Bietergemeinschaft mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden, dass das jeweilige Mitglied den Verstoß kannte oder unter Beachtung der Sorgfaltspflicht eines ordentlichen Kaufmanns kennen musste. Satz 1 gilt entsprechend für Bewerber im Rahmen von Teilnahmewettbewerben.

## **§ 14**

### **Prüfbehörde**

(1) Für die Prüfung der Einhaltung der Pflichten nach § 4 Absatz 2 und 3 eines Auftragnehmers und den entsprechenden Pflichten nach § 5 eines Nachunternehmers oder Verleihers von Arbeitskräften (Betroffene) ist das für Arbeit zuständige Ministerium zuständig. Die Zuständigkeit kann durch Rechtsverordnung gemäß § 16 Absatz 3 auf eine nachgeordnete Behörde übertragen werden. Die Prüfung kann sowohl anlass- als auch stichprobenbezogen erfolgen.

(2) Betroffene haben den Beauftragten der Prüfbehörde auf Verlangen die für die Prüfung nach Absatz 1 erforderlichen mündlichen und schriftlichen Auskünfte zu erteilen.

(3) Die Beauftragten der Prüfbehörde sind befugt, zum Zwecke der Prüfung nach Absatz 1 Grundstücke und Geschäftsräume der Betroffenen während der üblichen Geschäftszeit zu betreten, dort Prüfungen und Besichtigungen vorzunehmen, sich die geschäftlichen Unterlagen vorlegen zu lassen und in diese Einsicht zu nehmen. Zur Verhütung dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit oder Ordnung können die Grundstücke und Geschäftsräume tagsüber auch außerhalb der in Satz 1 genannten Zeit sowie tagsüber auch dann betreten werden, wenn sie zugleich Wohnzwecken des Betroffenen dienen. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung (Artikel 13 des Grundgesetzes) wird insofern eingeschränkt.

(4) Die Betroffenen können die Auskunft auf solche Fragen verweigern, deren Beantwortung sie selbst oder einen der in § 383 Absatz 1 Nummer 1 bis 3 der Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781) in der jeweils geltenden Fassung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. Februar 1987 (BGBl. I S. 602) in der jeweils geltenden Fassung aussetzen würde. Die Betroffenen sind darauf hinzuweisen.

(5) 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 Vierten Buches Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung - in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 2009 (BGBl. I S. 3710, 3973; 2011 I S. 363) in der jeweils geltenden Fassung zur Zahlung von Beiträgen und Meldepflichten,
6. die Steuergesetze,
7. das Aufenthaltsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. Februar 2008 (BGBl. I S. 162) in der jeweils geltenden Fassung,
8. die Handwerksordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 24. September 1998 (BGBl. I S. 3074; 2006 I S. 2095) und die Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), jeweils in der jeweils geltenden Fassung,
9. das Güterkraftverkehrsgesetz vom 22. Juni 1998 (BGBl. I S. 1485) in der jeweils geltenden Fassung,
10. das Personenbeförderungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. August 1990 (BGBl. I S. 1690) und das Allgemeine Eisenbahngesetz vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2396; 1994 I S. 2439) jeweils in der jeweils geltenden Fassung und dazu gehörende Verordnungen,

11. das Arbeitsschutzgesetz vom 7. August 1996 (BGBl. I S. 1246), das Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171) und das Jugendarbeitsschutzgesetz vom 12. April 1976 (BGBl. I S. 965), jeweils in der jeweils geltenden Fassung oder
12. sonstige Strafgesetze.

## **§ 15 Ordnungswidrigkeiten**

(1) Ordnungswidrig handelt, wer vorsätzlich oder fahrlässig

1. eine unwahre Verpflichtungserklärung nach § 4 Absatz 2, 3, 4 oder nach § 5 Absatz 1 abgibt oder trotz Abgabe der Verpflichtungserklärung die hierin eingegangenen Verpflichtungen während der Durchführung des öffentlichen Auftrages nicht erfüllt oder
2. entgegen § 14 Absatz 3 eine Prüfung oder das Betreten eines Geschäftsgrundstückes, eines Geschäftsraumes oder eines Beförderungsmittels nicht duldet, bei der Prüfung nicht mitwirkt oder die genannten Dokumente oder Daten nicht, nicht rechtzeitig oder nicht vollständig vorlegt.

Eine Ordnungswidrigkeit liegt nur dann vor, wenn sie nicht bereits vom Mindestlohngesetz als solche erfasst ist.

(2) Die Ordnungswidrigkeit kann in den Fällen des Absatzes 1 Nummer 1 mit einer Geldbuße bis zu fünfzigtausend Euro und in den Fällen der Nummer 2 mit einer Geldbuße von bis zu eintausend Euro geahndet werden.

(3) Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist die Prüfbehörde gemäß § 14 Absatz 1. Die Geldbußen fließen in die Kasse der Verwaltungsbehörde, die den Bußgeldbescheid erlassen hat. Die nach Satz 2 zuständige Kasse trägt abweichend von § 105 Absatz 2 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten die notwendigen Auslagen. Sie ist auch ersatzpflichtig im Sinne des § 110 Absatz 4 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten.

(4) Die Prüfbehörde unterrichtet das Gewerbezentralregister über rechtskräftige Bußgeldbescheide nach Absatz 1, sofern die Geldbuße mehr als 200 Euro beträgt. Sie meldet dies außerdem als Verfehlung an das Vergaberegister. Die §§ 5 ff. des Korruptionsbekämpfungsgesetzes finden entsprechende Anwendung.

(5) § 19 des Mindestlohngesetzes gilt entsprechend.

(6) Die für die Verfolgung und Ahndung der Ordnungswidrigkeiten nach Absatz 3 zuständige Behörde darf öffentlichen Auftraggebern und solchen Stellen, die durch Auftraggeber zugelassene Präqualifikationsverzeichnisse oder Unternehmer- und Lieferantenverzeichnisse führen, auf Verlangen die erforderlichen Auskünfte geben.

## § 16 Rechtsverordnungen

(1) Das für Arbeit zuständige Ministerium wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung festzustellen, welcher Tarifvertrag oder welche Tarifverträge im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs gemäß § 2 Absatz 2 repräsentativ im Sinne von § 4 Absatz 2 sind.

(2) Bei der Feststellung der Repräsentativität eines oder mehrerer Tarifverträge nach Absatz 1 ist auf die Bedeutung des oder der Tarifverträge für die Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmer abzustellen. Hierbei kann insbesondere auf

1. die Zahl der von den jeweils tarifgebundenen Arbeitgebern unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Beschäftigten oder
2. die Zahl der jeweils unter den Geltungsbereich des Tarifvertrags fallenden Mitglieder der Gewerkschaft, die den Tarifvertrag geschlossen hat,

Bezug genommen werden. Das für Arbeit zuständige Ministerium errichtet einen beratenden Ausschuss für die Feststellung der Repräsentativität der Tarifverträge. Es bestellt für die Dauer von vier Jahren je drei Vertreter von Gewerkschaften und von Arbeitgebern oder Arbeitgeberverbänden im Bereich des öffentlichen Personenverkehrs auf deren Vorschlag als Mitglieder. Die Beratungen koordiniert und leitet eine von dem für Arbeit zuständigen Ministerium beauftragte Person, die kein Stimmrecht hat. Der Ausschuss gibt eine schriftlich begründete Empfehlung ab. Kommt ein mehrheitlicher Beschluss über eine Empfehlung nicht zustande, so ist dies unter ausführlicher Darstellung der unterschiedlichen Positionen schriftlich mitzuteilen. Das für Arbeit zuständige Ministerium wird ermächtigt, das Nähere zur Bestellung des Ausschusses, zu Beratungsverfahren und Beschlussfassung, zur Geschäftsordnung und zur Vertretung und Entschädigung der Mitglieder durch Rechtsverordnung zu regeln.

(3) Das für Arbeit zuständige Ministerium wird ermächtigt, in seinem Geschäftsbereich durch Rechtsverordnung eine andere Behörde zur Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten zu bestimmen.

(4) Die Landesregierung wird ermächtigt, durch Rechtsverordnung folgendes zu regeln:

1. Mustervordrucke für die Verpflichtungserklärungen nach § 4 Absatz 1, 2, 3 und 4 sowie § 5,
2. Konkretisierungen hinsichtlich der Art und Weise der Berücksichtigung der in § 6 genannten Kriterien im Vergabeverfahren vorzunehmen,
3. auf welche Produktgruppen oder Herstellungsverfahren § 7 anzuwenden ist; die Verordnung trifft im Anwendungsbereich des § 7 auch Bestimmungen zur Nachweiserbringung sowie zur vertraglichen Ausgestaltung von Kontrollen und Sanktionen,
4. den Inhalt der Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie sowie den Kreis der betroffenen Unternehmen und
5. ein Siegelsystem, bei dem an Stelle der nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen jeweils ein Siegel vorgelegt werden kann. Die konkrete Ausgestaltung des Siegelverfahrens, Aufgaben und Befugnisse etwaiger einzurichtender Siegelvergabestellen sowie die Regelungen zum Erhalt oder Entzug eines Siegels sind ebenfalls in der Rechtsverordnung zu regeln.

**§ 17****Servicestelle zum Tariftreue- und Vergabegesetz**

Das für Wirtschaft zuständige Ministerium nimmt die Funktion einer Servicestelle für dieses Gesetz wahr. Die Servicestelle steht Jedermann zur Verfügung und informiert unentgeltlich über die praktische Anwendung dieses Gesetzes.

**§ 18****Inkrafttreten, Außerkrafttreten**

(1) Dieses Gesetz tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft. Gleichzeitig treten das Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen vom 10. Januar 2012 (GV. NRW. S. 17), die Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen vom 14. Mai 2013 (GV. NRW. S. 254), die Vergabe-Mindestentgelt-Verordnung vom 19. November 2014 (GV. NRW. S. 927) sowie die Vergabe-Mindestentgeltauusschuss-Verordnung vom 23. April 2012 (GV. NRW. S. 176) außer Kraft.

(2) Dieses Gesetz tritt im zehnten Jahr nach Inkrafttreten mit Ablauf des Monats außer Kraft, der kalendermäßig dem Monat, in dem es in Kraft getreten ist, vorangeht. Dieses Gesetz gilt für alle Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge im Sinne dieses Gesetzes, die nach dessen Inkrafttreten begonnen werden.



## **Begründung**

### **A Allgemeines**

Im Vergleich zur geltenden Rechtslage bei Erlass des TVgG – a.F. haben sich die gesetzlichen Rahmenbedingungen mittlerweile teilweise geändert. Auf Bundesebene ist das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts Ende des Jahres 2015 mit Zustimmung von Bundesrat und Bundestag verabschiedet worden. Im Zentrum stand dabei die Neuregelung des vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen.

Die Reform des nationalen Vergaberechts diente u.a. auch der Umsetzung von drei EU-Vergaberichtlinien. Dabei handelt es sich um die Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe 2014/24/EU, die Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen in den Bereichen Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste 2014/25/EU sowie die Richtlinie über die Vergabe von Konzessionen 2014/23/EU.

Mit dem TVgG - E werden u.a. auch die notwendigen Anpassungen an die neuen Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgenommen.

### **B Einzelbegründung**

#### **Zu § 1 (Zweck des Gesetzes)**

§ 1 wurde weitestgehend unverändert übernommen. Neu eingefügt ist die Legaldefinition der „Nachhaltigkeitskriterien“ für die Begriffe Sozialverträglichkeit, Umweltschutz sowie Energieeffizienz.

#### **Zu § 2 (Anwendungsbereich; Begriffsbestimmungen)**

Mit Absatz 1 Satz 1 wird der sachliche Anwendungsbereich des Gesetzes unter Bezugnahme auf § 103 GWB für öffentliche Aufträge definiert.

Mit dem TVgG - E findet in dem Bereich der Bagatellgrenze eine Vereinfachung, Vereinheitlichung und Entbürokratisierung statt: Die Bagatellgrenze wird in Absatz 4 einheitlich auf 20.000 Euro festgesetzt, um einen entsprechenden Teil der Aufträge geringeren Umfangs aus dem Anwendungsbereich des Gesetzes herauszunehmen. Allerdings wird in Absatz 4 auch festgelegt, dass die §§ 6 und 7 bereits ab einem Schwellenwert in Höhe von 5.000 Euro Anwendung finden. Die Wertgrenzen in § 8 TVgG - E bleiben von der Regelung des Absatzes 4 unberührt. Indem kein Anwendungsbereich für einzelne Vorschriften des TVgG - E unterhalb der Bagatellgrenze verbleibt und die Anwendbarkeit des Gesetzes unterhalb der Bagatellgrenze gänzlich ausgeschlossen wird, wird ein Beitrag für mehr Rechtsklarheit und Anwenderfreundlichkeit geleistet. Allerdings eröffnet § 3 Absatz 2 TVgG - E ausdrücklich den öffentlichen Auftraggebern die Möglichkeit, freiwillig die Regelungen bzw. Vorgaben des Gesetzes auch unterhalb der Schwellenwerte des Absatzes 4 anzuwenden, soweit dies gewünscht oder beabsichtigt ist.

Absatz 1 Satz 3 nimmt Verfahren im Bundesauftrag vom Anwendungsbereich aus. Dies betrifft in der Praxis im Wesentlichen Aufträge des Bau- und Liegenschaftsbetriebes Nordrhein-Westfalen sowie des Landesstraßenbetriebes Nordrhein-Westfalen, soweit Maßnahmen im Rahmen der Auftragsverwaltung des Bundes umgesetzt werden.

Absatz 2 erstreckt den Anwendungsbereich des TVgG - E auf alle unter die Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 fallenden öffentlichen Personenverkehre, d.h. auf öffentliche Dienstleistungsaufträge i.S.d Richtlinie 2004/17/EG und 2004/18/EG, durch die ein Betreiber betraut wird, eine Verkehrsleistung nach bestimmten Vorgaben zu erbringen. Für öffentliche Dienstleistungsaufträge im Sinne des § 103 Abs. 1 GWB oberhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB richtet sich das Vergabeverfahren nach dem 4. Teil des GWB. Alle anderen Aufträge richten sich nach Artikel 5 Absätze 2 bis 6 der Verordnung. Unter den in dieser Vorschrift genannten Voraussetzungen sind in diesem Bereich Direktvergaben möglich. Ausdrücklich gewollt ist, dass von Absatz 2 auch Vergaben in Form von Dienstleistungskonzessionen erfasst sind. Die in § 2 Absatz 5 geregelte Ausnahme für Konzessionen gemäß § 105 GWB soll den Anwendungsbereich des Absatzes 2 nicht einschränken. Absatz 2 ist im Vergleich zum Absatz 5 die speziellere Regelung und überlagert deshalb diesbezüglich den Absatz 5.

Absatz 3 normiert den subjektiven Anwendungsbereich des TVgG - E unter Verweis auf § 99 GWB.

Gemäß Absatz 5 sind folgende Regelungsgegenstände vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen: Verträge von Sektoren- und Konzessionsauftraggebern im Sinne der §§ 100 und 101, Verteidigungs- und sicherheitsspezifische öffentliche Aufträge im Sinne des § 104, Konzessionen im Sinne des § 105 sowie Vergaben im Sinne der §§ 107, 108, 109, 110, 111, 112, 116 und 117 jeweils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen. Wie in der Begründung zu Absatz 2 ausgeführt, schränken die Ausnahmen des Absatzes 5 den Anwendungsbereich des Absatzes 2 nicht ein, selbst wenn es sich bei einer Vergabe nach Absatz 2 um eine Konzession handeln sollte.

Absatz 6 regelt die Anwendbarkeit des Gesetzes, sofern mehrere öffentliche Auftraggeber zusammen wirken, die entweder in verschiedenen Bundesländern oder im Ausland ihren Sitz haben.

### **Zu § 3 (Grundsätze für die Vergabe öffentlicher Aufträge)**

§ 3 Absatz 1 TVgG - E beinhaltet eine klarstellende Aussage dahingehend, dass das TVgG - E die sonstigen vergaberechtlichen Erfordernisse unberührt lässt. Dies gilt für das Unionsrecht, das Bundesrecht und das durch Landeshaushaltsrecht geprägte Vergaberecht unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 106 GWB sowie die Haushaltsgrundsätze und den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Der Haushaltsgrundsatz ist im Wesentlichen durch die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit geprägt. Mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz wird an die Formulierung in § 97 Absatz 1 GWB angeknüpft. Demnach müssen öffentliche Auftraggeber bei ihren Beschaffungsaktivitäten auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren. Dies betrifft insbesondere die Anforderungen an die Leistungsbeschreibung, die Eignung, den Zuschlag und die Ausführungsbedingungen. Bei der Übernahme des Begriffs der Verhältnismäßigkeit handelt es sich um den direkten Ausfluss des Artikels 18 Absatz 1 der Richtlinie 2014/24/EU.

Damit wird auch klargestellt, dass die in den jeweiligen Rechtsmaterien geregelten Grundsätze unberührt bleiben. Exemplarisch werden hier die Grundsätze zur Gleichbehandlung und Transparenz und die damit verbundenen Verpflichtungen zur Veröffentlichung erwähnt. Das Vergabeportal des Landes Nordrhein-Westfalen ([www.vergabe.nrw.de](http://www.vergabe.nrw.de)) ist ein sehr gut geeignetes Medium zur Herstellung der Transparenz. Der Hinweis auf das primäre Unionsrecht soll die daraus folgenden Vorgaben in Erinnerung rufen, dass dann, wenn eine Auftragsvergabe potentiell grenzüberschreitend von Interesse ist, grundsätzlich einem Bewerber aus einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union ermöglicht werden muss, eine Entscheidung zu treffen, ob er Interesse an dem Auftrag bekunden und dieses dem öffentlichen Auftraggeber

mitteilen möchte. Sofern wegen der besonderen Umstände wie einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung, der Art des Auftragsgegenstands, der Besonderheiten des betreffenden Sektors, oder der geographischen Lages des Orts der Leistungserbringung der Auftrag für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union nicht von Interesse ist, ist eine grenzüberschreitende Veröffentlichung der Beschaffungsabsicht aufgrund des europäischen Primärrechts wohl nicht erforderlich.

Mit Absatz 2 erstrecken sich die Regelungsinhalte des § 127 Absatz 1 GWB und des § 128 Absatz 2 GWB auch auf den Unterschwellenbereich. Diese Regelung war erforderlich, da der Bundesgesetzgeber im Oberschwellenbereich mit den §§ 127 und 128 Absatz 2 GWB bereits abschließende Regelungen getroffen hat. Aus kompetenzrechtlichen Gründen besteht für den Landesgesetzgeber vor diesem Hintergrund nur Raum für die Schaffung inhaltsgleicher Regelungen im Unterschwellenbereich. Ebenfalls in Absatz 2 enthalten ist die Regelung, dass öffentliche Auftraggeber freiwillig auch unterhalb der Schwellen des § 2 Absatz 4 TVgG - E die Regelungen bzw. Vorgaben dieses Gesetzes anwenden können (siehe dazu auch Begründung zu § 2 Absatz 4 TVgG - E).

Damit haben die Auftraggeber einen breiten eigenen Ermessensspielraum, welche Kriterien sie für die Zuschlagserteilung zu Grunde legen. Die Aufzählung der Kriterien in § 3 Absatz 2 Satz 1 TVgG - E ist nicht abschließend. Der eigene Ermessensspielraum der Auftraggeber bezieht sich nicht auf die verpflichtende Regelung des § 6 Absatz 2 Buchstabe a) TVgG - E.

Klarstellend enthält Absatz 2 die Aussage, dass die Auftraggeber über die Mindeststandards der §§ 6 und 7 TVgG - E hinaus weitere Bedingungen festlegen können. § 3 Absatz 2 Satz 2 TVgG - E überträgt die Möglichkeit für die Auftraggeber, Ausführungsbedingungen festlegen zu können, in den Unterschwellenbereich und eröffnet damit den Auftraggebern einen weiteren, breiten Handlungs- und Ermessensspielraum, ihren Beschaffungsbedarf weiter zu präzisieren. Das bedeutet, dass die Auftraggeber neben den durch dieses Gesetz zwingend zu berücksichtigenden Ausführungsbedingungen (im Sinne des § 129 GWB) grundsätzlich die Möglichkeit haben, weitere oder zusätzliche Ausführungsbedingungen dem Auftragnehmer abzuverlangen. Beispielfhaft erwähnt werden der Faire Handel (fair-trade) und weitere Sozialstandards.

#### **Zu § 4 (Tariftreuepflicht, Mindestlohn)**

Absatz 1 ist sprachlich neu und damit übersichtlicher und verständlicher gefasst worden. Absatz 1 erstreckt den Anwendungsbereich auf die Geltungsbereiche eines nach dem Tarifvertragsgesetz für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags (Nummer 1) sowie eines nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrags (Nummer 2). In Absatz 1 Nummer 3 waren im Vergleich zur bisher geltenden Rechtslage der § 7a Arbeitnehmer-Entsendegesetz und der § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes aufzunehmen.

Ein aktuelles Verzeichnis der für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträge sowie der Mindestentgelte betreffenden Rechtsverordnungen ist auf der Internetpräsenz des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales verfügbar.

In § 4 Absatz 2 Satz 2 TVgG - E wird nunmehr klargestellt, dass in einer Rechtsverordnung zur Feststellung der Repräsentativität von Tarifverträgen entweder ein Tarifvertrag oder mehrere Tarifverträge vom Ordnungsgeber für repräsentativ erklärt werden können. Es obliegt dem Ordnungsgeber zu entscheiden, ob lediglich ein Tarifvertrag oder ob gleichzeitig mehrere Tarifverträge als repräsentativ eingestuft werden können. „Mehrere“ Tarifverträge umfasst

auch eine Vielzahl von Tarifverträgen innerhalb der Teilsektoren (straßengebundener und schienengebundener ÖPNV).

Durch das Mindestlohngesetz vom 11. August 2014 (BGBl. I S. 1384) (MiLoG), hat der Bundesgesetzgeber eine einheitliche und flächendeckende Mindestlohnregelung eingeführt, die, mit Ausnahme der dort in diesem Gesetz geregelten Fälle, unabhängig von der jeweiligen Branche Anwendung findet. Auch der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe fällt nicht unter die im MiLoG genannten Ausnahmen. Den bundeseinheitlichen Mindestlohnvorgaben wird § 4 Absatz 3 TVgG - E gerecht, stellt aber gleichzeitig klar, dass der vergabespezifische Mindestlohn des TVgG - E in Höhe von € 8,85 nicht unterschritten werden darf.

Mit § 4 TVgG - E wird eine verfassungs-, gesetzes- und europarechtskonforme Tariftreue- und Mindestlohnregelung unter Beachtung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) in den Rechtssachen Bundesdruckerei (C-549/13) und Regiopost (C-115/14) geschaffen.

In § 4 Absatz 3 Satz 1 TVgG - E wird die Höhe des vergabespezifischen Mindestlohns auf 8,85 Euro festgesetzt. Im Rahmen des TVgG - a.F. hatte sich der Gesetzgeber bei der ursprünglichen Festlegung des vergabespezifischen Mindestlohns in Höhe von 8,62 Euro an der untersten (besetzten) Entgeltgruppe (Stand 1. Januar 2012) des Tarifvertrages für den öffentlichen Dienst der Länder (TV-L) orientiert, um auf diese Weise eine nachvollziehbare Lohnuntergrenze zu implementieren, die eine vergleichbare Entlohnung von Beschäftigten der Auftragnehmer und Beschäftigten der Auftraggeber garantiert (siehe Drucksache 15/2379, Seite 38). Die Anhebung des Mindestlohns auf 8,85 Euro entspricht dem Anstieg der Verbraucherpreise in NRW. Im Jahr 2013 betrug der Anstieg der Verbraucherpreise in NRW 1,6% und zwischen Januar bis August 2014 1,04%.

Auch nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache C-115/14 („RegioPost“) bleibt ein vergabespezifischer Mindestlohn zulässig. Das Vorabentscheidungsverfahren hatte die Unionsrechtskonformität des rheinland-pfälzischen vergabespezifischen Mindestlohns nach § 3 Landestariftreuegesetz zum Gegenstand, der zur Zeit der Entscheidung 8,70 Euro betrug. Der EuGH entschied, dass Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge einer solchen Mindestlohnregelung nicht entgegensteht.

Das gilt auch für den nunmehr maßgeblichen Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG (EU-Vergaberichtlinie), und auch angesichts der Tatsache, dass der Bundesgesetzgeber mit § 2 Absatz 2 MiLoG mittlerweile einen bundesweit einheitlichen flächendeckenden Mindestlohn von derzeit 8,50 Euro eingeführt hat. Der Feststellung des EuGH in Randnummer 62 des RegioPost-Urteils, dass im entscheidungserheblichen Zeitpunkt noch keine „andere nationale Regelung einen niedrigeren Lohn für die Branche der Postdienstleistungen vor[sah]“, lässt sich nicht entnehmen, dass ein vergabespezifischer Mindestlohn vor dem Hintergrund des MiLoG per se nicht mehr unionsrechtskonform ist. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH erstreckt sich die Rechtskraft seiner Urteile lediglich auf diejenigen Tatsachen und Rechtsfragen, die tatsächlich oder notwendigerweise Gegenstand der konkreten gerichtlichen Entscheidung waren (siehe Urteil in der Rechtssache C-526/08 („Kommission/Luxemburg“), Randnummer 27 und die dort angeführte Rechtsprechung). Auch im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren weist der EuGH regelmäßig darauf hin, dass er nur die ihm jeweils konkret vorgelegte Rechtsfrage entscheidet (siehe etwa Urteil in der Rechtssache C-210/06 („Cartesio“), Randnummer 121). Da der EuGH über die Unionsrechts-

konformität eines vergabespezifischen Mindestlohns bei gleichzeitiger Geltung eines flächendeckenden gesetzlichen Mindestlohns in der Rechtssache C-115/14 nicht entschieden hat, lassen sich aus diesem Urteil mithin keine Prognosen über das Ergebnis einer neuen einzelfallbezogenen Prüfung einer vergabespezifischen Mindestlohnregelung treffen. Das gilt insbesondere für die Aussage in Randnummer 76 des Urteils, § 3 Landestariftreuegesetz gewähre „ein Mindestmaß an sozialem Schutz, da in dem im Ausgangsverfahren maßgebenden Zeitraum weder das AEntG noch eine andere nationale Regelung einen niedrigeren Mindestlohn für die Branche der Postdienstleistungen vorsah“, weil der EuGH diese Aussage nur als Hilfs-erwägung („[d]arüber hinaus“) in den Raum stellt. Auf dieser Grundlage ist nicht ersichtlich, ob der EuGH im Rahmen einer neu anzustellenden Prüfung eine nationale flächendeckende Mindestlohnregelung überhaupt berücksichtigen würde, bzw. welche Bedeutung er einer solchen Regelung beimessen würde.

Vor diesem Hintergrund ist davon auszugehen, dass das durch § 4 TVgG - E festgesetzte Mindestentgelt von 8,85 Euro auch unter Geltung des MiLoG mit der Richtlinie 96/71/EG bzw. Art. 56 AEUV vereinbar ist. Artikel 70 der EU-Vergaberichtlinie sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber besondere Bedingungen zur Förderung sozialer oder beschäftigungspolitischer Belange für die Ausführung eines Auftrags festlegen können, sofern diese gemäß Artikel 67 Absatz 3 der Richtlinie mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und im Aufruf zum Wettbewerb oder in den Auftragsunterlagen angegeben werden. Die weite Formulierung des Artikels 67 Absatz 3 der EU-Vergaberichtlinie umfasst auch ein an Arbeitnehmer zu zahlendes Mindestentgelt. Laut Erwägungsgrund 98 der EU-Vergaberichtlinie sollten Anforderungen hinsichtlich der in der Richtlinie 96/71/EG geregelten grundlegenden Arbeitsbedingungen, wie Mindestlöhne, auf dem Niveau bleiben, das durch einzelstaatliche Rechtsvorschriften oder durch Tarifverträge, die im Einklang mit dem Unionsrecht im Kontext der genannten Richtlinie angewandt werden, festgelegt wurde. § 2 Absatz 2 MiLoG legt kein starres gesetzliches Mindestlohniveau fest, sondern erlaubt vielmehr ausdrücklich eine Erhöhung des gegenwärtig bei 8,50 Euro liegenden Mindestlohns auf Vorschlag einer ständigen Kommission der Tarifpartner (Mindestlohnkommission) durch Rechtsverordnung der Bundesregierung. Der Gesetzgeber hat das Ziel, den vergabespezifischen Mindestlohn und den gesetzlichen Mindestlohn zu harmonisieren. Diese Harmonisierung soll ohne eine Absenkung des vergabespezifischen Mindestlohns erfolgen. Der TVgG - E enthält keine Möglichkeit, per Rechtsverordnung den vergabespezifischen Mindestlohn zu erhöhen. Vielmehr greift automatisch das MiLoG, sobald dieses die Höhe des dortigen Mindestlohns über 8,85 Euro festlegt. Die kurzfristige, geringfügige Überschreitung des derzeit maßgeblichen, dynamischen gesetzlichen Mindestlohns ist zur Erreichung des Ziels des Arbeitnehmerschutzes erforderlich und angemessen, insbesondere vor dem Hintergrund der gestiegenen Verbraucherpreise. Die Intensität der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit durch den vergabespezifischen Mindestlohn in Höhe von 8,85 Euro ist im Vergleich zum derzeitigen bundesweiten Mindestlohn in Höhe von 8,50 Euro nur geringfügig erhöht. Dem steht ein spürbarer Schutzgewinn für soziale und beschäftigungspolitische Belange gegenüber, die Art. 70 der EU-Vergaberichtlinie noch deutlicher hervorhebt als seinerzeit Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG. Dem Urteil in der Rechtssache C-115/14 lässt sich zudem nicht entnehmen, warum ein Mindestlohn in Höhe von 8,70 Euro angemessen, hingegen in Höhe von 8,85 Euro unangemessen sein sollte. Diese Feinjustierung liegt vielmehr im Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers. Darüber hinaus wird sich der aktuell bestehende geringfügige Unterschied zwischen der Höhe des vergabespezifischen und bundesweiten Mindestlohns aufgrund der Verhandlungen der Mindestlohn-Kommission ab 1. Januar 2017 über eine Erhöhung des bundesweiten Mindestlohns voraussichtlich noch weiter verringern und schließlich sogar vollständig nivellieren.

Ferner hat der EuGH in der Rechtssache C-115/14 ausdrücklich bestätigt, dass es zulässig ist, einen Mindestlohn nur für öffentliche (und nicht gleichzeitig auch für private) Aufträge vorzuschreiben, da es nur für den öffentlichen Bereich entsprechende Vorschriften des Unionsrechts gibt, und zwar nunmehr die EU-Vergaberichtlinie. Aufgrund der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-549/13 („Bundesdruckerei“) wird Absatz 3 Satz 3 neu hinzugefügt. Der EuGH hatte festgestellt, dass es mit der in Art. 56 AEUV niedergelegten Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar ist, wenn Rechtsvorschriften eines Mitgliedsstaates, dem der öffentliche Auftraggeber angehört, den Nachunternehmer eines Bieters, der beabsichtigt, einen öffentlichen Auftrag ausschließlich durch Inanspruchnahme von Arbeitnehmern auszuführen, die bei einem Nachunternehmer mit Sitz in einem anderen Mitgliedstaat als dem, dem der öffentliche Auftraggeber angehört, beschäftigt sind, verpflichten, den genannten Arbeitnehmern ein mit diesen Rechtsvorschriften festgelegtes Mindestentgelt zu zahlen. Um diesen Vorgaben gerecht zu werden, wird bestimmt, dass die Pflicht, eine entsprechende Verpflichtungserklärung hinsichtlich des Mindestlohns bei der Vergabestelle vorzulegen, nur dann gilt, wenn die ausgeschriebene Leistung im Hoheitsgebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird.

Auch das OLG Koblenz kommt in einer Entscheidung vom 16. März 2016 (AZ: 1 Verg 8/13) zu dem Ergebnis, dass den Bundesländern die Gesetzgebungskompetenz für die Vorgabe eines vergabespezifischen Mindestlohns auch nach Inkrafttreten des MiLoG zustehe.

Der Absätze 4 und 5 bleiben im Wesentlichen unverändert.

Absatz 6 sichert einen fairen Wettbewerb von der Vergabe von öffentlichen Aufträgen, indem der öffentliche Auftraggeber sich im Rahmen der Wertung mit unangemessen niedrigen Angeboten auseinandersetzen muss. Im Falle eines unangemessen niedrig erscheinenden Angebotes kann die Vergabestelle bei begründeten Zweifeln gemäß Satz 1 die Kalkulation des Bieters überprüfen.

Satz 2 erklärt hierzu, dass begründete Zweifel dann vorliegen können, wenn der Bruttoangebotspreis mehr als 10 % vom nächst höheren Angebot abweicht. Mit der Ausgestaltung als „kann-Vorschrift“ obliegt es dem öffentlichen Auftraggeber, im Einzelfall sein Ermessen auszuüben, ob bei Erreichung der Grenze von 10% tatsächlich begründete Zweifel vorliegen oder nicht. Damit ist nicht von einem Automatismus auszugehen, nach dem bei Erreichen oder Überschreiten der Grenze von 10% regelmäßig von begründeten Zweifeln auszugehen wäre.

Kommt der jeweilige Bieter der Aufforderung der Vergabestelle nicht innerhalb der von ihr gesetzten Frist nach, ist nach Satz 3 sein Angebot von der Wertung auszuschließen.

Die Kalkulationsgrundlage des Bieters muss ordnungsgemäß sein. Zu diesem Zweck muss jede Einzelposition dargelegt und u.U. begründet werden. Lässt sich der öffentliche Auftraggeber die Kalkulationsgrundlage vorlegen, so muss er diese auf Ordnungsmäßigkeit und Auskömmlichkeit überprüfen. Kommt er zu dem Ergebnis, dass der Bieter dem nicht nachgekommen ist, hat er die Verpflichtung zur Vorlage der Kalkulationsgrundlage nicht erfüllt. In diesem Falle kann er noch innerhalb der von der Vergabestelle gesetzten Frist die weiteren notwendigen Unterlagen einreichen. Tut er dies nicht innerhalb dieser Frist, ist sein Angebot zwangsläufig auszuschließen.

In Absatz 7 wird das sog. Günstigkeitsprinzip umgesetzt, das auch schon im TVgG – a.F. normiert war.

### **Zu § 5 (Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften)**

§ 5 TVgG - E entspricht § 9 Absatz 2 TVgG - a.F. Auf die entsprechende Begründung zu § 9 Absatz 2 TVgG - a.F. wird verwiesen. Den Bieter trifft die Pflicht, die Erklärungen der Nachunternehmer sowie Verleihern von Arbeitskräften einzuholen. Dabei verwenden Nachunternehmer und Verleiher ebenfalls die Vordrucke gemäß Rechtsverordnung.

Der Verweis auf § 4 Absatz 3 Sätze 2 und 3 TVgG - E hat zur Folge, dass auch die Nachunternehmer sowie Verleiher von Arbeitskräften im Rahmen der Verpflichtungserklärung die Art der tariflichen Bindung sowie die Höhe der gezahlten Mindeststundenentgelte für die im Rahmen der Leistungserbringung eingesetzten Beschäftigten angeben müssen.

§ 5 Absatz 1 Satz 3 TVgG - E ordnet diese Pflichten für alle weiteren Nachunternehmer oder Verleiher von Arbeitskräften an.

### **Zu § 6 (Umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung)**

Der neue Absatz 1 des § 6 TVgG - E fasst die wesentlichen und relevanten Ziele im Bereich der umweltfreundlichen und energieeffizienten Beschaffung in prägnanter und kompakter Weise zusammen. Gleichzeitig bleibt die Intensität der Erreichung der Ziele im Vergleich zur Regelung des § 17 TVgG - a.F. unverändert. § 6 Absatz 1 TVgG - E gewährleistet, dass im Rahmen der Konzeption des Bedarfs für die Beschaffung die relevanten Umweltaspekte zwingend Berücksichtigung finden müssen. Damit ist sichergestellt, dass Aspekte des Umweltschutzes und der Energieeffizienz bereits zu Beginn bzw. vor Beginn des eigentlichen Vergabeverfahrens durchdacht und nachfolgend für das gesamte Vergabeverfahren festgelegt werden.

Der Schutz der Umwelt und die Energieeffizienz sind zentrale Ziele dieses Gesetzes. Zur Zielerreichung ordnet Absatz 1 an, dass die öffentlichen Auftraggeber bereits bei der Konzeption des Beschaffungsbedarfs zwingend die Lebenszykluskosten, die höchste Energieeffizienz, die Leistungs- und Funktionsanforderungen hinsichtlich des Umweltschutzes, Nachweismöglichkeiten durch Umweltzeichen und Leistungs- und Funktionsanforderungen sowie technische Spezifikationen zur Berücksichtigung von Umweltaspekten zu beachten haben.

Zur Klarstellung wird hervorgehoben, dass sonstige rechtliche Pflichten, wie beispielsweise abfallrechtliche Vorgaben insbesondere im Hinblick auf Abfallvermeidung und Wiederverwendung, Recycling sowie sonstige Verwertung, insbesondere auch im Rahmen der Beschaffung durch öffentliche Auftraggeber gelten. Dazu gehören beispielsweise auch bei Entsorgungsdienstleistungen die unionsrechtlichen Vorgaben hinsichtlich der Grundsätze der Autarkie und Nähe.

Absatz 2 ist in drei wichtige Regelungsbereiche unterteilt, was zunächst der Übersichtlichkeit dient. Darüber hinaus sind die Buchstaben a) bis c) dadurch miteinander verbunden, dass sie jeweils im Bereich unterhalb der Schwellenwerte nach § 106 GWB gelten. Bei den Regelungen des Absatzes 2 Buchstaben a) bis c) handelt es sich im Wesentlichen um die Regelungsgehalte des § 17 Absatz 2, 4 und 6 TVgG - a.F. Teilweise haben Anpassungen an die neuen Regelungen zu den Umweltzeichen im GWB oder in der entsprechenden EU-Richtlinie stattgefunden, und teilweise haben zwecks sprachlicher und struktureller Anpassung Kürzungen stattgefunden, die aber nicht den Regelungsgehalt als solchen beeinträchtigen sollen.

**Zu § 7 (Beachtung von ILO-Mindestanforderungen an die Arbeitsbedingungen)**

Unternehmen müssen nachweislich dafür Sorge tragen, dass Produkte verwendet werden, die den ILO-Kernarbeitsnormen entsprechen. Öffentliche Aufträge sollen nicht solche Produkte zum Gegenstand haben, die unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen zustande gekommen sind.

Insoweit enthält § 7 TVgG - E die Vorgabe, dass der Auftragnehmer nachweislich dafür Sorge tragen muss, dass bei öffentlichen Aufträgen nur Produkte oder Produktgruppen Gegenstand der Leistung sind, die unter Beachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Zu diesem Zweck werden acht ILO-Kernarbeitsnormen zu Grunde gelegt, vgl. Satz 2.

Dass es einem Auftraggeber unbenommen ist, zusätzliche Anforderungen, die über die Standards von § 7 TVgG - E hinausgehen, zu fordern, ist in § 3 Absatz 2 TVgG - E klargestellt.

Nach § 16 Absatz 4 TVgG - E wird die Landesregierung ermächtigt, durch Rechtsverordnung festzulegen, welche Produkte und Produktgruppen der Anwendungsbereich des § 7 TVgG - E umfasst. Daneben wird die Verordnung Vorgaben hinsichtlich der Nachweiserbringung sowie zur vertraglichen Ausgestaltung von Kontrollen und Sanktionen enthalten.

**Zu § 8 (Frauenförderung, Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie)**

§ 8 TVgG - E ist gegenüber § 19 TVgG - a.F. weitgehend unverändert geblieben; auf die dortige Begründung wird verwiesen.

**Zu § 9 (Verfahrensvorgaben zu den Ermächtigungen und Bestbieterprinzip)**

Die Evaluierung des TVgG - a.F. vom 28. Februar 2015 (Landtag NRW Vorlage 16/2771) hat ergeben, dass es in 71 % der Fälle seitens der Unternehmen/Auftragnehmer (S. 86 des Endberichts) sowie in 92 % der Fälle auf Seiten der Vergabestellen (S. 83 des Endberichts) zu Mehraufwänden gekommen ist. Diese Mehraufwände werden überwiegend als „mittel“ bis „hoch“ eingeschätzt (S. 84 des Endberichts für Vergabestellen, S. 87 für die Unternehmen/Auftragnehmer). Viele Vergabestellen haben angegeben, dass der bürokratische Aufwand und die Komplexität, die mit den Vorgaben des TVgG - a.F. einhergingen, zu Problemen bei der Umsetzung führten (S. 63 des Endberichts). Ferner konstatieren sie eine Überforderung der Bieter und/oder Probleme bei der Einholung der notwendigen Erklärungen (S. 61 f. des Endberichts).

Diesen Ergebnissen, denen sich sowohl die Vergabestellen als auch die Unternehmen/Bieter ausgesetzt sehen, trägt § 9 TVgG - E Rechnung, indem das Vergabeverfahren im Hinblick auf die nach dem TVgG - E erforderlichen Nachweise und Erklärungen (Verpflichtungs- und Eigenenerklärungen) für die beiden Gruppen entbürokratisiert und verschlankt wird.

Absatz 1 Satz 1 kodifiziert das sog. „Bestbieterprinzip“. Bestbieter im Sinne dieses Gesetzes ist derjenige Bieter, dem nach Durchführung der Eignungsprüfung sowie der Angebotswertung der Zuschlag zu erteilen ist. Es wird nur derjenige Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden soll, verpflichtet, die erforderlichen Unterlagen bei der Vergabestelle vorzulegen. Auf diese Art und Weise wird nicht nur der Kreis der Bieter entlastet werden, sondern auch die Vergabestelle, die nicht für jeden einzelnen Bieter die Einhaltung der Vorgaben des TVgG - E überprüfen muss. Trotz des Aufwandabbaus bleibt jedoch gleichzeitig gewährleistet, dass die vom TVgG - E bezweckten Ziele nach wie vor eingehalten werden, da das für den Zuschlag vorgesehene Unternehmen die Anforderungen des TVgG - E zu erfüllen hat.



Absatz 2 verpflichtet die öffentlichen Auftraggeber, in der Bekanntmachung des öffentlichen Auftrags und in den Vergabeunterlagen darauf hinzuweisen, dass die Bieter sowie deren Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften, soweit diese bereits bei Angebotsabgabe bekannt sind, im Fall der beabsichtigten Zuschlagserteilung die nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen nach Aufforderung innerhalb von drei Werktagen vorlegen müssen. So wird gewährleistet, dass der Bieter bereits im Vorfeld über seine möglichen Pflichten und deren Ausgestaltung aufgeklärt ist und diese Aufklärung auch bei seiner Entscheidung Berücksichtigung findet, insbesondere bei der Frage, ob er überhaupt ein Angebot abgeben möchte. Es wird in deutlicher Art und Weise darauf hingewiesen, dass eine Zuschlagserteilung nur erfolgen kann, wenn die erforderlichen Nachweise und Erklärungen nach dem TVgG - E rechtzeitig eingereicht werden.

Absatz 3 bestimmt die Frist, innerhalb welcher die erforderlichen Nachweise und Erklärungen einzureichen sind. Diese beträgt nach Satz 1 regelmäßig drei Werktage. Das trägt dem Umstand Rechnung, dass das Vergabeverfahren möglichst zügig abgeschlossen und grundsätzlich der Zuschlag nach Prüfung aller erforderlichen Unterlagen erteilt werden kann. Eine zusätzliche Verzögerung des Vergabeverfahrens ist dadurch nicht zu befürchten, da es gleichzeitig auf Seiten der Bieter sowie der Vergabestellen wegen des Entfalls von Prüfungen bzw. Vorlagen zu zeitlichen Einsparungen kommen wird. Zudem ist eine angemessene, kurze Frist erforderlich, um dem Bieter die Möglichkeit zu geben, die Unterlagen einreichen zu können. Da die Bieter durch Bekanntmachung und Leistungsbeschreibung hinreichend darauf vorbereitet sind, dass im Falle der beabsichtigten Zuschlagserteilung die Einreichung der Unterlagen fristgemäß erfolgen muss, damit es tatsächlich zum Zuschlag und damit zum Vertragsschluss kommen kann, ist davon auszugehen, dass die Bieter entsprechende Vorbereitungen und Vorkehrungen im Rahmen ihres unternehmerischen Handelns treffen.

Satz 2 sieht vor, dass die Frist erst an dem Tag beginnt, der auf den Tag der Absendung der Mitteilung über den beabsichtigten Zuschlag folgt. Auf den Tag des Zugangs beim Bieter kommt es somit nicht an. Das dient vor allem der Verfahrensökonomie und bezweckt darüber hinaus die Vereinheitlichung des Vergabeverfahrens.

Satz 3 ermöglicht es der Vergabestelle, die grundsätzliche Frist von drei Werktagen unter den Voraussetzungen zu verlängern, dass die erforderlichen Verpflichtungserklärungen nicht innerhalb des in Satz 1 bestimmten Zeitraumes vorgelegt werden können oder dies im Hinblick auf Art und Umfang des Auftrages angemessen erscheint. Diese beiden Voraussetzungen können demnach alternativ vorliegen. Hierdurch soll vor allem vermieden werden, dass ein erneutes Vergabeverfahren stattfinden muss, weil nur ein einziges Angebot erfolgt ist, dem Bieter es allerdings aus tatsächlichen Gründen nicht möglich ist, die erforderlichen Unterlagen innerhalb der Frist einzureichen. Gleichzeitig setzt die Fristverlängerung allerdings auch voraus, dass eine solche nach Art und Umfang des Auftrages angemessen erscheint. Dies verhindert eine beliebig lange Verlängerung der Frist, so dass eine möglichst zügige Vorlage der erforderlichen Unterlagen ebenfalls im Interesse des Bieters ist und er sich um deren schnelle Beibringung bemüht. Mit der Verlängerungsoption ist auch der Fall abgedeckt, dass der Bieter um Verlängerung der Frist bittet. Der öffentliche Auftraggeber hat in diesem Fall nach pflichtgemäßem Ermessen über die Verlängerungsbitte zu entscheiden.

Bevor die in § 134 GWB statuierte Frist (Informations- und Wartefrist) in Gang gesetzt wird, müssen zunächst alle erforderlichen Unterlagen eingeholt worden sein. Denn das TVgG - E geht nicht von einem Gleichlauf oder Nebeneinander, sondern vielmehr von einem Nacheinander beider Fristen aus. § 134 GWB dient dem effektiven Rechtsschutz der betroffenen Mitbieter und setzt deren Rechtsschutzbedürfnis voraus. Dieses entfielen allerdings, wenn derjenige Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, die erforderlichen Unterlagen nicht innerhalb der in Absatz 2 bestimmten Frist einreicht, etwa weil er nach der Absendung der Mitteilung über

die beabsichtigte Zuschlagserteilung kein Interesse mehr an einem Vertragsschluss hat. In diesem Falle nämlich könnte von vornherein kein Vertrag zu Stande kommen. Würde sich nun der betroffene Mitbieter in Unkenntnis darüber, dass die erforderlichen Unterlagen von vornherein nicht oder nicht mehr fristgerecht eingereicht werden, an die Vergabekammer zwecks einer Nachprüfung innerhalb der von § 134 GWB statuierten Fristen wenden, obwohl der beabsichtigte Vertrag nicht geschlossen werden kann, müsste sein Anliegen mangels Rechtsschutzbedürfnis zurückgewiesen werden. Ferner hätte er die anfallenden Kosten zu tragen. Um dies zu vermeiden, bedeutet das konkret, dass die Informationen nach § 134 GWB erst dann an die betroffenen Bieter übermittelt werden können, wenn der Vergabestelle alle erforderlichen Unterlagen vorliegen.

Die Regelung ermöglicht es dem Bieter, dem der Zuschlag erteilt werden soll, nicht, sich von seinem Angebot ohne Weiteres zu lösen. Denn schon durch die Teilnahme an einem Vergabeverfahren wird zwischen dem Auftraggeber und dem Bieter ein Vertrauensverhältnis nach Maßgabe der §§ 311 Absatz 2, 241 Absatz 2 BGB begründet (BGH NJW 2000, 661; OLG Koblenz ZfBR 2014, 505 f.; Wagner, Haftung der Bieter für culpa in contrahendo in Vergabeverfahren, NZBau 2005, 436 m.w.N.). Daher übernimmt der Bieter durch die Abgabe eines Angebots die vorvertragliche Pflicht, die erforderlichen Unterlagen auch tatsächlich innerhalb des ihm zur Verfügung stehenden Zeitraumes vorzulegen. Durch die deutlichen Hinweise in der öffentlichen Bekanntmachung sowie in den Vergabeunterlagen weiß der Bieter zum einen, dass ihn die Verpflichtung im Falle der Zuschlagserteilung trifft. Zum anderen wird dadurch ebenfalls die potentielle Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo unterstrichen und gestärkt. Kommt der Bieter dieser Pflicht nicht nach, macht er sich schadensersatzpflichtig.

Absatz 4 Satz 1 sieht für die Vorlage der erforderlichen Verpflichtungserklärungen vor, dass diese in geeigneter Form zu erfolgen hat. Um der regelmäßigen Frist nach Absatz 3 und den technischen Möglichkeiten des Geschäftsverkehrs und –lebens hinreichend Rechnung zu tragen, bestimmt Satz 2, dass es hierfür grundsätzlich ausreicht, wenn eine Übermittlung in Textform im Sinne des § 126 b BGB erfolgt. Damit dürften die Hauptanwendungsfälle (Telefax oder auf elektronischem Wege, beispielsweise durch Einscannen der Verpflichtungserklärungen und Übersendung per E-Mail) erfasst sein.

Absatz 5 Satz 1 bestimmt, dass das Angebot des Bieters, dem der Zuschlag erteilt werden soll, von der Wertung auszuschließen ist, wenn er nicht rechtzeitig innerhalb der von Absatz 2 bestimmten Frist die erforderlichen Verpflichtungserklärungen bei der Vergabestelle vorlegt. Eine ähnliche Regelung enthält bereits § 8 Absatz 2 TVgG - a.F. Insofern führt Satz 1 den bisherigen Regelungsgedanken fort und dient lediglich der Anpassung an das Bestbieterprinzip. Für den Fall der Nichtvorlage sind Schadensersatzansprüche der Vergabestelle, wie bereits ausgeführt, nicht ausgeschlossen.

Satz 2 dient im Wesentlichen der Klarstellung. Soweit das Angebot nach Satz 1 ausgeschlossen worden ist, ergibt sich bereits aus den allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen, dass das der Rangfolge nach nächste Angebot heranzuziehen ist. Damit dem Bieter mit diesem Angebot keine Nachteile entstehen, sind dementsprechend hierfür ebenfalls die Regelungen des § 9 TVgG - E heranzuziehen.

Eine Ausnahme vom Bestbieterprinzip ist nur in den in Absatz 6 geregelten Fällen möglich. Ausnahme bedeutet, dass der öffentliche Auftraggeber abweichend vom Regelfall des Bestbieterprinzips bereits mit der Abgabe des Angebots die nach diesem Gesetz erforderlichen Nachweise und Erklärungen fordern darf. Diese Ausnahmemöglichkeit soll dem öffentlichen Auftraggeber ermöglichen, das Vergabeverfahren um die drei Werktage nach § 9 Absatz 2 TVgG - E zu straffen.

**Zu §§ 10, 11 und 13 (Kontrolle durch den öffentlichen Auftraggeber, Nachweise zu Beitragsentrichtung; Sanktionen durch den öffentlichen Auftraggeber; Bietergemeinschaft, Bewerber beim Teilnamewettbewerb)**

Nach § 10 Absatz 1 Satz 1 sind Öffentliche Auftraggeber berechtigt, Kontrollen durchzuführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Nach Satz 2 dürfen sie sich zu diesem Zweck die Entgeltabrechnungen, die Unterlagen über die Abführung von Steuern, Abgaben und Beiträgen sowie die abgeschlossenen Verträge vorlegen lassen, diese prüfen und hierzu Auskünfte verlangen. Diese, § 11 Abs. 1 Satz 1 und 2 TVgG – a.F. entstammende, Regelung wurde um den Zusatz ergänzt, dass die Unterlagen nach Satz 2 in anonymisierter Form vorgelegt werden müssen. Dieser Zusatz trägt den datenschutzrechtlichen Belangen der Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter der Auftragnehmer Rechnung. Kontrollen müssen sich – ob mit oder ohne konkreten Verdacht der Missachtung der gesetzlichen Verpflichtungen – in jedem Falle nur auf die zur Erfüllung des Zwecks erforderlichen Daten beziehen. Aus datenschutzrechtlicher Sicht müssen Passagen, die Aufschluss über die Identität der Mitarbeiter geben, vom Auftragnehmer unkenntlich gemacht werden. Dies gebietet bereits der Grundsatz der Datensparsamkeit nach § 3a BDSG, wonach möglichst wenig personenbezogene Daten zu verarbeiten und diese zu anonymisieren bzw. zu pseudonomisieren sind, soweit dies nach dem Verwendungszweck möglich ist und im Verhältnis zu dem angestrebten Schutzzweck keinen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert.

Die Konkretisierung des § 10 Abs. 1 Satz 2 TVgG - E deckt sich auch mit der Rechtsauffassung der Landesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit Nordrhein-Westfalen; die Vorlage der Unterlagen in anonymisierter Form ist eine Variante, um die datenschutzrechtlichen Belange der Mitarbeiter sicherzustellen (Stellungnahme des LDI NRW vom 20. Mai 2016 zu § 10 Abs. TVgG - E).

Von dem Erfordernis der Anonymisierung der Daten dürfte nur in dem Fall abgesehen werden, in dem nur eine Person zur Auftrags Erfüllung eingesetzt wird und diese Person ist dem Auftraggeber namentlich bekannt. In diesem Fall würde eine Anonymisierung nicht helfen. Die datenschutzrechtlichen Belange dieser Person müssen in diesem Ausnahmefall hinter den Zielen des TVgG-NRW zurückstehen, damit effektive Kontrollen möglich sind.

Im Übrigen sind die §§ 10, 11 und 13 TVgG - E gegenüber dem TVgG - a.F. (§§ 11, 12 und 14) weitgehend unverändert geblieben, auf die dortige Begründung wird verwiesen. § 10 Absatz 2 TVgG - a.F. konnte gestrichen werden, da sich der Regelungsgehalt aus dem § 5 TVgG - E ergibt. In § 10 Absatz 3 TVgG - E ist der Regelungsgehalt des § 7 TVgG - a.F. eingefügt worden.

**Zu § 12 (Ausschluss von der Vergabe öffentlicher Aufträge)**

Das Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen regelt in § 123 zwingende Ausschlussgründe, in § 124 fakultative Ausschlussgründe und in § 125 die Selbstreinigung. Damit hat der Gesetzgeber – für den Oberschwellenbereich - diesbezüglich eine abschließende Regelung getroffen. Eine Ergänzung, Abänderung oder Erweiterung ist dem Landesgesetzgeber nicht möglich.

Anders sieht es im Unterschwellenbereich aus. Deshalb ordnet § 12 Absatz 1 TVgG - E an, dass sich die §§ 123 bis 125 GWB auch auf den Unterschwellenbereich erstrecken. Gleichzeitig wird für den Unterschwellenbereich in § 12 Absatz 1 Satz 2 TVgG - E geregelt, dass bei einem Verstoß gegen die Pflichten nach §§ 4 und 5 TVgG - E ein Verstoß gegen sozial- und arbeitsrechtliche Vorschriften im Sinne des § 124 Absatz 1 Nr. 1 GWB vorliegt (diese Regelung

erstreckt sich nicht auf den Oberschwellenbereich). Damit soll auch darauf hingewiesen werden, dass es sich bei dem TVgG - E um eine Verpflichtung im Sinne des § 124 Absatz 1 Nr. 1 GWB handelt. In diesem Sinne ist auch die Begründung zu § 124 Absatz 1 Nummer 1 GWB zu sehen, die ausdrückliche einzelstaatliche Rechtsvorschriften, aber auch für das Unternehmen verbindliche Tarifverträge als Verpflichtung im Sinne des § 124 Absatz 1 Nr. 1 GWB annimmt.

Gemäß § 12 Absatz 2 TVgG - E ist ein Ausschluss im Sinne des § 12 Absatz 1 TVgG - E dem Vergaberegister mitzuteilen.

### **Zu § 14 (Prüfbehörde)**

§ 14 TVgG - E regelt die Aufgaben und Kompetenzen der Prüfbehörde.

Absatz 1 Satz 1 weist die Zuständigkeit zur Prüfung der Einhaltung der Pflichten gemäß § 4 Absätze 2 und 3 TVgG - E dem für Arbeit zuständigen Ministerium zu. Damit ist die Prüfbehörde grundsätzlich in diesem Ressort angesiedelt. Das für Arbeit zuständige Ministerium kann die Zuständigkeit durch Rechtsverordnung gemäß § 16 Absatz 3 TVgG - E auf eine nachgeordnete Behörde übertragen. Auftragnehmer, Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften im Sinne des § 4 Absätze 2 und 3 TVgG - E werden als „Betroffene“ bezeichnet. In Absatz 1 Satz 2 wird geregelt, dass die Prüfung sowohl anlass- als auch stichprobenbezogen erfolgen kann.

Absatz 2 regelt die Pflichten der Betroffenen. Auf Verlangen der Beauftragten der Prüfbehörde haben die Betroffenen die zur Überwachung der Einhaltung der Pflichten erforderlichen Auskünfte mündlich und schriftlich zu erteilen. Diese Formulierung sowie die Absätze 3 und 4 lehnen sich an die Regelung in § 29 Gewerbeordnung an.

In Absatz 3 sind die Befugnisse der Beauftragten der Prüfbehörde geregelt. Beauftragte der Prüfbehörde sind die mit der Prüfung beauftragten Personen. Zum Zwecke der Überwachung der Einhaltung der Pflichten nach § 4 Absätze 2 und 3 TVgG - E dürfen sie Grundstücke und Geschäftsräume der Betroffenen betreten. Sie dürfen dort Prüfungen und Besichtigungen vornehmen, außerdem dürfen sie sich die geschäftlichen Unterlagen vorlegen lassen und in diese Einsicht nehmen. Im zweiten Halbsatz wird klargestellt, dass das in Artikel 13 des Grundgesetzes verankerte Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung zu diesen Zwecken eingeschränkt wird.

Absatz 4 beinhaltet ein Auskunftsverweigerungsrecht der Betroffenen. Wenn sie sich selbst oder einen in § 383 Absatz 1 Nr. 1 bis 3 der Zivilprozessordnung bezeichneten Angehörigen der Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung oder eines Verfahrens nach dem Gesetz über Ordnungswidrigkeiten aussetzen würden, können die Betroffenen die Auskunft verweigern.

### **Zu § 15 (Ordnungswidrigkeiten)**

Die Absätze 1 bis 4 und 6 entsprechen im Wesentlichen 16 TVgG a.F. Neu ist in § 15 Absatz 3 geregelt, dass die Prüfbehörde im Sinne des § 14 Absatz 1 Verwaltungsbehörde im Sinne des § 36 Absatz 1 Nummer 1 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten ist. Ansonsten wurden lediglich redaktionelle Änderungen vorgenommen. Auf die entsprechende Begründung im TVgG a. F. wird verwiesen.

Neu ist § 15 Absatz 1 Satz 2. Mit diesem Satz wird klargestellt, dass eine Ordnungswidrigkeit nach TVgG - E nur dann vorliegen kann, wenn die zur Annahme einer Ordnungswidrigkeit führende Handlung nicht bereits mit einer Geldbuße nach MiLoG belegt werden kann. Damit

ist zum Beispiel im Bereich des Mindestlohns klargestellt, dass die Prüfbehörde im Sinne des TVgG - E nur dann ein Bußgeld verhängen kann, wenn das gezahlte Entgelt den Mindestlohn nach Mindestlohngesetz (dieser liegt derzeit bei 8,50 Euro) erreicht oder überschreitet, nicht aber den vergabespezifischen Mindestlohn in Höhe von 8,85 Euro erreicht. In denjenigen Fällen, in denen der gezahlte Lohn nicht den nach MiLoG erforderlichen Betrag erreicht (derzeit 8,50 Euro), muss die Prüfbehörde die Angelegenheit an die zuständige Stelle abgeben. Insofern handelt es sich bei dem MiLoG des Bundes um das speziellere Gesetz, mit dem abschließend die Sanktionsmöglichkeiten festgelegt sind. Hinzu kommt, dass eine Ordnungswidrigkeit und damit eine Tat nicht nach verschiedenen Gesetzen mehrfach mit einer Geldbuße belegt werden kann.

Sobald der Mindestlohn nach MiLoG die Höhe von 8,85 Euro erreicht hat, ist § 15 im Hinblick auf die Einhaltung des vergabespezifischen Mindestlohns nicht mehr anwendbar.

Absatz 5 verweist auf § 19 MiLoG. Dieser tritt an die Stelle des § 16 Absatz 5 TVgG - a.F. Seit Inkrafttreten des MiLoG enthielten TVgG a.F. und MiLoG unterschiedliche Vorgaben zur Einholung eines Gewerbezentralregisterauszugs. Mit der Neufassung des Absatzes 5 gilt künftig nur noch die Regelung des § 19 MiLoG.

### **Zu § 16 (Rechtsverordnungen)**

§ 16 TVgG - E stellt die Ermächtigungsnorm für Rechtsverordnungen dar, die aufgrund des Gesetzes erlassen werden können.

§ 16 Absätze 1 und 2 TVgG - E entsprechen im Wesentlichen § 21 Absätze 1 und 2 TVgG - a.F. Im Gegensatz zum TVgG - a.F. ist im TVgG - E keine Möglichkeit enthalten, per Rechtsverordnung den vergabespezifischen Mindestlohn zu erhöhen. Eine Erhöhung erfolgt aufgrund der Harmonisierung mit dem Mindestlohngesetz dann, wenn es den dortigen Mindestlohn über 8,85 Euro festlegt.

§ 16 Absatz 3 TVgG - E entspricht im Wesentlichen § 21 Absatz 4 Nr. 4 TVgG - a.F. und ist im Zusammenhang mit § 15 Absatz 3 TVgG - E zu sehen. Im Vergleich zum TVgG - a.F. ist das Einvernehmen mit dem für Wirtschaft zuständigen Ausschuss des Landtags nicht mehr erforderlich.

§ 16 Absatz 4 TVgG - E sieht vor, dass die Landesregierung eine einheitliche Rechtsverordnung zu unterschiedlichen Regelungsbereichen des Gesetzes erlassen kann.

Davon sind zunächst die Verpflichtungserklärungen nach § 4 Absätze 1, 2, 3 und 4 TVgG - E erfasst (§ 16 Absatz 4 TVgG - E Nr. 1).

Hinzu kommt die Befugnis, Konkretisierungen hinsichtlich der Art und Weise der Berücksichtigung der in § 6 TVgG - E genannten Kriterien vornehmen zu können (§ 16 Absatz 4 Nr. 2 TVgG - E).

Ebenfalls erfasst ist die Befugnis, Produktgruppen oder Herstellungsverfahren gemäß § 7 TVgG - E zu definieren (§ 16 Absatz 4 Nr. 3 TVgG - E). In diesen Regelungsbereich fällt auch die Befugnis, zu definieren, welche Art von Nachweisen gefordert werden können. Beispielsweise Zertifikate, Mitgliedschaften in einer Initiative, die sich für die Beachtung der ILO-Mindestanforderungen einsetzt, oder gleichwertige Erklärungen Dritter. Auch zu der Frage, was als gleichwertig anerkannt wird, müsste eine solche Verordnung Ausführungen machen. Die Erwähnung der vertraglichen Ausgestaltung dient der Möglichkeit, eine entsprechende Ver-

tragsklausel oder den Mindestinhalt einer entsprechenden vertraglichen Regelung in der Verordnung zu verankern. Um die Wirksamkeit der Maßnahmen zu gewährleisten, bedarf es angemessener Kontroll- und Sanktionsregelungen. Für die Etablierung solcher Regelungen bietet die Ermächtigungsnorm ebenfalls die Grundlage.

§ 16 Absatz 4 Nr. 4 TVgG - E entspricht in Teilen § 19 Absatz 3 TVgG - a.F. und § 21 Absatz 4 Nr. 3 TVgG - a.F., allerdings wiederum ohne das Erfordernis, das Einvernehmen mit dem für Wirtschaft zuständigen Ausschuss des Landtags herzustellen. Außerdem sind die Vorgaben der neuen Fassung im Vergleich zur bisherigen offener ausgestaltet. Es besteht weiterhin die Möglichkeit, die Maßnahmen zu benennen, die von den Unternehmen gewählt und durchgeführt werden können sowie eine Staffelung der Maßnahmen in Abhängigkeit zum Auftragsvolumen und zur Unternehmensgröße vorzunehmen. Und auch die Möglichkeit, die Art der Dokumentation der Maßnahmen zum Zweck der Überwachung vorzugeben, besteht fort.

Eine Neuerung im Vergleich zum TVgG - a.F. befindet sich in § 16 Absatz 4 Nr. 5 TVgG – E. Demnach kann nach näherer Ausgestaltung in einer Rechtsverordnung ein Siegelssystem für die im Sinne des TVgG - E erforderlichen Nachweise und Erklärungen etabliert werden. Die Evaluierung des TVgG - a.F. (Landtag NRW Vorlage 16/2771) hat ergeben, dass Unternehmen weitere Standardisierungen/Vereinfachungen bei den einzureichenden Erklärungen wünschen, um Aufwände weiter zu reduzieren (S. 90 des Endberichts). Abhilfe kann ein Siegelssystem schaffen, bei dem mit Vorlage des Siegels die Nachweise und Erklärungen abgedeckt sind. Nach Etablierung eines Siegelsystems ist es dem Bestbieter freigestellt, die Nachweise und Erklärungen einzeln vorzulegen, oder alternativ ein entsprechendes Siegel von einer dafür zuständigen Siegelstelle.

Diese Wahlmöglichkeit gilt auch für die Nachunternehmer sowie Verleiher von Arbeitskräften. Für den Fall, dass nur einer der Beteiligten ein solches Siegel vorweisen kann, bleibt die Verpflichtung zur Vorlage der erforderlichen Verpflichtungserklärungen und/oder Nachweise für die übrigen an dem Verfahren Beteiligten, die ein solches Siegel nicht haben, bestehen.

§ 16 Absatz 4 Nr. 5 TVgG - E stellt die Ermächtigungsgrundlage für die Landesregierung dar, eine Rechtsverordnung zu erlassen, die das Nähere zum gesamten Siegelverfahren regelt. Dazu ist die Möglichkeit vorgesehen, die konkrete Ausgestaltung des Siegelverfahrens, Aufgaben und Befugnisse etwaiger einzurichtender Siegelvergabestellen sowie die Regelungen zum Erhalt oder Entzug eines Siegels in einer Rechtsverordnung zu festzulegen.

### **Zu § 17 (Servicestelle zum Tariftreue- und Vergabegesetz)**

§ 17 TVgG - E weist dem für Wirtschaft zuständigen Ministerium den Aufgabenbereich der Beratungsleistungen zum praktischen Umgang mit diesem Gesetz zu. Die Aufgabe der Servicestelle besteht darin, sicherzustellen, dass jedermann unentgeltlich Beratung zu Anwendungsbereich oder zu vergaberechtlichen Anwendungsfragen dieses Gesetzes in Anspruch nehmen kann. Diese neue und zusätzliche Serviceleistung erfolgt auch vor dem Hintergrund, dass im Rahmen der Evaluation des TVgG – a.F. sowohl von Vergabestellen als auch von Unternehmen der Wunsch nach verbesserten Informationsangeboten geäußert wurde. Nicht umfasst von der Tätigkeit der Servicestelle ist die Zurverfügungstellung von Tarif- und Mindestentgeltregelungen der einschlägigen Tarifverträge.

Es erschien geboten, die Tätigkeit von Kontrolle (Prüfbehörde) und Beratung (Servicestelle) organisatorisch und personell zu trennen, um potentielle Interessenüberschneidungen zu vermeiden. Dies wird durch die Ansiedlung von Prüfbehörde und Servicestelle in unterschiedlichen Ministerien bzw. Geschäftsbereichen gewährleistet.

**Zu § 18 (Inkrafttreten, Außerkrafttreten)**

§ 18 TVgG - E regelt den Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes. Gleichzeitig ordnet § 18 TVgG - E an, dass die dort genannten Rechtsverordnungen vom 14.05.2013 (GV. NRW. S. 254), vom 19.11.2014 (GV.NRW. S. 927) sowie vom 23. April 2012 (GV. NRW. S. 176) zeitgleich außer Kraft treten.

Absatz 2 legt eine Befristung des Gesetzes fest und definiert, welche Vergabeverfahren unter das novellierte Gesetz fallen.