



VERGABERECHT IN NIEDERSACHSEN

Landtag beschließt Landesvergabegesetz

Der Niedersächsische Landtag hat am 2. September 2002 das seit langem diskutierte Landesvergabegesetz verabschiedet. Das neue Gesetz hatte insbesondere dadurch Auftrieb erhalten, dass der Entwurf eines Bundesvergabegesetzes im Bundesrat gescheitert war.

Politischer Schwerpunkt des Landesvergabegesetzes ist die Einführung einer sog. „Tariftreueerklärung“. Sie soll insbesondere Wettbewerbsverzerrungen auf dem Gebiet des Bauwesens (und des öffentlichen Personennahverkehrs) entgegenwirken, die durch den Einsatz von sog. „Niedriglohnkräften“ entstehen, und gleichzeitig die damit verbundenen Belastungen für die sozialen Sicherungssysteme mildern.

Um dieses Ziel zu erreichen, werden öffentliche Auftraggeber verpflichtet, solche Aufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die das in Tarifverträgen vereinbarte Arbeitsentgelt am Ort der Leistungserbringung zahlen.

Daneben enthält das Landesvergabegesetz noch eine Vielzahl weiterer Regelungen, die bereits überwiegend zuvor Gegenstand von Runderlassen waren.

In den Auswirkungen noch unklar ist der (formale) Einschluss freiberuflicher Dienstleistungen in das Landesvergabegesetz. Unabhängig davon ist aber bereits jetzt abzusehen, dass sich dieses Gesetz auf die Berufsausübung von Architekten landesweit auswirken wird.

■ ANWENDUNGSBEREICH

Für die vom Landesvergabegesetz erfassten Leistungen wird ein neuer Schwellenwert festgelegt. Er beträgt 10.000 €.

Bauleistungen

Ausdrücklich geregelt im Gesetz sind Bauleistungen: Leistungen des Bauhauptgewerbes und des Baunebengewerbes. Die Definitionen aus § 99 Abs. 3 Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) oder § 1 VOB/A wurden nicht übernommen, wobei unklar ist, welche Konsequenzen sich daraus für den Vollzug ergeben können.



Freiberufliche Leistungen

Der Hinweis auf § 99 GWB in § 1 des Landesvergabegesetzes lässt darauf schließen, dass zusätzlich zu den genannten Leistungen auch sonstige Liefer- und Dienstleistungen einschließlich der freiberuflichen Leistungen erfasst sein sollen.

Allerdings sind diese freiberuflichen Leistungen in §§ 1, 2 Landesvergabegesetz nur eingeschränkt geregelt. Soweit der Schwellenwert für die Vergabe einer freiberuflichen Leistung mindestens 10.000 € beträgt, sind u. a. folgende Vergabegrundsätze zu beachten:

- Transparenzgrundsatz (§ 97 Abs. 1 GWB)
- Gleichbehandlungsgebot für alle Teilnehmer an einem Vergabeverfahren (§ 97 Abs. 2 GWB)
- die Berücksichtigung mittelständischer Interessen (§ 97 Abs. 3 GWB)
- die Vergabe von Aufträgen an fachkundige, leistungsfähige und zuverlässige Leistungserbringer (§ 97 Abs. 4 GWB)

Außerdem gelten aus dem GWB die Definitionen des öffentlichen Auftraggebers, der öffentlichen Aufträge, des allgemeinen Anwendungsbereichs und der Vergabearten (§§ 98 bis 101 GWB).

Es gilt auch die Vergabeverordnung (VgV), insbesondere mit ihren Regelungen über die Informationspflicht (§ 13) und ausgeschlossene Personen (§ 16). Völlig ungeklärt ist hingegen, ob bei freiberuflichen Leistungen ab einem Schwellenwert von 10.000 € die VOF gelten soll (§§ 1, 2 Landesvergabegesetz i.V.m. § 5 VgV). Das Landesvergabegesetz äußert sich dazu nicht. Aus der Systematik der Vorschriften läge es nahe, die Anwendbarkeit der VOF zu verneinen.

Wie genau bei Architektenleistungen mit einem Honorarwert ab 10.000 € vergaberechtlich zu verfahren sein wird, ergibt sich aus dem Landesvergabegesetz nicht.

Insofern wird man die Entwicklung, was die Vergabe freiberuflicher Leistungen in Niedersachsen angeht, mit Spannung verfolgen dürfen.

■ TARIFTREUERKLÄRUNG UND „REPRÄSENTATIVER“ TARIFVERTRAG

Aufträge für Bauleistungen dürfen nur an solche Unternehmen vergeben werden, die sich bei der **Angebotsabgabe** schriftlich **verpflichten**, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens das am Ort der Ausführung **tarifvertraglich** vorgesehene **Entgelt** zum tarifvertraglich vorgesehenen **Zeitpunkt** zu bezahlen.

Falls am Ort der Leistung mehrere Tarifverträge für dieselbe Leistung gelten, muss der öffentliche Auftraggeber einen so genannten „**repräsentativen**“ Tarifvertrag zu Grunde legen. Das Verfahren zur Festlegung dieses „repräsentativen“ Tarifvertrages wird die Landesregierung noch durch Rechtsverordnung regeln, vermutlich durch Installation einer Kommission mit Vertretern von Gewerkschaften und Arbeitgebern, die festlegt, welcher Tarifvertrag im Einzelnen „repräsentativ“ ist.



■ NACHUNTERNEHMER

Jeder Nachunternehmereinsatz bedarf der schriftlichen **Zustimmung** durch den Auftraggeber und muss schon bei Abgabe des Angebotes angegeben werden. Soweit Leistungen auf Nachunternehmer übertragen werden, muss sich der Auftragnehmer verpflichten, den Nachunternehmern die für ihn geltenden Pflichten aus diesem Gesetz **aufzuerlegen** und die Beachtung der Pflichten zu **überwachen**.

Auch der nachträgliche Einsatz oder der Wechsel eines Nachunternehmers bedarf grundsätzlich der Zustimmung des Auftraggebers; die Zustimmung darf nur wegen mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers sowie wegen Nichterfüllung seiner Nachweispflicht versagt werden.

■ WERTUNG VON ANGEBOTEN UND KONTROLLEN

Zusätzlich zu den allgemeinen Vergabekriterien der VOB müssen unangemessen niedrige Angebote besonders überprüft sowie die erforderlichen Nachweise und deren Voraussetzungen kontrolliert werden.

Unangemessen niedrige Angebote

Diese Regelung ist dem so genannten „Zehn-Prozente-Erlass“ des Niedersächsischen Wirtschaftsministeriums nachgebildet (Nds. MBl. 2000, S. 685). Danach muss die Vergabestelle die Kalkulation eines Angebots überprüfen, wenn dieses um mindestens 10 % vom nächsthöheren Angebot abweicht. Die Bieter sind im Rahmen dieser Überprüfung verpflichtet, ihre ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommt der Bieter dieser Verpflichtung nicht nach, so kann er bereits aus diesem Grunde vom weiteren Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Auch dieses Prüfungsverfahren soll durch Rechtsverordnung im Einzelnen geregelt werden.

Nachweispflicht

Ein Angebot ist ohne weiteres von der Wertung auszuschließen, wenn vom Bieter folgende Unterlagen **nicht** beigebracht werden:

- aktuelle Nachweise der zuständigen in- oder ausländischen **Finanzbehörde**, des zuständigen in- oder ausländischen **Sozialversicherungsträgers** und der zuständigen in- oder ausländischen **Sozialkasse** des Baugewerbes über die vollständige Entrichtung von **Steuern** und **Beiträgen**,
- einen Auszug aus dem **Gewerbezentralregister**, der nicht älter als sechs Monate sein darf sowie
- eine **Tariftreueerklärung** (Verpflichtung, s. o.).

Die entsprechenden Nachweise können auch durch Bescheinigungen eines ausländischen Staates erbracht werden, bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen. Bei Nachunternehmereinsatz sind die entsprechenden Nachweise auch für den Nachunternehmer zu erbringen.



Kontrollen

Um die Einhaltung der geforderten Vergabevoraussetzungen zu überprüfen, ist der öffentliche Auftraggeber **berechtigt**, entsprechende Kontrollen durchzuführen. Er darf zu diesem Zweck **Einblick** in die Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer, die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen sowie die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge nehmen. Zu diesem Zweck müssen der Auftragnehmer und sein Nachunternehmer vollständige und prüf-fähige Unterlagen bereithalten und auf Verlangen des öffentlichen Auftraggebers diesem vorlegen.

■ SANKTIONEN

Zur Sicherung, dass diese Verpflichtungen auch eingehalten werden, sollen die öffentlichen Auftraggeber für jeden schuldhaften Verstoß im Bauvertrag eine **Vertragsstrafe** in Höhe von 1 v. Hundert, bei mehreren Verstößen bis zu 10 v. Hundert des Auftragswertes vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß nicht von ihm selbst, sondern von einem eingesetzten Nachunternehmer oder weiterem Nachunternehmer begangen wird, es sei denn, dass er diesen Verstoß weder kannte noch kennen musste.

Bei „unverhältnismäßig“ hohen Gesamtvertragsstrafen kann der Auftragnehmer beantragen, dass der Auftraggeber diese auf einen angemessenen Betrag herabsetzt. Wann eine Vertragsstrafe „unverhältnismäßig“ hoch ist, dazu enthält das Gesetz keinen Hinweis. Fraglich ist insbesondere, ob die einschlägige Rechtsprechung zur Höhe von Vertragsstrafen zur Konkretisierung dieses Tatbestandsmerkmals herangezogen werden kann.

Außerdem ist mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die Nichterfüllung der im Gesetz genannten Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seinen Nachunternehmer unter bestimmten Voraussetzungen auch zur **fristlosen Kündigung** berechtigt.

■ UNZUVERLÄSSIGKEITSREGISTER

Wie andere Vorschriften dieses Gesetzes hat auch diese Regelung einen Vorläufer (vgl. Gem. RdErl. des MW, der StK und der übr. Min. vom 31.08.2000 – Nds. MBl., S. 611).

Bei **grob fahrlässigen** oder **mehrfachen** Verstößen gegen die Verpflichtungen aus dem Vergabegesetz können die öffentlichen Auftraggeber den betreffenden Bieter für die Dauer von bis zu einem Jahr von der öffentlichen Auftragsvergabe **ausschließen**.

Zu diesem Zweck richtet das Land ein **Register** über solche Unternehmen ein, die von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen worden sind. Auch dieses Verfahren wird durch eine Rechtsverordnung geregelt.



■ IN-KRAFT-TRETEN

Das Landesvergabegesetz tritt am **1. Januar 2003** in Kraft, die Verordnungsermächtigungen jedoch bereits am Tag nach der Verkündigung (02.09.2002).

Das Landesvergabegesetz findet keine Anwendung auf solche öffentlichen Aufträge, deren Vergabe (durch Vergabebekanntmachung) bereits vor In-Kraft-Treten eingeleitet worden sind.

■ AUSWIRKUNGEN

Wenn auch das Landesvergabegesetz keine deutlichen und praktikablen Hinweise für die Vergabe freiberuflicher Dienstleistungen unterhalb der allgemeinen Schwellenwerte (§ 2 VgV) enthält, so wirkt es sich doch jedenfalls auf die berufliche Tätigkeit von Architektinnen und Architekten in Niedersachsen aus und muss zumindest bei Ausschreibung und Vergabe für einen öffentlichen Auftraggeber auch vom beauftragten Architekten berücksichtigt werden.

Berufsangehörige müssen im Rahmen von Architektenverträgen mit der öffentlichen Hand bei Vergaben ab dem 01.01.2003 die Verpflichtungen und Verfahren des Landesvergabegesetzes beachten.

Bereits bei der Vorbereitung der Vergabe (Aufforderung zur Abgabe von Angeboten) ist auf die erforderlichen Nachweise (Finanzbehörde, Sozialversicherungsträger, Sozialkasse des Baugewerbes, Auszug aus dem Gewerbezentralregister sowie die Tariftreueerklärung) hinzuweisen. Voraussichtlich wird die öffentliche Hand entsprechende Erklärungen in ihren Vergabeunterlagen (Vergabehandbuch) aufnehmen. Gleiches gilt für die Regelungen des Nachunternehmereinsatzes, die Wertung unangemessen niedriger Angebote, Kontrollen und Hinweise auf Sanktionsmöglichkeiten bis hin zur fristlosen Kündigung.

Wie sich die Regelung in der Praxis bewährt, bleibt abzuwarten. Die Diskussion im Landtag über den sog. „repräsentativen“ Tarifvertrag lässt aber bereits vermuten, dass auch das verabschiedete Landesvergabegesetz noch genug politischen Sprengstoff enthält. Offen ist auch, ob es tatsächlich die Grundlage für eine bundesweite Regelung werden wird.

RA Axel Plankemann
Architektenkammer Niedersachsen

Stand: 10/2002