

## **Einladung zur Diskussion**

### **Berlin und seine Unternehmen als Nachfrager - fairer Wettbewerb und gesellschaftliche Verantwortung**

#### **1. Die derzeitige Vergabepaxis Berlins und der landeseigenen Unternehmen**

Die Beschaffungstätigkeit der öffentlichen Hand hat dem Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu folgen (§ 7 LHO). Deshalb ist der Zuschlag jeweils auf das

„wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen (§ 97 Abs. 5 GWB). Das Vergabeverfahren muss wettbewerblich, transparent und diskriminierungsfrei durchgeführt werden (§ 97 Abs. 1 und 2 GWB). Vorrang hat deshalb die öffentliche Ausschreibung (§ 55 LHO) bzw. das „offene Verfahren“ (§ 101 Abs. 2 GWB), das der öffentlichen Ausschreibung inhaltlich entspricht.

Aus diesem vorgegebenen Rahmen ergeben sich Anforderungen

- an die Wahl des Verfahrens,
- an die Art der Leistungsbeschreibung,
- an die Auswahl der Teilnehmerinnen und Teilnehmer am Wettbewerb,
- an die Zuschlagskriterien.

Dabei zeigen sich gewisse Unterschiede je nachdem, ob das europäische Recht (Richtlinie 2004/18/EG, umgesetzt in das nationale Recht durch §§ 97 ff GWB) eingreift oder ob ausschließlich das nationale Recht (LHO und VOB sowie VOL) gilt. Das europäische Recht beansprucht Geltung oberhalb eines Auftragswerts von 5,2 Mio. Euro bei Bauleistungen und von 211 TEuro bei sonstigen Leistungen.

#### **1.1 Verfahren**

Vom Vorrang der öffentlichen Ausschreibung kann insbesondere abgewichen werden, wenn der Aufwand einer öffentlichen Ausschreibung für Auftraggeber oder Bewerber in einem Missverhältnis zu dem erreichbaren Vorteil oder dem Wert der Leistung stehen würde (vgl. § 3 Nr. 3 Abs. 1 a VOB/A). In der Praxis wird die ausnahmsweise beschränkte Ausschreibung oder freihändige Vergabe durch die Unterschreitung bestimmter Wertgrenzen pauschal bejaht. So gelten in Berlin zz. folgende Wertgrenzen: freihändige Vergaben bei Auftragswerten bis zu 5 T Euro (VOB) bzw. 7,5 T Euro (VOL) und beschränkte Ausschreibungen bei Auftragswerten bis zu 100 T Euro (VOB) bzw. 25 T Euro (VOL).

Eine weitere Wahlmöglichkeit haben Unternehmen der Wasserversorgung, der Energieversorgung, des Verkehrs und der Telekommunikation, soweit sie mehrheitlich der öffentlichen Hand gehören. Sie haben die freie Wahl zwischen offenem Verfahren, nichtoffenem Verfahren und Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 6 GWB i. V m. § 98 Nr. 4 GWB). Die nichtoffenen und die Verhandlungsverfahren zeichnen sich in der Regel dadurch aus, dass in einem ersten Schritt Unternehmen öffentlich zur Teilnahme aufgefordert werden und dann in einem zweiten Schritt aus dem Bewerberkreis eine beschränkte Anzahl von Unternehmen zur Angebotsabgabe aufgefordert wird (§ 101 Abs. 3 und 4 GWB). Dieses Verfahren wird z. B. von der Flughafengesellschaft Berlin Schönefeld (FBS) bei der Vergabe der Leistungen für den Flughafen BBI überwiegend angewandt.

Eine Vergabe im Wege der Ausschreibung ist entbehrlich, wenn der öffentliche Auftraggeber den Auftrag an ein Unternehmen vergibt, das ihm ausschließlich gehört bzw. auf das er einen entsprechenden Einfluss hat (sog. „In-House“-Verfahren). Dieses Verfahren will Berlin bei der Vergabe von Beförderungsleistungen an die BVG anwenden.

#### **1.2 Leistungsbeschreibung**

Die Leistung soll eindeutig und erschöpfend beschrieben werden. In diesem Rahmen ist es z. B.

unproblematisch, dass die Leistung bestimmte Umweltparameter einhalten muss. (Noch vertiefend zu klären ist die Frage, ob verlangt werden kann, dass nicht nur die Leistung selbst bestimmten Standards genügen muss, sondern dass auch der vorhergehende Produktionsprozess bestimmten arbeits-, sozial- oder umweltbezogenen Standards - z. B. keine Kinderarbeit, keine umweltschädigenden Herstellungsverfahren etc.- genügen muss).

Durch die Teilung der Aufträge in Fach- und Teillose sollen mittelständische Interessen angemessen berücksichtigt werden (§ 97 Abs. 3 GWB, § 4 Nr. 2 und 3 VOB/A, § 5 Nr. 1 VOL/A). In der Praxis wird diese Aufteilung eher zurückhaltend praktiziert. Dafür werden folgende Gründe geltend gemacht:

- Organisatorisch: Die Ausschreibung einer Vielzahl von Einzelgewerken und vor allem deren Koordination erfordere beim Auftraggeber Personalkapazitäten, die mittlerweile nicht mehr vorhanden seien.
- Technisch/wirtschaftlich: Die zum Teil komplexe funktionale Verknüpfung von Teilleistungen, das verstärkte Interesse an Systemlösungen und das in der Privatwirtschaft übliche Ausschreibungs- und Angebotsverhalten fördere die Ausschreibung von Großgewerken.
- Haftungsrechtlich: Schnittstellenprobleme, im Gefolge Behinderungsanzeigen und Zeitverzögerungen sowie die Feststellung der Verantwortlichkeiten hierfür gingen in der Praxis häufig zulasten des Bauherrn aus.
- Finanzierungstechnisch: Finanzierende Institutionen beurteilten Vorhaben mit einer Vielzahl von Teil- und Fachlosen insbesondere wegen der Verzögerungsgefahren und damit verlängerter Finanzierungszeiträume kritisch und kreditverteuernd.

Neben der Leistungsbeschreibung mit Leistungsverzeichnis besteht auch die Möglichkeit der funktionalen Ausschreibung (Leistungsbeschreibung mit Leistungsprogramm), bei der eine funktionsgerechte Lösung für die ausgeschriebene Aufgabe angeboten werden muss. Sie eröffnet den Bietern mehr Gestaltungsspielraum und unternehmensspezifische Lösungen, erhöht allerdings auch den Bearbeitungsaufwand.

Soweit das europäische Recht eingreift - also oberhalb der Schwellenwerte -, ist auch die Durchführung eines „wettbewerblichen Dialogs“ möglich. Er setzt voraus, dass der Auftraggeber objektiv nicht in der Lage ist, die erforderlichen technischen Mittel für die angestrebte Lösung oder aber die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben (§ 3 a VOB/A). Praktische Erfahrungen mit diesem Instrument liegen in Berlin bisher nicht vor.

### **1.3 Auswahl der Bieter**

An öffentlichen Vergaben können sich grundsätzlich alle Unternehmen beteiligen, die über die erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit verfügen (§ 97

Abs. 4 Halbsatz 1 GWB, § 2 Nr. 1 VOB/A und § 2 Nr. 3 VOL/A). Der Ausschluss von Bietern wegen Fehlens einer dieser Anforderungen ist in der Praxis kaum zu beobachten.

Darüber hinaus dürfen andere oder weitergehende Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, wenn diese Anforderungen durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen sind (§ 97 Abs. 4, Halbsatz 2 GWB) und europarechtskonform sind. In Berlin sind derzeit z. B. folgende Kriterien zu beachten:

- Arbeits- und sozialpolitisch: Bauleistungen sowie Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien sollen nur an Unternehmen vergeben werden, die ihre Arbeitnehmer bei der Ausführung dieser Leistungen nach den jeweils in Berlin geltenden Entgelttarifen entlohnen (§ 1 Abs. 1 Satz 2 Berliner Vergabegesetz); bei gleichwertigen Angeboten können Ausbildungsbetriebe den Vorzug erhalten (§ 2 Satz 1 Berliner Vergabegesetz).
- Mittelstandspolitisch: Es sind regelmäßig auch kleine und mittlere Unternehmen in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern (§ 7 Nr. 3 VOL/A).

- Frauenpolitisch: Bieter haben das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten und eine Erklärung zu ihren Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie abzugeben (§§ 1 ff. Berliner Frauenförderverordnung).

Unzulässig ist es allerdings, den Wettbewerb auf Bewerber zu beschränken, die in bestimmten Regionen oder Orten ansässig sind (§ 7 Nr. 1 Abs. 1 VOL/A, § 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Das hindert allerdings nichts, Bieter aus der Region in angemessenem Umfang und - je nach Art des Auftrags (Volumen, Ortskenntnis, Service-Intensität etc.) - auch bevorzugt zur Abgabe von Angeboten aufzufordern.

Zum Nachweis ihrer Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit müssen die Unternehmen eine Reihe von Unterlagen vorlegen. Zur Vereinfachung existiert in Berlin seit langer Zeit das von der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung geführte Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV). Wer hier registriert ist, muss seine Unterlagen nicht bei jeder Bewerbung neu einreichen, sondern sie lediglich jährlich (Auszüge aus dem Gewerbezentralregister vierteljährlich) erneuern. Mittlerweile wird auch auf Bundesebene ein Präqualifikationsverzeichnis geführt. Daneben führt die IHK Frankfurt/Oder ein Bieterverzeichnis für Brandenburg und die Auftragsberatungsstelle Cottbus ein spezielles Bieterverzeichnis für das Großbauvorhaben BBI.

## **1.4 Wertung der Angebote**

Der Zuschlag ist auf das „wirtschaftlichste Angebot“ zu erteilen (§ 97 Abs. 5 GWB, § 25 Nr. 3 VOB/A und § 25 Nr. 3 Abs. 3 VOL/A). Wertungskriterium ist nicht allein der Preis; die VOB nennt beispielhaft zusätzlich folgende Kriterien: Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist (§ 25 Nr. 3 Abs. 3 VOB/A).

Kriterien, die bereits bei der Auswahl der Bewerber geprüft worden sind (z. B. das Vorliegen eines Frauenförderplans) können bei der Wertung nicht erneut berücksichtigt werden. So kann z. B. die Qualität eines Frauenförderplans nicht inhaltlich bewertet und nicht als zusätzliches Wertungskriterium herangezogen werden.

Generell unzulässig sind Wertungskriterien, die keinen Auftragsbezug erkennen lassen. Sie können aber berücksichtigt werden, wenn zwei ansonsten völlig gleichwertige Angebote vorliegen. So können Bieter für Bauleistungen sowie über Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien in Berlin bevorzugt den Zuschlag erhalten, wenn sie Ausbildungsplätze bereit stellen, sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen (§ 2 Satz 1 Berliner Vergabegesetz).

## **2. Mögliche Maßnahmen zur Optimierung des Vergabeverfahrens in Berlin**

Die im Folgenden vorgeschlagenen Maßnahmen stellen das Ziel einer wirtschaftlichen Beschaffung nicht in Frage, sollen aber zugleich dazu beitragen,

- den Leistungswettbewerb zu stärken,
- der regionalen Wirtschaft eine faire Chance im Wettbewerb um öffentlich Aufträge zu geben,
- der gesamtwirtschaftlichen und gesamtgesellschaftlichen Verantwortung der öffentlichen Auftraggeber Berlins Rechnung zu tragen.

### **2.1 Vergabeverfahren**

Maßnahme 1:

Berlin macht verstärkt von dem zweistufigen Verfahren Gebrauch (Phase 1: öffentlicher Teilnahmewettbewerb, Phase 2: beschränkte Ausschreibung mit ausgewählten Bietern aus dem Bewerberkreis).

Dies geschieht in drei Schritten:

1. Die bisherigen Wertgrenzen für die Möglichkeit einer beschränkten Ausschreibung (25 T Euro bei VOL-, 100 T Euro bei VOB-Ausschreibungen) werden für das zweistufige Verfahren sofort deutlich angehoben (z. B. 150 T Euro bei VOL-Ausschreibungen, 2 Mio. Euro bei VOB-Ausschreibungen).
2. Darüber hinaus wird § 55 LHO geändert: Die beschränkte Ausschreibung nach vorausgehendem öffentlichen Teilnahmewettbewerb wird der öffentlichen Ausschreibung grundsätzlich gleichgestellt. Allerdings hat der Auftraggeber die Wahl der beschränkten Ausschreibung nach öffentlichem Teilnahmewettbewerb zu begründen.
3. Berlin setzt sich über den Bundesrat zugleich für entsprechende Novellierungen des Bundesrechts ein.

Begründung:

Hauptanliegen der regionalen Unternehmen ist es immer wieder, dass öffentliche Auftraggeber der Region ihre Aufträge ausschließlich an Unternehmen der Region vergeben. In diesem Zusammenhang wird auf die Praxis in anderen Bundesländern verwiesen, die allerdings nur selten wie ansatzweise in Bayern auch schriftlich dokumentiert wird.

Beispielsweise wäre eine Regelung, derzufolge der Kreis der Bieter ausschließlich aus der Gemeinde des Auftraggebers, im Einzelfall zusätzlich mit ein oder zwei Bietern aus der Nachbargemeinde zusammenzustellen sei, ein klarer Verstoß gegen das Verbot der regionalen Beschränkung des Bieterkreises (vgl. § 8 Nr. 1 Satz 2 VOB/A). Sie dürfte zugleich in den meisten Fällen gegen das Diskriminierungsverbot verstoßen.

Eine stärkere, wenn auch nicht ausschließliche Berücksichtigung von Unternehmen aus der Region ist allerdings im Wege der beschränkten Ausschreibung möglich. Gegen die Ausweitung von Vergaben im Wege der beschränkten Ausschreibung wird eingewandt, sie führe in der Praxis zu mehr oder weniger ausgeprägtem Hoflieferantentum, erschwere Außenseitern und Newcomern den Markteintritt und leiste tendenziell Submissionsabsprachen und Korruption Vorschub.

Diese Kritik wird weitgehend gegenstandslos, wenn der beschränkten Ausschreibung ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird, da hier - wie bei einer öffentlichen Ausschreibung - sich jedes Unternehmen bewerben kann und damit die Auswahl für die zweite Phase öffentlich und offen ist. Bei den Kriterien für die Auswahl können dann allerdings die regionalen Erfordernisse (Kenntnis der örtlichen Gegebenheiten, Service vor Ort, Referenzen) angemessen - insbesondere bei Gleichwertigkeit der Bewerber im Übrigen - berücksichtigt werden.

Das Verfahren hat arbeitsmarktpolitisch, aber auch vergabepolitisch zudem den Vorteil, dass Unternehmen unberücksichtigt bleiben können, die immer wieder durch problematische Weitervergaben an Unterauftragnehmer, häufige Reklamationen oder andere Formen weniger seriösen Verhaltens auffallen, ohne dass diese Praktiken immer schon so weit gehen, dass man dem Unternehmen von vornherein und generell mangelnde Fachkunde, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit bescheinigen möchte, wohl aber weniger davon als anderen Anbietern.

Dem hier vorgeschlagenen Verfahren kann auch nicht entgegengehalten werden, in einem beschränkten Bieterverfahren seien Preis- und Qualitätswettbewerb geringer. Mit ebenso guten Gründen ließe sich die Gegenthese vertreten, bei einem beschränkten Wettbewerb sei wegen des kleineren Bieterkreises die Chance, den Zuschlag zu erhalten, größer, so dass auch sorgfältiger kalkuliert und intensiver um den Auftrag gerungen werde.

Bisher ist dieses zweistufige Verfahren wegen des Vorrangs der öffentlichen Ausschreibung prinzipiell nur möglich, wenn die Voraussetzungen für eine beschränkte Ausschreibung vorliegen. Diese können aber umso eher bejaht werden, wenn der beschränkten Ausschreibung ein öffentlicher Teilnahmewettbewerb vorausgeht. Anzustreben ist deshalb eine Lösung, wie sie bisher schon für Unternehmen der Trinkwasserversorgung, der Energieversorgung, des Verkehrs und der

Telekommunikation im öffentlichen Eigentum möglich ist. Unterhalb der Schwellenwerte, für die das Europäische Vergaberecht keine Geltung beansprucht, ist der nationale Gesetzgeber aber in der Gestaltung des Vergabeverfahrens frei, solange

er die Grundsätze der wettbewerblichen Vergabe, der Transparenz und der Diskriminierungsfreiheit beachtet. Das zweistufige Verfahren genügt diesen Grundsätzen. Es sollte deshalb durch Novellierung des nationalen Vergaberechts ermöglicht werden. Zu diesem Zweck ist im Kern eine Änderung des § 55 LHO und eine Ergänzung des § 101 GWB erforderlich, um öffentlichen Auftraggebern bei Aufträgen unterhalb der europarechtlich relevanten Auftragsgröße die freie Wahl zwischen öffentlicher Ausschreibung und zweistufigem Verfahren (öffentlicher Teilnahmewettbewerb mit anschließender beschränkter Ausschreibung) zu ermöglichen. In einem ersten vorgezogenen Schritt können allerdings bereits die Wertgrenzen, bis zu denen eine beschränkte Ausschreibung (mit vorherigem Teilnahmewettbewerb) möglich ist, angehoben werden.

Maßnahme 2:

Alle öffentlichen Vergabestellen Berlins geben die im kommenden Jahr beabsichtigten Investitionen und Beschaffungen im Internet bekannt.

Begründung:

Häufig hat der Auftraggeber keine vollständige Marktkenntnis. Durch die Bekanntgabe der beabsichtigten Beschaffungen haben potenzielle Bieter die Möglichkeit, dem öffentlichen Auftraggeber ihr Leistungsspektrum bekannt zu machen. Dadurch erhöht sich die Chance, z. B. bei beschränkten Ausschreibungen auch zur Abgabe eines Angebots aufgefordert zu werden.

Für kleine und mittlere Unternehmen kommt als Vorteil hinzu, dass sie sich schon vor offiziellem Beginn der Ausschreibung mit der angekündigten Beschaffung befassen und bestimmte Vorbereitungen treffen können, z. B. die Kontaktaufnahme zu möglichen Partnern einer Bietergemeinschaft oder die Klärung möglicher Vorlieferanten etc.; denn die Bearbeitungszeit der Ausschreibung selbst ist insbesondere, wenn die Bildung von Bietergemeinschaften erforderlich ist, häufig knapp.

## 2.2 Leistungsbeschreibung

Maßnahme 3:

Soweit Auftragnehmer Unteraufträge erteilen, haben sie zuvor generell die Zustimmung des Auftraggebers einzuholen. Sie werden ferner verpflichtet, im Eignungsfall auch Unternehmen der Region zur Abgabe von Angeboten für Unteraufträge aufzufordern.

Begründung:

Aus den zuvor genannten Gründen (s. o. 1.2) werden öffentliche Aufträge nicht immer so stark in Teil- und Fachlose aufgeteilt, dass ihre Größenordnung den Kapazitäten von kleinen und mittleren Unternehmen entspricht. Deshalb kommt es darauf an sicherzustellen, dass kleine und mittlere Unternehmen der Region jedenfalls bei Unteraufträgen angemessen berücksichtigt werden. Hierzu ist es erforderlich, dass die Hauptunternehmer eine entsprechende Recherche unternehmen, z. B. durch Auswertung des ULV, und das Ergebnis dokumentieren. Der Zustimmungsvorbehalt stellt sicher, dass der Auftraggeber die entsprechenden Bemühungen kontrollieren und ggf. Nachbesserungen verlangen kann. Allein die Möglichkeit, dass der Auftraggeber

seine Zustimmung verweigern könnte, dürfte für den Hauptunternehmer ein Anreiz sein, auch kleine und mittlere Unternehmen aus der Region in den Kreis der Bieter um Unteraufträge aufzunehmen.

§ 4 Nr. 8 VOB/B verlangt eine vorherige Zustimmung nicht bei Leistungen, auf die der Betrieb des Hauptauftragnehmers nicht eingerichtet ist. Das Zustimmungserfordernis sollte aber grundsätzlich bei allen Unteraufträgen gelten. Als Muster kann die Nachunternehmer-Regelung dienen, die die FBS für den Bau des BBI praktiziert.

Maßnahme 4:

Im Rahmen der Aufstellung der Leistungsbeschreibung hält die Vergabestelle in einem Prüfvermerk fest, dass und mit welchem Ergebnis sie die ökologische und soziale Verträglichkeit der auszuschreibenden Leistungen geprüft hat.

Begründung:

Es ist bekannt, dass in vielen Ländern, insbesondere solchen der Dritten Welt, allgemein für verbindlich erklärte Standards, wie z. B. das Verbot von Kinderarbeit nicht eingehalten werden. Ähnliches gilt für Vorgaben des Umweltschutzes, die im Herstellungsverfahren zu beachten sind. Eine sozial- und umweltpolitisch verantwortliche Beschaffungstätigkeit sollte die Beschaffung von Produkten ausschließen, die unter Verletzung dieser international anerkannten Mindeststandards hergestellt worden sind. In der Regel achten die Vergabestellen von sich aus auf Leistungsbeschreibungen, die auch ökologischen und sozialen Anforderungen Rechnung tragen. Der Prüfauftrag soll sicherstellen, dass diese Prüfung nicht übersehen und dort, wo sie bisher nicht bestand, ergänzend vorgenommen wird.

In der Praxis wird sich das zusätzliche Problem stellen, wie mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden kann, dass die Mindeststandards eingehalten werden. Ein Anhaltspunkt können hier Gütesiegel sein, wenn sie eine hinreichend weite Akzeptanz gefunden haben und die Einhaltung der Gütekriterien verlässlich geprüft werden.

Maßnahme 5:

Die Nachfrage der öffentlichen Hand wird verstärkt als Innovationstreiber genutzt. Dazu werden die funktionale Ausschreibung und der „wettbewerbliche Dialog“ eingesetzt. In einem ersten Schritt identifizieren die Senatsverwaltungen und landeseigenen Unternehmen Beschaffungsvorhaben, die sich für derartige Verfahren eignen. Anwendungsbereiche können z. B. Maßnahmen zur Steigerung der Energieeffizienz im öffentlichen Bereich (Straßenbeleuchtung, Beleuchtung in öffentlichen Gebäuden einschließlich Schulen, Wärmeversorgung, Reduzierung von Energieaufwand für Stand-by-Energie) und IT-Lösungen im öffentlichen Bereich sein.

Begründung:

Ziel der Berliner Wirtschaftspolitik ist die Stärkung der Wirtschaftskraft Berlins. Das hat wettbewerbsfähige Unternehmen zur Voraussetzung. Dabei hängt die Wettbewerbsfähigkeit maßgeblich von der Innovationskraft der Unternehmen ab. Berlin kann diesen Prozess unterstützen, wenn es seinerseits innovativen Lösungen gegenüber aufgeschlossen ist und sie durch eine entsprechende Beschaffungstätigkeit

ermutigt. Jede innovative Lösung eines Unternehmens aus der Region sollte nach Möglichkeit auch ein Referenzprojekt in Berlin vorweisen können.

Die Zulassung von Nebenangeboten bei Ausschreibungen mit Leistungsbeschreibung eröffnet ebenso wie eine funktionale Ausschreibung die Möglichkeit, innovative Lösungen zur Realisierung der ausgeschriebenen Aufgabe vorzuschlagen. Der wettbewerbliche Dialog, mit dem bisher erst eingeschränkte Erfahrungen vorliegen, eröffnet die Möglichkeit, in intensiver Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und potenziellem Auftragnehmer innovative Lösungen für neue Aufgaben zu entwickeln.

2.3 Auswahl der Bieter

## Maßnahme 6:

Bei allen Vorgaben öffentlicher Stellen Berlins ist die Unterzeichnung einer „Tariftreue“- oder Mindestlohn-Erklärung des Bewerbers Voraussetzung für die Teilnahme am Wettbewerb. Die Einhaltung der Verpflichtung ist durch Stichproben der Vergabestellen bei den Bietern zu überprüfen und das Ergebnis zu dokumentieren.

### Begründung:

Bisher existiert die Verpflichtung zur Einhaltung von Tariflöhnen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nur für Bauleistungen sowie Dienstleistungen bei Gebäuden und Immobilien. Diese Verpflichtung soll über den bisher eingeschränkten Anwendungsbereich hinaus generell eingeführt werden. Die Verpflichtung zur Zahlung von Löhnen in Höhe der Tariflöhne bei öffentlichen Aufträgen wirkt einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegen, dem insbesondere kleine und mittlere Betriebe nicht standhalten könnten. Sie trägt zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit im Bausektor bei.

Das Bundesverfassungsgericht hat hierzu in einem insoweit ähnlichen Fall Folgendes ausgeführt: Die Einhaltung tarifvertraglich festgesetzter Mindestlöhne bei öffentlichen Aufträgen dient damit auch der Erhaltung als wünschenswert angesehener sozialer Standards und der Entlastung der bei hoher Arbeitslosigkeit oder bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen Systeme der sozialen Sicherheit. Durch die Festlegung auf die zwischen den Tarifvertragsparteien ausgehandelten Entgelte wird zugleich das Tarifvertragssystem als Mittel zur Sicherung sozialer Standards unterstützt.

Das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, hat aufgrund des Sozialstaatsprinzips (Art. 20 Abs. 1 GG) Verfassungsrang. Die Verringerung von Arbeitslosigkeit ermöglicht den zuvor Arbeitslosen, das Grundrecht aus Art. 12 Abs. 1 GG zu verwirklichen, sich durch Arbeit in ihrer Persönlichkeit zu entfalten und darüber Achtung und Selbstachtung zu erfahren. Insofern wird das gesetzliche Ziel auch von Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG getragen. Auch der mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit einhergehende Beitrag zur finanziellen Stabilität des Systems der sozialen Sicherung ist ein Gemeinwohlbelang von hoher Bedeutung.

Der Gesetzgeber darf auch die Ordnungsfunktion der Tarifverträge unterstützen, indem er Regelungen schafft, die bewirken, dass die von den Tarifparteien ausgehandelten Löhne und Gehälter auch für Nichtverbandsmitglieder zur Anwendung kommen. Indem

den Tarifentgelten zu größerer Durchsetzungskraft verholfen wird, wird die von Art. 9 Abs. 3 GG intendierte, im öffentlichen Interesse liegende autonome Ordnung des Arbeitslebens durch Koalitionen abgestützt.

Die Bürgenhaftung der Hauptunternehmer ist ein geeignetes Mittel zur Erreichung der mit dem Gesetz verfolgten Ziele.

Ein Mittel ist bereits dann im verfassungsrechtlichen Sinne geeignet, wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann, wobei die Möglichkeit der Zweckerreichung genügt. Dem Gesetzgeber kommt dabei ein Einschätzungs- und Prognosevorrang zu. Es ist vornehmlich seine Sache, auf der Grundlage seiner wirtschafts-, arbeitsmarkt- und sozialpolitischen Vorstellungen und Ziele unter Beachtung der Gesetzlichkeiten des betreffenden Sachgebiets zu entscheiden, welche Maßnahmen er im Interesse des Gemeinwohls ergreifen will.

Hieran gemessen ist § 1 a AEntG geeignet, die gesetzgeberischen Ziele zu erreichen.

(So das Bundesverfassungsgericht - unter Weglassung der Fundstellen - in seiner Entscheidung vom 20.03.2007 zu § 1 a Arbeitnehmerentendegesetz).

Dumping-Löhne sind nicht nur ein Problem in der Bauwirtschaft, sondern auch darüber hinaus, so dass die generelle Verpflichtung zur Zahlung von Löhnen in Höhe der Tariflöhne bei öffentlichen

Aufträgen in der Sache angemessen ist.

In verschiedenen Branchen existieren hierzu Tarifverträge oder tariflich fixierte Mindestlöhne. In anderen Branchen liegen die tariflichen Mindestlöhne unterhalb des vom Land Berlin für notwendig erachteten Mindestlohns von 7,50 € pro Stunde. Die Tarif/Lohn-Erklärung soll deshalb durch eine Mindestlohn-Erklärung ergänzt werden, soweit Tarifvereinbarungen nicht vorhanden sind oder - bei Vorhandensein - einen tariflichen Mindestlohn von weniger als 7,50 € pro Stunde vorsehen.

Da die Tariftreue-Verpflichtung eine zusätzliche Anforderung an die als geeignet einzustufenden Bewerber ist, ist eine gesetzliche Regelung erforderlich (vgl. § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB). Das Berliner Vergabegesetz ist entsprechend zu erweitern.

Maßnahme 7:

Die Erklärung der Bieterinnen und Bieter, sie führten Maßnahmen zur Frauenförderung nach dem Katalog der Frauenförderverordnung durch, wird auf alle Aufträge mit einem Auftragswert von mehr als 25 T€ und auf alle Branchen, also auch die nach VOB, erweitert. Sie wird ferner durch regelmäßige Stichproben überprüft. Das Ergebnis der Überprüfung und ggf. daraufhin ergriffener Maßnahmen sind zu dokumentieren und der für Frauen zuständigen Senatsverwaltung jährlich zu berichten.

Begründung:

Die Frauenförderverordnung gilt derzeit nicht für die Ausschreibung öffentlicher Bauleistungen und generell nur ab einem Auftragswert ab 50 T€. Eine Beschränkung der Geltung der Verordnung auf bestimmte Branchen ist sachlich nicht begründbar. Auch die Anknüpfung an die Höhe des Auftragswerts ist allenfalls aus Praktikabilitätsgründen zu rechtfertigen. Sinnvoller erscheint es insofern, an die Größe des Unternehmens anzuknüpfen und ggf. - über die in der Frauenförderverordnung

schon bestehenden Differenzierungen hinaus - kleinere und mittlere Unternehmen von Nachweispflichten freizustellen.

Die Frauenförderverordnung ist geltendes Recht. Ihre Beachtung darf aber nicht nur auf dem Papier stehen. Deshalb sind die Vergabestellen zu verpflichten, die Einhaltung dieser Verpflichtungen durch Stichproben zu überprüfen, das Ergebnis der Überprüfungen zu dokumentieren und der zuständigen Senatsverwaltung mitzuteilen. Schließlich gibt es keine guten Gründe, Unternehmen bestimmter Branchen von dem Anwendungsbereich der Verordnung auszuschließen.

Maßnahme 8:

Die Voraussetzungen für die Eintragung in Bieterlisten werden vereinheitlicht. Unternehmen wird die Möglichkeit eröffnet, durch einfache Erklärung „automatisch“ auch in die anderen Bieterlisten der Region aufgenommen zu werden.

Begründung:

Die Bieterverzeichnisse entlasten schon jetzt den Bieter dadurch, dass er die notwendigen Unterlagen zum Nachweis seiner Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nicht jeder Einzelbewerbung beifügen muss, sondern dies nur einmal jährlich gegenüber der das Bieterverzeichnis führenden Stelle.

Eine weitere Entbürokratisierung tritt ein, wenn sich die Bieter führenden Stellen einig sind, dass die Eintragung in eines der Bieterverzeichnisse der Region ausreicht, um auch in die anderen Bieterverzeichnisse aufgenommen zu werden. Voraussetzung für ein solches Verfahren gegenseitiger Anerkennung ist eine Harmonisierung der Eintragungsvoraussetzungen.

Zur Umsetzung der Maßnahme initiiert die für die Bieterverzeichnisse zuständige Senatsverwaltung Abstimmungsgespräche mit den verschiedenen Bieterverzeichnisse führenden Stellen.

## 2.4 Wertung der Angebote

### Maßnahme 9:

Für alle Aufträge der öffentlichen Hand in Berlin darf der Preis als alleiniges Zuschlagskriterium nur dann benannt werden, wenn die geforderte Leistung durch DIN-Normen oder ähnliche Vorgaben in jeder Hinsicht so eindeutig beschrieben ist, dass sonstige Kriterien wie Qualität, Qualifikation des Personals, Ausführungszeitraum etc. für die Wertung keine Rolle spielen können. Die Vergabestelle hat die Gründe zu dokumentieren, wenn sie als Zuschlagskriterium ausschließlich den Preis wählt.

### Begründung:

Den Zuschlag soll das preisgünstigste Angebot nur erhalten, wenn es - z. B. unter Qualitätsgesichtspunkten - auch das wirtschaftlichste ist. Die Vergabestellen tendieren häufig zu einer reinen Preisbetrachtung. Mit der Verpflichtung, weitere Wertungskriterien aufzunehmen, sofern sie nicht angesichts der Art der Leistung von vornherein ausgeschlossen sind, soll der vom Vergaberecht angestrebte Leistungswettbewerb an die Stelle eines reinen Preiswettbewerbs treten.

### Maßnahme 10:

Ökologische und soziale Kriterien, die bisher überwiegend als Eignungskriterien für die Zulassung zum Wettbewerb berücksichtigt werden, werden künftig verstärkt auch als Wertungskriterien herangezogen.

### Begründung:

Zunehmend setzt sich die Auffassung durch, dass ökologische und soziale Kriterien nicht nur auf der Ebene der Leistungsbeschreibung oder der Bieterzulassung, sondern auch im Rahmen der Angebotswertung selbst berücksichtigt werden können, solange die Kriterien selbst auftragsbezogen sind. Die hier existierenden Spielräume sind auszuloten (siehe auch Maßnahme 4).

Zum Beispiel wurden bestimmte nichtauftragsbezogene Kriterien, die aber - wie z. B. die Ausbildungsbereitschaft eines Unternehmens - gesamtwirtschaftlich von großer Bedeutung sind, bisher nur als Zulassungskriterium berücksichtigt oder lediglich in die Waagschale geworfen, wenn Wettbewerber ansonsten völlig gleichwertige Angebote abgegeben haben. Hier wird zu prüfen sein, wie weit es vergaberechtlich möglich ist, derartige Qualifikationen nicht nur im Falle der völligen Gleichwertigkeit von Angeboten, sondern auch darüber hinaus als positives Wertungskriterium zu berücksichtigen.

Schließlich ist es nach der Rechtsprechung unzulässig, Kriterien, die für die Auswahl der Unternehmen bei einem Teilnahmewettbewerb bereits herangezogen wurden, erneut auch bei der Wertung im Rahmen der zweiten Phase heranzuziehen. Dieser Wertungsausschluss kann dazu führen, dass z. B. ein Unternehmen, das in der ersten Phase besonders hohe Wertungen bei Vorerfahrung und Qualifikation des Personals erzielte, in der zweiten Phase einem anderen Unternehmen unterliegt, das einen geringfügig günstigeren Preis hat, aber bei Vorerfahrung und Qualifikation des Personals deutlich schlechter abschneidet als sein Mitbewerber. Es fällt schwer einzusehen, warum bestimmte z. B. für die Qualität der Leistungserbringung wesentliche Gesichtspunkte in der zweiten Phase keine Rolle mehr spielen dürfen, insbesondere wenn sie berücksichtigungsfähig wären, wenn die Vergabestelle von vornherein einstufiges Verfahren gewählt hätte.