

## **Gesetzentwurf der Landesregierung**

### **Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG)**

#### **A. Problem und Regelungsbedürfnis**

Aufgrund des enormen Auftragsvolumens stellt die öffentliche Hand im Vergleich zu den privaten Auftraggebern den größten Nachfragesektor dar, der es ihr ermöglicht, eine wirtschaftspolitische, sozialpolitische und innovative Vorbildfunktion verantwortungsvoll wahrzunehmen. Ziel des Gesetzes ist es, ein zeitgemäßes und nachhaltiges Vergabegesetz für Thüringen zu schaffen, das die Interessen der öffentlichen Auftraggeber, soziale und ökologische Interessen und die Belange der Wirtschaft in einem ausgewogenen Verhältnis miteinander verbindet.

Zum einen unterstreicht dieses Gesetz das Ziel einer jeden öffentlichen Auftragsvergabe, die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand zur Sicherstellung der Aufgabenerfüllung unter wirtschaftlicher Verwendung der öffentlichen Finanzmittel. Zum andern tragen die öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe – wie bei jedem öffentlichen Handeln – Verantwortung. Die öffentliche Hand hat daher wesentliche Rahmenbedingungen für das Handeln der öffentlichen Auftraggeber, aber auch für die Wirtschaft und die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer zu schaffen und zu gewährleisten. Das Gesetz trägt der Verantwortung der öffentlichen Auftraggeber dergestalt Rechnung, dass bei öffentlichen Auftragsvergaben ein fairer Wettbewerb gewährleistet wird und dabei soziale Standards eingehalten werden. Es soll verhindert werden, dass beim Wettbewerb um öffentliche Aufträge die Konkurrenz durch Absenkung von Sozialstandards vom Markt gedrängt wird. Sinn und Zweck des Gesetzes ist es, den Wettbewerb um die wirtschaftlich beste Leistung über Qualität und Innovation zu fördern und zu unterstützen. Die Rechtssicherheit für die Vergabestellen soll gestärkt und dadurch schnellere Entscheidungen ermöglicht werden.

Die Vergabeentscheidungen unterhalb der EU-Schwellenwerte unterliegen bisher keiner gerichtlichen Kontrolle. Dadurch kann die Durchsetzung rechtlich begründeter individueller Anliegen verhindert und das öffentliche Interesse an einem rechtmäßigen Handeln der Verwaltung sowie an einem wirtschaftlichen Umgang mit Haushaltsmitteln beeinträchtigt werden.

#### **B. Lösung**

Das Vergabegesetz definiert, wie im Vergabeverfahren die Anforderungen an die Vergabe öffentlicher Aufträge zu handhaben sind. Durch die bei der Vergabeentscheidung einheitlich anzulegende Berücksichtigung der sozialen Kriterien wirkt das Gesetz Wettbewerbsverzerrungen entgegen.

Im Wesentlichen enthält das Gesetz folgende wesentlichen Regelungsschwerpunkte: die Einhaltung der nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz zu zahlenden Entgelte und der im ÖPNV-Bereich zu zahlenden Tariflöhne, die Gewährleistung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit, die Vermeidung des Erwerbs von Produkten aus ausbeuterischer Kinderarbeit, Zwangsarbeit sowie die Beachtung anderer ILO-Kernarbeitsnormen, die umweltverträgliche Beschaffung, die Mittelstandsförderung

und den Nachunternehmereinsatz. Die vorgesehene Beachtung von Umweltaspekten bei der Beschaffung stellt für die öffentlichen Auftraggeber eine wichtige Möglichkeit dar, sich für den nachhaltigen Erhalt der Umweltressourcen und für den Umweltschutz konkret einzusetzen. Mit der Regelung zur Mittelstandsförderung wird die besondere Bedeutung des Mittelstandes für die heimische Wirtschaft unterstrichen und sein Stellenwert gestärkt. Von besonderer Bedeutung ist auch die Vorschrift zum Nachunternehmereinsatz, wonach im Ergebnis den Nachunternehmer die für den Auftragnehmer geltenden gesetzlichen Pflichten treffen.

Das Gesetz sieht die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes für nicht berücksichtigte Bieter vor den Verwaltungsgerichten vor.

### **C. Alternativen**

Keine

### **D. Kosten**

Die gesetzlichen Anforderungen sind vor der Auftragsvergabe zu prüfen, insbesondere sind die den Auftragnehmer betreffenden gesetzlichen Verpflichtungen zu überwachen. Diese Prüfungen verursachen einen zusätzlichen Aufwand an Zeit, Kosten und Bürokratie auf der Seite der öffentlichen Auftraggeber, aber auch auf der Seite der Auftragnehmer in der Privatwirtschaft. Einige Vorgaben, zum Beispiel zum Nachunternehmereinsatz, zur Wertung unangemessen niedriger Angebote und zur Einhaltung von Mindestbedingungen nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz müssen die öffentlichen Auftraggeber bereits aufgrund der Thüringer Vergabe-Mittelstandsrichtlinie bei der Eignungsprüfung berücksichtigen. Erhöhte Kosten der Vergabestellen sind durch die Anforderungen des Vergabegesetzes zu erwarten, welche jedoch im Einzelnen nicht konkret beziffert werden können. Des Weiteren entstehen dem Land für die Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges unterhalb der EU-Schwellenwerte Sach- und Personalkosten, die ebenfalls nicht konkret beziffert werden können.

### **E. Zuständigkeit**

Zuständig ist das Thüringer Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Technologie.

## **Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge** (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG)

Der Landtag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### **§ 1**

#### **Sachlicher Anwendungsbereich**

(1) Dieses Gesetz gilt für die Vergabe öffentlicher Aufträge in Thüringen im Sinne von § 99 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung vom 15. Juli 2005 (BGBl. I S. 2115) in der jeweils geltenden Fassung unabhängig von den Schwellenwerten gemäß § 100 GWB.

(2) Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge sind unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB diejenigen Regelungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) in der jeweils geltenden Fassung und der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) in der jeweils geltenden Fassung anzuwenden, die für die Vergabe von Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen gelten, die nicht im Anwendungsbereich des Vierten Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen liegen.

(3) Dieses Gesetz gilt für Bauaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 50.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) und für Liefer – und Dienstleistungsaufträge ab einem geschätzten Auftragswert von 20.000 (ohne Umsatzsteuer). Für die Schätzung gilt § 3 Vergabeverordnung vom 11. Februar 2003 (BGBl. I S. 169), in ihrer jeweils geltenden Fassung.

### **§ 2**

#### **Persönlicher Anwendungsbereich**

(1) Alle staatlichen und kommunalen Auftraggeber, sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts, für die § 55 der Thüringer Landeshaushaltsordnung oder § 31 der Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung bzw. § 24 der Thüringer Gemeindehaushaltsverordnung Doppik gelten, sowie Zuwendungsempfänger, die nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen die Vergabevorschriften anzuwenden haben, haben die Regelungen dieses Gesetzes zu beachten.

(2) Kommunale Auftraggeber im Sinne dieses Gesetzes sind die Gemeinden, die Landkreise, die Zweckverbände und die Verwaltungsgemeinschaften.

(3) Für juristische Personen des Privatrechts, die die Voraussetzungen des § 98 Nr. 2 GWB erfüllen, gilt Absatz 1 entsprechend.

(4) Das für Grundsatzangelegenheiten des Vergaberechts zuständige Ministerium kann in Einschränkung zu § 1 Abs. 2 Grenzen für Auftragswerte festlegen, bis zu deren Erreichen eine Auftragsvergabe im Wege einer Beschränkten Ausschreibung oder Freihändigen Vergabe zulässig ist.

### **§ 3**

#### **Mittelstandsförderung**

(1) Die Auftraggeber sind verpflichtet, kleine und mittlere Unternehmen bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben in angemessenem Umfang zur Angebotsabgabe aufzufordern.

(2) Unbeschadet der Verpflichtung zur Teilung der Leistungen in Fach- und Teillose nach dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und nach den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB und VOL) ist das Vergabeverfahren, soweit nach Art und Umfang der anzubietenden Leistungen möglich, so zu wählen und die Verdingungsunterlagen so zu gestalten, dass kleine und mittlere Unternehmen am Wettbewerb teilnehmen und beim Zuschlag berücksichtigt werden können.

(3) Die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrages sollte zusätzlich in elektronischer Form auf der Landesvergabepattform bekannt gemacht werden.

#### § 4

#### **Berücksichtigung ökologischer und sozialer Kriterien im Vergabeverfahren**

Ökologische und soziale Belange können auf allen Stufen des Vergabeverfahrens berücksichtigt werden: sie können Eingang finden in die Definition des Auftragsgegenstandes, dessen technische Spezifikation, die Auswahl der Bieter, die Erteilung des Zuschlags und die Bedingungen für die Ausführung des Auftrags.

#### § 5

#### **Definition des Auftragsgegenstandes**

Bereits bei der Definition des Auftragsgegenstandes kann der Auftraggeber ökologische und soziale Belange berücksichtigen, soweit nicht haushaltsrechtliche Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Vorgaben des Umweltrechts oder Unionsrecht (insbesondere keine Beeinträchtigung des Marktzugangs für ausländische Bieter) entgegenstehen.

#### § 6

#### **Technische Spezifikation**

(1) Bei der technischen Spezifikation eines Auftrags können Umwelteigenschaften und/oder Auswirkungen bestimmter Warengruppen oder Dienstleistungen auf die Umwelt festgelegt werden. Hierzu können geeignete Spezifikationen verwendet werden, die in Umweltgütezeichen definiert sind, wenn

1. sie sich zur Definition der Merkmale der Waren oder Dienstleistungen eignen, die Gegenstand des Auftrags sind,
2. die Anforderungen an das Gütezeichen auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,
3. die Umweltgütezeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise - wie z.B. staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen - teilnehmen können und
4. das Gütezeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.

(2) Andere geeignete Beweismittel - wie technische Unterlagen der Hersteller oder Prüfberichte anerkannter Stellen - sind ebenfalls zulässig. Die technischen Spezifikationen dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.

## §7 Auswahl der Bieter

(1) Vor Erteilung des Zuschlags hat der öffentliche Auftraggeber zu prüfen, ob die Bieter die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit besitzen.

(2) Ausgeschlossen werden kann ein Bieter, der gegen eine arbeitnehmerschützende Vorschrift, eine Vorschrift des Umweltrechts oder gegen eine Rechtsvorschrift über unrechtmäßige Absprachen bei öffentlichen Aufträgen verstoßen hat, wenn der Verstoß mit einem rechtskräftigen Urteil oder einem Beschluss mit gleicher Wirkung geahndet wurde, und eine schwere Verfehlung darstellt, die die Zuverlässigkeit des Bewerbers in Frage stellt.

(3) Im Rahmen der zu überprüfenden technischen Fachkunde können mit Ausnahme bei Lieferaufträgen Umweltbelange Berücksichtigung finden. Der öffentliche Auftraggeber kann mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende und ihm angemessene Anforderungen an die technische Leistungsfähigkeit des Bieters aufstellen, die in der Bekanntmachung anzugeben sind. 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.

(4) EMAS („Eco-Management and Audit Scheme“) ist die höchste europäische Auszeichnung für betriebliches Umweltmanagement und zum Nachweis der Erfüllung von bestimmten Normen für das Umweltmanagement geeignet. Die Eintragung eines Unternehmens in das EMAS-Register kann für die Beurteilung der technischen Fachkunde eines Bieters unter folgenden Bedingungen herangezogen werden:

1. Die Vergabestellen dürfen nicht auf die Registrierung als solche abstellen, sondern es muss ein Bezug zur Ausführung des Auftrages vorhanden sein.
2. Dem EMAS gleichwertige Nachweise für Umweltmanagementmaßnahmen sind anzuerkennen.

## §8 Erteilung des Zuschlags

Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend. Auch bei der Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot können Umweltbelange berücksichtigt werden. Die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung ist zulässig, wenn

1. die Umweltkriterien mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
2. die Umweltkriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt sind,
3. dem Auftraggeber durch die Festlegung des Kriteriums keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird und
4. alle Grundsätze des Unionsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, gewahrt werden.

## §9 Bedingungen für die Ausführung des Auftrags

(1) Der Auftraggeber kann zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorschreiben, wenn diese

1. mit Unionsrecht vereinbar sind, insbesondere keinen diskriminierenden Charakter haben,
2. in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden,
3. keine versteckten technischen Spezifikationen, Auswahl- oder Zuschlagskriterien darstellen und wenn
4. alle Bewerber in der Lage sind, ihnen nachzukommen, falls sie den Zuschlag erhalten.

(2) Unter den Voraussetzungen des Abs. 1 kann bei geeigneten umweltbedeutsamen Aufträgen, bei denen ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, der Auftraggeber einen Nachweis dafür verlangen, dass bestimmte Umweltmanagementmaßnahmen bei der Ausführung des Auftrags ergriffen werden.

## § 10 Tarifreue und Entgeltgleichheit

(1) Für Bauleistungen und andere Dienstleistungen, die das Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799) in der jeweils geltenden Fassung erfasst, dürfen öffentliche Aufträge nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen Arbeitsbedingungen zu gewähren, die mindestens den Vorgaben desjenigen Tarifvertrages entspricht, an den das Unternehmen aufgrund des AEntG gebunden ist. Satz 1 gilt entsprechend für Beiträge an eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien im Sinne von § 5 Nr. 3 AEntG sowie für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte.

(2) Öffentliche Aufträge für Dienstleistungen der allgemein zugänglichen Beförderung von Personen im öffentlichen Personennahverkehr dürfen nur an Unternehmen vergeben werden, die sich bei der Angebotsabgabe schriftlich verpflichtet haben, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung der Leistung mindestens den am Ort der Leistungserbringung für das jeweilige Gewerbe geltenden Lohn- und Gehaltstarif zu zahlen. Kommen mehrere Tarifverträge in Betracht, ist derjenige heranzuziehen, der repräsentativer im Sinne von § 7 Abs. 2 AEntG ist.

(3) Die Bieter haben bei Angebotsabgabe zu erklären, dass sie bei der Auftragsdurchführung ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zahlen.

## § 11 ILO – Kernarbeitsnormen

(1) Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen sollen keine Waren Gegenstand der Leistung sein, die unter Missachtung der in den Kernarbeitsnormen der Internationa-

len Arbeitsorganisation (ILO) festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Diese Mindeststandards ergeben sich aus:

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

(2) Aufträge über Lieferleistungen dürfen nur an solche Auftragnehmer vergeben werden, die sich bei Angebotsabgabe schriftlich verpflichten, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich oder gemäß einer entsprechenden Zusicherung unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gemäß Absatz 1 gewonnen oder hergestellt worden sind. Hierzu sind von den Bietern entsprechende Nachweise oder Erklärungen zu verlangen. Sätze 1 und 2 gelten entsprechend für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden.

## § 12

### Nachunternehmereinsatz

(1) Der Auftragnehmer darf Bau- und Dienstleistungen nur auf Nachunternehmer übertragen, wenn der Auftraggeber im Einzelfall schriftlich zugestimmt hat. Die Zustimmung ist nicht notwendig bei Leistungen, auf die der Betrieb des Bieters nicht eingestellt ist. Die Bieter haben bereits bei Abgabe ihres Angebots ein Verzeichnis der Nachunternehmerleistungen vorzulegen.

(2) Soweit Leistungen nach Absatz 1 auf Nachunternehmer übertragen werden, hat sich der Auftragnehmer auch zu verpflichten, den Nachunternehmern die für Auftragnehmer geltenden Pflichten der Absätze 3 und 4 sowie der §§ 10, 11 und 17 Abs. 2 aufzuerlegen und die Beachtung dieser Pflichten durch die Nachunternehmer zu kontrollieren.

(3) Die nachträgliche Einschaltung oder der Wechsel eines Nachunternehmers bedarf der Zustimmung des öffentlichen Auftraggebers; Absatz 1 Satz 2 und § 15 Abs. 2 gelten entsprechend. Die Zustimmung darf nur wegen mangelnder Fachkunde, Zuverlässigkeit oder Leistungsfähigkeit des Nachunternehmers sowie wegen Nichterfüllung der Nachweispflicht gemäß § 15 Abs. 2 versagt werden.

(4) Auftragnehmer sind für den Fall der Weitergabe von Leistungen an Nachunternehmer vertraglich zu verpflichten,

1. bevorzugt kleine und mittlere Unternehmen zu beteiligen, soweit es mit der vertragsgemäßen Ausführung des Auftrags zu vereinbaren ist,
2. Nachunternehmer davon in Kenntnis zu setzen, dass es sich um einen öffentlichen Auftrag handelt,
3. bei der Weitergabe von Bauleistungen an Nachunternehmer die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Bauleistungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/B), bei der Weitergabe von Dienstleistungen die Allgemeinen Vertragsbedingungen für die Ausführung von Leistungen der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/B) zum Vertragsbestandteil zu machen,
4. den Nachunternehmern keine, insbesondere hinsichtlich der Zahlungsweise, ungünstigeren Bedingungen aufzuerlegen, als zwischen dem Auftragnehmer und dem öffentlichen Auftraggeber vereinbart sind.

### § 13

#### **Berufliche Erstausbildung, Berücksichtigung von Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern**

(1) Die Entscheidung über den Zuschlag eines Angebots kann berücksichtigen, ob und inwieweit eine angemessene Beteiligung der Bieter an der beruflichen Erstausbildung erfolgt oder Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf durchgeführt werden soweit das und die Kriterien dazu in der Bekanntmachung und den Vergabeunterlagen angegeben werden.

(2) Unbeschadet des Rechts der Europäischen Union und der nach anderem Recht vorausgehenden Wertungskriterien kann bei sonst gleichwertigen Angeboten das Angebot des Bieters bevorzugt werden, der gemessen an seiner Betriebsstruktur sich mehr als ein anderer Bieter mit gleichwertigem Angebot an der beruflichen Erstausbildung beteiligt oder Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit von Frauen und Männern im Beruf durchführt.

### § 14

#### **Wertung unangemessen niedriger Angebote**

(1) Der Auftraggeber hat ungewöhnlich niedrige Angebote, auf die der Zuschlag erfolgen soll, zu überprüfen. Dies gilt unabhängig von der nach Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen und Teil A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen vorgegebenen Prüfung unangemessen niedrig erscheinender Angebote.

(2) Weicht ein Angebot für die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen, auf das der Zuschlag erteilt werden könnte, um mindestens zehn vom Hundert vom nächst höheren Angebot ab, so hat der Auftraggeber die Kalkulation des Angebots zu überprüfen. Im Rahmen dieser Überprüfung ist der Bieter verpflichtet, die ordnungsgemäße Kalkulation nachzuweisen. Kommt der Bieter dieser Verpflichtung auch nach Aufforderung des Auftraggebers nicht nach, so ist er vom weiteren Vergabeverfahren auszuschließen.

### § 15

#### **Wertungsausschluss**

(1) Hat der Bieter

1. aktuelle Nachweise über die vollständige Entrichtung von Steuern und Beiträgen,
2. eine Erklärung nach §§ 10 und 11 oder

### 3. sonstige Nachweise oder Erklärungen

nicht zum geforderten Zeitpunkt vorgelegt, entscheidet die Vergabestelle auf Grundlage der Bestimmungen der Vergabe- und Vertragsordnungen, ob das Angebot von der Wertung ausgeschlossen wird. Fremdsprachige Bescheinigungen oder Erklärungen sind nur zu berücksichtigen, wenn sie mit einer Übersetzung in die deutsche Sprache vorgelegt worden sind.

(2) Soll die Ausführung eines Teils des Auftrags über die Erbringung von Bauleistungen oder Dienstleistungen einem Nachunternehmer übertragen werden, so sind vor der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise und Erklärungen gemäß Absatz 1 vorzulegen. Soweit eine Benennung von Nachunternehmern nach Auftragserteilung zulässig ist, sind die erforderlichen Nachweise und Erklärungen nach Absatz 1 bei der Benennung vorzulegen.

## § 16

### Sicherheitsleistung bei Bauleistungen

(1) Für die vertragsgemäße Erfüllung sollen bei Öffentlicher Ausschreibung und Offenem Verfahren ab einer Auftragssumme von 250 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) Sicherheitsleistungen verlangt werden. Bei Beschränkter Ausschreibung, Beschränkter Ausschreibung nach Öffentlichem Teilnahmewettbewerb, Freihändiger Vergabe, Nichtoffenem Verfahren und Verhandlungsverfahren sollen Sicherheitsleistungen in der Regel nicht verlangt werden.

(2) Für die Erfüllung der Mängelansprüche sollen Sicherheitsleistungen in der Regel ab einer Auftragssumme oder ab einer Abrechnungssumme von 250 000 Euro (ohne Umsatzsteuer) verlangt werden.

## § 17

### Kontrollen

(1) Der Auftraggeber kann Kontrollen durchführen, um die Einhaltung der dem Auftragnehmer auf Grund dieses Gesetzes auferlegten Verpflichtungen zu überprüfen. Er darf zu diesem Zweck Einblick in die Entgeltabrechnungen der Auftragnehmer und der Nachunternehmer und die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen gemäß § 15 Abs. 1 sowie in die zwischen Auftragnehmer und Nachunternehmer abgeschlossenen Werkverträge nehmen. Der Auftragnehmer hat seine Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen hinzuweisen.

(2) Der Auftragnehmer und seine Nachunternehmer haben vollständige und prüffähige Unterlagen gemäß Absatz 1 über die eingesetzten Beschäftigten bereitzuhalten. Auf Verlangen des Auftraggebers sind ihm diese Unterlagen vorzulegen.

## § 18

### Sanktionen

(1) Um die Einhaltung der Verpflichtungen gemäß §§ 10, 11, 12 und 17 Abs. 2 zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe von bis zu zehn von Hundert des Auftragswertes zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe nach Satz 1 auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer

oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer begangen wird, es sei denn, dass der Auftragnehmer den Verstoß weder kannte noch kennen musste.

(2) Der Auftraggeber hat mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhaftige Nichterfüllung der aus §§ 10 und 11 resultierenden Anforderungen durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer sowie schuldhaftige Verstöße gegen die Verpflichtungen der §§ 12 und 17 Absatz 2 den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung des Vertrages berechtigen.

(3) Hat der Auftragnehmer, ein Bewerber oder Bieter nachweislich gegen die aus §§ 10, 11, 12 und 17 Abs. 2 sich ergebenden Verpflichtungen verstoßen, soll der Auftraggeber dieses Unternehmen jeweils von der öffentlichen Auftragsvergabe für die Dauer von bis zu drei Jahren ausschließen. Das gilt auch für Nachunternehmer. Vor dem Ausschluss ist dem Unternehmen Gelegenheit zur Stellungnahme zu geben. Ein ausgeschlossenes Unternehmen ist auf dessen Antrag allgemein oder teilweise wieder zuzulassen, wenn der Grund des Ausschlusses weggefallen ist und mindestens sechs Monate der Sperre abgelaufen sind.

(4) Maßnahmen nach Absatz 1, Absatz 2 und Absatz 3 bleiben von der Geltendmachung einer Vertragsstrafe aus anderem Grunde sowie von der Geltendmachung sonstiger Ansprüche unberührt.

## § 19

### Informations- und Wartepflicht

Unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB findet hinsichtlich der Informations- und Wartepflicht § 101 a GWB entsprechende Anwendung.

## § 20

### Eröffnung des Verwaltungsrechtsweges unterhalb der Schwellenwerte

(1) Unterhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 GWB ist der Verwaltungsrechtsweg mit der Maßgabe eröffnet, dass ein Vorverfahren nach § 68 VwGO entfällt. Die Geltendmachung privatrechtlicher Ansprüche bleibt hiervon unberührt.

(2) Wenn vor Ablauf der Wartepflicht nach § 19 ThürVgG i.V.m. § 101 a GWB in der jeweils geltenden Fassung verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz in Anspruch genommen wird, darf der Zuschlag erteilt werden, wenn das Gericht im einstweiligen Rechtsschutzverfahren binnen 14 Kalendertagen nach Eingang des Antrags bei Gericht keine einstweilige Anordnung erlassen oder binnen drei Monaten nach Mitteilung der Auswahlentscheidung nicht in der Hauptsache entschieden hat.

(3) Die Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes ist unzulässig, soweit

1. der Antragsteller oder der Kläger den gerügten Verstoß gegen Vergabevorschriften im Vergabeverfahren erkannt und gegenüber dem Auftraggeber nicht unverzüglich gerügt hat,
2. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die aufgrund der Bekanntmachung erkennbar sind, nicht spätestens bis Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,

3. Verstöße gegen Vergabevorschriften, die erst in den Vergabeunterlagen erkennbar sind, nicht spätestens bis zum Ablauf der in der Bekanntmachung benannten Frist zur Angebotsabgabe oder zur Bewerbung gegenüber dem Auftraggeber gerügt werden,
4. mehr als 15 Kalendertage nach Eingang der Mitteilung des Auftraggebers, einer Rüge nicht abhelfen zu wollen, vergangen sind.

(4) § 100 VwGO findet mit der Maßgabe Anwendung, dass das Gericht die Einsicht in die dem Gericht vorgelegten Akten zu versagen hat, soweit dies aus wichtigen Gründen, insbesondere des Geheimnisschutzes oder zur Wahrung von Betriebs- oder Geschäftsgeheimnissen geboten ist. Jeder Beteiligte hat mit Übersendung seiner Akten oder Stellungnahmen auf die in Satz 1 genannten Geheimnisse hinzuweisen und diese in den Unterlagen entsprechend kenntlich zu machen. Erfolgt dies nicht, kann das Gericht von seiner Zustimmung auf Einsicht ausgehen.

### **§ 21 Ausnahmen**

Die §§ 19 und 20 finden keine Anwendung, wenn der Auftragswert bei Bauleistungen 150.000 Euro (ohne Umsatzsteuer), bei Leistungen und Lieferungen 50.000 Euro (ohne Umsatzsteuer) nicht übersteigt.

### **§ 22 Inkrafttreten**

Dieses Gesetz tritt am 1. Januar 2011 in Kraft. Nach fünf Jahren wird das Gesetz einer Evaluierung unterzogen.

## **Begründung zum Thüringer Gesetz über die Vergabe öffentlicher Aufträge im Freistaat Thüringen (Thüringer Vergabegesetz – ThürVgG)**

### **A. Allgemeines**

Das öffentliche Beschaffungswesen hat eine herausragende Stellung als Auftraggeber für die Wirtschaft. Der Staat, die Kommunen und alle sonstigen öffentlichen Auftraggeber richten dabei ihren Einkauf primär nach dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit. Voraussetzung dafür ist, dass die Beschaffungsmärkte wettbewerbliche Strukturen aufweisen und keinen Wettbewerbsverzerrungen unterworfen sind.

Im öffentlichen Beschaffungswesen besteht besonders im Baugewerbe, aber auch bei bestimmten Dienstleistungen (z. B. Bewachungsgewerbe, Gebäudereinigungshandwerk) ein teilweise ruinöser Preiswettbewerb. Die Unternehmen unterbieten sich in der Preisgestaltung, um Aufträge zu erhalten und Konkurrenten vom Markt zu drängen. Unternehmen, die ihrer Verpflichtung zur tariflichen Entlohnung ihrer Beschäftigten nachkommen, kommen dadurch oftmals bei der Zuschlagserteilung nicht zum Zuge. Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer werden durch unzureichende Lohn- und Sozialleistungen benachteiligt.

Viele Vergabestellen waren in der Vergangenheit bei der Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien wegen der unsicheren Rechtslage und den daraus resultierenden rechtlichen Risiken zurückhaltend. Bedenken bestanden insbesondere wegen des Risikos von Nachprüfungsverfahren bei europaweiten Vergaben oder von Schadensersatzansprüchen aufgrund von Vergabeverstößen.

Mit dem Landesvergabegesetz wird eine europarechtskonforme gesetzliche Grundlage im Sinne des § 97 Abs. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) geschaffen. Nach § 97 Abs. 4 Satz 3 GWB können zusätzliche bieterbezogene Anforderungen durch Bundes- oder Landesgesetz an Auftragnehmer gestellt werden. Mit dem Landesvergabegesetz werden solche Anforderungen für die Vergabe öffentlicher Aufträge sowohl unterhalb als auch oberhalb der Schwellenwerte gemäß § 100 Abs. 1 GWB eingeführt. Die Regelungen sind so ausgestaltet, dass sie nicht mit höherrangigem Bundes- oder Europarecht kollidieren.

Die Tariftreuerregelung berücksichtigt die Entscheidung des EuGH vom 3. April 2008 (Rs. C-346/06, Dirk Ruffert ./ Land Niedersachsen), wonach über die Entsenderichtlinie 96/71/EG hinausgehende Anforderungen, wie die Einhaltung der örtlichen „einfachen“ Tarifverträge, den gemäß Art. 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von den Mitgliedstaaten zu gewährleistenden freien Dienstleistungsverkehr in unzulässiger Weise einschränken. Voraussetzung nach der Entsenderichtlinie ist, dass der jeweilige Tarifvertrag für alle Unternehmen allgemein wirksam ist.

Aufträge dürfen zukünftig nur an Unternehmen vergeben werden, die sich und ihre Nachunternehmer verpflichten, Entgelt nach für allgemein verbindlich erklärten Tarifverträgen oder aufgrund anderer gesetzlicher Bestimmungen über Mindestentgelte zu zahlen. Unternehmen im Bereich der ÖPNV haben bei der Angebotsabgabe die Einhaltung der örtlich geltenden Tarifverträge zu erklären.

Den Auftraggebern wird zur Sicherstellung dieser Anforderungen das Recht eingeräumt, abweichende Angebote auf ihre Kalkulation zu überprüfen. Daneben eröffnet das Gesetz weitere Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten.

Die Gewährleistung der Entgeltgleichheit von Frauen und Männern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit muss von den Unternehmen für die Auftragsdurchführung erklärt werden.

Die Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation bei Lieferungen aus Entwicklungs- und Schwellenländern sind ebenso zu beachten wie Grundprinzipien einer nachhaltigen und umweltverträglichen Beschaffung.

Durch eine effektive Losteilung sollen die Chancen kleinerer und mittlerer Unternehmen bei der Zuschlagserteilung verbessert werden. Bei Freihändigen Vergaben und Beschränkten Ausschreibungen sind kleine und mittlere Unternehmen explizit zur Angebotsabgabe aufzufordern.

Durch das Landesvergabegesetz werden alle öffentlichen Auftraggeber des Landes und der Kommunen, insbesondere die Eigengesellschaften gemäß § 98 Nr. 2 GWB, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen, gebunden.

Zuwendungsempfänger, die nach den allgemeinen Nebenbestimmungen für Zuwendungen die Vergabevorschriften anzuwenden haben, haben die Regelungen dieses Gesetzes ebenso zu beachten.

Die Überwachung der Einhaltung des Gesetzes hat durch die Beschaffungsstellen selbst und ihre Aufsichtsbehörden zu erfolgen.

Gegen Vergabeentscheidung im Unterschwellenbereich konnte bisher der erfolglose Bieter mit seiner Vergabebeschwerde nur eine rechtsaufsichtliche Überprüfung erreichen. Damit wurde die Möglichkeit einer sofortigen Ausführung der Maßnahme, insbesondere die Zuschlagserteilung durch die Vergabestelle, nicht gehemmt. Somit steht im Unterschwellenbereich dem übergangenen Bieter kein effektiver Rechtsschutz zur Verfügung, denn dieser beinhaltet auch das Gebot, der Schaffung vollendeter Tatsachen soweit wie möglich zuvor zu kommen. Durch die Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes wird dem Bieter die Durchsetzung seiner rechtlich begründeten individuellen Interessen eröffnet. Des Weiteren wird hierdurch das öffentliche Interesse an einem rechtmäßigen Handeln der Verwaltung und an einem wirtschaftlichen Umgang mit Haushaltsmitteln gestärkt

## **B. Zu den einzelnen Bestimmungen**

Zu § 1

§ 1 regelt den sachlichen Anwendungsbereich des Landesvergabegesetzes. Der Begriff des öffentlichen Auftrags knüpft unmittelbar an § 99 GWB an. Das Gesetz gilt somit für Aufträge oberhalb wie unterhalb der EU-Schwellenwerte.

Absatz 2 enthält eine dynamische Verweisung zur Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB und VOL) im Unterschwellenbereich. Im Oberschwellenbereich gelten die Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB und VOL) unmittelbar durch die Vergabeverordnung (VgV) des Bundes. Landesrechtlich ist daher eine Regelung zur Anwendung der

Verdingungsordnungen im Oberschwellenbereich entbehrlich und wäre rechtssystematisch verfehlt.

In Absatz 3 ist eine für Bauaufträge und Liefer- und Dienstleistungen differenzierte Wertgrenze bestimmt, ab der die gesetzlichen Regelungen zur Anwendung kommen. Die differenzierten Wertgrenzen tragen den unterschiedlichen Aufträgen Rechnung und berücksichtigen, dass sich naturgemäß bei Bauaufträgen von vornherein höhere Auftragssummen ergeben. Durch die Festlegung einer Wertgrenze soll bei kleinen Aufträgen unverhältnismäßiger Verwaltungsaufwand und Kosten sowohl für die Auftraggeber als auch für die Auftragnehmer vermieden werden.

Zu § 2

Das Landesvergabegesetz bindet staatliche und kommunale Auftraggeber und sonstige Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts. Daneben sind die maßgeblichen Regelungen des GWB, der VgV, der SektVO und der Vergabe- und Vertragsordnungen sowie die entsprechenden Runderlasse und Richtlinien zum öffentlichen Auftragswesen weiterhin anzuwenden.

In Absatz 2 werden die kommunalen Auftraggeber näher bestimmt.

Durch Absatz 3 soll gewährleistet werden, dass auch staatliche und kommunale Unternehmen des Privatrechts, die sich ganz oder mehrheitlich in der Hand der in Absatz 1 genannten Stellen befinden, den Regelungen dieses Gesetzes auch unterhalb der Schwellenwerte des § 100 GWB folgen. Das grundsätzliche Anknüpfen an § 98 Nr. 2 GWB grenzt den Kreis der öffentlichen Unternehmen, die an das Landesvergabegesetz gebunden werden, auf diejenigen ein, die im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art erfüllen.

Mit Absatz 4 wird dem für das Vergaberecht zuständigen Ministerium die Befugnis eingeräumt, Regelungen und Wertgrenzen gemäß den Vergabe- und Vertragsordnungen für die erleichterte Zulässigkeit der Freihändigen Vergabe und der Beschränkten Ausschreibung zu erlassen. Derartige Regelungen finden sich in der Thüringer Vergabe-Mittelstandsrichtlinie und werden auch zukünftig als Verwaltungsvorschrift ergehen.

Zu § 3

Die Regelung des Absatzes 1 soll auch unterhalb der EU-Schwellenwerte gewährleisten, dass die Auftraggeber eine mittelstandsfreundliche Vergabe durchführen. Oberhalb der EU-Schwellenwerte ist die Losteilungsverpflichtung des § 97 Abs. 3 GWB zu beachten. Kleine und mittlere Unternehmen werden bei Beschränkten Ausschreibungen und Freihändigen Vergaben gezielt in den Blickpunkt der Auftraggeber gerückt. Bei diesen Verfahrensarten ist generell die Beteiligung kleiner und mittlerer Unternehmen möglich, da es sich unter anderem aufgrund des geringeren Auftragswertes um überschaubare Leistungen handelt. Demgegenüber sind Öffentliche Ausschreibungen an einen unbeschränkten und vielfältigen Bieterkreis gerichtet. Mit der Regelung des Absatzes 1 werden somit die Interessen des Mittelstandes unterstützt und zu mehr Geltung verholfen.

Mit der Regelung des Absatzes 2 wird die Einbeziehung kleiner und mittlerer Unternehmen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hinreichend berücksichtigt. Das Landesvergabegesetz schreibt die Anwendung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) und

der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) vor. Da die VOB und VOL bereits Regelungen zur losweisen Vergabe enthalten, ist eine entsprechende Regelung im Gesetz entbehrlich.

Mit Absatz 3 wird die Möglichkeit geschaffen, die geplante Landesvergabepattform in Thüringen als zentrales Bekanntmachungsmedium zu nutzen. Dadurch soll die Transparenz von Ausschreibungen gesteigert und mittelstandsfreundliche Vergaben gewährleistet werden.

#### Zu § 4

Mit dieser Regelung soll im Sinne des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB auch für den Unterschwellenbereich klargestellt werden, dass ökologische und soziale Kriterien (s. §§ 10, 11, 13) als Eignungs- bzw. Wertungskriterien von der Vergabestelle den Bewerbern vorgegeben werden können, sofern sie sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben und keine Diskriminierung von Eu-Ausländern darstellen.

#### Zu § 5

Im deutschen Vergaberecht besteht nach § 97 Abs. 5 GWB und nach den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A und VOL/A) das Prinzip der Erteilung des Zuschlags auf das wirtschaftlichste Angebot. Dieser Grundsatz ist auch zu beachten, wenn der Auftraggeber mit der Vergabe besondere ökologische und/oder soziale Ziele verbinden will. Das Prinzip der diskriminierungsfreien Ausschreibung bei Aufträgen im Unterschwellenbereich mit Binnenmarktbezug wird durch die Bezugnahme auf das Unionsrecht besonders hervorgehoben.

#### Zu § 6

Die öffentlichen Auftraggeber können Umweltaspekte im Vergaberecht berücksichtigen und sich somit für den Umweltschutz und die ressourcenschonende Beschaffung einsetzen. So können die Vergabestellen im Rahmen der Festlegung von Anforderungen in den Leistungsbeschreibungen, der Benennung von technischen Spezifikationen sowie bei der Festlegung von Zuschlagskriterien Umwelanforderungen bestimmen. Hierbei sind besonders die Lebenszykluskosten und die Energieeffizienz zu berücksichtigen. Zu den Umweltaspekten gehört beispielsweise die Begrenzung des Schadstoffausstoßes von Dieselmotorkraftfahrzeugen oder die Brennstoffzellentechnologie. Durch die Beschreibung der Leistung z. B. als „Strom aus erneuerbaren Energiequellen“ („Ökostrom“) oder „Recycling-Papier“ können dem Auftragnehmer auch mittelbar bestimmte Produktionsverfahren bei der Ausführung des Auftrages vorgegeben werden. Bei der umweltverträglichen Beschaffung kann auf Umweltgütesymbole zurück gegriffen werden, sofern diese die in der Regelung näher dargelegten Voraussetzungen erfüllen. Der Nachweis der Erfüllung der technischen Vorgaben durch andere geeignete Beweismittel wird dadurch nicht ausgeschlossen.

#### Zu § 7

Öffentliche Aufträge können nur an Unternehmen erteilt werden, die die im GWB und in den Vergabe- und Vertragsordnungen (VOB/A und VOL/A) dargelegten Kriterien der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit erfüllen.

Öffentliche Auftraggeber sollen keine Aufträge an Unternehmen vergeben, die in der Vergangenheit gegen eine arbeitnehmerschützende Vorschrift, eine Vorschrift des Umweltrechts oder gegen eine Rechtsvorschrift über unrechtmäßige Absprachen bei öffentlichen Aufträgen verstoßen haben. In der Regelung sind die näheren Voraussetzungen dargestellt unter denen ein Ausschluss von Bietern erfolgen kann.

Die Berücksichtigung von Umweltbelangen kann sich gemäß Absatz 3 auch auf Vorgaben auf die technische Leistungsfähigkeit des Bieters beziehen. Zum Nachweis derartiger Anforderungen kann der Bieter die Durchführung bestimmter Umweltmanagementmaßnahmen angeben. Der Auftraggeber kann diesbezüglich die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen.

In Absatz 4 wird die Bedeutung der EMAS-Zertifizierung besonders hervorgehoben.

Zu § 8

Die Zuschlagserteilung erfolgt auch bei der Berücksichtigung von Umweltbelangen auf das wirtschaftlichste Angebot. Entsprechend Art. 26 der Richtlinie 2004/18/EG und § 97 Abs. 4 GWB wird auch für den Unterschwellenbereich klargestellt, wie die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Zuschlagserteilung in zulässigerweise erfolgen kann.

Zu § 9

Die Regelung knüpft an die Kriterien zur Auswahl der Bieter und zur Erteilung des Zuschlags an, in dem er dem öffentlichen Auftraggeber vorgibt, diese auch dann zu beachten, wenn er dem Auftragnehmer nach Zuschlagserteilung zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrags vorgibt.

Zu § 10

Mit der in § 10 vorgesehenen Formulierung soll eine europarechtskonforme Tariftreuregelung geschaffen werden, die in nicht diskriminierender Weise den Vorgaben der Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen (Amtsblatt Nr. L 018 vom 21. Januar 1997, Entsenderichtlinie) und deren Umsetzung durch das Gesetz über zwingende Arbeitsbedingungen bei grenzüberschreitenden Dienstleistungen vom 26. Februar 1996, zuletzt geändert durch das Gesetz vom 21. Dezember 2007 (BGBl. I, S. 3140 - AEntG), Rechnung trägt. Damit soll den Wettbewerbsverzerrungen zu Lasten kleiner und mittlerer Unternehmen durch Lohndumping begegnet und ein Beitrag zu Sicherung von Arbeitsplätzen, eines ausreichenden sozialen Schutzes und eines angemessenen Einkommensniveaus geleistet werden. Ungerechtfertigte Belastungen der sozialen Sicherungssysteme werden darüber hinaus eingeschränkt.

Der Europäische Gerichtshof hat in seiner Entscheidung vom 03. April 2008 (Rs. C-346/06, Dirk Ruffert ./ Land Niedersachsen) für den Bereich der Bauwirtschaft zu der Frage der Vereinbarkeit landesvergaberechtlicher Tariftreuregelungen mit dem Europäischen Gemeinschaftsrecht entschieden, dass eine Vereinbarkeit nur gegeben ist, wenn die Festlegungen der Gemeinschaftsrichtlinie über die Entsendung von Arbeitnehmern (96/71/EG) beachtet wurden. Voraussetzung nach der Entsenderichtlinie ist, dass der jeweilige Tarifvertrag für alle Unternehmen allgemein wirksam ist. Darüber hinausgehende Anforderungen, wie Einhaltung der örtlichen „einfachen“ Tarifverträge, schränken den gemäß Art. 56 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) von den Mitgliedsta-

ten zu gewährleistenden freien Dienstleistungsverkehr in unzulässiger Weise ein. Dem Landesgesetzgeber ist es somit auch im Bereich unterhalb der Schwellenwerte nach § 100 GWB nicht möglich, außerhalb der Entsenderichtlinie 96/71/EG liegende Anforderungen als Voraussetzung für die Vergabe öffentlicher Aufträge festzulegen.

Durch den Satz 2 soll sichergestellt werden, dass auch andere gesetzliche Mindestlöhne, wie die Mindestlöhne nach dem Mindestarbeitsbedingungengesetz vom 11. Januar 1952 (BGBl I S.17 – MiArbBG), zuletzt geändert durch das Gesetz vom 22. April 2009, vom Geltungsbereich dieses Gesetzes erfasst sind. Nach dem Mindestarbeitsbedingungengesetz können gesetzliche Mindestlöhne unter bestimmten Voraussetzungen auch ohne Tarifregelungen möglich gemacht werden. Das Mindestarbeitsbedingungengesetz gilt anders als das Arbeitnehmerentendengesetz auch für Branchen mit einer Tarifbindung unter 50 Prozent. In § 16 Abs. 1 MiArbBG ist in Anlehnung an § 21 AEntG bestimmt, dass ein Bewerber, der z. B. durch Rechtsverordnung festgesetzte Mindestarbeitsentgelte nicht zahlt und daher mit einer Geldbuße von einer bestimmten Höhe belegt wurde, von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden kann. In Anknüpfung an diese Vorschriften ermöglichen die Regelungen im Landesvergabegesetz zum Wertungsausschluss und zu den Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten den Vergabestellen, rechtssicher nicht gesetzestreue Unternehmen von der Vergabe auszuschließen. Ferner wird durch die Bezugnahme auf § 5 Nr. 3 AEntG klargestellt, dass auch die Einziehung von Beiträgen und die Gewährung von Leistungen im Zusammenhang mit Urlaubsansprüchen nach § 5 Nr. 2 AEntG Inhalt allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge sein können und daher zu berücksichtigen sind.

Durch § 10 soll ferner erreicht werden, dass schon bei der Angebotsabgabe und nicht erst bei Vertragsdurchführung die Vergabestellen zur Beachtung der Mindestentgeltvorgaben und Arbeitsbedingungen sensibilisiert werden und sich die Bewerber zur Einhaltung dieser Vorgaben verpflichten.

Mit dem Absatz 2 sollen öffentliche Auftraggeber und Aufgabenträger des öffentlichen Personennahverkehrs verpflichtet werden, Aufträge nur an Unternehmen zu vergeben, die sich verpflichten, ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei der Ausführung dieser Leistungen mindestens die am Ort der Leistungsausführung einschlägigen Lohn- und Gehaltstarife zu zahlen und dies auch von ihren Nachunternehmer zu verlangen.

Die getroffene Tarifregelung für den ÖPNV ist auch unter Berücksichtigung der „Rüffert-Entscheidung“ des EuGH zulässig.

Der EuGH hat in dieser Entscheidung nicht entschieden, welche Anforderungen für Bereiche gelten, die wie der Verkehr gemäß Art. 58 AEUV nicht im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs, sondern gesondert im Rahmen der Verkehrspolitik geregelt werden.

Der Verkehrssektor ist in Art. 90 ff AEUV besonders geregelt, gemäß Art 58 AEUV findet die Grundfreiheit des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 56 AEUV) keine direkte Anwendung. Die auf den freien Dienstleistungsverkehr Bezug nehmende Entsenderichtlinie, auf die sich der EuGH maßgeblich in der „Rüffert-Entscheidung“ stützt, gilt daher nicht für den ÖPNV-Sektor. Zudem ist der innerstaatliche ÖPNV noch nicht liberalisiert. Das Niederlassungserfordernis der Kabotagebeförderung eröffnet nur den Anwendungsbereich des Art. 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit), die Forderung nach Tarifreue stellt aber keine Behinderung der Niederlassungsfreiheit dar.

Absatz 3 soll sicherstellen, dass nur solche Unternehmen öffentliche Aufträge erhalten, die bei der Auftragsausführung ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit nach Maßgabe der tarifvertraglichen Vereinbarungen zahlen. Ungleichheiten in der Entlohnung können in unterschiedlichen tarifvertraglichen (z.B. Unterschiede in den örtlich geltenden Tarifverträgen) Regelungen begründet sein.

Der Grundsatz gleiches Entgelt für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit ist normiert in Art. 157 AEUV, der Richtlinie 2006/54/EG und entspricht Art.3 Abs.2 Grundgesetz und Art. 2 Abs.2 Thüringer Verfassung. Um festzustellen, ob Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer eine gleiche oder gleichwertige Arbeit verrichten, ist gemäß der Rechtsprechung des EuGH (Urteil vom 26. Juni 2001 - C-381/99) zu prüfen, ob sich diese Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in Bezug auf verschiedene Faktoren, zu denen unter anderem die Art der Arbeit und der Ausbildung sowie die Arbeitsbedingungen, nicht aber die persönliche Leistungsfähigkeit gehören, in einer vergleichbaren Situation befinden.

Das Bundesarbeitsgericht hat in seiner Entscheidung vom 21. Oktober 2009 – 10 AZR 664/08 – hierzu hervorgehoben, dass gleichartige Tätigkeiten dann vorliegen, wenn sie trotz Nichtidentität der Arbeitsvorgänge im Hinblick auf Qualifikation, erworbene Fertigkeiten, Verantwortung und Belastbarkeit gleiche Anforderungen stellen und die mit ihnen befassten Arbeitnehmer wechselseitig ausgetauscht werden können.

Zu § 11

Bei der Durchführung von öffentlichen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsaufträgen können auch Produkte aus Entwicklungs- und Schwellenländern betroffen sein bzw. verwendet werden, die unter Missachtung der in den Kernarbeitsnormen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Alle Mitgliedstaaten der Internationalen Arbeitsorganisation, einer Sonderorganisation der Vereinten Nationen, haben sich zu diesen Kernarbeitsnormen bekannt. Schon aufgrund ihrer Mitgliedschaft in der Organisation sind diese Staaten verpflichtet, die Grundsätze betreffend die grundlegenden Rechte, die Gegenstand dieser Übereinkommen sind, in gutem Glauben und gemäß der Verfassung einzuhalten, zu fördern und zu verwirklichen. Dies betrifft insbesondere die Vereinigungsfreiheit und die effektive Anerkennung des Rechts zu Kollektivverhandlungen; die Beseitigung aller Formen von Zwangs- oder Pflichtarbeit; die effektive Abschaffung der Kinderarbeit und die Beseitigung der Diskriminierung in Beschäftigung und Beruf. Diese Regelungen sind zwingender Bestandteil der deutschen Rechtsordnung und damit auch Vergaberegeln. In Deutschland agierende Unternehmen, die diese Grundprinzipien und Rechte bewusst missachten, dürfen aufgrund fehlender Zuverlässigkeit keine öffentlichen Aufträge erhalten. Die Beachtung der „ILO-Kernarbeitsnormen“ wird im Stadium der Vertragsausführung als Ergänzende Vertragsbedingung zu einer vertraglichen Nebenpflicht des Auftragnehmers.

Die öffentlichen Auftraggeber haben bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in begründeten Fällen entsprechende Nachweise oder eine Eigenerklärung zu verlangen, die bei Annahme des Angebots Vertragsbestandteil wird. Dies kommt derzeit insbesondere bei folgenden Produkten in Betracht, falls diese in Afrika, Asien oder Lateinamerika hergestellt oder bearbeitet wurden: Sportbekleidung, Sportartikel, insbesondere Bälle; Spielwaren; Teppiche; Textilien; Lederprodukte; Billigprodukte aus Holz; Natursteine; Agrarprodukte wie z.B. Kaffee, Kakao, Orangen- oder Tomatensaft.

Zu § 12

Im § 12 werden die Anforderungen an die Weitergabe von Bau- und Dienstleistungsaufträgen an Nachunternehmer geregelt. Bei dem Einsatz von Nachunternehmern treffen den Auftragnehmer die näher aufgeführten Pflichten. Damit soll einerseits eine ordnungsgemäße Beschaffung durch zuverlässige Unternehmen gesichert, andererseits verhindert werden, dass Zahlungen, die der Auftragnehmer dem seine vertraglichen Pflichten erfüllenden Nachunternehmer schuldet, unberechtigt verzögert oder verweigert werden. Nach-

unternehmer können dadurch so in finanzielle Schwierigkeiten kommen, dass eine ordnungsgemäße Entlohnung ihrer Beschäftigten erschwert oder unmöglich gemacht und dadurch die Durchführung des Auftrages gefährdet wird.

Mit Absatz 3 wird Rücksicht auf das mögliche Erfordernis einer nachträglichen Beauftragung von Nachunternehmern genommen.

Zu § 13

Die Anerkennung und Förderung der aktiven Beteiligung an der beruflichen Erstausbildung kann Teil der Beschaffungsstrategie sein. Bei gleichwertigen Angeboten wird die Möglichkeit eröffnet, in der beruflichen Erstausbildung engagierte Unternehmen bevorzugt zu berücksichtigen. Wegen der EG-Binnenmarkt-Regeln sind dabei die in den EU-Mitgliedstaaten sowie in anderen EWR-Vertragsstaaten und GPA-Staaten sowie der Schweiz etablierten Ausbildungssysteme zu beachten. Nicht jeder hier angesprochene Staat hat eine duale Berufsausbildung, in manchen Staaten erfolgt die berufliche Ausbildung nur schulisch, andere qualifizieren mit Anlern- oder Trainingsmaßnahmen. Solche andersgearteten Ausbildungssysteme dürfen nicht diskriminiert werden. Nach primärem und sekundärem EG-Recht (EG-/EWR-Vertrag, EG-Richtlinien, Verträge mit Drittstaaten) darf sich das Ausbildungskriterium nicht auf den Ort der zu erbringenden Leistung beschränken, sondern muss den Gegebenheiten des Herkunftsstaats Rechnung tragen. Die Regelungen sind in jedem Einzelfall in der Ausschreibung vorzugeben, damit sie bei der Prüfung und Wertung rechtswirksam berücksichtigt werden können.

Ebenso wird die Möglichkeit eröffnet, dass bei gleichwertigen Angeboten der Bieter bevorzugt werden kann, der in seinem Betrieb die Chancengleichheit von Frauen und Männern fördert. Stellt der Auftraggeber in einem Vergabeverfahren gleichstellungsfördernde Bedingungen auf, müssen diese primär den europarechtlichen Vorgaben genügen. Nach Art. 26 der Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG darf der öffentliche Auftraggeber zwar nur auf das wirtschaftlichste Angebot den Zuschlag erteilen, er darf aber bei der Auswahl auch soziale Kriterien zugrunde legen, solange dies in den Ausschreibungsunterlagen oder in der Vergabebekanntmachung ausdrücklich aufgeführt ist, ein Zusammenhang mit der ausgeschriebenen Dienstleistung besteht, dem öffentlichen Auftraggeber damit keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird und die ausgewählten Kriterien nicht gegen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, verstoßen. So wären Maßnahmen bei der Ausführung des Auftrags zur Förderung der Chancengleichheit von Mann und Frau zulässig, sofern das Kriterium der Nichtdiskriminierung (Art.18, 56 AEUV) eingehalten wird. Kriterien, die als Anforderungen an die Unternehmens- und Geschäftspolitik zu qualifizieren wären, sind nicht auftragsbezogen und damit rechtlich nicht zulässig.

Zu § 14

Die Regelung des § 14 Abs. 1 dient vornehmlich dazu, die Einhaltung der Vorgaben im Sinne des § 10 zu kontrollieren. Die Regelungen des § 16 Abs. 6 VOL/A 2009 und des § 16 Abs. 6 VOB/A 2009 mit der Pflicht des Auftraggebers zur Prüfung unangemessener Angebote bleiben darüber hinaus erhalten.

Absatz 2 regelt für die Bereiche von Bau- und Dienstleistungen, wann regelmäßig ein unangemessen niedriges Angebot angenommen werden kann und zu überprüfen ist.

Die Nichtvorlage einer ordnungsgemäßen Kalkulation auch nach Aufforderung lässt eine Unzuverlässigkeit des Bieters vermuten und rechtfertigt einen Ausschluss vom weiteren Vergabeverfahren.

Zu § 15

Absatz 1 verweist hinsichtlich eines möglichen Wertungsausschlusses auf die Ausschlussregelungen der Vergabe- und Vertragsordnungen. Die Ergänzung in Absatz 2 berücksichtigt die möglichen Fälle einer Nachunternehmerbenennung nach Auftragserteilung.

Zu § 16

Die Regelung legt die Auftragssumme fest, ab der vom Auftraggeber eine Sicherheitsleistung bei der Ausführung von Bauaufträgen verlangt werden kann. Wegen der generell höheren Auftragssummen ist eine Regelung vorrangig für den Baubereich sachdienlich. Die Bestimmung lässt Raum für eine sachgerechte, die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Anwendung.

Zu § 17

§ 17 eröffnet dem Auftraggeber hinsichtlich der Einhaltung der Vergabevoraussetzungen Prüfungsmöglichkeiten. Um darüber hinaus einen fairen Wettbewerb sicherzustellen, muss der Auftraggeber in die Lage versetzt werden, Kontrollen bei dem Auftragnehmer durchführen zu können. Besteht der begründete Verdacht, dass die Vergabevoraussetzungen nicht beachtet worden sind, ist der öffentliche Auftraggeber gehalten, Kontrollen durchzuführen (Einsichtnahme der Lohnabrechnungen oder der mit Nachunternehmern abgeschlossenen Werkverträge). Der damit verbundene Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung der Beschäftigten ist gerechtfertigt, um im Interesse des einzelnen Arbeitnehmers wirkungsvoll gegen Lohndumping und damit verbundene Wettbewerbsverzerrungen vorgehen zu können. Mit der Verpflichtung des Arbeitgebers, seine Beschäftigten auf die Möglichkeit der Vornahme solcher Stichprobenkontrollen hinzuweisen, wird dem datenschutzrechtlichen Gebot der Transparenz Rechnung getragen.

Zu § 18

Um die Einhaltung der im Landesvergabegesetz normierten Obliegenheiten und Pflichten durch den Auftragnehmer zu gewährleisten, soll der Auftraggeber im Falle der Nichteinhaltung entsprechende Konsequenzen ziehen. Gemäß § 18 Abs. 1 haben die Auftraggeber mit den Auftragnehmern regelmäßig eine Vertragsstrafe zu vereinbaren.

Durch Absatz 2 wird der Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigt.

Die Regelung in Absatz 3 zur Auftragssperre ist eine Soll-Vorschrift, da deren Durchsetzung von den Umständen des Einzelfalls abhängt. Nach einem Verstoß gegen die aufgeführten Pflichten hat der Auftraggeber nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, ob das Unternehmen für die Dauer von drei Jahren von der Vergabe von öffentlichen Aufträgen auszuschließen ist. Dabei erfolgt die Sperre für jeden Auftraggeber - Vergabestelle - separat. Eine Sperre erfolgt somit nicht automatisch für alle Auftraggeber. Jedoch ist bei erheblichen Verstößen möglich, dass auch andere Auftraggeber die betreffenden Unternehmen wegen erwiesener Unzuverlässigkeit selbst sperren. Der Auftraggeber kann hierfür in den Bewerbungsbedingungen nach Auftragssperren fragen. Dem ausgeschlossenen Un-

ternehmen wird die Möglichkeit gegeben, nach Beseitigung des Ausschlussgrundes nach kürzerer Zeit wieder eine Zulassung für Vergabeverfahren zu beantragen. Zur Abschreckung ist jedoch eine Mindestausschlussdauer von 6 Monaten angemessen.

In Absatz 4 ist geregelt, dass die Sanktionen unabhängig von einander und anderen Sperren sowie sonstigen vertraglichen Sanktionen bestehen.

#### Zu § 19

Die Regelung dient dazu, auch im Unterschwellenbereich den nachplazierten Bietern nunmehr den Informationsanspruch nach § 101a GWB zukommen zu lassen. Die nicht berücksichtigten Bietern sind über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot angenommen werden soll, die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihres Angebots und den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses unverzüglich schriftlich zu informieren. Diese Informationen verbunden mit der festgelegten Wartefrist von 15 Kalendertagen bis der Zuschlag erteilt werden darf, sind für den erfolglosen Bieter für die Inanspruchnahme eines effektiven Rechtsschutzes unentbehrlich.

#### Zu § 20

Im Unterschwellenbereich fehlt es zur Zeit an einem kodifizierten Verfahren zur Gewährleistung eines Primärrechtsschutzes zugunsten eines übergangenen Bewerbers. Soweit sich für den erfolglosen Bieter überhaupt Unterlassungsansprüche ergeben können, sind diese bislang in aller Regel nicht durchsetzbar, da sie jedenfalls mit Erteilung des Zuschlages untergehen. Faktisch sind die erfolglosen Bieter um eine Auftragsvergabe unterhalb des Schwellenwertes zumeist vom Primärrechtsschutz ausgeschlossen. Die Instrumentarien des Verwaltungsprozessrechts vermögen hier Abhilfe zu leisten und effektiven und zeitnahen Rechtsschutz zu gewährleisten.

Durch die Bestimmung des Absatzes 2 werden die widerstreitenden Interessen der Vergabestellen und der beauftragten Unternehmen an einer schnellen Entscheidung und einer sofortigen Ausführung der Maßnahme sowie dem Interesse des erfolglosen Bieters, der Schaffung vollendeter Tatsachen durch die Zuschlagserteilung zuvorzukommen, in Einklang gebracht. Im einstweiligen Rechtsschutzverfahren erscheint deshalb die in Absatz 2 festgelegte Frist von 14 Kalendertagen nach Eingang des Antrages bei Gericht – in dem der Zuschlag weiterhin gehemmt bleibt – für angemessen und ausreichend. In dieser Frist kann das Gericht in einer summarischen Prüfung über die Erfolgsaussichten des Antrags beschließen. Für ein Hauptsacheverfahren sieht die Regelung eine Hemmung des Zuschlags für maximal drei Monate nach Mitteilung der Auswahlentscheidung vor.

Absatz 3 regelt die in der Praxis sehr wichtige Rügeobliegenheit der Unternehmen bei angenommenen Verstößen gegen Vergabevorschriften und entspricht § 107 Abs. 3 Satz 1 GWB. Dies betrifft insbesondere solche Verstöße, die in den Vergabeunterlagen erkennbar sind. Damit bekommt der öffentliche Auftraggeber auch die Gelegenheit, etwaige Verfahrensfehler zu beheben und so im Interesse aller Beteiligten unnötige Nachprüfungsverfahren zu vermeiden. Mit der generellen Frist von 15 Kalendertagen zur Inanspruchnahme verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes für die Fälle, in denen der Auftraggeber dem Unternehmen mitteilt, dass der Rüge des Unternehmens nicht abgeholfen wird, kann frühzeitig Klarheit über die Rechtmäßigkeit des Vergabeverfahrens geschaffen werden.

Absatz 4 übernimmt die Regelung des § 111 GWB zur Akteneinsicht.

## Zu § 21

Die Hemmung der Zuschlagserteilung durch die Anrufung der Verwaltungsgerichte erscheint bei Aufträgen unterhalb der dargelegten Wertgrenzen aufgrund des Interesses der Vergabestellen an einer raschen Vergabe unangemessen. Ein Primärrechtsschutz ist auch unter dem Aspekt der Entlastung der Verwaltungsgerichte in diesen Fällen nicht praktikabel und daher verzichtbar.

## Zu § 22

Mit dem 31. Dezember 2010 treten die vergaberechtlichen Sonderregelungen zum Konjunkturpaket II in der Thüringer Vergabe-Mittelstandsrichtlinie außer Kraft. Es erscheint, auch unter dem Gesichtspunkt, dass vorbereitende Arbeiten der Auftraggeber zur Umsetzung des Gesetzes notwendig sind, daher sinnvoll, das Gesetz am 1. Januar 2011 in Kraft treten zu lassen. Das Gesetz soll 5 Jahre nach Inkrafttreten evaluiert werden. In dieser Zeit sollen Erfahrungen zur Erforderlichkeit, Geeignetheit und Wirksamkeit der Regelungen gesammelt und ausgewertet werden. Eine Befristung des Gesetzes gem. § 23 Abs. 3 ThürGGO ist damit nicht verbunden. Zum einen werden durch das Gesetz die grundlegenden maßgeblichen Regelungen des Vergaberechts, das GWB, die VgV, die SektVO und die Vergabe- und Vertragsordnungen zur Anwendung gebracht. Zum andern ist die dauerhafte Geltung des Gesetzes im Hinblick auf den Regelungsgehalt und die Regelungsziele erforderlich.