

FAQ Liste zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW

1. ALLGEMEINES

(a) **Sind mittlerweile Rechtsverordnungen gemäß § 21 TVgG erlassen worden?**

Das Arbeitsministerium NRW hat zwei repräsentative Tarifverträge für Schiene und Straße bestimmt, die am 1. Februar 2013 in Kraft treten. Gesetzeskonkretisierungen hinsichtlich der §§ 17 – 19 TVgG sind derzeit nur dem Übergangsrund-erlass vom 17. April 2012 zu entnehmen. Das Wirtschaftsministerium hat auf unsere Anfrage hin angedeutet, dass im Januar 2013 entsprechende Rechtsverordnungen verkündet werden.

(b) **Ist bereits eine Konnexitätsregelung nach § 21 Abs. 4 Nr. 5 TVgG geschaffen worden?**

Nach unserem Kenntnisstand bislang nicht. Unklar ist vor allem noch, ob neben den Kosten für den Personal- und Sachmittelmehreinsatz auch die erwartbare Verteuerung der Aufträge eingepreist wird. Hierbei besteht jedoch das Problem, wie die Mehrkosten zu ermitteln sind.

(c) **Sind bereits erste Gerichtsurteile zum TVgG ergangen?**

Nein, hierfür ist es noch zu früh.

(d) **Wie ist das Verhältnis des TVgG zum Haushaltsrecht?**

Die Verfahrensanforderungen des TVgG treten neben die schon bisher geltenden haushaltsrechtlichen Regelungen. Insbesondere ist dem § 3 Abs. 1 TVgG kein Anwendungsbefehl bezüglich haushaltsrechtlicher Normen für kommunale Unternehmen und Sektorenauftraggeber zu entnehmen.

(e) **Stellen die Anforderungen des TVgG nicht einen unauflösbaren Widerspruch für die Gemeinden auf, die mit einem Haushaltssicherungskonzept leben?**

Hier besteht keine besondere Konfliktlage, denn die Festlegung des Wirtschaftlichkeitskriteriums als Entscheidungsmaßstab der Vergabeentscheidung stellt eine Ausprägung des Grundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit dar, so dass diese Gemeinden auch unter Anwendung des TVgG den ihnen auferlegten Anforderungen gerecht werden können.

2. FRAGEN ZUM ANWENDUNGSBEREICH DES TVG

(a) **Woher weiß ein Bieter, ob im Einzelfall die Vorgaben des TVgG einzuhalten sind?**

Das TVgG NRW richtet sich an alle öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 98 GWB in Nordrhein-Westfalen. Diese sind verpflichtet, die Anforderungen des Tariftreue- und Vergabegesetzes anzuwenden. Eine gesonderte Prüfpflicht für Bieter besteht dagegen nicht.

(b) **Wie grenzt man eine Dienstleistung von einer Lieferleistung ab?**

Die Abgrenzung zwischen diesen beiden Leistungsarten erfolgt nach der Schwerpunkttheorie. Liegt der Schwerpunkt der Gesamtleistung auf der Lieferung eines

fertigen Produktes, ist ein Lieferauftrag gegeben. Ist aber die mit deren Bereitstellung verbundene Dienstleistung für den Gesamtcharakter des Auftrags prägend, liegt ein Dienstleistungsauftrag vor. Diese Unterscheidung ist nicht unerheblich, denn der Anwendungsbereich des TVgG beschränkt sich bei Lieferleistungen auf die Vorschriften der §§ 3, 17, 18 und 19. Dementsprechend fallen die Regelungen über die Tariftreue weg.

(c) **Werden auch Dienstleistungskonzessionen vom TVgG erfasst?**

Nein, der sachliche Anwendungsbereich des TVgG entspricht dem des § 99 GWB, der wiederum Dienstleistungskonzessionen nicht erfasst. Somit fällt etwa die Vergabe eines Wegekonzessionsvertrages nach § 46 Abs. 2 EnWG nicht in den Anwendungsbereich des Tariftreue- und Vergabegesetzes. Abzuwarten ist jedoch diesbezüglich die weitere Entwicklung auf europäischer Ebene, da die EU-Kommission für 2015 eine Dienstleistungskonzessionsrichtlinie angekündigt hat.

(d) **Unterscheidet das TVgG – wie im Oberschwellenbereich üblich – zwischen prioritären und nicht-prioritären (Eisenbahn, Gesundheits- und Sozialwesen) Dienstleistungen?**

Nein, demnach gelten für alle Dienstleistungen die gleichen Regeln.

(e) **Sind die vergaberechtlichen Ausnahmetatbestände der § 100 ff. GWB auch auf das TVgG anwendbar?**

Ja. Die Anwendbarkeit dieser Ausnahmetatbestände (sicherheitsrelevante Aufträge, besondere Ausnahmen im Sektorenbereich, Mietverträge und ähnliches) ergibt sich zwar auch nicht aus dem Tariftreue- und Vergabegesetz, lässt sich aber mit Hilfe eines Erst-Recht-Schlusses herleiten. Zweck des Gesetzes ist es, den fairen Wettbewerb zu fördern. Die genannten Auftragsarten stehen jedoch aufgrund ihrer besonderen Eigenarten gerade nicht im Wettbewerb. Es wäre daher systemwidrig, das TVgG auf sie zu erstrecken.

(f) **Sind weitere Ausnahmen vom Anwendungsbereich anerkannt?**

Ausgenommen sind selbstverständlich auch die immer wieder für Diskussionsstoff sorgenden Inhouse-Geschäfte sowie interkommunale Kooperationen. Auch insoweit wäre eine Einbeziehung solcher Geschäfte in den Anwendungsbereich des TVgG systemwidrig. Solange der öffentliche Auftraggeber (bzw. seine öffentlichen Partner) den Wirkungskreis der öffentlichen Hand nicht verlässt, ist für die Anwendung des Vergaberechts kein Platz.

(g) **Wie grenzt man gemischte Aufträge voneinander ab?**

Hier ist die Abgrenzungsregelung des § 99 Abs. 7 GWB heranzuziehen: Ein öffentlicher Auftrag, der sowohl den Einkauf von Waren als auch die Beschaffung von Dienstleistungen zum Gegenstand hat, gilt als Dienstleistungsauftrag, wenn der Wert der Dienstleistung den Wert der Waren übersteigt. Ein öffentlicher Auftrag, der neben Dienstleistungen auch Bauleistungen umfasst, die im Verhältnis zum Hauptgegenstand Nebenarbeiten sind, gilt als demgegenüber als Dienstleistungsauftrag.

(h) **Gilt das TVgG auch für Unternehmen, die im Wettbewerb stehen?**

Ja, eine diesbezügliche Ausnahme wäre wünschenswert gewesen, wurde aber bewusst nicht mit aufgenommen.

(i) **Sind die Verfahrensbedingungen unterhalb der Schwellenwerte auch für kommunale Unternehmen und Sektorenauftraggeber anwendbar?**

Ja! Die bislang bereits primärrechtlich geltenden Verfahrensbedingungen an die Vergabe von öffentlichen Aufträgen sind jetzt in § 3 TVgG einfachgesetzlich verankert und müssen auch von kommunalen Unternehmen sowie Sektorenauftraggebern beachtet werden.

(j) **Gilt das TVgG auch für Auftragsvergaben nordrhein-westfälischer Auftraggeber außerhalb des Bundeslandes?**

Ja, das Ortserfordernis des § 2 Abs. 1 TVgG knüpft an den Sitz des öffentlichen Auftraggebers und nicht an den Leistungsort an.

(k) **Fallen auch freiberufliche Leistungen unter das TVgG?**

Das TVgG erfasst alle Dienstleistungen. Dazu zählen auch freiberufliche Leistungen.

(l) **Ist das TVgG schon bei Aufträgen ab einem Wert von 0,01 € anwendbar?**

In diesem Bereich herrscht noch Unsicherheit. Jedoch wird man hier die Auffassung der nordrhein-westfälischen Landesregierung zugrunde legen können, nach der in Anlehnung an § 3 Abs. 6 VOL/A Leistungen bis zu einem geschätzten Auftragswert in Höhe von 500,00 € (ohne Umsatzsteuer) unter Berücksichtigung des Haushaltsgrundsatzes der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit direkt gekauft werden können. Problematisch ist sicherlich in diesem Zusammenhang, dass dies im TVgG keinen Niederschlag gefunden hat. Die ergänzende Heranziehung der Regelungen in der Verdingungsordnung für Leistungen findet zwar für die klassischen Auftraggeber nach § 98 Nr. 1 GWB über die entsprechenden Verwaltungsvorschriften Anwendung, für die ebenfalls vom TVgG erfassten kommunalen Unternehmen und Sektorenauftraggeber fehlt ein solcher Anwendungsbefehl jedoch.

(m) **Wie berechnet man die Schwellenwerte nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz NRW?**

Die Schwellenwertberechnung erfolgt nach den allgemeinen vergaberechtlichen Regelungen. Hierzu ist auf den § 3 VGV zurückzugreifen, nach dem Auftragswerte vorab zu schätzen sind.

(n) **Bleibt die Anwendung der VOL/A in NRW im Unterschwellenbereich für Kommunen weiterhin nur empfohlen?**

Das TVgG NRW sieht für keinen Auftraggeber – weder für die Kommunen noch für kommunale Unternehmen oder Sektorenauftraggeber – einen Anwendungsbefehl für weitere vergaberechtliche Normenkomplexe vor. Diesbezüglich bleibt alles beim Alten.

- (o) **Stehen die Regelungen über die Förderung von kleineren und mittleren Unternehmen einer Auftragsvergabe an einen Generalunternehmer entgegen?**

Eine Auftragsvergabe an einen Generalunternehmer ist im Rahmen der schon bisher bestehenden Regelungen des § 97 Abs. 3 GWB möglich. Eine weitergehende Verschärfung der bislang schon bestehenden Regelungen ist dem TVgG nicht zu entnehmen. In Einzelfällen ist nämlich nach dem Ausnahmetatbestand des § 3 Abs. 7 Satz 2 TVgG, der dem § 97 Abs. 3 Satz 2 GWB entspricht, eine Ausnahme vom Grundsatz der Losaufteilung zulässig, soweit dies aus wirtschaftlichen und technischen Gründen erforderlich ist.

3. VERFAHRENSANFORDERUNGEN

- (a) **Ist eine Bindung kommunaler Unternehmen oder Sektoren-Auftraggeber an haushaltsrechtliche Bestimmungen gewollt?**

Dem Runderlass zum TVgG (Ziff. 2.7) lässt sich entnehmen, dass eine Bindung gerade nicht gewollt sei. Eine solche wäre im Übrigen auch systemwidrig.

- (b) **Welches Verfahrensstadium muss erreicht werden, damit eine Bekanntmachungspflicht besteht?**

Es reicht hierfür die Beschaffungsabsicht aus. Eine solche besteht, wenn die Entscheidung zur Beschaffung am Markt getroffen wurde.

- (c) **Wann ist eine Auftragsvergabe binnenmarktrelevant?**

Eine Binnenmarktrelevanz ist immer schon dann anzunehmen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein Wirtschaftsteilnehmer aus einem anderen Mitgliedstaat an dem fraglichen Auftrag ein Interesse haben könnte. Eine Feststellung der Binnenmarktrelevanz ist im Einzelfall vom öffentlichen Auftraggeber zu treffen. Er muss sich an den in der Unterschwellenmitteilung der EU-Kommission verankerten Kriterien orientieren. Dies sind im Einzelnen: der Wert des konkreten Auftrags, die geographische Lage des Ortes der Auftragserbringung sowie die Art der zu erbringenden Leistung. Dabei verbietet sich eine schematische Bewertung, es ist vielmehr eine Gesamtabwägung unter Einbeziehung aller Kriterien vorzunehmen. So ist etwa der Auftrag, in Aachen an einem städtischen Feuerwehrgerätehaus Bauleistung im Werte von 500.000 € eher binnenmarktrelevant, als es ein entsprechender Auftrag in Bielefeld wäre. Im Zweifelsfall sollte eine Binnenmarktrelevanz angenommen werden.

- (d) **Besteht auch dann eine Veröffentlichungspflicht, wenn der Auftrag keine Binnenmarktrelevanz aufweist?**

Für Aufträge ohne Binnenmarktrelevanz sieht das TVgG weder eine Veröffentlichungspflicht aus § 3 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 noch aus Nr. 2 vor. Jedoch sollten unbedingt die Veröffentlichungspflichten der Verdingungsordnung beachtet werden. Eine von der Binnenmarktrelevanz unabhängige Veröffentlichungspflicht sieht dagegen der § 3 Abs. 8 Satz 1 TVgG NRW zur Förderung des Mittelstandes vor. Hiernach sind alle Ausschreibungen in elektronischer Form auch auf der zentralen Vergabepattform des Landes NRW zu veröffentlichen. Während Kommunen diesbezüglich ein Ermessen zusteht, sind Landesbehörden zu dieser Maßnahme verpflichtet.

(e) **Gibt es überhaupt noch Verfahren ohne Bekanntmachung?**

Ja, dies gilt namentlich für den Direktkauf bis zu einem Auftragswert von 500,00 € ohne MWSt. (vgl. auch § 3 Abs. 6 VOL/A). Es spricht viel dafür, auch die Sonderbestimmungen des § 3 Abs. 5 VOB/A bzw. § 3 Abs. 5 VOL/A für dringliche Vergaben bzw. Vergaben, bei denen aufgrund eines Ausschließlichkeitsrecht nur ein Vertragspartner in Betracht kommt, auf das TVgG zu übertragen.

(f) **Besteht eine Verpflichtung zur Durchführung eines strukturierten Bieterverfahrens bei Unterschwellenvergaben mit Binnenmarktrelevanz?**

Ja, dies muss wie schon bislang aus den primärrechtlichen Verfahrensgrundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und Transparenz gefolgert werden.

(g) **Für welche vergabefremden Aspekte ist eine Verpflichtungserklärung vorgesehen?**

§§ 4 (Tariftreue), 18 Abs. 2 (ILO-Kernarbeitsnormen) sowie 19 Abs. 1 (Frauenförderung) TVgG.

(h) **Wie detailliert muss die Bekanntmachung hinsichtlich der Verpflichtungserklärung ausfallen?**

Alle geforderten Erklärungen müssen für etwaige Bieter objektiv erkennbar sein (vgl. auch jüngst OLG München v. 12.10.2012 – Verg 16/12 zu den Anforderungen an Vergabeunterlagen).

(i) **Welche Anforderungen sind an die Verpflichtungserklärungen zu stellen?**

Verpflichtungserklärungen müssen bei Angebotsabgabe schriftlich vorgelegt werden. Sie sind in der Form einer rechtlich bindenden Eigenerklärung abzugeben (Formulare im Anhang zum Übergangsrundrlass vom 17.04.2012).

(j) **Besteht bzgl. der Verpflichtungserklärungen eine Nachforderungspflicht?**

Der Wortlaut des § 8 Abs. 2 TVgG ist nicht eindeutig. In Anlehnung an § 16 Abs. 1 Nr. 3 VOB/A sollte bei Bauleistungen eine Nachforderungspflicht unterstellt werden, während bei Dienstleistungen entsprechend § 16 Abs. 1 Satz 2 VOL/A ein intendiertes Ermessen des Auftraggebers besteht.

(k) **Ist bei regelmäßig wiederkehrenden Kleinaufträgen immer eine Verpflichtungserklärung abzugeben?**

Grundsätzlich ja. Es sollten daher im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben Rahmenverträge abgeschlossen werden.

(l) **Sind durch das TVgG im Hinblick auf das Verfahren subjektive Bieterrechte unterhalb der Schwellenwerte geschaffen worden?**

Ja, die einfachgesetzliche Normierung des Gleichbehandlungs- und des Transparenzgrundsatzes begründen subjektive Bieterrechte auf Einhaltung eines nichtdiskriminierenden und transparenten Verfahrens.

(m) **Besteht auch im Unterschwellenbereich eine Pflicht zur Vorabinformation?**

Den Auftraggebern ist vorsorglich zu raten, nach der Entscheidung über die Auftragserteilung und vor Zuschlag den unterlegenen Bietern eine Vorabinformation über ihre Vergabeentscheidung zukommen zu lassen sowie eine vierzehntägige Wartefrist einzuhalten. Wird hiergegen im Oberschwellenbereich verstoßen, führt dies bekanntermaßen nach § 101a i.V.m. § 101b Abs. 1 Ziff. 1 GWB zur Unwirksamkeit der Vergabe. Wenigstens für binnenmarktrelevante Vergaben im Unterschwellenbereich wird seitens der EU-Kommission auch eine Vorabinformation an unterlegene Bieter gefordert. In diesem Bereich bleibt das TVgG also hinter den primärrechtlichen Vergaben zurück.

(n) **Besteht Aussicht auf Primärrechtsschutz oder lediglich Sekundärrechtsschutz?**

Europarechtlich ist Primärrechtsschutz bei spürbaren Verfahrensverstößen geboten (Unterschwellenmitteilung der Kommission). National besteht diesbezüglich aber noch keine einheitliche Linie. Das BVerfG hat in seiner Entscheidung zur „Unterschwellenvergabe“ im Jahre 2006 die Notwendigkeit eines verfassungsrechtlich verankerten Primärrechtsschutz im Unterschwellenbereich abgelehnt. Aber schon aus gemeinschaftsrechtlichen Erwägungen heraus empfehlen wir eine Vorabinformationspflicht der unterlegenen Bieter. Unterlegenen Bietern bleibt im Übrigen ein Vorgehen über die Kommunalaufsicht bzw. die Möglichkeit einer Dienstaufsichtsbeschwerde.

(o) **Bestehen hinsichtlich der sonstigen Vorgaben des TVgG subjektive Bieterrechte?**

Wohl eher nicht, da diese Regelungen als schuldrechtliche Obliegenheit (verpflichtende Vorgaben im Gesetz selbst sind noch keine drittschützenden Regeln) ausgestaltet sind.

(p) **Wie detailliert muss in der Bekanntmachung auf die Besonderheiten des Tarifreue- und Vergabegesetzes hingewiesen werden?**

Potentielle Bieter sind vom öffentlichen Auftraggeber umfassend darüber zu informieren, welche Arten von Verpflichtungserklärungen mit der Angebotsabgabe beizubringen sind. Insoweit ist auf eine deutliche Formulierung des Bekanntmachungstextes zu achten.

4. **TARIFTREUE**

(a) **Steht dem nordrhein-westfälischen Landesgesetzgeber überhaupt die Gesetzgebungskompetenz zur Aufstellung vergabefremder Kriterien zu?**

Hinsichtlich der Vorgaben zu Umweltstandards, Energieeffizienz, Sozialkriterien und Frauenförderung ist die Gesetzgebungskompetenz des Landesgesetzgebers unbestritten. Die Landesgesetzgeber sind durch die Vorschrift des § 97 Abs. 4 Satz 2 GWB zur weiteren Konkretisierung ermächtigt. Nach der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Berliner Tarifreue-Regelung vom 11. Juli 2006 kann dem Art. 74 Satz 1 Ziff. 11 GG (Recht der Wirtschaft) eine Gesetzgebungskompetenz hinsichtlich der Tarifreue-Regelung entnommen werden.

(b) **Wie steht es um die Europarechtskonformität des § 4 TVgG?**

Der EuGH hat in der Rechtssache "Rüffert" im Jahr 2008 entschieden, dass eine Vorschrift, die in Tarifverträgen verankerte Mindestbedingungen auch für ausländische Bieter für anwendbar erklärt, grundsätzlich erst einmal einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit aus Artikel 56 AEUV darstellt. Eine Rechtfertigung aus Gründen des Arbeitnehmerschutzes scheidet jedenfalls immer dann aus, wenn dieses soziale Schutzniveau gerade nur für öffentliche Aufträge gilt. Daraus ergibt sich, dass die Regelung des § 4 Abs. 1 TVgG, die allgemeinverbindliche Tarifverträge betrifft, auf jeden Fall europarechtskonform ist. Eine diesbezügliche Differenzierung zwischen öffentlichen und privaten Aufträgen findet hier nämlich nicht statt. Etwas anderes gilt dagegen für den vergabespezifischen Mindestlohn gemäß § 4 Abs. 3 TVgG, da hier zwischen der Erbringung von Arbeiten für den öffentlichen Auftraggeber und private Auftraggeber unterschieden wird.

(c) **Besteht bei der Festsetzung mehrerer repräsentativer Tarifverträge ein Wahlrecht für den Auftraggeber?**

Ja, nach Auffassung des Wirtschaftsministeriums besteht ein solches. Die Frage ist jedoch bislang unerheblich, weil das Arbeitsministerium NRW für den ÖPNV und den SPNV jeweils nur einen repräsentativen TV festgesetzt hat.

(d) **Wie weit reichen die nach § 4 TVgG übernommenen Verpflichtungen?**

Sie sind immer auftragsbezogen zu erklären, also nie für das gesamte Unternehmen!

(e) **Ist ein Nachweis über Abführung von Sozialbeiträgen sowie Beiträgen an gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien gemäß § 7 TVgG durch Eigenerklärungen möglich?**

Nein. Wenn kein Präqualifizierungsverfahren durchgeführt wurde, muss ein Einzelnachweis anhand von zuständiger Stelle ausgestellter Bescheinigung geführt werden.

(f) **Welche praktische Vorgehensweise empfiehlt sich bei "Kettenverpflichtungen" hinsichtlich der Verpflichtungserklärung nach § 4 TVgG?**

Problematisch ist hier die Bindung im Verhältnis "Auftragnehmer – Nachunternehmer". Auch hier sollten die Vordrucke aus dem Anhang zum Übergangsrund-erlass genutzt werden, aber entsprechend modifiziert werden, um den vollen Durchgriff auf den Nachunternehmer zu ermöglichen.

(g) **Ab welchen Auftragswerten sind die unterschiedlichen Absätze des § 4 TVgG anwendbar?**

Innerhalb der Regelung über die Tariftreue gelten unterschiedliche Schwellenwerte. Während der § 4 Abs. 1 TVgG bereits ab einem Auftragswert von einem Cent anwendbar ist, ist der vergabespezifische Mindestlohn gemäß § 4 Abs. 3 TVgG erst ab einem Auftragswert von 20.000 € zu zahlen. Die Unterscheidung ist mit der Herleitung der jeweiligen Rechtsnorm zu begründen. Während der vergabespezifische Mindestlohn eine rein vergaberechtliche Regelung ist, nimmt der § 4 Abs. 1 TVgG auf das Tarifvertragsgesetz und das Arbeitnehmerentsendegesetz Bezug, das unabhängig vom Auftragswert Geltung beansprucht. Im Bereich zwi-

schen einem Cent und 20.000 € findet § 4 Abs. 1 TVgG demnach insoweit Anwendung, als er auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz verweist.

(h) **Sind schon bei Aufträgen ab einem Wert von 0,01 € Eigenerklärungen nach § 4 Abs. 1 TVgG abzugeben?**

Zwar findet § 4 Abs. 1 TVgG insoweit Anwendung, als dass er auf das Arbeitnehmer-Entsendegesetz verweist. Eine Verpflichtungserklärung muss allerdings erst ab einem Auftragswert von 20.000 € abgegeben werden.

(i) **Fällt auch der freigestellte Verkehr unter das TVgG?**

Vom TVgG erfasst werden alle öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Sinne der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Dieser Dienstleistungsbegriff wird ergänzt um Verkehre im Sinne von § 1 Freistellungsverordnung, die keine öffentlichen Personenverkehre darstellen. Dies betrifft insbesondere den Schülerverkehr sowie Krankentransport-Dienstleistungen. Da sie jedoch nur bestimmten Personengruppen zugänglich sind, gehören sie nicht zum öffentlichen Personenverkehr. Eine Anwendbarkeit des § 4 Abs. 2 TVgG scheidet insoweit aus. Allerdings ist eine Anwendung des vergabespezifischen Mindestlohns vorgesehen.

(j) **Welche Bestandteile eines repräsentativen Tarifvertrages sind anwendbar?**

Nach Maßgabe des § 4 Abs. 2 TVgG ist das tarifvertraglich vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen. Dies umfasst nicht nur die Zahlung eines monatlichen Entgelts bzw. eines Stundenentgelts, sondern auch darüber hinausgehende Leistungen wie etwa Urlaubsgeld, Sonderzahlungen oder Erschwerniszuschläge. Darüber hinausgehende tarifvertragliche Regelungen sind nicht zwingend anzuwenden.

(k) **Fallen unter den Begriff der öffentlichen Dienstleistungsaufträge im Bereich des ÖPNV auch Dienstleistungskonzessionen?**

Unter den Anwendungsbereich des TVgG fallen alle Vergaben öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Sinne von Art. 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007. Davon sind neben Dienstleistungsaufträgen auch Dienstleistungskonzessionen im straßengebundenen ÖPNV erfasst, auch wenn diese im Wege der Direktvergabe vergeben werden. Dies gilt im Übrigen auch für Dienstleistungsaufträge im SPNV, wenn diese im Wege der Direktvergabe vergeben werden.

(l) **Welcher Stundenlohn ist zu zahlen, wenn die Mitarbeiter nur zeitweise für einen öffentlichen Auftraggeber im Sinne des § 2 TVgG arbeiten?**

Ein Unternehmer muss sicherstellen und auf Verlangen auch nachweisen können, dass seine Mitarbeiter für die Zeit, die sie zur Erfüllung von Aufträgen aufwenden, die dem TVgG unterfallen, das vorgesehene Mindestentgelt erhalten. Wird ein einzelner Arbeitnehmer für mehrere Auftraggeber tätig, von denen nicht alle dem TVgG unterfallen, so ist sein Stundenlohn anteilig zu berechnen.

(m) **Ist eine pauschalierte und in die Zukunft gerichtete Verpflichtungserklärung möglich?**

Nein, denn die nach dem TVgG abzugebenden Verpflichtungserklärungen sind stets auftragsbezogen.

(n) **Gelten die Schwellenwerte des TVgG auch in Bezug auf die Aufträge an Nachunternehmer?**

Nein, die Schwellenwerte gelten nicht für die einzelnen Nachunternehmeraufträge. Vielmehr ist allein der Wert des öffentlichen Auftrags für die Anwendbarkeit des TVgG entscheidend. Die Verpflichtung des Nachunternehmers, die entsprechenden Verpflichtungserklärungen nach § 4 TVgG abzugeben, ergibt sich zudem aus § 9 TVgG. Der Nachunternehmer muss immer dann eine Verpflichtungserklärung nach § 4 TVgG abgeben, wenn auch der Bieter dazu verpflichtet ist. Jedes andere Verständnis würde eine Umgehung der wesentlichen Regelungen des TVgG darstellen.

5. **PRÜF- UND SANKTIONSREGIME**

(a) **Welche Sanktionen können ein Unternehmen treffen, das gegen seine Pflichten nach dem TVgG verstößt?**

Dies ist abhängig vom Einzelfall und je nach Art des Verstoßes unterschiedlich:

- Zahlung einer Vertragsstrafe (§ 12 Abs. 1 TVgG)
- Recht des Auftraggebers zur Sonderkündigung (§ 12 Abs. 2 TVgG)
- Teilnahmeausschluss (§ 13 TVgG)
- Auferlegung einer Geldbuße bis zu 50.000 €

(b) **Gilt das TVgG auch im Verhältnis Auftraggeber – Auftragnehmer?**

Nein, deswegen sind besondere Vertragsbedingungen hinsichtlich des Prüf- und Sanktionsregimes zu vereinbaren (Bekanntgabe schon in Vergabeunterlagen erforderlich).

(c) **Muss im Einzelfall das gemäß § 12 Abs. 2 TVgG zu vereinbarende Sonderkündigungsrecht für schuldhafte Verstöße gegen Verpflichtungserklärungen nach §§ 4, 19 TVgG zwangsläufig ausgeübt werden?**

Es spricht viel dafür, dass um der effektiven Durchsetzung der Regelungen willen eine Pflicht zur Sonderkündigung besteht.

(d) **Besteht eine Pflicht zur Geltendmachung von Vertragsstrafen (§ 12 Abs. 1 TVgG)?**

Diese Frage ist mit selbiger Überlegung zu bejahen. Eine Geltendmachung ist zudem haushaltsrechtlich geboten.

(e) **Müssen auch die Auftraggeber bei Verstößen gegen das TVgG mit Folgen rechnen?**

Diese Frage bedarf einer differenzierten Beantwortung: Der Verstoß eines öffentlichen Auftraggebers gegen das TVgG wird bei sogenannten Oberschwellenverfahren im Nachprüfungsverfahren nach den §§ 107 ff. GWB sanktioniert. Eine Sanktionierung im Unterschwellenbereich hängt maßgeblich von der Gewährung von Primär- oder Sekundärrechtsschutz ab (s.o.). Unabhängig davon unterliegt die Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben durch die Kommunen der allgemeinen Rechtsaufsicht im Sinne der Kommunalaufsicht gemäß § 119 GO NRW.

(f) **Welche Punkte unterliegen der Kontrolle der Prüfbehörde?**

Die in Vorbereitung befindliche Prüfbehörde kann nach Maßgabe des § 15 TVgG neben der Zahlung eines vergabespezifischen Mindestlohns auch die Einhaltung der für den ÖPNV zum 1. Februar 2013 verbindlich werdenden, repräsentativen Tarifverträge nach § 4 Abs. 2 TVgG überprüfen. Der Prüfumfang erstreckt sich ebenso auf die Einhaltung der vertraglichen Verpflichtungen der Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften sowie auf die Einhaltung der Tariftreueerklärung in Bezug auf Leiharbeitskräfte.

(g) **Vereinbarkeit der Vertragsstrafenregelung mit dem AGB-Recht?**

Soweit die Vertragsstrafe als vorformulierte Klausel Eingang in den Vertrag findet, unterliegt sie zumindest in privatrechtlich ausgestalteten Verträgen der AGB-Kontrolle der §§ 307 ff. BGB. Für geringfügige Verstöße sollte die Vertragsstrafe nicht mehr als 1% des Auftragswertes betragen. Bei mehrmaligen Verstößen erscheint eine Vertragsstrafe in Höhe von 5% des Auftragswertes angemessen.

6. **UMWELTFREUNDLICHE UND ENERGIEEFFIZIENTE BESCHAFFUNG**

(a) Wie verhalten sich § 17 Abs. 4 und Abs. 5 des TVgG zueinander?

Gemäß § 17 Abs. 4 TVgG sollen im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung Anforderungen hinsichtlich des Umweltschutzes und der Energieeffizienz ausdrücklich genannt werden. Dabei kann ein Nachweis durch ein Umweltzeichen oder andere gleichwertige und geeignete Mittel erfolgen. § 17 Abs. 5 TVgG konkretisiert dies, indem Vorgaben zur Einbringung von technischen Spezifikationen gemacht werden. Diese sind diskriminierungsfrei und eindeutig festzulegen. Es kann auch auf Kriterien von anerkannten Gütezeichen zurückgegriffen werden, eine Verwendung der Gütezeichen an sich, ist dagegen ausgeschlossen.

(b) **Welche Anforderungen sind an umweltrelevante Zuschlagskriterien zu stellen?**

Gemäß § 3 Abs. 5 TVgG muss ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen. Zudem ist eine transparente und eindeutige Formulierung unerlässlich.

7. **SOZIALE KRITERIEN UND FRAUENFÖRDERUNG**

(a) **Welche Waren werden von § 18 TVgG und der entsprechenden Eigenerklärung erfasst?**

Die Verpflichtungserklärung bezieht sich auf alle Produkte, die Gegenstand der Leistung sind. Andere Gegenstände, die der Bieter in seinem Unternehmen einsetzt, um die Leistung zu erbringen (etwa Gerätschaften), werden dagegen von § 18 TVgG nicht erfasst.

(b) **Sind schon bei Aufträgen ab einem Wert von 0,01 € Eigenerklärungen nach § 18 TVgG abzugeben?**

Nach – durchaus fragwürdiger – Auslegung der Landesregierung gilt hinsichtlich des TVgG eine Untergrenze von 500,00 €, die aus dem § 3 Abs. 6 VOL/A abgeleitet wird. Ein Wareneinkauf bis zu dieser Wertgrenze kann damit ohne Verpflichtungserklärung des Verkäufers durchgeführt werden.

(c) **Was ist unter fair gehandelten Waren zu verstehen?**

Eine Konkretisierung, was unter fair gehandelten Waren zu verstehen ist, steht noch aus. Eine solche ist mit der für Januar 2013 angekündigten Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 4 Nr. 2 TVgG zu erwarten.

(d) **Muss eine Verpflichtungserklärung auch dann abgegeben werden, wenn die verwendete Ware eine gegenüber dem vertraglichen Hauptleistungsgegenstand völlig untergeordnete Nebenleistung darstellt?**

In solchen Extremfällen, die insbesondere im Rahmen eines Dienstleistungsvertrages auftreten können, kann im Einzelfall auch die Einholung einer Eigenerklärung verzichtet werden.

(e) **Ab wann ist die Regelung des § 19 TVgG anwendbar?**

Die Regelung über die Frauenförderung finden erst dann Anwendung, wenn eine Rechtsverordnung nach § 21 Abs. 4 Nr. 3 TVgG erlassen wurde, die für den Januar 2013 angekündigt ist. Ziff. 2.6 des Übergangserlasses vom 17. April 2012 setzt die Anwendung bis dahin aus.

(f) **Welche Regelungen sind im Rahmen der Rechtsverordnung für die Frauenförderung zu erwarten?**

Dies ist im Moment nur schwer vorhersehbar. Es kann damit gerechnet werden, dass die Rechtsverordnung etwa Aussagen zu flexiblen Arbeitszeiten, zu Telearbeit zu Entgeltgleichheit und dergleichen treffen wird. In diesem Zusammenhang wird problematisch sein, dass der Auftragsbezug bei solchen Vorgaben in der Regel fehlen wird.

(g) **Welche formalen Anwendungsvoraussetzungen gelten für § 19 TVgG?**

Die Regelung ist nur dann anwendbar, wenn das jeweilige Unternehmen mehr als 20 Mitarbeiter hat und bei Bauleistungen die Schwelle von 150.000 € zuzüglich Umsatzsteuer sowie bei sonstigen Leistungen von 50.000 € zuzüglich Umsatzsteuer überschritten wird. Die Zahl der Beschäftigten richtet sich nach allen Arbeitskräften, die im Unternehmen beschäftigt sind, also auch sogenannten 400-Euro-Kräften. Bei der Berechnung der Köpfe sind Teilzeitbeschäftigte mangels einer abweichenden Festlegung im Gesetz jeweils als ein Beschäftigter zu zählen.

8. **SONSTIGES**

(a) **Was ist bei der Erstellung der Vergabeunterlagen zu berücksichtigen?**

Die vergabefremden Aspekte sind bereits als Teil der Leistungsbeschreibung, und zwar als Eignungs- und/oder Zuschlagskriterien aufzunehmen bzw. als Ausführungsbedingung zu nennen. In der Leistungsbeschreibung ist ebenso der Nachunternehmereinsatz dergestalt zu verankern, dass entsprechende Verpflichtungserklärungen abzugeben sind. Es müssen zudem sämtliche Vertragsbedingungen hinsichtlich der Prüf- und Sanktionsregelungen – auch mit Blick auf etwaige Nachunternehmer – aufgeführt werden, damit die Bieter wissen, welche Verpflichtungen sie im Rahmen einer Pflichtenkette durchreichen müssen.

(b) **Welche Angaben sind in der Bekanntmachung der Vergabeabsicht aufzuführen?**

Neben den allgemein zu berücksichtigen Vorgaben an eine Bekanntmachung ist in einer dem Anwendungsbereich des TVgG unterfallenden Bekanntmachung insbesondere auf das Erfordernis der Vielzahl von Verpflichtungserklärungen hinzuweisen.