

Hessischer Landtag  
Postfach 3240  
65022 Wiesbaden

Ihr Zeichen, Ihre Nachricht vom  
I A 2.1

Unser Zeichen, unsere Nachricht vom  
VI f.goetting@wiesbaden.ihk.de

Telefon  
(0611) 1500-156

Frankfurt am Main  
16.11.2009

**Schriftliche Anhörung zum Gesetzentwurf der Fraktion DIE LINKE für ein Gesetz zur Änderung des Hessischen Gesetzes über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Hessisches Vergabegesetz – HVGG) vom 17. Dezember 2007 (GVBl. I S. 922) – Drucks. 18/1075**

Sehr geehrte Damen und Herren,

wir danken Ihnen für die Übersendung des genannten Entwurfs. Wir haben ihn einigen querschnittsartig ausgewählten Unternehmen vorgelegt und nehmen dazu gerne Stellung. Der Entwurf verschärft zum einen bestehende Vergabeaspekte, zum anderen führt er zahlreiche neue „vergabefremde Aspekte“ in das Hessische Vergabegesetz ein. Unsere Kommentierung hat dabei zu beachten, dass die Wahrnehmung sozialpolitischer Interessen nicht den IHKS, sondern den Tarifvertragsparteien obliegt (§ 1 Abs. 5 IHKG i.V.m. § 1 Abs. 1 IHKG). Sofern im Entwurf sozialpolitische Aspekte angesprochen sind, beschränken wir uns daher auf die Darstellung ihrer Konsequenzen für die gewerbliche Wirtschaft.

1. Der Entwurf bringt zunächst **neue „vergabefremde Aspekte“** in das Vergaberecht hinein, nämlich die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen (§ 4-Entwurf), die Gleichstellung der Geschlechter (§ 5-Entwurf), die Umweltverträglichkeit (§ 7-Entwurf) und die Mittelstandsförderung (§ 8-Entwurf). Die außerdem vorgeschlagene Kontrolle der Einschaltung von Nachunternehmern (§ 9-Entwurf) sowie die Überprüfung der Kalkulation bei unangemessen niedrigen Angeboten (§ 10-Entwurf) können in diesem Zusammenhang ebenfalls genannt werden. Wir haben schon in unserer Stellungnahme zu zwei Gesetzentwürfen aus dem Jahr 2007 (<http://www.ihk-hessen.de/ag/themen/recht/index.html>) darauf verwiesen, dass wir es nicht für zielführend halten, das Vergaberecht mit solchen gesellschaftspolitischen

Themen aufzuladen. Das Vergaberecht ist als Instrument des wirtschaftlichen Einkaufs der öffentlichen Hand rein produkt-, eignungs- und leistungsbezogen ausgestaltet. Dies kam in den klassischen Kriterien einer Vergabeentscheidung zum Ausdruck: Zuverlässigkeit, Leistungsfähigkeit und Fachkunde der Unternehmen. Mittlerweile sieht das Hessische Vergabegesetz mit der Tariftreue (§ 2 HVgG) und der Ausbildungsleistung (§ 3 HVgG) zusätzliche Vergabekriterien vor. Auch das GWB ermöglicht nunmehr – unter bestimmten Voraussetzungen (§ 97 Abs. 4 GWB) – eine Öffnung für weitere Kriterien. Dabei sollte man aber immer bedenken, dass zusätzliche Vergabekriterien das Verfahren automatisch aufwendiger und damit bürokratischer machen. Alle Kriterien müssen nämlich mit umfangreichen Erlaubnis- und Erklärungspflichten untermauert werden, die dann der öffentliche Auftraggeber wiederum zu überprüfen und – sofern der Zuschlag erfolgt – später zu überwachen hat. Mehr Schaden als Nutzen können immer weitere Vergabekriterien auch deshalb anrichten, weil das Vergabeverfahren droht, intransparent zu werden. So wird es auch zunehmend schwieriger werden, die zahlreichen Kriterien zu gewichten und für eine gerichtsfeste Vergabeentscheidung zu sorgen. Die ohnehin schon komplizierte Rechtslage hält bereits heute viele unserer Mitglieder ab, sich an Ausschreibungen zu beteiligen. Wir verweisen dazu auf das Ergebnis einer DIHK-Umfrage aus dem Jahr 2005 zur Novellierung des Vergaberechts. Darin haben sich 566 Unternehmen (59,58 %) dafür ausgesprochen, vergabefremde Kriterien abzuschaffen.

2. Der **Anwendungsbereich** des Hessischen Vergabegesetzes soll nicht nur hinsichtlich der verpflichteten Auftraggeber (b), sondern vor allem hinsichtlich des Auftragswerts erweitert werden (a) (**§ 1-Entwurf**).
  - a) Aufträge sollten bereits ab einem Wert von 10.000 Euro erfasst sein, gegenüber 50.000 Euro nach bestehendem Recht. Das damit erfasste Segment (Auftragswerte zwischen 10 und 50.000 Euro) betrifft Aufträge, die von mittelständischen Unternehmen durchgeführt werden. Dieses an sich förderungswürdige Ziel wird aber dadurch konterkariert, dass es die zahlreichen neuen vergabefremden Kriterien gerade kleine und mittlere Unternehmen erschweren, an einer Ausschreibung erfolgreich teilzunehmen (Dazu im Einzelnen noch bei der jeweiligen Kommentierung).
  - b) Der Entwurf verpflichtet sämtliche juristische Personen als Auftraggeber, ihre Gesellschafterrechte nach bestimmten Vorgaben auszuüben (§ 1 Abs. 2 S. 2-Entwurf). Wir bezweifeln, dass dies mit der auch verfassungsrechtlich geschützten Privatautonomie der Gesellschafter vereinbar ist.
  
3. Der Anwendungsbereich des bereits vorhandenen Kriteriums der **Tariftreue** soll weiter gefasst werden (**§ 3-Entwurf**). Wir halten die hier vorgeschlagene Formulierung in Abs. 2 für europarechtlich nicht haltbar. Der Europäische Gerichtshof hat in seinem Urteil vom 03.04.2008 (C-346/06) in einer gleichlautenden Tariftreueerklärung eine Verletzung der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EGV) und die Nichtbeachtung der Entsenderichtlinie festgestellt. Zwar

erfasst die Dienstleistungsfreiheit nicht Verkehrsdienstleistungen (Art. 51 EGV). Auch lässt die nunmehr geltende Vergabekoordinierungsrichtlinie 2004/18/EG soziale und umweltpolitische Aspekte bei der Auftragsvergabe zu. Zu beachten ist jedoch die Argumentation des Europäischen Gerichtshofs, wonach keine zwingenden Gründe des Allgemeininteresses ersichtlich sind, die einen Arbeitnehmer bei seiner Beschäftigung im Rahmen eines öffentlichen Auftrags schutzwürdiger erscheinen lassen als im Rahmen eines privaten Auftrags. Dies rechtfertigt die Annahme, dass das Tariftreueverlangen gerade nicht mehr von den sozialen Kriterien erfasst und von der Vergabekoordinierungsrichtlinie nicht gedeckt ist.

4. Als neues „vergabefremdes Kriterium“ sollen Auftraggeber nachweisen, dass ihre verwendeten Waren den **Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen** entsprechen (**§ 4-Entwurf**). Hierfür benötigen die Bieter in aller Regel besondere Beratung darüber, welche Länder und welche Lieferanten den Standards gerecht werden. Zudem kann es dazu kommen, dass die Auftragnehmer in bestehende als Rahmenverträge ausgestaltete Lieferantenbeziehungen eingreifen müssen. Unter Umständen sind kurzfristige Lieferantenwechsel vorzunehmen. Für die Nachweiserbringung sieht der Entwurf in Abs. 3 zwar Erleichterungen vor. Zurzeit existieren die darin angesprochenen Nachweise und Zertifikate indes noch nicht.
5. Weiterhin soll die **Förderung der Gleichstellung von Männern und Frauen** ein zwingendes Vergabekriterium sein (**§ 5-Entwurf**). Dafür ist geplant, dass Unternehmen ab einer Beschäftigtenzahl von 21, einen Frauenförderplan gemäß des Hessischen Gleichstellungsgesetzes vorzulegen haben. Die Ausarbeitung eines solchen Planes setzt eine umfangreiche Bestandsaufnahme und Analyse der Beschäftigtenverhältnisse voraus. Zu besetzende Stellen und mögliche Beförderungen sind abzuschätzen. Ein kleines oder mittleres Unternehmen ohne eigene Personalabteilung dürfte dies kaum leisten können.
6. Schließlich soll auch noch die **umweltverträgliche Beschaffung** zwingendes Vergabekriterium werden (**§ 7-Entwurf**). Wie Auftraggeber für die Umweltverträglichkeit Sorge tragen sollen, bleibt angesichts der sehr allgemeinen Formulierungen vage.
7. Daran anknüpfend machen wir abschließend auf Unstimmigkeiten des Entwurfs aufmerksam.
  - a) § 3-Entwurf bezieht sich doppelt auf für allgemein verbindlich erklärte Tarifverträge, einerseits in seinem Wortlaut, andererseits durch Verweis auf § 3 AEntG.

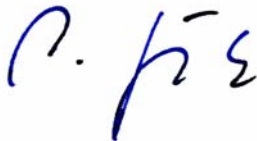
b) In § 4-Entwurf wird nicht deutlich, ob es sich um eine Soll-Vorschrift (so in Abs. 1) oder um eine Muss-Vorschrift (so in Abs. 2) handelt. Die Anwendungsbereiche der beiden Absätze (Einholung von Lieferungen bzw. Auftragsvergabe) sind nicht klar abgegrenzt und überschneiden sich nach ihrem Wortlaut.

c) In der Begründung zu § 7-Entwurf heißt es, nach dem europäischen Richtlinienrecht können auch umweltbezogene Kriterien einbezogen werden, sofern sie in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind. Gerade diese Voraussetzungen nimmt § 7-Entwurf aber selbst nicht auf.

Für Rückfragen stehen wir Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen

Arbeitsgemeinschaft hessischer  
Industrie- und Handelskammern



Matthias Gräßle  
Geschäftsführer

Industrie- und Handelskammer  
Wiesbaden  
Geschäftsfeld Recht



Dr. Friedemann Götting-Biwer  
Federführer