

18. Wahlperiode

Vorlage – zur Kenntnisnahme –

Vergabebericht 2016

Der Senat von Berlin
WiEnBe – II D 14
9013 (913) 8498

An das

Abgeordnetenhaus von Berlin

über

Senatskanzlei - G Sen -

V o r l a g e

- zur Kenntnisnahme –

über Vergabebericht 2016

Der Senat gibt dem Abgeordnetenhaus den beiliegenden Bericht zur Kenntnis.

Der Vergabebericht ist um eine geschlechtergerechte Sprache bemüht. Insbesondere bei Begriffen wie „Auftraggeber“, „Auftragnehmer“ oder „Bieter“, die auch in den durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz erlassenen oder geänderten Rechtsverordnungen zum Vergaberecht im Jahr 2016 nach wie vor ihren Platz haben, handelt es sich jedoch um feststehende Rechtsbegriffe, auf die die Grundsätze der sprachlichen Gleichbehandlung nicht angewandt werden.

Berlin, den 07.11.2017

Der Senat von Berlin

Michael M ü l l e r

.....
Regierender Bürgermeister

Ramona P o p

.....
Senatorin für Wirtschaft,
Energie und Betriebe

Vergabebericht 2016

Inhalt

Zusammenfassung	4
Vorbemerkung	6
1. Wirkung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes	8
1.1 Zweck des Gesetzes und erwartete Wirkung	8
1.1.1 Tariftreue, Mindestlohn und Mindestentgelt	8
1.1.2 Gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit	8
1.1.3 Sozialversicherungsbeiträge	9
1.1.4 Umweltgerechte Beschaffung	9
1.1.5 Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen	9
1.1.6 Frauenförderung	10
1.1.7 Ausbildungsbetriebe	10
1.2 Reichweite des BerlAVG	10
1.3 Evaluierung der Wirkung des BerlAVG	12
1.3.1 Tariftreue und Mindestentgelt	13
1.3.2 Gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit	16
1.3.3 Sozialversicherungsbeiträge	17
1.3.4 Umweltgerechte Beschaffung	18
1.3.5 Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen	22
1.3.6 Frauenförderung	25
1.3.7 Ausbildungsbetriebe	26
2. Arbeit der Vergabestellen	29
2.1 Grundsätzliches	29
2.1.1 Wertgrenzen	30
2.1.2 Fehlende Härtefallregelung	31
2.1.3 Aufgreifschwelle bei Zweifeln an der Angemessenheit des Angebots	32
2.2 Einzelne Bestimmungen des BerlAVG	33
2.2.1 Tariftreue, Mindestlohn und Mindestentgelt	33
2.2.2 Verpflichtung von Nachunternehmern	34
2.2.3 Gleicher Lohn für gleiche Arbeit	35
2.2.4 Sozialversicherungsbeiträge	35
2.2.5 Umweltgerechte Vergabe	35
2.2.6 Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen	35
2.2.7 Frauenförderung	37
2.3 Kontrollmöglichkeit	38
2.4 Sanktionen	40
2.4.1 Vertragsstrafe	40
2.4.2 Vertragskündigung	41
2.4.3 Auftragssperre	42
3. Arbeit der zentralen Kontrollgruppe	43
3.1 Grundsätzliches	43
3.1 Personelle Ausstattung der Kontrollgruppe	43
3.2 Verhältnis der öffentlichen Auftraggeber zur zentralen Kontrollgruppe	44
3.3 Schwierigkeiten bei der Kontrolle	44
4. Ausblick	46

Die Vorschriften sowie Rundschreiben und Formulare, die der Senat zum BerlAVG veröffentlicht hat, findet man hier:

- <http://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/rechtsquellen/>
- <http://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/rundschreiben/>
- <http://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/formulare/>
- http://www.stadtentwicklung.berlin.de/service/rundschreiben/de/gemeinsame_rundschreiben.shtml
- <http://www.stadtentwicklung.berlin.de/service/gesetzestexte/de/abau/index.shtml>
- <https://www.berlin.de/sen/frauen/recht/landesgleichstellungsgesetz/frauenfoerderverordnung/>
- <http://www.berlin.de/senuvk/service/gesetzestexte/de/beschaffung/>

Zusammenfassung

Der Senat legt gemäß § 5 Absatz 1 Satz 3 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) alle zwei Jahre einen Vergabebericht vor, der die Wirkung des Gesetzes sowie die Arbeit der Vergabestellen und der Kontrollgruppe untersucht und Basis der fortschreitenden Evaluation des Gesetzes ist. Der Bericht deckt den Zeitraum vom Juni 2014 bis einschließlich August 2016 ab.

Der Bericht greift den Bereich der Förderung von Frauen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nur insoweit auf, wie er durch das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz berührt wird und verweist im Übrigen auf die gesonderte Berichtspflicht auf der Grundlage des Landesgleichstellungsgesetzes (LGG) und der Verordnung über die Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (Frauenförderverordnung - FFV). Auch hinsichtlich der umweltschonenden Vergabe öffentlicher Aufträge legt der Senat einen gesonderten Bericht vor.

Das Investitions- und sonstige Nachfragevolumen Berlins und seiner landeseigenen Unternehmen wird auf 4 bis 5 Mrd. Euro pro Jahr geschätzt. Es stellt damit ein wirtschaftspolitisch bedeutendes Potenzial dar und beeinflusst die Strukturen auf der Angebotsseite in nicht unerheblichem Maße.

Der Bereich der öko-sozialen Vergabe hat in den vergangenen Jahren eine immer größere Bedeutung gewonnen. Die Verknüpfung großer Investitions- und Sanierungsprogramme mit beschäftigungspolitischen Maßnahmen ist auf der Grundlage des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes 2016 - auch ohne landesgesetzliche Regelung - generell möglich. Dies ist allerdings ausschließlich im Rahmen von diskriminierungsfreien, zivilrechtlichen Auftragsbedingungen zulässig, sodass nach Ausführung der vertraglichen Leistung auch die eingegangene Verpflichtung endet.

Der Senat verfolgt mit dem Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz das Ziel, öffentliches Geld nur für gute Arbeit zu geben. Dabei bemisst sich gute Arbeit neben Preis und Qualität der Leistung auch nach den Arbeitsbedingungen der mit der Leistungserbringung befassten Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer und dem Maß, in dem sie zu der Erfüllung der selbst gesetzten ökologischen und sozialen Ziele beiträgt. Im Ergebnis ist im Berichtszeitraum eine positive Entwicklung im Hinblick auf die mit dem Gesetz verfolgten Ziele festzustellen. So geht es immer mehr Berlinerinnen und Berlinern aufgrund gesteigerter Arbeitseinkommen finanziell besser. Die Beschaffung ist zunehmend umweltverträglich ausgerichtet. Welchen Anteil an dieser Entwicklung die Vergabepolitik hat, die im BerlAVG ihren Ausdruck findet, und welcher Anteil auf andere Ursachen zurückzuführen ist, ist mit Gewissheit nicht zu sagen. Dieser Umstand wird auch bei dem Versuch einer Evaluierung der Wirkung des BerlAVG deutlich. Positiv hervorzuheben sind die Effekte der Bestimmungen zur umweltverträglichen Beschaffung, insbesondere im Hinblick auf die Beschaffung von Recycling- und Umweltpapier, von Holz- und Holzprodukten und ressourcenschonendem Beton. In welchem Maße die positive Einkommensentwicklung auf die Vergabepolitik zurückzuführen ist, lässt sich nicht belastbar ermitteln. Gleiches gilt für das von Verbänden teilweise adressierte Problem, eine hinreichende Anzahl von geeigneten Bietern insbesondere aus dem Bereich der kleinen und mittelständischen Unternehmen (KMU) für die öffentliche Auftragsvergabe anzusprechen. Letztlich lässt sich nicht beurteilen, ob spürbar weniger Unternehmen bereit sind, sich um öffentliche Aufträge Berlins zu bewerben. Einen Einfluss darauf, sich um öffentliche Aufträge Berlins zu bewerben, können die detaillierten Anforderungen des BerlAVG an die Bewerber um öffentliche Aufträge haben. Diese Situation kann jedoch auch durch die gute konjunkturelle Entwicklung im Land Berlin befördert werden, aufgrund derer neben den – das formale Vergaberecht anwendenden – öffentlichen Auftraggebern auch private Auftraggeber eine Alternative darstellen. In einigen Marktsegmenten, insbesondere in den Bereichen, in denen Berlin keine starke Nachfrageposition besitzt, um seine Vertragsbedingun-

gen durchzusetzen, sehen sich öffentliche Auftraggeber mangels eines Bieters vor die Wahl gestellt, den dringend benötigten Bedarf nicht decken zu können oder gegen das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz zu verstoßen. Zur Beantwortung dieser Fragestellung wird der Senat die Einführung einer Härtefallklausel prüfen.

Bei der Evaluierung der praktischen Anwendung des Gesetzes durch die Vergabestelle sind gesetzliche Bestimmungen des BerlAVG aufgefallen, die einer Klarstellung bedürfen. Darüber hinaus ist das BerlAVG dem in 2016 novellierten Vergaberecht in formaler Hinsicht anzupassen. Daher ist das BerlAVG aufgrund

- der Folgeänderungen durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz,
- aktueller Rechtsprechung,
- der Vorgaben aus der Koalitionsvereinbarung,
- datenschutzrechtlicher Regelungen,
- formalrechtlicher Klarstellungen,
- redaktioneller Verbesserungen und
- praxisgerechter Erwägungen

zu novellieren.

Der Senat wird daher voraussichtlich 2018 eine Novelle des BerlAVG vorlegen. Eine wesentliche Erleichterung für Auftraggeber und Auftragnehmer wird die Überleitung auf die vom Bundesgesetzgeber verfasste Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) bringen, die eine einfachere und anwenderfreundlichere Struktur bereitstellt. Die UVgO stärkt insbesondere kleine und mittelständische Unternehmen im Wettbewerb um öffentliche Aufträge und verbessert die innovative, nachhaltige und soziale Beschaffung. Mit der Überleitung auf die UVgO verpflichtet sich der Senat auch, die elektronische Kommunikation inklusive der Abgabe von Angeboten (eVergabe) bis Ende 2019 für alle Vergabestellen des Landes Berlin zu ermöglichen.

Vorbemerkung

Der Senat legt gemäß § 5 Absatz 1 Satz 3 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 08.07.2010 (GVBl. S. 399 vom 22.07.2010), zuletzt geändert durch das Erste Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes vom 05.06.2012 (GVBl. S. 159 vom 16.06.2012), alle zwei Jahre einen Vergabebericht vor, der die Wirkung des Gesetzes sowie die Arbeit der Vergabestellen und die Arbeit der bei der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltung eingerichteten zentralen Kontrollgruppe (§ 5 Absatz 1 Satz 2 BerlAVG) untersucht und Basis der fortschreitenden Evaluation des Gesetzes ist.

Das BerlAVG hatte mit dem Berliner Vergabegesetz vom 09.07.1999 (GVBl. S. 369 vom 16.07.1999), geändert durch Gesetz vom 19.03.2008 eine Vorgängerregelung, die mit dem Inkrafttreten des BerlAVG 2010 außer Kraft trat.

Der erste Vergabebericht (Drucksache 17/2206 vom 02.04.2015) behandelte den Berichtszeitraum von Juni 2012 bis Juni 2014. Der zweite Vergabebericht deckt den Zeitraum von Juni 2014 bis einschließlich August 2016 ab. In diesem Zeitraum hat die Europäische Kommission im Jahr 2014 mit dem Paket zur Modernisierung des europäischen Vergaberechts ein vollständig überarbeitetes Regelwerk für die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen vorgelegt. Auf nationaler Ebene sind die Richtlinien der Europäischen Kommission zum 18. April 2016 - und damit gegen Ende des derzeitigen Berichtszeitraums - mit einer umfassenden Änderung des 4. Teils des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) sowie mit der Änderung bzw. Schaffung mehrerer Rechtsverordnungen umgesetzt worden, die größtenteils am 18.04.2016 in Kraft getreten sind. Das neue Vergaberecht enthält maßgebliche Änderungen in der Terminologie, an die das BerlAVG angepasst werden muss. Auch die bislang noch durch das BerlAVG geforderte Übersetzung fremdsprachlicher Nachweise (§ 4 Absatz 1 Satz 4 BerlAVG) hat sich aufgrund der Vergabemodernisierung 2016 vergaberechtlich überholt. Eine Übersetzung in die deutsche Sprache ist danach nicht mehr erforderlich und § 4 BerlAVG damit in diesem Punkt aufgrund höherrangigem Recht unwirksam. Aufgrund der Vergaberechtsmodernisierung erweitern sich ferner die Möglichkeiten, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer Ziele zu nutzen. Innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen können öko-soziale Vertragsbedingungen nunmehr auch ohne landesgesetzliche Grundlage vereinbart werden.

In den Berichtszeitraum fällt auch die Einführung eines bundeseinheitlichen Mindestlohns von zunächst 8,50 Euro brutto durch das Gesetz zur Regelung eines allgemeinen Mindestlohns vom 11.08.2014 (BGBl. I S. 1348 - MiLoG), das zum 01.01.2015 in Kraft getreten ist. Damit galt für einen großen Teil des Berichtszeitraums für viele Berufsgruppen ein Mindestlohn bereits kraft Gesetzes, der mit dem Mindestentgelt des BerlAVG vergleichbar war. Auch dieser Umstand hat die Evaluierung der Wirkung des Mindestentgelts nach dem BerlAVG im Berichtszeitraum erschwert.

Ebenfalls in den Berichtszeitraum fiel eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH, Urteil vom 18.09.2014, Rs. C-549/13), die sich mit der Möglichkeit der Verpflichtung eines Nachunternehmers mit Sitz im Ausland zu Tariftreue und Mindestentlöhnen auseinandersetzte, obwohl die Leistung im Ausland erbracht wurde. Der EuGH erklärte die entsprechende Verpflichtung für rechtswidrig. Aus dieser Bestimmung ergibt sich Änderungsbedarf beim BerlAVG, das diese höchstrichterliche Rechtsprechung noch nicht berücksichtigt.

Der Bericht greift den Bereich der Förderung von Frauen und die Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nur insoweit auf, wie er durch das BerlAVG berührt wird. Im Übrigen wird auf die in § 19 Landesgleichstellungsgesetz sowie die in § 8 Absatz 2 der Frauenförderverordnung verankerte besondere Berichtspflicht verwiesen.

Auch hinsichtlich der Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzanforderungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU) werden nur grundsätzliche Fragen der Umsetzung aufgegriffen. Die für Umwelt zuständige Senatsverwaltung ist für den Erlass von Verwaltungsvorschriften für die umweltverträgliche Beschaffung gemäß § 7 Absatz 3 BerlAVG autorisiert. Die Fortentwicklung der Vorschrift wird in einem verstetigten Prozess durch die für Umwelt zuständige Senatsverwaltung durchgeführt.

Die öffentlichen Auftraggeber Berlins dürfen bestimmte Waren oder Warengruppen nur beschaffen, wenn der Auftragnehmer sich vertraglich dazu verpflichtet hat, dass diese unter bestmöglicher Beachtung des Kernübereinkommens der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO-Kernarbeitsnormen) gewonnen oder hergestellt wurden. Die für Wirtschaft zuständige Senatsverwaltung legt die Waren oder Warengruppen, bei denen eine Gewinnung oder Herstellung unter Missachtung der ILO-Kernarbeitsnormen in Betracht kommt, gemäß § 8 Absatz 3 Satz 1 BerlAVG in einer Produktliste fest. Die aktuelle Produktliste wurde in dem Gemeinsamen Rundschreiben Nr. 1/2012 vom 29.02.2012 veröffentlicht.¹

¹ Gemäß § 8 Absatz 3 Satz 1 BerlAVG gelten die zu ergreifenden Maßnahmen nur für folgende Waren:

- Produkte aus Naturleder (einschließlich Sportbällen aus Naturleder)
- Naturtextilien, insbesondere aus Baumwolle
- handgefertigte Teppiche
- Natursteine
- Produkte aus Holz
- Kaffee, Kakao, Tee
- Südfrüchte, Fruchtsäfte, Wein
- Gewürze, Honig, Reis, Trockenfrüchte, Nüsse, Zucker, Süßwaren
- Fischereiprodukte
- Feuerwerkskörper, Zündhölzer
- Schnittblumen, Topfpflanzen

1. Wirkung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes

1.1 Zweck des Gesetzes und erwartete Wirkung

Das Investitions- und sonstige Nachfragevolumen der unmittelbaren und mittelbaren Landesverwaltung Berlins (Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie die Beteiligungsgesellschaften) wird auf 4 bis 5 Mrd. Euro pro Jahr geschätzt. Die Beschaffungstätigkeit Berlins erreicht damit eine volkswirtschaftlich beachtliche Größenordnung. Die Unternehmen einiger Branchen verdanken den Aufträgen der öffentlichen Auftraggeber Berlins einen beträchtlichen Teil ihrer Umsatzerlöse. Angesichts dieses jährlichen Auftragsvolumens und der Bedeutung für viele Branchen erwartet der Gesetzgeber, dass die Vorgabe der öko-sozialen Kriterien des BerlAVG bei der Vergabe von Aufträgen eine messbare Wirkung im Hinblick auf die im Folgenden näher beschriebenen Ziele entfaltet.

Bei der Untersuchung der Wirkung des BerlAVG sind damit die verfolgten Ziele der primäre Maßstab für die Evaluierung der Wirkung des Gesetzes. Sofern sich bei der Evaluierung Anhaltspunkte dafür ergeben, dass das Gesetz Auswirkungen haben sollte, die durch das Gesetz zwar nicht beabsichtigt waren, dennoch aber auf dieses zurückzuführen sind, werden auch diese nicht unerwähnt bleiben.

1.1.1 Tariftreue, Mindestlohn und Mindestentgelt

Ziel des BerlAVG ist es, zumindest für die Beschäftigten der Unternehmen, die Aufträge für die öffentlichen Auftraggeber Berlins ausführen, eine entsprechende Mindestentlohnung bei der Auftragsausführung sicherzustellen. Diese richtet sich zunächst nach den ggf. nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz einzuhaltenden einschlägigen Tarifverträgen, den besonderen Bestimmungen für Entgelte bei der Erbringung von Leistungen des öffentlichen Personennahverkehrs sowie - seit Inkrafttreten des MiLoG - dem bundesweit geltenden Mindestlohn von im Berichtszeitraum 8,50 Euro² brutto pro Zeitstunde für die meisten Berufsgruppen. Sofern vorgenannte gesetzliche Bestimmungen nicht eine höhere Entlohnung vorsehen, ist – aufgrund entsprechender vertraglicher Verpflichtung - das in § 1 Absatz 4 BerlAVG festgelegte Mindestentgelt bei der Auftragsausführung zu zahlen. Die Mindestentlohnung trägt zur Erhaltung sozialer Mindeststandards bei und damit auch zur Entlastung der bei niedrigen Löhnen verstärkt in Anspruch genommenen sozialen Sicherungssysteme. Die Verpflichtung zur Zahlung eines Mindestentgelts soll gleichzeitig einem Verdrängungswettbewerb über die Lohnkosten entgegenwirken und dazu beitragen, dass die Unternehmen bei der Auftragsvergabe nicht mit immer niedrigeren Löhnen, sondern mit besseren Produkten und Dienstleistungen miteinander konkurrieren.

Das BerlAVG erstreckt diese Verpflichtungen auch auf Nachunternehmer und Verleiher von Arbeitskräften und setzt sich mit der Wertung von besonders niedrigen Angeboten auseinander, die Zweifel an der Angemessenheit des Angebots und der Beachtung der Vorgaben des BerlAVG begründen.

1.1.2 Gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit

Die Bieter haben bei Angebotsabgabe zu erklären, dass sie bei der Auftragsdurchführung ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zahlen. Tarifvertragliche Regelungen bleiben davon unberührt (§ 1 Absatz 8 BerlAVG). Diese Bestimmung ist im Jahr 2012 mit dem 1. Änderungsgesetz in das BerlAVG aufgenommen worden.

² Am 01.01.17 wurde der Mindestlohn auf 8,84 EUR brutto/Zeitstunde angehoben.

Der Gesetzgeber will mit dieser Bestimmung Impulse für mehr Lohngerechtigkeit setzen. Sie betrifft das Vergaberecht, soll jedoch dazu beitragen, die Lohngerechtigkeit verstärkt in der Privatwirtschaft zu verankern. Ziel ist es, die immer noch bestehenden Unterschiede in den Arbeitsentgelten zwischen den Tarifgebieten in Ost und West zu beenden, ohne die besondere Verantwortung der Sozialpartner und bestehende tarifvertragliche Regelungen in den Hintergrund treten zu lassen. Die Bestimmung adressiert auch Unterschiede in der Bezahlung von Frauen und Männern.

1.1.3 Sozialversicherungsbeiträge

Öffentliche Auftraggeber sollen sicherstellen, dass nur ein Auftragnehmer den Zuschlag erhält, der die Sozialversicherungsbeiträge für seine Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer vollständig entrichtet (§ 4 BerlAVG). Die Regelung ist wesentlich dem Landesvergabegesetz Niedersachsen vom 15.12.2008 (Nds. GVBl. S. 411) entnommen. Sie soll berlinweit der Bekämpfung von Schwarzarbeit dienen. Mit ihr wird auch eine Forderung der Berliner Tarifvertragsparteien umgesetzt.

1.1.4 Umweltgerechte Beschaffung

Mit dem BerlAVG wird gesetzlich verankert, dass das Land Berlin bei der Vergabe von Aufträgen ökologische Kriterien berücksichtigt und entsprechend umweltfreundlich beschaffen wird. Bereits im Vorfeld, also bei der Planung von Beschaffungen und Festlegung der Leistungsanforderungen, ist darauf zu achten, dass möglichst umweltfreundliche Produktionsverfahren zur Anwendung kommen und unnötige Lieferwege vermieden werden (§ 7 BerlAVG). Auch mit der öffentlichen Auftragsvergabe wird damit das Ziel verfolgt, Berlin auf dem Weg zur Klimaneutralität zu unterstützen.

1.1.5 Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen

Die Mindeststandards der „ILO-Kernarbeitsnormen“ werden in den in § 8 BerlAVG genannten acht völkerrechtlichen Übereinkommen konkret ausgestaltet. Alle Mitgliedstaaten der Internationalen Arbeitsorganisation haben sich in der „Erklärung über die grundlegenden Prinzipien und Rechte bei der Arbeit“ am 18. Juni 1998 zu den Kernarbeitsnormen bekannt.

§ 8 BerlAVG verfolgt das übergeordnete Ziel, dass entlang der Lieferkette alle Produkte und Leistungen unter Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen hergestellt werden. Das Gesetz soll somit durch ausdrückliche Beachtung bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu einem besseren Menschenrechtsschutz von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer in den Produktionsländern beitragen.

Die bestmögliche Beachtung der „ILO-Kernarbeitsnormen“ wird während der Vertragsausführung als Ergänzende Vertragsbedingung zu einer vertraglichen Nebenpflicht des Auftragnehmers. Das Verlangen nach einer „bestmöglichen“ Beachtung soll Raum lassen für eine verhältnismäßige Anwendung der Vorschrift. Denn nicht immer sind Belege für die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen vorhanden bzw. es handelt sich dabei um die Vorlage bestimmter Verhaltenskodizes, die in Ermangelung anderer Belege als ausreichend, weil bestmöglich, für die Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen angesehen werden. Mit den Begriffen „Waren und Warengruppen“ gemäß § 8 Absatz 3 BerlAVG, die in der Produktliste der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltung aufgeführt werden und auf die sich die Pflicht zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen bei der Auftragsausführung bezieht, können sowohl Rohstoffe wie Natursteine als auch industrielle und andere Erzeugnisse erfasst werden. Um unnötigen bürokratischen Aufwand für Bieter und öffentliche Auftraggeber zu vermeiden, wird die Anwendung auf die in einer speziellen Liste genannten Waren und Warengruppen begrenzt, bei denen Verstöße gegen die Mindeststandards der ILO-Kernarbeitsnormen aufgrund der Produktionsverhältnisse in den überwiegenden Erzeugerländern nicht auszuschließen sind.

1.1.6 Frauenförderung

Das BerlAVG verweist hinsichtlich der Frauenförderung auf die bei Erlass des Gesetzes bereits vorhandenen entsprechenden Regelungen im Landesgleichstellungsgesetz und der Frauenförderverordnung und ergänzt diese um die im BerlAVG festgelegten Bestimmungen zur Kontrolle der Maßnahmen sowie zur Sanktionierung im Fall eines Verstoßes. Damit soll flankierend das Ziel der genannten Regelungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe unterstützt werden.

1.1.7 Ausbildungsbetriebe

Die bevorzugte Vergabe an Unternehmen, die Ausbildungsplätze bereitstellen oder an tarifrechtlichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden teilnehmen, gilt für den Fall, dass ansonsten gleichwertige Angebote vorliegen. Diese Bestimmung soll als Anreiz für die Schaffung von Ausbildungsplätzen dienen.

1.2 Reichweite des BerlAVG

Das BerlAVG enthält keine Verpflichtungen, die Berliner Unternehmen an sich zu beachten haben. Vielmehr beruht das Gesetz auf der Gesetzgebungszuständigkeit für das Vergaberecht als Teil der Wirtschaft (Art. 74 Absatz 1 Nr. 11 Grundgesetz) und kann damit ausschließlich öffentliche Auftraggeber im Land Berlin verpflichten. Der Adressatenkreis ist folglich auf die unmittelbare Landesverwaltung (Senatsverwaltungen, Bezirksämter sowie rechtlich unselbständige, nachgeordnete Einrichtungen und Sondervermögen) und – überwiegend – die mittelbare Landesverwaltung (Körperschaften, Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie der ganz überwiegende Teil der privatrechtlichen juristischen Personen, an denen das Land Berlin beteiligt ist) begrenzt.

Der öko-sozialen Zielsetzung des BerlAVG sind wiederum durch das allgemeine Vergaberecht Rahmen gesetzt. Der Bundesgesetzgeber hat grundsätzlich in Form des GWB von seiner vergaberechtlichen Gesetzgebungskompetenz Gebrauch gemacht. Auf der Grundlage des § 97 GWB (alte Fassung) bzw. der §§ 128, 129 GWB (neue Fassung) darf der Landesgesetzgeber Bestimmungen über öko-soziale Maßnahmen bei der Erbringung von öffentlichen Aufträgen erlassen, sofern diese nicht gegen die Grundsätze des Vergaberechts verstoßen. Insbesondere sind das Wettbewerbs-, das Transparenz- sowie das Gleichheitsgebot in jedem Fall einzuhalten, auch – auf der Grundlage der Römischen Verträge - unterhalb der EU-Schwellenwerte. Die Bedingungen für öko-soziale Maßnahmen müssen so beschaffen sein, dass jeder potenzielle Bieter sie erbringen könnte. Eine Bevorzugung bestimmter Unternehmen, etwa aus bestimmten Regionen, ist daher ausgeschlossen.

Mit der Novellierung des GWB im April 2016 wurden die Möglichkeiten der öko-sozialen Vergabe für die öffentlichen Auftraggeber grundsätzlich ausgeweitet. Gleichzeitig wurden die Länder hinsichtlich ihrer Gesetzgebungskompetenz für eine obligatorische Anwendung bestimmter Maßnahmen eingeschränkt. Das Land Berlin als öffentlicher Auftraggeber darf seinen eigenen Vergabestellen bei den Senats- und Bezirksverwaltungen, nachgeordneten Einrichtungen und Sondervermögen im Wege eine Selbstbindung (auch ohne gesetzliche Grundlage) entsprechende Pflichten zur Umsetzung öko-sozialer Maßnahmen auferlegen. Alle anderen öffentlichen Auftraggeber (Anstalten, Körperschaften und Stiftungen des öffentlichen Rechts sowie Beteiligungsgesellschaften), die dem Land Berlin zuzurechnen sind, dürfen ausschließlich im Hinblick auf die Anwendung bestimmter Vertragsbedingungen zur Umsetzung öko-sozialer Maßnahmen verpflichtet werden. Landesrechtliche Eingriffe in die Vergabeverfahren, z.B. Ermessenseinschränkungen wie die Wertung unangemessen niedriger Angebote, die Verpflichtung zur Abforderung von Nachweisen der Sozialversicherungen oder die Vorgabe bestimmter Eignungs- und Zuschlagskriterien als auch in die Bedarfsermittlung, wie z.B. durch Beschaffungsgebote oder –verbote, sind aufgrund der Vergaberechtsmodernisierung nicht mehr zulässig.

Die Wirkung des Gesetzes wird ferner dadurch beschränkt, dass sich die Auftragnehmer des Landes Berlin zur Einhaltung der Verpflichtungen nach dem BerlAVG kraft Vertrages nur für die konkrete Vertragsleistung und nur für die Dauer der Leistungserbringung verpflichten. Die öko-sozialen Ziele des BerlAVG können folglich nur in den durch den Vertrag gezogenen zeitlichen, räumlichen und inhaltlichen Grenzen verfolgt werden.

Auch in den Fällen, in denen es sich bei den Auftragnehmern um freiberuflich Tätige oder Kaufleute ohne Mitarbeiter handelt, laufen die Bestimmungen des BerlAVG ins Leere, da das Gesetz keine Verpflichtung selbständiger Unternehmer und Unternehmerinnen vorsieht, für die eigene Leistung ein bestimmtes Stundenentgelt zu kalkulieren. Ferner können Auftragnehmer mit Sitz im Ausland nicht zu Tariftreue oder Mindestentgelten verpflichtet werden, sofern die vertraglichen Leistungen im Ausland erbracht werden. Das hat der Europäische Gerichtshof in einem Vergabeverfahren entschieden, in dem die Beschäftigten eines Nachunternehmers mit Sitz im Ausland die Leistung ebenfalls im Ausland erbrachten (EuGH, Urteil vom 18.09.2014, Rs. C-549/13). Das BerlAVG beschränkt sich damit hinsichtlich der Tariftreue- und Mindestentgeltregelungen auf Beschäftigte von inländischen und ausländischen Unternehmen, die die Leistung innerhalb Deutschlands gegenüber dem jeweiligen öffentlichen Auftraggeber erbringen.

Weitere Begrenzungen ergeben sich daraus, dass die gesetzlich geforderte Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen sich nur auf die Waren bezieht, die Leistungsgegenstand sind und nicht auf die Unternehmen, die die Produkte liefern.

Da die Verpflichtungen des BerlAVG Vertragsgegenstand werden, ist auch die Kontrolle ihrer Einhaltung Aufgabe der Vertragspartner. Kontrolle und Sanktionen sind folglich zivilrechtlich ausgestaltet. Es erfolgen keine hoheitlichen Kontrollen der privatrechtlich geschlossenen Verträge.

Auf die unterschiedliche Reichweite der Bestimmungen des BerlAVG im Vergleich zu den Bestimmungen des MiLoG soll nachfolgend detaillierter eingegangen werden:

Gemäß Art. 70 Absatz 1 Grundgesetz (GG) hat das Land Berlin die Gesetzgebungskompetenz, soweit das Grundgesetz nicht dem Bund eine einschlägige Kompetenz im Bereich der Gesetzgebung zuweist, der nach der Systematik der Art. 70 ff. GG Sperrwirkung gegenüber dem Land zukommt. Das Vergaberecht ist dem Recht der Wirtschaft zuzuordnen und unterfällt somit dem Titel der konkurrierenden Gesetzgebung nach Art. 74 Absatz 1 Nr. 11 GG. Die Festlegung eines „Landesmindestentgelts im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe“ ist auf der Grundlage der Rechtsprechung verfassungsrechtlich und vergaberechtlich allgemein anerkannt.³

Die Regelungen des BerlAVG hinsichtlich der zivilrechtlichen Vereinbarung zwischen öffentlichem Auftraggeber und Auftragnehmer über die Zahlung eines „Landesmindestentgelts“ berührt damit nicht die Gesetzgebungskompetenz des Bundes hinsichtlich eines „Mindestlohns“ gemäß dem MiLoG. Auch mit dem Mindestlohngesetz für das Land Berlin (Landesmindestlohngesetz) vom 18. Dezember 2013 (GVBl. 2013, S. 922) wird kein allgemeingültiger Mindestlohn für Berliner Unternehmen festgesetzt. Das Gesetz gilt ausschließlich für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer der unmittelbaren und mittelbaren Berliner Verwaltung, in Beteiligungsunternehmen, bei Zuwendungsempfängern und damit auch in Maßnahmen öffentlich geförderter Beschäftigung sowie bei Entgeltvereinbarungen im Sozialrecht.

Seit der Einführung des Mindestlohngesetzes bestehen somit – neben den für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen - zwei unterschiedliche Regelungen im Hinblick auf Mindestentgelte. Zu der Einhaltung beider Mindestentgelte müssen sich Bieter nach dem BerlAVG bei der Vergabe von Aufträgen öffentlicher Auftraggeber Berlins verpflichten. Beide Mindest-

³ insbesondere BVerG, BVerfGE 116, 202 bzw. EuGH, Urteil vom 18.09.2014, Rs. C-549/13

tentgelte sind bei der Auftragsausführung durch die mit der Ausführung beauftragten Auftragnehmer in dem Sinne zu beachten, dass der jeweils höhere Mindestlohn bei der Auftragsausführung zu zahlen ist.

1.3 Evaluierung der Wirkung des BerlAVG

Im Ergebnis ist im Berichtszeitraum in Berlin im Hinblick auf einige der mit dem Gesetz verfolgten Ziele eine positive Entwicklung festzustellen. So geht es immer mehr Berlinerinnen und Berlinern aufgrund gestiegener Arbeitseinkommen finanziell besser. Die Beschaffung ist zunehmend umweltverträglich ausgerichtet. Welchen Anteil an dieser Entwicklung die Vergabepolitik hat, die im BerlAVG ihren Ausdruck findet, und welcher Anteil auf andere Ursachen zurückzuführen ist, ist mit Gewissheit nicht zu sagen. Die Evaluierung der Wirkung der gesetzlichen Maßnahmen nach dem BerlAVG ist aus diesem und dem nachgenannten Grund schwierig.

Zunächst setzt die Möglichkeit einer Evaluierung zumindest einen gewissen Überblick über die im Berichtszeitraum durchgeführten Vergabeverfahren voraus. Dieser Überblick ist in Berlin aufgrund der bekanntermaßen zersplitterten Vergabeorganisation schwer zu erlangen. Es gibt – mit wenigen Ausnahmen – keine zentralisierte Auftragsvergabe. Vielmehr obliegen die Vergabeorganisation, die Durchführung der Vergabeverfahren selbst sowie das Vertragsmanagement (Kontrolle) aufgrund des Grundsatzes der dezentralen Fach- und Ressourcenverantwortung grundsätzlich den einzelnen Vergabestellen der unmittelbaren Verwaltung des Landes Berlin, mithin den Abteilungen und Ämtern. So werden die Aufträge auch innerhalb einer Senatsverwaltung oft eigenverantwortlich von verschiedenen Referaten vergeben. Beispielhaft sei hier aufgeführt, dass seit Februar 2014 auch alle rd. 800 Berliner Schulen eigenverantwortlich öffentliche Aufträge vergeben.

Innerhalb der unmittelbaren Landesverwaltung übernimmt der Beauftragte für den Haushalt oder der Titelverwalter nach den Ausführungsvorschriften zu § 55 Landeshaushaltsordnung (LHO) die Verantwortung dafür, dass bei einem öffentlichen Auftrag alle sonstigen im Zusammenhang mit dem Auftrag stehenden Vorschriften eingehalten worden sind. Hierzu gehört u.a. auch die Einhaltung der im BerlAVG vorgesehenen Auflagen und Pflichten der Auftragnehmer sowie Nachauftragnehmer.

Darüber hinaus unterliegt die mittelbare Landesverwaltung den jeweiligen vergaberechtlichen Regelungen in unterschiedlicher Abstufung. Aufgrund landesgesetzlicher Vorgaben sind weite Teile der unmittelbaren Verwaltung von der Anwendung des nationalen Vergaberechts befreit, z.B. die Berliner Wasserbetriebe, die Berliner Verkehrsbetriebe, die Berliner Stadtreinigungsbetriebe, die Wohnungsbaugesellschaften oder das Studierendenwerk.

Aufgrund der dargestellten Vergabeorganisation und der fehlenden statistischen Auswertung der durchgeführten Vergabeverfahren liegen wenige oder zumindest keine hinreichend belastbaren Daten über die durchgeführten Vergabeverfahren vor. Das gilt bereits für die Anzahl der durchgeführten Vergabeverfahren, in noch stärkerem Maße für die Art der vergebenen Leistung sowie die jeweils geschätzten Auftragssummen. Mangels einer gesetzlichen Statistikpflicht, die einen Überblick über die im Land durchgeführten Vergabeverfahren erlauben würde, ist der Senat auf die freiwillige Mitarbeit der öffentlichen Auftraggeber angewiesen. Ausgenommen hiervon ist die Meldepflicht der öffentlichen Auftraggeber auf der Grundlage der FFV gegenüber der für Gleichstellung zuständigen Senatsverwaltung.

Die Daten, die aufgrund bestehender Regelungen zu melden sind (vergebene Aufträge oberhalb der EU-Schwellenwerte, Auftragsvergabe im Rahmen der Frauenförderung) sind im Hinblick auf die Evaluierung des BerlAVG nicht aussagekräftig.

Auch die auf der Grundlage der Vergaberechtsmodernisierung 2016 im Rahmen EU-rechtlicher Vorgaben eingeführte bundesweite Statistikpflicht, die öffentliche Aufträge ab 25.000 Euro (brutto) erfassen soll, wird an dieser Situation nichts ändern. Diese Statistik wird lediglich Angaben über die Anzahl der vergebenen Aufträge enthalten sowie über die Anzahl der Vergabe an kleine und mittlere Unternehmen.

Aus vorgenannten Gründen basiert die Evaluierung daher maßgeblich auf den Stellungnahmen der befragten öffentlichen Auftraggeber bzw. der Verbände und der für die Maßnahmen federführenden Senatsverwaltungen.

Für den Vergabebericht 2016 konnte zum einen auf die schriftlichen Äußerungen der zur Erstellung des Vergabeberichts 2014 befragten öffentlichen Auftraggeber und Verbände zurückgegriffen werden, die mangels zwischenzeitlicher Änderung des BerlAVG im Erhebungszeitraum nach wie vor Gültigkeit besitzen. Die Auftraggeber und Verbände hatten Gelegenheit, sich zu verschiedenen Aspekten und Problemen, die sich aus der Gesetzesformulierung für die Anwendung des BerlAVG ergeben, auf der Grundlage eines Fragebogens zu äußern. Im Sommer 2016 wurden – auf der Grundlage der Fragebögen von 2014 – überarbeitete Fassungen der Fragebögen erstellt und den öffentlichen Auftraggebern bzw. den Verbänden zur Verfügung gestellt. Die Fragebögen sind im Internet hinterlegt: <http://www.berlin.de/vergabeservice/>.

Es sind insgesamt 19 Fragebögen von öffentlichen Institutionen eingegangen. Zwei Verwaltungen haben abteilungsweise geantwortet (fünf Abteilungen der Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen sowie zwei Abteilungen der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt). Acht Auftraggeber gehören der unmittelbaren Verwaltung (Senatsverwaltungen, nachgeordnete Einrichtungen, Bezirke), sechs der mittelbaren Verwaltung an, bzw. sind landeseigene Unternehmen. Bei einem Auftraggeber war nicht feststellbar, ob es sich um einen Öffentlichen Auftraggeber handelt, der unter die Anwendungspflicht des BerlAVG fällt. Insgesamt haben acht Verbände Stellung genommen.

Die Kammern und Verbände, insbesondere die Architektenkammer Berlin, die Baukammer Berlin, die Handwerkskammer Berlin (HWK), die Industrie- und Handelskammer zu Berlin (IHK), die Fachgemeinschaft Bau (FG Bau), der Bauindustrieverband Berlin-Brandenburg (Bauindustrieverband), der Unternehmerverband Berlin-Brandenburg, der Deutsche Gewerkschaftsbund (DGB) sowie WEED – Weltwirtschaft, Ökologie & Entwicklung e.V. wurden zur Praktikabilität der Bestimmungen und der Wirkung der Maßnahmen gemäß BerlAVG um Stellungnahme gebeten. Hinzu kommt der Bericht der Kontrollgruppe bei der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltung, die zunehmend stichprobenartig Kontrollen für die öffentlichen Auftraggeber ausführt. In diversen parlamentarischen Anfragen wurde insbesondere bemängelt, dass der Vergabebericht 2014 keine Angaben zur Wirksamkeit der Maßnahmen enthalten hat. Daher wurden im August und September 2016 noch innerhalb der 17. Legislaturperiode verstärkt die folgenden für die Politikfelder fachlich zuständigen Bereiche der Senatsverwaltungen (die folgenden Angaben orientieren sich an dem Ressortzuschnitt während der 17. Legislaturperiode) in die Erarbeitung des vorliegenden Berichts einbezogen:

- Senatsverwaltung für Stadtentwicklung und Umwelt (Tariftreue, Mindestentgelt bei der Vergabe von Personennahverkehrsdiensten, umweltschonende Beschaffung, Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen beim Einsatz von Produkten bei Bauleistungen)
- Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen: (Tariftreue, Mindestentgelt, Sozialversicherungsbeiträge, Frauenförderverordnung, betriebliche Ausbildung)
- Senatsverwaltung für Wirtschaft, Technologie und Forschung - Landesstelle für Entwicklungszusammenarbeit (Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen)
- Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft (betriebliche Ausbildung).

1.3.1 Tariftreue und Mindestentgelt

Nach dem BerlAVG müssen sich alle Unternehmen, die sich um einen Bau-, Liefer- oder Dienstleistungsauftrag einer Berliner Vergabestelle ab einem Auftragswert von 500 Euro netto bewerben, schriftlich dazu verpflichten, dass sie Arbeitskräften, die sie bei der Erfüllung des Auftrags einsetzen, entweder nach dem nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz einzuhaltenden Tarifvertrag oder nach anderen gesetzlichen Bestimmungen über Mindestentgelte, jedenfalls aber mit einem Stundenentgelt von mindestens 8,50 Euro brutto bezahlen werden (§ 1 Absätze 2 und 4 BerlAVG).

Die für Arbeit zuständige Senatsverwaltung hat mit Schreiben vom 23.08.2016 zur Wirkung der Maßnahmen wie folgt Stellung genommen:

„Über die Wirkung des Gesetzes lässt sich keine umfassende Aussage treffen, weil nicht beurteilt werden kann, welche eingetretenen Wirtschafts- und Arbeitsmarkteffekte der Novellierung des BerlAVG und welche anderen Faktoren zuzuschreiben sind. Es liegen aber auch keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Gesetzesnovelle negative Auswirkungen insbesondere auf den Arbeitsmarkt oder die Lohnentwicklung im Land Berlin gehabt hätte.

Die Arbeitslosigkeit in Berlin hat sich seit Ende 2011 – und damit auch über den Zeitpunkt des Inkrafttretens der Gesetzesnovelle im Juni 2012 hinweg - mit den üblichen saisonalen Schwankungen kontinuierlich rückläufig entwickelt. Die Zahl der Arbeitslosen ist vom Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes an von 211.906 auf 176.834 im Juni 2016 gesunken (Quelle: Statistik der Bundesagentur für Arbeit). Spiegelbildlich dazu ist die Anzahl der Betriebe mit mindestens einer/einem sozialversicherungspflichtig Beschäftigten in Berlin von 85.938 im Jahr 2011 auf 93.413 im Jahr 2015 (vorläufige Angabe, Quelle: Betriebsdatei der Bundesagentur für Arbeit) kontinuierlich gestiegen. Gleiches gilt für die Entwicklung der Zahl der sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten in Berlin. Diese hat sich von 1.156.860 im Juni 2011 ebenfalls kontinuierlich auf 1.365.400 im Mai 2016 erhöht (Quelle: Statistik der Bundesagentur für Arbeit). Auch die Einkommensentwicklung lässt keine dem BerlAVG zuzuschreibenden Effekte erkennen. Nach den Daten des Amtes für Statistik Berlin-Brandenburg (Arbeitnehmerentgelt, Bruttolöhne und -gehälter in Berlin nach Wirtschaftsbereichen OT_P3.1 – 2014, S. 3) haben sich die Arbeitnehmerentgelte im Land Berlin in den Jahren 2011 bis 2014 gegenüber dem Vorjahr relativ konstant um 3,8 % bis 4,3 % erhöht.

Dass die Novelle des BerlAVG keine signifikanten negativen Auswirkungen auf die Wirtschafts- und Arbeitsmarktentwicklung in Berlin hatte, legen auch die im Zuge der Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns von 8,50 Euro zum 1. Januar 2015 zu beobachtenden Effekte nahe. Weder deutschlandweit noch in Berlin hat die Einführung des allgemeinen gesetzlichen Mindestlohns feststellbare negative Arbeitsmarkteffekte erzielt. Wenn dies für eine so umfassende, den gesamten Arbeitsmarkt betreffende Maßnahme festzustellen ist, kann für den ganz erheblich kleineren Teilmarkt der öffentlichen Auftragsvergabe erst recht angenommen werden, dass die Anhebung des vergaberechtlichen Mindestlohns auf 8,50 Euro im Jahr 2012 keine signifikanten negativen Auswirkungen auf Berlin insgesamt hatte. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass gerade auch in Berlin aufgrund der anhaltend sehr positiven Wirtschafts- und Arbeitsentwicklung etwaige durch die Anhebung des vergaberechtlichen Mindestlohns auf 8,50 Euro in Einzelfällen auftretende Effekte durch die allgemeine Entwicklung mehr als kompensiert worden sind.

Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass Unternehmen versuchen, den im BerlAVG vorgegebenen vergaberechtlichen Mindestlohn zu umgehen. Ein vermehrter Abschluss von geringfügigen Beschäftigungsverhältnissen ist dazu auch nicht geeignet. Gemäß § 1 Absatz 4 BerlAVG betrifft die Verpflichtung, bei der Ausführung der Leistung mindestens ein Stundenentgelt von 8,50 Euro zu zahlen, „Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer (ohne Auszubildende)“. Geringfügig Beschäftigte sind somit nicht ausgenommen.

Das Phänomen der sogenannten Scheinselbständigkeit ist eine im Zusammenhang mit der Bekämpfung von Schwarzarbeit und illegaler Beschäftigung bereits seit Jahrzehnten bekannte und praktizierte Vorgehensweise von Unternehmen, mit der die mit der Beschäftigung von Arbeitnehmer/innen einhergehende Pflicht des Arbeitgebers, Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, umgangen werden soll. Vielfach wird anstelle eines Arbeitsvertrages auch deshalb ein Dienst- oder Werkvertrag vorgetäuscht, um die gesetzlichen und die in bestimmten Branchen (zum Beispiel Baugewerbe, Reinigungsgewerbe, Zeitarbeit usw.) geltenden tariflichen Mindestlohnbestimmungen zu unterlaufen.

In der jüngeren Vergangenheit spielte die Scheinselbständigkeit vor allem im Hinblick auf die Umgehung der in Deutschland bis einschließlich April 2011 bzw. Dezember 2013 geltenden Freizügigkeitsbeschränkungen für Arbeitnehmer/innen aus den am 1. Mai 2004 (Polen, Tschechien, Ungarn usw.) bzw. 1. Januar 2007 (Rumänien und Bulgarien) beigetretenen EU-Mitgliedstaaten eine Rolle. So sind im Zusammenhang mit dem – in einigen Branchen, wie z.B. dem Baugewerbe sprunghaften – Anstieg von Gewerbeanmeldungen insbesondere von bulgarischen und rumänischen Staatsangehörigen zuletzt immer wieder – mehr oder weniger offensichtliche – Fälle von „Scheingewerbeanmeldungen“ bzw. „Scheinselbständigkeit“ bekannt geworden (auch mit Blick auf die Aufstockung von Einkünften durch den Bezug von Arbeitslosengeld II).

Es ist daher festzuhalten, dass Umgehungsstrategien in Gestalt von Scheinselbstständigkeit in vergaberelevanten Bereichen wie z. B. dem Baugewerbe und dem Gebäudereiniger-Handwerk ursächlich nicht auf die Novelle des BerlAVG zurückzuführen sind, sondern insbesondere auf die Vermeidung der Beschäftigung zu z.T. deutlich oberhalb von 8,50 Euro liegenden Branchenmindestlöhnen und der Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen.“

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

a) Verändertes Bieterverhalten seit Einführung von Tariftreue und Mindeststundenentgelt

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** geben an, dass das Mindestentgelt von 8,50 Euro brutto wegen des höheren Mindestlohns am Bau keine Rolle spiele. Über ein verändertes Bieterverhalten lägen keine Erkenntnisse vor. Darüber hinaus betont der **Bauindustrieverband**, dass das BerlAVG gerade keine tarifvertragliche Entlohnung fordere. Es fände insoweit häufig ein Wettbewerb um die billigste Entlohnung der Arbeitskräfte bis zur Untergrenze des gesetzlichen Mindestlohns am Bau statt. Tarifvertraglich gebundene Bieter hätten wegen der potentiell höheren Entlohnung ihrer Arbeitnehmer einen strukturellen Nachteil bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

Der **BME** hat eine Änderung des Bieterverhaltens (Tendenz zur Nichtteilnahme an öffentlichen Ausschreibungen) beobachtet, könne diese allerdings nicht ausschließlich auf die Berliner Regelungen zum Mindestlohn zurückführen.

Der **IHK** und der **HWK** liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.

Der **DGB** ist der Ansicht, dass die Regelung einen einheitlichen Wettbewerbsrahmen schaffe und gegen Billiglohnanbieter schütze, sofern die Erfüllung der Anforderung ausreichend kontrolliert werde.

WEED gibt an, dass ohne statistische Angaben dazu keine Aussage möglich sei. Eine Analyse der in Berlin getätigten Ausschreibungen und der Bieter sei unumgänglich.

b) Veränderungen am Anteil der KMU an öffentlichen Aufträgen

Der **BME** merkt an, dass sich die im BME vertretenen öffentlichen Auftraggeber zunehmend über einen reduzierten Lieferantenkreis beklagten; insbesondere im Baubereich würden teilweise keine Angebote von KMU mehr an öffentliche Auftraggeber abgegeben. Der BME

könne aber keine belastbaren Angaben machen, da entsprechende Statistiken nicht geführt würden. Besonders im Niedrigpreissegment sei der von den KMU für jedes Angebot zu leistende bürokratische Aufwand eine sehr hohe Belastung, so dass der Abbruch von Geschäftsbeziehungen mit der öffentlichen Hand die Folge sei. Dies werde von den im BME vertretenen öffentlichen Auftraggebern als ernsthaftes Risiko gesehen.

WEED betont auch hier, dass ohne statistische Angaben dazu keine Aussage möglich sei.

Den anderen Verbänden und Kammern liegen dazu nach eigener Auskunft keine Erkenntnisse vor.

c) Notwendigkeit eines „Landesmindestentgelts“ gemäß BerlAVG trotz Mindestlohn gemäß MiLoG

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** führen aus, dass die verschiedenen "Mindestlöhne" (Branchenmindestlöhne nach AEntG, Mindestlohn nach MiLoG, Mindestentgelt nach dem BerlAVG) die Wirtschaftsteilnehmer verunsicherten und die Anwendung verkomplizierten. Die **FG Bau** ist außerdem gegen einen "Politischen Wettbewerb" unter den einzelnen Bundesländern um den jeweils höheren Mindestlohn bei der Abwicklung öffentlicher Aufträge, zumal der gesetzliche Mindestlohn nach dem MiLoG regelmäßig an die Entwicklung der Branchentarife angeglichen und ggf. erhöht werde.

Der **BME**, die **HWK** und die **IHK** sehen angesichts der bundesgesetzlichen Regelung des MiLoG keinen Bedarf für eine landesgesetzliche Regelung im BerlAVG. Die **IHK** weist darauf hin, dass unterschiedliche Mindestlöhne in den verschiedenen landesgesetzlichen Regelungen zu Wettbewerbsverzerrungen führen könnten.

Der **DGB** betont die Notwendigkeit landesgesetzlicher Regelungen insbesondere mit Blick auf die konkreten Einkommen sowie auf strukturelle Wirkungen. Der gesetzliche Mindestlohn nach dem MiLoG habe eine andere Funktion als Mindestlöhne nach landesgesetzlichen Vergabegesetzen. Während der gesetzliche Mindestlohn die einheitliche Mindestgröße für alle Regionen, Branchen, Tätigkeiten und Personen darstelle und aktuell zum Beispiel das Problem der staatlichen Aufstockung selbst bei alleinstehenden Personen nicht löse, könnten mit einem vergabespezifischen Mindestlohn von Bundesland zu Bundesland unterschiedliche regionale Interessen verfolgt werden, die mit der Auftragsvergabe der öffentlichen Hand im Zusammenhang stünden. Weiterhin sei ein Vergabemindestlohn geeignet, um Ausgliederungen oder Werkvertragsvergaben unter dem Gesichtspunkt des bloßen Preisvorteils unattraktiv zu machen. Vergabemindestlöhne müssten sich an den Niveaus mindestens der unteren Entgeltgruppen des Tarifrechts im öffentlichen Dienst orientieren.

WEED hält eine landesgesetzliche Regelung über die Zahlung von Mindestlöhnen insofern für sinnvoll, als dass landesspezifische Mindestlohnregelungen im Vergabegesetz das Ziel der Herstellung eines fairen Wettbewerbs verfolgten, bei dem die Lohnkostenkonkurrenz bei der Vergabe öffentlicher Aufträge begrenzt werde. Vergabespezifische Mindestlöhne sollten dazu beitragen, dass sich die öffentliche Hand nicht durch Auslagerung von Aufgaben auf private Auftragnehmer ihrer Verantwortung für eine angemessene Vergütung der Beschäftigten entziehen könne, derer sie sich, wenn sie die beauftragte Leistung selbst erbringen würde, bedienen müsste. Deswegen sei auch zu überlegen, ob der verlangte Mindestlohn bei öffentlichen Aufträgen den Vorgaben des Tarifvertrags der Länder anzupassen sei.

1.3.2 Gleiches Entgelt für gleiche oder gleichwertige Arbeit

Die Bieter haben bei Angebotsabgabe zu erklären, dass sie bei der Auftragsdurchführung ihren Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit gleiches Entgelt zahlen. Tarifvertragliche Regelungen bleiben davon unberührt (§ 1 Absatz 8 BerlAVG).

Es handelt sich dabei um eine bloße Erklärung, so dass das BerlAVG folgerichtig in § 5 BerlAVG keine Kontrolle dieser nicht belastbaren und ohnehin faktisch kaum überprüfbar-Vertragsbedingung vorsieht.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** halten die Regelung für sachgerecht. Die Regelung entspreche dem Gleichbehandlungsgebot des Grundgesetzes und sollte daher nicht deswegen entfallen, weil sie schwer kontrollierbar sei. Wenn Vorschriften "mit Ansage" nicht kontrolliert würden, machten sie allerdings keinen Sinn.

Der **BME** sieht nur einen sehr eingeschränkten Nutzen in dieser Regelung, der sich allenfalls auf eine Sensibilisierung der Bieter erstrecke, da keine Kontrolle erfolge bzw. von den Vergabestellen nicht geleistet werden könne. Die Regelung könne daher auch gestrichen werden.

Die **IHK** spricht sich für eine Streichung der Regelung aus. Der Begriff "gleichwertige Arbeit" sei zu unbestimmt und führe zur Rechtsunsicherheit. Es fehle an einer klaren Definition. Zudem sei die Regelung mittelstandfeindlich. Die Vorgabe einer einheitlichen Bezahlung greife massiv in den Regelungsbereich der Unternehmen ein. Löhne seien Verhandlungssache der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Gerade für kleine und mittelständische Unternehmen sei diese Auflage nicht erfüllbar und führte zu dem Ergebnis, dass der Wettbewerb nicht gefördert, sondern das Angebotsspektrum geschmälert werde. Die Folge seien höhere Preise zu Lasten der öffentlichen Haushalte.

Die Regelung ist aus Sicht des **DGB** eine unterstützende Maßnahme gegen Diskriminierung und daher sinnvoll.

1.3.3 Sozialversicherungsbeiträge

Die Vergabestellen können von dem Bieter, der den Zuschlag erhalten soll, für den Fall, dass dieser keine gültige Bescheinigung aus dem Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis (ULV) oder dem Präqualifikationsverzeichnis (PQV) vorlegt, durch Unterlagen, die nicht älter als sechs Monate sein dürfen, den Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen fordern. Die Unterlagen müssen ausgestellt sein von dem zuständigen in- oder ausländischen Sozialversicherungsträger, der zuständigen in- oder ausländischen Sozialkasse, soweit der Betrieb des Bieters Bauaufträge im Sinne des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen ausführt und von dem Geltungsbereich eines Tarifvertrages über eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien erfasst wird. Die Angaben können durch eine Bescheinigung des ausländischen Staates nachgewiesen werden. Bei fremdsprachigen Bescheinigungen ist eine Übersetzung in die deutsche Sprache beizufügen. Soll die Ausführung eines Teils des Auftrages einem Nachunternehmer übertragen werden, so kann die Vergabestelle bei der Auftragserteilung auch die auf den Nachunternehmer lautenden Nachweise fordern (§ 4 BerlAVG).

Diese Bestimmung regelt, in welcher Form der öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagerteilung die Geeignetheit der Bieter überprüft. Falls für die Beurteilung der Geeignetheit nicht eine gültige Bescheinigung aus dem Unternehmer- und Lieferantenverzeichnis oder dem Präqualifikationsbescheinigung vorgelegt wird, „kann“ der Auftraggeber die angegebenen Nachweise fordern. Da es sich um eine Kann-Regelung handelt, liegt die Anwendung im Ermessen des jeweiligen öffentlichen Auftraggebers bzw. der Vergabestelle. Es handelt sich somit zum einen nicht um eine überprüfbare Auflage oder Pflicht, deren Einhaltung der Auftraggeber gemäß § 5 BerlAVG prüfen könnte, obwohl eine Einhaltung des § 4 BerlAVG dort vorgesehen ist. Zum anderen würde der öffentliche Auftraggeber sich aufgrund der Bestimmung selbst darauf hin kontrollieren müssen, ob er die erforderlichen Nachweise vor Auftragserteilung eingeholt hat. Eine Kontrolle, ob der Auftragnehmer während der Auftrags-

füllung die Sozialbeiträge vollständig entrichtet, ist gesetzlich nicht vorgesehen. Entsprechend ist § 4 BerlAVG der Möglichkeit einer Wirksamkeitskontrolle entzogen.

Die Regelung über die Behandlung fremdsprachlicher Nachweise (§ 4 Absatz 1 Satz 4 BerlAVG) ist zwischenzeitlich durch die Vergaberechtsmodernisierung 2016 (§ 48 Absatz 5 und 6 Vergabeverordnung bzw. § 6b Absätze 1 und 3 EU VOB/A) vergaberechtlich überholt. Eine Übersetzung in die deutsche Sprache ist danach nicht mehr erforderlich und § 4 BerlAVG damit in diesem Punkt aufgrund höherrangigen Rechts unwirksam.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** halten die Regelung für sinnvoll. In der Praxis hätten sich Probleme ergeben, wenn sehr kurze Ausschreibungsfristen für die Abgabe von Angeboten festgelegt worden seien und innerhalb dieser Fristen die Unterlagen nicht beschafft werden konnten. Analog zum Brandenburgischen Vergabegesetz müsse die Vergabestelle bei der Vergabe von Bauleistungen von denjenigen Bietern, die kraft allgemeiner Tarifbindung einer Sozialkasse angehörten, eine qualifizierte Sozialkassenbescheinigung fordern können. Damit könnte auf die tatsächlich bezahlten Stundenlöhne zurückgerechnet werden und vorgebliche Teilzeitbeschäftigung und Schwarzarbeit erkannt werden. So sei eine wirksame Prüfung möglich, die ein Unterschreiten der Mindestlöhne und Schwarzarbeit verhinderte. Praxisprobleme hätten sich dann ergeben, wenn sehr kurze Ausschreibungsfristen für die Abgabe von Angeboten festgelegt worden seien und innerhalb dieser Fristen die Unterlagen nicht beschafft werden konnten.

Aus Sicht des **BME** bestehen keine Bedenken gegen diese Regelung.

Die **HWK** begrüßt diese Regelung. Problematisch sei, dass trotz Präqualifikation der Betriebe (insbesondere ULV-Eintrag) öffentliche Vergabestellen im Land Berlin sehr häufig noch zusätzlich die Einzelnachweise verlangten.

Die **IHK** schätzt, dass der mit der Nachweispflicht verbundene Kosten- und Zeitaufwand Unternehmen von einer Beteiligung an öffentlichen Ausschreibungen abschrecke und die Einholung bzw. Beantragung der Sozialversicherungsbescheinigungen Zeit und Geld koste. Dieser Aufwand erhöhe sich, sobald ein Auslandsbezug vorläge. U.a. stelle die Verpflichtung zur Übersetzung von Bescheinigungen einen hohen Kostenaufwand dar.

Aus Sicht des **DGB** und **WEED** sei die Regelung eine sinnvolle Ergänzung zur Überprüfung der Zuverlässigkeit und Gesetzestreue des Bieters und schütze gegen Billiglohnanbieter.

1.3.4 Umweltgerechte Beschaffung

Die Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin sind verpflichtet, bei der Vergabe von Aufträgen ökologische Kriterien zu berücksichtigen, indem sie umweltverträgliche Produkte und Materialien sowie umweltschonende Verfahren bei der Erfüllung von Leistungen im Rahmen des geltenden Rechts bevorzugen. Der Senat hat die Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt erlassen, die verbindliche Regeln aufstellt, auf welche Weise die Anforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung, der Zuschlagserteilung und der ergänzenden Verpflichtungen zu berücksichtigen sind (§ 7 BerlAVG).

Die für Umwelt zuständige Senatsverwaltung hat zur Wirkung der Maßnahmen wie folgt mit Schreiben vom 23.08.2016 Stellung genommen:

„Zur Umsetzung von § 7 des BerlAVG gilt seit dem 1. Januar 2013 für alle Landesverwaltungen und landeseigene Unternehmen die Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU). Im Rahmen von zwei durch das Öko-Institut im Jahre 2015 erarbeiteten Studien wurden folgende Untersuchungen durchgeführt:

- Wirkungen einer umweltverträglichen Beschaffung gemäß § 7 BerlAVG / VwVBU hinsichtlich Umwelt- und Kosteneffekten und
- Umsetzung der VwVBU in Form einer Evaluierung.

Im Ergebnis der erstgenannten Untersuchung zu den Umwelt- und Kosteneffekten wurde deutlich, dass durch eine umweltverträgliche Beschaffung der betrachteten maßgeblichen 15 Produktgruppen und Dienstleistungen die Treibhausgasemissionen im Land Berlin - ausgehend von 757.000 Tonnen CO₂-Äquivalenten bei herkömmlichen Produkten um einen berechneten Betrag von rund 355.000 Tonne CO₂-Äquivalenten, d.h. um rund 47 Prozent gesenkt werden können. Dies entspricht den Treibhausgasemissionen, die durch den Verbrauch von Erdgas und Fernwärme in allen landeseigenen Einrichtungen verursacht werden. Zudem werden weitere relevante Umweltentlastungen wie Holzeinsparung sowie Partikelminderung bewirkt.

Die umweltverträgliche Beschaffung der untersuchten Produkte und Dienstleistungen führt zu einer berechneten Kostenentlastung des Berliner Landeshaushalts von 38 Mio. Euro pro Jahr. Bezogen auf das Beschaffungsvolumen der untersuchten 15 Produktgruppen und Dienstleistungen von rund 1 Milliarde Euro pro Jahr, stellt dies eine Kosteneinsparung von 3,8 Prozent dar. Diese Untersuchung dokumentiert eindrucksvoll den nachhaltigen Nutzen einer Umweltverträglichen Beschaffung.

Angesichts dieser positiven Effekte und um die umweltverträgliche Beschaffung im Land Berlin weiter zu optimieren, hat der Senat im Jahr 2016 zusätzliche Leistungsblätter (inkl. Berechnungshilfen für Lebenszykluskosten) für Personen- und Lastenaufzüge, Berufsbekleidung, IT-Rechenzentren, Innenbeleuchtung sowie für die schadlose Verwertung von Abfällen beschlossen, die im März 2016 in Kraft traten.

Im Rahmen der zweiten Untersuchung zur Evaluierung der Verwaltungsvorschrift_Beschaffung und Umwelt wurden mittels einer sogenannten SWOT-Analyse (Strengths – Stärken, Weaknesses – Schwächen, Opportunities – Chancen, Threats – Risiken) die Stärken und Schwächen der Vorschrift analysiert sowie darauf aufbauend konkrete Handlungsempfehlungen entwickelt, die zur verstärkten Nutzung der VwVBU beitragen sollen.

Positiv bewertet wurde, dass die Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt konkrete Hilfestellungen anbietet, indem sie für häufig beschaffte umweltbelastende Produkte und Produktionsmethoden Beschaffungsbeschränkungen festlegt und ökologische Anforderungen für rund 80 relevante Beschaffungsgüter und –dienstleistungen in Form von Leistungsblättern vorgibt. Im Rahmen der Evaluation wurde auch ermittelt, dass die VwVBU in der Praxis noch nicht vollständig umgesetzt ist und angewendet wird. Zudem gibt es bei den Beschaffungsstellen insbesondere bei der Überprüfung der Nachweise zur Einhaltung der Umweltschutzanforderungen Schwierigkeiten. Eine Herausforderung stellt die Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen dar, für die es keine Leistungsblätter mit entsprechenden Umweltschutzanforderungen gibt. Hier müssen die Beschaffungsstellen die Umweltauswirkungen zur Erfüllung des § 7 BerlAVG selbst abschätzen und darauf aufbauend Umweltschutzanforderungen formulieren.

Der Gutachter empfiehlt zusammenfassend die Entwicklung weiterer Leistungsblätter und Rechentools zur Berechnung von Lebenszykluskosten, die Weiterführung von Schulungen zur VwVBU sowie die Einrichtung von zentralen Vergabestellen mit Webshop. Die aufgezeigten Optimierungsmaßnahmen werden durch die Senatsverwaltung sukzessiv umgesetzt.

Weitergehende Informationen zu den genannten Studien sind auf der Homepage der Senatsverwaltung für Umwelt, Verkehr und Klimaschutz eingestellt unter:

<http://www.berlin.de/senuvk/service/gesetzestexte/de/beschaffung/index.shtml>“

(Im Jahr 2015 wurde die Umsetzung der VwVBU erstmals umfassend evaluiert. Schwerpunkt der Evaluierung lag dabei auf der Anwendung der Verwaltungsvorschrift durch die rund 2.000 vorwiegend dezentral organisierten Beschaffungsstellen und den mit der Anwendung verbundenen Hemmnissen und Herausforderungen. Hierzu wurde eine größere Anzahl an Beschaffungsstellen schriftlich, persönlich im Rahmen von Schulungen sowie in Einzelgesprächen individuell befragt. Zusätzlich wurden Anmerkungen von Anbietern und Auftragnehmern berücksichtigt. All diese Hinweise wurden mit Hilfe einer sogenannten SWOT-Analyse systematisch ausgewertet und hinsichtlich der Stärken, Schwächen, Chancen und Risiken eingeordnet. Darauf aufbauend wurden konkrete Handlungsempfehlungen entwickelt, die zur verstärkten Nutzung der VwVBU beitragen sollen.)

„Die Ergebnisse der Studien wurden dem Abgeordnetenhaus als Vorlage zur Kenntnisnahme (Drucksache 17/2924) übersandt.

Auswirkungen des Gesetzes gemäß § 7 BerlAVG in Verbindung mit der VwVBU auf private Unternehmen sind allein schon durch die Nachfrage nach umweltverträglichen Produkten und Dienstleistungen im Rahmen der Ausschreibungen der öffentlichen Hand gegeben. Die öffentliche Beschaffung wird dadurch zum Motor für Innovationen in zahlreichen Produkt- und Dienstleistungsbereichen und fördert die Nutzung von energieeffizienten, langlebigen Produkten, welche Klima, Umwelt und Gesundheit schonen.

Nachfolgende Beispiele zeigen die positive Entwicklung hin zu einer umweltverträglichen Beschaffung auch im privaten Sektor, die durch eine entsprechende Nachfrage durch öffentliche Auftraggeber ausgelöst wurde.

- **Beschaffung von Recycling- und Umweltschutzpapier**

Durch die öffentliche Beschaffung von Recycling- und Umweltschutzpapier für den Bürobedarf, welches aus 100 % aus Altpapier besteht, ist dieses Papier nicht nur bei der öffentlichen Hand Standard, sondern hat sich inzwischen auch bei privaten Beschaffern etabliert. Durch diese große Nachfrage können große Umweltentlastungspotenziale (Schutz der Ressource Wald) erschlossen werden. Mittlerweile liegen dadurch die Beschaffungskosten für Recyclingpapier unter denen von Normalpapier.

- **Beschaffung von Holz und Holzprodukten**

Bei allen öffentlichen Hoch-, Tief- und GALA-Baumaßnahmen in Berlin werden relevante Mengen an Holzzeugnissen wie beispielsweise Parkett, Türen, Fenster, Dachstühle sowie Parkbänke beschafft. In der Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt ist die Beschaffung von Holz in Kapitel 4, Nummer 13 dahingehend geregelt, dass das Holz aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen muss (FSC oder PEFC-zertifiziert). Diese Forderung in der VwVBU hat in den letzten Jahren zunächst dazu geführt, dass der private Holzhandel dieses Holz verstärkt und gegenüber sonstigem Holz zu vergleichbaren Kosten anbietet. Nach Auskunft der Berliner Holzhandelsbetriebe stammen mittlerweile mehr als 50 % der Hölzer aus nachhaltiger Waldwirtschaft. Gleichzeitig ist die Zahl der zertifizierten Unternehmen sprunghaft angestiegen. Die privaten Auftraggeber partizipieren hier stark von den ausgelösten Impulsen der VwVBU. Als indirekter Effekt steigen die Nachfrage und der Einsatz von Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft auch bei privaten Unternehmen kontinuierlich an. So sind inzwischen große Unternehmen wie Holz-Possling, Otto Group, IKEA und Aldi Nord dazu übergegangen, ausschließlich Holz aus nachhaltiger Waldwirtschaft zu beschaffen. Relevante Holzhändler im Großraum Berlin eruieren derzeit, eine vollständige Umstellung auf nachhaltiges Holz vorzunehmen.

- **RC-Beton**

Erstmalig erfolgte 2013 / 2014 im Land Berlin bei einer Ausschreibung von der öffentlichen Hand - Neubau des Forschungs- und Laborgebäudes für Lebenswissenschaften der Humboldt-Universität zu Berlin – die Anforderung, ressourcenschonenden Beton (RC-Beton), d.h. Beton, bei dem Kiesanteile durch rezyklierte Gesteinskörnungen aus Altbeton ersetzt wer-

den, einzusetzen. Auf Grund dieser Nachfrage haben erstmals jeweils zwei Berliner Baustoffrecyclingunternehmen und Betonwerke zusammengearbeitet und entsprechende RC-Betonprodukte entwickelt. Die positiven Ergebnisse dieses Pilotprojektes haben dazu geführt, dass danach auch von einem privaten Auftraggeber bei einem weiteren Berliner Bauvorhaben – Neubau des Max-Delbrück-Centrums – der Einsatz von RC-Beton ausgeschrieben wurde.“

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

a) VwVBU

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** sind der Ansicht, dass die VwVBU mit ihren Anlagen sehr umfangreich und teilweise kompliziert sei. Beispielhaft gelte dies für die Regelungen zum Einsatz von Baumaschinen auf Baustellen.

Der **BME** hat keine gravierenden Einwendungen gegen die VwVBU. Die Übersichtlichkeit sei positiv zu bewerten und die beschriebenen Produktgruppen deckten einen guten Teil der möglichen Bedarfe ab. Die geforderten Zertifikate würden allerdings nicht von allen Bietern vorgehalten (u.a. Monopolproblematik). Ferner sei die Dokumentation der Bedarfsermittlung sehr aufwendig. Darüber hinaus fehle es an Hinweisen auf parallele/konkurrierende Umweltanforderungen anderer Instanzen und deren Bewertung ggü. den VwVBU-Vorgaben. Das korrekte Bearbeiten der VwVBU-Anhänge und Rechenmodelle erfordere hohe rechtliche, naturwissenschaftliche und technische Fachkompetenz und spezielle Branchenkenntnisse. Die hierfür notwendige Personalkapazität sei - gerade in kleineren öffentlichen Vergabestellen - ein deutlicher Engpass, daher sei es sinnvoll eine zentrale Beschaffungsinstanz mit dem VwVBU-konformen Einkauf zu beauftragen, statt die Arbeit von allen Vergabestellen wiederholt und parallel durchführen zu lassen.

Die **HWK** unterstützt grundsätzlich die Intention der Beschaffung umweltverträglicher Produkte und Dienstleistungen und sieht bei konsequenter Umsetzung erhebliches umweltentlastendes Potential. In der Praxis seien jedoch viele ausschreibende Stellen mit der Anwendung der Vorschriften überfordert, sodass viele Handwerksbetriebe mit der Anwendung der Vorschrift allein gelassen würden. Die lediglich selektive Anwendung der Vorschrift deute auf eine geringe Anwenderfreundlichkeit und Praxistauglichkeit hin und führe zu Rechtsunsicherheit und zu Verzerrungen des Wettbewerbs.

Die **IHK** äußert erhebliche Bedenken. Die aufgestellten Umweltschutzanforderungen seien vom Auftraggeber im Rahmen der Angebotsüberprüfung zu verifizieren. Die Anbieter müssten den Nachweis über Umweltzeichen führen oder aber durch gleichwertige Nachweise in Form geeigneter Beweismittel, wie technischer Unterlagen des Herstellers oder aber Prüfberichte anerkannter Stellen beibringen. Da es aber für viele Bereiche keine allgemein anerkannten Umweltzertifikate oder mehrere, kaum miteinander vergleichbare, Nachweise gebe, stünden sowohl Bieter als auch Auftraggeber vor erheblichen Nachweis- und Prüfschwierigkeiten. Die Anforderungen an die Bieter müssten gerade bei diesen Kriterien klar und deutlich aus dem Gesetz bzw. den Verwaltungsvorschriften zu erkennen sein. Sie müssten praktikabel und aktuell sein. Gerade im Umweltbereich sei eine ständige Entwicklung von Standards etc. zu beobachten. Selbst die Vorgabe, nur Produkte mit Umweltzertifikat zu verwenden, sei in der Regel kaum erfüllbar, weil über Zahl und Umfang der Zertifizierungen kein allgemeiner Kenntnisstand bestehe und sich der Markt auf diesem Gebiet permanent verändere. Daneben sei fraglich, wie eine umweltverträgliche Beschaffung kontrolliert werden solle. Die Vergabestellen verfügten über keinerlei Personal für die Überprüfung dieser Vorgaben, so dass in der Praxis trotz der Vorgabe, Umweltaspekte für den Zuschlag zu berücksichtigen, ein massives Durchsetzungsproblem bleibe. Zudem bestehe die Gefahr, dass überzogene Umwelanforderungen die eigentlichen Faktoren Qualität und Kosten in den Hintergrund drängten. Dies führe unmittelbar zur Bürokratisierung und Verteuerung von Ausschreibungen.

Aus Sicht des **WEED** wird die VwVBU von vielen Vergabestellen genutzt. Die VwVBU und die dazugehörigen Leistungsblätter geben Beschaffer/innen ein Arbeitsmittel an die Hand, mit dem die umweltfreundliche Beschaffung zudem erleichtert werde. Eine ähnliche Verwaltungsvorschrift sollte für die Anwendung einer sozial verträglichen Beschaffung (ILO-Kernarbeitsnormen) erstellt werden.

b) Anforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung

Dem **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.

Der **BME** hat keine spezifischen Probleme mit der Vorschrift. Der erweiterte Handlungsspielraum für Auftraggeber in den genannten Sonderfällen werde begrüßt.

Die **HWK** gibt an, dass Handwerksbetriebe immer wieder berichten, dass die ausschreibenden Stellen die VwVBU und ihre Auswirkungen nicht kennen.

Der **DGB** schlägt vor, in die Leistungsblätter für die umweltverträgliche Beschaffung zusätzlich soziale Kriterien aufzunehmen, um deutlich zu machen, dass ökologische und soziale Kriterien in der nachhaltigen Beschaffung gemeinsam integriert werden müssten.

Von **WEED** werden keine Probleme erkannt.

c) Zuschlagskriterien

Dem **Bauindustrieverband**, der **HWK** und der **FG Bau** liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.

Aus Sicht des **BME** und **WEED** gibt es keine Probleme.

Der **DGB** hält es für sinnvoll, qualitative Zuschlagskriterien zu stärken. Konkrete Erfahrungen im Umweltbereich seien bisher nicht bekannt.

1.3.5 Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen

Die Wirksamkeit der Maßnahmen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen kann nicht ermittelt werden. Im Regelfall sind die betreffenden Produkte lediglich eine nachrangige Teilleistung einer größeren Leistung und/oder Bestandteil eines weiter verarbeiteten oder veredelten Produkts. Die Nachweisführung wird dadurch erheblich erschwert. Im Hinblick auf den - im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung - in das Vergaberecht eingeführten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wäre die Aufnahme eine entsprechenden Regelung zur Nachweisführung auch unverhältnismäßig.

Die Anwendung der Regelung betrifft ferner einen eher geringen Teil der öffentlichen Aufträge.

Über eine tatsächliche Wirkung des § 8 BerlAVG auf die Menschenrechtssituation in den Produktionsländern lassen sich keine Aussagen treffen.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

a) Produktliste

Die Mehrzahl der Verbände hält die Produktliste für ausreichend.

Die **IHK** schlägt vor, die Produktliste dahingehend zu überprüfen, ob für die einzelnen Produktgruppen ein Nachweis über die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen praktisch überhaupt erbracht werden könne.

Der **DGB** sieht es grundsätzlich als problematisch an, die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen auf bestimmte Branchen oder Produktgruppen einzuschränken.

WEED schlägt eine dynamische Produktliste vor, diese könne regelmäßig überprüft und wenn notwendig angepasst werden. Die bestehende Liste sollte um folgende Produkte ergänzt werden: IKT-Produkte, Spielwaren, Sportbälle (nicht nur aus Naturleder) sowie Stoffe und Textilwaren (nicht nur Naturtextilien), da es bei der Herstellung dieser Produkte häufig zu eklatanten Verstößen gegen die ILO-Kernarbeitsnormen und international anerkannter Arbeitsstandards komme.

Bezüglich der Sportbälle würden sowohl bei handgenähten Bällen als auch bei geklebten Bällen immer wieder Verstöße aufgedeckt. In asiatischen Fabriken, vorwiegend in Indien oder Pakistan, wo ein Großteil der Sportbälle hergestellt werde, gebe es oft keinen Kündigungsschutz, die Arbeiter/innen verdienen weniger als den gesetzlich vorgeschriebenen Mindestlohn und führten gesundheitsgefährdende Arbeiten ohne angemessene Schutzvorrichtungen aus bspw. beim Bedienen schwerer Stanzmaschinen. Belüftungssysteme in den Lackierräumen fehlten häufig. Auch die IKT-Lieferkette sei in hohem Maße von ausbeuterischen Arbeitsbedingungen und Menschenrechtsverletzungen geprägt. Dies beginne mit der Gewinnung der Rohstoffe für diese Produkte und ziehe sich bis zur Herstellung bzw. Entsorgung der Geräte. Missstände seien v.a. extensive Arbeitszeiten und Zwang zu Überstunden, Diskriminierung von Wanderarbeiter/innen, höchst gewerkschaftsfeindliches Verhalten vieler Unternehmen, hohe Jobunsicherheit, Löhne unterhalb des Existenzminimums sowie unzureichende Arbeitsschutzmaßnahmen. Ebenso seien die Arbeitsbedingungen in Textil- und Spielzeugfabriken immer noch von Verstößen gegen Arbeitsrechte, wie Gewerkschaftsfreiheit, Diskriminierungsverbot, extensive Arbeitszeiten und Zwang zu Überstunden, Löhne unterhalb des Existenzminimums und kaum oder nur geringe Arbeitsschutzmaßnahmen bei Arbeiten mit giftigen Stoffen (wie bspw. Farben oder Lacken) geprägt. Probleme gebe es nicht nur bei der Herstellung von Naturtextilien, bei denen v.a. die Baumwollgewinnung problematisch sei, sondern auch in der Konfektionierung und der Herstellung der Ware.

b) Nachweise

Der **Bauindustrieverband** hält die Eigenerklärung für ausreichend.

Die **FG Bau** gibt an, dass für den Handwerks- und Baubereich von den in der Produktliste erfassten Materialien insbesondere Natursteine, Pflastersteine und die Produkte aus Holz relevant seien. Hierfür gebe es jedoch keine einschlägig anerkannte Zertifizierung. Gleichwohl verlangten die öffentlichen Auftraggeber von den Auftragnehmern entsprechende Nachweise, mindestens aber Eigenerklärungen. Auf die Abforderung von Eigenerklärungen sollte verzichtet werden. Öffentliche Auftraggeber dürften nur solche Zertifikate verlangen, die auch existieren. Gegebenenfalls seien die Zertifikate konkret zu benennen; gleichwertige Bescheinigungen seien zuzulassen.

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** weisen daraufhin, dass Lieferketten bei Produkten aus dem Ausland nicht immer nachvollzogen werden könnten. Lieferanten von Baumaterialien könnten von einzelnen Bauunternehmen faktisch kaum verpflichtet werden, ihre sämtlichen Lieferbeziehungen offenzulegen. Bezweifelt werde auch, dass die Vergabestellen die Richtigkeit der Angaben kontrollieren könnten.

Laut **BME** müsse die Vorlage einer Eigenerklärung des Bieters ausreichen. Gerade einzelne öffentliche Auftraggeber mit kleinen Beschaffungsabteilungen hätten kaum Möglichkeiten, Lieferketten, insbesondere im Ausland, nachzuvollziehen und zu prüfen.

Die **HWK** lehnt über die bestehende Regelung hinausgehende Verpflichtungen der Unternehmen ab. Betroffene Handwerksbetriebe hätten generell nicht die Möglichkeiten/Kapazitäten die Lieferkette der von Ihnen verwendeten (Vor-)Produkte lückenlos nachzuvollziehen. Sie müssten sich regelmäßig auf Erklärungen ihrer Lieferanten verlassen.

Die **IHK** hält die Regelung zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen für nicht praktikabel. Hier würden Unternehmen vor unlösbare Probleme gestellt, insbesondere wenn ein von einem Unternehmen zu beschaffendes Produkt oftmals aus zahlreichen Einzelteilen unterschiedlicher Herkunft bestehe. Es stelle sich die Frage, wie in Zeiten globalisierter Wertschöpfungsketten ein Nachweis „bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen“ erbracht werden solle. Vom Bieter werde verlangt, eine Erklärung abzugeben, von der er überhaupt nicht sicher sein kann, ob sie der Wahrheit entspreche. Auch sei es zweifelhaft, ob eine Vergabestelle personell und fachlich in der Lage sei, die Richtigkeit derartiger Erklärungen zu überprüfen. Außerdem sei die Regelung mit zwei wesentlichen vergaberechtlichen Grundsätzen unvereinbar und daher abzulehnen. Zum einen dürfe ein öffentlicher Auftraggeber keine Anforderungen stellen, deren Einhaltung er nicht nachprüfen könne. Zum anderen dürften keine Anforderungen gestellt werden, deren Erfüllung für die Bieter unzumutbar seien. Ein weiteres Problem stelle die Vergabe von öffentlichen Aufträgen an ausländische Unternehmen im Ausland dar. In einigen Ländern (bspw. China, Indien oder Saudi-Arabien) könnte der öffentliche Auftraggeber seinen Bedarf nicht decken, da mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit nahezu kein Anbieter gefunden werden könnte, der dieses Kriterium einhielte.

Der **DGB** kritisiert, dass im Bereich der ILO-Kernarbeitsnormen im Wesentlichen nur Eigenklärungen unterzeichnet würden, obwohl für die meisten in der Produktliste aufgeführten Produkte glaubwürdige Nachweise existierten. Zudem sei eine statistische Erfassung der Vergabevorgänge erforderlich, um eine Aussage über die Wirkung treffen zu können. Bisher fehle es an einer Dokumentation über Beschaffungsvorgänge. Messbarkeit der Beschaffungsvorgänge sei aber notwendig, um nachhaltige Beschaffung voranzutreiben. Der DGB unterstütze ausdrücklich die Anforderung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen. Sie sei angesichts der katastrophalen Produktionsbedingungen in vielen Ländern der Welt ein kleiner Schritt zu mehr globaler Gerechtigkeit. Außerdem zeigten Erfahrungen aus anderen Bundesländern, dass diese Anforderung dazu führen könne, Produkte wieder vor Ort herzustellen, wenn der Wettbewerbsdruck durch niedrige Arbeitsstandards zumindest begrenzt werde. Im Unterschied zur Tariftreue- oder Lohnuntergrenzen-Regelung seien die Anforderungen allerdings komplexer. Es fehlten Produktinformationen und konkrete Vorgaben zu Nachweisen. Zudem seien mehr Unterstützungsangebote für die Umsetzung notwendig.

WEED ist der Ansicht, dass Eigenklärungen kein wirksames Mittel darstellen, die Verletzungen von ILO-Kernarbeitsnormen zu verhindern oder auch nur einzudämmen. - Die neue EU-Richtlinie zur klassischen Auftragsvergabe ermögliche, eine vereinfachte Einforderung von glaubwürdigen Nachweisen für die Einhaltung von Sozial- und Umweltstandards. Für Produkte, für die es bereits glaubwürdige Nachweise gebe, sollten diese eingefordert werden. Dies betreffe bspw. Sportbälle, Textilien, Lebensmittel und Natursteine aber auch für IKT-Produkte gebe es inzwischen Nachweise, die eingefordert werden könnten. Zudem gebe es inzwischen mehrere Orientierungshilfen, die Beschaffer/innen helfen, ein entsprechendes Siegel zu fordern. Orientierungshilfe böte bspw. die von der GIZ und SKEW aufgebaute und komplett überarbeitete Internetplattform Kompass Nachhaltigkeit. Falls für bestimmte Produkte noch keine adäquaten Nachweise verfügbar seien, sollte von Bietern zumindest ein Bemühen verlangt werden, Verletzungen von Menschen- und Arbeitsrechten auszuschließen, bspw. durch die Einforderung von zielführenden Maßnahmen im Rahmen von Verträgen, die der Bieter bzw. das beauftragte Unternehmen während der Vertragslaufzeit durchführen müsste. Zum anderen sei auch die Vorlage von Konzepten zur Sicherung von Arbeitsrechten im Rahmen des Auswahlverfahrens eine mögliche Alternative. Es sei nicht leicht und auch nicht immer möglich, die gesamte Lieferkette komplett nachvollziehbar darzulegen. Aber das sollte Bieter nicht von der Pflicht entbinden seine Geschäftstätigkeit auf menschenrechtliche Folgen zu prüfen und sofern das möglich sei auch nachzuweisen. Zur Unterstützung der Vergabestellen sollte eine Verwaltungsvorschrift nach dem Vorbild der VwVBU eingeführt werden.

1.3.6 Frauenförderung

Die Evaluierung der Frauenförderverordnung ist in § 8 Absatz 2 FFV geregelt. Es wird diesbezüglich auf Nr. III.1 des Zwölften Berichts über die Umsetzung des Berliner Landesgleichstellungsgesetzes gemäß § 19 LGG vom 13.01.2016 verwiesen: <http://pardok.parlament-berlin.de/starweb/adis/citat/VT/17/DruckSachen/d17-2663.pdf>

Der Vergabebericht ist dementsprechend nur eine Ergänzung des o.a. Berichts, insbesondere im Hinblick auf die im BerlAVG verankerte Kontrolle sowie den Sanktionsmöglichkeiten.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

a) Ausreichender Regelungsinhalt

Dem **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** liegen keine Erkenntnisse darüber vor, ob die vergaberechtlichen Frauenfördermaßnahmen zu einer signifikanten Erhöhung des Anteils von weiblichen Beschäftigten in Baubetrieben geführt habe.

Nach Ansicht des **BME** ist diese Regelungen nicht zielführend (Begründung vgl. b)). Es stelle sich zudem die Frage, wieso das BerlAVG die bestehende Frauenförderverordnung nochmals aufnehmen müsse.

Die **HWK** hält den Regelungsumfang für ausreichend.

Die **IHK** bezweifelt, dass mit der Verpflichtung zur Frauenförderung, das allgemein politische Ziel der Verbesserung der Arbeitsbedingungen für Frauen erreicht werden könne. Das Verlangen nach Vorlage eines Frauenförderungsplans helfe dabei nicht. Frauenförderung sei darüber hinaus als Vergabekriterium abzulehnen, weil sie insbesondere kleinere Unternehmen vor unlösbare Probleme stelle. Das Erstellen eines Frauenförderungsplans und die Verpflichtung zum Nachweis dessen Umsetzung bereite gerade dann enorme Schwierigkeiten, wenn sie in Branchen tätig seien, in denen wie im gewerblichen Bereich Fachfrauen nicht in ausreichender Zahl zur Verfügung stünden. Auch stelle sich hier die Frage, wie die Vergabestellen den erheblichen Aufwand hinsichtlich der Überprüfung der Pläne, Analyse und Bericht bewältigen wollten. Außerdem sei eine Verpflichtung zur Frauenförderung im Hinblick auf die Waren- und Dienstleistungsfreiheit fragwürdig.

Der **DGB** und **WEED** sehen in der Regelung einen sinnvollen Anreiz, um die Bemühungen privater Unternehmen zur Förderung von Frauen im Unternehmen zu stärken, zumal seit langem in der Diskussion befindliche bundesgesetzliche Regelungen immer noch nicht eingeführt sei.

b) Sinnhaftigkeit der Frauenförderung bei Baumaßnahmen

Für den **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** sind die Maßnahmen zur Frauenförderung bei der Vergabe von Bauleistungen kein sinnvolles Instrument zur Förderung der Beschäftigung von Arbeitnehmerinnen. Dies belege auch die bisherige Praxis seit Einführung der Vorschrift. Der Anteil weiblicher Beschäftigter am Bau liege seit Jahrzehnten konstant im einstelligen Prozentbereich. Der Grund hierfür liege u.a. beim Image (z.B. schwere körperliche Arbeit) der Bauberufe. Bei der Gewinnung von Nachwuchskräften gelinge es Baubetrieben kaum, junge Frauen für eine Ausbildung in einem Bauberuf zu begeistern.

Auch der **BME** merkt an, dass die Vorgaben zur FFV im Baubereich nicht sinnvoll und praxisfern seien. Ein Bestehen auf den Vorgaben der Frauenförderung sei - beim aktuellen Personalschlüssel der Baubranche - ein weiterer Grund für das Fehlen von Bietern bei öffentlichen Vorhaben. Die Regelungen des BerlAVG zur Frauenförderung seien nur auftragsbezogen und nicht unternehmensbezogen anzuwenden. Dies erschwere eine Prüfung ungemein, da die Fragestellung "Wurden spezifisch bei der Produktion der von uns bestellten Charge X der Ware Y Frauen gefördert?" nicht, oder nur mit großen Problemen zu beantworten bzw. zu prüfen sei. Die eventuelle Existenz eines FG Frauenförderplans könne hier lediglich ein Indiz

sein. Eine nachhaltige Frauenförderung im Unternehmen sei nur im Rahmen einer Präqualifikation für das gesamte Unternehmen zu erreichen.

Die **HWK** hält diese Regelung nicht für sinnvoll. Insbesondere im Baubereich könne die fehlende körperliche Eignung für Bauberufe nur in den allerseltensten Fällen durch frauenfördernde Maßnahmen überwunden werden. Angesichts des Fachkräftemangels wären die Betriebe des Bauhandwerks generell gerne bereit, geeignete weibliche Arbeitskräfte zu beschäftigen, aber Bewerbungen in diesem Bereich blieben aus.

Aus Sicht des **DGB** gibt es keinen Grund, die Maßnahmen zur Frauenförderung nach Branchen zu differenzieren. Der DGB regt an, die Aufnahme von Kriterien der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie in § 10 BerlAVG (Bevorzugte Vergabe) zu prüfen. Dies würde das beschäftigungspolitisch wichtige Ziel einer breiteren Beteiligung von Frauen am Erwerbsleben unterstützen.

1.3.7 Ausbildungsbetriebe

Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen erhalten im Rahmen der geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen bei den - den Regelungen der §§ 1, 7 und 8 entsprechenden und sonst gleichwertigen Angeboten - die Unternehmen bevorzugt den Zuschlag, die Ausbildungsplätze bereitstellen, sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen. Als Nachweis ist von den Unternehmen eine Bescheinigung der für die Berufsausbildung zuständigen Stellen vorzulegen. Die Regelung ist den Unternehmen in den Vergabeunterlagen bekannt zu machen. Dabei ist auf die Nachweispflicht hinzuweisen (§ 10 BerlAVG).

Stellt der Auftraggeber bei der Wertung fest, dass gemäß § 10 BerlAVG völlig gleichwertige Angebote vorliegen, ist von den für den Zuschlag in Frage kommenden Bietern eine Bescheinigung der für die Berufsausbildung zuständigen Stellen einzuholen.

Die Regelung wird von öffentlichen Auftraggebern als unkritisch erachtet. Zwar begrüßt im Rahmen der Evaluierung 2016 die überwiegende Zahl der befragten Verbände die Regelung, die Auftraggeber weisen jedoch darauf hin, dass in der Praxis höchst selten gleichwertige Angebote vorlägen. Es entstünde somit ein bloßer bürokratischer Aufwand ohne jeglichen Nutzen.

Die für Arbeit zuständige Senatsverwaltung hat zur Wirksamkeit der Maßnahme wie folgt Stellung genommen:

„Es liegen keine Erkenntnisse vor, in wie vielen Fällen gleichwertige Angebote vorlagen und daraufhin der § 10 BerlAVG Anwendung fand.“

Die Zahl der arbeitslosen Jugendlichen im Alter zwischen 15 und 25 Jahren ist in Berlin von 20.845 im Juni 2012 kontinuierlich auf 13.236 Personen im Juni 2016 gesunken. Auch ist die Arbeitslosenquote der Jugendlichen zwischen 15 und 25 Jahren in Berlin von 13,0 Prozent im Juni 2012 auf nunmehr 9,1 Prozent im Juni 2016 zurückgegangen. Damit konnte Berlin in diesem Zeitraum auch einen stärkeren Rückgang an Jugendarbeitslosigkeit verzeichnen als im Bundesdurchschnitt. Diese positive Entwicklung ist nicht autark erfolgt, sondern wurde durch eine Reihe von Aktivitäten und Maßnahmen der Berliner Landesregierung initiiert und unterstützt.

Die Wirtschafts- und Sozialpartner haben sich mit der Berliner Landesregierung gemeinsam als Partner der Berliner Vereinbarung zur Nachwuchskräfteversicherung für Unternehmen durch Ausbildung auf gemeinsame Ziele und entsprechende Beiträge der Partner zur Erreichung dieser Ziele verständigt. Die zuständigen Senatsverwaltungen unterstützen auf vielfältige Weise diese Ziele.

Neben dem Aufbau der Jugendberufsagentur Berlin mit zwölf regionalen Standorten gemeinsam mit den Vereinbarungspartnern Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft, der Bundesagentur für Arbeit und den Berliner Bezirken habe die Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen mit dem Programm ‚BerlinArbeit‘ konkrete Maßnahmen geschaffen, um junge Menschen in Ausbildung und Arbeit zu bringen:

- Komm auf Tour
 - Berliner Programm zur vertieften Berufsorientierung (BVBO)
 - Berlin braucht dich!
 - Landesprogramm Mentoring
 - Förderung der Berufsausbildung durch das Land Berlin
 - Berliner Ausbildungsplatzprogramm (BAPP)
- sowie in Kooperation mit der Senatsverwaltung für Bildung, Jugend und Wissenschaft:
- Maßnahmen zur Senkung der Zahl der Schulabgänger/innen ohne Schulabschluss
 - „Landeskonzept Berufs- und Studienorientierung Berlin“
 - Berliner Netzwerk für Ausbildung
 - Integrierte Berufsausbildungsvorbereitung an OSZ.

Es ist allerdings nicht möglich zu bestimmen, wie hoch der Anteil der einzelnen Instrumente und Maßnahmen an dem erfolgreichen Abbau der Arbeitslosigkeit und dem Aufbau der betrieblichen Ausbildungsplätze ist. Dies gilt auch für das BerlAVG. Grundsätzlich richtet sich der Fachkräftebedarf in den Berufsbereichen des Berliner Arbeitsmarktes an der strukturellen Entwicklung der Berliner Wirtschaft aus. Die Landesregierung kann lediglich Unterstützung bieten und Anreize schaffen. Hier setzt auch die Intention der Regelung des § 10 BerlAVG an. Eine Erhebung der Zahl ausbildungsbereiter Unternehmen in den genannten Berufsgruppen/-bereichen liegt nicht vor. Eine stichprobenartige Analyse der Daten der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg der Bundesagentur für Arbeit zu gemeldeten Berufsausbildungsstellen zeigt: In der Berufsgruppe „541 Reinigung“ waren 267 Berufsausbildungsstellen im September 2011 gemeldet, 318 im September 2015. Im gesamten Berufsbe- reich „3 Bau, Architektur, Vermessung, Gebäudetechnik“ waren 1.269 Berufsausbildungsstellen im September 2011 gemeldet, 1.162 im September 2015.

Die Zahl der bei der Regionaldirektion Berlin-Brandenburg der Bundesagentur für Arbeit gemeldeten betrieblichen Ausbildungsplätze ist insgesamt von 11.387 im beginnenden Ausbildungsjahr 2011 auf 13.016 Ausbildungsplätze für das beginnende Ausbildungsjahr 2015 angestiegen. Es liegen keine Erkenntnisse vor, ob die Regelungen in § 10 BerlAVG die duale Berufsbildung fördere bzw. hierdurch eine Zunahme der ausbildungsbereiten Unternehmen zu beobachten ist.“

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** sehen in der Bevorzugung von Ausbildungsbetrieben ein sinnvolles Instrument zur Förderung junger Menschen.

Der **BME** schlägt vor, die Regelung aus dem BerlAVG zu streichen, da eine Bevorzugung aufgrund des Merkmals "Ausbildungsbetrieb" unrealistisch sei. Nach den Erfahrungen der BME-Mitglieder sei eine Situation, in der absolut gleichwertige Angebote vorlägen, nie vorgekommen, da es immer fachliche oder ökonomische Unterschiede gebe, die zu gewichten seien.

Die **HWK** hält die Regelung für sinnvoll und kritisiert ihre fehlende Anwendung.

Für die **IHK** ist die Förderung der Berufsausbildung für die Sicherung des Fachkräftebedarfs in der Zukunft wichtig. Soweit eine Kontrolle der Vorgabe jedoch nicht möglich sei, sollte auf die Regelung verzichtet werden.

Die Regelung ist aus Sicht des **DGB** ein sinnvoller Anreiz, um die nach wie vor rückläufige Ausbildungsbereitschaft privater Unternehmen zu stärken. Deshalb solle die Regelung verbindlicher ausgestaltet und auch in die Kontrollen einbezogen werden.

2. Arbeit der Vergabestellen

2.1 Grundsätzliches

Sofern der vorliegende Vergabebericht Aussagen zu der Arbeit der Vergabestellen machen kann, beschränken sich diese auf deren Anwendung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes.

Das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz richtet sich direkt an die öffentlichen Auftraggeber Berlins, die öffentliche Aufträge eigenverantwortlich vergeben und ebenso eigenverantwortlich kontrollieren, ob die vereinbarte Leistung vertragsgemäß erbracht wurde.

Die Vergabeorganisation ist in Berlin sehr zersplittert. Aufgrund des in Berlin geltenden Prinzips der dezentralen Fach- und Ressourcenverantwortung obliegen in der unmittelbaren Verwaltung Vergabeorganisation, Vergabemanagement und Vertragsmanagement grundsätzlich den Leistungs- und Verantwortungszentren, d.h., den jeweiligen Vergabestellen⁴. Die mittelbare Verwaltung (Anstalten, Stiftungen und Körperschaften des öffentlichen Rechts, Beteiligungsgesellschaften des Landes Berlin) ist bei der Gestaltung ihrer Organisation, auch im Hinblick auf die Vergabe von Aufträgen, autonom.

Eine gewisse Konzentration der Beschaffung gibt es nur in den folgenden Bereichen: Der Senat hat mit dem Landesverwaltungsamt und dem IT- Dienstleistungszentrum (ITDZ) zentrale Beschaffungsstellen errichtet, die in Teilen der Verwaltung weitgehend identische Bedarfe zusammenfassen, insbesondere Büromaterial, Büromöbel und Schulausstattung sowie IT-Technik. Bei der Berliner Immobilien GmbH werden die Bedarfe der Hauptverwaltung im Bereich des Facility Managements (insbesondere Bauunterhaltung, Reinigung, Sicherheits- und Pförtnerdienste, Wartung- und Instandsetzung) gebündelt. Auch die Bezirke bündeln unter Umständen ihre Bedarfe und beauftragen einen Bezirk mit dem Vergabeverfahren. Das so genannte Sammelbestellverfahren ist in den Ausführungsvorschriften zu § 55 LHO geregelt.

Um die Arbeit der Vergabestellen zu erleichtern, hat die für Wirtschaft zuständige Senatsverwaltung im Benehmen mit der für Bauen sowie der für Frauen zuständigen Senatsverwaltung Formularmuster für Vertragsbedingungen und Eigenerklärungen erarbeitet, die die Anforderungen des BerlAVG umsetzen. Die Verwendung der Formulare stellt eine rechtskonforme Vergabe sicher. Die genannten Formulare und Eigenerklärungen sind im Internet im Vergabeservice unter <http://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/formulare/> hinterlegt. Die öffentlichen Auftraggeber, die den Bestimmungen von § 55 Absatz 2 LHO unterliegen, sind grundsätzlich verpflichtet, die Formulare des Senats zu verwenden. Im Rahmen der Tätigkeit der Kontrollgruppe wurde wiederholt festgestellt, dass Vergabestellen des Landes Berlin und andere öffentliche Auftraggeber vom Gesetzestext abweichende Vertragsbedingungen formuliert haben, die sich als wirkungslos oder sogar rechtswidrig herausstellten.

Im Zuge der stichprobenartigen Überprüfung ist aufgefallen, dass einige Vergabestellen der Meinung waren, eine jährliche Erklärung der jeweils bietenden Unternehmen, dass sie die Anforderungen des BerlAVG bei der Auftragsausführung einhalten würden, sei ausreichend. Entsprechend haben diese Vergabestellen keine Erklärungen von den bietenden Unternehmen gefordert; die Erklärungen wurden entsprechend auch nicht Vertragsbestandteil. Ohne Erklärung ist er nicht verpflichtet, bei der Auftragsausführung die Vertragsbedingungen gemäß dem BerlAVG zu beachten. Ohne Erklärung und vertragliche Verpflichtung haben die Auftraggeber oder die Kontrollgruppe, sofern die Überprüfung auf diese delegiert wird, weder eine rechtliche Grundlage für eine Überprüfung noch eine zu überprüfende vertragliche Bestimmung. Entsprechende Vertragsbedingungen sind mit jedem Angebot anzuerkennen und als Vertragsbestandteil zu vereinbaren, damit das BerlAVG angewendet werden kann.

⁴ S. auch unter (Reichweite des Gesetzes).

Lediglich die für den Nachweis der Eignung erforderliche Eigenerklärung zur regelmäßigen Entrichtung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen kann – insofern vereinfacht – durch die Teilnahme an einem Präqualifikationssystem (z.B. durch Vorlage einer ULV-Bescheinigung) erbracht werden. Die bei der Senatsverwaltung für Wirtschaft eingerichtete Kontrollgruppe hat keine generelle Befugnis, Fehler bei der Anwendung des BerlAVG zu kontrollieren. Sie weist die öffentlichen Auftraggeber jedoch in ihren Kontrollberichten auf etwaige Pflichtverletzungen hin.

Mit der Einrichtung der Kontrollgruppe im Februar 2014 konnte die Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe auch eine entsprechende Beratungstätigkeit gegenüber den Vergabestellen aufnehmen.

2.1.1 Wertgrenzen

Das Gesetz findet auf alle Vergabevorgänge ab einem geschätzten Auftragswert von 10.000 Euro netto, hinsichtlich des Mindestlohns ab einem geschätzten Auftragswert von 500 Euro netto Anwendung (§ 1 Absatz 6 Satz 4 BerlAVG).

Im Rahmen der Evaluierung 2016 hat sich ein ganz überwiegender Teil der öffentlichen Auftraggeber - nicht zuletzt im Interesse einer Vereinheitlichung der Vielzahl von zu beachtenden Wertgrenzen - dafür ausgesprochen, die Wertgrenze des BerlAVG mit den Wertgrenzen für die freihändige Vergabe zu harmonisieren. Die Wertgrenze für die freihändige Vergabe liegt für Liefer- und Dienstleistungen bei 10.000 Euro netto, für Hochbauleistungen bei 20.000 Euro netto und für alle anderen Bauleistungen bei 50.000 Euro netto. Die öffentlichen Auftraggeber haben wiederholt berichtet, dass unterhalb von 10.000 Euro in vielen Fällen Angebote nur schwer zu erhalten sind, wenn diese – von den Unternehmen als bürokratisch überfrachtet empfundene – Vertragsbestimmungen enthalten. Dadurch erschwere sich die Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand in erheblichem Maße und aufgrund des eingeschränkten Kreises der Wettbewerber entstünden Mehrkosten.

Die nachfolgenden Stellungnahmen belegen, dass die Angemessenheit der Wertgrenzen thematisiert wird, daneben aber auch Unklarheit darüber besteht, was unter dem ab einem Auftragswert von 500 Euro netto zu prüfenden „Mindestlohn“ zu verstehen ist. Während der Bauindustrieverband von dem Mindestentgelt im Sinne des § 1 Absatz 4 BerlAVG auszugehen scheint, lässt sich mit guten Gründen auch vertreten, dass darunter alle Bestimmungen, die eine Mindestentlohnung vorsehen, zu fassen sind. Dann wäre ab der genannten Auftragssumme zu prüfen, ob bei der Auftragsausführung nach einem für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag, nach dem bundesweit geltenden Mindestlohn oder hilfsweise nach dem Mindestentgelt des BerlAVG entlohnt wird. Eine gesetzliche Klarstellung würde hier für mehr Sicherheit sorgen.

Auch die Verbände sehen die Wertgrenzen des BerlAVG kritisch und haben wie folgt Stellung genommen:

Aus Sicht des **Bauindustrieverbandes** und der **FG Bau** erscheinen die Wertgrenzen sachgerecht, um bei Vergaben kleinerer Aufträge den bürokratischen Aufwand zu minimieren. Die Aufgreifschwelle von 500 Euro beim Mindestlohn spiele wegen des höheren Mindestlohns am Bau (z. Zt. 11,25 Euro in Berlin) keine Rolle. Die **FG Bau** schlägt eine Angleichung der Wertgrenzen an die im Brandenburgischen Vergabegesetz festgelegte Anwendungsschwelle von 3.000 Euro vor.

Der **BME** ist der Ansicht, dass die Wertgrenze für den Mindestlohn, besonders im Hinblick auf vergleichbare Gesetzesvorgaben anderer Bundesländer, zu niedrig sei und zu unverhältnismäßig hohen und formalen Bearbeitungsaufwand in den Vergabestellen führen würde. Sollte eine Berliner Mindestlohnregelung parallel zum MiLoG weiterhin Teil des BerlAVG

bleiben, sei ein einheitlicher Auftragswert von 10.000 Euro auch in Mindestlohnfragen vorzuziehen.

Die **IHK** betont, dass die Wertgrenze von 10.000 Euro zu niedrig sei und in keinem Verhältnis zu dem hohen bürokratischen Aufwand und den damit verbundenen Kosten stehe, die ab Erreichen der Wertgrenze für die Unternehmen anfielen. Gerade kleine und mittelständische Unternehmen sähen vor diesem Hintergrund von einer Beteiligung an Vergabeverfahren ab. Mit einer Anhebung der Wertgrenze könne für einzelne kleinere Beschaffungsvorgänge der Aufwand verringert werden. Kleine und mittelständische Unternehmen profitierten von den Erleichterungen und wären dann motivierter, sich an Ausschreibungen und Vergaben des Landes Berlins zu beteiligen.

Der **DGB** hält die Wertgrenze für den Mindestlohn für notwendig, um dieses grundlegende Kriterium verbindlich abzufordern. Die Wertgrenze von 10.000 Euro sei zu hoch, da ein Großteil der Vergaben in Berlin aufgrund der dezentralen Beschaffungsstruktur unter einem Auftragswert von 10.000 Euro getätigt werde.

WEED spricht sich für eine Herabsetzung der Wertgrenzen aus. Die Wertgrenze von 10.000 Euro sei zu hoch angesetzt, da ein Großteil der Beschaffungen in Berlin unterhalb dieses Schwellenwertes läge. Viele Produkte, die häufig unter Verletzung der ILO-Kernarbeitsnormen produziert würden, wie z.B. Fußbälle, Textilien, Kaffee, Orangensaft, Lebensmittel, Werbeartikel, Steine, seien mit einem Schwellenwert von 10.000 Euro nicht erfasst und fielen aus dem Schutzbereich des Gesetzes zur Einhaltung öko-sozialer Standards heraus. Gerade bei den Produktgruppen und Produkten, für die entsprechende Zertifizierungen vorlägen, werden die Beschaffungen aufgrund der geringen Auftragssumme unterhalb der Wertgrenze getätigt. Auch in der Evaluation der VwVBU werde eine Anwendung der Vorschrift bereits ab einem Schwellenwert von 500 Euro empfohlen, um mehr positive Effekte wie Kosteneinsparung und verringerte Schadstoffemissionen durch umweltfreundliche Beschaffung erzielen zu können.

2.1.2 Fehlende Härtefall-Regelung

Aufgrund der in der Praxis der Vergabestellen aufgetretenen Probleme bei der Beschaffung bestimmter Produkte erscheint eine Härtefall-Regelung im BerlAVG erforderlich. Die Auftraggeber können Vertragskonditionen nicht immer durchsetzen. Bei weltweit gehandelten Leistungen (z.B. bei Fahrzeugen, Automaten oder IuK-Technik) oder bei einem Alleinstellungsmerkmal des Bieters oder des Produkts (z.B. bei Softwarelizenzen oder Ersatzteilen) ist dies nicht der Fall und die Auftraggeber haben nur die Wahl, auf die Beschaffung zu verzichten oder gegen das Gesetz zu verstoßen, wenn Bieter sich weigern, die Erklärungen nach dem BerlAVG abzugeben und kein Angebot abgeben. Einige Behörden können im Rahmen einer Abwägung bei einer Gesetzeskollision die Regelungen des BerlAVG zurückstellen, z.B. wegen des Vorrangs der Einhaltung von Bundesrecht oder bei konkurrierenden Landesgesetzen, z.B. zugunsten der Aufrechterhaltung von Sicherheit und Ordnung. Es ist daher eine generelle Öffnungsklausel, die der Bedarfsdeckung der öffentlichen Hand Vorrang gewährt, erforderlich. Eine derartige Härtefallregelung sieht auch die auf dem BerlAVG beruhende Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU) vor.⁵ Auch das Vergaberecht er-

⁵ „Beschaffungen im Rahmen dieser Verwaltungsvorschriften müssen innerhalb der hierfür vorgesehenen Haushaltsansätze erfolgen, dürfen nicht die bedarfsgerechte Versorgung der Verwaltung gefährden und nicht zu höheren Beschaffungskosten in einem Haushaltsjahr führen. In begründeten Ausnahmefällen ist der Auftraggeber berechtigt, von den Anforderungen dieser Verwaltungsvorschrift abzuweichen, wenn er im Rahmen seiner Vorüberlegungen nach Abschnitt I, Nummer 5 für eine Beschaffung zu dem Ergebnis kommt, dass keine umweltverträglichen Produkte und Leistungen für den jeweiligen Verwendungszweck geeignet sind und somit keine oder nur solche Angebote eingehen würden, deren Bezuschlagung nicht mit dem Grundsatz der wirtschaftlichen Mittelverwendung vereinbar wäre. Die Gründe für eine Abweichung sind zu dokumentieren und der für den Umweltschutz zuständigen Senatsverwaltung mitzuteilen.“

kennt an, dass die Bedarfsdeckung Vorrang hat und gesteht den öffentlichen Auftraggebern in zahlreichen Fällen ein breites Ermessen zu, auch Unternehmen Aufträge geben zu können, die eigentlich nicht die erforderliche Eignung bzw. Gesetzestreue besitzen.

Diese Problematik tritt insbesondere auf bei der Beschaffung von Fahrzeugen, Maschinen und elektronischen Geräten, Ersatzteilen und Softwarelizenzen. Ferner sind die Vertragsbedingungen im Rahmen des BerlAVG gegenüber ausländischen Unternehmen schwer vermittelbar. Besonders betroffen sind die Forschungseinrichtungen mit ihren zum Teil sehr spezifischen Beschaffungsbedarfen, die unter Umständen weltweit nur ein einziges ausländisches Unternehmen befriedigen kann. Völlig unmöglich ist die Durchsetzung der Vertragsbedingungen des Landes Berlin bei der Buchung von Bahn- oder Flugreisen sowie Hotelunterkünften sowie der Teilnahme an Veranstaltungen.

Mit der zunehmenden Auslastung der Baubetriebe ist zu erwarten, dass auch bei der Vergabe von Bauleistungen mangels Angeboten Engpässe entstehen können.

2.1.3 Aufgreifschwelle bei Zweifeln an der Angemessenheit des Angebots

Bei begründeten Zweifeln an der Angemessenheit des Angebots kann die Vergabestelle sich zur Überprüfung der Auskömmlichkeit des abgegebenen Angebots von dem Bieter die Kalkulationsunterlagen vorlegen lassen. Die Vorschrift dient dem Schutz des Auftraggebers vor der Gefahr, dass das ausführende Unternehmen die Leistung wegen der unzureichenden Entlohnung nicht oder nicht ordnungsgemäß erbringen könnte. Begründete Zweifel im Sinne von Satz 1 können insbesondere dann vorliegen, wenn der angebotene Preis mindestens zehn Prozent unter dem nächsthöheren Angebot oder dem Schätzpreis der Vergabestelle liegt. Kommt der Bieter innerhalb der von der Vergabestelle festgelegten Frist dieser Vorlagepflicht nicht nach, so ist er von dem weiteren Verfahren ausgeschlossen (§ 3 BerlAVG).

Die Anwendung der Vorschrift bereitet den öffentlichen Auftraggebern keine Probleme.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Der **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** halten die Regelung für sinnvoll, um unseriös kalkulierende Bieter auszuschließen. In der Praxis aber würden erhebliche Preisabweichungen jedoch häufig "irgendwie" begründet und zweifelhaften Begründungen werde nicht immer konsequent nachgegangen, wenn sich Vergabestellen den vermeintlich "günstigen Preis" sichern möchten. Strengere Maßstäbe bei der Überprüfung seien daher zu begrüßen.

Aus Sicht des **BME** gebe es bei der Anwendung dieser Regelung keine Probleme.

Die **HWK** hält diese Regelung für sachgerecht, um Angeboten zu Dumpingpreisen entgegenzuwirken.

Die **IHK** betont, dass das eingeräumte Ermessen des öffentlichen Auftraggebers schwer mit dem Zweck der Regelung, Dumpingangebote auszuschließen, vereinbar sei. Die Vergabestelle sollte dazu verpflichtet sein, sich bei begründetem Zweifel an der Angemessenheit des Angebotes die Kalkulation des Bieters vorlegen zu lassen.

Die Regelung ist aus Sicht des **DGB** und **WEED** sinnvoll, um Dumpingangebote auszuschließen und Dumpinganbietern keinen Wettbewerbsvorteil zu verschaffen, insbesondere bei Ausschreibungen, bei denen der Preis das einzige oder prozentual am höchsten gewichtete Zuschlagskriterium sei.

2.2 Einzelne Bestimmungen des BerlAVG

2.2.1 Tariftreue, Mindestlohn gemäß MiLoG und Mindestentgelt gemäß BerlAVG

Das BerlAVG verlangt, dass bei allen Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträgen ab 500 Euro netto von den Unternehmen, die sich um den Auftrag bewerben, eine Erklärung abgegeben wird, dass sie Arbeitskräfte, die sie bei der Erfüllung des Auftrags einsetzen, entweder nach dem nach dem Arbeitnehmer-Entsendegesetz einzuhaltenden Tarifvertrag, aber auf jeden Fall mit mindestens 8,50 Euro brutto Stundenlohn bezahlen werden (§ 1 Absätze 2 und 4). Durch Rechtsverordnung wurde dieser Wert nach Ende des Berichtszeitraums inzwischen auf 9 Euro angehoben.

Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung zur Tariftreue oder Mindestentlohnung gefordert, so muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen. Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber auf Verlangen nachzuweisen (§ 1 Absatz 6 BerlAVG).

Bei sämtlichen Auftragsvergaben sind die entsprechenden Formulare „Eigenerklärung zu Tariftreue, Mindestentlohnung und Sozialversicherungsbeiträgen“ den Angebotsunterlagen beizufügen, bzw. vom Bieter einzuholen. Im Angebot fehlende bzw. nicht unterschriebene Erklärungen führen zum Ausschluss des betreffenden Angebots.

Auch ohne die Regelungen des BerlAVG sind die öffentlichen Auftraggeber verpflichtet zu kontrollieren, ob der Auftragnehmer alle ihm nach dem geschlossenen Vertrag obliegenden Pflichten, zu denen auch die von ihm abgegebenen Erklärungen gehören, erfüllt hat und er damit berechtigt sein Entgelt fordern kann. Gemäß Nr. 10.3.2 der Ausführungsvorschriften zu § 55 Landeshaushaltsordnung (LHO) übernimmt innerhalb der unmittelbaren Landesverwaltung der Beauftragte für den Haushalt oder der Titelfürsprecher die Verantwortung dafür, dass bei einem öffentlichen Auftrag alle sonstigen im Zusammenhang mit dem Auftrag stehenden Vorschriften eingehalten worden sind. Hierzu gehört u.a. auch die Einhaltung der im BerlAVG vorgesehenen Auflagen und Pflichten der Auftragnehmer sowie Nachunternehmer. Darüber hinaus gelten die Regelungen des Bürgerlichen Gesetzbuches für die Abwicklung und Kontrolle der von den Vergabestellen mit dem jeweiligen Unternehmen abgeschlossenen Aufträge.

Die öffentlichen Auftraggeber kritisieren teilweise, dass sich die Pflicht zur Zahlung des Mindestlohns bei Lieferaufträgen als äußerst unpraktisch erwiesen habe, weil es sich bei einem Kaufvertrag um eine nur sehr kurzzeitige Beziehung zwischen der Vergabestelle und einem Unternehmen handle. Das geltende Gesetz verlange auch für diese Aufträge, dass die Verkaufsperson oder die mit der späteren Anlieferung des Kaufgegenstandes befasste Person für die kurze Vertragsdauer, während der sie mit der Erledigung des Auftrages beschäftigt seien, das Mindeststundenentgelt erhalten und das Unternehmen eine entsprechende schriftliche Erklärung darüber abgeben müsse. Bei einem Lieferanten oder Lieferwagenfahrer sei das nur ein Bruchteil einer Stunde. Nur für diesen Zeitraum habe sich das Unternehmen dazu verpflichtet, Nachweise über die Zahlung von Mindestlohn vorzulegen und entsprechende Kontrollen zu dulden.

Probleme bestünden laut den öffentlichen Auftraggebern auch mit Bietern mit Sitz im Ausland und mit Bietern, die im Ausland produzierten. Im Europäischen und außereuropäischen Ausland würden die Forderungen oftmals nicht verstanden. Ausländische Unternehmen un-

terzeichneten die Erklärung nicht bzw. würden die Besonderen Vertragsbedingungen nicht anerkennen.

2.2.2 Verpflichtung von Nachunternehmern

Wird bei einer Auftragsvergabe eine Erklärung zur Tariftreue oder Mindestentlohnung gefordert, so muss der Anbieter sich jeweils auch dazu verpflichten, dass er von einem von ihm beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einem Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangt, seinen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht. Diese Verpflichtung erstreckt sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen. Der jeweils einen Auftrag weiter Vergebende hat die jeweilige schriftliche Übertragung der Verpflichtung und ihre Einhaltung durch die jeweils beteiligten Nachunternehmer oder Verleiher sicherzustellen und dem öffentlichen Auftraggeber auf Verlangen nachzuweisen (§ 1 Absatz 6 BerlAVG).

Es ist zu prüfen, das BerlAVG hinsichtlich der Nachunternehmererklärung zu novellieren. Hauptauftragnehmer und Nachunternehmer bzw. Verleiher von Arbeitskräften unterliegen häufig unterschiedlichen arbeits- und tarifrechtlichen Bestimmungen. In § 1 Absatz 6 wäre klarzustellen, dass die arbeits- und tarifrechtlichen Bedingungen, denen die Nachunternehmer und Verleiher unterliegen, von diesen einzuhalten sind und nicht die, denen der Hauptauftragnehmer unterliegt.

Im Berichtszeitraum hat der Europäische Gerichtshof entschieden, dass Auftragnehmer mit Sitz im Ausland nicht zu Tariftreue oder Mindestentgelten verpflichtet werden können, sofern die vertraglichen Leistungen im Ausland erbracht werden (EuGH, Urteil vom 18.09.2014, Rs. C-549/13). Das BerlAVG muss auch in diesem Punkt an die Rechtslage angepasst werden.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Nach Ansicht des **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** widerspricht die verbindliche Benennung (und Bindung) der Nachunternehmer dem Vergaberecht im Oberschwellenbereich und sei auch nicht angemessen, weil vor dem Zuschlag mangels Hauptauftrages auch noch keine bindenden Unteraufträge erteilt werden könnten. Es könne sich mithin lediglich um bloße Absichtserklärungen handeln. Auch sei die Verpflichtung des Anbieters verfehlt, dass er von einem durch ihn beauftragten Nachunternehmer oder von einem von ihm oder einen Nachunternehmer beauftragten Verleiher verlangte, dessen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die der Bieter selbst einzuhalten verspricht. Diese Verpflichtung erstreckte sich auf alle an der Auftragserfüllung beteiligten Unternehmen. Die Regelung bedeute, dass die Mindestlöhne, welche für den Bieter gelten, auch von allen Nachunternehmern des Bieters einzuhalten seien, obwohl es für den einzelnen Nachunternehmer vielleicht geringere eigene (gesetzliche/tarifliche) Mindestlöhne gebe. Das habe zur Folge, dass der Mindestlohn des Bauhauptgewerbes auch für alle Nebengewerke zu zahlen sei. Nachunternehmer sollten daher verpflichtet sein, nur die für ihre Branche geltenden Mindestbedingungen einzuhalten. § 1 Absatz 6 Satz 1 des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes sei daher zu streichen bzw. zu ändern.

Der **BME** beobachtet, dass die im BME vertretenen öffentlichen Auftraggeber zunehmend über einen reduzierten Lieferantenkreis klagten; insbesondere im Baubereich würden teilweise keine Angebote von KMU mehr an öffentliche Auftraggeber abgegeben. Bei internationalen Lieferanten, insbesondere aus USA, Japan, China (und in Kürze wohl auch aus Großbritannien) seien die verpflichtenden Nachunternehmererklärungen kaum durchzusetzen, da regelmäßig die rechtliche Grundlage dieser regionalen Maßnahme im internationalen Handelsverkehr angezweifelt werde.

Die **HWK** gibt zu bedenken, dass es in der Praxis oftmals nicht möglich sei, zum Zeitpunkt der Angebotsabgabe bereits sämtliche Nachunternehmer zu benennen.

Der **DGB** führt aus, dass bei einer wirkungsvolleren Kontrollstruktur die Benennung der Nachunternehmer auch zu einem späteren Zeitpunkt ausreichend sei. Im Unterschied zur allgemeinen Prüfung der Zuverlässigkeit, Eignung und Gesetzestreue, die durch den öffentlichen Auftraggeber erfolge, werde die stichprobenbasierte Kontrolle der Einhaltung vertraglich garantierter Arbeitsbedingungen auf die Unternehmen verlagert.

WEED hält es für ausreichend, wenn Verpflichtungserklärungen spätestens bei Ausführung des Auftrags eingereicht würden. Der Auftragnehmer solle nachweisen, dass von ihm beauftragte Nachunternehmer, ebenso wie er selbst, alle Verpflichtungen des BerIAVG einhielten.

2.2.3 Gleicher Lohn für gleiche Arbeit

Die Regelung wird von den öffentlichen Auftraggebern als unkritisch erachtet.

2.2.4 Sozialversicherungsbeiträge

Diverse Vergabestellen holen Nachweise über die Entrichtung der Sozialversicherungsbeiträge weiterhin von allen Bietern ein. Dies geschieht, obwohl § 4 BerIAVG bestimmt, dass Vergabestellen die Nachweise von dem Bieter einholen können, der den Zuschlag erhalten soll. Aufgrund höchstrichterlicher Rechtsprechung (vgl. BGH, Urteil v. 03.04.2012 - Az.: X ZR 130/10) dürfen ferner Nachweise von Nachunternehmern innerhalb des Vergabeverfahrens nur eingefordert werden, soweit dies zumutbar ist. Damit werden die Bieter mit überflüssigen Bürokratiekosten belastet.

2.2.5 Umweltgerechte Vergabe

Die für Umwelt zuständige Senatsverwaltung entwickelt die Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU - in einem verstetigten Prozess fort. Siehe hierzu das entsprechende Gutachten:

<http://www.stadtentwicklung.berlin.de/sen/uvk/service/gesetzestexte/de/beschaffung/studie/evaluierung.shtml>

2.2.6 Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen

Bei der Vergabe von Bau-, Liefer- oder Dienstleistungen ist darauf hinzuwirken, dass keine Waren Gegenstand der Leistung sind, die unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind. Aufträge über Lieferleistungen dürfen nur mit einer Ergänzenden Vertragsbedingung vergeben werden, die den Auftragnehmer verpflichtet, den Auftrag gemäß der Leistungsbeschreibung ausschließlich mit Waren auszuführen, die nachweislich unter bestmöglicher Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen gewonnen oder hergestellt worden sind. Dazu sind entsprechende Nachweise von den Bietern zu verlangen. Entsprechendes gilt für Waren, die im Rahmen der Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen verwendet werden (§ 8 BerIAVG).

Die zu ergreifenden Maßnahmen gelten **nur** für folgende Waren:

- Produkte aus Naturleder (einschließlich Sportbällen aus Naturleder)
- Naturtextilien, insbesondere aus Baumwolle
- handgefertigte Teppiche
- Natursteine
- Produkte aus Holz
- Kaffee, Kakao, Tee
- Südfrüchte, Fruchtsäfte, Wein
- Gewürze, Honig, Reis, Trockenfrüchte, Nüsse, Zucker, Süßwaren
- Fischereiprodukte
- Feuerwerkskörper, Zündhölzer
- Schnittblumen, Topfpflanzen

In der Praxis sind den Vergabeunterlagen zwei Formulare beizufügen: Die „Besonderen Vertragsbedingungen zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen“, die mit Abgabe des Angebots vom Bieter anerkannt werden und die „Eigenerklärung zur Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen“, die nur bei einer nicht möglichen Beibringung eines Zertifikats, bzw. eines Herkunftsnachweises, für jedes Produkt einzeln abzugeben wären.

Die Evaluierung 2016 hat ergeben, dass die Handhabung dieser Vorschrift die öffentlichen Auftraggeber oft vor Probleme stellt oder aber, dass sie die Anwendung dieser Vorschrift in einer nicht von der Zielsetzung des BerlAVG beabsichtigten Weise vereinfachen. So akzeptieren die Vergabestellen die nachstehend im Wortlaut wiedergegebene Eigenerklärung als Nachweis der „bestmöglichen Beachtung“ im Sinne des § 8 Absatz 2 BerlAVG, ohne dem Inhalt nähere Beachtung zu schenken:

„Ich erkläre/Wir erklären, dass die Vorlage eines Nachweises darüber, dass die vertraglich vereinbarte Lieferung der Ware gemäß § 8 Absatz 2 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz nicht unter Missachtung der in den ILO-Kernarbeitsnormen festgelegten Mindeststandards gewonnen oder hergestellt worden sind, nicht möglich ist.

Trotz intensiven Bemühens konnten diesbezügliche Zertifikate nicht ermittelt werden.

Ich bin mir/Wir sind uns bewusst, dass eine wissentlich falsche Erklärung meinen/unseren Ausschluss von weiteren Auftragserteilungen zu Folge haben und mein/unser Unternehmen bis zur Dauer von drei Jahren von der Vergabe öffentlicher Aufträge ausgeschlossen werden kann.“

Die Inhalte der Vertragsbedingungen wie auch der Eigenerklärung werden nur unzureichend gewürdigt. Selbst in Fällen, in denen der Bieter an Stelle der Eigenerklärung einen Nachweis vorlegt, wird dieser von den Auftraggebern in vergaberechtlich unzulässiger Weise entweder als Teil der Eignungsprüfung oder als Teil der Angebotswertung verstanden und die Maßnahme dementsprechend mit der Zuschlagerteilung als abgeschlossen erachtet. Eine in § 5 BerlAVG vorgesehene Kontrolle wird oft nicht durchgeführt.

Im Hinblick auf die „bestmögliche“ Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen wurde zudem ein Widerspruch zwischen dem Gesetzeswortlaut und der Gesetzesbegründung festgestellt. Der Begriff „bestmöglich“ lässt darauf schließen, dass damit Einhaltung möglichst aller ILO-Kernarbeitsnormen gemeint ist. Nach der Gesetzesbegründung ist jedoch ausreichend, wenn zumindest eine der Kernarbeitsnormen erfüllt wird.

Nimmt man den Gesetzeswortlaut, so ist davon auszugehen, dass die „bestmögliche Beachtung“ der ILO-Kernarbeitsnormen in den westlichen Industrienationen verwirklicht werden dürfte, die als demokratische Rechtsstaaten entsprechende Schutzrechte gesetzlich verankert haben. Beispielhaft sei hier genannt, dass Natursteinprodukte aus Norwegen oder Polen solchen aus Brasilien oder Indien bei der Anwendung des § 8 BerlAVG immer vorzuziehen wären, da dortige Unternehmen im Regelfall nur im Hinblick auf eine oder zwei ILO-Kernarbeitsnormen zertifiziert sind. Auf der Grundlage der Gesetzesbegründung hätten zertifizierte Produkte aus anderen Staaten lediglich die gleiche Wertigkeit.

2.2.7 Frauenförderung

Für alle Auftragsvergaben gilt § 9 BerlAVG in Verbindung mit § 13 des Landesgleichstellungsgesetzes in der jeweils geltenden Fassung. Bei allen Auftragsvergaben ist von den bietenden Unternehmen eine Erklärung zur Förderung von Frauen entsprechend den dazu erlassenen Regelungen in der jeweils geltenden Frauenförderverordnung abzugeben (§ 9 BerlAVG). Nach § 1 der FFV sind die Regelungen bei Liefer- und Dienstleistungsaufträ-

gen ab einem Auftragswert von 25.000 Euro und bei Bauaufträgen ab 200.000 Euro anzuwenden.

Es wurde in Zusammenarbeit mit der für Frauen bzw. der für Wirtschaft zuständigen Senatsverwaltungen ein Formular entwickelt, welches eine Eigenerklärung und Besondere Vertragsbedingungen erhält, die von den Bietern unterschrieben werden müssen. Das Formular ist zur einen Hälfte eine Anlage der FFV.

Die für Frauen zuständige Senatsverwaltung hat zur Anwendung des § 9 bei der Auftragsvergabe folgende Stellungnahme abgegeben:

„Über die Einhaltung der Frauenförderverordnung liegen derzeit die Ergebnisse des 12. LGG-Berichts vor (Erhebungszeitraum 01.07.2012 bis 30.06.2014). Insgesamt registrierten Verwaltung und Unternehmen des Landes in diesem Zeitraum 8.671 Auftragsvergaben mit Verpflichtung zur Frauenförderung. In 819 Fällen seien Nachweise über die Umsetzung der Verpflichtung verlangt; in 24 Fällen sei dieser Nachweis nicht erbracht worden.

Aus dem 12. LGG-Bericht geht weiterhin hervor, dass drei Sanktionen ausgesprochen wurden. Bei einer stichprobenartig vorgenommenen Überprüfung der Aussagekraft der Angaben in diesem Bericht wurde deutlich, dass die gesetzlichen Vorgaben von den Vergabestellen teils unterschiedlich interpretiert werden. So wurde irrtümlich angenommen, dass es sich bei dem abgefragten Nachweis um die Erklärung der Auftragsnehmenden zu Frauenfördermaßnahmen im Prüfungsverfahren nach § 5 Absatz 1 i.V.m. § 1 Absatz 2 FFV handelt. In diesem Zusammenhang wurde als Sanktion verstanden, dass Angebote, die diese Einwilligung nicht enthalten, von den Vergabestellen erst gar nicht weiter geprüft werden. Letzteres stellt jedoch die – zwingende - Rechtsfolge des Nichteinreichens der erforderlichen Erklärung nach § 5 Absatz 1 FFV noch im Prüfverfahren dar. Die eigentlichen vorgeschriebenen nachträglichen Kontrollen gemäß § 6 FFV wurden daher in weniger als den angegebenen Fällen tatsächlich durchgeführt. Gleiches gilt für die Sanktionen gemäß § 7 FFV.

Diese punktuelle Recherche macht deutlich, dass es weiteren Schulungsbedarf in Sachen Umsetzung der FFV seitens der Vergabestellen gibt, um eine einheitliche Anwendung der FFV zu gewährleisten.

Aufgrund der unterschiedlichen Interpretationen der FFV seitens der einzelnen Vergabestellen soll von einer detaillierteren Erhebung in Bezug auf die Art der eingereichten Nachweise zunächst abgesehen werden.

Diese punktuelle Recherche machte deutlich, dass es weiteren Schulungsbedarf in Sachen Umsetzung der FFV seitens der Vergabestellen gibt, um eine einheitliche Anwendung der FFV zu gewährleisten.

Aufgrund der unterschiedlichen Interpretationen der FFV seitens der einzelnen Vergabestellen sollte von einer detaillierteren Erhebung in Bezug auf die Art der eingereichten Nachweise jedoch zunächst abgesehen werden.

Die seinerzeit für die Umsetzung der FFV zuständige Senatsverwaltung für Arbeit, Integration und Frauen hat im Oktober 2016 allen Vergabestellen, die Anwendbarkeit der FFV nochmals erläutert und auf eine noch konsequentere Einhaltung der FFV hingewiesen“

Nach dem 13. LGG-Bericht (Erhebungszeitraum 01.07.2014 bis 30.06.2016) wurden in der Verwaltung und in den öffentlichen Einrichtungen des Landes Berlin rund 30.400 Auftragsvergaben registriert, die unter den Anwendungsbereich der FFV fielen. Es handelte sich größtenteils um öffentliche Aufträge durch die Anstalten und Stiftungen öffentlichen Rechts sowie der Senatsverwaltungen. Im Berichtszeitraum wurden insgesamt 3.400 Nachweise geprüft. Da zwischen Vergabe und Nachweisprüfungen mitunter ein größerer zeitlicher Ab-

stand besteht, muss nicht unbedingt ein direkter Zusammenhang zwischen der im 13. LGG-Bericht aufgeführten Zahl der geprüften Nachweise und der Zahl der Vergaben bestehen.

Die Senatsverwaltung für Gesundheit, Pflege und Gleichstellung stellt auf ihrer Internetseite umfangreiche Materialien mit weitergehenden Informationen und Hilfestellungen in Bezug auf die FFV zur Verfügung:

<https://www.berlin.de/sen/frauen/recht/landesgleichstellungsgesetz/frauenfoerderverordnung/>

2.3 Kontrollmöglichkeit

Gemäß § 5 Ansatz 2 BerlAVG haben die ausführenden Unternehmen vollständige und prüf-fähige Unterlagen zur Prüfung der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen bereitzuhalten und auf Verlangen dem öffentlichen Auftraggeber vorzulegen.

Die öffentlichen Auftraggeber führen bei den Auftragnehmern stichprobenartig Kontrollen durch, um die Einhaltung der vertraglich vereinbarten, nachfolgend genannten Auflagen und Pflichten zu überprüfen:

- nach dem AEntG einzuhaltende Tarifverträge (§ 1 Absatz 2),
- Entlohnung gemäß einschlägiger Tarifverträge bei der Vergabe von Leistungen über öffentliche Personennahverkehrsdienste (§ 1 Absatz 3),
- andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte (z.B. Mindestlohn nach dem MiLoG),
- Mindestentgelt (§ 1 Absatz 4),
- Verpflichtung von Nachunternehmern und Verleihern von Arbeitskräften (§ 1 Absatz 6),
- Nachweis der vollständigen Entrichtung von Beiträgen (§ 4),
- umweltverträgliche Beschaffung (§ 7),
- Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen (§ 8 Absätze 2 und 3),
- Frauenförderung (§ 9).

Die kontrollierenden Personen dürfen – sofern vertraglich vereinbart – zu Kontrollzwecken Einblick in die Entgeltabrechnungen der ausführenden Unternehmen, in die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen an in- und ausländische Sozialversicherungsträger, in die Unterlagen über die Abführung von Steuern und Beiträgen an in- und ausländische Sozialversicherungsträger, in die Unterlagen über die Abführung von Beiträgen an in- und ausländische Sozialkassen des Baugewerbes und in die zwischen den ausführenden Unternehmen abgeschlossenen Verträge nehmen. Die Unternehmen haben ihre Beschäftigten auf die Möglichkeit solcher Kontrollen schriftlich hinzuweisen (§ 5 Absatz 1 Satz 5 BerlAVG).

Die Kontrolltätigkeit beruht auf einem zivilrechtlichen Vertrag, den der Auftragnehmer mit der jeweiligen Vergabestelle geschlossen hat. Eine hoheitlich-rechtliche Kontrolltätigkeit der vertraglich vereinbarten Maßnahmen ist nicht vorgesehen. Ob eine hoheitliche Kontrolle zivilrechtlicher Verträge rechtlich möglich ist, ist fraglich. Eine im Zusammenhang mit der Kontrollgruppe empfundene Vergleichbarkeit mit der Kontrolltätigkeit des Zolls besteht nicht. Der Zoll nimmt Kontrollen auf der Grundlage des Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetzes, des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes, des Mindestlohngesetzes sowie des Sozialgesetzbuches, Teil X, vor. Es handelt sich um unmittelbar geltende arbeitsrechtliche Regelungen auf Bundesebene, die aufgrund des Subsidiaritätsprinzips keinen Raum für eine landesrechtliche Regelung eröffnen (siehe auch die Ausführungen zum Mindestentgelt). Das BerlAVG macht hingegen nur Vorgaben für die Ausgestaltung zivilrechtlicher Verträge, deren Einhaltung entsprechend bislang auch zivilrechtlich überprüft wird.

Eine Änderung des BerlAVG dahingehend, die öffentlichen Auftraggeber oder die Kontrollgruppe dennoch mit entsprechenden hoheitlichen Befugnissen auszustatten, wäre gesondert

zu prüfen. Zweifel bestünden aber bereits an der Praxistauglichkeit einer solchen Ausgestaltung. Da es sich beim BerlAVG um ein Landesgesetz handelt, wäre die Kontrollbefugnis auf Auftragnehmer, Nachunternehmer und Arbeitskräfteverleiher innerhalb der Landesgrenzen beschränkt. Für die Kontrolle von Auftragnehmern mit Sitz außerhalb Berlins wäre das Land Berlin in großem Umfang auf die Amtshilfe der betreffenden Bundesländer angewiesen.

Als hinderlich für die Kontrollpraxis hat sich auch erwiesen, dass das BerlAVG in § 5 lediglich eine „Einsichtnahme“ in die Unterlagen vorsieht. Die Möglichkeit der Übermittlung und Vorlage von Unterlagen ist gesetzlich nicht geregelt. Führt also ein Auftragnehmer die für die Überprüfung erforderlichen Unterlagen an einem Standort außerhalb Berlins und ist zu einer Zusendung nicht bereit, ist im Einzelfall zu entscheiden, ob die Einsichtnahme vor Ort in einem angemessenen Verhältnis zum Wert des Auftrags steht.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

a) Hinreichende Kontroll-Regelungen

Nach den Erkenntnissen des **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** scheitern effektive Kontrollen weniger an den gesetzlichen Kompetenzen zur Prüfung, sondern an fehlenden personellen Ressourcen der Vergabestellen. Eine nähere Bestimmung der geforderten stichprobenartigen Kontrollen sei daher kein sinnvolles Instrument zur besseren Durchsetzung der gesetzlichen Bestimmungen.

Der **BME** sieht weiteren Regelungsbedarf. Die Durchführung von Stichprobenkontrollen sei - mit Ausnahme der Regelungen zur FFV - nicht hinreichend geklärt. Es fehlten Ausführungsvorgaben und spezifische rechtliche Ermächtigungen. Daher erfolgten nach Informationen des BME die Mehrzahl der von den Auftraggebern durchgeführten Stichprobenkontrollen ausschließlich schriftlich, bzw. in Abstimmung mit der Senatskontrollgruppe.

Von der **HWK** werden die gesetzlichen Regelungen als hinreichend bestimmt erachtet.

Der **DGB** sieht weiteren Regelungsbedarf, insbesondere für das Tätigwerden der Kontrollgruppe, da Kontrollen nicht oder nicht ausreichend stattfänden. Viele Berliner Vergabestellen seien personell nicht in der Lage, ihrer formal bestehenden - selbst stichprobenartigen - Kontrollpflicht nachzukommen. Die Kontrollgruppe dürfe nur auf Anforderung tätig werden, was offenbar aus Opportunitätsgründen eher selten geschehe. Erfahrungen aus anderen Bundesländern zeigten, dass effektive Kontrollen oftmals keine Mehrausgaben verursachten, da die Kosten durch aufgedeckte Verstöße und den daraus resultierenden Vertragsstrafen kompensiert würden.

Die Folge der fehlenden Kontrollen sei eine erhebliche Wettbewerbsverzerrung zulasten tarifgebundener Unternehmen, die sich oftmals gar nicht mehr an Ausschreibungen beteiligten, so zum Beispiel bei der Schulreinigung.

WEED ist der Ansicht, dass bisher zu wenige Kontrollen stattfinden. Weder seien die meisten Berliner Vergabestellen personell in der Lage, ihrer Kontrollpflicht nachzukommen noch sei die bisher eingerichtete Kontrollgruppe mit ihrem Auftrag ausreichend ausgestattet. Die Kontrollgruppe dürfe nur auf Anforderung tätig werden (wenn es für die Vergabestelle inhaltliche Probleme gibt; ein Problem bestände jedoch dann nicht, „wenn die Vergabestelle meint, sie habe nicht das Personal für eine konkrete Stichprobe“ RS 1/2014). Zudem bestehe ein großes Hindernis für die Arbeit der Kontrollgruppe darin, dass ein Tätigwerden vertraglich in den Ausschreibungsunterlagen festgehalten sein muss. Deshalb müssten die öffentlichen Auftraggeber in enger Zusammenarbeit mit der Kontrollgruppe die effektive Umsetzung der vorgegebenen Stichprobenkontrollen garantieren und die beauftragten Unternehmen vertraglich zur Einhaltung der gemäß BerlAVG geforderten Unterlagen verpflichten. In der Praxis werde dies in vielen Fällen vertraglich nicht festgehalten, was eine Kontrolle unmöglich mache.

b) Übernahme der 5 %-Regelung der FFV ins das BerlAVG (Kontrolle von mindestens 5 % aller Vergaben)

Für den **Bauindustrieverband** und die **FG Bau** ist eine solche Regelung nur sinnvoll, wenn die personellen Ressourcen für eine Kontrolle vorhanden sind. Den Verbänden lägen keine Erkenntnisse vor, dass aufgrund der ggf. höheren Kontrolldichte bei der Durchsetzung der FFV die gesetzlichen Ziele dieser Vorschrift besser erreicht würden.

c) Kontrolle nur durch Kontrollgruppe, Einrichtung einer Datenbank

Aus Sicht des **Bauindustrieverbandes** und der **FG Bau** ist nicht entscheidend, wer, sondern dass die Einhaltung der geforderten Normen und Standards effektiv durchgesetzt werde, damit die sich gesetzestreu verhaltenden Wirtschaftsteilnehmer keinen Wettbewerbsnachteil gegenüber gesetzeswidrig Handelnden hätten.

Der **BME** befürwortet die Durchführung der geforderten Stichproben durch die Senatskontrollgruppe. Die Auftraggeber verfügten vielfach nicht über ausreichend Kapazität, Sachkompetenz und Legitimation, um Einsicht in interne Kalkulationsunterlagen der Auftragsnehmer sowie Steuer- und Personaldokumente nehmen zu können. Die Datenschutzproblematik und die mögliche Einsicht in Betriebsgeheimnisse seien nicht geklärt. Zudem sei es aus Sicht des Wettbewerbs problematisch, wenn ein Auftraggeber durch die Kenntnis interner Unterlagen der Lieferanten den Markt einseitig nutzen könne und somit quasi gleichzeitig Spieler und Schiedsrichter sei. Die Stichproben sollten daher - analog zu anderen Bundesländern - durch eine übergeordnete Einrichtung, etwa eine zentrale Kontrollgruppe, den Zoll oder eine andere Behörde durchgeführt werden. Eine bundesweite, einheitliche Datenbank für Stichproben werde befürwortet. Diese Datenbank könnte etwa beim Zoll oder beim BAFA angesiedelt sein. Eine eigene Berliner Datenbank mit besonderen Berliner Kriterien wäre nach Ansicht des BME zu kleinteilig.

Die **HWK** befürwortet eine Kontrollmöglichkeit für jede öffentliche Vergabestelle.

Auch der **DGB** und **WEED** halten es für sinnvoll, dass die Kontrollen ausschließlich durch die vom Senat eingerichtete zentrale Kontrollgruppe durchgeführt werden und eine zentrale Datenbank über die Stichprobenkontrollen eingerichtet wird. Transparenz in den Stichprobenkontrollen würde zu verantwortlichem Handeln und Einhaltung gesetzlicher Regelungen seitens der Unternehmen beitragen.

2.4. Sanktionen

2.4.1 Vertragsstrafe

Um die Einhaltung der aus dem BerlAVG resultierenden Verpflichtungen des Auftragnehmers zu sichern, ist zwischen dem Auftraggeber und dem Auftragnehmer für jeden schuldhaften Verstoß regelmäßig eine Vertragsstrafe zu vereinbaren. Der Auftragnehmer ist zur Zahlung einer Vertragsstrafe auch für den Fall zu verpflichten, dass der Verstoß durch einen von ihm eingesetzten Nachunternehmer oder einen von diesem eingesetzten Nachunternehmer begangen wird (§ 6 Absatz 1 BerlAVG).

Die Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Fall, dass der Auftragnehmer oder sein Nachunternehmer seiner Mitwirkungspflicht bei der Kontrolle der eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen nicht nachkommt, etwa indem er keine prüffähigen Unterlagen vorlegt, ist in § 6 BerlAVG nicht vorgesehen.

Der Senat stellt Formulare mit entsprechenden Vertragsbedingungen zur Verfügung, die den Angebotsunterlagen beigefügt werden können.⁶

⁶ <http://www.berlin.de/vergabeservice/vergabeleitfaden/formulare/>

Dem Senat ist ein Fall einer Vertragsstrafe wegen Verstoßes gegen die Tariftreue-Mindestlohnregelung bekannt geworden, die vom Auftraggeber gegenüber dem Hauptauftragnehmer veranlasst wurde. Die Vertragsstrafe wurde akzeptiert. Der Verstoß wurde durch einen Nachunternehmer verursacht.

Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Dem **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.

Der **BME** sieht in der Vereinbarung von Vertragsstrafen zwischen Auftragnehmer und Lieferant grundsätzlich keine Probleme. Allerdings sei dem Verband bisher kein Fall bekannt geworden, in dem Vertragsstrafen aus dem BerlAVG in Ansatz gebracht wurden. Dies sei auch den Auftragnehmern bekannt. Die vorgelegten Papiere würden häufig in dem beiderseitigen Wissen unterschrieben, dass Kontrollen sehr unwahrscheinlich seien. Es stelle sich die Frage nach dem praktischen Nutzen der Regelung, wenn mögliche Vertragsverletzungen durch die Auftragnehmer oder deren Nachunternehmer unentdeckt blieben bzw. nicht geahndet würden.

Die **HWK** merkt an, dass dem Auftragnehmer Kontrollpflichten auferlegt würden, die er zum Teil gar nicht überwachen könne und die auch nicht im Zusammenhang mit dem Unternehmenszweck, d.h. der Erbringung von Leistungen, stünden. Insofern sei die Haftung für Verstöße in der Nachunternehmer-Kette problematisch.

Nach Ansicht der **IHK** schrecke die fehlende Exkulpationsmöglichkeit viele Auftragnehmer ab, Nachunternehmer einzusetzen. Da überwiegend mittelständische Unternehmen als Nachunternehmer eingesetzt würden, stelle sich diese Regelung in der Konsequenz als mittelstandsfeindlich dar.

Der **DGB** sieht Defizite bei der Verhängung von Sanktionen. Selbst konkreten Hinweisen von Gewerkschaften zu Verstößen (Beispiel Schulreinigung) werde nicht nachgegangen. Die effektive Ermittlung von Verstößen und Verhängung wirkungsvoller Sanktionen seien wichtige Signale gegenüber den Bietern, dass Dumpingstrategien zumindest mit einem relevanten Risiko verbunden seien.

WEED bemängelt die fehlenden Kontrollen. Wenn Kontrollen fehlten, würden auch keine Vertragsstrafen verhängt oder – weitergehend - ein Auftrag gekündigt werden. Es seien verstärkte Kontrollen sowie eine effektive Ermittlung von Verstößen und die Anwendung wirkungsvoller Sanktionen erforderlich, um Bietern zu verdeutlichen, dass Verstöße gegen das BerlAVG sowie Dumpingstrategien mit einem relevanten Risiko verbunden seien.

2.4.2 Vertragskündigung

Die Auftraggeber haben mit dem Auftragnehmer zu vereinbaren, dass die schuldhafte Nichterfüllung der Anforderungen gemäß BerlAVG durch den Auftragnehmer oder seine Nachunternehmer den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung berechtigen (§ 6 Absatz 2 BerlAVG).

Dem Senat ist kein Fall einer Vertragskündigung bekannt geworden. Die Verbände haben wie folgt Stellung genommen:

Dem **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.

Der **HWK** sind keine Probleme bekannt.

Die **IHK** trägt vor, dass das Recht zur fristlosen Kündigung den Auftragnehmer in Fällen benachteilige, in denen die schuldhafte Nichterfüllung durch einen Nachunternehmer erfolge.

Hier solle dem Auftragnehmer die Möglichkeit eingeräumt werden, den Nachunternehmer auszutauschen.

2.4.3 Auftragssperre

Von der Teilnahme an einem Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag sowie als Nachunternehmer sollen alle Unternehmen bis zu einer Dauer von drei Jahren ausgeschlossen werden, die gegen die Pflichten und Auflagen verstoßen (§ 6 Absatz 3 BerlAVG).

Dem Senat ist kein Fall einer Auftragssperre bekannt geworden. Die Verbände haben jeweils wie folgt Stellung genommen:

Dem **Bauindustrieverband** und der **FG Bau** liegen hierzu keine Erkenntnisse vor.

Der **HWK** sind keine Probleme bekannt, allerdings müsse die Dauer des Ausschlusses der Schwere der Pflichtverletzung und des Auflagenverstoßes angemessen sein.

Die **IHK** bemängelt die fehlende Exkulpationsmöglichkeit für den Auftragnehmer, die dazu führe, dass der Auftragnehmer auch für einen vom Nachunternehmer begangenen Verstoß zu sperren sei.

3. Arbeit der zentralen Kontrollgruppe

3.1 Grundsätzliches

Schwerpunkt der Überprüfungen der zentralen Kontrollgruppe war im Berichtszeitraum die Überprüfung der Einhaltung der Tariftreue, des Mindestlohns nach dem MiLoG sowie des Mindestentgelts gemäß BerlAVG. Ferner wurden die gemäß Frauenförderverordnung vereinbarten Maßnahmen kontrolliert. Auch die Kontrolle der Umweltverträglichkeit der Beschaffung gemäß VwVBU war aufgrund der vereinbarten Vertragsbedingungen Gegenstand der Prüfung. Vereinzelt umfassten die Prüfaufträge auch die Kontrolle der Einhaltung der Maßnahmen zur Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen.

Im Jahr 2015 haben öffentliche Auftraggeber 61 Vergabeverfahren mit insgesamt 99 Auftragnehmern und Nachunternehmern zur Überprüfung an die Kontrollgruppe abgegeben. Hiervon konnten 20 Vergabeverfahren aufgrund fehlender vertraglicher Vereinbarungen über die Einhaltung der Anforderungen des BerlAVG zwischen den öffentlichen Auftraggebern und den Auftragnehmern nicht überprüft werden.

Im Bereich der Bauleistungen wurde ein Verstoß gegen die vereinbarte Verpflichtung zur Mindestentlohnung durch einen Nachunternehmer festgestellt. Der Nachunternehmer hatte die für die Auftragsausführung eingesetzten Arbeitnehmer nicht nach dem maßgeblichen für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag entlohnt. Der öffentliche Auftraggeber sanktionierte den Verstoß in der Folge gegenüber dem Hauptauftragnehmer mit einer Vertragsstrafe in Höhe der für diesen Fall vereinbarten Vertragsstrafe von einem Prozent der Auftragssumme.

Die geprüften Vergabeverfahren wurden 2015 ausschließlich von der unmittelbaren Landesverwaltung übermittelt (Senatsverwaltungen, Bezirksämter sowie nachgeordnete Behörden) und bestanden mehrheitlich aus Liefer- und Dienstleistungen.

Im Jahr 2016 wurden 80 Vergabeverfahren mit insgesamt 92 Auftragnehmern und Nachunternehmern kontrolliert. Hiervon konnten 17 Vergabeverfahren aufgrund fehlender vertraglicher Vereinbarungen gemäß BerlAVG keine Kontrollen vorgenommen werden. Neben der unmittelbaren Landesverwaltung haben erstmalig öffentliche Auftraggeber der mittelbaren Landesverwaltung Fälle zur Prüfung an die Kontrollgruppe übertragen. Die Prüfaufträge umfassten im überwiegenden Teil Dienst- und Lieferleistungen. Vier Fälle betrafen die Bereiche der Gebäudereinigung und der Schulspeisung.

In rund 80 Prozent der Fälle wurde die Prüfung innerhalb von drei Monaten abgeschlossen. Bei Aufträgen im Baubereich wird häufig die vollständige Auftragsausführung auf mehrere Subunternehmen übertragen, was – aufgrund der Komplexität der Vertragsverhältnisse – zu längeren Bearbeitungszeiten der Kontrollgruppe führte. Die Nachunternehmen müssen wie die ausführenden Auftragnehmer einer eigenständigen Kontrolle nach dem BerlAVG unterzogen werden.

Das BerlAVG sieht in § 5 lediglich die Möglichkeit der Einsichtnahme zu Kontrollzwecken vor. Eine Vor-Ort-Kontrolle von Unternehmen insbesondere mit Sitz außerhalb Berlins muss immer unter Beachtung des in § 7 Landeshaushaltsordnung verankerten Wirtschaftlichkeits- und Sparsamkeitsprinzips erfolgen und die Verhältnismäßigkeit der durch die Kontrollhandlung verursachten Kosten zu der in Frage stehenden Auftragssumme berücksichtigen.

3.2 Personelle Ausstattung der Kontrollgruppe

Der Senat hat durch Senatsbeschluss vom 14.05.2013 die zentrale Kontrollgruppe gemäß § 5 Absatz 1 Satz 1 BerlAVG eingesetzt. Die Kontrollgruppe ist bei der Senatsverwaltung für Wirtschaft, Energie und Betriebe eingerichtet. Die zentrale Kontrollgruppe ist seit dem Jahr

2016 von drei auf acht Stellen verstärkt worden. Zwei weitere Stellen sind im Doppelhaushalt 2016/2017 mit einem Sperrvermerk vorgesehen. Bei Steigerung der Fallzahlen können diese im Falle des Bedarfs besetzt werden.

3.3 Verhältnis der öffentlichen Auftraggeber zur zentralen Kontrollgruppe

Gemäß § 5 Absatz 1 Sätze 1 und 2 BerlAVG führen die öffentlichen Auftraggeber stichprobenartig Kontrollen durch, „um die Einhaltung der in § 1 Absatz 2 bis 4 und 6, §§ 4 und 7, § 8 Absatz 2 und 3 und § 9 vorgesehenen Auflagen und Pflichten zu überprüfen. Der Senat richtet dazu eine zentrale Kontrollgruppe ein“.

Nähere Angaben zum Verhältnis von öffentlichem Auftraggeber und Kontrollgruppe oder zur Aufgabenstellung der Kontrollgruppe sind weder dem Gesetz noch einer Gesetzesbegründung zu entnehmen. Zwar legt der Gesetzestext („zentrale Kontrollgruppe“) die Annahme nahe, dass die Kontrollgruppe die Hauptverantwortung bei der Überprüfung der Einhaltung der Bestimmungen des BerlAVG trägt. In Anbetracht der Vielzahl der öffentlichen Aufträge in Berlin und der begrenzten personellen Ausstattung der Kontrollgruppe kann dies jedoch nicht intendiert sein. Hinzu kommt, dass den öffentlichen Auftraggeber nach dem Gesetz primär die Kontrollpflicht übertragen ist. Die Kontrollgruppe kann nur tätig werden, wenn die öffentlichen Auftraggeber die Aufgabe der Prüfung auf die Kontrollgruppe übertragen. Auf der Grundlage des Senatsbeschlusses vom 14.05.2013 ist die Aufgabe der Kontrollgruppe dahingehend zu interpretieren, dass die „zentrale Kontrollgruppe“ zusätzlich zu den öffentlichen Auftraggebern unterstützend tätig wird.

Die Kontrollgruppe kann nur im Auftrag der Vergabestellen tätig werden. Nur die öffentlichen Auftraggeber haben Kenntnis von den von ihnen geschlossenen Verträgen. Aufgrund dieses Verhältnisses von öffentlichem Auftraggeber zu Kontrollgruppe ist eine Auswahl der zu prüfenden Fälle unter Gesichtspunkten wie der Schwerpunktsetzung bei bestimmten Branchen nicht möglich. So hat der Gesetzgeber die Bestimmungen zur Mindestentlohnung insbesondere mit Blick auf diejenigen Branchen eingefügt, die für ihr niedriges Lohnniveau bekannt sind. Die Übertragung von Aufträgen über Gebäudereinigung und Sicherheitsdienstleistungen zur Prüfung sind jedoch die Ausnahme geblieben. Nur eine begrenzte Anzahl der unmittelbaren Landesverwaltung zuzurechnenden Verwaltungen haben der Kontrollgruppe bislang Fälle zur Prüfung übersandt, die Verwaltungen der mittelbaren Landesverwaltung machen von dem Angebot der Übernahme der Prüfung weit überwiegend keinen Gebrauch.

Bei der Unterstützungstätigkeit sind datenschutzrechtliche Vorgaben des Bundes- und Landesdatenschutzrechts einzuhalten. Dies betrifft auch die Zusammenarbeit zwischen Behörden wie öffentlichen Auftraggebern und der Kontrollgruppe innerhalb des Landes Berlin.

3.4 Schwierigkeiten bei der Kontrolle

Die zentrale Kontrollgruppe hat bei der Ausübung ihrer Aufgaben Folgendes festgestellt:

Mehrfach konnten die Stichprobenkontrollen nicht durchgeführt werden, weil die öffentlichen Auftraggeber die erforderlichen Erklärungen im Vergabeverfahren von den bietenden Unternehmen nicht abgefordert haben bzw. die Besonderen Vertragsbedingungen nicht vereinbart wurden.

Entsprechend kann auch keine Kontrolle durchgeführt werden. Die öffentlichen Auftraggeber wurden über solchen Fälle in Kenntnis gesetzt und aufgefordert, die gesetzlichen Vorgaben zukünftig zu beachten.

Im Bereich der Bauleistungen haben Auftragnehmer die von ihnen eingesetzten Nachunternehmer vielfach nicht zur Beachtung der Frauenförderverordnung verpflichtet, obwohl die Teilleistung über den jeweiligen Wertgrenzen lag. Dies führte dazu, dass die Einhaltung der Frauenfördermaßnahmen bei den Nachunternehmern nicht kontrollierbar war. Dasselbe gilt auch für die Verpflichtung und Kontrolle der Einhaltung der tarifrechtlichen und öffentlich-rechtlichen Bestimmungen über Mindestentgelte.

Die Maßnahmen gemäß § 8 BerlAVG – Beachtung der ILO-Kernarbeitsnormen – können von den Auftraggebern nur im Rahmen der Leistungserbringung anhand der vorzulegenden Nachweise geprüft werden. Aufgrund der Unsicherheiten in der Handhabung der Maßnahmen zu den ILO-Kernarbeitsnormen durch die öffentlichen Auftraggeber war eine entsprechende Kontrolle oft nicht möglich. Vereinzelt wurden die zugesicherten Produkteigenschaften durch die Auftragnehmer entgegen der Erklärung nicht eingehalten. Ein besonderes Problem besteht im Bereich der Schulspeisung oder des Caterings. Hier können in der Praxis durch die Vermischung der Zutaten mitunter keine Lieferketten im Einzelnen mehr festgestellt bzw. nachgewiesen werden. Zertifikate werden jedoch nur für einzelne Produkte ausgestellt. Die Rekonstruktion der Lieferketten oder Beibringung der Zertifikate hat sich in der Praxis als zeitintensiv herausgestellt.

Insgesamt war festzustellen, dass bei den öffentlichen Auftraggebern aufgrund des komplexen und unübersichtlichen bei der Auftragsvergabe zu beachtenden Vergaberechts Unsicherheiten bei der Rechtsanwendung bestehen.

Auch im Hinblick auf datenschutzrechtliche Vorgaben haben sich Probleme bei der Kontrolle ergeben: Die Offenlegung durch Übermittlung oder eine andere Form der Bereitstellung personenbezogener Daten fällt unter den Begriff der „Datenverarbeitung“ (Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung). Unternehmen haben wiederholt den Einblick in Unterlagen verweigert, die personenbezogene Daten enthalten. Dadurch war eine Kontrolle nicht möglich.

4. Ausblick

Der Senat wird das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz und die Vergabe öffentlicher Aufträge nutzen, um im Rahmen des rechtlich Zulässigen eine nachhaltige - an ökologischen, sozialen und geschlechtergerechten Kriterien ausgerichtete - wirtschaftliche Entwicklung zu unterstützen. Die Vergabepolitik wird dem Grundsatz „öffentliches Geld nur für gute Arbeit“ folgen. Der Senat hält auch nach der Einführung eines bundesweiten gesetzlichen Mindestlohns eine eigenständige Mindestentgeltregelung nach dem Vergabegesetz für notwendig. Der Senat hat deshalb den Mindestlohn nach dem BerlAVG bereits zum 1. August 2017 auf neun Euro angehoben und wird ihn ggf. jährlich, mindestens jedoch alle zwei Jahre, an die geänderten wirtschaftlichen und sozialen Verhältnisse anpassen. Die Verfahren werden mit dem Ziel der Vereinfachung überprüft. Darüber hinaus wird der Senat prüfen, wie bei der Vergabe öffentlicher Aufträge weitere öko-soziale Maßnahmen ergriffen werden können und die für die Umsetzung erforderlichen Ressourcen schaffen.

Das Vergaberecht wurde mit dem Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 6 Absatz 33 des Gesetzes vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) geändert worden ist, maßgeblich modifiziert. Das BerlAVG sollte nicht nur aus Gründen der Terminologie an die neue Rechtslage zeitnah angepasst werden.

Auch inhaltliche Anpassungen sollten im BerlAVG vorgenommen werden:

Gemäß § 128 Absatz 1 des GWB haben Unternehmen bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags alle für sie geltenden rechtlichen Verpflichtungen einzuhalten, insbesondere haben sie Steuern, Abgaben und Beiträge zur Sozialversicherung zu entrichten, die arbeitsschutzrechtlichen Regelungen einzuhalten und den Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern wenigstens diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einschließlich des Mindestentgelts zu gewähren, die nach dem Mindestlohngesetz, einem nach dem Tarifvertragsgesetz mit den Wirkungen des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes für allgemein verbindlich erklärten Tarifvertrag oder einer nach § 7, § 7a oder § 11 des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes oder einer nach § 3a des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes erlassenen Rechtsverordnung für die betreffende Leistung verbindlich vorgegeben werden.

Die bestehende Regelung des BerlAVG stellt in erster Linie auf die Einhaltung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes ab und verweist lediglich auf eine entsprechende Geltung „für andere gesetzliche Bestimmungen über Mindestentgelte“. Mit der Übernahme des § 128 Absatz 1 GWB in das BerlAVG würden die gesetzlichen Pflichten der Unternehmen hinsichtlich aller Bestimmungen über Mindestentgelte verdeutlicht. Es könnte eine grundsätzliche Bindung im ober- und unter-schweligen Bereich bewirkt werden, auf deren Grundlage der Normgeber im Einzelnen festlegen könnte, welche gesetzlichen Pflichten mit den Auftragnehmern auch als Vertragsbedingungen zu vereinbaren und zu kontrollieren wären, z.B. die unternehmerischen Pflichten im Rahmen des Tarifvertragsgesetzes oder des Mindestlohngesetzes (MiLoG).

Gemäß § 128 Absatz 2 GWB können Öffentliche Auftraggeber darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Absatz 3 GWB in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen innerhalb der vergaberechtlichen Grenzen öko-soziale Vertragsbedingungen nunmehr auch ohne landesgesetzliche Grundlage vereinbaren. Eine

Bevorzugung bestimmter Unternehmen, Produkte oder Verfahren ist wegen des vergaberechtlichen Gleichbehandlungsgebots jedoch weiterhin nicht möglich. Eine grundsätzliche Pflicht zur Anwendung bestimmter öko-sozialer Maßnahmen durch die öffentlichen Auftraggeber Berlins bedarf weiterhin einer landesrechtlichen Regelung.

Die im Rahmen der Stichprobenkontrollen festgestellte datenschutzrechtliche Problematik bedarf einer rechtssicheren Novellierung des BerlAVG. Insbesondere die Einsichtnahme, z.B. in Gehaltsnachweise durch die Beschäftigten bei den Auftraggebern oder der Kontrollgruppe oder der Austausch von Daten untereinander, ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten. Eine Verarbeitung personenbezogener Daten ist jedoch ausschließlich auf einer gesetzlichen Grundlage zulässig. Die Novellierung des BerlAVG muss daher die gesetzlichen Vorgaben zum Datenschutz zwingend berücksichtigen. Zudem befindet sich das Datenschutzrecht auf Bundesebene aufgrund europarechtlicher Vorgaben (EU-Datenschutz-Grundverordnung (EU-DSGVO)) in Überarbeitung

Im Rahmen einer Novellierung des BerlAVG könnten die bislang gesetzlich vorgeschriebenen, gesonderten schriftlichen Erklärungen zu den einzelnen Maßnahmen der Auftragnehmer entfallen, da diese vertragsrechtlich nicht erforderlich sind. Es ist ausreichend, wenn die Anerkennung sämtlicher Vertragsbedingungen an einer Stelle des Angebots erfolgt. Bei einem elektronisch übermittelten Angebot in Textform ist der Name der natürlichen Person, die die Erklärung abgibt, anzugeben. Grundsätzlich wird die Textform nach § 126b BGB mittels elektronischer Mittel anzuwenden sein. Ein schriftliches Angebot ist zu unterschreiben. Ein elektronisches Angebot, das wegen erhöhter Sicherheit signiert werden muss, ist wie vorgegeben zu signieren.