

Ministerium für Wirtschaft, Infrastruktur, Tourismus und Arbeit
Mecklenburg-Vorpommern, 19048 Schwerin

An alle Ressorts
der Landesregierung

Norbert Müller-Tillmann
Telefon 0385/588-15130
AZ: 611-00020-2018/031-018
Norbert.Müller-Tillmann@
wm.mv-regierung.de

Schwerin, 14.05.2024

Handreichung zum TVgG M-V pp.

Mit Schreiben vom 26.02.2024 sind erste Hinweise zum neuen Landesvergaberecht ergangen.

Inzwischen ist auch die erste der beiden geplanten Rechtsverordnungen in Kraft getreten (Vergabe- und Mindestarbeitsbedingungen-Verfahrensverordnung – VgMinArbV M-V; GVOBl. Nr. 9 vom 14. Mai 2024, S.127).

Mit diesem Schreiben folgen nun Ausführungen auf Grundlage der zahlreichen eingegangenen Fragen aus den Ressorts der Landesregierung. Weiteres kann den (auch versandten) Landtagsdrucksachen zum TVgG M-V sowie der Begründung zum Entwurf der VgMinArbV M-V entnommen werden, die über eingerichtete Links zugänglich sind.

Hausanschrift
Ministerium für Wirtschaft,
Infrastruktur, Tourismus und
Arbeit
Mecklenburg-Vorpommern
Johannes-Stelling-Straße 14
19053 Schwerin

Internet
www.regierung-mv.de

A. Zum Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (TVgG M-V):

§ 2 Absatz 2
Satz 2 TVgG
M-V

Ausnahmen im Sinne der Vorschrift sind:

Allgemeine Ausnahmen, § 107 GWB
Ausnahmen bei öffentlich-öffentlicher Zusammenarbeit, § 108 GWB
Ausnahmen für Vergaben auf der Grundlage internationaler Verfahrensregeln, § 109 GWB
Besondere Ausnahmen, § 116 GWB
Besondere Ausnahmen für Vergaben, die Verteidigungs- oder Sicherheitsaspekte umfassen, § 117 GWB
Besondere Ausnahmen für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen, § 145 GWB

§ 2 Absatz 2
Satz 3 TVgG
M-V

§ 2 Absatz 2 Satz 3 TVgG M-V ist so zu nehmen, wie er im Gesetz steht. Der Grundgedanke der Bestimmung ist der gleiche wie im bisherigen § 1 Absatz 3 VgG M-V: ein vernünftiges Verhältnis zwischen Aufwand und Erfolg herzustellen (vgl. Drucksache 8/2084, S. 32).

Wenn angenommen wird, das TVgG M-V gelte erst ab einem Auftragswert von 10.000 Euro bzw. 50.000 Euro, so liegt darin ein Missverständnis. Der Wortlaut des § 2 Absatz 2 Satz 3 TVgG M-V nimmt lediglich die Abschnitte 3 und 5 aus. Vergabeverfahren mit Auftragswerten unterhalb der genannten Beträge sind ohne Beachtung der Bestimmungen über Mindestarbeitsbedingungen pp. in den Abschnitten 3 bis 5 des Gesetzes und ohne Beachtung der nach Vorschriften dieser Abschnitte erlassenen Rechtsverordnung(en) durchzuführen. Zu beachten sind aber die übrigen Bestimmungen des Gesetzes und der nach Maßgabe dieser Bestimmungen erlassenen weiteren Vorschriften, insbesondere Abschnitt 2 und die auf Grundlage der dortigen Ermächtigungen erlassene Vergabe- und Mindestarbeitsbedingungen-Verfahrensverordnung (VgMinArbV M-V). Damit gilt insbesondere auch die Bestimmung über die Wertgrenzen für Direktaufträge (§ 6 VgMinArbV M-V).

§ 2 Absatz 6
TVgG M-V

Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Vergabeverfahren gilt nicht ohne Kontext, sondern nach Maßgabe des Gesetzes. Im Übrigen gibt es einen sachlichen Grund für die mögliche Ausnahme. Letztere kann neu gegründeten Unternehmen den Markteintritt erleichtern. Das liegt im Interesse des Wettbewerbs, der auch zu den Vergabegrundsätzen zählt.

Was „neu gegründet“ bedeutet, ergibt sich indirekt aus § 2 Absatz 6 TVgG M-V selbst. Als Neugründung gilt das Unternehmen in den ersten drei Jahren nach seiner Gründung. Im Übrigen beginnt die Unternehmereigenschaft entsprechend § 2 UStG mit dem ersten nach außen erkennbaren, auf eine Unternehmertätigkeit gerichteten Tätigwerden, wenn die spätere Ausführung entgeltlicher Leistungen ernsthaft beabsichtigt ist und die Ernsthaftigkeit dieser Absicht durch objektive Merkmale nachgewiesen oder glaubhaft gemacht wird.

Derzeit besteht keine Absicht, von der mit dem Gesetz geschaffenen Möglichkeit Gebrauch zu machen. Ein Bedarf ist namentlich von den Interessenvertretungen der Wirtschaft bisher nicht an das WM herangetragen worden.

§ 2 Absatz 8 und Absatz 9 TVgG M-V

§ 2 Absatz 8 TVgG M-V enthält keine Härtefallregelung. Mit der Bestimmung wird vielmehr § 9 Absatz 9 VgG M-V thematisch übernommen und erweitert. Letztlich geht es um den Schutz von inländischen Arbeitnehmenden, nicht jedoch um den von ausländischen Arbeitnehmenden im Ausland. Konsequenterweise wird die Ausnahme auch auf Nicht-EU-Staaten ausgedehnt.

§ 2 Absatz 9 TVgG M-V ist als „Notausgang“ gedacht. Es versteht sich, dass Unternehmen nicht erlaubt werden könnte, sich durch eine Art von Angebotsboykott um die Maßgaben zu Mindestarbeitsbedingungen „herumzudrücken“. Auch könnte den Vergabestellen keine Freiheit gewährt werden, Vergabeverfahren mit einem eben solchen Effekt zu führen. Es kommt deshalb auf die „besondere Ausnahmesituation“ an. Worum es sich dabei handelt, ist in der Begründung zum Gesetzentwurf angedeutet (Drucksache 8/2084, S. 34, Zu Absatz 8 [jetzt 9]). Es geht um Fälle eines unabweisbaren Beschaffungsbedarfes, sei es zum Schutz hochrangiger individueller Rechtsgüter, sei es bei Vorliegen eines hochrangigen öffentlichen Interesses (z.B. innere und äußere Sicherheit). Allen Fällen ist gemeinsam, dass ein Verzicht auf die Beschaffung in Anbetracht der damit verbundenen Nachteile völlig unverhältnismäßig und deshalb unvertretbar wäre. Ob das so ist, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab, weshalb den Vergabestellen die Verantwortung, ihre Entscheidung sorgfältig zu erwägen und zu begründen, durch Fallbeispiele nicht abgenommen werden kann.

„Keine wertbaren Angebote“ sind auch dann abgegeben worden, wenn es an Angeboten vollständig fehlt. Ein nicht vorhandenes Angebot kann ebenso wenig gewertet werden wie ein unzulängliches.

Dem für Wirtschaft zuständigen Ministerium sind die Informationen zu übermitteln, die erforderlich sind, um beurteilen zu können, ob die Voraussetzungen für ein Absehen von den Anforderungen der Abschnitte 3 bis 5 zulässig ist. Das wird sinnvollerweise die in § 2 Absatz 9 Satz 2 TVgG erwähnte Dokumentation sein. Adressat ist die für Vergaberecht zuständige Organisationseinheit des Ministeriums.

§ 3 TVgG M-V allgemein

Für das Verständnis der Bestimmungen in § 3 TVgG M-V ist zunächst auf die Begründung zum Gesetzentwurf zu verweisen (Drucksache 8/2084, S. 35, Zu § 3):

„§ 3 enthält in den Absätzen 1 bis 7 eine Reihe von fundamentalen Maßgaben, die – so wie jene nach § 97 GWB im ‚Oberschwellenbereich‘ – sämtlich prägend für das Vergabeverfahren und je nach der Phase des Verfahrens wirksam sind, ohne dabei in einem Rangverhältnis zueinander zu stehen. An ihrer gesetzlichen Verankerung wird festgehalten. Sie sind ausdrücklich oder dem Sinne nach auch bisher schon im VgG M-V enthalten, in der jetzt vorgelegten Fassung aber auf ihren Kern reduziert. Ihre Ausgestaltung im Einzelnen ist weitgehend Gegenstand der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A), der Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), deren Anwendung – gegebenenfalls mit Modifikationen – nach Maßgabe von § 4 vorgesehen ist. Ein Konflikt unterschiedlicher Regelungsebenen bei der Rechtsanwendung ist mit der ‚sparsamen‘ Regelung im Gesetz künftig vermieden. Der Rechtsanwender kann sich bei der Durchführung des Vergabeverfahrens ganz auf die detaillierteren Maßgaben der zu erlassenden Rechtsverordnung konzentrieren.“

Die „regionale Ausschreibung“ ist nicht Gegenstand des Gesetzes, sondern der Rechtsverordnung nach § 4 TVgG M-V, konkret § 7 VgMinArbV M-V. Allerdings sind dem Einsatz des Vergaberechts zur regionalen und lokalen Wirtschaftsförderung enge rechtliche Grenzen gezogen. Insbesondere ist hier das Recht der Europäischen Union zu beachten. Diesem Umstand trägt § 8 VgMinArbV M-V mit der Bestimmung über die Binnenmarktrelevanz Rechnung. Hier gilt unverändert der Wortlaut von Nummer VI des bisherigen Vergabeerlasses (VgE M-V):

„Insbesondere bei Vergaben unterhalb der EU-Schwellenwerte muss aufgrund der ‚Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen‘ (ABl. C 179 vom 1.8.2006, S. 2) geprüft werden,

ob Aufträge binnenmarktrelevant sind (grenzüberschreitendes Interesse). Die Entscheidung, inwieweit ein Auftrag möglicherweise für Wirtschaftsteilnehmer aus anderen Mitgliedstaaten von Interesse sein könnte, obliegt den einzelnen Auftraggebern und unterliegt der gerichtlichen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH).

Nach Auffassung der Kommission muss der Entscheidung, ob Binnenmarktrelevanz vorliegt, eine Prüfung der Umstände des jeweiligen Einzelfalls vorausgehen, wobei Sachverhalte wie

der Auftragsgegenstand,
der geschätzte Auftragswert,
die Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten und so weiter) sowie
der Ort der Leistungserbringung

zu berücksichtigen sind. Die Entscheidung ist zu dokumentieren.

Nach der Rechtsprechung des EuGH setzt Binnenmarktrelevanz voraus, dass an einem Auftrag ‚angesichts bestimmter objektiver Kriterien ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse besteht‘. Keine Binnenmarktrelevanz liegt vor, wenn ein Auftrag wegen besonderer Umstände, wie beispielsweise einer sehr geringfügigen wirtschaftlichen Bedeutung für Wirtschaftsteilnehmer oder aufgrund geforderter spezifischer Kenntnisse des deutschen Rechts in anderen Mitgliedstaaten, nicht von Interesse ist. Als Faustregel gilt, dass unterhalb eines Auftragswertes von 10 Prozent des EU-Schwellenwertes davon ausgegangen werden kann, dass keine Binnenmarktrelevanz vorliegt.

Liegt Binnenmarktrelevanz vor, müssen, um dem Transparenzgebot und dem Diskriminierungsverbot zu entsprechen, die in der EU niedergelassenen Unternehmen vor der Auftragsvergabe durch angemessene Veröffentlichung und angemessene Fristsetzung über den vorgesehenen Auftrag informiert werden, damit sie gegebenenfalls ihr Interesse bekunden können. Soweit nicht schon eine Öffentliche Ausschreibung, Beschränkte Ausschreibung mit Teilnahmewettbewerb oder Verhandlungsvergabe mit Teilnahmewettbewerb durchgeführt wird, wird hierfür empfohlen, mindestens zehn Tage vor der Entscheidung über die Vergabe von Leistungen eine Vorab-Bekanntmachung über die Möglichkeit einer Interessenbekundung durchzuführen. Der Auftraggeber entscheidet über das für die entsprechende Bekanntmachung am besten geeignete Medium. Angemessene und gängige Bekanntmachungsmedien sind unter anderem die Homepage des Auftraggebers und das Portal

„Vergabemarktplatz Mecklenburg-Vorpommern“ (<https://vergabe.mv-regierung.de/NetServer/vergabemarktplatz@laiv-mv.de>). Je interessanter der öffentliche Auftrag für potenzielle Bieter aus anderen Mitgliedstaaten ist, desto weiterreichender sollte er bekannt gemacht werden. Die Bekanntmachungspflicht gilt nach der Mitteilung der Kommission ausdrücklich auch für Beschränkte Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und Verhandlungsvergaben ohne Teilnahmewettbewerb. Wenn von einer Bekanntmachung trotz Binnenmarktrelevanz abgesehen wird, zum Beispiel wegen Dringlichkeit, so wird empfohlen, dies zu dokumentieren.“

§ 3 Absatz 3 TVgG M-V

Eine nähere Bestimmung zur nachhaltigen Beschaffung enthält – in Umsetzung der Koalitionsvereinbarung und zur Konkretisierung der Maßgaben in § 3 Absatz 3 TVgG M-V – die VgMinArbV M-V. Die Vorschrift hat nach Würdigung der Stellungnahmen im Rahmen der Anhörungen einen anderen als den zunächst geplanten Wortlaut. Richtungweisend ist die Feststellung, dass die Vergabeverordnungen, die auf Basis der Verordnung fortgelten sollen, an etlichen Stellen längst ausführliche Bestimmungen über die Berücksichtigung von Gesichtspunkten der Umweltverträglichkeit bei der Beschaffung enthalten. Diese Maßgaben werden – im Sinne der angestrebten Straffung – in der Verordnung nicht wiederholt. Sie sind so umfassend, dass sie inhaltlich keiner Ergänzung bedürfen. Angezeigt ist lediglich, ihre Verbindlichkeit zu erhöhen. Dem dient der Tatbestand des neu geschaffenen § 9 VgMinArbV M-V. Fallgestaltungen, die eine Abweichung begründen, sind in § 9 Satz 2 VgMinArbV M-V berücksichtigt. Sie sind im Sinne der angestrebten Zielerreichung eng gefasst.

§ 9 VgMinArbV M-V ist als Tendenzvorschrift mit ausdrücklich formulierten Begrenzungen gestaltet. Angesichts der breiten Palette möglicher Beschaffungen ist es kaum bis gar nicht möglich, von vornherein in erschöpfendem Umfang Konkretisierungen und Handlungsanleitungen zur Verfügung zu stellen. Hier ist auch vieles im Fluss. Wichtig ist, dass die Vergabestellen nicht heillos überfordert werden. Deshalb kommt es in erster Linie darauf an, dass sie sich ernsthaft bemühen. Dabei dürfen sie auf alle zur Verfügung stehenden seriösen Regelungen und Publikationen amtlicher und sonstiger Stellen zurückgreifen. Konkret verwiesen sei hier beispielhaft auf die Erläuterungen, Berechnungshilfen und Handlungsleitfaden des Landes Berlin (<https://www.berlin.de/nachhaltige-beschaffung/recht/>) und den Leitfaden umweltverträgliche Beschaffung nebst Arbeitshilfen der Freien und Hansestadt Hamburg (<https://www.hamburg.de/umweltvertraegliche-beschaffung/12450152/umweltgerechte-beschaffung-2019/>).

Der Begriff „Nachhaltigkeitsfaktor“ wird weder im Gesetz noch in der Verordnung verwendet, die politische Absicht wird mit der vorgesehenen Regelung umgesetzt.

§ 3 Absatz 4
TVgG M-V

Die Bedeutung des Begriffs „mittelständische Interessen“ in § 3 Absatz 4 TVgG M-V ist keine andere als sonst im Vergaberecht. Der Begriff ist im Ober- wie im Unterschwellenrecht völlig geläufig. Eine trennscharfe allgemeine Abgrenzung gibt es nicht. Eine gute Orientierung bietet der Begriff der „*kleinen und mittleren Unternehmen*“ (KMU) nach der Empfehlung der Kommission vom 06.05.2003 betreffend die Definition der Kleinunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (ABl. 2003 L 124, S. 36; Link: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=OJ:L:2003:124:FULL&from=EN>).

Für das Nähere wird auf die Vergabeordnungen und die einschlägigen Kommentierungen verwiesen (vgl. z. B. Ziekow in Ziekow/Völlink, Vergaberecht, 4. Auflage 2020, GWB § 97, Rn. 74).

Praktisch bedeutsam ist das Gebot der Losteilung, das in den Vergabeverordnungen ausführlich geregelt ist. Es trägt den mittelständischen Interessen Rechnung, ohne dass es nach dem Wortlaut der Tatbestände noch auf eine gesonderte Prüfung des mittelständischen Charakters eines Unternehmens ankäme.

§ 3 Absatz 5
TVgG M-V

Fachkunde und Leistungsfähigkeit sind seit jeher Begriffe des Vergaberechts. Der Oberbegriff ist „Eignung“. Näheres enthalten die Vergabeordnungen, auch zur Art und Weise des Eignungsnachweises, und die einschlägigen Kommentierungen. Die Vergabeordnungen gelten auf Grundlage und nach Maßgabe der VgMinArbV M-V.

§ 3 Absatz 6
TVgG M-V

Das Gebot der Wirtschaftlichkeit (§ 3 Absatz 6 Satz 1 TVgG M-V) ist nach wie vor kein Gebot zur Erteilung des Zuschlages auf das billigste Angebot, sondern auf das Angebot mit dem günstigsten Verhältnis von Leistung und Gegenleistung (§ 3 Absatz 6 Satz 2 TVgG M-V). Dass die Berücksichtigung namentlich von umweltbezogenen Gesichtspunkten zu einer Verteuerung führen kann, ist dabei von Gesetzes wegen „eingepreist“.

§ 3 Absatz 6 Satz 2 TVgG M-V ist eine abstraktere Formulierung dessen, was in den Vergabeordnungen geregelt ist (§ 16d Absatz 1 Nummer 4 Satz 2 VOB/A, § 43 Absatz 2 Satz 1 UVgO). Die Bestimmung war ursprünglich nicht vorgesehen und ist aufgrund der Resortanhörung in das Gesetz aufgenommen worden. Sie enthält, wie

aus der Überschrift von § 3 TVgG M-V hervorgeht, einen Grundsatz. Die Konkretisierung ist gemäß § 4 Satz 1 Nummer 4, Satz 2 TVgG M-V der VgMinArbV M-V vorbehalten.

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes erfolgt nach Maßgabe der VgMinArbV M-V und der auf dieser beruhenden Bestimmungen.

Das im Gesetzestext selbst nicht angesprochene Zwei-Umschlag-Verfahren ist Gegenstand von § 11 VgMinArbV M-V. Die Bestimmung ist eine Ermessensvorschrift, die öffentlichen Auftraggeber haben demnach die Möglichkeit, von dem Verfahren abzusehen, wenn es im Einzelfall als unpraktisch erscheint.

Abschnitte 3 bis 5 des TVgG M-V allgemein

Weiterbildungsangebote an der Fachhochschule in Güstrow sind grundsätzlich sinnvoll. Allerdings ist zu beachten, dass der Aufwand für notwendige eigene Überlegungen und Entscheidungen der Vergabestellen durch die Maßgaben der künftigen Verordnung(en) nach §§ 5 und 6 TVgG M-V erheblich begrenzt wird.

Für die nach den Vorschriften des TVgG M-V abzugebenden Erklärungen und zu schließenden Vereinbarungen werden Muster vorgesehen (C. Anlagen).

§§ 5 ff. TVgG M-V allgemein

Auch im Rahmen des TVgG M-V sind Arbeitnehmende natürliche Personen, die im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses aufgrund eines Arbeitsvertrags verpflichtet sind, ihre Arbeitskraft weisungsgebunden gegen Arbeitsentgelt ihrem Arbeitgeber zur Verfügung zu stellen. Nach § 2 Absatz 5 TVgG M-V gelten Auszubildende, Praktikanten, Praktikantinnen und Teilnehmende an Bundes- und Jugendfreiwilligendiensten nicht als Arbeitnehmende im Sinne des Gesetzes. Der zur Leistung verpflichtete Vertragspartner des öffentlichen Auftraggebers ist vom Grundsatz her Unternehmen, nicht Arbeitnehmender (entsprechend bei Nachunternehmen und Gleichgestellten, vgl. § 9 TVgG M-V). Das gilt auch für Freiberufler/Einzelunternehmer.

Die Unternehmen haben diejenigen Mindestarbeitsbedingungen einzuhalten, die – je nach den ausführenden Arbeitnehmenden – den beauftragten Leistungen zuzuordnen sind. Das können auch Maßgaben aus unterschiedlichen Tarifverträgen sein. Diese Handhabung entspricht derjenigen bei gegebener Tarifbindung, nachdem das BAG 2010 den Grundsatz der Tarifeinheit aufgegeben hat. Soweit keine Mindestarbeitsbedingungen zu beachten sind, die in Tarifverträgen wurzeln, ist der vergaberechtliche Mindestlohn nach § 8 Absatz 1 TVgG M-V zu zahlen.

Es gelten ausschließlich tarifliche Maßgaben nach dem TVgG M-V und der zu erlassenden Verordnung über Mindestarbeitsbedingungen, also das Recht des Landes Mecklenburg-Vorpommern. Für das Verhältnis der Arbeitgeberpflichten zueinander gilt § 8 Absatz 2 und 3 TVgG M-V.

Die repräsentativen Tarifverträge werden im vollen Wortlaut in einer Datenbank zugänglich gemacht. Die Branchentarifverträge werden nicht zugänglich gemacht, für die Mindestarbeitsbedingungen kommt es ausschließlich auf die Maßgaben der Rechtsverordnung an.

§ 5 Absatz 1
Satz 1 TVgG
M-V

In § 5 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V sind mit den „...bei Ausführung dieser Leistung beschäftigten Arbeitnehmenden...“ nur die an der Ausführung unmittelbar beteiligten Beschäftigten gemeint. Eine allgemeine Tariftreuerregelung war gerade nicht gewollt.

„Repräsentativ“ ist für die Vergabepraxis der Tarifvertrag, der in der Verordnung nach § 5 TVgG M-V für repräsentativ erklärt ist. Der Maßstab für diese Erklärung ist in der Begründung zum TVgG M-V erläutert.

§ 5 Absatz 2
TVgG M-V

Die einzuhaltenden Mindestarbeitsbedingungen werden in der Verordnung/den Verordnungen nach §§ 5 und 6 TVgG M-V geregelt.

Welche Anforderungen für die Erklärung eines Tarifvertrages als repräsentativ gelten, liegt allein in der Zuständigkeit des Ordnungsgebers. Die Entscheidung des Ordnungsgebers wird durch Bestimmung der repräsentativen Tarifverträge in der Rechtsverordnung nach § 5 Absatz 2 Satz 1 TVgG M-V getroffen. Die Regelung in der Rechtsverordnung ist maßgeblich, solange sie nicht geändert wird; auch dies liegt in der Verantwortung des Ordnungsgebers. Über die Nennung in der Verordnung hinaus werden die Kernarbeitsbedingungen der Verträge Inhalt der Verordnung sein, außerdem wird der volle Wortlaut der Verträge in einer Datenbank veröffentlicht.

Die Verpflichtung der Auftragnehmer zur Einhaltung tariflicher Maßgaben wird durch die abzugebenden Erklärungen begründet.

Die maßgeblichen Mindestarbeitsbedingungen sind nach § 11 TVgG M-V im Einzelnen bekannt zu geben. Das kann in der Bekanntmachung oder in Verbindung mit einem einschlägigen Erklärungstext in den Vergabeunterlagen geschehen. Die Vergabestelle

ihrerseits hat der Verordnung nach § 5 Absatz 2 Satz 1 TVgG M-V zu entnehmen, welcher Tarifvertrag als repräsentativ anzusehen ist.

Da die Unternehmen sich bei Angebotsabgabe nach Maßgabe von § 5 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V zu verpflichten haben, ist es zweckmäßig, für jeden Bieter eine Erklärung vorzusehen, die eine Verpflichtung auf die bekannt gemachten Mindestarbeitsbedingungen (§ 11 TVgG M-V) vorsieht. Vgl. oben zu „Abschnitte 3 bis 5 des TVgG M-V allgemein“.

§ 5 Absatz 3 TVgG M-V

Die Begriffe „Auftragsdauer“ und „Ausführungslaufzeit“ sind aus dem Saarländischen Tariftreue- und Fairer-Lohn-Gesetz (STFLG) übernommen, das dem TVgG M-V zugrunde liegt. Sie sind ebenso geläufig wie die Begriffe „Vertragsdauer“ und „Vertragslaufzeit“. Es handelt sich um die Zeitspanne zwischen der Begründung eines Auftrags- oder Vertragsverhältnisses (Auftrags- oder Vertragsbeginn) und dessen Beendigung. In diesem Zeitraum wird der Vertrag erfüllt.

Das TVgG M-V enthält keine allgemeine Tariftreueregelung. Stets geht es nur um die Arbeitnehmenden, die unmittelbar mit der Ausführung der Leistung befasst sind. Gemeint ist die vertragliche Leistung, also das, was als Leistungsgegenstand vereinbart ist. Arbeitnehmende, die im Unternehmen mit dieser Leistung nichts zu tun haben oder nur einen allgemeinen, mittelbaren Bezug zur Leistung haben, sind nicht erfasst.

Für Rahmenvereinbarungen gilt nichts grundsätzlich Anderes als in anderen Fällen. Maßgeblich ist die vereinbarte Dauer der einzelnen abgerufenen/abzurufenden Einzelaufträge. Da die Anzahl der Einzelaufträge bei Rahmenvereinbarungen typischerweise ungewiss ist, ist wohl häufiger auf eine begründete Schätzung nach § 5 Absatz 3 Satz 4 TVgG M-V abzustellen.

Informationslücken, die eine Bestimmung der Auftragsdauer erschweren und durch eine Beteiligung mehrerer Auftraggeber – ob im juristischen oder nur im tatsächlichen Sinne – entstehen, müssen die Auftraggeber selbst schließen.

Bei einer Mehrheit von Rahmenvereinbarungen sind die Einzelaufträge jeder Rahmenvereinbarung je für sich zu betrachten.

§ 8 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V

Der Vergaberechtliche Mindestlohn von 13,50 EUR (brutto) kommt bis zum Auslaufen der Übergangsregelung in § 19 TVgG M-V nicht zur Anwendung.

§ 9 TVgG M-V

Die Begriffe „Nachunternehmen“, „Unterauftragnehmer“ und „Subunternehmer“ sind in der Praxis völlig geläufig und inhaltlich deckungsgleich.

Nachauftragnehmer sollen vom Auftragnehmer in der Phase der Auftragsausführung arbeitsteilig zu einer vollständigen oder teilweisen Übernahme des Auftrags herangezogen werden. Sie werden als rechtlich selbstständige Unternehmen tätig, stehen aber in keinem Vertragsverhältnis zum Auftraggeber, sondern arbeiten allein im Auftrag und auf Rechnung des Hauptauftragnehmers, indem sie bestimmte Teile des Auftrags oder dessen Gesamtheit an seiner Stelle nach außen hin ausführen. Nachauftragnehmer sind auch solche Unternehmer, die der vom Auftragnehmer beauftragte Nachauftragnehmer seinerseits bei der Ausführung einsetzt (Nachauftragnehmer zweiter und weiterer Stufen). Auf die Art der Verbindung zum (Haupt-) Auftragnehmer kommt es nicht an. Nachauftragnehmer können deshalb auch konzernangehörige Unternehmen sein. Bloße Zulieferer sind dagegen keine Nachauftragnehmer. Hilfsfunktionen wie Speditionsleistungen oder Baugerätevermietungen fallen ebenfalls nicht darunter. Näheres ist den einschlägigen Kommentaren zu entnehmen.

Die für das Nachunternehmen geltenden Pflichten gegenüber dem Unternehmen sind die gleichen Pflichten wie die Pflichten des Unternehmens gegenüber dem öffentlichen Auftraggeber. Auch wenn sich das aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht unmittelbar ergibt, enthalten die Bestimmungen über die Kontrolle nach § 15 TVgG M-V sowie über die Sanktionen nach § 16 TVgG M-V einen Standard, der zweckmäßigerweise durch Vereinbarung auf das Unternehmen übertragen wird.

§ 11 TVgG M-V

„Mindestarbeitsbedingungen“ sind im Einzelnen die in § 6 Absatz 2 Satz 3 TVgG M-V genannten Arbeitsbedingungen (Arbeitsentgelt, Urlaubs- und Arbeitszeitregelungen sowie Mehr-, Nacht-, Sonn- und Feiertagszuschläge und Sonderzahlungen [Urlaubs- und Weihnachtsgeld]).

Die zu beachtenden Mindestarbeitsbedingungen werden vom Verordnungsgeber in der geplanten Mindestarbeitsbedingungenverordnung (MinArbBV M-V) bestimmt. Vor Inkrafttreten der MinArbBV M-V ist lediglich der Vergaberechtliche Mindestlohn nach § 8 Absatz 1 TVgG M-V maßgeblich.

Bei repräsentativen Tarifverträgen (§ 5 TVgG M-V) ist der volle Wortlaut des einschlägigen Tarifvertrages (gegebenenfalls auch mehrerer einschlägiger Tarifverträge) bekannt zu machen. Bekannt

zu machen sind auch Mindestarbeitsbedingungen nach Maßgabe von einschlägigen Branchentarifverträgen (§ 6 TVgG M-V).

Mindestarbeitsbedingungen nach Maßgabe von Branchentarifverträgen können auch durch genaue Bezeichnung der einschlägigen Vorschrift in der MinArbBV M-V und der maßgeblichen Passagen in der Anlage zur MinArbBV M-V bekannt gemacht werden. In diesem Fall ist der Wortlaut der bezeichneten Texte beizufügen (etwa in Gestalt des Gesetz- und Verordnungsblattes).

Die Bekanntmachung nach § 11 TVgG M-V und die Bezeichnung in den Vergabeunterlagen schließen einander nicht aus. Vielmehr sind die Vergabeunterlagen der zweckmäßige Ort für die Information, auf die der Bieter dann die geforderte Erklärung abgeben kann.

Nach § 11 Satz 2 TVgG M-V genügt ein Hinweis auf die für den jeweiligen Auftrag geltenden Mindestarbeitsbedingungen in der Auftragsbekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen, wenn eine allgemeine, unmittelbar zugängliche und kostenlos nutzbare Datenbank eingerichtet ist. Diese Datenbank wird eingerichtet. Die Datenbank unter <https://www.regierung-mv.de/Landesregierung/wm/Arbeit/Tarifregister/tarifdaten-nach-branchen> ist in ihrer jetzigen Form dafür nicht vorgesehen.

- § 13 TVgG M-V § 13 TVgG M-V ist wort- und bedeutungsidentisch mit dem bisherigen § 11 VgG M-V. In der Praxis ist genauso zu verfahren wie bisher.
- § 14 TVgG M-V Die geforderte Erklärung muss grundsätzlich bei Angebotsabgabe vorliegen. § 14 Satz 1 TVgG M-V lässt die Nachreichung ausdrücklich nur „nach einmaliger erneuter Fristsetzung“ zu. Ein mehrfaches Nachfordern kommt nicht in Betracht. Auch muss die nachgereichte Erklärung bei Ablauf der Frist tatsächlich vorliegen.
- § 15 TVgG M-V Die Vorschrift entspricht inhaltlich jener in § 10 Absatz 1 Satz 2 VgG M-V. Gedacht war an die Möglichkeit, die Kontrollen nach dem MiLoG (zuständig: die Behörden der Zollverwaltung, § 14 MiLoG) und jene nach dem die VgG M-V zusammenzuführen. Das gilt für das TVgG M-V entsprechend. Hierzu könnte eine Verwaltungsvereinbarung mit dem Bund geschlossen werden, nach welcher der Bund die Kontrolle nach dem TVgG M-V – gegen Ersatz des Aufwandes – mit übernimmt. Eine konkrete Absicht hierzu gibt es derzeit nicht. Im Übrigen gelten die allgemeinen Bestimmungen über die Begründung und Übertragung von Aufgaben und Zuständigkeiten.

Die Befugnis zur Durchführung von Kontrollen ergibt sich im Verhältnis des öffentlichen Auftraggebers zu seinem Auftragnehmer unmittelbar aus dem Gesetz. Insoweit bedarf es keiner zusätzlichen Vereinbarung. Einschlägige Hinweise in den Vergabeunterlagen sind allerdings zweckmäßig.

Die Durchführung von Kontrollen steht nach § 15 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V im Ermessen der öffentlichen Auftraggeber. Für die Ausübung des Ermessens gelten die allgemeinen Grundsätze.

Eventuelle Verstöße sind mit dem begründenden Sachverhalt so zu dokumentieren, dass Sanktionen nach § 16 TVgG M-V gerichtsfest verhängt werden können.

§ 16 TVgG M-V Die Anforderungen an die Textform ergeben sich aus § 126b BGB. Danach muss eine lesbare Erklärung, in der die Person des Erklärenden genannt ist, auf einem dauerhaften Datenträger abgegeben werden. Eine Erklärung ist lesbar, wenn der Empfänger sie auf Papier oder wie auf Papier lesen kann oder eine elektronische Erklärung über ein Anzeigeprogramm lesbar ist. Es muss sich um Schriftzeichen handeln, die auf dauerhaften Datenträgern gespeichert sind. Zur Dauerhaftigkeit genügt, wenn die Erklärung vom Empfänger solange aufbewahrt oder gespeichert werden kann, dass sie während eines für ihren Zweck angemessenen Zeitraums zugänglich und geeignet ist, die Erklärung unverändert wiederzugeben. Der Erklärende muss lediglich genannt sein, eine Unterschrift ist – anders als bei der Schriftform – nicht erforderlich.

Ob der Text in einem Dokument mit dem Titel „Vertrag“ enthalten ist oder in einer schlichten (separaten) Erklärung, ist bei Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen gleichgültig.

Der Text des § 16 Absatz 4 TVgG M-V hält Unternehmen **nicht** dazu an, die konkrete Konsequenz aus der Nichteinhaltung einer Pflicht durch Nachunternehmen zu benennen. Die vorgesehene Mitteilung an den öffentlichen Auftraggeber soll diesen befähigen, selbst Konsequenzen zu erwägen.

Die Sanktionen betreffen nur Verpflichtungen, die Gegenstand der Erklärung zu Mindestarbeitsbedingungen (§ 14 Satz 1 TVgG M-V) ist. Die Einhaltung von ILO-Kernarbeitsnormen nach § 13 TVgG gehört nicht dazu.

§ 16 Absatz 1 TVgG M-V räumt dem öffentlichen Auftraggeber einen Ermessensspielraum bzgl. der Höhe der festzusetzenden Vertragsstrafe ein.

Bei der Entscheidung über den Ausschluss von Unternehmen nach § 16 Satz 1 Absatz 5 TVgG M-V ist dem Auftraggeber ein eingeschränktes Ermessen eingeräumt. Dieses Ermessen bezieht sich auf die Frage, ob eine Auftragsperre verhängt wird. Über die Dauer des Ausschlusses ist unter Würdigung der Umstände des Einzelfalles zu entscheiden. Bei der Ausübung des Ermessens sind – in Anlehnung an die Verhältnisse bei der Entscheidung nach § 126 GWB – die Schwere und die besonderen Umstände des Fehlverhaltens zu berücksichtigen (Zeitraum, Höhe des Schadens, Anzahl und Stellung der beteiligten Personen etc.). Verschärfend wirkt es, wenn ein Wiederholungsfall vorliegt. Zum anderen ist auf die Folgen für das ausgeschlossene Unternehmen abzustellen. Außerdem sind etwaige Maßnahmen der Selbstreinigung zu würdigen (auch wenn diese im TVgG M-V nicht ausdrücklich erwähnt ist). Die in § 16 Absatz 1 TVgG M-V normierte Höchstdauer für den Ausschluss gilt nur für den Fall, dass das Unternehmen keine ausreichenden Maßnahmen der Selbstreinigung getroffen hat. Die Ermessensentscheidung kann bei verschiedenen Auftraggebern unterschiedlich ausfallen. Für Auftragsperren, die über einen Zeitraum von sechs Monaten hinausgehen, verlangt die Rechtsprechung eine „eingehende Prüfung und Begründung“ (vgl. Opitz in Burgi/Dreher, Beck'scher Vergaberechtskommentar Bd. 1, 3. Aufl. 2017, § 126 GWB, Rn. 10).

§ 18 TVgG M-V Ob und welche Verwaltungsvorschriften nach § 18 TVgG M-V erlassen werden, hängt nicht zuletzt von einem Regelungsbedarf ab, der dem WM zweckmäßigerweise mitgeteilt wird.

B. Zur Vergabe- und Mindestarbeitsbedingungen-Verfahrensverordnung (VgMinArbV M-V):

§ 5 VgMinArbV M-V Für Regelungen über die Beteiligung einer Mindestzahl von Unternehmen im Zusammenhang mit Wertgrenzenregelungen wie im Vergabeerlass wird keine Veranlassung (mehr) gesehen. Auch die UVgO erlaubt in den §§ 11 und 12 keine Ausschaltung des Wettbewerbs. Das Wort „grundsätzlich“ in § 11 Absatz 1 UVgO macht deutlich, dass es sich bei der Vorgabe, mindestens drei Unternehmen zur Abgabe eines Angebots aufzufordern, um eine Regelvorschrift handelt, von der in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden darf. Hierauf hat auch das Bundeswirtschaftsministerium in seinen Erläuterungen zu § 11 Absatz 1 UVgO hingewiesen (Bekanntmachung der Erläuterungen zur UVgO, BAnz AT 07.02.2017 B 2, S. 6). Allerdings ergänzt das Ministerium, dass jedenfalls nicht nur ein einziges Unternehmen aufgefordert werden darf. Das dürfte allenfalls in den in § 8 Absatz 4 Nummer 10 UVgO genannten Fällen

zulässig sein, wenn nur ein Unternehmen die benötigte Leistung erbringen kann (Hausmann/Queisner in Röwekamp/Portz/Friton, Kommentar zur UVgO, 2. Auflage 2023, § 11 UVgO, Rn. 10). „Grundsätzlich“ in § 12 Absatz 2 Satz 1 UVgO bedeutet, dass in begründeten Ausnahmefällen nur zwei Unternehmen aufgefordert werden dürfen. Nicht gestattet ist es, ohne Vorliegen der in § 12 Absatz 3 UVgO genannten Ausnahmetatbestände nur ein Unternehmen aufzufordern (Rechten in Röwekamp/ Portz/Friton, Kommentar zur UVgO, 2. Auflage 2023, § 12 UVgO, Rn. 11).

- | | |
|--------------------|--|
| § 6 VgMinArbV M-V | Direktaufträge sind Gegenstand der VgMinArbV M-V. Sie sind bei Bauaufträgen im erweiterten, bei sonstigen Aufträgen im bisherigen Umfang möglich. |
| § 10 VgMinArbV M-V | Welchen Gewinn ein Unternehmen erwirtschaftet, ist für die Verpflichtung zur Einhaltung von Mindestarbeitsbedingungen irrelevant. Vergaberechtlich geht es hier um die Frage des unangemessen niedrigen Preises und der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Das ist nach den allgemeinen Regeln zu beurteilen. |
| § 11 VgMinArbV M-V | Für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes gelten der Wirtschaftlichkeitsbegriff des TVgG M-V und die Maßgaben der VgMinArbV M-V (UVgO). Darauf haben sich – wie auch schon bisher – alle einzurichten. Zum Zwei-Umschlag-Verfahren enthält die VgMinArbV M-V nur eine Kann-Bestimmung. |
| Sonstiges | Die in der Beschaffungsrichtlinie (BeschaffRL M-V, AmtsBl. M-V 2017 S. 866) wurzelnde Frage, wer im Vergabeverfahren das Wettbewerbsregister (des Bundes) einzusehen hat, ist keine Frage des neuen Vergaberechts. Generell dürfte die Einsichtnahme zur technischen Durchführung des Vergabeverfahrens gehören, so dass derjenige Einsicht zu nehmen hat, der das Verfahren führt. Mit dem LAiV mag eine Vereinbarung getroffen werden, dass es die Einsichtnahme auch dann übernimmt, wenn (ausnahmsweise) der Bedarfsträger das Verfahren selbst führt. |

C. Anlagen:

Anlage 1

Erklärungen des Unternehmens nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (TVgG M-V)

Erklärung nach § 5 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V (Mindestarbeitsbedingungen nach Maßgabe von repräsentativen Tarifverträgen)

Mein Unternehmen verpflichtet sich, den bei der Ausführung dieser Leistung beschäftigten Arbeitnehmenden die Arbeitsbedingungen des/der nachstehenden, in der Mindestarbeitsbedingungenverordnung (MinArbBV M-V) für repräsentativ erklärten Tarifvertrages/Tarifverträge zu gewähren:

(genaue Bezeichnung der Regelung[en] in der MinArbBV M-V einschließlich der Fundstelle[n] in der Anlage zur MinArbBV M-V)

Erklärung nach § 6 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V (Mindestarbeitsbedingungen nach Maßgabe von Branchentarifverträgen)

Mein Unternehmen verpflichtet sich, den Arbeitnehmenden bei der Ausführung der Leistung mindestens die Arbeitsbedingungen zu gewähren, die folgenden Vorgaben der MinArbBV M-V entsprechen:

(genaue Bezeichnung der Regelung[en] in der MinArbBV M-V einschließlich der Fundstelle[n] in der Anlage zur MinArbBV M-V)

Erklärung nach § 8 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V (Vergaberechtlicher Mindestlohn)

Weil oder soweit nach der MinArbBV M-V keine tarifvertraglich begründeten Pflichten bestehen, verpflichtet mein Unternehmen sich, den Arbeitnehmenden bei der Ausführung der Leistung einen Vergaberechtlichen Mindestlohn von 13,50 Euro (brutto) pro Stunde zu zahlen.

Erklärung nach § 9 Absatz 1 Satz 1 TVgG M-V (Nachunternehmen)

Mein Unternehmen verpflichtet sich, dem/den Nachunternehmen die für das Unternehmen geltenden Pflichten aufzuerlegen und die Beachtung dieser Pflichten durch das/die Nachunternehmen zu überwachen.

Anlage 2

Verpflichtungen des beauftragten Unternehmens nach dem Tariftreue- und Vergabegesetz Mecklenburg-Vorpommern (TVgG M-V)

Soweit das Unternehmen eine Erklärung zu Mindestarbeitsbedingungen im Sinne des § 14 Satz 1 TVgG M-V abgegeben hat, gelten mit dem Zuschlag folgende Bestimmungen:

- nach Maßgabe von § 15 TVgG M-V (Kontrollen):

Das Unternehmen verpflichtet sich, mit Nachunternehmen folgende Befugnisse und Pflichten zu vereinbaren:

- Das Unternehmen hat als prüfende Stelle die Befugnis, Kontrollen bei seinen Nachunternehmen durchzuführen, um die Einhaltung der Pflichten zu überprüfen, die nach Maßgabe der abgegebenen Erklärung zu Mindestarbeitsbedingungen bestehen.
- Für diese Kontrollen haben die Nachunternehmen vollständige und prüffähige Unterlagen bereitzuhalten und auf Verlangen der prüfenden Stelle vorzulegen oder elektronisch zu übermitteln; auf Befragen haben sie zu den Unterlagen Auskünfte zu erteilen. Dies umfasst insbesondere Entgelt- und Meldeunterlagen, Aufzeichnungen und andere Geschäftsunterlagen, aus denen Art, Umfang, Dauer und tatsächliche Entlohnung sowie Arbeitsbedingungen der Arbeitnehmenden hervorgehen oder abgeleitet werden können. Die Nachunternehmen haben personenbezogene Beschäftigtendaten in den Unterlagen zu anonymisieren; sie haben die Anonymisierung aufzuheben, soweit die prüfende Stelle konkrete Anhaltspunkte für einen Verstoß darlegt. Die Arbeitnehmenden sind von ihren Arbeitgebenden auf die Möglichkeit dieser Kontrollen hinzuweisen.
- Die Nachunternehmen treffen den vorstehenden Punkten entsprechende Vereinbarungen mit ihren eigenen Nachunternehmen. Sie verpflichten diese, ihrerseits entsprechende Vereinbarungen mit Nachunternehmen auf weiteren Stufen der Vertragshierarchie zu treffen.

Verleiher nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz und Werkvertragsunternehmen gelten als Nachunternehmen.

- nach Maßgabe von § 16 TVgG M-V (Sanktionen):

- Für jeden schuldhaften Verstoß gegen Pflichten, die nach der abgegebenen Erklärung zu Mindestarbeitsbedingungen bestehen, verwirkt das Unternehmen eine Vertragsstrafe in Höhe von

... **Prozent**

des Auftragswertes. Bei mehreren Verstößen darf die Summe der Vertragsstrafen

... **Prozent**

des Auftragswertes erreichen.

Der Auftragswert beträgt ...

- Die schuldhafte Nichterfüllung der nach der abgegebenen Erklärung zu Mindestarbeitsbedingungen bestehenden Pflichten durch das Unternehmen berechtigt den Auftraggeber zur fristlosen Kündigung.

Im Auftrag

Norbert Müller-Tillmann