

# Beteiligung fachfremder Betriebe an öffentlicher Ausschreibung und Vergabe im offenen Verfahren von Straßenbau- und/oder Pflasterarbeiten



Von Rechtsanwälten Dres. Christoph Halfmann und Christian Biernoth

## I. Einleitung

Die Fachbetriebe des Straßenbauerhandwerks sehen sich in zunehmenden Maße einem Wettbewerb mit fachfremden Firmen ausgesetzt. Beispiele sind hier die Beauftragung von Betrieben des Garten- und Landschaftsbaus mit Straßenbau-, insbesondere Pflasterarbeiten, aber auch die Ausführung von Erdarbeiten im Zusammenhang mit Straßenbau- oder auch Deichbauarbeiten durch landwirtschaftlichen Lohnbetriebe, Geräteverleiher oder Fuhrbetriebe.

Diese Unternehmen können ihre Leistungen häufig zu günstigeren Preisen anbieten. Das beruht aber nicht auf besserer Organisation oder effizienterer Arbeitsweise, sondern auf Wettbewerbsverzerrungen aufgrund der Tatsache, dass diese fachfremden Unternehmen nicht den besonderen Kosten- und Beitragslasten ausgesetzt sind, die die Fachbetriebe des Straßenbaus zu erfüllen haben. Diese zahlen

- Beiträge an die Sozialkasse Bau (SoKa Bau)
- Beiträge an die Tiefbau- bzw. Bauberufsgenossenschaft
- Tariflöhne des Baugewerbes

Wer diese Kostenlasten nicht zu tragen hat und sich dennoch um die Ausführung von Arbeiten des Straßenbauerhandwerks bewirbt, handelt wettbewerbswidrig. Die Duldung eines solchen Verhaltens führt zur Ausschaltung des Wettbewerbs und drängt qualifizierte Fachbetriebe aus dem Markt.

Das Vergaberecht gebietet grundsätzlich, wettbewerbsbeschränkende Verhaltensweisen zu bekämpfen und gibt dem öffentlichen Auftraggeber dafür auch geeignete Instrumente an die Hand. Die Rechtsprechung hat in der Vergangenheit mehrfach gebilligt, dass öffentliche Auftraggeber von diesen Instrumenten Gebrauch machen, damit der oberste Grundsatz des Vergaberechts, nämlich der faire Wettbewerb unter den Bietern

gewahrt bleibt. Das wollen wir im Folgenden für die verschiedenen Stadien eines Vergabeverfahrens aufzeigen.

## II. Ausschreibung

Bereits bei der Entscheidung, welchen Interessenten die Ausschreibungsunterlagen übersandt werden, ist zu beachten, dass nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A nur solche Bewerber berücksichtigt werden dürfen, "die sich gewerbsmäßig mit der Ausführung von Leistungen der **ausgeschriebenen** Art befassen". Schon diese Bestimmung lässt Fuhrunternehmen oder landwirtschaftliche Lohnbetriebe aus dem Kreis der möglichen Bieter für Erdbauarbeiten im Zusammenhang mit Straßenbaumaßnahmen ausscheiden.

Garten- und Landschaftsbaubetriebe gehören nur ausnahmsweise zum Kreis der Bewerber um Straßenbauarbeiten, nämlich nur dann, wenn ein besonderer Zusammenhang der zu vergebenden Arbeiten mit dem Garten- bzw. Landschaftsbau besteht. Welche Kriterien für einen solchen Zusammenhang erfüllt sein müssen, ist bereits mehrfach Gegenstand - auch obergerichtlicher - Entscheidungen gewesen:

Nach der Grundsatzentscheidung des BVerwG (1 C 26.91 v. 30.03.1993), kommt es dabei auf den Gesamtcharakter der herzustellenden Anlage an. Sofern nicht - im Ausnahmefall - eine typisch gärtnerische geprägte Anlage (Garten-, Park-, Grün- oder Friedhofsanlagen) Gegenstand der Ausschreibung ist, muss die Anlage nach ihrem äußeren Erscheinungsbild unter Berücksichtigung der Umgebung eine gärtnerische Prägung aufweisen.

Dabei sind ist Kostenrelation zwischen gärtnerisch gestalteten und sonstigen insbesondere Weg- und Parkplatzflächen ebenso wenig ein tauglicher Maßstab, wie eine etwaige gestalterische Freiheit bei der Ausführung der zu vergebenden Arbeiten. Auch kommt es nicht darauf an, ob z.B. Erd- und Pflasterarbeiten einerseits und gärtnerische Arbeiten andererseits getrennt ausgeschrieben werden.

Vielmehr ist maßgeblich auf das Größenverhältnis der gärtnerischen zu den sonstigen Flächen (Stichwort: Verhältnis grau zu grün) unter Einbeziehung ihrer jeweiligen Funktion abzustellen. Dabei müssen weder die "sonstigen" Flächen überwiegen, noch die gärtnerischen Flächen bloßen Verzierungen sein, damit eine gärtnerische Prägung fehlt.

Daneben ist entscheidend, ob für das äußere Erscheinungsbild der Anlage auch unter Einbeziehung der näheren Umgebung gärtnerisch-gestalterischen Elemente prägend sind.

Jedenfalls bei Erstellung, Reparatur usw. von Verkehrswegen selbst mit Grünstreifen und/oder einzelnen Bäumen treten die Möglichkeiten landschaftsgärtnerischer Prägung derart in den Hintergrund, dass GaLaBau-Betriebe von vornherein nicht als zulässige Bewerber nach § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A angesehen werden können. Ihnen dürfen daher schon die Vergabeunterlagen bereits nicht zugesandt werden.

### **III. Wertung der Angebote, Eignung der Bieter, Prüfung von Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit**

Sollten die Vergabeunterlagen im Einzelfall doch an einen solchen Bewerber versandt worden sein, fehlt es bei nicht gärtnerisch geprägtem Gesamtcharakter einer Anlage jedenfalls mangels Befassung an der erforderlichen Eignung des fachfremden Betriebes, so dass er nach § 25 Nr.2 Abs. 1 VOB/A auszuschließen ist. Wegen der zwingenden Bestimmung des § 8 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A ist das pflichtgemäße Ermessen der vergebenden Stelle hier auf Null reduziert. Der ungeeignete Bieter ist auszuschließen.

Da gelegentlich bei Anforderung der Ausschreibungsunterlagen noch nicht erkennbar sein kann, ob sich ein Bewerber mit der ausgeschriebenen Leistung gewerbsmäßig hinreichend in oben dargestelltem Sinn und Umfang beschäftigt, ist zur Sicherstellung der ausreichenden Befassung allen Bietern schon mit der Ausschreibung im Hinblick auf § 2 Nr. 1 VOB/A aufzugeben, die Befassung nachzuweisen. Gelingt ein solcher Nachweis nicht, muss auch dann zwingend ein Ausschluss nach § 25 Nr. 2 Abs. 1 VOB/A erfolgen (siehe OLG Celle, NZBau 2002, S. 518; BayObLG, GewA 2003, S. 167).

Daneben stellt sich die generelle Frage der Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit nach § 2 Nr. 1 S. 1 VOB/A. Nach § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A - insbesondere dessen lit. g)- ist es möglich, umfassende Referenzen und Nachweise zur persönlichen und vor allem auch fachlichen Eignung zu verlangen. Fehlen diese Nachweise bei Ablauf der Angebotsfrist, sind die Angebote bereits auf der ersten Wertungsstufe nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zwingend auszuschließen (s. OLG Schleswig 1 Verg 5/06 v. 22.05.2006 bei fehlendem aktuellen Gewerberegisterauszug).

Gerade bei Straßenbauarbeiten können Nachbesserungsarbeiten wegen Ausführungsmängeln zu durchaus erheblichen Verzögerungen der Bauausführung und Beeinträchtigung des Verkehrs führen. Es besteht daher ein legitimes Interesse des Auftraggebers an solchen Nachweisen. Eine entsprechende Erfahrung ist noch nicht allein durch die Beschäftigung eines Straßenbaumeisters gewährleistet, die möglicherweise nur pro forma erfolgt. Vielmehr müssen auch und gerade die mit der Ausführung betrauten Mitarbeiter nachgewiesen über ausreichende Erfahrung und Fachkunde verfügen.

Auch wenn nach der recht überraschenden Entscheidung des EuGH vom 03.04.2008 (Az.: Rs. C.-346/06) die Bestimmungen des LVergG Nds unwirksam sind, die eine Verpflichtung des Bieters regeln, den eingesetzten Arbeitnehmern mindestens den am Ort des Bauvorhabens geltenden Mindesttariflohn zu zahlen, muss weiterhin nach § 8 Nr. 5 lit. d) und f) VOB/A vom Bieter nachgewiesen werden, dass er

- die Beiträge zur Sozialversicherung,
- die Beiträge zur Zusatzversorgungskasse des Baugewerbes
- die Beiträge zur Tiefbau-Berufsgenossenschaft, sowie
- die Tariflöhne im Baugewerbe

zumindest in der Vergangenheit voll gezahlt hat.

Andernfalls ist der Bieter wiederum nach § 25 Nr. 1 Abs. 1 lit. b) VOB/A i.V.m. § 21 Nr. 1 Abs. 1 VOB/A zwingend auszuschließen. Dass ist besonders vor dem Hintergrund der Regelungen in § 1a AEntG und der 4. Bau ArbBV (die verfassungsgemäß ist, s. BVerfG, NJW 2000, S. 3704) von finanziell eminenter Bedeutung für den Auftraggeber. Ansonsten besteht u.U. die Gefahr, dass auch die öffentliche Hand für fehlende oder zu niedrige Zahlungen des Unternehmers als Bürge in Anspruch genommen werden kann.

Sollte ein Bieter die Nichtzahlung der Beiträge und Tariflöhne damit begründen, er sei kein Straßenbauunternehmen, sondern GaLaBau-Betrieb, ist er mangels Befassung nach § 8 Nr. 2 VOB/A auszuschließen.

Fazit ist also, dass bei Straßenbau- und Pflasterarbeiten, die keine landschaftsgärtnerischen Prägung aufweisen, allein Straßenbauunternehmen als Bieter zugelassen werden dürfen. Diesen Betrieben muss zudem aufgegeben werden, nachzuweisen, dass sie die Sozialabgaben incl. Beiträgen zu Sozialkassen und BauBG, der sie angehören müssen, vollständig entrichtet und Tariflöhne im Baugewerbe gezahlt haben.

#### **IV. Nach der Vergabe:**

##### **Überprüfung der Einhaltung der Tariftreue, Pflichten des Auftraggebers**

Sollte die ausgeschriebene Bauleistung im Einzelfall eine besondere landschaftsgärtnerischer Prägung aufweisen, kommt grundsätzlich auch ein Betrieb des Garten- und Landschaftsbaus als fachlich geeigneter Bieter in Betracht.

Solche Betriebe fahren möglicherweise jedoch "unter falscher Flagge". Sie firmieren als Landschaftsgärtner, führen aber zum überwiegenden Teil ihrer Tätigkeit Straßenbau- bzw. Pflasterarbeiten aus. Wenn das der Fall ist, müssen auch diese Betriebe Beiträge zur SoKa Bau und an die Tiefbau-Berufsgenossenschaft entrichten, sowie Tariflöhne im Baugewerbe zahlen. Das geschieht in vielen Fällen in rechtswidriger Weise nicht.

Indem die Betriebe formal Garten- und Landschaftsbau betreiben, entziehen sie sich diesen Zahlungsverpflichtungen und können wegen günstigerer Kostenstruktur ihre Leistungen zu niedrigeren Preisen als Straßenbauunternehmen anbieten. Das stellt einen rechtswidrigen Vorteil im Wettbewerb dar, der nach § 2 Nr. 1 S. 2 VOB/A vom Auftraggeber zu bekämpfen ist.

Um diese gesetzliche Vorgabe umzusetzen, sollte schon in den Ausschreibungsunterlagen der Nachweis gefordert werden, dass der sich bewerbende Betrieb in den letzten Jahren jeweils mindestens die Hälfte seiner Tätigkeiten im eigentlichen GaLaBau erbracht hat. Grundlage einer solchen Forderung ist § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOB/A.

In die Bauverträge können und werden im übrigen üblicherweise „Tariftreueerklärungen“ aufgenommen, die dem Auftraggeber weitere Kontrollrechte einräumen, etwa die Verpflichtung des Auftragnehmers, auf Anforderung die Namen einschließlich Geburtsdaten der auf der Baustelle beschäftigten Arbeitnehmer zwecks Weiterleitung an die zuständigen Sozialkassen des Baugewerbes schriftlich mitzuteilen.

Nur indem also der öffentliche Auftraggeber zum einen vor Auftragsvergabe den Nachweis, dass überwiegend GaLaBau ausgeübt wird, verlangt, und zum anderen während der Auftragsdurchführung die Beitragsabführung usw. überprüft, kann der Zweck des

Vergabeverfahrens, ungesunde, wettbewerbshindernde Begleiterscheinungen zu bekämpfen, Rechnung getragen werden.

Vorstehendes gilt auch und gerade für den Nachunternehmereinsatz.

## **V. Ergebnis**

Für die Einhaltung gesetzmäßiger Vergabeverfahren bei Straßenbau- und Pflasterarbeiten gilt damit zusammenfassend Folgendes:

### **1. Bei Arbeiten für Anlagen ohne landschaftsgärtnerische Prägung**

- sind Betriebe des Garten- und Landschaftsbaus als Bieter nicht zuzulassen, jedenfalls mangels fachlicher Eignung von der Wertung auszuschließen
- ist Bewerbern der Nachweis und die Verpflichtung aufzugeben, dass sie Sozialleistungen im weitesten Sinn und Tariflöhne im Baugewerbe zahlen,
- sind Bieter auszuschließen, die diesen Nachweis nicht führen bzw. diese Verpflichtungserklärung nicht abgeben

### **2. Bei Arbeiten für Anlagen mit landschaftsgärtnerischer Prägung**

- ist Bewerbern der Nachweis aufzugeben, dass sie nicht überwiegend reine Pflaster- und Straßenbauarbeiten ausführen
- Bewerber auszuschließen, die diesen Nachweis nicht führen, und/oder auch nicht den weiteren aufzugebenden Nachweis erbringen können, dass sie Sozialleistungen im weitesten Sinn und Tariflöhne im Baugewerbe zahlen, wenn sie überwiegend Bauleistungen erbringen

Eine Auflistung der von den Bietern bei Vergabe öffentlicher Pflaster- und Straßenbauarbeiten zu fordernden Angaben und Nachweise ist in der Anlage beigelegt.

## **Von Bietern zu fordernde Angaben und Nachweise bei öffentlicher Ausschreibung und Vergabe im offenen Verfahren von Pflaster- und Straßenbauarbeiten**

1. Nachweis der Eintragung in die Handwerksrolle
2. Nachweis über die Ausführung von den ausgeschriebenen vergleichbaren Arbeiten in den letzten drei Geschäftsjahren incl. Details zur technischen Ausführung
3. Nachweis
  - a) dass nicht überwiegend (also mehr als die Hälfte) Tätigkeiten im Bereich des eigentlichen Garten- und Landschaftsbau ausgeübt wurden und werden
  - b) des Umsatz des Unternehmens für vergleichbare (Bau-)Leistungen in den letzten drei abgeschlossenen Geschäftsjahren
4. Angabe der Anzahl der in den letzten drei Geschäftsjahren beschäftigten Mitarbeiter gegliedert nach Berufsgruppen einschließlich Führungskräfte
5. Angabe bzw. Nachweis
  - a) der die Arbeiten ausführenden, leitenden und beaufsichtigenden Mitarbeiter
  - b) über die Fachkunde und Erfahrung jedes einzelnen dieser Mitarbeiter für die ausgeschriebene Leistung
6. Angabe der für die Ausführung der zu vergebenden Leistung zur Verfügung stehen den technischen Ausrüstung
7. Nachweis der Mitgliedschaft in der Bau- oder Tiefbau-Berufsgenossenschaft
8. Nachweis über die vollständige Entrichtung der Beiträge zu
  - a) Sozialversicherung
  - b) Zusatzversorgung des Baugewerbes
  - c) Bau- bzw. Tiefbau-Berufsgenossenschaftin der Vergangenheit und entsprechende Verpflichtungserklärung für die Zukunft jedenfalls für die Zeit der Auftragsdurchführung
9. Nachweis über die vollständige Zahlung der örtlichen Tariflöhne im Baugewerbe in der Vergangenheit und entsprechende Verpflichtungserklärung jedenfalls für die Zeit der Auftragsdurchführung
10. Angabe sämtlicher Nachunternehmer, für die die Angaben/ Nachweise nach Ziffern 1. bis 9. ebenfalls zu erbringen sind.