

Stand: 11.05.2023

Handlungsanleitung über die Vermeidung von diskriminierenden Vergabeverfahren durch Ungleichbehandlung inländischer und ausländischer Bieter bei Anwendung des § 11 Abs. 1-4 TVergG LSA im Fall festgestellter Binnenmarktrelevanz

§ 11 Abs. 4 TVergG regelt: „Befindet sich der Sitz des Auftragnehmers außerhalb des Gebiets der Bundesrepublik Deutschland, findet Absatz 3 nur Anwendung, sofern die ausgeschriebene Leistung auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland erbracht wird, und Absatz 1 Satz 1 Nr. 2 nur, sofern darüber hinaus ein für allgemeinverbindlich erklärter Tarifvertrag vorliegt.“.

“Der Europäische Gerichtshof (EuGH) hat mit seinem Urteil vom 03.04.2008 zu Az. C-346/06 (Rüffert gegen Niedersachsen) festgestellt, dass ein Mitgliedsstaat nach der Richtlinie 96/71 i.V.m. Art. 49 EG nicht berechtigt ist, einem in einem anderen Mitgliedsstaat ansässigen Unternehmen einen Lohnsatz aus einem nicht für allgemeinverbindlich erklärten Tarifvertrag vorzuschreiben.

Darüber hinaus hat der EuGH in seinem Urteil vom 18.09.2014 zu Az. C-549/13 (Bundesdruckerei gegen Stadt Dortmund) festgestellt, dass die Tariftreue und das Mindestentgelt aufgrund von Artikel 56 AEUV rechtswidrig sind, wenn die ausgeschriebene Leistung vollumfänglich außerhalb des ausschreibenden Mitgliedsstaates erbracht wird, da der Mindestlohn und die Tariftreue dem Auftragnehmer oder dessen Nachunternehmer eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung auferlegen, die nicht durch das Ziel des Arbeitnehmerschutzes gerechtfertigt ist.“(vgl. LT-Drs. 8/1159, S. 29)

Dies bedeutet allgemein, sofern sämtliche Leistungen zur Ausführung des betreffenden Auftrags im Ausland erbracht werden, findet § 11 Abs. 4 TVergG LSA sowie die gesamte Regelung des § 11 TVergG LSA für diesen Bieter keine Anwendung. Um eine daraus resultierende Ungleichbehandlung inländischer Bieter gegenüber ausländischen Bietern bzw. Bietern mit Leistungsort im Inland oder Leistungsort im Ausland durch das TVergG LSA zu vermeiden, schlägt das Ministerium für Wirtschaft, Tourismus, Landwirtschaft und Forsten folgenden Lösungsweg vor:

Kurz gesagt:

Liegt Binnenmarktrelevanz vor und die Leistung wird vom Bieter oder durch Nachunternehmer im Ausland erbracht, greift § 11 TVergG LSA nicht ein.

Liegt Binnenmarktrelevanz vor und die Leistung wird von einem ausländischen Bieter in der Bundesrepublik Deutschland erbracht, greift § 11 Abs. 4 TVergG LSA ein.

Was ist zu tun:

1. Die Leistungserbringung ist auch außerhalb der Bundesrepublik Deutschland möglich:

Sofern als Ort der Leistungsausführung auch vollständig ein Ort außerhalb Deutschlands in Betracht kommt, sollten die öffentlichen Auftraggeber ein Vergabeverfahren mit Teilnahmewettbewerb wählen. So kann bereits in diesem vorgelagerten Schritt festgestellt werden, ob sich ausländische Bieter bzw. Bieter mit einem Leistungsort im Ausland für die Leistungserbringung beteiligen wollen.

Sofern sich Bieter beteiligen wollen, die die Leistung nicht in der Bundesrepublik Deutschland erbringen lassen, können sich im nächsten Schritt des Verfahrens aus Gleichbehandlungsgründen alle Bieter ohne Einhaltung der Voraussetzungen des § 11 TVergG LSA bewerben.

Sofern die Leistung durch einen ausländischen Bieter innerhalb der Bundesrepublik Deutschland erbracht werden soll, ist § 11 Abs. 4 TVergG LSA für alle Bieter anzuwenden.

2. Die Leistungserbringung erfolgt höchstwahrscheinlich innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und es beteiligt sich höchstwahrscheinlich kein ausländischer Bieter

Geht der öffentliche Auftraggeber, etwa aufgrund seiner bisherigen Erfahrungen in vergleichbaren Vergabeverfahren, sehr sicher von einem Leistungsort innerhalb der Bundesrepublik Deutschland und von keiner Beteiligung eines ausländischen Bieters aus, kann von der Durchführung eines Teilnahmewettbewerbs abgesehen werden. Irrt sich der öffentliche Auftraggeber bei dieser Prognose und es beteiligt sich ein ausländischer Bieter oder ein Bieter mit einem ausländischen Leistungsort und es würde durch diese Beteiligung zu einer Benachteiligung des ausländischen Bieters oder des inländischen Bieters kommen, muss das Verfahren in den Stand vor der Angebotsabgabe zurückversetzt werden und die Angebotsabgabe wiederholt werden, um eine Diskriminierung zu vermeiden.

3. Hinweis

In den Ausschreibungsunterlagen sollte der Hinweis erfolgen, dass bei ausländischen Bietern oder Bietern, die die Leistung außerhalb der Bundesrepublik erbringen wollen, eine Anpassung des Verfahrens aus Gleichbehandlungsgründen erfolgt.