

DIE ENTDECKUNG DES FAHRGASTES!

1.–3. Juni 2016
Rhein-Mosel-Halle
Koblenz



Neues Vergaberecht – „gebrauchte Arbeitnehmer“

Dr. Laurence Westen
Rechtsanwalt
Heuking Kühn Lüer Wojtek



Hintergrund und Ziele der Reform

Neue Struktur

Wichtige Neuregelungen – Überblick

SPNV-Vergaben

Personalübergang

Hintergrund und Ziele der Reform

Ausgangspunkt → EU-Paket zur Modernisierung des Vergaberechts

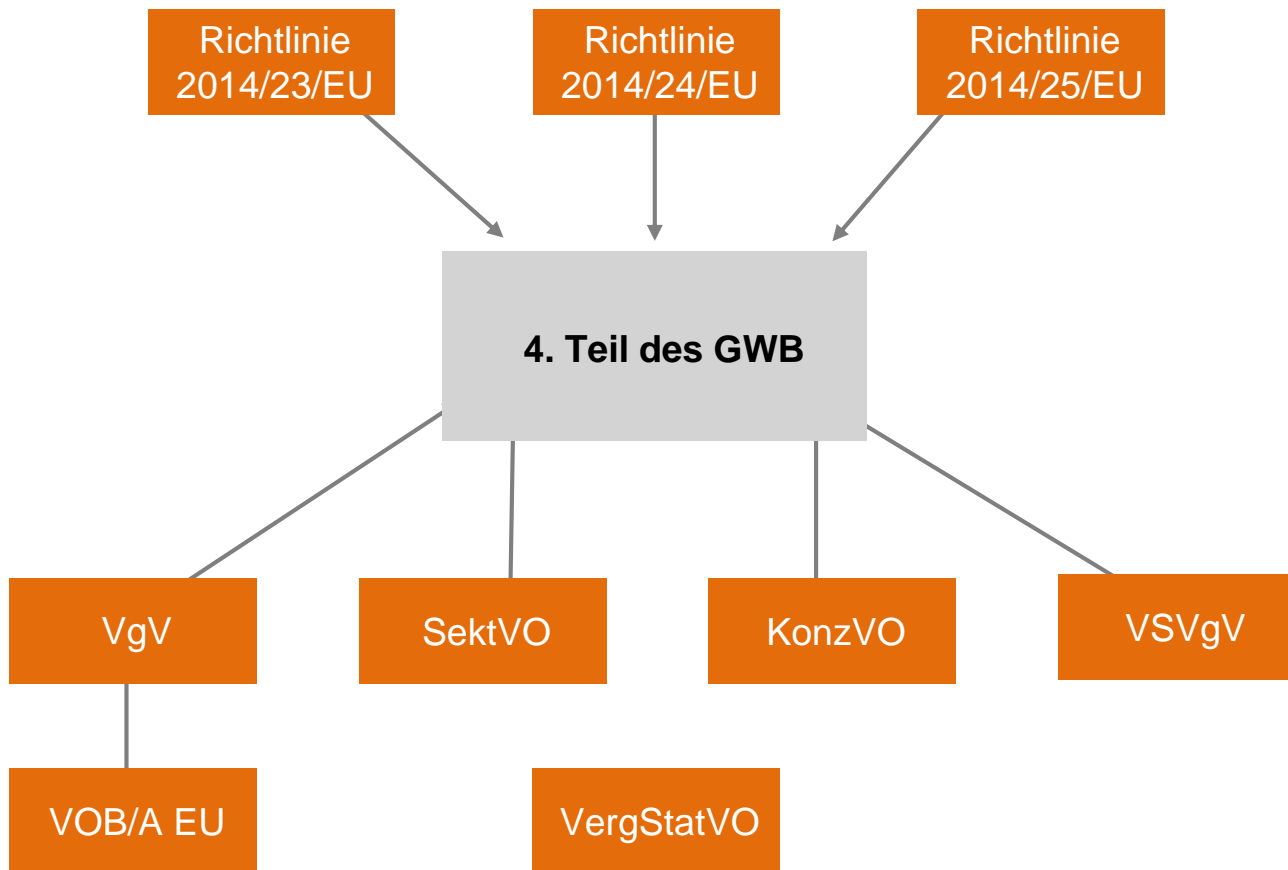
- Richtlinie 2014/24/EU zur „klassischen“ Auftragsvergabe
→ Modernisierung der Richtlinie 2004/18/EG
- Richtlinie 2014/25/EU zur Sektorenauftragsvergabe
→ Modernisierung der Richtlinie 2004/17/EG
- Richtlinie 2014/23/EU zur Konzessionsvergabe
→ Neu!

Umsetzungsfrist: 18.04.2016

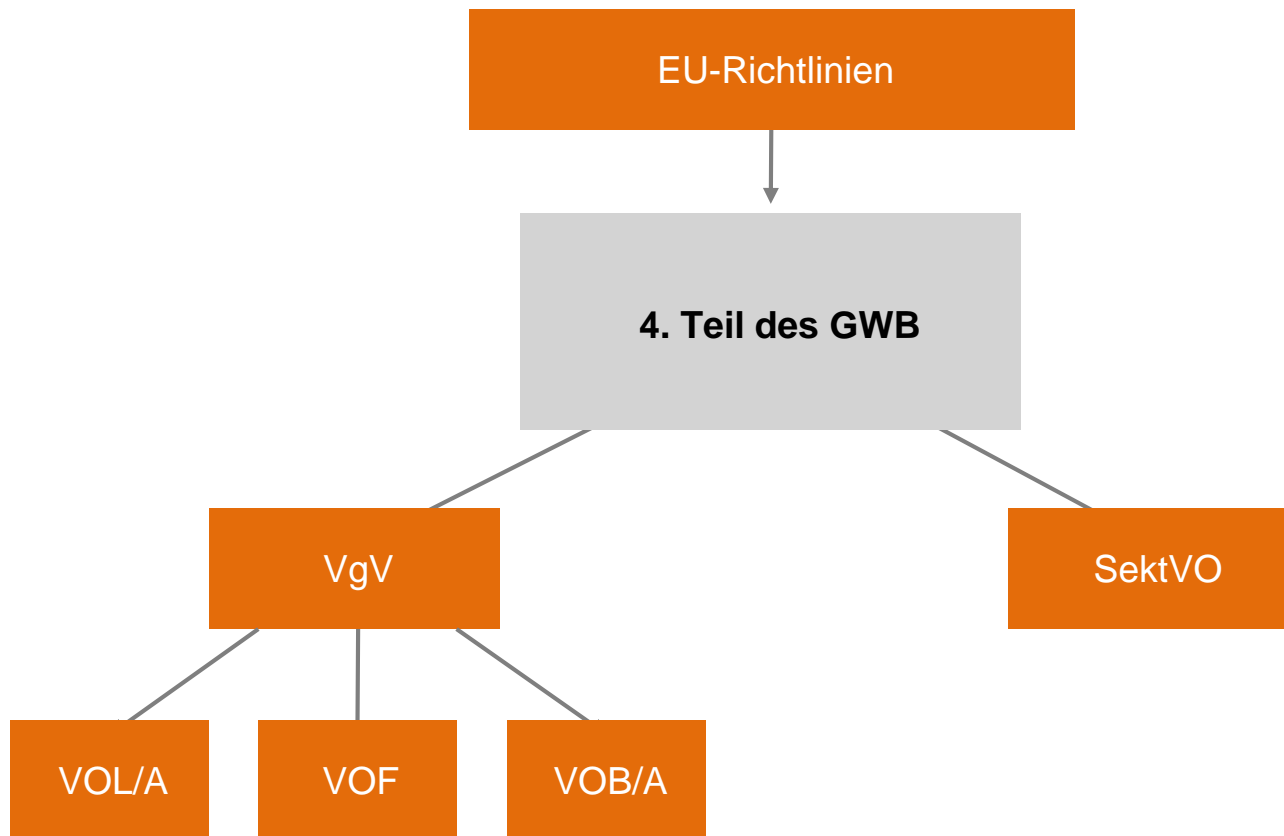
Hintergrund und Ziele der Reform

- Umsetzung der EU-Anforderungen
- Einfacheres und anwenderfreundlicheres Vergaberecht
- Geringerer bürokratischer Aufwand

Neue Struktur – Europäisches Vergaberecht



Neue Struktur – Vergleich zur alten Struktur



Neue VgV

- **Vergabeverordnung (VgV)**
 - Künftig mehr als „nur“ Scharnierfunktion
 - Besondere Regelungen für „freiberufliche Leistungen“
 - Verweis auf VOB/A-EG (Vergabe von Bauleistungen)

- **Aufbau nach Ablauf Vergabeverfahren**

- **Detailregeln zu**
 - Verfahrensarten
 - Leistungsbeschreibung
 - Eignung
 - Zuschlag

- **Integration von VOL/A-EG und VOF**

Wichtige Neuregelungen – Überblick

■ e-Vergabe

- ab 18.04.2016: Bekanntmachung und Vergabeunterlagen
- ab 18.04.2017: Vergaben zentraler Beschaffungsstellen
- ab 18.10.2018: vollständige elektronische Abwicklung

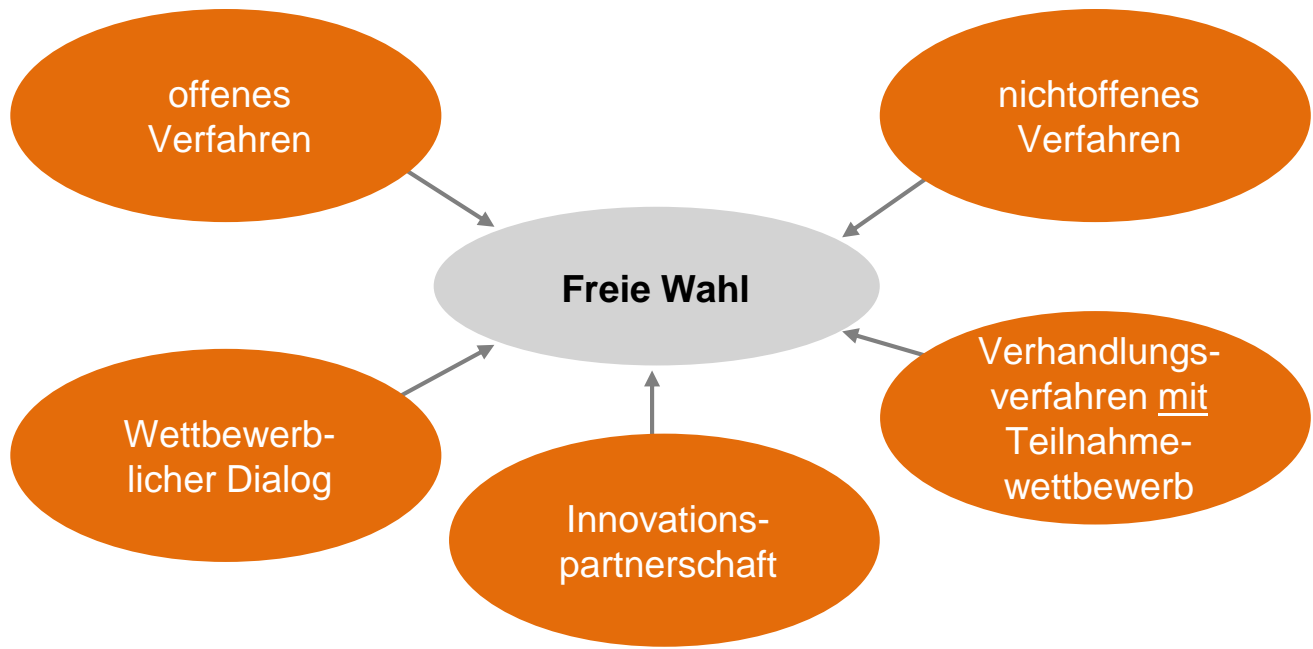
■ geänderte Eignungskriterien

- Wegfall von „Gesetzestreue“ und „Zuverlässigkeit“
- Kriterien müssen mit Auftragsgegenstand „in Verbindung stehen“
- Eignungsleihe: Auftraggeber darf gemeinsame Haftung von Leihher und Leihendem verlangen
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung
- §§ 122 ff. GWB, §§ 42 VgV

Wichtige Neuregelungen – Überblick

- Innovationspartnerschaft als Verfahrensart, § 119 Abs. 7
- personenbezogene / lebenszyklusbezogene Zuschlagskriterien, § 127
- Regeln für soziale und besondere Dienstleistungen, § 130
- Auftragsänderungen während Vertragslaufzeit, § 132
- Kündigung, § 133

SPNV-Vergaben – Wahl der Verfahrensart



**Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb
nur in Ausnahmefällen**

SPNV-Vergaben – Ablauf Verhandlungsverfahren

§ 17 Abs. 10 VgV – Verhandlungsgrundsatz

„Der öffentliche Auftraggeber verhandelt mit den Bietern über die von ihnen eingereichten Erstangebote und alle Folgeangebote, mit Ausnahme der endgültigen Angebote, mit dem Ziel, die Angebote inhaltlich zu verbessern. Dabei darf über den gesamten Angebotsinhalt verhandelt werden mit Ausnahme der vom öffentlichen Auftraggeber in den Vergabeunterlagen festgelegten Mindestanforderungen und Zuschlagskriterien.“

Ausnahme vom Verhandlungsgrundsatz:

§ 17 Abs. 11 VgV: Zuschlag auf Erstangebot zulässig, wenn in Bekanntmachung vorbehalten

Personalübergang – gesetzliche Regelung

§ 131 Abs. 3 GWB:

„Öffentliche Auftraggeber, die öffentliche Aufträge im Sinne von Absatz 1 vergeben, sollen gemäß Artikel 4 Absatz 5 der Verordnung (EG) Nr. 1370/2007 verlangen, dass bei einem Wechsel des Betreibers der Personenverkehrsleistung der ausgewählte Betreiber die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die beim bisherigen Betreiber für die Erbringung dieser Verkehrsleistung beschäftigt waren, übernimmt und ihnen die Rechte gewährt, auf die sie Anspruch hätten, wenn ein Übergang gemäß § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs erfolgt wäre. Für den Fall, dass ein öffentlicher Auftraggeber die Übernahme von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern im Sinne von Satz 1 verlangt, beschränkt sich das Verlangen auf diejenigen Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer, die für die Erbringung der übergehenden Verkehrsleistung unmittelbar erforderlich sind. Der öffentliche Auftraggeber soll Regelungen vorsehen, durch die eine missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des neuen Betreibers zwischen der Veröffentlichung der Auftragsbekanntmachung und der Übernahme des Betriebes ausgeschlossen wird. Der bisherige Betreiber ist nach Aufforderung durch den öffentlichen Auftraggeber verpflichtet, alle hierzu erforderlichen Angaben zu machen.

Außerdem geregelt in Art. 4 Abs. 5 VO 1370 und § 1 Abs. 4 LTTG Rld.-Pf.

Personalübergang – Wortlautvergleich

- Art. 4 Abs. 5 Satz 1 VO 1370
„... zuständige Behörde **kann** Betreiber **verpflichten**, Auftragnehmer Rechte zu gewähren ...“
- § 131 Abs. 3 Satz 1 GWB
„... Auftraggeber **sollen verlangen**, dass Betreiber Auftragnehmer übernimmt und Rechte gewährt ...“
- § 1 Abs. 4 Satz 1 LTTG Rld. Pf.
„Aufgabenträger **haben** Auftragnehmer **zu verpflichten**, den Auftragnehmer ein Angebot zur Übernahme zu den bisherigen Arbeitsbedingungen zu unterbreiten.“

Personalübergang - juristischer Hintergrund

muss / soll / kann-Bestimmung

- „muss“**
- § 1 Abs. 4 Satz 1 LTTB Rld.-Pf.
 - ... hat ...
 - ... ist ...
 - ... muss ...
 - zwingende gesetzliche Vorgabe
 - gebundene Verwaltung → kein Ermessen

- „soll“**
- § 131 Abs. 3 Satz 1 GWB
 - Ermessen grds. eröffnet
 - **ABER:** Ermessenspielraum beschränkt
 - Abweichen von gesetzlicher Rechtslage nur in Ausnahmefällen

- „kann“**
- Art. 4 Abs. 5 Satz 1 VO 1370
 - freies (pflichtgemäßes) Ermessen
 - Abwägung nach sachlichen Gesichtspunkten
 - nur eingeschränkt überprüfbar

Personalübergang – Wille des Gesetzgebers

Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/7086:

- Anordnung zum Auftragnehmer-Übergang = Regelfall
 - Ausnahme möglich, z. B. wenn Netzzuschnitt erheblich von Status Quo abweicht:
 - Mehr-/Minderleistung durch Vergrößerungen / Verkleinerungen des Netzes
 - Änderung in der Traktionsart
- ➔ Einzelfallentscheidung und –begründung

Personalübergang – Welche Arbeitnehmer?

Für „Erbringung der übergehenden Verkehrsleistung unmittelbar erforderlich“

Gesetzesbegründung BT-Drucksache 18/7086:

- richtet sich nach Bedarf des neuen Betreibers
- umfasst ausschließlich operativ tätige Mitarbeiter bestimmter Tätigkeitsgruppen
- nach vorab definierten, transparenten und nachvollziehbaren Kriterien
- zuzuordnende Auftragnehmer waren überwiegend und hinreichend lange in entsprechenden Funktionen im Wettbewerbsnetz tätig
- beamteten Mitarbeitern dürfen keine Nachteile entstehen
- Wettbewerbsvorteile des Neu-Betreibers sollen erhalten bleiben

Personalübergang – Vorgaben für Aufgabenträger

- Aufgabenträger muss Neu- und Alt-Betreiber im Verkehrsvertrag zu Rechtsfolgen des § 613a BGB schuldrechtlich verpflichten
 - Personalkonzept in letztverbindlichen Angeboten erforderlich
- Aufgabenträger soll missbräuchliche Anpassung tarifvertraglicher Regelungen zu Lasten des Neu-Betreibers zwischen Bekanntmachung und Übergang verhindern
 - Sanktionsmechanismus erforderlich
 - gilt erst für übernächsten Personalübergang
- neuer Betreiber ist rechtzeitig, in der Regel in Auftragsbekanntmachung, über übergewende Arbeitsverhältnisse in Kenntnis zu setzen
- Aufgabenträger übermitteln kalkulationsrelevante Daten im Einklang mit Datenschutzrecht
 - muss Daten rechtzeitig beschaffen, § 131 Abs. 3 Satz 4 GWB

Personalübergang – Unklarheiten

- Umgang mit Änderungen im Personalbestand zwischen Bekanntmachung und Übergang?
- Wer informiert Auftragnehmer über Übergang? (§ 613 a Abs. 5 BGB)
- Muss Auftragnehmer widersprechen (§ 613 a Abs. 6 BGB) oder Angebot annehmen?
- Zeitpunkt des Übergangs? / Ausgestaltung Übernahmeprozess von Alt- und Neubetreiber
- Umgang mit beamteten Mitarbeitern
- Wann ist tarifvertragliche Anpassung missbräuchlich?
- Diskrepanz zwischen Personalbedarf Alt- und Neubetreiber

Vielen Dank für Ihr Interesse!



Rechtsanwalt

Dr. Laurence Westen

Assistentin Eveline Michna

Telefon + 49 (211) 60055-325

Telefax + 49 (211) 60055-390

E-Mail e.michna@heuking.de



Georg-Glock-Straße 4

D-40474 Düsseldorf

www.heuking.de