



UPDATE VERGABERECHT

ZWINGENDE GESTELLUNG DES BESTANDSPERSONALS ZULÄSSIG?

VK Rheinland, Beschluss vom 18.06.2018 – VK K 19/18 – L

Ein Landkreis (L) schrieb die Vergabe von Busverkehrsleistungen europaweit aus. Bisheriger Betreiber war ein mittelbar im Alleineigentum des L stehendes Unternehmen. Für den Fall eines mit einem Betreiberwechsel verbundenen Betriebsübergangs rechnete L mit etlichen Widersprüchen der Beschäftigten gegen den Übergang der Arbeitsverhältnisse. Daher sahen die Vergabeunterlagen vor, dass dem künftigen Betreiber diejenigen Arbeitnehmer, deren Arbeitsverhältnisse nicht übergehen, im Wege der Personalgestellung zum Einsatz beim Betrieb der Verkehre vorgegeben werden. Zudem sollten die Arbeitnehmer, die während des Zeitraums ihrer Gestellung in Rente gehen oder ausscheiden, ebenfalls durch vom Bestandsbetreiber neu einzustellendes und sodann dem Neubetreiber beizustellendes Personal ersetzt werden, um eine Pflicht des L zur Zahlung bestimmter Versorgungsbeiträge zu vermeiden. Bieter B wandte sich mit einem Nachprüfungsantrag gegen die Vorgaben zur Personalgestellung.

Die VK Rheinland gibt B nur teilweise Recht. Die Regelungen seien als Auftragsausführungsbedingung im Sinne des § 128 Abs. 2 GWB zu bewerten. Soweit sie die Gestellung des Bestandspersonals betreffen, seien sie zulässig, da sie eine auftragsbezogene verhältnismäßige Maßnahme zu dessen legitimer sozialer Absicherung darstellen. Auch der Gleichheits- und der Wettbewerbsgrundsatz seien nicht verletzt. Hingegen sei die Personalgestellung hinsichtlich des neu einzustellenden Personals rechtswidrig, da es insoweit schon an einem erworbenen Besitzstand mangle, der als sozialer Belang geschützt werden könne.

Bedeutung für die Praxis

Die VK betritt mit ihrer Entscheidung Neuland. Soweit erkennbar hatte sie sich als erstes Nachprüfungsorgan mit einer solchen Personalgestellung zu befassen. Die Bewertung als zulässig ist allerdings mit Vorsicht zu genießen. Soweit dem Auftragnehmer nicht die mit der Personalgestellung verbundenen Risiken vollständig abgenommen werden, geht mit der Verpflichtung eine potentiell erhebliche Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit einher. Dass ein Schutz der Arbeitnehmer, die einen gesetzlich vorgesehenen Übergang ihrer Arbeitsverhältnisse bewusst ablehnen, noch legitim und sogar verhältnismäßig ist, ist zumindest fraglich. Eine Lösung könnte sein, dass die Personalgestellung vergaberechtlich als Beistellung ausgestaltet wird und daher ein Rückgriff auf § 128 Abs. 2 GWB nicht nötig ist. Hierzu müsste der Auftraggeber aber alle mit der Personalgestellung verbundenen Risiken übernehmen. Sodann müsste eine solche Personalgestellung auch mit dem übrigen Recht, insbesondere dem Recht der Arbeitnehmerüberlassung vereinbar sein. Diese Frage hat die VK indes ausdrücklich offen gelassen.