

Der Charme des Instruments des öffentlichen Auftrags liegt in seinen vielfältigen Anwendungsmöglichkeiten¹¹⁷: Die öffentlichen Auftraggeber können die Befolgung von Sozialstandards forcieren, beispielsweise die Einhaltung der am Ort der Auftragsausführung geltenden Tariflöhne, und die Bieterunternehmen zur Förderung von gesellschaftlich benachteiligten Gruppen anhalten. Im Vordergrund steht hierbei die Einstellung von Langzeitarbeitslosen, Frauen, Auszubildenden, älteren und behinderten Arbeitnehmern sowie Angehörigen ethnischer Minderheiten. Entgegen anderer Ansicht¹¹⁸ ist die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge ein Instrument *indirekter* Verhaltenssteuerung¹¹⁹. Anstatt ein Ge- oder Verbot auszusprechen, werten die öffentlichen Auftraggeber bei der Auswahl der Angebote ein bestimmtes Verhalten der Bieterunternehmen positiv. Die Aussicht auf den Zuschlag des öffentlichen Auftrags wirkt als Anreiz, bestimmte sozialpolitische Zielvorgaben auf betrieblicher Ebene in die Tat umzusetzen.

III. Einsatz- und Anwendungsmöglichkeiten für soziale Vergabekriterien

Soziale Vergabekriterien können bei der Zuschlagsentscheidung relevant werden. Wie den betriebswirtschaftlichen Zuschlagskriterien auch wird dem sozialen Zuschlagskriterium ein bestimmter absoluter Punktwert oder Prozentsatz zugesprochen. Das Bieterunternehmen das die meisten Punkte oder den höchsten Prozentsatz auf sein Angebot vereinigt, erhält den Zuschlag. Es kann also sein, daß ein Angebot den Zuschlag davonträgt, obwohl es nicht das betriebswirtschaftlich günstigste Angebot ist. Die daraus resultierende potentielle Verteuerung heißt Mehrpreis¹²⁰. Teilweise legen öffentliche Auftraggeber fest, daß Angebote, welche das geforderte soziale Zuschlagskriterium erfüllen, genauso wie das betriebswirtschaftlich günstigste Angebot behandelt werden, „soweit erstere nicht um mehr als einen bestimmten Prozentsatz oder Punktwert von letzteren abweichen“. Das Bieterunternehmen kann auf den Zuschlag des öffentlichen Auftrags hoffen, wenn es das geforderte Zuschlagskriterium *aktuell* erfüllt¹²¹. Des weiteren kann der soziale Aspekt bei der Zuschlagsentscheidung *subsidiär* als *Hilfskriterium* das Zünglein an der Waage spielen, um zwischen mehreren gleich günstigen Angeboten auszuwählen¹²².

Ein Spezialfall ist das Eintrittsrecht, bei dem diejenigen Bieterunternehmen, die das geforderte Vergabekriterium erfüllen, zu den Konditionen des bis dato rein betriebswirtschaftlich günstigsten abgegebenen Angebots in das Vergabeverfahren eintreten können¹²³. In dieser Form ist das Eintrittsrecht gemeinschaftsrechtlich unproblematisch, da sich der Einkauf nicht verteuert¹²⁴. Gleiches gilt im übrigen, wenn die öffentlichen Auftraggeber Bieterunternehmen, welche den sozialen Vergabekriterien genügen, zur Teilnahme am Vergabever-

117 Dörr, JZ 2004, 703 (706).

118 Kloepfer, Umweltrecht, § 5, Rdnr. 204.

119 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 101.

120 Dreher/Haas/v. Rintelen, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 37; Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 131.

121 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 108.

122 Pünder, NZBau 2003, 530 (533).

123 Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 548; Pünder, NZBau 2003, 530 (533).

124 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 131; Bultmann, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 113; Dreher/Haas/v. Rintelen, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 38; Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 448.

fahren einladen¹²⁵. Gemeinschaftsrechtlich erklärungsbedürftig ist allerdings der Fall, wenn Eintrittsrechte „zu einem ähnlich günstigen Preis“ gewährt werden¹²⁶.

Die dritte Möglichkeit, soziale Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, ist die Ausgestaltung über sogenannte Ausführungs- bzw. Auftragsbedingungen (*contract performance conditions, conditions d'exécution d'un marché*) in Form einer vertraglichen Nebenpflicht¹²⁷. Ausführungsbedingungen beeinflussen die *zukünftige* Unternehmenspolitik der Bieterunternehmen, da diese sich verpflichten, fürderhin bestimmte Maßnahmen zu ergreifen¹²⁸. Ausführungsbedingung werden erst bei der nachgeschalteten Vertragsabwicklung relevant. Die vorliegende Untersuchung widmet sich in erster Linie dem Hauptanwendungsfall der sozialen Vergabekriterien, i.e. den sozialen Zuschlagskriterien.

C. Rechtsprechung des EuGH

Im Anwendungsbereich gemeinschaftlichen Sekundärrechts verbleibt den Mitgliedstaaten nur dann ein eigener Handlungsspielraum, soweit der zu regelnde Sachverhalt nicht bereits auf Gemeinschaftsebene erschöpfend normiert ist. Sind die Vergaberichtlinien daher im Hinblick auf ihren Kriterienkatalog abschließend, dann ist oberhalb der dort festgelegten Schwellenwerte für die Berücksichtigung sozialer Aspekte kein Raum. Da insbesondere der EuGH mit seiner Judikatur die Frage der gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien vorangetrieben hat, sollen die Urteile in den Rechtssachen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* vorgestellt und analysiert werden.

I. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Beentjes*

1. Sachverhalt

Den Stein des Anstoßes brachte das Urteil des EuGH in der Rechtssache *Beentjes* ins Rollen. Im Ausgangsrechtsstreit zu diesem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 234 EG hatte das Bieterunternehmen *Beentjes* geltend gemacht, die Entscheidung des öffentlichen Auftraggebers, ihrem Angebot den Zuschlag zu verweigern, verstoße gegen die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 71/305/EWG¹²⁹. Die Ablehnung war unter anderem damit begründet worden, daß die Firma *Beentjes* nicht bereit und in der Lage gewesen sei, für das die Ausführung des Projekts Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, die ihr vom örtlichen Arbeitsamt vermittelt werden sollten. Diese Bedingung war in der Bekanntmachung des Auftrags und in den Verdingungsunterlagen als Ausführungsbedingung vorgesehen¹³⁰.

125 Ziekow, NZBau 2001, 72 (73).

126 Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 58.

127 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 105.

128 Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 106.

129 RL 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971, L 185, S. 5 ff.; abgesehen von einigen redaktionellen Feinheiten entsprach RL 71/305/EWG im Wortlaut den Vorschriften von RL 93/37/EWG. RL 71/305/EWG wurde lediglich aus Gründen der Klarheit und Übersichtlichkeit neu kodifiziert, vgl. RL 93/37/EWG, Präambel, Erwägungsgrund 1.

130 EuGH, Rs. 31/87 (*Beentjes*), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 3, 5.