

spricht. Das Vergabeverfahren ist die Inkarnation eines solchen objektiven Auswahlverfahrens schlechthin. Ein weiterer Grund, warum man in der vergaberechtlichen Konstellation regelungstechnisch nicht auf der Stufe der Pattsituation Halt machen kann, ist die Tatsache, daß kaum jemals zwei Angebote identisch und damit gleich betriebswirtschaftlich günstig sein werden. Würden soziale Vergabekriterien lediglich als Hilfskriterien ausgestaltet, kämen sie in der Praxis nie zur Anwendung.

G. Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung

Konstitutive Tariftreueverpflichtungen verstoßen nicht gegen die Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG. Die sogenannte *Mindestlohnrechtsprechung des EuGH* in den Rechtssachen *Rush Portuguesa*, *Arblade*, *Finalarte* und *Mazzoleni und ISA* entfaltet Indizwirkung für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen. Sie sind kein rechtliches *aliud* zu den mitgliedstaatlichen Mindestlohnbestimmungen. Die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtung ist eine Frage der Verhältnismäßigkeit. Zwar bedeutet die an die EG-ausländischen Bieterunternehmen gestellte Forderung, die am Ort der Auftragsausführung geltenden Tariflöhne zu zahlen eine Beschränkung im Sinne von Art. 49. Sie ist jedoch durch den *zwingenden Grund des Allgemeinwohls gerechtfertigt*. Schutzzgut ist der *Schutz aller Arbeitnehmer in der Gemeinschaft*.

Einer etwaigen Überforderung der öffentlichen Auftraggeber läßt sich mit einer Regelung abhelfen, wonach diese sich bei einer zentralen Fachbehörde über die in ihrem Verantwortungsbereich geltenden Lohn- und Gehaltstarife informieren können. Die Frage der praktischen Durchsetzung ist kein spezifisches Problem der Tariftreueverpflichtung. Etwaige Kontrolldefizite können dadurch gelöst werden, daß die öffentlichen Auftraggeber sich an spezialisierte Behörden wenden.

Tariftreueverpflichtungen sind als konkret-individuelle Rechtsakte das ideale Instrument, um Einzelfallgerechtigkeit zu erwirken. Tariftreueverpflichtungen können insbesondere den Unterschieden hinsichtlich der Lebenshaltungskosten wie dem lokalen Stadt-Land-Gefälle und dem regionalen Nord-Süd respektive Ost-West-Gefälle gerecht zu werden. Ein Verbot der Tariftreueverpflichtungen würde angesichts der Gestaltungsfreiheit der Mitgliedstaaten bei der Festsetzung der Mindestlöhne zu widersprüchlichen und nicht sachgerecht Ergebnissen führen. Für die Erforderlichkeit der Tariftreueverpflichtung spricht auch die besondere Bedeutung des Baugewerbes für das Arbeitsmarktstruktur der Mitgliedstaaten. Der Erforderlichkeitsmaßstab des Arbeitnehmerschutzes orientiert sich nicht am kleinsten gemeinsamen Nenner, sondern bemüht sich um eine Optimierung der Sozialstandards. Die Alternativmaßnahme der Losvergabe ist nicht universal einsetzbar und wegen ihres Diskriminierungspotentials auch nicht unbedingt das mildere Mittel.

Im Fall der Anwendung von Tariftreueverpflichtungen ist nur mit moderaten Kostensteigerungen für die öffentlichen Auftraggeber zu rechnen. Solange die Tariftreueverpflichtung keine Rückausnahmen für die inländischen Dienstleister zuläßt, beispielsweise für Bieterunternehmen mit inländischen Firmentarifverträge, besteht die Vermutung, daß sie keine unverhältnismäßige Einschränkung der Dienstleistungsfreiheit darstellt. Die Einhaltung der Tariftreueverpflichtung ist den EG-ausländischen Bieterunternehmen auch individuell zumutbar. Aus gemeinschaftlicher Perspektive ist es nicht erstrebenswert, daß die Bieterunternehmen aus Niedriglohnmitgliedstaaten Ausgaben für Transport- und Unterkunft auf Kosten des Ar-

beitnehmerschutzes wieder „reinholen“. Das im Aufnahmemitgliedstaat geltende Schutzniveau für Arbeitnehmer hat gewissermaßen den Status eines „natürlichen Standortfaktors“. Wenn sich die Mitgliedstaaten per Verweisteknik dieses Instruments bedienen, um ihre sozialpolitischen Ziele umsetzen, dann ist dies gemeinschaftsrechtlich nicht unzulässig.

H. Auslegung von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG

Der Gemeinschaftsgesetzgeber hat mit Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe auf breiter Ebene positivrechtlich verankert und damit offiziell legitimiert. Entgegen den in *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* erarbeiteten Vorgaben des EuGH sehen sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots keine sozialen *Zuschlagskriterien* vor. Trotz einer Reihe von Ungereimtheiten im Verhältnis von Erwägungsgründen und dem verbindlichen Teil der Vergaberichtlinien bleibt festzuhalten, daß der historische Gemeinschaftsgesetzgeber sich bewußt gegen die Einführung sozialer Zuschlagskriterien entschieden hat.

Dagegen können die öffentlichen Auftraggeber nunmehr gemäß Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG soziale Ausführungsbedingungen festsetzen. *Ausführungsbedingungen* entfalten jedoch eine *absolute Ausschlußwirkung*, da sich gleich zu Beginn des Vergabeverfahrens das Spektrum der Bieterunternehmen verkleinern. Damit wird der Wettbewerb durch Ausführungsbedingungen stärker beeinträchtigt, als durch die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung. In letzterem Fall treten nämlich sozial freundliche und rein betriebswirtschaftlich günstige Angebote zueinander in Wettbewerb, mit der Folge, daß *Zuschlagskriterien* lediglich *relative Ausschlußwirkung* entfalten.

Die Berücksichtigung sozialer Aspekte in Form von Zuschlagskriterien kann jedoch durch eine an systematischen und teleologischen Gesichtspunkten orientierte Auslegung der neuen Vergaberichtlinien erreicht werden. Eine solche Auslegung kann sich zunächst auf das *argumentum a maiore ad minus* stützen. Denn wenn sogar die Berücksichtigung sozialer Aspekte mit absoluter Ausschlußwirkung sachgerecht und gemeinschaftsrechtlich zulässig sein soll, dann muß dies erst recht für eine etwaige Berücksichtigung sozialer Aspekte mit relativer Ausschlußwirkung gelten.

Ein weiterer Beleg für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien ist die Neuerung, daß RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG für die Bewertung der wirtschaftlichen Günstigkeit des Angebots mittlerweile auf die *subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers* abstellen. Gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG „erfolgt der Zuschlag auf das aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot“. Außerdem sind die in Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG genannten Umwelteigenschaften ein Indiz für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien. Denn wie die *Wienstrom*-Entscheidung des EuGH zeigt, schlagen sich Umweltbedingungen nicht zwangsläufig in objektiv meßbare Eigenschaften des Auftragsgegenstandes nieder. Umweltbezogene Zuschlagskriterien müssen daher nicht produktbezogen sein. Damit stehen die als Zuschlagskriterien mit einzubeziehenden Umwelteigenschaften qualitativ auf derselben Stufe wie die sozialen Vergabekriterien.

Daß soziale Aspekte auch bei der Zuschlagsentscheidung zulässig sein sollen, ergibt sich auch aus der Tatsache, daß Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL