

Kapitel Sieben: Zusammenfassung und Gesamtergebnis

A. Rechtsprechung des EuGH

In den Entscheidungen *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* hat sich der EuGH konsequent für die Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher und damit auch sozialer Vergabekriterien ausgesprochen. In *Beentjes* kreierte der EuGH hierfür den Typus der „besonderen zusätzlichen Kriterien“. Ohne sich offen zu einem Richtungswechsel zu bekennen, nahm der EuGH in *Französische Schulen* von dieser Linie Abstand und subsumierte die sozialen Vergabekriterien unter das Zuschlagskriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots. Den Schritt zur offiziellen Anerkennung vollzog der EuGH in *Concordia Bus*-Entscheidung, wo er die *subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers* für die *Beurteilung der Wirtschaftlichkeit* zum Maßstab erhob. In *Wienstrom* schließlich zerstreute der EuGH letzte Zweifel an der Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien, indem er für den in *Concordia Bus* formulierten „Zusammenhang zwischen nicht-wirtschaftlichen Zuschlagskriterien und Auftragsgegenstand“ ausreichen ließ, daß sich dieser aus der konkreten Leistungsbeschreibung in der Ausschreibung ergibt. Das für die Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien vom EuGH geforderte Zusammenhangserfordernis ist nicht mit Produktbezogenheit gleichzusetzen. Die Aspekte, die bei der Zuschlagsentscheidung berücksichtigt werden dürfen, sind daher – vergleichbar den verkehrswesentlichen Eigenschaften des deutschen Zivilrechts neben den auf der natürlichen Beschaffenheit beruhenden Merkmalen auch *tatsächliche und rechtliche Verhältnisse und Beziehungen des Auftragsgegenstandes zur Umwelt*, soweit sie nach der Verkehrsanschauung für die Wertschätzung von Bedeutung sind. Nach der Rechtsprechung des EuGH waren soziale Zuschlagskriterien mit den ehemaligen Vergaberichtlinien folglich zulässig.

B. Auslegung der RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG

Die Rechtsprechungsserie des EuGH ist in der Sache positiv zu beurteilen. Gleichwohl bleibt anzumerken, daß der EuGH bei der dort betriebenen kreativen Rechtsauslegung bzw. -fortbildung seiner Verpflichtung nicht nachgekommen ist, seine Rechtsfindung argumentativ zu untermauern. Dieses Argumentationsdefizit hat den Widerstand in der Literatur gegen die soziale Vergabekriterien zu einem guten Teil erst hervorgerufen. Der EuGH hätte sich insbesondere intensiv mit dem Problem auseinandersetzen müssen, daß eine *Wortlautauslegung* der ehemaligen Vergaberichtlinien, RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG wegen der betriebswirtschaftlichen Konnotation des unbestimmten Rechtsbegriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ zu dem Ergebnis kommt, daß soziale Vergabekriterien *nicht zulässig* sind. Gleichermaßen gilt angesichts der gescheiterten Novellierungsversuche, soziale Vergabekriterien zu installieren, auch für die historische Auslegung. Allerdings kommt diesen Auslegungsmethoden im Gemeinschaftsrecht nur eine beschränkte Bedeutung zu.

Als Argument für die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien hätte der EuGH in Anwendung der *systematischen Auslegung* jedoch die Vorschriften über die *Losvergabe* anführen können. Die Motivation der öffentlichen Auftraggeber für den mit der Losvergabe einherge-

henden Wettbewerbseingriff geht ebenso wie bei sozialen Vergabekriterien über das Ziel einer preisgünstigen Beschaffung hinaus. Denn die Losvergabe dient in erster Linie dem *Zweck der Förderung des Mittelstandes*. Sie bedeutet für die öffentlichen Auftraggeber unter Umständen eine Erhöhung der Beschaffungskosten, des Verwaltungsaufwandes sowie des Prozeßkostenrisikos und ist mit einem nicht unbeträchtlichen Diskriminierungspotential verbunden. Das Beispiel der Losvergabe zeigt, daß die Verfolgung von über die reine Beschaffung hinausgehenden Zielen dem Recht öffentlichen Auftragsvergabe nicht fremd ist.

Zugunsten der Berücksichtigung sozialer Aspekte im Vergaberecht hätte der EuGH außerdem anführen können, daß der *Normzweck* von RL 93/37/EWG, RL 93/36/EWG und RL 92/50/EWG, nämlich das Ziel der Realisierung des Binnenmarktes im Sinne von Art. 2 EG und Art. 3 Abs. 1 lit. c EG, der Einführung sozialer Vergabekriterien nicht widerspricht. Dieses Ziel besteht bei der öffentlichen Auftragsvergabe nämlich nicht darin, die öffentlichen Auftraggeber zu einem sparsamen Umgang mit Haushaltssmitteln anzuhalten. Das Gebot einer sparsamen Haushaltsführung entstammt dem nationalen Recht. Die allgemeine Haushaltsdisziplin der Mitgliedstaaten gemäß Art. 104 Abs. 1 EG findet gemäß Art. 104 Abs. 2 S. 1 EG erst bei sogenannten schwerwiegenden Fehlern bezüglich Haushaltsslage und öffentlichem Schuldenstand Anwendung. Ziel des gemeinschaftlichen Vergaberegimes ist es, die *Wettbewerbsoffenheit des Vergabeverfahrens* zu garantieren. Wettbewerbsoffenheit bedeutet, daß alle Wirtschaftsteilnehmer aufgrund der Transparenz- und Publizitätsvorschriften die gleiche Ausgangsposition haben, und ist daher im Sinne von Chancengleichheit zu interpretieren. Der Marktöffnungsgedanke ist das beherrschende Prinzip des Vergaberechts. Dieses Ziel wird durch sozialer Vergabekriterien nicht gefährdet.

C. Vergleich zwischen Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien

Der Vergleich zwischen Beihilfen- und Vergaberecht hat gezeigt, daß mitgliedstaatliche Kompensationsmaßnahmen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und die Anwendung sozialer Vergabekriterien zwei gleichermaßen legitime Lenkungsinstrumente sind. Mit dem Pfund des Beihilfenrechts läßt sich nicht wuchern, um die primärrechtliche Unzulässigkeit sozialer Vergabekriterien zu begründen. Im Gegenteil, die für die beihilfenrechtliche Konstellation überzeugende Lösung des Transparenzansatzes entfaltet Indizwirkung für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien.

Das Beihilfen- und das Vergaberecht weisen eine Reihe von Gemeinsamkeiten auf. Beide Rechtsgebiete regeln das Ausgabe- und Investitionsverhalten der Mitgliedstaaten. Sowohl für das Beihilfenrecht als auch das Vergaberecht ist anerkannt, daß die Mitgliedstaaten einen weiten Beurteilungsspielraum bei der Definition des Leistungsgegenstandes haben. Sinn und Zweck der beiden Normenkomplexe ist die Realisierung des europäischen Binnenmarktes gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. c EG. Außerdem beruhen das Beihilfen- und das Vergaberecht auf denselben Leitprinzipien, nämlich Diskriminierungsfreiheit, Wettbewerbsoffenheit und Transparenz. In beiden Rechtsgebieten war bis dato bei der Prüfung der jeweiligen Tatbestandsmerkmale eine betriebswirtschaftliche Perspektive vorherrschend. Im Beihilfenrecht geschah dies mithilfe des *market economy investor test*. Im Vergaberecht wurde dies durch eine betriebswirtschaftliche Auslegung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ in die Tat umgesetzt.