

Verfahren der Mitentscheidung, kann ein Rechtsakt gemäß Art. 251 Abs. 5 S. 2 EG endgültig nur mit Zustimmung des EP verabschiedet werden.

Entgegen allen Erwartungen²¹³⁰ hat der Gemeinschaftsgesetzgeber mit RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die Berücksichtigung sozialer Aspekte auf breiter Ebene positivrechtlich verankert und damit offiziell legitimiert²¹³¹. Dieses förmliche Anerkenntnis bedeutet in der Tat für das Vergaberecht eine „grundlegend neue Weichenstellung“²¹³². Anstatt die Mitgliedstaaten zu strikter Abstinenz anzuhalten, gibt die Gemeinschaft sozialpolitisch motivierten Interventionen im Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe ihren Segen. Wettbewerb und das mitgliedstaatliche Bemühen um soziale Integration stehen nicht mehr in einem Exklusivitätsverhältnis. Besonders deutlich wird dies an RL 2004/17/EG, die sich im wettbewerblich sensiblen Bereich der Sektoren zwar explizit den Kampf gegen Marktabschottung²¹³³ und für Marktöffnung²¹³⁴ auf die Fahne geschrieben hat, gleichzeitig aber mit Art. 38 RL 2004/17/EG und Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG die Berücksichtigung sozialer Aspekte gutheißt.

Für die Gegner sozialer Vergabekriterien wird mit RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG allerdings ein „Alptraum“ wahr²¹³⁵. So wird kritisiert, daß die Voraussetzung für die Zulässigkeit sozialer Ausführungsbedingungen gemäß Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG, i.e. daß diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sein müssen, *angesichts der sozialen Ziel- und Aufgabensetzungen des EG-Vertrages* nicht geeignet sei, den öffentlichen Auftraggebern wirksame Grenzen zu setzen²¹³⁶. Implizit geben die Gegner sozialer Vergabekriterien damit jedoch letztendlich zu, daß die Gemeinschaftsverträge in der Fassung von Amsterdam die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien indizieren.

II. Berücksichtigung sozialer Aspekte als Zuschlagskriterien *de lege lata*

Entgegen den in *Beentjes*, *Französische Schulen*, *Concordia Bus* und *Wienstrom* erarbeiteten Vorgaben des EuGH und den Forderungen einer Reihe von Mitgliedstaaten²¹³⁷ sehen sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots *keine sozialen Zuschlagskriterien* vor²¹³⁸. Damit scheint ausgemacht, daß nach den neuen Vergaberichtlinien die Berücksichtigung sozialer Aspekte *im Rahmen der Zuschlagsentscheidung* ausgeschlossen ist. Gleichwohl nehmen beide Richtlinien jeweils in der Präambel für sich in Anspruch, sich auf die vergaberechtliche Rechtsprechung des EuGH zu den Zuschlagskriterien zu gründen²¹³⁹. Sie wiederholen sogar die in *Concordia Bus*²¹⁴⁰ und *Wienstrom*²¹⁴¹ aufgestellten Zulässigkeitsvoraussetzungen²¹⁴². Ebenso wie Rat, EP²¹⁴³ und

2130 Vgl. Mühlbach, RdA 2003, 339 (339).

2131 Keßler/Ipek, EWS 2004, 337 (342).

2132 Forum vergabe, Monatsinfo 6/02, 95.

2133 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 3.

2134 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 42.

2135 Forum vergabe, Monatsinfo 6/02, 95; Forum vergabe, Monatsinfo 11/2003, 176.

2136 Knauff, EuZW 2004, 141 (143).

2137 Rechten, NZBau 2004, 366 (369).

2138 Vgl. Arnould, PPLR 2004, 187 (195).

2139 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 1.

2140 EuGH, Rs. C-513/99, (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 64, 69.

2141 EuGH, Rs. C-448/01 (EVN and Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 33 f.

2142 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1.

die Literatur²¹⁴⁴ feierte die Kommission, welche sich der Einführung sozialer Vergabekriterien bis zuletzt widersetzt hatte, das Legislativpaket als einen Kompromiß, der auf der Basis des *Concordia Bus*-Urteils erreicht worden sei²¹⁴⁵: Der Kompromiß erlaube den öffentlichen Auftraggebern, zum Wohle der Allgemeinheit angemessene und objektive ökologische und soziale Kriterien in transparenter Weise anzuwenden, ohne damit einer willkürlichen und unfairen Auftragsvergaben Vorschub zu leisten, die sich auf Kriterien stützt, die keinen Bezug zu den gewünschten Arbeiten oder Dienstleistungen aufweisen²¹⁴⁶. Die Kommission war relativ früh dazu übergegangen, den öffentlichen Auftraggebern die Festlegung besonderer Ausführungsbedingungen im Sinne des *Beentjes*-Urteils²¹⁴⁷ zu gestatten²¹⁴⁸, bzw. Ausführungsbedingungen, um sozialen Belangen Rechnung zu tragen²¹⁴⁹.

Diesen Widerspruch zwischen Intention und Ausgestaltung der neuen Vergaberichtlinien lösen auch nicht die als Erläuterung gedachten interpretierenden Erwägungsgründe der Präambeln auf, die während den Beratungen zum Gemeinsamen Standpunkt des Wettbewerbsrates dazugekommen waren²¹⁵⁰. Der in beiden Richtlinien enthaltene Tandembegriff „wirtschaftliche und qualitative Zuschlagskriterien“ impliziert, daß neben den anerkannten betriebswirtschaftlichen Kriterien auch das Gegenteil, i.e. nicht-wirtschaftliche Kriterien, zur Anwendung gelangen. Dieser Eindruck wird noch durch Erwägungsgrund 46 RL 2004/18/EG verstärkt, welche den wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien die Kriterien über die Erfüllung der Umwelterfordernisse zur Seite stellt²¹⁵¹. Die Passage ist jedenfalls nur dann sinnvoll und aussagekräftig, wenn mit der Kategorie der sogenannten „qualitativen Kriterien“ neben den wirtschaftlichen und umweltpolitischen Kriterien *soziale* Zuschlagskriterien gemeint sind. Andererseits läßt die Präambel von RL 2004/17/EG ausdrücklich „nur zwei Zuschlagskriterien zu: das des niedrigsten Preises und das des "wirtschaftlich günstigsten Angebots“²¹⁵². Dies wiederum bedeutet eine klare Absage an die *Beentjes*-Entscheidung des

2143 *EP und Rat*, Gemeinsamer Entwurf nach Billigung durch den Vermittlungsausschuß vom 9. Dezember 2003, PE-CONS 3696/03, Erwägungsgrund 1.

2144 *Keßler/Ipek*, EWS 2004, 337 (342).

2145 *Kommission*, Pressemitteilung, vom 13. Dezember 2003, IP/03/1649, 1 (1).

2146 *Kommission*, Pressemitteilung, vom 13. Dezember 2003, IP/03/1649, 1 (1).

2147 *EuGH*, Rs. 31/87 (*Beentjes*), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 36.

2148 *Kommission*, Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff., Art. 23 Abs. 3.

2149 *Kommission*, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 ndg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2 (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderungen 10 und 127, Erwägungsgrund 29, Art. 26a; *eadem*, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderungen 4 und 33, Erwägungsgrund 32, Art. 37a.

2150 *Rat*, Gemeinsamer Standpunkt (EG) 33/2003 vom 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl. 2003, C 147 E, S. 1 ff., Erwägungsgrund 44; *idem*, Gemeinsamer Standpunkt (EG) 34/2003 vom 20. März 2003 im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl. 2003, C 147 E, S. 13 ff., Erwägungsgrund 54.

2151 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46.

2152 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

EuGH und verwandte Lehrmeinungen, die von einer dritten Kategorie sogenannter besonderer zusätzlicher Bedingungen ausgehen²¹⁵³.

Auch der letzte Abschnitt des Erwägungsgrundes 46 RL 2004/18/EG und des Erwägungsgrundes 55 RL 2004/17/EG verhält sich in Bezug auf den Einschluß sozialer Zuschlagskriterien ambivalent. Zum einen verwendet die Präambel den allgemein gehaltenen Ausdruck „soziale Anforderungen“, zum anderen erweckt auch und gerade der Kontext den Eindruck, daß damit soziale Zuschlagskriterien gemeint sind. Denn Erwägungsgrund 46 RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 55 RL 2004/17/EG, an den mit der Einleitung „unter denselben Voraussetzungen“ angeknüpft wird, widmen sich inhaltlich der Frage der Zuschlagsentscheidung. Getreu dem Motto, daß Obersatz und Subsumtion übereinstimmen müssen, müßte die genannte Passage daher an sich als Stellungnahme zu sozialen Zuschlagskriterien zu werten sein. Auch der Begriff der „Benachteiligung“ ist so weit gefaßt, daß darunter jegliche soziale Benachteiligungen fallen können. Der Eindruck, die Passage handle von sozialen Zuschlagskriterien wird noch dadurch intensiviert, daß den sozialen Anforderungen mit dem Einschub „der auf die in den Spezifikationen festgelegten Bedürfnisse“ diesen das Regelungsinstrument der Spezifikationen gegenübergestellt wird.

Trotz dieser gesetzgeberischen Ungereimtheiten bleibt es bei dem Ergebnis, daß der Gemeinschaftsgesetzgeber sich bewußt gegen die Einführung sozialer Zuschlagskriterien entschieden hat. Der Vorschlag des EP, die „Politik der Bieterunternehmen gegenüber Personen mit einer Behinderung“ als Zuschlagskriterium zu verankern²¹⁵⁴, konnte sich nicht durchsetzen. Das EP schwenkte daraufhin auf die Linie der Kommission in der zweiten Lesung ein und unterstützte eine Lösung über soziale Ausführungsbedingungen.

Sowohl RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG werden damit im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe ihrem Ziel, Klarheit zu schaffen, nicht vollends gerecht²¹⁵⁵. Die Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH geht ins Leere. Denn ausweislich des *Französische Schulen*-Urteils²¹⁵⁶ hat der EuGH in seiner Rechtsprechung zu sozialen Zuschlagskriterien Stellung genommen. Hätte der Gemeinschaftsgesetzgeber die Rechtsprechung des EuGH beim Worte nehmen und umzusetzen wollen, hätten beide Richtlinien die Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung erlauben müssen²¹⁵⁷. Es ist also verfehlt, wie Kommission²¹⁵⁸ und einzelne Vertreter in der Literatur²¹⁵⁹ es tun, von einer „Fortführung der EuGH-Rechtsprechung“ zu sprechen²¹⁶⁰.

III. Berücksichtigung sozialer Aspekte als Ausführungsbedingung

Nicht genug, daß sich die Richtlinien in Widerspruch zu ihrer angekündigten Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH setzen, mit der Berücksichtigung sozialer Aspekte in Form von sozialen Ausführungsbedingungen ist der Gemeinschaftsgesetzgeber über

2153 *EuGH*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 36.

2154 *EP*, Zweite Lesung, P5_TA-Prov (2003) 0312 vom 2. Juli 2003.

2155 Vgl. *Opitz*, NZBau 2003, 183 (188); *Rechten*, NZBau 2004, 366 (374).

2156 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 51.

2157 Vgl. *Schima*, NZBau 2002, S. 1 (4).

2158 *Kommission*, Pressemitteilung, vom 13. Dezember 2003, IP/03/1649, 1 (1).

2159 *Knauff*, EuZW 2004, 141 (143).

2160 *Forum vergabe*, Monatsinfo 11/2003, 176; *Herma*, Natur und Recht 2002, 8 (12).