

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 verbindlichem 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

2004/17/EG im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes beschränken. Die Festlegung von Zuschlagskriterien ist gegenüber der Definition des Auftragsgegenstandes ein Minus. Wenn also RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die öffentlichen Auftraggeber verpflichten, bei der Definition des Auftragsgegenstandes soziale Aspekte zu berücksichtigen, dann stehen sie den öffentlichen Auftraggebern *a maiore ad minus* nicht im Weg, fakultativ soziale Zuschlagskriterien festzuschreiben. Die neuen Vergaberichtlinien bekräftigen außerdem mit Art. 25 RL 2004/18/EG und Art. 37 RL 2004/17/EG das Bekenntnis zur Zulässigkeit der Losvergabe. In diesem Kontext verkündet die Präambel offenherzig, daß diese Unteraufträge der Mittelstandsförderung dienen. Dies zeigt, daß die neuen Vergaberichtlinien der Verwirklichung von Zielen nicht entgegensteht, die über die reine Bedarfsdeckung hinausgehen.

Für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien spricht auch der Umstand, daß die geschilderten Reformen im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte mit einer markanten Anhebung der verfahrensrechtlichen Transparenzanforderungen einhergehen. Zu nennen sind vor allem die Pflicht der öffentlichen Auftraggeber zu einer umfassend transparenten Gewichtung der Zuschlagskriterien gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG, die Informationspflichten gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG, sowie die Angebotsvarianten gemäß Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 1 RL 2004/17/EG. Darüber hinaus werden die Mitgliedstaaten in den Präambeln von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG aufgefordert, die Sanktionen im Fall von kollusivem Zusammenwirken zwischen öffentlichen Auftraggebern und Bieterunternehmen zu verschärfen.

Die neuen Vergaberichtlinien unterstützen auch die These, daß die öffentlichen Auftraggeber sich des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung bedienen dürfen. Gemäß Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG können die öffentlichen Auftraggeber von den Bieterunternehmen verlangen, daß diese bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen aus „den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen“ Rechnung tragen haben. Dies ist ein starkes Argument für die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit der Tariftreueverpflichtung, die ebenfalls auf den Ort der Leistungserbringung abstellt.

## *I. Resümee und Ausblick*

Die öffentlichen Auftraggeber dürfen ihrer sozialpolitischen Verantwortung auch mittels der öffentlichen Auftragsvergabe nachkommen. Sie sind die „Herren des Vergabeverfahrens“, auch der Zuschlagsentscheidung, solange sie sich strikt an die verfahrensrechtlichen Vorgaben des Transparenzprinzips halten. Voraussetzung dafür, daß die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe auf lange Sicht akzeptiert wird, ist jedoch, daß die Anwendung sozialer Vergabekriterien in den Mitgliedstaaten in periodischen Abständen evaluiert wird. Die Auswirkungen für die zu fördernden Zielgruppen müssen sorgfältig überprüft werden, damit die den Bieterunternehmen auferlegten Anforderungen sich stets an den tatsächlichen gesellschaftlichen Bedürfnissen orientieren. In diesem Zusammenhang steht zu hoffen, daß die Lenkungswirkung der sozialen Vergabekriterien in Bälde in die Statistiken einbezogen wird. Es empfiehlt sich zumindest, die Mitgliedstaaten zu einer Aufstellung derje-

nigen öffentlichen Aufträge zu verpflichten, die unter Berücksichtigung sozialer Vergabekriterien vergeben wurden.

Die geschilderten Entwicklungen im Beihilfenrecht im Hinblick auf staatliche Kompensationszahlungen für die Dienstleistungen von allgemeinem Interesse werden nach dem anfänglich erbitterten Widerstand nunmehr als Fortschritt begrüßt. Mit der Einführung sozialer Vergabekriterien in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe wird es sich nicht anders verhalten. Die wirtschaftlichen und sozialen Zielvorgaben des EG-Vertrags können miteinander in Einklang gebracht werden. Der Wille zu einer sozialen Integration ist mittlerweile in vielen Aktionsfeldern der Gemeinschaft spürbar. Es ist daher zu erwarten, daß sich die Entwicklung hin zu einer verstärkten Berücksichtigung sozialer Aspekte – gegenüber rein wirtschaftlichen Erwägungen – auch in den übrigen Bereichen des Wettbewerbsrechts fortsetzen wird.