

nehmen („Klarstellung der geltenden Texte“²¹⁰¹) und die Vergaberichtlinien im übrigen so belassen²¹⁰². Doch dann nutzte das EP im Jahr 2002 mit seinen Änderungsbeschlüssen die Gelegenheit zu einer umfassende Reform des Vergaberechts.

B. Darstellung der für soziale Vergabekriterien relevanten Normen

I. Vergaberechtliche Grundsätze und Prinzipien

In der Präambel zählen RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG erstmals erschöpfend die für die öffentliche Auftragsvergabe geltenden Grundsätze auf²¹⁰³. Danach sind bei der Auftragsvergabe insbesondere die Grundfreiheiten, das Diskriminierungsverbot, der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und der Grundsatz der Transparenz zu beachten²¹⁰⁴. Sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG betonen im rechtsverbindlichen Teil, daß die öffentlichen Auftraggeber alle Wirtschaftsteilnehmer gleich und nichtdiskriminierend zu behandeln und in transparenter Weise vorzugehen haben²¹⁰⁵.

II. Zuschlagserteilung

1. Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots aus der subjektiven Perspektive des öffentlichen Auftraggebers

Gemäß Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG haben die öffentlichen Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung weiterhin grundsätzlich die Wahl zwischen dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots oder dem Kriterium des niedrigsten Preises. Der Gemeinschaftsgesetzgeber legte sich letztendlich auf die Formulierung fest, daß „der Zuschlag auf das aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt“. Der subjektive Maßstab für diese Beurteilung kommt auch darin zum Ausdruck, daß auf das „für den Auftraggeber wirtschaftlich günstigsten Angebot“ abgestellt wird²¹⁰⁶. Die wirtschaftliche Günstigkeit bestimmt sich nunmehr nach Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG anhand „verschiedener mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängender Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist“.

2101 *Kommission*, Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung, KOM (2000), 276 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 112 ff, Rdnr. I.1.

2102 *Rechten*, NZBau 2004, 366 (367).

2103 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2.

2104 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 2; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 9.

2105 Art. 2 RL 2004/18/EG; Art. 10 RL 2004/17/EG.

2106 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

2. Wirtschaftliche und qualitative Kriterien

Sowohl RL 2004/18/EG²¹⁰⁷ als auch RL 2004/17/EG²¹⁰⁸ fordern in der Präambel, daß die Zuschlagserteilung „auf der Grundlage objektiver Kriterien“ erfolgen soll. Bei der Zuschlagserteilung auf das wirtschaftlich günstigste Angebot haben die öffentlichen Auftraggeber die Angebote unter dem Gesichtspunkt des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses zu bewerten²¹⁰⁹. Die Zuschlagskriterien hängen laut den Erwägungsgründen insofern vom Auftragsgegenstand ab, als sie es ermöglichen müssen, das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten²¹¹⁰. Nach Aussage der Präambeln sollen diese „wirtschaftlichen und qualitativen Zuschlagskriterien“ die öffentlichen Auftraggeber in die Lage versetzen, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit einzugehen²¹¹¹. Die Präambeln beider Richtlinien beschließen die *Passage zur Zuschlagserteilung* mit folgendem Satz: „Unter der Voraussetzung objektiver Bewertbarkeit kann ein öffentlicher Auftraggeber auch Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden, die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutzer der Bauleistungen bzw. Lieferungen oder Dienstleistungen angehören“²¹¹².

3. Verankerung sozialer Aspekte

a. Bekenntnis zur EuGH-Rechtsprechung

Sowohl RL 2004/18/EG als auch RL 2004/17/EG berufen sich auf die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere auf die Urteile zu den Zuschlagskriterien. Beide Richtlinien versprechen eine Klarstellung, welche Möglichkeiten die öffentlichen Auftraggeber haben, auf Bedürfnisse der betroffenen Allgemeinheit, einschließlich im ökologischen und/oder sozialen Bereich, einzugehen. Allerdings wird den öffentlichen Auftraggebern diese Möglichkeit nur unter der Bedingung eingeräumt, daß derartige Kriterien im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem öffentlichen Auftraggeber keine unbeschränkte Wahlfreiheit einräumen, ausdrücklich erwähnt sind und dem vergaberechtlichen Prinzipienkatalog entsprechen²¹¹³.

b. Bekenntnis zum Ziel der sozialen Integration in Beruf und Beschäftigung sowie Vorbehalt von öffentlichen Aufträgen für Behindertenwerkstätten

RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG konstatieren jeweils in der Präambel, daß Beruf und Beschäftigung Schlüsselemente zur Gewährleistung gleicher Chancen für alle sind und zur Eingliederung in die Gesellschaft beitragen²¹¹⁴. In diesem Zusammenhang trügen geschützte Werkstätten und geschützte Beschäftigungsprogramme wirksam zur (Wieder-)Eingliederung von Menschen mit Behinderungen in den Arbeitsmarkt bei. Da derartige Werkstätten möglicherweise nicht in der Lage seien, unter normalen Wettbewerbsbedingungen Aufträge zu er-

2107 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46.

2108 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

2109 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

2110 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

2111 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 46; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

2112 Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 55.

2113 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 1; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 1.

2114 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 28; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 39.

halten, könnten die Mitgliedstaaten das Recht, an Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge teilzunehmen, derartigen Werkstätten oder die Ausführung eines Auftrags geschützten Beschäftigungsprogrammen vorbehalten²¹¹⁵. Diese Option der Mitgliedstaaten wird in Art. 19 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 28 S. 1 RL 2004/17/EG noch einmal dahingehend konkretisiert, daß die Teilnahme an Vergabeverfahren auf derartige Werkstätten begrenzt oder unmittelbar Einrichtungen mit geschützten Arbeitsplätzen mit der Auftragsausführung betraut werden können, sofern die Mehrheit der Arbeitnehmer Behinderte sind, die keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können.

c. Kriterium der Zugänglichkeit bei der Festlegung technischer Spezifikationen

Darüber hinaus sind die öffentlichen Auftraggeber dazu angehalten, technische Spezifikationen festlegen, die das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium der Konzeption für alle Benutzer berücksichtigen²¹¹⁶. Diese „Sollte“-Vorschrift wird in Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG noch einmal wiederholt.

d. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Festlegung von Ausführungsbedingungen

Die umwälzendste Neuerung des Legislativpakets ist sicherlich, daß in Art. 26 RL 2004/18/EG und Art. 38 RL 2004/17/EG die Zulässigkeit von sozialen und umweltbezogenen Ausführungsbedingungen festgeschrieben wird. Diese sind zulässig, sofern sie nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung führen und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben sind²¹¹⁷. Sie können insbesondere dem Ziel dienen, die berufliche Ausbildung auf den Baustellen sowie die Beschäftigung von Personen zu fördern, deren Eingliederung besondere Schwierigkeiten bereitet, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen oder die Umwelt zu schützen²¹¹⁸. In diesem Zusammenhang ist z.B. die Verpflichtung zu nennen, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen, oder ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt²¹¹⁹.

e. Anwendbarkeit nationaler Arbeitsbedingungen

Des weiteren bejahen RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die Anwendbarkeit nationaler und gemeinschaftlicher Gesetze, Regelungen und Tarifverträge im Bereich der Arbeitsbedingungen und der Sicherheit am Arbeitsplatz, sofern derartige Vorschriften sowie ihre Anwendung mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind²¹²⁰. Für grenzüberschreitende Situationen, in denen Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausführung eines öffentlichen Auftrags erbringen, stellt RL 96/71/EG *über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen*²¹²¹ die Mindestbedingungen auf, die im Aufnahmestaat in Bezug auf die entsandten Arbeitnehmer

2115 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 28; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 39.

2116 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 29; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 42.

2117 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 33; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 44.

2118 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 33; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 44.

2119 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 33; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 44.

2120 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

2121 RL 96/71/EG des EP und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. 1997, L 18, S. 1 ff.

einzuhalten sind²¹²². Enthält das nationale Recht entsprechende Bestimmungen, so kann die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen als eine schwere Verfehlung oder als ein Delikt betrachtet werden, mit der Folge, daß das jeweilige Bieterunternehmen vom Verfahren zur Vergabe eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen wird²¹²³.

Gemäß Art. 27 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 1 RL 2004/17/EG kann der öffentliche Auftraggeber in den Auftragsunterlagen die staatlichen Stellen angeben, bei denen die Bieterunternehmen die erforderlichen Auskünfte über die Verpflichtungen erhalten, die in dem Mitgliedstaat, in der Region oder an dem Ort gelten, an dem die Leistungen zu erbringen sind. Gemäß Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG hat der öffentliche Auftraggeber, der derartige Auskünfte erteilt, von den Bieterunternehmen die Angabe zu verlangen, daß sie bei der Ausarbeitung ihres Angebots den Verpflichtungen aus den am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen Rechnung getragen haben.

f. Ausschluß von Bieterunternehmen bei Verstoß gegen Gleichbehandlungsrichtlinien

Schließlich kann auch die Nichteinhaltung nationaler Bestimmungen zur Umsetzung der Gleichbehandlungsrichtlinien, RL 2000/78/EG²¹²⁴ und RL 76/207/EWG²¹²⁵, als Verstoß, der die berufliche Zuverlässigkeit des Wirtschaftsteilnehmers in Frage stellt, oder als schwere Verfehlung betrachtet werden²¹²⁶.

C. Analyse und Bewertung

I. Breite positiv-rechtliche Verankerung sozialer Aspekte

Unter Ausnutzung aller Verlängerungsmöglichkeiten gemäß Art. 251 Abs. 7 EG gestaltete sich der letztlich volle neun Jahre währende Normsetzungsprozeß²¹²⁷ auch in der Endphase als eine schwere Geburt. Die atmosphärische Stimmung zwischen den am Normsetzungsprozeß beteiligten Gemeinschaftsorganen war jedoch zu keinem Zeitpunkt so destruktiv, daß man ein Scheitern des Legislativpakets gemäß Art. 251 Abs. 2 S. 3 lit. b und Abs. 5 S. 2 EG in Kauf genommen hätte²¹²⁸. Dieses konstruktive Bemühen macht sich denn auch in dem ausgesprochenen „Kompromißcharakter“²¹²⁹ der Richtlinien bemerkbar. Eindeutiger Gewinner ist ohne Zweifel das EP. Die Reformen im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte wären ohne das gewachsene Mitspracherecht des EP im Normsetzungsprozeß nicht möglich gewesen. Denn in dem für den Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG einschlägigen

2122 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

2123 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

2124 RL 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000, L 303, S. 16 ff.

2125 RL 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in bezug auf die Arbeitsbedingungen, ABl. 1976, L 39, S. 40 ff.

2126 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 43; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 54.

2127 Vgl. *Kommission*, Grünbuch vom 27. November 1996 „Das öffentliche Auftragswesen in der Europäischen Union – Überlegungen für die Zukunft“, KOM (1996), 583 endg.

2128 *Forum vergabe*, Monatsinfo 9/2003, 144; *idem*, Monatsinfo 10/03, 160.

2129 *Knauff*, EuZW 2004, 141 (141).