

### III. Urteil des EuGH in der Rechtssache *Concordia Bus*

#### 1. Sachverhalt

Die dritte Gelegenheit, sich zur gemeinschaftsrechtlichen Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien zu äußern, bot sich dem EuGH in der *Concordia Bus*-Entscheidung. Die Stadt Helsinki hatte beschlossen, den innerstädtischen Busverkehr auszuschreiben und den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen. Eines der Beurteilungskriterien war das Niveau der Stickoxid- und Lärmemissionen. Die höchste Punktzahl, nämlich 92,69 Punkte, erreichte die wirtschaftlich selbständige Produktionseinheit der Verkehrsbetriebe der Stadt Helsinki, HKL. Die Klägerin Concordia Bus belegte mit 88,56 Punkten knapp den zweiten Platz. Zwar hatte die Klägerin das preisgünstigste Angebot abgegeben, aber die HKL konnte in der Kategorie für das Emissionsniveau zusätzlich Punkte sammeln. Demgemäß gab der Wirtschaftsausschuß der Stadt Helsinki dem Angebot der HKL den Zuschlag. Im Ausgangsverfahren bemängelte die Klägerin, daß das Umweltschutzkriterium eine Begünstigung der HKL darstelle, da *de facto* nur sie in der Lage gewesen sei, einen entsprechenden Fuhrpark einzusetzen. Die HKL habe mit einer Bestellung von elf neuen gasbetriebenen Bussen die Kapazitäten der einzigen Tankanlage Finnlands für Erdgas erschöpft, die für fünfzehn Busse ausgerichtet ist, so daß es unmöglich geworden sei, dort weitere Fahrzeuge zu betanken. Das vorlegende Gericht hoffte vom EuGH zu erfahren, ob Art. 36 Abs. 1 RL 92/50/EWG den öffentlichen Auftraggebern die Verwendung eines derartigen Zuschlagskriteriums gestattet. Zum anderen begehrte es zu wissen, ob das Umweltschutzkriterium auch dann zulässig ist, wenn von vornherein feststeht, daß mit hoher Wahrscheinlichkeit nur die eine eigene Produktionseinheit der öffentlichen Auftraggeberin einen solchen Fuhrpark anbieten kann<sup>208</sup>.

#### 2. Position des EuGH

Der EuGH urteilte, daß aus dem Wortlaut von Art. 36 Abs. 1 lit. a 92/50/EWG, i.e. aus der Verwendung des Ausdrucks „zum Beispiel“, eindeutig hervorgehe, daß die Subkriterien, zur Konkretisierung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht abschließend aufgezählt seien<sup>209</sup>. Nicht jedes Subkriterium müsse notwendigerweise rein wirtschaftlicher Natur sein. Es könne nicht ausgeschlossen werden, daß Faktoren, die nicht rein wirtschaftlich sind, sich auf den Wert eines Angebots für diesen Auftraggeber auswirken könnten. Diese Feststellung werde auch durch den Wortlaut dieser Vorschrift, in dem die Ästhetik eines Angebots ausdrücklich als Kriterium genannt wird, bekräftigt<sup>210</sup>. Diese Auslegung sah der EuGH im übrigen durch Art. 6 EG sowie Art. 174 EG bestätigt<sup>211</sup>.

In Anlehnung an die Urteilserwägungen in den Rechtssachen *Beentjes*<sup>212</sup> und *Französische Schulen*<sup>213</sup> befand der EuGH erneut, daß alle Zuschlagskriterien im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden müßten<sup>214</sup>.

208 *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 11, 16, 18, 21, 22, 62, 124, 125; *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 37, 70.

209 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 54.

210 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 55.

211 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 57.

212 *EuGH*, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 31, 36.

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

214 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 62.

Abschließend bejahte der EuGH die Zulässigkeit von Umweltschutzkriterien als Zuschlagskriterien, unter der Voraussetzung, daß diese Kriterien erstens mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen<sup>215</sup>, zweitens dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen, drittens ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sind und viertens alle wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts beachten<sup>216</sup>.

Im konkreten Fall sei das Umweltschutzkriterium objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar gewesen. Es stünde in einem unmittelbaren Zusammenhang mit dem angebotenen Fuhrpark und sei in ein System der Zuteilung von Punkten integriert<sup>217</sup>. Der Umstand, daß eines der Subkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nur von einer sehr kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden könne, von denen eines überdies eine der öffentlichen Auftraggeberin gehörende Produktionseinheit sei, stelle keinen Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz dar<sup>218</sup>.

### 3. Analyse und Bewertung

#### a. Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Zuschlagskriterien

Daß sich der EuGH im *Concordia Bus*-Urteil dazu durchrang, nicht-wirtschaftliche Vergabekriterien unter das Auffangbecken des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ zu fassen, ist sicherlich den Schlußanträgen von GA Mischo zu verdanken, der ein flammendes Plädoyer für deren gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit gehalten hatte. Indem der EuGH beim Stichwort „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ via Fußnote auf die Urteile in den Rechtssachen *Beentjes* und *Evans Medical*<sup>219</sup> verwies<sup>220</sup>, legitimierte er über diesen unbestimmten Rechtsbegriff rückwirkend seine bisherige Rechtsprechung. Man kann sich allerdings fragen, warum aus Gründen der Klarheit und Verständlichkeit nicht auch die Entscheidung *Französische Schulen* genannt ist. Jedenfalls wäre es wünschenswert gewesen, der EuGH hätte sich offen zum dogmatischen Standort bekannt. Obwohl das Vorlagefrageverfahren im *Concordia Bus*-Urteil allein Umweltschutzkriterien zum Gegenstand hatte, beschränkte der EuGH seine rechtliche Würdigung begrifflich nicht auf Umweltschutzkriterien, sondern gebrauchte den Ausdruck der nicht-wirtschaftlichen Kriterien. Der allgemein gehaltene *Begriff der nicht-wirtschaftlichen Kriterien* geht über reine Umweltschutzgesichtspunkte hinaus und schließt damit auch soziale Vergabekriterien mit ein<sup>221</sup>. Hier hat sich der EuGH bei seiner großzügigen Wortwahl von den Schlußanträgen des GA, i.e. den „Kriterien im Allgemeinwohlinteresse“<sup>222</sup>, inspirieren lassen.

Als positiv ist zu werten ist der Umstand, daß der EuGH in *Concordia Bus* erstmals Erwartungen bezüglich einer Wortlautauslegung nachkam. Der auf die Schlußanträge von GA Mi-

215 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 59.

Englische Fassung: (...) provided that they are linked to the subject-matter of the contract.

Französische Fassung: (...) pour autant que ces critères sont liés à l'objet du marché.

216 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

217 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 83.

218 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 85.

219 EuGH, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 19; Rs. C-324/93 (Evans Medical & Macfarlan Smith), Slg. 1995, I-563, Rdnr. 42.

220 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7113, Rdnr. 59.

221 Vgl. Fischer, RIW 2003, 347 (351).

222 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7113, Rdnr. 91, 93.

scho<sup>223</sup> zurückgehende Versuch des EuGH, die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien mit einem Verweis auf das Subkriterium der Ästhetik zu untermauern<sup>224</sup>, ist jedoch nur bedingt tragfähig. Tatsächlich sind Ästhetik und äußeres Erscheinungsbild eines Produktes Eigenschaften, für die auch ein privater Investor bereit ist, Geld zu zahlen. Insofern steht dieses Subkriterium nicht ohne weiteres unter einem nicht-wirtschaftlichen Vorzeichen. Wohl aber läßt sich daraus ableSEN, daß das Vergabeverfahren keine wertentscheidungsfreier Raum ist<sup>225</sup>.

## b. Subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers

Gewichtig wiegt weiterhin das Argument, daß der EuGH mit der Phrase „Wert eines Angebots *für diesen Auftraggeber*“ erstmals offen ausgesprochen hat, daß für die Günstigkeit des Angebots die subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers maßgeblich ist<sup>226</sup>. Im Gegensatz zur rein betriebswirtschaftlichen Perspektive, welche lediglich auf die konkret-individuellen Auswirkungen der Gegenleistung abhebt, hat sich der EuGH nun entgegen den Stimmen von Kommission<sup>227</sup> und Literatur<sup>228</sup> mit dieser Subjektivierung definitiv für den weiten volkswirtschaftlich geprägten und gemeinwohlorientierten (wohlfahrtsökonomischen<sup>229</sup>) Wirtschaftlichkeitsbegriff entschieden<sup>230</sup>. Der EuGH erkannte damit implizit das Vorbringen der Stadt Helsinki an, die geltend gemacht hatte, das Umweltschutzkriterium befriedige in gleichem Maße ihre Interessen und die ihrer Bürger. Für die Stadt Helsinki ergäben sich unmittelbare Spareffekte, insbesondere im medizinisch-sozialen Bereich, der etwa 50% ihres Gesamthaushalts ausmache<sup>231</sup>.

In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bedauern, daß der EuGH im *Concordia Bus*-Urteil die Argumentation von GA Mischo nicht aufgegriffen und sich nicht näher zur besonderen staatlichen Verantwortung der öffentlichen Arbeitgeber geäußert hat. Wenn nämlich öffentliche Auftraggeber dazu berufen seien, das Allgemeininteresse zu wahren, so dürften sie sich nach Ansicht von GA Mischo hiervon auch im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge leiten lassen<sup>232</sup>. GA Mischo hatte sich auf den Standpunkt gestellt, daß es sich bei der Befugnis, Umweltaspekte zu Zuschlagskriterien zu erheben, gegenüber der Befugnis, den Gegenstand des öffentlichen Auftrags festzulegen, um eine qualitatives Minus handelt, das im erstrecht-Schluß zulässig sein muß<sup>233</sup>. Angesichts dieser Vorlage wäre es nur folgerichtig gewesen, den Aspekt der maßgeblichen Perspektive um die Fürsorgeverantwortung der öffentlichen Auftraggeber zu ergänzen, da zweitere für erstere von essentieller Bedeutung ist. Bis zu diesem Punkt schien der EuGH daher die Frage, ob ein Zuschlagskriterium für den öffentlichen Auftraggeber stets einen unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteil bedeuten muß, negativ beschieden zu haben<sup>234</sup>.

223 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrn. 104, 114.

224 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7113, Rdnr. 55.

225 Vgl. Opitz, BauR 2000, 1564 (1573).

226 Bungenberg, NVwZ 2003, 314 (315); Doern, PPLR 2004, 97 (115).

227 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 73.

228 Vgl. Egger, NZBau 2002, 601 (602).

229 Vgl. Bungenberg, NVwZ 2003, 314 (315).

230 Doern, PPLR 2004, 97 (115); Schneider, DVBl. 2003, 1186 (1190).

231 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 46; GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 66.

232 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 93.

233 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 80.

234 Steinberg, EuZW 2002, 634 (634).

### c. Aussagegehalt des Zusammenhangserfordernisses

Allerdings gab der EuGH keine eindeutige Antwort auf die Frage, welche Anforderungen für die nicht-wirtschaftlichen Kriterien gelten. Anlaß für Verwirrung sorgte der Relativsatz „die je nach Auftrag wechseln“<sup>235</sup>. Dazu berief sich der EuGH auf ein Urteil aus den 80er Jahren vor Erlass des *Beentjes*-Urteils<sup>236</sup>, zu einem Zeitpunkt also, als das Problem nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien noch gar nicht akut war. Jedoch bezieht sich der Relativsatz in allen drei sprachlichen Fassungen nicht auf das Produkt oder die Dienstleistung an sich, sondern auf den öffentlichen Auftrag, so daß man diese Aussage dahingehend interpretieren könnte, daß die öffentlichen Auftraggeber frei sind, sich für jeden öffentlichen Auftrag diejenigen Vergabekriterien herauszusuchen, welche ihrer sozialen Verantwortung am besten entsprechen.

Allerdings klingt noch eine weitere Urteilspassage danach, als würde der EuGH seine generöse Interpretation des wirtschaftlich günstigsten Angebots wieder relativieren wollen. In Opposition zu GA Mischo<sup>237</sup> hatte der EuGH nämlich die Forderung aufgestellt, daß „Vergabekriterien mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen müssen“<sup>238</sup>. Dies klingt so, als habe sich der EuGH dem kategorischen Imperativ der Produktbezogenheit angeschlossen. Wörtlich genommen würde dies eine Abkehr von den Urteilen in den Rechtssachen *Beentjes* und *Französische Schulen* und damit eine Absage an soziale Vergabekriterien bedeuten<sup>239</sup>. Im Kontext der Umweltschutzkriterien allein wäre dieses Erfordernis jedenfalls eher redundant. Schließlich wird sich die umweltfreundliche Herstellung eines Produktes oder einer Dienstleistung in den meisten Fällen ohnehin in meßbare Eigenschaften übersetzen lassen, die dem Produkt oder der Dienstleistung inhärent sind. Im übrigen war bei dem in *Concordia Bus* einschlägigen Umweltschutzkriterium der Zusammenhang unproblematisch gegeben, so daß für den EuGH eigentlich kein Anlaß bestand, dieses Erfordernis herauszustellen<sup>240</sup>. An dieser entscheidenden Stelle weist das *Concordia Bus*-Urteil daher einen inneren Widerspruch auf: Denn einerseits dürfen *expressis verbis* auch lediglich mittelbar betriebswirtschaftlich vorteilhafte Ziele mit der öffentlichen Auftragsvergabe verfolgt werden, andererseits müssen sie einen Bezug zum Auftragsgegenstand haben<sup>241</sup>.

Auf der anderen Seite untermauerte der EuGH in *Concordia Bus* seinen Kriterienkatalog mit einem Verweis auf die Urteile *Beentjes* und *Französische Schulen*<sup>242</sup>, ohne sich inhaltlich davon abzugrenzen oder Einschränkungen vorzunehmen<sup>243</sup>. An keiner Stelle seiner Erwägungen ist eine offizielle Abkehr von seiner bisherigen Rechtsprechung auszumachen<sup>244</sup>. Eine Auslegung, welche soziale und damit produktionsbezogene Vergabekriterien unmöglich

235 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 60.

Englische Fassung: qualitative and quantitative criteria relating to the contract in question.

Französische Fassung: critères qualitatifs et quantitatifs variables selon le marché en question.

236 EuGH, Rs. C-274/83 (Kommission/Italien), Slg. 1985, 1077, 2. Leitsatz, Rdnr. 25.

237 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 112.

238 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrs. 59, 64.

239 Vgl. Bungenberg, NVwZ 2003, 314 (316); Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 219; Egger, NZBau 2002, 601 (602); Opitz, NZBau 2003, 252 (257).

240 Bungenberg, NVwZ 2003, 314 (316).

241 Bultmann, ZfBR 2004, 134 (137).

242 EuGH, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29; Rs. C-225/98 (Kommission/Frankreich – Französische Schulen), Slg. 2000, I-7445, Rdnr. 50.

243 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 63.

244 Bungenberg, NVwZ 2003, 314 (316).

machen würde, erscheint umso zweifelhafter, als der EuGH das von der Kommission im Laufe der mündlichen Verhandlung in die Runde geworfene Stichwort einer „engen Verbindung zum Auftragsgegenstand“<sup>245</sup> sowie des „wirtschaftlichen Vorteils zu unmittelbarem Nutzen des öffentlichen Auftraggebers“<sup>246</sup> nicht aufgegriffen hatte.

Die Kommission hatte es abgelehnt, allgemeine Umweltschutzaspekte als eigenständigen Nutzenfaktor anzuerkennen und externe Umweltkosten zu internalisieren<sup>247</sup>. Ihr schwiebte als Paradefall die Konstellation vor, daß sich das Umweltschutzkriterium konkret in niedrigeren Betriebskosten niederschlägt, wie beispielsweise bei Einsparungen im Energieverbrauch und -aufwand sowie in höheren Einnahmen. Im konkreten Fall sah sie das Erfordernis eines engen Zusammenhangs mit dem öffentlichen Auftragsgegenstand als gegeben an, da die Emissionen untrennbar mit der Beschaffenheit des Fuhrparks verbunden seien<sup>248</sup>. Ebenso bejahte sie das Vorliegen eines unmittelbaren wirtschaftlichen Vorteils, da Behinderte und ältere Menschen verstärkt das öffentliche Transportsystem nutzen würden<sup>249</sup>. Diese Argumentation erscheint jedoch ein wenig gezwungen. Betrachtet man die Fortbewegungsoptionen dieser Bevölkerungsgruppen, so erscheint es angemessener, mit GA Mischo<sup>250</sup> den Einsatz von Niederflurbussen als Dienstleistung gegenüber gewissen Teilen der Bevölkerung und nicht als Mittel zur Erhöhung der Einnahmen des Auftraggebers anzusehen. Da sich die Kommission mit ihrer Forderung nach der Einfügung des Wörtchens „eng“ bzw. „unmittelbar“ nicht durchzusetzen vermochte, kann jedenfalls im Umkehrschluß davon ausgegangen werden, daß kein direkter Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bzw. unmittelbarer wirtschaftlicher Vorteil notwendig ist<sup>251</sup>. Aus der Formulierung der „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Kriterien“ kann daher kein inhaltliches Kopplungsverbot von öffentlichem Auftrag und sozialen Zielsetzungen abgeleitet werden<sup>252</sup>.

#### d. Auslegung der Vergaberechtlinien anhand der Ziele des EG-Vertrages

Es ist in höchstem Maße begrüßenswert, daß der EuGH in *Concordia Bus* – mit der Formulierung „mit Rücksicht auf die Ziele von Art. 6 EG und Art. 174 EG“<sup>253</sup> dem Anraten von GA Mischo<sup>254</sup> und Stimmen aus der Literatur<sup>255</sup> folgte und die Ziele des EG-Vertrags als Rechtserkenntnisquellen hinzuzog<sup>256</sup>. Damit ist grundsätzlich der Weg geebnet, um die für die sozialen Vergabekriterien einschlägigen sozialpolitischen Zielbestimmungen des EG-Vertrags fruchtbar zu machen. Angesichts der zahlreichen Querschnittsklauseln wie bei-

245 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 73.

246 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnrs. 73, 108; Vgl. Kommission, Mitteilung über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff., Rdnr. 3.1.

247 Vgl. Kommission, Mitteilung über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge KOM (2001), 274 endg., ABl. 2001, C 333, S. 12 ff., Rdnr. 3.3; vgl. Krohn, NZBau 2004, 92 (93).

248 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 77.

249 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 106.

250 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 107.

251 Vgl. Steinberg, EuZW 2002, 634 (635).

252 Grzeszick, DÖV 2003, 649 (650).

253 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 57.

254 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 92.

255 Rößner/Schalast, NJW 2003, 2361 (2363).

256 Vgl. Steinberg, EuZW 2002, 634 (635).

spielsweise das Streben nach einem hohen Beschäftigungsniveau gemäß Art. 127 Abs. 2 EG hat das *Concordia Bus*-Urteil auch Signalwirkung für soziale Zielsetzungen wie die Beschäftigungsförderung<sup>257</sup>. Konsequenterweise wird sich der EuGH dann aber in Zukunft nicht damit begnügen dürfen, negativ die primärrechtlichen Grenzen für die Ausgestaltung von Vergabekriterien aufzuzeigen, wie sie insbesondere aus dem Diskriminierungsverbot der Dienstleistungsfreiheit folgen<sup>258</sup>. Diese zur Formel erstarrte Voraussetzung ist zu ungenau<sup>259</sup>. Es gilt, unter Berücksichtigung der sozialpolitischen Ziele des EG-Vertrages den Inhalt des Begriffs des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ positiv zu umreißen. In diesem Zusammenhang ist jedoch zu bemängeln, daß der EuGH nicht wirklich eine Abwägung zwischen dem Ziel der Realisierung des Binnenmarktes und dem Umweltschutz vorgenommen hat<sup>260</sup>.

#### e. Transparenz, Willkürverbot und Gleichbehandlungsgrundsatz

In *Concordia Bus* befand sich der EuGH in der komfortablen Situation, daß sich die Kommission als ärgste Gegnerin nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien nicht in der Lage sah zu entscheiden, ob das streitige Umweltschutzkriterium diskriminierende Wirkung hatte oder nicht<sup>261</sup>. An sich bestand für den EuGH damit keine besondere Veranlassung, dem Diskriminierungspotential der streitigen Kriterien nachzuspüren. Andererseits wollte der EuGH zeigen, daß er die von ihm aufgestellten Voraussetzungen für die Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Kriterien ernst nimmt, insbesondere das Willkürverbot („keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit“) und das Diskriminierungsverbot<sup>262</sup>. Entgegen sonstigen Gepflogenheiten überließ der EuGH die Prüfung jedenfalls nicht dem nationalen Gericht, sondern überzeugte sich eigenhändig vom Fehlen jeglicher Diskriminierungselemente<sup>263</sup>. Den Schlußanträgen von GA Mischo<sup>264</sup> folgend signalisierte der EuGH, daß es bei nicht-wirtschaftlichen Kriterien nicht *per se* eine Vermutung für diskriminierendes Verhalten auf Seiten der öffentlichen Auftraggeber gibt. Laut GA Mischo müssen vielmehr konkrete Beweise vorliegen, daß die Verwendung des streitigen Vergabekriteriums einzig und allein der Bevorzugung bestimmter Bieterunternehmen gedient habe<sup>265</sup>. Derartige Anhaltspunkte würden sich nur dann ergeben, wenn das Kriterium im Hinblick auf die Art des öffentlichen Auftrags und die Bedürfnisse des öffentlichen Auftraggebers objektiv nicht gerechtfertigt war<sup>266</sup>. Selbst wenn aufgrund gewisser Umstände und Gegebenheiten Verdachtsmomente aufkeimen, könnten diese durch Gegenindizien widerlegt werden, solange die Vergabekriterien nur objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sind<sup>267</sup>. Insofern schenkte der EuGH dem Vorbringen der Stadt Helsinki Glauben, daß sie kein Interesse an einer diskriminierenden Ausschreibung gehabt hatte<sup>268</sup>. Zwar hatte der EuGH bereits in der Rechtssache *Fracasso und Leitschutz*<sup>269</sup> geurteilt, daß Vergabekriterien nicht alleine deshalb unzulässig sind, weil sie dazu führen, daß

257 *Kaelble*, VergabeR 2002, 604 (606); *Steinberg*, EuZW 2002, 634 (635).

258 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 63.

259 *Egger*, NZBau 2002, 601 (603).

260 *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 (137).

261 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 80.

262 *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 64.

263 Vgl. *Egger*, NZBau 2002, 601 (602).

264 *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 157.

265 *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 157.

266 *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 151.

267 Vgl. *EuGH*, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 83.

268 *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 127.

269 *EuGH* Rs. C-27/98 (Fracasso/Leitschutz), Slg. 1999, I-5697, Rdnr. 31.

nur noch ein einziges Bieterunternehmen übrig bleibt. Es ist jedoch bemerkenswert, daß der EuGH den Gleichbehandlungsgrundsatz auch bei einem nicht-wirtschaftlichen Vergabekriterium als gewahrt ansah, auch wenn es nur von einer kleinen Gruppe von Bieterunternehmen erfüllt werden kann<sup>270</sup>.

Auch hier hatte GA Mischo ganze Vorarbeit geleistet. Er hatte argumentiert, daß die beiden Bieterunternehmen allein deshalb unterschiedlich behandelt worden wären, weil sie sich nicht in derselben Lage befunden hätten. Das eine Bieterunternehmen war in der Lage, den geforderten Fuhrpark anzubieten, das andere nicht<sup>271</sup>. Die öffentlichen Auftraggeber müßten ihre Auswahlkriterien nicht an dem Leistungsvermögen der Bieterunternehmen orientieren. Im Gegenteil, verzichte nämlich ein öffentlicher Auftraggeber auf ein Zuschlagskriterium, weil einer oder mehrere Bieterunternehmen nicht in der Lage seien, es zu erfüllen, so würden hierdurch diejenigen Bieter benachteiligt, die dazu in der Lage gewesen wären<sup>272</sup>.

So erkenntnisreich das *Concordia Bus*-Urteil im Hinblick auf das Diskriminierungspotential nicht-wirtschaftlicher Vergabekriterien auch ist, der EuGH beschäftigte sich nicht mit der Problematik, die öffentlichen Auftraggeber könnten ökologische Standards vorschreiben, welche über das in den anderen Mitgliedstaaten übliche Niveau hinausgehen<sup>273</sup>. Im *Concordia Bus*-Verfahren war zu keinem Zeitpunkt von den beteiligten Mitgliedstaaten, der Kommission oder auch GA Mischo die Frage diskutiert worden, ob die finnischen Emissionswerte signifikant vom Gemeinschaftsdurchschnitt abweichen. Eine solche Konstellation sieht sich wegen der Anknüpfung an nationale Standards dem Verdacht der mittelbaren Diskriminierung ausgesetzt. Es ist offensichtlich, daß die Lösung dieser Frage im Kontext sozialer Vergabekriterien für die Zukunft die dringlichste ist. Auf sie wird daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung näher einzugehen sein<sup>274</sup>. Ebenso wenig äußerte sich der EuGH zu der Frage der Leistungsadäquanz zwischen der vom Bieterunternehmen erbrachten Leistung und der Entlohnung durch den öffentlichen Auftraggeber. Zwar hatte GA Mischo im Hinblick auf Objektivität und der Allgemeingültigkeit der Zuschlagskriterien festgestellt, daß das Umweltkriterium „quantifizierbar“ sei und keinen Spielraum für subjektive Ermessensentscheidungen ließe<sup>275</sup>. Allerdings meinte GA Mischo damit wohl nicht Quantifizierbarkeit in Bezug auf das angemessene Entgelt, sondern daß die geforderten Emissionswerte sich in der Ausschreibung in Prozentsätzen oder absoluten Zahlen darstellen lassen.

Das *Concordia Bus*-Urteil ist eine gelungene Fortsetzung der Urteile *Beentjes*<sup>276</sup> und *Französische Schulen*<sup>277</sup>, weil auch diese Entscheidung beweist, daß der EuGH dem Transparenz- und Publizitätsgebot im Vergaberecht kardinale Bedeutung zuspricht<sup>278</sup>.

## f. Ergebnis

Trotz seiner von der Warte der sozialen Vergabekriterien durchaus positiven Aussagen fällt das Fazit über das *Concordia Bus*-Urteil zwiespältig aus. Denn die erhoffte eindeutige

---

270 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 85; GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 157.

271 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 150.

272 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 154.

273 Vgl. Bultmann, ZfBR 2004, 134 (136).

274 Infra: S. 198 ff.

275 GA Mischo, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 115.

276 EuGH, Rs. 31/87 (Beentjes), Slg. 1988, 4635, Rdnrn. 31, 36.

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

278 EuGH, Rs. C-513/99 (Concordia Bus), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 62.

Klärung der Kontroverse um die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien brachte es nicht<sup>279</sup>. Einerseits schien der EuGH allgemein von der Zulässigkeit nicht-wirtschaftlicher Kriterien auszugehen, andererseits beharrte er auf einem – wie auch immer gearteten – Zusammenhang zwischen Vergabekriterium und Auftragsgegenstand. Der EuGH eierte zwischen einer eng auf die Vorlagefrage zugeschnittenen und einer allgemeinen Antwort sowie zwischen den Extrempositionen von GA Mischo und der Kommission hin und her („einen Schritt vor, zwei zurück“<sup>280</sup>), ohne sich definitiv festzulegen. Zwar bedarf es häufig einer ganzen Kette von Entscheidungen, um die Bedeutung eines unbestimmten Rechtsbegriffs zu erhellen, aber der EuGH erweckte im *Concordia Bus*-Fall, dem immerhin dritten Verfahren in dieser Angelegenheit, den Eindruck, als habe er in einer *policy of appeasement* allen recht machen wollen.

Die Ambivalenz des *Concordia Bus*-Urteils resultierte in einer gesteigerten Unsicherheit in der Literatur bezüglich der Implikationen für soziale Vergabekriterien. Man war sich nicht schlüssig, ob sich der EuGH nun von seiner Rechtsprechung in *Beentjes* und *Französische Schulen* distanzieren oder sie im Gegenteil bestärken wollte<sup>281</sup>. Das *Concordia Bus*-Urteil lasse offen, welche Sorte von Vergabekriterien zulässig sei<sup>282</sup>, der EuGH habe keine Aussage zur Zulässigkeit von sozialen Vergabekriterien treffen wollen<sup>283</sup>. Ein Teil der Literatur stellte sich sogar auf den Standpunkt, der EuGH habe sich im *Concordia Bus*-Urteil eindeutig gegen die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien ausgesprochen<sup>284</sup>. Einige Autoren wollten einen Unterschied zwischen Auftragsgegenstandsbezogenheit und Auftragsbezogenheit ausgemacht haben<sup>285</sup>. Andere hofften schlicht auf eine endgültige Klärung der Frage durch das Urteil in der Rechtssache *Wienstrom*<sup>286</sup>.

#### *IV. Urteil des EuGH in der Rechtssache EVN und Wienstrom*

Den vorläufigen Schlußpunkt der Rechtsprechungsserie bildet die Entscheidung des EuGH in der Rechtssache *EVN und Wienstrom*. Die Vorlagefrage gemäß Art. 234 EG wurde gestellt, bevor der EuGH das *Concordia Bus*-Urteil erlassen hatte<sup>287</sup>.

##### *1. Sachverhalt*

Gegenstand des Ausgangsverfahren war die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags der Republik Österreich über die Belieferung der kärntnerischen Verwaltung mit elektrischem Strom. Von den Bieterunternehmen wurde *inter alia* gefordert, elektrische Energie aus erneuerbaren Energieträgern zu liefern. Für den Fall der Verletzung dieser Pflichten drohten dem Bieterunternehmen Vertragsstrafe und Vertragsauflösung. Ferner wurden diejenigen Angebote ausgeschieden, die keinen Nachweis dafür enthielten, daß das Bieterunternehmen in den

279 Vgl. *Bungenberg*, NVwZ, 314 (316); *Egger*, NZBau 2002, 601 (603).

280 *Bungenberg*, NVwZ, 314 (314).

281 Vgl. *Bungenberg*, NVwZ, 314 (316).

282 *Egger*, NZBau 2002, 601 (603).

283 *Rößner/Schalast*, NJW 2003, 2361 (2363).

284 *Opitz*, NZBau 2003, 252 (257).

285 *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 (136).

286 *Bungenberg*, NVwZ 2003, 314 (317).

287 *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 34.