

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).

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 2004/18/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.