

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 handele 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).

das Ziel hinausgeschossen, gemeinwohlmotivierte staatliche Interventionen bei der öffentlichen Auftragsvergabe zuzulassen. Was nach Art. 26 RL 2004/18/EG und gleichlautend Art. 38 RL 2004/17/EG nunmehr zulässig ist, geht weit über die vom EuGH gutgeheißenen Zuschlagskriterien hinaus²¹⁶¹.

Ausführungsbedingungen ähneln in ihrer Wirkung den leistungsbeschreibenden Spezifikationen. Ebenso wie diese setzen sie mit ihrer Selektion zu Beginn des Vergabeverfahrens an²¹⁶². Angebote, welche den Ausführungsbedingungen nicht entsprechen, werden von vornherein ausgesondert²¹⁶³. In Gestalt von *Ausführungsbedingungen* entfalten soziale Aspekte eine *absolute Ausschlußwirkung*, da sie gleich zu Beginn des Vergabeverfahrens das Spektrum der Bieterunternehmen verkleinern²¹⁶⁴. Der unmittelbare Ausschluß von Bieterunternehmen ist die schärfste Sanktion, die das Vergaberecht bereit hält²¹⁶⁵. Ausführungsbedingungen sind daher ein negativer Ansatz (*obey, otherwise excluded*), um sozialpolitische Ziele voranzutreiben²¹⁶⁶. Dagegen kann auch nicht eingewandt werden, daß Ausführungsbedingungen ein vergleichsweise mildes Mittel seien, weil die Bieterunternehmen diese erst bei Auftragsausführung berücksichtigen müssen²¹⁶⁷. Das ist eine Milchmädchenrechnung, weil die öffentlichen Auftraggeber im Vorhinein wissen müssen, ob das jeweilige Bieterunternehmen bereit und imstande sein wird, die sozialen Ausführungsbedingungen zu erfüllen. Zwar läßt sich die Nicht- oder Schlechterfüllung des Bieterunternehmens im nachhinein sanktionieren. Ein solches Szenario ist allerdings aus der Perspektive des öffentlichen Auftraggebers nicht besonders attraktiv. Wenn die im Anschluß an die Zuschlagserteilung stattfindende Prüfung der Fähigkeit und Bereitwilligkeit des Bieterunternehmens, die Ausführungsbedingungen zu erfüllen, negativ ausfällt, müßte der öffentliche Auftraggeber entweder den Rechtsweg beschreiten, um das Bieterunternehmen dazu zu zwingen, den Ausführungsbedingungen nachzukommen, oder kündigen und den öffentlichen Auftrag neu aufschreiben. Beides ist kostspielig und mit großen Zeitverlusten verbunden²¹⁶⁸.

Damit wird der Wettbewerb durch die als Entschärfung gedachten²¹⁶⁹ Ausführungsbedingungen stärker beeinträchtigt, als wenn soziale Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung Berücksichtigung fänden²¹⁷⁰. In letzterem Fall treten nämlich sozial freundliche und rein betriebswirtschaftlich günstige Angebote zueinander in Wettbewerb, mit der Folge daß etwaige Mehrkosten aufgrund der sozialen Anforderungen sofort offengelegt werden²¹⁷¹. In Form von Zuschlagskriterien entfalten soziale Aspekte nämlich *lediglich relative Ausschlußwirkung* (*there is no absolute causality between the application of social criteria*

2161 *Forum vergabe*, Monatsinfo 11/2003, 176.

2162 *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 212.

2163 *Forum vergabe*, Monatsinfo 6/02, 95.

2164 Vgl. *Dreher/Haas/v. Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 15; *Krohn*, NZBau 2004, 92 (94); *idem*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, 308; *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 60.

2165 *Ziekow*, NZBau 2001, 72 (73).

2166 *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1053).

2167 *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1053); *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 49, 50.

2168 Vgl. *Burgbacher*, VergabeR 2001, 169 (169); *Gleichner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (243).

2169 *Benedict*, EWS 2000, 514 (514).

2170 Vgl. *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (13); *Fischer*, EuZW 2004, 492 (496); *Forum vergabe*, Monatsinfo 6/02, 95; *Krohn*, NZBau 2004, 92 (94); *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1190).

2171 Vgl. *Krohn*, NZBau 2004, 92 (94); *idem*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 308; *Rechten*, NZBau 2004, 366 (369); *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1190).

and the designation of a beneficiary²¹⁷²). Die Berücksichtigung der sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung erweist sich daher als ein milderes und flexibleres Instrument, um soziale Aspekte in die Vergabe öffentlicher Aufträge zu integrieren²¹⁷³. Im Fall sozialer Zuschlagskriterien können die Bieterunternehmen das soziale Defizit unter Umständen durch besondere Exzellenz ihrer Angebote kompensieren und sich damit die Chance auf den öffentlichen Auftrag erhalten²¹⁷⁴. Insgesamt beraubt die Lösung über Ausführungsbedingungen die öffentlichen Auftraggeber der Möglichkeit, im Rahmen der Zuschlagsentscheidung über die Gewichtung der Subkriterien in Punkten oder Prozent die notwendige Feinabstimmung vorzunehmen. Insofern entspricht die Lösung über soziale Ausführungsbedingungen nicht den Vorgaben des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, der eine angemessene Balance von staatlicher Intervention und freiem Leistungswettbewerb fordert²¹⁷⁵.

Das amtliche Endergebnis der Kodifikationsbemühungen, soziale Aspekte als Ausführungsbedingungen zuzulassen, deren Berücksichtigung bei der Zuschlagsentscheidung dagegen abzulehnen, ist nicht sachgerecht²¹⁷⁶. Es hätte zu denken geben sollen, daß nach all den zähen Debatten in rechtswissenschaftlichen Zirkeln auch und gerade Kritiker sozialer Vergabekriterien eine Berücksichtigung sozialer Aspekte im Rahmen der Zuschlagsentscheidung bevorzugt hätten²¹⁷⁷. Dieser Lapsus ist nur damit zu erklären, daß Rat und Kommission, die sich frühzeitig auf die Ausführungsbedingungen versteift hatte²¹⁷⁸, so darauf fixiert gewesen sein müssen, soziale Kriterien bei der Zuschlagsentscheidung zu verhindern, daß man sich in den Verhandlungen schlicht vergaloppiert hat. Die stets als Gegnerin sozialer Vergabekriterien aufgetretene Kommission hat damit im Grunde das Gegenteil dessen erreicht, was sie sich während des Normsetzungsprozesses zum Ziel gesetzt hatte. Ohne gleich wie mancher Kommentator von einem „Pyrrhussieg“²¹⁷⁹ oder einer „schlimmen Entwicklung“²¹⁸⁰ zu sprechen, so ist als Fazit zu konstatieren, daß der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei dieser Lösung zu kurz kommt.

IV. Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der Zuschlagsentscheidung qua Auslegung

1. Argumentum a maiore ad minus

Trotz der ausdrücklichen Nicht-Regelung sozialer Zuschlagskriterien besteht im Wege der Auslegung noch Interpretationsspielraum für eine Berücksichtigung sozialer Aspekte im

2172 Doern, PPLR 2004, 97 (119).

2173 Vgl. Arrowsmith, ELR 2002, 3 (13); Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 90; Krohn, NZBau 2004, 92 (94); idem, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 308; Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 283; Schneider, DVBl. 2003, 1186 (1190).

2174 Vgl. Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 90; Doern, PPLR 2004, 97 (119).

2175 Arrowsmith, ELR 2002, 3 (13).

2176 Krohn, NZBau 2004, 92 (94).

2177 Forum vergabe, Monatsinfo 6/02, 95.

2178 Vgl. Kommission, Mitteilung vom 22. September 1989 „Öffentliches Auftragswesen – Regionale und soziale Aspekte“, KOM (1989), 400 endg., ABl. 1989, C 311, S. 7 ff. Rdnr. 43 ff.; eadem, Mitteilung vom 4. Juli 2001 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. II. 4.

2179 Rechten, NZBau 2004, 366 (369).

2180 Forum vergabe, Monatsinfo 6/02, 95.