

and the designation of a beneficiary<sup>2172</sup>). 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 integrieren<sup>2173</sup>. 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 erhalten<sup>2174</sup>. 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 fordert<sup>2175</sup>.

Das amtliche Endergebnis der Kodifikationsbemühungen, soziale Aspekte als Ausführungsbedingungen zuzulassen, deren Berücksichtigung bei der Zuschlagsentscheidung dagegen abzulehnen, ist nicht sachgerecht<sup>2176</sup>. 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 hätten<sup>2177</sup>. Dieser Lapsus ist nur damit zu erklären, daß Rat und Kommission, die sich frühzeitig auf die Ausführungsbedingungen versteift hatte<sup>2178</sup>, 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“<sup>2179</sup> oder einer „schlimmen Entwicklung“<sup>2180</sup> 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.

Rahmen der *Zuschlagsentscheidung*<sup>2181</sup>. Käme es zum Schwur, könnte sich der EuGH in jedem Fall auf eine einleuchtende *a maiore ad minus*-Argumentation stützen: 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. Soziale Ausführungsbedingungen und soziale Zuschlagskriterien ähneln sich im Hinblick auf den normativen Kontext, die *ratio legis* sowie den zugrundeliegenden Sachverhalt. Sie unterscheiden sich einzig in der Intensität der Ausschlußwirkung.

## 2. Bewertung der wirtschaftlichen Günstigkeit aus der subjektiven Perspektive der öffentlichen Auftraggeber

Ein weiteres Argument für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien ist der Umstand, daß Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auf die *subjektive Perspektive des öffentlichen Auftraggebers* abstellen<sup>2182</sup>. 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. Auch Erwägungsgrund 46 der Präambel RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 55 Präambel RL 2004/17/EG heben auf das *für den Auftraggeber* wirtschaftlich günstigsten Angebot ab. Während des Normsetzungsprozesses hatte sich weder die Kommission mit der Formulierung „Kriterien die im direkten/unmittelbaren Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen“<sup>2183</sup> noch der Rat mit dem Vorschlag „verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigste Kriterien“<sup>2184</sup> durchsetzen können. Statt dessen einigte man sich auf die schwächere Formulierung des EP „mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien“<sup>2185</sup>. Dies ist ein Indiz dafür, daß die Subkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht Produktbezogenheit, sondern lediglich die begrifflich weitere Auftragsbezogenheit im Sinne der *Wienstrom*-Entscheidung<sup>2186</sup> aufweisen müssen. Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG machen damit den Weg frei für eine volkswirtschaftliche Auslegung des Schlüsselbegriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot“. Die in ihrer Eigenschaft als staatliche Einheiten angesprochenen öffentlichen Auftraggeber haben gegenüber den in ihrem Verantwortungsbereich lebenden Bürgern eine besondere Fürsorgepflicht. Berücksichtigt man zudem die Kosten, die den öffentlichen Auftraggebern entstehen, wenn Angehörige gesellschaftlich marginalisierter Gruppen auf dem Arbeitsmarkt weiterhin chancenlos bleiben, dann sind auf Integration abzielende

---

2181 Vgl. *Gurlit*, in: *Recht und Geschlecht*, 153 (166).

2182 *Fischer*, *EuZW* 2004, 492 (494).

2183 *Kommission*, Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., *ABl.* 2001, C 29 E, S. 11 ff., Art. 53 Abs. 1 lit. b; *eadem*, 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. 54.1. zu Art. 54.

2184 *Rat*, Gemeinsamer Standpunkt (EG) Nr. 33/2003 vom 20. März 2003, im Hinblick auf den Erlaß der Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, *ABl.* 2003, C 147 E, S. 1 ff., S. 33.

2185 *EP*, Zweite Lesung, P5\_TA-Prov(2003)0312 vom 2. Juli 2003.

2186 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), *Slg.* 2003, I-14527, 33 f..

Maßnahmen als langfristig wirtschaftlich günstig im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG anzusehen.

### 3. Vorbildwirkung umweltbezogener Zuschlagskriterien

Auch die ausdrücklich in Art. 53 Abs. 1 lit. a und RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG zugelassenen umweltfreundlichen Zuschlagskriterien („Umwelteigenschaften“) entfalten Vorbildwirkung für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien. Die Berücksichtigung umweltpolitischer Belange im Vergabeverfahren hatte man bereits frühzeitig aus Art. 6 EG in Verbindung mit Art. 2 EG hergeleitet<sup>2187</sup>. Art. 6 EG erhebt den Umweltschutz zu einer „Querschnittsaufgabe der Gemeinschaft“<sup>2188</sup>. Der Umweltschutz soll durch eine umweltfreundliche Gestaltung aller Politikbereiche verwirklicht werden, also auch im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe<sup>2189</sup>. Der Umweltschutz in Gestalt von *green procurement*<sup>2190</sup> ist im Vergleich zu sozialen Aspekten wie etwa den Gleichstellungs- und integrationspolitischen Zielen das „etablierte“ unter den nicht-wirtschaftlichen Kriterien<sup>2191</sup>. So hatte sich die Kommission – auf die Abänderungen 2 und 109 des EP zu den Vorschlägen zu der klassischen Richtlinie und auf Abänderungen 35, 95 des EP zu den Vorschlägen zur Sektorenrichtlinie reagierend – schnell für eine Berücksichtigung von Umweltschutzaspekten ausgesprochen<sup>2192</sup>. Der gefestigte Status der Umwelthanforderungen erklärt sich nach Ansicht der Gegner sozialer Vergabekriterien insbesondere damit, daß sich diese zumeist in konkrete materielle Eigenschaften des jeweiligen Produkts oder der jeweiligen Dienstleistung übersetzen lassen, die dem Auftragsgegenstand unmittelbar innewohnen<sup>2193</sup>. Wegen ihrer Produkt-

---

2187 Vgl. *Frenz*, WuW 2002, 352 (355); *Herma*, Natur und Recht 2002, 8 (10); *Neßler*, DÖV 2000, 145 (152); *Schumacher*, DVBl. 2000, 467 (470); *Versteyl/Jacobi*, NST-N 2001, 83 (86).

2188 *Frenz*, WuW 2002, 352 (355); *Herma*, Natur und Recht 2002, 8 (10); *Versteyl/Jacobi*, NST-N 2001, 83 (86).

2189 *Neßler*, DÖV 2000, 145 (152); *Versteyl/Jacobi*, NST-N 2001, 83 (86).

2190 *Westphal*, PPLR 1999, 1 (2).

2191 Vgl. *Kommission*, Mitteilung 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 3.1.; *Arrowsmith/Linarelli/Wallace*, Regulating Public Procurement, 11, 285 f.; *Bovis*, CMLR 2002, 1025 (1055); *Brumter-Coret/Pourbaix*, RDUE 2001, 731 (731); *Bultmann*, BuW 2001, 244 (246); *Dageförde*, NZBau 2002, 597 (599); *Dreher*, JZ 2001, 140 (140); *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 ff.; *Frenz*, WuW 2002, 352 (354, 357); *Götzke*, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 95 ff.; *Griem*, NVwZ 1999, 1171 (1174); *Herma*, Natur und Recht 2002, 8 (10 ff.); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 589 ff.; *Neßler*, DÖV 2000, 145 (152); *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnrn. 214, 216; *Odendahl*, EuZW 2004, 647 (650); *Rößner/Schalast*, NJW 2003, 2361 (2361); *Schmitges-Thees*, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 239; *Schneider*, DVBl. 2003, 1186 (1187); *Seidel*, ZVgR 2000, 195 (196); *Versteyl/Jacobi*, NST-N 2001, 83 (86); *Weber*, NZBau 2002, 194 (194); *Westphal*, PPLR 1999, 1 (5, 9).

2192 *Kommission*, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2 zu Art. 24 Abs. 3 lit. b und Erwägungsgründen 5, 25; *eadem*, Geänderter Vorschlag für die Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderungen 89-96, Erwägungsgrund 2b, Art. 34 Abs. 3 lit. b.

2193 Vgl. *Byok*, NJW 2001, 2295 (2296); *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 (1185); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 190.

bezogenheit fügten sich Umwelthanforderungen im Gegensatz zu sozialen Aspekten problemlos in die vergaberechtliche Systematik ein<sup>2194</sup>. Die Umweltfreundlichkeit eines Produkts oder einer Dienstleistung müsse den öffentlichen Auftraggebern daher unmittelbar einen wirtschaftlichen Vorteil zuführen, beispielsweise in Gestalt von Energieeinsparungen, Wiederverwendbarkeit, niedrigeren Folgekosten<sup>2195</sup>. Der Umweltschutz findet damit bei der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots nicht als solcher Beachtung, sondern nur als ein dem Wirtschaftlichkeitsprinzip untergeordneter Belang<sup>2196</sup>.

Abgesehen davon, daß die Abgrenzung zwischen produktbezogenen Umweltkriterien und solchen, denen ein derartiger Bezug fehlt, im Einzelfall schwierig sein kann<sup>2197</sup>, ist diese Einschätzung auch inhaltlich zu kurz gegriffen. Zwar wird das Gros der in Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG angeführten Umwelthanforderungen das Kriterium der Produktbezogenheit erfüllen. Einige umweltfreundliche Herstellungs- und Produktionsmethoden schlagen sich jedoch, wie die *Wienstrom*-Entscheidung des EuGH anschaulich demonstriert<sup>2198</sup>, die den Bezug von Strom aus erneuerbaren Ressourcen zum Gegenstand hatte, definitiv nicht in objektiv meßbare Eigenschaften des Auftragsgegenstandes nieder. Entgegen anderer Ansicht<sup>2199</sup> umfaßt der Begriff der Umwelteigenschaften in den neuen Vergaberichtlinien damit auch umweltbezogene Zuschlagskriterien, die nicht produktbezogen sind. Auftragsbezogenheit im Sinne der neuen Vergaberichtlinien und des *Wienstrom*-Urteils ist nicht identisch mit dem von Gegnern sozialer Vergabekriterien aufgestellten Kriterium der Produktbezogenheit.

Fehlt dem einzubeziehenden Umweltkriterium die Produktbezogenheit, dann steht es qualitativ auf derselben Stufe wie die sozialen Vergabekriterien<sup>2200</sup>. Die Vorbildwirkung der umweltfreundlichen Zuschlagskriterien für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien wird deutlich, wenn man jeweils die gesetzgeberischen Intentionen unter dem Gesichtspunkt der betriebswirtschaftlichen Profitabilität miteinander vergleicht. Den Präambeln beider Richtlinien zufolge firmieren Umwelteigenschaften unter den Zuschlagskriterien, um den Anforderungen des Art. 6 EG entsprechend eine nachhaltige Entwicklung zu fördern<sup>2201</sup>. Entscheidend ist die Langzeitperspektive, bei der sämtliche Neben- und Folgewirkungen einbezogen werden<sup>2202</sup>. Der langfristige Blick auf die nachhaltigen Auswirkungen des Auftragsgegenstandes in Bezug auf die Umwelt ist jedoch keine Sichtweise, die betriebswirtschaftlichen Erwägungen verpflichtet ist. Im Gegenteil, eine rein betriebswirtschaftliche Kalkulation, die auf die *best-value-for-public-money-ratio* der konkreten Transaktion abstellt, würde derartige Faktoren nicht mit in die Analyse einstellen. Die Berücksichtigung von umweltfreundlichen Herstellungs- und Produktionsverfahren kann sich nämlich kurzfristig, also auf die konkrete Transaktion bezogen, zunächst kostensteigernd auswirken. Trotzdem behandeln beide Richt-

2194 *Versteyl/Jacobi*, NST-N 2001, 83 (86).

2195 *Kommission*, 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. C 333, S. 12 ff., Rdnr. II 3.1., 3.2., 3.3.; *eadem*, Mitteilung vom 15. Oktober 2001 über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001), 566 endg., ABl. 2001, C 333, S. 27 ff., Rdnr. I 1.4.1.

2196 *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 (1187).

2197 *Byok*, NJW 2001, 2295 (2296).

2198 *EuGH*, Rs. C-448/01 (EVN und Wienstrom), Slg. 2003, I-14527, 33 f..

2199 *Steinberg*, EuZW 2004, 76 (77).

2200 *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 (1185).

2201 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 5; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 12.

2202 *Frenz*, WuW 2002, 352 (357).

linien umweltfreundliche Zuschlagskriterien so, als ob sich mit ihnen ein optimales Preis-Leistungsverhältnis erzielen läßt<sup>2203</sup>. Umweltfreundliche Zuschlagskriterien verdanken ihre Zulässigkeit daher einer volkswirtschaftliche Gesamt(wohl)betrachtung.

Die gesetzgeberische Motivation für die Integration umweltfreundliche Zuschlagskriterien ähnelt damit frappierend den Gründen, die für eine Einführung sozial Zuschlagskriterien angeführt werden können. Im einen Fall werden externe soziale Kosten, im anderen Fall externe Umweltkosten internalisiert. Externe Kosten werden als Kosten definiert, die entstehen, wenn sich ein bestimmtes Verhalten einer Gruppe von Menschen auf die Gesellschaft *in toto* auswirkt und wenn diese Gruppe die Auswirkung unter Marktbedingungen nicht ausgleichen würde<sup>2204</sup>. Im Fall der umweltfreundlichen Zuschlagskriterien werden die Kosten internalisiert, die aufgrund des umweltschädigenden Verhaltens der Bieterunternehmen entstehen. Bei den sozialen Zuschlagskriterien werden die Kosten internalisiert, die aufgrund des segregierten Einstellungsverhaltens der Bieterunternehmen entstehen.

In beiden Fällen speist sich die staatliche Intervention aus einer besonderen Fürsorgeverantwortung und der Einsicht, daß ohne sie die Gesellschaft in ihrer Gesamtheit Schaden nehmen kann. Ein Vergabekriterium gilt daher wirtschaftlich im Sinne von Art. 53 Abs. 1 lit. a RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 1 lit. a RL 2004/17/EG, wenn es zwar im Hinblick auf die konkrete Transaktion Mehrkosten verursacht, jedoch langfristig externe Kosten vermeidet und daher gesamtwirtschaftlich günstiger ist<sup>2205</sup>. Der Vergleich legt daher nahe, daß unter den – im übrigen lediglich beispielhaft aufgezählten – Subkriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots *mutatis mutandis* auch soziale Aspekte verstanden werden können.

#### 4. Durchschlagswirkung sozialer Aspekte auf die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten über den Auftragsgegenstand

Daß soziale Aspekte auch bei der Zuschlagsentscheidung zulässig sein sollten, ergibt sich auch aus der Tatsache, daß im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Aspekte die Definitionshoheit der Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes beschränkt wird. Grundsätzlich haben die öffentlichen Auftraggeber ebenso wie private Nachfrager die Definitionshoheit über die Eigenschaften des konkreten Auftragsgegenstandes<sup>2206</sup>. Der öffentliche Auftraggeber kann daher alle Angebote ausscheiden, welche diese Eigenschaften nicht aufweisen<sup>2207</sup>. Mit Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG wird den Mitgliedstaaten nun – in im übrigen wenig ansprechendem Deutsch – nahegelegt, bei den technischen Spezifikationen „der Konzeption für alle Benutzer“ Rechnung zu tragen (*design for all*). Damit ist gemeint, daß bei der Konzipierung des öffentlichen Auftrags die Nutzbarkeit des Auftragsgegenstandes für die Allgemeinheit, insbesondere die Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung, berücksichtigt werden soll. Die Beschaffung selbst dient damit der Erfüllung sozialpolitischer Zielsetzungen<sup>2208</sup>. Die Berücksichtigung der Zugäng-

2203 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 5; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 12.

2204 *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. II. 3.3.

2205 *Fischer/Barth*, NVwZ 2002, 1184 (1188).

2206 *Dageförde*, NZBau 2002, 597 (598); *Frenz*, WuW 2002, 352 (358); *Kühling*, VerwArch 2004, 337 (356); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (15).

2207 *Schima*, NBauZ 2002, 1 (2).

2208 Vgl. *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 71.

lichkeit für Personen mit einer Behinderung bei der Konzeption des öffentlichen Auftrags geht auf Abänderung 95 des EP zu dem Vorschlag der Kommission zur neuen Sektorenrichtlinie zurück<sup>2209</sup>.

Allerdings wirft das Modalverb „Sollten“ Zweifel an der Qualität des Normbefehls auf. Im Hinblick auf die Intensität des Normbefehls ist es schwächer als „Sollen“, gleichzeitig mehr als „Können“. Als Interpretationsvarianten kommen daher eine schlichte Empfehlung oder eine Sollvorschrift in Betracht. Letztere konstituiert ein Regel-Ausnahmeverhältnis, wonach die öffentlichen Auftraggeber generell die Pflicht zu einer behindertengerechten Beschaffung trifft, es sei denn die besondere Umstände des Einzelfalls machen ein Abweichen von der Regel notwendig. Bei dieser Auslegung stünden die öffentlichen Auftraggeber, die auf die behindertengerechte Ausgestaltung verzichten wollen, unter Rechtfertigungszwang. Allerdings steht die Forderung nach einer behindertengerechten Ausführung gemäß Art. 23 Abs. 1 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 34 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG unter der Vorbehalt „wo immer dies möglich ist“. Für den Sollvorschrift-Charakter spricht jedoch der Umstand, daß die Vorgabe Eingang in die interpretierenden Erwägungsgründe beider Richtlinien gefunden hat<sup>2210</sup>. Den Nachweis, daß die Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung nicht berücksichtigt werden konnte, wird dem öffentlichen Auftraggeber in der Regel nicht gelingen<sup>2211</sup>. Gegenüber Vorgaben im Hinblick auf die Definition des Auftragsgegenstandes ist die fakultative Möglichkeit der öffentlichen Auftraggeber, soziale Zuschlagskriterien zu verwenden, eindeutig ein Minus<sup>2212</sup>. Wenn also RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG die öffentlichen Auftraggeber verpflichten, bereits bei der Definition des Auftragsgegenstandes soziale Aspekte zu berücksichtigen, dann stehen sie den öffentlichen Auftraggebern erst recht nicht im Weg, soziale Zuschlagskriterien festzuschreiben<sup>2213</sup>.

## 5. Vorzugsstellung der KMU

Neben diesen Anknüpfungspunkten kann für die Zulässigkeit von sozialen Zuschlagskriterien weiterhin die Vorzugsstellung der KMU über die sogenannte Losvergabe ins Feld geführt werden, die bereits im Zusammenhang mit der Auslegung der ehemaligen<sup>2214</sup> Vergaberichtlinien diskutiert wurde. Die neuen Vergaberichtlinien erlauben mit Art. 25 RL 2004/18/EG und Art. 37 RL 2004/17/EG, daß die öffentlichen Auftraggeber die Bieterunternehmen verpflichten, im Angebot den Teil des Auftrags anzugeben, der gegebenenfalls im Wege von Unteraufträgen an Dritte vergeben soll. Die Präambeln von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG bekennen dazu offenherzig, daß diese Unteraufträge dazu dienen, die Beteiligung von KMU an öffentlichen Aufträgen zu fördern<sup>2215</sup>. Die Motivation der öffentlichen Auftraggeber für den mit der Losvergabe einhergehenden Wettbewerbseingriff geht also

---

2209 *Kommission*, Geänderter Vorschlag für die Richtlinie des EP und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM (2002), 235 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 183 ff., Rdnr. 3.2. Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden, zu Abänderungen 35 und 95.

2210 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 29; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 42.

2211 *Opitz*, VergabeR 2004, 421 (422).

2212 Vgl. *GA Mischo*, Schlußanträge, Rs. C-513/99 (*Concordia Bus*), Slg. 2002, I-7213, Rdnr. 80.

2213 Vgl. *Krohn*, Öffentliche Auftragsvergabe und Umweltschutz, 2003, 308.

2214 Vgl. Art. 6 Abs. 3 RL 93/37/EWG; Art. 5 Abs. 4 RL 93/36/EWG; Art. 7 Abs. 2 und 4 92/50/EWG; Art. 14 Abs. 10 RL 93/38/EWG.

2215 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 32; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 43.

ebenso wie bei sozialen Vergabekriterien über das Ziel einer preisgünstigen Beschaffung hinaus. Die Beibehaltung der Losvergabe dient in erster Linie dem Zweck der Förderung des Mittelstandes<sup>2216</sup>. Dieser Zweck rechtfertigt das Mittel des Wettbewerbseingriffs, obwohl die Losvergabe für die öffentlichen Auftraggeber unter Umständen eine Erhöhung der Beschaffungskosten, des Verwaltungsaufwandes sowie des Prozeßkostenrisikos bedeutet und mit einem nicht unbeträchtlichen Diskriminierungspotential verbunden ist<sup>2217</sup>.

## 6. Berücksichtigung des Vergabekriteriums der Tariftreueverpflichtung

Das facettenreiche Problem der Tariftreueverpflichtung wurde im Normsetzungsprozeß nicht separat diskutiert, sondern ging in der allgemeinen Debatte um die Verankerung sozialer Vergabekriterien auf. Allerdings ist seit dem geschilderten Scheitern des deutschen TTG und der genannten Vorlage an das Bundesverfassungsgericht<sup>2218</sup> anzunehmen, daß sich der Gemeinschaftsgesetzgeber bei Erlaß von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG der Regelungsbedürftigkeit der Materie auf Gemeinschaftsebene bewußt war. Die neuen Vergaberichtlinien enthalten keine explizite Regelung zu der Frage, ob und unter welchen Bedingungen öffentliche Auftraggeber die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Abgabe einer Tariftreueverpflichtung knüpfen können.

Die in Erwägungsgrund 34 der Präambel von RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 45 der Präambel von RL 2004/17/EG erwähnten „nationalen Gesetze, Regelungen und Tarifverträge im Bereich der Arbeitsbedingungen“ betreffen das Lohn- und Gehaltsniveau. Auch Art. 3 Abs. 1 lit. a RL 96/71/EG *über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen*<sup>2219</sup> umfaßt unter dem Begriff der Arbeits- und Beschäftigungsbedingungen auch die sogenannten Mindestlohnsätze. Es ist auffällig, daß sich das Adjektiv „national“ auf alle drei Rechtsquellen bezieht, insbesondere auch auf die Tarifverträge. Dies könnte ein Indiz dafür sein, daß im vergaberechtlichen Kontext lediglich mitgliedstaatsweit geltende Tarifverträge zur Anwendung gelangen. Dies wäre insbesondere dann der Fall, wenn der RL 96/71/EG entstammende Terminus der „Mindestbedingungen“ lediglich mitgliedstaatsweit geltende Tarifverträge umfassen würde. Laut Präambel enthält nämlich für grenzüberschreitende Situationen, in denen Arbeitnehmer eines Mitgliedstaats Dienstleistungen in einem anderen Mitgliedstaat zur Ausführung eines öffentlichen Auftrags erbringen, RL 96/71/EG die Mindestbedingungen, die im Aufnahmestaat in Bezug auf die entsandten Arbeitnehmer einzuhalten sind<sup>2220</sup>.

Auf der anderen Seite gehen die neuen Vergaberichtlinien im verbindlichen Teil der Vergaberichtlinien mit Selbstverständlichkeit davon aus, daß die Arbeitsbedingungen auf regionaler und lokaler Ebene differieren können: Gemäß Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG hat der öffentliche Auftraggeber 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. Das ist ein starkes Argument für die Zulässigkeit von Tariftreueverpflichtungen, die ebenfalls auf den Ort der Leistungserbringung abstellen. Die

2216 Mader, EuZW 2004, 425 (428).

2217 Supra: S. 71.

2218 Supra: S. 243.

2219 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.

2220 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 34; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 45.

Wortwahl von Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG deckt sich insoweit nämlich mit dem Text des gescheiterten TTG. Nicht nur, daß die Bieterunternehmen sich an den am Ort der Leistungserbringung geltenden Tarifvertrag halten müssen. Die öffentlichen Auftraggeber sind verpflichtet, dies zu kontrollieren.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, daß der Begriff der am Ort der Leistungserbringung geltenden Vorschriften auf das Wirken EP zurückzuführen ist. Das EP hatte in seiner Abänderung 51 darauf gedrängt, die Bieterunternehmen zu verpflichten, die Sozialgesetzgebung einzuhalten, einschließlich kollektiver und individueller Rechte, richterlicher Entscheidungen und allgemeinverbindlich erklärter Tarifverträge. Dazu hatte die Kommission bemerkt, daß die Bieterunternehmen zwar die geltende Sozialgesetzgebung im Herkunftsland „und gegebenenfalls am Ort der Leistung“ beachten müßten<sup>2221</sup>. Sie sprach sich jedoch dagegen aus, eine solche Verpflichtung im verfügbaren Teil der Richtlinie zu verankern, da der Zweck der Vergaberichtlinien darin bestehe, die Vergabeverfahren zu koordinieren und nicht darin, den Unternehmen spezifische Verpflichtungen hinsichtlich der Sozialgesetzgebung oder anderer Rechtsvorschriften aufzuerlegen. Im übrigen war die Kommission der Auffassung, daß das dieser Abänderung zugrunde liegende Anliegen im Erwägungsgrund 29 und 30 der geänderten Vorschläge hinreichend berücksichtigt war<sup>2222</sup>. Letzterer war fast gleichlautend mit Erwägungsgrund 34 Präambel RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 45 Präambel RL 2004/17/EG. Die Genese von Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG weist damit zum einen das EP als „Sieger“ des Normsetzungsverfahrens aus. Zum anderen zeigt sich, daß Erwägungsgrund 34 Präambel von RL 2004/18/EG und Erwägungsgrund 45 von Präambel RL 2004/17/EG in Zusammenhang mit Art. 27 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 39 Abs. 2 RL 2004/17/EG zu lesen sind.

Angesichts dessen muß es daher auch möglich sein, über das geschilderte Instrumentarium der sozialen Vergabekriterien die Vergabe eines öffentlichen Auftrags an die Abgabe einer Tariftreueerklärung zu knüpfen. Die Mindestschutzvorschriften von RL 96/71/EG können den Katalog der Zuschlagskriterien von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG nicht begrenzen. Denn weder RL 96/71/EG selbst noch Erwägungsgrund 34 der Präambel von RL 2004/18/EG oder Erwägungsgrund 45 der Präambel von RL 2004/17/EG treffen eine Aussage zur Tariftreueverpflichtung. Die öffentlichen Auftraggeber können daher auch im Anwendungsbereich der neuen Vergaberichtlinien von den Bieterunternehmen verlangen, die am Ort der Leistungserbringung geltenden Tarifverträge einzuhalten.

## 7. Anhebung der Transparenzanforderungen

Für die Zulässigkeit sozialer Zuschlagskriterien spricht auch der Umstand, daß die geschilderten Reformen im Hinblick auf die Option der öffentlichen Auftraggeber, soziale Aspekte im Vergabeverfahren zu berücksichtigen, mit einer markanten Anhebung der Transparenzanforderungen einhergehen. Der *Ausbau der Transparenzanforderungen* ist gleichsam die

---

2221 *Kommission*, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderung 51.

2222 *Kommission*, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff., Rdnr. 3.2. (Abänderungen, die von der Kommission mit teilweisen oder grundlegenden Neuformulierungen übernommen wurden), zu Abänderung 51.

*Kompensation für den Einzug nicht-wirtschaftlicher Aspekte* in die Vergabeentscheidung<sup>2223</sup>. Denn die mangelnde Transparenz der Vergabeentscheidung und die Mißbrauchsgefahr sind weiterhin die Hauptargumente gegen die Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe. In allen Phasen des Normsetzungsprozesses, von den ersten Vorschlägen der Kommission<sup>2224</sup> über die geänderten Vorschläge<sup>2225</sup> bis hin bis zur Endfassung<sup>2226</sup>, wurde fortlaufend die Bedeutung des Grundsatzes der Transparenz für das Vergaberecht betont. Angesichts der Präambeln<sup>2227</sup> sowie der detaillierten, in einem eigens geschaffenen Kapitel untergebrachten Transparenz- und Publizitätsvorschriften im verbindlichen Teil der Richtlinien<sup>2228</sup> kann man geradezu von einer Transparenzoffensive sprechen.

#### a. Gewichtung der Zuschlagskriterien

Die herausragendste Errungenschaft in Sachen Anhebung der Transparenzanforderungen ist die Verpflichtung der öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG anzugeben, wie die einzelnen Kriterien gewichtet werden, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln. Gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 2 RL 2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 2 RL 2004/17/EG sind die öffentlichen Auftraggeber angehalten, die jeweilige größte Bandbreite der Marge „angemessen“ zu gestalten. Damit reagierte der Gemeinschaftsgesetzgeber auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>2229</sup> und die von Kommission<sup>2230</sup> und Literatur<sup>2231</sup> geäußerte Kritik an dem beträchtlichen Ermessensspielraum der öffentlichen Auftraggeber, wenn diese die Zuschlagskriterien lediglich in absteigender Folge nach ihrer Bedeutung angeben. Seien die öffentlichen Auftraggeber nicht zur Angabe der Gewichtung verpflichtet, könnten sie den einzelnen Kriterien nämlich immer noch überraschend einen Wert beimessen, der den Bieterunternehmen nicht bekannt ist. Damit verlören letzten Endes alle Normen ihren Sinn und Zweck, welche die vorherigen Phasen des Vergabeverfahrens regeln.

Diese strikten Vorgaben entkräften die Befürchtung, die öffentlichen Auftraggeber könnten über eine überraschend unverhältnismäßig hohe Gewichtung der sozialen Zuschlagskriterien Manipulationen vornehmen<sup>2232</sup>. Die Verpflichtung gemäß Art. 53 Abs. 2 S. 1 RL

---

2223 *Arrowsmith*, ELR 2002, 3 (16); *Burgbacher*, VergabeR 2001, 169 (171); *Kühling*, VerwAch 2004, 337 (345, 357).

2224 *Kommission*, Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff, Rdnrn. 2.1; 3.6; 3.7;

2225 *Kommission*, geänderter Vorschlag für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2002), 236 endg., ABl. 2002, C 203 E, S. 210 ff, Rdnr. 2.

2226 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgründe 2, 12, 14, 35, 39, 46.

2227 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 36.

2228 Art. 35 ff. RL 2004/18/EG; Art. 41 ff. RL 2004/17/EG.

2229 Vgl. *EuGH*, Rs. C-19/00 (SIAC Construction), Slg. 2001, I-7725, Rdnrn. 43, 44; Rs. C-470/99 (Universale Bau), Slg. 2002, I-11617, Rdnr. 98.

2230 *Kommission*, Vorschlag vom 10. Mai 2000 für eine Richtlinie des EP und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge, KOM (2000), 275 endg., ABl. 2001, C 29 E, S. 11 ff., Rdnr. 6.2; *eadem*, 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. 5.2.

2231 *Opitz*, NZBau 2001, 12 (15).

2232 Vgl. *Kühling*, VerwAch 2004, 337 (345, 357).

2004/18/EG und Art. 55 Abs. 2 S. 1 RL 2004/17/EG trägt beträchtlich zur Justitiabilität der Zuschlagsentscheidung bei. Die Forderung nach der Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit transponiert die Frage der Gewichtung sozialer Vergabekriterien in eine von den nationalen Gerichten und Gemeinschaftsgerichten zu beurteilende Kategorie des Rechts. Entgegen anderer Ansicht<sup>2233</sup> ist die Nachprüfung der Zuschlagsentscheidung daher auch hinsichtlich der Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien justitiabel.

#### b. Verpflichtung zur Unterrichtung der Bieterunternehmen

Darüber hinaus haben die öffentlichen Auftraggeber gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG jedes nicht berücksichtigte Bieterunternehmen auf Verlangen innerhalb von fünfzehn Tagen über die Gründe für die Ablehnung seines Angebots zu unterrichten. Unter den gleichen Prämissen muß jedes Bieterunternehmen gemäß Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG, welches ein ordnungsgemäßes Angebot eingereicht hat, über die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebots sowie über den Namen des Zuschlagsempfängers informiert werden. Dies ist eine Verbesserung gegenüber der alten Regelung gemäß Art. 8 Abs. 3 RL 93/37/EWG, Art. 7 Abs. 3 RL 93/36/EWG und Art. 12 Abs. 3 RL 92/50/EWG, wonach die öffentlichen Auftraggeber lediglich einen Vergabevermerk angefertigten, welcher der Kommission auf Anfrage übermittelt wurde. Die Kombination dieser Informationspflichten ermöglicht es den Bieterunternehmen, sollten Verdachtsmomente aufkeimen, gezielt gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch zu nehmen. Art. 41 Abs. 2 RL 2004/18/EG und Art. 49 Abs. 2 RL 2004/17/EG sind daher geeignet, Umregelmäßigkeiten bei der Zuschlagsentscheidung vorzubeugen.

#### c. Angebotsvarianten

Eine weitere relevante Neuerung ist die Zulässigkeit von Angebotsvarianten. Gemäß Art. 24 Abs. 1 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 1 RL 2004/17/EG können die öffentlichen Auftraggeber nun bei öffentlichen Aufträgen, die nach dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots vergeben werden, zulassen, daß die Bieter Varianten vorlegen. Gemäß Art. 24 Abs. 3 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG müssen in den Verdingungsunterlagen bzw. den Spezifikationen die Mindestanforderungen genannt sein, welche die Varianten zu erfüllen haben und angegeben werden, in welcher Art und Weise sie einzureichen sind. Auf diese Weise können die öffentlichen Auftraggeber sozial freundliche und rein betriebswirtschaftlich günstige Angebote ein und desselben Bieterunternehmens miteinander vergleichen. Dies ermöglicht ihnen – gleichsam im Wege einer Rückkopplung – zu überprüfen, mit welchen Kosten die Erfüllung sozialer Zuschlagskriterien bei den einzelnen Bieterunternehmen zu Buche schlägt und ob die Gewichtung angemessen ist. Art. 24 Abs. 3 RL 2004/18/EG und Art. 36 Abs. 1 S. 2 RL 2004/17/EG tragen damit entscheidend zur Transparenz und Quantifizierbarkeit der Zuschlagskriterien bei.

#### d. Stärkung des Sanktionspotentials bei Korruption

Unter Transparenzgesichtspunkten ist auch zu begrüßen, daß die neuen Vergaberichtlinien die Mitgliedstaaten zu spürbareren Sanktionen bei kollusivem Verhalten zwischen öffentlichem Auftraggeber und Bieterunternehmen drängen. So empfehlen RL 2004/18/EG und RL

---

2233 Vgl. *Arrowsmith*, CMLR 1999, 13 (47); *Götz*, EuR 1999, 621 (632); *Heintzen*, ZHR 2001, 62 (73); *Rittner*, VergabeR 1998, 30 (32); *Seidel*, ZVgR 2000, 195 (199).

2004/17/EG den Mitgliedstaaten, einer Auftragsvergabe an Wirtschaftsteilnehmer vorzubeugen, die sich an einer kriminellen Vereinigung beteiligt oder der Bestechung oder des Betrugs zu Lasten der finanziellen Interessen der Europäischen Gemeinschaften oder der Geldwäsche schuldig gemacht haben<sup>2234</sup>. Diese Wirtschaftsteilnehmer sollten ausgeschlossen werden, wenn dem öffentlichen Auftraggeber bekannt ist, daß es eine nach einzelstaatlichem Recht ergangene endgültige und rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zu derartigen Straftaten gibt<sup>2235</sup>. Eine Verschärfung der Sanktionen beugt mißbräuchlichem Verhalten der öffentlichen Auftraggeber bei der Zuschlagsentscheidung vor<sup>2236</sup>. Es steht daher zu hoffen, daß die Mitgliedstaaten, in deren Kompetenz die Regelung derartiger Vorschriften fällt, dieser Aufforderung nachkommen und ihre Bemühungen gegen Korruption im Bereich des öffentlichen Auftragswesens verstärken.

## V. Erhöhung der Schwellenwerte

Ein Wermutstropfen dieser an sich äußerst erfreulichen Entwicklung ist indes die Anhebung der für die Anwendbarkeit der Vergaberichtlinien maßgeblichen Schwellenwerte: Der Schwellenwert für öffentliche Bauaufträge wurde von ehemals 5.000.000 EUR gemäß Art. 6 Abs. 1 RL 93/37/EWG auf nunmehr 6.242.000 EUR gemäß Art. 7 lit. c RL 2004/18/EG heraufgesetzt. Liefer- und Dienstleistungsaufträge müssen neuerdings ein Auftragsvolumen in Höhe von entweder 162.000 EUR gemäß Art. 7 lit. a RL 2004/18/EG (zentrale Regierungsbehörden) oder in Höhe von 249.000 EUR gemäß Art. 7 lit. b RL 2004/18/EG (sonstige öffentliche Auftraggeber) erreichen. Der alte Auftragswert betrug demgegenüber gemäß Art. 5 Abs. 1 RL 93/36/EWG und Art. 7 Abs. 1 RL 92/50/EWG nur 200.000 EUR.

Im Bereich der Sektoren beläuft sich der Schwellenwert für Liefer- und Dienstleistungsaufträgen statt 400.000 EUR bzw. 600.000 EUR gemäß Art 14 Abs. 1 lit. a und b RL 93/38/EG auf nunmehr einheitlich 499.000 EUR gemäß Art. 16 RL lit. a 2004/17/EG. Der Schwellenwert für Bauaufträge wurde von 5.000.000 EUR gemäß Art. 14 Abs. 1 lit. c RL 93/38/EG auf 6.242.000 EUR gemäß Art. 16 RL lit. b 2004/17/EG heraufgesetzt.

Diese Erhöhungen um teilweise ein Viertel des ursprünglichen Auftragsvolumens bedeuten einen Rückschlag für die Gewährleistung von Wettbewerb und Transparenz auf dem Gebiet der öffentlichen Auftragsvergabe. Statistiken der Kommission zeigen, daß eine Anhebung der Schwellenwerte sich in höheren Einkaufspreisen für die öffentlichen Auftraggeber niederschlägt<sup>2237</sup>. Hierbei darf auch nicht mit den hohen Verwaltungskosten argumentiert werden, welche die Durchführung eines formellen Vergabeverfahrens verursacht<sup>2238</sup>. Die Kommission hatte nämlich festgestellt, daß die Verwaltungskosten für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellen vergleichbar sind mit den Verwaltungskosten, die für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte anfallen<sup>2239</sup>. So mancher Kommentator sieht daher Anspruch, i.e.

2234 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 43; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 54.

2235 Präambel RL 2004/18/EG, Erwägungsgrund 43; Präambel RL 2004/17/EG, Erwägungsgrund 54.

2236 Vgl. *Bultmann*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 299, 300.

2237 *Kommission*, A report on the functioning of public procurement markets in the EU: benefits from the application of EU directives and challenges for the future, 1 (17), Doc. 03/02/2004; abrufbar unter: [http://www.europa.eu.int/comm/internal\\_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report\\_en.pdf](http://www.europa.eu.int/comm/internal_market/en/publproc/general/public-proc-market-final-report_en.pdf).

2238 *Opitz*, NZBau 2003, 183 (189).