

quenzen aus der Tatsache, daß keine der bisherigen rechtswissenschaftlichen Arbeiten, die sich dezidiert mit diesem Thema beschäftigt haben<sup>57</sup>, die sozialen Vergabekriterien, insbesondere das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung, einer umfassenden Verhältnismäßigkeitskontrolle unterworfen haben. Daher werden die gemeinschaftsrechtlichen Freiräume für soziale Vergabekriterien *en détail* im Hinblick auf ihre Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit ausgelotet und konkrete Voraussetzungen für deren Zulässigkeit zu erarbeitet.

Insgesamt soll die vorliegende Untersuchung darauf aufmerksam machen, daß der eingangs erwähnte Interessenskonflikt keinen unversöhnlichen *clash of the civilisations* darstellt. Die Ziele Wettbewerb und Marktöffnung vertragen sich nur auf den ersten Blick nicht mit der sozialen Dimension der Gemeinschaft<sup>58</sup>. Ausgehend von der Feststellung, daß die Gemeinschaft nicht mehr nur ein gemeinsamer Wirtschaftsraum ist, soll aufgezeigt werden, daß soziale Vergabekriterien eine gangbare Möglichkeit sind, die konfligierenden Interessen im Sinne praktischer Konkordanz schonend miteinander in Ausgleich zu bringen.

## B. Gang der Untersuchung

Im ersten Kapitel der Untersuchung wird nach einer Einführung in die für die Fragestellung einschlägigen Normen der ehemaligen und der aktuellen Vergaberichtlinien die bisherige Rechtsprechung des EuGH anhand der Urteile in den Rechtssachen *Beentjes*<sup>59</sup>, *Französische Schulen*<sup>60</sup>, *Concordia Bus*<sup>61</sup> und *Wienstrom*<sup>62</sup> nachgezeichnet. Hierbei folgt auf jede Zusammenfassung der rechtlichen Erwägungen des EuGH eine kurze Hintergrundanalyse, die den Diskussionsstand, i.e. die Positionen der GAe und der Kommission, wiedergibt und zum Aussagegehalt der Urteile Stellung nimmt. Daran schließt sich eine Auslegung des allen Vergaberichtlinien gemeinsamen Begriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ an, die sich an Wortlaut, Genese, interner Systematik sowie Telos der jeweiligen Vorschriften orientiert. Unter systematischen Gesichtspunkten wird ein besonderes Augenmerk auf die mittelstandsfördernde Zielsetzung der Losvergabe gerichtet werden.

Das zweite Kapitel skizziert nach einer knappen Einführung in das gemeinschaftliche Beihilfenregime die Praxis der Kommission, um das Vorliegen eines „wirtschaftlichen Vorteils“ im Sinne von Art. 87 Abs. 1 EG festzustellen. Anschließend geht die vorliegende Untersuchung auf die Urteile von EuGH und EuG in den Rechtssachen *Du Pont de Nemours Italiana*<sup>63</sup>, *BAI*<sup>64</sup>, *FFSA*<sup>65</sup>, *SIC*<sup>66</sup>, *CELF*<sup>67</sup>, *Ferring*<sup>68</sup>, *Altmark*<sup>69</sup>, *GEMO*<sup>70</sup> und *Enirisorse*<sup>71</sup> ein.

57 *Benedict*, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 69 ff.; *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 109 ff.; *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 7 ff.; *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 123 ff.; *Schäfer*, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 140 ff.

58 *Bovis*, EC Public Procurement Law, 118.

59 *EuGH* Rs. 31/87 (*Beentjes*) Slg. 1988, 4635, Rdnr. 29.

60 *EuGH*, Rs. C-225/98 (Kommission/Französische Frankreich), Slg. 2000 I-7445, Rdnr. 50.

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

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

63 *EuGH*, Rs. 21/88 (*Du Pont de Nemours Italiana*), Slg. 1990, I-889, Rdnr. 20.

64 *EuG*, Rs. T-14/96 (*BAI/Kommission*), Slg. 1999 II-139, Rdnr. 71.

65 *EuG*, Rs. T-106/95 (*FFSA/Kommission*), Slg. 1997, II-229, Rdnr. 172.

66 *EuG*, Rs. T-46/97 (*SIC/Kommission*), Slg. 2000, II-2125, Rdnr. 84.

67 *EuGH*, Rs. C-332/98 (Frankreich/Kommission), Slg. 2000, I-4833, Rdnr. 31.

Auch hier folgt auf jedes Urteil eine kurze Hintergrundanalyse, die den Diskussionsstand, i.e. die Positionen der GAe und der Kommission, wiedergibt und zum Aussagegehalt der Urteile Stellung nimmt. Daran schließt sich eine Analyse des sogenannten Transparenzansatzes an, der von GA Jacobs in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache *GEMO* vorgeschlagen und vom EuGH im Altmark-Urteil konkretisiert wurde. Diese Analyse berücksichtigt insbesondere die Anwendbarkeit des *market economy investor test*, die Frage der Effizienz der Beihilfenkontrolle, den Status der Dienstleistungen von allgemeinem Interesse sowie die Auswirkungen der veränderten Funktion des Subsidiaritätsprinzips.

Das dritte Kapitel bildet das Herzstück der vorliegenden Untersuchung. Darin werden zunächst die generellen Gemeinsamkeiten zwischen Beihilfen- und Vergaberecht aufgezeigt. Sodann werden die Parallelen zwischen mitgliedstaatlichen Kompensationszahlungen für die Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem Interesse und sozialen Vergabekriterien diskutiert. Im Vordergrund stehen hier die Vergleichbarkeit der betroffenen Gemeinwohlbelange, die Vorbildwirkung des primärrechtlichen Bedeutungswandels im Beihilfenrecht, der Trend zur Privatisierung öffentlicher Aufgaben sowie die Übereinstimmung mit der gewandelten Funktion des Subsidiaritätsprinzips. Zudem werden die Vorteile sozialer Vergabekriterien herausgearbeitet wie die Mobilisierung von Humankapital, die gleichläufige Entwicklung mit dem Querschnittsinstrument *mainstreaming* sowie die soziale Integration der Gemeinschaft. Den Abschluß bildet eine ausführliche Verhältnismäßigkeitsprüfung, die sich insbesondere mit dem Diskriminierungspotential sozialer Vergabekriterien auseinandersetzt.

Das vierte Kapitel schlägt den Bogen zur Rechtsprechung des EuGH anhand von Art. 141 EG und Art. 2 Abs. 1 und 4 RL 76/207/EWG<sup>72</sup> in den Rechtssachen *Kalanke*<sup>73</sup>, *Marschall*<sup>74</sup>, *Badeck*<sup>75</sup> und *Abrahamsson*<sup>76</sup> im Hinblick auf die mitgliedstaatliche *affirmative action*-Maßnahmen. Hier sollen die relevanten Gemeinsamkeiten und Unterschiede von *affirmative action*-Maßnahmen zu sozialen Vergabekriterien aufgezeigt werden.

Das fünfte Kapitel hat das in der Praxis besonders relevante und gleichzeitig höchst umstrittene Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung zum Gegenstand. Nach einer konzisen Einführung in die Funktionsweise der Dienstleistungsfreiheit gemäß Art. 49 EG wird anhand der Urteile in den Rechtssachen *Rush Portuguesa*<sup>77</sup>, *Arblade*<sup>78</sup>, *Finalarte*<sup>79</sup>, *Mazzoleni und ISA*<sup>80</sup> und *Portugaia*<sup>81</sup> die sogenannten Mindestlohnrechtsprechung des EuGH dargestellt. Anschließend wird die Vorbildwirkung der Mindestlohnrechtsprechung für die Integration sozialer Vergabekriterien erörtert, um dann das Vergabekriterium der Tariftreueverpflichtung

---

68 *EuGH*, Rs. C-53/00 (Ferring), Slg. 2001, I-9067, Rdnr. 27.

69 *EuGH*, Rs. C-280/00 (Altmark), Slg. 2003, I-7747, Rdnr. 88 ff.

70 *EuGH*, Rs. C-126/01 (GEMO), Slg. 2003, I-14527, Rdnr. 44.

71 *EuGH*, Rs. C-34/01 (Enirisorse), Slg. 2003, I-14527, Rdnrn. 31, 34.

72 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.

73 *EuGH*, Rs. C-450/93 (Kalanke), Slg. 1995, I-3051, Rdnr. 22.

74 *EuGH*, Rs. C-409/95 (Marschall), Slg. 1997, I-6363, Rdnr. 33.

75 *EuGH*, Rs. C-158/97 (Badeck), Slg. 2000, I-1875, Rdnrn. 38, 44, 55, 63, 66.

76 *EuGH*, Rs. C-407/98 (Abrahamsson), Slg. 2000, I-5539, Rdnr. 56.

77 *EuGH*, Rs. C-113/89 (Rush Portuguesa), Slg. 1990, I-1417, Rdnr. 18.

78 *EuGH*, Rs. 369/96 (Arblade), Slg. 1999, I-8453, Rdnr. 42.

79 *EuGH*, Rs. C-49/98 (Finalarte), Slg. 2001, I-7831, Rdnr. 58.

80 *EuGH*, Rs. C-165/98 (Mazzoleni und ISA), Slg. 2001, I-2189, Rdnr. 29.

81 *EuGH*, Rs. 164/99 (Portugaia Construções), Slg. 2002, I-787, Rdnr. 22.

einer ausführlichen Verhältnismäßigkeitsprüfung am Maßstab der Dienstleistungsfreiheit zu unterziehen.

Im sechsten Kapitel schließlich werden die für soziale Vergabekriterien relevanten Neuerungen der konsolidierten klassischen Richtlinie RL 2004/18/EG und der neuen Sektorenrichtlinie RL 2004/17/EG vorgestellt, welche die bisherige Baukoordinierungsrichtlinie, RL 93/37/EWG, die Koordinierungsrichtlinie für Lieferaufträge, RL 93/36/EWG und die Koordinierungsrichtlinie für Dienstleistungsaufträge, RL 92/50/EWG, ersetzen. Hier wird auf die Entscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers für die Einführung sozialer Ausführungsbedingungen *de lege lata* eingegangen. Außerdem wird die Frage erörtert, ob und inwiefern Raum für eine Auslegung ist, welche die Berücksichtigung sozialer Aspekte in der *Zuschlagsentscheidung* erlaubt.

Den Abschluß bildet das siebte Kapitel mit einer Zusammenfassung der erarbeiteten Ergebnisse.

