

2004/18/EG und RL 2004/17EG wird in dem eigens den neuen Vergaberichtlinien gewidmeten Kapitel näher eingegangen⁹⁶.

IV. Prüfungsstationen des Vergabeverfahrens

Die Prüfung der eingereichten Angebote im Vergabeverfahren durchläuft mehrere Prüfungsstationen. Daran hat sich durch Erlaß des von RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG nichts geändert. Zunächst haben die öffentlichen Auftraggeber festzustellen, ob das Angebot des jeweiligen Bieterunternehmens überhaupt berücksichtigt werden darf. In den ehemaligen Vergaberichtlinien waren die Ausschlußgründe in Art. 24 RL 93/37/EWG, Art. 20 Abs. 1 93/36/EWG und Art. 29 RL 92/50/EWG normiert. In den neuen Vergaberichtlinien sind die Ausschlußgründe mittlerweile in Art. 45, 46 RL 2004/18/EG und Art. 54 Abs. 4 EG i.V.m. Art. 45 RL 2004/18/EG geregelt. So können beispielsweise Angebote von Bieterunternehmen ausgeschlossen werden, die ihrer Verpflichtung zur Zahlung der Sozialbeiträge nach den Vorschriften des Mitgliedstaates, in dem sie ansässig sind, oder nach den Vorschriften des Mitgliedstaates des öffentlichen Auftraggebers nicht erfüllt haben⁹⁷.

In einem zweiten Schritt haben die öffentlichen Auftraggeber die Eignung der Bieterunternehmen nach den Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen Leistungsfähigkeit sowie der beruflichen und technischen Fachkunde zu prüfen. Dies war früher in Art. 18 i.V.m. Art. 26, 27 RL 93/37/EWG, Art. 15 i.V.m. Art. 22, 23 RL 93/36/EWG und Art. 23 i.V.m. Art. 31, 32 RL 92/50/EWG geregelt. In den neuen Vergaberichtlinien findet sich die Eignungsprüfung in Art. 47 ff. RL 2004/18/EG und 54 ff. RL 2004/17/EG. Die Vergaberichtlinien bestimmen hierbei auch, welche Nachweise die nationalen Behörden zur Prüfung dieser Voraussetzungen verlangen können. Der beispielhafte („in der Regel“) Katalog der Nachweise für die Eignungskriterien war in Art. 26 RL 93/37/EWG, Art. 22 RL 93/36/EWG und Art. 31 RL 92/50/EWG aufgeführt. Dies ist mittlerweile in Art. 47 ff. RL 2004/18/EG und Art. 52 RL 2004/17/EG geregelt.

Im Rahmen der Zuschlagserteilung, bei der die eingereichten Angebote miteinander verglichen werden, haben die öffentlichen Auftraggeber die Wahl, entweder das Zuschlagskriterium des „niedrigsten Preises“ (*le prix le plus bas, the lowest price*) oder des „des wirtschaftlich günstigsten Angebots“ (*l'offre économiquement la plus avantageuse, the most economically advantageous tender*) heranzuziehen. In den ehemaligen Vergaberichtlinien war die Zuschlagserteilung in Art. 30 Abs. 1 lit. a und b RL 93/37/EWG, Art. 26 Abs. 1 lit. a und b RL 93/36/EWG und Art. 36 Abs. 1 lit. a und b RL 92/50/EWG normiert. In den neuen Vergaberichtlinien geschieht dies in Art. 53 Abs. 1 lit. a und lit. b RL 2004/18/EG sowie Art. 55 Abs. 1 lit. a und b RL 2004/17/EG.

Das Kriterium des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ wurde in den ehemaligen Vergaberichtlinien durch Subkriterien beispielhaft konkretisiert. Die ehemaligen Vergaberichtlinien für öffentliche Dienstleistungsaufträge und öffentliche Bauaufträge sprachen von „verschiedenen auf den jeweiligen Auftrag bezogene Kriterien, wie zum Beispiel Preis, Ausführungsfrist, Betriebskosten, Rentabilität oder technischer Wert“⁹⁸. Die ehemalige Vergaberichtlinie für Lieferaufträge verwendete den Begriff „verschiedene Kriterien, die je nach Auftrag wech-

96 Infra: S. 286 ff.

97 Vgl. Art. 24 lit. e RL 93/37/EWG; Art. 20 Abs. 1 lit. e; 93/36/EWG; Art. 29 lit. e RL 92/50/EWG; Art. 45 Abs. 2 lit. e RL 2004/18/EG.

98 Art. 30 Abs. 1 lit. b RL 93/37/EWG ; Art. 36 Abs. 1 lit. b RL 92/50/EWG.

seln, zum Beispiel der Preis, die Lieferfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, die Qualität, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, der technische Wert, der Kundendienst und die technische Hilfe⁹⁹. Auf die Regelung der Zuschlagserteilung gemäß RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG wird in dem eigens den neuen Vergaberichtlinien gewidmeten Kapitel näher eingegangen¹⁰⁰.

B. Definition, Funktion und Ausgestaltung sozialer Vergabekriterien

I. Terminologie

Obwohl sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der Terminus der vergabe- bzw. beschaffungsfremden Kriterien durchsetzen konnte¹⁰¹, soll auf diesen Begriff in der folgenden Untersuchung nicht rekuriert werden. Das negativ konnotierte Adjektiv „-fremd“ oder sogar „-feindlich“¹⁰² ruft unwillkürlich die Assoziation der „Sachfremdheit“ hervor¹⁰³ und

99 Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG.

100 *Infra*: S. 271 ff.; 275 ff.

101 *Bartl*, RiA 1999, 3 (7); *Bartosch*, EuZW 2001, 229 (229); *Berrisch/Nehl*, ZIP 2000, 434 (434); *Böhm/Danker*, NVwZ 2000, 767 (767); *Boesen*, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 100 ff.; *Breloer*, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 71; *Brenner*, JbUTR 1997, 141 (149); *Bultmann*, ZfBR 2004, 134 (134); *idem*, BuW 2001, 244 (245); *idem*, ZfBR 2002, 204 (204); *idem*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 65; *Burgi*, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (106); *idem*, GewArch 2001, 217 (222); *idem*, NZBau 2001, 64 (66); *Byok*, NJW 2001, 2295 (2296); *Dabringhausen*, GemHH 2004, 133 (133); *Dageförde*, NZBau 2002, 597 (598); *Dippel/Zeiss*, NZBau 2002, 376 (376); *Dreher*, WuW 1997, 949 (951); *idem*, JZ 2001, 140 (140); *idem*, EuZW 1998, 197 (203); *idem*, ZVgR 1999, 289 (289); *idem*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 121; *idem/Haas/v. Rintelen*, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 8; *Eilmansberger*, WuW 2004, 384 (384); *Fante*, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 56; *H. Fischer*, VergabeR 2004, 1 (3); *K. Fischer*, EuZW 2004, 492 (492); *Frenz*, WuW 2002, 352 (253); *Gleichenner*, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (194); *Götz*, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *idem*, EuR 1999, 621 (621); *Götzke*, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 107; *Griem*, NVwZ 1999, 1171 (1171); *Gröning*, ZIP 1999, 52 (55); *Heid*, wbl 1998, 194 (194 ff.); *Heintzen*, ZHR 2001, 62 (62); *Hopp*, DB 2000, 29 (30); *Huber*, ThürVBl. 2000, 193 (193); *Jennert*, EuR 2003, 343 (344); *Kaelble*, VergabeR 2002, 604 (605); *Kämmerer/Thüsing*, ZIP 2002, 596 (596); *Kling*, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 1; *Knauff*, EuZW 2004, 141 (143); *Krohn*, NZBau 2004, 92 (92); *Leinemann/Wehrauch*, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.2; *Losch*, NdsVBl. 2003, 73 (74); *Mader*, EuZW 2004, 425 (427); *Martin-Ehlers*, WuW 1999, 685 (685); *Meyer*, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 1; *Neßler*, DÖV 2000, 145 (145); *Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz*, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 212; *Noch*, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 50; *idem*, WuW 1998, 1059 (1066); *Odendahl*, EuZW 2004, 647 (647); *Opitz*, NZBau 2001, 12 (14); *idem*, NZBau 2003, 252 (257); *Osterloh*, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 27; *Otting*, StG 1996, 461 (461); *Pietzcker*, ZHR 1998, 427 (464); *Prieß*, EuZW 1999, 196 (199); *idem/Pitschas*, ZVgR 1999, 144 (144); *Rechten*, NZBau 2004, 366 (369); *Riese*, Vergaberecht, 202; *Rittner*, VergabeR 1998, 30 (30); *idem*, EuZW 1999, 677 (678); *Schabel/Zellmeier-Neunteufel*, VergabeR 2001, 79 (92); *Schardt*, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 77; *Schenk*, Das neue Vergaberecht, 70; *Schmitges-Thees*, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 57; *Schumacher*, DVBl. 2000, 467 (467); *Schwarze*, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem*, EuZW 2000, 133 (138); *Seifert*, ZfA 2001, 1 (5); *Versteyl/Jacobi*, NST-N 2001, 83 (84); *Waldner*, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 98; *Weinacht*, WuW 2000, 382 (382); *Willems*, Die Förderung des Mittelstandes, 163; *Wittig*, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 47; *Ziekow*, VergabeR 2003, 1 (2).

102 *Brenner*, JbUTR 1997, 141 (162).