



Soziale und ethische Kriterien bei der Neuregelung des Vergaberechts Stellungnahme des Direktoriums – Rechtsabteilung vom 16.03.2005

Mit der Veröffentlichung der neuen Vergaberichtlinien im Amtsblatt am 30.04.04 ist das kontrovers verlaufene Gesetzgebungsverfahren für die beiden neuen Vergaberichtlinien – die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge¹ (VKR) sowie die Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung² (SKR neu) zum Abschluss gekommen.

Richtlinienbestimmungen zielen nach Art. 249 Abs. 3 EGV grundsätzlich nicht darauf ab, in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unmittelbar geltendes Recht zu schaffen. Die Richtlinie ist ein Akt der Union, der sich an die Mitgliedstaaten richtet, für die diese verbindlich ist und sie verpflichtet, die Richtlinie auszuführen, indem sie innerstaatliches Recht beseitigen, modifizieren, neu schaffen oder jedenfalls beibehalten. Richtlinien sind nach Art. 249 EGV hinsichtlich des zu erreichenden Ziels verbindlich, überlassen jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel. Mitgliedstaaten können Spielräume nur innerhalb der von der Richtlinie gezogenen Grenzen wahrnehmen. Wahlmöglichkeiten hinsichtlich der zu erzielenden Mittel haben sie nur, wenn und soweit die Richtlinienbestimmung hierzu keine Festlegung trifft. Eine „überschießende Umsetzung“ von Richtlinien ist den Mitgliedstaaten nicht untersagt, wenn und soweit damit den Richtlinienvorgaben nicht widersprochen wird.³

Die Berücksichtigung ethischer und sozialer Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe bedeutet, dass sich der öffentliche Auftraggeber nicht nur von der Bieterreignung und der Wirtschaftlichkeit des Angebots, sondern darüber hinaus auch von ethischen und sozialen Motiven, sog. vergabefremden Aspekten, leiten lässt. Die weiteren Ausführungen berücksichtigen nur soziale Kriterien bei der Auftragsvergabe, da ethische Kriterien weder fassbar sind noch sich hierfür irgendwelche Anhaltspunkte in den Richtlinien finden lassen.

Aus europarechtlicher Sicht haben die Kommission und der EuGH in den letzten Jahren eine relativ großzügige Haltung an den Tag gelegt. So hielt die Kommission die Förderung sozialer Belange (und insbesondere auch Belange der Umwelt) im Rahmen von öffentlichen Auftragsvergaben – bei Einhaltung der allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze - für legitim, solange der Grundsatz der Diskriminierungsfreiheit eingehalten wird und die Anforderungen als Teil der Leistungsbeschreibung öffentlich bekannt gemacht werden. Die Kommission räumt den öffentlichen Auftraggebern einen recht weiten Gestaltungsspielraum bei der Formulierung sozialer Aspekte in der Leistungsbeschreibung ein: So dürfe verlangt werden, dass das ausgeschriebene Produkt nach bestimmten sozialverträglichen Herstellungsverfahren produziert wird, sofern dies eine Unterscheidung des Produkts von Konkurrenzprodukten bewirke. Allerdings seien allgemeine Vorgaben, die sich nicht auf das Produkt und die Leistung beziehen, unzulässig; ferner seien besondere Vertragsbedingungen wie etwa die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Einführung von Gleichstellungsmaßnahmen zulässig, sofern

¹ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABIEU Nr. L 134 vom 30.04.2004, 114 - 240

² Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABIEU Nr. L 134 vom 30.04.2004, 1 - 113

³ Grabitz/Hilf, Das Recht der europäischen Union, Art. 249 EGV RN 124 ff.

diese von allen Bietern erfüllbar seien und nicht über die Auftragsdauer hinausgingen⁴. Der EuGH, der im Streitfall bei europarechtlichen Vergaben über die Zulässigkeit des Vergabeverfahrens letztinstanzlich entscheidet, hat schon frühzeitig die Berücksichtigung von sozialen (und ökologischen) Kriterien bei der öffentlichen Auftragsvergabe für zulässig gehalten. Im Hinblick auf soziale Belange sah der Gerichtshof in der Vergabebedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen ebenso wenig einen Verstoß gegen EU-Vergaberecht⁵ wie im Zuschlagskriterium der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit⁶. Allerdings müsse das Zuschlagskriterium der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit in der Bekanntmachung des Auftrags angegeben werden, damit jeder Unternehmer vom Bestehen dieser Bedingung Kenntnis nehmen könne. Ferner müssen die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, eingehalten werden. (Die Urteile sind allerdings umstritten, da der EuGH sich nicht festgelegt hat, ob es sich hierbei um ein Eignungs- oder Zuschlagskriterium bzw. eine Ausführungsbedingung handelt.)

Insbesondere im sog. Concordia-Urteil hat der EuGH über die Zulässigkeit von Umweltbelangen als Kriterien für die öffentlichen Auftragsvergabe⁷ festgestellt, dass für den Auftraggeber nicht nur rein wirtschaftliche Kriterien von Wert sein müssen. Allerdings müssen andere als wirtschaftliche Kriterien die folgenden vier Voraussetzungen erfüllen:

- Sie müssen mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.
- Sie dürfen dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.
- Sie müssen ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags genannt sein.
- Sie müssen alle tragenden Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot, beachten.

Diese vom EuGH formulierten Kriterien haben bei der Novellierung des EU-Vergaberechts maßgeblichen Einfluss auf den Teilaspekt der vergabefremden Aspekte gehabt und finden sich auch in den Erwägungsgründen der novellierten VKR und SKR wieder.

A) Soziale Kriterien im neuen europäischen Vergaberecht

Ein Vergabeverfahren lässt sich schematisch in vier Teile zerlegen:

- das Ausschreibungsverfahren mit der Definition der relevanten technischen und sonstigen Spezifikationen
- die Auswahl der geeigneten Unternehmen
- die Zuschlagserteilung
- die Vertragsgestaltung (Ausführungsbedingungen)

1. Soziale Aspekte im Ausschreibungsverfahren

Die Definition des Auftragsgegenstandes unterliegt nicht den Bestimmungen der neuen Richtlinie, wie auch die bisher geltenden Richtlinien diesbezüglich keine Vorgaben machten. In diesem Stadium kann der Auftraggeber ein Produkt oder eine Dienstleistung wäh-

⁴ Mitteilung über die Auslegung des gemeinschaftsrechtlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 04.07.2001, KOM (2001), 274, Ziffer 1.2 und 1.6

⁵ EuGH, NVwZ 1990, 353 - „Beentjes“

⁶ EuGH, NZBau 2000, 584 - „Nord-Pas-de-Calais“

⁷ EuGH, NVwZ 2002, 1356 ff. - „Concordia Bus Finland“

len, das/die seinen sozialen Zielen entspricht. Allerdings muss die gewählte Definition eines Auftragsgegenstandes durch die technischen Spezifikationen des Art. 23 VKR umgesetzt werden. Art. 23 Abs. 8 VKR sieht ausdrücklich vor, dass nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren oder auf Marken, Patente, Typen, bestimmten Ursprung oder bestimmte Produktion verwiesen werden darf. Ausdrücklich als technische Spezifikation zugelassen worden sind nur die Umweltauswirkungen, vgl. Art. 23 Abs. 3 Buchstabe b und Abs. 6 VKR. **Soziale Spezifikationen wurden nicht in Art. 23 der Richtlinie aufgenommen.** Es existiert lediglich ein entsprechender Erwägungsgrund, wonach die Unternehmer verpflichtet sind, die Vorschriften über Arbeitsschutz und Arbeitsbedingungen sowie die arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einschließlich kollektiver und individueller Rechte, die sich aus dem geltenden Arbeitsrecht, richterlichen Entscheidungen und allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ergeben, einzuhalten.⁸ Gemäß diesem Erwägungsgrund ist es möglich, die Nichteinhaltung dieser Verpflichtungen als eine schwere Verfehlung oder als ein Delikt anzusehen, das die berufliche Zuverlässigkeit des Unternehmens in Frage stellt und dessen Ausschluss von dem Verfahren der Vergabe eines öffentlichen Auftrags zur Folge haben kann.

Diese Aussage muss allerdings wegen Art. 45 Abs. 2 lit.c VKR relativiert werden. Im Rahmen der Eignungsprüfung (s. 2.) kann nämlich nur ein solcher Bewerber bzw. Bieter ausgeschlossen werden, der aufgrund eines nach den Rechtsvorschriften des Landes rechtskräftigen Urteils wegen Delikten bestraft worden ist, der ihre berufliche Zuverlässigkeit in Frage stellt. Die Nichteinhaltung von Tarifverträgen stellt jedoch in Deutschland kein solches Delikt dar, auf das eine „rechtskräftige Verurteilung“ gestützt werden kann. Auch der u. a. die berufliche Leistungsfähigkeit regelnde Art. 48 VKR enthält keine diesbezügliche Bestimmung. Nach Art. 55 I lit.b VKR besteht lediglich die Möglichkeit, dass eine Nichtbeachtung der vorgenannten Bestimmungen zum Ausschluss eines Angebotes als „ungewöhnlich niedrig“ führen kann.

Wie im bisherigen EU-Vergaberecht bleibt es auch in der neuen VKR dabei, dass Dienstleistungsaufträge mit sozialer Zweckbestimmung meistens dem Anhang I B unterfallen⁹. Dementsprechend unterliegen diese Dienstleistungsaufträge nicht den detaillierten Verfahrensregeln der Richtlinien, insbesondere nicht den Regeln über die Auswahl und Zuschlagserteilung. Solche Aufträge unterliegen den Vorschriften der Vergaberichtlinien gemäß Art. 21 VKR lediglich im Hinblick auf technische Spezifikationen (Art. 23 VKR) und die Veröffentlichung einer Bekanntmachung über die Zuschlagserteilung. Die ausführlichen Bestimmungen der VKR über die Auswahl der Bewerber und die Zuschlagserteilung gelten für sie nicht.

Im Ergebnis kann der Auftraggeber bei der Auswahl des Auftragsgegenstandes soziale Kriterien berücksichtigen. Allerdings muss zwischen dem gewählten sozialen Kriterium und der Produktionsmethode beim Gegenstand des Auftrages ein spezifischer Zusammenhang bestehen. Das gewählte Kriterium muss sich auf konkrete Produktionsfaktoren beziehen.

⁸ Erwägungsgrund 34 VKR; Erwägungsgrund 45 SKR

⁹ Insbesondere Gaststätten und Beherbergungsbetriebe, ... Gesundheits-, Veterinär- und Sozialwesen
 Diese Liste entspricht dem Anhang I B der DKR 92 und dem Anhang XVI B der SKR 93.

2. Soziale Aspekte auf der Ebene der Eignungskriterien

Auf dieser Ebene hat die VKR bzw. SKR **keine** neuen Anknüpfungspunkte gebracht. Im Rahmen der persönlichen Eignungskriterien wurde, wie schon vorab erwähnt, der verpflichtende Ausschluss von Bietern, die wegen Betrugs, Bestechung oder wegen schwerer Straftaten durch Beteiligung an Straftaten einer kriminellen Vereinigung bestraft wurden, vgl. Art. 46 Abs. 1 lit.a-d VKR, um das Delikt der Geldwäsche erweitert. Auf Anregung des Parlaments wurde als „Sonderregelung“ in einem eigenen Abschnitt eine Bestimmung hinsichtlich geschützter Beschäftigungsverhältnisse aufgenommen. Hiernach kann bestimmt werden, dass nur „geschützte Werkstätten“ an den Auftragsvergabeverfahren teilnehmen oder Aufträge ausführen dürfen, Art. 19 VKR. Dies bedeutet, dass sämtliche Unternehmen, die nicht mehrheitlich „geschützte Beschäftigungsverhältnisse“ unterhalten, nicht am Vergabeverfahren teilnehmen dürfen.

Im Rahmen der weiteren Eignungskriterien kann die Eignung eines Bieters gemäß der VKR nur anhand der Kriterien der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Leistungsfähigkeit überprüft werden. Während nunmehr als neuer Erwägungsgrund in Art. 48 Abs. 2 lit.f VKR das Umweltmanagement als positives Eignungskriterium aufgenommen wurde, **fehlt** die Aufnahme von Maßnahmen zum Gesundheits- und Arbeitnehmerschutz. Zur Feststellung der wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit des Bieters dürfen daher auch weiterhin keine Nachweise gefordert werden, die soziale Gesichtspunkte betreffen.

3. Soziale Kriterien auf der Ebene der Zuschlagserteilung

Bei den in Art. 53 VKR geregelten Zuschlagskriterien können neben dem Kriterium des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch soziale Aspekte berücksichtigt werden. Nach Art. 53 Abs. 1 VKR, Art. 55 Abs. 1 SKR wendet der Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung folgende Kriterien an:

„a) entweder – wenn der Zuschlag auf das aus Sicht des Auftraggebers wirtschaftlich günstigste Angebot erfolgt – verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien, z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeit und Lieferungs- oder Ausführungsfrist.
b)..."

Soziale Eigenschaften sind hier nicht ausdrücklich genannt, jedoch ist in Erwägungsgrund 46 VKR, 55 SKR aufgenommen, dass

...ein Auftraggeber unter denselben Voraussetzungen auch „Kriterien zur Erfüllung sozialer Anforderungen anwenden (kann), die insbesondere den – in den vertraglichen Spezifikationen festgelegten – Bedürfnissen besonders benachteiligter Bevölkerungsgruppen entsprechen, denen die Nutznießer/Nutzer der Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen angehören.“

Voraussetzung ist ausdrücklich, dass sie mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Handlungsfreiheit einräumen, im Leistungsverzeichnis oder der Bekanntmachung ausdrücklich genannt werden und nicht gegen wesentliche Grundsätze des Gemeinschaftsrechts verstoßen. Zusätzlich hat der Auftraggeber anzugeben, wie er die genannten Kriterien untereinander gewichtet.

Die Möglichkeit, im Rahmen des Zuschlages soziale Kriterien zu verfolgen, sind also weitgehend eingeschränkt. Insbesondere stellen soziale Faktoren nur einen von mehreren dar, deren Nichtbeachtung bei der Angebotswertung ausgeglichen werden kann.

4. Soziale Kriterien auf der Ebene der Ausführungsbedingungen

Die wichtigste Neuerung für die Aufnahme sozialer Kriterien bei der Vergabe stellt die Einführung von Art. 26 VKR, Art. 38 SKR dar, denn diese Bestimmungen gestatten es dem öffentlichen Auftraggeber, **zusätzliche Bedingungen** – insbesondere soziale Kriterien – an die **Ausführung des Auftrags** zu knüpfen. Art. 26 VKR, Art. 38 SKR bestimmen, dass die Auftraggeber

„zusätzliche Bedingungen für die Ausführung des Auftrages vorschreiben (können), sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsunterlagen angegeben werden. Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“

Wie die in Erwägungsgrund 33 VKR aufgeführten Beispiele der Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags zeigen

- die Verpflichtung, Langzeitarbeitslose einzustellen oder Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitnehmer oder Jugendliche durchzuführen,
- die Verpflichtung ein Kontingent von behinderten Personen einzustellen, das über dem nach nationalem Recht vorgeschriebenen Kontingent liegt,
- die Verpflichtung, die Bestimmungen der grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (IAO) bei der Ausführung des Auftrags einzuhalten, auch und gerade, wenn diese nicht in innerstaatliches Recht umgesetzt worden sind,

kann im Gegensatz zu Art. 53 VKR (Zuschlagskriterien, s.3.) hier über den Bezug zum Auftragsgegenstand hinaus gegangen und in den Produktionsprozess oder die Personalpolitik des Unternehmens eingegriffen werden. Eine zusätzliche Verschärfung besteht darin, dass nach Art. 26 VKR die Berücksichtigung dieser zusätzlichen Bedingungen zwangsläufig zum Ausschluss des Angebots führt.

Ergebnis der Überprüfung der europäischen Richtlinien:

Auf der Ebene der Formulierung des Auftragsgegenstandes und der Ausführungsbedingungen werden künftig mit der größten Aussicht auf Erfolg soziale Kriterien in die Vergabeverfahren eingebracht werden können. Allerdings muss das gewählte Kriterium einen konkreten Bezug zur Leistungserbringung aufweisen. Es sollte vermieden werden, dass allgemeinpolitische Vorgaben, die mit der konkreten Erbringung der Leistung nichts zu tun haben, in zu starkem Maße auftragsentscheidend werden und das Risiko wettbewerbsverzerrender sowie unwirtschaftlicher Auftragsvergaben zu hoch wird.¹⁰ Nach der Literatur dürfte es nicht ausreichend sein, lediglich auf das jeweilige Kriterium in der Bekanntmachung der Ausschreibung hinzuweisen und das allgemeine Sozialverhalten der Bieter maßgeblich in die Angebotswertung einzubeziehen. Klauseln, die die Anpassung der Organisation, der Struktur oder der Politik eines Unternehmens erforderlich machen würden, das in einem anderen Mitgliedsstaat ansässig ist, sind auch mit der neuen Vergaberichtlinie nicht zulässig.

¹⁰ S. Tomerius, Gestaltungsoptionen öff. Auftraggeber unter dem Blickwinkel des Vergaberechts, S.65

B) Soziale Kriterien im neuen deutschen Vergaberecht.

Gemäß Art. 80 VKR, Art. 71 SKR sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die beiden Richtlinien spätestens bis 31.01.06 in innerstaatliches Recht umzusetzen. In Vollzug dieser Umsetzungsverpflichtung hat der deutsche Gesetzgeber mit einer Änderung der Regelungen des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) und einer Änderung der Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VgV) reagiert.¹¹

1. GWB (neu)

Die Bestimmung, nach der bei der Auftragsvergabe andere Eignungskriterien als die Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit, s. § 97 Abs. 4 Satz 1 1.HS. GWB (alt), berücksichtigt werden können, ist mit der Neufassung des GWB nicht geändert worden. Nach wie vor gilt nach § 97 Abs. 4 2.HS. GWB, dass andere oder weitergehende Anforderungen an den Auftragnehmer nur gestellt werden dürfen, wenn dies durch Bundes- oder Landesgesetz vorgesehen ist. Es ist einerseits ein Gesetz erforderlich, andererseits genügt ein Landesgesetz, das aber seinerseits mit Bundesrecht vereinbar sein muss. Somit ist für die Berücksichtigung sozialer Kriterien weiterhin auf die bisherige Rechtsprechung zu § 97 Abs. 4 GWB hinzuweisen. Als Beispiele für bei der Vergabe zu berücksichtigende Kriterien in sozialer Hinsicht können genannt werden:

- Die Erhaltung von Arbeitsplätzen im Baugewerbe mittels Forderung nach Tariftreueerklärungen
- Bekämpfung der Scientology-Sekte durch Nichtberücksichtigung von Anbietern, die sich bei Angebotsabgabe nicht schriftlich von der Sekte distanzieren
- Förderung deutscher Wettbewerber mittels der sogenannten Nachunternehmerbegrenzung
- Frauenförderung durch bevorzugte Berücksichtigung von Unternehmen, die Gleichstellungsmaßnahmen ergreifen
- Bevorzugung von Wettbewerbern aus den neuen Bundesländern
- Sicherstellung von Ausbildungsplätzen für Jugendliche mittels bevorzugter Berücksichtigung von Wettbewerbern, die Ausbildungsplätze zur Verfügung stellen
- Vermeidung von Schwarzarbeit durch längerfristigen Ausschluss von Wettbewerbern, bei denen der Verdacht auf entsprechende Verstöße besteht

Insoweit gilt nach den Vorschriften des GWB nichts anderes wie auch bei der Berücksichtigung sozialer Belange nach den neuen EU-Richtlinien.

¹¹ Entwürfe des Bundeswirtschaftsministeriums vom 08.10.04 und 08.02.05 zu einer Neuregelung des Vergaberechts und einer neuen Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, www.bmwa.de

2. VgV (neu)

Zu prüfen ist hier, inwieweit die VgV (neu) die EU-Richtlinien umsetzt und ob sie sich damit innerhalb der Grenzen der Verordnungsermächtigung hält.

- 1) Nach § 14 Abs. 2 VgV (neu) ist nunmehr auch in der Vergabeordnung geregelt, dass technische Spezifikationen als Leistungs- oder Funktionsanforderungen ausgedrückt werden können. Ein Hinweis, dass soziale Kriterien in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen formuliert werden können, fehlt auch in der VgV (neu). Ebenfalls ist in der Begründung des BMWA kein Hinweis darauf zu finden. Vielmehr dürfte sich die Möglichkeit der Ausformulierung von Leistungs- oder Funktionsanforderungen im wesentlichen auf Umwelteigenschaften (s. § 15 Abs. 5 VgV neu) und sonstige technische Anforderungen beziehen, nicht jedoch auf soziale Spezifikationen.
- 2) Art. 23 Abs. 1 Satz 2 VKR, wonach technische Spezifikationen so festgelegt werden sollen, dass den Zugangskriterien für Behinderte oder der Konzeption für alle Benutzer Rechnung getragen wird, findet sich in der VgV (neu) nicht. Vergleichbar mit einer technischen Spezifikation ist lediglich die Regelung in § 16 VgV (neu), wonach mittelständische Interessen vornehmlich durch Teilung der Aufträge in Fach und Teillose zu berücksichtigen sind. Eine Regelung wie in Art.23 Abs. 1 Satz 2 VKR könnte wortgleich problemlos in die VgV (neu) aufgenommen werden.
- 3) § 37 VgV (neu), welcher Unternehmen von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren bei rechtskräftiger Verurteilung wegen Verstoßes gegen bestimmte Vorschriften des Strafgesetzbuches der Geldwäsche sowie des Betruges vorsieht, setzt Art. 45 VKR vollständig um.
- 4) Die als Eignungskriterium einzustufende Regelung des Art. 19 VKR über die Vergabe nur an geschützte Werkstätten findet sich in dem Entwurf der VgV (neu) vom 08.02.05 (im Gegensatz zum Entwurf der VgV (neu) vom 08.10.04) nicht mehr. Insoweit dürfte eine Unterregelung durch die neue VgV gegenüber der EU-Richtlinie vorliegen.
- 5) Bei den Zuschlagskriterien wurde Art. 53 Abs. 1 VKR wortgleich in § 47 Abs. 2 und 3 VgV (neu) umgesetzt, s. hierzu Teil A3.
- 6) Die entscheidende Möglichkeit der Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Vergabe von Aufträgen als Ausführungsbedingungen, Art. 26 VKR, findet sich in der VgV (neu) nicht.

Grundsätzlich sind die Mitgliedstaaten zur vollständigen Umsetzung einer Richtlinie verpflichtet. Es hängt vom Inhalt einer Richtlinienbestimmung ab, welcher Rechtszustand in der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung herzustellen und zu erhalten ist. Ein mitgliedstaatliches Tätigwerden ist nur dann verlangt, wenn der bestehende Rechtszustand nicht bereits den Vorgaben der Richtlinie entspricht. Entspricht die nationale Rechtslage dem von der Richtlinie Verlangtem, ist der Mitgliedsstaat zu einer Anpassung nur dann gezwungen, wenn die Richtlinie ausdrücklich vorsieht, dass sich im nationalen Umsetzungsrecht ein Hinweis auf die Richtlinienbestimmung findet, s. Art. 80 Abs. 1 VKR. Nach der Auffassung des EuGH ist es erforderlich, die in der Richtlinie angelegten Pflichten so bestimmt und klar zu gewährleisten, dass die Rechtssicherheit garantiert ist¹². Nach Auffassung der Rechtsabteilung müsste Art. 26 VKR, welcher die Bedingungen für die Auftragsausführung formuliert „Die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrages können insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.“ vollständig umgesetzt werden. Ein Ermessen für die Bundesrepublik

¹² EuGH, Rs. C217/97

Deutschland gibt es in dieser Hinsicht nicht.. Als argumentum e contrario ist hier z.B. Art. 19 VKR zu nennen, wonach den Mitgliedstaaten die Möglichkeit eingeräumt ist, Vergaben im Rahmen von Programmen für geschützte Beschäftigungsverhältnisse vorzusehen. Eine Interpretationsmöglichkeit in den anderen Vorschriften der VgV (neu) insoweit, dass sie Art. 26 VKR umfasst, sieht die Rechtsabteilung nicht. Allenfalls § 97 Abs. 4 Halbsatz 2 GWB wäre eine Interpretationsmöglichkeit. Dies reicht allerdings nicht aus, da § 97 Abs. 4 GWB, wie vorab ausgeführt, einen Gesetzesvorbehalt ausspricht. Die VKR ist hierfür nicht ausreichend.

Ergebnis: Nach Auffassung der Rechtsabteilung wurde das neue europäische Vergaberecht nur unzureichend (vgl. 4) u. 6)) in das geplante deutsche Vergaberecht umgesetzt. Hier besteht Handlungsbedarf, insbesondere im Hinblick auf die Berücksichtigung sozialer Kriterien bei der Ausführung von Aufträgen.

a) Die Rechtsabteilung sieht als Möglichkeit, Art. 26 VKR unmittelbar als § 97 Abs. 8 GWB in das GWB einzufügen. Eine denkbare Formulierung wäre:

„Die öffentlichen Auftraggeber können zusätzliche Bedingungen, insbesondere sozialer oder umweltbezogener Art, für die Ausführung des Auftrages vorschreiben, sofern diese mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind und in der Bekanntmachung oder in den Verdingungsordnungen angegeben werden.“

In den entsprechenden Vorschriften über die Bekanntmachung des Auftrages oder über die Verdingungsunterlagen müsste zusätzlich aufgenommen werden, dass in diesen die zusätzlichen Ausführungsbedingungen angegeben werden müssen.

b) Nimmt man Art. 26 VKR in die VgV (neu) auf, könnte man in § 97 Abs. 6 GWB nach den Worten „insbesondere über die Bekanntmachung, den Ablauf und die Arten der Vergabe, über die Auswahl und Prüfung der Unternehmen und Angebote“ die Worte „über die Ausführungsbedingungen,“ einfügen. Dann könnte Art. 26 VKR unmittelbar in die VgV (neu) z.B. als § 16 a übernommen werden.

I.A.

gez.

Lang-Hefferle