

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

12/2013

Wie sozial kann Wettbewerb in der Daseinsvorsorge sein?

Herausgeber: P/S/R INSTITUT
Autor: Mag. Birgit Mitterlehner Bakk.phil. MA
Datum: 15. Oktober 2013

Das Schwert des Vergaberechts bestimmt zunehmend wie öffentliche Leistungen aussehen werden. Was ein zügelloser Markt im Finanzwesen brachte, zeigten die jüngsten Krisen. Auch das Vergaberecht soll einen freien Wettbewerb fördern. Somit stellt sich die Frage, welche Zügel öffentliche Auftraggeber künftig (noch) in der Hand haben werden und, vor allem, wie „sozial“ und „ökologisch“ diese Zügel sind.

Die von der EU formulierten Ziele einer Sozial-Union (im Gegensatz zu den USA), einer sozialen Marktwirtschaft und die Europa 2020-Strategie sollten aufzeigen, dass mehr als lediglich der Preis in einer gesunden Gesellschaft zählt. Insbesondere öffentliche Auftraggeber haben bei Ausschreibungen, welche schon jetzt beinahe 20% des europäischen BIP ausmachen, eine Vorbildfunktion. Mit ihren Entscheidungen in der Organisation der Daseinsvorsorge (beinahe 26 % des europäischen BIP¹) nehmen sie zudem Einfluss auf den sozialen und territorialen Zusammenhalt. Gerade hier könnte man somit ansetzen, sollte man meinen. Dies ist keine bloße Forderung einzelner. Schon jetzt unterstreichen dies die Mitteilungen, Leitfäden und Empfehlungen der Europäischen Kommission zur Gestaltung von Ausschreibungen.² Trotz dieses anscheinend initiierten Bewusstseinsfindungsprozesses der letzten Jahre besteht jedoch vor allem in Hinblick auf eine potenzielle Bevorzugung etwaiger Märkte oder Bieter keine uneingeschränkte Wahlfreiheit für öffentliche Auftraggeber. Im Gegenteil: Das europäische Diskriminierungsverbot schränkt gerade in puncto Sozial-Kriterien durchaus die Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers ein. Besonders kontrovers diskutiert wird beispielsweise die Frage, inwiefern Maßnahmen, die nicht primär mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen, zulässig sind.

Das bestehende Vergaberecht lässt Spielraum für die Implementierung von Nachhaltigkeitskriterien in Ausschreibungen. Dieser ist jedoch – abgesehen von ökologischen Kriterien – im Grunde „lediglich“ ein impliziter, da die ErwGr der Richtlinien die vorhandenen Möglichkeiten auslegen und Mitteilungen

¹ Vgl. *European Centre of Employers and Enterprises providing Public (CEEP), Public Services – Supporting The Very Fabric of European Society* (2010) 3.

² Siehe dazu *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010); *Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung! – Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen*, 2. Ausgabe (2011); Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 274 vom 4. Juli 2001; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen, KOM(2008) 400 vom 16. Juli 2008; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Überprüfung des „Small Business Act“ für Europa, KOM(2011) 78 vom 23. Februar 2011; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Eine neue EU-Strategie (2011-14) für die soziale Verantwortung der Unternehmen (CSR), KOM(2011) 681 vom 25. Oktober 2011; Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 vom 15. Oktober 2001; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Begleitdokument zu der Mitteilung „Ein Binnenmarkt für das Europa des 21. Jahrhunderts“ – Dienstleistungen von allgemeinem Interesse unter Einschluss von Sozialdienstleistungen: Europas neues Engagement, KOM(2007) 725 vom 20. November 2007.

und Empfehlungen der Kommission zwar eine Leitfunktion haben, jedoch rechtlich nicht bindend sind. Ebenso ist die verbindliche Wirkung der stRspr des EuGH umstritten.

Welche „sozialen“ Zügel gibt die bevorstehende Novelle öffentlichen Auftraggebern in die Hand?

Mittels der bevorstehenden EU-Vergaberichtliniennovelle soll der Großteil durch die stRspr des EuGH geschaffene bzw. in zahlreichen EU-Dokumenten bereits bestätigte soziale Spielraum nun explizit seinen Platz in den Vergaberichtlinien finden.³

Im vorläufigen ErwGr 1 des klassischen Vergaberichtlinienentwurfs (letzter Stand der Einigungen) sind ökologische und soziale Aspekte beispielsweise gleichrangig genannt. Ökologische und Sozial-Kriterien können künftig, sofern sie den Regeln des Vergaberechts (nicht-diskriminierend, transparent, erfüllbar (Gleichbehandlung), objektiv, messbar/nicht willkürlich, auftragsgegenständlich etc.) entsprechen, in Ausschreibungen Anwendung finden.⁴ Die Vergaberichtliniennovelle scheint hierbei somit künftig nicht nur die stRspr zu berücksichtigen, sondern verspricht in puncto Anwendungsebene auch mehr Flexibilität.⁵

Dies bedeutet jedoch nicht, dass jedes Sozial-Kriterium auch an jeder Stelle des Vergabeprozesses eingefordert werden kann oder dass dies durch eine europäische Vergaberechtsnovelle möglich sein wird. Für den „sozialen Erfolg“ einer Ausschreibung ist es wichtig, dass derartige Kriterien an der richtigen Stelle eingefordert werden: So werden Eignungskriterien⁶ im Rahmen des Verfahrens nicht gewichtet oder bewertet. Leistungskriterien stehen außerhalb des Vergabeverfahrens und gelten verpflichtend für die Auftragsausführung. Im Gegensatz dazu erlauben Zuschlagskriterien eine Wertung.

Dürfen öffentliche Auftraggeber jetzt schon sozial denken oder gilt es die Novelle abzuwarten?

Im Vergabeverfahren ist es wichtig, sicherzustellen, dass sämtliche beabsichtigte Ergebnisse von Anfang an berücksichtigt sind, da sie nicht nachträglich in den Beschaffungsprozess eingebracht werden

³ Vgl. die vorläufigen ErwGr 28, ErwGr 39, ErwGr 41, Art 17, Art 41 sowie Art 70 KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011, 24f, 27f, 28f, 55, 83f, 106.

⁴ Dies bestätigt der Leitfaden für eine sozialorientierte Beschaffung der EU als auch die derzeitigen Vergaberichtlinien und die stRspr des EuGH. Das gegenwärtig erarbeitete EU-Vergaberichtlinienpaket unterstreicht die soziale Dimension. In einigen Ländervergaberichtsakten Deutschlands wird darauf explizit hingewiesen; vgl TVgG - NRW.

⁵ KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011, 10.

⁶ Aufforderung zur Einhaltung von Sozial- und Arbeitsrecht können beispielsweise auch Teil der zusätzlichen Vertragserfüllungsbedingungen als auch der Eignungskriterien sein. Besonders empfehlenswert ist dies, wenn anzunehmen ist, dass die Lieferkette Produktions- oder Verarbeitungsschritte enthält, in denen diese Probleme vorkommen (z. B. bei Textilien).

können.⁷ Die bereits im gegenwärtig Geltung findenden Regelwerk erfolgte Kodifizierung der Möglichkeit, Umweltschutzkriterien in die Vergabe aufzunehmen, ist als erster Schritt in Richtung zunehmender öffentlicher Verantwortung zu werten. Nicht nur beinhaltet das geltende Vergaberecht Regelungen zur Förderung von geschützten Werkstätten, der Einhaltung von sozialgesetzlichen Vorschriften usw., auch ist es im Grunde unschädlich für die Anwendung von Sozial-Kriterien, dass hauptsächlich ökologische Kriterien in den bestehenden Richtlinienartikeln erwähnt werden, da es sich um nicht-taxative Aufzählungen handelt.⁸ Dies bestätigen die stRspr des EuGH als auch sämtliche offizielle Dokumente zur Auslegung des Europarechts.

Und was sagt die künftige Konzessionsrichtlinie zu „Sozialem“?

Prinzipiell lehnt sich der Konzessionsrichtlinienentwurf an die Vergaberichtlinienvorschläge an, ist jedoch um ein Vielfaches weniger weitreichend. Dies gilt ebenso für soziale Aspekte. Anzunehmen ist jedoch, dass, was im Rahmen der Vergabe öffentlicher Aufträge gestattet ist, auch im Rahmen der Konzessionsvergabe gestattet sein wird. Das ist auch klug so, denn Sozial-Kriterien bergen folgende Vorteile:⁹

- Vermeidung von Sozial-Dumping
- Nachhaltige Entwicklung
- Förderung sozialbewusster Märkte (Vermeidung von Diskrepanzen) und eines starken europäischen Binnenmarkts
- Good Governance
- Integrationsförderung
- Höhere Wirksamkeit öffentlicher Ausgaben und somit öffentlicher Steuergelder
- Gemeinwohlstärkung
- Reputationsgewinn für öffentliche Auftraggeber
- Stärkung der positiven Außenwirkung für Auftragnehmer
- Stärkung des sozialen und territorialen Zusammenhalts

⁷ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen (2010), 34.

⁸ Vgl. Art 53 Abs 1 lit a Richtlinie 2004/18/EG und Art 55 Abs 1 lit a Richtlinie 2004/17/EG Dies bezeugt u. a. EuGH, Rs C-368/10, Kommission/Niederlande EuZW 2012, 592.

⁹ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010).