

P/S/R INSTITUT Fachbeitrag

21/2013

# Aufgeschoben ist nicht aufgehoben: Abstimmung zum Vergabelegislativpaket wurde vertagt

**Herausgeber:** P/S/R INSTITUT  
**Autor:** Mag. Birgit Mitterlehner, Bakk.phil. M.A.  
**Datum:** 16. Dezember 2013

Die Abstimmung zum neuen Legislativpaket für eine Novellierung des europäischen Vergaberechts und der erstmaligen Verabschiedung einer Konzessionsrichtlinie ist verschoben. Doch: Aufgeschoben ist nicht aufgehoben. Anstatt noch 2013 wird die Plenarabstimmung im Parlament erst am 15.1.2014 stattfinden. Bis zur endgültigen Finalisierung durch den Rat wird es dann bis längstens März 2014 dauern. Bisher erntet(e) der Vorschlag für das Legislativpaket zahlreiche Kritik. Doch, was bringt das Paket in puncto „Sozialem“?

Öffentliche Aufträge und Konzessionen sind im öffentlichen Leben angesiedelt. Der Staat, der u. a. Leistungen der Daseinsvorsorge auslagert oder von Dritten „einkauft“, hat eine Vorbildfunktion inne. Deshalb bedarf es auch einer differenzierteren Sichtweise als lediglich einer Bewertung der Wettbewerbsprinzipien oder des Preises. Dies legitimiert einen sozialen Bezug.<sup>1</sup> Das steigende Bewusstsein dafür wird an Europas Europa 2020-Strategie und zahlreichen Mitteilungen und Leitfäden auf diesem Gebiet ersichtlich.<sup>2</sup> Die gegenwärtigen Vergaberichtlinien gestatten die Anwendung von Sozial-Kriterien über gesetzliche Bestimmungen hinaus hauptsächlich implizit. So beinhaltet Art 53 RL 2004/18/EG zu möglichen Zuschlagskriterien lediglich eine demonstrative Aufzählung. Daraus ist abzuleiten, dass Sozial-Kriterien implizit gestattet sind.<sup>3</sup> Zudem ist ein Vorbehalt für geschützte Werkstätten möglich.<sup>4</sup> Den größten Spielraum hat der öffentliche Auftraggeber jedoch bei der Formulierung eines Auftrags und der Leistungsbeschreibung. So ist die Legitimität von Sozial-Kriterien in den Auftragskriterien bereits jetzt explizit kodifiziert.<sup>5</sup> Noch wichtiger, als die eher vernachlässigende Erwähnung von Sozial-Kriterien in den Richtlinien, ist der Verweis in ErwGr 1 auf die stRspr des EuGh, der auf dieser Ebene maßgebliche Regelungen getroffen hat. Dies eliminiert nicht nur sämtliche Zweifel über eine präjudizielle Wirkung der Judikatur, sondern bestätigt auch die Legitimität von Nachhaltigkeitskriterien, sofern diese die Grundfreiheiten nicht verletzen, sachgegenständlich und verhältnismäßig sind.<sup>6</sup>

Somit ist der Diskurs über die soziale Dimension Europas und der öffentlichen Vergabe zwar ein reger, dennoch bleibt das Thema „Soziales“ ein schwieriges. Bisweilen fehlt es an einer adäquaten und erschöpfenden europarechtlichen Definition und einer Unterscheidung zwischen Sozial- und Umwelt-Kriterien. Auch ist nicht definiert, was „sozial“, sachgegenständlich und verhältnismäßig ist. Auch

---

<sup>1</sup> Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 15.

<sup>2</sup> Europa 2020-Strategie; Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 15.

<sup>3</sup> Art 53 RL 2004/18/EG.

<sup>4</sup> ErwGr 28, Art 19 RL 2004/18/EG

<sup>5</sup> Art 26 und ErwGr 33 RL 2004/18/EG.

<sup>6</sup> Vgl. u. a. Beentjes, Nord-pas-de-Calais, Concordia Bus, Wienstrom

national sind keine Definitionen vorhanden, wodurch sowohl öffentliche Auftraggeber als auch Bieter hinsichtlich der rechtssicheren Anwendung solcher Kriterien verunsichert sind. Es ist somit nicht weiter verwunderlich, dass die Implementierung derartiger Kriterien in der Praxis noch wenig stattfindet.

Insbesondere die Förderung von Regionalität bleibt im EU-Vergaberecht aus Gründen der Wahrung eines fairen Wettbewerbs jedoch unbeschadet etwaiger Ausnahmen prinzipiell untersagt. Daran wird auch die gegenwärtig auf EU-Ebene erarbeitete Vergabennovelle nichts ändern. Gerade das Vergaberecht könnte hierzu jedoch einen wesentlichen Beitrag leisten. Es macht derzeit rund 18% des europäischen BIPs aus, die Daseinsvorsorge – die künftig immer mehr ausgeschrieben werden wird – sogar fast ein Drittel. Somit handelt es sich um einen Hebel, mit welchem der Ausdünnung der Regionen – ein ernst zu nehmendes gesellschaftliches Problem – entgegen gewirkt werden könnte.

In der Folge bleiben trotz jeglicher „Vermutung der Gültigkeit“ europäischer Rechtsakte – insbesondere bestimmter darin enthaltener sozialer Klauseln – soziale Ausgleichsklauseln und Wettbewerbsprinzipien zwei sich abstoßende Pole. Das kommende Vergaberichtlinienpaket zeigt definitiv den Willen der Europäischen Union auf, nachhaltige Aspekte zunehmend in der öffentlichen Auftragsvergabe zu berücksichtigen, indem es weitgehend die stRspr des EuGH kodifizieren wird. Auch gilt es zu erwähnen, dass die kommende Kodifizierung beim Konzessionsrichtlinienvorschlag nicht gegeben ist. Hier werden soziale Aspekte explizit kaum erwähnt.<sup>7</sup>

---

<sup>7</sup> Lediglich ErwGr 29 KOM (2011) 897 beinhaltet einen Verweis darauf.