



„Qualitätskriterien bei Beauftragung zur Erbringung sozialer Dienstleistungen

Bedarf, State-of-the-art und Rechtskonformität von Qualitätskriterien bei öffentlichen Aufträgen“





Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung

Studie „Qualitätskriterien bei Beauftragung zur Erbringung sozialer Dienstleistungen“

Bedarf, State-of-the-art und Rechtskonformität von Qualitätskriterien bei öffentlichen Aufträgen

Im Auftrag von





Diese Studie wurde im Auftrag der Bundesarbeitsgemeinschaft Freie Wohlfahrt (BAG), Bundesdachverband für Soziale Unternehmen (bdv austria), dachverband berufliche integration – austria (dabei austria) und Sozialwirtschaft Österreich – Verband der österreichischen Sozial- und Gesundheitsunternehmen erstellt.

Autoren

Mag. Birgit Mitterlehner, Bakk. M.A., M.A.

Unter der rechtlichen Leitung von:

RA Dr. Sylvia Freygner, LL.M.

Satz/Layout

Waltraud Art, BA, Patrick Böhm

Impressum

Medieninhaber und Herausgeber:

Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH

Annagasse 6

A-1010 Wien

© Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH

Wien 2015

Alle Rechte vorbehalten.

Aus Gründen der sprachlichen Vereinfachung sind alle Formulierungen und Aussagen in dieser Studie als geschlechtsneutral zu verstehen.



Vorwort

1. Diese Studie wurde im Auftrag von Bundesarbeitsgemeinschaft Freie Wohlfahrt (BAG), Bundesdachverband für Soziale Unternehmen (bdv austria), dachverband berufliche integration – austria (dabei austria) und Sozialwirtschaft Österreich – Verband der österreichischen Sozial- und Gesundheitsunternehmen erstellt.
2. Die in Auftrag gegebene Studie „Qualitätskriterien bei Beauftragung zur Erbringung sozialer Dienstleistungen – Untersuchung von Bedarf, State-of-the-art und Rechtskonformität von Qualitätskriterien bei öffentlichen Aufträgen“ wurde durch die Außeruniversitäre Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH (P/S/R Institut, nachstehend Auftragnehmerin) entsprechend dem Leistungsgegenstand gemäß ARGE-Vergabe Sozialdienstleistung „Qualitätskriterien bei Beauftragung zur Erbringung sozialer Dienstleistungen – Untersuchung von Bedarf, State-of-the-art und Rechtskonformität von Qualitätskriterien bei öffentlichen Aufträgen“ Vertrag erarbeitet. Der Leistungsgegenstand wurde in Zusammenarbeit mit Ao. Univ-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel ausgeführt. Das vorliegende Dokument enthält die Ausführungen zu den P/S/R Arbeitspaketen. Der allgemeine Leistungsgegenstand wurde wie folgt festgelegt, wobei er teils mündlich, teils schriftlich, durch das P/S/R Institut und Herrn Ao. Univ-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel erarbeitet wird:

Arbeitspaket (AP) 1 | Wirkungsanalyse EU-Vergaberecht – soziale Dienstleistungen

(P/S/R Institut)

Analyse des bevorstehenden Änderungsbedarfs bzw. der Veränderungsmöglichkeiten/-chancen im Rahmen der Umsetzung von RL 2014/24/EU im österreichischen Recht, vor allem im Hinblick auf die Inartikulation sekundärer Vergabe-Kriterien für die Sozialwirtschaft sowie zu allfälligen Exemptionsmöglichkeiten, die Anwendung von Vergaberecht im sozialwirtschaftlichen Dreieck bzw. Viereck zu umgehen.

Arbeitspaket (AP) 2 | Fragestellungen BAG

(P/S/R Institut, Dimmel & Partner OG)

- Welche Änderungen des österreichischen Vergaberechts im Sozialbereich sind durch die EU-Richtlinie praktisch zwingend vorgegeben? (P/S/R Institut)
- Welche Möglichkeiten bestehen, den Sozialbereich in Bezug auf Art. 77 herauszuhalten? (P/S/R Institut)
- Welche Möglichkeiten eines vereinfachten Verfahrens stehen für den Sozialbereich zur Verfügung oder sollten im Vergaberecht vorgesehen werden? (P/S/R Institut)



- Was bedeutet das Bestbieterprinzip im Sozialbereich? Welche Kriterien sollten die Ausschreiber dabei berücksichtigen? (P/S/R Institut)
- Welche Auswirkungen werden die neuen Vergaberichtlinien auf das Rettungsverbundsystem in Österreich haben? Wie kann eine nationale Umsetzung gestaltet sein, um das Rettungsverbundsystem zu erhalten? (P/S/R Institut)

Arbeitspaket (AP) 3 | Analyse der Materiengesetze betreffend soziale Dienstleistungen

(Dimmel & Partner OG)

- Analyse bereits bestehender Vorgaben der Materiengesetze der Bundesländer zur Qualität und Qualitätssicherung von Sozialdienstleistungen (SH, BMS, BehG, ChG, KJHG, Pflgerecht, Heimrecht, AMS-Bereich), die bei Vergabe *de lege lata* zu berücksichtigen sind. (Dimmel & Partner OG)
- Befragung in mind. 3 Bundesländern:
 - Wie wird die derzeitige Vergabepaxis von Ihnen rechtlich bewertet? Welche Problembereiche können Sie exemplarisch benennen? Welche Punkte der Vergabepaxis erweisen sich für Sie als besonders problematisch? (Dimmel & Partner OG)
 - Orientieren Sie sich bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen an der Judikatur des EuGH? Welcher Stellenwert kommt dem europäischen Primärrecht im Rahmen Ihrer Vergabepaxis zu? (Dimmel & Partner OG)

Arbeitspaket (AP) 4 | Delphi-Umfrage

(Dimmel & Partner OG)

Durchführung einer Befragung zwecks Einholung einer repräsentativen Fachmeinung von Vertretern von max. 10 zentralen sozialwirtschaftlichen Trägern nach Vorgabe und Koordination mit dem Auftraggeber.

Arbeitspaket (AP) 5 | Ausarbeiten von exemplarischen Sozial- und Qualitäts-Kriterien für öffentliche Ausschreibungen für soziale Dienstleistungen

(P/S/R Institut)

Auftraggeber und Auftragnehmer gehen einhellig davon aus, dass mehrere Möglichkeiten/Varianten der Beauftragung für die Organisation sozialer Dienstleistungen praktisch relevant und möglich sind (und nicht nur das Vergaberecht bei Beauftragung zur Erbringung sozialer Dienstleistungen zur Anwendung kommt). Herausarbeitung eines inhaltlichen Rahmens für (sekundäre) Qualitäts-Kriterien bei Vergabe öffentlicher Aufträge für



soziale Dienstleistungen, inkl. Diskussion der vorgeschlagenen Kriterien hinsichtlich ihrer Eignung für über das Vergaberecht hinaus alle denkmöglichen Formen der Beauftragung.

Arbeitspaket (AP) 6 | Stakeholder-Analyse, Umsetzungsvorschlag und Policy Paper (P/S/R Institut, Dimmel & Partner OG)

Vorschlag und Präsentation für formale Einbettung vergabefremder Kriterien sowie Policy Paper für Lobbying.

3. Die vorliegende Studie dient der Wiedergabe folgender Inhalte

Arbeitspaket (AP) 1 | Wirkungsanalyse EU-Vergaberecht – soziale Dienstleistungen

Analyse des bevorstehenden Änderungsbedarfs bzw. der Veränderungsmöglichkeiten/-chancen im Rahmen der Umsetzung von RL 2014/24/EU im österreichischen Recht, vor allem im Hinblick auf die Inartikulation sekundärer Vergabe-Kriterien für die Sozialwirtschaft sowie zu allfälligen Exemptionsmöglichkeiten, die Anwendung von Vergaberecht im sozialwirtschaftlichen Dreieck bzw. Viereck zu umgehen.

Arbeitspaket (AP) 2 | Fragestellungen BAG

(P/S/R Institut, Dimmel & Partner OG)

- Welche Änderungen des österreichischen Vergaberechts im Sozialbereich sind durch die EU-Richtlinie praktisch zwingend vorgegeben?
- Welche Möglichkeiten bestehen, den Sozialbereich in Bezug auf Art. 77 herauszuhalten?
- Welche Möglichkeiten eines vereinfachten Verfahrens stehen für den Sozialbereich zur Verfügung oder sollten im Vergaberecht vorgesehen werden?
- Was bedeutet das Bestbieterprinzip im Sozialbereich? Welche Kriterien sollten die Ausschreiber dabei berücksichtigen?

Welche Auswirkungen werden die neuen Vergaberichtlinien auf das Rettungsverbundsystem in Österreich haben? Wie kann eine nationale Umsetzung gestaltet sein, um das Rettungsverbundsystem zu erhalten?



4. Zur besseren Strukturierung und aufgrund inhaltlicher Überschneidungen erfolgte eine Neustrukturierung (vgl. Inhaltsverzeichnis, Seite 9)
5. Die in dieser Studie getroffenen Aussagen beantworten die in Auftrag gegebenen Forschungsfragen. Auf weiterführende wettbewerbsrechtliche Fragestellungen bzw. auf die praktische Anwendung derselben wird nicht eingegangen.
6. Die vorliegende Studie ersetzt keine zeitnahe Beratung durch fachkundige Personen zur Einzelfallberücksichtigung. Vor diesem Hintergrund schließen die Autoren gegenüber Auftraggeber und Dritten, welche auf Grundlage dieser Studie Dispositionen jeglicher Art treffen, jedwede wie auch immer geartete Haftung aus.
7. Sämtliche Verweise dienen als Referenz. Es wird nicht ausgeschlossen, dass diese Inhalte auch an anderer Stelle behandelt werden.
8. Diese Studie wurde ausschließlich für den genannten Auftraggeber erstellt. Die Auftragnehmerin übernimmt keinerlei Haftung gegenüber Dritten, die Kenntnis vom Inhalt dieser Studie oder Teilen davon erlangen.

Wien, am 30.05.2015

Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH



Inhaltsverzeichnis

Vorwort.....	5
Inhaltsverzeichnis	9
Tabellenverzeichnis.....	11
Abbildungsverzeichnis.....	11
Abkürzungsverzeichnis	12
Methode	16
Abstract.....	17
Einleitung.....	18
1. Kapitel/AP 1 Soziale Dienstleistungen im Vergaberecht.....	20
1.1 Soziale Dienstleistungen bzw. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse.....	20
1.2 Verpflichtende Änderungen des österreichischen Vergaberechts im Sozialbereich.....	22
1.2.1 Abschaffung nicht-prioritärer Dienstleistungen/ Sonderregime soziale Dienstleistungen	23
1.2.2 Schwellenwerte	25
1.2.3 Vergabeverfahren für die Vergabe sozialer Dienstleistungen bzw. Möglichkeiten eines vereinfachten Verfahrens	27
1.2.4 Das Bestbieterprinzip.....	29
1.3 Fakultative Änderungen für den Sozialbereich im österreichischen Vergaberecht.....	36
1.3.1 Geschützte Werkstätten.....	36
1.3.2 Vorbehaltene Aufträge für bestimmte Dienstleistungen	38
1.4 Auswirkungen auf das Rettungsverbundsystem in Österreich	41
1.5 Wie muss eine nationale Umsetzung gestaltet sein, um das Rettungsverbundsystem zu erhalten?	46
1.6 Alternative Organisationsformen	47
1.6.1 Allgemeine Erwägungen	47
1.6.2 Exkurs sozialpolitisches Dreieck	51
1.6.3 Beihilferechtliche Belange	52
1.6.4 Subjekt- vs. Objektförderung	56
1.6.5 Förderungsverträge.....	61
1.6.6 Dienstleistungskonzession.....	69
2. Kapitel/AP 2 Sozial-Kriterien in der öffentlichen Beschaffung	75
2.1 Definition Sozial-Kriterien	75
2.2 Sozial-Kriterien bei öffentlichen Aufträgen	83



2.2.1	Bisheriger Rechtsrahmen im Überblick.....	84
2.2.2	Ausgewählte Beispiele der Judikatur	85
2.2.3	Die verschiedenen Kriterienebenen	94
2.2.4	Sozial-Kriterien gemäß Richtlinie 2014/24/EU	107
3.	Beispiele für Sozialkriterien.....	113
3.1	Niedrigschwelligkeit und Barrierefreiheit der Dienstleistung.....	115
3.2	Nachweis hoher Anteile sozialversicherungspflichtig Beschäftigter und möglichst geringer Anteile atypisch Beschäftigter	117
3.3	Nachweis der Beschäftigung begünstigt Behinderter nach den Vorgaben des BEinstG 119	
3.4	Nachweis einer ausgewogenen Personalstruktur (Frauen- und MigrantInnen-Anteil in Führungspositionen)	121
3.5	Integration von (Langzeit-)Arbeitslosen/Beschäftigung von Lehrlingen.....	132
3.6	Verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung.....	135
3.7	Nachweis von Gruppen-, Fall- und Individualsupervision	136
3.8	Betriebliche Qualitätssicherungsmechanismen/ Kontinuierliche externe Evaluation KundInnenzufriedenheit/ Effektives Beschwerdemanagement.....	138
3.9	Personalkontinuität	138
3.10	Ökologisch-nachhaltige Beschaffung	139
3.11	Nachweis der Nachhaltigkeit von erbrachten Sozialdienstleistungen.....	141
3.12	Regionalität	142
3.12.1	Kurze Transportwege	143
3.13	Gemeinnützigkeit.....	145
3.14	Zusammenfassende Möglichkeiten	147
4.	Conclusio.....	151
5.	Anhang	164
	Literaturverzeichnis	169



Tabellenverzeichnis

Tabelle 1: Soziale und besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XIV RL 2014/24/EU	24
Tabelle 2: Darstellung Geld- bzw. Sachleistungsförderungen	57
Tabelle 3: Schritte in der Förderungsvertragsvergabe	66
Tabelle 4: Kriterien für ein sozialverantwortliches öffentliches Beschaffungswesen gemäß Kommissionsleitfaden 2010.....	80
Tabelle 5: Kriterienebenen zur Einforderung von Sozial-Kriterien	96
Tabelle 6: Beispiele aus Deutschland für "zusätzliche Zuschlagskriterien"	106
Tabelle 7: Relevante Qualitätskriterien für soziale Dienstleistungen	114
Tabelle 8: beispielhafte gesetzliche Bestimmungen zur Frauenförderung in Deutschland..	131
Tabelle 9: Vorschlag zur Einbindung von Qualitätskriterien.....	148
Tabelle 10: Bestimmten Dienstleistungen vorbehaltenen Aufträge – Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU	164

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Zu beachtende beihilferechtliche Fragestellungen.....	56
--	----



Abkürzungsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	
ABI	Amtsblatt
Abs	Absatz
AEUV	Arbeitsweise der Europäischen Union-Vertrag
AK	Arbeiterkammer
AMA	Agrarmarkt Austria Marketing GmbH
AP	Arbeitspaket
Art	Artikel
Aufl.	Auflage
ausg.	ausgenommen
BGBI	Bundesgesetzblatt
BMF	Bundesministerium für Finanzen
BMG	Bundesministerium für Gesundheit
BMLFUW	Bundesministerium für Land- und Forstwirtschaft, Umwelt und Wasserwirtschaft
BMWFJ	Bundesministerium für Wirtschaft, Familie und Jugend
BMWFW	Bundesministerium für Wissenschaft, Forschung und Wirtschaft
BVergG 2006	Bundesvergabegesetz 2006
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise
bspw.	beispielsweise
BVA	Bundesvergabeamt
CO ₂	Kohlenstoffdioxid
COM	Commission
CMA	Centrale Marketing-Gesellschaft der deutschen Agrarwirtschaft mbH
CSR	Corporate Social Responsibility
d. h.	das heißt
DAI	Dienstleistungen von allgemeinem Interesse
DANWI	Dienstleistungen von allgemeinem nichtwirtschaftlichem Interesse
DAWI	Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse
DG	Direction Générale
DLG e.V.	Deutsche Landwirtschafts-Gesellschaft



dRGBI	Deutsches Reichsgesetzblatt
EAGFL	Europäischer Ausrichtungs- und Garantiefonds für die Landwirtschaft
EGFL	Europäische Garantiefonds für die Landwirtschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
ELER	Europäischer Landwirtschaftsfonds für die Entwicklung des ländlichen Raums
ErwGr	Erwägungsgrund
ESI	Europäischer Struktur- und Investitionsfonds
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EURES	Institut für regionale Studien in Europa
EUROSTAT	Statistisches Amt der Europäischen Union
EUV	Vertrag über die Europäische Union
e.V.	(deutscher) eingetragener Verein
evtl.	eventuell
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgend
ff.	folgende
GAP	Gemeinsame Agrarpolitik
GATS	General Agreement on Trade in Services
GD	Generaldirektion
gem.	gemäß
ggf.	gegebenenfalls
GKM	Gemeinschaftskollektivmarke
GM	Gemeinschaftsmarke
GMVO	Gemeinschaftsmarken-Verordnung
GRÖ	Dachverband GENUSS REGION ÖSTERREICH (Informationsblatt)
HA	Herkunftsangabe(n)
h. A.	herrschende Ansicht
Hrsg.	Herausgeber
idF	in der Fassung



idgF	in der geltenden Fassung
inkl.	inklusive
iSv	im Sinne von
iS	im Sinne
iSd	im Sinne der/des
iVm	in Verbindung mit
Kap.	Kapitel
Km	Kilometer
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KOM	Kommission
L	Legislatio
LEADER	Liaison Entre Actions de Développement de l'Économie Rurale
Lit	Litera
MA	Magistratsabteilung
MRL	Markenrichtlinie
MSchG	Markenschutzgesetz 1970
Mio.	Million(en)
mwN	mit weiteren Nachweisen
Nr	Nummer
NUTS	Nomenclature des unités territoriales statistiques
OGH	Oberster Gerichtshof
P/S/R	Public Social Responsibility
o. Ä.	oder Ähnliches
ÖRK	Österreichisches Rotes Kreuz
OSB	Oberschwellenbereich
Prot	Protokoll
Pkt.	Punkt
RegG	Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs
RL	Richtlinie
Rn	Randnummer
Rs	Rechtssache
Rspr	Rechtsprechung
Rz	Randziffer



S.	Seite
SanG	Bundesgesetz über Ausbildung, Tätigkeiten und Beruf der Sanitäter (Sanitättergesetz)
SB	Selbstbedienungs-
Slg	Sammlung
sog.	sogenannte/r/s
stRspr	ständige Rechtsprechung
TK	Telekommunikation
u. E.	unseres Erachtens
u.	und
u. a.	unter anderem/n
u. U.	unter Umständen
Unterkap.	Unterkapitel
USB	Unterswellenbereich
usw.	und so weiter
u. v. m.	und viele(s) mehr
UWG	Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb
verb.	Verbundene
VfGH	Verfassungsgerichtshof
vgl.	Vergleiche
VO	Verordnung
vol.	Volume
WK	Wirtschaftskammer
Z	Ziffer
z. B.	zum Beispiel
z. T.	zum Teil
zzt.	zur Zeit



Methode

Die vorliegende Studie dient zur Klärung der Frage, welche Veränderungen das 2014 in Kraft getretene und (mit einigen Ausnahmen) bis 2016 von den EU-Mitgliedstaaten umzusetzende Vergabereformrichtlinienpaket für soziale Dienstleistungen bringt. Wo notwendig, erfolgt eine Gegenüberstellung mit dem geltenden nationalen und europäischen Rechtsrahmen. Dieser erfolgt jedoch selektiv und nicht abschließend. Bestimmungen für Sektorentätigkeiten werden jedenfalls nicht beleuchtet.

Neben einer Erörterung etwaiger Änderungen im für diese speziellen Dienstleistungen geltenden Rechtsrahmen wird beleuchtet, inwiefern soziale Qualitätskriterien in der Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen Beachtung finden können. Dabei wird die praktische Anwendung spezifischer sozialer Qualitätskriterien, welche durch eine Delphi-Umfrage ermittelt wurden, diskutiert.

Wenngleich nicht Bestandteil des Auftrags wird zudem in Kürze beleuchtet, welche Unterschiede und Möglichkeiten in der Wahl zwischen öffentlicher Auftrags- und Fördervertragsvergabe für die öffentliche Hand bestehen.

Zur Beantwortung der Fragestellungen werden anerkannte rechts- und sozialwissenschaftliche Methoden angewendet. Neben einer Textexegese unter Anwendung geeigneter rechtswissenschaftlicher Interpretationsmöglichkeiten finden Experteninterviews und eine Desktop-Recherche statt.



Abstract

Soziale Dienstleistungen gehören dem Bereich der Sozialwirtschaft an. Es handelt sich um personennahe Leistungen. Für sie charakteristisch ist ein partnerschaftliches Vorgehen, Stabilität gegenüber den Kunden, und das Wohl der Betroffenen. Das Verhältnis zwischen Anbietern und Nutzern von Sozialdienstleistungen ist somit nicht vergleichbar mit einem "normalen" Dienstleister-Verbraucher-Verhältnis. Den Erbringern dieser Dienstleistungen vielfach inhärent ist deshalb das Merkmal der Gemeinnützigkeit, wobei sich die Organisationsmodelle in den europäischen Mitgliedstaaten stark unterscheiden (Stellenwert der ehrenamtlichen Arbeit, Gewinnabsicht etc.).

Soziale Dienstleistungen konnten schon bisher als öffentliche Aufträge ausgeschrieben werden, müssen dies jedoch nicht. Wurde der Weg der Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags gewählt, so fand bislang ein mildes „Vergabereglement“ Anwendung. Durch die Verabschiedung eines neuen EU-Richtlinienpakets zum Vergaberecht, das Richtlinien zur klassischen und Sektorenvergabe novelliert und erstmals eine Konzessionsrichtlinie einführt, kommen einige Änderungen im Bereich der öffentlichen Vergabe auf die Mitgliedstaaten zu.

Der europäische Diskurs zur Ausgestaltung von Sozial-Kriterien in der Auslegung und Weiterentwicklung des Vergaberechts zeigt deutlich, wie das Bewusstsein für die Bedeutung von sozialen Kriterien in der Vergabe von öffentlichen Aufträgen zunimmt. Die vorliegende Studie zeigt, welche Regelungen bisher im BVergG 2006 auf soziale Dienstleistungen Anwendung fanden und analysiert die Veränderungen, die durch die neuen Richtlinien in diesem Segment zu erwarten sind. Des Weiteren wird beleuchtet, inwiefern Sozial-Kriterien in der öffentlichen Auftragsvergabe für soziale Dienstleistungen geeignet sind, und es wird die Eignung einiger konkreter Kriterien im Speziellen analysiert.

Ziel dieser Studie ist es somit, sich künftigen Herausforderungen zu widmen. In diesem Sinne sollen Fragestellungen in den folgenden Bereichen beantwortet werden:

- obligatorische Veränderungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Bereich soziale Dienstleistungen durch RL 2014/24/EU,
- fakultative Veränderungen für die Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge im Bereich soziale Dienstleistungen durch RL 2014/24/EU,
- Implikationen für das Rettungswesen
- Sozial-Kriterien in der Vergabe,



Einleitung

Im November 2011 präsentierte die Europäische Kommission drei Richtlinienentwürfe zum Vergaberecht. Diese behandelten eine Reform der bestehenden Vergaberichtlinien, RL 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch öffentliche Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABl L 134/1 vom 30. April 2004 und RL 2004/18/EG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134/114 vom 30.04.2004. Zudem wurde ein eigener Richtlinienvorschlag für eine Konzessionsrichtlinie vorgelegt. Dieser sollte künftig nicht nur die bisher in RL 2004/18/EG geregelten Baukonzessionen regeln, sondern auch, erstmals im Europarecht, Bestimmungen zu Dienstleistungskonzessionen enthalten.¹ Insbesondere der Konzessionsrichtlinienentwurf stieß auf heftige Kritik. Nach dreijährigen Diskussionen und eingeschobenen Trilog-Verhandlungen² im Jahr 2013, kam es am 15. Januar 2014 schließlich zur Abstimmung und Annahme aller im Rahmen der Trilog-Verhandlungen adaptierten Richtlinienentwürfe. Die viel diskutierten Vergaberichtlinientexte wurden schlussendlich am 11. Februar 2014 im Rat angenommen, sodass die neuen Vergaberichtlinien RL 2014/24/EU, RL 2014/25/EU und RL 2014/23/EU im EU-Amtsblatt veröffentlicht wurden.³ Die Richtlinien sind mit der 20-tägigen Frist nach Veröffentlichung am 17. April 2014 in Kraft getreten. Somit beginnt die Umsetzungsphase für die Mitgliedstaaten, welche die Richtlinieninhalte in nationalem Recht binnen 2 Jahren berücksichtigen müssen.⁴ Im Folgenden wird ausschließlich die für soziale Dienstleistungen relevante RL 2014/24/EU näher betrachtet.

Diese Studie nimmt die Richtlinienreform zum Anlass, um den Sektor soziale Dienstleistungen, dessen inhärente Herausforderungen und Forderung für die künftige Organisation, näher zu untersuchen. Zudem erfolgt eine Analyse der Bestimmungen für Sozial-Kriterien und soziale Dienstleistungen in Gegenüberstellung mit dem BVergG 2006 und es werden in Anlehnung an die Ergebnisse von Ao. Univ-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel⁵ exemplarisch Sozialkriterien besprochen. Abschließend wurde im Rahmen dieser Studie ein Forderungskatalog⁶ für die Umsetzung der Richtlinien formuliert. Dieser wurde an die Auftraggeber übergeben und liegt der Studie nicht bei.

¹ Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

² Vgl. Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, COM(2011) 895 of 20 December 2011.

³ Vgl. Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl L 94/1 vom 28. März 2014; Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl L 94/65 vom 28. März 2014 sowie Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ABl L 94/243 vom 28. März 2014.

⁴ Vgl. *Mitterlehner*, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben: Abstimmung zum Vergabelegislativpaket wurde vertagt. In: P/S/R INSTITUT (Hrsg.): *Mediaportal Fachbeitrag* 21 (2013).

⁵ siehe dazu *Dimmel*, Projektendbericht Teil A: Vergabefremde Kriterien – Qualität in Sozialdienstleistungen & praxisorientierte Standards vergabefremder Kriterien.

⁶ siehe dazu das zur Studie ergänzende Dokument *P/S/R Institut: Kapitel VI.1 - Empfehlungskatalog für die weitere Verwertung der Studie* (2015).



Zusatzprot 26 AEUV verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Gewährleistung von Diensten von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse mit einem hohen „Niveau in Bezug auf Qualität, Sicherheit und Bezahlbarkeit, Gleichbehandlung und Förderung des universellen Zugangs und der Nutzerrechte“.⁷ Dieses Ziel findet u. a. auch in den Ausarbeitungen für eine Vergaberechtsnovelle auf europäischer Ebene Erwähnung:

„[...] bedürfen die für das öffentliche Auftragswesen geltenden Rechtsvorschriften einer Überprüfung und Modernisierung, um dem sich verändernden politischen, sozialen und wirtschaftlichen Kontext Rechnung zu tragen [...] [und eine] Möglichkeit für die Auftraggeber die Auftragsvergabe besser zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele zu nutzen, [zu schaffen] z. B. in den Bereichen Umweltschutz, Erhöhung der Ressourcen- und Energieeffizienz, Bekämpfung des Klimawandels, Förderung von Innovation, Beschäftigung und soziale Eingliederung und Gewährleistung bestmöglicher Bedingungen für die Erbringung hochwertiger sozialer Dienstleistungen.“⁸

Deshalb liegt ein weiterer Schwerpunkt dieser Studie auf einer Analyse der Materiengesetze und der Möglichkeiten zur Anwendung von Sozial-Kriterien.

⁷ Art 1 Prot 26 über Dienste von allgemeinem Interesse, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl C 326 vom 26. Oktober 2012, 201.

⁸ Kapitel 1, Begründung – Hintergrund des Vorschlags – Begründung und Ziele des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2 vom 21. Dezember 2011: Das Vergaberechtspaket zu den Vergabe- und Konzessionsrichtlinievorschlägen der Europäischen Kommission von 2011 wurde noch nicht verabschiedet. In den Trilog-Verhandlungen wurde zwar eine Einigung erzielt, das Dokument lag jedoch zum Zeitpunkt dieser Studie noch nicht vor.



1. Kapitel/AP 1 | Soziale Dienstleistungen im Vergaberecht

Kapitel 1 dient der Darstellung des neuen Vergaberechtsrahmens für soziale Dienstleistungen basierend auf dem 2014 beschlossenen EU-Vergaberichtlinienpaket. Dazu wird eingangs eine kurze – nicht abschließende – Definition gegeben und werden die neuen Bestimmungen dem geltenden österreichischen Rechtsrahmen, wo notwendig, gegenübergestellt. Insbesondere werden in diesem Kapitel folgende Fragestellungen beantwortet:

1. Was sind soziale Dienstleistungen?
2. Wie sind soziale Dienstleistungen im BVerG 2006 idgF geregelt?
3. Inwiefern gelten die Schwellenwerte für soziale Dienstleistungen?
4. Wie sind soziale Dienstleistungen in RL 2014/24/EU geregelt?
5. Welche Bestimmungen sind fakultativ, welche sind obligatorisch von den Mitgliedstaaten umzusetzen? Was gilt für soziale Dienstleistungen, welche nicht in Anhang XIV RL 2014/24/EU geregelt sind?
6. Müssen soziale Dienstleistungen nach dem Vergaberecht vergeben werden?
7. Welche Auswirkungen hat der neue Rechtsrahmen auf Rettungsdienstleistungen?

1.1 Soziale Dienstleistungen bzw. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse

Als soziale Dienstleistungen werden Systeme der sozialen Sicherung bezeichnet, welche die elementaren Lebensrisiken und eine Reihe von Dienstleistungen abdecken, die direkt an der betreffenden Person erbracht werden und denen eine präventive und sozial integrierende Funktion zukommt. Der Bereich der Sozialwirtschaft, in welchen sie eingeordnet werden, ist jedoch nicht eindeutig definiert; charakteristisch für ihn ist jedoch, dass⁹

- Steuerung und Qualität in Zusammenhang mit Leistungsverträgen steht,
- er von einem partnerschaftlichen Vorgehen geprägt ist,
- eine Einbindung in die lokale Ebene erfolgt,
- die Betroffenen repräsentiert werden,
- bei der Mehrheit der Unternehmen und etablierten Strukturen eine nicht vorhandene Gewinnmaximierungsabsicht vorhanden ist (oft auch historisch bedingt),
- freiwillige bzw. ehrenamtliche Mitarbeit für den Sektor charakteristisch ist

⁹ Teil I, Pkt 1.1. Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006, 4f.



- die Unternehmen an sozialen Zielen ausgerichtet sind,
- die Arbeit flexibel und personenbezogen erfolgt, um adäquate Lösungen, den Schutz der Menschenrechte und gefährdeter Personen(gruppen) zu garantieren,
- kein normales Dienstleister-Verbraucher-, sondern ein asymmetrisches Verhältnis zwischen Anbietern und Nutzern herrscht.

Der europäische Begriff für soziale Dienstleistungen lautet „Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse“. Nicht erörtert wurde bislang – so das Ergebnis einer kurzen Recherche –, ob es auch Sozialdienstleistungen von nicht-allgemeinem Interesse gibt, und was eine derartige Klassifizierung bedeuten würde. Klar ist, dass der Begriff „Sozialdienstleistung von allgemeinem Interesse“ sowohl wirtschaftliche als auch nicht-wirtschaftliche Tätigkeiten (SDAWI vs. SDANWI) abdeckt.¹⁰ Daraus abzuleiten ist eine Kommerzialisierung dieses Sektors. Ein in diesem Sinne zunehmendes europäisches Wettbewerbsumfeld würde eine graduierliche Neupositionierung der Unternehmen der Sozialwirtschaft erfordern.

In der Mitteilung der Kommission über die Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon bzgl. Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union¹¹ wurden soziale Dienstleistungen (von allgemeinem Interesse; SDAI) wie folgt definiert:

- Gesundheitsdienstleistungen,
- gesetzliche Regelungen/ergänzende Systeme sozialer Sicherung zur Absicherung elementarer Lebensrisiken,
- persönliche Dienstleistungen, die eine Rolle bei der Prävention/Sicherstellung des sozialen Zusammenhalts spielen und Hilfe für Einzelpersonen zur Erleichterung ihrer Integration in die Gesellschaft und der Wahrnehmung ihrer Grundrechte leisten.

¹⁰ Vgl. Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg. vom 20. Dezember 2011, 3f. Der Bereich jener Dienstleistungen, die als SDANWI einzustufen sind, ist ein wachsender, da es kaum Bereiche gibt, wo nicht private Dienstleistungsanbieter vordrängen. Die Tätigkeit mancher sozialen Dienste (z. B. gesetzliche Sozialversicherungssysteme) wird vom Europäischen Gerichtshof zwar nicht generell als wirtschaftliche und somit binnenmarktrelevante Tätigkeit eingestuft, aber aus seiner Rechtsprechung ergibt sich eindeutig, dass der soziale Zweck einer Dienstleistung als solcher nicht ausreicht, um sie als nichtwirtschaftliche einzustufen. Explizit als SDAWI eingestuft wurden in der stRspr beispielsweise Arbeitsvermittlungstätigkeiten von öffentlich-rechtlichen Arbeitsagenturen, Rettungs- und Patiententransporte, freiwillige Versicherungen, selbst wenn die Leistungen von Einrichtungen ohne Gewinnerzielungsabsicht erbracht werden, in einem Krankenhaus oder außerhalb erbrachte medizinische Dienstleistungen (mit eventueller Ausnahme öffentlicher Krankenhäuser), Bereitstellung von Sozialwohnungen (inkl. Mietzuschüsse und Zuschüsse für ältere und behinderte Personen sowie für sozial benachteiligte Haushalte etc.

¹¹ Vgl. KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006; Siehe Pkt. 3.2 – DAWI-Mitteilung, Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013; EuGH, Rs T-17/02, *Olsen/Kommission*, Slg 2005, II-2031: Es ist anzumerken, dass Mitgliedstaaten in ihrem gemäß Art 14 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012, stRspr und DAWI-Mitteilung freiem Ermessen in der Definition von DAWI – und dies beinhaltet SDAWI – eingeschränkt sind, sofern die betroffenen Wirtschaftszweige unionsweit harmonisiert sind oder in denen die Ziele von allgemeinem Interesse bereits berücksichtigt wurden.



Dies entspricht im Grunde der Definition im Kommissionsleitfaden zur sozialorientierten Beschaffung.¹²

1.2 Verpflichtende Änderungen des österreichischen Vergaberechts im Sozialbereich

RL 2014/24/EU bringt inhaltliche Neuerungen, sowohl in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge im Allgemeinen als auch in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen im Besonderen.

Dies betrifft vor allem:

- Verfahren, inkl. etwaiger Möglichkeiten der einvernehmlichen Abstimmung der Verfahrensfristen
- Kürzung der Mindestfristen
- Lockerere Bekanntgabepflichten für regionale und lokale Behörden
- Einheitliche Europäische Eigenerklärung (Nachweise sind nur vom Zuschlagsempfänger zu erbringen)
- E-Vergabe
- Explizite Anerkennung von Sekundärzwecken/strategischen Beschaffungselementen
- Lebenszykluskostenrechnungen
- Eliminierung unsachgemäßer Eignungsnachweise (Beschränkung der Höchstumsatznachweise, etc.)
- Losteilung
- Ausschlussgründe vom Vergabeverfahren
- ...

In Österreich enthält das Bundesvergabegesetz (im Nachfolgenden BVergG 2006) die Bestimmungen zum Beschaffungswesen. Es trägt den geltenden EU-Vorschriften (u. a. den bisher geltenden RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG) Rechnung, deren Zweck darin besteht, die Vergabe öffentlicher Aufträge transparent zu machen und allen europäischen Unternehmen die Beteiligung an den Vergabeverfahren zu ermöglichen, damit sie ihre Produkte und Dienstleistungen in der gesamten Union anbieten können.

Im Folgenden werden insbesondere die bevorstehenden Änderungen für die Vergabe sozialer Dienstleistungen durch Richtlinie RL 2014/24/EU im Bundesvergabegesetz

¹² Vgl. Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung: Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, Soziales Europa (2010), 13.



Österreichs beleuchtet. Zu diesem Zweck werden abwechselnd – und, wo notwendig – die österreichische Gesetzeslage und die relevanten Bestimmungen der RL 2014/24/EU vor- und einander gegenübergestellt.

Die wichtigsten zwingend vorgegebenen und die Organisation von sozialen Dienstleistungen betreffenden Änderungen von RL 2014/24/EU für das BVergG 2006 sind die:

- Abschaffung der Gruppe der nicht-prioritären Leistungen,
- Schaffung eines Sonderregimes für soziale und besondere Dienstleistungen,
 - Einführung von Schwellenwerten
 - „NPO“-Klausel
 - Einführung neuer Verfahrensmodalitäten für die Vergabe sozialer Dienstleistungen.
 - Festlegung der Bekanntmachungspflichten
 - Verpflichtende Qualitätsanforderungen
- Ausweitung der „Geschützte Werkstätten“-Klausel

1.2.1 Abschaffung nicht-prioritärer Dienstleistungen/ Sonderregime soziale Dienstleistungen

- ➔ Keine A- und B-Dienstleistungen mehr
- ➔ ABER: Sonderregime für soziale und besondere Dienstleistungen

Bislang

Soziale Dienstleistungen waren bislang Teil der nicht-prioritären (B-)Dienstleistungen im Vergaberecht. Diese sind in § 141 BVergG 2006 geregelt. Lediglich für prioritäre Dienstleistungen gelten die europäischen Vergaberichtlinien – bzw. analog das BVergG 2006 – in vollem Umfang.

Im Unionsrecht fanden für nicht-prioritäre Dienstleistungen nur einige wenige Richtlinienbestimmungen zu technischen Spezifikationen und zur *ex post*-Auftragsbekanntmachung Anwendung.¹³ Eine Regelung/Notwendigkeit zur *ex ante*-Bekanntmachung gab es nicht. Hierzu ist anzumerken, dass auch im nicht-prioritären oder im Unterschwellenbereich – und dies bestätigt auch die stRspr des EuGH – die

¹³ Im Genauen: Art 21, 23, 35 Abs 4 Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABl L 134/114 vom 30.04.2004.



primärrechtlichen Grundsätze und Grundfreiheiten, wobei hierbei aber auf eine Binnenmarktrelevanz abzustellen ist.

Die unionsrechtlichen Bestimmungen wurden so im § 141 BVergG 2006 übernommen. In diesem Sinne überlässt es § 141 Abs 2 BVergG 2006 auch den öffentlichen Auftraggebern zu entscheiden, wie ein angemessener Grad an Transparenz, Gleichbehandlung und die Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes bei der Vergabe dieser Dienstleistungen gewährleistet werden kann.

Künftig

Die bisherige Teilung in A- und B-Dienstleistungen¹⁴ – bzw. nach österreichischer Terminologie in prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen – wird durch RL 2014/24/EU aufgehoben.¹⁵ Zwar wird es künftig keine derartige Unterscheidung mehr geben, aufgrund des Einsatzes der Interessensvertretungen im Rahmen der Verhandlungen im europäischen Gesetzgebungsprozess¹⁶ bleibt aber zumindest bis auf Weiteres ein Sonderregime für soziale und besondere Dienstleistungen bestehen, wobei die Gesamtheit der betroffenen Dienstleistungen in Anhang XIV RL 2014/24/EU dargestellt sind. Dies sind:¹⁷

Tabelle 1: Soziale und besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XIV RL 2014/24/EU

Soziale und besondere Dienstleistungen gemäß Anhang XIV RL 2014/24/EU
Dienstleistungen des Gesundheits- und Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
Administrative Dienstleistungen im Sozial-, Bildungs-, Gesundheits- und kulturellen Bereich
Dienstleistungen im Rahmen der gesetzlichen Sozialversicherung
Beihilfen, Unterstützungsleistungen und Zuwendungen
Sonstige gemeinschaftliche, soziale und persönliche Dienstleistungen, einschließlich Dienstleistungen
Dienstleistungen von religiösen Vereinigungen
Gaststätten und Beherbergungsgewerbe
Dienstleistungen im juristischen Bereich, sofern sie nicht nach Artikel 10 Buchstabe d ausgeschlossen
Sonstige Dienstleistungen der Verwaltung und für die öffentliche Verwaltung
Kommunale Dienstleistungen
Dienstleistungen für Haftanstalten

¹⁴ Dargestellt in RL 2004/18/EG Anhang II Teil A und B.

¹⁵ In Österreich auch prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen.

¹⁶ Vgl. dazu Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on public procurement, COM(2011) 896 final, 2011/0438(COD) of 20.12.2011..

¹⁷ Für vollständige Angaben vgl. Anhang XIV – Dienstleistungen nach Art 74 RL 2014/24/EU bzw. Anhang I – Soziale und besondere Dienstleistungen nach RL 2014/24/EU in dieser Studie.



Dienstleistungen im Bereich öffentliche Sicherheit und Rettungsdienste, sofern sie nicht nach Artikel 10 Buchstabe h ausgeschlossen sind
Dienstleistungen von Detekteien und Sicherheitsdiensten
Internationale Dienstleistungen
Postdienste
Verschiedene andere Dienstleistungen

1.2.2 Schwellenwerte

- Schwellenwert (OSB) ab EUR 750.000
- Darunter: Primärrecht bzw. nationalstaatliche Regelungen

Das Unionsrecht behandelt – auf sekundärrechtlicher Seite – die öffentliche Auftragsvergabe ab einem gewissen Schwellenwert, um einen freien und fairen Wettbewerb im europäischen Binnenmarkt zu gewährleisten.

Bisher

Schwellenwerte galten bisher gemäß Art 21 RL 2004/18/EG explizit nur für die Vergabe prioritärer Dienstleistungen. In diesem Sinne überlässt es auch § 141 Abs 2 BVergG 2006 den öffentlichen Auftraggebern zu entscheiden, wie sie nicht prioritäre Dienstleistungen in einem Verfahren mit einem angemessenen Grad an Transparenz, Gleichbehandlung und unter Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes vergeben. Trotzdem dienen die Schwellenwerte als Orientierung für die Beurteilung des durchzuführenden Vergabeverfahrens, bzw. als Maßstab, um die Binnenmarktattraktivität der Leistungen und somit als Maßstab bei der Konzeption des anzuwendenden Verfahrens.¹⁸ Erwähnenswert ist zudem, dass analog zu den „regulären“ Bestimmungen des Vergaberechts gemäß § 141 Abs 3 BVergG 2006 auch bei sozialen Dienstleistungen bei einem geschätzten Auftragswert von „lediglich“ bis zu EUR 100.000 die Direktvergabe von nicht prioritären Dienstleistungsaufträgen (in einem formfreien Verfahren) zulässig ist, hier also explizit ein Verweis auf die klassischen Schwellenwerte getätigt wird. Somit darf unterhalb der Schwellenwerte für die Direktvergabe auch formlos und unter der Beteiligung auch nur eines Unternehmens vergeben werden. Daraus ist abzuleiten, dass für soziale Dienstleistungen bei einem Auftragsvolumen von über EUR 100.000 jedenfalls ein geeignetes Verfahren bzw. geeignete Bekanntmachungsmodalitäten mit mehr als einem Unternehmen bzw. ggf. Bekanntmachung zu wählen sind.

¹⁸ Vgl. § 12 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.



Es gilt anzumerken, dass § 141 Abs 3 BVergG 2006 zur Direktvergabe von nicht-prioritären Dienstleistungen eine Regelung außerhalb des europäischen Vergaberechts behandelt. Es liegt im Ermessen des Gesetzgebers (und ist auch durchaus wahrscheinlich), dass die Regelung für den Bereich der Direktvergabe als auch für den USB für soziale Dienstleistungen so belassen wird.

Künftig

Gemäß Art 4 RL 2014/24/EU ist die Richtlinie (bzw. sind einzelne Richtlinienbestimmungen (vgl dazu 1.2.3) auf soziale Dienstleistungen anwendbar, wenn öffentliche Auftraggeber soziale Dienstleistungen in Form eines öffentlichen Auftrags gegen Entgelt und von Dritten erbringen lassen, sofern der Wert dieser Leistungen EUR 750.000 übersteigt.¹⁹ Dieser Schwellenwert ist eine Neuerung, weicht er doch drastisch vom Schwellenwert für klassische Dienstleistungen ab, welcher sich – im Einklang mit der Schwellenwertverordnung²⁰ und dem BVergG 2006 – auf EUR 207.000 bei nicht-zentralen öffentlichen Auftraggebern und auf EUR 134.000 bei zentralen öffentlichen Auftraggebern beläuft und bisher zumindest indirekt für die Bewertung des anzuwendenden Verfahrens bei der Vergabe nicht-prioritärere Dienstleistungen heranzuziehen war. Die neue Regelung bringt Rechtssicherheit und erhöht den Handlungsspielraum im Bereich der Vergabe sozialer Dienstleistungen. Auch gilt es darauf hinzuweisen, dass die Richtlinien keine Mindestlaufzeit für öffentliche Aufträge vorgeben.

¹⁹ Art 4 lit d RL 2014/24/EU.

²⁰ Art 2 Verordnung (EU) Nr 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABI L 335/17 vom 14. Dezember 2013.



1.2.3 Vergabeverfahren für die Vergabe sozialer Dienstleistungen bzw. Möglichkeiten eines vereinfachten Verfahrens

- Verpflichtende *ex post*- und *ex ante*-Bekanntmachung
- Bei der öffentlichen Auftragsvergabe sind folgende Aspekte zu beachten
 - Gewährleistung von Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit, Vollständigkeit der Dienstleistung
 - Inklusion und Ermächtigung sämtlicher Nutzer
 - Innovation
- Dies ist vom Mitgliedstaat sicherzustellen
- Notwendigkeit der Festlegung von Qualitätskriterien!
- WIE?

Bisher

Wie RL 2004/18/EG schreibt auch das BVergG 2006 bei sozialen Dienstleistungsaufträgen lediglich eine Pflicht zur *ex post*-Bekanntmachung und Vergabe in einem adäquaten wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mit mehreren Unternehmern vor.²¹ Sofern nicht die Bekanntgabe der Zuschlagsentscheidung öffentlichen Interessen oder den berechtigten Geschäftsinteressen von Unternehmern widerspricht oder dem freien und lauterem Wettbewerb schaden würde, sind in der Mitteilung des öffentlichen Auftraggebers den verbliebenen Bietern zumindest das Ende der regulär einzuhaltenden Stillhaltefrist²² (innerhalb welcher – analog zu den „regulären“ Bestimmungen des Vergaberechts – bei sonstiger absoluter Nichtigkeit des Verfahrens der Zuschlag nicht erteilt werden darf²³) die Gründe für die Ablehnung ihres Angebotes, der Gesamtpreis sowie die Merkmale und Vorteile des erfolgreichen Angebotes bekannt zu geben.²⁴

Demzufolge muss zur Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen bislang keine der Verfahrensarten nach BVergG 2006 Anwendung finden, sondern ist – wie bereits im Vorhergehenden erwähnt – vom öffentlichen Auftraggeber ein Verfahren zu konzipieren/wählen,²⁵ das, gemessen an Wert und Auftragsgegenstand, erforderlich oder

²¹ Vgl. § 141 Abs 6 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

²² Diese beträgt bei einer Übermittlung auf elektronischem Weg oder mittels Telefax zehn Tage, bei einer Übermittlung per Brief 15 Tage und im USB 7 Tage.

²³ Vgl. § 141 Abs 7 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

²⁴ Vgl. § 141 Abs 6 Z 1 u. 2: Die Verpflichtung zur Mitteilung besteht allerdings nicht, wenn der Zuschlag dem einzigen bzw. im Vergabeverfahren verbliebenen Bieter erteilt werden soll oder wenn auf Grund der in § 30 Abs 2 Z 3 genannten Voraussetzungen von einer Bekanntmachung des Verfahrens Abstand genommen wird.

²⁵ Eine Ausnahme gilt bei geistigen nicht-prioritären Dienstleistungen. Abweichungen ergeben sich auch bei Vorliegen einer der Fälle des § 30 Abs 2 (bspw.: dringende Beschaffung, kein geeignetes Angebot) und § 38 Abs 2 Z 4 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014 (günstige Beschaffung etwa aus einem Insolvenzverfahren), wo auf die Bekanntmachung verzichtet werden kann. Diese Ausnahmeregelungen sind jedoch jedenfalls eng auszulegen.



adäquat erschien. Letzterer ist dabei in seinem Ermessen nicht gänzlich frei, sehr wohl sind – wie bereits angedeutet – die europäischen Grundprinzipien (insbesondere das Verbot der Diskriminierung, das Gebot der Gleichbehandlung und das Transparenzgebot) und die Grundfreiheiten zu beachten, sodass ein angemessener Grad an Öffentlichkeit und ein lauterer und fairer Wettbewerb gewährleistet ist.

Wichtig bei der Konzeption und Prüfung der Eignung eines angemessenen Vergabeverfahrens ist die Bekanntmachung von Ausschreibungen. Schon im USB ist deshalb – um den Anforderungen der Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung zu genügen – grundsätzlich mehr als ein Unternehmen zu beteiligen und unbeschadet etwaiger Ermessensfreiräume durch das BVergG 2006 eine gewisse Form der *ex ante*-Bekanntmachung vonnöten.

§ 141 BVergG 2006 in seiner derzeitigen Fassung impliziert somit die Notwendigkeit einer Vorabekanntmachung in den meisten Fällen, wenngleich der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall nicht an die Bekanntmachungsmodalitäten eines „klassischen“ Vergabeverfahrens gebunden ist.

Künftig

Im Gegensatz zum bisherigen Reglement²⁶ sieht RL 2014/24/EU zwingend und explizit eine *ex ante*-Bekanntmachung für die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen im OSB – und somit ab EUR 750.000 – vor. Gemäß Art 75 RL 2014/24/EU sind Ausschreibungen für derartige soziale und besondere Dienstleistungen entweder mittels Auftragsbekanntmachung oder mittels Vorinformation zu veröffentlichen.²⁷ Wird eine Bekanntmachung mittels Vorinformation gewählt, so muss diese auf kontinuierliche Weise veröffentlicht werden und hat sie sich speziell auf die Art(en) von Dienstleistungen zu beziehen, die Gegenstand der zu vergebenden Aufträge sind. Letztere hat die interessierten Wirtschaftsteilnehmer dazu einzuladen, ihr Interesse schriftlich mitzuteilen und darauf hinzuweisen, dass eine Auftragsvergabe ohne weitere Veröffentlichung erfolgen wird.²⁸ Bei einer Auftragsbekanntmachung sind die Standardformulare zu verwenden und die in den Richtlinien festgelegten notwendigen anzuführenden Angaben zu beachten.²⁹

Die Ergebnisse des Vergabeverfahrens hat der öffentliche Auftraggeber gemäß Art 75 Abs 2 RL 2014/24/EU in einer Vergabebekanntmachung mitzuteilen. Auch hierzu sind Standardformulare³⁰ mit den anzuführenden Angaben³¹ verfügbar. Des Weiteren besteht die Möglichkeit der quartalsweisen Bündelung (Versendung 30 Tage nach Quartalsende).³²

²⁶ Was nicht bedeutet, dass sich dies bisher nicht implizit ergeben hat.

²⁷ Vgl. Art 75 Abs 1 RL 2014/24/EU: Dies gilt nicht, wenn ein Verhandlungsverfahren ohne vorherige Bekanntmachung für die Vergabe eines öffentlichen Dienstleistungsauftrags hätte verwendet werden können.

²⁸ Siehe vorletzte Seite und Anhang V Teil I RL 2014/24/EU.

²⁹ Vgl. Art 75 Abs 1 lit b; Vgl. dazu Art 51 RL 2014/24/EU; siehe auch vorletzte Seite und Anhang V Teil H RL 2014/24/EU.

³⁰ Art 75 Abs 1 RL 2014/24/EU: gemäß Art 75 Abs 3 von der Kommission nach Maßgabe von Art 89 Abs 2 in Form von Durchführungsrechtsakten erstellt.

³¹ Siehe letzte Seite und Anhang V Teil J RL 2014/24/EU.

³² Vgl. Art 75 Abs 2 RL 2014/24/EU.



Neben etwaigen Verfahrensvorschriften sind die grundsätzlichen Bestimmungen bei der Vergabe sozialer Dienstleistungen zu beachten.³³ Dies gilt jedenfalls für die primärrechtlichen Grundsätze,³⁴ welche bei sämtlichen Vergabeverfahren (unabhängig etwaiger Schwellenwerte) zu berücksichtigen sind. Im Einklang mit Prot 26 AEUV, normiert Titel III RL 2014/24/EU zu sozialen Dienstleistungen des Weiteren, dass von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist, dass der öffentliche Auftraggeber folgenden Aspekten Rechnung trägt:³⁵

- der Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistung sicherzustellen
- den Bedürfnissen verschiedenster Nutzer (z. B. benachteiligter Gruppen)
- der Einbeziehung und Ermächtigung aller Nutzer
- Aspekten der Innovation.

Daraus ergibt sich unter Umständen implizit, dass bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags für soziale Dienstleistungen das Bestbieterprinzip anwendbar ist bzw. auf allen Ebenen der Erstellung der Ausschreibungsunterlagen bzw. der Konzeption des anzuwendenden Vergabeverfahrens, Qualitätskriterien Rechnung zu tragen ist. Wie im Gesetzesentwurf zu einer Novelle des BVergG 2006³⁶ dargestellt, ist eine Verpflichtung zum Bestbieterprinzip bei der Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen in den bisher vorliegenden Entwürfen für eine BVergG-Novelle nicht enthalten (siehe dazu Kapitel 1.2.4).³⁷

1.2.4 Das Bestbieterprinzip

Beim Bestbieterprinzip werden mehrere Zuschlagskriterien in Relation zueinander gereiht und gewichtet.³⁸ Den Zuschlag bekommt, wer die Leistung bestmöglich anbietet. Es handelt sich bei ihnen in der Folge nicht um Knock-out Kriterien (Muss-Kriterien): Die Nichterfüllung eines Kriteriums führt nicht zum Ausschluss, sondern bringt bei der Bewertung „lediglich“ weniger Punkte ein. Der Grad der Erfüllung von Zuschlagskriterien bildet somit die Basis für die Ermittlung von „bestem“ Angebot und Zuschlagsentscheidung. Als mögliche Zuschlagskriterien können dabei Lieferfristen, Betriebskosten, Preis, Qualität, Ausführungsdauer, Versorgungssicherheit etc. verstanden werden, wobei es sich hierbei um Beispiele nicht-abschließender Aufzählung des Richtlinienpakets von 2004 und des Bundesvergabegesetzes handelt. Ortsansässigkeit bzw. die regionale Nähe eines Bieters

³³ Diese finden sich in Art 76 RL 2014/24/EU.

³⁴ Vgl. Art 76 Abs 1 74 RL 2014/24/EU: Dies sind Transparenz, Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung, wobei dabei auf Besonderheiten der jeweiligen Dienstleistung Rücksicht zu nehmen ist.

³⁵ Vgl. Art 76 Abs 2, RL 2014/24/EU.

³⁶ Vgl. Bundeskanzleramt Verfassungsdienst, Entwurf mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird, BKA-600.883/0002-V/8/2015, verfügbar unter <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=59177>.

³⁷ Vgl. dazu Bundeskanzleramt Verfassungsdienst, BKA-600.883/0002-V/8/2015 bzw. den Entwurf mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird, BKA-600.883/0002-V/8/2015.

³⁸ Im Sinne einer transparenten Vergabe sind diese und deren Reihung und Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.



oder seiner Ware/Leistung dürfen aufgrund des Nichtdiskriminierungs- und Gleichbehandlungsgebots kein Zuschlagskriterium sein. Im Einzelfall – und dies gilt es eingehend zu prüfen – kann es Ausnahmen geben. So mag es Fälle geben, wo eine regionale Nähe eingefordert werden kann,³⁹ z. B. wenn in der ausgeschriebenen Leistung bestimmte ortsgebundene Kriterien (z. B. tägliche Wartung oder Service etc.) von Relevanz sind auch hier gilt es jedoch im Einzelfall zu eruieren, ob dazu eine Ortsansässigkeit vonnöten ist, oder „lediglich“ eine schnelle Reaktionszeit oder „Nähe“ zum Ausführungsort (siehe dazu Kapitel 3.12). Ausschlaggebend können auch Wert der Leistung und Binnenmarktrelevanz sein.

Im Gegensatz zum Bestbieterprinzip ist eine Gewichtung etwaiger Kriterien beim Billigstbieterprinzip nicht möglich, denn bei diesem wird der Zuschlag allein dem Angebot mit dem niedrigsten Preis erteilt. Da der Preis das einzige Zuschlagskriterium ist, entfällt auch die Notwendigkeit einer Reihung oder Gewichtung von Kriterien.

Beim Billigstbieterprinzip müssen die Anforderungen für die Qualität einer Leistung (in Bezug auf die technische, wirtschaftliche oder rechtliche Erfüllung) eindeutig und klar in der Leistungsbeschreibung festgelegt sein (z. B. standardisierte Leistungen im Straßenbau, standardisierte Dienstleistungen, bestimmte Arten von Bauarbeiten, Lieferungen von Waren mit hohem Standardisierungsgrad etc.), um sicherzustellen, dass eine Vergleichbarkeit der Angebote gewährleistet ist. Dieses Prinzip ist deshalb u. U. für geistige Dienstleistungen, komplexe Aufgabenstellungen oder Leistungen mit zu berücksichtigenden Folgekosten weniger gut geeignet. (Deshalb ist z. B. auch bei geistigen Dienstleistungen zwingend die Beachtung des Bestbieterprinzips, bei der eine Zuschlagsermittlung beinhaltet ist, vorgesehen).

Zusammenfassend kann als ein wesentlicher Vorteil des Billigstbieterprinzips die einfache Vergleichbarkeit von Angeboten genannt werden. Bei einer ausführlichen Bestimmung von Leistung und Vertragsbestimmungen muss das Billigstbieterprinzip entgegen einiger Befürchtungen auch durchaus nicht zu Lasten der Qualität gehen (siehe dazu Kapitel 2.2.3).⁴⁰ Es sei jedoch darauf hingewiesen, dass bei einem Fehlen ebendieser Kriterien-Bestimmung sehr wohl ein Qualitätsverlust entstehen kann.

Ein öffentlicher Auftraggeber müsste – so die unionsrechtlichen Vorgaben – in den Ausschreibungsunterlagen angeben, ob der Zuschlag für einen Auftrag dem „technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot“ (= Bestbieterprinzip) oder dem Angebot mit dem „niedrigsten Preis“ (= Billigstbieterprinzip) erteilt wird.⁴¹ Anzumerken ist, dass zwischen dem Bestbieterprinzip und dem Billigstbieterprinzip im österreichischen Recht zumindest im OSB *de jure* kein freies Wahlrecht besteht, auch wenn dies *de facto* – so zumindest oft die Kritik –

³⁹ *Wirtschaftskammer Österreich (Hrsg.)*, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen: Wie regionale Stärken von KMU im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können, 2. Auflage (2012), 84.

⁴⁰ Sind die technische und ökologische Qualität festgelegt und gilt das Billigstbieterprinzip, könnte der Wettbewerb jedoch stark über Lohn- und Arbeitnehmerkosten gehen.

⁴¹ Vgl. Art 53 RL 2004/18/EG.



sehr wohl ausgeübt wird.⁴² Laut § 79 Abs 3 BVergG 2006 dürfen Zuschlagsentscheidungen nur dann nach dem Billigstbieterprinzip erfolgen, wenn der Leistungsgegenstand so exakt beschrieben werden kann, dass qualitative Unterschiede zwischen den Angeboten nicht vorliegen (können) (dies wäre z. B. der Fall bei standardisierten Waren und Leistungen), denn in diesem Fall ist das billigste Angebot zugleich das beste.⁴³ Diese Regelung gilt nicht im USB wo der öffentliche Auftraggeber frei zwischen dem Best- und Billigstbieterprinzip wählen kann.⁴⁴

Beim Bestbieterprinzip werden mehrere Zuschlagskriterien in Relation zueinander gereiht und gewichtet. Diese sind keine KO-Kriterien (Muss-Kriterien), da die Nichterfüllung eines Kriteriums nicht zum Ausschluss führt, sondern bei der Bewertung weniger Punkte einbringt.

Der Grad der Erfüllung der Zuschlagskriterien bildet die Basis für die Zuschlagsentscheidung. Im Sinne einer transparenten Vergabe sind diese und deren Reihung und Gewichtung in den Ausschreibungsunterlagen anzugeben.

Die Ortsansässigkeit eines Bieters kann kein Zuschlagskriterium sein, es sei denn, in der ausgeschriebenen Leistung sind bestimmte ortsgebundene Kriterien (z. B. tägliche Wartung oder Service etc.) von Relevanz. Dies gilt es jedenfalls vorab zu prüfen.

Anzumerken ist, dass zwischen dem Bestbieterprinzip und dem Billigstbieterprinzip im österreichischen Recht zumindest im Oberschwellenbereich schon bisher *de jure* kein freies Wahlrecht bestand. Laut § 79 BVergG 2006 können Zuschlagsentscheidungen nach dem Billigstbieterprinzip lediglich in Fällen erfolgen, in denen der Leistungsgegenstand so exakt beschrieben werden kann, dass qualitative Unterschiede zwischen den Angeboten nicht vorliegen können (in der Regel bei standardisierten Waren und Leistungen): Folglich wird damit das billigste Angebot zugleich zum besten Angebot. Nur im USB gilt im österreichischen Recht gemäß § 100 BVergG 2006 die freie Wahl zwischen den beiden Vergabeprozessen.

Künftig

In RL 2014/24/EU wurde die Regelung dahingehend geändert, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot – terminologisch gesehen – sowohl das Bestbieter- als auch das Billigstbieterprinzip umfasst. Dazu heißt es in Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU:

„Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises

⁴² Die gesetzliche Verankerung zur Präferenz des Bestbieterprinzips hat in der Vergangenheit bereits des Öfteren zur Diskussion über sogenannte Feigenblattkriterien geführt.

⁴³ Vgl. dazu § 79 (3) BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

⁴⁴ Vgl. dazu § 100 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.



oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskostenrechnung gemäß Artikel 68, und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte — bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen.“⁴⁵

Ziel ist es, künftig in jeder Ausschreibung das Angebot mit dem besten Preis-Leistungsverhältnis zu ermitteln. Dies bestätigt ErwGr 92 RL 2014/24/EU, wonach öffentliche Auftraggeber qualitativ hochwertige Leistungen beschaffen sollen. In Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU werden in diesem Sinne – wie auch in den Vorgängerrichtlinien – exemplarisch Zuschlagskriterien aufgezählt. Dabei handelt es sich – wie auch bisher – um eine beispielhafte Auflistung von möglichen Qualitätskriterien, welche öffentliche Auftraggeber mit einbeziehen können. Dennoch bedeutet das nicht, dass die Aufträge nur auf Basis kostenfremder Kriterien vergeben werden sollen. Es gelten nach wie vor die vergaberechtlichen Prinzipien der Sachgegenständlichkeit, Messbarkeit, Objektivität und Nichtdiskriminierung. Aus diesem Grund sollen etwaige qualitative Kriterien durch eine Kosten-Wirksamkeits-Analyse – wie etwa die Lebenszykluskostenrechnung – ergänzt werden. Zudem sollten davon nationale Regelungen über festgelegte Vergütungen für bestimmte Dienstleistungen oder bestimmte Festpreislieferungen unberührt bleiben.⁴⁶

Die Mitgliedstaaten können zudem gemäß Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen. Ebenso können sie deren Verwendung auf bestimmte Arten von Aufträgen beschränken bzw., umgekehrt, für bestimmte Arten von öffentlichen Aufträgen das Bestbieterprinzip (im klassischen Sinne; also die Verwendung von über Preis und Kosten hinausgehender Kriterien) verpflichtend vorschreiben. Das bedeutet, dass der österreichische Gesetzgeber das Billigstbieterprinzip gänzlich abschaffen oder auf gewisse Leistungen oder öffentliche Auftraggeber eingrenzen kann.⁴⁷

Mittlerweile hat der österreichische Gesetzgeber einen ersten Novellenentwurf für das Bundesvergabegesetz veröffentlicht⁴⁸ und im April 2015 zur Begutachtung vorgelegt.⁴⁹ Schwerpunkt dieser Novelle sind – so auch das Begleitschreiben des Bundeskanzleramts – die Stärkung eines Qualitätswettbewerbs durch die Verpflichtung zum Bestbieterprinzip in bestimmten Fällen⁵⁰ und Regelungen zur Subauftragnehmervergabe.⁵¹

⁴⁵ Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU.

⁴⁶ ErwGr 92 RL 2014/24/EU.

⁴⁷ Es wurde bereits darauf verwiesen, dass ein im österreichischen Recht bereits zumindest im OSB ein *de jure* Vorzug dem klassischen Bestbieterprinzip gilt.

⁴⁸ Vgl. dazu Bundeskanzleramt Verfassungsdienst, BKA-600.883/0002-V/8/2015 bzw. den Entwurf mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird.

⁴⁹ Die Stellungnahmefrist endete mit 08.05.2015.

⁵⁰ Im Bundesvergabegesetz ist zwar bereits (im OSB) primär die Anwendung des Bestbieterprinzips vorgesehen, dies soll jedoch künftig durch die verpflichtende Anwendung in bestimmten in § 79 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014 angeführten Bereichen gestärkt werden. Grund dafür ist unter anderem die Vorgabe der EU-Vergaberichtlinie, dass der Zuschlag ausschließlich dem Bestbieter zu erteilen ist. Zu beachten ist jedoch, dass dennoch als Zuschlagskriterium einzig der Preis



Soziale Dienstleistungen werden darin nicht explizit genannt, dies könnte sich lediglich implizit aus dem Wortlaut ergeben, so heißt es im derzeitigen Vorschlag:

„Der Zuschlag ist jedenfalls dem technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebot zu erteilen, wenn

- 1. es sich um eine geistige Dienstleistung (§2 Z 18) handelt oder*
- 2. der Auftraggeber in der Ausschreibung Alternativangebote ausdrücklich für zulässig erklärt (§ 81 Abs. 1) oder*
- 3. die Beschreibung der Leistung funktional (§ 95 Abs. 3) erfolgt oder*
- 4. es sich um Leistungen handelt, die ihrer Natur nach oder wegen der mit der Leistungserbringung verbundenen Risiken eine vorherige globale Preisgestaltung nicht zulassen und deswegen ein Verhandlungsverfahren durchgeführt wird (§ 28 Abs. 1 Z 3, § 29 Abs. 1 Z 2, § 30 Abs. 1 Z 2) oder*
- 5. in der Ausschreibung von geeigneten Leitlinien (§§ 97 Abs. 2 und 99 Abs. 2) abgewichen wird und dadurch keine vergleichbaren Angebote zu erwarten sind, oder*
- 6. die zu erbringenden Dienstleistungen dergestalt sind, dass vertragliche Spezifikationen nicht so genau festgelegt werden können, dass der Auftrag durch die Wahl des besten Angebotes im offenen oder nicht offenen Verfahren mit vorheriger Bekanntmachung vergeben werden kann (§ 30 Abs. 1 Z 3), oder*
- 7. im Rahmen der Angebotsbewertung mit der Leistung im Zusammenhang stehende zukünftige laufende bzw. anfallende kostenwirksame Faktoren (z.B. Betriebs- und Erhaltungsarbeiten, Serviceleistungen, erforderliche Ersatzteil-Lagerhaltung, Entsorgung) berücksichtigt werden sollen oder*
- 8. es sich um einen Bauauftrag handelt, der die gleichzeitige Ausführung und Planung des Bauvorhabens umfasst (§ 4 Z 1 zweiter Fall), und die Planung nicht bloß unwesentlichen Charakter hat“⁵²*

Es gilt, darauf hinzuweisen, dass – wie im Vorhergehenden auch dargelegt – die Diskussionen und Maßnahmen in Richtung Bestbieter- und Qualitätswettbewerb (zumindest in Österreich, aber auch darüber hinaus) nicht gänzlich neu sind, und § 79 Abs 3 BVergG 2006 – zumindest im OSB – eine Pflicht zum Bestbieterprinzip normiert, sofern nicht der Leistungsgegenstand und dessen Qualität genau in den Ausschreibungsunterlagen definiert sind.

Wenngleich die Richtlinien Sekundärzwecken einen erhöhten Spielraum einräumen, bleibt die Einbeziehung dieser, früher auch vergabefremder⁵³ genannter Elemente wohl (mit

gelten darf, sofern die Mitgliedstaaten nichts anderes vorsehen; vgl. dazu das Vorblatt zum Entwurf mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird, verfügbar unter <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=59179>, 4f.

⁵¹ Bisher sind den (öffentlichen) Auftraggebern alle an der Auftragsausführung beteiligten Unternehmen teils nicht vollständig bekannt. Dies soll nun geändert werden, sodass alle beteiligten Unternehmen bekanntzugeben sind. Vgl. dazu das Vorblatt zum Entwurf mit dem das Bundesvergabegesetz geändert wird, 4f.

⁵² § 79 Vorgeschlagene Fassung zur Änderung des Bundesvergabegesetzes, verfügbar unter <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=59180>.



Ausnahme ökologischer Elemente) ungeachtet der neuen Richtlinien umstritten (siehe dazu Kapitel 2 und 3). Für besonders strittige oder auftragsentfernte Kriterien hat sich zwar das zusätzliche Zuschlagskriterium als Möglichkeit erwiesen, es handelt sich hierbei jedoch um ein kontrovers diskutiertes Kriterium, das zudem – einer beliebten Auslegung folgend – lediglich Geltung finden würde, sofern zwei Angebote „gleichauf“ wären. Dem folgend stellt sich die Frage, wann/wie oft zwei Angebote gleichauf sind und wie hoch die Chancen in der Praxis sind, dass dieses Sozial-Kriterium dann überhaupt beachtet wird. Demgegenüber stehen insbesondere Bedenken zu einem unproportionalen Gewicht, das dieses Kriterium einnehmen würde (siehe dazu Kapitel 2.2.2).⁵⁴

Eine Bevorzugung des Bestbieterprinzips bei sozialen Dienstleistungen könnte allein schon Art 76 RL 2014/24/EU implizieren und ist unabhängig davon, ob der österreichische Gesetzgeber das Bestbieterprinzip verpflichtend für soziale Dienstleistungen vorsieht. So normiert Art 76 RL 2014/24/EU im Einklang mit Prot 26 AEUV, dass von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist, dass der öffentliche Auftraggeber folgenden Aspekten Rechnung trägt:⁵⁵

1. die Notwendigkeit, Qualität, Kontinuität, Zugänglichkeit, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit und Vollständigkeit der Dienstleistung sicherzustellen;
2. auf Bedürfnisse verschiedenster Nutzer (z. B. benachteiligte Gruppen) einzugehen;
3. alle Nutzer mit einzubeziehen und zu ermächtigen;
4. Aspekten der Innovation Rechnung zu tragen.

Zu definierende Kriterien (und dafür eignen sich in bestimmten Fällen auch Zuschlagskriterien) sollten somit die Dimensionen Qualität, Kontinuität, Bezahlbarkeit, Verfügbarkeit, Vollständigkeit der Leistung, Inklusion der Nutzer, Empowerment und Innovation bedienen. Es gilt darauf hinzuweisen, dass nicht all diese Aspekte auf Zuschlagsebene eingefordert werden sollten, sondern auch auf anderer Kriterienebene sinnvoll(er) erscheinen (können). So könnten insbesondere Qualität, Kontinuität, Verfügbarkeit und Vollständigkeit auch mittels Leistungsbeschreibung und Vertragsbedingungen gewährleistet werden – beides Knock-out-Kriterien (im und außerhalb des Vergabeverfahrens) – welche im Gegenzug jedoch nicht gewichtet werden können (siehe dazu Kapitel 2, insbesondere Kapitel 2.2.3).

⁵³ Bei vergabefremden Elementen handelt es sich um Kriterien, die außerhalb der wertbildenden Faktoren für den Auftragsgegenstand liegen.

⁵⁴ Vgl. EuGH, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes BV/Niederlande* (Beentjes), Slg 1988, 4635 und EuGH, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich* (Nord-Pas-de-Calais), Slg 2000, I-7445; wobei gerade letzteres zu großer Rechtsunsicherheit in Bezug auf seine Aussagekraft geführt hat.

⁵⁵ Vgl. Art 76 Abs 2 RL 2014/24/EU.



EU-Vergaberecht neu

Eine abschließende Liste von Zuschlagskriterien gab es in der Vergangenheit nicht und gibt es auch künftig nicht; es gelten jedenfalls die vergaberechtlichen Prinzipien der Sachgegenständlichkeit, Messbarkeit, Objektivität und Nichtdiskriminierung.

In der RL 2014/24/EU wurde die Regelung zum Zuschlagsprinzip dahingehend geändert, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot sowohl das Bestbieter- als auch das Billigstbieterprinzip umfassen kann.

Die Mitgliedstaaten können jedoch gemäß Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU vorsehen, dass die öffentlichen Auftraggeber nicht den Preis oder die Kosten allein als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen. Ebenso können sie deren Verwendung auf bestimmte Arten von Aufträgen beschränken oder, umgekehrt, die Verwendung darüber hinausgehender Kriterien für bestimmte Arten von öffentlichen Aufträgen verpflichtend vorsehen. Dies soll bereits durch ein sich in Erarbeitung befindliche erste „Mininovelle“ des Bundesvergabegesetzes umgesetzt werden. Das bedeutet, dass der österreichische Gesetzgeber das Billigstbieterprinzip gänzlich abschaffen oder auf gewisse Leistungen bzw. öffentliche Auftraggeber beschränken kann. Eine Beschränkung auf das Bestbieterprinzip bei sozialen Dienstleistungen wird durch Art 76 RL 2014/24/EU zumindest angeregt. Eine Verpflichtung zur Verwendung des Bestbieterprinzips zur Erreichung der in Art 76 RL 2014/24/EU normierten Ziele wäre jedoch von den Mitgliedstaaten umzusetzen.

Aufgrund der vorgegebenen Qualitätsmerkmale für soziale und besondere Dienstleistungen ist das Bestbieterprinzip für deren Vergabe unter Umständen besonders geeignet.



1.3 Fakultative Änderungen für den Sozialbereich im österreichischen Vergaberecht

1.3.1 Geschützte Werkstätten

Bereits in der bisher geltenden Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG besteht das Recht, Aufträge geschützten Werkstätten im Rahmen von Programmen für geschützte Beschäftigungsverhältnisse vorzubehalten,

„sofern die Mehrheit der Arbeitnehmer Behinderte sind, die aufgrund der Art oder der Schwere ihrer Behinderung keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können.“⁵⁶

Dieses Recht findet sich derzeit in § 21 BVergG 2006.⁵⁷ Es handelt sich um einen allgemeinen Vorbehaltsartikel. Daher ist die Berufung auf diesen Artikeln nicht bestimmten öffentlichen Aufträgen, Auftraggebern, prioritären oder nicht-prioritären Dienstleistungen o. A. vorbehalten. Der bestehende Artikel bzw. Paragraph wird durch Art 20 RL 2014/24/EU so erweitert, dass der Vorbehalt künftig nicht ausschließlich für geschützte Werkstätten, sondern für sämtliche Wirtschaftsteilnehmer und Programme gilt, sofern folgende Kriterien kumulativ erfüllt sind:⁵⁸

1. Deren Hauptzweck ist die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder von benachteiligten Personen;
2. Mindestens 30 % der Arbeitnehmer sind Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer.

Interessant wäre diesbezüglich, ob öffentliche Auftraggeber dem Wortlaut des Artikels zufolge den Wettbewerb um einen öffentlichen Auftrag auf entweder Bieter, die den Prozentanteil benachteiligter Personen erfüllen oder solche die den Prozentanteil für behinderte Personen erfüllen beschränken dürften.

Es gilt anzumerken, dass es sich um einen fakultativen Artikel handelt, der lediglich zur Anwendung kommt, wenn die Mitgliedstaaten eine derartige Option auch im nationalen Rechtsrahmen vorsehen. Da diese fakultative Bestimmung gemäß den Bestimmungen der RL 2004/18/EG bereits im BVergG 2006 enthalten ist, ist zu erwarten, dass der modifizierte Inhalt

⁵⁶ Vgl. dazu Art 19 RL 2004/18/EG.

⁵⁷ Vgl. § 21 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014:

„(1) Auftraggeber können bei Verfahren zur Vergabe von Aufträgen vorsehen, dass an diesen Verfahren nur geschützte Werkstätten oder integrative Betriebe, in denen die Mehrheit der Arbeitnehmer Menschen mit Behinderung sind, die auf Grund der Art oder der Schwere ihrer Behinderung keine Berufstätigkeit unter normalen Bedingungen ausüben können, teilnehmen können oder dass die Erbringung solcher Aufträge derartigen Werkstätten oder Betrieben vorbehalten ist.

(2) Sofern eine Bekanntmachung gemäß § 46 erfolgt, ist auf eine allfällige Beschränkung des Teilnehmerkreises oder eine Beschränkung des ausführungsberechtigten Kreises gemäß Abs. 1 hinzuweisen.“

⁵⁸ Art 20 Abs 1 RL 2014/24/EU.



so übernommen wird. Dennoch ist darauf hinzuweisen, dass es den Mitgliedstaaten überlassen ist, rigorosere Regelungen vorzusehen, sofern sie im Einklang mit dem Europarecht stehen. Somit wäre es theoretisch möglich, wenngleich unwahrscheinlich, den Wert von 30 % nicht zu übernehmen.

Der Vollständigkeit halber gilt es an dieser Stelle zu erwähnen, dass Menschen mit Behinderung nicht jede Aufgabe übernehmen können. Somit ist im Einzelfall zu bewerten, inwiefern dieses Kriterium in Frage kommen bzw. Anwendung finden kann. *Schramm Öhler* gibt als Beispiel „Dienstleistungsaufträge, die viele [sic] Personal erfordern, aber z. B. keine gefährlichen Tätigkeiten umfassen.“⁵⁹ Dieser Einwand gilt im Übrigen auch für die Eingliederung von Langzeitarbeitslosen, von älteren Personen etc.

Interessant ist auch die Ausweitung der Klausel auf „benachteiligte Personen“. Hierzu gilt es auf folgende Aspekte hinzuweisen. Zum einen verstärkt diese Ausweitung den Wettbewerb innerhalb des „vorbehaltenen Markts“, indem es den Markt selbst vergrößert. Es gilt zu diskutieren, ob dies a) gewünscht, bzw. b) fair ist, wenn Anbieter mit Fokus Behinderung mit Anbietern mit Fokus Integration in den Wettbewerb zueinander treten. Des Weiteren ist anzumerken, dass es sich bei dem hierin schon öfters erwähnten Begriff der „benachteiligten Personen“ bzw. „benachteiligten Gruppen“ um einen unbestimmten Gesetzesbegriff handelt.

Eine Suche nach einer (Legal-)Definition lieferte folgende Ergebnisse: Bei einer benachteiligten Gruppe handelt es sich um Personen, welche sich tatsächliche oder zugeschriebene gruppenspezifische Merkmale teilen, und aufgrund dessen von anderen beurteilt und diskriminiert werden. Es handelt sich um gesellschaftliche (Teil-)gruppen, die durch Diskriminierungen Einschränkungen erfahren. Unter „Benachteiligung“ wird schon im allgemeinen Sprachgebrauch nur die rechtswidrige, verwerfliche Ungleichbehandlung verstanden.⁶⁰ Ausgangspunkte für eine solche Bewertung können sein:⁶¹

- Abstammung (Rasse), Hautfarbe, ethnische und nationale Herkunft
- Geschlecht
- Religion und Weltanschauung
- Politische oder sonstige Überzeugung
- Geburt, soziale Herkunft oder wirtschaftliche Verhältnisse, Sprache oder Alter
- Körperliche oder geistige Behinderung
- Sexuelle Identität

⁵⁹ *Schramm Öhler Rechtsanwälte*, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen: Wie regionale Stärken von KMU im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. *Wirtschaftskammer Vorarlberg (Hrsg.)*, 2. Aufl. (2012), 73.

⁶⁰ *Michael Worzalla*, Das neue allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: neue Vorschriften, Handlungsweisen (2006), 27.

⁶¹ *Ute Sacksofsky*, Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, *Antidiskriminierungsstelle des Bundes (DE) (Hrsg.)* (2010), 7ff.



Die betroffenen Personen gelten als benachteiligt, da sie unter Absehung von ihren je besonderen Eigenschaften, Interessen und Verdiensten auf bloße Vertreter einer Kategorie reduziert werden. Die verübten Benachteiligungen können auf allen Ebenen des Lebens, sogar alltäglich, stattfinden, wie z.B. Einschränkungen an der Teilnahme am öffentlichen Leben, in der Freizügigkeit, Gesundheit, Ausbildung, Berufsausübung oder beim Entgelt. Eine Gruppe gilt folglich als sozial benachteiligt, wenn ihre Lebenschancen also erheblich eingeschränkt werden.⁶²

Erscheinungsformen einer Unterdrückung oder Benachteiligung können sein:

- Bewusste und unbewusste Diskriminierung
- Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung
- Alltägliche und strukturelle Diskriminierung
- Individuelle und institutionelle Diskriminierung.

Es ist daher das Ziel mehrerer Gesetze, Benachteiligungen einer bestimmten Gruppe aus welchem Grund auch immer zu verhindern oder zu beseitigen.⁶³

Unbeschadet dieser kurzen Recherche gilt es eine Legaldefinition von „benachteiligten Personen und Gruppen“ zu entwickeln, auf welche sich bei Anwendung des gegenständlichen Artikels und der zu erwartenden analogen Bestimmung im BVergG 2006 Bezug zu nehmen ist, um Klarheit zu schaffen, welche Betriebe, Programme, etc. nun auch tatsächlich an einem derart vorbehaltenen Wettbewerb teilnehmen können.

1.3.2 Vorbehaltene Aufträge für bestimmte Dienstleistungen

Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU gestattet es öffentlichen Auftraggebern, bestimmten Organisationen die Teilnahme am Verfahren zur Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen vorzubehalten,⁶⁴ sofern folgende Bedingungen kumulativ erfüllt sind:⁶⁵

1. Das Ziel ist die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe.
2. Die Gemeinwohlaufgabe hat mit einer in Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU verwiesenen Dienstleistung (vgl. dazu Anhang, Tabelle 10) in engem Zusammenhang zu stehen.⁶⁶

⁶² Bundesinstitut für Berufsbildung (BIBB), Sozial Benachteiligte. In: Good Practice Center - Förderung von Benachteiligten in der Berufsbildung. Stand: 26. August 2014, <http://www.good-practice.de/3349.php> (abgerufen am 19. Februar 2015).

⁶³ Michael Worzalla, Das neue allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (2006), 27; siehe auch z. B. Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl L 180 vom 19. Juli 2000, 22 und Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl L 303 vom 02. Dezember 2000, 16.

⁶⁴ Vgl. Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU.

⁶⁵ Vgl. Art 77 Abs 2 RL 2014/24/EU.

⁶⁶ Es handelt sich dabei also nicht um eine allgemeine Vorbehaltsbestimmung.



3. Zur Zielerreichung müssen Gewinne reinvestiert werden bzw. hat die Gewinnausschüttung gemäß partizipatorischen Überlegungen zu erfolgen.
4. Die Management- oder Eigentümerstruktur beruht auf der Eigenverantwortung der Arbeitnehmer oder auf partizipatorischen Grundsätzen oder erfordert die aktive Mitwirkung der Arbeitnehmer, Nutzer oder Interessenträger.
5. In den letzten drei Jahren hat der Bieter keinen Auftrag für die betreffenden Dienstleistungen von dem betreffenden öffentlichen Auftraggeber nach der Dienstleistungsvorbehalts-Klausel erhalten.
6. Der Auftragszeitraum darf nicht mehr als drei Jahre betragen.

Dieser Artikel ist neu im Vergaberecht und wurde erst in den Verhandlungen zum Kommissionsentwurf von 2011 erarbeitet. Wie auch beim Vorbehalt für geschützte Werkstätten, ist auf diese Vorbehaltsklausel beim Aufruf zum Wettbewerb Bezug zu nehmen.⁶⁷ Interessant ist hierbei insbesondere das letzte Kriterium. Einer grammatikalischen Auslegung folgend sind Bieter vom Verfahren auszuschließen, wenn sie im Rahmen der vorhergehenden drei Jahre vom selben öffentlichen Auftraggeber für dieselbe Dienstleistung eine Zuschlagserteilung erhalten haben. Dies gilt unabhängig davon, ob sie bei der „neuen“ Ausschreibung Bestbieter wären oder nicht und ist somit ein K.O.-Kriterium. Der Hintergrund dafür mag die Stimulation eines Wettbewerbs inmitten eines eingeschränkten Anbietermarkts sein. Der grammatikalischen Auslegung weiterfolgend, dürfte derselbe Bieter jedoch noch einmal bieten, wenn er einen Zuschlag vom selben öffentlichen Auftraggeber vor einem drei Jahre übersteigenden Zeitraum erhalten hätte und die Dauer des öffentlichen Auftrags über drei Jahre hinausging. Letzteres unterbindet jedoch derselbe Richtlinienartikel, indem Aufträge ausschließlich für einen Zeitraum unter drei Jahren zu vergeben sind.

Ist der Artikel tatsächlich so anzuwenden und findet die Bestimmung kontinuierlich Anwendung, so können potenzielle Bieter gemäß der Interpretation von ETUC, etc. lediglich bei jeder zweiten Ausschreibung bieten.⁶⁸ Allein die Streichung der Möglichkeit, sich im Wettbewerb bei jeder Ausschreibung behaupten zu können, kann ernste wirtschaftliche Konsequenzen für die Unternehmen haben. Außerdem stellt sich die Zweckmäßigkeit einer solchen Bestimmung in Frage, so könnte dieser Artikel gesellschaftsrechtlich mit der Gründung von neuen Organisationen, Töchtern, Schwestern, etc. umgangen werden. Ob dies tatsächlich Intention des europäischen Gesetzgebers ist, werden die Gesetzesvorschläge für die Umsetzung auf nationalstaatlicher Ebene weisen.

⁶⁷ Vgl. Art 77 Abs 4 RL 2014/24/EU.

⁶⁸ Vgl. dazu u. a. *European Trade Union Confederation (ETUC), New EU Framework on Public Procurement - ETUC Key Points for the Transposition of Directive 2014/24/EU.*



Unter Umständen – und dies ergibt sich ebenso aus einer grammatikalischen Auslegung – wäre es jedoch auch möglich, dass Organisationen – sollten sie den Zuschlag erhalten – kontinuierlich dieselbe Dienstleistung mit Berufung auf diesen Artikel erbringen dürfen, wenn der Auftrag vor Beginn der 3-Jahres-Dauer ab Zeitpunkt xy für eine Dauer von 3 Jahren vergeben wird. Somit wäre die 3-Jahresschwelle gewahrt. Eine derartige Interpretation ist jedoch unwahrscheinlich, denn sie wurde in den zahlreichen Stellungnahmen zu Art 77 RL 2014/24/EU bisher nicht abgeleitet und würde den Sinn und Zweck der expliziten Befristung untergraben. Klarheit werden wohl erst der nationale Gesetzgeber, bzw. die Kommission in künftigen Stellungnahmen oder im Rahmen des für 2019 vorgesehenen Revisionsberichts schaffen.

Klarzustellen ist des Weiteren – und dies wird auch in den zu diesem Artikel ergangenen Stellungnahmen aufgezeigt – welche Unternehmen von dieser Bestimmung umfasst sind. Art 77 Abs 2 lit b schreibt vor, dass die Gewinne zu reinvestieren sind, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Gleichzeitig haben etwaige Gewinnausschüttungen oder -zuweisungen auf partizipatorischen Überlegungen zu beruhen. Diese Aussage wirkt grundsätzlich in sich widersprüchlich, da – sollten die Gewinne, um das Ziel der Organisation zu erreichen, reinvestiert werden – d eine Gewinnausschüttung aufgrund dieser Re-Investition unmöglich scheint. Sollte doch eine Gewinnausschüttung angestrebt werden, soll diese gemäß der Richtlinie nach partizipatorischen Strukturen durchgeführt werden. Prinzipiell wäre somit auch eine Vergabe an For-Profit Unternehmen möglich. Es ist wahrscheinlich, dass die Formulierung des Artikels darauf zurückzuführen ist, dass ebendieser Artikel versucht, sämtlichen Organisationsstrukturen der europäischen Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen.

Es gilt anzumerken, dass es sich nebst einem bisher nicht vorhandenen Artikel – zu dem in der Folge auch keine Judikatur existiert – um einen fakultativen Artikel handelt, der lediglich zur Anwendung kommt, wenn die Mitgliedstaaten eine derartige Option auch im nationalen Rechtsrahmen vorsehen („Artikel 77 (1) Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass [...]“⁶⁹). Übernimmt der nationale Gesetzgeber diesen – wenngleich fakultativen Artikel – ist darauf hinzuweisen, dass er zwar strenger, jedoch nicht weniger streng regeln kann.

Abschließend behält sich die Kommission das Recht vor, diesen Artikel nachträglich zu bewerten und bis 2019 dem Parlament über seine Auswirkungen Bericht zu erstatten.⁷⁰ Sollte sie dabei feststellen, dass der Artikel zu einer Wettbewerbsverzerrung führt, so kann sie die Bestimmung somit nachträglich modifizieren oder aufheben.

⁶⁹ Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU.

⁷⁰ Vgl. Art 77 Abs 5 RL 2014/24/EU.



1.4 Auswirkungen auf das Rettungsverbundsystem in Österreich

Das österreichische Rettungssystem, das Notfall- und Sanitätseinsätze umfasst, ist durch das sogenannte Verbundsystem mit einer bundesweiten Rufnummer gekennzeichnet.

Um die Auswirkungen von Richtlinie RL 2014/24/EU auf das Rettungsverbundsystem in Österreich darstellen zu können, gilt es die spezifischen Charakteristika von Letzterem kurz näher zu erläutern:

Der örtliche Rettungsdienst fällt in die Kompetenzen der Gemeinden, während der überörtliche Rettungsdienst und die dazugehörige Gesetzgebungskompetenz bei den Ländern liegen. Der überörtliche Rettungsdienst umfasst die ärztliche Notfallrettung sowie die Bewältigung medizinischer Großschadensereignisse. Die Übertragung der Verantwortung für den Rettungsdienst umfasst entweder die Übertragung an geeignete Organisationen oder die kommunale Selbst-Erbringung, z.B. in Wien.

Handelt es sich um eine Übertragung des Rettungsdienstes, entsteht auch eine Finanzierungsverpflichtung. Die Finanzierung wird dann, kompetenzabhängig, entweder von der Gemeinde oder dem Land an die Rettungsorganisation gezahlt. Die Gebietskörperschaften und die Sozialversicherungen teilen sich die Finanzierungskosten für den Rettungsdienst, indem die Gebietskörperschaften die Vorhaltekosten und die gesetzlichen Sozialversicherungen die reinen Transportkosten tragen. Des Weiteren werden Rettungsdienste auch mittels Spenden und sonstige Erlöse des österreichischen Roten Kreuzes (ÖRK) finanziert.

Diese Finanzierung erfolgt, mit Ausnahme von Wien (= Eigenerbringung) durch Rettungsbeiträge in Form des sogenannten „Rettungs-Euros“.⁷¹ Allerdings deckt dieser nicht die gesamten notwendigen Kosten des Rettungsdienstes. Die Finanzierung des Transports, für welche die gesetzlichen Sozialversicherungen grundsätzlich aufkommen, sind laut Gesetz Ermessenssache: Nur im Fall, dass die medizinische Notwendigkeit, den Patienten ins Krankenhaus zu transportieren, ärztlich bestätigt wird, tragen die gesetzlichen Sozialversicherungen, und nicht etwa der Rettungsdienst oder der Patient, die Kosten. Allerdings wirft genau diese Ermessensfrage finanziell gesehen Schwierigkeiten auf: Oft ist nämlich der Transport – im Nachhinein betrachtet – nicht notwendig und wird dieser in der Folge auch nicht finanziert. Trotzdem hatten die Mitarbeiter des Rettungsdienstes im Notfall die Transportentscheidung – im Sinne der Sicherheit des Patienten – zu treffen.⁷²

Das Österreichische Rote Kreuz ist eine gemeinnützige, nicht auf Gewinn ausgerichtete, jedoch private und flächendeckend anerkannte Rettungsorganisation, welche im sog. „Rettungs-Verbundsystem“ tätig wird. Es betreibt 85 % des Rettungsdienstes in ganz

⁷¹ Österreichisches Rotes Kreuz, Finanzierung des Rettungsdienstes, <http://www.rotekreuz.at/rettungsdienst/daseinsvorsorge/finanzierung-des-rettungsdienstes/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

⁷² Österreichisches Rotes Kreuz, Finanzierung des Rettungsdienstes, <http://www.rotekreuz.at/rettungsdienst/daseinsvorsorge/finanzierung-des-rettungsdienstes/> (abgerufen am 26. Februar 2015).



Österreich⁷³ und verfügt somit über ein dichtes Netz an Dienststellen, komplementiert durch tausende Freiwillige. Das Rettungs-Verbundsystem besteht aus Notfallrettung als auch aus Sanitätseinsätzen, wobei bei beiden Typen professionell ausgebildete Rettungssanitäter eingesetzt werden; dem Sanitätergesetz von 2002⁷⁴ entsprechend:

Etwa 33.000 Personen sind im Rettungs- und Krankentransportdienst tätig. Jeder Mitarbeiter, d.h. auch der freiwillige, hat eine für ihn kostenlose Ausbildung im Landesverband zu absolvieren, um beim ÖRK tätig zu werden⁷⁵ und hat sich auch regelmäßig fortzubilden.⁷⁶ Dies gewährleistet hohe Qualitätsstandards. Allein in Wien handelt es sich um ca. 2.000 freiwillige Mitarbeiter.⁷⁷

Es ist zu vermuten und zu befürchten, dass die Anforderungen wie auch der Kostendruck auf das öffentliche Gesundheitswesen in Zukunft weiterhin steigen werden. Diskutiert wird zudem seit mehreren Jahren, inwiefern das Rettungswesen als solches durch europarechtliche und nationale Bestimmungen dem Vergaberecht und dadurch dem Wettbewerb unterworfen ist oder wird. So drängen auch kommerzielle Anbieter im Bereich des Krankentransports auf den Markt. Die Judikatur äußert sich kontrovers zu dem Thema. Dies gilt vor allem im Hinblick auf die CPV-Codes, die der gemischten Dienstleistung des Notfalldienstes und Patiententransports inhärent sind, und nach denen die überwiegende Leistung zu berechnen ist.⁷⁸

Was derartige Fragen betrifft, so schafft das EU-Vergaberechtsreformpaket zum Teil Rechtssicherheit bzw. verschiebt den Schwerpunkt der Diskussion. Ist zwar die Frage um die Ausschreibungspflicht geblieben, so dreht sich die Diskussion künftig nicht mehr darum, ob die Leistung gemäß nicht-prioritärem Regime oder gemäß prioritärem Regime auszuschreiben ist,⁷⁹ sondern vielmehr darum, ob für die Leistung eine Bereichsausnahme nach Art 10 RL 2014/24/EU zutreffen könnte, oder ob sie unter das Sonderregime des Titel III RL 2014/24/EU fällt, das für soziale und besondere Dienstleistungen das System der nicht-prioritären Dienstleistungen fortführt bzw. novelliert.⁸⁰

Bereichsausnahme:

Bestimmte Rettungsdienstleistungen unterliegen unter eng gefassten Voraussetzungen bei der Vergabe an gemeinnützige Hilfsorganisationen nicht den Vergaberichtlinien-

⁷³ Czech, „Herr Kaiser, was ist das Rettungs-Verbundsystem?“. In: *Wir sind die Rettung - Die schnellste Hilfe Österreichs*. Stand: 16. Oktober 2014, <http://blog.rotekreuz.at/rettung/2014/10/16/herr-kaiser-was-ist-das-rettungs-verbundsystem> (abgerufen am 11.12.2014).

⁷⁴ SanG, BGBl. I Nr. 57/2008.

⁷⁵ Österreichisches Rotes Kreuz, Rettungs- und Krankentransport, <http://www.rotekreuz.at/mitmachen/mitarbeit/rettungs-und-krankentransport/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

⁷⁶ Österreichisches Rotes Kreuz, <http://www.rotekreuz.at/rettungsdienst/daseinsvorsorge/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

⁷⁷ Österreichisches Rotes Kreuz, Freiwillige Mitarbeit, <http://www.rotekreuz.at/wien/mitarbeit/freiwillige-mitarbeit/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

⁷⁸ Schwierig wird die Anwendung von etwaigen Ausnahmenvorschriften schon durch die Vielzahl der Zusammensetzung von CPV-Codes für (Notfall-)Rettungsdienstleistungen. Eine Berufung auf die Überkategorie 75250000-3 „Dienstleistung der Feuerwehr und von Rettungsdiensten“ ist nämlich unzureichend.

⁷⁹ Vgl. dazu EuGH, C-160/08, *Kommission/Deutschland* (Rettungsdienste), Slg 2010 I-03713, Rn 92.

⁸⁰ Eine „klassische“ Vergabe steht somit nicht mehr im Raum.



bestimmungen.⁸¹ Sowohl RL 2014/24/EU als auch RL 2014/23/EU enthalten in Art 10 lit h) bzw. Art 10 Abs 8 lit g) eine Ausnahmenvorschrift für Dienstleistungen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr, die von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbracht werden und die unter die folgenden CPV-Codes fallen: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 und 85143000-3.⁸² Explizit nicht erfasst von der Bereichsausnahme ist der Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung.

Gemäß einem Rechtsgutachten der internationalen Anwaltssozietät Freshfields Bruckhaus Deringer LLP, das im Auftrag der Falck-Unternehmensgruppe erstellt worden ist, ist die Bereichsausnahme jedoch zumindest auf Regel-Rettungs-, und Notfalldienstleistungen nicht anwendbar.⁸³ Freshfields Bruckhaus Deringer LLP stützen sich dabei auf eine grammatikalische Auslegung der Richtlinienbestimmungen. Somit haben etwaige Dienstleistungen unter die normierten CPV-Codes zu fallen UND in einem unmittelbaren Zusammenhang mit Maßnahmen des Katastrophenschutzes, des Zivilschutzes und der Gefahrenabwehr zu stehen.^{84 85}

Der nicht bindende, aber dennoch die Auslegung des Gesetzgebers wiedergebende ErwGr 28 RL 2014/24/EU⁸⁶ verwendet im Gegensatz zu den Artikeln den weiteren Begriff der Notfalldienstleistung. Demzufolge gilt diese Richtlinie nicht

„für bestimmte von gemeinnützigen Organisationen oder Vereinigungen erbrachte[n] Notfalldienste [...] da der spezielle Charakter dieser Organisationen nur schwer gewahrt werden könnte, wenn diese Dienstleistungserbringer nach den in dieser Richtlinie festgelegten Verfahren [Vergaberechtsverfahren] ausgewählt werden müssten.“⁸⁷

⁸¹ Hierbei sind Ähnlichkeiten zu EuGH, C-113/13, *San Lorenzo/Croce Verde Cogema* (Krankentransporte) ersichtlich, insb. Rn 61f.

⁸² Unter die CVP-Nummern fallen somit 75250000-3 - Dienstleistungen der Feuerwehr und von Rettungsdiensten, 75251000-0 - Dienstleistungen der Feuerwehr, 75251100-1 – Brandbekämpfung, 75251110-4 – Brandverhütung, 75251120-7 - Waldbrandbekämpfung, 75252000-7 – Rettungsdienste, 75222000-8 - Zivilverteidigung, 98113100-9 - Dienstleistungen im Bereich der nuklearen Sicherheit, 85143000-3 - Einsatz von Krankenwagen

⁸³ Das Gutachten bestätigt ein erstes Gutachten des Bundesverbandes eigenständiger Rettungsdienste und Katastrophenschutz e.V., das zum gleichen Resultat kam.

⁸⁴ Vgl. dazu *Prieß/Lübbig/Kaufmann*, Rechtsgutachten: Die Anwendbarkeit von Art. 10 lit. h) Richtlinie 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Richtlinie 2014/23/EU auf Regelrettungsdienste vom 22. April 2015, 22: „Vor dem Hintergrund dieses Grundsatzes kann man die in einer Ausnahmenvorschrift enthaltenen Merkmale nicht einfach „weginterpretieren“. Vielmehr ist eine solche Interpretation vorzuziehen, nach der allen Tatbestandsmerkmalen einer Ausnahmenvorschrift auch eine eigenständige Bedeutung zukommt. Im Übrigen erscheint es wenig überzeugend, dem Unionsgesetzgeber zu unterstellen, er habe überflüssige“ Tatbestandsmerkmale normiert. Für eine solche Sichtweise gibt es keinerlei objektive Anhaltspunkte; vor allem, weil die von den CPV-Codes abgedeckten Dienstleistungen nicht nur im Katastrophenfall erbracht werden können bzw. müssen, sondern jeweils auch individuelle, alltägliche Fälle denkbar sind, in denen die entsprechenden Dienstleistungen nachgefragt werden (z.B. jegliche Form der Brandbekämpfung oder – wie im vorliegenden Gutachten dargelegt – Rettungsdienstleistungen)“. Eine enge Auslegung dieses Ausnahmetatbestands bestätigt auch ErwGr 28 RL 2014/24/EU (vgl. weiter unten) und allgemein EuGH, C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy*, RPA-Slg-Int 2012/3, 112, Rn 35; EuGH, C-284/05, *Kommission/Finnland*, Slg 2009 I-11705, Rn 45.

⁸⁵ *Prieß/Lübbig/Kaufmann*, Rechtsgutachten: Die Anwendbarkeit von Art. 10 lit. h) Richtlinie 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Richtlinie 2014/23/EU auf Regelrettungsdienste vom 22. April 2015: Hinterfragt wird auch die Begriffsauslegung der „gewerblichen Tätigkeit“, da zumindest das DRK Einnahmen aus Rettungseinsätzen umverteilt und reinvestiert in andere Tätigkeiten. Da der österreichische Markt jedoch nicht gänzlich gleich ist, dient letzteres lediglich der Information.

⁸⁶ RL 2014/24/EU.

⁸⁷ ErwGr 28 RL 2014/24/EU.



Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass der Erwägungsgrund ebenfalls anmerkt, dass diese Ausnahmebestimmung eng auszulegen ist. Zusammenfassend bedeutet dies, dass zwar nach derzeitigem Wissensstand Rettungs- und Notfalldienstleistungen unter Umständen nicht unter die Kategorie der klassischen Dienstleistungen fallen, jedoch auch die Bereichsausnahme wohl nicht gilt, wobei offen bleibt, inwiefern hierunter tatsächlich nicht doch Notfalldienstleistungen subsumiert werden können, bis dies endgültig von Gesetzgebern und Judikatur klargestellt wird.

Es gilt darauf hinzuweisen, dass es sich hierbei nicht um eine obligatorische Bestimmung handelt und es den nationalen Gesetzgebern gestattet ist, strenger zu regeln als das Unionsrecht, sofern die nationalen Bestimmungen unionsrechtskonform sind. Kommt es zu einer Umsetzung muss sich der Gesetzgeber allerdings streng an dem Wortlaut der EU-Vorschriften orientieren, wobei er jedoch strenger als das Unionsrecht regeln darf.

ErwGr 28 RL 2014/24/EU stellt auch klar, dass ein Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung von dieser Ausnahme nicht erfasst ist und die CPV-Gruppe 601 „Landverkehr“ nicht den Einsatz von Krankenwagen beinhaltet, der unter die CPV-Klasse 8514 fällt.⁸⁸ Für diese (Einsatz von Krankenwagen zur Patientenbeförderung gemäß CPV-Code 8514 30 00-3) gilt die Sonderregelung für soziale und besondere Dienstleistungen gemäß Titel III RL 2014/24/EU.⁸⁹

ErwGr 28 RL 2014/24/EU weist in diesem Sinne darauf hin, dass folglich auch gemischte Aufträge für Dienste von Krankenwagen generell unter die Sonderregelung fallen würden, sofern „*der Wert des Einsatzes von Krankenwagen zur Patientenbeförderung höher wäre als der Wert anderer Rettungsdienste*“.⁹⁰

Selbige Bestimmungen finden sich auch in der Konzessionsrichtlinie, nämlich in ErwGr 36 RL 2014/23/EU.⁹¹

NPO-Vorbehalt:

Neben der Bereichsausnahme gemäß Art 10 lit h RL 2014/24/EU (oder analog Art 10 Abs 8 lit g RL 2014/23/EU) ist auch eine Ausnahme gemäß Art 77 RL 2014/24/EU möglich. Hierzu gilt es auf die näheren Ausführungen in Kapitel 1.3.2 zu verweisen. Zu hinterfragen ist diesbezüglich, ob die betroffenen Leistungen nicht auch Leistungen außerhalb der in den CPV-Codes genannten Leistungen betreffen und die Anwendung des Dienstleistungsvorbehalts unbeschadet etwaiger Bedenken zur Formulierung des Art 77 RL 2014/24/EU tatsächlich möglich wäre.

⁸⁸ ErwGr 28 RL 2014/24/EU.

⁸⁹ ErwGr 28 RL 2014/24/EU; vgl. dazu auch Anhang XIV RL 2014/24/EU.

⁹⁰ ErwGr 28 RL 2014/24/EU.

⁹¹ Siehe RL 2014/23/EU.



Judikatur

Die Einbeziehung privater Leistungserbringer in den Rettungsdienst hat zu einer Reihe höchst- und obergerichtlicher Entscheidungen zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen geführt, darunter vergaberechtliche Grundsatzentscheidungen zu Dienstleistungsaufträgen und -konzessionen. Die Richtliniennovelle schafft zwar Klarheit zur Judikatur betreffend den Rettungsdienst, seine Organisation und seinen Bezug zur Daseinsvorsorge. Dennoch soll hierin zum besseren Verständnis – wenngleich nur überblicksmäßig – kurz die ergangene Judikatur vorgestellt werden:

Unbeschadet der unbestrittenen Zugehörigkeit des Rettungsdienstes zur Daseinsvorsorge, wie der EuGH in der Rs *Ambulanz Glöckner*⁹² bestätigt hat, urteilte der EuGH kürzlich in der Rs C-160/08 gegen die Bundesrepublik Deutschland⁹³ vom 29.4.2010, dass der öffentliche Rettungsdienst grundsätzlich dem Vergaberecht unterfällt. Argumentiert wird, dass bei der Vergabe von Aufträgen über öffentliche Notfall- und qualifizierte Krankentransportleistungen das sogenannte Submissionsmodell Anwendung findet. Ist dies so, hat grundsätzlich das europäische Vergaberecht Anwendung zu finden. Da die Erbringung von Rettungsdienstleistungen keine Tätigkeit darstellt, die in einem Mitgliedstaat dauernd oder zeitweise mit der Ausübung öffentlicher Gewalt verbunden ist, greife die Bereichsausnahme der Art 51 und 62 AEUV bei derartigen Dienstleistungen nicht.⁹⁴ Der EuGH hält fest, dass bei der Vergabe von Rettungsdienstleistungen, die im Submissionsmodell vergütet werden, das europäische Vergaberecht anzuwenden ist, da in diesem Fall nicht glaubhaft gemacht wurde, dass Rettungsdienste „Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse“ darstellen.⁹⁵

Es gilt darauf hinzuweisen, dass das ausschlaggebende EuGH-Urteil über Rettungsdienste lediglich auf formalen Gründen beruht. Welche vergaberechtlichen Vorschriften öffentliche Auftraggeber im konkreten Fall zu beachten haben, wurde bisher daran beurteilt, ob die Verkehrsleistungen oder die medizinischen Notfallleistungen im jeweiligen öffentlichen Auftrag überwiegen.⁹⁶

Werden Rettungsdienstleistungen nicht im Rahmen des Submissionsmodells (öffentlicher Auftrag), sondern als Dienstleistungskonzession vergeben, so bedeutet dies keine Ausnahme aus dem wettbewerbsrechtlichen Regelwerk an sich. Beschlüsse und Entscheidungen deutscher Gerichte und des EuGH⁹⁷ gibt es auch zur Vergabe von Rettungsdienstleistungen

⁹² Siehe EuGH, Rs C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz (Ambulanz Glöckner)*, Slg 2001, I-8089.

⁹³ Siehe EuGH, C-160/08, *Rettungsdienste*, Slg 2010 I-03713.

⁹⁴ Im Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art 226 EG-Vertrag (nunmehr Art 258 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012) hatte die Bundesrepublik Deutschland vorgebracht, dass die Vergaberichtlinie nicht anwendbar sei, weil Rettungsdienstleistungen mit der Ausübung hoheitlicher Tätigkeit gemäß Art 44, 55 EG-Vertrag (Art 51, 62 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012) einhergingen und Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinn von Art 86 Abs 2 EG-Vertrag (Art 106 Abs 2 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012) darstellen würden.

⁹⁵ EuGH, C-160/08, *Rettungsdienste*, Slg 2010 I-03713, Rn. 81ff.

⁹⁶ Siehe Beschluss des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in Deutschland vom 01. Dezember 2008 über die Vergabe von Rettungsdiensten, Az.: X ZB 32/08.

⁹⁷ Siehe z. B. den Beschluss der Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern vom 03. April 2009 über die Vergabe von Rettungsdienstleistungen namens und im Auftrag des Zweckverbandes für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung, Az.: Z3-3-3194-1-49-12/08; EuGH, Rs C-274/09, *Privater Rettungsdienst u. Krankentransport*



als Dienstleistungskonzession. In der vergaberechtlichen Literatur ist anerkannt, dass die nach wie vor geltenden Richtlinien RL 2004/17/EG und RL 2004/18/EG keine Sperrwirkung gegenüber dem EU-Primärrecht entfalten.⁹⁸ Im Sinne der Kontinuität ist dies auch für die neuen Richtlinien anzunehmen. Demzufolge bleibt der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen „...den fundamentalen Regeln des Unionsrechts unterworfen, insbesondere den Grundsätzen des AEU-Vertrags im Bereich des Niederlassungsrechts und der Dienstleistungsfreiheit [...]“;⁹⁹ auch wenn dies nicht – wie in den neuen Richtlinien der Fall – explizit geregelt wäre. So bestand auch bisher zumindest auf EU-Ebene die Pflicht zur Einhaltung der primärrechtlichen Vorschriften. Maßstab dafür war ein grenzüberschreitendes Interesse. Allerdings verbietet sich eine rein quantitative Beurteilung des eindeutigen grenzüberschreitenden Interesses. Nach neuester Rechtsprechung des EuGH im Zusammenhang mit der Vergabe einer Dienstleistungskonzession müssen neben dem Auftragswert auch qualitative Gesichtspunkte des Auftrages in Betracht gezogen werden. Demnach kann selbst an einem Auftrag ohne Gewinnaussicht ein eindeutiges grenzüberschreitendes Interesse bestehen, wenn dieser einem Unternehmen aus einem anderen Mitgliedstaat den Eintritt in dem lokalen Markt ermöglicht.¹⁰⁰ Das Vorliegen eines grenzüberschreitenden Interesses kann danach nur noch in Ausnahmefällen verneint werden.

Da nunmehr auch Dienstleistungskonzessionen sekundärrechtlich durch RL 2014/23/EU geregelt werden und somit der Rechtsrahmen endgültig geschaffen und dabei auch die ergangene Judikatur kodifiziert wird, wird hierin auf die dazu ergangene Judikatur der Vergangenheit nicht im Detail eingegangen.

1.5 Wie muss eine nationale Umsetzung gestaltet sein, um das Rettungsverbundsystem zu erhalten?

Die Umsetzung des Richtlinienpakets in nationales Recht hat bis spätestens April 2016 zu erfolgen. Mehrere Akteure haben sich für einen Gemeinnützigkeitsvorbehalt ausgesprochen.¹⁰¹ Auch das ÖRK nimmt an,¹⁰² dass dessen Übernahme auch im Interesse der Gebietskörperschaften liegt. Ob eine Bereichsausnahme nun tatsächlich möglich ist, gilt es jedoch angesichts der oben angeführten Erwägungen zu hinterfragen.

Stadler/Zweckverband für Rettungsdienst u. Feuerwehralarmierung Passau, Slg 2011 I-01335; Siehe Urteil des EuGH, Rs C-206/09, *Eurawasser*, Slg. 2009, I-8377.

⁹⁸ siehe hierzu Müller-Wrede (Hrsg.), *Kompendium des Vergaberechts*, 2. Aufl. (2013), Kap 2 Rn 17; Prieß, NZBau 2014, 465, 466; Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe (2010), 102.

⁹⁹ EuGH, Rs C-226/09, *Kommission/Irland*, Slg 2010 I-11807, Rn 29, 30

¹⁰⁰ EuGH, Rs C-388/12, *Comune di Ancona/Regione Marche*, Rn. 51; siehe vertiefend hierzu Prieß, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den neuen Vergaberichtlinien. In: Kapellmann et al. (Hrsg.), NZBau Heft 6/2015, 57ff.

¹⁰¹ So wurde beispielsweise die Salzburger Landesregierung z.B. durch einen Fünf-Parteien-Antrag aufgefordert, sich für den Gemeinnützigkeitsvorbehalt für Rettungsdienste bei der Bundesregierung einzusetzen. Siehe den dringlichen Antrag der Salzburger ÖVP vom 29. September 2013 in der 3. Session der 15. Gesetzgebungsperiode im Salzburger Landtag.

¹⁰² Glanzer/Dempfer, Gastkommentar: Ist die Rettung gerettet?. In: Österreichisches Rotes Kreuz. Stand: 11. April 2014, <http://www.rotekreuz.at/news/datum/2014/04/11/gastkommentar-ist-die-rettung-gerettet/> (abgerufen am 11. Dezember 2014).



Klar ist, dass Vergaben öffentlicher Aufträge und Konzessionen von Rettungsdienstleistungen im Bereich der vorgesehenen Sonderregime stattfinden können. Unterhalb der Schwellenwerte ist die Einhaltung der primärrechtlichen Vorschriften notwendig. Hier wäre § 141 BVergG 2006 anzuwenden.

Freshfields Bruckhaus Deringer LLP schlagen für die Umsetzung der Richtlinien im deutschen Vergaberecht folgende Formulierung vor:

„Dieser Teil gilt nicht für die Vergabe von Aufträgen, die folgende Dienstleistungen zum Gegenstand haben:

- 1. Brandverhütung und Brandbekämpfung,*
- 2. Zivilverteidigung und nukleare Sicherheit und*
- 3. Rettungsdienste und sonstiger Einsatz von Krankenwagen*

sofern diese Dienstleistungen in unmittelbarem Zusammenhang mit Maßnahmen des Katastrophenschutzes und des Zivilschutzes stehen. Rettungsdienstleistungen, die zur alltäglichen Notfallversorgung und qualifizierten Krankentransporten außerhalb des Katastrophenschutzes und Zivilschutzes erbracht werden, fallen nicht unter diese Ausnahme. Diese Ausnahme gilt zudem nicht für den Einsatz von Krankenwagen, der ausschließlich der Patientenbeförderung ohne qualifizierte medizinische Betreuung dient.“¹⁰³

Unabhängig davon, steht es der öffentlichen Hand frei, auch andere Systeme zur Organisation von Rettungsdienstleistungen zu verwenden, so etwa ausschreibungsfreie reine Direktverrechnungsverträge. Letztere stellen – das wurde in der Judikatur klargestellt¹⁰⁴ – keine Beauftragung dar, sondern bloß die Abwicklung des dem Versicherten gegenüber dem Krankenversicherungsträger zustehenden Zuschusses.

1.6 Alternative Organisationsformen

Zum Zwecke der Information wird im Folgenden (wenngleich nicht Auftragsgegenstand der vorliegenden Studie) kurz auf verschiedene Instrumente und ihre – soweit geregelt – Anwendungsbereiche eingegangen.

1.6.1 Allgemeine Erwägungen

Die Regeln für die Vergabe öffentlicher Aufträge (und Konzessionen) gelten ausschließlich, wenn eine Behörde sich zur Externalisierung dieser Aufgabe entschließt und dabei die Form des – für die Belange der sozialen Dienstleistungen – Dienstleistungsauftrags bzw. der Dienstleistungskonzession wählt.

¹⁰³ Prieb/Lübbig/Kaufmann, Rechtsgutachten: Die Anwendbarkeit von Art. 10 lit. h) Richtlinie 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Richtlinie 2014/23/EU auf Regelrettungsdienste vom 22. April 2015, 50f.

¹⁰⁴ Vgl. dazu VfGH, B 46/00, VfSlg 16.697/2002; BVA 20.10.2005, 07N-83/05-33; BVA 7.6.2004, 07N-39/04-29; BVA 5.8.2008, F/0003-BVA/10/2008-42.



In Bezug auf das EU-Richtlinienpaket 2014 stellt sich die Frage, inwiefern (weiterhin) alternative Organisationsformen für die Gewährleistung sozialer Dienstleistungen gestattet sind. Hervorzuheben ist, dass die Präzisierung des Begriffs der Auftragsvergabe, die in der neuen Richtlinie enthalten ist, nicht über die Definition in RL 2004/18/EG hinausgreift.¹⁰⁵ RL 2014/24/EU berührt ebenfalls nicht die Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die soziale Sicherheit. Ebenso wenig betrifft sie die Liberalisierung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse, die öffentlichen oder privaten Einrichtungen vorbehalten sind, oder die Privatisierung öffentlicher Einrichtungen, die Dienstleistungen erbringen.¹⁰⁶

Die Zulässigkeit alternativer Organisationsformen ergibt sich insbesondere aus ErwGr 4 RL 2014/24/EU, wonach

„die Vorschriften der Union für die öffentliche Auftragsvergabe nicht alle Formen öffentlicher Ausgaben abdecken, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrags getätigt werden. Es sollte klargestellt werden, dass ein solcher Erwerb¹⁰⁷ von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen – ob durch Kauf, Leasing oder andere vertragliche Formen – dieser Richtlinie unterliegen sollte.“¹⁰⁸

Zudem erfährt ErwGr 4 RL 2014/24/EU für den Bereich soziale und besondere Dienstleistungen eine Stärkung durch ErwGr 114 RL 2014/24/EU, wonach es – wie bereits angedeutet – den Mitgliedstaaten insbesondere bei personenbezogenen Dienstleistungen, wie etwa bestimmten Dienstleistungen im Sozial-, im Gesundheits- und im Bildungsbereich, auch künftig frei steht,

„diese Dienstleistungen selbst zu erbringen oder soziale Dienstleistungen in einer Weise zu organisieren, die nicht mit der Vergabe öffentlicher Aufträge verbunden ist, beispielsweise durch die bloße Finanzierung solcher Dienstleistungen oder durch Erteilung von Lizenzen oder Genehmigungen – ohne Beschränkungen oder Festsetzung von Quoten – für alle Wirtschaftsteilnehmer, die die vom öffentlichen Auftraggeber vorab festgelegten Bedingungen erfüllen.“

Der Erwägungsgrund nennt – unbeschadet etwaiger Regelungen (iSv *leges speciales*) für derartige alternative Organisationssysteme – als Voraussetzung für deren Anwendung, dass eine ausreichende Bekanntmachung gewährleistet ist und im Rahmen dessen den Grundsätzen der Transparenz und Nichtdiskriminierung Rechnung getragen wird.

¹⁰⁵ Vgl. ErwGr 4 RL 2004/24/EU. Es gilt zu erwähnen, dass die Legitimität von Förderungsverträgen für die Erbringung sozialer Dienste im Rahmen der RL 2004/18/EG nicht in Frage gestellt wurde.

¹⁰⁶ Vgl. ErwGr 6 RL 2014/24/EU.

¹⁰⁷ Der Begriff „Erwerb“ ist zwar gemäß ErwGr 4 weit auszulegen, sodass darunter nicht unbedingt ein Eigentumsübergang auf den öffentlichen Auftraggeber zu subsumieren ist.

¹⁰⁸ Zwar sind die Erwägungsgründe der Richtlinien nicht bindend, sie zeigen jedoch die Interpretation durch die erlassenden Organe auf und haben somit einen Leitliniencharakter.



Aus dem Vorhergehenden geht sowohl hervor, dass alternative Organisationsformen zulässig sind, als auch, dass die Richtlinie für diese nicht gilt. Exemplarisch werden leider nur der Begriff Finanzierung¹⁰⁹ genannt sowie Systeme, in denen sämtliche Wirtschaftsteilnehmer, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen, zur Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe berechtigt sind. Konsequenz daraus ist gegenwärtig eher Unsicherheit als Rechtssicherheit. So gibt die lückenhafte Aufzählung Grund zur Diskussion, wann das Vergaberecht anzuwenden ist, und wann Dienstleistungen mittels Förderverträgen – wie es bisher üblich war – vergeben werden können:

- Ist der Anwendungsbereich des an sich zwingenden Vergaberechts aufgrund der Erwägungsgründe für soziale Dienstleistungen nicht gültig? Oder:
- Gilt die Zulässigkeit alternativer Organisationformen – wie in allen Bereichen – lediglich dann, wenn kein zwingender Anwendungsfall im Sinne des Vergaberechts vorliegt?

Die Finanzierungs- und Organisationsformen von sozialen Dienstleistungen werden unionsrechtlich – sofern sie nicht dem Vergaberecht unterliegen – lediglich durch das primärrechtliche Beihilfeverbot und dazugehörige Rahmenvorgaben eingeschränkt. Dies liegt insbesondere darin, als die sozialpolitischen Kompetenzen der Europäischen Union gering ausgeprägt sind (= Subsidiaritätsprinzip) und die Europäische Union lediglich über wettbewerbsrechtliche, binnenmarktrelevante Aspekte regulierend einwirken kann. „Lediglich“ mag hier der falsche Terminus sein, bedeutet dies doch, dass der EU die Kompetenz zukommt, zu gewährleisten, dass sich der freie Wettbewerb ganz im Sinne des neoliberalen Denkens durch Angebot und Anfrage selbst regelt und der Staat nur im Falle des öffentlichen Interesses oder bei unbedingter Erforderlichkeit einzuwirken hat (ordnungspolitischer Ansatz). Diesem Denkansatz folgt auch das allgemeine Beihilfeverbot, sofern das Allgemeininteresse nicht eine Beihilfe erfordert oder der Markt in einem bestimmten Bereich nicht funktioniert. Allgemein sind diskriminierende nationale Bestimmungen (und Handlungen), die die Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit oder eine andere der Grundfreiheiten beschränken würden, bis auf einige wenige Ausnahmen (Gesundheit, öffentliche Sicherheit etc.) somit untersagt.

Zu prüfen sind deshalb etwaige alternative Organisations-/Finanzierungs-/Zuschussformen auf vergaberechtliche (ob ein Ausschlussgrund vorliegt), beihilferechtliche (Beihilfen sind bis auf etwaige Ausnahmebestimmungen untersagt) oder konzessionsrichtlinienrechtliche (wenngleich das BVergG 2006 auch hier schon mit der stRspr in Einklang stehende Bestimmungen zu Dienstleistungskonzessionen enthielt, wurde 2014 erstmals eine unionsweite Konzessionsrichtlinie erlassen) Aspekte. Liegen diese nicht vor, gelten zumindest die primärrechtlichen Grundprinzipien und Grundfreiheiten.

Da der europäische staatliche Beihilfebegriff unabhängig von der Rechtsform (öffentlicher Auftrag vs. Fördervertrag) lediglich auf die wirtschaftliche Auswirkung einer staatlichen

¹⁰⁹ Förderverträge werden in der beispielhaften Aufzählung nicht genannt.



Mittelzuwendung/eines staatlichen Verhaltens abstellt, ist daraus kein Erkenntnisgewinn zur Frage, ob soziale Dienstleistungen nun auszuschreiben sind oder nicht, möglich. Einen Anhaltspunkt kann jedoch eine Analyse geben, wann das Vergaberecht (iSv öffentliche Aufträge und alternativ Dienstleistungskonzessionen) zwingend zur Anwendung kommen muss.

Sowohl aus der Definition des öffentlichen Auftrages in RL 2014/24/EU als auch des Anwendungsbereiches des BVergG 2006 lässt sich ableiten, dass die Normen über die öffentliche Auftragsvergabe dann gelten, wenn ein öffentlicher Auftraggeber gegen Entgelt Lieferungen, Dienstleistungen oder Bauleistungen in Auftrag gibt (=Leistungsaustausch) und in der Folge der Auftragnehmer die Erbringung dieser Leistung unmittelbar dem öffentlichen Auftraggeber schuldet(!). Ein Ermessensspielraum oder eine Wahlfreiheit bestehen - sofern der Vertrag in den Anwendungsbereich des Vergaberechts fällt oder konkrete Ausnahmegesetze des BVergG 2006 zur Anwendung gelangen – nicht.¹¹⁰

Derartige öffentliche Aufträge kommen bei Anwendung des Submissionsmodells zustande, also wenn der öffentliche Auftraggeber Leistungen vergibt, die er (z.B. auf Basis einer gesetzlichen Verpflichtung) zu erbringen bzw. zu gewährleisten hat oder die ihm zuzurechnen sind. Fraglich ist sohin, ob soziale Dienstleistungen als zwingend vom öffentlichen Auftraggeber zu erbringen/zu gewährleisten zu erachten sind, z.B. im Fall, wo deren Erbringung der Vertragspartner der öffentlichen Hand schuldet. Die Finanzprokurator hat in diesem Sinne festgestellt:

„Das BVergG stellt von öffentlichen Auftraggebern zwingend einzuhaltendes öffentliches Recht dar, sodass dann [...] kein Platz für den Abschluss eines Förderungsvertrages und die Nichtanwendung des BVergG bleibt.“¹¹¹

Für die Alternative als Förderungsvertrag spricht, dass ein Förderungsvertrag dann gerechtfertigt ist, wenn kein unmittelbarer Leistungsaustausch mit der öffentlichen Hand stattfindet, sondern letztere mit ihrer Leistung ein Verhalten, das im öffentlichen Interesse steht, unterstützt (siehe dazu Kapitel 1.6.5). Erfolgt – dieser Argumentationslinie folgend – kein unmittelbarer Leistungsaustausch zwischen dem Empfänger der Leistung der öffentlichen Hand und schuldet der Empfänger der Leistung der öffentlichen Hand nicht die Erbringung einer Leistung, sondern lediglich subventionsgerechtes Verhalten, kann bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen ein Förderungsvertrag abgeschlossen werden.¹¹²

¹¹⁰ Vgl. Dazu auch Stellungnahme der Finanzprokurator, III/363.682, BMASK-439.014/0020-VI/ A/9/2014, 09.9.2014, 7f

¹¹¹ Vgl. Finanzprokurator, III/363.682, BMASK-439.014/0020-VI/ A/9/2014, 09.9.2014, 7f.

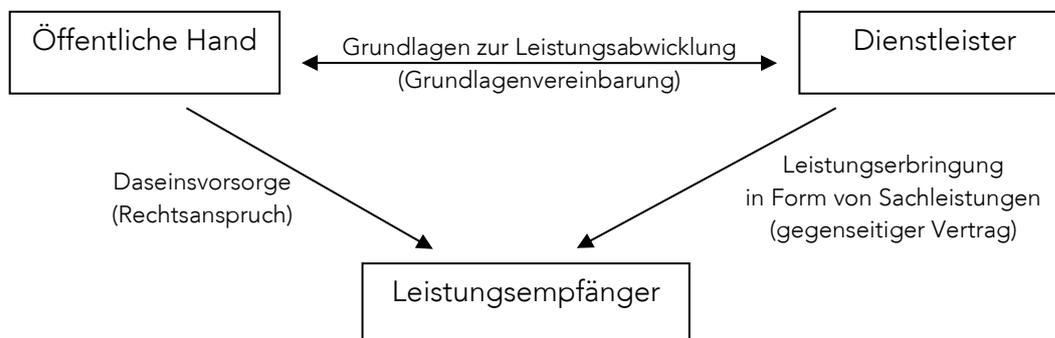
¹¹² Vgl. Finanzprokurator, III/363.682, BMASK-439.014/0020-VI/ A/9/2014, 09.9.2014, 7f.



1.6.2 Exkurs sozialpolitisches Dreieck

Im Bereich von sozialen und arbeitsmarktpolitischen Dienstleistungen¹¹³ wird häufig die Sonderform im „sozialpolitischen Dreieck“ für die Erbringung gewählt. Während die klassische Leistungsbeziehung zwischen einem Auftraggeber und einem Auftragnehmer stattfindet, wird in dieser Sonderform zusätzlich ein privater Dienstleistungsempfänger eingebunden.¹¹⁴ Ein Verhältnis besteht daher also zwischen Kostenträgern (der öffentlichen Hand), Dienstleistungsunternehmen (Dienstleister als Leistungserbringer) und Kunden/Nutzern/Leistungsempfängern als Hilfsberechtigte. Entstehungsgrund für dieses Modell war mitunter, dass Leistungsempfänger nicht immer in der Lage sind, Leistungen der Dienstleister selbst zu zahlen. Den größten Teil der Kosten übernehmen in der Regel die öffentliche Hand als Leistungs- und Kostenträger,¹¹⁵ womit Leistungsempfänger nur indirekt mit der Bezahlung dieser Leistungen konfrontiert werden.¹¹⁶

Dienstleister können dieses Dreiecksverhältnis also so ansehen, als ob sie zwei verschiedene „Kunden“ bedienen („doppelter Kundenbegriff“).¹¹⁷ Zum einen haben Dienstleister die Anforderungen der öffentlichen Hand zu beachten und zum anderen jene Bedürfnisse der Leistungsempfänger.



Diese Sonderform ist nicht speziell geregelt, sondern ungeachtet ihrer Partikularitäten wie jede andere Kooperationsform in Sinne des Vergabe- und Beihilferechts zu behandeln.

Die Beurteilung, ob ein öffentlicher Auftrag vorliegt, ist in derartigen Dreiecksbeziehungen schwierig, muss hier doch u. a. geprüft werden, welche Akteure involviert sind, wer der

¹¹³ Gerhardinger, Sozialwirtschaft I, Unterlage im Rahmen einer Lehrveranstaltung an der Georg-Simon-Ohm FH Nürnberg, (2014), Folie 19: Es handelt sich hierbei um Güter mit meritorischem Charakter. Diese sind dadurch charakterisiert, dass sie vom Staat bereitzustellen sind, da sie im Interesse der Allgemeinheit stehen. Nicht jeder mögliche Leistungsempfänger muss diese Leistungen aufgrund Bedürftigkeit auch tatsächlich in Anspruch nehmen (z.B. Behinderten- oder Suchtmittelhilfe). Rettungsdienste in Österreich unterliegen in diesem Sinn ebenfalls dem sozialpolitischen Dreiecksbegriff.

¹¹⁴ Hörmann/Schönthal-Guttman/Grundner, Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb - Grundfragen und Modelle zur Organisation und Finanzierung, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007), 20.

¹¹⁵ Özdoğan, Analyse von Aufbau und Struktur der Diakonie unter besonderer Berücksichtigung der Finanzierung sozialer Dienste, Bachelorarbeit Universität Kassel (2012), 35.

¹¹⁶ Gerhardinger, Sozialwirtschaft I (2014), Folie 17.

¹¹⁷ Gerhardinger, Sozialwirtschaft I (2014), Folie 29.



eigentliche Auftraggeber der Leistung ist, zwischen wem der Leistungsaustausch tatsächlich erfolgt, ob ein Transfer von Rechten (z.B. im Rahmen von Anerkennungs- und Zulassungsverfahren) erfolgt u. v. m.

Die Wahl des Organisationsmodells ist – unabhängig vom rechtlich damit verbundenen Aufwand – umso bedeutender, da je nach Modell verschiedene Steuerungsinstrumente stärker oder weniger stark zur Anwendung kommen (können). So hat die öffentliche Hand bei leistungsorientierten Verträgen (Output-Vorgaben) und Vergabeverfahren (Input-Vorgaben zur Vorgangsweise bei der Erbringung) eine hohe Steuerungsfunktion. Bei Transferzahlungen an die Begünstigten ist ihre Steuerungsfunktion hingegen gering, da hier der Markt durch Angebot und Nachfrage bestimmt wird.

1.6.3 Beihilferechtliche Belange

Dem europäischen Wettbewerbsrecht inhärent ist ein generelles Beihilfeverbot. Dies gilt für sämtliche staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen, die durch die Begünstigung Wettbewerbsverfälschung(en) implizieren oder zu implizieren drohen, indem sie einzelne Unternehmen oder gar Zweige bevorzugen oder benachteiligen, sofern dies den innergemeinschaftlichen Handel beeinträchtigen kann. Bei der Bewertung der Beihilfekonformität sind auf primärrechtlicher Ebene Art 106 und 107 AEUV maßgeblich.

Gemäß Art 107 AEUV sind:

„staatliche oder aus staatlichen Mitteln gewährte Beihilfen gleich welcher Art, die durch die Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige den Wettbewerb verfälschen oder zu verfälschen drohen, mit dem Binnenmarkt unvereinbar, soweit sie den Handel zwischen Mitgliedstaaten beeinträchtigen.“¹¹⁸

Beihilfen sind in diesem Sinne sowohl offensichtliche, staatliche Finanzierungen als auch Steuererleichterungen, Abschreibungsmöglichkeiten oder Zuwendungen (Vermarktung, Beteiligung an Messen, Werbekampagnen etc.).

Hierzu gilt es jedoch anzumerken: Nicht jede staatliche Maßnahme, die zu einer Einkommenssteigerung oder einer Minderbelastung von Unternehmen führt, ist eine Beihilfe. Art 107 bezieht sich ausschließlich auf Maßnahmen (inkl. selektive wirtschaftspolitische Maßnahmen), welche bestimmte Unternehmen, Gruppen oder Produktionszweige selektiv begünstigen können, nicht aber auf allgemeine wirtschaftliche Maßnahmen,¹¹⁹ da diese nur in geringem Maße Wettbewerbsverzerrungen verursachen und

¹¹⁸ Art 107 Abs 1 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012, 91.

¹¹⁹ Hier ist auf völlig objektive Kriterien abzustellen. Die Maßnahme muss ohne jeden Ermessensspielraum für sämtliche Unternehmen gelten: Vgl. EuGH, Rs C-241/94, *Frankreich/Kommission*, Slg 1996, I-4551; EuGH, Rs C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA (DMT)*, Slg 1999, I-3919.



eine Einschränkung der eigenständigen Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten entgegenstehen würde.¹²⁰

Art 106 Abs 2 AEUV räumt den Mitgliedstaaten zudem die Möglichkeit ein, im Interesse des Allgemeinwohls Ausnahmen vom Prinzip des Wettbewerbs zu tolerieren bzw. bestimmte Tätigkeiten zu fördern. Die Bestimmungen gemäß Art 106 AEUV kommen jedoch ausschließlich in Fällen zum Tragen, in denen der Wettbewerb und die Grundfreiheiten nicht behindert bzw. konterkariert werden. Da in der Praxis (dies bestätigt auch die Rspr des EuGH) dem Wettbewerb ein höherer Stellenwert als der Sozialunion zuzukommen scheint, ist diese Regelung allein nicht ausreichend, um die Sicherstellung einer adäquaten Daseinsvorsorge zu gewährleisten. Erwähnenswert ist jedoch, dass die jüngere Rspr beispielsweise in den Rs *Corbeau* und „*Almelo*“ bei Vorliegen eines Allgemeininteresses größere Ermessensspielräume zulässt. Auch gemäß dem „*Magdeburger Urteil*“¹²¹ vom 24. Juli 2003 über die Zulässigkeit staatlicher Beihilfeleistungen im öffentlichen Nahverkehr liegt schon keine staatliche Beihilfe vor, wenn die öffentlichen Zuschüsse als Ausgleich anzusehen sind, die als Gegenleistung für Leistungen zur Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen (= Gegenleistung) durch das begünstigte Unternehmen erbracht werden. Dies wiederum heißt, dass der Zuschuss einen Vorteil für das begünstigte Unternehmen bilden muss, den dieses unter normalen Marktbedingungen nicht erhalten hätte. Dazu sind folgende 4 Voraussetzungen zu erfüllen:¹²²

- Das Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese müssen klar definiert sein.
- Die Parameter für die Erstellung der Berechnungsgrundlage des Ausgleichs müssen zuvor objektiv und transparent festgelegt worden sein.
- Zudem darf der Ausgleich nicht über die Kosten für die gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen hinausgehen.
- Die Auswahl des Unternehmens muss im Rahmen eines öffentlichen Auftragsverfahrens erfolgen. Wurde die Auswahl nicht im Rahmen eines Vergabeverfahrens getroffen, ist die Höhe des Ausgleichs im Vergleich zu den Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches Verkehrsunternehmen zu tragen hätte.

Die wohl bedeutendste beihilferechtliche Entscheidung stellt die Entscheidung in der Rs *Altmark Trans* dar. Darin wurde festgelegt, dass Ausgleichszahlungen für jene Kosten, die aufgrund der zusätzlichen Belastung bei der Erbringung der DAWI entstehen und die ein

¹²⁰ Vgl. dazu u. a. EuGH, Rs 82/77, *Staatsanwaltschaft Niederlande/Jacobus Philippus van Tiggele* (van Tiggele), Slg 1978, 25, Rn 23 u. 25. Gleiches gilt für garantierte Festpreise für aus erneuerbaren Energiequellen produzierten Strom, für die Verteilung von Zollkontingenten, für die Einführung eines internationalen Seeschiffregisters, das die Lohnkosten von Reedereien und indirekt das öffentliche Steueraufkommen vermindert, sowie für die Freistellung von kleineren Unternehmen von den Vorschriften über den Kündigungsschutz oder von Umweltbestimmungen.

¹²¹ Vgl. EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (Altmark Trans), Slg 2003, I-7747.

¹²² Vgl. EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans*, Slg 2003, I-7747.



Unternehmen, das allein den Marktgesetzen folgt nicht zu tragen hätte, keine Beihilfen darstellen, sofern folgende 4 Bedingungen eingehalten werden:

- Das begünstigte Unternehmen muss tatsächlich mit der Erfüllung gemeinwirtschaftlicher Verpflichtungen betraut sein und diese Verpflichtungen müssen klar definiert sein
- Die Parameter, anhand deren der Ausgleich berechnet wird, sind zuvor objektiv und transparent aufzustellen.
- Der Ausgleich darf nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, die Kosten der Erfüllung der gemeinwirtschaftlichen Verpflichtungen unter Berücksichtigung der dabei erzielten Einnahmen und eines angemessenen Gewinns ganz oder teilweise zu decken
- Die Höhe des Ausgleichs ist, wenn die Auswahl nicht im Rahmen eines Verfahrens zur Vergabe öffentlicher Aufträge erfolgt, im Vergleich zu den Kosten zu bestimmen, die ein durchschnittliches Unternehmen im gleichen Sektor zu tragen hätte.

Etwaige Maßnahmen müssten sich folglich auf objektive, nicht diskriminierende und vorab bekannte Kriterien stützen und verhältnismäßig sein, damit dem Ermessen der nationalen Behörden Grenzen gesetzt werden.

Eine interessante Entscheidung mit Bezug zur Förderung von sozialwirtschaftlichen Organisationen erging zudem in der Rs *Sodemare*.¹²³ Sie bestätigt, dass die Einschränkung der Zuerkennung von Kostenersätzen bei gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe auf gemeinnützige Organisationen nicht der Niederlassungsfreiheit widerspricht (siehe Kapitel 3.13). Ungeachtet des vorher Gesagten, zeigt die jüngere Rspr auch, dass etwaige Ausnahmen sehr restriktiv anzuwenden sind.¹²⁴

Da Österreich Teil der Europäischen Union ist, sind auch die Bestimmungen des Unionsrechts zu beachten. Falls nationales Recht nicht so ausgelegt werden kann, dass es mit Unionsrecht vereinbar ist, so ist das fragliche nationale Recht im konkreten Fall unanwendbar zu lassen.

Gemäß dem Unionsrecht verstoßen staatliche Beihilfen grundsätzlich gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen und sind verboten, sofern keine Ausnahmebestimmungen greifen.

¹²³ EuGH, Rs C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA u. Anni Azzurri Rezzato Srl/Regione Lombardia (Sodemare)*, Slg 1997. I-03395.

¹²⁴ Vgl. dazu EuGH, C-160/08, *Rettungsdienste*, Slg 2010 I-03713, Rn 81ff oder die Ausführungen in 1.4; EuGH, Rs C-475/99, *Ambulanz Glöckner*, Slg 2001, I-8089.



Unbeschadet etwaiger Ausnahmerebestimmungen gelten Beihilfevorschriften prinzipiell für alle Unternehmen, sofern diese eine wirtschaftliche Tätigkeit erbringen und die Beihilfe innergemeinschaftliche Auswirkungen hat.¹²⁵ Ob soziale Einrichtungen, die SDAWI erbringen, den Beihilfevorschriften unterliegen, kommt auf die Art der Tätigkeit an.¹²⁶ Dabei ist bei der Prüfung einer etwaigen Anwendung der Binnenmarktregeln zu behandeln, ob es sich um eine wirtschaftliche Tätigkeit handelt. Dies wurde im Rahmen der stRspr des EuGH ausformuliert.¹²⁷ Nicht von Bedeutung ist die Klassifizierung des Unternehmens als gemeinnützig oder For-Profit-Unternehmen;¹²⁸ es kommt vielmehr auf den Markt und Zweck der Leistung an.

Prinzipiell liegt es im Ermessen der Organisatoren von SDAWI, den Rechtsrahmen einzuschätzen. Somit hat die betrauende Behörde sicherzustellen, dass vom Erbringer die Beihilfevorschriften eingehalten werden.¹²⁹ Der Betrauungsakt sollte auf etwaige Vorschriften und Voraussetzungen jedoch Bezug nehmen, denn das Rückzahlrisiko trägt der Erbringer.

Bei einer beihilferechtlichen Prüfung sind folgende Punkte zu beachten (siehe Abbildung 1):

¹²⁵ Vgl. Frage 48, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013, 44f. Eine wirtschaftliche Tätigkeit im Sinne des Wettbewerbsrechts liegt beispielsweise dann vor, wenn die soziale Einrichtung häuslichen Pflegedienst leistet und es andere private oder öffentliche Dienstleister in diesem Bereich gibt. Reine Leistungen der Sozialfürsorge zählen in diesem Fall jedoch nicht als wirtschaftliche Tätigkeit.

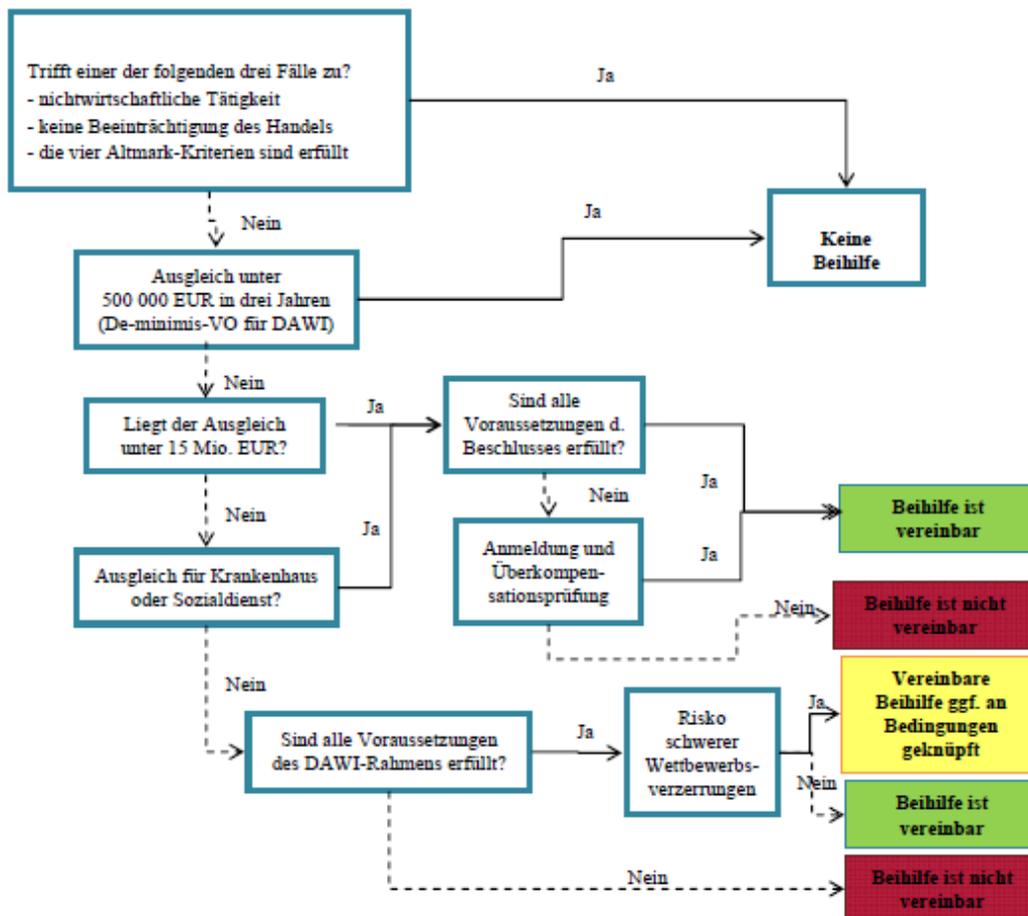
¹²⁶ Vgl. Frage 33, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013, 37.

¹²⁷ Vgl. SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013, 19.

¹²⁸ Vgl. dazu EuGH, Rs C-355/00, *Freskot AE/Elliniko Dimosio* (Freskot), Slg 2003, I-5263.

¹²⁹ Die Verordnung des Bundesministers für Finanzen über Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014), BGBl II Nr 208/2014, berücksichtigen die *De-minimis*-Regelungen und die europäischen Beihilferechtsvorschriften. Zuständig für die Erhebung des Tatbestands beim Förderungswerber ist der Fördergeber, der sich dieser Pflicht entbindet, indem er dem Förderungswerber eine unter Sanktion (Rückzahlung) stehende Mitteilungspflicht auferlegt.

Abbildung 1: Zu beachtende beihilferechtliche Fragestellungen¹³⁰



Die Beihilfebestimmungen des Unionsrechts gelten prinzipiell für alle Unternehmen, d. h. es ist unbeachtlich ob ein Unternehmen mit oder ohne Erwerbszweck tätig wird. Bei der Bestimmung, ob Unternehmen SDAWI erbringen, ist vielmehr auf die Art der wirtschaftlichen Tätigkeit abzustellen.

1.6.4 Subjekt- vs. Objektförderung

Bei einer Förderung handelt es sich um eine finanzielle Unterstützung von Leistungsempfängern mittels Zuschuss durch die öffentliche Hand, d. h. durch den Staat oder aus staatlichen Mitteln. Sie können durch Geld- oder Sachleistungen erfolgen. Bei Sachleistungen werden den Leistungsempfängern Dienstleistungen bzw. Sachleistungen zur Verfügung gestellt, die verschiedenartig durch die öffentliche Hand organisiert werden können.

¹³⁰ Abb. in Frage 20 „Was sind die logischen Schritte bei der Analyse von Ausgleichsleistungen für gemeinwirtschaftliche Verpflichtungen?“, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013, 30.



1.6.4.1 Subjektbeihilfen

Geldleistungen sind Subjektförderungen, bei welchen es sich um finanzielle Zuschüsse der öffentlichen Hand an den Leistungsempfänger handelt. Diese können Individualförderungen ohne Zweckbindung sein, solche mit Zweckbindung oder welche, die mittels Rahmenvereinbarungen vergeben werden.¹³¹

Subjektförderungen ohne Zweckbindung ermöglichen die Zuerkennung von öffentlichen Mitteln an berechnigte individuelle Personen bzw. Gruppen (z.B. aus sozialen Gründen). Hier können Leistungsempfänger grundsätzlich selbst entscheiden, wofür die finanzielle Unterstützung schlussendlich verwendet wird. Beispiele dafür sind z. B. Sozialhilfe, Arbeitslosengeld o. Ä.

Subjektbeihilfen mit Zweckbindung können sein eine Kostenübernahme durch Krankenkassen für Leistungen von Vertragsärzten sowie Projektförderungen (siehe Kapitel 1.6.5), u. v. m. Subjektförderungen mittels Rahmenvereinbarungen gibt es beispielsweise bei anerkannten Trägern. Ein Beispiel ist die Jugendwohlfahrt im öffentlichen Auftrag.

Tabelle 2: Darstellung Geld- bzw. Sachleistungsförderungen

Geldleistung ¹³²	Sachleistung
Subjektförderung ohne Zweckbindung (z. B. Sozialhilfe, Arbeitslosengeld etc.)	¹³³ Eigenerbringung durch die öffentliche Hand
Subjektförderung mit Zweckbindung (z. B. Zuschüsse für Dienstleistungszukäufe bei anerkannten TrägerInnen, Kostenübernahme durch Krankenkassen für Leistungen von Vertragsärzten)	Projektförderung
Subjektförderung mit Rahmenvereinbarung bei anerkannten TrägerInnen (z. B. Jugend-Wohlfahrt)	Öffentlicher Auftrag

Quelle: Eigene Darstellung

Der beihilferechtliche Tatbestand orientiert sich an der Beziehung zwischen der öffentlichen Hand und dem Unternehmen. Bei einer Subjektbeihilfe ohne Zweckbindung erfährt kein Unternehmen eine staatliche Begünstigung. Es entsteht kein Leistungsvertrag zwischen einem Unternehmen als Leistungserbringer und der öffentlichen Hand als Auftraggeber iSd BVergG 2006, womit das Bundesvergabegesetz auch keine Anwendung findet. Probleme

¹³¹ Hörmann et al., Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007) 23.

¹³² Eine berechnigte Einzelperson bekommt aus sozialen Gründen öffentliche Mittel zuerkannt.

¹³³ Dies ist eine Transferzahlung. Darunter wird die Zahlung von öffentlichen Mitteln an Privatpersonen aus sozialen Gründen ohne entsprechende Gegenleistung verstanden, sodass über das Geld frei verfügt werden kann.



ergeben sich somit lediglich bei allgemein rechtlichen Fragen, wie eine etwaige Diskriminierung (nicht-) anspruchsberechtigter Personen. Beihilfe- und vergaberechtliche Bedenken bestehen somit nicht. Zu bedenken ist in diesem Fall aber, dass eine allfällige Leistungssteuerung durch die öffentliche Hand nicht möglich ist.

Schwieriger ist die Einschätzung bei einer zweckgebundenen Subjektförderung. Bei letzterer fließt eine staatliche Unterstützung von Leistungsempfängern oft nur für einen bestimmten Zweck – oftmals auf Grund einer Forderungsübertragung (Zession) – direkt von der öffentlichen Hand an den/die Leistungserbringer.¹³⁴ Zur rechtlichen Beurteilung ist im Einzelfall die Anerkennung etwaiger Leistungserbringer von Bedeutung. Die öffentliche Hand hat im Wesentlichen nur letztere¹³⁵ als Qualitätssteuerungsinstrument zur Verfügung: Mit dem Grad an Offenheit dieses Anerkennungsverfahrens, wächst auch die Rechtssicherheit, denn damit erfolgt die Steuerung der Qualität großteils über die Nutzer/Klienten/Leistungsempfänger, die den Anbieter wählen, der ihren Vorstellungen am besten entspricht. Zu prüfen ist in diesem Fall, ob durch zweckgebundene Subjektbeihilfen Leistungen eines Versorgungsauftrages der öffentlichen Hand finanziert werden. Dabei stellt sich folgende Frage: Wird die Leistung für die öffentliche Hand erbracht (öffentlicher Auftrag) oder erfolgt der Leistungsaustausch tatsächlich nur zwischen privatem Dienstleistungserbringer und Leistungsempfänger (kein öffentlicher Auftrag). Tatsächlich ist auch eine zweckgebundene Subjektförderung unproblematisch, wenn:

- diese Beihilfen gemäß Art 106 Abs 2 AEUV ohne Diskriminierung an einzelne Verbraucher gewährt werden, sowie – mit dem Hintergrund der Nichtdiskriminierung der Unternehmer – die Möglichkeit zur freien Auswahl der Leistungserbringer gegeben ist (beihilferechtlicher Tatbestand).
- dadurch kein Leistungsvertrag und Schuldverhältnis zwischen Unternehmen und öffentlichem Auftraggeber zustande kommt (vergaberechtlicher Tatbestand).

Auch besteht die Gefahr, dass ein solches Modell letztlich als Dienstleistungskonzession im Sinne des Unionsrechts einzustufen wäre (siehe dazu Kapitel 1.6.6). Hierbei gilt es auf die ebenfalls im Rahmen des EU-Vergabelegislativpakets 2014 erlassene und bis 2016 umzusetzende Konzessionsrichtlinie zu verweisen (wobei Dienstleistungskonzessionen – wengleich marginal – nach Maßgabe der stRspr bereits im BVergG 2006 geregelt sind). Zu prüfen ist, dass die Anerkennung der Leistungserbringer durch die öffentliche Hand

- dem Dienstleistungserbringer tatsächlich kein exklusives Recht einräumt,
- jedem gewährt wird, der die Mindestanforderungen erfüllt,
- die Wahlfreiheit durch die Leistungsempfänger gewährleistet ist,

¹³⁴ Zu beachten ist, dass es sich bei der Anerkennung als Leistungserbringer um ein offenes, nach transparenten Kriterien erfolgendes Anerkennungsverfahren handeln muss.

¹³⁵ Aufgrund des Diskriminierungsverbots muss die Auswahl der Leistungserbringer durch ein offenes, nichtdiskriminierendes und transparentes Anerkennungssystem und, nicht zuletzt, die freie Wahl der Leistungsempfänger erfolgen.



- zur Folge hat, dass ein Leistungsvertrag zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger geschlossen wird,
- eine Leistungsabgeltung (auch wenn Geldfluss über Auftraggeber läuft) durch den Leistungsempfänger bedingt.¹³⁶

Nur wenn diese Punkte kumulativ eingehalten werden, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass es sich weder um einen öffentlichen Dienstleistungsauftrag noch um eine Dienstleistungskonzession handelt.

Zusammenfassend findet bei Subjektförderungen mit und ohne Zweckbindung der Leistungsaustausch in der Regel direkt zwischen der öffentlichen Hand/dem Leistungserbringer und dem Leistungsempfänger statt. Subjektförderungen mit und ohne Zweckbindung begründen deshalb grundsätzlich keine vergaberechtliche Ausschreibungspflicht, gerade bei nicht-zweckgebundenen Förderungen ist jedoch im Detail zu prüfen, ob nicht doch ein „echter Leistungsaustausch“ stattfindet.

Aus diesem Grund hat der Leistungsempfänger auch die Kosten zu tragen, wobei die öffentliche Hand lediglich einen Zuschuss in Form der Subjektbeihilfe gewährt.¹³⁷

Abschließend kommt auch bei Objektförderungen unter Umständen die Anwendung des Vergaberechts in Betracht:

- Das Vergabeverfahren kann bei ambulanten Beratungsdienstleistungen anzuwenden sein, sofern der Hilfsbedürftige keine eigene Leistung erbringt und die öffentliche Hand Dienstleistungen zukaft¹³⁸
- Mobile Dienste können dem Vergaberecht unterliegen.
- Werden Leistungen einer (teil)stationären, rechtsansprüchlich verbürgten Unterbringungsleistung von der öffentlichen Hand direkt (iSv inhaltlich und preislich, nicht jedoch mengenmäßig) zugekauft, ist dies auch vergaberechtlich relevant, auch wenn diese im Einzelfall auf den Bedarf geprüft und verrechnet wird. Wird eine Leistung nicht direkt zugekauft, unterliegt diese Dienstleistung auch nicht dem Vergaberecht.

¹³⁶ Geldfluss über Auftraggeber ist aber möglich.

¹³⁷ Hörmann et al., Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007), 27.

¹³⁸ z. B. bei Familienberatungsstellen, Jugendberatungsstellen, Schuldnerberatung, ...



Bei der rechtlichen Beurteilung kommt der Unterscheidung der verschiedenen Förderarten Bedeutung zu. Grundsätzlich ist festzuhalten, dass Subjektförderungen ohne Zweckbindung kein vergaberechtliches Element beinhalten; Subjektförderungen mit Zweckbindung könnten unter Umständen je nach Ausgestaltungen dem Vergaberecht unterliegen, müssen dies jedoch nicht. Auch Objektförderungen können im Unterschied dazu möglicherweise schon vergaberechtlich relevant sein. Es ist somit jeweils auf die allgemein rechtlichen Fragen zu achten.

1.6.4.2 Zweckgebundene Subjektbeihilfe in Verbindung mit Rahmenvereinbarungen anerkannter Leistungserbringer

Eine klassische Erscheinungsform des sozialpolitischen Dreiecks stellt die Subjektbeihilfe in Verbindung mit Rahmenvereinbarungen anerkannter Leistungserbringer dar.¹³⁹ Auch wenn deren Ausgestaltung in den Bundesländern unterschiedlich ist,¹⁴⁰ ist der Beihilfeempfänger prinzipiell die individuelle Person. Die öffentliche Hand schließt in der Regel mehrjährige Rahmenvereinbarungen mit den Dienstleistungserbringern. In diesen Rahmenvereinbarungen wird die Leistung, deren erwarteter Umfang sowie deren Qualität festgelegt. Tagsatzvereinbarungen legen die Höhe der Entschädigung fest. Bereits kleine Abweichungen können hierbei zu divergierenden rechtlichen Beurteilungen führen.¹⁴¹

Von einer Anwendung des Vergaberechts ist nicht auszugehen, wenn folgende Tatbestände kumulativ erfüllt sind:¹⁴²

- Der Leistungsempfänger hat die freie Wahl von Dienstleistern, mit denen Rahmenvereinbarungen geschlossen wurden.¹⁴³
- Die Festlegung der Tagsätze entspricht den Kriterien von Altmark Trans und darauf aufbauenden Bestimmungen (siehe dazu Kapitel 1.6.3).
- Der Leistungsaustausch ist begründet durch einen Leistungsvertrag zwischen dem Dienstleistungserbringer und dem Leistungsempfänger, wobei die Kosten der Dienstleistungsempfänger unter Erhalt eines Zuschusses der öffentlichen Hand (=Subjektbeihilfe), welcher mit dem Leistungserbringer abgerechnet werden kann (= Zession), trägt.

¹³⁹ Hörmann et al., Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007), 26.

¹⁴⁰ Je nach Bundesland wird in der Rahmenvereinbarung der erwartete Leistungsumfang und/oder die erwartete Qualität festgelegt. Tagsatzvereinbarungen werden meist auf jährlicher Basis abgeschlossen und legen die Höhe der Vergütung je Einheit fest.

¹⁴¹ Hörmann et al., Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007), 26: Z.B. wenn die Höhe kann zwischen den Dienstleistungserbringern gleich, aber auch verschieden sein.

¹⁴² Hörmann et al., Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007), 26: Z.B. wenn die Höhe kann zwischen den Dienstleistungserbringern gleich, aber auch verschieden sein.

¹⁴³ Am sichersten ist der Fall, wenn die Beteiligung an der Rahmenvereinbarung ausgeschrieben wird, oder aber wenn Vereinbarungen mit allen qualifizierten Unternehmen geschlossen werden.



1.6.5 Förderungsverträge

Der Beihilfebegriff subsumiert jede Form der Begünstigung durch die öffentliche Hand, die einem Unternehmen einen Wettbewerbsvorteil verschaffen könnte. Die österreichische Terminologie spricht hierbei oft von (Projekt-)Förderungen oder (Projekt-)Förderungsverträgen. Hierbei handelt es sich nicht um das Submissions-, sondern um das Zuschussmodell. Letzteres bildet eine Ausnahme aus dem BVergG 2006. Die öffentliche Hand finanziert bzw. bevorschusst mittels Förderungsvertrag die Durchführung einer zeitlich eingrenzenden spezifischen Maßnahme. Der Fördernehmer ist nicht zur Leistungserbringung verpflichtet, jedoch dürfen die zur Verfügung gestellten Mittel nur für die spezifische Maßnahme verwendet werden. Möglich ist dieses Modell z.B. bei ambulanten Einrichtungen.¹⁴⁴

Zu beurteilen ist eine Projektförderung prinzipiell nicht anders als jede andere Beihilfe. Es ist somit zu prüfen, ob die Einzelmaßnahme (oder evtl. Förderprogramm) mit dem EU-Beihilfenrecht vereinbar ist bzw. notifiziert werden muss, bzw. ob die *De-minimis*-Verordnung oder eine andere Ausnahmebestimmung zu berücksichtigen ist.

Eine Projektförderung unterliegt nicht dem Vergaberecht. Allerdings ist auch hier zu beachten, dass die Bestimmungen des Vergaberechts schon Anwendung finden können, (z. B. sollten Leistungsverträge als Förderungen getarnt werden), sofern es sich in Wahrheit um den Austausch von Leistungen gegen Entgelt handelt.

Da sich das Beihilfe- und Vergaberecht unabhängig voneinander entwickelt haben, ist die Differenzierung in der Tat oftmals schwer. Im Folgenden wird deshalb ein Versuch der Definition und eine Beschreibung der dem Förderungsvertrag inhärenten und zu beachtenden Charakteristika unternommen.

1.6.5.1 Unterschied öffentlicher Auftrag – Förderungsvertrag

Förderungsverträge sind europarechtlich nicht explizit geregelt. Die dafür geltenden Bestimmungen leiten sich im Wesentlichen auf unionsrechtlicher Ebene aus den allgemeinen Beihilfebestimmungen und im Speziellen auf österreichischer Ebene aus den Allgemeinen Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Fördermitteln aus Bundesmitteln ARR 2014 ab. Der wesentliche Unterschied zu den bereits erwähnten Modellen besteht darin, dass mit dem Förderungsvertrag nicht eine dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabe gewährleistet, sondern ein Verhalten gefördert wird.¹⁴⁵ Im Folgenden wird dies noch einmal näher präzisiert:

¹⁴⁴ Hörmann et al., Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb, *provo Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Auf. (2007), 28f.

¹⁴⁵ Ist ein öffentlicher Auftrag Resultat des Submissionsmodells, ist der Förderungsvertrag Resultat des Zuschussmodells. Von besonderer Bedeutung sind deshalb in der Entscheidung zur Vergabe von Förderungen haushaltäre Aspekte, auf welche hierin aber nicht näher eingegangen wird.



- Förderungsverträge sind zeitlich zu befristen. Dies galt *de jure* für öffentliche Aufträge bisher nicht, *de facto* jedoch schon.¹⁴⁶
- Dem Förderungsvertrag **fehlt zudem der Beschaffungszweck**. Er dient somit nicht primär der Befriedigung eines Bedarfs des öffentlichen Vertragspartners, und ist nicht auf eine eigene/ dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabenerfüllung gerichtet.
- Da dem Förderungsvertrag kein Beschaffungszweck inhärent ist, handelt es sich hier lediglich um Zuschüsse für ein subventionsgerechtes Verhalten von Seiten der öffentlichen Hand. Auch hier spielt der Begriff des Allgemeininteresses eine wichtige Rolle, geht es doch um ein im Allgemeininteresse liegendes Verhalten, das ohne Zuwendung nicht oder nicht in der gewünschten Art und Leistung erreicht würde und das er mittels einer Zuwendung fördern will.
- Es entsteht kein Schuldverhältnis. Beim Förderungsvertrag kann lediglich ein förderkonformes Verhalten verlangt werden.

Das bedeutet zum einen, dass nicht jede Handlung, im Rahmen derer öffentliche Mittel fließen, einen öffentlichen (vergabepflichtigen) Auftrag begründet, zum anderen jedoch auch, dass es in der Praxis mitunter schwierig ist, eine Abgrenzung zwischen Förderungsvertrag und den anderen Modellen zu treffen.

Im Unterschied zum öffentlichen Auftrag beinhaltet die ARR 2014 auch eine Eigenleistungspflicht,¹⁴⁷ deren Höhe sich einerseits am Vorteil für den Förderungswerber und an seiner wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, sowie andererseits am Bundesinteresse betreffend der geförderten Leistung orientiert, sofern sich aus der geförderten Leistung unmittelbar ein wirtschaftlicher Vorteil für den Förderungswerber ergibt, bzw. wenn im Hinblick auf das allgemeine Förderungsziel die Hilfe zur Selbsthilfe zweckmäßig ist. Hierzu gibt es jedoch Ausnahmeregelungen.¹⁴⁸

Eine Konsequenz, aus der der Unterschied zwischen öffentlichem Auftrag und Förderungsvertrag klar(er) ersichtlich wird, ist die Einforderbarkeit der Leistung. Es kann nämlich lediglich eine widmungsgemäße Verwendung der Fördermittel gefordert werden. So besteht bei dem Förderungsvertrag eigentlich keine Leistungspflicht des Fördergeldempfängers, die Nichterfüllung ist lediglich durch Verlust des Fördergeldes sanktionierbar. Der Fördergeber ist zudem nicht dazu verpflichtet, ein subventionsgerechtes

¹⁴⁶ § 20 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁴⁷ Vgl. § 16 ARR 2004, BGBl II Nr 208/2014. Bei Eigenleistungen handelt es sich um die Verpflichtung des Förderungswerbers, einen finanziellen Beitrag zur Gesamtförderung zu leisten. Eigenleistungen des Förderungswerbers sind sowohl Eigenmittel im engeren Sinn (Barmittel) als auch eigene Sach- und Arbeitsleistungen, Kredite oder Beiträge Dritter.

¹⁴⁸ Wenn 1. diese dem Förderungswerber wirtschaftlich nicht zumutbar ist (wenn er z. B. alle ihm billigerweise zumutbaren sonstigen Finanzierungsmöglichkeiten ausgeschöpft hat) und 2. die Durchführung der Leistung allein durch die Förderung aus Bundesmitteln und allfällige Förderungen Dritter finanziell gesichert erscheint. Siehe § 16 Abs 3 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



Verhalten zu erwirken. Dies impliziert eine geringere direkte Steuerungsmöglichkeit durch die öffentliche Hand als dies beim klassischen öffentlichen Auftrag der Fall ist.¹⁴⁹

Diese Art des Förderungsvertrags findet sich in ErwGr 4 und 114 RL 2014/24/EU. Dort als Finanzierung bezeichnet, werden sie in ErwGr 4 RL 2014/24/EU definiert als

„Finanzierung, insbesondere durch Finanzhilfen, von Tätigkeiten, die häufig mit der Verpflichtung verbunden ist, erhaltene Beträge bei nicht bestimmungsgemäßer Verwendung zurückzuzahlen.“

Dem Förderungsvertrag fehlt der Beschaffungszweck, welcher im öffentlichen Auftrag gegeben ist. Stattdessen geht es um Förderung eines im Allgemeininteresse liegenden Verhaltens, das ohne Förderung nicht effektiv oder in dem vorgesehenen Rahmen erreicht werden kann.

1.6.5.2 Rechtsrahmen für Förderungsverträge – EU und Österreich

Es gibt keine verfassungsrechtlich verankerte Grundlage für Förderungen in Österreich.

Die Gebietskörperschaften verfügen hinsichtlich Form und Erbringung von Leistungen über eine relative Wahlfreiheit. Sie können Dienste selbst erbringen, auslagern oder fördern. Grundlegend ist dazu anzumerken, dass Art 10 bis 15 B-VG die Zuständigkeit in der Gesetzgebung und die Vollziehung von Bund und Ländern regeln.¹⁵⁰ Dies gilt jedoch lediglich für die hoheitliche Verwaltung. Die nicht-hoheitliche Verwaltung ist nicht an die Kompetenzteilung gebunden, da Art 10 bis 15 B-VG die Stellung des Bundes und der Länder als Träger von Privatrechten in keinsten Weise berühren.¹⁵¹ Dies ergibt sich aus Art 17 B-VG.¹⁵²

Regelungen zur Gemeindeebene ergeben sich insbesondere aus Art 116 Abs 2 ff B-VG: Als selbstständiger Wirtschaftskörper hat die Gemeinde das Recht, innerhalb der Schranken der allgemeinen Bundes- und Landesgesetze Vermögen aller Art zu besitzen, zu erwerben und darüber zu verfügen.¹⁵³ In Verbindung mit Art 118 Abs 2 B-VG ergibt sich, dass die Privatwirtschaftsverwaltung zum eigenen Wirtschaftsbereich der Gemeinde zu zählen ist.¹⁵⁴

Europarechtlich sind Art 14 u. 106 Abs 2 AEUV von Bedeutung. Art 14 AEUV stellt die Grundlage für die Erlassung von europarechtlichem Sekundärrecht im Bereich der

¹⁴⁹ Bei der Prüfung, ob ein Förderungsvertrag legitim ist, gilt es zusammenfassend zu analysieren, ob ein Beschaffungsbezug besteht, zu dem der öffentliche Auftraggeber verpflichtet ist.

¹⁵⁰ Vgl. Art 10-15 B-VG, BGBl I Nr. 102/2014.

¹⁵¹ Vgl. Art 10-15 B-VG, BGBl I Nr. 102/2014.

¹⁵² Vgl. Art 17 B-VG, BGBl I Nr. 102/2014.

¹⁵³ Vgl. Art 116 Abs 2 ff B-VG, BGBl I Nr. 102/2014.

¹⁵⁴ Siehe dazu auch VfSlg 12.189/1989. Es gilt jedoch laut VfSlg 16.159/2001 anzumerken: „Die staatliche Aufsicht erstreckt sich auf den gesamten Wirkungsbereich einer Gemeinde, gleichgültig, ob es sich hierbei um Angelegenheiten der Hoheits- oder Privatwirtschaftsverwaltung handelt. Das Aufsichtsrecht des Landes erstreckt sich somit auch auf jene Beschlüsse der Gemeinde, die die Privatwirtschaftsverwaltung betreffen, würde doch andernfalls die Wirksamkeit der Kontrolle davon abhängen, ob die Gemeinde sich bei ihrem Handeln hoheitlicher oder privatwirtschaftlicher Formen bedient.“



Daseinsvorsorge, inkl. Förderungen, dar. Das bedeutet, dass es der Europäischen Union möglich ist, verbindliche Rechtsakte (wie Verordnungen oder Richtlinien) zu erlassen, an die sich Mitgliedstaaten zu halten bzw. welche sie nach eigenem Ermessen umzusetzen haben. Art 106 Abs 2 AEUV enthält eine allgemein anerkannte Definition von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und wird als solches oft für die Bestimmung von unzulässigen oder zulässigen staatlichen Beihilfen herangezogen (siehe Kapitel 1.6.3).

Was soziale und arbeitsmarktpolitische Dienstleistungen betrifft, so ist die österreichische Praxis geprägt von einer sehr heterogenen Erbringungs- und Finanzierungsform. Dies betrifft vor allem die Erbringung, den Rechtsrahmen und die finanzielle Ausgestaltung.

Nach § 12 ARR 2014 sind soziale Leistungen förderungswürdig, wenn

- an ihnen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und
- sie geeignet sind, zum sozialen Fortschritt beizutragen.¹⁵⁵

Dies führt § 15 Abs 2 ARR 2014 weiter aus, wonach die Durchführung der Leistung ohne die Förderung aus Bundesmitteln nicht oder nicht im notwendigen Umfang möglich sein darf. §§ 15 Abs 1 u. 18 ARR 2014 schreiben die Einforderung von fachlichen und wirtschaftlichen Eignungskriterien des Förderungswerbers vor.

Unter den Förderungsbegriff fallen gemäß § 2 ARR 2014:

1. *„zins- oder amortisationsbegünstigte Gelddarlehen,*
2. *Annuitäten-, Zinsen- und Kreditkostenzuschüsse sowie*
3. *sonstige Geldzuwendungen privatrechtlicher Art, die der Bund in Ausübung der Privatwirtschaftsverwaltung (Art 17 B-VG) einer außerhalb der Bundesverwaltung stehenden natürlichen oder juristischen Person oder einer im Firmenbuch eingetragenen Personengemeinschaft auf Grundlage eines privatrechtlichen Förderungsvertrages aus Bundesmitteln für eine förderungswürdige Leistung (§ 12) gewährt, ohne dafür unmittelbar eine angemessene, geldwerte Gegenleistung zu erhalten.“*

Dies können Einzelförderungen¹⁵⁶ oder Gesamtförderungen¹⁵⁷ sein.

¹⁵⁵ § 12 ARR 2014.

¹⁵⁶ Werden für eine einzeln abgegrenzte, zeitlich und sachlich bestimmte Leistung vergeben. Siehe § 21 Abs 1 Z 1 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁵⁷ Zur Deckung des gesamten oder aliquoten Teiles des nach Abzug allfälliger Einnahmen verbleibenden Fehlbetrages für die bestimmungsgemäße Gesamttätigkeit eines Förderungswerbers innerhalb eines im Förderungsvertrag bestimmten Zeitraumes (z. B. die Erfüllung der satzungsgemäßen Aufgaben eines Vereines während eines Jahres durch Übernahme eines Teiles der Abgangsdeckung). Siehe § 21 Abs 1 Z 2 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



Hervorzuheben ist hierbei, dass die ARR 2014 nicht den eher wertungsfreien Beihilferechtsbegriff der EU verwendet, sondern die "förderungswürdige Leistung" mit dem Zweck einer Verhaltensförderung und der Hilfe zur Selbsthilfe verbindet. Förderungen sind – wie im Vorhergehenden bereits erwähnt – zeitlich zu befristen. Diese Bestimmung schlägt sich auch in den Ausnahmen vom Geltungsbereich nieder, denn das Tatbestandsmerkmal der förderwürdigen Leistung ist folglich nicht erfüllt, wenn die Zuwendungen im Rahmen der Förderung Sozialleistungscharakter haben und zur reinen Einkommensverbesserung dienen bzw. unmittelbar zur Befriedigung existentieller Individualbedürfnisse beitragen.¹⁵⁸

Zu beachten ist, dass es in einigen Bundesländern allgemeine Förderrichtlinien für die Förderung aus Landesmitteln gibt, die zwar zum Teil viele Gemeinsamkeiten mit der ARR aufweisen, jedoch auch weitere Sonderregelungen enthalten. In anderen Bundesländern gelten Vorschriften, die in einschlägigen Richtlinien der jeweiligen Förderungsgegenstände eingebettet sind. Eher im Detail und in formaler Natur unterscheiden sich die Regelungen über die grundsätzlichen Fördermodalitäten in Bezug auf die Bundesregelungen.¹⁵⁹

§ 4 ARR 2014 weist darauf hin, dass – und das stellt einen wesentlichen Unterschied zum öffentlichen Auftrag dar – kein Rechtsanspruch auf Gewährung der Förderung besteht, selbst wenn die Förderungsvoraussetzungen erfüllt sind.¹⁶⁰

Anhand des Beispiels der ARR 2014 wird klargestellt, dass auch im Förderwesen Regeln existieren. Diese sind im Grunde den Vorgaben für die Vergabe nicht-prioritärer Dienstleistungen als öffentlichen Auftrag nicht unähnlich. Die ARR 2014 sieht – in Konformität mit den primärrechtlichen Grundprinzipien – eine Transparenz- und Nichtdiskriminierungsverpflichtung vor sowie die Pflicht, das Gleichbehandlungsgesetz zu beachten.¹⁶¹ Zuständig für die Erhebung des Tatbestands beim Förderungswerber ist der Fördergeber, der sich dieser Pflicht entbindet, in dem er dem Förderungswerber eine unter Sanktion (Rückzahlung) stehende Mitteilungspflicht auferlegt.¹⁶² Im Einklang mit den unionsrechtlichen Vorschriften, berücksichtigt die ARR 2014 freilich auch die *De-minimis*-Regelungen und die europäischen Beihilferechtsvorschriften.

Gemäß § 40 ARR 2014 ist ein Verwendungsnachweis zu erstellen, der aus einem Sachbericht und einem zahlenmäßigen Nachweis besteht. Aus diesem müssen die Verwendung der gewährten Förderung, der Nachweis über die Durchführung der geförderten Leistung und der erzielte Erfolg hervorgehen. Gemäß § 39 ARR 2014 sind zudem Kontrollen zur Sicherstellung der widmungsgemäßen Verwendung *ex post* vorzunehmen und eventuell

¹⁵⁸ § 3 Z 6 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁵⁹ Vgl. § 10 Abs 2 Allgemeine Förderungsrichtlinien des Landes Oberösterreich, Beschluss der Oberösterreichischen Landesregierung vom 10. Dezember 2007, Fin-010104/187: Zum Beispiel schreibt Oberösterreich in seinen allgemeinen Förderungsrichtlinien vor, dass die Überweisung vorzugsweise auf ein inländisches Konto geschehen solle.

¹⁶⁰ Vgl. § 4 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁶¹ Dies soll hier der Form halber Erwähnung finden. Überraschend ist dies nicht, handelt es sich hierbei doch um teils allgemeingültige Bestimmungen für die öffentliche Hand.

¹⁶² § 17 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



Evaluierungen, Zwischenberichte und Zwischenevaluierungen durchzuführen, ob und inwieweit der angestrebte Erfolg erreicht wurde.¹⁶³

Das Verfahren zur Vergabe/Genehmigung von Förderungsverträgen sieht wie folgt aus:

Tabelle 3: Schritte in der Förderungsvertragsvergabe¹⁶⁴

Schritte	Zusatzinformationen
Prüfung der Zuständigkeit	Bund, Land etc.
Feststellung der Rechtsgrundlage	ARR 2014 etc.
Ansuchen	Voraussetzung schriftliches Ansuchen des Förderungswerbers bei jedem haushaltsführenden Organ oder jeder Förderungsabwicklungsstelle
Förderungsanbot oder Ablehnung	
Annahme des Förderungsanbots	
Leistung nach Zeitplan	
Auszahlung der Förderung nach Bedarf bis zu 90 %	
Verwendungsnachweis	
Kontrolle und Evaluierung	
Auszahlung der restlichen 10 %	

Quelle: Eigene Darstellung

Im Fall einer Förderung, ist - ähnlich zum öffentlichen Auftrag – die Kalkulation bereits im Vorfeld vollständig zu tätigen. Darüber hinaus enthält der Förderungsvertrag alle Auflagen und Bedingungen, die der Eigenart der geförderten Leistung entsprechen und sicherstellen, dass Bundesmittel zweckentsprechend und nur im unbedingt notwendigen Umfang eingesetzt werden.¹⁶⁵ Dies schließt allerdings nicht aus, dass mehrere Förderungsarten nebeneinander für dieselbe Leistung möglich sind.¹⁶⁶ Die Festlegung geeigneter Indikatoren soll eine Erfolgskontrolle sicherstellen.¹⁶⁷

¹⁶³ Siehe auch § 42 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁶⁴ Vgl. § 24ff ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁶⁵ Falls eine Sonderrichtlinie erlassen wurde, können dort abweichende Regelungen über den Vertragsinhalt enthalten sein [z. B. Sonderrichtlinie zur Beruflichen Integration (zur Förderung von Arbeitsmöglichkeiten für Frauen und Männer mit Behinderung)].

¹⁶⁶ §22 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁶⁷ § 24 Abs 1 ARR 2014, BGBl II Nr 208/2014.



Sofern die Förderung überwiegend aus Bundesmitteln erfolgt, es wirtschaftlich gerechtfertigt und mit dem Verwendungszweck vereinbar ist, sind erzielte Gewinne durch den Förderungsnehmern dem haushaltsführenden Organ anzuzeigen und dieses ist bis zur Höhe der erhaltenen Förderung zu beteiligen.¹⁶⁸

Die Finanzprokurator hat im Anschluss an die europäische Richtliniennovelle zwei Gutachten zur Legitimität von Förderungsverträgen für die Erbringungen von sozialen Dienstleistungen erstellt.¹⁶⁹ Während das erste Gutachten auf die vagen Grenzen und die Problematik der zwingenden Anwendung des Vergaberechts bei Parallelen zum öffentlichen Auftrag hinweist, stuft es in einer Zweitbegutachtung durch das Sozialministeriumsservice vergebene Förderungsverträge als nicht vergaberelevant ein.¹⁷⁰ So ist das Ziel der Tätigkeit der eingerichteten Koordinationsstellen die Gleichstellung der Geschlechter, der gleichberechtigte Zugang zur Arbeitswelt und die Beseitigung/Verhinderung von Benachteiligungen aus Gründen der Rasse oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechtes, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.¹⁷¹

In Österreich gibt es keine verfassungsrechtlich verankerte Grundlage für Förderungen. Zurückgegriffen wird auf die unionsrechtlichen Vorgaben. Auf einfachgesetzlicher Ebene ist in Österreich die ARR 2014 von besonderer Relevanz.

Soziale Leistungen müssen geeignet sein zum sozialen Fortschritt beizutragen und an ihnen muss ein erhebliches öffentliches Interesse bestehen. Trotzdem besteht weder ein Anspruch auf Förderung, noch muss sie der kompletten Finanzierung dienen.

Angesichts der Rechtsunsicherheit in diesem Bereich, sind folgende Empfehlungen abzugeben:

Wichtig ist, dass – und dies dient dem Zwecke der Rechtssicherheit einer Handlung, die die öffentliche Hand schon in der Vertragsgestaltung festlegt – im Mittelpunkt entweder ein konkreter Leistungsaustausch mit der öffentlichen Hand oder eine Unterstützung von im öffentlichen Interesse gelegenen Handeln steht.

Zu empfehlen wäre, dass man Organisationsleitlinien für soziale Dienstleistungen in welcher Form auch immer noch vor In-Kraft-Treten des neuen Rechtsrahmens festlegt. Hinzuweisen

¹⁶⁸ § 29 ARR 2004, BGBl II Nr 208/2014.

¹⁶⁹ Vgl. dazu Finanzprokurator, V/364.988, (2014).

¹⁷⁰ Vgl. dazu Finanzprokurator, V/364.988, (2014): „Für das Vorliegen eines (reinen) Fördervertrages spricht auch die Regelung in Punkt I.7. „Förderungsvoraussetzungen und Verfahren“, wonach für die Beurteilung der Erfüllung der allgemeinen Voraussetzungen für die Gewährung einer Förderung sowie für die Abwicklung des Verfahrens die Sonderrichtlinien berufliche Integration des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz zur Förderung von Arbeitsmöglichkeiten für Frauen und Männern mit Behinderung für anwendbar erklärt werden.“

¹⁷¹ Vgl. dazu Richtlinie Schnittstellenmanagement des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Sektion IV/Gruppe A/Abteilung 6, zur Initiierung und Beteiligung des Sozialministeriumsservice an Koordinationsstrukturen, BMASK-44.101/0045-IV/A/6/2014 vom 01. März 2015.



ist dabei aber auch auf das vom EuGH präzierte Frustrationsverbot. Das bedeutet, dass es den Mitgliedstaaten während der Umsetzungsfrist der Richtlinien nicht gestattet ist, Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erreichung der Richtlinienziele ernstlich in Frage zu stellen oder zu verhindern. Ebenso gilt – diese Aussage stützt sich normativ auf Art 4 Abs 3 EUV iVm Art 288 Abs 3 AEUV – dass sie keine Vorschriften erlassen dürfen, die zwar dieselben Ziele verfolgen, die jedoch die Einführung einheitlicher/harmonisierter Bestimmungen in der Union verhindern.¹⁷²

Das Problem besteht insbesondere bei Richtlinien, die im Gegensatz zu Verordnungen und Beschlüssen nicht unmittelbar gültig sind, sondern ein von den Mitgliedstaaten frei umsetzbares Ziel¹⁷³/Ergebnis in Form eines rechtlichen, wirtschaftlichen und/oder sozialen Gesamtzustandes vorgeben.¹⁷⁴ Art 288 Abs 3 AEUV lässt zwar den Mitgliedstaaten die Freiheit, Mittel und Wege zur Umsetzung und Durchführung der Richtlinie selbst zu wählen; nichtsdestotrotz sind diese dazu verpflichtet, sämtliche erforderlichen Maßnahmen im Rahmen ihrer nationalen Rechtsordnung zu ergreifen, die notwendig sind, um die vollständige Wirksamkeit der Richtlinie entsprechend ihrer Zielsetzung zu gewährleisten. In diesem Sinne bewirkt die Beschränkung der Verbindlichkeit von Richtlinien auf ihre Ziele keine Beschränkung in ihrer allgemeinen Bindungswirkung.¹⁷⁵

Zwar wäre angesichts der Tatsache, dass auch die Richtlinien auf alternative Organisationsformen verweisen und soziale Dienstleistungen traditionell und kulturell gewachsen und geprägt sind, eine Ausnahme zu diskutieren; auch hier ist jedoch auf die stRspr zu verweisen, wonach sich ein Mitgliedstaat zur Rechtfertigung der Nichtumsetzung

¹⁷² Vgl dazu auch EuGH, Rs 10/76, *Kommission/Italien*, Slg 1976, 1365. Ebenso GA Reischl, Rs. 10/76 (Kommission/Italien), Slg 1976, 1368: Die fristgemäße Ausführung ist wichtig, damit nicht von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat „eine uneinheitliche Rechtslage“ entsteht; EuGH, Rs C-69/99, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 2000, I-10979; EuGH, Rs C-176/00, *Kommission/Griechenland*, Slg 2001, I-2063; EuGH, Rs C-266/00, *Kommission/Luxemburg*, Slg 2001, I-2073; EuGH, Rs C-263/96, *Kommission/Belgien*, Slg 1997, I-7453, Rn 29: „Die gewissenhafte Befolgung einer Richtlinie ist gerade darum so wichtig, weil die Vollzugsmaßnahmen dem Ermessen der Mitgliedstaaten überlassen sind [...] wären nämlich nach dem Ablauf dieser Fristen noch immer unterschiedliche Regelungen in den Mitgliedstaaten anwendbar, so könnte dies zu Diskriminierungen führen.“

¹⁷³ Greisman, AEUV Artikel 288 (ex-Artikel 249 EGV). In: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Rn 41: „Die Zielsetzung wird normalerweise in der Herbeiführung eines erwünschten künftigen – und damit in der Beseitigung oder Änderung eines unerwünschten gegenwärtigen – Zustandes bestehen; sie kann aber auch in der Aufrechterhaltung der bestehenden Verhältnisse liegen. Soweit der Vertrag etwas als Ziel, Zweck usw bezeichnet oder erkennbar macht, ist dies im Allgemeinen auch als Ziel im Sinne von Art 288 AEUV zu verstehen.“

¹⁷⁴ Greisman, AEUV Artikel 288 (ex-Artikel 249 EGV). In: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Rn 42: „Die Begrenzung der Verbindlichkeit der Richtlinie auf die dort bestimmten Ziele schließt im Einzelfall nicht aus, dass diese Ziele sehr detailliert definiert werden und dem Mitgliedstaat faktisch keinen Handlungsspielraum mehr belassen. Die Zulässigkeit der Regelungsintensität einer Richtlinie hängt vom Regelungsgegenstand ab und ist nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen. Soweit das handelnde Organ lediglich zum Erlass von Richtlinien ermächtigt war, darf es den staatlichen Adressaten in seiner Handlungsfreiheit nicht mehr einengen, als es durch Wortlaut und Zweck der Ermächtigungsnorm geboten war. Zwar dürfen die Form- und Verfahrensvorschriften der mitgliedstaatlichen Adressaten nicht angetastet werden, andererseits müssen Richtlinien, zB im Bereich der Rechtsharmonisierung, detaillierte Regelungen enthalten, damit das Regelungsziel erreicht werden kann. Die Praxis kennt daher sowohl sehr allgemein gehaltene als auch sehr detaillierte Richtlinien.“

¹⁷⁵ EuGH, Rs 14/83, von Colson u. Kamann/Nordrhein-Westfalen, Slg 1984, 01891, LS 1; EuGH, Rs 79/83, Dorit Harz/Deutsche Tradax GmbH, Slg 1984, 01921, LS 1; vgl. dazu näher: Greisman, AEUV Artikel 288 (ex-Artikel 249 EGV). In: von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Rn 41ff.



nicht auf interne Umstände berufen kann¹⁷⁶ und nationales Recht unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Zwecks einer Richtlinie auszulegen ist.¹⁷⁷

Die Prüfung, ob eine mitgliedstaatliche Maßnahme dem Erreichen des Richtlinienziels entgegensteht, obliegt den nationalen Gerichten.¹⁷⁸ - Auch diese sind dabei an das Frustrationsverbot gebunden¹⁷⁹ bzw. nach Umsetzung zur richtlinienkonformen Auslegung verpflichtet.¹⁸⁰

Der OGH sieht als eine auf vertraglicher Basis gewährte Förderung eine

„vermögenswerte Zuwendung aus öffentlichen Mitteln [...], die ein Verwaltungsträger oder eine andere mit der Vergabe solcher Mittel betraute Institution einem Privatrechtssubjekt zukommen lässt, sofern sich dieses statt zur Leistung eines marktgemäßen Entgeltes zu einem im öffentlichen Interesse gelegenen subventionsgerechten Verhalten bereit erklärt“¹⁸¹

Ein Argument dafür, dass kein Beschaffungsvorgang vorliegt, ist auch, dass

„die Nichteinhaltung der vereinbarungsgemäß übernommenen Verpflichtungen durch den Förderungsnehmer bloß den Wegfall der gewissermaßen als Gegenleistung gewährten Förderung und somit die Rückzahlungspflicht, nicht aber eine darüber hinausgehende Sanktion zur Folge hat“¹⁸²

1.6.6 Dienstleistungskonzession

1.6.6.1 Dienstleistungskonzessionen im Europarecht bisher

Dienstleistungskonzessionen waren bislang europarechtlich nicht durch das europäische Sekundärrecht geregelt. Es galten lediglich die primärrechtlichen Grundbestimmungen. Dennoch gab es durch die stRspr der Mitgliedstaaten und des EuGH dargelegte Definitionen der wesentlichen Charakteristika von Dienstleistungskonzessionen.

¹⁷⁶ EuGH, Rs 283/86, *Kommission/Belgien*, Slg. 1988, 3271; EuGH, Rs C-167/90, *Kommission/Belgien*, Slg EuGH, Rs C-167/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1991 I-02535; EuGH, Rs C-168/90, *Kommission/Luxenburg*, Slg 1991, I-02539; EuGH, Rs C-377/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1992, I-01229; EuGH, Rs C-303/92, *Kommission/Niederlande*, Slg 1993, I-4739; EuGH, Rs C-268/93, *Kommission/Spanien*, Slg 1994, I-947; EuGH, Rs C-297/95, *Kommission/Deutschland*, Slg 1996, I-6739; EuGH, Rs C-107/96, *Kommission/Spanien*, Slg 1997, I-3193, Rn 10; EuGH, Rs C-263/96, *Kommission/Belgien*, Slg 1997, I-7453, Rn 27; EuGH, Rs C-144/97, *Kommission/Frankreich*, Slg 1998, I-613, Rn 8; EuGH, Rs C-401/98, *Kommission/Griechenland*, Slg 1999, I-5543, Rn 9; EuGH, Rs C-138/99, *Kommission/Luxenburg*, Slg 1999, I-9021, Rn 10; EuGH, Rs C-274/98, *Kommission/Spanien*, Slg 2000, I-2823, Rn 19.

¹⁷⁷ EuGH, Rs 14/83, *von Colson u. Kamann/Nordrhein-Westfalen*, Slg 1984, 01891; EuGH, Rs C-106/89, *Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA (Marleasing)*, Slg 1990, I-4135; EuGH, Rs C-373/90, *Strafverfahren gegen X*, Slg 1992, I-131.

¹⁷⁸ Vgl. EuGH, Rs C-144/04, *Werner Mangold/Rüdiger Helm (Mangold)*, Slg 2005, I-9981, Rn 67f.

¹⁷⁹ EuGH, Rs C-212/04, *Adeneler u.a./Ellinikos Organismos Galaktos*, Slg 2006, I-06057, Rn 123.

¹⁸⁰ Weiterführend siehe: *Greisman*, AEUV Artikel 288 (ex-Artikel 249 EGV). In: *von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.)*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Rn 42f.

¹⁸¹ OGH 04.05.2005 8 Ob 117/04w; OGH 21.09.1993 1 Ob 18/93; OGH 23.11.1994, 1 Ob 33/94.

¹⁸² OGH 21.06.2007 6 Ob 118/07g.



Die Dienstleistungskonzession ist in ihrem Sinn und Zweck dem öffentlichen Auftrag (vgl. Unterkapitel 1.1.1) nicht unähnlich. Analog zum öffentlichen Auftrag wird der Konzessionär bei der Dienstleistungskonzession durch einen Vertrag mit dem öffentlichen Auftraggeber, welcher im Anschluss an die Zuschlagserteilung vergeben wird, dazu verpflichtet, eine eigentlich dem öffentlichen Auftraggeber obliegende (Pflicht-)Aufgabe durch die Erfüllung bestimmter vertraglich vereinbarter Kriterien zu besorgen. Somit hat sie in der Regel Tätigkeiten zum Inhalt, „die nach ihrer Natur, ihrem Gegenstand und nach den Vorschriften, denen sie unterliegen, in den Verantwortungsbereich des Staates fallen und die Gegenstand von ausschließlichen und besonderen Rechten sein können.“¹⁸³ Im Unterschied zum öffentlichen Auftrag (vgl. Kapitel 1) bekommt der Konzessionsnehmer kein vereinbartes Entgelt als Gegenleistung, sondern es wird ihm das Recht eingeräumt, die Dienstleistung, die der öffentliche Auftraggeber zu erbringen hätte, auf dem Markt zu verwerten. Der Konzessionsnehmer akquiriert die Nutzer (Kunden) seiner Leistung selbst, welche für die nachgefragte Dienstleistung unmittelbar oder mittelbar bezahlen.¹⁸⁴

Konzessionen unterscheiden sich somit von öffentlichen Aufträgen dadurch, dass der Konzessionsnehmer lediglich ein Nutzungsrecht gewährt bekommt und Bürger, welche nicht direkt am Konzessionsvertrag beteiligt sind, für die Inanspruchnahme besagter Leistungen direkt ein Entgelt an den Konzessionär zahlen (müssen).¹⁸⁵ Prinzipiell ist der Rechtsschutz bei öffentlichen Aufträgen (bislang) rigoroser als bei Konzessionen, da erstere mittlerweile sehr detailliert geregelt sind (z. B. Nachprüfungsverfahren) und der Auftragnehmer die geforderten Vertragskriterien auf Grund einer vertraglichen Verpflichtung, die zwischen beiden Parteien entsteht, einhalten muss.¹⁸⁶ Letzteres bedeutet, dass es für Dienstleistungskonzessionen typisch ist, dass das Recht zur Nutzung lediglich einem oder wenigen Unternehmern eingeräumt wird (ausschließliche oder besondere Rechte).

1.6.6.2 Änderungen durch RL 2014/23/EU

In der am 17. April 2014 in Kraft getretenen Konzessionsrichtlinie RL 2014/23/EU, welche bis April 2016 umzusetzen ist, werden Dienstleistungskonzessionen erstmals im europäischen Sekundärrecht geregelt. Darin werden sie wie folgt definiert:

„Dienstleistungskonzession‘ einen entgeltlichen, schriftlich geschlossenen Vertrag, mit dem ein oder mehrere öffentliche Auftraggeber oder Auftraggeber einen oder mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung und der Verwaltung von Dienstleistungen betrauen [...], wobei die Gegenleistung entweder allein in dem

¹⁸³ Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, 2000/C 121/02. In: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABI C 121 vom 29. April 2000, 2ff.

¹⁸⁴ Vgl. Mitterlehner, Kapitel 6. In: Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.), Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge, Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013), 97ff.

¹⁸⁵ Vgl. Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012), 31.

¹⁸⁶ Vgl. Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012), 31.



Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistungen oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung besteht“¹⁸⁷

Gemäß RL 2014/23/EU ist eine Dienstleistungskonzession folglich ein entgeltlich, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein/mehrere öffentliche/r Auftraggeber einen/mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung/Verwaltung von Dienstleistungen, welche keine Bauleistungen darstellen¹⁸⁸, beauftragt. Die Gegenleistung besteht entweder in dem Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung, welche nicht das wirtschaftliche Risiko abdeckt. Inhärentes Merkmal einer Dienstleistungskonzession ist es, dass das Betriebsrisiko für die Nutzung des entsprechenden Bauwerks bzw. für die Verwertung der Dienstleistungen auf den Konzessionsnehmer übergeht. Dieses Betriebsrisiko kann jedoch in abgeschwächter Form übergehen.¹⁸⁹ So heißt es weiter in Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU, dass es sich dabei um ein Nachfrage- und/oder ein Angebotsrisiko handeln kann:

*„Das Betriebsrisiko gilt als vom Konzessionsnehmer getragen, wenn unter normalen Betriebsbedingungen nicht garantiert ist, dass die Investitionsaufwendungen oder die Kosten für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen, die Gegenstand der Konzession sind, wieder erwirtschaftet werden können. Der Teil des auf den Konzessionsnehmer übergegangenen Risikos umfasst es, den Unwägbarkeiten des Marktes tatsächlich ausgesetzt zu sein, so dass potenzielle geschätzte Verluste des Konzessionsnehmers nicht rein nominell oder vernachlässigbar sind“.*¹⁹⁰

Folglich steht nach RL 2014/23/EU die Definition der Dienstleistungskonzession im Einklang mit der stRspr des EuGH und der nationalen Judikatur in Österreich.

Die Richtlinie gilt künftig ab einem Vertragswert von EUR 5.186.000 für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen.¹⁹¹ Dieser Wert berechnet sich aus dem vom öffentlichen Auftraggeber geschätzten Gesamtumsatz ohne MwSt., der vom Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt wird.¹⁹²

Ausschlaggebend für die Bestimmung, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts handelt, ist die Konzessionslaufzeit. Diese ist zwar grundsätzlich zu beschränken, RL 2014/23/EU bestimmt jedoch, dass es im Ermessensspielraum des öffentlichen Auftraggebers liegt, diesen zu bestimmen.¹⁹³ Sollte die Laufzeit fünf Jahre übersteigen, so ist sie auf einen Zeitraum zu beschränken, in dem es dem Konzessionsnehmer nach vernünftigem Ermessen möglich ist,

¹⁸⁷ Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

¹⁸⁸ Auch diese sind in der Richtlinie RL 2014/23/EU geregelt. Im Unterschied zu Dienstleistungskonzessionen gab es bereits unionsrechtliche sekundärrechtliche Regelungen für Baukonzessionen im Rahmen der Vergaberichtlinien.

¹⁸⁹ Vgl. Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

¹⁹⁰ Art 5 Abs 1 lit b RL 2014/23/EU.

¹⁹¹ Vgl. Art 8 Abs 1 RL 2014/23/EU.

¹⁹² Vgl. Art 8 Abs 2 RL 2014/23/EU.

¹⁹³ Vgl. Art 18 Abs 1 RL 2014/23/EU.



„die Investitionsaufwendungen für den Betrieb des Bauwerks oder die Erbringung der Dienstleistungen zuzüglich einer Rendite auf das investierte Kapital unter Berücksichtigung der zur Verwirklichung der spezifischen Vertragsziele notwendigen Investitionen wieder [zu] erwirtschaften“.^{194 195}

Die Regeln für die Konzessionsvergabe sind prinzipiell weniger rigoros als jene für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Wie auch RL 2014/24/EU für öffentliche Aufträge, sieht RL 2014/23/EU eine zusätzliche Ausnahme für soziale und besondere Dienstleistungen vor, welche in Anhang IV RL 2014/23/EU analog zu Anhang XIV RL 2014/24/EU dargestellt sind.¹⁹⁶

Fallen soziale und andere besondere Dienstleistungen unter diese Richtlinie, so gelten für sie prinzipiell „nur“ Art 31 Abs 3 über die Bekanntmachung durch Veröffentlichung einer Vorinformation, Art 32 über die Zuschlagsbekanntmachung und Art 46 und 47 zur Änderung der Vorgängerrichtlinien 89/665/EWG und 92/13/EWG.¹⁹⁷

Somit sieht das Vergabeverfahren laut RL 2014/23/EU für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienstleistungen wie folgt aus:

Der öffentliche Auftraggeber muss die Absicht der Konzessionsvergabe *ex ante* in einer sogenannten Vorinformation mitteilen, welche der Vorinformation zur Bekanntgabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen gleicht.¹⁹⁸ Die Zuschlagsbekanntmachung ist spätestens 48 Tage nach der Vergabe einer Konzession zu übermitteln. Diese beinhaltet die Ergebnisse des Konzessionsvergabeverfahrens, kann jedoch – analog zur Vergabe öffentlicher Aufträge, bei sozialen und besonderen Dienstleistungen vierteljährlich zusammengefasst und innerhalb von 48 Tagen nach Ende des Quartals versandt werden.¹⁹⁹

Zusätzlich zu den Regelungen der Konzessionsrichtlinie gelten freilich die europäischen Grundprinzipien – ihre Beurteilung liegt im Ermessen des Konzessionsgebers.

Grundsätzlich haben Konzessionsbekanntmachungen, Zuschlagsbekanntmachungen und Bekanntmachungen für Änderungen während der Vertragslaufzeit bestimmte Angaben zu enthalten.²⁰⁰ Das Format ist durch jenes der Standardformulare bestimmt, einschließlich jener für Korrigenda.²⁰¹ Diese Standardformulare werden von der Kommission nach einem Beratungsverfahren festgelegt.

¹⁹⁴ Art 18 Abs 2 RL 2014/23/EU spezifiziert des Weiteren, dass die für die Berechnung zugrunde gelegten Investitionsaufwendungen sowohl die zu Anfang getätigten Investitionen, als auch die während der Laufzeit der Konzession getätigten Investitionen umfassen.

¹⁹⁵ Vgl. Art 18 Abs 2 RL 2014/23/EU.

¹⁹⁶ Vgl. Art 19 RL 2014/23/EU.

¹⁹⁷ Vgl. Art 19 RL 2014/23/EU.

¹⁹⁸ Vgl. Art 31 Abs 3 RL 2014/23/EU; Anhang 5 RL 2014/23/EU, 58.

¹⁹⁹ Vgl. Art 32 Abs 1 RL 2014/23/EU.

²⁰⁰ Vgl. Art 33 Abs 1, 1. Satz RL 2014/23/EU.

²⁰¹ Vgl. Art 33 Abs 1, 2. Satz RL 2014/23/EU.



Eine *ex ante*- und *ex post*-Bekanntmachung²⁰² ist gemäß Art 33 Abs 2 RL 2014/23/EU dem Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union mit Hilfe elektronischer Mittel vorzulegen, welches eine Bestätigung des Erhalts ausstellt sowie einen Nachweis der Veröffentlichung. Die Bekanntmachung wird spätestens fünf Tage nach ihrer Übermittlung gem. Anhang IX²⁰³ veröffentlicht.²⁰⁴ Die Kosten für diese Verfahren trägt die Union.

Konzessionsbekanntmachungen werden in einer oder mehreren vom öffentlichen Auftraggeber gewählten Amtssprache(n) der Europäischen Union bekanntgegeben. Nur diese sind verbindlich. In den anderen Amtssprachen wird eine Zusammenfassung der wichtigsten Bestandteile jeder Bekanntmachung veröffentlicht.²⁰⁵

Konzessionsbekanntmachungen und Zuschlagsbekanntmachungen dürfen zudem gemäß Art 33 Abs 4 RL 2014/23/EU erst dann auf nationaler Ebene veröffentlicht werden, wenn die Veröffentlichung auf Unionsebene schon erfolgt ist.²⁰⁶

Erwähnenswert ist abschließend, dass auch die Konzessionsrichtlinie eine Bereichsausnahme für gewisse Feuerwehr- und Rettungsdienstleistungen zur Abwehr von Katastrophen und Gefahren enthält (siehe Kapitel 1.4).²⁰⁷ Die diesbezüglichen Regelungen gestalten sich analog zu jenen für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen. Etwaige Fragen in Bezug auf Auslegung und Interpretationsspielraum sind somit dieselben (vgl. dazu Kapitel 1.4).

²⁰² Nach den Bestimmungen des Anhang VIII, hat die Bekanntmachung der Veröffentlichung von Zuschlagsbekanntmachungen betreffend Konzessionen für soziale und andere besondere Dienstleistungen gem. Art 32 derselben Richtlinie folgende Angaben zu enthalten: Name, Identifikationsnummer (falls im nationalen Recht verlangt) und Kontaktinformationen wie die Anschrift, Telefon- und Fax-Nummer, E-Mail und Internet-Adresse; Art und Haupttätigkeit des (öffentlichen) Auftraggebers; CPV-Nummern (für jedes Los einzeln anzugeben, falls die Konzession in mehrere Lose aufgeteilt wurde); Summarische Angabe des Konzessionsgegenstands; Anzahl der eingegangenen Angebote; Wert des erfolgreichen Angebots inkl. Gebühren und Preise; Name und Kontaktdaten des/der erfolgreichen Wirtschaftsteilnehmer(s); sonstige einschlägige Auskünfte.

²⁰³ Vorgaben für die Veröffentlichung – z. B. wer die Bekanntmachung einzubringen hat, und wo man die Muster und den Verfahrensablauf im Internet finden kann (*Europäische Gemeinschaft, Simap - Informationen über das öffentliche Auftragswesen in Europa*. <http://simap.europa.eu>).

²⁰⁴ Vgl. Art 33 Abs 2 RL 2014/23/EU.

²⁰⁵ Vgl. Art 33 Abs 3 RL 2014/23/EU.

²⁰⁶ Vgl. Art 33 Abs 4 RL 2014/23/EU: Eine Ausnahme besteht für den Fall, dass die Veröffentlichung auf Unionsebene 48 Stunden nach Bestätigung des Erhalts durch das Amt für Veröffentlichungen der Europäischen Union noch nicht erfolgt ist.

²⁰⁷ Vgl. ErwGr 36 sowie Art 10 Abs 8 lit g RL 2014/23/EU.



Bei einer Dienstleistungskonzession handelt es sich um einen entgeltlich, schriftlich geschlossenen Vertrag mit einem öffentlichen Auftraggeber, der einen Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung von Dienstleistungen, ausgenommen Bauleistungen, beauftragt. Im Unterschied zu einem öffentlichen Auftrag werden dem Konzessionsnehmer ausschließliche oder besondere Rechte, d. h. lediglich Nutzungsrechte, eingeräumt. Dieser hat auch das Betriebsrisiko zu tragen.

Dienstleistungskonzessionen wurden erst kürzlich durch unionsrechtliches Sekundärrecht mittels RL 2014/23/EU, normiert. Die RL 2014/23/EU gilt für Verträge ab einem Wert von EUR 5.186.000 für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Zu beachten ist, dass lediglich Art 31 Abs 3, 46 und 47 für soziale oder besondere Dienstleistungen Anwendung finden. Auch schon vor Richtlinienerlass galten die ständige Rechtsprechung und das Primärrecht.

1.6.6.3 Dienstleistungskonzessionen im BVergG 2006

Im Unterschied zum Europarecht sind Dienstleistungskonzessionen im BVergG 2006 sehr wohl geregelt. Auch hier gilt ein schwaches Vergaberegime: Sowohl prioritäre (!) als auch nicht-prioritäre Dienstleistungskonzessionen sind gemäß §§ 8 und 11 BVergG 2006 zu vergeben, wonach ein Verfahren angewendet werden soll:

- das den Grundsätzen des freien und lautereren Wettbewerbs entspricht,
- mit mehreren Unternehmern durchzuführen ist,
- bei dem ein angemessener Grad von Öffentlichkeit gewährleistet ist, soweit diese auf Grund des Wertes und des Gegenstandes des Vertrages erforderlich scheint,
- wobei die gemeinschaftsrechtlichen Grundfreiheiten und das Diskriminierungsverbot zu beachten sind.

Sowohl bei nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen als auch bei nicht-prioritären Dienstleistungskonzessionen galt somit bislang die Notwendigkeit der *ex post*-Bekanntmachung und Vergabe in einem adäquaten wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mit mehreren Unternehmern, welche eventuell eine *ex ante*-Bekanntmachung rechtfertigt.

Somit ändert sich nicht viel für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienstleistungen: Wesentliche Änderung ist die Pflicht zur *ex ante*-Bekanntmachung, welche sich jedoch auch aus dem bisherigen Reglement implizit teils ergeben hat. Für den USB ist zu erwarten, dass die derzeitige Regelung des BVergG 2006 bestehen bleibt.



Im Unterschied zum Unionsrecht sind Dienstleistungskonzessionen im BVerG 2006 geregelt. Die Bestimmungen der §§ 8 und 11 BVerG 2006 sowohl auf prioritäre als auch auf nicht-prioritäre Dienstleistungen anzuwenden.

2. Kapitel/AP 2 | Sozial-Kriterien in der öffentlichen Beschaffung

Was Sozial- und Qualitätskriterien betrifft, so spricht man in der Literatur von „vergabefremden“ oder sekundären Kriterien, Sekundärzwecken, Qualitäts-, Nachhaltigkeits- und Sozial-Kriterien u. v. m. Wie im Folgenden veranschaulicht, handelt es sich bei der Verfolgung von Sekundärzwecken via öffentlichen Aufträgen um ein kontrovers diskutiertes Thema, dient das Beschaffungswesen doch einerseits dem Zweck, (kosten-)effizient zu beschaffen und ist die öffentliche Hand als Auftraggeber andererseits auch gesellschaftliches „role model“. Der folgende Abschnitt dient deshalb der Erörterung von Möglichkeiten, Sozial-Kriterien oder soziale Zwecke im Beschaffungswesen zu berücksichtigen. Zwar liegt der Fokus auf „sozialen“ Aspekten, die hierin getroffenen Aussagen sind aber auch auf darüber hinausgehende ökologische oder nachhaltige Zwecke anwendbar.

2.1 Definition Sozial-Kriterien

Mit der auch in der Privatwirtschaft wachsenden Sensibilität für Qualität und Nachhaltigkeit im Einkauf, der stRspr zu Qualitätskriterien und Sekundärzwecken im öffentlichen Beschaffungswesen als auch den (neuen und kodifizierten) Möglichkeiten durch das EU-Vergaberechtsreformpaket 2014 steigen sowohl Bewusstsein als auch Diskurs zur Integration ebendieser Kriterien. Beschäftigt man sich genauer mit dem Thema, insbesondere mit Sozial-Kriterien in der öffentlichen Beschaffung, wird schnell klar, dass die Kategorie „Sozial-Kriterium“ gar nicht als solche definiert ist. Unter anderem können darunter verstanden werden:

- *“Place based and other people focused employment (such as with respect specifically to youth, indigenous, long-term unemployed, disabled or other disadvantaged groups);*
- *Training and pathways to employment;*
- *Housing/tenancy benefits;*
- *Environmental benefits*
- *Infrastructure for communities*
- *Empowerment and community capacity building*



- *Work experience opportunities*
- *Opportunities for the creation of social enterprise hubs/recreation centres/incubation type centres;*
- *Fee for service for the community but at a reduced/nominal/no fee, depending on a persons's financial means.*²⁰⁸

Die Kommission selbst hat 2010 einen Leitfaden für eine sozialorientierte Beschaffung herausgegeben, in dem sie ihre Vorstellungen von einem sozialverantwortlichen öffentlichen Beschaffungswesen darstellt²⁰⁹ und Kriterien(-kategorien) darlegt, deren Anwendung nach ihrer Auffassung mit den Grundsätzen des Wettbewerbs nach Maßgabe des AEUV vereinbar seien.²¹⁰ Sie schlägt darin folgende und erweiterbare Themenblöcke vor:²¹¹

- Beschäftigung²¹² (inkl. menschenwürdiger Arbeit²¹³),
- Soziale Eingliederung²¹⁴ (inkl. Chancengleichheit, Barrierefreiheit und „Design für Alle“²¹⁵),
- Fairer Handel,²¹⁶
- Subunternehmerverantwortung,
- Förderung von kleinen und mittleren Unternehmen (KMU-Förderung),

²⁰⁸ *Social Procurement Action Group (SPAG) (Hrsg.), Social Procurement in NSW: A Guide to Achieving Social Value through Public Sector Procurement (2012), S 25f.*

²⁰⁹ *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 7ff.*

²¹⁰ Dabei handelt es sich zwar um keinen bindenden Rechtsakt. Dennoch kann ist die Signifikanz des Dokuments im Bereich des soft law als hoch einzustufen.

²¹¹ Dieser Vorschlag zeigt, dass es sich bei der Definition vergleichbarer Kriterien um einen Entwicklungsprozess handelt.

²¹² So beispielsweise: Beschäftigungschancen, menschenwürdige Beschäftigungsstandards, Kollektivvertragsangehörigkeit, Jugendbeschäftigung, Gleichbehandlung, Nicht-Diskriminierung, Langzeitarbeitslose und ältere Arbeitnehmer, Diversitätsstrategien und benachteiligte Gruppen, Einhaltung von Kern-Arbeitsstandards, faire Bezahlung, Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, sozialer Dialog, soziale Grundsicherung, Chancengleichheit.

²¹³ Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Menschenwürdige Arbeit für alle fördern - Der Beitrag der Europäischen Union zur weltweiten Umsetzung der Agenda für menschenwürdige Arbeit, KOM(2006) 249 endg. vom 24. Mai 2006, 2: „Die Verknüpfung von wirtschaftlicher Wettbewerbsfähigkeit und sozialer Gerechtigkeit macht das Wesen des europäischen Entwicklungsmodells aus. Aktiv einen Beitrag zur Förderung menschenwürdiger Arbeit zu leisten, ist integraler Bestandteil der europäischen Sozialagenda und der Bestrebungen der Europäischen Union, die Werte, für die sie eintritt, zu verbreiten und ihre Erfahrungen und ihr Modell einer integrierten wirtschaftlichen und sozialen Entwicklung mit anderen zu teilen.“ Siehe auch das Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Report on the EU contribution to the promotion of decent work in the world (Bericht über den Beitrag der EU zur weltweiten Förderung menschenwürdiger Arbeit), SEK(2008) 2184 vom 02. Juli 2008 auf der Grundlage von KOM(2008) 412 vom 02. Juli 2008, über die erneute Verpflichtung zur Agenda für menschenwürdige Arbeit.

²¹⁴ So beispielsweise: Gleichberechtigter Zugang zu öffentlichen Aufträgen für Unternehmen, die sich im Besitz von Angehörigen ethnischer oder anderer Minderheitengruppen befinden oder ethnische oder andere Minderheitengruppen beschäftigen (z. B. Genossenschaften, sozial orientierte und gemeinnützige Unternehmen), Förderung der Beschäftigung von Menschen mit Behinderungen, einschließlich der Verbesserung ihrer Beschäftigungsfähigkeit auf dem regulären Arbeitsmarkt.

²¹⁵ So beispielsweise: Aufnahme von verbindlichen Bestimmungen in die Leistungsbeschreibungen, die Menschen mit Behinderungen den sicheren Zugang zu öffentlichen Dienstleistungen, öffentlichen Gebäuden, öffentlichen Verkehrsmitteln, öffentlichen Informationen sowie zu IKT-Produkten und Dienstleistungen gewährleisten. Kernpunkt ist die Möglichkeit des Erwerbs von Produkten und Dienstleistungen, die für alle Menschen zugänglich sind.

²¹⁶ So beispielsweise: Möglichkeiten zur Ausrichtung von Ausschreibungen und Verträgen unter bestimmten Voraussetzungen auf den fairen Handel; prinzipiell ist es hier nur sinnvoll auch überprüfbare Fair-Trade-Praktiken zu verlangen. Produkte, welche aus mehreren verarbeiteten Produkten bestehen sind schwer in vollem Umfang prüfbar (z. B. der Stoffbezug von Autositzen).



- CSR (Soziale Verantwortung).

Die oben genannten Themenblöcke beinhalten folgende Teilaspekte:²¹⁷

1. Einhaltung von arbeitsrechtlichen Vorgaben, u. a. der Kern-Arbeitsstandards der internationalen Arbeitsorganisation (ILO) (z. B. das Verbot von ausbeuterischer Kinderarbeit und Zwangsarbeit),
2. Faire Entlohnung, Tarifgebundenheit/Schutz tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen,
3. Förderung von Beschäftigungschancen und Arbeitsplätzen (z. B. von Jugend- und Langzeitarbeitslosen, für Angehörige benachteiligter Gruppen, ältere Arbeitnehmer, Menschen mit Migrationshintergrund, Menschen mit Behinderungen [z.B. Teilnahme geschützter Werkstätten], etc.),
4. Arbeitsplatzsicherheit (Übernahme von Personal),
5. Bildung, Qualifikation und Fortbildungsmöglichkeiten,
6. Gleichstellungsaspekte (Förderung der Gleichbehandlung der Geschlechter, etwa bei der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben),
7. Sicherheit,
8. Gesundheit,
9. Qualität am Arbeitsplatz,
10. KMU: Schaffung von Chancengleichheit durch Förderung der Vergabe von Subaufträgen,
11. Fair Trade: Verbesserung der Herstellungsbedingungen in Entwicklungs- und Schwellenländern,²¹⁸
12. Beihilfen: Zugang zu öffentlichen Dienstleistungen für Hilfeleistungsempfänger.

Auffällig ist zudem, dass es sich bei den oben aufgezählten Punkten mit Ausnahme von Punkt 10 um Arbeitnehmer-Kriterien handelt.

Der erste Punkt dieser Aufzählung ist schwierig zu bewerten, da er die Einhaltung von gesetzlichen Vorgaben betrifft. Die Nicht-Einhaltung des Gesetzes ist zwar ohnehin nicht rechtskonform,²¹⁹ sie konnte aber nur, musste jedoch nicht automatisch zum Entzug eines Auftrags führen.²²⁰ Deshalb empfiehlt es sich, die Einhaltung von arbeits- und

²¹⁷ Vgl. dazu: *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 7ff.*

²¹⁸ Siehe Grundlagenpapier: *Soziale Mindestanforderungen der öffentlichen Beschaffung – Ethische Aspekte einer globalen Wirtschaft (2011).*

²¹⁹ Dies bestätigt auch die Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl L 018 vom 21. Jänner 1997, wengleich es sich hierbei „nur“ um die Entsendung und nicht um die Niederlassungsfreiheit handelt.

²²⁰ Art 27 Abs 1 RL 2004/18/EG.



sozialrechtlichen Bestimmungen explizit zum Vergabegegenstand zu machen und diese im Vergabeverfahren einzufordern bzw. auf Sanktionen zu verweisen. Die neue Richtlinie stärkt die bisherigen Möglichkeiten in diese Richtung, indem eine horizontale Sozialklausel eingeführt wird, gemäß derer die Mitgliedstaaten sicherzustellen haben, dass

„[...] Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften [...]“²²¹

festgelegt sind. Auch können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Nicht-Einhaltung einen zwingenden Ausschlussgrund darstellt (siehe dazu Kapitel 2.2.4).²²²

In Österreich stellt eine nachweisliche Nichteinhaltung gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen²²³ einen Ausschlussgrund vom Verfahren dar.²²⁴ Auch ist die Einhaltung gewisser ILO-Abkommen Pflicht und haben Auftraggeber in der Ausschreibung darauf hinzuweisen, dass die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.²²⁵ Prinzipiell besteht die Gefahr, dass Bieter bzw. Auftragnehmer im Wettbewerb versuchen, das Niveau ihres Beschäftigungsschutzes zu senken, um ein niedrigeres Angebot vorlegen zu können.

In Bezug auf den zweiten Punkt „faire Entlohnung, Tarifgebundenheit/Schutz tarifvertraglicher Arbeitsbedingungen“ müsste der Themenblock in der Definition und im Zweck näher dargelegt werden, bevor hierzu eine vertiefende Aussage getroffen werden kann. Faire Entlohnung kann ein Aspekt der Gleichbehandlung sein (vgl. dazu auch Kapitel 3.4), kann aber auch ein Merkmal des fairen Handels sein (vgl. Punkt 11 der oben angeführten Liste und die Ausführungen dazu weiter unten). Zur Tarifgebundenheit ist die Rs *Rüffert* (Kapitel 2.2.2.3) maßgeblich. Etwaige Implikationen des Hinweises der horizontalen Universalklausel des Art 18 RL 2014/24/EU auf die Einhaltung von Tarifverträgen werden in Kapitel 2.2.4 näher erörtert. Auch das oben genannte Kriterium der „Gleichstellungsaspekte (Förderung der Gleichbehandlung der Geschlechter, etwa bei der Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben“ wird in Kapitel 3.4 näher behandelt.

Die Förderung von Beschäftigungschancen und Arbeitsplätzen (z. B. von Jugend- und Langzeitarbeitslosen, für Angehörige benachteiligter Gruppen, ältere Arbeitnehmer, Menschen mit Migrationshintergrund, Menschen mit Behinderungen [z.B. Teilnahme geschützter Werkstätten]) war einer der Anlassgründe für das Aufkommen von Diskussionen zur Integration von Sekundärzwecken in Beschaffungsvorgängen (siehe Kapitel 2.2.2.1 und 2.2.2.2). Die neue Richtlinie bestätigt, dass es zulässig ist, mit Beschaffungsprozessen „zwei

²²¹ Vgl. Art 18 RL 2014/24/EU.

²²² Vgl. dazu Art 57 RL 2014/24/EU.

²²³ Es sei denn es liegen Ausnahmetatbestände, wie ein zwingendes Allgemeininteresse vor.

²²⁴ § 68 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

²²⁵ § 84 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.



Fliegen mit einer Klappe“ zu schlagen und in diesem Sinne auch Gleichstellungs- und Arbeitsmarktpolitik zu betreiben, sofern diese nicht diskriminierend ist. Weiterhin bestehende Zweifel (vor allem bei den Zuschlagskriterien) werden in den Kapiteln 3.2 bis 3.4 näher diskutiert.

Das Kriterium „Arbeitsplatzsicherheit (Übernahme von Personal)“ steigt an Relevanz: Kommt es zu einem Wettbewerb um soziale Dienstleistungen, dann könnte es sein, dass die erbringenden Bestbieter in Jahresintervallen wechseln. Fragen, die sich stellen, sind jene, was mit dem bisher angestellten Personal geschieht? Muss es übernommen werden? Darf es übernommen werden? Sind in derartigen Branchen – wo der Preis wettbewerbsentscheidend sein kann – Gehaltssprünge noch möglich? Wie soll das Unternehmen dann noch kalkulieren können? Was bedeutet das für die Arbeitnehmer (Gehalt?, Ortswechsel?, Unsicherheit,...) Zu diskutieren ist insbesondere, inwiefern die Betriebsübergangsbestimmungen des AVRAG hier überhaupt greifen würden. Dies ist jedoch nicht Gegenstand dieser Studie.

Das Kriterium der KMU-Förderung²²⁶ ist ein Anliegen, das auch von der Europäischen Kommission im Rahmen der Vergaberichtlinienreform diskutiert wurde.²²⁷ Anlass zur Kritik am bisherigen Beschaffungswesen ist nicht nur, dass besonders KMU bzw. Kleinstunternehmen sich aufgrund ihrer beschränkten Kapazitäten mit Schwierigkeiten in der Beteiligung an Beschaffungsvorgängen konfrontiert sehen könnten, sondern auch – und das macht das Thema der Qualitäts- und Sozialkriterien zu einem kontroversen – dass es ihnen mitunter schwerer fallen könnte, soziale oder andere Kriterien zu erfüllen.²²⁸ Streng gesehen könnte daher eine soziale Vergabe im Sinne einer KMU-Förderung sogar zum Nachteil für die allgemeine soziale Dimension der Leistung werden.

Die nachstehende Tabelle 4 fasst die genannten Themenblöcke und Aspekte noch einmal zusammen. In dieser Tabelle wird dargestellt, wie die teilweise überlappenden Kriterien (neu) strukturiert werden könnten:

²²⁶ In Bezug auf diesen Punkt gilt es zu hinterfragen, ob eine explizite Vergabe an (ausschließlich oder bevorzugt) KMU wettbewerbskonform ist? Wettbewerbskonform wäre es wohl nur, wenn es sich beim Auftragsgegenstand um eine spezielle KMU-Fördermaßnahme handelt. Allerdings geht es bei einer von der Kommission gewünschten KMU-Förderung wohl eher darum, öffentliche Aufträge so zu gestalten, dass auch KMU reelle Möglichkeiten besitzen, im Rahmen ihrer Kapazitäten mitzubieten. Bei dieser Auslegung stellt sich nun wiederum die Frage, ob es sich nicht vielmehr um die Ermöglichung eines nichtdiskriminierenden Zugangs zur Ausschreibung für KMU als um eine KMU-Förderung handelt?

²²⁷ Vgl. GHK, Evaluation of SMEs' access to public Procurement markets in the EU – Final Report, September 2010 (2010); Authority for the Supervision of Public Contracts/Department for the co-ordination of EU Policies, The Comparative Survey on Public Procurement Systems across the PPN (2010); Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen: Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of Best Practice) zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen, SEC(2008) 2193 vom 25. Juni 2008; Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Intelligente Regulierung – Anpassung an die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen, KOM(2013) 122 vom 07. März 2013.

²²⁸ European Expert Group on CSR and SME, Opportunity and Responsibility: How to help more small businesses to integrate social and environmental issues into what they do (2007): In dieser Sache hat zwar eine von der EU eingerichtete Expertengruppe zu Corporate Social Responsibility (CSR) und KMU festgestellt, dass auch viele KMU bereits eine Politik verfolgen, die man als verantwortliches unternehmerisches Verhalten bezeichnen würde – auch wenn sie nicht unbedingt den Begriff CSR dafür verwenden – trotzdem wird beispielsweise auch in der NABE-Strategie des BMLFUW Österreich die Ausnahme von Sozial-Kriterien bei Mikrounternehmen (weniger als 10 Beschäftigte und ein Vorjahresumsatz oder eine Vorjahresbilanzsumme von höchstens EUR 2 Mio.) in Erwägung gezogen.



Tabelle 4: Kriterien für ein sozialverantwortliches öffentliches Beschaffungswesen gemäß Kommissionsleitfaden 2010

Kriterien für ein sozialverantwortliches öffentliches Beschaffungswesen	Definition	Kennzeichnung
Beschäftigungschancen	Jugendbeschäftigung (jugendliche Arbeitslose)	z. B. Förderung junger Arbeitnehmer durch Schaffung neuer Ausbildungs- und Jobchancen
	Langzeitarbeitslose und ältere Arbeitnehmer	z. B. sollen Langzeitarbeitslose und ältere Arbeitnehmer mit neuen Partizipationschancen berücksichtigt werden
	Diversitätsstrategien, Arbeitsmarktchancen für Angehörige benachteiligter Gruppen	z. B. Zuwanderer, ethnische und religiöse Minderheiten, Menschen mit geringem Bildungsniveau, usw.
	Menschen mit Behinderung	z. B. Schaffung eines barrierefreien Arbeitsumfelds mit Kennzeichnung von sozialer Eingliederung
Menschenrechte	menschenswürdige Arbeit	<p>Recht auf produktive Arbeit und Recht auf freie Wahl von Arbeit</p> <p>Grundprinzipien und Rechte am Arbeitsplatz, Einhaltung der Kern-Arbeitsstandards, Gleichstellung der Geschlechter und Nichtdiskriminierung, Fortbildungsmöglichkeiten etc.</p> <p>fares Einkommen, faire Bezahlung</p> <p>Sozialschutz und sozialer Dialog, Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz, Anspruch auf soziale Grundsicherung</p>
	Schutz vor Menschenrechtsverletzungen	z. B. Schutz und Achtung der bürgerlichen Rechte und Freiheiten
Gesetzlich geregelte arbeitsrechtliche und soziale Bestimmungen	nationale Gesetzgebung, Tarifverträge	z. B. dem EU-Recht entsprechende Einhaltung nationaler Gesetzgebung, Einhaltung von Tarifverträgen



	Grundsätze der Gleichbehandlung, Gleichvergütung, Gleichstellung	z. B. Einhaltung der Grundsätze der Gleichbehandlung von Frauen und Männern, Grundsatz der gleichen Vergütung für gleiche Arbeit, Förderung der Gleichstellung der Geschlechter, Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben
	Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz	z. B. Einhaltung der Gesetze zur Sicherheit und Gesundheit am Arbeitsplatz
	Diskriminierungsverbot, Chancengleichheit	z. B. Schaffung gleicher Chancen, Bekämpfung von Diskriminierung aus anderen Gründen wie Alter, Behinderung, Rasse, Religion oder Weltanschauung, sexuelle Ausrichtung, etc.
Unternehmensverantwortung	soziale Eingliederung und der Organisationen der Sozialwirtschaft	z. B. Genossenschaften, sozialorientierte und gemeinnützige Unternehmen; gleichberechtigter Zugang zu öffentlichen Aufträgen für Unternehmen, die sich im Besitz von Angehörigen ethnischer oder anderer Minderheitengruppen befinden oder ethnische oder andere Minderheitengruppen beschäftigen
	fairer Handel	z. B. die Möglichkeit, Ausschreibungen und Verträge unter bestimmten Voraussetzungen (wie Arbeitnehmerrechte, Nachhaltigkeit etc.) auf den fairen Handel auszurichten
	soziale Verantwortung (SVU bzw. CSR)	z. B. unaufgeforderte und über die gesetzlichen Bestimmungen hinausgehende Umsetzung ökologischer und sozialer Ziele (wie beispielsweise die Zusammenarbeit mit Subunternehmern im Hinblick auf ein Bekenntnis zu den SVU) im Tagesgeschäft
Barrierefreiheit und „Design für Alle“	Kernpunkt ist der Erwerb von Produkten und Dienstleistungen, die für alle Menschen zugänglich sind	z. B. Aufnahme von verbindlichen Bestimmungen in die Leistungsbeschreibungen, die Menschen mit Behinderungen den sicheren Zugang zu öffentlichen Dienstleistungen, öffentlichen



		Gebäuden, öffentlichen Verkehrsmitteln, öffentlichen Informationen sowie zu IKT-Produkten und -Dienstleistungen (Informations- und Kommunikationstechnologie) gewährleisten
Förderung von KMU (im Hinblick auf eine Verbindung mit den oben beschriebenen Erwägungen)	Schaffung von Anreizen	z. B. Abbau von Hürden, die der Realisierung von sozialverantwortlicher Beschaffung entgegenstehen: Der Abbau von Hürden lässt sich durch überschaubare Verträge umsetzen, die für KMU kein Teilnahmehindernis an Ausschreibungen darstellen (wie beispielsweise angemessen lange Ausschreibungsdauern, Einhaltung der Zahlungsziele, Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei der Festlegung von Kompetenzen und wirtschaftlichen Erfordernissen, Kostensenkungen, usw.)
	Chancengleichheit	z. B. Losvergabe; Förderung der Vergabe von Subaufträgen ²²⁹

Quelle: Eigene Darstellung

Tabelle 4 gibt zwar einen Überblick, gleichzeitig bedeutet die darin vorgenommene Strukturierung noch keine endgültige Definition. Auch wenn diese an dieser Stelle nicht gegeben werden kann, muss der Versuch unternommen werden, die oben genannten Kategorien noch weiter zu definieren. Dies kann durch eine Teilung in folgende Phasen erfolgen:

1. **Prozess** bedeutet die Grundlage zur Herstellung eines Produkts oder einer Dienstleistung: d.h. mit dieser ersten Phase wird die grundlegende Struktur und der Rahmen geschaffen, in dem das gewünschte Produkt gefertigt oder die Dienstleistung ausgeführt wird (z. B. Fabrikshalle, Maschinen, Produktions- und Zeitpläne etc.).
2. **Inhalt** beschreibt den Sinn und Zweck des gewünschten Produkts oder der Dienstleistung: d.h. in dieser zweiten Phase geht es um die Bestandteile, die das Produkt oder die Dienstleistung wertvoll und funktionstüchtig machen (z. B. Zutaten, Mitarbeiterqualifikation, Materialverwendung etc.).

²²⁹ Die Vergabe von Subaufträgen wurde bislang weniger als Mittel zur KMU-Förderung gesehen, vielmehr geriet diese – aufgrund ihrer Nutzung zum Preis- und Sozialdumping mittels Weitervergabe an günstigere Unternehmen – vor allem im Bereich der Bauwirtschaft in heftige Kritik.



3. **Resultat** spiegelt das Endprodukt oder die vollbrachte Dienstleistung für den Kunden wider: d. h. in dieser letzten Phase geht es um die Zufriedenheit, Anwendung und Wahrnehmung des Kunden in Bezug auf das gefertigte Produkt oder die ausgeführte Dienstleistung (z. B. Konsum, Konsumentennutzen, Kundenzufriedenheit etc.).

Auf eine genauere Darlegung wird an dieser Stelle jedoch verzichtet, da eine solche den Rahmen dieser Studie weit überschreiten würde. Ungeachtet dessen steht fest, dass Sozialkriterien – wenn korrekt und sinnstiftend angewendet – folgende Vorteile bergen können:²³⁰

- Vermeidung von Sozialdumping,
- Nachhaltige Entwicklung,
- Förderung sozialbewusster Märkte (Vermeidung von Diskrepanzen) und eines starken europäischen Binnenmarktes,
- 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.

2.2 Sozial-Kriterien bei öffentlichen Aufträgen

Spricht man von Sozial-Kriterien kommt man nicht darum herum, darauf hinzuweisen, dass sich bei der Anwendung ein Konflikt mit den Grundprinzipien und Grundfreiheiten ergeben könnte, der Beanstandungen rechtfertigen würde. Am deutlichsten wird dies angesichts der Pflicht zur Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung als auch zur Beseitigung sonstiger Beschränkungen des grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehrs nach Art 56 Abs 1 AEUV. Zu dessen Anwendungsbereich führt der EuGH folgendes aus:²³¹

„Nach ständiger Rechtsprechung verlangt diese Bestimmung nicht nur die Beseitigung jeder Diskriminierung des in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Dienstleistungserbringers aufgrund seiner Staatsangehörigkeit, sondern auch die Aufhebung aller Beschränkungen selbst wenn sie unterschiedslos für einheimische Dienstleistungserbringer wie für die Dienstleistungserbringer anderer Mitgliedstaaten gelten, wenn sie geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistungserbringers, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist und dort rechtmäßig ähnliche

²³⁰ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010).

²³¹ Vgl. Kluth, In: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/EGV, 3. Aufl. (2006), Art 49, 50 Rn 54 m. w. N.



*Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen.*²³²

Wenngleich die stRspr und vor allem die neuen Richtlinien Sozial-Kriterien und die Prinzipien einer nachhaltigen Beschaffung explizit anerkennen, gilt es, etwaige Kriterien aufgrund der oben angeführten Bedenken jedenfalls stets im Einzelfall zu prüfen. Ihre Einbindung in den Beschaffungsprozess oder – im Fall von Zuschlagskriterien – die Reihung und Gewichtung im Prozess selbst hängt davon ab, welche Bedeutung der öffentliche Auftraggeber diesen Aspekten zumisst und in welchem Verhältnis sie zu etwaigen anderen Kriterien stehen. Im Folgenden werden deshalb die Möglichkeiten zur Einforderung von Sozial-Kriterien nach Maßgabe der ergangenen Judikatur, der neuen Richtlinien und dem Status Quo im österreichischen Recht beleuchtet. Dabei wird sowohl auf die noch geltenden Richtlinien als auch auf das neue Richtlinienpaket eingegangen.

2.2.1 Bisheriger Rechtsrahmen im Überblick

Bereits längstens seit dem Inkrafttreten der Richtlinien RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG ist auf europäischer Ebene klargestellt, dass öffentliche Auftraggeber jedenfalls soziale Aspekte in der Beschaffung berücksichtigen können, wenngleich die tatsächlichen Formen und Möglichkeiten nur vage dargestellt werden:

Das bisher geltende EU-Vergaberichtlinienpaket von 2004 sieht zwar Möglichkeiten zur Einforderung von ökologischen Kriterien vor, Sozial-Kriterien fanden jedoch kaum Erwähnung. So gestatten Art 53 Abs 1 lit a RL 2004/18/EG und Art 55 Abs 1 lit a RL 2004/17/EG die Verwendung von Umweltkriterien als Zuschlagskriterien, Sozial-Kriterien oder darüber hinausgehende Nachhaltigkeitskriterien werden jedoch nicht genannt. Im Grunde ist dies aber unschädlich für Sozial-Kriterien, da es sich bei den genannten Kategorien um nicht-taxative Aufzählungen handelt.²³³ Was die Ausführungsbedingungen betrifft, so bezeugen schon die Richtlinien von 2004 als Resultat kontroverser Judikatur, dass hier Sozial-Kriterien eingefordert werden können.²³⁴ Die bereits im gegenwärtig Geltung findenden Regelwerk erfolgte Kodifizierung der Möglichkeit, Umweltschutzkriterien in die Vergabe aufzunehmen, ist jedoch nicht allein als nachträgliche Kodifizierung, sondern – ganz im Gegenteil – als Schritt in Richtung zunehmender öffentlicher Verantwortung zu werten, zumal sie eine Debatte um Sekundärzwecke erst genährt und Argumente dafür geliefert hat.

Verweise, in denen explizit auf Sozial-Kriterien eingegangen wird, finden sich hauptsächlich in den Erwägungsgründen der Richtlinien. So sind in ErwGr 1 RL 2004/18EG ökologische und soziale Aspekte gleichrangig genannt und es wird auf die stRspr des EuGH verwiesen (siehe Kapitel 2.2.2). Dies bestätigt, dass Sozial-Kriterien in alle Phasen des Vergabeprozesses eingebunden werden können, sofern den vergaberechtlichen Bestimmungen (nicht-

²³² EuGH, Rs C-3/95, Reisebüro Broede/Sandker, Slg 1996 I-06511, Rn 25.

²³³ Dies bezeugt u. a. EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592.

²³⁴ Art 26 RL 2014/24/EU.



diskriminierend, transparent, erfüllbar [Gleichbehandlung], objektiv, messbar/nicht willkürlich, auftragsgegenständlich etc.) entsprochen wird.²³⁵

2.2.2 Ausgewählte Beispiele der Judikatur

Der EuGH hatte sich bereits in mehreren Entscheidungen mit Sozial- und Umwelt-Kriterien im Vergabeverfahren zu beschäftigen: Dabei ist zu beachten, dass sich sämtliche im Folgenden beleuchtete Entscheidungen auf die EU-Vergaberichtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG oder ihre Vorgängerrichtlinien²³⁶ beziehen, die – wie im Vorhergehenden angedeutet – nicht sehr weit gefasste Regelungen zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien enthalten.²³⁷ Die „neuen“ Richtlinien kodifizieren diese Entscheidungen nach gegenwärtiger Beurteilung bzw. räumen diesen Dimensionen sogar noch mehr Spielraum ein. Eine genaue Beleuchtung erfolgt in Kapitel 2.2.4. Judikatur zu den neuen Richtlinien gibt es mangels erst zu erfolgreicher Umsetzung noch nicht. Auch gilt es zu erwähnen, dass sich die im Folgenden angeführte stRspr teilweise auf ökologische Vergabekriterien bezieht. Die aus diesen Urteilen hervorgehenden Grundsätze können jedoch sinngemäß ebenso auf soziale Vergabekriterien angewendet werden.

2.2.2.1 Rs Beentjes

Im Mittelpunkt der Rs *Beentjes*²³⁸ stand unter anderem der Versuch zur Integration sozialer Kriterien in die Eignungskriterien und Ausführungsbedingungen. Rechtsgegenstand ist ein Rechtsstreit zwischen der Firma Beentjes BV und dem niederländischen Ministerium für Landwirtschaft und Fischerei über die öffentliche Ausschreibung eines Bauauftrags im Rahmen von Maßnahmen zur Flurbereinigung. Die Vergabe des öffentlichen Auftrags war daran geknüpft, dass eine bestimmte Anzahl der für den Auftrag eingesetzten Arbeitskräfte Langzeitarbeitslose sein sollten. Beentjes BV hatte den Zuschlag nicht erhalten, da es der Firma an einer für die auszuführenden Arbeiten ausreichenden spezifischen Erfahrung fehlte,

²³⁵ 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 Ländervergaberechtsakten Deutschlands wird darauf explizit hingewiesen; vgl. Gesetz über die Sicherung von Tariffreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG - NRW) vom 10. Januar 2012.

²³⁶ Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 185/5 vom 16. August 1971; Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 13/1 vom 15. Jänner 1977; Richtlinie 90/351/EWG des Rates vom 19. September 1990 über die Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, ABl. Nr. L 297 vom 29.10.1990; Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 209 vom 24. Juli 1992; Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993; Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993; Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 328 vom 28. November 1997; Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 101 vom 1. April 1998.

²³⁷ Diese nicht weit genug gefassten Regelungen zur Berücksichtigung sozialer und umweltbezogener Kriterien sollten sich in Kürze mit der Verabschiedung eines neuen Vergaberichtlinienpakets „bessern“.

²³⁸ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635.



ihr Angebot weniger günstig erschien und sie nicht in der Lage zu sein schien, Langzeitarbeitslose einzustellen. Im Ausgangsverfahren machte die klagende Beentjes BV geltend, die Entscheidung des Auftraggebers, sie nicht zu berücksichtigen und den Zuschlag stattdessen der Firma mit dem zweitniedrigsten Angebot zu erteilen, obwohl sie das niedrigste Angebot unterbreitet habe, stelle einen Verstoß gegen die geltende Vergaberichtlinie dar.

Der Gerichtshof diskutierte sowohl das Kriterium der Einstellung von Langzeitarbeitslosen als auch die Kriterienebene, auf welcher dies einforderbar sei. Er erachtete dieses Kriterium prinzipiell als zulässig, wenn es nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten führe und vorher den Bietern bekanntgemacht würde. Diese richtungsweisende Einlenkung des EuGH bedeutet jedoch nicht, dass damit der Berücksichtigung vergabefremder Sozial-Kriterien Tür und Tor geöffnet ist. So befand er, dass eine Klausel, die die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen verlangte, nichts mit der Überprüfung der Eignung der Bieter auf der Grundlage ihrer wirtschaftlichen und finanziellen Lage sowie ihrer technischen Fachkenntnisse und Leistungsfähigkeit zu tun habe und als Eignungskriterium somit nicht geeignet sei.²³⁹ Im Gegensatz dazu stünden besondere Bedingungen für die Vertragsausführung mit dem europäischen Primärrecht in Einklang, wenn sie bereits in der verfahrenseinleitenden Vergabebekanntmachung enthalten sind (oder einen integralen Bestandteil der ausgeschriebenen Leistung darstellen) und nicht gegen die Grundfreiheiten verstoßen würden.²⁴⁰

Interessant ist, dass die Europäische Kommission aus der Rs *Beentjes* gefolgert hat, dass lediglich Ausführungsbedingungen, die – da sie außerhalb des Vergabeverfahrens²⁴¹ erst im Stadium der Vertragsdurchführung zu überprüfen seien – keinen Einfluss auf die Vergabeentscheidung hätten, als derartige „zusätzliche“ (soziale) Kriterien als gültig zu erachten seien. Sie berücksichtigte dabei nicht, dass die in Streit stehende Bedingung in diesem Fall entscheidend für die Erteilung des Zuschlags hätte sein und somit als Zuschlagskriterium hätte angewendet werden sollen. Dies wurde in der Rs *Nord-Pas-de-Calais*, insbesondere durch den SA durch GA Alber, aufgegriffen und klargestellt.

2.2.2.2 *Rs Nord-Pas-de-Calais*

Der öffentliche Auftraggeber hatte in der Rs *Nord-Pas-de-Calais*²⁴² vom 26. September 2000 im Rahmen von Bauauftragsvergaben, die bei verschiedenen Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge betreffend den Bau und die Unterhaltung von Schulgebäuden

²³⁹ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635, Rn 28: „Was den Ausschluß eines Bieters mit der Begründung anbelangt, daß er nicht in der Lage sei, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen, so ist zunächst festzustellen, daß eine solche Bedingung weder mit der Prüfung der fachlichen Eignung der Unternehmer im Hinblick auf deren wirtschaftliche, finanzielle und technische Leistungsfähigkeit noch mit den in Artikel 29 genannten Kriterien für die Erteilung des Zuschlags etwas zu tun hat.“

²⁴⁰ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635, Rn 34; siehe auch EuGH, Rs C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, Slg 2000, I-7445, Rn 51 sowie EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenne* (Concordia Bus Finland), Slg 2002, I-7213, Rn 62. Näher *Fehling*, In: *Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht - Handkommentar* (2011), Art 97 GWB Rn 146ff.

²⁴¹ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635, Rn 29.

²⁴² EuGH, Rs C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, Slg 2000, I-7445.



durch die Region Nord-Pas-de-Calais und das Departement Nord zur Anwendung kamen, die Forderung an die Bieter aufgestellt, an einem lokalen Pakt zur Beschäftigungsförderung teilzunehmen.

Vorgesehen war als Zuschlagskriterium zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit die Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen, obwohl dieses beschäftigungspolitische Kriterium nicht mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stand. Die Argumentation stützte sich auf die Rs *Beentjes* (siehe Kapitel 2.2.2.1), denn grundsätzlich hatte der EuGH damit den politischen Einsatz der öffentlichen Auftragsvergabe zum Kampf gegen die Arbeitslosigkeit gestattet.

In dieser Entscheidung stufte der EuGH die „zusätzlichen Bedingungen“ (zur Bekämpfung der Arbeitslosigkeit) erstmals explizit als Zuschlagskriterien ein, wobei er jedoch entschied, dass Kriterien, die nicht in Beziehung zum Vertragsgegenstand stehen, in der Vergabephase nur als „ein zusätzliches Kriterium“ – um zwischen zwei gleichwertigen Bietern zu entscheiden – berücksichtigt werden können, da es sich um ein zusätzliches, nicht entscheidendes Kriterium handle. Er führte weiter aus, dass die Anwendung derartiger Vergabekriterien keinen direkten oder indirekten Einfluss auf die Angebote anderer EU-Mitgliedstaaten haben dürfe und eine Verpflichtung bestünde, diese (zur Wahrung der Transparenz) ausdrücklich in der Vergabebekanntmachung mitzuteilen.²⁴³

Der EuGH beschränkte seine Prüfung in diesem Verfahren auf den Aspekt, ob die Forderung nach der Teilnahme an dem Beschäftigungspakt als (zusätzliches) Zuschlagskriterium (im Gegensatz zu dem in der Rs *Beentjes* formulierten zusätzlichen [Auftrags-] Kriterium) zulässig sei und stellte dabei fest, dass ein öffentlicher Auftraggeber durchaus eine mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende Bedingung als Zuschlagskriterium verwenden könne, solange dieses die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, insbesondere das Diskriminierungsverbot beachte.²⁴⁴

Das Urteil wurde dahingehend ausgelegt, dass der EuGH vergabefremde Kriterien bei der Vergabe öffentlicher Aufträge nicht als Verstoß gegen die Vergaberichtlinien wertet, wenn sie als „zusätzliches“ Zuschlagskriterium formuliert sind und – unter Beachtung der wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts im Übrigen – in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich angegeben werden.²⁴⁵ Die Kommission hat im Anschluss an diese Entscheidung den Versuch unternommen, den Anwendungsraum von Kriterien, die Sekundärzwecke verfolgen, zu begrenzen. So müsse das zusätzliche Kriterium einen

²⁴³ Vgl. EuGH, Rs C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, Slg 2000, I-7445, Rn 51, 52.

²⁴⁴ Der Auffassung, soziale Anforderungen könnten lediglich nach Erteilung des Zuschlags als Auftragsbedingung „nachgeschoben“ werden, jedoch im Rahmen der Wertungsentscheidung keine Berücksichtigung finden, hat auch der EuGH somit nicht stattgegeben.

²⁴⁵ Vgl. *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme: eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Jus Publicum, Band 163 (2007).



wirtschaftlichen Vorteil für den öffentlichen Auftraggeber bringen (mikro- anstatt makroökonomischer Ansatz).²⁴⁶

In Rn 52 der *Nord-Pas-de-Calais*-Entscheidung hat der EuGH ausdrücklich angeführt, die Nichteinhaltung solcher Anforderungen könnte auch als Grund für den Ausschluss eines Bieters dienen. Die Anforderungen seien daher als „Zuschlagskriterien“ zu qualifizieren.²⁴⁷

Dort erläuterte der EuGH seine in der Entscheidung in der Rs *Beentjes* formulierte Rechtsmeinung weiterführend dahingehend, die Bedingung der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen habe als Grund für den Ausschluss eines Bieters gedient. Sie könne daher nur ein „Zuschlagskriterium“ sein. Mit dem Begriff „(zusätzliches) Zuschlagskriterium“ kann, meinen einige, nicht die Vorgabe eines Kriteriums für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes auf der letzten Wertungsstufe gemeint sein. Vielmehr, so lautet eine Annahme, wollte der EuGH verdeutlichen, dass die Nichteinhaltung solcher Kriterien auch dazu führen kann, dass der Zuschlag im Ergebnis des gesamten Wertungsvorgangs nicht auf das Angebot des Bieters erteilt wird. Der EuGH wollte also in erster Linie herausstellen, dass die Vorgabe eines derartigen Kriteriums zeitlich in die Durchführung des Vergabeverfahrens selbst vorverlagert sein kann. Wie bereits oben ausgeführt, sind derartige kalkulationsrelevante Kriterien bereits in den Vergabeunterlagen vorzugeben, um den Bietern eine ordnungsgemäße Kalkulation zu ermöglichen. Klar ist, dass sich der EuGH mit diesem Spruch von der oben genannten und näher ausgeführten Auffassung der Kommission, dass Sozial-Kriterien erst nach der Zuschlagserteilung als Vertragsbedingungen vorgegeben werden könnten bzw. sollten, abgegrenzt hat, indem er klargestellt hat, dass sich die sogenannten „zusätzlichen Kriterien“ schon auf die Zuschlagserteilung selbst auswirken können, wenn sie vom Bieter nicht erfüllt werden. Somit ist unter Umständen auch zu argumentieren, dass der *Nord-Pas-de-Calais*-Entscheidung nicht zu entnehmen ist, dass soziale Belange nur und ausschließlich auf der letzten Prüfungsstufe als Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden können.

Im Anschluss daran ist, dieser Auslegung folgend, die Europäische Kommission davon abgewichen, dass Sozial-Kriterien allenfalls nachträgliche Ausführungsbedingungen für den Auftrag darstellen könnten, die außerhalb des Vergabeverfahrens zu prüfen seien.

Die Kommission vertritt folglich den Standpunkt, dass soziale Anforderungen, die an die Ausführung des Auftrags gestellt werden, als Vertragsbedingungen einzuordnen sind. Anders als früher geht die Kommission aber davon aus, dass die Nichteinhaltung solcher Bedingungen zum Ausschluss des Bieters führen und sich damit auch auf die Zuschlagsentscheidung auswirken kann. Die nach den hierin besprochenen Rs *Beentjes* und *Nord-Pas-de-Calais* erlassene Richtlinie 2004/18/EG normiert neben Eignungs- und

²⁴⁶ Vgl. Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 endg. vom 15. Oktober 2001, Unterkap. 1.6., 27ff.

²⁴⁷ In der Entscheidung Rs *Beentjes* stand eine Verpflichtung des Auftragnehmers auf dem Prüfstand, Langzeitarbeitslose zu beschäftigen. Die Entscheidung Rs *Nord-Pas-de-Calais* hatte ebenfalls die Beurteilung der Einbeziehung von Beschäftigungskriterien in die Wertung zum Gegenstand.



Zuschlagskriterien auch die Zulässigkeit von Ausführungskriterien. Es war offenbar Absicht der Kommission, diese dritte Kriterien-Art zu erfassen und abschließend zu normieren.

Dass das Urteil – vor allem auch die Einstufung als „zusätzliches“ Zuschlagskriterium – mehrdeutig aufgefasst wurde, hat zu Unsicherheit bezüglich der möglichen Anwendungsebenen von Sozial-Kriterien geführt. So wies GA Alber in seinem SA darauf hin, dass bei einem Hilfskriterium, das dann zulässig ist, wenn mehrere gleichwertige Angebote vorliegen, dieses Kriterium – im Falle *Nord-Pas-de-Calais* ein Beschäftigungskriterium – „*letztlich die Stellung eines allein maßgeblichen Zuschlagskriteriums bekäme, was im Licht des Urteils Beentjes gerade ausgeschlossen ist,*“ und „*dieses Kriterium ggf. eine größere Bedeutung bekäme als die anderen Kriterien*“. Bei den Beschäftigungskriterien handelt es sich noch dazu um Kriterien, die nicht unbedingt der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen.²⁴⁸

Aufgrund der bestehenden Widersprüchlichkeiten ist es schwierig, die Zulässigkeit von „nicht-auftragsbezogenen“ sozialen Zuschlagskriterien einzuschätzen. In den Erwägungsgründen der klassischen Richtlinie RL 2004/18/EG heißt es, dass die Zuschlagskriterien auch bei der Verfolgung sozialer Kriterien in Zusammenhang mit dem jeweiligen Auftrag stehen müssen, dem öffentlichen Auftraggeber mithin keine unbeschränkte Wahlfreiheit eingeräumt ist.²⁴⁹ Sollten bei der Auftragsausführung Langzeitarbeitslose, Auszubildende, Menschen mit besonderen Bedürfnissen oder Frauen eingesetzt werden, dürfte die entsprechende Quote bei der Angebotswertung berücksichtigt werden, wohingegen das allgemeine Sozialverhalten eines Bieters nicht in die Angebotswertung einfließen dürfte, da es gerade nicht in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht.²⁵⁰ Das deckt sich auch mit der Auslegung der Kommission in ihrem Leitfaden für eine sozialorientierte Beschaffung.²⁵¹

Aus der Rspr des EuGH ergibt sich, dass der Begriff des Ausführungskriteriums nicht mit dem des zusätzlichen Kriteriums gleichgesetzt werden kann, so differenzierte er in der Vergangenheit klar zwischen Ausführungskriterien und zusätzlichen Bedingungen für den Zuschlag. Selbst die Kommission differenziert mittlerweile zwischen zusätzlichen Kriterien und Ausführungsbedingungen.²⁵² Vergabefremde Ziele können dieser Argumentation zufolge, unbeschadet des Primärrechts, nach Maßgabe der stRspr in der öffentlichen Auftragsvergabe berücksichtigt werden. Derartige zusätzliche Kriterien müssen jedoch auch die primärrechtlichen Vorgaben und Grundsätze wahren.²⁵³

²⁴⁸ SA des GA Alber vom 14. März 2000. In: EuGH, Rs C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, Slg 2000, I-7445, Rn 45.

²⁴⁹ ErwGr 1 RL 2004/18/EG, 114.

²⁵⁰ *Bungenberg*, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme (2007), S 303.

²⁵¹ Vgl dazu *Europäische Kommission*, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 37ff.

²⁵² Punkt 3.4 bzw. Punkt 4 KOM(2001) 566 endg. vom 15. Oktober 2001, ABI C 333/23f bzw. 25f.

²⁵³ Sie sind somit ebenso wie die übrigen Vertragsbedingungen und Zuschlagskriterien bekannt zu geben, um durch Objektivierung des Vergabeverfahrens die Entwicklung eines echten Wettbewerbs sicherzustellen.



2.2.2.3 Rs Rüffert

Der in einem Vorabentscheidungsverfahren vom 03. April 2008 getroffenen Entscheidung *Dirk Rüffert gegen Land Niedersachsen*²⁵⁴ lag das Niedersächsische Landesvergabegesetz zugrunde, das u. a. vorsah, dass Aufträge nur an solche Unternehmen vergeben werden dürfen, die sich schriftlich dazu verpflichten, ihren Arbeitnehmern mindestens das örtlich tarifvertraglich vorgesehene Entgelt zu bezahlen. Dirk Rüffert hatte als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG gegen das Land Niedersachsen geklagt. Der EuGH sollte entscheiden, ob die Verpflichtung zur Zahlung des am Ort tarifvertraglich üblichen Entgelts dem Gemeinschaftsrecht widersprach. Er verneinte die Forderung von regionalen Entgelten mit Verweis auf die Grundfreiheiten: Der EuGH entschied, dass diese landesrechtliche Vorschrift mit dem Gemeinschaftsrecht, konkret der Entsenderichtlinie, nicht im Einklang steht, denn diese sieht für Mindestlohnvorgaben lediglich die Instrumente eines allgemein verbindlichen Tarifvertrags oder einer entsprechenden gesetzlichen Regelung vor.

2.2.2.4 Rs Wienstrom

In der *Rs Wienstrom*²⁵⁵ spezifizierte der EuGH die Bedeutung der Auftragsbezogenheit und Verhältnismäßigkeit. Die Republik Österreich als Auftraggeber schrieb einen Rahmenvertrag und darauf aufbauende Einzelverträge zur Belieferung sämtlicher im Bundesland Kärnten gelegenen Verwaltungsdienststellen des Bundes mit elektrischem Strom im offenen Verfahren aus. In den Ausschreibungsunterlagen hieß es, der jährliche Gesamtbezug der auftragsgegenständlichen Bundesdienststellen sei auf 22,5 Gigawattstunden (GWh) geschätzt worden. Angebote, die keinen Nachweis dafür enthielten, dass der Bieter zumindest 22,5 GWh pro Jahr aus elektrischer Energie, die aus erneuerbaren Energieträgern stammt, erzeugen, kaufen oder liefern könne, würden ausgeschlossen werden. Als Zuschlagskriterien wurden der Preis pro Kilowattstunde mit 55 % sowie das Kriterium Energie aus erneuerbaren Energieträgern mit 45 % festgelegt. Hinsichtlich des letzten Zuschlagkriteriums wurde festgehalten, dass hier nur die Menge der lieferbaren Energie aus erneuerbaren Energieträgern berücksichtigt werde, die über den geschätzten jährlichen Gesamtbezug von 22,5 GWh hinausgeht. Von vier eingereichten Angeboten bewertete der Auftraggeber jenes als das beste, welches die höchste Punktezahl gemäß den beiden Zuschlagskriterien erhielt. Dieser Sachverhalt wurde zum Gegenstand eines Nachprüfungsverfahrens gemacht.

Der EuGH bestätigte darin, dass der öffentliche Auftraggeber zwar sowohl in der Auswahl seiner Zuschlagskriterien als auch in seiner Gewichtung frei ist. *In puncto* Integration von erneuerbaren Energien als technische Spezifikation entschied er jedoch, dass der geforderte

²⁵⁴ EuGH, Rs C-346/06, *Dirk Rüffert/Land Niedersachsen* (Rüffert), Slg 2008, I-1989.

²⁵⁵ EuGH, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Slg 2003, I-14527.



Anteil proportional zu dem Auftragsgegenstand sein müsse.²⁵⁶ Auch hier müssten die in der Rs *Concordia Bus Finland* (siehe Kapitel 2.2.2.5) herausgearbeiteten Kriterien vorliegen.

2.2.2.5 Rs *Concordia Bus Finland*

In der Rs *Concordia Bus Finland Oy Ab* – früher *Stagecoach Finland Oy Ab* – gegen Helsinginkaupunki und HKL-Bussilikenne²⁵⁷ hatte die Stadt Helsinki den Betrieb ihres innerstädtischen Busverkehrs öffentlich ausgeschrieben. Für jede Buslinie wurde ein Los gebildet. Den Zuschlag für eine Linie erhielt der kommunale Wirtschaftsbetrieb HKL. Der Angebotspreis der HKL lag über dem der Klägerin, der *Concordia Bus Finland Oy Ab*. Jedoch erhielt die HKL bei der Angebotswertung mehr Zusatzpunkte für geringere Schadstoff- und Lärmemissionen und hatte insgesamt das wirtschaftlich günstigste Angebot abgegeben. Die von HKL eingesetzten Busse waren erdgasbetrieben und verursachten deswegen geringere Schadstoff- und Lärmemissionen als herkömmliche Busse mit Dieselmotor.

In Bezug auf Umweltkriterien führte der EuGH aus, dass diese auf den Vergabeprozess Anwendung finden können, sofern sie mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, dem Auftraggeber keine unbeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird, sie ausdrücklich im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung genannt sind und sie nicht zur Diskriminierung von Bietern führen.²⁵⁸ Folglich bedeutet dies auch, dass nicht jedes Vergabekriterium, das der öffentliche Auftraggeber festgelegt hat, um das wirtschaftlich günstigste Angebot zu ermitteln, unbedingt rein wirtschaftlicher Art sein muss. Der EuGH erkannte darin auch an, dass es sich um keinen Verstoß gegen den im Vergabeverfahren zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz handelt, wenn die vom öffentlichen Auftraggeber gestellten (Umweltschutz-)Kriterien nur von einer kleinen Zahl von Unternehmen erfüllt werden können,²⁵⁹ sofern sie im Ausgangsverfahren objektiv und ohne Unterschied auf alle Angebote anwendbar sind und mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen, im Leistungsverzeichnis oder in der Auftragsbekanntmachung explizit genannt werden und den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entsprechen.²⁶⁰

2.2.2.6 Rs *Unix/Kommission vs Königreich der Niederlande*

Eine niederländische Vergabebehörde, das Nederlands Inkoopcentrum NV, wollte einen Auftrag für die Lieferung und Instandhaltung einer Wetterwarte vergeben. Der Auftrag wurde im Amtsblatt der EG bekanntgemacht. Im Pflichtenheft der niederländischen Behörde

²⁵⁶ EuGH, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Slg 2003, I-14527.

²⁵⁷ EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Slg 2002, I-7213.

²⁵⁸ EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Slg 2002, I-7213.

²⁵⁹ EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Slg 2002, I-7213, Rn 70, 86: „weil das eigene Verkehrsunternehmen des Auftraggebers zu den wenigen Unternehmen zählt, die in der Lage sind, einen Fuhrpark anzubieten, der diesen Kriterien entspricht.“

²⁶⁰ EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland*, Slg 2002, I-7213.



war vorgegeben, dass als Betriebssystem das in den USA entwickelte „UNIX-System“ verwendet werden müsse.

Es wurde vom EUGH festgehalten, dass in Vergabeunterlagen verwendete Warenzeichen den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ beinhalten müssen, damit auch Wirtschaftsteilnehmer, die dem Warenzeichen ähnliche Produkte verwenden, an der Vergabe teilnehmen können, wie es Art 7 Absatz 6 der Richtlinie 77/62 verlangt.²⁶¹

Diesbezüglich hat der EuGH festgestellt, dass das Fehlen dieser Phrase ein Hemmnis für alle Bieter darstellt, die nicht exakt diese Spezifizierung anbieten (= Diskriminierung), allerdings ein materiell gleichwertiges Produkt zur Verfügung stellen können. Durch den Zusatz „oder gleichwertig“ in den Ausschreibungsunterlagen stellt eine spezielle Bezeichnung kein Problem dar. Eine solche spezielle Bezeichnung soll jedoch nur genannt werden, sofern es der Beschreibung des Produkts unabdinglich ist, die Spezialisierung zu nennen (siehe auch: Rs *Dundalk III*, Kapitel 2.2.2.7).

2.2.2.7 Rs *Dundalk III* / Kommission gegen Irland

Hierbei handelte es sich um die Prüfung eines Bauauftrags für Rohrleitungen zum Ausbau des Trinkwassernetzes von Dundalk (Irland).

In den Unterlagen der öffentlichen Ausschreibung betreffend den Auftrag Nr. 4 des Projekts für den Ausbau der Wasserversorgung des Stadtbezirks Dundalk wurde eine Klausel aufgenommen, wonach für Rohre aus Asbestzement für Druckrohrleitungen eine gemäß dem "Irish Standard Mark licensing Scheme" des irischen Instituts für industrielle Forschung und Normung erteilte Bescheinigung über die Übereinstimmung mit der irischen Norm 188:1975 vorliegen müsse.²⁶² Infolgedessen weigerte sich der öffentliche Auftraggeber, ein Angebot zu prüfen, das die Verwendung von Rohren aus Asbestzement vorsah, die nach einer anderen Norm hergestellt waren, wenngleich diese gleichwertige Garantien für Sicherheit, Leistung und Zuverlässigkeit bieten würden bzw. dieses Angebot ohne angemessene Begründung zurückgewiesen hat.

Überhaupt gab es nur ein (wohlweislich irisches) Unternehmen, das diese Norm 188:1975 hatte.²⁶³

In Rn 7 der Entscheidung in diesem Fall heißt es:

„Nach Artikel 10 der Richtlinie 71/305, auf den sich die Kommission beruft, müssen die Mitgliedstaaten die Aufnahme von Beschreibungen technischer Merkmale in die Vertragsklauseln für einen bestimmten Bauauftrag verbieten, soweit diese Beschreibungen die Erzeugnisse einer bestimmten Produktion oder Herkunft oder

²⁶¹ Vgl. EuGH, Rs C-359/93, *Kommission/Niederlande* (UNIX), Slg 1995, I-157, Rn 28.

²⁶² EuGH, Rs 45/87, *Kommission/Irland* (Dundalk III), Slg 1988, 4929, Rn 1.

²⁶³ EuGH, Rs 45/87, *Dundalk III*, Slg 1988, 4929, Rn 20.



besondere Verfahren erwähnen und zur Wirkung haben, daß bestimmte Unternehmen bevorzugt oder ausgeschlossen werden. Verboten ist insbesondere die Angabe von Typen sowie die Angabe eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion; jedoch sind solche Angaben mit dem Zusatz "oder gleichwertiger Art" zulässig, wenn der Auftraggeber den Auftragsgegenstand nicht durch hinreichend genaue, allgemein verständliche Bezeichnungen beschreiben kann. Die Worte "oder gleichwertiger Art" fehlten in der Klausel 4.29 der streitigen Bekanntmachung."²⁶⁴

Wichtig ist zu erwähnen, dass der Vorwurf der Kommission nicht auf die technische Spezifizierung im Vergabeprozess abzielt, sondern vielmehr darauf, dass bei Unternehmen (hier: Spanien), die das irische Gütesiegel nicht besitzen, nicht geprüft wurde, ob trotzdem die gewünschten technischen Standards erfüllt sein hätten können.²⁶⁵

2.2.2.8 Rs Nord Holland

In der Rs Nord Holland²⁶⁶ spezifizierte der EuGH, dass in der Vergabe öffentlicher Aufträge der öffentliche Auftraggeber grundsätzlich soziale Umweltkriterien vorschreiben und dabei auf bestehende Gütezeichen verweisen könne. Auch ließ er den Verweis auf Gütezeichen prinzipiell auf allen Kriterien-Ebenen (Eignung, technische Spezifikation, [zusätzliche] Auftragsbedingung, Zuschlag) zu.²⁶⁷

Hintergrund der Entscheidung war eine europaweite Ausschreibung aus den Niederlanden für die Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten. Als Anforderung an den Auftrag war vorgegeben, dass der Lieferant die privatrechtlichen Gütezeichen EKO und Max Havelaar bezüglich des Kaffee- und Teeverzehr verwendet.²⁶⁸ Das Vorliegen dieser Gütezeichen sollte im Rahmen der Auftragswertung Berücksichtigung finden und mit maximal 15 Punkten bewertet werden.

Zur Diskussion standen insbesondere die Möglichkeiten in den zusätzlichen Ausführungsbedingungen, den technischen Spezifikationen oder den Eignungskriterien nach Art 23, 26 und 44 bzw. 48 RL 20014/18/EG. Der EuGH stellte grundsätzlich fest, dass technische Spezifikationen in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge formuliert werden dürfen.²⁶⁹ Diese können auch

²⁶⁴ EuGH, Rs 45/87, *Dundalk III*, Slg 1988, 4929, Rn 7.

²⁶⁵ EuGH, Rs 45/87, *Dundalk III*, Slg 1988, 4929, Rn 22.

²⁶⁶ EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592.

²⁶⁷ Zwar wird die Verwendung von Gütezeichen im geltenden Europarecht lediglich im Rahmen von technischen Spezifikationen genannt, der EuGH bemängelte in seiner Entscheidung jedoch einzig Aspekte der Art und Weise, wie die Kriterien ausgewählt wurden und die Anwendung des Gütezeichens als Referenz erfolgte. Er bemängelte nicht die Anwendung des Gütezeichens als Referenz für die Messung von anderen Kriterien als technischen Spezifikationen. Daraus lässt sich schließen, dass Gütezeichen auf allen Ebenen des Vergabeverfahrens herangezogen werden können.

²⁶⁸ Bei dem Gütezeichen EKO handelt es sich um den Nachweis, dass der zu liefernde Kaffee und Tee aus ökologischer Landwirtschaft stammt. Das Gütezeichen Max Havelaar soll den Handel mit Erzeugnissen aus fairem Handel fördern und zertifizieren, dass die mit ihm versehenen Erzeugnisse zu einem fairen Preis und zu fairen Bedingungen von aus Kleinerzeugern in Entwicklungsländern bestehenden Organisationen erworben worden sind.

²⁶⁹ EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592, Rn 61.



Umwelteigenschaften oder soziale Aspekte umfassen.²⁷⁰ Er konstatierte ferner, dass eine bestimmte Produktionsmethode, wie es vorliegend durch das EKO-Gütezeichen zertifiziert wird, auch eine auf das konkrete Produkt bezogene konkrete Umwelteigenschaft sein kann, die als technische Anforderung einzustufen sei. Er schloss, dass die Forderung von Sozialkriterien in den Eignungskriterien nur bedingt möglich sei und jedenfalls verhältnismäßig zum Auftragsgegenstand sein muss.²⁷¹ In puncto Zuschlagskriterien stellte er in Rn 85 fest:

*„Art. 53 der Richtlinie 2004/18 wird durch den 46. Erwägungsgrund der Richtlinie erläutert, dessen Abs. 3 und 4 klarstellen, dass **die Zuschlagskriterien** nicht nur wirtschaftlich, sondern **auch qualitativ sein dürfen**. Daher gehören zu den in Art. 53 Abs. 1 Buchst. a genannten Kriterien u. a. Umwelteigenschaften.“²⁷²*

Bei der Vorschreibung von Gütesiegeln habe der öffentliche Auftraggeber jedoch die Pflicht, die zum Erhalt solcher Zertifizierungen erforderlichen Anforderungen detailliert zu benennen. Das Gütesiegel selbst diene lediglich als Information, wie diese Kriterien belegt werden könnten. Es sei nicht gestattet, Gütesiegel vorzuschreiben. Somit ist eine derartige Vorgabe auch zwingend mit der Anmerkung „oder gleichwertige“ zu versehen. Auf einzelne Gütezeichen könne zwar in Folge Bezug genommen werden, deren Kriterien und die Gewichtung selbiger im Vergabeprozess müssten jedoch bekannt gegeben werden, denn auch Unternehmen, die das Gütesiegel nicht besitzen, müssten die Möglichkeit haben, die technischen Spezifikationen erfüllen zu können. Jede andere Handhabung würde dem Prinzip der Nicht-Diskriminierung entgegenstehen.²⁷³

Aus diesem Urteil ergibt sich, dass Gütezeichen, wenn sie, wie das Gütezeichen Max Havelaar, ausschließlich auf begleitende soziale Merkmale (z. B. betreffend den Einkauf der Zutaten für das Produkt) und nicht auf konkrete produktbezogene Eigenschaften abstellen, es sich hierbei nicht um technische Spezifikationen im vergaberechtlichen Sinn, sondern um Bedingungen, die sich auf die Auftragsdurchführung beziehen, handelt, die dann auch nach Maßgabe der einschlägigen Richtlinie beurteilt werden müssen. Wie solche Bedingungen genau bestimmt werden, wird im Urteil nicht ausgeführt. Zum Thema „Gütezeichen“ schaffen jedoch die neuen Richtlinien Rechtssicherheit.

2.2.3 Die verschiedenen Kriterienebenen

Im Vergabeverfahren ist es wichtig, sicherzustellen, dass sämtliche beabsichtigte Ergebnisse von Anfang an berücksichtigt sind, da sie nicht nachträglich in den Beschaffungsprozess eingebracht werden können.²⁷⁴

²⁷⁰ EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592, Rn 76.

²⁷¹ EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592, Rn 108.

²⁷² EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592, Rn 85.

²⁷³ EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*, 592.

²⁷⁴ Europäische Kommission, *Sozialorientierte Beschaffung* (2010), 34.



Angesichts des Transparenz-, Gleichbehandlungs- und Nicht-Diskriminierungsgebots stellt sich bei der Festlegung ökologischer und sozialer Kriterien eigentlich, streng betrachtet, auch bei unterschiedslos anzuwendenden Beschränkungen, die Frage der Wettbewerbskonformität.²⁷⁵ Aufgrund des steigenden Bewusstseins der Bevölkerung in Bezug auf den Stellenwert von ökologischen und sozialen Aspekten wird die gesellschaftliche Bedeutung derartiger Vorgaben jedoch immer klarer. Besonders der gegenwärtig geltende ErwGr 6 2004/18/EG, der zwar nicht bindend ist, jedoch die Interpretation der Europäischen Kommission zum Ausdruck bringt, bestätigt dies:

„Keine Bestimmung dieser Richtlinie sollte dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen, die zum Schutz der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit oder zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder der Gesundheit von Pflanzen, insbesondere im Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung, notwendig sind, sofern diese Maßnahmen mit dem Vertrag im Einklang stehen.“²⁷⁶

Dieser Erwägungsgrund wurde zwar nicht in den Original-Richtlinienvorschlag²⁷⁷ oder in den Kompromissvorschlag des Binnenmarktausschusses Ende 2012/Anfang 2013²⁷⁸ aufgenommen, findet sich jedoch in ErwGr 41 der Endfassung der RL 2014/24/EU wieder.²⁷⁹

Die Europa 2020-Strategie beinhaltet u. a. Ziele zur öffentlichen Auftragsvergabe und Sozial-Kriterien. Anzustreben ist ihr zufolge ein Wirtschaften, das emissionsarm, ressourcenschonend und wettbewerbsfähig ist, das sich auf Wissen und Innovation stützt und das mit einer hohen Beschäftigung und einem ausgeprägten sozialen und territorialen Zusammenhalt einhergeht. Zudem enthält die CSR-Strategie der EU einen Aktionsplan für den Zeitraum 2011-2014.²⁸⁰ Dieser Aktionsplan sieht vor, stärkere Marktanreize für die Umsetzung von CSR zu schaffen, u. a. im Rahmen der öffentlichen Vergabe.

Im Folgenden werden die bereits im Vorhergehenden genannten Möglichkeiten zur Einforderung von Sozial-Kriterien anhand der Kriterienebenen beleuchtet. Im Rahmen einer Ausschreibung können sie auf folgenden Ebenen eingefordert werden (siehe Tabelle 5):

²⁷⁵ iSv inwieweit Anforderungen an Produkte und Dienstleistungen bereits bei der Auswahl des Vergabegegenstands eine Verletzung der europarechtlichen Grundfreiheiten darstellen können.

²⁷⁶ ErwGr 6 RL 2004/18/EG.

²⁷⁷ Vgl KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011.

²⁷⁸ Vgl *European Parliament*, Report of 11 January 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Rapporteur: Marc Tarabella, A7-0007/2013.

²⁷⁹ ErwGr 41 RL 2014/24/EU; Seine weitere Gültigkeit stünde ohnedies im Einklang mit einer funktionalen Auslegung des Rechts.

²⁸⁰ 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 endg. vom 25. Oktober 2011.



Tabelle 5: Kriterienebenen zur Einforderung von Sozial-Kriterien

Kriterienebene	Zusatzinformation
Leistungsgegenstand	d. h. mit der Definition des Leistungsgegenstands wird das zu beschaffende Produkt oder die zu beschaffende Leistung eindeutig bestimmt
Eignungskriterien	d. h. die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden und auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bieter (vgl. Kapitel 2.2.3.1). Dabei geht es u. a. um die vom Auftragnehmer zu erfüllenden Kriterien der wirtschaftlichen, technischen und beruflichen Zuverlässigkeit.
Vertragskriterien/Ausführungsbedingungen	z. B. Festlegung der gewünschten Vertragsbestandteile; werden im Verfahren selbst nicht geprüft oder bewertet.
Technische Spezifikationen	z. B. die in einem Vertrag enthaltenen technischen Merkmale für eine Dienstleistung oder ein Erzeugnis sowie die Beschreibung /die Konkretisierung der technischen Anforderungen an den Leistungsgegenstand
Zuschlagskriterien	d.h. Kriterien auf Basis deren der Zuschlag vergeben wird. Dies können sein der niedrigste Preis oder das technisch und wirtschaftlich günstigste Angebot (vgl. Kapitel 2.2.3.3). Beispiele für derartige Kriterien sind: Qualität, Preis, Ästhetik, Lieferzeitpunkt, Ausführungsfristen etc.

Quelle: Eigene Darstellung

2.2.3.1 Sozial-Kriterien als Eignungskriterien

Bei der Auftragsabwicklung ist zu beachten, dass zusätzliche Kosten und Probleme vermieden werden. Aus diesem Grund sollten bei öffentlichen Aufträgen nur geeignete Unternehmen in Betracht gezogen werden. Um Aufträge an geeignete Unternehmen zu vergeben, bedarf es der Erfüllung von Eignungskriterien. Eignungskriterien sind „die vom Auftraggeber festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten Mindestanforderungen an den Bewerber oder Bieter, die gemäß den Bestimmungen dieses Bundesgesetzes nachzuweisen sind“,²⁸¹ wobei das österreichische Recht für bestimmte Verfahren eine weitere Spielart des Eignungskriteriums, nämlich das Auswahlkriterium,²⁸² entwickelt hat.

²⁸¹ § 2 Abs 20 lit c BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

²⁸² Vgl. § 2 Abs 20 lit a BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014: „Auswahlkriterien sind die vom Auftraggeber in der Reihenfolge ihrer Bedeutung festgelegten, nicht diskriminierenden, auf den Leistungsinhalt abgestimmten, unternehmerbezogenen Kriterien, nach welchen die Qualität der Bewerber beurteilt wird und die Auswahl im nicht offenen Verfahren mit vorheriger



Sie werden vom Auftraggeber festgelegt und beschreiben unternehmensbezogene (!) Mindestanforderungen. Diese Mindestanforderungen müssen vom potenziellen Auftragnehmer bzw. interessierten Bieter erfüllt und nachgewiesen werden. Die Eignung ergibt sich aus folgenden Kriterien: Befugnis, Zuverlässigkeit, finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit sowie technische Leistungsfähigkeit.²⁸³

In den §§ 71, 72 und 74 iVm Anhang VII BVergG 2006 ist taxativ aufgelistet, welche Nachweise von den Bietern durch die öffentlichen Auftraggeber verlangt werden dürfen. Hierzu zählen etwa Auszüge aus dem Gewerbemelderegister oder Bestätigungen der jeweiligen Kammer zum Nachweis über das Vorliegen der Befugnis und der beruflichen Zuverlässigkeit.

Gemäß § 72 Abs 1 BVergG 2006 hat der öffentliche Auftraggeber als Nachweis für die berufliche Zuverlässigkeit festzulegen, dass die potentiellen Auftragnehmer zu belegen haben, dass kein Ausschlussgrund gemäß § 68 Abs 1 BVergG 2006 vorliegt. Ausschlussgründe können beispielsweise sein:

Mitgliedschaft bei einer kriminellen Organisation,²⁸⁴

- Bestechung,²⁸⁵
- Betrug,²⁸⁶
- Untreue,²⁸⁷
- Geschenkkannahme,²⁸⁸
- Förderungsmisbrauch²⁸⁹, oder
- Geldwäscherei²⁹⁰ bzw. ein entsprechender Straftatbestand gemäß den Vorschriften des Landes, in dem der Unternehmer seinen Sitz hat.

Der öffentliche Auftraggeber hat zudem von den für die Zuschlagserteilung in Betracht kommenden potentiellen Auftragnehmern sowie deren Subunternehmern eine Auskunft aus der zentralen Verwaltungsstrafevidenz des Bundesministers für Finanzen gemäß § 28b des Ausländerbeschäftigungsgesetzes (AuslBG)²⁹¹ einzuholen. Dabei wird festgestellt, ob eine rechtskräftige Bestrafung gemäß § 28 Abs 1 Z 1 AuslBG vorliegt. Wichtig ist dabei, dass

Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, im Verhandlungsverfahren mit vorheriger Bekanntmachung bzw. nach vorherigem Aufruf zum Wettbewerb, bei nicht offenen Wettbewerben oder im wettbewerblichen Dialog erfolgt.“

²⁸³ Technische Leistungsfähigkeit gemäß § 75 Abs 5, § 75 Abs 6 und § 75 Abs 7 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

²⁸⁴ Vgl. § 278a Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch - StGB), BGBl. I Nr. 106/2014

²⁸⁵ Vgl. §§ 302, 307, 308 und 310 StGB; § 10 des Bundesgesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb 1984 - UWG, BGBl. Nr. 448.

²⁸⁶ Vgl. §§ 146ff StGB, BGBl. I Nr. 106/2014.

²⁸⁷ Vgl. § 153 StGB, BGBl. I Nr. 106/2014.

²⁸⁸ Vgl. § 153a StGB, BGBl. I Nr. 106/2014.

²⁸⁹ Vgl. § 153b StGB, BGBl. I Nr. 106/2014.

²⁹⁰ Vgl. § 165 StGB, BGBl. I Nr. 106/2014.

²⁹¹ Vgl. Bundesgesetz vom 20. März 1975, mit dem die Beschäftigung von Ausländern geregelt wird (Ausländerbeschäftigungsgesetz - AuslBG), BGBl. I Nr. 72/2013.



diese Auskunft nicht älter als sechs Monate ist. Gemäß § 72 Abs 2 BVergG 2006 kann der Nachweis, dass keine Ausschlussgründe vorliegen, in folgender Weise erbracht werden:²⁹²

- durch Vorlage eines Auszuges aus einem vorgesehenen Berufs- oder Handelsregister, dem Strafregister oder einer gleichwertigen Bescheinigung einer Gerichts- oder Verwaltungsbehörde des Herkunftslandes des potentiellen Auftragnehmers, aus welchem hervorgeht, dass Ausschlussgründe nicht vorliegen;
- durch Vorlage des letztgültigen Kontoauszuges der zuständigen Sozialversicherungsanstalt oder die letztgültige Rückstandsbescheinigung gemäß § 229a Bundesabgabenordnung (BAO), BGBl. Nr. 194/1961, oder gleichwertiger Dokumente der zuständigen Behörden des Herkunftslandes des Unternehmers;
- durch eine Bescheinigung über eine eidesstattliche Erklärung oder eine entsprechende, vor einer dafür zuständigen Gerichts- oder Verwaltungsbehörde, vor einem Notar oder vor einer dafür qualifizierten Berufsorganisation im Herkunftsland des Unternehmers abgegebene Erklärung des Unternehmers; diese Regelung soll sicherstellen, dass potentielle Bieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten das Nicht-Vorliegen eines Ausschlussgrundes nachweisen können und somit nicht an der Teilnahme am Vergabeverfahren gehindert werden.

In puncto finanzieller und wirtschaftlicher Leistungsfähigkeit kann laut § 74 Abs 1 BVergG 2006 der öffentliche Auftraggeber als Nachweis der finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit²⁹³ folgende Angaben verlangen:

- eine entsprechende Bankerklärung (Bonitätsauskunft),
- einen Nachweis einer entsprechenden Berufshaftpflichtversicherung,
- die Vorlage von Bilanzen oder Bilanzauszügen, sofern deren Offenlegung im Herkunftsland des Unternehmers gesetzlich vorgeschrieben ist,
- eine Erklärung über die solidarische Haftung von Subunternehmern gegenüber dem Auftraggeber, falls sich der Unternehmer zum Nachweis seiner finanziellen und wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit auf die Kapazitäten von Subunternehmern stützt,
- eine Erklärung über den Gesamtumsatz und gegebenenfalls über den Umsatz für den Tätigkeitsbereich, in den die gegenständliche Vergabe fällt, höchstens für die letzten drei Geschäftsjahre oder für einen kürzeren Tätigkeitszeitraum, falls das Unternehmen noch nicht so lange besteht.

Sollte ein potentieller Auftragnehmer aus glaubwürdigen Gründen die geforderten Nachweise gemäß § 74 Abs 1 BVergG 2006 nicht beibringen können, so kann er die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit beim Auftraggeber auch durch die Vorlage

²⁹² § 72 Abs 2 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

²⁹³ Gemäß § 70 Abs 1 Z 3 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.



z. B. von geeigneten Nachweisen (gemäß § 74 Abs 2 BVergG 2006) erbringen. Als geeignete Nachweise sind folgende Angaben anzusehen:

- a) Angaben über die Anzahl der beschäftigten Dienstnehmer,
- b) Angaben über Unternehmensbeteiligungen,
- c) Angaben über Kapitalausstattung, Anlagevermögen, Grundbesitz.

Der Nachweis über das Vorliegen von Befugnis, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit ist gemäß der EU-Vergaberichtlinien 2014 künftig von den Bietern durch Abgabe einer europäischen Eigenerklärung zu akzeptieren, welche die Erfüllung der geforderten Eignungskriterien ausspricht.²⁹⁴ Die Vorlage der Nachweise hat jedenfalls vor Zuschlagserteilung zu erfolgen. Sie müssen nichtsdestoweniger bereits vor der Teilnahme am Vergabeverfahren vorliegen. Da die Richtlinie lediglich den OSB regelt, hat der öffentliche Auftraggeber im Unterschwellenbereich zu entscheiden, ob die Nachweise vorgelegt werden müssen oder ob davon abgesehen wird. Dennoch bedeutet dies keine großen Änderungen in Österreich, denn die Möglichkeit der Eigenerklärung existiert bereits. Trotzdem stellt die Eigenerklärung eine vereinfachte Nachweisbarkeit der Eignungskriterien dar.

Da es sich bei Eignungskriterien um Knock-out Kriterien handelt, kommt ein Bieter bei Nichterfüllung der Anforderungen für die Zuschlagsentscheidung bzw. -erteilung gar nicht erst in Frage. Die Möglichkeiten für Eignungskriterien sind deshalb prinzipiell eng auszulegen, d. h. im Rahmen der Eignungsprüfung können nur Kriterien eingesetzt werden, welche sich auf die Befugnis, Leistungsfähigkeit oder Zuverlässigkeit der Bieter beziehen. Abschließend sind sie in einem angemessenen Verhältnis zum Auftrag zu wählen. Somit eignen sich Sozial-Kriterien lediglich in wenigen Fällen als Eignungskriterien.²⁹⁵ Sinnvoll ist das Instrument des Eignungskriteriums bei Einforderung von Mindestregeln und Verhaltensmaßnahmen. Dies ist dann der Fall, wenn es darum geht, sicherzustellen, dass potenzielle Bieter keine Verstöße gegen das geltende (Arbeits- und Sozial-) Recht begangen und die Sozialversicherungsbeiträge bezahlt haben.

Auch gilt es im Einzelfall zu prüfen, ob der jeweilige Auftragsgegenstand und damit zusammenhängende Ausführungsbedingungen die Forderung einer „sozialen Eignung“ des Auftraggebers im Sinne von Fachkunde, Berufsqualifikationen und Leistungsfähigkeit legitimieren. Ist eine derartige berufliche und technische Qualifikation bzw. das „Know-how“ im sozialen Bereich tatsächlich vonnöten, so kann dieses Sozial-Kriterium auch als

²⁹⁴ Vgl. Art 59 RL 2014/24/EU.

²⁹⁵ Die Möglichkeiten sind in Art 45 Abs 2 RL 2004/18/EG, 144f dargelegt.



Eignungskriterium postuliert werden.²⁹⁶ Die Europäische Kommission bringt hierzu selbst folgende Beispiele:

- „• Beschäftigt die an der Ausschreibung teilnehmende Firma Mitarbeiter bzw. kann sie auf Arbeitskräfte zurückgreifen, die die erforderliche Fachkenntnis und Erfahrung für die Bewältigung der sozialen Aspekte des Auftrags haben (z. B. ausgebildetes Personal und spezielle Führungserfahrung bei einem Auftrag für einen Kinderhort oder Ingenieure und Architekten, die in Fragen der Barrierefreiheit beim Bau eines öffentlichen Gebäudes qualifiziert sind)?
- Besitzt die an der Ausschreibung teilnehmende Firma die für den sozialen Schutz erforderliche technische Ausstattung oder hat sie Zugang dazu (z. B. Ausrüstung für ältere Menschen bei einem Auftrag zum Betrieb eines Seniorenheims)?
- Verfügt die an der Ausschreibung teilnehmende Firma über fachgemäße technische Einrichtungen, um die sozialen Aspekte abzudecken (z. B. bei einem Auftrag über die Anschaffung von Computerhardware mit Zugänglichkeitsanforderungen für Menschen mit Behinderungen)?“²⁹⁷

Bei der Bestimmung von Eignungskriterien sollte auch in Erwägung gezogen werden, dass es sich um statische „Knock-out“-Kriterien handelt; eine Wertung/Gewichtung findet nicht statt. Zudem dürfen Kriterien, welche als Eignungskriterien eingefordert wurden, nicht zusätzlich als Zuschlagskriterien eingefordert werden (Diskussionen gab es beispielsweise in Bezug auf Referenzen; vgl. dazu auch Kapitel 3.7). Als statische Kriterien bieten Ausführungsbedingungen mehr Spielraum.

Eignungskriterien stellten bisher die erste Prüfstufe des Vergabeverfahrens dar und dienen dem Zweck, nur aus geeigneten Unternehmen auszuwählen. Nicht jedes (Sozial-)Kriterium ist als Eignungskriterium anwendbar, denn diesen liegt in mehrfacher Hinsicht eine Beschränkung zugrunde. Zum einen beziehen sie sich ausschließlich auf den Bieter, nicht die Leistung. Des Weiteren beschränken sie sich auf Kriterien fachlicher, wirtschaftlicher und beruflicher Eignung (dies gilt z. B. auch für das Präqualifikationsverfahren).

2.2.3.2 Sozial-Kriterien als klassische und zusätzliche Ausführungsbedingungen, Leistungsbeschreibung und technische Spezifikationen

Auftragsgegenstände sind vielfach im öffentlichen Leben angesiedelt. Besonders die Tatsache, dass der öffentliche Auftraggeber eine gesellschaftliche Vorbildfunktion innehat,

²⁹⁶ Hierbei gilt es anzumerken, dass sich technische Anforderungen auch als Teil der technischen Spezifikationen einfordern ließen, was u. U. ein rechtssicherer Weg wäre.

²⁹⁷ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 36.



legitimiert einen sozialen Bezug in der öffentlichen Beschaffung. Zudem schreibt das Vergaberecht im Grunde lediglich den Prozess vor, der anzuwenden ist, wenn der öffentliche Auftraggeber eine Leistung nicht selbst erbringt, bestimmt jedoch nicht die Inhalte des Auftragsgegenstands. Unbeschadet der Wettbewerbsprinzipien ist der öffentliche Auftraggeber somit in der Bestimmung seiner zu vergebenden Leistung frei. Dieser Argumentation folgend kann eine Bedingung eines öffentlichen Auftrags ebenso dem Zweck gewidmet sein, soziale Aspekte zu fördern.²⁹⁸

Eine uneingeschränkte Entscheidungsfähigkeit kann der öffentliche Auftraggeber in der Anwendung sämtlicher Kriterien im Vergabeprozess jedoch nur haben, sofern und solange er das Unionsrecht und das nationale Recht wahrt und einen Zusammenhang zum Auftrag herstellt. Dieser Grad an Freiheit wirkt zwar groß, ist jedoch in Wahrheit ein sehr schmaler, denn der ihm vorgegebene Rechtsrahmen ist ein enger. Neben den Prinzipien der Auftragsgegenständlichkeit, Objektivität und Messbarkeit der gewählten Kriterien im Vergaberecht sind die primärrechtlichen Wettbewerbs- und Grundprinzipien des Unionsrechts, Transparenz, Gleichbehandlung und Nicht-Diskriminierung, einzuhalten. In diesem Sinne gilt es bei der Konzeption eines öffentlichen Auftrags die Grundfreiheiten im Sinne von Art 34, Art 36 AEUV (freier Warenverkehr), Art 56 AEUV (Dienstleistungsfreiheit), Art 49 AEUV (Niederlassungsfreiheit) und Art 18 AEUV (Diskriminierungsverbot) zu respektieren.²⁹⁹ Als primärrechtliche Grundprinzipien beziehen sie sich auch auf den USB (wenngleich dieser, da nicht Teil des Europarechts, in der Praxis weniger stringent gehandhabt wird und selbst der EuGH ausführt, dass es sich hierbei um einen für den transnationalen Wettbewerb wirtschaftlich weniger relevanten und deshalb nicht immer binnenmarktrelevanten Bereich handelt).³⁰⁰ Eine Beschränkung bzw. eine Bevorzugung regionaler/einheimischer/geografisch begrenzter Waren oder Leistungen und eine verdeckte oder positive Diskriminierung sind somit jedenfalls untersagt.³⁰¹

Ausführungsbedingungen beschreiben in Hinblick auf den Auftragsgegenstand, wie der Auftrag erfüllt werden muss. Sozial-Kriterien können als eigene Ausführungsbedingungen im Leistungsvertrag (nämlich in den Vertragsklauseln des rechtlichen Teils der Ausschreibungsunterlagen) oder im Vertragsmuster festgelegt werden.³⁰² Sie können darin Beachtung finden, wenn sie einen Bezug zur Vertragserfüllung haben, in der Vergabebekanntmachung veröffentlicht sind und dem Unionsrecht (insbesondere dem Primärrecht) entsprechen. Diese Bestimmungen werden nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens geprüft, sie werden als gegeben angenommen; Damit bietet sich die Möglichkeit, die Beachtung sozialer Belange als zivilrechtliche Verpflichtung zur Auftragsabwicklung vorzusehen. Da öffentliche Auftraggeber *de jure* frei in der Definition

²⁹⁸ ErwGr 33 RL 2004/18/EG, 118: Es stellt sich jedoch die Frage, inwieweit der öffentliche Auftraggeber den Auftragsgegenstand im Rahmen seiner Definition um soziale Aspekte bereichern kann. Diese Frage wurde bisher kaum diskutiert und nicht beantwortet.

²⁹⁹ Art 34 u. 56 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012, 61 u. 70 verbieten jegliche Art der Diskriminierung gegenüber Waren und Dienstleistungen (aus anderen Mitgliedstaaten). Zu beachten wäre auch die sogenannte fünfte Grundfreiheit.

³⁰⁰ EuGH, Rs C-231/03, *Conorzio Aziende Metano/Comune di Cingia de' Botti* (Coname), Slg 2005, I-7287, Rn 20.

³⁰¹ Z. B. wenn die Wirkung einer Vorgabe, ausländische Leistungen oder Lieferanten benachteiligt.

³⁰² Vgl. *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010), 32.



des Auftragsgegenstands und der Leistungsbeschreibung sind, mag bei der Anwendung von Sozial-Kriterien innerhalb von Ausführungsbedingungen oft die Art der Leistungsbeschreibung für die Zulässigkeit dieser ausschlaggebend sein.

Der Vertragsgegenstand als auch die Leistungsbestimmungen bieten deshalb prinzipiell die weitestgehenden Möglichkeiten zur Integration von Sozial-Kriterien in der öffentlichen Beschaffung, da in den vergabespezifischen Rechtsgrundlagen der Beschaffungsprozess geregelt wird, nicht jedoch der Auftragsgegenstand. Im Prinzip kann der öffentliche Auftraggeber somit den Auftragsgegenstand im Rahmen seiner Bedürfnisse frei festlegen,³⁰³ sofern er dadurch keine (positive oder negative) Diskriminierung erzeugt. Zudem hat der Beschaffer bei jeder Ausschreibung selbst zu entscheiden, welche Belange im konkreten Fall von Bedeutung sind. So ist beispielsweise eine Förderung der Integration von Langzeitarbeitslosen, jugendlichen Arbeitslosen oder älteren Arbeitnehmern möglich, wenn dies Ziel einer Leistung ist, also die damit verbundene Maßnahme – eine Bau- oder Service-Leistung – in den Hintergrund rückt.³⁰⁴ Dies mag u. U. auch *in puncto* Gender-Mainstreaming zutreffen, zumal Gender-Mainstreaming in manchen Bereichen auch explizit gefordert wird (z. B. in der Wissenschaft).

Sämtliche preisunabhängige Ausführungsbedingungen haben folgende Charakteristika zu erfüllen:³⁰⁵

1. Auftragsbezogenheit
2. keine Einräumung uneingeschränkter Wahlfreiheit
3. ausdrückliche Nennung im Leistungsverzeichnis oder in der Auftragsbekanntmachung
4. Einklang mit den grundlegenden Prinzipien des Gemeinschaftsrechts³⁰⁶

Die Bieter müssen sich vor der Angebotsabgabe über sämtliche Vertragsverpflichtungen im Klaren sein, um ihre Preise entsprechend gestalten zu können.³⁰⁷ Auch ist zu beachten, dass zusätzliche soziale Ausführungsbedingungen im sachlichen Zusammenhang mit der Auftragsausführung stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben müssen. Individuell gilt es auch stets abzuwägen, dass diese Auftragsbedingungen nicht über den Auftrag hinausgehen und somit den allgemeinen Betrieb des Auftragnehmers betreffen, da sie sich ausschließlich auf das Produkt bzw. die Leistung beziehen dürfen.³⁰⁸

³⁰³ Von der Europäischen Kommission wird dies jedoch als skeptisch betrachtet.

³⁰⁴ Vgl. § 19 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014; ErwGr 33 RL 2004/18/EG, 118 sowie *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010), 7, 21.

³⁰⁵ Vgl. BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.; RL 2004/17/EG, ABI L 134, 1 sowie RL 2004/18/EG, 114.

³⁰⁶ Das sind insbesondere die Grundsätze freier Warenverkehr, Niederlassungsfreiheit und Dienstleistungsfreiheit sowie die daraus abgeleiteten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und Transparenz.

³⁰⁷ Vgl. Art 26 RL 2004/18/EG, 134; als auch 38 der RL 2004/17/EG, 27.

³⁰⁸ 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 endg. vom 04. Juli 2001, 25.



So unterstreichen auch die Erläuterungen zum BVergG 2006, dass Vertragsbestimmungen zur Auftragsdurchführung nicht der Beschreibung der Leistung (wie bei der Leistungsbeschreibung) oder der Ermittlung des Bestbieters (wie beim Zuschlagskriterium) dienen, sondern lediglich Bedingungen zur Ausführung des Auftrags festlegen (Ausführungsbedingung).³⁰⁹ § 99 BVergG 2006 erlaubt in Anlehnung an ErwGr 33 Richtlinie 2004/18/EG als solche explizit

„Bedingungen insbesondere sozialen (wie z. B. frauen-, behinderten-, sozial- und beschäftigungspolitische Belange) oder ökologischen Inhaltes, die während der Erbringung der Leistungen zu erfüllen sind, sofern diese Bedingungen bereits in der Bekanntmachung oder in den Ausschreibungsunterlagen bekannt gemacht worden sind.“

Wenn Maßnahmen zudem einen sekundären Hauptaspekt des Leistungsgegenstands selbst darstellen, können sie neben einer Aufnahme in die klassischen Ausführungsbedingungen mit der Möglichkeit verbunden werden, dass die Ausgestaltung im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots durch Zuschlagskriterien erfolgt.

Die Ausführungsbedingungen sind Bestandteil der allgemeinen Vertragsbedingungen und haben somit keinen Einfluss auf das Vergabeverfahren an sich. Da sie bei Angebotsabgabe bindend sind, sind sie im Auswahlprozess weder statisches K.O.-Kriterium noch gewichtetes/wertendes Zuschlagskriterium. K.O.-Kriterium sind sie ehestens in dem Sinne, dass eine Streichung oder Veränderung von Seiten des Bieters zum Vertragsbruch führen würde. Der Bieter hat somit lediglich die Möglichkeit, die Leistungsbeschreibung und die Ausführungsbedingungen zu akzeptieren oder davon abzusehen, ein Angebot abzugeben. Hier ergibt sich die Problematik einer eignungskriterienähnlichen Wirkung

Die Frage, inwieweit ein öffentlicher Auftraggeber nun tatsächlich bestimmte Sozial-Kriterien mit einem Auftrag verbinden „darf“, wird weiterhin diskutiert. Ausschreibungen können beispielsweise nicht über eine entsprechende Vertragsklausel allein auf sozial fair gehandelte Produkte (z. B. Bekleidung und Textilien) eingeschränkt werden. Eine solche „versteckte“ technische Spezifikation würde nämlich Grundsätze zur neutralen Leistungsbeschreibung und zur Auftragsbezogenheit verletzen.³¹⁰

Technische Spezifikationen beschreiben im Rahmen einer Ausschreibung den Auftragsgegenstand. Hierbei kann der öffentliche Auftraggeber entweder eine konstruktive oder eine funktionale Leistungsbeschreibung wählen.³¹¹ Bei der konstruktiven Leistungsbeschreibung wird der Leistungsgegenstand anhand von spezifizierten Merkmalen

³⁰⁹ Die Erläuterungen beziehen sich auf § 99 Abs 1 Z 13 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014, der sich mit dem Inhalt des Leistungsvertrags befasst und bestimmt, dass für Bedingungen mit sozialem oder ökologischem Inhalt erforderlichenfalls eigene Bestimmungen im Leistungsvertrag festzulegen sind; Regierungsvorlage (RV), Bundesgesetz über die Vergabe von Aufträgen (Bundesvergabegesetz 2006 – BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014) – Materialien, 1171 der Beilagen XXII. GP, 76ff.

³¹⁰ Vgl. dazu Art 96-99 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

³¹¹ Vgl. Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010); RL 2004/17/EG, ABl L 134, 1; RL 2004/18/EG, 114; BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014: wobei bei letzteren mehr Spielraum für die Berücksichtigung sozialer Aspekte und Kreativität besteht.



vorgegeben. Dabei kann Bezug auf Normen und Qualitätsmerkmale genommen werden. Bei der Wahl einer funktionalen Leistungsbeschreibung wird die zu erfüllende Funktion der Beschaffung in der Leistungsbeschreibung angeführt. Die funktionale Leistungsbeschreibung ermöglicht den Bietern, verschiedene Lösungen zur Erfüllung der Anforderungen an den Auftragsgegenstand anzubieten. Es wird dem Bieter ein größerer Spielraum an Kreativität eingeräumt. Zu beachten ist jedoch, dass, wie bei der funktionalen Leistungsbeschreibung als auch bei allen Schritten im Vergabeverfahren, das Prinzip der Nicht-Diskriminierung einzuhalten ist. Bestellt der öffentliche Auftraggeber beispielsweise für seinen Betrieb Arbeitsbekleidung (z. B. wetterundurchlässige Jacken) in einer bestimmten Qualität, ist diese Qualität anhand ihrer Merkmale zu beschreiben und darf nicht Bezug auf etwaige Markenprodukte nehmen, die der öffentliche Auftraggeber kennt und welche den beschriebenen Merkmalen entsprechen. Eine Referenz auf Gütezeichen ist jedoch möglich. Funktionale Leistungsbeschreibungen bringen mehr Flexibilität. Dies ist unter anderem dann empfehlenswert, wenn der öffentliche Auftraggeber selbst nicht genau weiß, wie die Leistung aussehen soll. Unter anderem gibt dies den Bietern Raum für Kreativität. Zur Gewährleistung eines zufriedenstellenden Ergebnisses ist zumindest das Ziel gut zu erwägen und zu beschreiben.

In der Leistungsbeschreibung können nur solche Merkmale angeführt werden, die einen Leistungs- oder Erfüllungsbezug haben. Bei der Bestimmung von Sozial-Kriterien in den technischen Spezifikationen³¹² ist deshalb zu beachten, dass sich die Anforderungen auf die Eigenschaften oder Leistungsmerkmale der Produkte oder auf ihren Herstellungsprozess beziehen, den Leistungsgegenstand also in Art, Eigenschaft und Güte zu beeinflussen haben.³¹³ Weiters können soziale technische Spezifikationen im Rahmen von Herstellungs- und Verarbeitungsverfahren nach Ansicht der Kommission in der Festlegung der Anforderungen des Auftrags Beachtung finden.³¹⁴

Anzumerken ist abschließend, dass – auch wenn im Vorhergehenden einige Contra-Argumente angeführt wurden – auf der Ebene der Ausführungsbedingungen die größte Flexibilität herrscht, da diese selbst nicht Teil des Vergabeverfahrens ist, wenngleich es trotzdem notwendig ist, die Prinzipien der Sachgegenständlichkeit und Verhältnismäßigkeit einzuhalten. In Kombination mit Ausführungsbedingungen und Vertragskriterien kann der öffentliche Auftraggeber eine Mindestqualität beim Leistungsgegenstand einfordern, ohne Zuschlagskriterien anwenden zu müssen. Wichtig dafür ist, dass der öffentliche Auftraggeber selbst genau weiß, was er einfordert und wie der Leistungsgegenstand am besten erbracht werden kann. Da im Rahmen des Vergabeverfahrens keine Kontrolle stattfindet, ist es hier von besonderer Bedeutung, die Übereinstimmung der tatsächlichen Leistungserbringung mit den getätigten Angaben zu kontrollieren, damit die gewünschte Qualität gehalten werden kann. Da in diesem Fall der Preis das einzige Mittel für Unternehmen, im

³¹² Die technischen Spezifikationen dürfen aber nicht diskriminierend sein.

³¹³ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung (2010), 32: Wenn ein Verwaltungsgebäude „barrierefrei“ errichtet werden soll, so empfiehlt es sich, diesen Aspekt in der Leistungsbeschreibung vorzusehen.

³¹⁴ Vgl. Anhang XXI zu RL 2004/17/EG, ABI L 134, 98 und Anhang VI zur RL 2004/18/EG, 217.



Wettbewerb mit anderen zu obsiegen, ist, ist zu befürchten, dass ein potenzieller Wettbewerb sich stark auf die Ebene der Arbeitnehmerkosten fokussiert.

2.2.3.3 Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien

Die Beurteilung von Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien wurde in der Vergangenheit kontrovers diskutiert (vgl. Kapitel 2.2.2). Prinzipiell sind sie lediglich bei Anwendung des Bestbieterprinzips eine Option. Fest steht mittlerweile: In einigen Fällen können Sozial-Kriterien im Rahmen der Ermittlung des technisch und wirtschaftlich günstigsten Angebots sehr wohl als Zuschlagskriterien eingefordert werden. Schon der geltende ErwGr 1 Richtlinie 2004/18/EG untermauert die Möglichkeit der Verwendung von Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien mit Verweis auf die stRspr (vgl. Kapitel 2.2.4). Explizite Anerkennung von sozialen Zuschlagskriterien erfolgt auch durch die neuen Richtlinien.

Soziale Zuschlagskriterien sind vom öffentlichen Auftraggeber im Verhältnis ihrer Bedeutung in nicht-diskriminierender Weise zu wählen, in einer mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden Reihenfolge festzulegen,³¹⁵ und in der gewählten Reihenfolge und Gewichtung (spätestens mit der Aufforderung zur Angebotsbekanntgabe) bekannt zu machen. Es dürfen nur Kriterien gewählt werden, welche messbar bzw. reihbar sind oder eine (z.B. prozentuale) Gewichtung erlauben. Auch dürfen sie nicht schon als Ausführungsbedingungen oder als Eignungskriterium fungieren. Wenngleich Leistungsbeschreibung und Ausführungsbedingungen Mindeststandards darlegen, kann der öffentliche Auftraggeber aber beispielsweise entscheiden, dass jedes Produkt/jede Leistung oberhalb des Mindeststandards in der Vergabephase zusätzliche Bewertungspunkte erhält.³¹⁶

Interessant erscheint auch die Möglichkeit eines „zusätzlichen Zuschlagskriteriums“: Zur Ermittlung des Bestbieters können bei Punktegleichstand Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien angewendet werden.³¹⁷ Die Berücksichtigung des zusätzlichen Zuschlagskriteriums geht auf eine mögliche Auslegung des Urteils in der Rs *Nord-Pas-de-Calais*³¹⁸ zurück (vgl. Kapitel 2.2.2.2). Es handelt sich hierbei um ein zusätzliches, nicht entscheidendes Vergabe-Kriterium. Dieses ist erst zu berücksichtigen, nachdem die Angebote auf Grundlage klassischer Vergabekriterien verglichen wurden und mindestens zwei Angebote gleich abschneiden. Somit handelt es sich dabei zwar um Kriterien, welche

³¹⁵ Vgl. § 2 Z 20 lit d sowie § 79 Abs 3 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014; siehe auch die EuGH-Rs C-448/01, *EVN AG u. Wienstrom GmbH/Österreich* (EVN u. Wienstrom), Slg 2003, I-14527, wo der EuGH entschied, dass ein Kriterium in einer Ausschreibung für Energieversorgung, das sich nur auf die Menge des aus erneuerbaren Quellen produzierten Stroms bezieht, die über den erwarteten Verbrauch des öffentlichen Auftraggebers hinaus produziert wird (dieser war Vertragsgegenstand), nicht in Bezug zum Vertragsgegenstand steht. Um einen solchen Bezug zum Vertragsgegenstand herzustellen, hätte das Kriterium, welches sich auf die produzierte Strommenge aus erneuerbaren Quellen bezieht, lediglich die tatsächlich an den öffentlichen Auftraggeber gelieferte Menge betreffen müssen.

³¹⁶ Wenn etwa ein Hinweis auf einen Zugänglichkeitsstandard gemacht wird, zum Beispiel auf das Web, wie bei Norma UNE 139803:2012 'Requisitos de accesibilidad para contenidos Web'/Zugriffsanforderung für Webinhalte (Spanien), so kann dieser den Anforderungen auf drei Niveaus entsprechen — A, AA oder AAA. Dem Angebot mit dem höchsten Niveau können zusätzliche Punkte verliehen werden. (Beispiel aus: *Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung* (2010)).

³¹⁷ Ausgenommen ist bei Bauleistungen das Kriterium „Höherer Anteil an begünstigt Behinderten“.

³¹⁸ Vgl. EuGH, Rs C-225/98, *Nord-Pas-de-Calais*, Slg 2000, I-7445.



aber lediglich Auswirkung haben, wenn im Rahmen der Vergabe zwei Bieter gleichauf liegen. Diese Art des zusätzlichen Zuschlagskriteriums wird jedoch kontrovers diskutiert.

Folgende interessante Beispiele aus deutschen Landesgesetzen dienen der Veranschaulichung, wie soziale zusätzliche Zuschlagskriterien eingesetzt werden (können):

Tabelle 6: Beispiele aus Deutschland für "zusätzliche Zuschlagskriterien"

Berlin	<i>„Bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen erhalten im Rahmen der geltenden vergaberechtlichen Bestimmungen bei den Regelungen der §§ 1, 7 und 8 entsprechenden und sonst gleichwertigen Angeboten die Unternehmen bevorzugt den Zuschlag, die Ausbildungsplätze bereitstellen, sich an tariflichen Umlageverfahren zur Sicherung der beruflichen Erstausbildung oder an Ausbildungsverbänden beteiligen. Als Nachweis ist von den Unternehmen eine Bescheinigung der für die Berufsausbildung zuständigen Stellen vorzulegen. Die Regelung ist den Unternehmen in den Vergabeunterlagen bekannt zu machen. Dabei ist auf die Nachweispflicht hinzuweisen.“³¹⁹</i>
Nordrhein-Westfalen	<i>„Im Vergabeverfahren können Nachhaltigkeitsaspekte unter Beachtung der Vorgaben des § 3 Absatz 5 Satz 2 Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen auch als Zuschlagskriterium berücksichtigt werden. In diesem Fall müssen diese auftragsbezogen und objektiv feststellbar sein, auch wenn sie nicht notwendig mit Gebrauchsvorteilen oder Kosteneinsparungen verbunden sind.“³²⁰</i> Bzw.: <i>„Grundsätze der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Beruf und Familie. Öffentliche Auftraggeber sollen gemäß § 19 Absatz 1 Satz 1 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen bei Erreichen der Auftragsschwellen sowie der Beschäftigtenzahl gemäß § 19 Absatz 1 Satz 2 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen bei der öffentlichen Beschaffung von den Bietern über ergänzende vertragliche Ausführungsbedingungen die Durchführung oder Einleitung von Maßnahmen der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf verlangen.“³²¹</i>

Quelle: Eigene Darstellung

³¹⁹ § 10 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 08. Juli 2010, GVBl 399 vom 22. Juli 2010, zuletzt geändert durch das Erste Gesetz zur Änderung des Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetzes (Art. I Erstes ÄndG) vom 05. Juni 2012, GVBl 159 vom 16. Juni 2012.

³²⁰ § 2 Abs 4 Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – RVO TVgG – NRW) vom 14. Mai 2013.

³²¹ § 16 RVO TVgG – NRW vom 14. Mai 2013.



2.2.4 Sozial-Kriterien gemäß Richtlinie 2014/24/EU

Eine Analyse der EU-Vergaberechtsnovelle 2014, zeigt, dass ein Bewusstseinswandel stattgefunden hat und Sozial-Kriterien langsam den Stellenwert erhalten, welchen ökologische Kriterien im Vergaberecht bereits haben. Dies unterstreichen auch die Diskussionen hierzu im Vorfeld der Richtlinienverabschiedung.³²² Denn vielfach tragen aufgrund der Lobbyingarbeit die Richtlinien letztendlich dem Zweck der strategischen Beschaffung bzw. der Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien Rechnung. Die nachfolgende Untersuchung zeigt anhand von RL 2014/24/EU, welche Möglichkeiten die Richtlinien bieten.

Einhaltung Sozial- und Arbeitsrecht

Nicht zu vernachlässigen ist zuallererst die horizontale Sozialklausel durch Art 18 RL 2014/24/EU, welche den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, die Einhaltung der

„geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen [...] die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind“

zu gewährleisten. Zu diskutieren ist, ob daraus eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten und ihrer Behörden abzuleiten ist, die geltenden Vorschriften am Erfüllungsort der bestellten Leistungen zu überwachen. Da Unternehmen, die den entsprechenden Verpflichtungen (vor oder während der Vertragsdurchführung) nicht nachkommen, gemäß der Richtlinie auch vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden können (wobei es den Mitgliedstaaten obliegt, hier einen verpflichtenden Ausschlussgrund in den nationalen Gesetzen zu verankern), handelt es sich jedenfalls bei dieser Sozialklausel um mehr als einen „Stimulus“.³²³

In Österreich stellt eine nachweisliche Nichteinhaltung gegen arbeits- und sozialrechtliche Bestimmungen³²⁴ gemäß Bundesvergabegesetz einen Ausschlussgrund vom Verfahren dar.³²⁵ Auch ist die Einhaltung gewisser ILO-Abkommen Pflicht und haben öffentliche Auftraggeber in der Ausschreibung darauf hinzuweisen, dass die in Österreich geltenden arbeits- und sozialrechtlichen Bestimmungen eingehalten werden.³²⁶

Interessant ist, dass in Art 18 auch auf Tarifverträge verwiesen wird. Insbesondere in der Rs *Rüffert* wurde die Einforderung von regionalen Tarifverträgen in Verbindung mit der Richtlinie diskutiert (siehe Kapitel 2.2.2.3). ErwGr 98 RL 2014/24/EU relativiert dies jedoch, indem er einen klaren Bezug zur Entsenderichtlinie³²⁷ und der dazugehörigen stRspr des

³²² COM(2011) 895 of 20 December 2011.

³²³ Vgl. dazu Art 57 RL 2014/24/EU.

³²⁴ Es sei denn es liegen Ausnahmetatbestände, wie ein zwingendes Allgemeininteresse vor.

³²⁵ § 68 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

³²⁶ § 84 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

³²⁷ Vgl. RL 96/71/EG.



EuGH in Bezug auf Sozial-Kriterien herstellt.³²⁸ Somit sind in Art 18 RL 2014/24/EU nationale Tarifverträge gemeint.

Gemäß Art 35 Abs 5 RL 2014/24/EU haben öffentliche Auftraggeber Angebote abzulehnen, deren außergewöhnlich niedrige Preise auf Verstöße gegen Sozial-, Arbeits- oder Umweltschutzbestimmungen zurückgehen. Auch diese Regelung ist nicht neu, so waren außergewöhnlich niedrige Preise schon in der Vergangenheit zu prüfen.³²⁹

Diese Bestimmung erhält vor allem zur Prävention von Sozial-Dumping eine Stärkung durch einen zwingenden Ausschluss und Referenz auf die horizontale Sozialklausel. Zum einen werden ungewöhnlich niedrige Angebote gemäß Art 26 Abs 4 b bzw. Art 35 Abs 5 RL 2004/18/EG bzw. RL 2014/24/EU als nicht ordnungsgemäß angesehen, zum anderen hat der öffentliche Auftraggeber den Bieter zur Erklärung aufzufordern, sollte ein Angebot ungewöhnlich niedrig erscheinen, und auszuschließen, sollte festgestellt werden, dass der Grund für den niedrigen Preis in Verstoß gegenüber den Anforderungen gemäß Art 18 Abs 2 RL 2014/24/EU liegt.³³⁰

Bisher wurden die unionsrechtlichen Bestimmungen zu ungewöhnlich niedrigen Preisen im BVergG 2006 jeweils lediglich mit Bezug auf den OSB umgesetzt. Es ist somit davon auszugehen, dass auch hier die Umsetzung lediglich für den OSB Geltung haben wird.

Klarstellung Auslegung Auftragsbezug

Klarheit – auch vor dem Hintergrund bereits in der europäischen Judikatur diskutierter Fragen – schaffen Art 67 Abs 3 und Art 70 RL 2014/24/EU in Bezug auf die Reichweite von Sozial-Kriterien und den erforderlichen Sachbezug für ihre Gültigkeit: So kann sich dieser unter Umständen auf den gesamten Produktionsprozess beziehen bzw. dabei kann dem gesamten Lebenszyklus Rechnung getragen werden. Dadurch ist klargestellt, was lange umstritten war: Dass sie zwar mit dem Auftrag in Zusammenhang stehen müssen, dass sie sich aber auch auf die an der Herstellung/Bereitstellung, Lieferung oder Erbringung der Waren oder Leistungen beteiligten Personen beziehen können, die Gegenstand der Ausschreibung sind. Die in Art 67 RL 2014/24/EU zu den Zuschlagskriterien getroffene Definition der Auftragsbezogenheit gilt allgemein auch für andere Anwendungsbereiche – so auch für die Ausführungsbedingungen.³³¹

Im Sinne der Auftragsbezogenheit wäre es nicht argumentierbar, Unternehmen aufgrund einer allgemeinen sozialen oder ökologischen Verantwortung/Unternehmenspolitik den Zuschlag zu erteilen. Der Sachbezug und das Kriterium sind somit auf Leistung und Auftragsgegenstand zu beschränken. Dies gilt nicht, sofern der Vorbehalt gemäß Art 20 RL 2014/24/EU – ehemals informell „Geschützte Werkstätten“-Klausel – zum Tragen kommt.

³²⁸ EuGH, Rs C-346/06, *Rüffert*, Slg 2008, I-1989.

³²⁹ Vgl. dazu Art 55 RL 2004/18/EG.

³³⁰ ErwGr 103 iVm Art 69 Abs 3 RL 2014/24/EU.

³³¹ Vgl. Art 70 RL 2014/24/EU.



Sozial-Kriterien als Zuschlagskriterien

Art 67 RL 2014/24/EU macht das Bestbieterprinzip zum terminologisch einzig gültigen Vergabeprinzip,³³² wobei es an den Mitgliedstaaten liegt, eine Vergabe, welche einzig auf Basis des Kriteriums Preis stattfindet, zu verbieten (siehe Kapitel 1.2.4). Explizit gestattet ist unter anderem, die Einbeziehung sozialer Aspekte, insbesondere Kriterien wie:

- a) *„Qualität, einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen;*
- b) *Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder*
- c) *Kundendienst und technische Hilfe, Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfrist.“³³³*

Im Hinblick auf die Auftragsgegenständlichkeit wurde klargestellt, dass – wie im Vorhergehenden angedeutet – auch beschäftigungspolitische oder herstellungsspezifische Aspekte Berücksichtigung finden können. Es stellt sich nun die Frage, ob öffentliche Auftraggeber (endlich) im Rahmen einer Ausschreibung z.B. auch tatsächlich dem Unternehmen den Zuschlag erteilen können, das die meisten benachteiligten Arbeitnehmer³³⁴ beschäftigt oder das über arbeitsrechtliche Bestimmungen hinausgehende Standards einhält.

ErwGr 92 RL 2014/24/EU bekräftigt, dass sie

„zur Wahl von Zuschlagskriterien ermutigt werden [sollen], mit denen sie qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen“

und die Liste möglicher Zuschlagskriterien in RL 2014/24/EU keine abschließende sei. ErwGr 93 RL 2014/24/EU nennt als soziale Faktoren neben Preis und Vergütung die Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen.³³⁵

³³² Vgl dazu Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU: *„Die Bestimmung des aus der Sicht des öffentlichen Auftraggebers wirtschaftlich günstigsten Angebots erfolgt anhand einer Bewertung auf der Grundlage des Preises oder der Kosten, mittels eines Kosten-Wirksamkeits-Ansatzes, wie der Lebenszykluskostenrechnung gemäß Artikel 68, und kann das beste Preis-Leistungs-Verhältnis beinhalten, das auf der Grundlage von Kriterien — unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte — bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen“*

³³³ Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU.

³³⁴ Interessant ist der in den Richtlinien öfters erwähnte Begriff der „benachteiligten Arbeitnehmer“. Diese Fragestellung wird in Bezug auf die ebenso unklare Formulierung in Art 20 RL 2014/24/EU näher ausformuliert.

³³⁵ ErwGr 93 RL 2014/24/EU.



Gleichzeitig wird die in ErwGr 92 RL 2014/24/EU getätigte Aussage noch im selben Erwägungsgrund relativiert, indem es weiterführend heißt, dass dem öffentlichen Auftraggeber keine unbegrenzte Wahlfreiheit eingeräumt werden soll. Weiters legt dieser Erwägungsgrund nahe, dass nicht ausschließlich kostenfremde Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots herangezogen werden sollen.³³⁶

ErwGr 94 iVm Art 67 Abs 2 lit b RL 2014/24/EU bestätigt³³⁷, dass die Organisation, Erfahrung und Qualifikation der für den Auftrag eingesetzten Mitarbeiter als mögliche soziale Zuschlagskriterien in Betracht kommen, sofern dies für das Niveau der Auftragsausführung von Belang ist, da sich dies auf die Qualität des Auftrags auswirken würde.³³⁸ Dies gilt somit dann, wenn die Erfahrung des Bieters bzw. seines Personals nicht nur über die grundsätzliche Eignung zur Leistungserbringung Aufschluss gibt, sondern, bei entsprechendem Konnex zum Ausschreibungsgegenstand, auch über die Qualität der Leistung. Dies ist insofern interessant, als dass lange Zeit kontrovers diskutiert wurde, ob Qualität und fachliche Eignung des Personals auch ein Zuschlagskriterium sein können oder ob dies lediglich als Eignungskriterium gewertet werden darf. Denn Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfen nicht miteinander vermengt werden. Deshalb kann als Zuschlagskriterium nicht eingefordert werden, was bereits als Eignungskriterium eingefordert wurde.³³⁹

Gerade bei Qualitätsbestimmungen ist es besonders wichtig, auch im Nachhinein oder mittels vertraglicher Bestimmungen sicherzustellen, dass diese auch effektiv eingehalten werden. Dies bestätigt auch ErwGr 94 RL 2014/24/EU in Bezug auf Referenz- und Qualifikationskriterien der eingesetzten Mitarbeiter.

ErwGr 98 RL 2014/24/EU stellt klar, dass Sozial-Kriterien über gesetzliche Bestimmungen hinausgehen können. Beispielhaft werden in ErwGr 98 und ErwGr 99 genannt:

- die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz,³⁴⁰
- die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben,³⁴¹
- die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben,³⁴²
- Umwelt- oder Tierschutz,³⁴³
- die Einhaltung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)-Bestimmungen,³⁴⁴

³³⁶ ErwGr 92 RL 2014/24/EU: wobei die Kostenkriterium neben dem Preis auch der Kosten-Wirksamkeits-Ansatz sowie der Lebenszyklus-Kostenansatz sein können.

³³⁷ Dies bezeugt mittlerweile auch die Judikatur des VwGH, VwSlg 17718 A/2009, GZ2009/04/0024 vom 26. Juni 2009.

³³⁸ Als Beispiele werden dazu geistig-schöpferische Dienstleistungen, wie Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen genannt. Interessant wäre, inwiefern hier auch soziale Dienstleistungen, die personennah durchgeführt werden, inbegriffen sind.

³³⁹ Daraus folgt, dass jedenfalls eine "Doppelverwertung" insofern ausgeschlossen ist, als dass der Auftraggeber ein gewisses Minimum an Erfahrung - etwa eine bloße Liste von Referenzprojekten - für die Eignungsprüfung heranzieht und diese dann nochmals im Rahmen der Zuschlagskriterien abfragt.

³⁴⁰ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁴¹ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁴² ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁴³ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.



- die Einstellung von mehr benachteiligten Personen als nach nationalem Recht gefordert,³⁴⁵
- Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte,³⁴⁶
- Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen (z.B. Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags),³⁴⁷
- Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von Angehörigen sozial schwacher Gruppen betreffend die eingesetzten Personen bzw. deren Schulung.³⁴⁸

Wenngleich der Spielraum nun offener erscheint, werden die Prinzipien der Auftragsbezogenheit und Nichtdiskriminierung entscheidend sein. So heißt es auch in Art 67 Abs 4 RL 2014/24/EU, dass dem öffentlichen Auftraggeber durch diese Regelung keine uneingeschränkte Wahlfreiheit übertragen wird, sondern Zuschlagskriterien die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleisten und mit Spezifikationen einhergehen, *„die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen gestatten, damit bewertet werden kann, wie gut die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen.“*³⁴⁹

Die Möglichkeiten für Zuschlagskriterien werden näher in Kapitel 3 besprochen.

Ausführungsbedingungen:

Wie auch schon die Vorgängerrichtlinien gestattet RL 2014/24/EU die Verwendung von Sozial-Kriterien in der Form von (zusätzlichen) Ausführungsbedingungen. Neben sozialen Belangen nennt Art 70 RL 2014/24/EU zudem auch beschäftigungspolitische als mögliche (wenngleich generische) Beispiele.

ErwGr 98 RL 2014/24/EU stellt klar, dass Sozial-Kriterien über gesetzliche Bestimmungen hinausgehen können. Beispielhaft werden in ErwGr 98 und ErwGr 99 RL 2014/24/EU genannt:

- die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz,³⁵⁰
- die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben,³⁵¹

³⁴⁴ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁴⁵ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁴⁶ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁴⁷ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁴⁸ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁴⁹ Art 67 Abs 4 RL 2014/24/EU.

³⁵⁰ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁵¹ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.



- die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben,³⁵²
- Umwelt- oder Tierschutz,³⁵³
- die Einhaltung der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO)-Bestimmungen,³⁵⁴
- die Einstellung von mehr benachteiligte Personen als nach nationalem Recht gefordert,³⁵⁵
- Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte,³⁵⁶
- Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen (z.B. Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder die Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags),³⁵⁷
- Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von Angehörigen sozial schwacher Gruppen betreffend die eingesetzten Personen bzw. deren Schulung.³⁵⁸

Was soziale Ausführungsbedingungen betrifft, gilt weiterhin, dass letztere sich lediglich auf die Auftragsausführung beziehen können und somit sachlich und zeitlich zu beschränken sind. Wie in Zusammenhang mit diesem Punkt bereits mehrmals unterstrichen, bleiben in der Praxis auch in diesem Fall Bedenken zum Sachgegenstand.

Achtung ist auch bei Kriterien geboten, welche sich zu stark auf die allgemeine Unternehmenspolitik bzw. -organisation beziehen, denn im Grunde können zusätzliche Ausführungsbedingungen wie Ausschlusskriterien wirken. Im Unterschied zum Eignungskriterium erfolgt der Ausschluss nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens und der Kriterien(einhaltungs)prüfung, bei Aussicht auf Nicht-Erfüllung kann/sollte ein Unternehmen gar nicht erst bieten. Im Rahmen von Förderungsmaßnahmen – welche Unternehmensmaßnahmen betreffen, die kaum zeitlich und sachlich begrenzt zu setzen sind,³⁵⁹ sondern im Kern auch trotz etwaiger Beschränkungen auf den Zeitraum der Auftragsausführung die Betriebsorganisation betreffen – wird die Ausführungsbedingung zum Quasi-Eignungskriterium. Gerade die Eignungskriterien sind jedoch eng und abschließend durch das Unionsrecht vorgegeben.

³⁵² ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁵³ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁵⁴ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁵⁵ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁵⁶ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁵⁷ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁵⁸ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁵⁹ Es ist kaum denkbar, sämtliche Beschäftigungen von Frauen/benachteiligten Gruppen/Behinderten zu befristeten.



Technische Spezifikationen:

In Bezug auf technische Spezifikationen werden beispielhaft Barrierefreiheit und „Design für Alle“ genannt (mehr dazu in Kapitel 3.1).³⁶⁰

Abschließende Betrachtung:

Zwar bedeutet das im Vorhergehenden Gesagte ganz klar, dass allgemeine, die generelle Unternehmenspolitik betreffende Vorgaben, ob nun zur Tariftreue, zur Gleichstellung, oder zu anderen Themen nicht einforderbar sind, die Möglichkeiten zur Einforderung von zeitlich und sachlich beschränkten Maßnahmen sind jedoch nicht geklärt. *Grosso modo* unterstreichen die neuen Richtlinien die Akzeptanz für soziale, nachhaltige und innovative Aspekte.

Problematisch bleibt nichtsdestoweniger, dass das Hauptziel des Vergaberechts darin besteht, dass der öffentliche Auftraggeber wirtschaftlich besser, insbesondere günstiger, beschafft. Vergabefremden Kriterien bzw. Sekundärzwecken ist inhärent, unter Umständen keinen wirtschaftlichen Vorteil zu vermitteln, auch wenn unter wirtschaftlichem Vorteil auch ein mittelbarer subsumiert werden kann.³⁶¹

Letztendlich gilt es jedoch, deren Legitimität im Einzelfall zu prüfen. Von Interesse wäre deswegen ein geprüfter Kriterienkatalog mit allgemein, für viele Vergaben möglichen Kriterien. Jedoch spricht sich ErwGr 95 RL 2014/24/EU (aus Gründen der Heterogenität) gegen einen verbindlichen Anforderungskatalog an ökologischen, sozialen und innovativen Kriterien zwischen den einzelnen Sektoren und Märkten aus.

3. Beispiele für Sozialkriterien

Das folgende Arbeitspaket dient der Erörterung von Kriterien und Möglichkeiten zur Kategorisierung von Sozial-Kriterien. Zum besseren Verständnis wird dabei auf den durch Herrn Ao. Univ.-Prof. DDr. Dimmel erstellten Studienteil, seine Hypothesen und Ergebnisse verwiesen.³⁶² So wurden mittels einer Analyse von Qualitätsmerkmalen und Kriterien der sozialrechtlichen Materiengesetze der Bundesländer und einer qualitativen Fragebogenumfrage mit Zielgruppe Experten im Bereich soziale Dienstleistungen Kriterien der Struktur-, Prozess-, Personal- und Ergebnisqualität abgeleitet und zur Prüfung übermittelt. Der Kriterienkatalog ist in Tabelle 7 abgebildet.

³⁶⁰ ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

³⁶¹ Vgl. Art 53 RL 2004/18/EG: So gibt die Kommission selbst auch in der geltenden RL 2004/18/EG „Ästhetik“ als Zuschlagskriterium an.

³⁶² siehe dazu Dimmel, Projektendbericht Teil A: Vergabefremde Kriterien – Qualität in Sozialdienstleistungen & praxisorientierte Standards vergabefremder Kriterien.



Tabelle 7: Relevante Qualitätskriterien für soziale Dienstleistungen

Strukturqualität	Personalqualität	Prozessqualität	Ergebnisqualität
Niedrigschwelligkeit und Barrierefreiheit der Dienstleistung	Nachweis einer ausgewogenen Personalstruktur (Frauen- und MigrantInnen-Anteil in Führungspositionen)	Regionalwirtschaftlicher Impact des Leistungserbringers	Kontinuierliche externe Evaluation der KlientInnen-/NutzerInnen-/KundInnenzufriedenheit
Gemeinnützigkeit des Leistungserbringers	Nachweis der Beschäftigung begünstigt Behinderter nach den Vorgaben des BEinstG (Übererfüllung kann ein Zuschlagskriterium sein)	Ökologisch-nachhaltige Beschaffung	Nachweis der Nachhaltigkeit von erbrachten Sozialdienstleistungen
Nachweis betrieblicher Qualitätssicherungsmechanismen	Einstellung/Beschäftigung von Lehrlingen	Effektives Beschwerdemanagement im Sozialdienstleistungsunternehmen	
Verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/ NutzerInnen der Dienstleistung	Nachweis hoher Anteile sozialversicherungspflichtig Beschäftigter und möglichst geringer Anteile atypisch Beschäftigter	Nachweis einer kontinuierlichen Versorgung (Personalkontinuität)	
	Nachweis von Gruppen-, Fall- und Individualsupervision	Nachweis von Betreuungsvereinbarungen bzw. Betreuungs- (Pflege-, Unterbringungs-) verträge mit den KlientInnen	

Quelle: Eigene Darstellung nach Angaben Studienteil Ao. Univ.-Prof. DDr. Dimmel



Das folgende Kapitel ist so gefasst, dass die darin genannten Aspekte bei der Diskussion die oben genannten Kategorien, Kriterien und Möglichkeiten in Hinblick auf Ihre Rechtskonformität beleuchten. Bei der Bewertung der rechtlichen Möglichkeiten wird weniger das geltende BVergG 2006 als vielmehr die europäische Vergaberechtsnovelle anhand von RL 2014/24/EU betrachtet.

Eine Analyse wurde in Bezug auf „Nachweis von Betreuungsvereinbarungen bzw. Betreuungs- (Pflege-, Unterbringungs-) verträgen mit den KlientInnen“ unterlassen, da das Kriterium unklar formuliert war. Eingangs gilt es auch zu erwähnen, dass eine genaue Untersuchung aufgrund unklarer oder generischer Formulierungen prinzipiell nicht möglich war. Das Kriterium „Regionalwirtschaftlicher Impact des Leistungserbringers“ wurde erweitert, so folgt in Kapitel 3.12 eine nähere Analyse von „Regionalität“ und Regionalitätskriterien. Das Kriterium „Einstellung/Beschäftigung von Lehrlingen“ wurde gemeinsam mit der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen bewertet.

Abschließend werden tabellarisch etwaige Möglichkeiten noch einmal zusammengefasst (siehe dazu Tabelle 9: Vorschlag zur Einbindung von Qualitätskriterien).

Sowohl bei der textlichen als auch bei der tabellarischen Kriterienübersicht handelt es sich um nicht-taxative Darstellungen von Möglichkeiten zur Anwendung der jeweils besprochenen Kriterien. Es handelt sich um Vorschläge, die vor jeder Anwendung individuell zu prüfen sind. Eine eindeutige Rechtssicherheit kann in diesem Feld schon deshalb nicht gegeben werden, da sekundäre Kriterien oder in gewisser Weise, wenn auch begründet, einschränkende Kriterien stets Zweifel in Hinblick auf die Binnenmarktkonformität erwecken könnten. Doch ist es gerade das Ziel dieser Studie, eine differenziertere Betrachtung der öffentlichen Auftragsvergabe zu gewährleisten und eine Bewusstseinsbildung einzuleiten. Somit wurden die Beispiele von den Autoren in Anlehnung an den heterogenen Diskurs hierüber erstellt und wird dem Leser empfohlen, auch die hierin referenzierten Dokumente zu sichten.

3.1 Niedrigschwelligkeit und Barrierefreiheit der Dienstleistung

Der am weitesten diskutierte Aspekt der Barrierefreiheit ist jener der Niedrigschwelligkeit bzw. der physischen Barrierefreiheit (wobei auch hier im Mittelpunkt meist die Zielgruppe der Rollstuhlfahrer steht). Neben Barrierefreiheit wird auch der Aspekt „Design für alle“ diskutiert. Beiderlei Konzepte finden auf weiteren Ebenen als der Barrierefreiheit für Rollstuhlfahrer statt, sondern stellen auf sämtliche Personen(-gruppen) mit Behinderungen oder Schwierigkeiten (dies beinhaltet auch ältere Personen und Kinder) ab.

Barrierefreiheit, Niedrigschwelligkeit und „Design für Alle“ finden bereits im geltenden Rechtsrahmen Erwähnung. Dennoch handelt es sich um unbestimmte Gesetzesbegriffe. Legal definiert sind sie im BVergG 2006 nicht, wobei darauf zu verweisen ist, dass das BVergG 2006 selbst zum Teil auf die jeweiligen *leges speciales* verweist. Beim Begriff des



„Design für Alle“ geht es um Wahrnehmung und Zugänglichkeit mit sämtlichen Sinnen bzw. bei Einschränkung gewisser Sinne. Es werden dabei die Bedürfnisse von Behinderten, aber auch von älteren Personen und Kindern berücksichtigt. Diese sind freilich sehr unterschiedlich.³⁶³

Im Folgenden werden lediglich die vergaberechtlichen Bestimmungen aufgezeigt. Nicht eingegangen wird auf etwaige in anderen Einfachgesetzen vorhandene Bestimmungen.

Richtlinie 2004/18/EG:

In ErwGr 79 RL 2004/18/EG heißt es, dass öffentliche Auftraggeber, wo immer dies möglich ist, technische Spezifikationen festlegen sollten, die das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium der Konzeption für alle Benutzer berücksichtigen. Die Verwendung von Zugänglichkeits- oder Design for all (= „Design für Alle“)-Kriterien in den technischen Spezifikationen wird ebenfalls in Anhang VI RL 2004/18/EG wiederholt.

BVergG 2006:

In Bezug auf barrierefreies Bauen wurde der § 86 BVergG 2006 geschaffen, wonach Ausschreibungsunterlagen auf einschlägige Vorschriften zum barrierefreien Bauen (dies gilt unter gewissen Voraussetzungen auch bei Zu- und Umbauten) Bezug zu nehmen haben, bzw. in Ermangelung solcher folgende Mindestanforderungen zu berücksichtigen haben:³⁶⁴

- niveaugleicher Zugang oder bei Niveauunterschied Anordnung von Rampen mit Geländer sowie bei horizontalen Verbindungswegen keine Einzelstufen;
- ausreichende Durchgangsbreiten;
- ausreichende Bewegungsflächen;
- behindertengerechte Gestaltung des Haupteinganges.

Derartige Vorgaben eignen sich insbesondere für das Leistungsverzeichnis, die technischen Spezifikationen, aber auch für die Ausführungsbedingungen. In diesem Sinne wird „die Konzeption für alle Anforderungen (einschließlich des Zuganges für Menschen mit Behinderung)“ auch explizit in § 2 Abs 35 BVergG 2006 als mögliche technische Spezifikation genannt. Auch in § 78 BVergG 2006 heißt es, dass in den Ausschreibungsunterlagen – soweit dies möglich ist – technische Spezifikationen so festgelegt werden sollen, dass den

³⁶³ So benötigen Menschen mit niedriger Sehschwäche starke Kontraste und große Zeichen, Stufen müssen sich absetzen und erkennbar sein; blinde Menschen brauchen Leitung durch Braille-Schrift oder akkustische Signale. Ältere Menschen bevorzugen unter Umständen sogar Stufen gegenüber Rampen, Rollstuhlfahrer hingegen wiederum Rampen oder Niveaugleichheit bzw. Lifte. Auch Handläufe sind von Bedeutung. Kinder, ältere Personen oder Menschen mit kognitiven Beeinträchtigungen brauchen zum besseren Verständnis kurze und klare Texte (z.B. bei Zeichen, Formularen, etc.) und eine größere Schrift.

³⁶⁴ Auch hier gibt es jedoch Ausnahmeregelungen. Vgl. dazu § 87 Abs 2 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014: Ausgenommen sind Bauobjekte oder Teile davon, „bei denen nach Einholen einer Stellungnahme einer Organisation, die Interessen von Menschen mit Behinderung bundesweit vertritt, anzunehmen ist, dass keine Notwendigkeit eines Zutritts für Menschen mit Behinderung besteht“.



Zugangskriterien für Menschen mit Behinderung oder der Konzeption für alle Benutzer Rechnung getragen wird.

RL 2014/24/EU:

RL 2014/24/EU beinhaltet folgende Bestimmungen und Anregungen zu Zugänglichkeit, Barrierefreiheit und „Design für Alle“:³⁶⁵ In ErwGr 76 RL 2014/24/EU heißt es, dass bei Aufträgen, wo eine Nutzung von Allgemeinbevölkerung oder Personal des öffentlichen Auftraggebers vorgesehen ist, von den Auftraggebern technische Spezifikationen zur Beachtung von Kriterien der Barrierefreiheit für Menschen mit Behinderungen und „Design für Alle“ festzulegen sind, wobei Ausnahmen in hinreichend begründeten Fällen möglich sein sollen. So heißt es in ErwGr 99 RL 2014/24/EU nicht nur explizit, dass öffentliche Auftraggeber in den technischen Spezifikationen solche sozialen Anforderungen vorsehen können, die die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren, sondern es werden des Weiteren beispielhaft als Kriterien „Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung“ und „Design für Alle“ genannt. Im Gegensatz zu den Regelungen der RL 2004/18/EG werden nunmehr Kriterien der Zugänglichkeit oder des „Design für Alle“ auch als Zuschlagskriterien genannt.³⁶⁶ Zudem gestattet RL 2014/24/EU Auftraggebern zum Nachweis der Einhaltung von Kriterien zur Förderung des Zugangs von Menschen mit Behinderungen, die Akkreditierung durch Qualitätssicherungsnormen zu verlangen.³⁶⁷

Für den Bereich der sozialen Dienstleistungen wird der Legitimität bzw. sogar dem Bedarf zur Einforderung von Kriterien der Zugänglichkeit durch Art 76 Abs 2 RL 2014/24/EU Rechnung getragen. Darin heißt es nämlich, dass von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist, dass die öffentlichen Auftraggeber unter anderem die Zugänglichkeit der Dienstleistungen sicherstellen sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen und der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer Rechnung tragen können (siehe Kapitel 1.2.4).

3.2 Nachweis hoher Anteile sozialversicherungspflichtig Beschäftigter und möglichst geringer Anteile atypisch Beschäftigter

Bei dem Bestreben, bei der Leistungserbringung hohe Anteile sozialversicherungspflichtig Beschäftigter und möglichst geringe Anteile atypisch Beschäftigter zu gewährleisten, handelt es sich darum, dass „ordentliche“ Beschäftigungsverhältnisse der Regelfall bleiben und einer prekären Gesellschaft entgegengewirkt werden soll. In diesem Sinne sind mit atypischen

³⁶⁵ Erstmals wird in den vergaberechtlichen Bestimmungen auch auf die Zugänglichkeit der Ausschreibung Bezug genommen. So heißt es in ErwGr 53 RL 2014/24/EU, dass nicht nur allgemein verfügbare, nicht diskriminierende und allgemein kompatible elektronische Kommunikationsmittel zu nutzen sind, sondern vielmehr, dass bei der Wahl und Verwendung der Kommunikationsmittel auch den Bedürfnissen von Menschen mit Behinderung Rechnung zu tragen ist.

³⁶⁶ Vgl. Art 74 Abs 2 lit a RL 2014/24/EU.

³⁶⁷ Vgl. dazu auch Art 62 RL 2014/24/EU.



Beschäftigungsverhältnissen der freie Dienstnehmervertrag, temporäre Verträge, der Werkvertrag, aber auch geringfügige Beschäftigungen gemeint.

Unabhängig davon, welche atypischen Beschäftigungsverhältnisse in den Hintergrund gedrängt werden sollen, gilt es vorweg darauf hinzuweisen, dass etwaig gewählte Kriterien stets sachgegenständlich (im Sinne von auftragsgegenstandsbezogen) und verhältnismäßig zum Auftrag zu sein haben. Legitim ist dabei sehr wohl, dass sich die Kriterien auch auf den Herstellungs- oder Produktionsprozess beziehen. Letzteres war Gegenstand kontroverser Diskussionen in der Vergangenheit und wurde durch die neuen Richtlinien klargestellt.³⁶⁸ Allein das Sachgegenständlichkeitskriterium bedeutet jedoch, ungeachtet dessen, ob das an dieser Stelle diskutierte Kriterium Anwendung finden kann, dass etwaige Kriterien sich auf den jeweiligen Auftrag und dessen Durchführung zu beziehen haben.

Auf soziale Dienstleistungen angewendet, müssten etwaige Anforderungen im Hinblick auf das Beschäftigungsverhältnis Auswirkungen auf die Qualität der Leistung haben. Dies ist im Hinblick auf die hier behandelten Leistungen wohl argumentierbar, denn bei sozialen Dienstleistungen handelt es sich um personenbezogene Dienstleistungen. Kontinuität und die Vermeidung von Personalwechseln sind für die betroffenen/betreuten Zielgruppen sehr wichtig (siehe dazu Kapitel 3.9). Verträge müssten somit eigentlich mindestens auf den Zeitraum der Leistungserbringung oder sogar unbefristet ausgelegt sein. Beschäftigungsverhältnissen, die eher selbstständig ausgeübt werden können, fehlt diese Garantie. Weiters ist es beispielsweise in freien Dienstnehmerverträgen oder Werkverträgen üblich, dass die beauftragten Personen die Leistung eigenverantwortlich delegieren können. Auch dies würde potenzielle Personalwechsel für die betroffenen/betreuten Zielgruppen implizieren. Da Auftraggeber bei ihren eingeforderten/getroffenen Maßnahmen prinzipiell immer das Kalkül der Verhältnismäßigkeit anwenden müssen, wäre es ratsam, Bestimmungen zu Personalwechseln und zur Delegation der Arbeit an Dritte in die Ausführungsbedingungen mit aufzunehmen. So ist es auch Bietern, welche auf freie Dienstnehmer zurückgreifen, möglich, in den Wettbewerb um die Ausschreibung zu treten und bleibt die Qualität der Leistung gewahrt.

Zu diskutieren ist, wie der Aspekt „wenig Wechsel von Personal/Betreuern/Ansprechpersonen“ messbar gemacht werden soll. Dies könnte – und das sind nur einige wenige Gedanken – Teil eines Qualitätsmanagementsystems sein (in Pflegeeinrichtungen ist Personal bestimmten Personen zugeteilt oder hat gewisse Zuständigkeitsbereiche über; Arbeitspläne [Halbtagschichten, etc.]) oder durch Referenzen nachgewiesen werden.

Schwieriger wird es, will der öffentliche Auftraggeber den Einsatz von geringfügig eingesetztem Personal vermeiden. Deren Einsatz ist nämlich nicht nur arbeitsrechtlich erlaubt, deren Rechte und Belange sind zudem sowohl unionsrechtlich als auch durch

³⁶⁸ Vgl. dazu die Klarstellung in Art 67 Abs 3 RL 2014/24/EU.



nationales Recht geschützt.³⁶⁹ Auch dieser Einwand wäre jedoch möglich, wenn ein hinreichender sachlicher Zusammenhang zwischen täglich wechselndem Personal und einer nicht zumutbaren permanent andauernden Einarbeitungsphase des Personals und der Qualität der Leistung besteht.³⁷⁰ Das Argument, als öffentlicher Auftraggeber seiner Verpflichtung zur Wahrung des Allgemeinwohls in besonderem Maß soziale „Belange“ nachkommen zu wollen, reichte beispielsweise für das OLG Düsseldorf nicht aus, um einem Auftragnehmer sozialrelevante, aber arbeitsrechtlich erlaubte Gestaltungsmöglichkeiten zu versagen.³⁷¹

Ein „Umweg“ könnte ev. auch über die Qualifikation des Personals genommen werden. So ist die Hypothese zu diskutieren, dass qualifiziertes und geschultes Personal eher stabile und zumindest Teilzeitbeschäftigungsverhältnisse sucht.

3.3 Nachweis der Beschäftigung begünstigt Behinderter nach den Vorgaben des BEinstG

Schon in der Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von 2001 wird die Möglichkeit genannt, als zusätzliche Bedingung die Verpflichtung aufzuerlegen, zur Auftragsausführung eine größere Zahl von Behinderten einzustellen, als von der nationalen Gesetzgebung des Mitgliedstaates, in dem der Auftrag ausgeführt wird oder der Auftragnehmer ansässig ist, verlangt wird.³⁷²

Eine derartige Bestimmung findet sich ebenso in §§ 19 Abs 6 BVergG 2006, wonach im Vergabeverfahren auf die Beschäftigung von u. a. Menschen mit Behinderung und sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange sowohl in der Leistungsbeschreibung, bei den technischen Spezifikationen und bei den Zuschlags- und Ausführungsbedingungen Bedacht genommen werden kann.

In der neuen Richtlinie heißt es in ErwGr 98 RL 2014/24/EU, dass hinter Bedingungen für die Auftragsausführung auch die Absicht stehen kann, die Umsetzung von Maßnahmen zu

³⁶⁹ OLG Düsseldorf, Unzulässige Forderung nach sozialversicherungspflichtigem Personal – „Gebäudereinigung Aachen“ vom 17. Jänner 2013. In: NZBau 2013, Heft 05 Vergaberecht, 330f. Im Urteil wird referenziert auf: Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158); Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AentG) vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799); Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABl L 327/9 vom 05. Dezember 2008; Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl L 206 vom 29. Juli 1991 sowie RL 96/71/EG.

³⁷⁰ Im Fall verwarf das Gericht derartige Argumentationen wie folgt: „Die Ast. hat unwidersprochen vorgetragen, dass der Einsatz von geringfügig Beschäftigten in aller Regel in kleineren Reinigungsrevieren mit einem Zeitaufwand von etwa bis zu zwei Stunden täglich erfolge. Es handele sich um fest eingestellte Mitarbeiter, die täglich zur Reinigung erschienen. Dies biete bessere Dispositionsmöglichkeiten beim Ausfall einer Reinigungskraft. Auch böten beispielsweise vier noch nicht von der Arbeit ermüdete Zwei-Stunden-Kräfte ein besseres Reinigungsergebnis als eine Acht-Stunden-Kraft.“ Vgl. dazu: OLG Düsseldorf, Unzulässige Forderung nach sozialversicherungspflichtigem Personal – „Gebäudereinigung Aachen“ vom 17. Jänner 2013. In: NZBau 2013, Heft 05 Vergaberecht, 330 f.

³⁷¹ Vgl. dazu: OLG Düsseldorf, Unzulässige Forderung nach sozialversicherungspflichtigem Personal – „Gebäudereinigung Aachen“ vom 17. Jänner 2013. In: NZBau 2013, Heft 05 Vergaberecht, 330f.

³⁷² KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 19



begünstigen, „um mehr benachteiligte Personen als nach nationalem Recht gefordert einzustellen“.³⁷³ Da Erwägungsgründe Bestandteile der Richtlinien sind, können sie auch zu deren Auslegung herangezogen werden.³⁷⁴ Als Beispiele für Ausführungsbedingungen nennt auch der bindende Art 70 RL 2014/24/EU explizit neben sozialen Belangen auch beschäftigungspolitische.

Nach ErwGr 99 RL 2014/24/EU können Gegenstand von Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen sein, Maßnahmen:

- zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte,
- zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen, oder
- zur Schulung der für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten

Sie müssen jedoch – wie bereits mehrmals hervorgehoben – mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang stehen.

Beispielhaft werden als Maßnahmen genannt solche, die auf die Auftragsausführung beschränkt sind und der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder der Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags dienen.

Was die Verwendung derartiger Kriterien als Zuschlagskriterien betrifft, so ist auf Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von 2001 zu verweisen:

„Quoten für Aufträge, die bestimmten Kategorien von Bietern⁵¹ vorbehalten sind oder Preispräferenzen³⁷⁵ [sind] nicht mit den derzeitigen Vergaberichtlinien vereinbar. Ebenso verhält es sich mit Kriterien, die erfassen sollen, inwiefern die Bieter eine bestimmte Personenkategorie beschäftigen oder ein Programm zur Förderung der Chancengleichheit eingerichtet haben; es handelt sich mit anderen Worten um Kriterien, die nichts mit dem Gegenstand eines bestimmten Auftrags oder mit seinen Ausführungsbedingungen zu tun haben. Solche Kriterien, die nicht zur Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots beitragen, bleiben nach den derzeitigen Richtlinien aufgrund ihrer Zielsetzung, nämlich die Bewertung der eigentlichen Qualitäten eines Gutes oder einer Dienstleistung zu ermöglichen, ausgeschlossen.“

³⁷³ ErwGr 98 RL 2014/24/EU.

³⁷⁴ Vgl. dazu u. a. EuGH, Rs C-355/95, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD)/Kommission u. Deutschland*, Slg 1997 I-02549, Rn 21.

³⁷⁵ Vgl. dazu KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 15: „Etwa die Annahme, dass bestimmte Kategorien von Bietern eine Preispräferenz genießen, aufgrund derer das Angebot von Bieter A zwar über dem von Bieter B liegt, aber als gleichwertig mit dem Angebot von B angesehen wird, weil A eine bestimmte Sozialpolitik anwendet, z. B. die aktive Förderung der Frauen.“



Darüber hinaus wären solche Kriterien als mit den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufgrund des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) ³⁷⁶ unvereinbar anzusehen, das im Rahmen der Welthandelsorganisation abgeschlossen wurde.“³⁷⁷

Wenngleich sich diese Aussage auf die Vorgängerrichtlinien bezieht, gilt es doch zu erwähnen, dass die größte Rechtssicherheit nach wie vor im Rahmen der Ausführungsbedingungen besteht. So hängen Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand oder seinen Ausführungsbedingungen zusammen. Dies bestätigt auch der Bericht an den Gemeinderat der Stadt Graz vom 18. Jänner 2007.³⁷⁸

Prinzipiell gilt es an dieser Stelle noch zu erwähnen, dass Menschen mit Behinderung unter Umständen nicht jede Aufgabe übernehmen können. Somit ist im Einzelfall zu bewerten, inwiefern dieses Kriterium in Frage kommen bzw. Anwendung finden kann. *Schramm und Öhler* geben als Beispiel „*Dienstleistungsaufträge, die viele [sic] Personal erfordern, aber z.B. keine gefährlichen Tätigkeiten umfassen.*“³⁷⁹ Dies gilt im Übrigen auch für die Eingliederung von Langzeitarbeitslosen, die Anstellung von älteren Personen etc.

Abschließend gilt es auf die „geschützte Werkstättenklausel“ zu verweisen, gemäß welcher ein Auftragsvorbehalt an Werkstätten und Programme zur Förderung von Menschen mit Behinderung oder benachteiligten Gruppen möglich ist, zumal das Kriterium auf die gesamte Organisation(-sstruktur) Anwendung findet. Näheres dazu und den durch RL 2014/24/EU erfolgten Änderungen sind in Kapitel 1.3.1 dargestellt.

3.4 Nachweis einer ausgewogenen Personalstruktur (Frauen- und MigrantInnen-Anteil in Führungspositionen)

Die Zulässigkeit von Präferenzklauseln, beispielsweise zur Wiedereingliederung von benachteiligten oder vom Arbeitsmarkt ausgeschlossenen Personen als auch – zu einem gewissen Grad – die Zulässigkeit sozial positiver Diskriminierung in diesem Bereich, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der sozialen Ausgrenzung – wurde in der Vergangenheit mehrmals auf europäischer und nationaler Ebene erörtert. Maßgeblich ist auf europäischer Ebene im Bereich des hard law vor allem die stRspr des EuGH. Auch im Bereich des soft law hat sich die Kommission bereits mit der Förderung benachteiligter Personengruppen beschäftigt. Aufgegriffen wurde die Thematik auch im Rahmen der Richtliniennovelle.

³⁷⁶ Vgl. dazu KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 15: Auch hier haben einige Unterzeichnerstaaten ausdrückliche Vorbehalte festschreiben lassen, die es den Auftraggebern ermöglichen sollen, bei der Auftragsvergabe einen Sozialgesichtspunkt anzuwenden. Zwar haben die USA, wonach bestimmte Aufträge namentlich Minderheiten vorbehalten werden können, da die EG solche Ausnahmen gegenüber ihren Partnern nicht festhalten ließ, könnten derartige Kriterien als Verstoß anzusehen sein.

³⁷⁷ KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.

³⁷⁸ Präsidialamt Stadt Graz, Bericht an den Gemeinderat der Stadt Graz vom 18. Jänner 2007, GZ PräS. 11316/2003-1593, , 2f.

³⁷⁹ *Schramm Öhler Rechtsanwälte*, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen, 2. Aufl. (2012), 73.



Im Folgenden wird insbesondere das Kriterium einer ausgewogenen Personalstruktur durch Förderung bestimmter Gruppenanteile anhand von Frauenanteilen diskutiert. Die hierin getroffenen Aussagen gelten aber *grosso modo* auch für andere Gruppenanteile.

Das Thema „Frauen in Führungspositionen“, diesbezügliche Maßnahmen und auch Quoten ist mitunter ein Punkt auf der EU-Agenda.³⁸⁰ Explizit diskutiert wurden dabei insbesondere

- Maßnahmen, die die Einhaltung der Grundrechte, der Grundsätze der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung zwischen Mann und Frau garantieren,
- einzelstaatliche sozialrechtliche Vorschriften³⁸¹, bzw.
- Präferenzklauseln (beispielsweise zur Wiedereingliederung von benachteiligten oder vom Arbeitsmarkt ausgeschlossenen Personen und positive Diskriminierung, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit oder der sozialen Ausgrenzung)³⁸²,
- Tariftreue,³⁸³
- Gleichbehandlung (iSv gleichen Löhnen),³⁸⁴
- Bekämpfung der Arbeitslosigkeit.³⁸⁵

Kritisiert an der Einforderung derartiger Belange wird – und das gilt für etwaige Maßnahmen der Förderung/positiven Diskriminierung³⁸⁶ – ,dass sie nicht in Zusammenhang mit den zu beschaffenden Leistungen stehen, sondern es hierbei vielmehr darum geht, dass der öffentliche Auftraggeber bzw. die öffentliche Hand eine Vorbildrolle und gesellschaftliche Steuerungsfunktion (politikorientierte Beschaffung, Verfolgung von Sekundärzwecken) ausübt.

Derartige Äußerungen der Kritik sind nicht unbegründet. Problematisch ist unter anderem, dass das Hauptziel des Vergaberechts darin besteht, dass der Auftraggeber wirtschaftlich besser, insbesondere günstiger, beschafft. Es bestehen Zweifel, ob vergabefremde Kriterien

³⁸⁰ Vgl. *Europäische Union*, Frauen in wirtschaftlichen Entscheidungspositionen in der EU: Fortschrittsbericht, Eine Europa-2020-Initiative (2012); *Europäische Kommission*, EU-Justizkommissarin Reding fordert von Unternehmen höheren Frauenanteil in den Chefetagen, MEMO/11/124 vom 01. März 2011; Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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 L 269/15 vom 05. Oktober 2002.

³⁸¹ KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.

³⁸² KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.

³⁸³ KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.

³⁸⁴ KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.

³⁸⁵ KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.

³⁸⁶ Also auch im Zusammenhang mit der Förderung zur Einstellung von Langzeitarbeitslosen, Behinderten, zur Ausbildungsförderung von Lehrlingen etc.



bzw. Sekundärzwecke einen wirtschaftlichen Vorteil vermitteln können, auch wenn unter wirtschaftlichem Vorteil auch ein mittelbarer subsumiert werden kann.³⁸⁷

Ein besonderes Problem sind dabei Quotenvorgaben, denn hier besteht sehr wohl das Risiko eines Konflikts mit den Grundsätzen der Chancengleichheit und des freien Wettbewerbs, sofern es sich um keine unionsrechtlich vorgegebenen Quoten handelt. Dies bestätigt auch die Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge von 2001:

„Dagegen wären insbesondere Quoten für Aufträge, die bestimmten Kategorien von Bietern³⁸⁸ vorbehalten sind oder Preispräferenzen³⁸⁹ [sind] nicht mit den derzeitigen Vergaberichtlinien vereinbar. Ebenso verhält es sich mit Kriterien, die erfassen sollen, inwiefern die Bieter eine bestimmte Personenkategorie beschäftigen oder ein Programm zur Förderung der Chancengleichheit eingerichtet haben; es handelt sich mit anderen Worten um Kriterien, die nichts mit dem Gegenstand eines bestimmten Auftrags oder mit seinen Ausführungsbedingungen zu tun haben. Solche Kriterien, die nicht zur Wahl des wirtschaftlich günstigsten Angebots beitragen, bleibt nach den derzeitigen Richtlinien aufgrund ihrer Zielsetzung, nämlich die Bewertung der eigentlichen Qualitäten eines Gutes oder einer Dienstleistung zu ermöglichen, ausgeschlossen. Darüber hinaus wären solche Kriterien als mit den Verpflichtungen der Mitgliedstaaten aufgrund des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) unvereinbar anzusehen, das im Rahmen der Welthandelsorganisation abgeschlossen wurde.“^{390 //391}

Wenngleich sich diese Aussage auf die Vorgängerrichtlinien bezieht und die neuen Richtlinien derartige Maßnahmen sowohl bei den Ausführungsbedingungen als auch im Rahmen der Zuschlagskriterien gestatten, gilt es doch zu erwähnen, dass die größte Rechtssicherheit nach wie vor bei ersteren besteht, denn die Sachgegenständlichkeit ist ein vergabeinhärentes Prinzip. Dies bestätigt auch der Bericht an den Gemeinderat der Stadt

³⁸⁷ Vgl. Art 53 RL 2004/18/EG: So gibt die Kommission selbst auch in der geltenden RL 2004/18/EG „Ästhetik“ als Zuschlagskriterium an.

³⁸⁸ Vgl. dazu KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 15: „In den Vereinigten Staaten sind 20% der Aufträge den „small minority businesses“ vorbehalten, d. h. Unternehmen, die von Minderheiten kontrolliert werden. Die Vereinigten Staaten haben eine diesbezügliche Ausnahmeregelung in das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (GPA) aufnehmen lassen.“

³⁸⁹ Vgl. dazu KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 15: „Etwa die Annahme, dass bestimmte Kategorien von Bietern eine Preispräferenz genießen, aufgrund derer das Angebot von Bieter A zwar über dem von Bieter B liegt, aber als gleichwertig mit dem Angebot von B angesehen wird, weil A eine bestimmte Sozialpolitik anwendet, z. B. die aktive Förderung der Frauen.“

³⁹⁰ Vgl. dazu KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 15: Auch hier haben einige Unterzeichnerstaaten ausdrückliche Vorbehalte festschreiben lassen, die es den Auftraggebern ermöglichen sollen, bei der Auftragsvergabe einen Sozialgesichtspunkt anzuwenden. Zwar haben die USA, wonach bestimmte Aufträge namentlich Minderheiten vorbehalten werden können, da die EG solche Ausnahmen gegenüber ihren Partnern nicht festhalten ließ, könnten derartige Kriterien als Verstoß anzusehen sein.

³⁹¹ KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011.



Graz vom 18. Jänner 2007,³⁹² wonach – gemessen am bisherigen Rechtsrahmen – Frauenförderungsmaßnahmen im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht einforderbar sind.

Auf einen sowohl sachlichen als auch zeitlichen Auftragsbezug verweist auch Dreher. Etwaige zusätzliche Anforderungen dürften sich nicht auf die generelle Geschäftspolitik des Unternehmens beziehen bzw. ein mittelbarer Zwang zur Einstellung bestimmter Beschäftigter sei unabhängig vom Durchführungszeitraum unzumutbar und folglich vergaberechtlich unzulässig. Diesbezüglich merkt er an:

„Aus dem EU-Vergaberecht [...] folgt zugleich, dass die zusätzlichen Bedingungen einen Auftragsbezug haben müssen. Dies gilt sowohl in sachlicher als auch in zeitlicher Hinsicht. Der Produktionsprozess oder die Personalpolitik der Bewerber und Bieter kann über solche Bedingungen daher nicht losgelöst von der Durchführung konkreter Aufträge beeinflusst werden.

Daher sind allgemeine Vorgaben z. B. zur Tariftreue, zur Gleichstellung von Männern und Frauen in Bieterunternehmen und zu deren umweltbezogenen Organisationsmaßnahmen unzulässig. Bei Beschäftigungsquoten z. B. für Auszubildende und Langzeitarbeitslose kommt hinzu, dass der Auftragnehmer die Möglichkeit haben muss, die Beschäftigung auf die Dauer der Auftragsausführung zu begrenzen und die konkreten Personen – was insbesondere bei Auszubildenden oft nicht möglich sein dürfte – nur zur Durchführung des konkreten Auftrags, d. h. wie reguläre Arbeitnehmer einzusetzen.“³⁹³

Soweit sich Mitgliedstaaten dabei auf langjährige Frauenförderpläne beziehen, muss man dies daher als unzulässig ablehnen. Dem ist insbesondere bei Quoten zum allgemeinen Frauenanteil in Unternehmen oder in Führungspositionen so.

Neben dem Aspekt der Sachgegenständlichkeit wäre zudem der Aspekt der Nichtdiskriminierung zu prüfen: Probleme bereitet in der Tat, dass beispielsweise mittelständische Betriebe vielfach größere Schwierigkeiten als Großbetriebe haben könnten, Frauen zu fördern. Das betrifft aber alle mittelständischen Unternehmen in Europa und begünstigt nicht die einen oder anderen.³⁹⁴ Darum wäre keine Diskriminierung gegeben. Im Gegensatz dazu stehen aber rein nationale Frauenförderpläne oder -quoten, welche einheimischen Firmen einen Vorteil einräumen, bestimmte Ziele zu erfüllen.³⁹⁵ Nichtsdestotrotz haben manche Länder Frauenförder- bzw. Quotenbestimmungen

³⁹² Präsidialamt Stadt Graz, Bericht an den Gemeinderat der Stadt Graz vom 18. Jänner 2007, GZ PräS. 11316/2003-1593, 2f.

³⁹³ Dreher, GWB § 97 Allgemeine Grundsätze: 4. Die politikorientierten zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung nach § 97 Abs. 4 Satz 2. In: Immenga/Mestmäcker, Wettbewerbsrecht, 5. Aufl. (2014), Rn 262, 263.

³⁹⁴ Frenz, Soziale Vergabekriterien. In: Kapellmann (Hrsg.), NZBau Heft 1/2007, 17

³⁹⁵ Vgl. dazu EuGH, Rs C-407/98, Abrahamsson u. Anderson/Fogelqvist, Slg 2000, I-5539; EuGH, Rs C-158/97, Badeck u.a., Slg 2000, I-1875; EuGH, Rs C-450/93, Kalanke/Bremen, Slg 1995, I-3051; EuGH, Rs C-409/95, Marschall/Nordrhein-Westfalen (Marschall), Slg 1997, I-6363. In der Folge werden Quoten, die Frauen bis zum Erreichen eines bestimmten Prozentsatzes automatisch begünstigen würden, als nicht europarechtskonform eingestuft. Sie dürfen folglich bei Ausschreibungen nicht zum Maßstab genommen werden.



erlassen.³⁹⁶ Hier gilt im Zweifelsfall bei der vergaberechtlichen Anwendung, dass Unionsrecht und Unionsbestimmungen vorgehen und die nationalgesetzlichen Bestimmungen ungeachtet bleiben müssen.

Zwar bedeutet das oben Gesagte ganz klar, dass allgemeine, die generelle Unternehmenspolitik betreffende Vorgaben, ob nun zur Tariftreue, zur Gleichstellung, oder zu anderen Themen, nicht einforderbar sind, die Möglichkeiten zur Einforderung von zeitlich und sachlich beschränkten Maßnahmen sind jedoch nicht geklärt.

Trotz vielfacher Kritik hat sich die Ansicht durchgesetzt, dass Frauenförderungsmaßnahmen durchaus möglich sind, sofern sie auf den Auftrag begrenzt sind.

So belegt das Urteil *La Cascina und Zilch*,³⁹⁷ dass Sozial-Kriterien zumeist nicht als Eignungs-, sehr wohl jedoch als Zuschlagskriterium fungieren können, sofern sie unmittelbar mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen und – das zeigt auch die Rs *Wienstrom*³⁹⁸ – sich nur auf die zu erbringende(n) Leistung(e)n beziehen³⁹⁹ (weiterführend, siehe im Allgemeinen Kapitel 2 und im Speziellen Kapitel 2.2.2).

Nicht zuletzt ergibt sich die Legitimation von beschäftigungsfördernden Maßnahmen bzw. die Konformität von Frauenförderung(-maßnahmen) aus dem Primärrecht:

*„Bei allen ihren Tätigkeiten wirkt die Union darauf hin, Ungleichheiten zu beseitigen und die Gleichstellung von Männern und Frauen zu fördern.“*⁴⁰⁰

Schon auf primärrechtlicher Ebene erlaubt auch Art 147 AEUV beschäftigungsfördernde Maßnahmen.⁴⁰¹

Eine Legitimation findet sich im österreichischen Recht in § 19 Abs 6 BVergG 2006, wonach *„im Vergabeverfahren [...] auf die Beschäftigung von Frauen, [...] sowie auf Maßnahmen zur Umsetzung sonstiger sozialpolitischer Belange sowohl in der Leistungsbeschreibung, bei den*

³⁹⁶ Vgl. dazu *Europäische Union*, Frauen in wirtschaftlichen Entscheidungspositionen in der EU: Fortschrittsbericht (2012), Anhang 1, 20ff.

³⁹⁷ EuGH, Rs C-226/04, *La Cascina Soc. coop. arl u. Zilch Srl/Ministero della Difesa u.a.* (Cascina u. Zilch), Slg 2006, I-01347.

³⁹⁸ EuGH, Rs C-448/01, *EVN und Wienstrom*, Slg 2003, I-14527.

³⁹⁹ Vgl. dazu *Frenz*, Soziale Vergabekriterien. In: *Kapellmann (Hrsg.)*, NZBau Heft 1/2007, 17. *Frenz* meint dazu: Darin liegt eine erhebliche Einschränkung. Diese ist stärker als die durch die Grundfreiheiten. Etwaige Einschränkungen der Warenverkehrs- und vor allem der Dienstleistungsfreiheit können nämlich regelmäßig durch gemeinschaftsrechtlich verankerte Aspekte wie namentlich die Förderung der Gleichstellung von Frauen, hohe Beschäftigung und Schutz von Arbeitnehmern gerechtfertigt werden. Das gilt allerdings nicht für die Anlegung spezifisch nationaler Maßstäbe etwa bei der Frauenförderung. Hingegen können Tarifverträge bei fehlender gesetzlicher Garantie flächendeckender Mindestlöhne als Orientierungspunkt herangezogen werden.

⁴⁰⁰ Art 8 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012. Durch die Mitgliedstaaten getroffene Maßnahmen erhalten zudem ihre Legitimation durch Art 157 Abs 4 AEUV: *„Im Hinblick auf die effektive Gewährleistung der vollen Gleichstellung von Männern und Frauen im Arbeitsleben hindert der Grundsatz der Gleichbehandlung die Mitgliedstaaten nicht daran, zur Erleichterung der Berufstätigkeit des unterrepräsentierten Geschlechts oder zur Verhinderung bzw. zum Ausgleich von Benachteiligungen in der beruflichen Laufbahn spezifische Vergünstigungen beizubehalten oder zu beschließen.“*

⁴⁰¹ Art 147 AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012:

*„(1) Die Union trägt zu einem hohen Beschäftigungsniveau bei, indem sie die Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten fördert und deren Maßnahmen in diesem Bereich unterstützt und erforderlichenfalls ergänzt. Hierbei wird die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten beachtet.
(2) Das Ziel eines hohen Beschäftigungsniveaus wird bei der Festlegung und Durchführung der Unionspolitiken und -maßnahmen berücksichtigt.“*



technischen Spezifikationen, bei den Zuschlags- und Ausführungsbedingungen Bedacht genommen werden kann.“ Dies ist jedoch insoweit zu relativieren, als sowohl die Kommentare zum BVergG 2006 als auch sämtliche europäische bindende und nicht-bindende Dokumente darauf verweisen, dass die Bedachtnahme dieser sekundären Ziele nur unter Berücksichtigung der vorangegangenen Grundsätze (Unionsrecht und Judikatur) erfolgen kann.⁴⁰² Letzteres schränkt Ermessensfreiheit und Handlungsfreiheit der auf den ersten Blick so großzügigen Möglichkeiten doch erheblich ein.

In der neuen Richtlinie wird lediglich an einer Stelle explizit auf das Thema Frauenförderung Bezug genommen. So heißt es in ErwGr 98 RL 2014/24/EU, dass hinter Bedingungen für die Auftragsausführung auch die Absicht stehen kann, die Umsetzung von Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz oder die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben zu begünstigen.⁴⁰³ Als Beispiele für Ausführungsbedingungen nennt auch Art 70 RL 2014/24/EU beispielhaft explizit neben sozialen Belangen auch beschäftigungspolitische.

Wenngleich nicht explizit die Frauenförderung erwähnt wird, lassen auch folgende Richtlinienbestimmungen bzw. -erwägungen einen gewissen Spielraum vermuten:

Nach Art 67 Abs 2 RL 2014/24/EU können Zuschlagskriterien auch soziale Eigenschaften und den Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen betreffen. Nach ErwGr 99 RL 2014/24/EU können Gegenstand von Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen unter anderem Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen sein. Sie müssen jedoch – wie bereits mehrmals hervorgehoben – mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang stehen. Im Folgenden wird in Reflektion des oben Gesagten auf verschiedene Möglichkeiten eingegangen.

Eignungskriterien:

Die Gleichbehandlung selbst ist ein allgemeiner, rechtlich verankerter Grundsatz. So verbietet das Gleichbehandlungsgesetz unter anderem Lohndiskriminierung in der Privatwirtschaft. Ein derartiger Nachweis könnte also – zumindest theoretisch – einen Anknüpfungspunkt für einen Verfahrensausschluss bieten.⁴⁰⁴ Als solches ist die Einhaltung

⁴⁰² Vgl. KOM(2001) 566 endg. vom 15. Oktober 2001; ErwGr 2, 4 und 5 RL 2004/18/EG zur Einhaltung der in den primärrechtlichen Verträgen niedergelegten Grundsätze gebunden, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs, des Grundsatzes der Niederlassungsfreiheit und des Grundsatzes der Dienstleistungsfreiheit sowie der davon abgeleiteten Grundsätze wie z.B. des Grundsatzes der Gleichbehandlung, des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung, des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung, des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und des Grundsatzes der Transparenz.

⁴⁰³ ErwGr 98 RL 2014/24/EU. Im Genauen heißt es darin: „Maßnahmen zur Förderung der Gleichstellung von Frauen und Männern am Arbeitsplatz, die verstärkte Beteiligung der Frauen am Erwerbsleben und die Vereinbarkeit von Arbeit und Privatleben oder den Umwelt- oder Tierschutz zu begünstigen und im Kern die grundlegenden Übereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation (ILO) zu erfüllen und mehr benachteiligte Personen als nach nationalem Recht gefordert einzustellen“

⁴⁰⁴ Vgl. dazu Papouschek/Haidinger/Schönauer, Koppelung von Wirtschaftsförderung und öffentlicher Auftragsvergabe an betriebliche Gleichstellungsmaßnahmen, FORBA-Schriftenreihe 3/2009. In: WISO, Wirtschafts- und sozialpolitische Zeitschrift des Instituts für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften ISW, Nr. 2/09, 32. Jahrgang, 5ff. In der Praxis sind wohl auch hier Überprüfung und Nachweis schwierig.



von Gleichbehandlungsbestimmungen ein Eignungskriterium und kann dies kein Zuschlagskriterium sein.

Beim Kriterium von „Frauen in Führungspositionen“, handelt es sich um ein Gleichstellungskriterium⁴⁰⁵ und ist die Lage – ähnlich wie bei Quoten und Zielen – anders. Bei Gleichstellungsmaßnahmen können Bieter auf der Ebene der Eignungsprüfung lediglich vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn diese (sozial-)gesetzlich verankert sind und nicht bloß Gestaltungsempfehlungen sind.⁴⁰⁶ Was nationalgesetzlich verankerte Frauenförder- bzw. Quotenbestimmungen betrifft, so gilt es auf das oben Gesagte zu verweisen.⁴⁰⁷ Hier könnte der Tatbestand der Diskriminierung greifen. Im Zweifelsfall gilt bei der vergaberechtlichen Anwendung, dass Unionsrecht und Unionsbestimmungen vorgehen und die nationalgesetzlichen Bestimmungen außer Acht bleiben müssen.⁴⁰⁸

Gegen die Rechtsgültigkeit einer Verankerung von (Frauen-)Quoten spricht sich deshalb im Wesentlichen die Literatur aus.

Technische Spezifikationen:

Da in technischen Spezifikationen lediglich Kriterien enthalten sein können, welche die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren (z.B. Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung, „Design für Alle“, ...), sind diese für die Einforderung der an dieser Stelle besprochenen Inhalte nicht geeignet.⁴⁰⁹

Ausführungsbedingungen:

Was Gleichstellungsmaßnahmen betrifft, gilt es auf die weiteren Möglichkeiten des Vergaberechts hinzuweisen, so etwa darauf, dass Auftraggeber prinzipiell die Möglichkeit haben, den Auftrag und die Auftragsausführung frei festzulegen. Die Kategorie der Ausführungsbedingungen stellt einen zusätzlichen Vertragsinhalt dar. Schon 2001 hat auch die Europäische Kommission bejaht, dass bei der Vergabe von Aufträgen mit einer sozialen Ausrichtung durchaus ein Ausführungsmodus festgeschrieben werden kann.⁴¹⁰ Der Auftraggeber könne grundsätzlich bei der Definition der Waren und Dienstleistungen, die er erwerben möchte, diejenigen Waren, Dienstleistungen oder Bauarbeiten wählen, die seinem sozialpolitischen Anliegen entsprechen, vorausgesetzt, diese Wahl führt nicht dazu, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zu Ungunsten der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten

⁴⁰⁵ Vgl. Verein FRAU AM BAU (Hrsg.), Qualität Frau am Bau: Leitfaden für Bauträgerschaften – Gleichstellungs-Controlling für Planung und Auftragsvergabe (2003), 20.

⁴⁰⁶ Vgl. dazu Papouschek et al., Koppelung von Wirtschaftsförderung und öffentlicher Auftragsvergabe an betriebliche Gleichstellungsmaßnahmen, 5ff.

⁴⁰⁷ Vgl. dazu Europäische Union, Frauen in wirtschaftlichen Entscheidungspositionen in der EU,, Anhang 1, 20ff.

⁴⁰⁸ Vgl. dazu Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009), Rn 35: Verschiedene deutsche Länder haben dies in Bezug auf Tarifbestimmungen und die Erkenntnisse durch die Rs Ruffert auch in sog. **Nichtanwendungserlassen** herausgestellt.

⁴⁰⁹ Vgl. dazu ErwGr 99 RL 2014/24/EU.

⁴¹⁰ Vgl. dazu weiterführend auch Heinrich, Gleicher Lohn für gleiche Arbeit: Entgeltgleichheit als Kriterium in der öffentlichen Auftragsvergabe des Bundes. In: Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung (Hrsg.), Arbeiten zu Verwaltungsstudium und Praxis (2009).



begrenzt wird bzw. die Wettbewerbsprinzipien verletzt werden.⁴¹¹ Somit wäre es theoretisch sehr wohl möglich, Bieter im Rahmen der Ausführungsbedingungen zu betrieblichen Gleichstellungsmaßnahmen zu verpflichten. Explizit genannt wird in der Mitteilung sogar die Möglichkeit, als zusätzliche Bedingung die Verpflichtung aufzuerlegen, *„bei der Ausführung des Auftrags Maßnahmen zur Förderung der Chancengleichheit zwischen Man [sic] und Frau oder der ethnischen und rassischen Vielfalt durchzuführen“*.⁴¹²

Somit sind derartige Kriterien sehr wohl zulässig, sofern sie eine sachliche und räumliche Beschränkung erfahren. Letztere ist jedoch auch bei Ausführungsbedingungen aus folgenden Gründen in Frage zu stellen:

Im Grunde wirken zusätzliche Ausführungsbedingungen deshalb wie Ausschlusskriterien. Im Unterschied zum Eignungskriterium erfolgt der Ausschluss nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens und der Kriterien(einhaltungs)prüfung, sondern es ist davon auszugehen, dass sich nur fähige Bieter bewerben, indem diese eine Erklärung abgeben, dass sie bei der Auftragsausführung die zusätzlichen Anforderungen beachten werden,⁴¹³ oder indem bei Nichterfüllung im Rahmen der späteren Auftragserledigung gegen das Unternehmen Sanktionen verhängt werden könnten.⁴¹⁴ Bei Aussicht auf Nicht-Erfüllung kann(/sollte) ein Unternehmen deshalb nicht bieten. Im Rahmen von Förderungsmaßnahmen – welche Unternehmensmaßnahmen betreffen, die kaum zeitlich und sachlich begrenzt zu setzen sind,⁴¹⁵ sondern im Kern auch trotz etwaiger Beschränkungen auf den Zeitraum der Auftragsausführung die Betriebsorganisation betrifft – wird die Ausführungsbedingung zum Quasi-Eignungskriterium. Gerade die Eignungskriterien sind jedoch eng und abschließend durch das Unionsrecht vorgegeben.

Zuschlagskriterium:

Aus den im Obigen erwähnten Gründen gilt es darauf hinzuweisen, dass Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand oder seinen Ausführungsbedingungen zusammenhängen müssen. Auch wenn nach den neuen Richtlinien Sozial-Kriterien explizit als Zuschlagskriterien eingefordert werden dürfen,⁴¹⁶ schafft die Union hiermit kein gänzlich neues Recht. Etwaige Entscheidungen müssen somit – sofern keine Diskontinuität durch expliziten Bruch mit den vergangenen Auslegungen – weiterhin in Konformität mit der stRspr des EuGH stehen. Wenngleich mit Bezug auf „das alte“ Regelwerk – sehr wohl aber in Beachtung der stRspr –

⁴¹¹ KOM(2001) 566 vom 15. Oktober 2001, Unterkap. 1.1, 6.

⁴¹² KOM(2011) 681 endg. vom 25. Oktober 2011, 19: Beispielhaft nennt die Mitteilung folgendes Szenario: *„Bei einem Dienstleistungsauftrag kann beispielweise eine politische Maßnahme zur Förderung der ethnischen und rassischen Vielfalt am Arbeitsplatz durchgeführt werden, indem die für die Einstellung, die Beförderung oder die Weiterbildung zuständigen Personalsachbearbeiter entsprechende Weisungen erhalten; hierzu kann auch die Ernennung eines Mitarbeiters, der für die Durchführung einer diesbezüglichen Politik am Arbeitsplatz zuständig ist, durch den Auftragnehmer gehören.“*

⁴¹³ Brüning, Die Geschlechterfrage gefährdet den Wettbewerb. In: LTO Legal Tribune Online. Stand: 05. Mai 2012, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/frauenquote-vergaberecht-geschlechterfrage-gefaehrdet-wettbewerb/>. Unterlässt es das bietende Unternehmen, diese Vertragsbedingung zu akzeptieren, führt dies ebenfalls zum Ausschluss des Angebots.

⁴¹⁴ Letzteres müsste jedoch vertraglich vorgesehen sein.

⁴¹⁵ Es ist kaum denkbar, sämtliche Beschäftigungen von Frauen/benachteiligten Gruppen/Behinderten zu befristen.

⁴¹⁶ Vgl. Art 67 RL 2014/24/EU.



werden derartige Maßnahmen im Rahmen der Zuschlagskriterien von der Stadt Graz bislang als unzulässig betrachtet.

Dem widersprechen zum Teil die im Nachfolgenden angeführten Beispiele aus Praxis und Gesetzgebung. In „Qualität Frau am Bau“ vom Verein Frau am Bau heißt zur Verwendung von Frauenförderungs-/bzw. Gleichstellungsmaßnahmen:

„Es gilt jedoch zu beachten, dass beispielsweise das Zuschlagskriterium der Lehrlingsförderung von der Lehre als systemfremd kritisiert wird, weil es mit dem Wert der Leistung nichts zu tun habe. Ebenso würde ein Zuschlagskriterium „aktive Frauenförderung im Betrieb“ oder „gelebte Gleichstellung“ wahrscheinlich als systemfremd eingestuft werden. Angesichts der Tatsache, dass das Kriterium Lehrlingsförderung aber dennoch benutzt wird, dürfte aber auch dasjenige der aktiven Frauenförderung in der Praxis auf Akzeptanz stoßen.“⁴¹⁸

Für eine eindeutige Aussage zur Zulässigkeit ist jeweils eine Einzelfallprüfung notwendig.

Beispiele aus der Praxis/Gesetzgebung:

Im Folgenden werden zur Veranschaulichung diverser Möglichkeiten oder Praktiken Beispiele aus Praxis und Gesetzgebung in Österreich und Deutschland dargestellt.

Die in diesem Unterpunkt vorgebrachten Gedanken nehmen auch österreichische Initiativen zur Frauenförderung mittels öffentlicher Aufträge auf. Zu nennen ist hier beispielhaft die Stadt Wien.⁴¹⁹ Diese erachtet folgende drei Frauenförderungsinstrumente als anwendbar:

- *„Frauenförderung als so genannte "soziale Ausführungsbedingung" im Auftrag (Werkvertrag)*
- *Berücksichtigung von Gender-Aspekten bei der Ausformulierung von konkreten qualitativen Zuschlagskriterien anlässlich der Ausschreibung*
- *Gendersensible Bedarfserhebung, Beschaffungsplanung und Leistungsbeschreibung“⁴²⁰*

In diesem Sinne können soziale Ausführungsbedingungen⁴²¹ vorsehen, dass Auftragnehmer bei einer Beschäftigung von mehr als 20 Arbeitnehmern, einem Auftragswert von zumindest EUR 50.000,- und einer Laufzeit des Auftrages von mindestens sechs Monaten eine

⁴¹⁷ Vgl. dazu *Präsidialamt Stadt Graz*, Bericht an den Gemeinderat der Stadt Graz vom 18. Jänner 2007, GZ Präs. 11316/2003-1593, 2f.

⁴¹⁸ *Verein FRAU AM BAU (Hrsg.)*, Qualität Frau am Bau (2003), S. 21.

⁴¹⁹ So wurde beispielsweise mittels Erlass vom 29. September 2010, ZI: MDS-K-529/10 an die Magistratsabteilungen 27 und 54 wurde die Durchführung von Pilotprojekten bei Dienstleistungsaufträgen veranlasst.

⁴²⁰ *Gewerbewesen und rechtliche Angelegenheiten des Ernährungswesens (MA 63)*, Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. In: *Magistrat der Stadt Wien*, wien.at, <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html>

⁴²¹ Es gilt darauf hinzuweisen, dass dieses Instrument im Unterschied zu den Zuschlagskriterien keine Auswirkung auf die Bewertung und Reihung der Angebote hat, denn die Einhaltung der betrieblichen Frauenförderungsmaßnahmen wird erst, wenn überhaupt, während der Ausführung des Auftrages überprüft. Andererseits ist davon auszugehen, dass sich nur Bieter bewerben (sollten), welche die Ausführungsbedingungen erfüllen können und werden.



vertragliche Verpflichtung (basierend auf einer unterfertigten Erklärung, die gemäß Ausschreibung dem Anbot beizufügen ist) eingehen, in ihrem Betrieb zumindest auf Auftragsdauer bestimmte, bis zur Hälfte der Leistungsfrist zu implementierende⁴²² Maßnahmen der Frauenförderung zu setzen.⁴²³ Letztere sind einem vorgegebenen Katalog zu entnehmen. Dieser beinhaltet vier Maßnahmengruppen, wovon jeweils eine auszuwählen ist, für kleine Unternehmen jedoch Erleichterungen vorgesehen sind.⁴²⁴

Als Zuschlagskriterium können Anwendung finden die Qualifikation des für die Ausführung des Auftrages verbindlich anzubietenden Schlüsselpersonals oder die Qualität eines anzubietenden Konzeptes (z. B. Bedachtnahme auf Mädchen und Frauen bei Betreuungs- und Beratungsleistungen).⁴²⁵

Eine weitere Maßnahme steht außerhalb des Vergabeverfahrens und betrifft Bewusstseins-schaffung und Sensibilisierung von mit Vergaben betrauten Mitarbeitern durch Schulungen, Checklisten etc.⁴²⁶

Über die österreichischen Grenzen hinwegblickend sind beispielsweise auch in Deutschland einzelne Länder in diesem Bereich sehr aktiv und haben diese Landesvergabegesetze und sich darauf stützende Verordnungen erlassen bzw. das Thema Frauenförderung mittels öffentlicher Auftragsvergabe in den Landesgleichstellungsgesetzen berücksichtigt.⁴²⁷

So sind – vor allem mit Ausführungsbedingungen verknüpfte Maßnahmen – teils sogar in den regionalen Gesetzen festgeschrieben. Auch dies bestätigt die oben zitierte Aussage, dass Frauenförderungsmaßnahmen iSv Gleichstellungsbestrebungen zwar streng gesehen nicht mit dem Prinzip der Sachgegenständlichkeit in Einklang gebracht werden können, nach h. A. jedoch mit den Vergabebestimmungen im Einklang stehen.

Beispielhaft sollen hier genannt werden:

⁴²² Vgl. dazu MA 63, Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html>: „Ein Verstoß kann außerdem unter Umständen bewirken, dass dem betreffenden Unternehmen in künftigen Vergabeverfahren die erforderliche Zuverlässigkeit fehlt.“

⁴²³ Auf der Webseite heißt es zudem: „Das „Wiener Modell“ setzt also im Unterschied zu anderen Pilotprojekten bewusst bei länger laufenden und betragsmäßig nicht geringfügigen Dienstleistungsaufträgen an.“

⁴²⁴ Vgl. dazu MA 63, Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html>: „Unternehmen, die in den letzten drei Kalenderjahren dauerhaft weniger als 50 Arbeitnehmerinnen und -nehmer beschäftigt haben und deren Jahresumsatz beziehungsweise Jahresbilanzsumme während der letzten drei Kalenderjahre jeweils 10 Millionen Euro nicht überstiegen hat, müssen nur aus drei der vier Maßnahmengruppen jeweils eine Maßnahme auswählen.“

⁴²⁵ Vgl. dazu MA 63, Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html>

⁴²⁶ Vgl. dazu MA 63, Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html>

⁴²⁷ Vgl. u.a. Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009), Rn 35: „Der Regelungsumfang und Geltungsbereich der einzelnen Rechtsbestimmungen ist sehr heterogen. So gelten einige Bestimmungen lediglich für Vergaben nur unterhalb der Schwellenwerte, andere lediglich oberhalb der Schwellenwerte. Wiederum bei anderen ist der Anwendungsbereich nur durch einen Bagatellwert begrenzt, sodass lediglich Aufträge, die diesen Bagatellwert nicht erreichen, ausgenommen sind. Oftmals sind auch Ausnahmen für Kleinunternehmen in den einzelnen Bestimmungen enthalten.“



Tabelle 8: beispielhafte gesetzliche Bestimmungen zur Frauenförderung in Deutschland

Berlin:	Das Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz bzw. das Landesgleichstellungsgesetz, denen zufolge (gemäß § 9 BerlAVG für Auftragsvergaben iVm § 13 Landesgleichstellungsgesetz Berlin) beim Abschluss von Verträgen über Leistungen mit einem Auftragswert von voraussichtlich mindestens EUR 25.000 oder über Bauleistungen mit einem Auftragswert von voraussichtlich mindestens EUR 200.000 in den jeweiligen Verträgen die Verpflichtungen der Auftragnehmer, Maßnahmen zur Frauenförderung und zur Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie im eigenen Unternehmen durchzuführen sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten, festzuschreiben sind und von den bietenden Unternehmen eine Erklärung zur Frauenförderung abzugeben ist, sofern die Auftragnehmer mehr als zehn Arbeitnehmer (exkl. Auszubildende) beschäftigen. ⁴²⁸
Brandenburg:	Das Landesgleichstellungsgesetz Brandenburg regelt in § 14 Abs 1 LGG, ⁴²⁹ dass beim Abschluss von Verträgen über Leistungen mit einem geschätzten Auftragswert von über 50 000 Euro bei gleichwertigen Angeboten der Bieter bevorzugt wird, welcher sich der Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben nachweisbar angenommen hat.
Nordrhein-Westfalen:	Gemäß § 16 RVO TVgG ⁴³⁰ sollen öffentliche Auftraggeber bei Erreichen der Auftragschwellen sowie der Beschäftigtenzahl bei der öffentlichen Beschaffung von den Bietern über ergänzende vertragliche Ausführungsbedingungen die Durchführung oder Einleitung von Maßnahmen der Frauenförderung und der Vereinbarkeit von Familie und Beruf verlangen. § 19 RVO TVgG führt dazu weiter aus, dass öffentliche Aufträge für Leistungen mit einem Auftragswert von EUR 50.000 exkl. USt ⁴³¹ nur an solche Unternehmen mit mehr als 20 Beschäftigten (exkl. Auszubildender) vergeben werden sollen, welche sich bei der Anbotsabgabe mittels Eigenerklärung schriftlich dazu verpflichten, bei der Auftragsausführung Frauenförderungsmaßnahmen bzw. Maßnahmen zur Förderung von Beruf und Familie im eigenen Unternehmen durchzuführen oder einzuleiten sowie das geltende Gleichbehandlungsrecht zu beachten.

Quelle: Eigene Darstellung

Nicht zuletzt gilt es, auf die „geschützte Werkstättenklausel“ zu verweisen, gemäß welcher ein Auftragsvorbehalt an Werkstätten und Programme zur Förderung von Menschen mit

⁴²⁸ § 13 Abs 1 Landesgleichstellungsgesetz (LGG) in der Fassung vom 6. September 2002 (GVBl. S. 280), zuletzt geändert durch Art VI und Art VIII Abs 3 Gesetz zur Auflösung des Zentralen Personalüberhangmanagements (Stellenpoolauflösungsgesetz – StPAufLG) und zur Anpassung davon betroffener Gesetze vom 5. November 2012 (GVBl. S. 354)

⁴²⁹ § 14 Gesetz zur Gleichstellung von Frauen und Männern im öffentlichen Dienst im Land Brandenburg (Landesgleichstellungsgesetz - LGG) vom 4. Juli 1994, <http://bravors.brandenburg.de/de/gesetze-212787#14>

⁴³⁰ RVO TVgG - NRW vom 14. Mai 2013.

⁴³¹ Bzw. für Bauleistungen ab einem Auftragswert von EUR 150.000,- exkl. USt.



Behinderung oder benachteiligten Gruppen möglich ist. Näheres dazu und den durch RL 2014/24/EU erfolgten Änderungen sind in Kapitel 1.3.1 dargestellt.

Abschließend müsste – aufbauend auf einer juristischen Expertise – im Detail analysiert werden, wie groß der Spielraum wirklich ist. Zu hinterfragen ist speziell, ob nicht im USB grundsätzlich ein größerer Spielraum zur Berücksichtigung von betrieblichen Gleichstellungsmaßnahmen genutzt werden kann. Es gilt darauf hinzuweisen, dass Kriterien – unabhängig wie gut und fundiert – nur bedingt nützlich sind, wenn die Leistung nur mangelhaft bestimmt ist.

Die hierin getätigten Überlegungen gelten auch für das Kriterium der Förderung von Migranten in Führungspositionen.

Ein diffiziler Punkt könnte bei Dienstleistungs- und Bauaufträgen angesprochen werden: Die ausreichende Kenntnis der auftragsbezogen einschlägigen Fachsprache. Bei Dienstleistungen wird das ähnlich gesehen. Natürlich trifft das „nur“ gewisse Stellen, z.B. das ausführende, in Kundenkontakt stehende Personal.

3.5 Integration von (Langzeit-)Arbeitslosen/Beschäftigung von Lehrlingen

Die Zulässigkeit von Präferenzklauseln, beispielsweise zur Wiedereingliederung von benachteiligten oder vom Arbeitsmarkt ausgeschlossenen Personen als auch – zu einem gewissen Grad – die Zulässigkeit sozial positiver Diskriminierung in diesem Bereich, insbesondere im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit und der sozialen Ausgrenzung – wurde in der Vergangenheit mehrmals auf europäischer und nationaler Ebene erörtert. Maßgeblich ist auf europäischer Ebene im Bereich des *hard law* vor allem die *stRspr* des EuGH. Auch im Bereich des *soft law* hat sich die Kommission bereits mit der Förderung benachteiligter Personengruppen beschäftigt. Aufgegriffen wurde die Thematik auch im Rahmen der Richtliniennovelle. Im Folgenden wird insbesondere das Kriterium einer ausgewogenen Personalstruktur durch Förderung bestimmter Gruppenanteile anhand von Frauenanteilen diskutiert. Die hierin getroffenen Aussagen gelten aber *grosso modo* auch für andere Gruppenanteile.

Schon 2001 hat auch die Europäische Kommission bejaht, dass bei der Vergabe von Aufträgen mit einer sozialen Ausrichtung durchaus ein Ausführungsmodus festgeschrieben werden kann.⁴³² Gemäß der Mitteilung kann grundsätzlich jeder öffentliche Auftraggeber bei der Definition der Waren und Dienstleistungen, die er erwerben möchte, diejenigen Waren, Dienstleistungen oder Bauarbeiten wählen, die seinem sozialpolitischen Anliegen entsprechen, vorausgesetzt, diese Wahl führt nicht dazu, dass der Zugang zu dem betreffenden Markt zu Ungunsten der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten begrenzt wird bzw.

⁴³² Vgl. dazu weiterführend auch *Heinrich*, Gleicher Lohn für gleiche Arbeit (2009).



die Wettbewerbsprinzipien verletzt werden.⁴³³ So kann ein öffentlicher Auftrag sekundär dem Zweck gewidmet sein, Beschäftigung zu fördern oder die Arbeitslosigkeit zu reduzieren. Ein öffentlicher Auftrag kann und darf auch dem Ziel dienen, die Arbeitslosigkeit in einem Mitgliedstaat zu bekämpfen, solange eine konkrete Leistung das Bezugsobjekt des Auftrags bleibt.⁴³⁴ Es darf folglich ein maßgebliches Kriterium sein, ob ein Unternehmen Langzeitarbeitslose einstellt oder nicht, sofern dies in der Ausschreibung bekanntgemacht wird und keine diskriminierende Wirkung hat⁴³⁵, wobei:

„Zwei Bedingungen sollten beachtet werden, um nicht gegen das bestehende Vergaberecht zu verstoßen: erstens darf keine Leistungsbestimmung des Vertrages diskriminierend sein. Werden z.B. Maßnahmen gefordert, ortsansässige Arbeitslose einzugliedern, so handelt es sich dabei um eine diskriminierende Klausel, die für ortsansässige Firmen leichter zu erfüllen ist. Zweitens sollte die Fähigkeit des Auftragnehmers, Eingliederungsmaßnahmen durchführen zu können, nicht die Entscheidung über die Eignung potentieller Auftragnehmer oder über die Qualität eines Angebots beeinflussen – kurz, die Referenzen des Auftragnehmers in diesem Bereich dürfen nicht als Auswahl- oder Zuschlagskriterium genutzt werden.“⁴³⁶

In puncto Beschäftigung waren die Entscheidungen in den Rs *Beentjes* (Kapitel 2.2.2.1) und *Nord-Pas-de-Calais* (Kapitel 2.2.2.2) wegweisend. Somit können derartige Kriterien entweder in Form von technischen Spezifikationen, durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien, durch die Berücksichtigung der fördernden Maßnahmen bei der Beschreibung der Leistung, durch die Festlegung von Bedingungen im Leistungsvertrag,⁴³⁷ in Form von zusätzlichen Vertragserfüllungsklauseln oder zusätzlichen Zuschlagskriterien implementiert werden. Als Eignungskriterien sind sie nicht zulässig.⁴³⁸

Was die Anwendung eines zusätzlichen Zuschlagskriteriums im Zusammenhang mit der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit angeht, erläutert der EuGH,⁴³⁹ dass dieses nicht unmittelbar oder mittelbar zur Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft führen darf und in der Bekanntmachung ausdrücklich erwähnt werden muss, damit die Unternehmer in der Lage sind, von dem Bestehen dieses Kriteriums Kenntnis zu nehmen. An dieser Stelle sei auf Kapitel 2.2.2 verwiesen, wo die Hintergründe und Unklarheiten in Bezug auf dieses Kriterium näher dargelegt werden.

RL 2004/18 EG bezeichnet in ErwGr 33 das Kriterium der Einstellung von Langzeitarbeitslosen explizit als zulässig, hebt jedoch die Nicht-Zulässigkeit einer unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung hervor.

⁴³³ KOM(2001) 566 vom 15. Oktober 2001, Unterkap. 1.1, 6.

⁴³⁴ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635 Rn 31.

⁴³⁵ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635 Rn 31.

⁴³⁶ Moschitz, CARPE – Leitfaden für verantwortungsbewusste Beschaffung (2004), 32.

⁴³⁷ Vgl. § 19 BVergG 2006, BGBl II Nr. 292/2014.

⁴³⁸ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635.

⁴³⁹ EuGH, Rs 31/87, *Beentjes*, Slg 1988, 4635 Rn 43.



In ErwGr 99 RL 2014/24/E heißt es ähnlich wie in ErwGr 33 RL 2004/18/EG:

*„Maßnahmen zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte, zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen oder zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten können ebenfalls Gegenstand von Zuschlagskriterien oder von Bedingungen für die Auftragsausführung sein, sofern sie mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Zusammenhang stehen. Derartige Kriterien oder Bedingungen können sich unter anderem auf die **Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen** oder die **Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche** im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags beziehen. In technischen Spezifikationen können öffentliche Auftraggeber solche sozialen Anforderungen vorsehen, die die betreffende Ware oder die betreffende Dienstleistung unmittelbar charakterisieren, wie das Kriterium der Zugänglichkeit für Personen mit einer Behinderung oder das Kriterium „Design für Alle“.*

Allgemein besteht zwischen der Bekämpfung von Jugendarbeitslosigkeit/Langzeitarbeitslosigkeit und der Bekämpfung der Benachteiligung von Frauen/Menschen mit Behinderung/Menschen mit Migrationshintergrund etc. kein wertbarer Unterschied. Da es sich in den Richtlinien um nicht-taxative Aufzählungen handelt, sind auch Förderungsmaßnahmen für benachteiligte Gruppen darunter subsumierbar.

Nach ErwGr 99 RL 2014/24/EU können Gegenstand von Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen sein, Maßnahmen:

- zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte,
- zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen oder,
- zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten.

Sie müssen jedoch – wie bereits mehrmals hervorgehoben – mit den im Rahmen des Auftrags zu erbringenden Leistungen im Zusammenhang stehen.

Beispielhaft werden als Maßnahmen solche genannt, die auf die Auftragsausführung beschränkt sind und der Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen oder der Umsetzung von Ausbildungsmaßnahmen für Arbeitslose oder Jugendliche im Zuge der Ausführung des zu vergebenden Auftrags dienen.



Als Beispiele für Ausführungsbedingungen nennt auch Art 70 RL 2014/24/EU explizit neben sozialen Belangen auch beschäftigungspolitische.

Des Weiteren ist darauf hinzuweisen, dass das europäische Vergaberecht den Vorbehalt öffentlicher Aufträge für geschützte Werkstätten erlaubt und dieser Vorbehalt mit RL 2014/24/EU explizit auf benachteiligte Gruppen ausgedehnt wurde (siehe dazu Kapitel 1.3.1).

3.6 Verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung

Eine Prüfung des Kriteriums „verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung“ fällt schwer, da eine Legaldefinition nicht vorhanden ist. Zu subsumieren ist, dass die Nutzer bzw. Klienten Mitbestimmungsrechte haben, was die Ausgestaltung/Konsumation der Leistung betrifft. Die Chancen, derartige Kriterien einfordern zu können, sind aus folgenden Gründen groß:

Ausführungsbedingungen:

Wie bereits an mehreren Stellen erwähnt, sind öffentliche Auftraggeber in der Bestimmung und Beschreibung der zu beschaffenden Leistung weitgehend frei. Ausführungsbedingungen werden zwar nicht im Vergabeverfahren geprüft, da sie jedoch wie Leistungsbestimmungen wirken, sind sie quasi Knock-out-Bestimmungen. Wenngleich auch im Rahmen der Ausführungsbedingungen immer wieder Diskussionen geführt werden, inwiefern der öffentliche Auftraggeber diese als Mittel der politikorientierten Beschaffung oder für willkürliche Beschaffungsgegenstände verwenden darf, ist dies hier nicht der Fall. Es ist davon auszugehen, dass durch Partizipation und Mitbestimmung Klienten und Nutzer, diese gestalterisch an der Leistungserbringung beteiligt sind und dadurch zumindest die subjektive – wahrscheinlich jedoch auch die objektive – Qualität steigt. Auch besteht nicht die Befürchtung, dass als Folge von notwendigen Betriebs(um)strukturierungen eine eignungskriterienähnliche Wirkung eintritt.

Zuschlagskriterium:

Zu erwägen wäre auch, ob dieses Kriterium als Zuschlagskriterium Anwendung finden kann. Letzterem kommt in einem Vergabeverfahren große Bedeutung zu, denn Zuschlagskriterien entscheiden letztendlich darüber, welchem Bieter der Zuschlag zu erteilen ist. Wenn Ausschreibungen von den Vergabekontrollbehörden aufgehoben werden, dann häufig wegen rechtswidriger Zuschlagskriterien. Sorgfalt ist insbesondere in Bezug auf die Verhältnismäßigkeit⁴⁴⁰ und Auftragsgegenständlichkeit geboten.

⁴⁴⁰ Vgl. EuGH, Rs C-448/01, EVN u. Wienstrom, Slg 2003, I-14527.



Auch wenn nach den neuen Richtlinien Sozial-Kriterien explizit als Zuschlagskriterium eingefordert werden dürfen,⁴⁴¹ so schafft die Union hiermit kein neues Recht. Etwaige Entscheidungen müssen weiterhin in Konformität mit der stRspr des EuGH stehen.

Wie oben bereits festgestellt, ist davon auszugehen, dass das Kriterium „verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung“ in engem Zusammenhang mit der Qualität der Leistung steht. Dementsprechend käme es als Zuschlagskriterium in Frage.

Eignungskriterium:

Als Eignungskriterien scheinen die „verbürgten Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung“ wenig durchsetzungsfähig, da Eignungskriterien unternehmens- und nicht leistungsbezogen sind.

3.7 Nachweis von Gruppen-, Fall- und Individualsupervision

Eine Prüfung des Kriteriums „Nachweis von Gruppen-, Fall- und Individualsupervision“ fällt schwer, da keine Legaldefinition gegeben ist. Unklar ist, ob es sich hiermit die Referenzen des Bieters gemeint sind oder die Ausrichtung der Leistung – also die Leistungserbringung und Auftragsausführung. Abschließend könnte es auch ein zusätzliches Qualitätsmerkmal sein. Die Chancen, derartige Kriterien einfordern zu können, sind aus folgenden Gründen groß:

Eignungskriterien bzw. Zuschlagskriterien:

Sollten mit diesem Kriterium Referenzen gemeint sein, so können diese im Rahmen der beruflichen Zuverlässigkeit eingefordert werden. Der Umfang der eingeforderten Referenzen muss jedoch im Verhältnis zur ausgeschriebenen Leistung stehen. Eignungs- und Zuschlagskriterien dürfen nicht miteinander vermengt werden. Deshalb kann als Zuschlagskriterium nicht eingefordert werden, was bereits als Eignungskriterium eingefordert wurde.⁴⁴² In der Judikatur heißt es im Hinblick auf die Erfahrung der Bieter, dass als Zuschlagskriterien solche Kriterien ausgeschlossen sind, die nicht der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen, sondern die im Wesentlichen mit der Beurteilung der fachlichen Eignung der Bieter zur ordnungsgemäßen Auftragsausführung zusammenhängen.⁴⁴³ Dies gilt auch bei geistigen Dienstleistungen und beim Schlüsselpersonal.⁴⁴⁴ Die Verwendung von Referenzen als Zuschlagskriterium ist jedoch nicht

⁴⁴¹ Vgl. Art 67 RL 2014/24/EU.

⁴⁴² Daraus folgt, dass jedenfalls eine "Doppelverwertung" insofern ausgeschlossen ist, als dass der Auftraggeber ein gewisses Minimum an Erfahrung - etwa eine bloße Liste von Referenzprojekten - für die Eignungsprüfung heranzieht und diese dann nochmals im Rahmen der Zuschlagskriterien abfragt.

⁴⁴³ Vgl dazu u. a. EuGH, Rs C-532/06, *Lianakis u. a.*, Slg. 2008, I-251.

⁴⁴⁴ EuGH, Rs C-532/06, *Lianakis u. a.*, Slg. 2008, I-251.



absolut unzulässig; dies bezeugt sowohl die Judikatur des VwGH⁴⁴⁵ als auch RL 2014/24/EU, wonach gemäß Art 67 Abs 2 lit b der Richtlinie

„Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann“,

ein Zuschlagskriterium darstellen können.⁴⁴⁶

Dies gilt dann, wenn die Erfahrung des Bieters, bzw. seines Personals, nicht nur über die grundsätzliche Eignung zur Leistungserbringung Aufschluss gibt, sondern, bei entsprechendem Konnex zum Ausschreibungsgegenstand, auch über die Qualität der Leistung. Handelt es sich beim obigen Kriterium um eine Beschreibung, wie die Leistung zu erbringen ist, so ist ein Eignungskriterium rechtlich nicht haltbar, da letztere wie bereits mehrmals erwähnt unternehmens- und nicht leistungsbezogen sind. Da davon ausgehen ist, dass das Kriterium sich in diesem Fall nicht auf Referenzen bezieht, sondern in engem Zusammenhang mit der Qualität der Leistung steht, ist die Einforderung mittels Zuschlagskriterium denkbar.

Ausführungsbedingung:

Wie bereits an mehreren Stellen erwähnt, sind öffentliche Auftraggeber in der Bestimmung und Beschreibung der zu beschaffenden Leistung weitgehend frei. Ausführungsbedingungen werden zwar nicht im Vergabeverfahren geprüft, da sie jedoch wie Eignungsbestimmungen wirken, sind sie Quasi-Knock-out-Bestimmungen. Wenngleich auch im Rahmen der Ausführungsbedingungen immer wieder Diskussionen geführt werden, inwiefern der öffentliche Auftraggeber diese als Mittel der politikorientierten Beschaffung oder für willkürliche Beschaffungsgegenstände verwenden darf, ist dies hier nicht der Fall. Es ist davon auszugehen, dass durch Partizipation und Mitbestimmung Klienten und Nutzer gestalterisch an der Leistungserbringung beteiligt sind und dadurch zumindest die subjektive – wahrscheinlich jedoch auch die objektive – Qualität steigt.

⁴⁴⁵ VwGH 26. Juni 2009, 2009/04/0024, VwSlg 17718 A/2009.

⁴⁴⁶ Als Beispiele werden dazu geistig-schöpferische Dienstleistungen, wie Beratungstätigkeiten oder Architektenleistungen genannt. Interessant wäre, inwiefern hier auch soziale Dienstleistungen, die personennah durchgeführt werden, inbegriffen sind. Weiterführend führt ErwGr 94 RL 2014/24/EU näher aus:

„Wenn die Qualität des eingesetzten Personals für das Niveau der Auftragsausführung relevant ist, sollte es öffentlichen Auftraggebern ferner gestattet sein, die Organisation, Qualifikation und Erfahrung der Mitarbeiter, die für die Ausführung des betreffenden Auftrags eingesetzt werden, als Zuschlagskriterien zugrunde zu legen, da sich dies auf die Qualität der Vertragserfüllung und damit auf den wirtschaftlichen Wert des Angebots auswirken kann.“



3.8 Betriebliche Qualitätssicherungsmechanismen/ Kontinuierliche externe Evaluation KundInnenzufriedenheit/ Effektives Beschwerdemanagement

Qualitätssicherungsmechanismen dienen der Gewährleistung eines beständigen und zufriedenstellenden Auftragsverlaufs für alle Beteiligten. Besonders wichtig ist dabei die regelmäßige Qualitätskontrolle bzw. -bewertung. Qualität kann – je nach Mechanismus – entweder objektiv oder subjektiv bewertet werden. In der Regel erfolgen Bewertungen oft mittels einer Mischung beider Methoden, wobei bei der objektiven Bewertung etablierte Tätigkeiten, Abläufe und Merkmale beurteilt werden und die subjektive Qualität Resultat des Eindrucks der Nutzer/Klienten/Patienten ist.

Qualitätssicherungsmechanismen sind ein zulässiges Qualitätskriterium, welches bereits in der Vergangenheit eingefordert wurde und auch weiterhin als Eignungskriterium⁴⁴⁷ (wenn sie Teil der beruflichen Eignung sind), technische Spezifikation⁴⁴⁸ (wenn sie Teil der Leistung sind) oder Zuschlagskriterium⁴⁴⁹ eingefordert werden kann.

Insbesondere Evaluationen der KlientInnen-/NutzerInnen-/KundInnenzufriedenheit dienen der Messung der subjektiven Qualität. Sie können als solches Qualitätssicherungsmechanismen zugerechnet werden, die entweder vom ausführenden Unternehmen anzuwenden/zu gewährleisten sind oder auch vom öffentlichen Auftraggeber im Rahmen eines Controlling durchgeführt werden können. Dementsprechend ist eine Verankerung/Einforderung auf allen Kriterienebenen (innerhalb und außerhalb) des Vergabeverfahrens möglich. Anzumerken ist, dass im Sinne eines Controllings derartige Evaluationen auch durch den öffentlichen Auftraggeber vorgenommen werden könnten. Controllingmaßnahmen sind vor allem bei Ausführungsbedingungen sinnvoll, da diese im Vergabeverfahren selbst nicht geprüft werden. Freilich fallen dadurch zusätzliche Kosten für den öffentlichen Auftraggeber an.

Dasselbe gilt für ein objektbezogenes Beschwerdemanagement.

3.9 Personalkontinuität

An und für sich können im Vergabeverfahren keine Bedingungen an die allgemeine Unternehmenspolitik, sondern lediglich an den Auftrag gestellt werden.⁴⁵⁰ Legitim sind aber sehr wohl, dass sich die Kriterien auch auf den Herstellungs- oder Produktionsprozess beziehen – also Kriterien, die nur mittelbar mit der Leistung in Verbindung stehen. Letzteres

⁴⁴⁷ Vgl. dazu Anhang XII RL 2014/24/EU.

⁴⁴⁸ Vgl. dazu Anhang VII RL 2014/24/EU.

⁴⁴⁹ Vgl. dazu Art 67 RL 2014/24/EU.

⁴⁵⁰ Vgl. ErwGr 97 RL 2014/24/EU. Daher sollte es öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet sein, von Bieterinnen eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.



war Gegenstand kontroverser Diskussionen in der Vergangenheit und wurde durch die neuen Richtlinien klargestellt.⁴⁵¹

Auf soziale Dienstleistungen angewendet müssten etwaige Anforderungen im Hinblick auf das Beschäftigungsverhältnis Auswirkungen auf die Qualität der Leistung haben. Da sozialen Dienstleistungen ein sehr enges und persönliches Verhältnis zu den Betroffenen/Kunden/Nutzern inhärent ist, scheint dieser Einwand unproblematisch und ein hinreichender sachlicher Zusammenhang zwischen wechselndem Personal und einer nicht zumutbaren permanent andauernden Einarbeitungsphase des Personals und der Qualität der Leistung gegeben.⁴⁵² Interessant ist, wie das Kriterium eingefordert werden soll. Der Vorzug typischer Beschäftigungsverhältnisse gegenüber atypischen wurde bereits in Kapitel 3.2 diskutiert. Zu erörtern wäre unter Umständen, ob die Personalkontinuität mittels Referenzen nachzuweisen wäre. Letztere wären als Eignungskriterien einzufordern.

3.10 Ökologisch-nachhaltige Beschaffung

Das zur Bewertung der Prozessqualität angeführte Kriterium „ökologisch-nachhaltige Beschaffung“ kann als solches in Ausschreibungen nicht angewendet werden. Was jedoch keine Absage an ökologische Kriterien als solche bedeutet. Wie weiter unten auch angedeutet, sind ökologische Kriterien sehr wohl legitim, wenn nicht gar – angesichts bestehender Energieeffizienzziele und -bestimmungen – sogar erwünscht. Das Problem bei dem hier formulierten Kriterium ist ein Mehrfaches:

Sowohl „ökologisch“ als auch „nachhaltig“ sind unbestimmte Begriffe. In Bezug auf die Diskussion zur Verfolgung von Sekundärzwecken bei Ausschreibungen wird allgemein die Möglichkeit zur Einforderung von ökologischen oder nachhaltigen Kriterien diskutiert. Um derartige Sekundärzwecke verfolgen zu können, sind etwaige Kriterien – die diesen Zielen bzw. Kategorien zuzuordnen sind – jedenfalls auszuformulieren. „Ökologisch“ oder „nachhaltig“ können als solche keine Kriterien sein, da sie weder objektiv noch messbar sind. Auch ist bei der hier gewählten Formulierung unklar, inwiefern sich das Kriterium an den Bieter oder den öffentlichen Auftraggeber richtet. Da sich ein im Rahmen eines Ausschreibungsverfahrens eingefordertes Kriterium prinzipiell an den Bieter richtet, ist in diesem Zusammenhang auch davon auszugehen: Was hier als „Beschaffung“ bezeichnet wird, könnte folglich auf die verwendeten Produkte der Leistungserbringer abzielen.

⁴⁵¹ Vgl. dazu die Klarstellung in Art 67 Abs 3 RL 2014/24/EU.

⁴⁵² Im Fall verwarf das Gericht derartige Argumentationen wie folgt: *„Die Ast. hat unwidersprochen vorgetragen, dass der Einsatz von geringfügig Beschäftigten in aller Regel in kleineren Reinigungsrevieren mit einem Zeitaufwand von etwa bis zu zwei Stunden täglich erfolge. Es handele sich um fest eingestellte Mitarbeiter, die täglich zur Reinigung erschienen. Dies biete bessere Dispositionsmöglichkeiten beim Ausfall einer Reinigungskraft. Auch böten beispielsweise vier noch nicht von der Arbeit ermüdete Zwei-Stunden-Kräfte ein besseres Reinigungsergebnis als eine Acht-Stunden-Kraft.“*; Vgl. dazu: Düsseldorf, Unzulässige Forderung nach sozialversicherungspflichtigem Personal – „Gebäudereinigung Aachen“ vom 17. Jänner 2013. In: NZBau 2013, Heft 05 Vergaberecht, 330f.



Ökologisch:

Insbesondere die Einforderung ökologischer Kriterien ist nach hA – und dies bestätigen auch die „alten“ EU-Richtlinien und das Bundesvergabegesetz in seiner derzeitigen Form bzw. die ergangene Rechtsprechung, aber auch Dokumente der Europäischen Kommission wie „Buying Green“ – unbedenklich.⁴⁵³ Die Unbedenklichkeit attestiert für den österreichischen Rechtsrahmen § 19 Abs 5 BVergG 2006 – insb. iVm §§ 79 Abs 2, 96 Abs 4 u 98 Abs 6 BVergG 2006⁴⁵⁴ – wonach im Vergabeverfahren auf die Umweltgerechtigkeit der Leistung Bedacht zu nehmen ist, insbesondere durch die Berücksichtigung ökologischer Aspekte (wie etwa Endenergieeffizienz) bei der Beschreibung der Leistung, bei der Festlegung der technischen Spezifikationen oder durch die Festlegung konkreter Zuschlagskriterien mit ökologischem Bezug. Der Grund dieser Verpflichtung liegt unter anderem in Art 4 RL 2006/32/EG,⁴⁵⁵ der Österreich dazu verpflichtet, den generellen nationalen Einsparrichtwert von 9% zu erreichen, um die Endenergieeffizienz im öffentlichen Sektor zu verbessern.⁴⁵⁶

Nicht geklärt ist – angesichts der Frage der Sachgegenständlichkeit eines Kriteriums – inwieweit ein Bezug zum Herstellungsprozess etwaiger Produkte genommen werden kann. Hier bringen jedenfalls die neuen Richtlinien Rechtssicherheit. So heißt es darin, dass ein Bezug zu dem spezifischen Prozess der Herstellung oder der Bereitstellung der Leistungen oder des Handels damit oder einem spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium⁴⁵⁷ hergestellt werden kann.

Derartige Kriterien dürfen jedoch – dies gebietet das Prinzip der Sachgegenständlichkeit – nicht so gefasst sein, dass sie einer allgemeinen Unternehmenspolitik bedürfen.⁴⁵⁸

Nachhaltigkeit:

Beim Kriterium „nachhaltig“ ist die Diskussion eine ambivalentere, geht es hierbei doch um ein Kriterium, das in der Vergangenheit als klassisches vergabefremdes Kriterium eingestuft wurde. Zudem sind sowohl der Begriff „nachhaltig“ als auch der Begriff „sozial“ kaum definiert. Eine nähere Erörterung findet sich in Kapitel 3.11. Was das an dieser Stelle

⁴⁵³ Vgl. dazu EuGH, Rs C-448/01, *EVN u. Wienstrom*, Slg 2003, I-14527; ; EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki u. HKL-Bussiliikenne (Concordia Bus)*, Slg 2002, I-7213, *European Union, Buying Green! A handbook on green public procurement*, 2nd Edition (2011).

⁴⁵⁴ Vgl. *Fruhmann/Gölles/Steiner/Pachner*, BVergG 2006: Bundesvergabegesetz 2006 idF der BVergG-Novelle 2009. Kurzkomentar, 3.Aufl. (2011): „In diesem Zusammenhang ist ferner auf die ebenfalls relevanten §§ 96 Abs 4 und 98 Abs 6 BVergG 2006 hinzuweisen. Gemäß § 96 Abs. 4 sind in der Beschreibung der Leistung gegebenenfalls auch die Kriterien für die Lieferung von umweltgerechten Produkten oder für die Erbringung von Leistungen im Rahmen umweltgerechter Verfahren, soweit dies nach dem jeweiligen Stand der Technik und dem jeweils aktuellen Marktangebot möglich ist, anzugeben. Wurden in einer Ausschreibung gemäß § 80 Abs. 3 dem Grundsatz des § 19 Abs. 5 entsprechend Kriterien für die Umweltgerechtigkeit angegeben, welche bei der Beurteilung der Angebote in Betracht gezogen werden, so ist der Grundsatz der Umweltgerechtigkeit auch im Rahmen der Zuschlagserteilung zur Anwendung zu bringen. Die Festlegung solcher Kriterien für die Umweltgerechtigkeit von Produkten oder Leistungen im Rahmen der Ausschreibung hat in gemeinschaftsrechtskonformer Weise gegebenenfalls durch technische Spezifikationen zu erfolgen.“

⁴⁵⁵ RL 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 05.04.2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen, ABl. Nr. L 114 vom 27.04.2006

⁴⁵⁶ Art 5 RL 2006/32/EG. Anhang IV u ErwGr 7 RL 2006/32/EG verweisen auf die Möglichkeit, Energieeffizienz als Zuschlagskriterium bei öffentlichen Aufträgen zu verwenden.

⁴⁵⁷ Vgl. Art 67 Abs 3 RL 2014/24/EU.

⁴⁵⁸ ErwGr 97; ErwGr 104 RL 2014/24/EU.



diskutierte Kriterium betrifft, so gilt es auf die oben angeführten Einschränkungen zu verweisen.

3.11 Nachweis der Nachhaltigkeit von erbrachten Sozialdienstleistungen

Das zur Bewertung der Ergebnisqualität angeführte Kriterium „Nachweis der Nachhaltigkeit von erbrachten Sozialdienstleistungen“ kann als solches in Ausschreibungen nicht angewendet werden. Das Problem liegt darin, dass es sich beim Kriterium der Nachhaltigkeit um einen unbestimmten Begriff handelt. In einer der ältesten Definitionen hierzu heißt es, dass die Bedürfnisse der Gegenwart befriedigt werden, ohne zu riskieren, dass künftige Generationen ihre eigenen Bedürfnisse nicht befriedigen können.⁴⁵⁹ In einer anderen Definition heißt es:

*"A sustainable society is one that can persist over generations, one that is far-seeing enough, flexible enough, and wise enough not to undermine either its physical or its social systems of support."*⁴⁶⁰

Nachhaltig im Sinne der Vergaberichtlinie(n) wird teilweise als Unterbegriff von „sozial“ angesehen.⁴⁶¹ Dementsprechend gilt das hierin in Bezug auf Sozial-Kriterien Gesagte. Die Nachhaltigkeit einer Leistung scheint nach Maßgabe der Richtlinie gegeben zu sein, wenn die Leistung unter Berücksichtigung von Lebenszykluskostenrechnungen, Preis-Leistungsverhältnissen etc. – und folglich unter Anwendung des Bestbieterprinzips mittels mehrerer Zuschlagskriterien (insbesondere ökologische und soziale) – erfolgt.⁴⁶²

Zu verweisen ist auch auf ErwGr 41 RL 2014/24/EU, wonach keine Bestimmung dieser Richtlinie dem Erlass oder der Durchsetzung von Maßnahmen entgegenstehen sollte, die zum Schutz der öffentlichen Ordnung, der öffentlichen Sittlichkeit und der öffentlichen Sicherheit, zum Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren oder zur Erhaltung pflanzlichen Lebens notwendig sind, oder von sonstigen Umweltschutzmaßnahmen, insbesondere mit Blick auf eine nachhaltige Entwicklung, sofern diese Maßnahmen mit dem AEUV im Einklang stehen.

Unbeschadet des Mangels einer einheitlichen Definition des Begriffs ergibt sich allein aus den angeführten Definitionsversuchen, dass es sich beim Begriff der „Nachhaltigkeit“ um einen Metabegriff handelt – um ein Ergebnis, das das Produkt mehrere Faktoren ist. Treten diese Faktoren ein, ist eine – in diesem Fall Leistung – als nachhaltig zu qualifizieren. Somit gilt es die Faktoren zu bestimmen und anhand derer zu urteilen. Dasselbe Prinzip ist auf

⁴⁵⁹ Vgl. dazu Weltkommission für Umwelt und Entwicklung, Brundtland-Report "Our Common Future" (1987), in: https://www.nachhaltigkeit.info/artikel/brundtland_report_1987_728.htm

⁴⁶⁰ Donella H. Meadows, Dennis L. Meadows, Jorgen Randers, Beyond the Limits, Confronting Global Collapse, Envisioning a Sustainable Future, 1992.

⁴⁶¹ Vgl. dazu ErwGr 93 RL 2014/24/EU, Beispiel: „Papier aus nachhaltigem Holz“

⁴⁶² Vgl. für soziale Dienstleistungen Art 76 RL 2014/24/EU oder aber auch ErwGr 47 RL 2014/24/EU, ErwGr 74 RL 2014/24/EU, ErwGr 91 RL 2014/24/EU, etc.



Ausschreibungen anzuwenden. Will man „Nachhaltigkeit“ einfordern, muss man es in messbare, sachgegenständliche und verhältnismäßige Teile zerlegen und diese definieren.

3.12 Regionalität

In der EU-Gesetzgebung gibt es keine durchgreifend harmonisierte Definition für den Begriff Regionalität. Es wurden jedoch durchaus verschiedene Ansätze formuliert, wie man Regionalität definieren könnte. Als Beispiel für eine Definition des Begriffs „regional“ auf nationaler Ebene beschreibt eine im Auftrag des Lebensministeriums durchgeführte Karmasin-Studie den Begriff der Region als ein Gebiet im Umkreis von 50 Kilometern.⁴⁶³ Dies entspricht auch der Definition des Regionalverkehrs in Deutschland.⁴⁶⁴ In dieser Studie wird bei der Verwendung des Begriffs „regional“ keine genaue Definition vorgenommen, da es sich hierbei um eine allgemeine Untersuchung zur Möglichkeit örtlicher Einschränkung bzw. örtlicher Förderung und Wirtschaftsräume handelt und deren Rechtskonformität unabhängig von der genauen Definition des Umkreises ist.

Eine Förderung von Regionalität und KMU dient der Erhöhung der Lebensqualität, Innovation, dem Erhalt der vorhandenen Kulturlandschaft und der generellen Belebung der Region. Öffentliche Aufträge könnten hierzu einen bedeutenden Beitrag leisten. Marc Tarabella, Berichterstatter des Binnenmarktausschusses des Europäischen Parlaments, unterstützt prinzipiell eine Beachtung des Faktors „Regionalität“ in Vergabeverfahren. So meinte er anlässlich der Diskussionen im Vorfeld zur Vergaberechtsreform 2014 in seinem Bericht zur Vergaberechtsnovelle:

„Darüber hinaus muss die Definition des Lebenszyklus auch den Produktionsort umfassen. So müsste die Europäische Union lokalen Herstellern, insbesondere KMU, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in bestimmten Fällen den Vorzug geben können. Neben der Förderung einer nachhaltigen Entwicklung und der Erhaltung lokaler und regionaler Produktionszweige würde es diese Bestimmung ermöglichen, den öffentlichen Auftraggebern ein Instrument zur Minderung der lokalen Folgen der Wirtschaftskrise an die Hand zu geben.“⁴⁶⁵

Es gilt zu erwähnen, dass das Diskriminierungsverbot auch positive Diskriminierung untersagt. Dies macht ein derartiges Unterfangen eigentlich von Grund auf unmöglich. Die primärrechtlichen Grundprinzipien, die die Eckpfeiler des Europäischen Einigungswerks und des Binnenmarkts darstellen, beziehen sich zudem im Rahmen des Vergabeprozesses nicht einzig auf Bieter, sondern auch auf z. B. die Nicht-Diskriminierung von Regionen, Märkten,

⁴⁶³ Vgl. dazu Karmasin – Karmasin.Motivforschung, Vortrag: Wie sieht die Gesellschaft die Landwirtschaft (2011).

⁴⁶⁴ §2 Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz – RegG) Regionalisierungsgesetz vom 27. Dezember 1993, BGBl I, 2378, 2395), zuletzt geändert durch Artikel 4, Gesetz vom 14. Dezember 2012, BGBl I, 2598: § 2 RegG definiert regionalen Personenverkehr als Verkehr im Umkreis von 50 km bzw. als eine Gesamtreisezeit von höchstens einer Stunde.

⁴⁶⁵ Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Berichterstatter: Marc Tarabella, A7-0007/2013, 170.



Unternehmensgefügen etc. Zwar ist dadurch jegliche nicht sachlich gerechtfertigte Bevorzugung von Regionalität untersagt, es sollte jedoch nichts dagegen sprechen, regionalen Unternehmen und KMU im Wettbewerb zumindest dieselben Chancen einzuräumen.

Um Willkürlichkeit zu vermeiden sind zumindest eine objektive Auftragsbezogenheit und eine Übereinstimmung mit dem Gemeinschaftsrecht sicherzustellen. Ohne auf dieses Spannungsfeld näher einzugehen, ist zu konstatieren, dass aus Gründen der Nicht-Diskriminierung prinzipiell keine geographische Förderung bestehen darf. Im Folgenden werden einige Szenarien diskutiert, die regionalen Anbietern zumindest gute Chancen im Vergabeprozess einräumen sollten. Die Möglichkeiten und wettbewerbsrechtlichen Einschränkungen in der Wahlfreiheit des öffentlichen Auftraggebers sind bei der Anwendung von Sozial-Kriterien in jedem Fall jedoch individuell zu erörtern.

3.12.1 Kurze Transportwege

Lokale Nähe ist – in einfachen Worten – unumstritten dann gegeben, wenn Wege kurz sind. Kurze Wege können ein Zeichen von geringe(re)m CO₂-Ausstoß sein.⁴⁶⁶ Sie sind deshalb – im Sinne einer ressourcenschonenden Wirtschaft und der Förderung der Energieeffizienz – im Grunde durchaus wünschenswert; auch ist die Reduzierung von CO₂-Emissionen in Hinblick auf die Auftragsgegenständlichkeit ein dezidiertes Ziel der Europa 2020-Strategie,⁴⁶⁷ bzw. von zahlreichen europäischen Richtlinien (z. B. die Richtlinie 2012/27/EU zur Energieeffizienz⁴⁶⁸) und kann dadurch erreicht werden.

„Kurzer Weg“ kann sowohl den Anfahrtsweg als auch den Reaktionsweg bedeuten. Prinzipiell wirft das Vergabekriterium „kurze Wege“ europarechtlich jedoch Kontroversen auf, da dies eine Diskriminierung von (ausländischen) Bietern bedeuten könnte. Zwar erfüllt es ganz klar die Pflicht der Objektivität und Messbarkeit (und nicht zuletzt der Energieeffizienz), doch müssen etwaige Kriterien nach Maßgabe des Vergaberechts auch so gewählt werden, dass sie dem Auftragsgegenstand gegenüber angemessen⁴⁶⁹ und anderen

⁴⁶⁶ Geht es um das Kriterium Umweltbelastung könnte es streng betrachtet als unzureichend erscheinen, allein auf den Emissionsausstoß während des Transports abzustellen, denn durch die Beschränkung der CO₂-Bilanz auf einen Teil der Leistung (z. B. Transport) findet u. U. eine Bevorzugung (lokaler) Bieter mit kurzen Transportwegen statt (Distanz als Multiplikator). Auch ist der Transport nicht in jedem Fall ein maßgebliches oder das einzig maßgebliche Emissionskriterium. So kann die CO₂-Bilanz der Produktion der zu beschaffenden Leistung (z.B. Papier) selbst höher zu werten sein als der Transport. Daher ist es ratsam, eine Bewertung der Gesamt-CO₂-Bilanz (Produkt-Bilanz) vorzunehmen und sämtliche Kriterien in die Kalkulation mit ein zu beziehen, welche nicht-diskriminierend, transparent, objektiv messbar, auftragsgegenständlich und im Sinne der Zielsetzung (niedrige CO₂-Bilanz) ausschlaggebend sind, um eine potenzielle Diskriminierung im Rahmen der Ausschreibung nicht zu riskieren. Gleichzeitig bliebe der Faktor Transport als ein Aspekt der Gesamtenergiebilanz Teil dieser Berechnung. Zu diesem Punkt heißt es im Vergabeleitfaden der Wirtschaftskammer Steiermark (2011): „[es können] maximale Emissionswerte als Mindestanforderungen vorgeschrieben werden.“ In diesem Sinne wird in deren Leitfaden auch das Kriterium „Umweltgerechtigkeit der Transporte“ als legitimes Zuschlagskriterium vorgeschlagen.

⁴⁶⁷ Mitteilung der Kommission: EUROPA 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 vom 3. März 2010, 13ff.

⁴⁶⁸ Vgl. ErwGr 15-20 Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABI L 315 vom 14. November 2013, 1.

⁴⁶⁹ EuGH, Rs C-448/01, EVN AG u. Wienstrom GmbH/Österreich (EVN und Wienstrom), Slg 2003, I-14527.



Bietern gegenüber⁴⁷⁰ nicht diskriminierend sind. Eine potenzielle Diskriminierung bestünde vor allem dann, wenn die Qualität der Leistung mit dem Weg nicht zusammenhängt, dieser aber ausschlaggebend für die Wahl des Bieters wäre. Zu differenzieren ist auch, ob – am Beispiel sozialer Dienstleistungen – es die Anfahrts-/Reaktionszeit des Personals oder aber die Niederlassung der Organisation betrifft, denn letzteres ist mit den Grundrechten auf Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit nicht in Einklang zu bringen.⁴⁷¹

Ein kurzer Anfahrtsweg kann für den Auftragsgegenstand dann durchaus sinnvoll oder sogar notwendig sein, wenn eine rasche (physische) Anwesenheit des Auftragnehmers bzw. seines Personals während der Leistungserbringung aus gefährdungs- oder kostentechnischen Gründen im Sinne der Ausfallsicherheit/der sozialen Sicherheit/des öffentlichen Gemeinwohls als wichtig erscheint (z. B. Wartung, Reparatur, Notfalldienste etc.).

Leider gibt es von Seiten der Europäischen Kommission oder anderer Stelle keine Beurteilung oder Guideline, (ab) wann eine schnelle Verfügbarkeit sachlich begründbar ist. Die gegenwärtige Ungewissheit in Bezug auf das Kriterium „(physische) Anwesenheit“ lässt Spielraum für verschiedene liberalere oder konservativere Auslegungen und gibt Anlass zur Rechtsunsicherheit.

Wenngleich für soziale Dienstleistungen – die hauptsächlich im persönlichen Kontakt erbracht werden – weniger relevant, ist zu erwähnen, dass es insbesondere in Zeiten der digitalen Vernetzung auch weitere Möglichkeiten wie z. B. externe Zugriffs-, Beratungs- und Kommunikationsmöglichkeiten oder Subunternehmerlösungen zu beachten gilt, bevor eine derartige Forderung aufstellt wird.

Vor der Einforderung derartiger Kriterien sollte abgewogen werden, (ab) wann eine örtliche Nähe gefordert ist. Neben den von Schramm/Öhler ausgearbeiteten Möglichkeiten kann auch die Festlegung von Mindestreaktionszeiten in der/den Leistungsbeschreibung/Ausführungsbedingungen sinnvoll sein. Dies ist gewiss gegenüber der Anwendung als Zuschlagskriterium zu empfehlen, da sie für den Erfolg und die Qualität des Auftrags dringend erforderlich sind. Somit handelt es sich zudem um kein gewichtetes, sondern zwingend zu erbringendes Kriterium. Die Durchsetzung von Kontroll- und Prüfmechanismen ist auch in diesem Bereich empfehlenswert.

Somit erscheinen „kurze Wege“ als allgemeines Kriterium nicht als anwendbar,⁴⁷² als spezielles Kriterium – insbesondere im Sinne der Reaktionszeit – hingegen schon, wenn das Kriterium mit dem/der (Qualität des) Auftrag(s) zusammenhängt. Im Einzelfall ist der

⁴⁷⁰ Z. B. Bietern, die etwa bei anderen (Energie-)Effizienz-Faktoren besser abschneiden und somit trotz der Distanz zum Auftragsort eine gute CO₂-Bilanz vorweisen könnten.

⁴⁷¹ Hierbei gilt es stets zu erwägen, ob es für die Vertragserfüllung notwendig ist, dass der erfolgreiche Bieter eine Niederlassung oder Geschäftsstelle in einem bestimmten geografischen Gebiet hat/eröffnet (z. B. zur Koordinierung eines komplexen Bauauftrags vor Ort). Auch in diesem Fall darf der öffentliche Auftraggeber aber den Wettbewerb nicht auf Bieter begrenzen, die bereits eine Geschäftsstelle in diesem Gebiet haben.

⁴⁷² Vgl. *Schramm Öhler Rechtsanwälte*, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen, 2. Aufl. (2012): Es sollte darauf hingewiesen werden, dass Schramm/Öhler in ihrem durch die WKÖ herausgegebenen Unternehmensleitfaden sehr wohl kurze Transportwege als nicht diskriminierendes, allgemeines Vergabekriterium erachten.



öffentliche Auftraggeber dazu aufgefordert, seine Zielsetzungen für den öffentlichen Auftrag zu definieren, wobei im Rahmen dessen auch zu hinterfragen ist, ob es sich um eine indirekte Diskriminierung handeln könnte.

3.13 Gemeinnützigkeit

Die Vergaberichtlinien normieren – im Einklang mit dem Primärrecht – seit jeher eine Gleichbehandlung aller Wirtschaftsteilnehmer und schließen somit eine Andersbehandlung – basierend bspw. auf Gruppenmerkmalen – aus⁴⁷³. Letztere wären durch Vorbehaltsklauseln zu legitimieren.

Die Untersuchung zu etwaigen Möglichkeiten, die gemeinnützige Ausrichtung von Unternehmen zum Vergabekriterium zu machen, erfolgt auf mehreren Ebenen. So werden zum einen die Möglichkeiten eines Auftragsvorbehalts und zum anderen Möglichkeiten zur Einforderung von Gemeinnützigkeit als Qualitätskriterium diskutiert:

Vorbehaltsklauseln

Die Einforderung von Unternehmensmerkmalen ist aufgrund des Gleichbehandlungsgebots lediglich möglich, wenn der Rechtsrahmen dafür einen Vorbehalt vorsieht. Dem war bisher nicht so, denn bis dato war ein Vorbehalt nur für geschützte Werkstätten möglich. Besonders an dieser Klausel war, dass sich der Vorbehalt auf Unternehmensmerkmale, die über die Leistung hinausgehen, nämlich gemäß ErwGr 28 iVm Art 19 RL 2004/18/EG/ bzw. mittlerweile ErwGr 36 iVm Art 20 RL 2014/24/EU die überwiegende/teilweise Beschäftigung von Behinderten bzw. Benachteiligten bezieht (vgl. Kapitel 1.3.1). Ein derartiger Vorbehalt wirkt wie ein Eignungskriterium. Dies liegt allein schon daran, dass sich Vorbehaltsklauseln auf das ganze Unternehmen und nicht lediglich auf die zu erbringende Leistung beziehen. Den unternehmensbezogenen Vorbehalt bzw. die Ausnahme vom Gleichbehandlungsgebot für geschützte Werkstätten sieht auch § 21 BVergG 2006 vor. Er erstreckt sich auf sämtliche Auftragsleistungen – sowohl prioritäre als auch nicht-prioritäre. Erweiterungen bringen zudem die neuen Richtlinien (siehe Kapitel 1.3.2). Andere „bieterbezogene“ Vorbehaltsbereiche gab es in RL 2004/18/EG nicht. Bislang konnte somit gefolgert werden, dass Vorbehalte für gemeinnützige Organisationen aufgrund des Gleichbehandlungsgebots nicht möglich sind. Da bisher kein Gemeinnützigkeitsvorbehalt vorgesehen war, war ein allgemeiner Gemeinnützigkeitsvorbehalt bei Bietern im Vergaberecht bislang nicht erlaubt. Etwaige Umgehungen dieses Gleichbehandlungsverbots sind auch im Bereich sozialer Dienstleistungen ungeachtet ihres Allgemeinziels schwierig zu argumentieren.

Nunmehr sehen die neuen Richtlinien sehr wohl eine Art Vorbehalt für gemeinnützige Unternehmen vor. Eine derartige Ausnahme bietet Art 77 RL 2014/24/EU. Dieser enthält

⁴⁷³ Vgl. Art 2 RL 2004/18/EG.



jedoch einige missverständliche und in der Praxis schwierig belebbare Bestimmungen. Darum sollen im Folgenden weitere Möglichkeiten aufgezeigt werden.

Gemeinnützigkeit als Qualitätskriterium

Leitet sich aus dem Kriterium der Gemeinnützigkeit implizit eine Qualitätsauswirkung oder -verbesserung ab, so kann diese (also das Resultat der Gemeinnützigkeit) auch ohne Vorbehaltsklausel im Rahmen von Qualitätskriterien eingefordert werden. Zu diskutieren ist deshalb, ob sich aus dem Aspekt der gemeinnützigen Unternehmensausrichtung nicht Qualitätsmerkmale ergeben (z. B. mehr Zeit pro Patient/Nutzer, Zufriedenheit der Patienten/Nutzer etc.). Auch wäre zu überlegen, ob, wenn zwar die Gemeinnützigkeit als solches nicht vorgeschrieben werden kann, Mindestreinvestitionsanteile der im jeweiligen Auftrag generierten Gewinne vorgegeben werden können, so wie dies auch im Bereich des Infrastrukturerhalts bei Konzessionen im Bereich der netzgebundenen Dienste diskutiert wird.

Eine Einforderung der gemeinnützigen Unternehmensausrichtung als Qualitätskriterium im Vergabeverfahren erscheint – an welcher Stelle auch immer – als schwierig bis unmöglich, da die Art der Unternehmensausrichtung nicht im Zusammenhang mit der Leistung steht⁴⁷⁴ bzw. auf dieser Basis – den Prinzipien der Nichtdiskriminierung und Gleichbehandlung folgend – keine Zuschlagsentscheidung gefällt werden darf.

Lässt man Art 77 RL 2014/24/EU und etwaige damit in Verbindung stehende Erwägungsgründe außer Acht, ergibt sich kein weiterer Vorbehalt. Legitim ist eine Ausnahme oder Vorbehaltsmaßnahme für gemeinnützige Unternehmen, die auf die Unternehmensform abstellt, aber auch dann, wenn dies im Rechtsrahmen explizit gestattet ist – auch wenn dies den Tatbestand der Diskriminierung nach sich ziehen könnte.⁴⁷⁵ Um eine derartige Maßnahme zu legitimieren, müsste die Einschränkung auf die Unternehmensform notwendig für die Leistung sein und in Bezug mit dieser stehen. Diese Notwendigkeit würde sich bspw. ergeben, wenn ein Gemeinnützigkeitsvorbehalt (mitunter auf nationaler Ebene) per Gesetz vorgeschrieben wäre. Ist bspw. durch ein nationales Gesetz zur Regelung einer bestimmten Tätigkeit der Zugang zu einer Dienstleistung auf Organisationen ohne Erwerbszweck beschränkt, so ist dies freilich auch in der Ausschreibung zu berücksichtigen.⁴⁷⁶ Eine derartige Beschränkung existiert in Österreich bislang nicht. Anzumerken ist, dass der Erlass von Gesetzen in der Regel ein langwieriger Prozess ist. Zudem dürfen Gesetze nicht willkürlich erlassen werden, sondern haben mit dem Gemeinschaftsrecht im Einklang zu stehen. Fraglich ist nämlich, ob ein derartiges nationales Gesetz nicht eine Beschränkung der Art 49 und 56 AEUV über die Niederlassungsfreiheit und den freien Dienstleistungsverkehr darstellt und dies gerechtfertigt werden müsste.

⁴⁷⁴ Dazu wäre zuerst der Beweis zu erbringen, dass For-Profit Unternehmen die Leistung nicht oder weniger gut erbringen.

⁴⁷⁵ Schröder, „Grüne“ Zuschlagskriterien. In: Kapellmann (Hrsg.), NZBau 8/2014, 467-471.

⁴⁷⁶ Zu erwähnen ist diesbezüglich auch ein Begleitdokument zur Mitteilung über „Dienstleistungen von allgemeinem Interesse“ (2007), wo die Kommission meint, dass öffentliche Auftraggeber in einem solchen Fall die Teilnahme an einem Vergabeverfahren derartigen Organisationen ohne Erwerbszweck vorbehalten können.



Wie im Europarecht üblich, sind etwaige wettbewerbliche Beschränkungen lediglich dann gerechtfertigt, wenn sie erforderlich sind, um bestimmte Ziele im Allgemeininteresse zu erreichen. Eine derartige Verschiedenbehandlung aufgrund von Gruppenmerkmalen muss – und auch dies ist im Einzelfall genau zu prüfen – im Allgemeininteresse bedingt, verhältnismäßig, adäquat und erforderlich sein.

Maßgeblich sind diesbezüglich die Erkenntnisse des Urteils in der Rs *Sodemare*.⁴⁷⁷ In der Sache ging es um die Betreuung alter Menschen in Wohn- und Pflegeheimen von gemeinnützigen Einrichtungen, insbesondere um eine italienische Vorschrift, die die Zulassung zu einem System der Sozialhilfe nur Gesellschaften ohne Erwerbszweck gewährte. Folglich konnten nur solche einen Vertrag mit der Sozialbehörde abschließen. Während also Rechtsträger ohne Erwerbszweck die Kosten von gesundheitsbezogenen Leistungen der Sozialhilfe, die Heimbewohnern erbracht wurden, erstattet bekamen, mussten Bewohner von Heimen erwerbswirtschaftlich tätiger Unternehmer die Kosten der gesundheitsbezogenen Leistungen selbst übernehmen. Dadurch wurde der Strom betreuungsbedürftiger Senioren auf Wohnheime der gemeinnützigen Rechtsträger gelenkt. Der EuGH hielt dafür, dass diese zweifellos gegebene Behinderung der Niederlassungsfreiheit mit der Niederlassungsfreiheit vereinbar sei, weil das Gemeinschaftsrecht die Befugnis der Mitgliedstaaten unberührt lasse, ihre Systeme der sozialen Sicherheit auszugestalten.

Ein Unterschied besteht auch darin, ob die Verschiedenbehandlung in der Gewähr von Kostenerstattungen für die Erbringung derselben – für sämtliche Wirtschaftsteilnehmer zugängliche – Leistung liegt, oder ob der Zugang zur Leistung selbst derart beschränkt ist. Im letzteren Falle ist die Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit eine deutlich größere.

Abschließend gilt es an dieser Stelle gilt auf das in Kapitel 1.6.4.2 dargelegte Frustrationsverbot zu verweisen, wodurch es den Mitgliedstaaten während der Umsetzungsfrist der Richtlinien nicht gestattet ist, Vorschriften zu erlassen, die geeignet sind, die Erreichung der Richtlinienziele ernstlich in Frage zu stellen oder zu verhindern.

3.14 Zusammenfassende Möglichkeiten

Im Folgenden werden im Anschluss an die Erörterung gewisser Qualitätsaspekte Möglichkeiten auf Ebene der Ausführungsbedingungen, Zuschlagskriterien und Eignungskriterien kurz zusammengefasst. Es handelt sich hierbei lediglich um eine Darstellung, wo eine Einforderung eventuell möglich wäre. Diese ist weder abschließend, noch ist garantiert, dass derartige Kriterien tatsächlich in der Praxis wie dargestellt eingefordert wurden. Dafür müssten die Kriterien näher ausformuliert werden und eine Prüfung in Bezug auf den Auftragsgegenstand erfolgen.

⁴⁷⁷ EuGH, Rs C-70/95, *Sodemare*, Slg. 1997, I-3395.



Tabelle 9: Vorschlag zur Einbindung von Qualitätskriterien

Kriterienkategorien	Ausführungsbestimmung	Zuschlagskriterium	Eignungskriterium
Niedrigschwelligkeit	Ja	Ja; ACHTUNG: Zweckmäßigkeitprüfung empfohlen	
Barrierefreiheit/ Design for all	Ja	Ja; ACHTUNG: Zweckmäßigkeitprüfung empfohlen	
Einsatz sozialversicherungspflichtig Beschäftigter	Kritisch; umformulieren, wenn sachgegenständlich und verhältnismäßig		
Wenig Wechsel von Betreuern/Ansprechpartnern, wenig Fluktuation	Ja	Ja; wenn sachgegenständlich und messbar gemacht	Ja, im Sinne von Referenzen
Einstellung von mehr Menschen mit Behinderung als gesetzlich gefordert	Ja	Ja; Achtung bei Quoten	
Frauen/Migranten in Führungspositionen/Gleichstellungsmaßnahmen	Ja	Ja, wobei enger Spielraum	Nein
Gleichbehandlung			Ja, im Sinne von gesetzlichen Gleichbehandlungsbestimmungen
Frauenquoten/ Migrantenquoten	Nicht empfehlenswert, wenn, dann auf den Auftrag zu beschränken	Nicht empfehlenswert, wenn, dann auf den Auftrag zu beschränken	Nein
Bekämpfung der Arbeitslosigkeit	Förderung der Einstellung von (Langzeit-)Arbeitslosen, Achtung bei Quoten	Förderung der Einstellung von (Langzeit-) Arbeitslosen, Achtung bei Quoten	



Ausbildungsförderung	Unterstützung der Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitern im Unternehmen	Unterstützung der Aus- und Weiterbildung von Mitarbeitern im Unternehmen	
	Ausbildung von Auszubildenden/ Angebot von Ausbildungsprogrammen	Ausbildung von Auszubildenden/ Angebot von Ausbildungsprogrammen	
verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung	Ja	Ja	
Gruppen-, Fall- und Individualsupervision	Ja	Ja	
Nachweis von Erfahrung im Bereich Gruppen-, Fall- und Individualsupervision	Nein	Ja, wenn über die Eignung hinausgehend	Ja
Betriebliche Qualitätssicherung	Ja	Ja	Ja
Kontinuierliche externe Evaluation der KlientInnen-/NutzerInnen-/KundInnenzufriedenheit	Ja	Ja	
Effektives Beschwerdemanagement	Ja	Ja	(ja)
Ökologische Kriterien	Ja	Ja	
Nachhaltige Kriterien	Ja	Ja	
Lieferzeit/	Ja	Ja	Ja



Reaktionszeit			
Logistik	Ja	Ja	
Physische Anwesenheit	Kundenleistungen: Im Problemfall muss ein Kundendienst/Pfleger binnen 2h erreichbar sein	Schnelle Erreichbarkeit ⁴⁷⁸ Ausfallsicherheit	
Gemeinnützigkeit	Nein	Nein	Nein

Quelle: Eigene Darstellung

⁴⁷⁸ Dieses Kriterium ist als nicht diskriminierend zu sehen, da es sowohl physische Nähe, als auch elektronische/r Erreichbarkeit/Kundendienst bedeuten kann.



4. Conclusio

Im Auftrag von Bundesarbeitsgemeinschaft Freie Wohlfahrt (BAG), Bundesdachverband für Soziale Unternehmen (bdv austria), dachverband berufliche integration – austria (dabei austria) und Sozialwirtschaft Österreich – Verband der österreichischen Sozial- und Gesundheitsunternehmen wurde die Studie „Qualitätskriterien bei Beauftragung zur Erbringung sozialer Dienstleistungen – Untersuchung von Bedarf, State-of-the-art und Rechtskonformität von Qualitätskriterien bei öffentlichen Aufträgen“ durch Herrn Ao. Univ.-Prof. DDr. Dimmel und **Außeruniversitäres Institut Public Social Responsibility gemeinnützige Gesellschaft mbH** durchgeführt, wobei der Teil von Herrn Ao. Univ.-Prof. DDr. Dimmel als Teil A⁴⁷⁹ der Studie und der Teil von P/S/R als Teil B (= der vorliegende Teil) der Studie aufliegen und aufeinander verweisen bzw. einander komplementieren.

Diese Studie nahm das EU Vergabelegislativpaket 2014 – bestehend aus den Richtlinien RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe, RL 2014/24/EU über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der RL 2004/18/EG und RL 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG – zum Anlass, um, unter beispielhafter Untersuchung der RL 2014/24/EU, den Sektor sozialer Dienstleistungen, dessen Herausforderungen und Forderungen für die künftige Organisation näher zu untersuchen.

Für die hierin erfolgten Diskussionen im Rahmen von Teil B der Studie (für nähere Erläuterungen zum Aufbau der Studie siehe Einleitung) wurden folgende **Kapitel** konzipiert und ausgearbeitet:

Kapitel I diene der Darstellung der obligatorischen und fakultativen Anforderungen im Rahmen einer Umsetzung von RL 2014/24/EU im BVergG 2006 (insb. Vergabeverfahren, Dienstleistungsvorbehalts-Klausel, geschützte Werkstätten-Klausel, Schwellenwert, Zulässigkeit von alternativen Organisationsformen, Referenzen zu Art 14, Prot 26 AEUV,...). Dabei wurden zudem die Unterschiede zum bisherigen Regelwerk für öffentliche Aufträge für soziale Dienstleistungen gegenübergestellt und die potenzielle Umsetzung der Bestimmungen im BVergG 2006 erörtert. **Kapitel I** geht zudem inhaltlich über den Auftragsgegenstand hinaus. Darin wird kurz die Möglichkeit von alternativen Organisationsformen für soziale Dienstleistungen anhand verschiedener Organisationsformen besprochen. Dies inkludiert die Darstellung etwaiger Rechtsunsicherheiten in Bezug auf eine womöglich aus dem bestehenden Rechtsrahmen abzuleitende Ausschreibungspflicht.

⁴⁷⁹ siehe dazu Dimmel, Projektendbericht Teil A: Vergabefremde Kriterien – Qualität in Sozialdienstleistungen & praxisorientierte Standards vergabefremder Kriterien.



Kapitel II diente der Erörterung von Möglichkeiten zur Verwendung/Einforderung von Sozial-Kriterien bei öffentlichen Aufträgen. Beleuchtet und gegenübergestellt wurden der bisherige und der neue Rechtsrahmen als auch die stRspr des EuGH.

In **Kapitel III** wurden anhand von durch Ao. Univ-Prof. DDr. Nikolaus Dimmel durchgeführte Interviews abgeleitete Sozial-Kriterien – welche für den Bereich der sozialen Dienstleistungen als besonders bedeutend erachtet werden – untersucht. Eine genaue Aussage konnte aufgrund der Vagheit der Kriterien nicht getroffen werden, doch wurde versucht, auch die Heterogenität der Meinungen zu dem Thema zu berücksichtigen und abzubilden.

In Anbetracht dessen konnten im Rahmen der Studie folgende Forschungsergebnisse generiert werden:

Die Vergabe von öffentlichen Aufträgen für soziale Dienstleistungen bisher

Das Vergaberecht ist in Österreich im Bundesvergabegesetz geregelt. Durch die neuen europäischen Richtlinien von 2014, ist jeder Mitgliedstaat dazu angehalten, diese (mit einigen Ausnahmen) bis 2016 in nationales Recht umzusetzen.

Bislang fielen soziale Dienstleistungen nach Maßgabe des BVergG 2006 bzw. der EU-Vorgängerrichtlinie RL 2004/18/EG in die Kategorie der nicht-prioritären Dienstleistungen. Dem BVergG 2006 zufolge war es den öffentlichen Auftraggebern bisher überlassen, zu ermessen, wie öffentliche Aufträge für soziale Dienstleistungen (als nicht-prioritäre Dienstleistungen) jeweils vergeben werden sollen, damit ein angemessener Grad an Transparenz und Gleichbehandlung unter Einhaltung des Wettbewerbsgrundsatzes, also unter Anwendung des Vergaberechts, gegeben bzw. die Einhaltung der europäischen Grundfreiheiten und Grundprinzipien gewährleistet sind. Das bedeutet, dass öffentliche Aufträge über soziale Dienstleistungen – unbeschadet des Vorhergehenden – bislang nicht dem Grad der Bekanntmachung bzw. den weiteren Modalitäten eines regulären Vergabeverfahrens genügen mussten. USB und OSB galten verfahrenstechnisch – so wie die Vergabeverfahren selbst - nicht für soziale Dienstleistungen, die Unterscheidung von OSB und USB konnte jedoch als Orientierung angewendet werden, um zu beurteilen, wie das Vergabeverfahren auszugestalten ist.

Eine *ex ante*-Bekanntmachung/Ein Aufruf zum Wettbewerb, ist im BVergG 2006 für soziale Dienstleistungen in der Folge gegenwärtig noch nicht zwingend vorgesehen, trotz allem ergibt sich in den meisten Fällen – auch im USB – die Notwendigkeit einer Vorabbekanntmachung, um das primärrechtliche Prinzip der Transparenz und Nichtdiskriminierung zu erfüllen. Eine Entscheidung kann somit nur fallabhängig getroffen werden.

Im Gegensatz zur *ex ante*-Bekanntmachung ist eine *ex post*-Bekanntmachung bereits derzeit zum Teil vorgesehen. So besteht für vergebene Aufträge im OSB jedenfalls die Verpflichtung zur *ex post*-Bekanntmachung gemäß §54 BVergG 2006.



RL 2014/24/EU

RL 2014/24/EU bringt inhaltliche Neuerungen, sowohl in Bezug auf die Vergabe öffentlicher Aufträge im Allgemeinen, als auch auf die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen im Besonderen. Zu beachten ist, dass die Richtlinie eine Aufhebung der bisherigen Teilung in A- und B-Dienstleistungen (in Österreich prioritäre und nicht-prioritäre Dienstleistungen) vorsieht. Für soziale Dienstleistungen sind die Auswirkungen jedoch nicht allzu groß, denn trotz allem wird der Besonderheit für die Vergabe von Aufträgen für soziale und andere besondere Dienstleistungen Rechnung getragen. RL 2014/24/EU erkennt an, dass soziale Dienstleistungen vor allem wegen ihrer besonderen Charakteristika sensibel sind und sie aus diesem Grund ein Sonderregime darstellen, welches regelungstechnisch über jenes der Vorgängerrichtlinie RL 2004/18/EU bzw. des § 141 BVergG 2006 hinausgeht. Dieses wird sozialen und besonderen Dienstleistungen des Anhang XIV in Titel III RL 2014/24/EU eingeräumt.

Die EU-Richtlinien dienen der Gewährleistung eines fairen und freien Binnenmarkts und gelten somit ab gewissen Schwellenwerten, ab denen die Vergabe von Leistungen für den Binnenmarkt relevant ist.⁴⁸⁰ Gemäß Art 4 RL 2014/24/EU beträgt der Schwellenwert für öffentliche Dienstleistungsaufträge betreffend soziale Dienstleistungen EUR 750.000. Dies schafft nicht nur Rechtssicherheit, der Schwellenwert liegt auch weit über den Schwellenwerten für den OSB für klassische öffentliche Aufträge. Für den USB wurden keine europarechtlichen Regelungen erlassen, die Vorschriften des § 141 BVergG 2006 könnten somit für den USB in der derzeitigen Form belassen werden.

Die Richtlinie ruft den Gesetzgeber dazu auf, ein richtlinieninhaltskonformes Vergabeverfahren für soziale Dienstleistungen zu entwickeln. Mindestmaß einer derartigen Umsetzung ist der Aufruf an öffentliche Auftraggeber, ein entsprechendes Verfahren zur Gewährleistung von ebendiesem zu entwickeln/anzuwenden. Möglich wäre jedoch auch die Entwicklung eigener Verfahren für soziale Dienstleistungsaufträge.

Zwingendes Recht besteht vor allem in Bezug auf die Bekanntmachung derartiger Aufträge. So sieht RL 2014/24/EU im Gegensatz zur Vorgängerrichtlinie RL 2004/18/EG (und somit zum derzeitigen Regelungsinhalt des BVergG 2006) zwingend eine *ex ante*-Bekanntmachung für die Vergabe öffentlicher Aufträge für soziale Dienstleistungen im OSB vor. Als Resultat sind diese öffentlichen Aufträge nunmehr entweder mittels Auftragsbekanntmachung oder mittels Vorinformation bekanntzumachen. Die Pflicht zur *ex post*-Veröffentlichungsregelung gegenüber der Kommission besteht künftig weiterhin im OSB. Im USB könnte man – sollten die Richtlinien so umgesetzt werden – weiterhin auf den Einzelfall abstellen.

⁴⁸⁰ Es gilt zu erwähnen, dass die Mitgliedstaaten auch für die Vergabe unter diesen Schwellenwerten Regelungen vorsehen können, was in Österreich der Fall ist. Jedenfalls sind bei der Vergabe im Unterschwellenbereich die primärrechtlichen Bestimmungen des AEUV, ABI C 326 vom 26. Oktober 2012 einzuhalten.



Art 77 RL 2014/24/EU erlaubt es öffentlichen Auftraggebern, bestimmte Dienstleistungen bestimmten Organisationen vorzubehalten. Voraussetzung ist, dass es eine der in Art 77 referenzierten Dienstleistungen (darunter wesentliche soziale Dienstleistungen) betrifft, und dass der Bieter in den letzten drei Jahren keinen Auftrag für die betreffende Dienstleistung erhalten hat. Zudem heißt es darin, dass das Ziel der Organisation die Erfüllung einer Gemeinwohlaufgabe zu sein hat, deren Erbringung an die referenzierten Dienstleistungen geknüpft ist. Die erzielten Gewinne sind zu reinvestieren, um das Ziel der Organisation zu erreichen. Außerdem darf die Laufzeit eines Vertrags eine Zeitspanne von drei Jahren nicht überschreiten. Der Artikel ist jedoch aufgrund seiner Formulierung als schwierig anzusehen. Es liegt an den Mitgliedstaaten, zu evaluieren ob/wie sie ihn umsetzen (möchten). Zudem hat die Kommission daher bis 18. April 2019 die Auswirkungen dieses Artikels in einem Bericht zu evaluieren.

Zudem enthält RL 2014/24/EU auch außerhalb des Titels III der Richtlinie einige fakultative Bestimmungen, welche von den Mitgliedstaaten nicht umgesetzt werden müssen. Beispielsweise enthält Art 20 RL 2014/24/EU eine Vorbehaltsklausel, die bisher für geschützte Werkstätten reserviert war. Nunmehr ist Voraussetzung für die Anwendung dieses Vorbehalts, dass der Hauptzweck des Wirtschaftsteilnehmers die soziale und berufliche Integration von Menschen mit Behinderungen oder benachteiligten Personen ist und dass mindestens 30 % der Arbeitnehmer Menschen mit Behinderungen oder benachteiligte Arbeitnehmer sind, wobei letztere Gruppe nicht definiert ist.

Sozial- und Umweltkriterien im Vergabeverfahren

Vor dem Hintergrund, einen fairen und qualitativ hochwertigen Markt zu gewährleisten, wurden zuletzt immer mehr Stimmen zur Gestaltung eines nachhaltigen und gesellschaftlich wertvollen Vergaberegelerwerks laut. Handelt es sich bei der öffentlichen Beschaffung doch auch um eine Vorbildwirkung und eine steuernde Kraft, wenn es um die Gestaltung unserer Gesellschaft geht. Gefordert werden eindeutige gesetzliche Regelungen: Es soll nicht der Billigste, sondern der Beste eine Chance auf öffentliche Aufträge haben, es sollen regionale Arbeitsplätze geschaffen werden und es soll die Wertschöpfung in Österreich bleiben.

Insbesondere die wachsende Bedeutung von Sozial-Kriterien zeichnet sich anhand von Judikatur und Legislative ab und wird mit der neuen RL 2014/24/EU fortgeführt. Allerdings fehlt es noch an der hinreichenden Rechtssicherheit, da noch keine ausreichende Definition des Sozial- bzw. des Umweltschutzes existiert.

Nachhaltigkeitsaspekte und Qualitätskriterien sozialer, ökologischer oder technischer Art erhalten ebenso eine Aufwertung und können – dies ist nunmehr explizit gestattet - auf allen Ebenen eingefordert werden, sobald ein Zusammenhang mit Prozess, Herstellung, Bereitstellung oder Lebenszyklusstadium hergestellt werden kann und die vergaberechtlichen Grundprinzipien eingehalten werden. Vor einer Einbindung ist zu beurteilen, wie Sozial-Kriterien am effektivsten eingebracht werden können. Die



umfangreichste – wenngleich nicht einzige – Möglichkeit der Einbindung dieser Kriterien findet sich wohl im Bestbieterprinzip. Sie können auch im Billigstbieterprinzip (welches es künftig nicht mehr in dieser Form geben wird) eingebunden werden, wobei hier die Möglichkeit des Zuschlagskriteriums wegfällt.

Eignungskriterien sind unternehmensspezifisch und abschließend festgelegt. Als K.O.-Kriterien sind sie nur eingeschränkt anwendbar, da sich Eignungskriterien hauptsächlich mit der fachlichen, wirtschaftlichen und beruflichen Eignung des Bieters befassen. Diese Kriterien sind an den jeweiligen Auftrag anzupassen. Sie sind daher von öffentlichem Auftrag zu öffentlichem Auftrag verschieden. Die soziale Eignung kann daher nur bei bestimmten Auftragsgegenständen als K.O.-Kriterium angewendet werden. Gegebenenfalls können gewisse Anforderungen auch als Teil der technischen Spezifikationen gefragt sein. Hiermit würde sich auch die Rechtssicherheit erhöhen. **Zuschlagskriterien** erlauben es dem öffentlichen Auftraggeber, das beste Angebot mittels gewichteter Kriterien zu ermitteln. Der Ruf nach Qualität und Nachhaltigkeit gewinnt insbesondere durch Art 67 RL 2014/24/EU an Bedeutung, wonach es – terminologisch betrachtet – nur noch das Bestbieterprinzip gibt und – um diesem Gedanken auch inhaltlich Rechnung zu tragen – die Mitgliedstaaten vorsehen können, dass der Preis oder die Kosten nicht allein oder nur in bestimmten Kategorien von Aufträgen als einziges Zuschlagskriterium eingefordert werden dürfen. Zudem dürfen sie deren Verwendung auf von ihnen zu bestimmende Arten von Aufträgen beschränken. Zuschlagskriterien müssen gewisse Anforderungen erfüllen, und dürfen nicht schon als Eignungskriterien oder Ausführungsbestimmungen gefragt worden sein.

Eine weitere Möglichkeit ist es, Sozial-Kriterien als **Ausführungsbedingungen** des Vertrages zu inkludieren. Sie bestimmen, wie ein Auftragsgegenstand zu erfüllen ist. Jeder Bieter hat sich bei Zuschlagserteilung zwingend an diese Vorgaben zu halten und sich an ihnen zu orientieren. Wenngleich Ausführungsbedingungen nicht im Rahmen des Vergabeverfahrens geprüft werden, handelt es sich somit um eine Art KO-Kriterien (wie Eignungskriterien). Öffentliche Auftraggeber sind grundsätzlich frei, diese zu bestimmen, da es in ihrem Ermessen liegt, wie die Leistung auszusehen hat, solange sie für die Leistungsbeschreibung notwendig sind, rechtlich zulässig sind und dadurch keine Diskriminierung stattfindet. Bei Leistungsbeschreibungen dürfen nur solche Merkmale inkludiert werden, die einen Leistungs- oder Erfüllungsbezug haben. Hier besteht eine größere Möglichkeit zur Berücksichtigung von Sozial-Kriterien als bei technischen Spezifikationen, welche auch in der Leistungsbeschreibung zu finden sind.

Sowohl das europäische Reformpaket als auch die damit verbundenen Diskussionen sind ein maßgeblicher Schritt in Richtung eines nachhaltigen Beschaffungssystems. Dennoch sollte nicht vergessen werden, dass im österreichischen Recht bereits bisher/jetzt (so zumindest die Theorie des BVergG 2006) dem Bestbieterprinzip der Vorzug zu geben ist/war. Auch Umwelt- und Sozial-Kriterien wurden bereits in der Vergangenheit erörtert und sind – dies bestätigen das BVergG 2006, die Vorgänger-Richtlinien von 2004, und die EU-Judikatur – zu einem gewissen Grad zulässig. Zudem ist der Schrei nach dem Bestbieter zu relativieren, da dieser



doch nach dem Vergaberecht durch das Instrument des Zuschlagskriteriums zu definieren ist, wo es nicht immer sinnstiftend sein muss, derartige Kriterien einzufordern; Vor allem, wenn es Kriterien betrifft, die in Folge verpflichtend eingehalten werden sollen. Nicht vergessen werden sollten deshalb auch die anderen Ebenen innerhalb und außerhalb des Vergabeverfahrens. So macht es sehr wohl einen Unterschied, ob ein Kriterium als KO-Kriterium gehandhabt wird oder „bloß“ Bonuspunkte einbringt. Nicht zuletzt ist es dem öffentlichen Auftraggeber überlassen, zu bestimmen, was er einkauft. Entstehen bereits an dieser Stelle Mängel, hilft unter Umständen auch ein Bestbieterprinzip nur bedingt.

Unbeschadet der durch die Reform ermöglichten Aussichten für ein nachhaltigeres Beschaffungswesen, sollte die Umsetzungsebene nicht außer Acht gelassen werden. Denn es gilt darüber hinaus, zu beachten, dass es eines Dialogs auf der Kriterienebene bedarf, um auf Dauer eine Wirksamkeit und Anwendung etwaiger Qualitäts-, Nachhaltigkeits-, Sozial- oder Sekundärkriterien zu erreichen.

Alternative Organisationsformen

Anzumerken ist, dass das Vergaberecht zwingendes Recht darstellt. Nicht alle Formen öffentlicher Aufgaben werden durch die Vorschriften der RL 2014/24/EU abgedeckt, sondern nur diejenigen, die für den Erwerb von Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen im Wege eines öffentlichen Auftrages getätigt werden. Folglich ist es möglich, soziale Dienstleistungen nicht nur mittels öffentlichen Auftrag unter Anwendung des Vergaberechts zu organisieren, sondern lassen die Richtlinien alternative Organisationsformen, wie Finanzierung oder Erteilung durch Lizenzen ebenso zu. Auf letztere sind die Richtlinien u. U. nicht anzuwenden. Der Schwerpunkt der sich ergebenden Möglichkeiten liegt hierbei auf der bisher häufig gewählten Organisationsform durch Förderungsverträge. Soll eine alternative Organisations-/Finanzierungsform gewählt werden, hat dies jedoch in Abgrenzung zum Instrument des öffentlichen Auftrags zu erfolgen.

Dienstleistungskonzessionen

Die Dienstleistungskonzession ist in ihrem Sinn und Zweck dem öffentlichen Auftrag nicht unähnlich. Dem Konzessionsnehmer wird jedoch im Gegensatz zum öffentlichen Auftrag lediglich ein Nutzungsrecht gewährt. Die Bürger zahlen für die Inanspruchnahme der jeweiligen Leistungen ein Entgelt direkt an den Konzessionsnehmer. Mit der bis 2016 in den Mitgliedstaaten umzusetzenden Richtlinie RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe wird eine Dienstleistungskonzession definiert als ein entgeltlicher, schriftlich geschlossener Vertrag, mit dem ein/mehrere Konzessionsgeber einen/mehrere Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung/Verwaltung von Dienstleistungen beauftragt. Die Gegenleistung besteht entweder im Recht zur Verwertung der vertragsgegenständlichen Dienstleistung oder in diesem Recht zuzüglich einer Zahlung, welche nicht das wirtschaftliche Risiko abdeckt. Zusätzlich geht das Betriebsrisiko auf den Konzessionsnehmer über. Diese Definition steht im Einklang mit der stRspr des EuGH als auch der nationalen Judikatur in Österreich.



Mit Annahme der Richtlinie RL 2014/23/EU über die Konzessionsvergabe finden keine wesentlichen Änderungen zum gegenwärtigen aus Primärrecht und Judikatur abzuleitendem Recht statt. Künftig wird eine Pflicht zur *ex ante*-Bekanntmachung stipuliert, welche aber *de facto* teils vorher schon präsent war. Zudem besteht weiterhin die Notwendigkeit zur *ex post*-Bekanntmachung. In diesem Sinne, sollten hier dieselben Bestimmungen für Dienstleistungsaufträge analog auch für Dienstleistungskonzessionen betreffend soziale Dienstleistungen Anwendung finden. Für den USB ist zu empfehlen, dass die derzeitige Regelung des BVergG 2006 bestehen bleibt. Ebenso sollte der Schwellenwert im Sinne der Richtlinie übernommen werden.

Die Richtlinie gilt künftig ab einem Vertragswert von EUR 5.186.000 für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen. Dieser Wert ergibt sich aus dem vom öffentlichen Auftraggeber geschätzten Gesamtumsatz ohne MwSt., der vom Konzessionsnehmer während der Vertragslaufzeit erzielt wird. Ausschlaggebend für die Bestimmung, ob es sich um eine Vergabe oberhalb oder unterhalb des Schwellenwerts, handelt, ist die Konzessionslaufzeit. Diese ist zwar grundsätzlich zu beschränken, RL 2014/23/EU bestimmt jedoch, dass es im Ermessensspielraum des Konzessionsgebers liegt, diese zu bestimmen.

Wie auch RL 2014/24/EU für öffentliche Aufträge, sieht RL 2014/23/EU ein Sonderregime für soziale und besondere Dienstleistungen vor, welche in Anhang IV RL 2014/23/EU analog zu Anhang XIV RL 2014/24/EU dargestellt ist:

Der öffentliche Auftraggeber hat eine *ex ante*-Vorinformation bekannt zu machen. Die Zuschlagsbekanntmachung ist nach der Vergabe einer Konzession zu übermitteln; U. U. kann auch eine vierteljährliche Zusammenfassung versandt werden. Die europäischen Grundprinzipien sind ebenfalls zu beachten.

Im Unterschied zum Unionsrecht sind Dienstleistungskonzessionen im BVergG 2006 bereits geregelt, um eine Konformität mit den primärrechtlichen Grundprinzipien zu gewährleisten. Sowohl bei nicht-prioritären Dienstleistungsaufträgen als auch bei nicht-prioritären Dienstleistungskonzessionen galt bislang gemäß §§ 8 und 11 BVergG 2006 die Notwendigkeit der *ex post*-Bekanntmachung und Vergabe in einem adäquaten wettbewerblichen, transparenten und diskriminierungsfreien Verfahren mit mehreren Unternehmern, die eventuell eine *ex ante*-Bekanntmachung rechtfertigt.

Somit ändert sich nicht viel für die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen für soziale Dienstleistungen: Wesentlichste Änderung ist die Pflicht zur *ex ante*-Bekanntmachung, welche sich jedoch bereits teils aus dem bisherigen Reglement implizit ergeben hat. Für den USB ist zu erwarten, dass die derzeitige Regelung des BVergG 2006 bestehen bleibt.



EU-Beihilferecht und weitere Förderarten

Es gilt anzumerken, dass der Begriff der Auftragsvergabe durch die Richtliniennovelle nicht erweitert wird. Somit ist auch weiterhin in Bereichen, wo ein öffentlicher Auftrag nicht durch zwingendes Recht vorgesehen ist, die Beibehaltung/Einführung etwaiger gegenwärtiger Organisations- und Finanzierungsformen, wie z. B. durch Förderungsverträge, künftig möglich. Die Entscheidung liegt im Ermessen der öffentlichen Auftraggeber und öffentlichen Stellen.

Die Differenzierung des Beihilfe-/Förder- und Vergaberechts ist oftmals schwierig. Daraus stellt sich in Zukunft wohl die Frage: "Muss ich ausschreiben oder darf ich fördern?"

Zu beachten ist, dass staatliche Beihilfen grundsätzlich gegen wettbewerbsrechtliche Bestimmungen verstoßen und somit nach Unionsrecht verboten sind. Das Unionsrecht enthält aber Bestimmungen, die Ausnahmen zu diesem Verbot zulassen und somit staatliche Beihilfen erlauben. Unbeschadet etwaiger Ausnahmebestimmungen, gelten Beihilfevorschriften prinzipiell für alle Unternehmen, sofern diese eine wirtschaftliche Tätigkeit erbringen und die Beihilfe innergemeinschaftliche Auswirkungen hat.

Prinzipiell werden nicht-zweckgebundene Subjektbeihilfen als nicht vergaberechtlich relevant erachtet. Auch zweckgebundene Subjektbeihilfen unterliegen in den meisten Fällen nicht dem Vergaberecht. Hier wäre jedoch eine genauere Prüfung notwendig.

Der Förderungsvertrag ist eine in Österreich weit verbreitete alternative Organisationsform für soziale Dienstleistungen. Der wesentliche Unterschied zwischen öffentlichen Aufträgen und Förderungsverträgen besteht darin, dass mit dem Förderungsvertrag nicht eine dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabe gewährleistet wird. Dem Förderungsvertrag fehlt der Beschaffungszweck. Er dient somit nicht primär der Befriedigung eines Bedarfs des öffentlichen Vertragspartners, und ist nicht auf eine eigene/dem öffentlichen Auftraggeber obliegende Aufgabenerfüllung gerichtet. Es geht vielmehr um ein im Allgemeininteresse liegendes Verhalten, das ohne Förderung nicht effektiv oder in der vorgesehenen Art und Weise erreicht werden kann.

In Österreich gibt es keine verfassungsrechtlich verankerte Grundlage für Förderungsverträge. Deren Regelung ist den einzelnen Gebietskörperschaften überlassen. Besondere Erwähnung verdient in diesem Zusammenhang die allgemeine Rahmenrichtlinie für Förderungen aus Bundesmitteln ARR 2014. Nach § 12 ARR 2014 sind soziale Leistungen förderungswürdig, wenn an ihnen ein erhebliches öffentliches Interesse besteht und sie geeignet sind, zum sozialen Fortschritt beizutragen. Die Förderung muss in diesem Sinn auch notwendig sein. Bei der Vergabe dieser Förderungen wird auch die Erfüllung von fachlichen und wirtschaftlichen Eignungskriterien gemäß §§ 15 Abs 1 und 18 ARR 2014 des Förderungswerbers verlangt. Die ARR 2014 berücksichtigt außerdem die *De-minimis*-Regelungen und die europäischen Beihilferechtsvorschriften. Zusätzlich bestehen – im Einklang mit den primärrechtlichen Grundprinzipien – eine Transparenz- und



Nichtdiskriminierungsverpflichtung sowie die Pflicht, das Gleichbehandlungsgesetz zu beachten. Es besteht weder ein Anspruch auf diese Förderung, noch dient sie der kompletten Finanzierung, sondern ist eher als Starthilfe ausgelegt.

Zu beachten ist, dass das Vergaberecht zwingendes Recht ist. Rechtsnormen mit zwingendem Charakter können nicht durch die Vertragspartner geändert oder aufgehoben werden. Es handelt sich um unabdingbares Recht und genießt daher allgemeine Geltung. Anzumerken ist in diesem Zusammenhang weiters, dass jede abweichende vertragliche Regelung unwirksam ist.

Sozial-Klauseln gemäß RL 2014/24/EU

Was die neuen Richtlinien betrifft, so werden bereits existierende und im Bundesvergabegesetz umgesetzte Bestimmungen teilweise gestärkt oder erweitert; es werden auch bislang lediglich in der Judikatur erörterte Aspekte kodifiziert. Ohne auf die bereits (teilweise) geltenden Möglichkeiten im BVergG 2006 einzugehen, sind folgende Bestimmungen im Hinblick auf Sozial-Kriterien maßgeblich:

Eine horizontale Sozialklausel und eine Verschärfung der Ausschlussgründe stellen einen Stimulus dar, um zu gewährleisten, dass sozial- und arbeitsrechtliche Bestimmungen eingehalten werden und Sanktionen bzw. ein Ausschluss auch während der Vertragsausübung möglich ist.

Klarestellt wird – dass Sozial-Kriterien (und dies gilt auch für Nachhaltigkeitskriterien und Qualitätsbestimmungen) auf jeder Kriterienebene (Eignungskriterium, technische Spezifikation, Ausführungsbedingung, Zuschlagskriterium) eingefordert werden können. Definiert wird diesbezüglich, was der im Vergabeverfahren stets zu beachtende Auftragsbezug bedeutet: Dieser kann sich auf den gesamten Lebenszyklus- bzw. Produktionsprozess und die daran beteiligten Personen beziehen. Somit können auch beschäftigungs- und herstellungsspezifische Kriterien zum Zug kommen. Im Sinne der Auftragsbezogenheit wäre es jedoch nicht argumentierbar, Unternehmen aufgrund einer allgemeinen sozialen oder ökologischen Verantwortung/Unternehmenspolitik den Zuschlag zu erteilen. Allgemeine Einschränkungen gelten nur, sofern der Vorbehalt gemäß Art 20 RL 2014/24/EU oder Art 77 RL 2014/24/EU zum Tragen kommt.

Aufwertung erhalten Sozial-Kriterien (auf Zuschlagsebene) auch durch die Verankerung des Bestbieterprinzips als einzig (terminologisch) mögliches Vergabeprinzip und die Aufforderung an die nationalen Gesetzgeber, die Verwendung über den Preis hinausgehender Kriterien aktiv vorzusehen.

Explizit genannt werden die Berücksichtigung/Förderung von benachteiligten Gruppen/Personen – insbesondere Langzeitarbeitslose, Jugendliche, Frauen, Behinderte – und die Qualifikation des Personals.



Was Ausführungsbedingungen betrifft, so ist Achtung insbesondere bei Kriterien, welche sich zu stark auf die allgemeine Unternehmenspolitik bzw. -organisation beziehen, geboten, denn im Grunde können zusätzliche Ausführungsbedingungen wie Ausschlusskriterien wirken. Gerade letztere sind jedoch eng und abschließend durch das Unionsrecht (und in der Folge im nationalen Recht) vorgegeben.

Grosso modo unterstreichen die neuen Richtlinien die Akzeptanz für soziale, nachhaltige und innovative Aspekte. Wenngleich der Spielraum nun offener erscheint, werden die Prinzipien der Auftragsbezogenheit und Nichtdiskriminierung entscheidend sein. Dem öffentlichen Auftraggeber bleibt durch diese Regelung keine uneingeschränkte Wahlfreiheit, die Prinzipien der Auftragsbezogenheit, Verhältnismäßigkeit, Messbarkeit und die primärrechtlichen Bestimmungen gelten dessen ungeachtet. Dies könnte es in der Praxis (weiterhin) schwer machen, zu beurteilen, welche Kriterien nun tatsächlich an welcher Stelle eingefordert werden können. Abzuwarten sind die Umsetzung des Gesetzgebers als auch Stellungnahmen von Kommission und Mitgliedstaaten. Letztendlich gilt es auch deren Legitimität im Einzelfall zu prüfen.

Ergebnis der Kriterienprüfung

Die Prüfung einzelner Kriterien ergab, dass das neue Recht prinzipiell die Verwendung der vorgeschlagenen Kriterien zulässt. Teilweise ist dies auch laut den Vorgängerrichtlinien bzw. dem BVergG 2006 in seiner gegenwärtigen Fassung so, teilweise handelt es sich um „neues“ Recht oder eine Kodifizierung der Judikatur. Vorsicht bleibt jedoch aufgrund der oben genannten Gründe geboten.

Die Barrierefreiheit ist bereits nach gegenwärtigem Rechtsrahmen zu berücksichtigen. Verwiesen wird vor allem auf technische Spezifikationen. RL 2014/24/EU verweist explizit auch auf die Ebene der Zuschlagskriterien. Für den Bereich der sozialen Dienstleistungen wird die Legitimität bzw. sogar der Bedarf zur Einforderung von Kriterien der Zugänglichkeit durch Art 76 Abs 2 RL 2014/24/EU Rechnung getragen. Darin heißt es nämlich, dass von den Mitgliedstaaten zu gewährleisten ist, dass die öffentlichen Auftraggeber unter anderem die Zugänglichkeit der Dienstleistungen sicherstellen, sowie den spezifischen Bedürfnissen verschiedener Nutzerkategorien, einschließlich benachteiligter und schutzbedürftiger Gruppen und der Einbeziehung und Ermächtigung der Nutzer Rechnung tragen können.

Was den „Nachweis hoher Anteile sozialversicherungspflichtig Beschäftigter und möglichst geringer Anteile atypisch Beschäftigter“ betrifft, so ist dieses Ziel hauptsächlich über „Umwege“ zu erreichen: Etwaige Anforderungen müssten im Hinblick auf das Beschäftigungsverhältnis Auswirkungen auf die Qualität der Leistung haben. Dies ist in Bezug auf die hier behandelten Leistungen wohl argumentierbar, denn bei sozialen Dienstleistungen handelt es sich um personenbezogene Dienstleistungen. Kontinuität und die Vermeidung von Personalwechseln sind für die betroffenen/betreuten Zielgruppen sehr wichtig. Atypischen oder nicht unselbstständigen Beschäftigungsverhältnissen könnte dieses



Charakteristikum fehlen. Da öffentliche Auftraggeber bei ihren eingeforderten/getroffenen Maßnahmen prinzipiell immer das Kalkül der Verhältnismäßigkeit anwenden müssen, wäre es ratsam, Bestimmungen zu Personalwechseln und zur Delegation der Arbeit an Dritte in die Ausführungsbestimmungen mit aufzunehmen. So ist es auch Bietern mit freien Dienstnehmern möglich, in den Wettbewerb um die Ausschreibung zu treten und bleibt die Qualität der Leistung gewahrt. Zu diskutieren ist, wie der Aspekt „wenig Wechsel von Personal/Betreuern/Ansprechpersonen“ messbar gemacht werden soll. Schwieriger wird es, will der öffentliche Auftraggeber den Einsatz von geringfügig eingesetztem Personal vermeiden. Deren Einsatz ist nicht nur arbeitsrechtlich erlaubt, deren Rechte und Belange sind zudem sowohl unionsrechtlich als auch durch nationales Recht geschützt.

Was die „Einstellung von mehr Behinderten als gesetzlich gefordert“ betrifft, so führt ErwGr 98 RL 2014/24/EU führt aus, dass hinter Bedingungen für die Auftragsausführung unter anderem auch die Absicht stehen kann, mehr benachteiligte Personen als nach nationalem Recht gefordert einzustellen. Maßnahmen zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen oder zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten können sowohl Ausführungsbedingungen als auch Zuschlagskriterien bei der Vergabe eines öffentlichen Auftrags darstellen.

Nach ErwGr 99 RL 2014/24/EU können Gegenstand von Zuschlagskriterien oder Ausführungsbestimmungen sein, Maßnahmen:

- zum Schutz der Gesundheit der am Produktionsprozess beteiligten Arbeitskräfte,
- zur Förderung der sozialen Integration von benachteiligten Personen oder Angehörigen sozial schwacher Gruppen unter den für die Ausführung des Auftrags eingesetzten Personen, oder
- zur Schulung im Hinblick auf die für den betreffenden Auftrag benötigten Fähigkeiten.

Abschließend gilt es auf die „geschützte Werkstättenklausel“ zu verweisen, gemäß welcher ein Auftragsvorbehalt an Werkstätten und Programme zur Förderung von Menschen mit Behinderung oder benachteiligten Gruppen möglich ist. Hierbei handelt es sich um eine allgemeine organisations-/programmbezogene Vorgabe.

Auch die Förderung von Frauen, die Lehrlingsausbildung und die Integration von Langzeitarbeitslosen werden in den Richtlinien bejaht: Prinzipiell sind allgemeine, die generelle Unternehmenspolitik betreffende Vorgaben, ob nun zur Tariftreue, zur Gleichstellung, oder zu anderen Themen jedoch nicht einforderbar; die Möglichkeiten zur Einforderung von zeitlich und sachlich beschränkten Maßnahmen wird zumindest in den Richtlinien sehr wohl bejaht. In der Tat zeigen auch Beispiele aus der Praxis und der



deutschen Gesetzgebung, dass Förderungsmaßnahmen für Frauen vergaberechtlich ihren legitimen Platz haben.

Kritisiert an der Einforderung derartiger Belange wird – und das gilt für etwaige Maßnahmen der Förderung/positiven Diskriminierung⁴⁸¹ – ,dass sie nicht in Zusammenhang mit den zu beschaffenden Leistungen stehen, sondern es hierbei vielmehr darum geht, dass der öffentliche Auftraggeber bzw. die öffentliche Hand eine Vorbildrolle und gesellschaftliche Steuerungsfunktion (politikorientierte Beschaffung, Verfolgung von Sekundärzwecken) ausübt.

Zu unterscheiden sind auch Förderungsmaßnahmen von Quotenvorgaben. Bei letzteren besteht aufgrund ihrer eignungskriterienähnlichen Wirkung das Risiko eines Konflikts mit den Grundsätzen der Chancengleichheit und des freien Wettbewerbs, sofern es sich um keine unionsrechtlich vorgegebenen Quoten handelt.

„Verbürgte Partizipations- und Mitbestimmungsrechte der KlientInnen/NutzerInnen der Dienstleistung“ sind – sofern sie einen Leistungsbezug haben – generell unbedenklich. Dasselbe gilt für den „Nachweis von Gruppen-, Fall- und Individualsupervision“ und „betriebliche Qualitätssicherungsmechanismen“, „kontinuierliche externe Evaluation“, „KundInnenzufriedenheit“ bzw. „effektives Beschwerdemanagement“.

Auch ökologische Kriterien sind prinzipiell einforderbar. Nicht zuletzt, da sowohl europäische als auch nationale Strategien die Reduktion des CO₂-Fußabdrucks zum Ziel haben, bestehen hier weniger Zweifel in Bezug auf deren qualitätserhöhende Wirkung.

Dies ist zwar beim Thema Nachhaltigkeit nicht ganz so. Dennoch zeigt die Klarstellung, dass der Auftragsbezug auch bei herstellungsspezifischen (inkl. dem beteiligten Personal) Aspekten gegeben ist, als auch der Verweis auf die Einhaltung internationaler Normen (v.a. der ILO-Normen), dass auch Nachhaltigkeitsaspekte in Beschaffungsprozessen berücksichtigt werden können und teilweise sogar sollen.

Regionalität bleibt aufgrund einer nicht abstreitbaren diskriminierenden Wirkung eine Herausforderung. Dennoch sind die positiven Auswirkungen auf die unmittelbare örtliche Umgebung und womöglich auch auf die CO₂-Bilanz unumstritten. Argumentierbar sind Kriterien dann, wenn eine schnelle Reaktionszeit gefordert ist. Eine direkte regionale Einschränkung oder unbegründete Regionalitätsförderung ist jedenfalls nicht gestattet.

Abschließend haben viele soziale Dienstleistungserbringer das Kriterium der Gemeinnützigkeit gemein. Oftmals heißt es, dass eine Gewinnorientierung zu Lasten der Qualität der Leistung gehen würde. Trotzdem kann Gemeinnützigkeit nur im Zuge des problematischen Art 77 RL 2014/24/EU eingefordert werden. Alternativ wäre es möglich, die sich aus der gemeinnützigen Erbringung ergebenden Qualitätsaspekte abzuleiten und diese

⁴⁸¹ Also auch im Zusammenhang mit der Förderung zur Einstellung von Langzeitarbeitslosen, Behinderten, zur Ausbildungsförderung von Lehrlingen etc.



in die Form von messbaren und objektiven Kriterien zu „gießen“. Zu diskutieren wäre auch die Vorgabe, einen Anteil der Gewinne zu reinvestierenden. Die Verabschiedung (in Anlehnung an die *Rs Sodemare*) einer Gemeinnützigkeitspflicht für soziale Dienstleistungen per Gesetz wäre ebenfalls eine Alternative. Letzteres ist jedoch nicht empfehlenswert, da die Aussicht auf einen derartigen politischen Konsens gering ist und im Vorhinein zu prüfen wäre, ob dies nicht im Widerspruch zu den primärrechtlichen Prinzipien und den Grundfreiheiten stünde. Hinzuweisen ist auch auf das Frustrationsverbot.

Abschließend trägt eine Gewährleistung von Nachhaltigkeit durch Qualitätskriterien wohl nicht zur Vereinfachung des Regelwerks, sehr wohl jedoch zum Gemeinwohl bei. All dies sind deshalb Herausforderungen, vor denen man nicht zurückweichen sollte, sondern die es zu meistern gilt, um dauerhaft einen sozialen und territorialen Zusammenhalt in Österreich und darüber hinaus gewährleisten zu können.



5. Anhang

Tabelle 10: Bestimmten Dienstleistungen vorbehaltene Aufträge – Art 77 Abs 1 RL 2014/24/EU

7512 10 00-0	Administrative Dienste im Bildungswesen
75122000-7	Administrative Dienste im Gesundheitswesen
75123000-4	Administrative Dienste im Wohnungswesen
79622000-0	Überlassung von Haushaltshilfen
79624000-4	Überlassung von Pflegepersonal
79625000-1	Überlassung von medizinischem Personal
80110000-8	Vorschulunterricht
80300000-7	Dienstleistungen von Hochschulen
80420000-4	E-Learning
80430000-7	Erwachsenenbildung auf Hochschulebene
80511000-9	Ausbildung des Personals
80520000-5	Ausbildungseinrichtungen
80590000-6	Tutorendienste
85000000-9	Dienstleistungen des Gesundheits- und soziales Wesens
85100000-0	Dienstleistungen des Gesundheitswesens
85110000-3	Dienstleistungen von Krankenhäusern und zugehörige Leistungen
85111000-0	Dienstleistungen von Krankenhäusern
85111100-1	Chirurgische Eingriffe im Krankenhaus
85111200-2	Ärztliche Versorgung im Krankenhaus
85111300-3	Gynäkologische Versorgung im Krankenhaus
85111310-6	Künstliche Befruchtung
85111320-9	Geburtshilfe im Krankenhaus



85111400-4	Rehabilitationsmaßnahmen im Krankenhaus
85111500-5	Psychiatrische Versorgung im Krankenhaus
85111600-6	Dienstleistungen im Bereich Orthopädie
85111700-7	Sauerstofftherapiedienste
85111800-8	Pathologiedienste
85111810-	Blutuntersuchungen
85111820-4	Bakteriologische Untersuchungen
85111900-9	Dialysedienste von Krankenhäusern
85112000-7	Unterstützung von Krankenhäusern
85112100-8	Dienstleistungen im Bereich der Krankenhausbettwäsche
85112200-9	Ambulante Behandlungen
85120000-6	Dienstleistungen von Arztpraxen und zugehörige Dienstleistungen
85121000-3	Dienstleistungen von Arztpraxen
85121100-4	Dienstleistungen von praktischen Ärzten
85121200-5	Dienstleistungen von Fachärzten
85121210-8	Dienstleistungen von Gynäkologen oder Geburtshelfern
85121220-1	Dienstleistungen von Nephrologen oder Neurologen
85121230-4	Dienstleistungen von Kardiologen oder Lungenspezialisten
85121231-1	Dienstleistungen von Kardiologen
85121232-8	Dienstleistungen von Lungenspezialisten
85121240-7	Dienstleistungen von HNO oder Audiologen
85121250-0	Dienstleistungen von Gastroenterologen und Geriatrie-Spezialisten
85121251-7	Dienstleistungen von Gastroenterologen
85121252-4	Dienstleistungen von Geriatrie-Spezialisten
85121270-6	Dienstleistungen von Psychiatern oder Psychologen



85121271-3	Dienstleistungen von Einrichtungen für psychisch Kranke
85121280-9	Dienstleistungen von Ophtalmologen, Dermatologen oder Orthopäden
85121281-6	Dienstleistungen von Ophtalmologen
85121282-3	Dienstleistungen von Dermatologen
85121283-0	Dienstleistungen von Orthopäden
85121290-2	Dienstleistungen von Kinderärzten oder Urologen
85121291-9	Dienstleistungen von Kinderärzten
85121292-6	Dienstleistungen von Urologen
85121300-6	Dienstleistungen von Chirurgen
85130000-9	Dienstleistungen von Zahnarztpraxen und zugehörige Dienstleistungen
85131000-6	Dienstleistungen von Zahnarztpraxen
85131100-7	Dienstleistungen im Bereich Kieferorthopädie
85131110-0	Chirurgische Behandlung in der Kieferorthopädie
85140000-2	Diverse Dienstleistungen im Gesundheitswesen
85141000-9	Dienstleistungen von medizinischem Personal
85141100-0	Dienstleistungen von Hebammen
85141200-1	Dienstleistungen von Krankenpflegepersonal
85141210-4	Medizinische Hausbehandlung
85141211-1	Hausdialysebehandlung
85141220-7	Beratungsleistungen von Krankenpflegepersonal
85142000-6	Dienstleistungen von nichtärztlichem Personal
85142100-7	Physiotherapiedienste
85142200-8	Dienstleistungen von Homöopathen
85142300-9	Hygienedienste
85142400-0	Hauszustellung von Inkontinenzartikeln



85143000-3	Einsatz von Krankenwagen
85144000-0	Dienstleistungen von Krankenanstalten
85144100-1	Dienstleistungen von Pflegeeinrichtungen
85145000-7	Dienstleistungen von medizinischen Laboratorien
85146000-4	Dienstleistungen von Blutbanken
85146100-5	Dienstleistungen von Spermabanken
85146200-6	Dienstleistungen von Organbanken
85147000-1	Betriebliche Gesundheitsfürsorge
85148000-8	Medizinische Analysedienste
85149000-5	Dienstleistungen im pharmazeutischen Bereich
85150000-5	Dienstleistungen im Bereich medizinische Bildverarbeitung
85160000-8	Dienstleistungen von Optikern
85170000-1	Dienstleistungen in den Bereichen Akupunktur und Chiropraktik
85171000-8	Dienstleistungen im Bereich Akupunktur
85172000-5	Dienstleistungen im Bereich Chiropraktik
85200000-1	Dienstleistungen des Veterinärwesens
85210000-3	Haustierzuchten
85300000-2	Dienstleistungen des Sozialwesens und zugehörige Dienstleistungen
85310000-5	Dienstleistungen des Sozialwesens
85311000-2	Dienstleistungen im Sozialwesen in Verbindung mit Heimen
85311100-3	Altenfürsorgeleistungen
85311200-4	Behindertenfürsorgeleistungen
85311300-5	Kinder- und Jugendfürsorgeleistungen
85312000-9	Dienstleistungen der Sozialfürsorge, ohne Unterbringung
85312100-0	Betreuung in Tagesstätten



85312110-3	Betreuungsleistungen in Kinderkrippen
85312120-6	Betreuungsleistungen für behinderte Kinder und Jugendliche in Tagesheimen
85312200-1	Lebensmittel-Hauslieferungen
85312300-2	Orientierungs- und Beratungsdienste
85312310-5	Orientierungsdienste
85312320-8	Beratungsdienste
85312330-1	Familienplanung
85312400-3	Nicht in Heimen erbrachte Fürsorgeleistungen
85312500-4	Rehabilitation
85312510-7	Berufliche Wiedereingliederung
85320000-8	Dienstleistungen im Sozialwesen
85321000-5	Verwaltungsdienste im Sozialwesen
85322000-2	Kommunales Aktionsprogramm
85323000-9	Kommunaler Gesundheitsdienst
92500000-6	Dienstleistungen von Bibliotheken, Archiven, Museen und anderen kulturellen Einrichtungen
92600000-7	Dienstleistungen im Sport
98133000-4	Dienstleistungen sozialer Interessenverbände
98133110-8	Dienstleistungen von Jugendverbänden



Literaturverzeichnis

Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AentG) Deutschland vom 20. April 2009 (BGBl. I S. 799).

Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG) Deutschland in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. Februar 1995 (BGBl. I S. 158).

Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen, Report on the EU contribution to the promotion of decent work in the world (Bericht über den Beitrag der EU zur weltweiten Förderung menschenwürdiger Arbeit), SEK(2008) 2184 vom 02. Juli 2008 auf der Grundlage von KOM(2008) 412 vom 02. Juli 2008, über die erneute Verpflichtung zur Agenda für menschenwürdige Arbeit.

Arbeitsdokument der Kommissionsdienststellen: Europäischer Leitfaden für bewährte Verfahren (Code of Best Practice) zur Erleichterung des Zugangs kleiner und mittlerer Unternehmen (KMU) zu öffentlichen Aufträgen, SEC(2008) 2193 vom 25. Juni 2008.

Arbeitsunterlage der Kommissionsdienststellen: Leitfaden zur Anwendung der Vorschriften der Europäischen Union über staatliche Beihilfen, öffentliche Aufträge und den Binnenmarkt auf Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse und insbesondere auf Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse, SWD(2013) 53 final/2 vom 29. April 2013.

Authority for the Supervision of Public Contracts/Department for the co-ordination of EU Policies, The Comparative Survey on Public Procurement Systems across the PPN (2010).

Begleitdokument der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen 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 endg. vom 20. November 2007.

Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz (BerlAVG) vom 08. Juli 2010, GVBl 399 vom 22. Juli 2010.

Beschluss der Regierung von Oberbayern - Vergabekammer Südbayern vom 03. April 2009 über die Vergabe von Rettungsdienstleistungen namens und im Auftrag des Zweckverbandes für Rettungsdienst und Feuerwehralarmierung, Az.: Z3-3-3194-1-49-12/08

Beschluss des X. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs in Deutschland vom 01. Dezember 2008 über die Vergabe von Rettungsdiensten, Az.: X ZB 32/08.



Brüning, Die Geschlechterfrage gefährdet den Wettbewerb. In: LTO Legal Tribune Online. Stand: 05. Mai 2012, <http://www.lto.de/recht/hintergruende/h/frauenquote-vergaberecht-geschlechterfrage-gefaehrdet-wettbewerb/>.

Bundesinstitut für Berufsbildung (BIBB), Sozial Benachteiligte. In: Good Practice Center - Förderung von Benachteiligten in der Berufsbildung. Stand: 26. August 2014, <http://www.good-practice.de/3349.php> (abgerufen am 19. Februar 2015)

Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme: eine rechtsebenenübergreifende Analyse des Vergaberechts, Jus Publicum, Band 163 (2007).

BVA 05. August 2008, F/0003-BVA/10/2008-42.

BVA 07. Juni 2004, 07N-39/04-29.

BVA 20. Oktober 2005, 07N-83/05-33.

Czech, „Herr Kaiser, was ist das Rettungs-Verbundsystem?“. In: *Wir sind die Rettung - Die schnellste Hilfe Österreichs*. Stand: 16. Oktober 2014, <http://blog.rotekreuz.at/rettung/2014/10/16/herr-kaiser-was-ist-das-rettungs-verbundsystem> (abgerufen am 11.12.2014).

Dimmel, Vergabefremde Kriterien, Qualität in Sozialdienstleistungen & praxisorientierte Standards vergabefremder Kriterien, Projektendbericht Teil A (2015).

Dringlicher Antrag der Salzburger ÖVP vom 29. September 2013 in der 3. Session der 15. Gesetzgebungsperiode im Salzburger Landtag, http://www.oevp-sbg.at/oevp-sbg/initiativen-oevp-landtagsklub/2014/01.10.2014/dr_antrag-rettungsverbundsystem.pdf.

Entwurf eines Bundesgesetzes, mit dem das Bundesvergabegesetz 2006 und das Bundesvergabegesetz Verteidigung und Sicherheit 2012 geändert werden, BKA-600.883/0002-V/8/2015, <http://www.bundeskanzleramt.at/DocView.axd?CobId=59177>.

EuGH, C-284/05, *Kommission/Finnland*, Slg 2009 I-11705.

EuGH, C-615/10, *Insinöörtoimisto InsTiimi Oy*, RPA-Slg-Int 2012/3, 112.

EuGH, Rs 283/86, *Kommission/Belgien*, Slg 1988, 3271.

EuGH, Rs 31/87, *Gebroeders Beentjes BV/Niederlande* (Beentjes), Slg 1988, 4635

EuGH, Rs 82/77, *Staatsanwaltschaft Niederlande/Jacobus Philippus van Tiggele* (van Tiggele), Slg 1978.

EuGH, Rs C-113/13, *San Lorenzo/Croce Verde Cogema* (Krankentransporte).

EuGH, Rs C-158/97, *Badeck u.a.*, Slg 2000, I-1875.



- EuGH, Rs C-160/08, *Kommission/Deutschland* (Rettungsdienste), Slg 2010 I-03713.
- EuGH, Rs C-167/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1991 I-02535.
- EuGH, Rs C-168/90, *Kommission/Luxenburg*, Slg 1991, I-02539.
- EuGH, Rs C-225/98, *Kommission/Frankreich* (Nord-Pas-de-Calais), Slg 2000, I-7445
- EuGH, Rs C-226/04, *La Cascina Soc. coop. arl u. Zilch Srl/Ministero della Difesa u.a.* (Cascina u. Zilch), Slg 2006, I-01347.
- EuGH, Rs C-226/09, *Kommission/Irland*, Slg 2010 I-11807.
- EuGH, Rs C-231/03, *Consorzio Aziende Metano/Comune di Cingia de' Botti* (Coname), Slg 2005, I-7287.
- EuGH, Rs C-241/94, *Frankreich/Kommission*, Slg 1996, I-4551.
- EuGH, Rs C-256/97, *Déménagements-Manutention Transport SA* (DMT), Slg 1999, I-3919.
- EuGH, Rs C-274/09, *Privater Rettungsdienst u. Krankentransport Stadler/Zweckverband für Rettungsdienst u. Feuerwehralarmierung Passau*, Slg 2011 I-01335.
- EuGH, Rs C-280/00, *Altmark Trans GmbH und Regierungspräsidium Magdeburg/Nahverkehrsgesellschaft Altmark GmbH* (Altmark Trans), Slg 2003, I-7747.
- EuGH, Rs C-3/95, *Reisebüro Broede/Sandker*, Slg 1996 I-06511.
- EuGH, Rs C-355/00, *Freskot AE/Elliniko Dimosio* (Freskot), Slg 2003, I-5263.
- EuGH, Rs C-355/95, *Textilwerke Deggendorf GmbH (TWD)/Kommission u. Deutschland*, Slg 1997, I-02549.
- EuGH, Rs C-368/10, *Kommission/Niederlande*.
- EuGH, Rs C-377/90, *Kommission/Belgien*, Slg 1992, I-01229.
- EuGH, Rs C-388/12, *Comune di Ancona/Regione Marche*.
- EuGH, Rs C-407/98, *Abrahamsson u. Anderson/Fogelqvist*, Slg 2000, I-5539.
- EuGH, Rs C-409/95, *Marschall/Nordrhein-Westfalen* (Marschall), Slg 1997, I-6363.
- EuGH, Rs C-448/01, *EVN AG u. Wienstrom GmbH/Österreich* (EVN u. Wienstrom), Slg 2003, I-14527.
- EuGH, Rs C-450/93, *Kalanke/Bremen*, Slg 1995, I-3051.



- EuGH, Rs C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner/Landkreis Südwestpfalz (Ambulanz Glöckner)*, Slg 2001, I-8089.
- EuGH, Rs C-513/99, *Concordia Bus Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki u. HKL-Bussiliikenne (Concordia Bus)*, Slg 2002, I-7213.
- EuGH, Rs C-532/06, *Emm. G. Lianakis AE, Sima Anonymi Techniki Etaireia Meleton kai Epivlepseon, Nikolaos Vlachopoulos/Dimos Alexandroupolis, Planitiki AE, Aikaterini Georgoula, Dimitrios Vasios, N. Loukatos kai Synergates AE Meleton, Eratosthenis Meletitiki AE, A. Pantazis – Pan. Kyriopoulou kai syn/tes os „Filon“ OE, Nikolaos Sideris (Lianakis u. a.)*, Slg. 2008, I-251
- EuGH, Rs C-70/95, *Sodemare SA, Anni Azzurri Holding SpA u. Anni Azzurri Rezzato Srl/Regione Lombardia (Sodemare)*, Slg 1997. I-03395.
- EuGH, Rs T-17/02, *Olsen/Kommission*, Slg 2005, II-2031
- EuGH, Rs 10/76, *Kommission/Italien*, Slg 1976, 1365.
- EuGH, Rs 14/83, *von Colson u. Kamann/Nordrhein-Westfalen*, Slg 1984, 01891.
- EuGH, Rs 79/83, *Dorit Harz/Deutsche Tradax GmbH*, Slg 1984, 01921.
- EuGH, Rs C-106/89, *Marleasing SA/La Comercial Internacional de Alimentacion SA (Marleasing)*, Slg 1990, I-4135.
- EuGH, Rs C-107/96, *Kommission/Spanien*, Slg 1997, I-3193.
- EuGH, Rs C-138/99, *Kommission/Luxemburg*, Slg 1999, I-9021.
- EuGH, Rs C-144/04, *Werner Mangold/Rüdiger Helm (Mangold)*, Slg 2005, I-9981.
- EuGH, Rs C-144/97, *Kommission/Frankreich*, Slg 1998, I-613.
- EuGH, Rs C-176/00, *Kommission/Griechenland*, Slg 2001, I-2063.
- EuGH, Rs C-212/04, *Adeneler u.a./Ellinikos Organismos Galaktos*, Slg 2006, I-06057.
- EuGH, Rs C-263/96, *Kommission/Belgien*, Slg 1997, I-7453.
- EuGH, Rs C-266/00, *Kommission/Luxemburg*, Slg 2001, I-2073.
- EuGH, Rs C-268/93, *Kommission/Spanien*, Slg 1994, I-947.
- EuGH, Rs C-274/98, *Kommission/Spanien*, Slg 2000, I-2823.
- EuGH, Rs C-297/95, *Kommission/Deutschland*, Slg 1996, I-6739.
- EuGH, Rs C-303/92, *Kommission/Niederlande*, Slg 1993, I-4739.



EuGH, Rs C-373/90, *Strafverfahren gegen X*, Slg 1992, I-131.

EuGH, Rs C-401/98, *Kommission/Griechenland*, Slg 1999, I-5543.

EuGH, Rs C-69/99, *Kommission/Vereinigtes Königreich*, Slg 2000, I-10979.

Europäische Gemeinschaft, Simap - Informationen über das öffentliche Auftragswesen in Europa. <http://simap.europa.eu>

Europäische Kommission, EU-Justizkommissarin Reding fordert von Unternehmen höheren Frauenanteil in den Chefetagen, MEMO/11/124 vom 01. März 2011, http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-11-124_de.htm

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

Europäische Union, Frauen in wirtschaftlichen Entscheidungspositionen in der EU: Fortschrittsbericht, Eine Europa-2020-Initiative (2012). http://ec.europa.eu/justice/newsroom/gender-equality/opinion/files/120528/women_on_board_progress_report_de.pdf

Europäisches Parlament, Bericht über den Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, COM(2011) 0896 – C7-0006/2012 – 2011/0438(COD), Ausschuss für Binnenmarkt und Verbraucherschutz, Berichterstatter: Marc Tarabella, A7-0007/2013

European Expert Group on CSR and SME, Opportunity and Responsibility: How to help more small businesses to integrate social and environmental issues into what they do (2007).

European Parliament, Report of 11 January 2013 on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on public procurement, Committee on the Internal Market and Consumer Protection, Rapporteur: Marc Tarabella, A7-0007/2013.

European Trade Union Confederation (ETUC), New EU Framework on Public Procurement - ETUC Key Points for the Transposition of Directive 2014/24/EU. http://www.etuc.org/sites/www.etuc.org/files/publication/files/ces-brochure_transpo_edited_03.pdf.

European Union, Buying Green! A handbook on green public procurement, 2nd Edition (2011).

Fehling, In: *Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht - Handkommentar* (2011).

Finanzprokurator, V/364.988, (2014)



Frenz, Soziale Vergabekriterien. In: *Kapellmann (Hrsg.), NZBau Heft 1/2007.*

Fruhmann/Gölles/Steiner/Pachner, BVergG 2006: Bundesvergabegesetz 2006 idF der BVergG-Novelle 2009. Kurzkomentar, 3.Aufl. (2011).

Gerhardinger, Sozialwirtschaft I, Unterlage im Rahmen einer Lehrveranstaltung an der Georg-Simon-Ohm FH Nürnberg, http://www.gerhardinger-online.de/Sowi_handout_1.pdf (abgerufen am 11. Dezember 2014).

Gesetz über die Sicherung von Tariftreue und Sozialstandards sowie fairen Wettbewerb bei der Vergabe öffentlicher Aufträge (TVgG - NRW) vom 10. Januar 2012.

Gesetz zur Regionalisierung des öffentlichen Personennahverkehrs (Regionalisierungsgesetz – RegG) Deutschland, Regionalisierungsgesetz vom 27. Dezember 1993 (BGBl. I S. 2378, 2395), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 14. Dezember 2012 (BGBl. I S. 2598) geändert worden ist.

Gewerbewesen und rechtliche Angelegenheiten des Ernährungswesens (MA 63), Frauenförderung und Gender-Aspekte bei der Vergabe öffentlicher Aufträge. In: *Magistrat der Stadt Wien, wien.at.* <https://www.wien.gv.at/wirtschaft/gewerbe/vergabe-frauenfoerderung.html>

GHK, Evaluation of SMEs' access to public Procurement markets in the EU – Final Report, September 2010 (2010).

Glanzer/Dempfer, Gastkommentar: Ist die Rettung gerettet?. In: *Österreichisches Rotes Kreuz.* Stand: 11. April 2014, <http://www.rotekreuz.at/news/datum/2014/04/11/gastkommentar-ist-die-rettung-gerettet/> (abgerufen am 11. Dezember 2014).

Greisman, AEUV Artikel 288 (ex-Artikel 249 EGV). In: *von der Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015)*

Grundlagenpapier: Soziale Mindestanforderungen der öffentlichen Beschaffung – Ethische Aspekte einer globalen Wirtschaft (2011).

Hauff (Hrsg.), Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (1987). In: *Weltkommission für Umwelt und Entwicklung (Brundtland Bericht | Brundtland Report), Lexikon der Nachhaltigkeit.* Stand: 22. Juli 2014, https://www.nachhaltigkeit.info/artikel/brundtland_report_1987_728.htm

Heinrich, Gleicher Lohn für gleiche Arbeit: Entgeltgleichheit als Kriterium in der öffentlichen Auftragsvergabe des Bundes. In: *Fachhochschule des Bundes für öffentliche Verwaltung (Hrsg.), Arbeiten zu Verwaltungsstudium und Praxis (2009),* http://opus.kobv.de/zlb/volltexte/2012/14876/pdf/Band_12.pdf.



- Hörmann/Schönthal-Guttmann/Grundner, Soziale Dienstleistungen im Wettbewerb - Grundfragen und Modelle zur Organisation und Finanzierung, *prove Unternehmensberatung GmbH (Hrsg.)*, 1. Aufl. (2007), http://www.infodienst-ausschreibungen.at/docs/AT/file/leitfaden_soziale_dienstleistungen.pdf.
- Huerkamp, Gleichbehandlung und Transparenz als gemeinschaftsrechtliche Prinzipien der staatlichen Auftragsvergabe (2010).
- 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 endg. vom 04. Juli 2001.
- Interpretierende Mitteilung der Kommission über die Auslegung des gemeinschaftlichen Vergaberechts und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung sozialer Belange bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM(2001) 566 endg. vom 15. Oktober 2001.
- Kahl/Rosenkranz, Vergaberecht (2012).
- Kluth, In: *Calliess/Ruffert (Hrsg.)*, EUV/EGV, 3. Aufl. (2006).
- Landesgleichstellungsgesetz (LGG) in der Fassung vom 6. September 2002 (GVBl. S. 280), zuletzt geändert durch Art. VI und Art. VIII Absatz 3 Gesetz zur Auflösung des Zentralen Personalüberhangmanagements (Stellenpoolauflösungsgesetz – StPAuflG) und zur Anpassung davon betroffener Gesetze vom 5. November 2012 (GVBl. S. 354).
- Loewenheim/Meessen/Riesenkampff, Kartellrecht, 2. Aufl. (2009).
- Meadows/Meadows/Randers, *Beyond the Limits: Confronting Global Collapse, Envisioning a Sustainable Future* (1992).
- Michael Worzalla, *Das neue allgemeine Gleichbehandlungsgesetz: neue Vorschriften, Handlungsweisen* (2006).
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen – Ein Qualitätsrahmen für Dienstleistungen von allgemeinem Interesse in Europa, KOM(2011) 900 endg. vom 20. Dezember 2011.
- Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Intelligente Regulierung – Anpassung an die Bedürfnisse kleiner und mittlerer Unternehmen, KOM(2013) 122 vom 07. März 2013.
- 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 endg. vom 25. Oktober 2011.

Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen: Menschenwürdige Arbeit für alle fördern - Der Beitrag der Europäischen Union zur weltweiten Umsetzung der Agenda für menschenwürdige Arbeit, KOM(2006) 249 endg. vom 24. Mai 2006.

Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen im Bereich Konzessionen im Gemeinschaftsrecht, 2000/C 121/02. In: Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften, ABl C 121 vom 29. April 2000, 2ff.

Mitteilung der Kommission: EUROPA 2020 – Eine Strategie für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum, KOM(2010) 2020 vom 3. März 2010.

Mitteilung der Kommission: Umsetzung des Gemeinschaftsprogramms von Lissabon – Die Sozialdienstleistungen von allgemeinem Interesse in der Europäischen Union, KOM(2006) 177 endg. vom 26. April 2006.

Mitterlehner, Aufgeschoben ist nicht aufgehoben: Abstimmung zum Vergabelegislativpaket wurde vertagt. In: *P/S/R INSTITUT* (Hrsg.), *Mediaportal Fachbeitrag 21* (2013), http://www.daseinsvorsorge.org/wp/wp-content/uploads/2014/03/20131216_PSR_Fachbeitrag_21_2013.pdf.

Mitterlehner, Kapitel 6. In: *Institut für Public Social Responsibility (Hrsg.)*, *Der europäische Antagonismus – Binnenmarkt und Daseinsvorsorge*, Schriftenreihe Daseinsvorsorge, Band 1 (2013).

Moschitz, *CARPE – Leitfaden für verantwortungsbewusste Beschaffung* (2004).

Müller-Wrede (Hrsg.), *Kompendium des Vergaberechts*, 2. Aufl. (2013).

OGH 04.05.2005 8 Ob 117/04w.

OGH 21.09.1993 1 Ob 18/93.

OGH 21.6.2007 6 Ob118/07g.

OGH 23.11.1994, 1 Ob 33/94.

OLG Düsseldorf, Unzulässige Forderung nach sozialversicherungspflichtigem Personal – „Gebäudereinigung Aachen“ vom 17. Jänner 2013. In: *NZBau 2013*, Heft 05 Vergaberecht.

Onlinequellen:



Österreichisches Rotes Kreuz, Freiwillige Mitarbeit,
<http://www.rotekreuz.at/wien/mitarbeit/freiwillige-mitarbeit/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

Österreichisches Rotes Kreuz, <http://www.rotekreuz.at/rettungsdienst/daseinsvorsorge/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

Österreichisches Rotes Kreuz, Rettungs- und Krankentransport,
<http://www.rotekreuz.at/mitmachen/mitarbeit/rettungs-und-krankentransport/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

Österreichisches Rotes Kreuz, Finanzierung des Rettungsdienstes,
<http://www.rotekreuz.at/rettungsdienst/daseinsvorsorge/finanzierung-des-rettungsdienstes/> (abgerufen am 26. Februar 2015).

Özdoğan, Analyse von Aufbau und Struktur der Diakonie unter besonderer Berücksichtigung der Finanzierung sozialer Dienste, Bachelorarbeit Universität Kassel (2012).

Papouschek/Haidinger/Schönauer, Koppelung von Wirtschaftsförderung und öffentlicher Auftragsvergabe an betriebliche Gleichstellungsmaßnahmen, FORBA-Schriftenreihe 3/2009. In: WISO, Wirtschafts- und sozialpolitische Zeitschrift des Instituts für Sozial- und Wirtschaftswissenschaften ISW, Nr. 2/09, 32. Jahrgang, 37-52.
<http://www.forba.at/data/downloads/file/324-SR%2003-09%20Papouschek.pdf>

Präsidialamt Stadt Graz, Bericht an den Gemeinderat der Stadt Graz vom 18. Jänner 2007, GZ Präs. 11316/2003-1593, http://www.graz.at/cms/dokumente/10079385_410977/fb5b1f78/Pr%C3%A4s%2011316_2003_1593akt.pdf.

Prieß, Die Vergabe von Rettungsdienstleistungen nach den neuen Vergaberichtlinien. In: Kapellmann et al. (Hrsg.), NZBau Heft 6/2015.

Prieß/Lübbig/Kaufmann, Rechtsgutachten: Die Anwendbarkeit von Art. 10 lit. h) Richtlinie 2014/24/EU und Art. 10 Abs. 8 lit. g) Richtlinie 2014/23/EU auf Regelrettungsdienste vom 22. April 2015, http://www.gard.org/fileadmin/user_upload/pdf/Falck_-_Gutachten_Bereichsausnahme_-_22.04.2015.pdf, 50f.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on procurement by entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, COM(2011) 895 of 20 December 2011.

Proposal for a Directive of the European Parliament and of the council on public procurement, COM(2011) 896 final, 2011/0438(COD) of 20.12.2011.

Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABI L 180 vom 19. Juli 2000.



- Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABI L 303 vom 02. Dezember 2000.
- Richtlinie 2002/73/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. September 2002 zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates 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, ABI L 269/15 vom 05. Oktober 2002.
- Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, ABI L 134/1 vom 30. April 2004.
- Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31. März 2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge, ABI L 134/114 vom 30.04.2004.
- Richtlinie 2006/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. April 2006 über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen und zur Aufhebung der Richtlinie 93/76/EWG des Rates, ABI L 114/64 vom 27. April 2006.
- Richtlinie 2008/104/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. November 2008 über Leiharbeit, ABI L 327/9 vom 05. Dezember 2008.
- Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, ABI L 315 vom 14. November 2012.
- Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABI L 94/1 vom 28. März 2014.
- Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABI L 94/65 vom 28. März 2014.
- Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG ABI L 94/243 vom 28. März 2014.
- Richtlinie 71/305/EWG des Rates vom 26. Juli 1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABI. Nr. L 185/5 vom 16. August 1971.



Richtlinie 77/62/EWG des Rates vom 21. Dezember 1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 13/1 vom 15. Jänner 1977;

Richtlinie 90/351/EWG des Rates vom 19. September 1990 über die Vergabe von Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, ABl. Nr. L 297 vom 29.10.1990;

Richtlinie 91/383/EWG des Rates vom 25. Juni 1991 zur Ergänzung der Maßnahmen zur Verbesserung der Sicherheit und des Gesundheitsschutzes von Arbeitnehmern mit befristetem Arbeitsverhältnis oder Leiharbeitsverhältnis, ABl. L 206 vom 29. Juli 1991.

Richtlinie 92/50/EWG des Rates vom 18. Juni 1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. Nr. L 209 vom 24. Juli 1992;

Richtlinie 93/36/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993;

Richtlinie 93/37/EWG des Rates vom 14. Juni 1993 zur Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. Nr. L 199 vom 9. August 1993;

Richtlinie 96/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Dezember 1996 über die Entsendung von Arbeitnehmern im Rahmen der Erbringung von Dienstleistungen, ABl. L 018 vom 21. Jänner 1997.

Richtlinie 97/52/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1997 zur Änderung der Richtlinien 92/50/EWG, 93/36/EWG und 93/37/EWG über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungs-, Liefer- und Bauaufträge, ABl. Nr. L 328 vom 28. November 1997;

Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16. Februar 1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie im Telekommunikationssektor, ABl. Nr. L 101 vom 1. April 1998.

Richtlinie Schnittstellenmanagement des Bundesministers für Arbeit, Soziales und Konsumentenschutz, Sektion IV/Gruppe A/Abteilung 6, zur Initiierung und Beteiligung des Sozialministeriumservice an Koordinationsstrukturen, BMASK-44.101/0045-IV/A/6/2014 vom 01. März 2015, http://www.sozialministerium.at/cms/site2/attachments/2/8/8/CH2217/CMS1220346918410/richtlinie_schnittstellenmanagement.pdf.

Schramm Öhler Rechtsanwälte, Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen: Wie regionale Stärken von KMU im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können. *Wirtschaftskammer Vorarlberg (Hrsg.)*, 2. Auflage (2012).

Schröder, „Grüne“ Zuschlagskriterien. In: *Kapellmann (Hrsg.)*, NZBau 8/2014, 467-471.



Social Procurement Action Group (SPAG) (Hrsg.), Social Procurement in NSW: A Guide to Achieving Social Value through Public Sector Procurement (2012), http://www.socialtraders.com.au/_uploads/_ckpg/files/Social-Procurement-in-NSW-Full-Guide.pdf.

Ute Sacksofsky, Mittelbare Diskriminierung und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Antidiskriminierungsstelle des Bundes (DE) (Hrsg.) (2010).

Verein FRAU AM BAU (Hrsg.), Qualität Frau am Bau: Leitfaden für Bauträgerschaften – Gleichstellungs-Controlling für Planung und Auftragsvergabe (2003).

VERORDNUNG (EU) Nr 1336/2013 der Kommission vom 13. Dezember 2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren, ABl L 335/17 vom 14. Dezember 2013.

Verordnung des Bundesministers für Finanzen über Allgemeine Rahmenrichtlinien für die Gewährung von Förderungen aus Bundesmitteln (ARR 2014), BGBl II Nr 208/2014

Verordnung zur Regelung von Verfahrensanforderungen in den Bereichen umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung, Berücksichtigung sozialer Kriterien und Frauenförderung sowie Förderung der Vereinbarkeit von Beruf und Familie bei der Anwendung des Tariftreue- und Vergabegesetzes Nordrhein-Westfalen (Verordnung Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen – RVO TVgG – NRW) vom 14. Mai 2013

Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), konsolidierte Fassung, ABl C 326 vom 26. Oktober 2012.

VfGH 25. November 2002, B46/00, VfSlg 16.697/2002.

VfGH 09. Juni 2005, B747/03, VfSlg 12.189/1989.

VfGH 11. Juni 2001, B1033/00, VfSlg 16.159/2001.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste, KOM(2011) 895 vom 20. Dezember 2011.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 vom 20. Dezember 2011.

Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896/2 vom 21. Dezember 2011.



Vorschlag für eine Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe, KOM(2011) 896 vom 20. Dezember 2011.

VwGH 26. Juni 2009, 2009/04/0024, VwSlg 17718 A/2009.

Wirtschaftskammer Österreich (Hrsg.), Handbuch zur Regionalvergabe mit Praxisbeispielen: Wie regionale Stärken von KMU im Vergabeverfahren berücksichtigt werden können, 2. Auflage (2012).

Wirtschaftskammer Steiermark (Hrsg.), Vergabeleitfaden: In 10 Schritten zur regionalen Auftragsvergabe, Berücksichtigung regionaler Stärken von KMU im Vergabeverfahren (2013).



Public Social Responsibility Institut. Das Institut für Daseinsforschung

