

Markus Krajewski, Rike Krämer

Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche Beschaffungen ("Government Procurement Agreement", GPA) von 2012 auf soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen

Abschlussbericht

Auf einen Blick...

- Durch die Revision des GPA hat sich an der Rechtslage bezüglich sozialer und arbeitnehmerfreundlicher Beschaffung wenig Grundsätzliches geändert. Allerdings können Veränderungen einzelner Vorschriften teilweise zu einer Neubewertung führen.
- Die konkrete Prüfung allgemeiner und konkreter Anforderungen an Unternehmen, die sich an öffentlichen Aufträgen beteiligen, ergibt, dass diese überwiegend mit dem GPA in Einklang zu bringen sind. Dies gilt insbesondere auch für Mindestlöhne und Tariftreueerklärungen, da diese grundsätzlich keine diskriminierende Wirkung gegenüber Bietern aus anderen Ländern entfalten. Allenfalls wenn ausländische Unternehmen aufgrund von deutlichen Informationsdefiziten bezüglich des Inhalts von Tarifverträgen benachteiligt werden, könnte es sich um Diskriminierungen handeln. Diese können jedoch durch entsprechende Hinweise in den Ausschreibungsunterlagen ausgeglichen werden.
- Zahlreiche offene Fragen, die soziale Beschaffungsvorgänge betreffen, sollen im Rahmen des zukünftigen Arbeitsprogramms des Committee on Government Procurement in der WTO in den kommenden Jahren bearbeitet werden. Dieses sollte kritisch begleitet werden.

**Die Auswirkungen des revidierten WTO-Übereinkommens über öffentliche
Beschaffungen ("Government Procurement Agreement", GPA) von 2012 auf soziale
und arbeitnehmerfreundliche Beschaffungsentscheidungen**

von Markus Krajewski und Rike Krämer

unter Mitarbeit von Franziska Oehm

Gefördert von der Hans-Böckler-Stiftung

Februar 2013

Fachbereich Rechtswissenschaft

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät

Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung	1
II. Soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffung als Herausforderung des Vergaberechts	2
1. Unterschiedliche Schutzziele und Instrumente	3
2. Ansatzpunkte der Einbeziehung sozialer Kriterien in den Vergabeprozess	5
III. Grundzüge des GPA	6
1. Anwendungsbereich	7
2. Grundprinzipien des GPA	9
a) Nichtdiskriminierung	9
(1) Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungsverbots	9
(2) Ausnahme für Maßnahmen, die den Dienstleistungshandel betreffen	11
b) Transparenz	13
c) Allgemeine Ausnahmeklausel	13
3. Vergabeverfahren	14
a) Verfahrensarten	14
b) Verfahrensschritte	15
(1) Leistungsbeschreibung	15
(2) Eignungsprüfung und Zuschlag	16
(3) Ausführungsbestimmungen	16
IV. Die Revision des GPA von 2012 und ihre Umsetzung im deutschen bzw. europäischen Recht	17
V. Übersicht über die Änderungen des GPA durch die Revision von 2012	19
1. Änderungen des Anwendungsbereiches in Bezug auf Deutschland	20
a) Persönlicher Anwendungsbereich	20
b) Sachlicher Anwendungsbereich	20
2. Änderungen der Vorschriften zum Vergabeverfahren	22
a) Technische Spezifikation	22

b) Eignungsprüfung	23
(1) Bezugsobjekt der Prüfung: Vertragserfüllung oder Beschaffungsvorgang?	23
(2) Früheres Fehlverhalten, insbesondere strafrechtliche Verurteilungen als Ausschlussgrund	25
(3) Weitere Änderungen bezüglich der Eignungsprüfung	27
c) Zuschlagskriterien	28
d) Auftragsausführungsbedingungen	30
3. Zukünftiges Arbeitsprogramm und Anforderungen an gewerkschaftliche und zivilgesellschaftliche Beteiligung	31
VI. Auswirkungen des GPA auf einzelne arbeits- und sozialrechtliche Instrumente und Politiken	32
1. Allgemein-verbindliche Vorschriften	32
a) Übersicht über die relevanten Regeln	33
b) GPA-rechtliche Zulässigkeit der Forderung nach der Einhaltung allgemein-verbindlicher Vorschriften	34
(1) Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot	35
(2) Bedeutung allgemeiner Verpflichtungen im Rahmen der Eignungsprüfung	37
2. Besondere Vorgaben für die Beteiligung an Vergabeverfahren	38
VII. Zusammenfassung	40
Literaturverzeichnis	43
Anhänge	46
Anhang I – Synoptische Übersicht über die wesentlichen Änderungen	47
Anhang II – Persönlicher Anwendungsbereich des GPA für Deutschland	48
Anhang III – Sachlicher Anwendungsbereich und Entwicklung der Schwellenwerte im Verlauf von 1998 bis heute	50

I. Einleitung

Öffentliche Beschaffungsvorgänge stellen in Deutschland und Europa einen wesentlichen Teil des Bruttosozialproduktes dar¹ und sind aus arbeits-, beschäftigungs- und sozialpolitischer Perspektive von erheblicher Relevanz.² Der durch die Vergabe öffentlicher Aufträge im Wettbewerb ausgelöste Konkurrenzdruck kann zu einem Druck auf Löhne und tarifvertraglich oder gesetzlich verbürgte Arbeits- und Sozialstandards führen.³ Öffentliche Auftraggeber haben daher ein Interesse daran, diesen Auswirkungen durch entsprechende Anforderungen an die Vergabe und die Durchführung öffentlicher Aufträge entgegen zu wirken. Dieses kann durch Vorgaben an den Auftragnehmer oder an die Auftragsausführung erfolgen. Die rechtliche Zulässigkeit derartiger Bedingungen hängt maßgeblich von den einschlägigen vergaberechtlichen Rahmenbedingungen ab, die inzwischen zu einem Großteil europa- und völkerrechtlich geprägt sind.⁴

Aus welthandelsrechtlicher Sicht ist vor allem das plurilaterale Übereinkommen über öffentliche Beschaffung (Government Procurement Agreement, GPA) von zentraler Bedeutung. Das GPA enthält eine Reihe von materiellen und prozeduralen Vorgaben für die Vergabe öffentlicher Aufträge durch Beschaffungsstellen der Mitgliedstaaten. Es beruht – ebenso wie das europäische Vergaberecht – auf den Grundprinzipien der Nichtdiskriminierung, Transparenz, und der wettbewerblichen Vergabeverfahren. Im Jahre 2012 wurde nach langjährigen Verhandlungen eine Revision des GPA beschlossen, die sowohl den Anwendungsbereich als auch verschiedene materielle und prozedurale Standards des Vergabeverfahrens betrifft. Das revidierte GPA soll noch im Laufe des Jahres 2013 in Kraft treten.⁵

Die vorliegende Studie untersucht, wie sich das GPA, insbesondere in seiner revidierten Fassung auf die Berücksichtigung sozialer und arbeitnehmerfreundlicher Beschaffungsentscheidungen im Rahmen eines Vergabeverfahrens auswirkt. Zu den zentralen Fragen in diesem Kontext zählt, ob das Vergaberecht bei der Auswahl der Bieter und der Entscheidung über den Zuschlag die Berücksichtigung von Kriterien zulässt, die sich nicht

¹ Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper Impact Assessment, SEC(2011) 1585 final, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/SEC2011_1585_en.pdf, S. 1.

² T. Schulten / M. Pawicki, Tariftreuregelungen in Deutschland – Ein aktueller Überblick, WSI Mitteilungen 4/2008, S. 184.

³ S. Klumpp, Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, NJW 2008, S. 3477 für das Europarecht.

⁴ Statt vieler M. Bungenberg, Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme, 2007, S. 11.

⁵ Dazu unten III.

unmittelbar auf das zu beschaffende Produkt oder die zu beschaffende Dienstleistung und den hierfür verlangten Preis auswirken. Es kommt demnach darauf an in wie weit den Unternehmen bei der Herstellung und Lieferung des zu beschaffenden Produkts Vorgaben gemacht werden können bzw. ob die Produktionsbedingungen, Zulieferbetriebe oder Eigenschaften der Unternehmen eine Rolle bei der Vergabeentscheidung spielen dürfen. Dies betrifft auch die Frage, ob zwischen Unternehmen diskriminiert werden darf, um dadurch sozialpolitische Errungenschaften oder die Autonomie der Tarifparteien abzusichern.

Die Studie beginnt mit einer Einführung in die vergaberechtlichen Herausforderungen sozialer und nachhaltiger Beschaffungsentscheidungen (II.). Dabei werden die verschiedenen Ziele und Instrumente nachhaltiger Beschaffung und die Anknüpfungspunkte nachhaltiger Beschaffung im Vergabeverfahren aufgezeigt. Im Anschluss wird ein Überblick über das GPA und die für die soziale Beschaffung relevanten Fragen gegeben (III.). In diesem Abschnitt wird auch auf die Probleme sozialer Beschaffung des GPA eingegangen, die sich durch die Revision des GPA nicht geändert haben. Anschließend folgt ein kurzer Abriss der Revision des GPA und ihrer Umsetzung in der EU und den Mitgliedstaaten (IV.). Im Anschluss werden die wesentlichen Veränderungen des GPA durch die Revision von 2012 dargestellt, wobei der Fokus auf den für die soziale Beschaffung in Deutschland relevanten Fragen liegt (V.). Neben der Veränderung des persönlichen Anwendungsbereichs werden die Veränderungen der Vorschriften zu den einzelnen Vergabeverfahrensabschnitten, insbesondere die Anforderungen an die technische Spezifizierung und die Eignungsprüfung, dargestellt. In einem nächsten Schritt werden dann die Auswirkungen des GPA – in seiner revidierten und aktuellen Fassung – auf einzelne arbeits- und sozialpolitische Instrumente, die von besonderer Relevanz für soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffung im Baugewerbe und bei gebäudebezogenen Dienstleistungen sind, untersucht (VI.). Die Studie schließt mit einer thesenartigen Zusammenfassung ihrer wesentlichen Ergebnisse (VII.).

II. Soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffung als Herausforderung des Vergaberechts

Die Effektivität und die rechtliche Zulässigkeit des Einsatzes von Beschaffungsentscheidungen zur Erreichung wirtschafts-, sozial- oder umweltpolitischer Ziele werden in Praxis und Wissenschaft unter unterschiedlichen Bezeichnungen

(„vergabefremde Kriterien“⁶, „politische Auftragsvergabe“⁷, „soziale und ökologische Beschaffung“⁸ oder „horizontale Kriterien“⁹) kontrovers diskutiert. Auch die Vorgaben des WTO-Rechts, insbesondere des GPA, sind dabei wiederholt thematisiert worden.¹⁰ Den Diskussionen liegt das Spannungsverhältnis zwischen einem an den Grundsätzen der Kosteneffizienz und Wettbewerbswirtschaft orientierten Vergaberecht und der Verantwortung staatlicher Stellen für eine soziale und ökologische Steuerung der Wirtschaft zu Grunde.

Da im Folgenden vor allem arbeitsmarktpolitische, arbeits- und sozialrechtliche sowie tarifpolitische Aspekte im Vordergrund stehen, wird von „sozialer und arbeitnehmerfreundlicher Beschaffung“ gesprochen. Der Begriff ist enger als der Begriff der sozialverantwortlichen Beschaffung, der weitere soziale Belange wie Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien, Einbeziehung des fairen Handels und größere freiwillige Selbstverpflichtung der Unternehmen zu sozialer Verantwortung erfassen will.¹¹ Allerdings ist zu berücksichtigen, dass soziale und ökologische Beschaffung aus vergaberechtlicher Sicht ähnliche, wenn nicht gar identische Fragen, aufwerfen, so dass Erkenntnisse zu ökologischer Beschaffung auch auf Fragen der sozialen Beschaffung übertragen werden können.

1. Unterschiedliche Schutzziele und Instrumente

Die Zielsetzungen und damit auch die eingesetzten Instrumente sozialer und arbeitnehmerfreundlicher Beschaffung lassen sich danach unterscheiden, welche Beschäftigten geschützt werden sollen.

Bei der Beschaffung von Waren (z. B. Textilien, Baumaterialien, technische Geräte, etc.) bezieht sich das Schutzinteresse regelmäßig auf die bei der Herstellung und dem Transport eingesetzten Arbeitnehmer. Wird das Produkt im Ausland hergestellt, kann die Vergabestelle ein Interesse an der Einhaltung des jeweils geltenden ausländischen Arbeits- und Sozialrechts oder wenigstens der jedoch international verbindlichen arbeitsrechtlichen Mindeststandards

⁶ Diemon-Wies / Graiche, Vergabefremde Aspekte - Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, NZBau 2009, 409.

⁷ Gaedtke, Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht, 2006.

⁸ Ziekow, Öffentliches Wirtschaftsrecht, 2. Aufl., 2010, S. 173.

⁹ S. Arrowsmith, Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy, Journal of Public Procurement 2010, S. 150.

¹⁰ K. Fischer, Erlaubt das WTO-Vergaberecht die Verfolgung politischer Ziele im öffentlichen Auftragswesen?, RIW 2003, 347-352, J. Ziekow, Faires Beschaffungswesen, VergabeR 2003, 1-10. Umfänglich zum Ganzen C. McCrudden, Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change (Oxford University Press, 2007) und ders., International economic law and the pursuit of human rights: A framework for discussion of the legality of 'selective purchasing' laws under the WTO Government procurement agreement, JIEL 1999, S. 3-48.

¹¹ Europäische Kommission, Sozialorientierte Beschaffung - Ein Leitfaden für die Berücksichtigung sozialer Belange im öffentlichen Beschaffungswesen, 2011, S. 7.

der ILO (sog. ILO-Kernarbeitsnormen) haben. Im Mittelpunkt steht dann der Schutz von Arbeitsbedingungen im Ausland. Das maßgebliche Recht ist ausländisches oder internationales Recht.

Geht es um – im Inland vorzunehmende – Baudienstleistungen richtet sich das Interesse der Beschaffungsstelle auf den Schutz der in diesem Rahmen eingesetzten Beschäftigten, die ihre Tätigkeit regelmäßig im Inland ausüben. Mittelbar sollen auch die Arbeitnehmer in Konkurrenzbetrieben geschützt werden, da keine Anreize gesetzt werden sollen, um Arbeits- und Sozialbedingungen auszuhöhlen. In diesen Fällen wird die Beschaffungsstelle vor allem auf die Einhaltung nationaler Rechtsvorschriften einschließlich geltender Tarifverträge (Tariftreue) drängen. Maßgebliches Recht ist daher überwiegend nationales Recht.

Bei der Beschaffung von sonstigen Dienstleistungen wird man differenzieren müssen: Werden die Dienstleistungen im Inland erbracht, wie z. B. bei gebäudebezogenen Dienstleistungen (Reinigung, Sicherheit, etc.) oder anderen vor Ort zu erbringenden Leistungen (Verkehrsleistungen, Ver- und Entsorgung) ist die Interessenlage mit Bauleistungen vergleichbar. Werden die Dienstleistungen dagegen im Ausland erbracht (Finanzdienstleistungen, Buchhaltung, Computerleistungen etc.) entstehen ähnliche Fragen wie bei der Erzeugung von Waren im Ausland.

Nach einer von *Sue Arrowsmith* vorgeschlagenen Typologie lassen sich die im Zusammenhang mit sozialer Beschaffung eingesetzten Instrumente verschiedenen Kategorien zuordnen. So sind zunächst Instrumente, die sich lediglich auf die Sicherstellung der Einhaltung allgemeiner Gesetze und Vorschriften, die für die an einem Vergabeverfahren beteiligten Unternehmen ohnehin gelten, beziehen von solchen Instrumenten zu unterscheiden, mit denen die Einhaltung besonderer, über geltende gesetzliche Verpflichtungen hinausgehende Anforderungen, erreicht werden sollen.¹² Im ersten Fall geht es der Vergabestelle (lediglich) darum, die Beachtung geltenden Rechts zu fordern. Das Vergabeverfahren wird so zu einem zusätzlichen Instrument der Rechtskontrolle. Als Beispiel könnte die Einhaltung eines gesetzlich geltenden Mindestlohns genannt werden, an den ein Bieter gebunden ist. Im zweiten Fall begründet die Vergabestelle – teils aus Gründen der Chancen- und Wettbewerbsgleichheit, teils aus ordnungspolitischen Gesichtspunkten – eine Vorgabe, die eine zusätzliche Pflicht der Bieter begründet. Als Beispiel könnte eine Tariftreueverpflichtung genannt werden. Die Verpflichtung zur Einhaltung eines

¹² Arrowsmith (o. Fn. 9), S. 152 f.

Tarifvertrages gilt grundsätzlich nur für tarifgebundene Unternehmen, wird jedoch von der Vergabestelle von allen beteiligten Bietern gefordert.¹³

Auf einer zweiten Ebene lassen sich dann Bedingungen danach unterscheiden, ob sie sich auf den konkreten Beschaffungsgegenstand beziehen oder eine vom Beschaffungsgegenstand unabhängige Anforderung begründen.¹⁴ Im ersten Fall formuliert die Beschaffungsstelle z. B. lediglich die Anforderung, dass das Unternehmen sich im Rahmen der zu beschaffenden Bauleistung an geltendes Arbeitsrecht hält. Im zweiten Fall würde die Beschaffungsstelle darüber hinaus verlangen, dass das Unternehmen auch sonst die entsprechenden Vorgaben einhält. Plakativ kann dies mit dem Unterschied des Staats als Käufer und als Regulierer beschrieben werden („government as purchaser“ und “government as regulator”).¹⁵

Die beiden Ebenen können natürlich auch überlappen: So kann die Beschaffungsstelle die Einhaltung allgemein-verbindlicher Vorschriften generell oder nur bezogen auf den Beschaffungsvorgang verlangen. Das gleiche gilt für die Verpflichtung zu darüber hinausgehenden Anforderungen.

2. Ansatzpunkte der Einbeziehung sozialer Kriterien in den Vergabeprozess

Bevor auf die Anforderung des GPA konkret eingegangen wird, sollen im Folgenden die typischen Schaltstellen sozialer Beschaffung im Vergabeprozess skizziert werden. Ein Vergabeverfahren verläuft regelmäßig in vier Schritten. (1) Es beginnt mit der öffentlichen Ausschreibung des Auftrags. Hierzu muss der öffentliche Auftraggeber das Produkt, das er beschaffen möchte, so genau wie möglich beschreiben (Leistungsbeschreibung). Die Leistungsbeschreibung wird veröffentlicht und auf dieser Grundlage erfolgen die Angebote interessierter Bieter. (2) Die Angebote werden sodann auf ihre Übereinstimmung mit den Vergabekriterien kontrolliert und die Eignung der Bieter, die Beschaffung durchzuführen wird überprüft (Eignungsprüfung). (3) Am Ende dieser Prüfung erteilt der öffentliche Auftraggeber einem Angebot den Zuschlag (Zuschlag), durch den der Beschaffungsvertrag zustande kommt. Anschließend unterrichtet der öffentliche Auftraggeber die Bieter von dieser Zuschlagsentscheidung. (4) Schließlich führt der Bieter, der den Zuschlag erhalten hat, den Auftrag aus (Auftragsausführung).

¹³ Klumpp (o. Fn. 3), S. 3474.

¹⁴ Arrowsmith (o. Fn. 9), S. 162 f.

¹⁵ Arrowsmith (o. Fn. 9), S. 162.

Soziale und andere Kriterien lassen sich auf der Ebene der Leistungsbeschreibung, der Eignungsprüfung, des Zuschlags und der Auftragsausführung einbringen.¹⁶ Auf der Stufe der Leistungsbeschreibung kann sich ein öffentlicher Auftraggeber beispielsweise dafür entscheiden, Recyclingpapier oder Produkte, die aus dem Fairen Handel stammen, zu beschaffen. Rechtlich umstritten ist, ob der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung die Herstellungsmethoden eines Produktes, also z. B. bestimmte Anforderungen an einzuhaltenden arbeitsrechtliche Vorgaben oder Vereinbarungen der Tarifparteien, festlegen kann. Im Allgemeinen wird dies für zu liefernde Waren als zu weitgehend angesehen.¹⁷ Ob dies in gleicher Weise für die Ausführung von Dienstleistungen gilt, ist dagegen fraglich.

Im Rahmen der Eignungsprüfung kann als ein Element der generellen Eignung des Bieters dessen Rechtstreue geprüft werden. Dabei ist umstritten, ob die Tariftreue diesbezüglich eine Rolle spielen darf.¹⁸ Allerdings kann ein Bieter, der wegen der Vorenthaltung von Beiträgen seiner Arbeitnehmer zur Sozialversicherung verurteilt worden ist, vom Verfahren ausgeschlossen werden. Die Zuschlagskriterien stellen eine weitere Möglichkeit dar, soziale Kriterien einzubeziehen. Der öffentliche Auftraggeber kann beispielsweise Zusatzpunkte für ökologische und fair produzierte Lebensmittel vergeben, wenn er einen Cateringauftrag ausschreibt. Die Zuschlagskriterien bieten gegenüber der technischen Leistungsbeschreibung den Vorteil, dass die möglichen Mehrkosten eines Produktes mit den sozialen Vorteilen ins Verhältnis gesetzt werden können. Der öffentliche Auftraggeber könnte auch Zusatzpunkte für die Tarifgebundenheit eines Bieters vorsehen. Bei den Auftragsausführungsbedingungen könnte der öffentliche Auftraggeber schließlich festlegen, dass bei der Leistungserbringung der Tariflohn gezahlt werden muss. Hier ist umstritten, wie stark der Bezug zum konkreten Auftragsgegenstand sein muss.¹⁹

III. Grundzüge des GPA

Das Übereinkommen über öffentliche Beschaffung (Government Procurement Agreement, GPA) ist ein völkerrechtliches Abkommen zur Regelung vergaberechtlicher Standards, das zur Rechtsordnung der Welthandelsorganisation (WTO) zählt.²⁰ Als sog. plurilaterales Übereinkommen gilt es nicht für alle WTO-Mitglieder, sondern nur für diejenigen WTO-

¹⁶ Ziekow (Fn.8), S. 174 f; Siegel, Sozial- und Umweltstandards im öffentlichen Beschaffungswesen, LKRZ 2011, S. 122; Huber / Wollenschläger, EMAS und Vergaberecht – Berücksichtigung ökologischer Belange bei öffentlichen Aufträgen, WiVerw Nr. 04/2005, S. 218.

¹⁷ Ziekow (Fn.8), S. 174.

¹⁸ Siegel (Fn.16), S. 122 ff.

¹⁹ Ziekow (Fn.8), S. 174.

²⁰ Übersicht bei M. Hilf/S. Oeter, WTO-Recht, 2. Aufl., Baden-Baden 2010, § 23.

Mitglieder, die dem GPA gesondert beigetreten sind. Gegenwärtig sind Armenien, Kanada, die EU sowie ihre Mitgliedstaaten, Hong Kong, Island, Israel, Japan, Korea, Liechtenstein, Norwegen, Singapur, die Schweiz, Taiwan und die USA Vertragsparteien des GPA. Eine Reihe von weiteren WTO-Mitgliedern verhandeln derzeit über ihren Beitritt zum GPA, darunter u.a. Albanien, China, Georgien, Neuseeland und die Ukraine.²¹ Mit Blick auf die hier im Fokus stehenden Dienstleistungen und Bauleistungen dürfte vor allem die Mitgliedschaft Chinas von erheblicher Bedeutung sein.²²

Das derzeit geltende GPA²³ (im Folgenden GPA 1994) wurde im Rahmen der Uruguay Runde des GATT (1986-1993) ausgehandelt und trat am 1. Januar 1996 in Kraft. Das GPA 1994 geht auf ein bereits in der Tokio-Runde vereinbartes Abkommen zurück.²⁴ Ende Dezember 2011 einigten sich Vertragsparteien des GPA nach jahrelangen Verhandlungen auf eine Neufassung des GPA und der länderspezifischen Zugeständnisse.²⁵ Der offizielle Vertragstext des neuen GPA (im Folgenden GPA 2012) wurde am 30. März 2012 verabschiedet.²⁶

1. Anwendungsbereich

Öffentliche Beschaffungen unterfallen dem Vergaberecht, wenn sie einen vergabepflichtigen Vorgang darstellen. Dazu muss der Beschaffungsvorgang sowohl in sachlicher als auch persönlicher Hinsicht dem Vergaberecht unterfallen (*sachlicher* und *persönlicher Anwendungsbereich*). Das GPA regelt beide Fragen nicht generell, sondern gestattet den Vertragsparteien länderspezifische Anwendungsbereiche.²⁷ Diese können allerdings nicht unilateral festgelegt werden. Vielmehr muss über sie im Verhandlungswege Einigkeit erzielt

²¹ WTO, Parties and observers to the GPA, https://www.wto.org/english/tratop_e/gproc_e/memobs_e.htm (29.12.2012).

²² S. z. B. Pekings Bau-Konzerne rollen Europas Märkte auf, Handelsblatt, 21.06.2010, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/industrie/chinesische-konkurrenz-peking-bau-konzerne-rollen-europas-maerkte-auf/3468134.html>.

²³ Im Folgenden wird die Abkürzung GPA benutzt, wenn auf das Abkommen in allgemeiner Form eingegangen wird.

²⁴ Zur Vorgeschichte R. Anderson / S. Arrowsmith, The WTO regime on government procurement: past, present and future, in: S. Arrowsmith / R. Anderson (eds.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011, S. 14 ff.

²⁵ Dazu unten III.

²⁶ Committee on Government Procurement (CGP), Adoption of the results of the negotiations under article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/113, 2 April 2012.

²⁷ A. Reich, New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment, Journal of International Economic Law 12 (2009), S. 989.

werden.²⁸ Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des GPA durch eine Erweiterung der Listen der Vertragsparteien ist daher wesentliches Ziel der Verhandlungen gewesen.²⁹

Der persönliche Anwendungsbereich legt fest, welche öffentlichen Stellen bei einem Beschaffungsvorgang die Vorgaben des Vergaberechts beachten müssen. Das GPA findet auf staatliche Einrichtungen der zentralstaatlichen Ebene, regionaler und lokaler Untergliederungen sowie öffentlicher Unternehmen Anwendung, soweit die Vertragsparteien die jeweiligen Einrichtungen in den länderspezifischen Annexen zu Anhang I aufgeführt haben (Art. II:4 (a) bis (c) GPA 2012).³⁰ Der persönliche Anwendungsbereich des GPA ist konkret-individuell durch Auflistung geregelt (sog. „positive list approach“).³¹ Das bedeutet, dass nur die in den Annexen genannten Beschaffungsstellen vom Anwendungsbereich des GPA erfasst werden. Annex 1 umfasst dabei die zentralstaatlichen Beschaffungsstelle, Annex 2 die regionalen und kommunalen Beschaffungsstellen und Annex 3 alle sonstigen Beschaffungsstellen, insbesondere öffentliche Unternehmen.³² In Deutschland sind auf zentraler Regierungsebene das Bundeskanzleramt, das Auswärtige Amt und alle übrigen Bundesministerien erfasst. Im Übrigen wird auf die EU-Klassifizierung für territoriale Einheiten (NUTS) und die EU-Vergaberichtlinien abgestellt, so dass auch die öffentlichen Auftraggeber der Länder und Kommunen grundsätzlich an das GPA gebunden sind.³³

Der sachliche Anwendungsbereich umfasst die Gegenstände, die dem Vergaberechtsregime unterfallen. Das GPA findet diesbezüglich auf die Beschaffung von Waren, Dienstleistungen und Bauleistungen Anwendung, wobei sich der konkrete und individuelle sachliche Anwendungsbereich aus den länderspezifischen Anhängen zu Appendix I des GPA für jede Vertragspartei gesonderte ergibt (Art. II:2 (a), Art. II:4 (d) bis (f) GPA 2012). Darüber hinaus hängt der sachliche Anwendungsbereich von Schwellenwerten ab, die ebenfalls in den länderspezifischen Anhängen jeweils konkret festgelegt werden. Diese werden in Sonderziehungsrechten (SZR) angegeben, deren jeweiliger Gegenwert vom Umrechnungskurs der SZR zu DM bzw. Euro abhängt.³⁴ Zu beachten ist ferner, dass die

²⁸ S. Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, The Hague 2003, S. 108ff.

²⁹ R. Anderson, *Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations*, *Public Procurement Law Review* 2007, S. 269 ff.

³⁰ Gaedtke (Fn. 7), S. 106.

³¹ W.Ping, *Coverage of the WTO's Agreement on Government Procurement: Challenges of Integrating China and other Countries with a Large State Sector into the Global Trading System*, *JIEL* 10 (2007), S. 893.

³² Kunnert, G., *WTO-Vergaberecht*, 1998, S. 210ff.

³³ Siehe ausführlich dazu den Anhang II dieser Studie

³⁴ Eine Übersicht über die Entwicklung des Umrechnungskurses von SZR zu DM bzw. Euro findet sich in Anhang III zu dieser Studie.

Schwellenwerte nicht gegenüber allen Mitgliedstaaten gleich gelten, sondern dass diese in bilateralen Beziehungen unterschiedlich hoch ausgestaltet sein können.³⁵

2. Grundprinzipien des GPA

a) Nichtdiskriminierung

Das Grundprinzip des GPA ist das Prinzip der Nichtdiskriminierung in Art. IV:1 und IV:2 GPA 2012. Es wird bereits in der Präambel des Abkommens erwähnt und fand sich bereits im GPA 1994 an zentraler Stelle. Gegenüber der Vorschrift im GPA 1994 wurde das Diskriminierungsverbot nur unwesentlich umformuliert, inhaltliche Änderungen haben sich nicht ergeben. Da diese Vorschrift nach wie vor für die soziale Beschaffung von besonderer Relevanz ist, soll hier auf den Meinungsstand zum Diskriminierungsverbot eingegangen werden, obwohl sich durch die Vertragsänderungen keine Veränderungen ergeben haben.

(1) Tatbestandsmerkmale des Diskriminierungsverbots

Das Diskriminierungsverbot umfasst zwei Konstellationen: Zum einen die Nichtdiskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Gütern (Inländerbehandlung) und zum anderen die Nichtdiskriminierung zwischen verschiedenen ausländischen Gütern (Meistbegünstigung). Das Gebot der Meistbegünstigung wird im GPA allerdings stark durch die Festlegungen der Mitgliedstaaten für den Anwendungsbereich im Anhang 1 des GPA eingeschränkt.³⁶ Neben dem Gebot der Inländerbehandlung kommt diesem Grundsatz im GPA nur eine sehr eingeschränkte Bedeutung zu, so dass die weiteren Ausführungen sich auf das Gebot der Inländerbehandlung beschränken.

Das Gebot der Inländerbehandlung besagt, dass ausländische Güter gegenüber inländischen Gütern nicht ungünstiger behandelt werden dürfen. Hieraus ergeben sich zwei Folgefragen: Was sind gleichartige Güter? Und wann werden diese Güter weniger günstig behandelt? Beide Fragen sind von den Streitbeilegungsgremien der WTO mit Blick auf das GPA bislang noch nicht entschieden worden. Für andere Bereiche des Welthandelsrechts, wie dem GATT, wurden diese Fragen jedoch schon behandelt. Generell wird bei der Frage, ob zwei Produkte gleichartig sind auf den Bericht der GATT Arbeitsgruppe zu Border Tax Adjustments Bezug genommen. In diesem wird Gleichartigkeit bestimmt durch die physischen Eigenschaften

³⁵ Gaedtke (Fn.7) S. 104.

³⁶ Vgl. auch Gaedtke, (Fn.7) S. 153ff.

eines Produktes, den Endverbrauch des Produktes oder die Vorlieben und Gewohnheiten der Verbraucher.³⁷ Diese Rechtsprechung lässt sich ebenso auf Art. III GPA und Art. IV:1-2 GPA 2012 übertragen. Für die Bestimmung, ob ein umweltfreundlicheres oder arbeitnehmerfreundlich produziertes Produkt und ein „herkömmliches“ Produkt gleichartig sind, kann es daher auch auf die Vorlieben der Verbraucher ankommen.

Sind die zu vergleichenden Produkte in diesem Sinne gleichartig, stellt sich die Frage, ob zwischen beiden Produkten eine Diskriminierung besteht. *De jure* Diskriminierungen, die explizit an die Nationalität eines Bieters oder eines Produktes anknüpfen, sind in der Praxis selten anzutreffen. Relevanter ist daher die Frage, ob auch *de facto* Diskriminierungen von Art. IV GPA 2012 erfasst werden. Dies ist bei Vergabeentscheidungen insofern von Bedeutung, da Politiken, die die Entwicklung von benachteiligten nationalen Gruppen – wie beispielsweise bestimmter Minderheiten in den USA – durch das öffentliche Auftragswesen fördern wollen, häufig eine faktisch diskriminierende Wirkung entfalten.³⁸

Davies plädiert dafür, bei der Bewertung einer Maßnahme als diskriminierend, zu berücksichtigen, ob die Maßnahme durch allgemeine rechtliche und politische Erwägungen gerechtfertigt werden kann. Liegt ein derartiger Rechtfertigungsgrund vor, handele es sich nicht um eine Diskriminierung.³⁹ Hinter der Bevorzugung bestimmter Gruppen oder der Forderung, dass bei der Herstellung einer Ware die ILO-Kernarbeitsnormen eingehalten werden, steht eine bestimmte Sozialpolitik oder sogar international eingegangene Verpflichtungen. Es liegt demnach ein Grund für die Benachteiligung vor. Nach *Davies* sind solche sozialen Politiken zulässig.

Nach anderer Ansicht dürfen regulatorische Absichten bei der Frage, ob es sich um eine Diskriminierung handelt, nicht geprüft werden. Denn so würde die Ausnahmeklausel gem. Art. III:2 GPA 2012 leer laufen.⁴⁰ Sinn und Zweck der Ausnahmeklausel sei jedoch, bestimmte regulatorische Absichten zuzulassen und andere nicht. Bis jetzt gibt es hierzu keine Streitschlichtungsentscheidungen, daher kann nicht abschließend gesagt werden, ob ein

³⁷ Bericht der “Working Party on Border Tax Adjustments”, 2. Dezember 1970, WTO-Dok. BISD 18S/97, Rn. 18.

³⁸ Vgl. für das Vergabewesen in Südafrika und die hier bestehenden Bevorzugungen bestimmter nationaler Gruppen Bolton/Quinot, Social policies in procurement and the Agreement on Government Procurement: a perspective from South Africa, in: Arrowsmith/Anderson (eds.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011, S. 459-480.

³⁹ Davies, The national treatment and exceptions provisions of the Agreement on Government Procurement and the pursuit of horizontal policies, in: Arrowsmith/Anderson (eds.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011, S.436ff.

⁴⁰ Erich Vranes, Trade and the Environment: Fundamental Issues in International Law, Wto Law, and Legal Theory (New York: Oxford University Press, 2009): S. 203ff.. Zur Ausnahmeklausel siehe unten c).

eingesetztes Panel oder der Appellate Body sich der Ansicht Davies anschließt oder ob auch *de facto* Diskriminierungen nur dann zulässig sind, wenn diese sich mit der Ausnahmeklausel rechtfertigen lassen.

(2) Ausnahme für Maßnahmen, die den Dienstleistungshandel betreffen

Für die vorliegend zu untersuchenden Fragen ist von erheblicher Bedeutung, dass nicht alle Maßnahmen und Regelungen, die im Zusammenhang mit einer Vergabe herangezogen werden, vom Diskriminierungsverbot umfasst werden. Nach Art. IV:7 GPA 2012 finden die Vorschriften zur Nichtdiskriminierung u. a. auf alle Maßnahmen, die den Dienstleistungshandel betreffen, keine Anwendung.

Der Begriff „Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen betreffen“ („measures affecting trade in services“), der bereits im GPA 1994 enthalten war (Art. III:3 GPA 1994), wird im GPA nicht weiter definiert. Da es sich um den wortgleichen Begriff wie in Art. I:1 GATS handelt, kann man zur Interpretation auf das GATS zurückgreifen. „Handel mit Dienstleistungen“ wird in Art I:2 GATS definiert, als die Erbringung einer Dienstleistung in einer von vier Erbringungsarten. Hierzu zählt insbesondere die Erbringung von Dienstleistungen durch eine kommerzielle Niederlassung und durch die Anwesenheit natürlicher Personen. Damit dürfte die Erbringung von Dienstleistungen durch einen ausländischen Bieter im Rahmen eines Vergabeverfahrens in jedem Fall als Handel mit Dienstleistungen zu qualifizieren sein.

Nach Art. I:3 (a) GATS werden unter dem Begriff „Maßnahmen der Mitglieder“ sowohl Maßnahmen von Regierungen und Behörden auf allen Ebenen der staatlichen Verwaltung (Zentralstaat, Länder, Provinzen, Regionen und kommunale Gebietskörperschaften) als auch Maßnahmen nichtstaatlicher Stellen, die in Ausübung von übertragenen Befugnissen handeln, verstanden. Unter letztere fallen z. B. Maßnahmen, die von berufsständischen Organisationen (Anwaltskammern) oder privaten Vereinigungen getroffen werden und die rechtlich staatlichen Regulierungen gleichgestellt sind. Damit werden auch Maßnahmen der sog. Selbstregulierung erfasst.⁴¹

Nach Art. XXVIII (c) GATS fallen unter den Begriff „Maßnahmen, die den Handel mit Dienstleistungen betreffen“ u.a. Maßnahmen, die den Erwerb, die Bezahlung und die Nutzung

⁴¹ Trebilcock/Howse, The Regulation of International Trade, 3rd ed. (2008), S. 360.

einer Leistung betreffen, die den Zugang und die Nutzung öffentlicher Dienstleistungen regeln und die sich auf die kommerzielle Niederlassung eines Dienstleistungserbringers beziehen. Überdies und grundsätzlich hat der Appellate Body im sog. *Bananas III*-Fall festgestellt, dass der Anwendungsbereich des GATS sehr weit ist und, dass auch Maßnahmen, die auf die Regulierung von Waren gerichtet sind, aber den Handel mit Dienstleistungen betreffen können, ebenfalls vom GATS erfasst werden können.⁴²

Im Ergebnis kann man daher argumentieren, dass aufgrund der Ausnahmeklausel des Art. IV:7 GPA 2012 alle allgemein-verbindlichen Maßnahmen, die Dienstleistungen regulieren und ihre Erbringung betreffen, nicht den Verpflichtungen des Diskriminierungsverbots des GPA unterfallen.⁴³ Diese Maßnahmen werden dann allerdings grundsätzlich von den Diskriminierungsverboten des GATS erfasst. Nach Art. XVII GATS ist eine Schlechterbehandlung von ausländischen Dienstleistungserbringern nicht gestattet, soweit die WTO-Mitglieder in dem jeweils relevanten Dienstleistungssektor spezifische Verpflichtungen eingegangen sind. Die hieraus folgenden Verpflichtungen gelten aber allgemein und hängen damit nicht von einer Vergabesituation ab. Die in Art. XIII GATS festgelegte Ausnahme des Grundsatzes der Inländerbehandlung gilt in diesem Fall gerade nicht, da sie nur auf Regelungen und Maßnahmen anwendbar ist, die sich spezifisch auf die Vergabesituation beziehen.

Die EU-Mitgliedstaaten sind in den hier relevanten Sektoren (Baudienstleistungen und Gebäudereinigungsdienstleistungen) unterschiedlich weit reichende Verpflichtungen gem. Art. XVII GATS eingegangen.⁴⁴ Mit wenigen Ausnahmen haben sich alle Mitgliedstaaten für den Modus 3, der kommerzielle Präsenz erfasst, zu Inländergleichbehandlung verpflichtet.⁴⁵ Im Bereich des Modus 4, der die Präsenz natürlicher Personen betrifft, sind die Zugeständnisse dagegen weniger weitreichend. Unabhängig davon reicht die Inländerbehandlungsklausel des GATS nicht weiter als die des GPA. Maßnahmen, die nach dem GPA nicht als diskriminierend angesehen werden, dürften in aller Regel auch nach dem GATS als nichtdiskriminierend angesehen werden.

⁴² EC – Bananas, WT/DS27/AB/R (Rn. 218 ff).

⁴³ Gaedtke (Fn. 7) S. 139; Arrowsmith, *Government Procurement*, S. 104, 136.

⁴⁴ WTO, Draft consolidated GATS Schedule – European Communities and Its Member States, S/C/W/273, 9 October 2006.

⁴⁵ Keine entsprechenden Zugeständnisse sind Estland, Malta, Polen, Slowenien und Zypern für Gebäudereinigungsleistungen sowie Malta, die Slowakei, Tschechien, Ungarn und Zypern für Baudienstleistungen eingegangen.

b) Transparenz

Neben dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung ist das Prinzip der Transparenz ein tragendes Element des GPA.⁴⁶ Auch das Transparenzprinzip wird bereits in der Präambel des Abkommens erwähnt. Seine wesentliche Konkretisierung erfolgt durch die Anforderung an das Vergabeverfahren.⁴⁷ Die Reform des GPA 2012 hat den Transparenzgedanken an einzelnen Stellen noch einmal verstärkt und konkretisiert.⁴⁸

Das Transparenzgebot hat unmittelbar keine Auswirkungen auf den Inhalt der Vergabeentscheidung. Es verhält sich gegenüber sozialen Beschaffungskriterien inhaltlich neutral.⁴⁹ Für den vorliegenden Zusammenhang ist allerdings von Bedeutung, dass alle Anforderungen, die an das zu beschaffende Produkt oder das Unternehmen, das die jeweilige Leistung erbringen soll, vorab feststehen und bekannt gemacht werden müssen. Dies betrifft insbesondere die Bekanntgabe der Ausschreibung und den zu veröffentlichenden Inhalt (vgl. Art. VII:2 GPA 2012) und die Vergabeunterlagen. Die Vergabebehörde darf z. B. die Eignungsprüfung nur von solchen Bedingungen abhängig machen, die zuvor bekannt gemacht wurden (Art. VIII:3 (b) GPA 2012).

c) Allgemeine Ausnahmeklausel

Eine Besonderheit des GPA ist, dass es einen allgemeinen Ausnahmetatbestand enthält.⁵⁰ Nach Art. III:2 GPA 2012 (Art. XXIII:2 GPA 1994) kann von den Vorschriften des GPA abgewichen werden, wenn dies durch bestimmte in der Vorschrift abschließend genannte Tatbestände gerechtfertigt ist. Hierzu zählen Maßnahmen, die notwendig sind, um die öffentliche Moral, Ordnung oder Sicherheit oder das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu schützen sowie Maßnahmen, die sich auf Waren und Dienstleistungen beziehen, die von Menschen mit Behinderungen, mildtätigen Institutionen oder durch Gefangenearbeit erstellt wurden.

Die Prüfung der Rechtfertigung einer Maßnahme auf der Grundlage der bereits im GPA 1994 enthaltenen Vorschrift erfolgt ebenso wie bei den ähnlich formulierten Ausnahmetatbeständen des Art. XX GATT und Art. XIV GATS in zwei Schritten. Zunächst muss sich die Maßnahme unter einen der genannten Tatbestände subsumieren lassen. Sodann ist zu prüfen,

⁴⁶ Gaedtke (Fn. 7), S. 124 ff.

⁴⁷ Dazu unten 3.

⁴⁸ Arrowsmith (Fn.28), S. 311.

⁴⁹ Gaedtke (Fn. 7), S. 125.

⁵⁰ Ausführlich dazu McCrudden, *Buying Social Justice*, S. 16 ff und Gaedtke (Fn.7), S. 168 ff.

ob die Anwendung der Maßnahme keine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung oder eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellt.

Mit Blick auf den Rechtfertigungstatbestand der „öffentlichen Moral“ ließe sich argumentieren, dass bestimmte Arbeitsstandards zu den Normen eines Landes gehören, die die bestehende Moral der Gesellschaft zum Ausdruck bringen. Allerdings müssten diese Maßnahmen auch notwendig sein. Dies bedeutet insbesondere, dass keine ebenso gut geeignete Maßnahme ergriffen werden könnte, die weniger diskriminierend ist. Der Rechtfertigungstatbestand der menschlichen Gesundheit ließe sich ebenfalls für Arbeitsschutzstandards fruchtbar machen. Auch hier stellt sich jedoch die Frage der Notwendigkeit.

3. Vergabeverfahren

a) Verfahrensarten

Das GPA erwähnt drei Vergabeverfahren ausdrücklich: das offene und das nicht-offene Verfahren sowie die freihändige Vergabe. Anders als im GPA 1994 gelten diese Verfahrensarten im GPA 2012 nicht mehr abschließend. Mit der Einfügung der Worte „such as“ in Art. IV:4 (a) GPA 2012 wird deutlich, dass auch andere Methoden zulässig wären. Unklar ist allerdings wie solche anderen Methoden aussehen könnten.⁵¹

Beim offenen Verfahren (open tendering, Art. I (m) GPA 2012) richtet sich die Ausschreibung an eine unbestimmte Vielzahl von Unternehmen. Alle interessierten Bieter können ein Angebot unterbreiten. Beim nichtoffenen Verfahren (selective tendering, Art. I (q) GPA 2012) fordert die Vergabestelle einzelne Unternehmen auf, ein Angebot abzugeben. Im GPA stehen beide Verfahren gleichrangig nebeneinander. Für die sozialen und ökologischen Kriterien ergeben sich keine Unterschiede, so dass im Folgenden auf die Unterscheidung dieser zwei Verfahren nicht weiter eingegangen wird.

Eine weitere Option ist die freihändige Vergabe (limited tendering, Art. I (h) GPA 2012), bei der der Auftraggeber direkt ein Unternehmen auswählt, das den Auftrag ausführt. Dieses Verfahren kann gem. Art. XIII GPA 2012 nur in bestimmten Fällen gewählt werden. Dazu zählt u.a., dass auf die Ausschreibung keine oder keine den Bedingungen entsprechenden Angebot abgegeben wurden oder, dass die Leistung nur von einem bestimmten Unternehmen

⁵¹ S. Arrowsmith, The Revised Agreement on Government Procurement: Changes to the Procedural Rules and Other Transparency Provisions, in S. Arrowsmith / Robert D. Anderson (eds.), The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform, Cambridge 2011, S. 294.

erbracht werden kann, z. B. da es sich um ein Kunstwerk handelt oder da wegen technischer Besonderheiten kein Wettbewerb besteht. Soziale oder ökologische Kriterien rechtfertigen es grundsätzlich nicht, auf eine solche freihändige Vergabe zurückzugreifen.⁵²

b) Verfahrensschritte

Das GPA enthält keine ausdrücklichen Hinweise auf die Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien. Insofern muss geprüft werden, ob und unter welchen Bedingungen das GPA die Einbeziehung derartiger Kriterien auf den verschiedenen Ebenen des Vergabeverfahrens zulässt. Da bislang auch noch keine einschlägigen Entscheidungen der WTO-Streitschlichtungsorgane getroffen wurden, kann nur auf die verschiedenen in der Literatur geäußerten Meinungen zurückgegriffen werden.⁵³

(1) Leistungsbeschreibung

Auf der Ebene der Leistungsbeschreibung enthält das GPA Vorgaben für die technische Spezifikationen (Art. VI GPA 1994; Art. X GPA 2012). Die zu verwendenden Beschreibungen können Qualitätsmerkmale des Produktes, Leistung, Sicherheit und Abmessung, Symbole, Terminologie, Verpackung, Kennzeichnung und Beschriftung aber auch *Produktionsprozesse* und *-verfahren* sein, die die Merkmale einer zu kaufenden Ware oder Dienstleistung festlegen. Dieser explizite Hinweis auf die Produktionsmethoden in Art. I lit. u (i) GPA 2012, der bereits in Art. VI:1 GPA 1994 enthalten war, könnte dafür sprechen, dass die Einbeziehung von Herstellungsmethoden im Bereich des Vergaberechts aus Sicht des GPA nicht unzulässig ist und insbesondere keine Diskriminierung darstellt. Enthält doch der Wortlaut des GPA selbst damit den Bezug zu Produktionsmethoden. Diese Bezugnahme unterscheidet sich auch gegenüber anderen WTO-Abkommen, beispielsweise dem GATT, in dem ein solcher Bezug fehlt. Das GPA selbst räumt also die Möglichkeit ein, ein Produkt anhand seines Produktionsprozesses oder seines Produktionsverfahrens zu beschreiben. Fraglich bleibt allerdings inwieweit sich diese Produktionsprozesse oder -verfahren auf die endgültigen Merkmale eines Produktes auswirken müssen.⁵⁴

⁵² Vgl. Sue Arrowsmith, *Government Procurement in the WTO*, S. 344.

⁵³ Fischer, RIW 2003, 347ff.; Gaedtke, *Außenwirtschaft* 58 (2003), 327 (337ff.); Spennemann, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)* 2001, 43 (94f.).

⁵⁴ Van Calster, Geert, *Procurement and the World Trade Organization: purchase power or pester power?*, in: Cottier/Nartova/Bigdeli, *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge University Press 2009, S. 351ff.

(2) Eignungsprüfung und Zuschlag

Das GPA stellt weiterhin Anforderungen an die *Eignungsprüfung* (Art. VIII GPA 1994; Art. VIII u. IX GPA 2012). Sowohl in der Fassung von 1994 als auch in der revidierten Fassung werden Bedingungen für die Prüfung der Fähigkeit und der Geeignetheit der Bieter genannt. Allerdings hat die Revision von 2012 hier weitreichende Änderungen mit sich gebracht, die zu einer partiellen Neubewertung der einschlägigen Fragen führen können.⁵⁵

Bezüglich des *Zuschlags* verlangt das GPA, dass der Zuschlag dem vorteilhaftesten (most advantageous) Angebot oder – falls der Preis das einzige Kriterium ist – dem günstigsten Angebot zu erteilen ist (Art. XV:5 GPA 2012). Teilweise streitig ist hier, was unter dem Begriff des vorteilhaftesten Angebotes zu verstehen ist und ob soziale Kriterien hier herangezogen werden können.⁵⁶ Kontrovers wird in diesem Zusammenhang diskutiert, in wie weit ein soziales oder ökologisches Kriterium einen unmittelbaren Vorteil für den öffentlichen Auftraggeber darstellen muss.⁵⁷ Auch an dieser Stelle wird diskutiert, ob Zusatzpunkte aufgrund unterschiedlicher Herstellungsmethoden zulässig sind oder ob diese eine Diskriminierung darstellen.⁵⁸ Auch wenn die einschlägigen Vorschriften nicht wesentlich geändert wurden, können Änderungen an anderer Stelle zu neuen Überlegungen führen.⁵⁹

(3) Ausführungsbestimmungen

Bei den Auftragsausführungsbedingungen findet sich im GPA (Art. X:7 lit. g GPA 2012) lediglich die Anforderung, dass diese in die Vergabeunterlagen aufgenommen werden müssen. Streitig ist hier inwieweit diese Kriterien einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen.⁶⁰

McCrudden sieht in den Auftragsausführungsbedingungen, den Ort, an dem alle sozialen Kriterien, die nichtdiskriminierend sind, in das Vergabeverfahren eingebracht werden

⁵⁵ Siehe unten V. 2. b.

⁵⁶ Siehe unten V.2.c)

⁵⁷ Odendahl EuZW 2004, S. 647 (651); Fischer, RIW 2003, 349.

⁵⁸ Vgl. Van Calster, Geert, Procurement and the World Trade Organization: purchase power or pester power?, in: Cottier/Nartova/Bigdeli, International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change, Cambridge University Press 2009, S. 351ff.

⁵⁹ Siehe unten V.2 c).

⁶⁰ Gleichner, Die Zulässigkeit vergabefremder Zwecke im Vergabeverfahren nach europäischem und WTO-Recht, in: Baudenbacher (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts, 2004, S. 211 ff. S. 218; McCrudden, Buying Social Justice, S. 489. Siehe unten V.2.d.

können.⁶¹ Nach seiner Ansicht finden sich im GPA neben dem Diskriminierungsverbot keinerlei Restriktionen für die Auftragsausführungsbedingungen.⁶²

Nach *Gleichner* ergibt sich aus der Systematik des GPA eine Restriktion für die Kriterien die herangezogen werden können. Da für die Eignungskriterien ein Bezug zum Auftragsgegenstand notwendig ist, wäre dieser auch für die Auftragsausführungsbedingungen notwendig.⁶³ Dieses Argument überzeugt. Alle Kriterien müssen mit dem zu beschaffenden Gegenstand oder der zu beschaffenden Dienstleistung einen Bezug aufweisen. Soziale und ökologische Kriterien können im Rahmen des Vergaberechts berücksichtigt werden, so lange diese mit dem Auftrag zusammen hängen. Denn der Auftragszusammenhang stellt sicher, dass das Vergaberecht nicht zu protektionistischen Zwecken benutzt wird, und er grenzt die verschiedenen Regelungszuständigkeiten der Vertragsstaaten voneinander ab. Das Vergaberecht kann nicht dazu benutzt werden, alle möglichen politischen Ziele in anderen Ländern zu verwirklichen. *McCrudden* Beispiel bezüglich einer Auftragsausführungsbedingung, die es verbietet, während der Zeit des Vertrages keinen Handel mit Myanmar zu betreiben, enthält das Kriterium des Auftragsbezuges ebenso. Denn *McCrudden* stellt keine Auftragsausführungsbedingung auf, die lautet man darf innerhalb der nächsten zwei Jahre keinen Handel mit Myanmar treiben oder nie wieder Handel mit Myanmar treiben. Seine eigene Aussage, es finden sich außer dem Diskriminierungsverbot keine weiteren Restriktionen ist daher selbst unvollständig. Auch er legt einen weiten Auftragsbezug zu Grunde.

Im Ergebnis können als Auftragsausführungsbedingungen alle Kriterien verwandt werden, die einen Auftragsbezug aufweisen.

IV. Die Revision des GPA von 2012 und ihre Umsetzung im deutschen bzw. europäischen Recht

Nach Artikel XXVII:7 GPA 1994 waren die Vertragsparteien des GPA verpflichtet, drei Jahre nach Inkrafttreten des GPA Verhandlungen über eine Revision des Abkommens zu beginnen. Diese Verhandlungen fanden in der WTO im Committee on Government Procurement statt. Nach 14 Jahren wurden diese Verhandlungen im Wesentlichen im Dezember 2011 beendet. Bereits 2006 hatten sich die Verhandlungsparteien auf die Grundzüge der Überarbeitung geeinigt. Im Dezember 2011 wurde auch eine Einigung über die länderspezifischen

⁶¹ McCrudden JIEL 1999, 3, 30ff.

⁶² McCrudden, *Buying Social Justice*, S. 489.

⁶³ Gleichner (Fn. 60), S. 218.

Zugeständnisse erreicht. Nach Abschluss der technischen Überprüfung und Verifikation der Verhandlungsergebnisse beschloss das Committee on Government Procurement am 30. März 2012 den offiziellen Vertragstext samt seiner Anhänge.⁶⁴

Für das Inkrafttreten des GPA bedarf es nach dem Protokoll zur Änderung des GPA vom 30. 3. 2012 der Ratifizierung des Abkommens durch zwei Drittel der Vertragsparteien. Wann dies der Fall sein wird, ist derzeit nicht mit letzter Gewissheit vorherzusagen. Die Mehrheit der Vertragsparteien hat jedoch erklärt, so bald wie möglich im Laufe des Jahres 2013 ihre Ratifikationsurkunden zu hinterlegen.⁶⁵ Das revidierte GPA ist allerdings bereits jetzt die Grundlage für Beitritte neuer Mitglieder, d. h. auch z. B. für den Beitritt Chinas.

Ob das Abkommen lediglich einer Ratifikation durch die EU oder darüber hinaus auch durch die 27 Mitgliedstaaten bedarf, da es sich – ebenso wie das GPA 1994 – um ein sogenanntes gemischtes Abkommen handelt⁶⁶, ist nicht ganz klar. Zwar wurde der EU durch den Vertrag von Lissabon eine umfassende und ausschließliche Kompetenz für den Dienstleistungshandel übertragen (Art. 207 Abs. 1 AEUV). Allerdings stellt sich die Frage, ob das vom GPA geregelte Vergaberecht vollständig in diesen Bereich fällt. In der Literatur wurde für die Begründung der Kompetenz zum Abschluss des GPA 1994 jedenfalls auch auf das interne EU-Vergaberecht abgestellt und darauf hingewiesen, dass dieses – anders als das GPA – Dienstleistungskonzessionen nicht erfasse. Hieraus wurde geschlossen, dass der EU jedenfalls keine alleinige Kompetenz zum Abschluss des GPA zustehe.⁶⁷ An diesem Zustand hat sich bislang nichts geändert, da der Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie über die Konzessionsvergabe aus dem Jahre 2011⁶⁸ noch nicht in eine Richtlinie umgesetzt wurde. Sollte es hierauf ankommen, wäre das GPA 2012 ebenso wie das GPA 1994 derzeit noch als gemischtes Abkommen anzusehen. Spätestens mit dem Inkrafttreten einer Richtlinie zur Konzessionsvergabe wird man jedoch von einer ausschließlichen EU-Zuständigkeit zur Ratifikation des GPA 2012 ausgehen können.

In jedem Fall hat der Ratifikationsprozess in der EU soweit ersichtlich noch nicht begonnen. Einen unmittelbaren Änderungsbedarf des EU-Vergaberechts aufgrund des revidierten GPA kann jedenfalls die EU-Kommission nicht erkennen. Insbesondere werden im Impact Assessment zum neuen Richtlinienvorschlage vom 20.12.2011 keine notwendigen

⁶⁴ Committee on Government Procurement (CGP), Adoption of the results of the negotiations under article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/113, 2 April 2012 (im Folgenden CPG, GPA/113)

⁶⁵ CGP, Report (2012) of the Committee on Government Procurement, 6 December 2012, GPA/116, Abs. 12.

⁶⁶ Dazu Bungenberg (Fn. 4), S. 101 ff.

⁶⁷ Bungenberg (Fn. 4), S. 108,

⁶⁸ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie zur Konzessionsvergabe, KOM(2011) 897 endgültig, 20.12.2011.

Änderungen genannt.⁶⁹ Eine offizielle Einschätzung über relevanten Änderungen des deutschen Vergaberechts, insbesondere des GWB, liegt soweit ersichtlich noch nicht vor. In einer Presserklärung des Bundeswirtschaftsministeriums zur politischen Einigung über das revidierte GPA im Dezember 2011 sind auch keine Hinweise auf einen Änderungsbedarf des deutschen Vergaberechts im engeren Sinne enthalten.⁷⁰ Generell dürften sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber davon ausgehen, dass das jeweilige Vergaberecht bereits den Vorgaben des neuen GPA entspricht.

V. Übersicht über die Änderungen des GPA durch die Revision von 2012

Das 2012 revidierte GPA unterscheidet sich vom GPA durch verschiedene Neuerungen. Zu unterscheiden sind zunächst die Änderungen des Abkommen selbst, die die allgemeinen Regeln darstellen und die Änderungen der Anhänge der Vertragsparteien, die den jeweiligen sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich enthalten.

Eine wesentliche Änderung der allgemeinen Vorschriften betrifft die elektronische Vergabe. Diese Möglichkeit war ein wesentlicher Anlass für die Verhandlungen, da man schon 1994 erkannte, dass hier Veränderungen notwendig werden könnten. Das GPA 2012 enthält an verschiedenen Stellen Klarstellungen, dass neben der Papierform auch die elektronische Vergabe möglich ist. Eine weitere Neuerung sind die elektronischen Auktionen (Art. I (f) und Art. XIV GPA 2012).⁷¹ Um die Attraktivität des GPA für Entwicklungs- und Schwellenländer zu erhöhen wurden besondere Bedingungen für diese Länder vereinbart (Art. V:1 GPA 2012).⁷² Ferner wurden die Fristen zur Einreichung der Angebote und zur Erteilung des Zuschlages teilweise verändert.⁷³ Für die vorliegenden Fragen der sozialen Beschaffung sind diese Neuerungen allerdings allenfalls von marginaler Bedeutung.

Von größerer Relevanz ist das neu festgelegte Ziel der Verhinderung von Korruption, das im Rahmen der Vertragsrevision aufgenommen wurde.⁷⁴ Schon im dritten Erwägungsgrund der Präambel wird nun darauf hingewiesen, dass die Integrität und die Vorhersehbarkeit des

⁶⁹ Europäische Kommission, Commission Staff Working Paper Impact Assessment, SEC(2011) 1585 final, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/SEC2011_1585_en.pdf

⁷⁰ BMWi, Mehr Wettbewerb bei öffentlichen Aufträgen im Ausland, Pressemitteilung, 15.12.2011, <http://www.bmwi.de/DE/Presse/pressemitteilungen,did=462608.html>.

⁷¹ Anderson (Fn. 51), S. 300 ff.

⁷² Anderson / Schooner / Swan, The WTO's Revised Government Procurement Agreement - an Important Milestone toward Greater Market Access and Transparency in Global Public Procurement Markets, The Government Contractor 2012, S. 3.

⁷³ Für eine Übersicht über diese Änderungen siehe Arrowsmith (o. Fn. 51), S. 316.

⁷⁴ Arrowsmith (o. Fn.51), S. 289.

Vergaberechtssysteme eines Vertragsstaates integraler Bestandteil des GPA sind. Diese Forderung wird dann in Art. IV:4 GPA 2012 aufgegriffen und präzisiert. Danach soll der öffentliche Auftragsgeber den Beschaffungsvorgang in einer transparenten und unparteiischen Weise durchführen, die Korruption verhindert.

Praktisch bedeutsam sind vor allem die Änderungen, die den sachlichen und persönlichen Anwendungsbereich und die Vorschriften für die Vergabeverfahren betreffen.

1. Änderungen des Anwendungsbereiches in Bezug auf Deutschland

a) Persönlicher Anwendungsbereich

Der persönliche Anwendungsbereich des GPA wurde durch die Revision von 2012 in Bezug auf Deutschland nicht wesentlich geändert. Annex 1, der die „central government entities“ umfasst, enthält weiterhin die Bundesministerien. In Bezug auf die Schwellenwerte haben sich ebenfalls keine Änderungen ergeben. Für Deutschland sind hier weiterhin alle Bundesministerien aufgezählt. Auch bei den „Sub central entities“ in Annex 2 wurden die Schwellenwerte nicht verändert. In der Sache wurde auch der Kreis der verpflichteten öffentlichen Auftraggeber ebenfalls nicht verändert. Ebenfalls unverändert sind die Schwellenwerte in Annex 3. Wie auch im Annex 2 hat sich die EU hier nicht mehr begnügt, nur eine offene Beschreibung und den Verweis auf eine Richtlinie zu wählen, sondern neben der offenen Beschreibung wurden die einzelnen Auftraggeber in den Mitgliedstaaten aufgelistet. Diese Listen haben aber nur indikative Wirkung. Für Deutschland ist relevant, dass die Deutsche Bundespost und Mobilfunk Mannesmann nicht mehr enthalten ist. Ferner wurden alle Bezüge zur Kohlegewinnung und zur Gasverteilung gestrichen.

b) Sachlicher Anwendungsbereich

Annex 4, der sich unter dem GPA 1994 auf Dienstleistungen bezog, betrifft jetzt Waren, für die es vorher keinen eigenständigen Anhang gab. Durch diesen neuen Annex haben sich allerdings keine Veränderungen ergeben. Er bestätigt nur, dass alle Waren umfasst sind, was bereits zuvor der Fall war. Für Deutschland haben sich durch die Überarbeitung des GPA keine Neuerungen im Annex 4 ergeben. Dienstleistungen werden nunmehr von Annex 5 erfasst. Inhaltlich haben sich hier drei Änderungen ergeben. Erstens wurde eine Ausnahme für Dienstleistungen geschaffen, die aufgrund eines öffentlich-rechtlich begründeten

Ausschließlichkeitsrechts von einem bestimmten Anbieter beschafft werden müssen.⁷⁵ Zweitens wurde der Anwendungsbereich bezüglich Telekommunikationsdienstleistungen erweitert. Hier wurde die zuvor bestehende Ausnahme für Sprachtelefonie, Telex, Radiotelefonie, Paging und Satellitendienstleistungen gestrichen. Drittens wurde die bereits bestehende Ausnahme für Finanzdienstleistungen deutlicher formuliert. Danach wird die Beschaffung und der Kauf von „fiscal agency or depository services, liquidation, and management services for regulated financial institutions or services related to the sale, redemption and distribution of public debt, including loans and government bonds, notes and other securities” nicht vom sachlichen Anwendungsbereich des GPA für die EU erfasst.⁷⁶

Die zuvor in Annex 5 enthaltenen Baudienstleistungen und Baukonzessionen finden sich nun in Annex 6. Wie vorher sind hier alle in die UN-Produktklassifikation CPC 51 („Construction work“) fallenden Bauleistungen erfasst. Neu geregelt werden dagegen Baukonzessionen. Diese unterfallen im Verhältnis zu Island, Liechtenstein, Norwegen und der Schweiz nunmehr ab einem Schwellenwert von 5 Mio. SZR und für Korea ab einem Schwellenwert von 15 Mio. SZR dem GPA. Allerdings wurde eine generelle Reziprozitätseinschränkung für Bauleistungen eingefügt. Demzufolge erstreckt sich der sachliche Anwendungsbereich des GPA nur in dem Umfang, in dem die anderen Vertragsparteien ihrerseits Bauleistungen in den jeweiligen Annex 6 aufgenommen haben.⁷⁷

Bei den generellen Ausnahmen, die jetzt in Annex 7 sind und vorher keinen eigenen Anhang hatten, sondern in den General Notes niedergelegt waren, sind verschiedene Ausnahmen gestrichen worden. Teilweise wurden die entsprechenden Maßnahmen jedoch gemäß Art. II:3 GPA 2012 insgesamt aus dem Anwendungsbereich des GPA ausgenommen, so dass hier keine Veränderung stattfindet. Beibehalten wurde die Ausnahme für landwirtschaftliche Produkte und für Maßnahmen in den Bereichen Trinkwasser, Energie, Verkehr und Post, soweit sie nicht unter Annex 3 fallen. Da diese Aktivitäten zuvor für Beschaffungsstellen des Annexes 3 ausgenommen waren, hat hier eine Veränderung stattgefunden. Soweit die genannten Leistungen der Daseinsvorsorge also von Beschaffungsstellen des Annexes 3 erbracht werden, fallen sie in den Anwendungsbereich des GPA. Die Ausnahmen für Programmmaterial für Rundfunkanstalten wurden insgesamt gestrichen. Alle Beschaffungen in diesem Bereich fallen neuerdings in den Anwendungsbereich des GPA.

⁷⁵ CPG, GPA/113, S. 249.

⁷⁶ CPG, GPA/113, S. 249.

⁷⁷ CPG, GPA/113, S. 250.

2. Änderungen der Vorschriften zum Vergabeverfahren

a) Technische Spezifikation

Für die vorliegend zu untersuchenden Fragen finden sich zwei bedeutende Veränderungen bezüglich der technischen Spezifikation. So wurde in Art. X:6 GPA 2012 folgender Hinweis aufgenommen:

“For greater certainty, a Party, including its procuring entities, may, in accordance with this Article, prepare, adopt or apply technical specifications to promote the conservation of natural resources or protect the environment.”

Ebenfalls von Bedeutung ist Art. X:9 GPA 2012, der vorsieht, dass die Vergabeunterlagen u.a. Umwelteigenschaften („environmental characteristics“) enthalten können.

Aus dem Wortlaut von Art. X:6 GPA 2012 ergibt sich zunächst, dass dieser Zusatz nur eine klarstellende Funktion hat, die keine Rechtsänderung bewirken soll. Entsprechend konnten ökologischen Kriterien auch unter dem GPA 1994 als technische Spezifikationen verwendet werden.⁷⁸ Insofern ließe sich schlussfolgern, dass in der Sache keine Veränderungen stattgefunden haben, sondern dass das GPA 2012 vielmehr lediglich zu größerer Rechtsklarheit beitrage.

Aufgrund dieser expliziten Erwähnung von Umweltkriterien wird in der Literatur allerdings vertreten, dass weitere sog. vergabefremde Kriterien, insbesondere soziale Kriterien, unzulässig seien.⁷⁹ Dem ist zwar zuzugeben, dass für andere politische Ziele keine entsprechende Klarstellung in das GPA 2012 aufgenommen wurde. Dies kann aber auch bedeuten, dass man hier eine solche Klarstellung als nicht notwendig empfunden hat. Die Einbeziehung von Umweltkriterien in die technische Spezifikation wurde, wie sich aus den Sitzungsberichten ergibt, im Government Procurement Committee (GPC) kontrovers diskutiert. Aus den Verhandlungsdokumenten lässt sich schließen, dass für die Einbeziehung von Umweltschutzkriterien in die Vorschrift zur technischen Spezifikation zwischen den Vertragsparteien keine Einigkeit bestand. Daher bestand insoweit eine Notwendigkeit der Klarstellung. Ein Ausschluss anderer Kriterien lässt sich hieraus jedoch gerade nicht ableiten. Darüber hinaus spricht auch die Entscheidung des CGP on a Work Programme on Sustainable Development gegen eine auf Umweltkriterien verengte Sicht. Hier wurde explizit die

⁷⁸ Arrowsmith (o. Fn. 51), S. 323.

⁷⁹ Reich (oben Fn. 27), S. 1012.

Wortwahl sustainable und nicht „green“ oder „environmental friendly“ verwendet.⁸⁰ Der Begriff der Nachhaltigkeit ist daher weiter und umfasst neben der umweltfreundlichen Beschaffung auch die soziale Beschaffung.⁸¹

In jedem Fall lässt sich aus den Verhandlungsdokumenten nicht ableiten, dass die Vertragsparteien des GPA durch den klarstellenden Hinweis auf Umweltkriterien an der bestehenden Rechtslage bezüglich anderer Kriterien etwas ändern wollten. Man wird daher zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die genannten Änderungen in Art. X:6 und Art. X:9 GPA 2012 keine Änderung der Zulässigkeit von sozialen Kriterien als technischen Spezifikationen bewirkt haben.

b) Eignungsprüfung

Die Bedingungen der Eignungsprüfung wurden durch das GPA 2012 erheblich modifiziert. Sie spielen auch für die hier zu untersuchenden Fragen eine wesentliche Rolle und sollen daher im Folgenden im Einzelnen ausführlich untersucht werden.

(1) Bezugsobjekt der Prüfung: Vertragserfüllung oder Beschaffungsvorgang?

Die erste vorliegend relevante Änderung betrifft den Bezugspunkt der Kriterien der Eignungsprüfung: Bei den allgemein zulässigen Kriterien für die Eignungsprüfung hieß es in Art. VIII (b) GPA 1994, dass die Feststellung der Qualifikation der Bieter für die Teilnahme an der Ausschreibung auf die Qualifikationen beschränkt sein sollten, die für die Erfüllung des Vertrages wesentlich seien („any conditions for participation in tendering procedures shall be limited to those which are essential to ensure the firm's capability *to fulfil the contract* in question“ [Hervorhebung durch die Verf.]). Nunmehr bestimmt Art. VIII:1 GPA 2012, dass darauf abzustellen sei, dass der Bieter in der Lage sei, die relevanten Waren und Leistungen zu liefern („A procuring entity shall limit any conditions for participation in a procurement to those that are essential to ensure that a supplier has the legal and financial capacities and the commercial and technical abilities to *undertake the relevant procurement*“ [Hervorhebung durch die Verf.]). Während in der Fassung des GPA von 1994 somit die Vertragserfüllung im Zentrum stand, wird nunmehr auf den Beschaffungsvorgang abgestellt.

⁸⁰ Annex E - Decision of the Committee on Government Procurement on a Work Programme on Sustainable Procurement, GPC, GPA/113, S. 444.

⁸¹ Mosters, Johannes, Ethische Beschaffung: Sekundärzwecke im Zeitalter der Globalisierung, Peter Lang 2010, S. 75ff.

Nach einer Lesart kann diese Veränderung als Einschränkung der zu berücksichtigen Kriterien verstanden werden.⁸² Demzufolge könnten soziale Kriterien berücksichtigt werden, soweit sie Gegenstand des Vertrages sind. Wird dagegen auf die Beschaffung im eigentlichen Sinne abgestellt, ist ein derartiger Bezug schwerer zu begründen. So könnte eine Anforderung an die Bieter, einheimische Arbeitnehmer zu beschäftigen, mit dem neuen Text nicht mehr vereinbar sein, da dieses Kriterium für den jeweiligen Beschaffungsvorgang nicht relevant sei. Die Erfüllung einer entsprechenden Vertragsbedingung sei als Eignungskriterium anders als durch den Wortlaut des GPA 1994 nahegelegt, nicht mehr möglich.

Allerdings ist zu beachten, dass diese Einschätzung ein entsprechendes Kriterium nicht generell in Frage stellt. Vielmehr bezieht sich Art. VIII GPA 2012 zunächst nur auf die Eignungsprüfung. Damit ist die auch im europäischen Vergaberecht diskutierte Frage aufgeworfen, ob für die Einhaltung der Auftragsausführungsbedingungen, zu denen das Kriterium einheimische Beschäftigte einzusetzen, gerechnet werden könnte, im Rahmen der Eignungsprüfung ein Nachweis gefordert werden kann. Zu fragen ist daher, ob Beschaffungsstellen schon bei der Angebotsabgabe darauf drängen können, dass die Bieter Plausibilitätsnachweise dafür erbringen, dass sie die Anforderungen tatsächlich erfüllen können. Rechtlich geht es bei dieser Frage um das Verhältnis von Auftragsausführungsbedingungen und Bieterauswahl.

Von einigen Autoren wird vertreten, dass die Auftragsausführungsbedingungen keinerlei Einfluss auf die Bewerberauswahl haben dürften, sondern es sich vielmehr um zulässige Ausführungskriterien handele, die nach der Auftragserteilung Bestandteil des Vertrages werden.⁸³ Diese Auffassung wird auch von der Europäischen Kommission vertreten.⁸⁴ Diese Sicht hätte zur Konsequenz, dass Plausibilitätsnachweise für die Erfüllung der Auftragsausführungsbedingungen im Rahmen der Eignungsprüfung nicht gefordert werden können. Gegen diese Auffassung spricht jedoch, dass auch Auftragsausführungsbedingungen bereits eine differenzierende Wirkung zwischen den Bewerbern entfalten. Denn um die Ausschreibung, in der solche Auftragsausführungsbedingungen gefordert werden, kann sich nur ein Bieter bemühen, der diese zusätzlichen Anforderungen erfüllt.⁸⁵ Werden Auftragsausführungsbedingungen in der Leistungsbeschreibung festgelegt, muss dem öffentlichen Auftraggeber die Prüfung, ob die Bieter diese Bedingungen einhalten können,

⁸² So z. B. Reich (o. Fn. 17), S. 1010 u. 1013.

⁸³ Fischer, EuZW 2004, S. 494; Frenz, NZBau 2007, S. 20.

⁸⁴ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung, 2005, S. 38.

⁸⁵ Kühling und Huerkamp, VergabeR 2010, S. 548; Opitz, VergabeR 2004, S. 424. Mit weiteren Nachweisen Steiff, VergabeR 2009, S. 300 jeweils mit Blick auf die entsprechende Frage im EU-Vergaberecht.

möglich sein.⁸⁶ Würde man die Prüfungsmöglichkeit, ob der Bieter die Auftragsausführungsbedingungen erfüllen kann, auf die Zeit nach dem Zuschlag verschieben, bliebe dem öffentlichen Auftraggeber für den Fall, dass der erfolgreiche Bieter die Bedingungen nicht erfüllen kann, nur die Möglichkeit, den Vertrag zu kündigen und erneut auszuschreiben.⁸⁷

Festzuhalten ist in jedem Fall, dass die Wortlautänderung des GPA von „to fulfil the contract“ zu „to undertake the relevant procurement“ auf den erwähnten Streit keinen Einfluss hat, da sie zur Frage des Verhältnisses zwischen Eignungsprüfung und Auftragsausführungsbestimmungen nichts beiträgt. Unabhängig von der Frage, ob der veränderte Wortlaut des GPA eine Überprüfung der Fähigkeit des Bieters, die Auftragsausführungsbedingungen einzuhalten, bereits bei der Eignungsprüfung erfolgen kann, ist allerdings Folgendes festzuhalten: Selbst wenn man dieser restriktiven Ansicht folgt, solche Kriterien nur als Eignungskriterien unzulässig sind. Sie können aber weiterhin als Auftragsausführungskriterien verwendet werden.

(2) Früheres Fehlverhalten, insbesondere strafrechtliche Verurteilungen als Ausschlussgrund

Von größerer Relevanz ist dagegen, dass das GPA 2012 die Bedingungen präzisiert, die es rechtfertigen, einen Bieter aufgrund von Rechtsverletzungen oder anderem Fehlverhalten vom Verfahren auszuschließen. Neben den schon im GPA 1994 genannten Fällen der Insolvenz und falscher Angaben wurden in das GPA 2012 weitere Tatbestände aufgenommen. Dazu zählen gem. Art. VIII:4 GPA 2012 erhebliche und andauernde Mängel bei der Erfüllung substantieller Bedingungen oder Verpflichtungen eines früheren Vertrages („significant or persistent deficiencies in performance of any substantive requirement or obligation under a prior contract or contracts“, Art. VIII:4 (c) GPA 2012), rechtskräftige Verurteilungen wegen schwerer Straftaten und anderer schwerer Delikte (“final judgments in respect of serious crimes or other serious offences“, Art. VIII:4 (d) GPA 2012) sowie berufliches Fehlverhalten, das sich auf die wirtschaftliche Integrität des Bieters auswirkt (“professional misconduct or acts or omissions that adversely reflect on the commercial integrity of the supplier“, Art. VIII:4 (e) GPA 2012) und schließlich noch unterlassene Steuerzahlungen (“failure to pay

⁸⁶ Kühling und Huerkamp, VergabeR 2010, S. 550.

⁸⁷ Kühling und Huerkamp, VergabeR 2010, S. 550.

taxes”, Art. VIII:4 (f) GPA 2012). Für den Ausschluss eines Bieters auf dieser Grundlage bedarf es allerdings entsprechender Beweise.

Die in Art. VIII:4 GPA 2012 genannten Gründe schließen sich nicht gegenseitig aus, sondern können sich überlappen. So kann einer rechtskräftige Verurteilung eine schwere Steuerhinterziehung zu Grunde liegen (Art. VIII:4 (d) und (f) GPA 2012). Ebenso können erhebliche und andauernde Mängel bei früherer Vertragserfüllung ihre Ursache in beruflichem Fehlverhalten, das sich auf die Integrität des Bieters auswirkt, haben (Art. VIII:4 (c) und (e)). Zu beachten ist ferner, dass es sich um eine indikative Liste handelt („... may exclude a supplier on grounds such as“). Insofern sind auch andere Ausschlussgründe denkbar, wenn sie in der Sache und dem Schweregrad mit den ausdrücklich in Art. VIII:4 GPA 2012 vergleichbar sind.

Von den ausdrücklich genannten Ausschlussgründen ist vorliegend insbesondere der Hinweis auf rechtskräftige Verurteilungen relevant, da er den Ausschluss von Bietern ermöglicht, die gegen einschlägige arbeits- und sozialrechtliche Vorschriften verstoßen haben.⁸⁸ Neben dem Straftatbestand des Vorenthaltens von Sozialversicherungsbeiträgen (§ 266b StGB), insbesondere in seiner qualifizierten Form (§ 266b Abs. 3 StGB) könnten auch die in § 23 AEntG erwähnten Ordnungswidrigkeiten von Bedeutung sein. Ordnungswidrigkeiten sind zwar keine „crimes“ i.S.d. Art. VIII:4 (d) GPA 2012, können aber unter den Begriff der „offences“ subsumiert werden. Entsprechend könnte ein ausländischer Bieter, der wegen wiederholten Verstoßes gegen Entgeltzahlungspflichten oder anderen Pflichten nach § 8 Abs. 1 AEntG verurteilt wurde, bereits auf der Ebene der Eignungsprüfung von einem Vergabeverfahren ausgeschlossen werden. Es muss sich allerdings um erhebliche Verstöße handeln, da Art. VIII:4 (d) GPA 2012 auf die Schwere der Straftaten bzw. Delikte abstellt.

Der neu eingeführte Tatbestand des beruflichen Fehlverhaltens, das sich auf die wirtschaftliche Integrität des Bieters auswirkt, könnte ebenfalls relevant sein. So wäre denkbar, dass auch geringere Verstöße gegen arbeitsrechtliche und sozialversicherungsrechtliche Vorschriften zu einem Ausschluss führen könnten, wenn man hierin ein berufliches Fehlverhalten sieht. Allerdings müssten diese jeweils Auswirkungen auf die wirtschaftliche Integrität („commercial integrity“) haben. Hiervon wird man nicht im Regelfall ausgehen können. Sollten die Rechtsverstöße aber zu erheblichen Regressforderungen der Arbeitnehmer oder Sozialversicherungsträger führen, könnte eine derartige Auswirkung angenommen werden.

⁸⁸ Arrowsmith (o. Fn. 51), S. 310. Siehe zu diesem Aspekt für das GPA 1994 dies., Government Procurement in the WTO, 2003, S. 341.

Fraglich ist allerdings, ob es für den Ausschluss eines Bieters wegen der in Art. VIII:4 GPA 2012 aufgezählten Verhaltensweisen der Feststellung durch ein externes Verfahren, z. B. einer gerichtlichen Verurteilung, bedarf oder ob die Vergabestelle den Ausschluss mit eigenen Erkenntnissen und Ermittlungen begründen kann.⁸⁹ Mit Blick auf die unbestimmten Tatbestände der Mängel bei der Vertragserfüllung oder des beruflichen Fehlverhaltens wird man hier keine überspannten Anforderungen an externe Feststellungen stellen dürfen. Vor allem der Wortlaut des Art. VIII:4 (d) GPA 2012, der bezüglich strafrechtlich relevanten Verhaltens auf rechtskräftige Verurteilungen abstellt, während die anderen Tatbestände keine Verurteilungen fordern, spricht dafür, der Vergabestelle einen eigenen Entscheidungsspielraum zuzubilligen. Die Entscheidung muss allerdings durch belastbare Beweise abgesichert sein.

Für soziale und ökologische Kriterien bedeuten die genannten Änderungen zum Bieterausschluss allerdings insgesamt einen deutlichen Fortschritt. Bieter, die in erheblicher Weise gegen geltendes Arbeits-, Sozial- und Umweltrecht oder gegen einschlägige berufliche Standards verstoßen haben, können nach den revidierten Vorschriften des GPA vom Vergabeverfahren ausgeschlossen werden.

(3) Weitere Änderungen bezüglich der Eignungsprüfung

Im GPA 1994 war ferner strittig, ob alle von der Vergabestelle geforderten Eignungskriterien einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen müssen. Teilweise wurde dies unter Hinweis auf Art. VIII (b) GPA 1994 verneint.⁹⁰ Die in dieser Vorschrift enthaltene Aufzählung der relevanten Eignungskriterien wurde mit dem Wort „including“ eingeleitet. Demzufolge konnten auch andere als unmittelbar für den Auftragsgegenstand relevante Kriterien berücksichtigt werden. In der entsprechenden Vorschrift des Art. VIII:3 GPA 2012 ist das Wort „including“ gestrichen. Es dürfen daher nur noch Kriterien verlangt werden, die zur Ausführung der Vergabe relevant sind.⁹¹ Ein Auftragsbezug ist damit unerlässlich. Diese führt zu einer Einschränkung der Möglichkeit, andere Kriterien wie etwa die Einhaltung bestimmter sozialer Standards zu fordern.

Ebenfalls neu in das GPA 2012 wurde eine Beschränkung eingeführt, wonach als Eignungskriterium nicht verlangt werden kann, dass der Bieter bereits zuvor einen Zuschlag für einen öffentlichen Auftrag erhalten hatte (Art. VIII: 2 (a) GPA 2012). Es kann allerdings

⁸⁹ Arrowsmith (o. Fn. 51), S. 310.

⁹⁰ Gaedtke (o. Fn. 7), S. 123.

⁹¹ Reich (o. Fn. 27), S.1013.

verlangt werden, dass der Bieter über einschlägige frühere Erfahrung verfüge, die zur Erfüllung der Beschaffung wesentlich sind. Bei der Bewertung, ob diese Erfahrungen vorliegen, müssen gem. Art. VIII:3 (a) GPA 2012 Aufträge außerhalb des eigenen Territoriums berücksichtigt werden.⁹² Für Anforderungen sozialer und ökologischer Beschaffung dürfte diese Änderung allerdings von geringerer Bedeutung sein.

c) Zuschlagskriterien

Gegenüber dem GPA 1994 wurden in den Zuschlagskriterien nur sehr kleine sprachliche Veränderungen vorgenommen, die den Inhalt der Norm nicht wesentlich ändern. Nach der einschlägigen Vorschrift des Art. XV:5 GPA 2012 gilt weiterhin das Billigst- oder das Bestpreisprinzip („the most advantageous tender; or where price is the sole criterion, the lowest price”).⁹³ In der Literatur ist umstritten, welche Kriterien sich unter den Begriff des vorteilhaftesten Angebotes („most advantageous tender“) subsumieren lassen. Hierzu finden sich tendenziell drei unterschiedliche Ansichten, die vor dem Hintergrund von Änderungen teilweise neu bewertet werden können.

Nach der ersten – in der Literatur nur vereinzelt vertretenen – restriktiven Ansicht sind Umweltschutzkriterien oder soziale Kriterien keine im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zulässigen Gesichtspunkte. Diese Ansicht stützt sich auf ein systematisches Argument. Da sich im GPA verschiedene Ausnahme- und Sonderregelungen fänden, sei eine Einbeziehung sozialer und ökologischer Kriterien außerhalb explizit genannter Ausnahmen unzulässig.⁹⁴ In diesem Sinne wurde auch mit Blick auf die Erwähnung von Umweltkriterien in der technischen Spezifikation gem. Art. X:6 GPA 2012 die Frage aufgeworfen, ob das Fehlen eines entsprechenden Hinweises bezüglich der anderen Stufen im Vergabeverfahren so verstanden werden könne, dass die Einbeziehung von Umweltkriterien auf diesen Stufen und damit auch bei den Zuschlagskriterien ausgeschlossen sei.⁹⁵ Das methodische Vorgehen dieser Ansicht vermag allerdings bereits im Ansatz nicht zu überzeugen, da das systematische Verhältnis von Regeln und Ausnahmen missachtet wird. Bevor auf die Ausnahmeregelung zurückgegriffen werden kann, ist zu prüfen, ob ein bestimmtes Kriterium grundsätzlich zulässig ist. Die Existenz von Ausnahmenvorschriften erhellt lediglich im Einzelfall, welche

⁹² Reich (o. Fn.27), S. 1011.

⁹³ G. Kunnert, WTO-Vergaberecht: Genese und System sowie Auswirkungen auf das EG-Vergaberegime, Baden-Baden, 1998, S. 274.

⁹⁴ Gleichner (Fn. 60), S. 191 ff.

⁹⁵ Reich (o. Fn. 27) S.1013.

Kriterien nicht durch die Regel zulässig sind, aber nicht welche Kriterien generell zulässig sind.

Mit Blick auf das revidierte GPA kommt Folgendes hinzu: Nach Art. XV:5 GPA 2012 ist für die Zuschlagserteilung auf die in der Ausschreibung und in den Vergabeunterlagen genannten Kriterien abzustellen. Diese können - wie erwähnt - gem. Art. X:9 GPA 2012 u.a. Umweltkriterien enthalten. Damit wird deutlich, dass das Ausnahme-Regel-Argument insoweit einer textlichen Grundlage entbehrt.

Die anderen in der Literatur vertretenen Ansichten stellen darauf ab, ob das vorteilhafteste Angebot einen unmittelbaren Vorteil für die konkrete Beschaffungsstelle beinhalten muss oder ob „vorteilhaft“ auch weitergehende gesellschaftspolitische Erwägungen der öffentlichen Hand einbezieht.

Nach einer Sicht können bei der Bestimmung des vorteilhaftesten Angebotes nur solche Kriterien herangezogen werden, die einen wirtschaftlichen Bezug aufweisen.⁹⁶ Begründet wird diese Ansicht mit der systematischen Nähe der beiden Zuschlagskriterien. Demnach sei es nicht sinnvoll, in einer Vorschrift zwei Zuschlagskriterien zu kodifizieren, welche auf fundamental unterschiedliche Kriterien Bezug nehmen.⁹⁷ Demzufolge könnten Kriterien, die zu einem höheren Preis führen würden, nur dann herangezogen werden, wenn sie auf längere Sicht zu einem niedrigeren Verbrauch und damit zu einer langfristigen Rentabilität führen würden. Die Festlegung der Einhaltung bestimmter Arbeitsstandards wäre hiernach nur dann möglich, wenn das Produkt günstiger wäre als andere Produkte. Allgemeine Nachhaltigkeitsaspekte oder soziale Überlegungen könnten nicht einbezogen werden.

Überwiegend wird in der Literatur allerdings eine weitergehende Ansicht vertreten.⁹⁸ Nach *Gaedtke* ist das vorteilhafteste Angebot subjektiv zu verstehen und von den Erwägungen der jeweiligen Beschaffungsstelle abhängig. Er argumentiert, dass der Wortlaut des vorteilhaftesten Angebotes hier keinerlei Einschränkungen nahe lege. *Bungenberg* fügt dem hinzu, dass der Wortlaut nicht „most economically advantageous“ laute und es daher nicht nur auf ökonomische Kriterien ankomme.⁹⁹ Die Vertreter dieser weitergehenden Ansicht stimmen darin überein, dass das vorteilhafteste Angebot dasjenige sei, welches den Kriterien des

⁹⁶ Pitschas und Prieß, PPLR 9 (2000), S. 189. So auch Tietje und Wolf, Das Welthandelsrecht als Grenze für Umweltbeihilfen und ökologisierte Auftragsvergabe, in: Schneider (Hrsg.), Beihilfe- und Vergaberecht als Rahmenbedingungen der Umweltpolitik, S. 99f.

⁹⁷ Pitschas und Prieß, PPLR 9 (2000), S. 189.

⁹⁸ Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, 2003, S. 344; Bungenberg, (Fn. 4), S. 286f.; Gaedtke (Fn. 7), S. 123f.

⁹⁹ Bungenberg (Fn. 4), S. 287.

Auftraggebers am besten entspricht. Die Kriterien sind vom Auftraggeber frei wählbar.¹⁰⁰ Diese Wahlfreiheit wird nach dieser Ansicht nur durch (1) das Diskriminierungsverbot in Art. III GPA sowie durch (2) die Publizitätsanforderungen in den Verfahrensvorschriften eingeschränkt. Vereinzelt wird innerhalb der weitergehenden Ansicht sogar der Auftragsbezug verneint.¹⁰¹

Im Ergebnis ist der weitergehenden Ansicht zu folgen. Der engeren Sicht ist bereits entgegenzuhalten, dass sie von einem verkürzten Begriff des wirtschaftlichen Vorteils ausgeht. Selbst wenn man annähme, dass nur ökonomische Kriterien im Rahmen der Zuschlagsentscheidung zulässig wären, ist nicht einzusehen, warum hierbei ausschließlich betriebswirtschaftliche Maßstäbe anzulegen sind. Öffentliche Auftraggeber stehen in einer gesamtwirtschaftlichen und –politischen Verantwortung und können daher auch volkswirtschaftliche Gesichtspunkte berücksichtigen. Dies betrifft sowohl die Bewältigung der Folgekosten von Umwelt- und Klimaveränderungen als auch von sozialen Kosten.

In jedem Fall überzeugt das Wortlautargument, wonach Art. XV:5 (a) GPA 2012 eben nur auf das vorteilhafteste und nicht das ökonomisch vorteilhafteste Angebot abstellt. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass es die Vertragsparteien des GPA im Zuge der Revision nicht für nötig befunden haben, an dem einschlägigen Wortlaut etwas zu ändern. Insofern lässt sich jedenfalls festhalten, dass die Revision des GPA zu keiner Veränderung der Rechtslage bei den Zuschlagskriterien geführt hat.

d) Auftragsausführungsbedingungen

Die Vorschrift, die die Auftragsausführungsbedingungen zum Gegenstand hat, findet sich in Art X:7 lit. g GPA 2012. Hiernach müssen in den Vergabeunterlagen alle anderen Modalitäten und Bedingungen enthalten sein („any other terms or conditions“). Hinzugekommen ist hier nur „including terms of payment and any limitation on the means by which tenders may be submitted, such as whether on paper or by electronic means“. Vorgaben bezüglich der inhaltlichen Reichweite dieser Auftragsausführungsbedingungen lassen sich dieser Vorschrift damit nach wie vor nicht entnehmen. Insofern kann auf die oben stehenden Ausführungen verwiesen werden.¹⁰²

¹⁰⁰ Gaedtker (Fn. 7), S. 123f. So auch Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, 2003, S. 344.

¹⁰¹ Arrowsmith, Government Procurement in the WTO, 2003, S. 344.

¹⁰² Siehe III. 3. b) (3).

3. Zukünftiges Arbeitsprogramm und Anforderungen an gewerkschaftliche und zivilgesellschaftliche Beteiligung

Das GPA 2012 enthält neben den aufgeführten Änderungen Arbeitsaufträge für das Committee on Government Procurement, die nach dem Inkrafttreten des GPA 2012 bearbeitet werden sollen. Für die soziale und ökologische Beschaffung ist vor allem die Entscheidung des Committee on Government Procurement über das Arbeitsprogramm zu nachhaltiger Beschaffung relevant.¹⁰³ Dieses erfasst u. a. die Erarbeitung von Maßnahmen, mit denen nachhaltige Beschaffung realisiert werden kann. Wie das Committee diese ihm aufgetragene Aufgabe gestalten wird, bleibt abzuwarten. Der Ausgang dieses Arbeitsauftrages ist sowohl für die soziale als auch für die ökologische Beschaffung von großer Bedeutung, da das Arbeitsprogramm auf die Festlegung der Kriterien gerichtet ist, die mit dem GPA vereinbar sein sollen.

Insbesondere die Klärung noch offener Fragen wird im Rahmen dieses Arbeitsprogramm eine wichtige Rolle spielen. Dazu zählt z. B. die Frage, inwieweit Herstellungsmethoden, auch wenn sie sich nicht auf das Produkt auswirken, wie beispielsweise die Einhaltung von Kernarbeitsnormen, als technische Spezifikationen verwendet werden können. Das Arbeitsprogramm scheint insoweit mit europäischen Prozessen vergleichbar, in denen die eher vagen Vorgaben der Richtlinien durch Handbücher oder andere Instrumente des soft law präzisiert wurden.¹⁰⁴ Bei der Präzisierung der verschiedenen Kriterien muss daher sichergestellt werden, dass nicht die engste Interpretation des GPA gewählt wird, sondern der Auffassung gefolgt wird, wonach das GPA der Einbeziehung von sozialen Kriterien grundsätzlich nicht entgegen steht.

Zivilgesellschaftliche und gewerkschaftliche Akteure sollten diesen Prozess daher kritisch beobachten und begleiten. Diese Begleitung erfordert zunächst, dass die deutsche und europäische Beteiligung an dem Arbeitsprogramm transparent erfolgt und dass die betroffenen Akteure und Interessensgruppen über einschlägige Verfahrensschritte und Entwürfe von Dokumenten informiert werden. Letztere müssen dann bewertet und kritisch kommentiert werden. Schließlich wären eigene Vorstellungen, ggf. auch Alternativentwürfe zu entwickeln und in den Arbeitsprozess einzuspeisen. Dabei sollte auch berücksichtigt werden, wie die Einhaltung sozialer und ökologischer Standards durch Auftragnehmer aus

¹⁰³ Annex E - Decision of the Committee on Government Procurement on a Work Programme on Sustainable Procurement, GPC, GPA/113, S. 444.

¹⁰⁴ Siehe z. B. Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 1. Aufl. 2011, im Internet unter http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_de.pdf

anderen Staaten als der EU sicher gestellt werden kann. Dies ist insbesondere vor dem Hintergrund des allseits angestrebten Beitritts Chinas zum GPA von erheblicher Bedeutung. Der Beitritt Chinas dürfte sich zudem erschwerend auf den Diskurs über die Zulässigkeit ökologischer und sozialer Kriterien auswirken, da anzunehmen ist, dass China derartigen Ansätzen eher kritisch gegenüber steht.

VI. Auswirkungen des GPA auf einzelne arbeits- und sozialrechtliche Instrumente und Politiken

Vor dem Hintergrund der vorstehenden Ausführungen lässt sich zunächst festhalten, dass die Veränderungen des GPA durch die Revision von 2012 nur eingeschränkte Auswirkungen auf die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten sozialer Beschaffung haben. Die im Folgenden vorgenommenen Bewertungen einzelner arbeits- und sozialrechtlicher Instrumente und Politiken beruhen daher sowohl auf geänderten als auch auf nicht geänderten Vorschriften. Die Untersuchung erfolgt dabei auf der Grundlage der oben skizzierten Unterscheidung zwischen allgemeinen gesetzlichen Vorgaben und darüber hinaus gehenden speziellen Vorgaben einerseits und andererseits zwischen Anforderungen an den konkreten Beschaffungsvorgang und an das Verhalten des bietenden Unternehmens insgesamt.¹⁰⁵ Insgesamt ist allerdings festzuhalten, dass es zu den hier behandelten Fragen bis jetzt keine Rechtsprechung der Streitbeilegungsgremien auf der WTO-Ebene gibt. Insofern lassen sich diesbezüglich keine rechtsverbindliche Aussagen treffen.

1. Allgemein-verbindliche Vorschriften

Allgemein-verbindliche Vorgaben sind Vorschriften, an die Unternehmen, die sich an einer Ausschreibung beteiligen, ohnehin gebunden sind. Im Rahmen eines Vergabeverfahrens werden diese Anforderungen typischerweise an das gesamte Verhalten der Bieter und nicht nur an den jeweiligen Beschaffungsvorgang gerichtet. So verlangt z. B. § 97 IV GWB, dass Aufträge nur an gesetzestreue Bieter vergeben werden dürfen.¹⁰⁶

¹⁰⁵ Siehe oben II.1.

¹⁰⁶ Gesetzestreue ist ein Teil der Zuverlässigkeit im Sinne des GWB, so dass die 2009 neu eingeführte Bedingung der Gesetzestreue nur klarstellenden Charakter hat, siehe M. Fehling, § 97 GWB, Rn. 123, in: Pünder/Schellenberg (Hrsg.), Vergaberecht, 1. Auflage 2011.

a) Übersicht über die relevanten Regeln

Zu den vorliegend relevanten allgemein-verbindlichen Vorschriften könnten zunächst gesetzlich festgelegte allgemeine *Mindestlöhne* gezählt werden. Anders als in Deutschland bestehen in zahlreichen anderen EU- und außereuropäischen Staaten gesetzliche Vorgaben über einen Mindestlohn. Diese knüpfen typischerweise an das jeweils geltende Arbeitsrecht und damit regelmäßig an den Beschäftigungsort an¹⁰⁷, gelten also für inländische und ausländische Arbeitnehmer und Arbeitgeber gleichermaßen.

Das gleiche gilt für Regeln, die sich aus *allgemein verbindlichen Tarifverträgen* ergeben. Nach § 5 Abs. 4 TVG entfalten Tarifverträge, deren allgemeine Verbindlichkeit angeordnet wurde, eine Wirkung auch für und gegen tarifvertraglich nicht gebundene Arbeitgeber und Arbeitnehmer und können damit sowohl für inländische als auch für ausländische Bieter gelten.¹⁰⁸ Die Bindung ausländischer Arbeitgeber an einen allgemein verbindlichen Tarifvertrag ergibt sich nunmehr bereits von Gesetzes wegen aus § 3 AEntG.¹⁰⁹ Findet auf das Arbeitsverhältnis nach den einschlägigen kollisionsrechtlichen Vorschriften ausländisches Recht Anwendung, setzen sich die allgemeinverbindlich erklärten tarifvertraglichen Bestimmungen im Sinne des AEntG als zwingende Vorschriften im Sinne des Internationalen Privatrechts durch. Das hat zur Folge, dass bezüglich der entsprechenden Arbeitsbedingungen das auf das Arbeitsverhältnis anwendbare Recht eines anderen Staats verdrängt wird.¹¹⁰ Das Gleiche gilt, wenn der Tarifvertrag durch eine Rechtsverordnung gem. § 7 Abs. 1 AEntG auf Arbeitgeber im Ausland erstreckt wird.

Von einer Allgemeinverbindlichkeit werden die anwendbaren Tariflöhne ebenso wie andere tarifvertraglich vereinbarte Arbeitgeberpflichten erfasst. Vorliegend ist diesbezüglich vor allem das auf den allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen des Baugewerbes beruhenden *Sozialkassenverfahren* für das Baugewerbe von Bedeutung. § 5 Nr. 3 AEntG ordnet an, dass ausländische Arbeitgeber auch verpflichtet sind, wenn Leistungen aufgrund eines allgemeinverbindlichen Tarifvertrags durch eine gemeinsame Einrichtung der Tarifvertragsparteien gewährt werden. Hiervon werden die Sozialkassen des Baugewerbes erfasst.¹¹¹

¹⁰⁷ Siehe z.B. S. 1 (2)(b) des National Minimum Wage Act 1998 (Großbritannien)

¹⁰⁸ Zur Anwendbarkeit von allgemein verbindlichen Tarifverträgen auf Unternehmen mit Sitz im Ausland siehe LAG Hessen, Urteil vom 10.12.2007, Az. 16 Sa 970/07.

¹⁰⁹ M. Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., München 2012, § 3 AEntG, Rn. 2.

¹¹⁰ B. Schwab, Das neue Arbeitnehmer-Entsendegesetz, NZA-RR 2010, S. 228.

¹¹¹ H. Gussen, AEntG § 5, Rn. 3, in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 25. Aufl., 2012.

Eine weitere allgemein-verbindliche Verpflichtung stellt die in § 14 AEntG normierte *Generalunternehmerhaftung* dar. Die Vorschrift begründet eine verschuldensunabhängige Haftung des Generalunternehmers für das nach den Vorgaben des AEntG festgelegte Nettomindestentgelt und die Sozialkassenbeiträge. Sie soll einen Anreiz setzen, dass der Generalunternehmer nur mit korrekt handelnden Subunternehmern zusammenarbeitet.¹¹² Die Vorschrift erfasst auch ausländische Unternehmer. Die in § 14 AEntG verankerte Generalunternehmerhaftung wird durch die Haftung nach § 28e Abs. 3a SGB IV ergänzt, der eine Bürgenhaftung des Generalunternehmers für Sozialversicherungsbeiträge im Baugewerbe bei Vergabe von Bauleistungen im geschätzten Gesamtwert ab 500.000 Euro vorsieht.¹¹³ Hierdurch wird den Sozialversicherungsträgern ermöglicht, den Generalunternehmer für Verletzung der Beitragszahlungspflicht seiner (unzuverlässigen) Subunternehmer in Haftung zu nehmen.

Schließlich ist noch die *Bauabzugssteuer* gem. §§ 48–48d EStG zu erwähnen, die zur Sicherung von Steueransprüchen bei Bauleistungen eingeführt wurde. Auftraggeber von Bauleistungen von zu erbringenden Zahlungen müssen jeweils 15% Bauabzugsteuer einbehalten und an das Finanzamt des Bauunternehmens abführen, vorausgesetzt, eine Bauleistung wurde im Inland an einen Unternehmer i.S. des § 2 UStG oder an eine juristische Person des öffentlichen Rechts erbracht.¹¹⁴ Damit werden auch ausländische Bieter bei öffentlichen Ausschreibungen von Bauleistungen von der Steuerabzugspflicht erfasst.

b) GPA-rechtliche Zulässigkeit der Forderung nach der Einhaltung allgemein-verbindlicher Vorschriften

Die genannten Vorschriften sind keine speziell für Vergabeverfahren anwendbaren Vorschriften; ihre Einhaltung wird jedoch typischerweise von Bietern im Rahmen eines Vergabeverfahrens verlangt. Mit Blick auf das GPA wirft dies zunächst die Frage auf, ob die genannten Vorschriften nicht zu einer Diskriminierung zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen führen. Weiterhin ist zu fragen, wie ihre Einhaltung im Rahmen der Eignungsprüfung überwacht werden kann.

¹¹² M. Schlachter in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 13. Aufl., München 2012, § 14 AEntG, Rn. 1.

¹¹³ R. Mette, SGB IV § 28e, Rn. 15 a, in: Rolfs/ Giesen/ Kreikebohm/ Udsching (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht, 28. Aufl., 2012.

¹¹⁴ H.-J. Beck / H. Girra, Bauabzugsteuer, NJW 2002, S. 1079

(1) Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot

Wie oben bereits erwähnt, gelten die skizzierten allgemein-verbindlichen Vorschriften für inländische und ausländische Unternehmen in gleicher Weise, da sie nicht an die Staatszugehörigkeit des Unternehmens anknüpfen. Sie sind folglich de jure nicht-diskriminierend.

Fraglich ist indes, ob die Anforderungen faktisch diskriminierend wirken. Bezüglich eines gesetzlich festgelegten Mindestlohns könnte eine faktische Diskriminierung ausländischer Bieter im Sinne des Art. IV:1 GPA dann angenommen werden, wenn es ausländischen Bieter typischerweise und regelmäßig schwerer fällt, diese Anforderungen einzuhalten als inländischen Bieter. Dies wird man verneinen müssen. Ausländische Bieter sind generell weder besser noch schlechter in der Lage, einen Mindestlohn zu zahlen. Ein Blick auf die im EU-Ausland geltenden Mindestlöhne zeigt die enorme Spannbreite zwischen den verschiedenen Staaten. Würde z. B. der vom DGB geforderte Mindestlohn von 8,50 € pro Stunde eingeführt, läge der Mindestlohn in einigen EU-Staaten (Frankreich, Belgien, Niederlande, Luxemburg und Irland) über dem deutschen Mindestlohn.¹¹⁵ Jedenfalls Unternehmen aus diesen Staaten dürften keine Schwierigkeiten haben, den deutschen Mindestlohn zahlen zu können. Damit wird deutlich, dass sich beim Mindestlohn eine typisierende Betrachtung zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen verbietet.

In ähnlicher Weise wird man Regeln, die sich aus allgemein verbindlichen Tarifverträgen ergeben, beurteilen müssen. Auch hierin wird man keine Diskriminierung sehen können, da nicht erkennbar ist, wieso inländische Bieter die Vorgaben eines allgemein verbindlichen Tarifvertrages eher einhalten können als ausländische, wenn sie in den Anwendungsbereich des Tarifvertrags fallen. Die von *Ziekow* vertretene Auffassung, wonach es für Bieter aus anderen Staaten schwerer ist, sich mit dem deutschen Tarifvertragsrecht vertraut zu machen¹¹⁶, überzeugt nicht. Ausländische Bieter müssen auch mit anderen zwingenden Vorschriften des deutschen Rechts vertraut machen. In jedem Fall könnte dieses Problem dadurch umgangen werden, dass die Höhe des jeweils geltenden Tariflohns in die Leistungsbeschreibung mit aufgenommen wird oder die relevanten Passagen aus dem Tarifvertrag zitiert werden.

¹¹⁵ Siehe DGB, Mindestlöhne in Europa, http://www.mindestlohn.de/w/files/infografiken/121107wegewerk_infografik.pdf

¹¹⁶ J. Ziekow, Vergabefremde Zwecke und Europarecht, NZBau 2001, 72 (78) bezogen auf das Europarecht.

Auch die in § 14 AEntG normierte verschuldensunabhängige Generalunternehmerhaftung wird man nicht als diskriminierend ansehen können. Der EuGH hatte die Frage der diskriminierenden Wirkung der Generalunternehmerhaftung in seinem Urteil in der Rechtssache *Wolff & Müller* aus dem Jahre 2004 zu § 1a AEntG a. F. offengelassen, da er die Generalunternehmerhaftung wegen zwingender Gründe des Allgemeinwohls als gerechtfertigt angesehen hatte.¹¹⁷ Eine diskriminierende Wirkung geht von der Generalunternehmerhaftung indes nicht aus, da sie zunächst in formal gleicher Weise für in- und ausländische Unternehmen gilt.¹¹⁸ Auch faktisch liegt keine Diskriminierung vor, da die Vorschrift auf die Einhaltung allgemein-verbindlicher Regeln abzielt und insoweit einen Bürgenhaftungstatbestand schafft. Inländische und ausländische Generalunternehmer sind grundsätzlich in gleicher Weise in der Lage, die Einhaltung dieser Vorschriften in der sog. Nachunternehmerkette¹¹⁹ zu überwachen, da auch die Nachunternehmer inländische oder ausländische Unternehmen sein können. Wenn die Generalunternehmerhaftung zu einer Diskriminierung gegenüber ausländischen Subunternehmen führt¹²⁰, ist dies allenfalls von europarechtlicher Relevanz.¹²¹ Aus der Perspektive des Vergaberechts und insbesondere des GPA betrifft die Frage der Diskriminierung nämlich nur den Generalunternehmer selbst, dem der Zuschlag erteilt wird. Für diesen lassen sich jedoch keine nennenswerten Diskriminierungseffekte zeigen.

Ebenfalls als nicht-diskriminierend wird man die Vorschriften über die Generalunternehmerhaftung nach § 28e Abs. 3a SGB IV, die die Haftung nach § 14 AEntG ergänzt, ansehen können. Auch diesbezüglich gilt, dass die Anwendung dieser Normen ausländische Bieter nicht weniger günstig behandelt als inländische Bieter. Das gleiche gilt für die Bauabzugssteuer gem. §§ 48 bis 48d EStG.

Geht man davon aus, dass die genannten Instrumente gem. Art. IV:7 GPA nicht von Art. IV:1 GPA erfasst werden, da es sich um allgemeine Maßnahmen handelt, die den Handel mit Dienstleistungen betreffen, können die vorstehenden Überlegungen *mutatis mutandis* auf das GATS angewendet werden. Auch eine Prüfung der Maßnahmen an Art. XVII GATS (Inländerdiskriminierung) führt nicht dazu, dass diese als diskriminierend anzusehen sind.

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-60/03, Urteil vom 12. 10. 2004, *Wolff & Müller*, Slg. 2004 I-9553, Rn. 34 ff.. Dieser Ansicht haben sich das BAG und die Literatur angeschlossen, s. z. B. Schwab (o. Fn. 110), S. 227.

¹¹⁸ Schwab (o. Fn. 110), S. 228.

¹¹⁹ M. Schlachter in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 13. Aufl., München 2012, § 14 AEntG, Rn. 3.

¹²⁰ So noch M. Schlachter in: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 10. Aufl., München 2010, § 14 AEntG, Rn. 1.

¹²¹ Siehe aber EuGH, Rs. C-60/03, Urteil vom 12. 10. 2004, *Wolff & Müller*, Slg. 2004 I-9553, Rn.

(2) Bedeutung allgemeiner Verpflichtungen im Rahmen der Eignungsprüfung

Die von einem öffentlichen Auftraggeber verlangte Einhaltung allgemein-verbindlicher Vorschriften wird regelmäßig auf der Ebene der Eignungsprüfung verankert sein, da es sich um Anforderungen an das Unternehmen und nicht an den auszuführenden Auftrag handelt. Wie oben gezeigt hat das GPA 2012 die Anforderungen an die Eignungsprüfung konkretisiert.¹²² Konkret genannt werden die Ausschlussgründe der rechtskräftigen Verurteilung wegen schwerer Rechtsverstöße und eines beruflichen Fehlverhaltens. Da die in Art. VIII:4 GPA 2012 genannten Fälle jedoch nicht abschließend sind, ist es nicht zwingend erforderlich, die Nichteinhaltung allgemeiner Vorschriften unter einen der genannten Tatbestände zu subsumieren. Es genügt, wenn der Verstoß gegen die genannten allgemeinen Verpflichtungen von gleicher Schwere ist wie die ausdrücklich genannten Fehlverhaltensweisen.

Diesbezüglich wird man vor allem auf die Intention, Intensität und Dauer abstellen können. Wenn ein Unternehmen bereits in seinem Angebot deutlich macht, dass es sich nicht an die genannten Vorschriften halten wird, obwohl es von ihrem Anwendungsbereich erfasst wird, und wenn zugleich deutlich wird, dass das Angebots kalkulatorisch auf diesem Regelverstoß beruht, kann von einem vorsätzlichen und systematischen Fehlverhalten ausgegangen werden, was einen Ausschluss ebenso rechtfertigen würde wie ein berufliches Fehlverhalten oder eine rechtskräftige Verurteilung.

Ein Problem, das soweit ersichtlich, in der Praxis bislang noch keine zentrale Rolle gespielt hat und, das auch in der Literatur noch kaum thematisiert wurde, betrifft die Frage, wie auf die Nichteinhaltung von Vorschriften anderer Länder als des Landes, in dem der Auftrag ausgeführt werden soll, reagiert wird. Der Wortlaut von Art. VIII:4 GPA 2012 legt nicht nahe, dass ausländische Rechtsverstöße nicht ebenfalls erfasst sein sollen. In diesem Kontext stellt sich allerdings die Frage nach der Überprüfbarkeit. Zulässig müsste es in jedem Fall sein, wenn die Bieter aufgefordert werden, eine Erklärung abzugeben, dass sie die in Art. VIII:4 GPA genannten Tatbestände nicht verwirklicht haben. Angesichts des offenen Wortlauts der einzelnen Tatbestände dürfte hiermit allerdings wenig Rechtsklarheit und –sicherheit gewonnen sein. Es wäre daher wünschenswert, wenn im Rahmen des oben skizzierten zukünftigen Arbeitsprogramms des Committee on Government Procurement¹²³ auch diese Fragen bearbeitet würden.

¹²² Siehe V. 2. b).

¹²³ Oben V. 3.

2. Besondere Vorgaben für die Beteiligung an Vergabeverfahren

Neben der Sicherstellung der Einhaltung von allgemeinen Gesetzen können Vergabestellen besondere Anforderungen an Unternehmen stellen, die sich an einer öffentlichen Ausschreibung beteiligen wollen und die über allgemeine Verpflichtungen hinausgehen. Dazu zählen insbesondere sog. Tariftreueerklärungen.

Für eine genauere Betrachtung ist zunächst zwischen deklaratorischen und konstitutiven Tariftreueerklärungen zu unterscheiden. Deklaratorische Tariftreueerklärungen verlangen von den Bietern lediglich die Erklärung, einen allgemein verbindlichen Tarifvertrag oder eine entsprechende Rechtsverordnung einzuhalten.¹²⁴ Da sie in der Sache keine über die ohnehin einzuhaltenden Vorschriften hinausgehende Pflicht für das Vergabeverfahren begründen, gelten für diese Erklärungen die oben gemachten Ausführungen zu allgemeinen Vorschriften sinngemäß.

Hiervon zu unterscheiden sind Tariftreueerklärungen, die eine Entgeltzahlungspflicht statuieren, die nicht bereits ohnehin gilt. Dazu zählen Erklärungen, dass die Unternehmen, ihren Beschäftigten mindestens das „für diese Leistung in einem der einschlägigen und repräsentativen mit einer tariffähigen Gewerkschaft vereinbarten Tarifverträge vorgesehene Entgelt nach den tarifvertraglich festgelegten Modalitäten zu zahlen“. ¹²⁵ Daneben sind Verpflichtungen zu nennen, die ausdrücklich auf einen konkret festgelegten Mindeststundenentgelt verweisen.¹²⁶ Schließlich kann auch auf das Entgelt abgestellt werden, das nach einem vom Auftraggeber nach billigem Ermessen zu benennenden und in den Vergabeunterlagen bekanntzugebenden einschlägigen Tarifvertrag zu zahlen wäre.¹²⁷ Diese Tariftreueklauseln stellen zusätzliche Bedingungen dar, die sich aber auch den konkreten Beschaffungsgegenstand – z. B. Bau eines Schulgebäudes – beziehen.

Derartige Tariftreueerklärungen sind in der Literatur teilweise als faktisch diskriminierend und damit Verstoß gegen das GPA angesehen worden.¹²⁸ Grundsätzlich kommt es jedoch auch in diesen Fällen darauf an, ob es für einen ausländischen Bieter schwerer ist dieses Kriterium zu erfüllen als für den inländischen Bieter. Diesbezüglich kann man ähnlich

¹²⁴ Siehe z. B. § 1 Abs. 2 Berliner Ausschreibungs- und Vergabegesetz – BerlAVG und § 4 Abs. 1 Tariftreue- und Vergabegesetz Nordrhein-Westfalen - TVgG – NRW. Dazu Faber, Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NRW unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, NWVBl. 2012, 255 sowie Rechten / Röhke, Sozialstandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Berlin und Brandenburg, LKV 2011, 337.

¹²⁵ So z. B. § 4 Abs. 2 TVgG – NRW.

¹²⁶ So z. B. 1 Abs. 4 BerlAVG oder § 4 Abs. 3 TVgG - NRW.

¹²⁷ § 1 Abs. 3 BerlAVG.

¹²⁸ Bungenberg (Fn. 4), S. 308.

argumentieren wie bei gesetzlichen Mindestlöhnen oder allgemein verbindlichen Tarifverträgen. Es ist für ausländische Bieter nicht grundsätzlich schwieriger, die Bedingungen eines Tarifvertrages einzuhalten als für inländische Bieter.

Auch der Hinweis auf die angeblich diskriminierende Wirkung der Tariftreueerklärung wegen der Schwierigkeit ausländischer Unternehmer, sich in ein anderes Tarifrecht einzuarbeiten¹²⁹, verfängt nicht ohne weiteres. Zunächst ist darauf zu verweisen, dass sich der ausländische Bieter ohnehin mit einer Reihe ihm im Zweifelsfall unbekannten inländischen Vorschriften befassen muss. In jedem Fall dürfte eine etwaige diskriminierende Wirkung entfallen, wenn – wie oben bereits ausgeführt – die einschlägigen Vorschriften, insbesondere die Entgelte, in den Ausschreibungsunterlagen genannt werden. Ohne derartige Klarstellungen könnten Tariftreueerklärungen allerdings dann als diskriminierend angesehen werden, wenn die inländischen Unternehmen überwiegend an den einschlägigen Tarifvertrag gebunden sind und daher dessen Bedingungen besser kennen, während die ausländischen Bieter, sich diese Informationen erst beschaffen müssen. Die Diskriminierung entsteht in diesem Fall durch den Informationsvorsprung der inländischen Bieter. Die Vergabestelle kann das Informationsdefizit ausländischer Bieter jedoch durch entsprechende Hinweise ausgleichen.

In der Literatur wird weiterhin darauf verwiesen, dass der EuGH in der sog. Rüffert-Entscheidung¹³⁰, Tariftreueerklärungen für europarechtswidrig angesehen habe. Eine genaue Analyse der Argumente des EuGH zeigt jedoch, dass diese auf die Diskriminierungsprüfung nach dem GPA nicht übertragbar sind. Der EuGH hielt die Tariftreueerklärung nämlich in erster Linie für eine „Belastung“ und damit für eine „Beschränkung“ der Dienstleistungsfreiheit.¹³¹ Auf eine diskriminierende Wirkung stellt er dagegen nicht ab. Generalanwalt *Bot* hat in seinen Schlussanträgen sogar ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die im Verfahren geprüfte Regelung nichtdiskriminierend ist.¹³² Damit dürfte zwar in erster Linie die *de jure* unterschiedslose Geltung der Tariftreueerklärung gemeint gewesen sein. Dennoch ist dieser Befund vorliegend von Bedeutung: Das GPA erfasst nämlich nur Diskriminierungen und enthält – anders als die Grundfreiheiten des Europarechts – kein Beschränkungsverbot. Letzteres reicht jedoch erheblich weiter als ein Diskriminierungsverbot, auch wenn diese *de facto* Diskriminierungen erfassen. Für ein Beschränkungsverbot genügt es nämlich, aufzuzeigen, dass die Tariftreueerklärung für einige

¹²⁹ So Frenz, Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BVerfG, NZS 2011, S. 321 (322).

¹³⁰ EuGH, Rs C-346/06, Rüffert Slg. 2008, I-1989.

¹³¹ EuGH (o. Fn, 130), Rn. 37. Siehe auch Rödel, Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, EuZW, 2011, 292 (294).

¹³² SchlAnträge GA Bot, Rs C-346/06, Rüffert, Rn. 104.

Unternehmen aus anderen EU-Mitgliedstaaten eine Belastung darstellen könnte. Dagegen muss für eine Diskriminierung eine generelle Schlechterbehandlung von inländischen und ausländischen Unternehmen angenommen werden können. Dies ist jedoch, wie soeben gezeigt bei Tariftreueerklärungen nicht der Fall, wenn die einzuhaltenden Vorgaben in den Bieterunterlagen genannt werden. Die Argumentation des EuGH ist folglich nicht auf das GPA übertragbar.

Auf die Weitere vor dem Hintergrund der Dienstleistungsfreiheit geführte Diskussion über die Rechtfertigung einer Beschränkung kommt es folglich für das GPA auch nicht mehr an. Dazu zählt vor allem das Argument, wonach Tariftreueerklärungen keinen vollständigen Arbeitnehmerschutz bieten könnten, da sie nur die Arbeitnehmer in öffentlichen Beschaffungsaufträgen schützen würden.¹³³

Im Ergebnis lässt sich damit festhalten, dass die für das Europarecht und insbesondere die Dienstleistungsfreiheit formulierten Einwände gegen Tariftreueerklärungen für das GPA nicht gelten. Damit zeigt sich jedoch auch, dass die Anforderungen, die das Europarecht an soziale Beschaffung stellt, enger sein können als diejenigen, die sich aus dem GPA ergeben.

Neben dem Diskriminierungsverbot könnte fraglich sein, inwieweit Tariftreueerklärungen als Auftragsausführungsbedingungen insgesamt zulässig sind.¹³⁴ Das GPA enthält keine expliziten Anforderungen an die Auftragsausführungsbedingungen. Wie jedoch ausgeführt worden ist, bedürfen diese Kriterien eines Auftragsbezuges. Die Anforderung bei der Ausführung des öffentlichen Auftrags einen bestimmten Tariflohn zu bezahlen enthält allerdings einen derartigen Auftragsbezug, so dass man Tariftreueerklärungen als zulässige Auftragsausführungsbestimmungen ansehen kann.

VII. Zusammenfassung

1. Anforderungen an soziale und arbeitnehmerfreundliche Beschaffung lassen sich in unterschiedliche Kategorien einteilen. Für die rechtliche Bewertung der Zulässigkeit dieser Anforderungen ist zum einen der Unterschied zwischen Kriterien, die für alle Unternehmen gleichermaßen und unabhängig von einem konkreten Vergabeverfahren gelten und solchen Anforderungen, die nur für die Bieter gelten, die sich an einem konkreten Verfahren beteiligen relevant. Zum anderen ist bedeutsam, ob es sich um Anforderungen an die konkrete zu erbringende Leistung oder an den Leistungserbringer handelt. Die letztgenannte

¹³³ Frenz (o. Fn.), S. 325.

¹³⁴ Siehe oben unter V.2.d und III.3.b) (3)

Unterscheidung wird im Vergabeverfahren bei der Leistungsbeschreibung einerseits und der Eignungsprüfung bzw. dem Zuschlag andererseits relevant.

2. Das Government Procurement Agreement (GPA) der WTO gilt sowohl in seiner bislang geltenden Fassung als auch in seiner 2012 revidierten Fassung nur für die begrenzte Zahl der GPA-Mitglieder. Es ist zudem auf Aufträge ab bestimmten Auftragssummen und auf bestimmte Auftraggeber beschränkt, die sich aus den länderspezifischen Anhängen des GPA ergeben.

3. Zu den auch für die soziale Beschaffung wesentlichen Grundprinzipien des GPA gehört das Prinzip der Inländergleichbehandlung, dass die Schlechterbehandlung von ausländischen Bietern verbietet. Hiervon werden jedoch neben direkten – de jure – Diskriminierungen nur solche Anforderungen erfasst, die von ausländischen Bietern generell schlechter erfüllt werden können als von inländischen.

4. Das GPA wurde nach einem längeren Revisionsprozess 2012 revidiert und neu gefasst. Dabei hat sich an der Rechtslage bezüglich sozialer und arbeitnehmerfreundlicher Beschaffung wenig Grundsätzliches geändert. Allerdings können Veränderungen einzelner Vorschriften teilweise zu einer Neubewertung führen. Die ausdrückliche Erwähnung umweltpolitischer Ziele in Art. X:6 GPS 2012 lässt sich indes nicht so deuten, dass soziale Kriterien nach dem GPA unzulässig sein sollen. Dagegen ist die Erweiterung der Kriterien, die einen Bieterausschluss gem. Art. VIII:4 GPA 2012 rechtfertigen, für die soziale Beschaffung positiv zu beurteilen, da sich hieraus ableiten lässt, dass auch erhebliche Verstöße gegen Arbeits-, Sozial- oder Umweltrechtsvorschriften zu einem Bieterausschluss führen können.

5. Zahlreiche offene Fragen, die soziale und ökologische Beschaffungsvorgänge betreffen, sollen im Rahmen des zukünftigen Arbeitsprogramms des Committee on Government Procurement in der WTO in den kommenden Jahren bearbeitet werden. Zivilgesellschaftliche und gewerkschaftliche Akteure, die ein Interesse daran haben, dass das GPA einen größtmöglichen Spielraum für derartige Beschaffung belässt, sollten diese Arbeit kritisch beobachten und begleiten.

6. Die konkrete Prüfung zahlreicher allgemeiner und konkreter Anforderungen an Unternehmen, die sich an öffentlichen Aufträgen im Bausektor beteiligen, ergibt, dass diese überwiegend mit dem GPA in Einklang zu bringen sind. Dies gilt insbesondere auch für Mindestlöhne und Tariftreueerklärungen, da diese grundsätzlich keine diskriminierende Wirkung gegenüber Bietern aus anderen Ländern entfalten. Allenfalls wenn ausländische

Unternehmen aufgrund von deutlichen Informationsdefiziten bezüglich des Inhalts von Tarifverträgen benachteiligt werden, könnte es sich um Diskriminierungen handeln. Diese können jedoch durch entsprechende Hinweise in den Ausschreibungsunterlagen ausgeglichen werden.

7. Die generelle Offenheit des GPA gegenüber Instrumenten der sozialen und arbeitnehmerfreundlichen Beschaffung darf nicht darüber hinwegtäuschen, dass diese Instrumente auch einer europarechtlichen Überprüfung unterzogen werden müssen, die u. U. strenger ausfällt als die Prüfung nach dem GPA.

Literaturverzeichnis

Anderson, Robert / Steven L. Schooner / Collin D. Swan: The WTO's Revised Government Procurement Agreement - an Important Milestone toward Greater Market Access and Transparency in Global Public Procurement Markets, *The Government Contractor* 2012, S. 1.

Anderson, Robert: Renewing the WTO Agreement on Government Procurement: Progress to Date and Ongoing Negotiations, *Public Procurement Law Review* 2007, S. 269

Arrowsmith, Sue: Horizontal Policies in Public Procurement: A Taxonomy, *Journal of Public Procurement* 2010, S. 150

Dies., *Government Procurement in the WTO*, The Hague 2003

Arrowsmith, Sue / Anderson, Robert: *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge 2011

Beck, Hans-Joachim / Girra, Hilmar: Bauabzugssteuer, *NJW* 2002, S. 1079

Bungenberg, Marc: *Vergaberecht im Wettbewerb der Systeme*, Tübingen 2007

Diemon-Wies, Ingeborg / Stefan Graiche: Vergabefremde Aspekte - Handhabung bei der Ausschreibung gem. § 97 IV GWB, *NZBau* 2009, S. 409

Dietrich, Thomas / Hanau, Peter u.a.: *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, München 2011

Faber, Markus: Rechtsfragen zum Tariftreue- und Vergabegesetz NR; unter Berücksichtigung des verfassungs- und europarechtlichen Rahmens sowie des Rechtsschutzes, *NWVBl.* 2012, S. 255

Fischer, Kristian: Erlaubt das WTO-Vergaberecht die Verfolgung politischer Ziele im öffentlichen Auftragswesen?, *RIW* 2003, S. 347

Frenz, Walter: Soziale Vergabekriterien im Spiegel aktueller Judikatur von EuGH und BverfG, *NZS* 2011, S. 321

Gaedtke, Jens-Christian: Multilateralisierung des öffentlichen Beschaffungswesens im Rahmen der WTO, *Außenwirtschaft* 58 (2003), S. 327

Ders.: *Politische Auftragsvergabe im Welthandelsrecht*, Berlin 2006

Gleichner, Elmar: Die Zulässigkeit vergabefremder Zwecke im Vergabeverfahren nach europäischem und WTO-Recht, in: Carl Baudenbacher (Hrsg.), *Aktuelle Entwicklungen des europäischen und internationalen Wirtschaftsrechts*, Basel 2002, S.191.

Hilf, Meinhard / Oeter, Stefan: *WTO-Recht*, 2. Aufl., Baden-Baden 2010

Huber, Peter M. / Wollenschläger, Ferdinand: EMAS und Vergaberecht – Berücksichtigung ökologischer Belange bei öffentlichen Aufträgen, *WiVerw* Nr. 04/2005, S. 212

Klumpp, Steffen: Dienstleistungsfreiheit versus Tariftreue, *NJW* 2008, S. 3473

Kunnert, Gerhard: WTO-Vergaberecht: *Genese und System sowie Einwirkungen auf das EG-Vergaberegime*, Baden Baden 1998

Löwisch, Manfred / Rieble, Volker: *Tarifvertragsgesetz Kommentar*, München 2012

McCrudden, Christopher: *Buying Social Justice*, Oxford 2007

Mosters, Johannes: *Ethische Beschaffung: Sekundärzwecke im Zeitalter der Globalisierung*, Frankfurt am Main 2010

Odendahl, Kerstin: Die Berücksichtigung vergabefremder Kriterien im öffentlichen Auftragswesen - Rechtslage nach EG- und WTO-Recht, *EuZW* 2004, S. 647

Ping, Wang: Coverage of the WTO's Agreement on Government Procurement: Challenges of Integrating China and other Countries with a Large State Sector into the Global Trading System, *JIEL* 10 (2007), S. 893

Pünder, Herrmann / Schellenberg, Martin (Hrsg.), *Vergaberecht Kommentar*, 1. Auflage, Berlin 2011

Prieß, Hans Joachim / Pitschas, Christian: Secondary Policy Criteria and Their Compatibility with E.C. and WTO Procurement Law – The Case of the German Scientology Declaration, *PPLR* 2000, S. 171

Rechten, Stephan / Röbbke, Marc: Spezialstandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge in Berlin und Brandenburg, *LKV* 2011, S. 337

Reich, Arie: New Text of the Agreement on Government Procurement: An Analysis and Assessment, *JIEL* 12 (2009), S. 989

Rolfs, Christian / Giesen, Richard / Kreikebohm, Ralf / Udsching, Peter (Hrsg.): *Beck'scher Online-Kommentar Sozialrecht*, 25. Aufl., 2012.

Rödel, Florian: Bezifferte Mindestentgeltvorgaben im Vergaberecht, *EuZW* 2011, S. 292

Schulten, Thorsten / Michael Pawicki: Tariftreueregelungen in Deutschland – Ein aktueller Überblick, *WSI Mitteilungen* 4/2008, S. 184-190.

Schwab, Brent: Das neue Arbeitnehmer-Entsendegesetz, *NZA-RR* 2010, S. 228

Siegel, Thorsten: Sozial- und Umweltstandards im öffentlichen Beschaffungswesen, *LKRZ* 2011, S. 121

Spennemann, Christoph: The WTO Agreement on Government Procurement, A Means of Furtherance of Human Rights? *ZEuS* 2001, S. 43

Trebilcock, Michael / Howse, Robert: *The Regulation of International Trade*, 3rd ed. London 2008

Vranes, Erich: *Trade and the Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory*, New York 2009

Van Calster, Geert: Procurement and the World Trade Organization: purchase power or pester power?, in: Cottier, Thomas / Nartova, Olga / Bigdeli, Sadeq Z. (Hrsg.), *International Trade Regulation and the Mitigation of Climate Change*, Cambridge 2009, S. 351

Ziekow, Jan: *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., München 2010

Ders.: Vergabefremde Zwecke und Europarecht, *NZBau* 2001, S. 72

Anhänge

Anhang I – Synoptische Übersicht über die wesentlichen Änderungen

Anhang II – Anwendungsbereich des GPA für Deutschland

Anhang III – Entwicklung der Schwellenwerte

Anhang I – Synoptische Übersicht über die wesentlichen Änderungen

Gegenstand	GPA 1994	GPA 2012
Nichtdiskriminierung	Art. III	Art. IV: 1-2 überschrieben mit General Principles
Technische Spezifikation	Art. VI	Art. X: 1-6
Eignung der Bieter	Art. VIII, b und h	Art. VIII
Zuschlagskriterien	Art. XIII:4, b	Art.XV:5
Auftragsausführung	Art. XII:2, j	Art. Art. X:7, g
Ausnahme	Art. XXIII	Art. III

Anhang II – Persönlicher Anwendungsbereich des GPA für Deutschland

Annex 1

Zentrale Regierungsstellen in Deutschland, die von der Öffentlichen Beschaffung nach dem neuen GPA umfasst sind, sind alle Bundesministerien sowie das Bundeskanzleramt und das Auswärtige Amt.¹³⁵

In Annex 2 des GPA wird unterschieden zwischen:

1. Beschaffungsstellen nach den Verwaltungseinheiten wie sie nach der NUTS-Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung und dem Vergleich zwischen den Gebietskörperschaften der Mitgliedstaaten gegliedert sind.¹³⁶

„Regionale Stellen“ nach GPA sind diejenigen der NUTS 1 und 2, also die einzelnen Länder und Regierungsbezirke (z.B. NUTS 1 Hessen und NUTS 2 Darmstadt).

„Lokale oder kleinere Stellen“ bezieht sich auf Städte, Landkreise und Gemeinden wie unter NUTS 3 aufgeführt.¹³⁷

2. Beschaffungsstellen, die nach der EU-Beschaffungsrichtlinie juristische Personen des öffentlichen Rechts sind.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts besitzen eigene Rechtspersönlichkeit, sind zur Förderung des Gemeinwohls und nicht ausschließlich zu industriellen Zwecken errichtet und dazu zu einem Großteil vom Staat, den Ländern oder den Kommunen finanziert.

Für die Konkretisierung derjenigen Beschaffungsstellen in Deutschland, die juristische Personen des öffentlichen Rechts sind, ist eine indikative Liste im GPA enthalten.

Beschaffungsstellen sind demnach alle Gebietskörperschaften (Bund, Länder, Landkreis und Kommunen) und sonstige Real- und Personalkörperschaften wie Wissenschaftliche Hochschulen und verfasste Studentenschaften, berufsständige Vereinigungen (Rechtsanwalts-, Notar-, Steuerberater-, Wirtschaftsprüfer-, Architekten-, Ärzte- und Apothekerkammern), Wirtschaftsvereinigungen (Landwirtschafts-, Handwerks-, Industrie- und Handelskammern,

¹³⁵ Quelle: Committee on Government Procurement (CGP), Adoption of the results of the negotiations under article XXIV:7 of the Agreement on Government Procurement, GPA/113, 2 April 2012 (im Folgenden GPA/113), S. 89.

¹³⁶ Verordnung (EC) No 1059/2003 vom 26.Mai 2003.

¹³⁷ Verordnung (EC) No 1059/2003, Annex 1, S.6 ff.

Handwerksinnungen, Handwerkerschaften), Sozialversicherungen (Krankenkassen, Unfall- und Rentenversicherungsträger), kassenärztliche Vereinigungen, Genossenschaften und Verbände.¹³⁸

Hinzu kommen gemeinnützige Anstalten und Stiftungen des öffentlichen Rechts auf Bundes-, Landes- oder Kommunalebene, z.B. rechtsfähige Bundesanstalten, Versorgungsanstalten und Studentenwerke, Kultur-, Wohlfahrts- und Hilfsstiftungen.

Außerdem sind auch solche nicht gewerblichen und gemeinnützigen juristischen Personen des Privatrechts erfasst, die der staatlichen Kontrolle unterliegen, also beispielsweise kommunale Versorgungsunternehmen des Gesundheitswesens (Krankenhäuser, Kurmittelbetriebe, medizinische Forschungseinrichtungen, Untersuchungs- und Tierkörperbeseitigungsanstalten, der Kultur (öffentliche Bühnen, Orchester, Museen, Bibliotheken, Archive, zoologische und botanische Gärten, für Soziales (Kindergärten, Kindertagesheime, Erholungseinrichtungen, Kinder- und Jugendheime, Freizeiteinrichtungen, Gemeinschafts- und Bürgerhäuser, Frauenhäuser, Altersheime, Obdachlosenunterkünfte, des Sports (Schwimmbäder, Sportanlagen und -einrichtungen, der Sicherheit (Feuerwehren, Rettungsdienste), der Bildung (Umschulungs-, Aus-, Fort- und Weiterbildungseinrichtungen, Volksschulen), der Wissenschaft, Forschung und Entwicklung (Großforschungseinrichtungen, wissenschaftliche Gesellschaften und Vereine, Wissenschaftsförderung, der Entsorgung (Straßenreinigung, Abfall- und Abwasserbeseitigung, des Bauwesens und Wohnungswirtschaft (Stadtplanung, Stadtentwicklung, Wohnungsunternehmen soweit im Allgemeininteresse tätig, Wohnraumvermittlung, der Wirtschaft (Wirtschaftsförderungsgesellschaften), des Friedhofs- und Bestattungswesens oder der Zusammenarbeit mit den Entwicklungsländern (Finanzierung, technische Zusammenarbeit, Entwicklungshilfe, Ausbildung).¹³⁹

Des Weiteren sind Beschaffungsstellen Flughäfen, Häfen im Eigentum der Gebietskörperschaften sowie Inlandshäfen, die unter die Hafenordnung gemäß dem Wassergesetz der jeweiligen Länder fallen, Transportunternehmen gemäß dem Personenbeförderungsgesetz, die Deutsche Bahn AG sowie andere Eisenbahngesellschaften, die unter das allgemeine Eisenbahngesetz fallen.

¹³⁸ GPA/113, S. 151.

¹³⁹ GPA/113, S.152.

Anhang III – Sachlicher Anwendungsbereich und Entwicklung der Schwellenwerte im Verlauf von 1998 bis heute

Annex 1 Central government entities

Supplies

Thresholds: SDR 130,000

Services

Specified in Annex 5

Thresholds: SDR 130,000

Works

Specified in Annex 6

Thresholds: SDR 5,000,000

Annex 2 Sub-Central entities

Supplies

Thresholds: SDR 200,000

Services

Specified in Annex 5

Thresholds: SDR 200,000

Works

Specified in Annex 6

Thresholds: SDR 5,000,000

Die Schwellenwerte, welche festlegen, ab welchem Wert eine Beschaffung unter das GPA fällt, sind in SZR angegeben. Dieser vom IWF eingeführte Wert bestimmt sich nach dem Währungskorb verschiedener Weltwährungen.

Zum Vergleich, im Jahr 1984 lag der Umrechnungsbetrag für 1 SZR in Deutschland bei 0,324076, im Jahr 1998 war der Umrechnungswert für 1 SRZ bei 0,417122.

Nach der Euroeinführung lag der Wert 2003 bereits bei 0,84995. Für Oktober 2012 ist ein weitgehend gleichbleibender, jedoch leicht gesunkener Wert von 0,843389 angegeben.

Im neuen GPA 2012 wurden die Schwellenwerte für „supplies and services“ für alle anderen als die Bundesbehörden um 70.000 SZR von 130.000 auf 200.000 SZR angehoben. Daher ist nun eine Grenze für Aufträge der nicht zentralstaatlichen Stellen ab ca. 168.000 € im Bereich des Lieferungs- und Dienstleistungssektors für den Anwendungsbereich des GPA festgelegt. Für die Bundesbehörden ist der Schwellenwert, ab dem es sich um eine Beschaffung nach dem GPA 2012 handelt, bei 130.000 SZR, dh. ungefähr 110.000 € geblieben. Für Bauaufträge ist der SZR-Wert mit 5.000.000 für alle Stellen gleich geblieben. Durch den Umrechnungskurs ist die Schwelle 2012 von ursprünglich 4.249.750 € auf 4.216.945 € leicht gesunken.

Jahr	SZR	Wert in Euro
2003	100.000	126.109 €
2012	100.000	116.380 €

Quelle: http://www.imf.org/external/np/fin/data/param_rms_mth.aspx

Schwellenwerte neues GPA (2012)

	Schwellenwert in SZR (GPA 2012) Bundes- behörden	Schwellenwert in SZR (GPA 2012) (nicht Bundesbehörden)	Schwellenwert in €2012 Bundes- behörden	Schwellenwert in €2012 Nicht Bundes- behörden
Supplies	130.000	200.000	153.153 €	232.274 €
Services	130.000	200.000	153.153 €	232.274 €
Works	5.000.000	5.000.000	4.216.945 €	4.216.945