

## I. Allgemeines

**1. Normzweck.** Bei der Vergabe öffentlicher Aufträge geht es dem Staat zunächst einmal um die Deckung seines Bedarfs an Bau-, Dienst- und Lieferleistungen. Der Staat kann bei der Auftragsvergabe aber zugleich andere **strategische Ziele**<sup>416</sup> verfolgen und Wirtschaftspolitik betreiben.<sup>417</sup> Die Auftragsvergabe kann insbesondere zur Förderung sozialpolitischer Zielsetzungen genutzt werden, zB um den Anliegen von Menschen mit Behinderung Rechnung zu tragen, Spätaussiedler<sup>418</sup> oder Langzeitarbeitslose in das Erwerbsleben zu integrieren oder durch soziale Mindeststandards Lohndumping zu verhindern. Sie kann der Frauenförderung dienen<sup>419</sup> oder darauf abzielen, auf die Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen hinzuwirken. Ebenso kann das Beschaffungswesen dazu genutzt werden, ökologischen Belangen Rechnung zu tragen, indem zB erneuerbare Energien, der ökologische Anbau von Lebensmitteln oder nachhaltige Forstwirtschaft gefördert werden. Umweltorientierte Auftragsvergabe (Green Public Procurement, GPP) ist ein wichtiges Instrument zum Erreichen der umweltpolitischen Ziele im Zusammenhang mit dem Klimawandel, der Ressourcennutzung sowie der Nachhaltigkeit in Produktion und Verbrauch, und zwar insbesondere angesichts der Bedeutung der Ausgaben des öffentlichen Sektors für Waren und Dienstleistungen in Europa.<sup>420</sup> Insoweit geht es allgemein um die Einbeziehung von Gemeinwohlbelangen in die staatliche Beschaffungspraxis. Schließlich kann der Staat die öffentliche Auftragsvergabe strategisch dazu nutzen, Forschung und Innovation, einschließlich Öko-Innovation und sozialer Innovation, voranzutreiben. Diese gehören zu den Haupttriebkraften künftigen Wachstums und stehen im Mittelpunkt der Strategie „Europa 2020“ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum.<sup>421</sup>

Bei der Verfolgung politischer, namentlich sozialer und ökologischer Zwecke durch die Beschaffungspraxis handelt es sich um eine Steuerung durch mittelbares Einwirken. Der öffentliche Auftraggeber, der die Vergabe mit Lenkungszielen auflädt,<sup>422</sup> setzt einen materiellen Anreiz für die potentiellen Bewerber, ihre Verhaltensweisen den staatlichen Erwartungen anzupassen, ohne dass hierzu eine allgemeine Rechtspflicht bestünde.<sup>423</sup> Der Staat nimmt somit – ähnlich wie dies im Steuerrecht und im Subventionsrecht der Fall ist – durch ein **Anreizsystem**<sup>424</sup> auf die Willensbildung der potentiellen Bewerber Einfluss. Die große Nachfragemacht des öffentlichen (steuerfinanzierten) Auftraggebers erweist sich insofern als effektives Steuerungsmittel.<sup>425</sup>

**Kritiker** der Politisierung der Auftragsvergabe bemängeln insbesondere die hiermit einhergehenden Verteuerungseffekte, welche Kommunen und Steuerzahler belasten und mit dem Sparsamkeitsgebot des § 61 HGrG im Konflikt stehen.<sup>426</sup> Problematisch sei ferner die Tendenz einer strategischen Auftragsvergabe, kleine und mittlere Unternehmen mit ihren komplexen Anwendungsvoraussetzungen zu überfordern und hierdurch größere Unternehmen – im Widerspruch zum Grundsatz des Mittelstandsschutzes – zu bevorzugen.<sup>427</sup> Zudem wird in der Berücksichtigung

<sup>416</sup> Immenga/Mestmäcker/Dreher Rn. 232 spricht von „vergabefremde Regelungen“; Latzel NZBau 2014, 673 spricht von „sekundären Vergabezwecken“.

<sup>417</sup> Latzel NZBau 2014, 673.

<sup>418</sup> § 14 Abs. 2 BVFG: Bei der Vergabe von Aufträgen durch die öffentliche Hand sind Spätaussiedler in den ersten zehn Jahren nach Verlassen der Aussiedlungsgebiete bevorzugt zu berücksichtigen.

<sup>419</sup> Vgl. §§ 4, 6 FrauFöV Brandenburg, wonach Unternehmen, die sich der Gleichstellung von Frauen im Erwerbsleben angenommen haben, „bevorzugte Bieter“ sind.

<sup>420</sup> Kom., Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 3. Aufl. 2016, 4.

<sup>421</sup> Erwägungsgrund 48 RL 2014/24/EU.

<sup>422</sup> Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, 77.

<sup>423</sup> Kirchhof, Verwalten durch mittelbares Einwirken, 1977, 38 f. 105 f.

<sup>424</sup> Zu diesem Vorgang generell Engel FS Mestmäcker, 1998, 119 (129 f.); Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, 77.

<sup>425</sup> Ziekow/Völlink/Ziekow, 2. Aufl. 2013, Rn. 108; Latzel NZBau 2014, 673.

<sup>426</sup> Immenga/Mestmäcker/Dreher Rn. 237; Latzel NZBau 2014, 673; Wiedemann in KKPP GWB § 127 merkt krit. an, dass der öffentliche Auftraggeber zur Verfolgung gesellschaftspolitischer Zielsetzungen einer gesonderten Finanzausstattung bedürfte, welche im Haushaltssystem gesondert ausgewiesen sein müsste. Beck VergabeR/Opitz § 97 Abs. 3 Rn. 22 spricht von einer „Instrumentalisierung des Vergaberechts für politische Zielsetzungen“.

<sup>427</sup> Beck VergabeR/Opitz § 97 Abs. 3 Rn. 22; Immenga/Mestmäcker/Dreher Rn. 236; McCrudden, Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change, 2007, 118; mit Blick auf die Landesvergabe-gesetze meint Meißner ZfBR 2014, 453 (459), dass diese ihre Ziele verfehlen und eher zu weniger Angeboten führen würden. Es zeige sich zunehmend, dass das Vergaberecht nicht das richtige Instrument zur Verfolgung von sozialen und umweltpolitischen Zielen sei. Hattenhauer/Butzert ZfBR 2017, 129 (134) weisen auf den möglichen Konflikt mit Abs. 4 S. 1 hin, wenn die Anforderungen an die strategischen Aspekte so hoch gesteckt seien, dass sie für kleinere Unternehmen schwerer umsetzbar seien.

sozial- oder umweltpolitisch motivierter Beschaffungskriterien teilweise eine Wettbewerbsverfälschung gesehen.<sup>428</sup>

84 Bei einer **gesamtwirtschaftlichen Betrachtungsweise** ist allerdings zu berücksichtigen, dass auch das Fehlen sozialer und umweltpolitischer Standards zu Folgekosten führen kann. So wird der einzelne öffentliche Auftrag durch den Einsatz von Billiglohnkräften zwar weniger kostspielig, gleichzeitig können dem Staat jedoch andere Kosten, zB in Form ergänzender Sozialleistungen entstehen. Werden die negativen Auswirkungen von Arbeitslosigkeit, sozialer Ausgrenzung und Umweltverschmutzung mitberücksichtigt, so werden die Vorteile einer politikorientierten Beschaffung deren kurzfristige finanzielle Nachteile für den Steuerzahler zumindest mittel- oder langfristig betrachtet oftmals überwiegen.<sup>429</sup> Überdies darf nicht übersehen werden, dass trotz des dem Vergaberrecht zugrunde liegenden Wirtschaftlichkeitsprinzips der Staat eine gesellschaftliche Gesamtverantwortung trägt. Der Staat bleibt auch als Auftraggeber den Belangen des Gemeinwohls verpflichtet. Dem Vergaberecht darf daher kein nur auf grenzenlose Gewinnmaximierung ausgerichtetes Markt- und Wettbewerbsleitbild zugrunde gelegt werden.<sup>430</sup> Wäre der Staat als Auftraggeber gehalten, Umweltverschmutzung und soziale Ausbeutung ökonomisch zu fördern, könnte er kaum seiner Vorbildfunktion<sup>431</sup> in sozialer und umweltpolitischer Hinsicht gerecht werden. Der Staat trägt insoweit eine **soziale und umweltpolitische Verantwortung**, welche die Berücksichtigung dieser strategischen Aspekte in der Auftragsvergabe zu einem elementaren Bestandteil einer modernen Vergabepolitik macht.

85 **2. Entstehungsgeschichte. a) Historische europarechtliche Entwicklung.** Die Verfolgung strategischer Ziele bei der öffentlichen Auftragsvergabe ist ein globales Phänomen, das bis zu den Anfängen des modernen öffentlichen Auftragswesens in der Mitte des 19. Jahrhunderts zurückreicht.<sup>432</sup> Das Vergaberecht ist seinem Ursprung nach staatliches Haushaltsrecht, das eine wirtschaftliche und sparsame Beschaffung durch die öffentliche Hand sicherstellen und Korruption verhindern soll. Nachdem die Auftragsvergabe für protektionistische Zwecke instrumentalisiert und inländische gegenüber ausländischen Bietern bevorzugt wurden,<sup>433</sup> regulierte die EWG und später die EU das öffentliche Auftragswesen, um der Behinderung des Wettbewerbs im Binnenmarkt entgegenzutreten. Zu diesen beiden Zwecken des Vergaberechts, der wirtschaftlichen und sparsamen Beschaffung und der Öffnung des Wettbewerbs, passt eine Nutzung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Verfolgung strategischer Aspekte nur beschränkt. So kann die Berücksichtigung strategischer Aspekte nicht nur zu einer Verteuerung der Leistungen führen, sondern auch den Wettbewerb einschränken, wenn Unternehmen zwar die nachgefragten Güter anbieten, nicht aber den verlangten sozialen bzw. ökologischen Anforderungen genügen und daher am Wettbewerb nicht teilnehmen können.<sup>434</sup> In den ersten Fassungen der europäischen Richtlinien für das öffentliche Beschaffungswesen aus den Jahren 1971 (Baufaufträge)<sup>435</sup> bzw. 1977 (Lieferaufträge)<sup>436</sup> und 1992 (Dienstleistungsaufträge)<sup>437</sup> war von sozialen oder umweltbezogenen Aspekten bei der Vergabe noch keine Rede.

86 Die Mitgliedstaaten nutzten die Auftragsvergabe jedoch als Instrument der Wirtschaftssteuerung und fanden insoweit Unterstützung beim **EuGH**. Dieser entschied erstmals im Beentjes-Urteil,<sup>438</sup>

<sup>428</sup> Immenga/Mestmäcker/Dreher Rn. 238; Beck VergabeR/Optiz § 97 Abs. 3 Rn. 23 meint, dass zudem der Willkür Vorschub geleistet werde, wenn in Vergabeverfahren Auswahlentscheidungen nach einer Vielzahl unbestimmter und vom Auftraggeber kaum evaluierbarer politischer Kriterien getroffen werde.

<sup>429</sup> HK-VergabeR/Fehling Rn. 97.

<sup>430</sup> HK-VergabeR/Fehling Rn. 97.

<sup>431</sup> Burgi VergabeR § 7 Rn. 6 leitet eine Art Vorbildwirkung des Staates sowohl aus dessen primärer Orientierung auf das Gemeinwohl als auch aus der enormen ökonomischen Dimension des öffentlichen Beschaffungssektors ab; Hattenhauer/Butzert ZfBR 2017, 129 weisen darauf hin, dass die Verbindung eines Vergabeverfahrens mit strategischen Zielen angesichts der hohen Auftragssummen dazu dienen, die Verbreitung und Vermittlung der dahinter stehenden Werte allgemein zu fördern und Standards zu etablieren.

<sup>432</sup> Ausf. McCnadden, Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change, 2007, 4 ff; Burgi VergabeR § 7 Rn. 9 ff. teilt die Entwicklung von der Verfolgung vergabefremder Zwecke zur strategischen Beschaffung in drei Phasen ein.

<sup>433</sup> Latzel NZBau 2014, 673.

<sup>434</sup> Ziekow DÖV 2015, 897; Ziekow/Völlink/Ziekow, 2. Aufl. 2013, Einl. Rn. 1 und Ziekow/Völlink/Ziekow, 2. Aufl. 2013, Rn. 3.

<sup>435</sup> Richtlinie 71/305/EWG des Rates v. 26.7.1971 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. 1971 L 185, 5.

<sup>436</sup> Richtlinie 77/62/EWG des Rates v. 21.12.1976 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, ABl. 1977 L 13, 1.

<sup>437</sup> Richtlinie 92/50/EWG des Rates v. 18.6.1992 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Dienstleistungsaufträge, ABl. 1992 L 209, 1.

<sup>438</sup> EuGH Urt. v. 20.9.1988 – C-31/87, Slg. 1988, 4635 Rn. 37 = ECLI:EU:C:1988:422 – Gebroeders Beentjes.

dass aus dem Schweigen des Richtlinien textes nicht der Schluss auf die Unzulässigkeit „besonderer zusätzlicher Kriterien“ gezogen werden könnte. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall war die Vergabe eines öffentlichen Auftrags daran geknüpft, dass eine bestimmte Anzahl der für den Auftrag eingesetzten Arbeitskräfte Langzeitarbeitslose sein sollten. Dieses Kriterium erachtete der EuGH als zulässig, wenn es nicht unmittelbar oder mittelbar zu einer Diskriminierung der Bieter aus anderen Mitgliedstaaten führt und vorher den Bewerbern bzw. Bietern bekannt gemacht wurde. Die Richtlinien seien kein abschließendes und erschöpfendes Gemeinschaftsrecht und ließen daher Raum für zusätzliche Bedingungen. Der EuGH hielt diese Rechtsprechung trotz massiver Kritik im Schrifttum<sup>439</sup> aufrecht. In der Rechtssache „Nord-Pas-de-Calais“<sup>440</sup> betonte der EuGH erneut, der öffentliche Auftraggeber könne eine mit dem Kampf gegen die Arbeitslosigkeit zusammenhängende Bedingung als Kriterium verwenden, wenn diese Bedingung die wesentlichen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachte. In diesem Urteil stufte der EuGH die zusätzlichen Bedingungen erstmals ausdrücklich als Zuschlagskriterien ein. In der Rechtssache „Concordia Bus Finland“<sup>441</sup> entschied der EuGH sodann erstmals, dass das Europarecht auch der Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien, konkret der Höhe der Stickoxidimmissionen und des Lärmpegels von Bussen, im Rahmen der Zuschlagserteilung nicht entgegenstehe, sofern diese mit dem Gegenstand des Auftrags zusammenhängen würden, im Leistungsverzeichnis oder in der Bekanntmachung des Auftrags ausdrücklich genannt seien und alle Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, vor allem das Diskriminierungsverbot, beachtet würden. In der Rechtssache „Wienstrom“<sup>442</sup> stellte der EuGH in Fortführung seiner Rechtsprechung fest, dass die Unbestimmtheit des Begriffs „wirtschaftlich günstigstes Angebot“ es erlaube, Umweltschutzkriterien – konkret einen bestimmten Öko-Stroman teil – zu berücksichtigen, sofern die im „Concordia Bus Finland“-Urteil herausgearbeiteten Voraussetzungen vorlägen. Der öffentliche Auftraggeber sei nicht nur bei der Auswahl der Zuschlagskriterien frei, sondern auch bei der Gewichtung dieser Kriterien, sofern diese eine Gesamtwürdigung der Kriterien zur Ermittlung des „wirtschaftlich günstigsten Angebots“ ermögliche.

Angesichts dieser Rechtsprechung legte auch die Kommission ihre anfängliche Skepsis gegenüber der Politisierung der Vergabe ab.<sup>443</sup> Bei der Neufassung und Vereinheitlichung des europäischen Vergaberechts durch die **Vergabe-RL 2004** im Jahre 2004 wurden soziale und umweltbezogene Kriterien erstmals durch den Richtliniengeber anerkannt. Allerdings äußerte sich die Vergabe-RL 2004 nur sehr verhalten zu den strategischen Aspekten und wies deren Berücksichtigung nur den „zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung“ zu (Art. 26 Vergabe-RL 2004),<sup>444</sup> wodurch die eher großzügige Tendenz der Rechtsprechung des EuGH legislativ begrenzt werden sollte.<sup>445</sup> Dass soziale und umweltbezogene Zielsetzungen lange Zeit als eine Art Fremdkörper im Vergaberecht angesehen wurden, zeigt bereits die häufig verwendete Bezeichnung als „vergabefremde Kriterien“.<sup>446</sup>

Durch die **RL 2014/24/EU, Sektoren-RL und RL 2014/23/EU** ist die Einbeziehung strategischer Ziele bei der öffentlichen Beschaffung nunmehr umfassend gestärkt worden. Dem Richtliniengeber ging es um eine angemessene Einbeziehung ökologischer, sozialer und arbeitsrechtlicher Erfordernisse in das Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge bzw. Konzessionen.<sup>447</sup> Die Öffnung der nationalen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb wird zwar in Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU nach wie vor als zentrales Ziel des europäischen Vergaberechts benannt. Jedoch wird gleich im Erwägungsgrund 2 RL 2014/24/EU betont, dass „die öffentliche Auftragsvergabe in stärkerem Maße zur Unterstützung gemeinsamer gesellschaftlicher Ziele“ dienen soll. Eine Schlüsselbestimmung ist insoweit Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU, der den Grundsatz einer umwelt-, sozial- und arbeitsrechtskonformen öffentlichen Auftragsvergabe aufstellt.<sup>448</sup> Hiernach haben die Mitgliedstaaten durch geeig-

<sup>439</sup> Eingehend statt vieler *Benedict* NJW 2001, 947 (948).

<sup>440</sup> EuGH Urt. v. 26.9.2000 – C-225/98, Slg. 2000, I-7445 Rn. 50 = ECLI:EU:C:2000:494 – Kommission/Frankreich (Nord-Pas-de-Calais).

<sup>441</sup> EuGH Urt. v. 17.9.2002 – C-513/99, Slg. 2002, I-7213 = ECLI:EU:C:2002:495 – Concordia Bus Finland.

<sup>442</sup> EuGH Urt. v. 4.12.2003 – C-448/01, Slg. 2003, I-14527 = ECLI:EU:C:2003:651 – EVN AG und Wienstrom GmbH.

<sup>443</sup> Vgl. Mitt. „Auslegung Vergaberecht“, ABl. 2001 C 333, 27; Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das Öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeit zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, ABl. 2001 C 333, 07.

<sup>444</sup> Ausweislich Erwägungsgrund 33 Vergabe-RL 2004 sollte allerdings bspw. die Möglichkeit zur Verbesserung der beruflichen Ausbildung auf Baustellen oder der Bekämpfung der Arbeitslosigkeit geschaffen werden.

<sup>445</sup> Ziekow/Völlink/*Ziekow*, 2. Aufl. 2013, Rn. 152; *Ziekow* DÖV 2015, 897 (898).

<sup>446</sup> ZB *Kling*, Zur Zulässigkeit vergabefremder Kriterien im Recht der öffentlichen Auftragsvergabe, 2000; *Burgi* NZBau 2001, 64; *Beuttenmüller*, Vergabefremde Kriterien im öffentlichen Auftragswesen, 2007.

<sup>447</sup> Erwägungsgrund 37 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 52 Sektoren-RL; Erwägungsgrund 55 Vergabe-RL 2004.

<sup>448</sup> *Glaser*, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, 12 f.

nete Maßnahmen dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union, einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die in Anhang X RL 2014/24/EU aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind. Ferner ermöglicht der neue Rechtsrahmen den Vergabestellen, die öffentliche Auftragsvergabe stärker zur Unterstützung strategischer, insbesondere sozialer und umweltbezogener Ziele zu nutzen. In jeder Phase eines Verfahrens von der Definition der Leistung über die Festlegung von Eignungs- und Zuschlagskriterien bis hin zur Vorgabe von Ausführungsbedingungen können qualitative, soziale, umweltbezogene oder innovative (nachhaltige) Aspekte einbezogen werden. Hinsichtlich der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren und der Berücksichtigung der Belange von Menschen mit Behinderung sind vom öffentlichen Auftraggeber bei der Definition der Leistung sogar zwingende Vorgaben zu machen. Die Richtlinien ermöglichen zudem ein erleichtertes Vergabeverfahren bei sozialen und anderen besonderen Dienstleistungen.<sup>449</sup> Der neue rechtliche Rahmen kommt gerade Unternehmen zugute, die ihrer Verantwortung bis hinein in die Produktions- und Lieferketten nachkommen und setzt Anreize für Unternehmen, internationale Standards zur Unternehmensverantwortung (zB die ILO-Kernarbeitsnormen) einzuhalten.<sup>450</sup> Die wesentliche Neuausrichtung des europäischen Vergaberechts liegt in der Betonung umweltbezogener und sozialer Kriterien, deren Berücksichtigung zum Regelfall wird. Das europäische Vergaberecht steht nunmehr im Zeichen strategischer Beschaffung.<sup>451</sup> Angesichts dieses „Paradigmenwechsels“ sollten ökologische und soziale Vergabekriterien nicht mehr als „vergabefremd“ oder „sekundär“ bezeichnet werden, da dies fälschlich suggeriert, es handele sich um Kriterien von untergeordnetem Rang.<sup>452</sup>

89 **b) Entstehung des Abs. 3.** Abs. 3 liegt keine eigenständige Regelung der Vergaberechtsmodernisierungsrichtlinien zugrunde, beruht aber auf einer Umsetzung der allgemeinen Zielvorgabe der RL 2014/24/EU, Sektoren-RL und RL 2014/23/EU, umweltbezogene, soziale und arbeitsrechtliche Aspekte effektiver in das Vergabeverfahren einzubeziehen.<sup>453</sup> Da die strategischen Aspekte nunmehr das gesamte Vergaberecht durchziehen, war die Vorgängerregelung in § 97 Abs. 4 S. 2 aF, die lediglich eine Berücksichtigungsfähigkeit von „sozialen, umweltbezogenen und innovativen Aspekten“ im Rahmen der besonderen Auftragsbedingungen vorsah, grundlegend zu reformieren.

90 In den „Eckpunkten zur Reform des Vergaberechts“, wurde als dritte Leitlinie zur Transformation des Unions- in das nationale Vergaberecht formuliert: „Soziale, ökologische und innovative Aspekte sollen im Einklang mit dem Wirtschaftlichkeitsgrundsatz gestärkt werden“.<sup>454</sup> Der Entwurf der Bundesregierung, mit welchem das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet wurde, stellt in der Begründung zur Regelung des Abs. 3 dessen Zielsetzung klar: Der durch die Vergaberechtsmodernisierungsrichtlinien erfolgten umfassenden Stärkung der Einbeziehung strategischer Ziele bei der Beschaffung soll Rechnung getragen werden, „indem bereits bei den Grundsätzen der Auftragsvergabe auf diese Möglichkeit für den Auftraggeber hingewiesen wird“.<sup>455</sup> Mit der Normierung der strategischen Ziele in einem eigenen Absatz innerhalb des § 97 betont der Gesetzgeber deren hohe Priorität im Vergaberecht und verleiht ihnen einen vergleichbaren Rang wie den in Abs. 1 aufgeführten Grundsätzen der Transparenz, der Verhältnismäßigkeit und des Wettbewerbs, des in Abs. 2 normierten Gleichbehandlungsgebots und des in Abs. 4 genannten Mittelstandsschutzes.<sup>456</sup>

91 Vom Bundestag abgelehnt<sup>457</sup> wurden Entschließungsanträge, die ua auf eine zwingende Regelung zur Berücksichtigung sozialer und ökologischer Aspekte im Verfahren gerichtet waren<sup>458</sup> bzw.

<sup>449</sup> Begr. RegE VergRModG S. 68, zu § 97 Abs. 3.

<sup>450</sup> VergRModVO, BR-Drs. 87/16, 1.

<sup>451</sup> Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, 77 f.

<sup>452</sup> Für eine Überwindung des herkömmlichen Sprachgebrauchs plädieren Gröning VergabeR 2014, 339 (341) und Glaser, Zwingende soziale Mindeststandards bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, 2015, 77 f.; Fehns-Böer in Müller-Wrede GWB Rn. 61; Wiedemann in KKPP GWB Rn. 79; vgl. auch die Wortmeldung des Parlamentarischen Staatssekretärs im Bundesministerium für Wirtschaft und Energie Uwe Beckmeyer: „Niemand kann danach mehr von vergabefremden Aspekten sprechen“, Plenarprotokoll 936 v. 25.9.2015, 332. Beck VergabeR/Optiz § 97 Abs. 3 Rn. 9, 10 plädiert für den Begriff „nichtmonetäre Aspekte“, da der Begriff der Strategie aus dem Militärischen stamme.

<sup>453</sup> Begr. RegE VergRModG S. 68, zu § 97 Abs. 3; Beck VergabeR/Optiz § 97 Abs. 3 Rn. 3 spricht insoweit von einer in den europäischen Richtlinien fehlenden „Generalklausel“.

<sup>454</sup> Beschl. des Bundeskabinetts v. 7.1.2015.

<sup>455</sup> Begr. RegE VergRModG S. 68, zu § 97 Abs. 3.

<sup>456</sup> Fehns-Böer in Müller-Wrede GWB Rn. 67.

<sup>457</sup> Plenarprotokoll des Deutschen Bundestages 18/146 v. 17.12.2015, 14428.

<sup>458</sup> Entschließungsantrag BT-Drs. 18/7090.

nach denen die Verbindlichkeit von diesen Belangen mit Hilfe von Soll-Bestimmungen wo möglich gestärkt werden sollte.<sup>459</sup>

**3. Anwendungsbereich.** Abs. 3 findet gemäß seiner Stellung im – neu geschaffenen – allgemeinen Teil der vergaberechtlichen Vorschriften (Abschnitt 1) sowohl auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber (Abschnitt 2) als auch auf die Vergabe von öffentlichen Aufträgen in besonderen Bereichen und Konzessionen (Abschnitt 3) Anwendung. Neben der Vergabe öffentlicher Aufträge durch öffentliche Auftraggeber iSv §§ 151 ff. gelten die Grundsätze damit auch für die Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber gem. §§ 136 ff. sowie für die Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitsspezifischen öffentlichen Aufträgen iSv § 144 und schließlich die Vergabe von Konzessionen gem. §§ 148 ff. 92

**4. Regelungsgehalt, Aspekte.** Adressat der in Abs. 3 getroffenen Regelung ist unzweifelhaft der öffentliche Auftraggeber, weil er das Verfahren der Vergabe gestaltet. Abs. 3 sieht vor, dass die Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte bei der Vergabe „berücksichtigt werden“. Die gewählte Formulierung verzichtet sowohl auf die Verwendung von Hilfsverben wie „müssen“, „sollen“ oder „können“ als auch auf Temporaladverbien wie „stets“, „immer“ oder „regelmäßig“. In semantischer Hinsicht wird kein Soll-, sondern ein Ist-Zustand beschrieben; die Vorschrift selbst beinhaltet keinen eigenen unmittelbaren Anwendungsbefehl.<sup>460</sup> Da die strategischen Aspekte „nach Maßgabe dieses Teils“ berücksichtigt werden, richtet sich die Frage, ob dem Auftraggeber lediglich zusätzliche Handlungsmöglichkeiten eingeräumt werden, oder ob durch einen Anwendungsbefehl in sein aus der Beschaffungsautonomie abgeleitetes Bestimmungsrecht eingegriffen wird, allein nach den jeweiligen gesetzlichen Einzelsvorschriften sowie den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage des 4. Teils erlassen werden.<sup>461</sup> Soweit die Ansicht vertreten wird, der Regelungsgehalt des Abs. 3 wäre mit der Wendung „können/dürfen ... berücksichtigt werden“ klarer zum Ausdruck gekommen,<sup>462</sup> verkennt dies, dass im 4. Teil durchaus – wenn auch vereinzelt – Ausnahmen von der Beschaffungsautonomie durch Verpflichtungen zur Berücksichtigung strategischer Aspekte vorgesehen sind, so namentlich in § 121 Abs. 2 (→ Rn. 127) und in § 123 Abs. 4, § 123 Abs. 1 Nr. 10 (→ Rn. 135, 137) sowie in der auf Grundlage von § 113 erlassenen VgV, vgl. § 67 Abs. 2, Abs. 5 VgV, § 68 Abs. 2 VgV (→ Rn. 126, 163). 93

**Soziale Aspekte** waren bereits Gegenstand des § 97 Abs. 4 S. 2 aF. Die Berücksichtigungsfähigkeit sozialer Gesichtspunkte war Ausgangspunkt der sukzessiven europäischen Integration strategischer Ziele in öffentliche Beschaffungsvorhaben (→ Rn. 86). Die Bandbreite der sozialen Aspekte ist denkbar weit;<sup>463</sup> es fallen hierunter vor allem Zielsetzungen, die besonders schutzbedürftigen Personengruppen zu dienen bestimmt sind. Beispiele für soziale Aspekte werden bei den einzelnen Phasen des Vergabeverfahrens dargestellt. 94

**Umweltbezogene Aspekte** waren ebenfalls bereits Gegenstand des § 97 Abs. 4 S. 2 aF und seit langem europarechtlich als berücksichtigungsfähiger Gesichtspunkt im Vergabeverfahren anerkannt (→ Rn. 86). Umweltbezogene Aspekte sind alle Anforderungen und Bewertungen, die an einen ökologischen Produktionsprozess gestellt werden oder als Leistungs- und Funktionsanforderungen in die Leistungsbeschreibung und die Ausführungsbedingungen einfließen oder Gegenstand der Zuschlagskriterien sind.<sup>464</sup> Insoweit geht es vor allem um eine nachhaltige, energieeffiziente und ressourcenschonende Beschaffung,<sup>465</sup> mit welcher der öffentliche Auftraggeber seiner Vorreiterrolle beim Umwelt- und Klimaschutz gerecht werden soll.<sup>466</sup> Umweltbezogene Aspekte ermöglichen es unter anderem, Zielvorgaben aus dem EU-2030-Klima- und Energierahmen zu berücksichtigen sowie die in Art. 11 AEUV niedergelegte Verpflichtung umzusetzen, die Erfordernisse des Umweltschutzes und einer nachhaltigen Entwicklung zu fördern.<sup>467</sup> 95

<sup>459</sup> Entschließungsantrag BT-Drs. 18/7092; vgl. hierzu Burgi VergabeR § 7 Rn. 21, nach dem die stärkere Betonung des Dürfens anstatt des Müssens die Entscheidung über die Berücksichtigung strategischer Aspekte auf diejenige Ebene verlagere, auf der die konkreten Verhältnisse des Auftrags und des einzelnen Auftraggebers (von diesem selbst) am besten beurteilt werden können.

<sup>460</sup> Wiedemann in KKPP GWB Rn. 101, 104; Ziekow/Völlink/Ziekow Rn. 61 spricht von einer bloßen Hinweisfunktion der Vorschrift.

<sup>461</sup> Begr. RegE VergRModG S. 68, zu § 97 Abs. 3; BeckOK VergabeR/Marx, 18. Ed. 30.5.2019, § 97 Abs. 3 Rn. 4 f.

<sup>462</sup> Wiedemann in KKPP GWB Rn. 101.

<sup>463</sup> BeckOK VergabeR/Marx, 18. Ed. 30.5.2019, § 97 Abs. 3 Rn. 10.

<sup>464</sup> BeckOK VergabeR/Marx, 18. Ed. 30.5.2019, § 97 Abs. 3 Rn. 12.

<sup>465</sup> Begr. RegE VergRModGS. 68, zu § 97 Abs. 3.

<sup>466</sup> Funk/Tomerius KommJur 2016, 1.

<sup>467</sup> Fehns-Böer in Müller-Wrede GWB Rn. 81.

- 96 **Aspekte der Innovation** hatte der deutsche Gesetzgeber bereits – über die ausdrücklichen Vorgaben der damals umzusetzenden Richtlinien<sup>468</sup> hinaus – in § 97 Abs. 4 S. 2 aF integriert.<sup>469</sup> An diesem Aspekt hält Abs. 3 fest, zumal der Richtliniengeber nunmehr die öffentliche Auftragsvergabe als „Motor für Innovationen“<sup>470</sup> und die Förderung von „neuen Ideen“ als „Haupttriebkraft künftigen Wachstums“<sup>471</sup> hervorgehoben hat. Der Richtliniengeber versteht unter Innovationen die Realisierung von neuen oder deutlich verbesserten Waren, Dienstleistungen oder Verfahren, einschließlich – aber nicht beschränkt auf – Produktions-, Bau- oder Konstruktionsverfahren, eine neue Vermarktungsmethode oder ein neues Organisationsverfahren in Bezug auf Geschäftspraxis, Abläufe am Arbeitsplatz oder externe Beziehungen, unter anderem mit dem Ziel, zur Bewältigung gesellschaftlicher Herausforderungen beizutragen oder die Strategie Europa 2020 für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum zu unterstützen (vgl. Art. 2 Nr. 22 RL 2014/24/EU; Art. 2 Nr. 18 Sektoren-RL, Art. 5 Nr. 13 RL 2014/23/EU). Wie hieraus und auch aus der Begründung des Regierungsentwurfs zu Abs. 3 ersichtlich wird, besteht ein enger Zusammenhang zwischen Innovation und Nachhaltigkeit.<sup>472</sup> Zudem finden sich in den Richtlinienerwägungen Begriffskombinationen in Form der „Öko-Innovationen“<sup>473</sup> sowie der „sozialen Innovation“.<sup>474</sup> Der in Abs. 3 enthaltene Aspekt der Innovation weist daher Überschneidungen zu den ebenfalls in Abs. 3 erwähnten umweltbezogenen und sozialen Aspekten auf.<sup>475</sup>
- 97 Die **Aspekte der Qualität** waren in der Vorgängerregelung des § 97 Abs. 4 S. 2 aF noch nicht enthalten und wurden nunmehr in Abs. 3 neu aufgenommen.<sup>476</sup> In der Begründung des Regierungsentwurfs findet sich hierzu keine weitere Erläuterung, doch greift der Gesetzgeber mit dieser Formulierung ebenfalls auf Zielsetzungen in den Vergaberechtsmodernisierungsrichtlinien zurück.<sup>477</sup> Mit der Vergaberechtsreform soll eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität gefördert werden.<sup>478</sup> So sollen die öffentlichen Auftraggeber zB „ermutigt werden“, Zuschlagskriterien zu wählen, mit denen sie „qualitativ hochwertige Bauleistungen, Lieferungen und Dienstleistungen erhalten können, die ihren Bedürfnissen optimal entsprechen“.<sup>479</sup> Da eine Relation zwischen Leistung und Preis nur hergestellt werden kann, wenn auch bestimmte Qualitätskriterien erfüllt sind, ist die Berücksichtigung qualitativer Elemente letztlich eine Selbstverständlichkeit.<sup>480</sup> Subsumiert man die Qualität unter das wirtschaftliche Preis-Leistungsverhältnis, liegt eigentlich kein davon trennbarer strategischer Sekundärzweck vor.<sup>481</sup>
- 98 Der Gesetzgeber hat die konkret benannten strategischen Aspekte enumerativ, dh im Einzelnen aufzählend, formuliert. Aus dieser Regelungstechnik wird teilweise gefolgert, dass es sich um eine abschließende, keiner ergänzenden Gesetzesauslegung zugängliche Regelung handelt,<sup>482</sup> zumal sich der in § 97 Abs. 4 S. 2 aF enthaltene Zusatz „insbesondere“ in Abs. 3 nicht mehr findet. Umgekehrt wird argumentiert, dass die Erwägungen des Richtlinien- und Gesetzgebers sowie die Regelungen im 4. Teil dafür sprechen, dass über die in Abs. 3 bezeichneten strategischen Ziele hinaus weitere politikorientierte Aspekte Berücksichtigung finden können.<sup>483</sup> Tatsächlich ist es einigermaßen überraschend, dass der Gesetzgeber in Abs. 3 die beschäftigungspolitischen und arbeitsrechtlichen Belange nicht gesondert erwähnt hat, obgleich diesen nicht nur aus Sicht des EU-Richtliniengebers (vgl. Art. 18 Abs. 2 RL 2014/24/EU), sondern auch aus Sicht des Gesetzgebers eine besondere Bedeutung im Vergabeverfahren zukommt, wie sich insbesondere aus § 124 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 128 Abs. 1,

<sup>468</sup> Art. 38 S. 2 SKR und Art. 26 S. 2 Vergabe-RL 2004 erwähnten „insbes. soziale und umweltbezogene Aspekte“.

<sup>469</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede *GWB* Rn. 87.

<sup>470</sup> Erwägungsgrund 95 RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 100 Sektoren-RL.

<sup>471</sup> Erwägungsgrund 47 RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 57 Sektoren-RL.

<sup>472</sup> Begr. RegE VergRModG S. 57: Innovative Aspekte sind mit dem Klammerzusatz „nachhaltig“ versehen.

<sup>473</sup> Erwägungsgrund 47 RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 57 Sektoren-RL.

<sup>474</sup> Erwägungsgrund 95 RL 2014/24/EU.

<sup>475</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede *GWB* Rn. 88; *Hattenhauer/Butzert* *ZfBR* 2017, 129 (131); *Burgi* *VergabeR* § 7 Rn. 25 nennt als Beispiel für eine Öko-Innovation die Entwicklung eines energieeffizienten Lichtsystems für ein öffentliches Gebäude und als Beispiel für soziale Innovationen die Entwicklung eines Stadtteilbetreuungskonzepts für Kinder mit Migrationshintergrund und die Aufstellung von Frauenförderplänen in einem Unternehmen.

<sup>476</sup> Allg. zur Berücksichtigung der Qualitätsaspekte: *Beck VergabeR/Opitz* § 97 Abs. 3 Rn. 12 ff.

<sup>477</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede *GWB* Rn. 92.

<sup>478</sup> Erwägungsgrund 95 Sektoren-RL.

<sup>479</sup> Erwägungsgrund 92 RL 2014/24/EU.

<sup>480</sup> *BeckOK VergabeR/Marx*, 18. Ed. 30.5.2019, § 97 Abs. 3 Rn. 7 f.

<sup>481</sup> *HK-VergabeR/Fehling* Rn. 95.

<sup>482</sup> *Wiedemann* in *KKPP GWB* Rn. 105.

<sup>483</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede *GWB* Rn. 94.

Abs. 2 S. 3 ersehen lässt. Es mag sein, dass der Gesetzgeber die gesonderte Nennung der beschäftigungspolitischen Aspekte in Abs. 3 für entbehrlich gehalten hat, da sich diese oftmals mit sozialen Aspekten überschneiden. Die Frage, ob es sich bei Abs. 3 um eine abschließende Regelung handelt, ist allerdings im Ergebnis ohne Belang, da die konkrete Berücksichtigung strategischer Ziele im Vergabeverfahren ohnehin nicht in Abs. 3 geregelt ist, sondern sich aus den vergaberechtlichen Einzelregelungen des 4. Teils und den auf Grundlage des § 113 erlassenen Verordnungen ergibt.

**5. (Europa-)Rechtlicher Rahmen und Rechtsschutz.** Abs. 3 beschränkt sich darauf, auf die Bedeutung der Berücksichtigung strategischen Aspekte im Vergabeverfahren nach Maßgabe des 4. Teils zu verweisen. Die Vorschrift enthält jedoch keine eigenständigen im Interesse der Unternehmen formulierten Regelungen, weshalb ihr kein bieterschützender Charakter iSd Abs. 6 zukommt.<sup>484</sup> Der Rechtsschutz im Zusammenhang mit der Implementierung strategischer Zielsetzungen in ein konkretes Vergabeverfahren richtet sich nach dem jeweiligen Anknüpfungspunkt der Einbindung strategischer Aspekte, insbesondere der Leistungsbeschreibung, der Formulierung der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie besonderer Ausführungsbedingungen.<sup>485</sup> Die Ausübung des Bestimmungsrechts des öffentlichen Auftraggebers kann insoweit gegen (andere) Grundsätze des Vergabeverfahrens verstoßen.<sup>486</sup>

Die Einbeziehung strategischer Ziele in einen Beschaffungsvorgang ist an die Einhaltung **aller meiner vergaberechtlicher Grundsätze** gebunden.<sup>487</sup> So hat die Vergabe öffentlicher Aufträge stets im Einklang mit den im AEUV niedergelegten Grundsätzen zu erfolgen,<sup>488</sup> insbesondere den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den sich daraus ableitenden Grundsätzen wie Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, gegenseitige Anerkennung, Verhältnismäßigkeit und Transparenz.<sup>489</sup>

Die **Grundfreiheiten** verfolgen ähnliche Ziele wie das ursprüngliche Vergaberecht, indem sie einen möglichst freien Wettbewerb im Binnenmarkt sicherstellen. Durch ihren universellen wirtschaftlichen Ansatz vermögen sie auch solchen Vergabekriterien Schranken zu setzen, die zwar vordergründig Gemeinwohlzielen dienen sollen, aber faktisch Marktabschottung bewirken und bezwecken, weil die Anforderungen inländische Bieter leichter erfüllen können als ausländische.<sup>490</sup> Die Einbindung strategischer Ziele in das Vergabeverfahren darf insbesondere nicht zu einer nach Art. 18 AEUV untersagten unmittelbaren oder mittelbaren an die Staatsangehörigkeit anknüpfenden Diskriminierung von Unternehmen führen. Zu berücksichtigen ist zudem das Verbot der Beschränkung der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 49, 57 AEUV. Die europäischen Vergaberichtlinien RL 2014/24/EU, Sektoren-RL und RL 2014/23/EU sollen innerhalb ihres Anwendungsbereichs als Sekundärvergaberecht gewährleisten, dass die og Grundsätze praktische Geltung erhalten und dass das öffentliche Auftragswesen für den Wettbewerb geöffnet wird.<sup>491</sup> In dem Konflikt zwischen den Interessen potentieller Bewerber an einer nicht politisierten Beschaffung einerseits<sup>492</sup> und der Förderung von Gemeinwohlbelangen mittels öffentlicher Auftragsvergabe andererseits, schützt das Europarecht also durchaus auch die Interessen potentieller Bewerber.<sup>493</sup> Das Europarecht eröffnet dem öffentlichen Auftraggeber bei der Einbeziehung strategischer Ziele in die Auftragsvergabe einen weiten, aber eben doch begrenzten Spielraum.

Der Spielraum, der sich für öffentliche Auftraggeber bei der Verfolgung politischer Zwecke aus dem GWB ergibt, ist daher soweit möglich in europarechtskonformer Weise auszulegen. Ist eine

<sup>484</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede GWB Rn. 94.

<sup>485</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede GWB Rn. 94.

<sup>486</sup> *Wiedemann* in KKPP GWB Rn. 108.

<sup>487</sup> Ausf. hierzu *Fehns-Böer* in Müller-Wrede GWB Rn. 136 ff.; HK-VergabeR/*Fehling* Rn. 100 ff.

<sup>488</sup> Regelmäßig keine nennenswerte Rolle spielen demgegenüber die Grundrechte bei der strategischen Beschaffung, vgl. Burgi VergabeR § 7 Rn. 14, der darauf hinweist, dass das aus Art. 3 Abs. 1 GG ableitbare Diskriminierungsverbot hinter dem aus dem AEUV entnommenen Gebot der Verhältnismäßigkeit zurückbleibt. Zur Überprüfung von konstitutiven Tarifreueverpflichtungen am Maßstab von Art. 9 Abs. 3 GG und Art. 12 Abs. 1 GG → Rn. 182.

<sup>489</sup> Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 2 Sektoren-RL; Erwägungsgrund 4 Vergabe-RL 2004; HK-VergabeR/*Fehling* Rn. 102 ff.

<sup>490</sup> *Latzel NZBau* 2014, 673 (674).

<sup>491</sup> Vgl. Erwägungsgrund 1 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 2 Sektoren-RL; Erwägungsgrund 4 Vergabe-RL 2004.

<sup>492</sup> *McCrudden*, *Buying Social Justice – Equality, Government Procurement, & Legal Change*, 2007, 118.

<sup>493</sup> Deutlich EuGH Urt. v. 3.10.2000 – C-380/98, Slg. 2000, I-8035 Rn. 16 f. = ECLI:EU:C:2000:529 – *University of Cambridge*: Es soll eine Bevorzugung inländischer Bieter verhindert und die Möglichkeit ausgeschlossen werden, dass sich der öffentliche Auftraggeber von anderen als wirtschaftlichen Belangen leiten lässt. Ähnlich EuGH Urt. v. 10.11.1998 – C-360/96, Slg. 1998, I-6821 Rn. 41 f. = ECLI:EU:C:1998:525 – *BFI Holding BV*.

Vergabestelle durch Bundes- oder Landesgesetze, Rechtsverordnung oder Ministerialerlass aufgefordert, strategische Zwecke in einer Weise zu berücksichtigen, die dem Europarecht – bei Ausschöpfung der Möglichkeiten einer europarechtskonformen Auslegung – widerspricht, muss sie diese Aufforderung unberücksichtigt lassen, und zwar selbst dann, wenn sie vom Wortlaut der Normen des GWB gedeckt sein sollte.<sup>494</sup>

- 103 Allerdings sind die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze nunmehr auch weitgehend im GWB geregelt worden. § 97 betont in Abs. 1 die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, des Wettbewerbsgebots und der Transparenz und in Abs. 2 das Gleichbehandlungsgebot. Ihrer systematischen Stellung nach prägen diese Grundsätze alle Schritte des Vergabeverfahrens.
- 104 Dem **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** (Abs. 1 S. 2) kommt dabei eine maßgebliche Bedeutung bei der Bestimmung der Schranken einer Einbeziehung strategischer Ziele in das Vergabeverfahren zu.<sup>495</sup> So ist stets zu prüfen, ob das geforderte Kriterium zur Erreichung des strategischen Zwecks geeignet, den Bietern zumutbar und verhältnismäßig im engeren Sinne ist.<sup>496</sup> Für die Eignungskriterien sieht § 122 Abs. 4 S. 1 ausdrücklich vor, dass diese in einem angemessenen Verhältnis zum Auftragsgegenstand stehen müssen. Die Verhältnismäßigkeitsprüfung erlaubt es auch, bei Konflikten zwischen der Einbindung strategischer Aspekte in ein Vergabeverfahren und anderen Zielen des Vergaberechts, etwa dem Mittelstandsschutz (Abs. 4), zu einem Ausgleich zu gelangen.<sup>497</sup>
- 105 Bei der Einbeziehung strategischer Ziele in das Vergabeverfahren ist ferner dem allgemeinen **Wettbewerbsgrundsatz** gem. Abs. 1 S. 2 Rechnung zu tragen. So hat der Richtliniengeber betont, dass der Zuschlag unter den Bedingungen eines effektiven Wettbewerbs zu erfolgen hat<sup>498</sup> und der Wettbewerb nicht künstlich eingeschränkt werden darf.<sup>499</sup> Folgerichtig müssen nach § 127 Abs. 4 S. 1 strategische Zuschlagskriterien so festgelegt und bestimmt sein, dass die Möglichkeit eines wirksamen Wettbewerbs gewährleistet wird.
- 106 Auch dem Grundsatz der **Transparenz** kommt bei der Einbeziehung strategischer Belange in das Vergabeverfahren eine wesentliche Bedeutung zu. So ist allen Bietern in gleicher Weise Zugang zu den Informationen zu gewähren, die sich auf die Einbindung strategischer Aspekte beziehen.<sup>500</sup> Dementsprechend sind die Leistungsbeschreibung gem. § 121 Abs. 3, Eignungskriterien gem. § 123 Abs. 4 S. 2, Zuschlagskriterien gem. § 127 Abs. 5 und besondere Bedingungen für die Auftragsausführung gem. § 128 Abs. 2 S. 2 in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen bekanntzumachen. Die strategischen Kriterien müssen ferner objektiv überprüfbar sein und unter Anwendung eines Verfahrens, an dem sich die Akteure beteiligen können, definiert und angenommen werden.<sup>501</sup> § 127 Abs. 4 S. 1 fordert insoweit ausdrücklich, dass eine wirksame Überprüfung, ob und inwieweit die Angebote die Zuschlagskriterien erfüllen, möglich sein muss.
- 107 **6. Systematische Erfassung durch das GWB.** Abs. 3 gibt den öffentlichen Auftraggebern ausdrücklich die Möglichkeit, andere als nur leistungsbezogene Bieter- bzw. Bewerberkriterien anzuwenden. Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung von qualitativen, sozialen, umweltbezogenen oder innovativen Aspekte erfolgt bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften sowie in den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage des 4. Teils des GWB erlassen werden. Die nachfolgenden Ausführungen beschränken sich auf eine Darstellung der Einbeziehung strategischer Belange bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber (**Teil 4, Kapitel 1, Abschnitt 2**). Besonderheiten, die sich bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen durch Sektorenauftraggeber, bei der Vergabe von verteidigungs- oder sicherheitstechnischen öffentlichen Aufträgen sowie bei der Vergabe von Konzessionen ergeben, werden bei der Kommentierung zu Abschnitt 3 erörtert.
- 108 **a) Spezialregelungen.** Eine Berücksichtigung sozialer Belange, namentlich der Integration von Menschen mit Behinderungen und benachteiligten Personen in die Gesellschaft, findet sich bereits im Anwendungsbereich des Abschnitts 2. In Umsetzung von Art. 20 RL 2014/24/EU räumt § 118 dem öffentlichen Auftraggeber die Möglichkeit ein, das Recht zur Teilnahme an einem Vergabeverfahren **geschützten Werkstätten** und Wirtschaftsteilnehmern vorzubehalten, deren

<sup>494</sup> So bereits für die BKR (71/305/EWG) EuGH Urt. v. 22.6.1989 – C-103/88, Slg. 1989, I-1839 Rn. 33 = ECLI:EU:C:1989:256 – Fratelli Costanzo.

<sup>495</sup> *Burgi* NZBau 2015, 597 (600).

<sup>496</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede GWB Rn. 138.

<sup>497</sup> *Fehns-Böer* in Müller-Wrede GWB Rn. 139.

<sup>498</sup> Erwägungsgrund 90 RL 2014/24/EU, Erwägungsgrund 95 Sektoren-RL.

<sup>499</sup> Erwägungsgrund 67 Vergabe-RL 2004.

<sup>500</sup> So bereits EuGH Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10 Rn. 87 f, NZBau 2012, 445 Rn. 61 ff. = ECLI:EU:C:2012:284 – Kommission/Niederlande (EKO/Max Havelaar).

<sup>501</sup> Erwägungsgrund 75 RL 2014/24/EU; Erwägungsgrund 85 Sektoren-RL.