

Münchener Kommentar Europäisches und Deutsches Wettbewerbsrecht Band 3: Vergaberecht I

Europäische Grundlagen, §§ 97 – 186 GWB, VgV, KonzVgV, SektVO, SGB V (Auszug), Haushaltsrecht
und öffentliches Preisrecht mit neuer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Dr. Dres. h.c. Franz Jürgen Säcker, Bearbeiterinnen und Bearbeiter des
dritten Bandes: Dr. Katrin Arend, Prof. Dr. Frank Bayreuther, Dr. Eckhard Bremer, Prof. Dr. Christoph
Brüning, Dr. Jochen Eichler, Rechtsanwalt, Bernhard Fett, Dr. Daniel Fülling, Dr. Marc Gabriel, LL.M.,
Rechtsanwalt, Lajana Gathen, Jochem Gröning, Dr. Felix Helmstädter, Dr. Franz Josef Hölzl,
Rechtsanwalt, Dr. Florian Huerkamp, MJur, Wissenschaftlicher Mitarbeiter, Wolfgang Jaeger, Vorsitzender
Richter am Oberlandesgericht a.D., Dr. Bernhardine Kleinhenz-Jeannot, Matthias Knauff, Prof. Dr. Jürgen
Kühling, LL.M., Dr. Simone Kühnast, Dr. Fridhelm Marx, Ministerialdirigent a.D., Dr. Thomas Mestwerdt,
Prof. Dr. Jochen Mohr, Richter am Oberlandesgericht, Diplom-Verwaltungswirt Hans-Peter Müller, Marian
Niestedt, M.E.S., Rechtsanwalt, Dr. Marc Pauka, Dr. Moritz Püstow, Dr. Georg Queisner, Gerda Reider,
Leitende Regierungsdirektorin, Daniel Rusch, Dirk Sauer, Dr. Peter W. Schäfer, Dr. Rebecca Schäffer, Dr.
Stefan Schmidt, Dr. Christoph Seebo, LL.M., Rechtsanwalt, Prof. Dr. Thorsten Siegel, Guido Thiele, Dr.
Bettina Tugendreich, Rechtsanwältin, Dr. Susanne Wende, LL.M., Rechtsanwältin, Reinhard Wilke, und
Prof. Dr. Maik Wolf

2. Auflage 2018. Buch. LVIII, 2026 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 65463 3

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Öffentliches Recht > Öffentliches Baurecht, Vergaberecht > Vergaberecht](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

The logo for beck-shop.de features the text 'beck-shop.de' in a bold, red, sans-serif font. Above the 'o' in 'shop' are three red dots of varying sizes. Below the main text, the words 'DIE FACHBUCHHANDLUNG' are written in a smaller, red, all-caps, sans-serif font.

beck-shop.de
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](#) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Die Verpflichtung zur Anwendung der ILO-Kernarbeitsnormen kann allerdings nach der Rechtsprechung der Verwaltungsgerichte im Einzelfall unzulässig sein.⁴⁹³ So hatte sich das BVerwG⁴⁹⁴ mit der Regelung einer städtischen Friedhofsatzung zu beschäftigen, nach der nur Grabmale aufgestellt werden dürfen, die nachweislich in der gesamten Wertschöpfungskette ohne ausbeuterische Kinderarbeit im Sinne der ILO-Konvention 182 hergestellt wurden. Das BVerwG erkannte, dass die Regelung das rechtsstaatliche Gebot der Normenklarheit und hinreichenden Bestimmtheit verletze, da für den Normbetroffenen nicht im Voraus erkennbar sei, welche Nachweise zum Beleg dafür, dass die Grabmale nicht aus ausbeuterischer Kinderarbeit herrühren, anerkannt würden. Mangels verlässlicher Zertifizierungssysteme und Gütesiegel unabhängiger Organisationen⁴⁹⁵ könnten sich die Steinmetzbetriebe nur auf Eigenerklärungen von Herstellern und Lieferanten stützen, die jedoch keinerlei Sicherheit hinsichtlich des Merkmals „frei von Kinderarbeit“ garantieren können. Ferner stelle die den Kommunen eingeräumte allgemeine Satzungsbefugnis sowie die Befugnis, die Benutzung ihrer öffentlichen Einrichtungen zu regeln, keine ausreichende gesetzliche Ermächtigungsgrundlage dar, um einen Eingriff in die durch Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsausübungsfreiheit der Steinmetze zu rechtfertigen, zumal dieser Eingriff mangels validen Nachweismöglichkeiten unverhältnismäßig sei.⁴⁹⁶ Ebenso entschied der VGH Baden-Württemberg dass die Regelung einer städtischen Friedhofsatzung, nach der nur Grabsteine verwendet werden dürfen, die nachweislich aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt sind, unwirksam sei. Der Senat ließ offen, ob im Anschluss an das BVerwG der Gesetzgeber auch das erforderliche Nachweissystem wegen seiner Bedeutung für die Grundrechtsausübung jedenfalls in seinen Grundzügen selbst regeln müsse.⁴⁹⁷ In jedem Falle sei die Forderung eines Nachweises mittels Zertifikats, dass die Grabsteine aus fairem Handel stammen und ohne ausbeuterische Kinderarbeit hergestellt sind, mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar, wenn für den Betroffenen hinreichend erkennbar sei, welche Nachweismöglichkeiten bestehen und als ausreichend gelten. Hierzu müsse entweder eine hinreichend gesicherte Verkehrsauffassung bestehen, welche bestehenden Zertifikate als vertrauenswürdig gelten können, eine zuständige staatliche Stelle müsse diese Zertifikate als vertrauenswürdig anerkannt haben oder in der Regelung müsse ausdrücklich geregelt sein, welche Zertifikate als Nachweis ausreichen.⁴⁹⁸ Diese Voraussetzungen sah der VGH Baden-Württemberg jedoch nicht als erfüllt an. Mangels eines allgemein anerkannten Zertifikats sei die Norm nicht vollzugsfähig und daher bereits nicht geeignet, den verfolgten Zweck, dass Grabsteine aus ausbeuterischer Kinderarbeit nicht verwendet werden, zu fördern. Auf Grund ihrer mangelnden Umsetzbarkeit belaste die Norm zudem die betroffenen Steinmetze übermäßig und sei daher unverhältnismäßig.⁴⁹⁹

Auch die vorliegenden Evaluationen der Landesvergabegesetze weisen bei der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen auf deutliche Umsetzungsdefizite in der Praxis hin.⁵⁰⁰ In Berlin wiesen der DBG und die Nichtregierungsorganisation WEED darauf hin, dass es „bisher zu wenig Beschaffungsvorgänge gebe, bei denen glaubwürdige und vorbildliche Zertifikate zur Einhaltung der ILO-Normen vorgelegt werden könnten“.⁵⁰¹ Probleme für die Bieter bereiten insbesondere die fehlenden Möglichkeiten von Unternehmen, die Vorgaben der ILO-Kernarbeitsnormen entlang ihrer Lieferkette zweifelsfrei zu überprüfen.⁵⁰² Gerade auf Grund des transnationalen Charakters vieler Wertschöpfungsketten ist es den Unternehmen nicht möglich zu kontrollieren und zu versichern, ob alle Lieferanten die ILO-Normen eingehalten hätten. Überdies seien entsprechende Zertifikate kaum vorhanden und nicht hinreichend kontrolliert. Wenig überraschend überwiegt in der konkreten Vergabepaxis dann die Abgabe von Eigenerklärungen der Bieter, dass ILO-Kernarbeitsnormen eingehalten worden seien.⁵⁰³ Auf Grund transnationaler und komplexer Wertschöpfungsketten stellt der Nachweis der Einhaltung bestimmter Standards über den gesamten (globalen) Prozess teilweise eine nicht zu bewältigende Herausforderung dar, da eine stoffbezogene Rückverfolgung kaum möglich ist.⁵⁰⁴ Zudem existieren bisher nicht für alle Produkte – wie zB bei Computern und anderen

⁴⁹³ Ausf. hierzu *Krajewski* DÖV 2014, 721.

⁴⁹⁴ BVerwG Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1.12, BVerwGE 148, 133.

⁴⁹⁵ Vgl. dazu auch die Antwort der Bundesregierung auf die Kleine Anfrage der FDP-Fraktion, BT-Drs. 16/12988, 5 f.

⁴⁹⁶ BVerwG Urt. v. 16.10.2013 – 8 CN 1.12, BVerwGE 148, 133.

⁴⁹⁷ VGH Mannheim Urt. v. 29.4.2014 – 1 S 1458/12, VBIBW 2014, 462.

⁴⁹⁸ VGH Mannheim Urt. v. 29.4.2014 – 1 S 1458/12, DÖV 2014, 680.

⁴⁹⁹ VGH Mannheim Urt. v. 29.4.2014 – 1 S 1458/12, DÖV 2014, 680.

⁵⁰⁰ LT-Drs. MV 6/3887, 31; LT-Drs. NRW 16/2771, 64, 67, 68.

⁵⁰¹ LT-Drs. Nds. 17/2206, 33.

⁵⁰² LT-Drs. NRW 16/2771, 70; LT-Drs. Nds. 17/2206, 23.

⁵⁰³ LT-Drs. MV 6/3887, 32.

⁵⁰⁴ *Beck*, WSI-Diskussionspapier Nr. 183, 2012, 9.

elektronischen Geräten sozialverantwortlich produzierte Alternativen.⁵⁰⁵ Als Alternative zu (nicht-kontrollierten) Eigenerklärungen, die kaum geeignet sein dürften, die globalen Arbeitsbedingungen zu verbessern, werden daher teilweise die Nutzung von Bieterdialogen und Unternehmensvernetzung als ein sinnvoller Weg zur Förderung der Einhaltung der ILO-Kernarbeitsnormen befürwortet.⁵⁰⁶

- 129 c) Aspekte der Qualität und Innovation.** Zu den technischen Spezifikationen gehören schließlich gem. Anhang VII Nr. 1b der VRL, Anlage 1 Ziffer 1 VgV auch **Qualitätsstufen**, die für einen öffentlichen Dienstleistungs- oder Lieferauftrag festgelegt werden können. Funktions- und Leistungsanforderungen sind überdies ein geeignetes Mittel, um im öffentlichen Auftragswesen **Innovationen** zu fördern, und sollten möglichst breite Verwendung finden.⁵⁰⁷ Dabei steht die Innovationsförderung in engem Zusammenhang mit den sonstigen, vor allem sozial- und umweltpolitischen Zielsetzungen. Forschung und Innovation, einschließlich Öko-Innovation und sozialer Innovation, gehören, wie in Erwägungsgrund 48 zur VRL hervorgehoben wird, zu den Haupttriebkraften künftigen Wachstums und stehen im Mittelpunkt der Strategie „Europa 2020“ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum. Ein Beschaffungsbedarf an innovativen Liefer- und Dienstleistungen, für dessen Vergabe der öffentliche Auftraggeber eine Innovationspartnerschaft eingehen kann, liegt vor, wenn dieser nicht durch auf dem Markt bereits verfügbare Liefer- oder Dienstleistungen befriedigt werden kann (§ 19 Abs. 1 S. 2 VgV). In § 31 Abs. 1 Nr. 1 VgV ist insoweit ausdrücklich geregelt, dass in der Leistungsbeschreibung die Merkmale des Auftragsgegenstands nicht nur in Form von Leistungs- und Funktionsanforderungen, sondern auch in einer zu lösenden Aufgabe beschrieben werden können.
- 130** Integriert der Auftraggeber Aspekte der Innovation in sein Beschaffungsvorhaben, stehen nicht konkrete Beschaffungsgegenstände bzw. Leistungen im Vordergrund, sondern die Entwicklung (zumindest teilweiser) neuer Lösungen bzw. Lösungskonzepte.⁵⁰⁸ Je größer dabei der den Bietern eingeräumte Spielraum ist, desto größer kann die Innovationswirkung ausfallen.⁵⁰⁹ Um die am Markt möglichen Umsetzungsmöglichkeiten zu nutzen, könnte ein öffentlicher Auftraggeber zB eine Ausschreibung auf die Verpflichtung zur Entwicklung einer Energiedienstleistung für Raumklima beschränken, statt eine konkrete Klimaanlage auszuschreiben.⁵¹⁰

III. Strategische Ziele bei der Eignungsprüfung

- 131** Strategische Ziele können schließlich im Rahmen des Vergabeverfahrens bei der Prüfung der Eignung des Bewerbers berücksichtigt werden. Anders als strategische Zuschlagskriterien stellen Eignungskriterien auf die Eigenschaften des Unternehmens und nicht des Angebots ab.⁵¹¹ Gem. § 122 Abs. 1 werden öffentliche Aufträge an **fachkundige und leistungsfähige** (geeignete) Unternehmen vergeben, die nicht nach den §§ 123 oder 124 ausgeschlossen worden sind. § 122 Abs. 2, der in weiten Teilen Art. 58 VRL umsetzt, benennt als Eignungskriterien abschließend die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die berufliche und technische Leistungsfähigkeit. Ausschlussgründe, welche die Ungeeignetheit des Bewerbers implizieren, sind in den §§ 123, 124 geregelt, welche Art. 57 VRL weitgehend nachbilden. Die umfassende Regelung der **Ausschlussgründe** wurde erst durch das VergRModG in das GWB eingefügt, obgleich auch schon Art. 45 VKR Regelungen hierzu traf. Diese fanden insoweit nur über § 16 Abs. 1 S. 2 lit. d VOB/A, § 6 Abs. 5 lit. d VOL/A und § 4 Abs. 9 lit. b, d VOF Eingang ins deutsche Recht.
- 132** Die erforderliche Überprüfung der Eignung ist im Einklang mit den einschlägigen Bestimmungen der VgV zu Nachweisen (§§ 44, 45, 46, 48, 49), Eignungsleihe (§ 47) und Eigenerklärungen (§ 50) durchzuführen. Zu beachten ist hierbei insbesondere der in § 49 VgV verbriefte numerus clausus der zulässigen Nachweise der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit (vgl. auch Art. 60 VRL). Schließlich sind bei der Eignungsprüfung der in § 97 Abs. 2 niedergelegte Gleichbehandlungsgrundsatz und das Verbot der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit zu beachten. Die Auftraggeber müssen also gleichwertige Nachweise akzeptieren und dürfen bei den geforderten Nachweisen nicht in diskriminierender Weise auf nationale Standards Bezug nehmen. Gem. § 122

⁵⁰⁵ Evermann in Dachverband Entwicklungspolitik Baden-Württemberg/Werkstatt für Ökonomie S. 5 (8).

⁵⁰⁶ Sack/Schulten/Sarter/Böhlke Öffentliche Auftragsvergabe S. 57.

⁵⁰⁷ Erwägungsgrund 74 VRL.

⁵⁰⁸ Burgi NZBau 2011, 577 (579); Fehms-Böhner in Müller-Wrede GWB Rn. 91.

⁵⁰⁹ Burgi NZBau 2011, 577 (579).

⁵¹⁰ Burgi NZBau 2011, 577 (579) mit weiteren Beispielen.

⁵¹¹ Zum Grundsatz der Trennung von Eignungs- und Zuschlagskriterien vgl. EuGH Urt. v. 24.1.2008 – C-532/06, Slg. 2008, I-251 Rn. 25 ff. = ECLI:EU:C:2008:40 – Lianakis AE.

Abs. 3 kann der Nachweis der Eignung und des Nichtvorliegens von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 ganz oder teilweise durch die Teilnahme an Präqualifizierungssystemen erbracht werden.

1. Ausschlussgründe mit strategischer Zielsetzung. a) Zwingende Ausschlussgründe. 133

Sozial- bzw. beschäftigungspolitische Zielsetzungen, zu denen die Bekämpfung von Schwarzarbeit und Steuerhinterziehung gehört, lassen sich bereits über den zwingenden Ausschlussgrund des § 123 Abs. 4 erreichen, der Art. 57 Abs. 2 VRL nachgebildet ist. Hiernach sind Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme auszuschließen, wenn das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern oder Abgaben und Beiträgen zur Sozialversicherung⁵¹² nicht nachgekommen ist und dies durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde oder der öffentliche Auftraggeber dies auf sonstige geeignete Weise nachweisen konnte. Für den „geeigneten Nachweis“ wird man dabei eine förmliche Feststellung auf gesicherter, im Zweifel gerichtsfester Tatsachenbasis verlangen müssen.⁵¹³ Da sich nach deutschem Recht die Sozialversicherungsbeiträge nach dem geschuldeten Arbeitsentgelt richtet (Entstehungsprinzip, § 22 Abs. 1 S. 1 SGB IV, § 23 Abs. 1 SGB IV), eignet sich das Vergaberecht als Instrument der (Mindest-)Lohn-Compliance.⁵¹⁴

Hat der Säumige seine Pflichten allerdings nachträglich erfüllt oder sich zur Zahlung der Steuern, Abgaben und Sozialversicherungsbeiträge einschließlich Zinsen, Säumnis- und Strafzuschläge verpflichtet, so darf er deswegen nicht mehr ausgeschlossen werden (§ 123 Abs. 4 S. 2). Des Weiteren kann gem. § 123 Abs. 5 von einem Ausschluss nach Abs. 4 abgesehen werden, wenn dieser offensichtlich unverhältnismäßig wäre. Dies wird gem. Art. 57 Abs. 3 UAbs. 2 VRL anzunehmen sein, wenn die Säumnis als geringfügig anzusehen ist oder wenn der Bieter so spät über den genau geschuldeten Betrag informiert wurde, dass er nicht mehr rechtzeitig vor Ablauf der Ausschreibungsfrist eine Nachzahlung tätigen oder wenigstens verbindlich zusagen konnte.⁵¹⁵ Diese Einschränkung des zwingenden Ausschlussgrundes ist sinnvoll und geboten, da sich in der Praxis die genaue Höhe der geschuldeten Löhne und dementsprechend auch der Sozialabgaben zB bei streitigen Eingruppierungen in tarifvertragliche Vergütungsordnungen oder auch die Equal-pay-Vergütung von Leiharbeitnehmern nach § 9 Nr. 2 AUG bei fehlenden Vergleichsarbeitnehmern häufig nur schwer ermitteln lässt.⁵¹⁶

Der sozialen und beschäftigungspolitischen Zielsetzung, einer Ausbeutung von Arbeitskräften entgegenzuwirken, dient der zwingende Ausschlussgrund des § 123 Abs. 1 Nr. 10, der an Art. 57 Abs. 1 lit. f VRL angelehnt ist. Zu einem Ausschluss aus dem Vergabeverfahren führen hiernach rechtskräftige Verurteilungen von Personen, deren Verhalten dem Unternehmen zuzurechnen ist, bzw. rechtskräftige Festsetzungen von Geldbußen wegen Menschenhandel oder Förderung des Menschenhandels. 135

b) Fakultative Ausschlussgründe. Eine deutlich weitergehende Berücksichtigung strategischer Ziele bei der Auftragsvergabe wird durch den fakultativen Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 ermöglicht. Dieser sieht vor, dass öffentliche Auftraggeber unter Berücksichtigung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren ausschließen können, wenn das Unternehmen bei der Ausführung öffentlicher Aufträge nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen hat. Damit wird Art. 57 Abs. 4 lit. a VRL umgesetzt, der Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gem. Art. 18 Abs. 2 VRL mit der Ausschlussmöglichkeit sanktioniert.⁵¹⁷ Nach der Zielstellung sind vom Ausschlussgrund im deutschen vergaberechtlichen Kontext auch Zahlungsverpflichtungen an tarifvertragliche Sozialkassen umfasst.⁵¹⁸ Mit dem fakultativen Ausschlussgrund des § 124 Abs. 1 Nr. 1 wird die Gesetzestreue für das Umwelt-, Arbeits- und Sozialrecht 136

⁵¹² Hausmann/v. Hoff in KKPP GWB § 123 Rn. 48 weist darauf hin, dass der Begriff Sozialversicherung weit auszulegen ist und daher nicht nur Beiträge zur gesetzlichen Sozialversicherung, sondern auch Beiträge zu berufsständischen Versorgungswerken erfasst sind.

⁵¹³ Latzel NZBau 2014, 673 (676).

⁵¹⁴ Latzel NZBau 2014, 673 (676); zur vergaberechtlichen Durchsetzung „vergabefremden“ Rechts: Burgi NZBau 2014, 595 (596 f.).

⁵¹⁵ Hierauf bezugnehmend auch Begr. RegE VergRModG S. 128, zu § 123 Abs. 5.

⁵¹⁶ Latzel NZBau 2014, 673 (676); zur Beitragsschuld aus Tariflöhnen: Löwisch/Rieble, 3. Aufl. 2012, TVG § 4 Rn. 115 ff.

⁵¹⁷ Hierzu Erwägungsgrund 37 VRL. Glaser Zwingende soziale Mindeststandards S. 41, weist darauf hin, dass die VRL den Mitgliedstaaten insoweit die Wahl zwischen der Regelung eines absoluten und eines fakultativen Ausschlussgrundes eingeräumt hat.

⁵¹⁸ Begr. RegE VergRModG S. 129, zu § 124.

formell insoweit verschärft, als der Rechtsverstoß nicht rechtskräftig festgestellt, sondern nur „nachgewiesen“ werden muss.⁵¹⁹ Teilweise wird angenommen, dass ein nachgewiesener Verstoß regelmäßig zu einem Ausschluss führen müsse, das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers also weitgehend gebunden sei.⁵²⁰ Dieser Ansicht ist entgegenzuhalten, dass die vom Gesetzgeber vorgenommene Unterscheidung zwischen zwingenden und fakultativen Ausschlussgründen nicht durch die Annahme einer Ermessensbindung negiert werden sollte. In jedem Falle gebietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, dass kleinere Unregelmäßigkeiten „nur in Ausnahmefällen“ und erst wiederholte Fälle Zweifel an der Zuverlässigkeit eines Bieters wecken können (Erwägungsgrund 101 UAbs. 3 VRL).

137 Ferner kann gem. § 124 Nr. 8 ein Bieter vom Verfahren ausgeschlossen werden, wenn er die erforderlichen Nachweise nicht vorlegen kann. Diese Nachweise können sich etwa auf Angaben beziehen, zur Berücksichtigung von strategischen Aspekten aufgestellt wurden.

138 Weitere fakultative Ausschlussgründe enthalten § 21 AEntG, § 98c AufenthG, § 19 MiLoG und § 21 SchwarzArbG, welche nach § 124 Abs. 4 unberührt bleiben. Auch diese Spezialnormen ermöglichen einen Bieterausschluss für eine angemessene Zeit bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung der Zuverlässigkeit. ZB sollen gem. § 19 Abs. 1 S. 1 MiLoG Bewerber – nach erfolgter Anhörung – von einem öffentlichen Auftraggeber für einen ausgeschriebenen öffentlichen Auftrag vom Vergabeverfahren bis zur nachgewiesenen Wiederherstellung ihrer Zuverlässigkeit ausgeschlossen werden, wenn sie wegen eines Verstoßes gegen die in § 21 MiLoG normierten Bußgeldtatbestände mit einem Bußgeld in Höhe von mindestens 2.500 Euro belegt wurden. Die Vergabesperre wirkt also wie eine antizipierte negative Zuverlässigkeitsprüfung.⁵²¹

139 c) **Ausschlussgründe gegen den Unterauftragnehmer.** Art. 71 Abs. 1 VRL erwähnt die Kontrolle von Unterauftragnehmern als einen wichtigen Hebel für die Vermeidung von Rechtsverletzungen. Gem. § 36 Abs. 4 VgV gilt § 128 Abs. 1 daher auch für **Unterauftragnehmer** aller Stufen. Gem. § 36 Abs. 5 VgV überprüft der öffentliche Auftraggeber vor der Erteilung des Zuschlags, ob Gründe für den Ausschluss des Unterauftragnehmers vorliegen. Bei Vorliegen zwingender Ausschlussgründe verlangt der öffentliche Auftraggeber die Ersetzung des Unterauftragnehmers. Bei Vorliegen fakultativer Ausschlussgründe kann der öffentliche Auftraggeber verlangen, dass dieser ersetzt wird. Einen Ausschluss des Auftragnehmers wegen eines Ausschlussgrundes gegen den Unterauftragnehmer ist hingegen nicht vorgesehen.⁵²²

140 **2. Strategische Eignungskriterien. a) Allgemeines.** Gem. § 122, der Art. 58 VRL umsetzt, wird Eignung als Fachkunde und Leistungsfähigkeit definiert, wobei ein Unternehmen geeignet ist, wenn es die durch den öffentlichen Auftraggeber im Einzelnen zur ordnungsgemäßen Ausführung des öffentlichen Auftrags festgelegten Kriterien (Eignungskriterien) erfüllt. Die **Eignungskriterien** dürfen ausschließlich die Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung, die wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit sowie die technische und berufliche Leistungsfähigkeit betreffen. Sie sind in der Auftragsbekanntmachung, der Vorinformation oder der Aufforderung zur Interessensbeteiligung aufzuführen.

141 Zu beachten ist ferner § 122 Abs. 4, nach dem die Eignungskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen. Für die Verfolgung strategischer Zielsetzungen bedeutet die geforderte „Verbindung“ zum Auftragsgegenstand, dass rein **bieterbezogene Vorgaben**, die mit der Durchführung des Auftrags in keinem Zusammenhang stehen und typischerweise eine besonders starke Beschränkung des Wettbewerbs zur Folge haben,⁵²³ **unzulässig** sind. Es dürfen daher im Rahmen der Eignungsprüfung keine allgemeinen **Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik** gestellt werden. Unzulässig wäre daher zB im Rahmen der Eignungsprüfung vom Bewerber den Nachweis zu verlangen, dass er sich für die Frauenförderung durch Bestellung einer Frauenbeauftragten oder einer bestimmten Frauenquote bei den Führungskräften einsetzt. Auch bei einer als Mindestanforderung an die Leistungsfähigkeit formulierten Anforderung, wonach die Bieter die „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einhalten müssen, indem sie ua zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beitragen, handelt es sich folglich um kein zulässiges Eignungskrite-

⁵¹⁹ Latzel NZBau 2014, 673 (676).

⁵²⁰ Fehms-Böer in Müller-Wrede GWG Rn. 107.

⁵²¹ Tigendreich NZBau 2015, 395 (397).

⁵²² Vgl. Art. 71 Abs. 6 Buchst. b VRL; nach Ansicht von Latzel NZBau 2014, 673 (678 f.) verlangt Art. 71 Abs. 6 Buchst. a VRL demgegenüber, dass in Mitgliedstaaten, die wie Deutschland eine gemeinsame Haftung von Unterauftragnehmern und Hauptauftragnehmern kennen (zB § 14 AEntG, § 13 MiLoG), ein Ausschluss des Hauptauftragnehmers bei Verfehlungen des Unterauftragnehmers vorgesehen wird.

⁵²³ McCrudden Buying Social Justice S. 118.

rium. Zwar darf der öffentliche Auftraggeber, Mindestanforderungen an die Leistungsfähigkeit festlegen, denen ein Bieter genügen muss, damit sein Angebot bei der Vergabe des Auftrags berücksichtigt wird, doch dürfen diese Anforderungen hinsichtlich der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit nur durch Bezugnahme auf die in Art. 58 Abs. 4 aufgeführten Aspekte festgelegt werden. Die Anforderung der Einhaltung der „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ knüpft an keinen dieser Punkte an.⁵²⁴ Zu beachten ist schließlich, dass die in § 122 Abs. 4 geforderte „Angemessenheit“ die Auswahl von Eignungskriterien dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz unterwirft.⁵²⁵

Das Vergaberecht bietet auch kein Mittel, öffentliche Aufträge nur „wohlgefälligen“ Unternehmen zu erteilen, die zum Beispiel keinen Einflüssen von Scientology ausgesetzt sind. Auch wenn die Auftragsvergabe ein einheitlich privatrechtlicher Vorgang ist,⁵²⁶ entbindet dies den öffentlichen Auftraggeber nicht von seiner Bindung an die Grundrechte. Selbst wenn Scientology nicht unter die Religions- oder Weltanschauungsfreiheit fällt,⁵²⁷ hat die Verflechtung eines Bieters mit dieser Vereinigung prinzipiell keinen Einfluss auf seine Eignung, da Eignungskriterien gem. § 122 Abs. 4 GWB mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen müssen. Anderes gilt nur bei „verkündigungsnahen“ Dienstleistungen (Schulungen und Lehrveranstaltungen), bei denen die „Technologien“ von L. Ron Hubbard negative Auswirkungen auf die zu erbringende Leistung haben können.⁵²⁸ Entsprechendes gilt für Bieter, die sich – ohne dabei gesetzesuntreu zu sein – zum Nationalsozialismus bekennen. Auch sie sind gleichberechtigt an der Auftragsvergabe zu beteiligen, solange die Ideologie nicht die Qualität der Leistung negativ zu beeinflussen vermag.⁵²⁹

Zulässig sind demgegenüber solche **Eignungskriterien**, die sich auf die Fachkunde und Leistungsfähigkeit des Bewerbers zur Durchführung des **konkreten Auftrags** beziehen (§ 122 Abs. 2 S. 1) (→ § 122 Rn. 48, 60 f.). Bei Aufträgen mit einem offensichtlichen sozialen oder ökologischen Bezug, beispielsweise der Betreuung eines sozialen Jugendprojektes oder der Anlage eines Vogelschutzgebietes dürfen daher soziale und ökologische Fähigkeiten zum Gegenstand der Eignungsprüfung gemacht werden. So kann der öffentliche Auftraggeber insbesondere verlangen, dass der Bewerber ausreichende Erfahrung durch geeignete Referenzen aus früher ausgeführten Aufträgen mit sozialem oder ökologischem Bezug nachweist. Die für die Forderung ökologischer Kompetenzen erforderliche gewisse Umwelt- oder Klimarelevanz des zu vergebenden Auftrags wird zudem regelmäßig dann gegeben sein, wenn ein gesteigertes Umweltgefährdungspotential vorliegt oder erhebliche Umweltauswirkungen mit der Auftragsausführung einhergehen.⁵³⁰ Welche Anforderungen an die Eignung gem. § 122 Abs. 4 S. 1 angemessen sind, hängt maßgeblich von der Art des Auftrags, vom Auftragsgegenstand und von den Bedingungen der Auftragsausführung ab.⁵³¹ Hat der öffentliche Auftraggeber gem. § 128 Abs. 2 zulässigerweise soziale oder ökologische Ausführungsbedingungen vorgegeben (→ Rn. 168 ff.), so kann er durch die Festlegung von Eignungskriterien zur wirtschaftlichen und finanziellen Leistungsfähigkeit bzw. technischen Leistungsfähigkeit überprüfen, ob der Bewerber überhaupt in der Lage ist, diese zusätzlichen Bedingungen der Auftragsausführung zu erfüllen. Dies ist im Interesse der Effektivität von strategischen Ausführungsbedingungen auch sinnvoll, da der Auftraggeber anderenfalls darauf beschränkt wäre, vom Vertrag zurückzutreten und den Auftrag neu auszuschreiben, wenn sich während der Auftragsausführung herausstellt, dass der Auftragnehmer nicht in der Lage ist, die Vertragsbedingungen zu erfüllen.

b) Umweltbezogene Eignungskriterien. Für die Berücksichtigung von Umweltaspekten ist vor allem die berufliche und technische Fachkunde des auftragsausführenden Personals von Bedeutung. Im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit können die öffentlichen Auftraggeber Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforder-

⁵²⁴ Ebenso bereits zu Art. 48 Abs. 1 und 6, Art. 44 Abs. 1 und 2 VRK: EuGH Urte. v. 10.5.2012 – C-368/10, NZBau 2012, 445 = ECLI:EU:C:2012:284 – Kommission/Niederlande.

⁵²⁵ Hausmann/v. Hoff in KKPP GWB § 122 Rn. 38.

⁵²⁶ BVerwG Beschl. v. 2.5.2007 – 6 B 10.07, NZBau 2007, 389.

⁵²⁷ BAG Beschl. v. 22.3.1995 – 5 AZB 21/94, NZA 1995, 823 (827 ff.) sieht hierin eine „Institution zur Vermarktung bestimmter Erzeugnisse“; aber strittig, zum nationalen Rechtsstand Roth/Erben NZBau 2013, 409 (412).

⁵²⁸ Latzel NZBau 2014, 673 (678); eingehend Roth/Erben NZBau 2013, 409 zum Rundschreiben des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie v. 26.7.2001 über die Anwendung einer Schutzklausel zur Abwehr von Einflüssen der Scientology-Organisation und deren Unternehmen auf öffentlich Bedienstete bei der Vergabe von öffentlichen Aufträgen des Bundes über Beratungs- und Schulungsleistungen, veröffentlicht BAnz. 2001 Nr. 155, 18174.

⁵²⁹ Latzel NZBau 2014, 673 (678).

⁵³⁰ Funk/Tomerius KommJur 2016, 47 (48).

⁵³¹ Begr. RegE VergRModG S. 125, zu § 122 Abs. 4.

derlichen personellen und technischen Ressourcen sowie Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können (Art. 58 Abs. 4 VRL, § 46 Abs. 3 VgV). So kann der öffentliche Auftraggeber eines Auftrags mit besonderer Umwelrelevanz zB geeignete Referenzen über in den letzten drei Jahren ausgeführten Liefer- und Dienstleistungsaufträge verlangen sowie die Angabe der technischen Fachkräfte, die im Zusammenhang mit der Leistungserbringung eingesetzt werden sollen.

145 Explizit erwähnt wird ein Umweltaspekt in § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV, der eine Regelung aus Anhang XII Teil 2 lit. g VRL übernimmt. Hiernach kann der Wirtschaftsteilnehmer seine technische Leistungsfähigkeit durch Angabe der **Umweltmanagementmaßnahmen**, die er während der Auftragsausführung anwendet, nachweisen. Umweltmanagementmaßnahmen können – unabhängig davon, ob sie im Rahmen von Unionsinstrumenten wie der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates registriert sind oder nicht – als Nachweis dafür dienen, dass der betreffende Wirtschaftsteilnehmer über die für die Ausführung des Auftrags erforderliche technische Leistungsfähigkeit verfügt. Dies schließt Öko-Gütezeichen mit ein, die auch Umweltmanagementkriterien beinhalten. Hat ein Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu derartigen Umweltmanagement-Registrierungssystemen oder keine Möglichkeit, sich fristgerecht registrieren zu lassen, so sollte die Vorlage einer Beschreibung der durchgeführten Umweltmanagementmaßnahmen zulässig sein, sofern der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass diese Maßnahmen dasselbe Umweltschutzniveau gewährleisten wie die im Rahmen des Umweltmanagements erforderlichen Maßnahmen.⁵³²

146 Öffentliche Auftraggeber können zum Nachweis dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer bestimmte Systeme oder **Normen für das Umweltmanagement** erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen (Art. 62 Abs. 2 VRL, § 49 Abs. 2 VgV). In diesem Fall nehmen sie Bezug auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (**EMAS**)⁵³³ der Union oder auf andere Systeme für das Umweltmanagement, die in Art. 45 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 anerkannt sind, oder auf andere Normen für das Umweltmanagement (zB ISO 14 001), die auf den einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind. Allerdings dürfen Vergabebehörden Unternehmen eine EMAS- oder ISO-Registrierung oder die (vollständige) Erfüllung der Registrierungsvoraussetzungen niemals zur Auflage machen.⁵³⁴ Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedstaaten sind anzuerkennen. Hat ein Wirtschaftsteilnehmer nachweislich keinen Zugang zu den betreffenden Bescheinigungen, muss der öffentliche Auftraggeber auch andere Nachweise über Umweltmanagementmaßnahmen anerkennen, sofern der Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass diese Maßnahmen mit jenen, die gemäß dem geltenden System oder den geltenden Normen für das Umweltmanagement erforderlich sind, gleichwertig sind.

147 Die Forderung nach Einhaltung bestimmter umweltschützender Qualitätsstandards ist zulässig, wenn die Standards auftragsbezogen sind. Soweit einschlägige Kenntnisse im Umweltbereich oder eine spezielle Ausstattung mit Gerätschaften für die Durchführung des Auftrags erforderlich sind, – zu denken ist insbesondere auch § 128 Abs. 2, der es den Auftraggebern erlaubt, eine umweltfreundliche Durchführung des Auftrags zu verlangen (→ Rn. 168) – können auch diese in die Eignungsprüfung einfließen. Für den Nachweis der Leistungsfähigkeit in technischer und fachlicher Hinsicht kann der öffentliche Auftraggeber bei der Vergabe eines umweltfreundlich zu gestaltenden Entsorgungsauftrags daher eine Zertifizierung nach der Entsorgungsfachbetriebsverordnung vorsehen.⁵³⁵

148 **c) Soziale Eignungskriterien.** Auch bei der Berücksichtigung sozialer Aspekte als Eignungskriterium ist gem. § 122 Abs. 4 stets ein Auftragsbezug zu verlangen, womit Eignungskriterien, wie eine allgemeine Frauenquote oder die Einrichtung der Stelle einer Frauenbeauftragten,⁵³⁶ die beide in keinerlei Bezug zum Auftrag oder dessen Ausführung stehen, ausscheiden. Entsprechendes gilt für das Verlangen des Nachweises eines Betriebsrats, das weder als Eignungs- noch als Zuschlagskriterium statthaft ist. Denn es steht nicht in sachlichem Zusammenhang mit der zu erbringenden Leistung und ist deshalb von vornherein vergaberechtswidrig.⁵³⁷ Unproblematisch ist die Berücksichtigung sozialer Aspekte, wenn der Auftrag besondere soziale Fachkenntnisse verlangt,⁵³⁸ zB bei der Durch-

⁵³² Erwägungsgrund 88 VRL.

⁵³³ EMAS-Verordnung VO 761/2001, ABl. 2001 L 114, 1.

⁵³⁴ Kom., Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, 2. Aufl. 2011, 48.

⁵³⁵ OLG Saarbrücken Beschl. v. 13.11.2002 – 5 Verg 1/02, NZBau 2003, 625.

⁵³⁶ Beispiel nach *Frenz* NZBau 2007, 17 (21).

⁵³⁷ VK Südbayern Beschl. v. 29.6.2010 – Z3-3-3194-1-35-05-10.

⁵³⁸ Mitt. „Auslegung Vergaberecht“, ABl. 2001 C 333, 27 Rn. 1.3.2.

führung von sozialen Jugendprojekten. Schließlich zeigen die in § 46 Abs. 3 Nr. 4 VgV erwähnten Angaben zu einem Lieferkettenmanagement- und Überwachungssystem, dass auch soziale Aspekte die Eignung eines Bieters mitbestimmen können.⁵³⁹

Öffentliche Auftraggeber können zum Nachweis dafür, dass der Wirtschaftsteilnehmer bestimmte Normen der **Qualitätssicherung** – einschließlich des Zugangs von Menschen mit Behinderungen – erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen (Art. 62 Abs. 1 VRL, § 49 Abs. 1 VgV). Hierbei beziehen sie sich auf Qualitätssicherungssysteme, die den einschlägigen europäischen Normen genügen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedstaaten sind anzuerkennen. Die öffentlichen Auftraggeber müssen auch andere Nachweise gleichwertiger Qualitätssicherungsmaßnahmen anerkennen, wenn der betreffende Wirtschaftsteilnehmer die betreffenden Bescheinigungen aus Gründen, die diesem Wirtschaftsteilnehmer nicht angelastet werden können, innerhalb der einschlägigen Fristen nicht erlangen konnte, sofern der Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass die vorgeschlagenen Qualitätssicherungsmaßnahmen den geforderten Qualitätssicherungsnormen entsprechen.

IV. Strategische Zuschlagskriterien

1. Allgemeines. Einen weiteren Ansatzpunkt für die Verfolgung strategischer Ziele durch Vergaben können entsprechend ausgerichtete **Zuschlagskriterien** bilden. Zuschlagskriterien bilden die Grundlage für eine vergleichende Bewertung der Qualität von Angeboten.⁵⁴⁰ Kostenfremde Zuschlagskriterien hatte der EuGH⁵⁴¹ schon lange zugelassen. Die VRL hat die Zuschlagskriterien nun explizit für strategische Zwecke geöffnet, indem das Preis-Leistungs-Verhältnis – entsprechend der jüngeren EuGH-Rechtsprechung⁵⁴² – auch unter „Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte“ sowie der Handelsbedingungen bewertet werden kann.⁵⁴³ Gem. § 127 Abs. 1, der Art. 67 VRL umsetzt, wird der Zuschlag auf das **wirtschaftlichste Angebot** erteilt. Grundlage dafür ist eine Bewertung des öffentlichen Auftraggebers, ob und inwieweit das Angebot die vorgegebenen Zuschlagskriterien erfüllt. Bei den Zuschlagskriterien handelt es sich somit um eine **Abwägung** zugängliche Vergabekriterien, welche bei der Auswahl zwischen allen geeigneten Bietern herangezogen werden.⁵⁴⁴ Nach den Zuschlagskriterien bestimmt sich letztlich, welches Angebot aus dem Kreis der geeigneten Bieter den Zuschlag erhält.⁵⁴⁵

Gem. § 60 Abs. 3 VgV ist der öffentliche Auftraggeber allerdings verpflichtet, das Angebot abzulehnen, wenn er – nach Aufklärung und Prüfung – festgestellt hat, dass der Preis oder die Kosten des Angebots ungewöhnlich niedrig sind, weil Verpflichtungen nach § 128 Abs. 1, insbesondere der für das Unternehmen geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht eingehalten werden. Die Regelung dient der Umsetzung von Art. 69 Abs. 3 VRL und trägt zugleich dem Erwägungsgrund 103 sowie Art. 18 Abs. 2 VRL Rechnung.⁵⁴⁶ Da gem. § 36 Abs. 4 VgV die Regelung des § 128 Abs. 1 auch für Unterauftragnehmer aller Stufen gilt, ist das Angebot auch dann auszuschließen, wenn der Unterauftragnehmer die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften nicht einhält.

Das wirtschaftlichste Angebot bestimmt sich nach dem **besten Preis-Leistungs-Verhältnis**, zu dessen Ermittlung neben dem Preis oder den Kosten (Lebenszyklusberechnung) auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Aspekte berücksichtigt werden können (→ § 127 Rn. 34 ff.). Die in § 127 Abs. 1 S. 3 vorgenommene Aufzählung der Zuschlagskriterien ist allerdings nicht abschließend. Vielmehr bleibt es dem freien Ermessen des öffentlichen Auftraggebers überlassen, welche Kriterien er für die Erteilung des Zuschlags auswählt, sofern nicht Sonderregeln die Vorgabe bestimmter Kriterien zwingend vorschreiben.⁵⁴⁷ Was für den konkreten Auftrag das wirtschaftlich günstigste Angebot ist, richtet sich also danach, wie der öffentliche Auftraggeber seine Zuschlagskriterien wählt und gewichtet. Ökologische Gesichtspunkte wie der Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen, Entsorgungs- oder Recyclingkosten sowie Kosten, die durch externe Effekte der

⁵³⁹ *Fehms-Böer* in Müller-Wrede GWB Rn. 144.

⁵⁴⁰ Erwägungsgrund 104 VRL.

⁵⁴¹ 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).

⁵⁴² EuGH Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 84 f. = ECLI:EU:C:2012:284 – Kommission/Niederlande (EKO/Max Havelaar).

⁵⁴³ Erwägungsgrund 92 VRL.

⁵⁴⁴ *Latzel* NZBau 2014, 673 (678).

⁵⁴⁵ Begr. RegE VergRModG S. 111 f., zu § 127.

⁵⁴⁶ Begr. VergRModVO, BR-Drs. 87/16, 215 f., zu § 60 Abs. 3 VgV; vgl. *Glaser* Zwingende soziale Mindeststandards S. 38 f.

⁵⁴⁷ Begr. RegE VergRModG S. 112, zu § 127.

Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres **Lebenszyklus** in Verbindung stehen, fließen insoweit bereits in die Lebenszykluskostenberechnung (§ 53 VgV, der Art. 68 Abs. 1 VRL umsetzt). Der weit gefasste Lebenszyklus-Ansatz dient dabei einer verstärkten Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsaspekten. Das beste Preis-Leistungs-Verhältnis schließt ferner definitionsgemäß etwaige ökologische und soziale Aspekte mit ein.⁵⁴⁸ Dabei ist der öffentliche Auftraggeber aber grundsätzlich⁵⁴⁹ nicht zu strategischen Zuschlagskriterien verpflichtet (Art. 67 Abs. 2 UAbs. 3 VRL e contrario). Die VRL spricht sich nur dagegen aus, allein „kostenfremde Kriterien“ der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots zugrunde zu legen.⁵⁵⁰

- 153** In jedem Falle müssen die Zuschlagskriterien gem. § 127 Abs. 3 mit dem **Auftragsgegenstand in Verbindung** stehen. Anderenfalls bestünde die Gefahr, dass ein weniger wirtschaftliches Angebot aus sachfremden Erwägungen den Zuschlag erhält und damit der in Abs. 1 normierte Wettbewerbsgrundsatz verletzt würde. Der Gesetzgeber hat den erforderlichen Auftragsbezug dabei nicht auf Eigenschaften der Leistung begrenzt, die dem Produkt bzw. der Dienstleistung selbst anhaften.⁵⁵¹ Vielmehr stellt § 127 Abs. 3 in Umsetzung des Art. 67 Abs. 3 VRL klar, dass ein Auftragsbezug künftig auch dann angenommen werden kann, wenn sich das Kriterium auf ein beliebiges Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht. Dies kann insbesondere Prozesse der Herstellung (auch der Rohstoffgewinnung), Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung betreffen, aber (insbesondere bei Warenlieferungen) zB auch den Handel mit ihr. Dabei müssen sich solche Kriterien nicht zwingend auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.⁵⁵² Zu verlangen ist daher ein unmittelbarer **Auftragszusammenhang**, aber kein physischer Niederschlag im Sinne einer qualitativen Manifestation.⁵⁵³ § 58 Abs. 2 S. 2 Hs. 2 VgV setzt Art. 67 Abs. 2 S. 2 Buchst. a–c VRL um, indem er eine exemplarische Auflistung zulässiger Zuschlagskriterien vorgibt. Die aufgeführten Beispiele füllen die unbestimmten Rechtsbegriffe der „qualitativen“, „umweltbezogenen“, und „sozialen“ Zuschlagskriterien aus, ohne diese abschließend zu determinieren.
- 154** Das Erfordernis eines Bezugs zum Auftragsgegenstand schließt Kriterien und Bedingungen bezüglich der allgemeinen **Unternehmenspolitik** aus, da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert. Daher ist es öffentlichen Auftraggebern nicht gestattet, losgelöst vom Beschaffungsgegenstand von Biestern eine bestimmte Politik der sozialen oder ökologischen Verantwortung zu verlangen.⁵⁵⁴
- 155** Um Willkür auszuschließen und **Transparenz** zu gewährleisten, müssen die Zuschlagskriterien hinreichend bestimmt und so festgelegt sein, dass eine willkürliche Auftragsvergabe ausgeschlossen wird und eine wirksame Überprüfung ihrer Erfüllung möglich ist (§ 127 Abs. 4). Ferner müssen die Zuschlagskriterien und ihre Gewichtung in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen aufgeführt werden (§ 127 Abs. 5) (→ 127 Rn. 83 ff.).⁵⁵⁵ „Sozial angemessene“ oder „faire Arbeitsbedingungen“ sind ebenso intransparent wie „gesellschaftlich verantwortliches Verhalten“ und „nachhaltige“ Einkaufspolitik.⁵⁵⁶ Auch dürfen öffentliche Auftraggeber von Biestern keine unspezifizierten Angaben darüber verlangen, wie sie für die Gleichstellung von Mann und Frau, die Vereinbarkeit von Familie und Beruf, die Integration benachteiligter Gruppen etc sorgen. Dies würde dem Auftraggeber letztlich eine willkürliche Zuschlagserteilung erlauben, weil nicht ex ante bestimmbar ist, welche konkreten Maßnahmen inwiefern zuschlagsrelevant sind.⁵⁵⁷

⁵⁴⁸ Vgl. hierzu *Glaser* Zwingende soziale Mindeststandards S. 33.

⁵⁴⁹ Ausnahmen enthalten die § 67 Abs. 5 VgV, § 68 Abs. 2 VgV.

⁵⁵⁰ Erwägungsgrund 92 VRL.

⁵⁵¹ *Wiedemann* in KKPP GWB § 127 Rn. 59 ff.

⁵⁵² Begr. RegE VergRModG S. 138 f. zu § 127 Abs. 3; in Erwägungsgrund 97 VRL heißt es insoweit: „auch wenn derartige Faktoren nicht Teil von deren stofflicher Beschaffenheit sind“.

⁵⁵³ *Latzel* NZBau 2014, 673 (679).

⁵⁵⁴ Erwägungsgrund 97 VRL; Begr. VergRModVO, BR–Drs. 87/16, 213, zu § 58; *Wiedemann* in KKPP GWB § 127 Rn. 64.

⁵⁵⁵ Nach EuGH Urt. v. 14.7.2016 – C-6/15, NZBau 2016, 772 = ECLI:EU:C:2016:555 – TNS Dimarso NV/Vlaams Gewest ist Art. 53 Abs. 2 VKR dahin auszulegen, dass der öffentliche Auftraggeber nicht verpflichtet ist, den potentiellen Biestern in der Auftragsbekanntmachung oder in den entsprechenden Verdingungsunterlagen die Bewertungsmethode zur Kenntnis zu bringen, sofern diese Methode keine Änderung der Zuschlagskriterien oder ihrer Gewichtung bewirkt.

⁵⁵⁶ EuGH Urt. v. 10.5.2012 – C-368/10, NZBau 2012, 445 Rn. 110 = ECLI:EU:C:2012:284 – Europäische Kommission/Königreich der Niederlande zu der Vorgabe „Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“ einzuhalten und „zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion beizutragen“; *Latzel* NZBau 2014, 673 (679).

⁵⁵⁷ *Latzel* NZBau 2014, 673 (679).