

seln, zum Beispiel der Preis, die Lieferfrist, die Betriebskosten, die Rentabilität, die Qualität, die Ästhetik, die Zweckmäßigkeit, der technische Wert, der Kundendienst und die technische Hilfe<sup>99</sup>. Auf die Regelung der Zuschlagserteilung gemäß RL 2004/18/EG und RL 2004/17/EG wird in dem eigens den neuen Vergaberichtlinien gewidmeten Kapitel näher eingegangen<sup>100</sup>.

## B. Definition, Funktion und Ausgestaltung sozialer Vergabekriterien

### I. Terminologie

Obwohl sich in der rechtswissenschaftlichen Diskussion der Terminus der vergabe- bzw. beschaffungsfremden Kriterien durchsetzen konnte<sup>101</sup>, soll auf diesen Begriff in der folgenden Untersuchung nicht rekurriert werden. Das negativ konnotierte Adjektiv „fremd“ oder sogar „feindlich“<sup>102</sup> ruft unwillkürlich die Assoziation der „Sachfremdheit“ hervor<sup>103</sup> und

99 Art. 26 Abs. 1 lit. b RL 93/36/EWG.

100 Infra: S. 271 ff.; 275 ff.

101 Bartl, RiA 1999, 3 (7); Bartosch, EuZW 2001, 229 (229); Berrisch/Nehl, ZIP 2000, 434 (434); Böhm/Danker, NVwZ 2000, 767 (767); Boesen, Vergaberecht, § 97, Rdnr. 100 ff.; Breloer, Europäische Vorgaben und das deutsche Vergaberecht, 71; Brenner, JbUTR 1997, 141 (149); Bultmann, ZfBR 2004, 134 (134); *idem*, BuW 2001, 244 (245); *idem*, ZfBR 2002, 204 (204); *idem*, Beihilfenrecht und Vergaberecht, 65; Burgi, Öffentliche Unternehmen im Wettbewerb und Vergaberecht, 97 (106); *idem*, GewArch 2001, 217 (222); *idem*, NZBau 2001, 64 (66); Byok, NJW 2001, 2295 (2296); Dabringhausen, GemHH 2004, 133 (133); Dageförde, NZBau 2002, 597 (598); Dippel/Zeiss, NZBau 2002, 376 (376); Dreher, WuW 1997, 949 (951); *idem*, JZ 2001, 140 (140); *idem*, EuZW 1998, 197 (203); *idem*, ZVgR 1999, 289 (289); *idem*, in: Immenga/Mestmäcker, Kommentar zum GWB, § 97, Rdnr. 121; *idem*/Haas/v. Rintelen, Vergabefremde Regelungen und Beihilfenrecht, 8; Eilmansberger, WuW 2004, 384 (384); Fante, Die Instrumentalisierung des öffentlichen Beschaffungswesens zur Durchsetzung politischer Ziele, 56; H. Fischer, VergabeR 2004, 1 (3); K. Fischer, EuZW 2004, 492 (492); Frenz, WuW 2002, 352 (253); Gleichner, in: Aktuelle Probleme des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts, Bd. IV, 193 (194); Götz, Öffentliche Beschaffungsmärkte und Europarecht, 162; *idem*, EuR 1999, 621 (621); Götzke, Die Berücksichtigung des Umweltschutzes bei der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, 107; Griem, NVwZ 1999, 1171 (1171); Gröning, ZIP 1999, 52 (55); Heid, wbl 1998, 194 (194 ff.); Heintzen, ZHR 2001, 62 (62); Hopp, DB 2000, 29 (30); Huber, ThürVBl. 2000, 193 (193); Jennert, EuR 2003, 343 (344); Kaelble, VergabeR 2002, 604 (605); Kämmerer/Thüsing, ZIP 2002, 596 (596); Kling, Die Zulässigkeit vergabefremder Regelungen, 1; Knauff, EuZW 2004, 141 (143); Krohn, NZBau 2004, 92 (92); Leinemann/Wehrauch, Die Vergabe öffentlicher Aufträge, Rdnr. 4.3.2; Losch, NdsVBl. 2003, 73 (74); Mader, EuZW 2004, 425 (427); Martin-Ehlers, WuW 1999, 685 (685); Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 1; Neßler, DÖV 2000, 145 (145); Niebuhr/Kulartz/Kus/Portz, Kommentar zum Vergaberecht, § 97, Rdnr. 212; Noch, Vergaberecht und subjektiver Rechtsschutz, 50; *idem*, WuW 1998, 1059 (1066); Odendahl, EuZW 2004, 647 (647); Opitz, NZBau 2001, 12 (14); *idem*, NZBau 2003, 252 (257); Osterloh, Rechtsgutachten zu Fragen der Frauenförderung im Rahmen der öffentlichen Mittelvergabe, 27; Otting, StG 1996, 461 (461); Pietzcker, ZHR 1998, 427 (464); Prieß, EuZW 1999, 196 (199); *idem*/Pitschas, ZVgR 1999, 144 (144); Rechten, NZBau 2004, 366 (369); Riese, Vergaberecht, 202; Rittner, VergabeR 1998, 30 (30); *idem*, EuZW 1999, 677 (678); Schabel/Zellmeier-Neunteufel, VergabeR 2001, 79 (92); Schardt, Öffentliche Aufträge und das Beihilfenregime des Gemeinschaftsrechts, 77; Schenk, Das neue Vergaberecht, 70; Schmitges-Thees, Die öffentliche Auftragsvergabe als Instrument des Umweltschutzes, 57; Schumacher, DVBl. 2000, 467 (467); Schwarze, in: Die Vergabe öffentlicher Aufträge im Lichte des europäischen Wirtschaftsrechts, 13 (28); *idem*, EuZW 2000, 133 (138); Seifert, ZfA 2001, 1 (5); Versteil/Jacobi, NST-N 2001, 83 (84); Waldner, Bieterschutz im Vergaberecht unter Berücksichtigung der europäischen Vorgaben, 98; Weinacht, WuW 2000, 382 (382); Willems, Die Förderung des Mittelstandes, 163; Wittig, Wettbewerbs- und verfassungsrechtliche Probleme des Vergaberechts, 47; Ziekow, VergabeR 2003, 1 (2).

102 Brenner, JbUTR 1997, 141 (162).

impliziert damit, daß soziale Vergabekriterien von vornherein nicht in das Recht der öffentlichen Auftragsvergabe gehören<sup>104</sup>. Ein solches Etikett kann Voreingenommenheit erzeugen und daher im Diskurs vorwegnehmen, was es erst zu beweisen gilt<sup>105</sup>. Insofern verwundert auch nicht, daß insbesondere die Gegner sozialer Vergabekriterien diesen Begriff ins Feld führen, um so ihrer Ablehnung Ausdruck zu verleihen. Angesichts der äußerst polarisierten und nicht zuletzt auch polemisch<sup>106</sup> geführten Debatte sollte in der Diskussion über die gemeinschaftsrechtliche Zulässigkeit sozialer Vergabekriterien auf diesen „Kampfbegriff“<sup>107</sup> verzichtet werden<sup>108</sup>.

Gleiches gilt für den Begriff der „externen Zwecksetzungen“<sup>109</sup> und der „politisierten Beschaffung“<sup>110</sup>. Auch der Ausdruck „Sekundärzwecke“<sup>111</sup> bzw. *secondary policies or objectives*<sup>112</sup> vermag nicht zu überzeugen, da Zweit- und Nachrangigkeit generell nicht positiv belegt ist. Die „Einbeziehung politischer Zielsetzungen“<sup>113</sup> ist ausgesprochen vage. Im folgenden soll daher der wertneutrale Begriff der sozialen Vergabekriterien verwendet sowie von der Berücksichtigung sozialer Aspekte bei der öffentlichen Auftragsvergabe gesprochen werden, da hierdurch der Diskussionsgegenstand am besten beschrieben wird. Der Einfachheit halber werden alle Teilnehmer am Vergabeverfahren einheitlich als Bieterunternehmen bezeichnet, ob sie nun „Bieter“ sind, also im offenen Verfahren bereits ein Angebot vorgelegt haben, oder den Status eines „Bewerbers“ haben im Sinne des nicht-offenen Verfahrens, des Verhandlungsverfahrens oder des wettbewerblichen Dialogs<sup>114</sup>.

## II. Definition und Funktion

Sinn und Zweck der öffentlichen Auftragsvergabe besteht darin, diejenigen Sachmittel und -leistungen zu beschaffen, welche der öffentliche Auftraggeber zur bestimmungsgemäßen Erfüllung seiner öffentlichen Aufgaben benötigt<sup>115</sup>. Mithilfe sozialer Vergabekriterien verfolgen die öffentlichen Auftraggeber Ziele, die über den reinen Beschaffungsvorgang hinausweisen. Sie beziehen sich auf Art und Weise der Herstellung (*product-related processes and production methods*<sup>116</sup>).

103 Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 26; Kühling, VerwArch 2004, 337 (339); Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 65, 547; Schäfer, Öffentliche Belange im Auftragswesen und Europarecht, 50.

104 Vgl. Willems, Die Förderung des Mittelstandes, 196; Ziekow, NZBau 2001, 72 (72).

105 Kühling, VerwArch 2004, 337 (339); Schima, NZBau 2002, 1 (1).

106 Steinberg, EuZW 2004, 76 (76).

107 Ziekow, NZBau 2001, 72 (72).

108 Vgl. Rust, EuZW 2000, 205 (206).

109 Ziekow, NZBau 2001, 72 (72).

110 Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Beschaffung, 37.

111 Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 13 ff.; *idem*, NJW 2001, 947 (947); Dörr, JZ 2004, 703 (710); Herma, Natur und Recht 2002, 8 (8); Keßler/Ipek, EWS 2004, 337 (337); Löwisch, DB 2001, 1090 (1094); Mühlbach, RdA 2003, 339 (339); Schnabl, in: Norm und Normvorstellung, 453 (460); Seidel, BS Januar 2001, B IV (IV).

112 Arrowsmith, ELR 2002, 3 (6); *eadem*, LQR 1995, 235 (235); *eadem*/Linarelli/Wallace, Regulating Public Procurement, 237; Bovis, EC Public Procurement Law, 118; Doern, PPLR 2004, 97 (97).

113 Meyer, Die Einbeziehung politischer Zielsetzungen bei der öffentlichen Auftragsvergabe, 58.

114 Vgl. Art. 1 Abs. 8 RL 2004/18/EG; Art. 1 Abs. 7 RL 2004/17/EG.

115 Benedict, Sekundärzwecke im Vergabeverfahren, 17; Mühlbach, RdA 2003, 339 (339); Neßler, DÖV 2000, 145 (147).

116 Krohn, NZBau 2004, 92 (94).