

TEXTE

54/2014

Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

TEXTE 54/2014

Umweltforschungsplan des
Bundesministeriums für Umwelt,
Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit

Forschungskennzahl 3711 95 303

Rechtsgutachten

Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

von

Vanessa Schmidt
Berliner Energieagentur GmbH, Berlin

Dr. Christian Buchmüller, Iris Falke, Jörn Schnutenhaus
Schnutenhaus & Kollegen, Rechtsanwälte, Berlin
(Bearbeitung insbesondere der Kapitel 5, 6, 8)

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber:

Umweltbundesamt

Wörlitzer Platz 1

06844 Dessau-Roßlau

Tel: +49 340-2103-0

Fax: +49 340-2103-2285

info@umweltbundesamt.de

Internet: www.umweltbundesamt.de

 /umweltbundesamt.de

 /umweltbundesamt

Durchführung der Studie:

Berliner Energieagentur GmbH

Französische Str. 23

10117 Berlin

Abschlussdatum:

Juli 2014

Redaktion:

Fachgebiet III 1.3 Ökodesign, Umweltkennzeichnung, umweltfreundliche

Beschaffung

Grit Körber, Dagmar Kase

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/rechtsgutachten-umweltfreundliche-oeffentliche-o>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, Juli 2014

Das diesem Bericht zu Grunde liegende Vorhaben wurde mit Mitteln des Bundesministeriums für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit unter dem Förderkennzeichen 3711 95 303 gefördert. Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Verzeichnis der Informationskästen.....	IV
Abbildungsverzeichnis.....	V
Abkürzungsverzeichnis.....	VI
1 Vorbemerkung zur Aktualisierung.....	1
2 Einführung.....	2
3 Die relevanten Vergaberechtsnormen.....	7
3.1 Völkerrecht.....	8
3.2 Europäische Union	9
3.2.1 AEUV und Vergabekoordinierungsrichtlinien	9
3.2.2 Energiedienstleistungs-Richtlinie, 2006/32/EG	10
3.2.3 Energy-Star-Verordnung (EG Nr. 106/2008)	10
3.2.4 Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie, 2010/30/EU	11
3.2.5 Gebäuderichtlinie, 2010/31/EU	11
3.2.6 Energieeffizienzrichtlinie, 2012/27/EU.....	11
3.3 Deutschland.....	12
3.3.1 Allgemeiner Rechtsrahmen	12
3.3.2 Vergabeverordnung (VgV).....	13
3.3.3 Sektorenverordnung (SektVO).....	15
3.3.4 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV).....	16
3.3.5 Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF.....	16
3.3.6 Haushaltsrecht	16
3.3.7 Verwaltungsvorschriften	17
4 Typischer Verlauf eines Vergabeverfahrens.....	19
4.1 Verfahren oberhalb der Schwellenwerte VOL/A und VOB/A.....	20
4.1.1 Offenes Verfahren	20
4.1.2 Nichtoffenes Verfahren	23
4.1.3 Verhandlungsverfahren.....	23
4.1.4 Wettbewerblicher Dialog	24
4.2 Vergabe von freiberuflichen Leistungen VOF.....	24
4.3 Verfahren unterhalb der Schwellenwerte	25
5 Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte.....	27

5.1	Überblick über das Vergabeverfahren.....	27
5.2	Bedarfsermittlung und Festlegung des Auftragsgegenstands	29
5.2.1	Anforderungen nach europäischem Recht.....	31
5.2.2	Anforderungen nach nationalem Recht	33
5.3	Leistungsbeschreibung.....	34
5.3.1	Vergaberechtliche Vorgaben.....	34
5.3.2	Umweltzeichen	38
5.3.3	Nebenangebote	41
5.4	Eignungskriterien	42
5.4.1	Vergaberechtliche Vorgaben.....	42
5.4.2	Zuverlässigkeit und Verstöße gegen Umweltvorschriften	43
5.4.3	Fachliche und technische Leistungsfähigkeit	44
5.5	Zuschlagskriterien	46
5.5.1	Wirtschaftlichstes Angebot	46
5.5.2	Festlegung der Zuschlagskriterien	48
5.5.3	Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.....	49
5.5.4	Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze	57
5.6	Auftragsausführung	61
5.7	Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung.....	64
6	Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte.....	66
6.1	Festlegung des Auftragsgegenstands.....	67
6.2	Leistungsbeschreibung.....	68
6.3	Eignungskriterien	68
6.4	Zuschlagskriterien	69
6.5	Auftragsausführung	69
7	Umweltanforderungen bei Auftragsvergabe in den sog. Sektoren.....	71
8	Umweltfreundliche Beschaffung nach den Vergaberichtlinien von 2014.....	73
8.1	Klassische Vergaberichtlinie	73
8.1.1	Allgemeine Hinweise	73
8.1.2	Grundsätze für die Auftragsvergabe.....	74
8.1.3	Wahl der Verfahrensart.....	76
8.1.4	Leistungsbeschreibung	76
8.1.5	Eignungskriterien.....	82

8.1.6	Zuschlagskriterien	85
8.1.7	Bedingungen für die Auftragsausführung.....	90
8.2	Sektorenrichtlinie	90
8.3	Konzessionsrichtlinie.....	91
8.3.1	Anwendungsbereich und Regelungsgegenstand.....	91
8.3.2	Aspekte der umweltfreundlichen Beschaffung	92
9	Zusammenfassung	95
10	Quellenverzeichnis.....	98
11	Entscheidungsverzeichnis	100

Verzeichnis der Informationskästen

Kasten 1: Überblick zu verbindlichen Vorgaben zur Energieeffizienz	13
Kasten 2: Berechnungshilfen	15
Kasten 3: Exkurs: Nutzung von Rahmenvereinbarungen für umweltfreundliche Ausschreibungen	28
Kasten 4: Beispiel zur umweltfreundlichen Bedarfsermittlung (Auszug aus Ziffer 5 VwVBU)	29
Kasten 5: Beispiel für die Festlegung des Auftragsgegenstands	34
Kasten 6: Beispiel für umweltbezogene Aspekte, auf deren Basis ein Umweltzeichen vergeben wird	38
Kasten 7: Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Bewertungskriterien	49
Kasten 8: Beispiele für zulässige umweltbezogene Zuschlagskriterien	50
Kasten 9: Beispiele für unzulässige Zuschlagskriterien	51
Kasten 10: Berechnungshilfen zur Ermittlung von Lebenszykluskosten	54
Kasten 11: Beispiel für die Ermittlung der Lebenszykluskosten (Auszug auf Ziffer 7.1.1 der Berliner VwVBU)	54
Kasten 12: Exkurs: (Un-)Zulässigkeit der regionalen Beschaffung	60
Kasten 13: Exkurs: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue	63
Kasten 14: Berücksichtigung von Umweltaspekten des Transports	63
Kasten 15: Praxistipp: Beachtung derselben Grundsätze für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte	67
Kasten 16: Gegenüberstellung der Bestimmungen beider Richtlinien	71

Abbildungsverzeichnis

Abbildung 1: Schematischer Überblick über Umweltaspekte im Vergabeverfahren.....	27
--	----

Abkürzungsverzeichnis

Abl. EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abl. EU	Amtsblatt der Europäischen Union
Abs.	Absatz
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
a.F.	alte Fassung
AVV-EnEff	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BfEE	Bundesstelle für Energieeffizienz
BGBL.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMUB	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
DöV	Die öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DVA	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen
DVAL	Deutscher Vergabe- und Vertragsausschuss für Lieferungen und Dienstleistungen
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
EDL-G	Energiedienstleistungsgesetz
EG	Europäische Gemeinschaft
endg.	endgültig
EPBD	Energy Performance of Buildings Directive, Gebäuderichtlinie
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
Fn.	Fußnote
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen
IEKP	Integriertes Energie- und Klimaprogramm
i.V.m.	in Verbindung mit
KOM	Europäische Kommission
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz

KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite oder Satz
SektVO	Sektorenverordnung
TCO	Total Cost of Ownership
u.a.	unter anderem
v.	von oder vom
Verg	Vergabe
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgV	Vergabeverordnung
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen
VwVBU	Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (Berlin)
WTO	Welthandelsorganisation
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (Zeitschrift)

1 Vorbemerkung zur Aktualisierung

Im Jahr 2008 hat das Umweltbundesamt in einem Rechtsgutachten die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien in deutsches Recht untersuchen lassen. 2012 wurde das Rechtsgutachten zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung aktualisiert.¹ Dabei wurden insbesondere Änderungen infolge der dritten Stufe der Vergaberechtsreform in Deutschland berücksichtigt.

Ziel der vorliegenden, erneuten Überarbeitung und Aktualisierung des Rechtsgutachtens ist es, weitere Entwicklungen in Bezug auf eine umweltfreundliche Beschaffung aufzuzeigen. Von Bedeutung ist dafür insbesondere das Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Mai 2012², in dem unter anderem eine Klarstellung zur Verwendung von Umweltkennzeichen erfolgte.

Eingegangen wird des Weiteren auf die VOB/A, die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) und auf die neue Energieeffizienz-Richtlinie (2012/27/EU).

Ziel der Aktualisierung des Rechtsgutachtens ist zudem, durch konkrete Beispiele zu illustrieren, wie in der Praxis eine rechtssichere, umweltfreundliche Beschaffung erfolgen kann.

Auf die Neuerungen, die sich für die umweltfreundliche Beschaffung aus der Novellierung der EU-Vergabekoordinierungsrichtlinien, die bis zum Frühjahr 2016 in deutsches Recht umzusetzen sind, ergeben, wird in einem gesonderten Überblick (Kapitel 8) eingegangen.

¹ Rechtsgutachten „Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungs-Richtlinien“ im Auftrag des Umweltbundesamtes, 2008: Miriam Dross LL.M., Öko-Institut e.V., Dr. Angela Dageförde, Prof. Versteyl Rechtsanwälte Hendrik Acker, M.E.S., Öko-Institut e.V.; Aktualisierte Fassung 2012: Andreas Hermann, Öko-Institut e.V.

² EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10.

2 Einführung

Umweltfreundliche Beschaffung ist ein Prozess, in dem Auftraggeber Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge ausschreiben, die eine geringere Umweltbelastung aufweisen als vergleichbare Leistungen mit derselben Funktion.

Ob im Rahmen eines umfassenden Umweltmanagementsystems oder eines einzelnen Beschaffungsvorhabens – die Berücksichtigung von Umweltaspekten (z. B. Energieeffizienz und Klimaschutzaspekte) in öffentlichen Ausschreibungen verbessert unsere Umweltbedingungen und führt zu einem nachhaltigeren Wirtschaften. Europaweit gibt allein die öffentliche Hand jährlich rund 2 Milliarden Euro aus. Durch eine umweltfreundliche Beschaffung kann die öffentliche Hand den Markt hin zu umweltfreundlichen Produkten beeinflussen, Energie effizient nutzen, CO₂ und andere Emissionen sowie die Verwendung gefährlicher Substanzen reduzieren und Ressourcen schonen.

Häufig hat die umweltfreundliche Beschaffung noch weitere positive (Neben-)Effekte: Werden die Lebenszykluskosten der ausgeschriebenen Leistung bei der Beschaffung berücksichtigt, verbessert sich nicht nur die Umweltfreundlichkeit, sondern auch die Wirtschaftlichkeit von Beschaffungsentscheidungen. Auch die Gesundheit von Mitarbeiter/innen wird geschont (z. B. durch die Beschaffung emissionsarmer Geräte) und deren Motivation steigt. Und nicht zuletzt erfüllt die öffentliche Hand mit einer umweltfreundlichen Beschaffungspraxis auch eine Vorbildfunktion für private Unternehmen und die Bürger/innen.

Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe hat in den letzten Jahren stetig an Bedeutung gewonnen. Das lässt sich an verschiedenen Indikatoren ablesen: an den europaweiten Praxisbeispielen aus verschiedenen Ländern, Städten und Gemeinden, an der Zahl der Veröffentlichungen und Internetseiten zum Thema, aber auch die Gerichtsentscheidungen, die insbesondere der Europäische Gerichtshof zu der Frage der Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten im Vergaberecht gefällt hat. Bedeutung kommt der umweltfreundlichen Beschaffung in der Praxis gegenwärtig insbesondere in folgenden Bereichen zu: Strom- und Wärmeversorgung, nachhaltige Mobilität, Informations- und Kommunikationstechnologie sowie Beleuchtung für Industrie und Kommunen.³

In ihrer Mitteilung „Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen“ vom 16. Juli 2008⁴ formulierte die Europäische Kommission das Ziel, dass bis zum Jahr 2010 50 Prozent aller öffentlichen Vergabeverfahren in der EU „grün“ sein sollten. Gemäß der im Auftrag der Kommission durchgeführten Studie zur Umsetzung einer umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung in den seinerzeit 27 EU-Mitgliedstaaten⁵ konnte das 50 Prozent-Ziel bis zum Jahr 2010 insgesamt nicht erreicht werden. Die Evaluierung basiert auf einer europaweiten Befragung der Beschaffungsstellen zu zehn für die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

³ Konferenzreport - Deutscher Industrie- und Handelskammertag Fachkonferenz „Grüne Beschaffung. Handlungsfelder und politische Rahmenbedingungen“ vom 16.06.2010.

⁴ KOM (2008) 400, siehe: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:DE:PDF>. vom 16.07.2008 (so am 15.07.2014)

⁵ Centre for European Policy Studies (CEPS) und College of Europe, “The Uptake of Green Public Procurement in the EU27”, Brüssel, 29.02.2012; siehe: http://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm (so am 15.07.2014).

relevanten Produktgruppen.⁶ Als umweltfreundlich galt eine Ausschreibung dann, wenn die auf europäischer Ebene definierten *GPP-Kernkriterien*⁷ oder vergleichbare Umweltkriterien eingefordert wurden. In Deutschland entsprachen nur zwischen 20 und 40 Prozent der evaluierten Ausschreibungen diesem Maßstab. Obwohl die Aussagekraft der Studie aufgrund der teilweise sehr geringen Beteiligung an der durchgeführten Fragebogenaktion in anderen EU-Mitgliedstaaten begrenzt ist, zeigt sie doch einen erheblichen Handlungsbedarf im Sinne einer umweltfreundlicheren öffentlichen Auftragsvergabe auf.

Von Seiten der EU-Kommission und anderer europäischer Institutionen wird die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe ("grüne Beschaffung") als wirksames Instrument zur Förderung des Umweltschutzes betrachtet. Das Thema genießt auf europäischer Ebene hohe Priorität, auch deshalb, weil es als ökonomisches Instrument aufgefasst wird, das im Gegensatz zum „altmodischen“ Ordnungsrecht auf „command and control“ verzichtet. Dies spiegelt sich darin wider, dass die „grüne“ öffentliche Beschaffung in zahlreichen politischen Dokumenten, wie beispielsweise dem Kok-Report, genannt wird.⁸ Die EU-Kommission hat den Mitgliedsstaaten empfohlen, Aktionspläne für eine umweltfreundliche Beschaffung aufzustellen,⁹ in denen quantitative Ziele für eine umweltfreundliche Beschaffung festgesetzt werden.¹⁰ Gleichzeitig sollen die Aktionspläne konkrete Ziele im Hinblick auf einzelne Produktgruppen und Organisationen sowie das Training von Auftraggebern vorsehen. Der Empfehlung der Kommission sind inzwischen viele Mitgliedsstaaten nachgekommen.¹¹

Die Bundesregierung unterstützt die Initiative der Europäischen Kommission, den umweltfreundlichen Einkauf durch die öffentliche Hand zu fördern.¹² Gleichzeitig steht die Bundesregierung der Aufstellung von Aktionsplänen für grüne Beschaffung bislang kritisch

⁶ Zu den Produktgruppen zählten: Reinigungsmittel und -dienstleistungen, Hochbau, Strom, Lebensmittel, Gartenbauprodukte und -dienstleistungen, Computer, Monitore und bildgebende Geräte, Grafisches Papier und Kopierpapier, Textilien, Fahrzeuge und Beförderungsdienstleistungen, Möbel.

⁷ GPP-Kriterien sind Kriterienkataloge für eine umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, die auf europäischer Ebene im Auftrag der EU-Kommission erarbeitet werden. GPP steht dabei für Green Public Procurement. In den Kriterienkatalogen wird im Sinne eines Minimalansatzes zwischen Kernkriterien und umfassenden Kriterien unterschieden, wobei erstere als Mindestmaßstab für eine umweltfreundliche Beschaffung gelten. Vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/gpp_criteria_en.htm (so am 15.07.2014).

⁸ Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe wird erwähnt unter anderem in Art. 3 Ziff. 6 des sechsten Umweltaktionsprogramms (Beschl. Nr. 1600/2002/EG des EP u. des Rates vom 22.07.2002 über das sechste Umweltaktionsprogramm, ABl. EG Nr. L 242, S. 1 (erwähnt ist ein "nach ökologischen Kriterien ausgelegtes öffentliches Beschaffungswesen" ausdrücklich als ein Instrument zur Erreichung der Umweltziele der EG); in der Mitteilung der Kommission an den Rat und das Parlament vom 18.06.2003, KOM (2003) 302 endg., über die Integrierte Produktpolitik (S. 10); Report from the High Level Group chaired by Wim Kok („Kok-Report“), S. 37; Empfehlung 2003/555/EG des Rates vom 26.06.2003 zu den Grundzügen der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft (Zeitraum 2003 - 2005) sowie in einer Reihe von Schlussfolgerungen der Ratspräsidentschaft beispielsweise vom 22. und 23.03.2005 und vom 23.-24.03.2006.

⁹ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 08.06.2003, Integrierte Produktpolitik, KOM (2003) 302 endg. S. 13/14; European Commission, Report on the implementation of the Environmental Technologies Action Plan, COM (2005) 16 final. European Commission.

¹⁰ European Commission, DG Environment, Guidelines for the Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement (GPP), S. 8.

¹¹ Vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm (so am: 15.07.2014).

¹² Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zu der Aufstellung von Aktionsplänen der Mitgliedsstaaten für Grüne Beschaffung (GPP) vom 21.10.2005.

gegenüber, insbesondere soweit sie quantitative Ziele umfassen sollen. Dies wird zum einen damit begründet, dass ein nationaler Aktionsplan bereits aus staatsorganisatorischer Sicht kaum zu realisieren wäre, weil in einem föderalen Staat die Einbeziehung von Ländern und Kommunen sehr schwierig ist. Zum anderen sieht die Bundesregierung bislang einen Konflikt zwischen quantitativen Zielvorgaben für umweltfreundliche Beschaffung und dem vorrangigen Ziel des Vergaberechts, dem wirtschaftlichen Einkauf durch die öffentliche Hand.¹³

Dennoch leistet Deutschland mit zahlreichen Maßnahmen einen erheblichen Beitrag zum Ausbau der nachhaltigen und umweltfreundlichen Beschaffung:

Mit dem Eckpunktepapier für das Integrierte Energie- und Klimaprogramm (IEKP) beschloss das Bundeskabinett im August 2007 in Meseberg unter anderem Leitlinien für die Beschaffung umweltfreundlicher, insbesondere energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen zu erarbeiten. Die Bundesregierung hat am 5. Dezember 2007 – zum Auftakt der Vertragsstaatenkonferenz der Klimarahmenkonvention in Bali – das IEKP vorgelegt, in dem Maßnahmen, die eine günstige CO₂-Bilanz und eine möglichst große Kosteneffizienz aufweisen, aufgeführt sind.¹⁴ In diesem Zusammenhang hat die Bundesregierung eine "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen" (AVV-EnEff) beschlossen (Maßnahme 24 des IEKP), deren Geltungsdauer bis Anfang 2017 verlängert wurde. Auf Einzelheiten wird in Kapitel 3.3.7 näher eingegangen.

Ein wichtiges rechtliches Instrument des deutschen Engagements im Bereich der Energieeffizienz ist zudem das Energiedienstleistungsgesetz (EDL-G)¹⁵ vom November 2010. Zusammen mit den Maßnahmen des Integrierten Energie- und Klimaprogramms zur Steigerung der Energieeffizienz und der zum 11. Juni 2010 in Kraft getretenen Änderung der Vergabeverordnung dient das Gesetz dazu, die EU-Energiedienstleistungsrichtlinie vollständig umzusetzen.¹⁶ Danach erstellt und veröffentlicht die Bundesstelle für Energieeffizienz (BfEE) auf Grundlage von § 9 Nr. 13 des Energiedienstleistungsgesetzes Listen mit Energieeffizienzkriterien für technische Spezifikationen verschiedener Produktkategorien als Hilfestellung für Auftraggeber/innen. Die Kriterien können im Internet herunter geladen werden.¹⁷

Die Bundesregierung hat im September 2010 zudem das sog. Energiekonzept¹⁸ beschlossen, welches die energiepolitische Ausrichtung Deutschlands bis 2050 beschreibt und insbesondere Maßnahmen zum Ausbau der Erneuerbaren Energien, der Netze und zur Energieeffizienz

¹³ Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zu der Aufstellung von Aktionsplänen der Mitgliedsstaaten für Grüne Beschaffung (GPP) vom 21.10.2005.

¹⁴ BMUB, Das Integrierte Energie- und Klimaschutzprogramm (IEKP): www.bmub.bund.de/themen/klima-energie/klimaschutz/nationale-klimapolitik/detailansicht/artikel/das-integrierte-energie-und-klimaschutzprogramm-iekp/?tx_ttnews%25BbackPid%25D=215 Stand: 01.06.2009 (so am 15.07.2014)

¹⁵ Energiedienstleistungsgesetz (EDL-G): www.gesetze-im-internet.de/edl-g/. (so am 15.07.2014)

¹⁶ Das EDL-G wurde am 11.11.2010 im Bundesgesetzblatt (BGBl. I, Nr. 55, S. 1483 ff.) veröffentlicht und ist am Tag nach der Verkündung, am 12.11.2010, in Kraft getreten.

¹⁷ www.bfee-online.de/bfee/informationsangebote/energieeffizienzkriterien_fuer_produkte/index.html. (so am 15.07.2014)

¹⁸ Bundesregierung, Energiekonzept vom September 2010: www.bundesregierung.de/Content/DE/StatischeSeiten/Breg/Energiekonzept/dokumente.html (so am 15.07.2014)

festlegt. Am 6. Juni 2011 hat die Bundesregierung das dazu gehörende Energiepaket¹⁹ beschlossen, welches die Maßnahmen des Energiekonzepts ergänzt und ihre Umsetzung beschleunigt. Darin werden konkrete Maßnahmen zur energieeffizienten öffentlichen Beschaffung vorgeschlagen, die zur Änderung der Vergabeverordnung und der "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen" führten.

In dem Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit vom 6. Dezember 2010 des Staatssekretärsausschusses für nachhaltige Entwicklung wurden Ziele für die nachhaltige Beschaffung auf Bundesebene aufgestellt.²⁰ So sollen beispielsweise nur noch Produkte der jeweils höchsten Energieeffizienzklasse beschafft, Ökostrom bezogen, die Kriterien des Umweltzeichens „Blauer Engel“ verwendet, der Anteil an Recyclingpapier erhöht und der durchschnittliche Emissionswert der Dienstwagenflotte auf 130 g CO₂/km gesenkt werden. Des Weiteren wurde die mittlerweile eingerichtete zentrale Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung genannt.

Entgegen der eher positiven Einschätzung des Instruments auf politischer Ebene wurde das Thema umweltfreundliche öffentliche Beschaffung von der deutschen Rechtswissenschaft lange Zeit eher kritisch unter dem Stichwort „vergabefremde Aspekte“ diskutiert. Inzwischen kann an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in die öffentliche Auftragsvergabe nicht mehr gezweifelt werden, was vor allem auf die Entwicklung des Europarechts auf diesem Gebiet zurückzuführen ist. Während zunächst mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofs²¹ sowie eine Interpretierende Mitteilung der Kommission²² zur Zulässigkeit der umweltfreundlichen Vergabe nach europäischem Recht positiv Stellung nahmen, sind die dort aufgestellten Grundsätze 2004 in die europäischen Vergaberichtlinien eingeflossen.²³ Durch die Verankerung von Regelungen, die sich auf Umweltaspekte in technischen Spezifikationen oder in Auftragsausführungsbedingungen beziehen sowie den Ausschluss von Teilnehmern, die Angebotswertung oder auch die Zulässigkeit von Umweltmanagementsystemen betreffen, sind viele bis dahin streitig diskutierte Fragen abschließend rechtlich geklärt worden.

¹⁹ BMWi, Energiepaket: <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/E/eckpunkte-energieeffizienz,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (so am 15.07.2014)

²⁰ Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit: Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung, Beschluss vom 06.12.2010.

²¹ Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 17.09.2002 im Fall C-513/99 („Concordia Bus“) und Urteil vom 04.12.2003 im Fall C-448/01 („Wienstrom“).

²² Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 04.07.2001 KOM (2001) 274 endg. (im Folgenden: Interpretierende Mitteilung), (ABl. EG Nr. C 333 vom 28.11.2001), S. 4,

²³ Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Bauaufträge, Lieferaufträge und Dienstleistungsaufträge (nachfolgend: Richtlinie 2004/18/EG); ABl. EG Nr. L 134/114 vom 30.04.2004; zuletzt geändert durch Art. 1 Änderungsrichtlinie 2013/16/EU vom 13.05.2013 (ABl. Nr. L 158 S. 184).

Richtlinie 2004/17/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 31.03.2004 zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie-, und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (nachfolgend: Richtlinie 2004/17/EG); ABl. EG Nr. L 134/1 vom 30.04.2004; zuletzt geändert Art. 1 Änderungsrichtlinie 2013/16/EU vom 13.05.2013 (ABl. Nr. L 158 S. 184).

Auch wenn an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einbeziehung von Umweltaspekten im Vergabeverfahren kein Zweifel mehr besteht, blieben manche rechtlichen Fragen offen. Die Fragen, die sich in der Praxis hinsichtlich einer Einbeziehung von Umweltaspekten im Verlauf des Vergabeverfahrens stellen, werden im Folgenden diskutiert. Dieses Gutachten soll einen Beitrag dazu liefern, dass möglicherweise bei einzelnen Auftraggebern noch bestehende „Hürden“ für eine umweltfreundliche Beschaffung abgebaut werden.

Dieses Rechtsgutachten kann in Bezug auf die rechtlichen Rahmenbedingungen zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung allerdings nur einen Zwischenstand darstellen, denn die europäische und deutsche Rechtssetzung zur nachhaltigen Beschaffung ist längst noch nicht abgeschlossen. Am 17. April 2014 traten die novellierten EU-Vergaberichtlinien in Kraft. Inhalte der neuen EU-Vergaberichtlinien sind, unter anderem, klarstellende Regelungen zur umweltfreundlichen und nachhaltigen Beschaffung (z. B. zur Verwendung von Umweltzeichen), die bis April 2016 vom deutschen Gesetzgeber in nationales Recht umzusetzen sind. Eindeutig ist die Tendenz: Die Zulässigkeit der umweltfreundlichen und nachhaltigen öffentlichen Beschaffung wird im Vergaberecht ausdrücklich anerkannt. Die zu beachtenden Rahmenbedingungen werden immer klarer definiert. Die Rechtssicherheit für öffentliche Auftraggeber bei der umweltfreundlichen und nachhaltigen öffentlichen Beschaffung erhöht sich spürbar.

Das folgende Rechtsgutachten weicht in seinem Aufbau von dem in anderen Publikationen üblicherweise gewählten Gang der Untersuchung anhand der verschiedenen Rechtsgebiete Völkerrecht, europäisches Recht und deutsches Recht ab. Die rechtliche Untersuchung orientiert sich – nach einer Darstellung der wesentlichen Rechtsquellen – vielmehr an dem typischen Ablauf eines Vergabeverfahrens. Grund dafür ist die angestrebte bessere Übersichtlichkeit für den Praktiker, der zu den jeweiligen Schritten im Vergabeverfahren eine rechtliche Einschätzung bekommen soll. Durch die Prüfung entlang des Vergabeverfahrens soll also eine bessere praktische Anwendbarkeit der Untersuchungsergebnisse gewährleistet werden. Das Gutachten verweist aus demselben Grund im Wesentlichen auf deutsche Normen und recurriert nur dann auf die europäischen Vergaberichtlinien und Rechtsprechung, wenn neue Entwicklungen erfolgen oder wenn rechtliche Aspekte diskutiert werden, die sich aus dem europäischen Primärrecht oder der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ergeben, oder wenn dies zur Verdeutlichung notwendig ist.

3 Die relevanten Vergaberechtsnormen

Unter Vergaberecht versteht man die Gesamtheit der nationalen und internationalen Regeln und Vorschriften, die ein Träger der öffentlichen Verwaltung bei der Beschaffung von Leistungen, die er zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben benötigt, zu beachten hat.²⁴ Im Folgenden soll vorab ein Überblick über die verschiedenen Ebenen der für die öffentliche Beschaffung relevanten rechtlichen Normen und ihr Zusammenspiel gegeben werden.

Völkerrecht

- Government Procurement Agreement (GPA)²⁵

Europäische Union

- Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)²⁶
- Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU²⁷, ersetzt Richtlinie 2004/17/EG²⁸)
- Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge Richtlinie (RL 2014/24/EU²⁹, ersetzt Richtlinie 2004/18/EG³⁰)
- Richtlinie 2006/32/EG (Energiedienstleistungen)³¹
- Richtlinie 2009/33/EG (Fahrzeuge)³²
- Richtlinie 2010/30/EU (Energieverbrauchskennzeichnung)³³

²⁴ BVerfG, Urteil vom 13.06.2006 - Az.: 1 BvR 1160/03. Es ist allerdings anzumerken, dass § 98 GWB auch nichtstaatliche Auftraggeber dem Vergaberecht unterwirft (§ 98 Nr. 2, 4, 5 und 6 GWB).

²⁵ Government Procurement Agreement, in Kraft getreten am 01.01.1996, ABl. EG Nr. C 256, S. 1. Bei diesem Abkommen handelt es sich um eines der vier „plurilateralen Abkommen“ der Welthandelsorganisation (WTO), die nicht automatisch für alle WTO-Mitgliedsstaaten gelten, sondern nur für die, die sie gesondert ratifiziert haben.

²⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:12012E/TXT> vom 26.10.2012 (so am 15.07.2014)

²⁷ Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie, RL 2014/25/EU): <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-sektorenverordnung,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (so am 15.07.2014)

²⁸ Vergabekoordinierungsrichtlinien (2004/17/EG): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0001:0113:de:PDF>, vom 31.03.2004 (so am 15.07.2014)

²⁹ Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge Richtlinie (RL 2014/24/EU): <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-vergabe-oeffentlicher-auftraege,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (so am 15.07.2014)

³⁰ Vergabekoordinierungsrichtlinien (2004/18/EG): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:134:0114:0240:de:PDF>, vom 31.03.2004 (so am 15.07.2014)

³¹ Richtlinie 2006/32/EG (Energiedienstleistungen): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32006L0032> vom 05.04.2006 (so am 15.07.2014)

³² Richtlinie 2009/33/EG (Fahrzeuge): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32009L0033> vom 23.04.2009 (so am 15.07.2014)

³³ Richtlinie 2010/30/EU (Energieverbrauchskennzeichnung): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:153:0001:0012:DE:PDF>, vom 19.05.2010 (so am 15.06.2014)

- Richtlinie 2010/31/EU (Gebäuderichtlinie, Energy Performance of Buildings Directive EPBD)³⁴
- Richtlinie 2012/27/EU (Energieeffizienz)³⁵

Deutschland

- 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB)³⁶
- Vergabeverordnung (VgV)³⁷
- Sektorenverordnung (SektVO)³⁸
- Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)³⁹
- Vergabe- und Vertragsordnungen (VOL, VOB und VOF)⁴⁰
- Haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen (z. B. für den Bund: Bundeshaushaltsordnung - BHO⁴¹)

3.1 Völkerrecht

Völkerrechtlich bildet das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) von 1994, das in der Welthandelsorganisation WTO abgeschlossen wurde, für die Mitgliedsstaaten als Teil des Gemeinschaftsrechts den verbindlichen Rahmen. Neben Vorschriften zur Gewährleistung eines fairen und transparenten Vergabeverfahrens enthält es insbesondere die jeweiligen Verpflichtungen der Vertragsstaaten hinsichtlich des Zugangs zu ihren Beschaffungsmärkten. Die Vorgaben des Übereinkommens sind in das geltende EU-Vergaberecht eingeflossen. Im März 2012 wurde eine Reform des GPA beschlossen, die unter anderem die Erwähnung von Sekundärzwecken des Vergaberechts wie

³⁴ Richtlinie 2010/31/EU (Gebäuderichtlinie, EPBD): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2010:153:0013:0035:DE:PDF> vom 09.05.2008 (so am 15.07.2014)

³⁵ Richtlinie 2012/27/EU (Energieeffizienz): <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0001:0056:DE:PDF> vom 25.10.2012 (so am 15.07.2014)

³⁶ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26.06.2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das durch Artikel 2 Absatz 78 des Gesetzes vom 07.08.2013 (BGBl. I S. 3154) geändert worden ist.

³⁷ Vergabeverordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 11.02.2003 (BGBl. I S. 169), die durch Artikel 1 des Gesetzes vom 15.10.2013 (BGBl. I S. 3854) geändert worden ist.

³⁸ Sektorenverordnung vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110), die zuletzt durch Artikel 7 des Gesetzes vom 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722) geändert worden ist.

³⁹ Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1509), die durch Artikel 8 des Gesetzes vom 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722) geändert worden ist.

⁴⁰ Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL) vom 20.11.2009, Fundstelle: BAnz. Nr. 196a vom 29.12.2009; Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB) vom 26.06.2012 in der Fassung der Bekanntmachung im Bundesanzeiger BAnz. AT 13.07.2012 B3; Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen (VOF) vom 18.11.2009, Fundstelle: BAnz. Nr. 185a vom 08. Dezember 2009.

⁴¹ Bundeshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 2 des Gesetzes vom 15.07.2013 (BGBl. I S. 2395) geändert worden ist.

beispielsweise Umweltgesichtspunkte enthält.⁴² Das novellierte GPA ist am 6. April 2014 in Kraft getreten.

3.2 Europäische Union

3.2.1 AEUV und Vergabekoordinierungsrichtlinien

Die öffentliche Hand hat auf europäischer Ebene die Vorschriften des Europäischen Primärrechts zu beachten, insbesondere den Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) sowie die Vergabekoordinierungsrichtlinien⁴³ aus dem Jahr 2004, die mittlerweile vollständig im deutschen Vergaberecht umgesetzt wurden.⁴⁴

Im Januar 2011 veröffentlichte die Europäische Kommission ein Grünbuch zur Modernisierung des EU-Vergaberechts.⁴⁵ Im 4. Abschnitt des Grünbuchs „Die öffentliche Auftragsvergabe als Strategische Antwort auf neue Herausforderungen“ wird die Frage behandelt, wie die Kaufkraft der öffentlichen Hand künftig effizienter genutzt werden kann, um Güter und Dienstleistungen mit höherem „gesellschaftlichen Wert“ zu beschaffen und damit einen wichtigen Beitrag zur Erreichung der strategischen Ziele von Europa 2020⁴⁶ zu leisten. Insbesondere könne eine starke Nachfrage der Behörden nach umweltfreundlicheren und innovativeren Gütern und Dienstleistungen dazu beitragen, Produktions- und Konsumtrends der nächsten Jahre mitzubestimmen.⁴⁷

Am 17. April 2014 traten nach einem über zweijährigen Rechtssetzungsprozess insgesamt drei neue EU-Vergaberichtlinien in Kraft. Ziele der Novellierung des EU-Vergaberechts sind eine Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren, eine Erweiterung der elektronischen Vergabe sowie die Verbesserung des Zugangs für kleine und mittlere Unternehmen zu den Vergabeverfahren. Zudem sollen künftig strategische Aspekte zum Erreichen der klima- und umweltpolitischen Ziele stärker in den Vergabeverfahren berücksichtigt werden, was auch Vorgaben zu Energieeffizienz und Lebenszykluskosten umfasst. Besonders hervorzuheben ist die Neuregelung zur Verwendung von Umweltzeichen. So ist es öffentlichen Auftraggebern unter bestimmten Voraussetzungen künftig gestattet, „Gütezeichen“⁴⁸ – wozu auch

⁴² Decision on the Outcomes of the Negotiations under Article XXIV: 7 of the Agreement on Government Procurement (GPA/113).

⁴³ Richtlinie 2004/18/EG und Richtlinie 2004/17/EG.

⁴⁴ Richtlinien wenden sich zunächst an den nationalen Gesetzgeber und lassen diesem einen Spielraum bei der Frage, wie sie umgesetzt werden sollen. Grundsätzlich sind sie daher zunächst nicht unmittelbar anwendbar. Eine unmittelbare Anwendbarkeit setzt nach ständiger Rechtsprechung der Europäischen Gerichtshofs voraus, dass die Richtlinie nicht innerhalb der Umsetzungsfrist in nationales Recht umgesetzt wurde, dass die entsprechende Richtlinien-Bestimmung hinreichend bestimmt und unbedingt ist und den Bürger begünstigt. Die EU-Vergaberichtlinien wurden von der Bundesrepublik erst nach Ablauf der Umsetzungsfrist am 31.01.2006 in deutsches Recht umgesetzt.

⁴⁵ Grünbuch über die Modernisierung der Europäischen Politik im Bereich des öffentlichen Auftragswesens, vom 27.01.2011, KOM(2011) 15 endgültig.

⁴⁶ Siehe Mitteilung der Kommission vom 03.03.2010 – KOM(2010) 2020.

⁴⁷ Siehe KOM (2011) 15, S. 38 f.

⁴⁸ Der Begriff „Gütezeichen“ erscheint missverständlich, da auf nationaler Ebene zwischen Güte- und Umweltzeichen unterschieden wird (vgl. www.ral.de/ (so am 15.07.2014)). Besser wäre der Begriff „Kennzeichnung“ in Anlehnung an den englischen Wortlaut des RL-Entwurfs „label“.

Umweltzeichen zählen – direkt einzufordern oder auf deren detaillierte technischen Anforderungen zu verweisen, sofern diese den vergaberechtlichen Mindestanforderungen entsprechen.⁴⁹ Die Richtlinien traten am 17. April 2014 in Kraft. Seitdem haben die Mitgliedstaaten zwei Jahre Zeit für die Umsetzung in nationales Recht. Eine kurze Einführung in die Änderungen durch die neuen EU-Vergaberichtlinien erfolgt in Kapitel 8.

Neben dem AEUV und den Vergabekoordinierungsrichtlinien sind weitere Richtlinien und eine Verordnung für die umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung von Bedeutung. Diese werden im Folgenden kurz dargestellt.⁵⁰

3.2.2 Energiedienstleistungs-Richtlinie, 2006/32/EG

Der politisch-rechtliche Rahmen für energieeffiziente Beschaffung wurde in den vergangenen Jahren entscheidend durch die EU-Richtlinie über Endenergieeffizienz und Energiedienstleistungen (EDL-Richtlinie, 2006/32/EG) gesetzt. Mit dieser Richtlinie wollen die EU-Mitgliedsstaaten bis 2017 Energieeinsparungen von neun Prozent durch Energiedienstleistungen und Energieeffizienzmaßnahmen erreichen. Bei der Umsetzung der EDL-Richtlinie spielt die öffentliche Beschaffung mit ihrer Vorbildfunktion eine entscheidende Rolle. Gemäß der EDL-Richtlinie ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, bis 2016 drei Energieeffizienz-Aktionspläne (NEEAP) vorzulegen, was in Deutschland 2007 und 2011 erfolgte. Die Berichte zeigen, dass Deutschland das neunprozentige Endenergieeinsparziel der EU-Richtlinie erfüllen wird.⁵¹ Mitte 2014 werden im Rahmen eines dritten NEEAP die Ergebnisse weiter fortgeschrieben und um neue Erkenntnisse ergänzt.

3.2.3 Energy-Star-Verordnung (EG Nr. 106/2008)

Die Energy-Star-Verordnung (EG Nr. 106/2008)⁵² dient der Umsetzung des Abkommens vom 20. Dezember 2006 zwischen der Regierung der U.S.A. und der EU über die Koordinierung der Kennzeichnung für Strom sparende Bürogeräte. Nach dieser Verordnung müssen Bundesdienststellen eine Mindestanforderung an den Stromverbrauch von Bürogeräten gemäß

⁴⁹ Nach der aktuellen Regelung darf nur auf die im Anhang VI zur RL 2004/18/EG genannten (vordefinierten) technischen Spezifikationen verwiesen werden. Umweltzeichen zählen nicht dazu. Erlaubt ist lediglich, dass Spezifikationen aus Umweltzeichen „verwendet“ werden (vgl. Art. 23 Abs. 6 RL 2004/18/EG). Hieraus folgt, dass Auftraggeber die technischen Spezifikationen aus Umweltzeichen explizit in die Leistungsbeschreibung aufnehmen müssen. Eine abweichende Auslegung der Bestimmungen erscheint für den Oberschwellenbereich kaum vertretbar. Die Vorgabe erweist sich bislang in der Vergabepraxis als schwer umsetzbar. Die Umweltanforderungen aus Umweltzeichen sind für die Auftraggeber i.d.R. zu komplex. Einen zumindest für zentrale Beschaffungsstellen gangbaren Weg bieten Ausschreibungsempfehlungen, die Umweltzeichenkriterien für die öffentliche Beschaffung anpassen (z. B. Ausschreibungsempfehlungen des UBA unter www.beschaffung-info.de). (so am 15.07.2014)

⁵⁰ Die folgende Darstellung ist auf Richtlinien bzw. Verordnungen mit besonderer Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung beschränkt. Für die öffentliche Beschaffung generell ergeben sich auch aus anderen Rechtsnormen Vorgaben.

⁵¹ BfEE, Nationale Energieeffizienz-Aktionspläne (NEEAP) der Bundesrepublik Deutschland: www.bfee-online.de/bfee/energieeffizienz_in_deutschland/energieeffizienzaktionsplan/ (so am 15.07.2014)

⁵² Energy-Star-Verordnung (EG Nr. 106/2008); <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:039:0001:0007:DE:PDF>, vom 15.01.2008 (so am 15.07.2014)

den Spezifikationen des Energy Star stellen. Es gibt Anforderungen für Computer, Monitore sowie bildgebende Geräte.⁵³

3.2.4 Energieverbrauchskennzeichnungs-Richtlinie, 2010/30/EU

Eine wichtige Rolle für energieeffiziente Beschaffung spielt auch die europaweit einheitliche Energieverbrauchskennzeichnung, die in der EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU vom 19. Mai 2010 zur „Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen“ geregelt ist. Die Richtlinie betrifft energieverbrauchsrelevante Produkte, das heißt auch solche, die selbst keine Energie benötigen, aber Einfluss auf den Energieverbrauch anderer Produkte oder Systeme ausüben wie zum Beispiel Fenster oder Sanitärarmaturen. In Deutschland wurde die EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU durch das Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz (EnVKG)⁵⁴ und die Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV)⁵⁵ vom 10. Mai 2012 umgesetzt.

3.2.5 Gebäuderichtlinie, 2010/31/EU

In Artikel 9 der EU Gebäuderichtlinie (EPBD, Richtlinie 2010/31/EU) ist vorgeschrieben, dass nach dem 31. Dezember 2018 neue Gebäude, die von Behörden als Eigentümer genutzt werden, Niedrigstenergiegebäude sein müssen.

3.2.6 Energieeffizienzrichtlinie, 2012/27/EU

Die Bedeutung der umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung wird auch in der Energieeffizienzrichtlinie 2012/27/EU vom 25. Oktober 2012 deutlich. Die Richtlinie trat am 1. Dezember 2012 in Kraft und muss bis Juli 2014 von den EU-Mitgliedsstaaten in nationales Recht umgesetzt werden. Gefordert wird, dass Zentralregierungen bei der Beschaffung von Produkten, Dienstleistungen und Gebäuden mit Auftragswerten oberhalb der maßgeblichen EU-Schwellenwerte die Energieeffizienz berücksichtigen.⁵⁶ Öffentliche Einrichtungen, die nicht zur Bundesebene gehören, sollen zur energieeffizienten Beschaffung ermuntert werden. Hemmnisse, die der energieeffizienten Beschaffung oder der Steigerung der Energieeffizienz im Allgemeinen entgegenstehen, sind zu beseitigen. Da es in Deutschland bereits ambitionierte Vorgaben zu energieeffizienter Beschaffung gibt, bleibt abzuwarten, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang sich durch die Umsetzung der Richtlinie Änderungen im deutschen Vergaberecht ergeben.

⁵³ www.eu-energystar.org/de/254.shtml vom 26.10.2009 (so am 15.07.2014)

⁵⁴ Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz (EnVKG): www.gesetze-im-internet.de/envkg_2012/ vom 10.05.2012 (so am 15.07.2014)

⁵⁵ Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV): www.gesetze-im-internet.de/envkv/ vom 10.05.2012 (so am 15.07.2014)

⁵⁶ Siehe Art. 6 der Energieeffizienzrichtlinie.

3.3 Deutschland

3.3.1 Allgemeiner Rechtsrahmen

Der nationale Rechtsrahmen in Deutschland ist davon abhängig, ob der Auftragswert der ausgeschriebenen Leistung den jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwert übersteigt. Dieser ergibt sich seit 1. Januar 2014 aus einer dynamischen Verweisung in § 2 Abs. 1 VgV⁵⁷ sowie aus § 1 Abs. 2 SektVO (Sektorenaufträge) und § 1 Abs. 2 VSVgV (Aufträge im Bereich Verteidigung und Sicherheit) auf das jeweils geltende EU-Recht.

Die EU-Schwellenwerte betragen seit dem 1. Januar 2014⁵⁸ unter anderem:

- für Bauaufträge grundsätzlich 5.186.000 Euro und
- für Liefer- und Dienstleistungsaufträge grundsätzlich 207.000 Euro (bei Aufträgen oberster/oberer Bundesbehörden: 134.000 Euro)
- für Sektorenaufträge 414.000 Euro.

Aufträge mit Auftragswerten **oberhalb der Schwellenwerte** sind europaweit auszuschreiben und zu vergeben. Dabei sind – neben den Vorgaben des EU-Rechts – folgende nationalen Vorschriften zu beachten:

Bei der Beschaffung von Bau-, Liefer- und Dienstleistungen:

- EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
- die Vergabeverordnung (VgV)
- die 2. Abschnitte der VOL/A und der VOB/A sowie die VOF
- haushaltsrechtliche Vorgaben

Bei der Beschaffung im Sektorenbereich (Verkehr, Trinkwasser- und Energieversorgung):

- EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
- die Sektorenverordnung (SektVO)
- haushaltsrechtliche Vorgaben

Bei der Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit:

- EU-Kartellvergaberecht der §§ 97 ff. Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
- die Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)
- haushaltsrechtliche Vorgaben

⁵⁷ Die VgV gilt nicht für Vergaben im Sektorenbereich sowie für verteidigungs- oder sicherheitsrelevante Aufträge im Sinne des § 99 Abs. 7 GWB (vgl. 2 Abs. 2 und 3 VgV).

⁵⁸ VERORDNUNG (EU) Nr. 1336/2013 DER KOMMISSION vom 13.12.2013 zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG, 2004/18/EG und 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Schwellenwerte für Auftragsvergabeverfahren: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:335:0017:0018:DE:PDF> (so am 15.07.2014)

Bei der Vergabe von Aufträgen mit Auftragswerten **unterhalb der jeweiligen EU-Schwellenwerte** sind dagegen – neben den aus dem EU-Primärrecht folgenden allgemeinen Grundsätzen – (nur) folgende Regelungen zu beachten:

- die 1. Abschnitte der VOL/A und der VOB/A
- haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen

Die oberhalb bzw. unterhalb der EU-Schwellenwerte geltenden Vorschriften unterscheiden sich erheblich. Sie sind Ausdruck der verschiedenen Ziele, die mit dem Vergaberecht verfolgt werden. Das deutsche Vergaberecht war ursprünglich ein spezieller Teil des Haushaltsrechts. Primär werden deshalb immer Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit als Ziele des "traditionellen" deutschen Vergaberechts genannt. Demgegenüber will das europäische Vergaberecht vor allem den europäischen Binnenmarkt verwirklichen. Die erlassenen Richtlinien dienen deshalb der Marktöffnung zwischen den Mitgliedsstaaten. Dieses Ziel verfolgen auch die europäischen Grundfreiheiten, die bei einer Binnenmarktrelevanz auch bei der Vergabe von Aufträgen ober- und unterhalb der Schwellenwerte, beachtet werden müssen.

Im Folgenden werden die nationalen Rahmenbedingungen für eine umweltfreundliche öffentliche Beschaffung im Überblick dargestellt. Der Schwerpunkt liegt dabei auf den Vorgaben zur Berücksichtigung der Energieeffizienz, die in den letzten Jahren vor allem aufgrund europarechtlicher Vorgaben zunehmend Eingang in das deutsche Vergaberecht gefunden haben. Im Einzelnen werden die Rahmenbedingungen für eine umweltfreundliche Beschaffung für Vergaben oberhalb und unterhalb der Schwellenwerte dann in den Kapiteln 5 und 6 beschrieben.

Kasten 1: Überblick zu verbindlichen Vorgaben zur Energieeffizienz

Vorschrift	Wertgrenze	Adressaten
§ 4 Abs. 4 – 6 VgV	Über EU-Schwellenwert	Öffentliche Auftraggeber/innen
§ 4 Abs. 7 – 10 VgV	Über EU-Schwellenwert	Öffentliche Auftraggeber/innen
§ 7 Abs. 4 SektVO	Über EU-Schwellenwert	Sektorenauftraggeber/innen
§ 7 Abs. 5, 6 SektVO	Über EU-Schwellenwert	Sektorenauftraggeber/innen
Energy-Star-Verordnung (EG Nr. 106/2008)	Über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen
AVV-EnEff	Unter und über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen

3.3.2 Vergabeverordnung (VgV)

Die in der Richtlinie 2010/30/EU zur Energieverbrauchskennzeichnung enthaltenen Anforderungen an öffentliche Auftraggeber/innen sind seit dem 20. August 2011 in § 4 Abs. 4 – 6 Vergabeverordnung (VgV) in deutsches Recht umgesetzt. Die VgV ist grundsätzlich von allen öffentlichen Auftraggeber/innen bei europaweiten Ausschreibungen zu beachten (Ausnahmen: Sektorenbereich und Bereich Verteidigung und Sicherheit).

Nach § 4 Abs. 4 – 6 VgV **sollen** (Soll-Vorschrift), d. h. im Regelfall, bei der Beschaffung **energieverbrauchsrelevanter** Waren, Geräte oder Ausrüstungen oder beim Einkauf von Dienstleistungen, bei denen solche zum Einsatz kommen

- das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und
- soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung eingefordert werden.

Darüber hinaus **müssen** (Muss-Vorschrift) gemäß § 4 Abs. 6 VgV in der Leistungsbeschreibung oder an anderer geeigneter Stelle in den Vergabeunterlagen von den Bietern folgende Informationen gefordert werden:

1. konkrete Angaben zum Energieverbrauch, es sei denn, die auf dem Markt angebotenen Waren, technischen Geräte oder Ausrüstungen unterscheiden sich im zulässigen Energieverbrauch nur geringfügig, und
2. in geeigneten Fällen,
 - a) eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder
 - b) die Ergebnisse einer Buchstabe a) vergleichbaren Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit.

Falls die Angaben klärungsbedürftig sind, dürfen ergänzende Erläuterungen von den Bietern gefordert werden, also beispielsweise die Definition von Betriebszuständen oder Produktdatenblätter.

Energieeffizienz **ist** (Muss-Vorschrift) nach § 4 Abs. 6b VgV als Bewertungskriterium bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots „angemessen“ zu berücksichtigen.

Konkret bedeutet das: Bei Ausschreibungen von Liefer- oder Dienstleistungen, in denen energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen relevant sind, sind zumindest Angaben zum Energieverbrauch zu fordern. Diese Angaben sind auch bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Dabei bietet sich die Berechnung der Lebenszykluskosten an. Darüber hinaus sollten Mindestanforderungen an die Energieeffizienz formuliert werden (§ 4 Abs. 5 VgV), dies ist jedoch keine zwingende, sondern nur eine Soll-Vorgabe, von der in begründeten Ausnahmefällen abgewichen werden darf.

Anforderungen zu **Energieeffizienz bei Straßenfahrzeugen** sind in § 4 Abs. 7 – 10 VgV geregelt und von öffentlichen Auftraggeber/innen bei europaweiten Ausschreibungen zu beachten. Es wird festgelegt, dass öffentliche Auftraggeber/innen bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen Energieverbrauch und Umweltauswirkungen berücksichtigen müssen. Zumindest müssen folgende Faktoren, jeweils bezogen auf die Lebensdauer des Straßenfahrzeugs, angemessen (steht im Ermessen des Auftraggebers/der Auftraggeberin) in die Wertung einfließen:

- Energieverbrauch,
- Kohlendioxid-Emissionen,
- Emissionen von Stickoxiden,
- Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
- partikelförmige Abgasbestandteile.

Diese Faktoren können als Ausschluss- oder Bewertungskriterien berücksichtigt werden. Ausschlusskriterien müssen nach einer Marktrecherche der Auftraggeber/innen festgelegt werden. Werden die Emissionen als Bewertungskriterien herangezogen, sind die Kosten über die Lebensdauer nach den Anlagen 2 und 3 der VgV zu berechnen.

Einsatzfahrzeuge, zum Beispiel von Polizei oder Feuerwehr, sind von der Anwendung des § 4 Abs. 7 VgV ausgenommen, es sei denn, der Stand der Technik lässt es zu und die Einsatzfähigkeit wird nicht beeinträchtigt.

Die dargestellten Regelungen zu Straßenfahrzeugen finden sich auch in § 7 Abs. 5 – 6 SektVO. Dort ist jedoch kein Ausnahmetatbestand für Einsatzfahrzeuge definiert.

Sowohl § 4 Abs. 7 – 10 VgV als auch § 7 Abs. 5 – 6 SektVO dienen der Umsetzung der EU-Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge (2009/33/EG).

Kasten 2: Berechnungshilfen

Hilfestellung zur Berechnung der Lebenszykluskosten gibt einerseits ein Excel-Tool von Buy Smart+, das hier kostenfrei herunter geladen werden kann: www.buy-smart.info/downloads/downloads4

Mit dem LCC-Tool von ICLEI / Öko-Institut lassen sich neben den Lebenszykluskosten für eine Vielzahl von Produktgruppen gleichzeitig die entstehenden CO₂-Emissionen darstellen. Dabei können neben Emissionen aus der Nutzungsphase auch solche berücksichtigt werden, die bei der Herstellung, dem Transport oder der Entsorgung entstehen (so genannte „graue Emissionen“): www.smart-spp.eu/index.php?id=7633

Mit dem Excel-Tool des Umweltbundesamtes können bis zu fünf verschiedene Beschaffungsvarianten bewertet werden. Es berücksichtigt alle wesentlichen Kostenkategorien, wie Anschaffungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten. Das LCC-Tool des ZVEI (Zentralverband Elektrotechnik- und Elektronikindustrie e.V.) orientiert sich in seinem Aufbau an den drei Phasen Installation, Betrieb und Deinstallation. Die Darstellung der Lebenszykluskosten und der Energieeffizienz erfolgt anhand betriebswirtschaftlicher Kostenkategorien. Damit eignet sich das Tool vor allem für die Planung von Großprojekten, wie z.B. Kläranlagen. Downloads beider Tool sind über die Internetseiten des UBA möglich:

www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten

Eine Datenbank, in der nach verschiedenen Fahrzeugtypen gesucht und diese hinsichtlich Umweltkriterien verglichen werden können, bietet das Clean Vehicle Portal: www.cleanvehicle.eu/de/startseite/.

3.3.3 Sektorenverordnung (SektVO)

In § 7 Abs. 4 der Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) ist eine ähnliche Regelung wie in § 4 Abs. 4 – 6 VgV enthalten. Der Anwendungsbereich des § 7 Abs. 4 SektVO beschränkt sich jedoch auf technische Geräte und Ausrüstungen und bezieht die Anforderungen nicht auf Dienstleistungen. Die Pflicht, das höchste Leistungsniveau beziehungsweise die höchste Energieeffizienzklasse einzufordern, besteht nicht. Jedoch sind Angaben zum Energieverbrauch zwingend anzufordern. Die Angaben zum Energieverbrauch können bei der Zuschlagserteilung nach freiem Ermessen berücksichtigt werden.

§ 7 Abs. 4 SektVO: „Mit der Leistungsbeschreibung sind im Rahmen der technischen Anforderungen von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch von technischen Geräten und Ausrüstungen zu fordern. Bei Bauleistungen sind diese Angaben dann zu fordern, wenn die Lieferung von technischen Geräten und Ausrüstungen Bestandteil dieser Bauleistungen sind. Dabei ist in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit vom Bieter zu fordern.“

Sektorenauftraggeber/innen müssen gemäß § 7 Abs. 5 und 6 SektVO bei der Beschaffung von **Straßenfahrzeugen** Energieverbrauch und Umweltauswirkungen berücksichtigen. Jedoch sind die Anforderungen weniger streng als in der VgV. So gibt es keine Pflicht zur kumulierenden Berücksichtigung von Energieverbrauch und Umweltauswirkungen in Leistungsbeschreibung

und als Zuschlagskriterium. Bei der Zuschlagserteilung muss die Berücksichtigung nicht angemessen sein. Eine Ausnahmeregelung für Einsatzfahrzeuge ist nicht vorgesehen.

3.3.4 Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)

Die Richtlinie über öffentliche Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit vom 13. Juli 2009 (RL 2009/81/EG)⁵⁹ ist mit der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vom 12. Juli 2012⁶⁰ in deutsches Recht umgesetzt worden. Die Möglichkeit, umweltfreundlich zu beschaffen, ist an mehreren Stellen der VSVgV geregelt:

- § 15 Leistungsbeschreibung und technische Anforderungen: zu Umwelteigenschaften und Umweltzeichen
- § 28 Nachweis für die Einhaltung von Normen des Qualitäts- und Umweltmanagements
- § 34 Wertung der Angebote und Zuschlag: Kriterien können unter anderem Umwelteigenschaften sein.

3.3.5 Vergabe- und Vertragsordnungen VOB/A, VOL/A und VOF

Die sogenannten Vergabe- und Vertragsordnungen VOB, VOL und VOF geben die Einzelheiten der Vergabeverfahren konkret vor. Bei ihnen handelt es sich nicht um Gesetze bzw. staatliche Normen; sie erhalten aber über die Verweisungen in der Vergabeverordnung⁶¹ in Teilen Rechtsnorm-, nämlich Verordnungscharakter.⁶² Die Vergabe- und Vertragsordnungen selbst werden in den so genannten Vergabe- und Vertragsausschüssen erarbeitet.⁶³

Umweltaspekte werden in der VOL/A genannt in:

- § 16 Abs. 8 VOL/A: Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterien
- § 7 Abs. 11 EG VOL/A: zum Nachweis von Umweltmanagementmaßnahmen
- § 8 Abs. 5 EG VOL/A: zur Verwendung von Spezifikationen aus Umweltzeichen
- § 19 Abs. 9 EG VOL/A: Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterien

3.3.6 Haushaltsrecht

Ferner muss die Vergabestelle haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen, insbesondere die Bundeshaushaltsordnung (BHO)⁶⁴, die

⁵⁹ Richtlinie 2009/81/EG des europäischen Parlaments und des Rates vom 13.07.2009 über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe bestimmter Bau-, Liefer- und Dienstleistungsaufträge in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit und zur Änderung der Richtlinien 2004/17/EG und 2004/18/EG, Abl. Nr. L 216 vom 20.8.2009, S. 76.

⁶⁰ Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit – VSVgV vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1509).

⁶¹ § 2 VgV.

⁶² Dies betrifft die Abschnitte 2 ff. der Vergabe- und Vertragsordnungen, auf die §§ 4 ff. VgV verweisen.

⁶³ Vergabe- und Vertragsausschuss für Bauleistungen (DVA), Vergabe- und Vertragsausschuss für Leistungen (DVAL), Hauptausschuss zur Erarbeitung der Vergabeordnung für freiberufliche Dienstleistungen.

⁶⁴ Bundeshaushaltsordnung (BHO) vom 19.08.1969, BGBl. I S. 1273, zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 15.07.2013 BGBl. I S. 2395.

Landeshaushaltsordnungen bzw. die Gemeindehaushaltsverordnungen sowie eine Vielzahl von Verwaltungsvorschriften beachten.⁶⁵ So gelten unterhalb der EU-Schwellenwerte für Auftragswerte vor allem haushaltsrechtliche Grundsätze, aber auch das europäische Primärrecht darf nicht außer Acht gelassen werden. Auch hier ist die Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten grundsätzlich zulässig.⁶⁶

3.3.7 Verwaltungsvorschriften

Zum Teil ergeben sich Vorgaben zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung auch aus Verwaltungsvorschriften. Auf Bundesebene ist die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) von Bedeutung. Informationen zu den Regelungen in den Bundesländern und in Kommunen sind erhältlich unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/regelungen-der-bundeslaender-auf-dem-gebiet-der>.

Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff)

Zur Umsetzung von Artikel 5 der Richtlinie 2006/32/EG betreffend Energiedienstleistungen und des IEKP wurde in Deutschland die AVV-EnEff⁶⁷ im Januar 2008 erlassen. Die AVV-EnEff und die ihr als Anlage beigefügten Leitlinien sind bei der Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen nach der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen, Teil A (VOB/A) und der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen, Teil A (VOL/A) durch alle Bundesdienststellen zu beachten. Die Gültigkeit der AVV-EnEff wurde durch eine Änderung vom 16. Januar 2013 verlängert bis zum 24. Januar 2017.⁶⁸

In der AVV-EnEff ist vorgeschrieben, dass im Rahmen einer Bedarfsanalyse für die vorgesehene Beschaffung auch der Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung zu prüfen und bei der Erstellung der Vergabeunterlagen der Energieverbrauch in der Nutzungsphase zu berücksichtigen ist. Soweit möglich und sachgerecht und sofern ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht, sind für die Ausführung des Auftrags auch umwelt- und energieeffizienzbezogene Vertragsbedingungen zu fordern. Für die abschließende Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes sind neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer – vor allem die Kosten für den Energieverbrauch der zu

⁶⁵ Dazu zählt auch eine Vielzahl von Landesgesetzen und Verwaltungsvorschriften, darunter auch solche, die der Förderung bestimmter Regionen, Personengruppen oder Technologien bezwecken, siehe dazu umfangreiche Nachweise bei Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004, Fn. 13-30.

⁶⁶ Siehe dazu Kapitel 6 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“.

⁶⁷ BMUB, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff): www.bmub.bund.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen/produkte-und-umwelt/umweltfreundliche-beschaffung/allgemeine-verwaltungsvorschrift/artikel/allgemeine-verwaltungsvorschrift-zur-beschaffung-energieeffizienter-produkte-und-dienstleistungen/ vom 23.01.2008 (so am 15.07.2014)

⁶⁸ BMUB, Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff): www.bmub.bund.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen/produkte-und-umwelt/umweltfreundliche-beschaffung/allgemeine-verwaltungsvorschrift/artikel/allgemeine-verwaltungsvorschrift-zur-beschaffung-energieeffizienter-produkte-und-dienstleistungen/ vom 23.01.2008 (so am 15.07.2014)

beschaffenden Geräte – sowie die Abschreibungs- und Entsorgungskosten zu berücksichtigen (Lebenszykluskostenprinzip).

4 Typischer Verlauf eines Vergabeverfahrens

Im Folgenden soll zunächst in knapper Form der typische Verlauf eines Vergabeverfahrens differenziert nach den verschiedenen Verfahrensarten dargestellt werden.

Hinsichtlich des Verfahrens und der dabei zu beachtenden Vorschriften ergeben sich erhebliche Unterschiede, je nachdem, ob es sich um ein Verfahren oberhalb oder unterhalb der so genannten Schwellenwerte handelt. Zunächst soll das Verfahren oberhalb der EU-Schwellenwerte dargestellt werden. Die EU-Schwellenwerte ergeben sich aus dem GPA (Government Procurement Agreement) beziehungsweise der Auftragshöhe, ab der das GPA gelten soll. Diese Auftragshöhe ist in sogenannten „Sonderziehungsrechten (SZR)“ festgeschrieben. Diese vom Internationalen Währungsfonds (IWF) eingeführte künstliche Währungseinheit wird durch einen Währungskorb wichtiger Weltwährungen definiert: US-Dollar (41,9 Prozent), Euro (37,4 Prozent), Pfund Sterling (11,3 Prozent), Yen (9,4 Prozent). Zum Ausgleich von Kursschwankungen zwischen den SZR und Euro werden die EU-Schwellenwerte von der EU-Kommission alle zwei Jahre überprüft und gegebenenfalls angepasst. In der Vergabeverordnung wird auf die aktuellen EU-Schwellenwerte verwiesen. Zum 1. Januar 2014 wurden die EU-Schwellenwerte (Nettobeträge) wie folgt geändert:

- Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge der obersten oder oberen Bundesbehörden: 134.000 Euro
- Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge: 207.000 Euro
- verteidigungs- und sicherheitsrelevante Liefer- und Dienstleistungsaufträge sowie Lieferaufträge im Sektorenbereich: 414.000 Euro
- Bauaufträge: 5.186.000 Euro

Bei einem öffentlichen Auftrag oberhalb der Schwellenwerte unterscheidet man gem. § 101 Abs. 1 GWB das offene Verfahren (§ 101 Abs. 2 GWB), das nicht offene Verfahren (§ 101 Abs. 3 GWB), das Verhandlungsverfahren (§ 101 Abs. 5 GWB) sowie den wettbewerblichen Dialog (§ 101 Abs. 4 GWB). Grundsätzlich muss das offene Verfahren Anwendung finden, es sei denn, die Anwendung eines anderen – weniger wettbewerblichen – Vergabeverfahrens ist ausnahmsweise gestattet (§ 101 Abs. 7 GWB). Das bedeutet, dass die Verfahrensarten nicht wahlweise nebeneinander stehen, sondern in der Hierarchie der Vergabeverfahrensarten jeweils das Verfahren vorzuziehen ist, das den größtmöglichen Wettbewerb gewährleistet.

Um zu entscheiden, ob ein Auftrag europaweit ausgeschrieben werden muss, hat der öffentliche Auftraggeber vor Beginn des Vergabeverfahrens zu prüfen, ob der für den Auftrag einschlägige Schwellenwert erreicht bzw. überschritten wird. Zu diesem Zweck muss der Auftraggeber das Auftragsvolumen ohne Umsatzsteuer "vernünftig" und nicht in der Absicht, das Vergaberecht zu umgehen,⁶⁹ schätzen. Hierbei bietet es sich an, auf Erfahrungen in vorangegangenen ähnlichen oder gar identischen Ausschreibungen zurückzugreifen. Liegen diese nicht vor, kann und darf der Auftraggeber eine Markterkundung durchführen.

⁶⁹ Vgl. § 3 Abs. 2 VgV.

Maßgeblich ist bei der Schätzung das Gesamtauftragsvolumen. Detaillierte Regelungen zur Schätzung enthält § 3 VgV, wobei gemäß dem § 3 Abs. 1 S. 2 VgV bei der Schätzung auch „alle Optionen oder etwaigen Verlängerungen zu berücksichtigen“ sind.

4.1 Verfahren oberhalb der Schwellenwerte VOL/A und VOB/A

Für Auftragsvergaben oberhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte sind die Regelungen des Abschnitts 2 der VOB/A (sog. VOB/A-EG) und der VOL/A (sog. VOL/A-EG)⁷⁰ von öffentlichen Auftraggebern anzuwenden.

In den Anwendungsbereich der VOL/A fallen gemäß § 1 EG VOL/A alle Lieferungen und Leistungen, ausgenommen Bauleistungen, die unter die VOB/A fallen, sowie Leistungen, die im Rahmen einer freiberuflichen Tätigkeit erbracht werden und nicht eindeutig und erschöpfend beschreibbar sind und die deshalb unter die VOF fallen.

Nach § 99 Abs. 2 GWB umfasst der Begriff der Lieferaufträge Verträge zur Beschaffung von Waren, einschließlich Ratenkauf, Leasing sowie Miet- und Pachtverhältnisse. Bauaufträge werden in § 99 Abs. 3 GWB näher definiert als „Verträge entweder über die Ausführung oder die gleichzeitige Planung und Ausführung eines Bauvorhabens oder eines Bauwerks, das Ergebnis von Tief- oder Hochbauarbeiten ist [...]“. Dienstleistungsaufträge schließlich sind alle übrigen Aufträge über die Erbringung von Leistungen (§ 99 Abs. 4 GWB).

4.1.1 Offenes Verfahren

Wird ein Liefer- oder Dienstleistungsauftrag⁷¹ vergeben, soll im *offenen Verfahren* zunächst ein möglichst großer Kreis von potenziellen Bietern über den Auftrag informiert werden. Deshalb kann der Auftrag zu Beginn des Haushaltsjahres im Wege der Vorabinformation europaweit im Amtsblatt der EU und im Inland bekannt gemacht werden. Sobald der konkrete Auftrag erteilt werden soll, muss dieser wiederum nach einem EU-weit einheitlichen Muster⁷² im Amtsblatt veröffentlicht werden.⁷³ Die Bekanntmachung muss umfangreiche Angaben enthalten u.a. über das angewandte Vergabeverfahren, Art, Umfang und Ort der Leistung, Angebotsfrist und die mit dem Angebot vorzulegenden Unterlagen (insb. Eignungsnachweise).⁷⁴ Die Bieter fordern daraufhin vom Auftraggeber die Ausschreibungsunterlagen innerhalb der vom Auftraggeber festgelegten Frist an. Der Auftraggeber ist wiederum verpflichtet, die Unterlagen innerhalb einer kurzen Frist zu übersenden.⁷⁵ Alternativ kann der Auftraggeber die Vergabeunterlagen auch über eine Vergabeplattform oder einen „Vergabemarktplatz“ elektronisch zum Download

⁷⁰ Im Abschnitt 2 der VOL/A findet seit dem Jahr 2009 keine Einteilung mehr in Basisparagrafen und a-Paragrafen statt.

⁷¹ Für Bauaufträge gelten gemäß der VOB/A grundsätzlich dieselben Grundsätze, im Folgenden werden jedoch nur die VOL/A (und eingeschränkt die VOF) dargestellt.

⁷² VO (EG) Nr. 1564/2005 der Kommission vom 07.09.2005 zur Einführung von Standardformularen für die Veröffentlichung von Vergabebekanntmachungen im Rahmen von Verfahren zur Vergabe öffentlicher Aufträge gemäß der Richtlinie 2004/17/EG und der Richtlinie 2004/18/EG des Europäischen Parlaments und des Rates, ABl. EG Nr. L 257 vom 01.10.2005, S. 1.

⁷³ § 15 EG VOL/A.

⁷⁴ § 15 EG VOL/A.

⁷⁵ § 12 Abs. 7 EG VOL/A.

zur Verfügung stellen. Die Ausschreibungsunterlagen enthalten die eigentliche Aufforderung zur Abgabe eines Angebots und die sogenannten Vergabeunterlagen (Leistungsbeschreibung, Allgemeine Vertragsbedingungen sowie unter Umständen weitere Zusätzliche oder Besondere Vertragsbedingungen, ggfs. Nachunternehmererklärung, Tariftreueerklärung u. ä.). Den Kern der Ausschreibungsunterlagen stellt die Leistungsbeschreibung oder das Leistungsverzeichnis dar. Die Vergabeunterlagen müssen sämtliche vom Auftraggeber für die Angebotswertung vorgesehenen Zuschlagskriterien wie beispielsweise Preis, Qualität und geforderte Umwelteigenschaften einschließlich deren Gewichtung enthalten.⁷⁶ Dem Bieter steht dann eine Frist von grundsätzlich mindestens 52 Tagen⁷⁷ zur Verfügung, um sein Angebot zu erstellen.⁷⁸

Nach Abschluss der Angebotsphase erfolgt die Angebotsprüfung und -wertung durch den Auftraggeber.⁷⁹ Diese Prüfung muss nach einem streng formalisierten Verfahren erfolgen, um eine faire, diskriminierungsfreie Zuschlagserteilung zu gewährleisten. Innerhalb der Prüfungs- und Wertungsphase ist der Bieter an sein Angebot gebunden. Die Prüfung und Wertung der Angebote erfolgt in den folgenden Schritten:⁸⁰

1. Ausschluss von Angeboten wegen formeller Mängel,
2. Eignungsprüfung (Prüfung der Leistungsfähigkeit der Bieter in finanzieller und wirtschaftlicher sowie in fachlicher und technischer Hinsicht),
3. Ausschluss von Angeboten mit unangemessen hohem oder niedrigem Preis,
4. Angebotswertung (Auswahl des wirtschaftlichsten Angebots anhand von verschiedenen Kriterien, die in den Vergabeunterlagen genannt worden sind und die der Auftraggeber gewichten muss).

Enthält das Angebot *formelle Fehler*, kann es direkt vom Auftraggeber ausgeschlossen werden. Formell fehlerhafte Angebote sind beispielsweise solche, die verspätet eingegangen oder nicht unterschrieben sind oder bei denen der Bieter Änderungen an den Vergabeunterlagen vorgenommen hat (vgl. § 19 Abs. 3 EG VOL/A). Allerdings wurde mit Novellierung der VOL/A nunmehr dem Auftraggeber grundsätzlich die Möglichkeit eingeräumt, Erklärungen und Nachweise bis zum Ablauf einer zu bestimmenden Nachfrist nachzufordern, wenn diese bis zum Ablauf der Angebotsfrist nicht vorgelegt wurden (§ 19 Abs. 2 EG VOL/A).

Bei der *Eignungsprüfung* wird überprüft, ob der Bieter die erforderliche Leistungsfähigkeit in finanzieller und wirtschaftlicher sowie in fachlicher und technischer Hinsicht besitzt. Die Leistungsfähigkeit wird in Deutschland traditionell anhand der Eignungskriterien Fachkunde, Leistungsfähigkeit und Zuverlässigkeit beurteilt (vgl. § 97 Abs. 4 GWB). Die Fachkunde beurteilt

⁷⁶ § 9 Abs. 1 lit. b EG VOL/A.

⁷⁷ Wird die Auftragsbekanntmachung elektronisch versandt (Regelfall), kann die Frist auf 45 Tage verkürzt werden. Werden die gesamten Vergabeunterlagen vom Auftraggeber in elektronischer Form zur Verfügung gestellt, kann die Frist um weitere 5 Tage auf 40 Tage verkürzt werden. Vgl. § 12 EG Abs. 6 VOL/A.

⁷⁸ Die Frist beginnt allerdings schon am Tag nach der Absendung der Bekanntmachung an das Amtsblatt der EG, § 12 Abs. 2 EG VOL/A.

⁷⁹ Die Öffnung der schriftlich eingegangenen verschlossenen Angebote muss protokolliert werden, damit später nachgewiesen werden kann, dass kein Angebot vorzeitig geöffnet worden ist.

⁸⁰ § 19 EG VOL/A.

sich aufgrund der Kenntnisse, Erfahrungen und Fertigkeiten des Bieters. Zur Beurteilung der Leistungsfähigkeit kommt es vor allem darauf an, ob der Bieter über das notwendige Personal und die sonstige Ausstattung zur Erfüllung des Auftrags verfügt. Zuverlässig ist der Bieter, wenn er die gesetzlichen Vorschriften einhält und eine einwandfreie Ausführung des Auftrags erwarten lässt. Die Eignungsprüfung hat mit einem klaren "JA" oder "NEIN" zu enden, d.h. die Eignung eines Bieters ist entweder zu bejahen oder zu verneinen. Als ungeeignet eingestufte Bieter werden vom Vergabeverfahren ausgeschlossen, während die Angebote der als geeignet eingestuften Bieter in die nächste Stufe der Prüfungs- und Wertungsphase gelangen.

Bei den im Vergabeverfahren verbliebenen Angeboten findet sodann im nächsten Schritt eine *Preisprüfung* statt. Angebote mit einem unangemessen hohen oder niedrigen Preis sind auszuschließen. Die Regelungen des § 19 Abs. 6 EG VOL/A dienen in erster Linie dem Schutz des Auftraggebers vor der Eingehung eines wirtschaftlichen Risikos. Der Auftraggeber läuft bei der Zuschlagserteilung auf ein Unterangebot Gefahr, dass der Auftragnehmer in wirtschaftliche Schwierigkeiten gerät und den Auftrag nicht oder nicht ordnungsgemäß, insbesondere nicht mängelfrei, zu Ende führt.⁸¹

Unter den schließlich in der Angebotswertung verbliebenen Angeboten wird sodann das *wirtschaftlichste Angebot* ausgewählt. Dabei handelt es sich nicht zwingend um das Angebot mit dem niedrigsten Preis, sondern um dasjenige, das die vorher festgelegten Kriterien am besten erfüllt. Der Auftraggeber darf nämlich bei der Entscheidung über den Zuschlag verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien berücksichtigen, beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Lebenszykluskosten⁸², Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist (§ 19 Abs. 9 EG VOL/A). Der Auftraggeber hat die Kriterien bereits in den Vergabeunterlagen zu gewichten. Die Gewichtung kann mit einer angemessenen Marge erfolgen. Kann nach Ansicht des Auftraggebers die Gewichtung aus nachvollziehbaren Gründen nicht angegeben werden, so legt der Auftraggeber die Kriterien in absteigender Reihenfolge ihrer Bedeutung fest.

Nachdem der Auftraggeber die *Vergabeentscheidung* getroffen hat, muss er vor Erteilung des Zuschlags alle unterlegenen Bieter über den Namen des Bieters, dem der Zuschlag erteilt werden soll, die Gründe der Nichtberücksichtigung seines Angebots sowie den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses informieren (§ 22 EG VOL/A, 101a Abs. 1 GWB). Der Zuschlag darf frühestens 15 – bei Versendung per Fax oder elektronisch 10 – Kalendertage nach Absendung dieser Mitteilung erfolgen, weil mit dem Zuschlag ein Vertrag zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer zustande kommt, der von den unterlegenen Bietern nicht mehr rückgängig gemacht werden kann.⁸³ Auch die Erteilung des Zuschlags muss im Amtsblatt

⁸¹ OLG Koblenz, Beschl. vom 26.10.2005, Az.: 1 Verg 4/05; BayObLG, Beschl. vom 18.09.2003, Az. Verg 12/03; VK Düsseldorf, Beschl. vom 02.05.2006, Az. VK-17/2006; 1. VK Bund, Beschluss vom 20.04.2005, Az. VK 1-23/05.

⁸² Die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten wurde im Jahr 2009 in die VOL/A neu aufgenommen.

⁸³ Erfolgt die Zuschlagerteilung vor Ablauf der 15- bzw. 10-tägigen Wartefrist, ist der Vertrag nichtig gem. § 101b Abs. 1 Nr. 1 GWB. Die Unwirksamkeit kann jedoch spätestens sechs Monate nach Zuschlagserteilung im Rahmen eines Nachprüfungsverfahrens festgestellt werden, vgl. § 101b Abs. 2 GWB.

der EU veröffentlicht werden.⁸⁴ Das gesamte Vergabeverfahren muss in einem Vergabevermerk festgehalten werden.⁸⁵ Dieser dokumentiert im Fall der Nachprüfung des Vergabeverfahrens durch die Vergabekammer, dass die erforderlichen Schritte ordnungsgemäß durchgeführt worden sind. Das *offene* Vergabeverfahren ist damit abgeschlossen.

4.1.2 Nichtoffenes Verfahren

Das *nichtoffene* Verfahren ähnelt zwar dem offenen Verfahren, ist aber weniger wettbewerblich ausgestaltet, weil ein Teilnahmewettbewerb vorgeschaltet wird. Der Auftraggeber fordert in diesem die interessierten Unternehmen zunächst nicht zur Abgabe von Angeboten, sondern nur dazu auf, sich um die Teilnahme am Vergabeverfahren zu bewerben. Unter den eingegangenen Bewerbungen wählt der Auftraggeber sodann die Unternehmen aus, die er zur Angebotsabgabe auffordert. Die Eignungsprüfung wird also vorgezogen. Das nichtoffene Verfahren hat deshalb einen weniger wettbewerblichen Charakter, weil der Auftraggeber den Bieterkreis von vornherein einengt, indem er nach pflichtgemäßem Ermessen geeignete Unternehmer auswählt, denen er die Leistungsbeschreibung zuschickt und sie zur Angebotsabgabe auffordert. Die Bewerber haben keinen Anspruch darauf, zur Angebotsabgabe aufgefordert zu werden. Aufgrund dieser Einschränkung des Wettbewerbs soll ein nichtoffenes Verfahren nur in den abschließend geregelten Fällen der § 3 EG Abs. 2 VOL/A, § 3 Abs. 3 bis 5 VOB/A stattfinden. Dazu gehören beispielsweise die Fälle, dass die Leistung nur von einem so beschränkten Kreis von Unternehmen ausgeführt werden kann, dass die Ausschreibung einen Aufwand verursachen würde, der zu dem Wert der Leistung im Missverhältnis stehen würde, dass eine zuvor durchgeführte öffentliche Ausschreibung kein wirtschaftliches Ergebnis gehabt hat oder dass die Ausschreibung aus anderen Gründen, wie Geheimhaltung oder Dringlichkeit, unzumutbar ist.

4.1.3 Verhandlungsverfahren

Das in der Hierarchie der Vergabeverfahrensarten nachrangige *Verhandlungsverfahren* ist nur unter noch engeren Voraussetzungen zulässig als das nichtoffene Verfahren. Diese sind in § 3 EG Absätze 3 und 4 VOL/A definiert. Bei einem Verhandlungsverfahren kann unter Umständen sogar der vorgeschaltete Teilnahmewettbewerb entfallen. Der Auftraggeber darf mit den von ihm ausgewählten Bietern über die Auftragsbedingungen verhandeln.⁸⁶ Weil hier der Wettbewerb in der Praxis deutlich eingeschränkt ist – obwohl auch im Verhandlungsverfahren Grundsätze des Wettbewerbs und der Transparenz Anwendung finden – ist das Verhandlungsverfahren ohne Teilnahmewettbewerb begrenzt auf Vergaben, bei denen die besondere Eigenart der Leistung (etwa aufgrund von Patentschutz, Dringlichkeit oder Geheimhaltungserfordernissen) dieses erfordert (§ 3 EG Abs. 4 VOL/A). Die Anforderungen, die der Europäische Gerichtshof an diese Ausnahmefälle gestellt hat, sind sehr streng.⁸⁷

⁸⁴ § 23 EG VOL/A.

⁸⁵ § 24 EG VOL/A.

⁸⁶ § 101 Abs. 4 GWB.

⁸⁷ Vgl. z. B. EuGH, Rs. C-318/94.

4.1.4 Wettbewerblicher Dialog

Schließlich ist noch eine Vergabe im *wettbewerblichen Dialog* möglich.⁸⁸ Dieser kommt in Frage, wenn der Auftraggeber nicht in der Lage ist, die technischen Mittel anzugeben, mit denen seine Bedürfnisse und Ziele erfüllt werden können, oder die rechtlichen oder finanziellen Bedingungen des Vorhabens anzugeben, mit anderen Worten, wenn er selbst nicht das Know-how hat, die zu beschaffende Leistung zu beschreiben oder er noch nicht weiß, ob er letztlich eine (nicht ausschreibungspflichtige) Dienstleistungskonzession oder einen klassischen öffentlichen Auftrag vergeben wird. Der wettbewerbliche Dialog soll dazu dienen, mit ausgewählten Unternehmen eine Lösung zu erarbeiten, d.h. zu ermitteln, wie den Bedürfnissen des Auftraggebers am besten entsprochen werden kann. In diesem Prozess müssen alle Bieter gleich behandelt werden und insbesondere dieselben Informationen erhalten. Diese Form der Vergabe kommt nur für besonders komplexe Aufträge in Frage, die mit vielen unklaren Punkten hinsichtlich der Konzeption oder Ausführung verbunden sind. Als Beispiel werden in diesem Zusammenhang insbesondere die öffentlich-privaten Partnerschaften, die sog. Public Private Partnerships, genannt.

4.2 Vergabe von freiberuflichen Leistungen VOF

Während die Verfahren zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungsaufträgen und zur Vergabe von Bauaufträgen weitgehend identisch ablaufen, bestehen zur Vergabe von freiberuflichen Leistungen erhebliche Unterschiede. Freiberufliche Leistungen, die nicht eindeutig und erschöpfend vorab beschrieben werden können, werden nach einer eigenen Vergabeordnung, der VOF, die nur Geltung oberhalb des einschlägigen Schwellenwerts von 207.000 Euro entfaltet, vergeben. Dort ist das Regelverfahren das Verhandlungsverfahren. Beim Verhandlungsverfahren wendet sich der Auftraggeber mit oder ohne vorherige öffentliche Aufforderung zur Teilnahme an ausgewählte Unternehmen, um mit einem oder mehreren Bietern über die Auftragsbedingungen zu verhandeln.

Das Verhandlungsverfahren unterscheidet sich vom offenen bzw. nichtoffenen Verfahren dadurch, dass der Leistungsgegenstand nicht bereits in der Ausschreibung in allen Einzelheiten festgeschrieben ist, und dass Angebote abgeändert werden können, nachdem sie abgegeben worden sind. Nach Ablauf der Angebotsfrist sind die Angebote nicht wie beim offenen und nichtoffenen Verfahren nach einem für alle Angebote einheitlichen Maßstab zu bewerten; es beginnt vielmehr ein dynamischer Prozess, in dem der Auftraggeber mit dem Bieter verhandelt. Die Verhandlungen dürfen nur nicht dazu führen, dass letztlich eine andere Leistung beschafft wird, als ausgeschrieben. Verhandeln heißt in diesem Zusammenhang, dass Auftraggeber und potentielle Auftragnehmer den Auftragsinhalt und die Auftragsbedingungen so lange besprechen, bis klar ist, wie die Leistung ganz konkret beschaffen sein soll, zu welchen Konditionen der Auftragnehmer diese liefert und insbesondere auch, zu welchem Preis geliefert wird. Ein Vertrag wird am Ende des Verhandlungsprozesses mit dem Unternehmen geschlossen, das abschließend das wirtschaftlichste Angebot abgibt. Dabei kann der Verhandlungsprozess in Verhandlungsrunden ablaufen, nach deren jeweiligem Ende Unternehmen ausscheiden, beispielsweise weil sie technisch nicht die gewünschte Leistung

⁸⁸ § 10 EG VOL/A.

erbringen können oder wollen. Das Verhandlungsverfahren ist geringen formalen Anforderungen unterworfen, aber kein rechtsfreier Raum. Auch im Verhandlungsverfahren unterliegt der Auftraggeber wesentlichen Prinzipien des Vergaberechts. Das gilt namentlich für die Grundsätze des Wettbewerbs, der Transparenz und der Nichtdiskriminierung.⁸⁹

4.3 Verfahren unterhalb der Schwellenwerte

Wenn Aufträge unterhalb der Schwellenwerte vergeben werden, unterscheiden sich die rechtlichen Vorgaben erheblich von denen der gemeinschaftsweiten Verfahren. Bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen sind für Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 1 der VOL/A anzuwenden. Bei der Beschaffung von Bauleistungen sind für Auftragsvergaben unterhalb der jeweils geltenden EU-Schwellenwerte die Regelungen des Abschnitts 1 der VOB/A (Basisparagrafen) anzuwenden.

Grundsätzlich unterliegt ein Verfahren unterhalb der Schwellenwerte dem traditionellen Haushalts- und damit „Innenrecht“. Dies spiegelt sich in der Verankerung des Vergaberechts in den Haushaltsordnungen von Bund und Ländern sowie den kommunalen Haushaltsverordnungen wider. Dies hat auch weitreichende Konsequenzen für den Ablauf des Vergabeverfahrens, der in den sogenannten Basisparagrafen der Vergabe- und Vertragsordnungen, den Abschnitten 1 der VOL/A und VOB/A geregelt ist, insbesondere für seine Überprüfbarkeit und die Rechtsschutzmöglichkeiten für die Bieter.

In einem *nationalen Vergabeverfahren* muss die öffentliche Ausschreibung nicht im Supplement zum Amtsblatt der EU bekannt gemacht werden. Auch die nationale Veröffentlichung in Zeitschriften oder amtlichen Blättern kann regional beschränkt werden.⁹⁰ Die Verfahrensarten werden als öffentliche Ausschreibung, beschränkte Ausschreibung (unter Umständen nach Teilnahmewettbewerb) und freihändige Vergabe bezeichnet.⁹¹ Die Angebots- und Bewerbungsfristen müssen nicht wie bei der europaweiten Ausschreibung einen festgelegten Mindestzeitraum (z. B. grundsätzlich 52 Tage Angebotsfrist beim offenen Verfahren) betragen, sondern nur „ausreichend“ bemessen sein.⁹²

In den Vergabeunterlagen kann darauf verzichtet werden, wie bei der europaweiten Ausschreibung bereits die Zuschlagskriterien und deren Gewichtung aufzuführen (vgl. § 8 VOL/A). Das heißt, dass über die Vergabe des Auftrags unter Umständen auch solche Kriterien entscheiden können, die nicht in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen genannt waren.

Vergibt der öffentliche Auftraggeber Aufträge im beschränkten Verfahren, muss keine öffentliche Teilnahmeaufforderung ergehen. Die Vergabestelle kann also – mit Einschränkungen, die sich aus dem Europarecht ergeben, siehe sogleich – von vornherein eine

⁸⁹ So bspw. VK Bund, Beschluss vom 25.05.2004 – VK 1-51/04.

⁹⁰ § 12 Abs. 1 VOL/A .

⁹¹ § 3 VOL/A.

⁹² § 10 Abs. 1 VOL/A. Bei Bauleistungen darf die Frist nicht weniger als 10 Tage betragen, siehe § 10 Abs. 1 VOB/A.

beschränkte Anzahl von Unternehmen auswählen, die zur Angebotsabgabe aufgefordert werden.

In nationalen Verfahren hat der Auftraggeber den nicht berücksichtigten Bietern – entsprechend den Regelungen im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte – spätestens 15 Tage nach Eingang eines entsprechenden Antrags u. a. die Gründe für die Ablehnung ihres Angebots sowie den Namen des erfolgreichen Bieters mitzuteilen (§ 19 Abs. 1 VOL/A). Die Erteilung des Zuschlags muss hingegen nicht veröffentlicht werden. Ausnahmen gelten bei beschränkten Ausschreibungen ohne Teilnahmewettbewerb und bei freihändigen Vergaben ohne Teilnahmewettbewerb ab einem Auftragswert von 25.000 Euro; diese müssen die Auftraggeber auf Internetportalen oder ihren Internetseiten veröffentlichen (§ 19 Abs. 2 VOL/A).

Das nationale Verfahren ist im Ergebnis durch weniger Transparenz gekennzeichnet. Es gibt in Deutschland nach wie vor keinen Primärrechtsschutz, der auf die Verhinderung des Zuschlags gerichtet ist. Das spezielle vergaberechtliche Nachprüfungsverfahren vor der Vergabekammer, das im Hinblick auf den Zuschlag aufschiebende Wirkung entfaltet, gelangt nur für Auftragsvergaben oberhalb der Schwellenwerte zur Anwendung (§§ 100 Abs. 1, 127 Nr. 1 GWB i.V.m. §§ 1, 2 VgV). Der sich benachteiligtühlende Bieter kann die Vergabe des Auftrags an den erfolgreichen Konkurrenten mithin nicht vor einer Vergabekammer verhindern, da die §§ 97 ff. GWB für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte nicht gelten. Diese Unterschiede im Rechtsschutzsystem sind vom Bundesverfassungsgericht bestätigt worden. Teilnehmer an Vergabeverfahren für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte können daher nur auf die allgemeinen Rechtsschutzinstrumente wie die formlose Rüge oder (Dienst- oder Fach-) Aufsichtsbeschwerde an die übergeordnete Behörde des Auftraggebers zurückgreifen. Im Bereich der gerichtlichen Verfahren stehen ihnen neben der Schadensersatzklage, die dem Bereich des Sekundärrechtsschutzes zuzuordnen ist, insbesondere der Antrag auf einstweilige Verfügung vor den Zivilgerichten zur Verfügung.⁹³

Der Gestaltungsspielraum für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte wird zunehmend auch durch die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs eingeschränkt. Durch eine Reihe von Urteilen hat der Europäische Gerichtshof präzisiert, welche Anforderungen das Primärrecht an jegliche Vergabe (mit Binnenmarktrelevanz) stellt, auch wenn die Vergaberichtlinien nicht anwendbar sind. Diese werden im Einzelnen unten in Kapitel 6 dargestellt.

⁹³ BVerwG, Beschluss vom 02.05.2007, Az. 6 B 10.07.

5 Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

Im Folgenden wird die Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in den einzelnen Schritten des Vergabeverfahrens dargestellt. Dabei wird zunächst von einem europaweiten Verfahren ausgegangen, also der Vergabe eines Auftrags, dessen geschätzter Auftragswert oberhalb der Schwellenwerte liegt. Die Regeln unterhalb der Schwellenwerte werden in Kapitel 6 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“ dargestellt.

Abbildung 1: Schematischer Überblick über Umweltaspekte im Vergabeverfahren



In der Abbildung nicht dargestellt sind die Punkte Eignung und Ausführungsbedingungen.
(Quelle: Berliner Netzwerke, www.berliner-netzwerk-e.de)

5.1 Überblick über das Vergabeverfahren

Bevor der Auftraggeber entscheiden kann, was er beschafft, hat er in einem ersten Schritt seinen Bedarf zu ermitteln und den Gegenstand der zu beschaffenden Leistung zu definieren (dazu im Folgenden 5.2). Bereits hier erfolgt eine erste wesentliche Weichenstellung im Hinblick darauf, ob umweltfreundlich beschafft wird oder nicht.

Nachdem der Auftraggeber entschieden hat, was er beschaffen will, erstellt er die Vergabeunterlagen. Diese bestehen aus der Aufforderung zur Angebotsabgabe (Anschreiben) und den Vergabeunterlagen. Die Vergabeunterlagen setzen sich wiederum zusammen aus der Leistungsbeschreibung/dem Leistungsverzeichnis, den Bewerbungs- und etwaigen Vertragsbedingungen. Um die Vergleichbarkeit der Angebote zu vereinfachen, sollte der Auftraggeber Formulare vorgeben, die der Bieter verwenden muss, um sein Angebot abzugeben.

Bei der Erstellung der Vergabeunterlagen hat der Auftraggeber die Möglichkeit, an verschiedenen Punkten umweltbezogene Aspekte einzubeziehen:

- Die *Leistungsbeschreibung* umfasst sämtliche Anforderungen an die zu erbringende Leistung, die von allen Bietern beachtet werden müssen. Sie ist so eindeutig zu formulieren, dass die abgegebenen Angebote vergleichbar sind (dazu im Folgenden 5.3).
- *Eignungskriterien* dienen dazu zu prüfen, ob der Bieter grundsätzlich geeignet und in der Lage ist, den Auftrag durchzuführen (dazu im Folgenden 5.4).
- Anhand der *Zuschlagskriterien* erfolgt die Wertung der Angebote im Hinblick auf das Preis-Leistungs-Verhältnis. Der Auftraggeber wählt die Zuschlagskriterien für den Einzelfall unter sämtlichen in Betracht kommenden Gesichtspunkten aus (dazu im Folgenden 5.5).
- *Auftragsausführungsbedingungen* sind Bedingungen, die der Bieter bei der Durchführung des Auftrags (nach Erteilung des Zuschlags) beachten muss (dazu im Folgenden 5.6).

Wie im Folgenden dargestellt wird, unterscheiden sich die vergaberechtlichen Vorgaben, die bei der Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte zu beachten sind, in Abhängigkeit davon, welcher Anknüpfungspunkt gewählt wird. So darf ein Auftraggeber etwa in Bezug auf die technische Leistungsfähigkeit der Bieter (Eignungskriterium) nur in eingeschränktem Umfang umweltbezogene Vorgaben machen.⁹⁴ In Bezug auf die Leistungsbeschreibung, die Zuschlagskriterien und die Bedingungen zur Auftragsausführung hat er hingegen erheblich größere Spielräume. Vor diesem Hintergrund ist es wichtig, dass Auftraggeber bewusst die bestehenden Spielräume nutzen und zudem klar formulieren, worauf sich die von ihnen formulierten Umwelanforderungen beziehen: auf die Leistungsbeschreibung, die Eignung der Bieter, die Zuschlagskriterien oder die Auftragsausführungsbedingungen.

Kasten 3: Exkurs: Nutzung von Rahmenvereinbarungen für umweltfreundliche Ausschreibungen

Ausschreibungen in Form von Rahmenvereinbarungen können genutzt werden, um die umweltfreundliche Beschaffung zu erleichtern. Die Richtlinie 2004/18/EG sieht ausdrücklich vor, dass verschiedene öffentliche Auftraggeber ihren Bedarf bündeln und hierfür gemeinsame Rahmenvereinbarungen ausschreiben können.⁹⁵ Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen ist entsprechend auch in § 4 EG VOL/A der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen geregelt bzw. zugelassen.

Eine Rahmenvereinbarung ist grundsätzlich ebenso ausschreibungspflichtig wie es ein Einzelvertrag wäre. Die Rahmenvereinbarung hat zum Ziel, die Bedingungen für die Aufträge, die im Laufe eines bestimmten Zeitraums vergeben werden sollen, festzulegen. Dabei muss allerdings das Auftragsvolumen noch nicht exakt festgelegt werden. Dieses ermöglicht es beispielsweise einer zentralen Beschaffungsstelle, auf der Basis einer Anfrage bei ihren Auftraggebern einen Bedarf zu schätzen und eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen. Die einzelnen Auftraggeber können dann die konkret benötigten Mengen abrufen („Abrufberechtigte“)⁹⁶. Rahmenvereinbarungen haben unter Umweltgesichtspunkten mehrere Vorteile:

⁹⁴ Zur Abgrenzung Eignungskriterium – Auftragsausführungsbedingung vgl. EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 102 ff.

⁹⁵ Vgl. Erwägungsgrund 15 und Art. 1 Abs. 5 Richtlinie 2004/18/EG.

⁹⁶ Dabei sollte allerdings gewährleistet sein, dass eine bestimmte Mindestmenge abgerufen wird, weil sog. „Nullmengen-Verträge“ rechtlichen Bedenken begegnen. Hinzuweisen ist auch auf kartellrechtliche Einschränkungen, die sich gerade dann ergeben können, wenn es sich um Beschaffungsgegenstände handelt, die

- Wenn die Beschaffung gebündelt wird, können umweltfreundliche Produkte und Dienstleistungen kostengünstiger eingekauft werden. Dadurch wird die umweltfreundliche Auftragsvergabe für die Beschaffungsstellen möglich, die aufgrund von finanziellen Restriktionen sonst nicht die „grüne“ Variante gewählt hätten. Einsparungen können auch durch die zentrale Auftragsvergabe erzielt werden, die die Verwaltung der betroffenen „Abrufberechtigten“ entlastet.
- Die Bündelung der Beschaffung erlaubt es auch, das „Umwelt-Know-how“ zu bündeln und das Fachwissen, das für die umweltfreundliche Auftragsvergabe notwendig ist, auszubauen.
- Nicht zuletzt wird durch die gemeinsame Ausschreibung mehrerer Auftraggeber in einer Rahmenvereinbarung die Nachfragemacht gestärkt. Umweltaanforderungen der Auftraggeber können dadurch gegenüber der Anbieterseite besser durchgesetzt werden.

5.2 Bedarfsermittlung und Festlegung des Auftragsgegenstands

Bevor das Vergabeverfahren im engeren Sinne beginnt, muss der Auftraggeber zunächst entscheiden, was er kaufen oder bauen will bzw. welche Dienstleistung er benötigt. Dazu muss er seinen tatsächlichen Bedarf genau ermitteln.

Die Bedarfsermittlung ist der Definition des Auftragsgegenstandes sowie dessen Beschaffung zwar vorgelagert, für die umweltfreundliche Beschaffung hat sie dennoch eine erhebliche Bedeutung. Werden bereits bei der Bedarfsermittlung die Umweltauswirkungen der Beschaffung berücksichtigt, kann dies die Entscheidung über die zu beschaffende Leistung erheblich beeinflussen.

Vor diesem Hintergrund sind beispielsweise Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin aufgrund der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)⁹⁷ seit 1. Januar 2013 verpflichtet, im Rahmen der Bedarfsermittlung mögliche Alternativen sowie deren Umweltauswirkungen zu prüfen und zu dokumentieren.⁹⁸

Kasten 4: Beispiel zur umweltfreundlichen Bedarfsermittlung (Auszug aus Ziffer 5 VwVBU)

Vor der Beschaffung von Produkten und Dienstleistungen sind insbesondere folgende Vorüberlegungen zu tätigen:

- unterschiedliche Leistungsgegenstände (z. B. unterschiedliche Fahrzeuggrößen/-dimensionierungen oder Antriebssysteme),
- unterschiedliche Vertragsarten (z. B. Kauf, Miete, Leasing),
- unterschiedliche Leistungsarten (z. B. den gegenständlichen Erwerb oder die Einbeziehung in eine Dienstleistung, z. B. Contracting),
- unterschiedliche technische Konzepte und/ oder verschiedene technische Produkte (z. B. verschiedenartige Drucker: Nadel-, Tintenstrahl- oder Laserdrucker),
- unterschiedliche Marktangebote für innovative und umweltverträgliche Lösungen (Marktanalyse),
- die Weiternutzung vorhandener Produkte unter Einbeziehung von Reparatur- und Wartungsmöglichkeiten,

typischerweise nur von der öffentlichen Hand nachgefragt werden und für die deshalb von vornherein kein großer Markt besteht.

⁹⁷ Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzanforderungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU), www.stadtentwicklung.berlin.de/service/gesetzestexte/de/beschaffung/.

⁹⁸ Vgl. Ziffer 5 VwVBU.

- die Möglichkeit der gemeinsamen Nutzung/ Inanspruchnahme mit anderen Stellen,
- die Möglichkeit über zentrale Beschaffungsstellen einzukaufen (z. B. IT-Dienstleistungszentrum Berlin (ITDZ Berlin), Sammelbestellverfahren).

Vor der Beschaffung von Bauleistungen beziehungsweise deren Planung sind insbesondere zu betrachten:

- die Angemessenheit des Raum- und Flächenbedarfs,
- die Anmietung von Immobilien, einschließlich eventuell notwendiger Umbau- oder Erweiterungsbaumaßnahmen,
- der Kauf vorhandener baulicher Anlagen, einschließlich eventuell notwendiger Umbau- oder Erweiterungsbaumaßnahmen.

In Ziffer 4 der VwVBU wurde zudem festgelegt, dass bestimmte Produkte nicht beschafft werden dürfen (z. B. Einweggeschirr in Kantinen und Mensen).

Hat der Auftraggeber seinen Bedarf ermittelt und festgestellt, ob und in welcher Form das Produkt oder die Dienstleistung auf dem Markt verfügbar ist, kann er in einem nächsten Schritt festlegen, was beschafft werden soll.

Diese Phase des Vergabeverfahrens ist – ebenso wie die vorgelagerte Bedarfsermittlung – von besonderer Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung. Wenn umweltbezogene Aspekte erfolgreich in das Vergabeverfahren einbezogen werden sollen, muss diese Entscheidung frühzeitig getroffen und das Verfahren entsprechend (rechtssicher) gestaltet werden. Oberhalb der Schwellenwerte hat der Auftraggeber jedenfalls keine Möglichkeit, nachträglich, d.h. nach Bekanntmachung bzw. Versendung der Vergabeunterlagen, zu entscheiden, dass Umweltschutzaspekte einbezogen werden sollen. Besonders wichtig ist deshalb bereits die *Definition des Auftragsgegenstands*.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission wird die Definition des Auftragsgegenstands noch nicht von den europäischen Vergaberichtlinien erfasst.⁹⁹ Danach ist die Bedarfsbestimmung eine dem Vergabeverfahren vorgelagerte Phase und unterfällt damit nicht den rechtlichen Anforderungen, die an das Verfahren gestellt werden. Diese werden erst relevant, wenn der Auftraggeber die Leistungsbeschreibung erstellt. Daher besitzt der Auftraggeber in diesem Stadium der Vorbereitung die Möglichkeit, den Auftragsgegenstand in einem umweltfreundlichen Sinn zu definieren.¹⁰⁰

Die Vergabestelle ist dabei nicht verpflichtet, ihren Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.¹⁰¹ Vielmehr kann die Vergabestelle den Auftragsgegenstand auch von vornherein so wählen, dass nur bestimmte

⁹⁹ Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung!, 2011, S. 30; Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 4.7.2001, KOM (2001) 274 endg., S. 8.

¹⁰⁰ Vgl. dazu die Interpretierende Mitteilung der Europäischen Kommission vom 4.7.2001 über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, KOM (2001) 274 endg., ABl. EG Nr. C 2001, 3 unter I, Wahl des Auftragsgegenstandes. Diese Einschätzung bleibt auch nach Verabschiedung der neuen Vergaberichtlinien bestehen, weil diese den Anwendungsbereich der Richtlinien nicht nach vorne hin ausgedehnt haben.

¹⁰¹ VK Münster, Beschluss vom 20.04.2005, Az. VK 6/05.

Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden können, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe (z. B. Aspekte des Umweltschutzes) für diese Festlegung sprechen.¹⁰² In diesem Fall ist die Vergabestelle insbesondere nicht gezwungen, erst Markterforschungen oder Marktanalysen durchzuführen oder zu überprüfen, ob sie ihr Ziel auch mit einer produktneutralen oder technikoffenen Ausschreibung erreichen lässt.¹⁰³ Damit der Auftraggeber die sachlichen Gründe für die Entscheidung auch im einen Streitfall belegen kann, sollten diese sorgfältig in einem Vergabevermerk dokumentiert werden.

5.2.1 Anforderungen nach europäischem Recht

Die Vergabekoordinierungsrichtlinien finden auf die Definition des Auftragsgegenstandes zwar noch keine Anwendung. Zu beachten haben Auftraggeber aber – wie auch während des gesamten Beschaffungsvorgangs – das EU-Primärrecht.

Die Definition des Auftragsgegenstands kann einen Verstoß gegen das Primärrecht darstellen, wenn ein Verstoß gegen die Grundfreiheiten vorliegt. In Betracht kommt ein Verstoß gegen den freien Warenverkehr (Artikel 34, 36 AEUV¹⁰⁴), die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) oder das allgemeine Diskriminierungsverbot (Artikel 18 AEUV). Diese sind grundsätzlich unmittelbar neben den Vergaberichtlinien anwendbar.

Die Artikel 34, 56 AEUV verbieten grundsätzlich¹⁰⁵ alle offenen Diskriminierungen von Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedsstaaten, bei denen der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich einheimische Waren oder Dienstleistungen bevorzugt.¹⁰⁶ Die Grundfreiheiten untersagen aber auch verdeckte Diskriminierungen, also solche, die zwar nicht ausdrücklich, aber in ihrer Wirkung gerade ausländische Waren, Dienstleistungen oder Lieferanten benachteiligen. Schließlich sind auch unterschiedslos anwendbare Beschränkungen untersagt, wenn sie geeignet sind, Einfuhren oder Dienstleistungen aus anderen Mitgliedsstaaten zu behindern.¹⁰⁷ Gerade Umwelanforderungen fallen häufig unter diese unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschriften. Beispiele dafür können sein: das Verbot von Einweggetränkeverpackungen,¹⁰⁸ die Festsetzung von Höchstwerten für Abgasemissionen von Fahrzeugen¹⁰⁹ oder die Recyclbarkeit von Inhaltsstoffen oder Verpackungen.

Der Europäische Gerichtshof hat sich im Urteil Dundalk III, das die Vergabe eines Bauauftrags für Rohrleitungen zum Ausbau des Trinkwassernetzes der irischen Stadt Dundalk betraf, mit unterschiedslos geltenden Anforderungen, die einheimische Bieter bevorzugen können, beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall konnte die Vergabe in den

¹⁰² OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.12.2009 – VII-Verg 37/09; OLG München, Beschluss vom 2.3.2009 – Verg 01/09.

¹⁰³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09.

¹⁰⁴ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

¹⁰⁵ Eine Diskriminierung kann unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, sofern sie nicht willkürlich erfolgt, vgl. Art. 36 AEUV.

¹⁰⁶ EuGH, Urteil vom 20.03.1990, Rs. C-21/1988, Slg. 1990, I-889 (Du Pont).

¹⁰⁷ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urt. vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 („Cassis de Dijon“).

¹⁰⁸ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607, („Dänische Pfandflaschen“).

¹⁰⁹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne („Concordia Bus“).

Vergabeunterlagen, dass eine bestimmte irische Norm einzuhalten sei, nur von einem einzigen irischen Unternehmen erfüllt werden.¹¹⁰ Der Europäische Gerichtshof erklärte es für unzulässig, in einer Ausschreibung die Einhaltung einer nationalen Norm zu verlangen ohne durch den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ klarzustellen, dass auch Unternehmen, die zwar die nationale Norm nicht einhalten können, aber ein gleichwertiges Produkt anbieten, sich am Vergabeverfahren beteiligen können. Dabei ließ der Gerichtshof dahingestellt, was eine gleichwertige Anforderung hätte sein können. Er stellte nur darauf ab, dass andere Bieter tatsächlich nicht zum Zug kommen konnten. Der Gerichtshof äußerte sich aber nicht explizit zu der Frage, ob eine Einengung auf nur einen Bieter überhaupt rechtlich zulässig gewesen wäre.

Unzulässig ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zudem eine Einengung des Beschaffungsgegenstands auf nur ein bestimmtes Erzeugnis, das auch entsprechend benannt wird. Der Gerichtshof hat aber damit (über die Tatsache hinaus, dass bei der Verwendung von nationalen Produkthanforderungen immer gleichwertige Erzeugnisse zugelassen werden müssen) noch keine Antwort auf die Frage gegeben, inwieweit Anforderungen an Produkte und Dienstleistungen bereits bei der Auswahl des Vergabegegenstandes eine Verletzung der europarechtlichen Grundfreiheiten darstellen können.

Unabhängig davon, ob im Einzelfall eine Diskriminierung vorliegt, können tatsächlich diskriminierende oder handelsbehindernde Umwelanforderungen nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs als zwingendes Erfordernis des Allgemeinwohls gerechtfertigt sein.¹¹¹ Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu prüfen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es durchaus zulässig sein kann, wenn der öffentliche Auftraggeber seinen Auftragsgegenstand so (eng) definiert, dass faktisch nur wenige oder sogar nur ein einzelner Bieter die (Umwelt-)Anforderungen erfüllen können, wenn und soweit diese Anforderungen zur Erfüllung der vom Auftraggeber festgelegten Aufgaben erforderlich sind.¹¹² Wenn also beispielsweise ein öffentlicher Auftraggeber für den öffentlichen Nahverkehr Busse beschaffen will, die strenge Grenzwerte einhalten¹¹³, so könnte er bereits bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes die Einhaltung der Grenzwerte zwingend fordern, indem er eben nur „Busse, die die Euronorm 4/5 einhalten“ ausschreibt und nicht allgemein „Busse“. Bestimmte energieeffiziente Techniken können auch dann definiert werden, wenn nur ein Bieter die Anforderungen erfüllen kann.¹¹⁴ Alle "gleichwertigen" Angebote, die das Ziel, wenn auch mit anderer Technik, erreichen, müssen jedoch ebenfalls zugelassen werden.

¹¹⁰ EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87 (Kommission/Irland), Slg. 1988 I-4929.

¹¹¹ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1998, 4607 (4630).

¹¹² So auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.

¹¹³ Beispielsweise solche Grenzwerte, die gegenwärtig für die sogenannten Umweltzonen festgeschrieben werden.

¹¹⁴ Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 10.05.2010, VK 3-42/10, www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2010/VK3-42-10.html (so am 15.07.2014)

5.2.2 Anforderungen nach nationalem Recht

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob sich Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung des Auftragsgegenstands auch aus dem nationalen Vergaberecht ergeben können. Die häufig anzutreffende Aussage, das deutsche Vergaberecht verfolge „*allein das Ziel [...], die ökonomische Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern, d.h. den Etat zu schützen*“¹¹⁵, weil es traditionell einen speziellen Teil des Haushaltsrechts darstellt, könnte zu der Schlussfolgerung führen, dass die Verwaltung bereits bei der Entscheidung darüber, was sie kaufen will, dazu gezwungen ist, eine besonders günstige oder gar die günstigste Variante auszuwählen. Dafür spricht der in den Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung verankerte Grundsatz, dass „Lieferungen und Leistungen öffentlich auszuschreiben sind, damit die verfügbaren Haushaltsmittel im Rahmen des Wettbewerbs wirtschaftlich und sparsam verwendet werden“.¹¹⁶ Dagegen spricht allerdings, dass bereits bei der Umsetzung der Anfang der 1990er Jahre geschaffenen EU-Vergaberichtlinien davon abgesehen wurde, eine Regelung in deutsches Recht umzusetzen, wonach Auftraggeber bei der Angebotswertung ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises anwenden.¹¹⁷ Stattdessen soll in Deutschland das „wirtschaftlichste Angebot“ den Zuschlag erhalten.¹¹⁸ Ob ein Angebot wirtschaftlich ist, wird danach beurteilt, ob es die vom Auftraggeber in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen geforderten Kriterien – die Richtlinie 2004/18/EG nennt beispielhaft u. a. Qualität, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften und den Preis – erfüllt. Daraus ergibt sich, dass der Preis eben nur ein Merkmal unter anderen für die Wertung des Angebots ist. Was für die Zuschlagserteilung gilt, muss aber erst recht für die Auswahl des Auftragsgegenstands gelten.

Wirtschaftlichkeit bedeutet überdies nicht nur, Mittel sparsam zu verwenden, sondern schließt andere Erwägungen ein, da es um die Erzielung des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses geht. Grundsätzlich muss die Verwaltung ihre Aufgaben erfüllen und soll sich nicht darauf beschränken, Mittel sparsam zu verwalten. Außerdem handelt es sich bei dem Prinzip der Wirtschaftlichkeit um einen allgemeinen Grundsatz, aus dem konkrete Anforderungen, wie beispielsweise die Beschaffung eines bestimmten Gegenstands, nur in seltenen, extrem gelagerten Fällen abgeleitet werden können.

Daher kann dem nationalen Vergaberecht auch keine Verpflichtung entnommen werden, sich bei der Beschaffung von vornherein auf die kostengünstigste Variante zu beschränken. Vielmehr verfügt die Vergabestelle über einen weiten Ermessensspielraum im Hinblick auf die Auswahl des Auftragsgegenstands. Bei der Grundsatzentscheidung, was beschafft werden soll, spielen viele Faktoren eine Rolle. Die Verwaltung muss prüfen, ob überhaupt ein Bedarf besteht, welche besonderen Anforderungen an den Gegenstand/die Bau- oder Dienstleistung gestellt werden, und welche Aspekte prioritär sind. Daher spielen bei der Entscheidung über

¹¹⁵ Ute Jasper, Friedhelm Marx, Einführung zu Beck-Texte Vergaberecht, 9. Auflage 2006, S. XII.

¹¹⁶ Allgemeine Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung, Ziffer 2.1 zu § 55, http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_20122013_DokNr20110981762.htm (vom 14. März 2001) (so am 15.07.2014)

¹¹⁷ Art. 26 RL 93/36/EWG, ABl. EG Nr. L 199 vom 09.08.1993, S. 1.

¹¹⁸ Vgl. § 97 Abs. 5 GWB; § 21 EG VOL/A; § 16 Abs. 6 VOB/A.

den Gegenstand der Beschaffung verschiedene – auch politische – Vorgaben eine Rolle. Die Verwaltung kann sich somit schon faktisch nicht auf rein fiskalische Erwägungen beschränken. Gerade im Vorfeld einer Beschaffungsentscheidung werden allgemeine Überlegungen besonders wichtig sein. Im Ergebnis schränkt auch das nationale Vergaberecht die Festlegung des Beschaffungsgegenstands daher nicht dahingehend ein, dass nur bestimmte Varianten ausgeschrieben werden dürfen oder Umweltbelange außer Betracht bleiben müssten.

Kasten 5: Beispiel für die Festlegung des Auftragsgegenstands

Die Vergabestelle kann sich von vornherein darauf beschränken, „Ökostrom“ oder „Recyclingpapier“ auszuschreiben. Die Ausschreibung von Ökostrom¹¹⁹ schließt nicht aus, dass der angebotene Strom nur anteilig, z.B. zu 50 Prozent Ökostrom enthalten kann. Wird für die Ausschreibung von vornherein ein umweltfreundliches Produkt oder ein solcher Service gewählt, enthält die Leistungsbeschreibung Angaben, die die allgemeine Bezeichnung des Produkts präzisieren. Bei dem Auftragsgegenstand „Ökostrom“ wird beispielweise festgelegt, welche konkreten Anforderungen an die Stromproduktion gestellt werden. Bei der Leistungsbeschreibung für den Auftragsgegenstand Recyclingpapier kann der Auftraggeber z.B. festlegen, dass das Papier ungebleicht sein muss.

5.3 Leistungsbeschreibung

5.3.1 Vergaberechtliche Vorgaben

Der Auftraggeber ist verpflichtet, die ausgeschriebene Leistung *„eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, so dass alle Bewerber die Beschreibung im gleichen Sinne verstehen müssen und dass miteinander vergleichbare Angebote zu erwarten sind (Leistungsbeschreibung)“*.¹²⁰ Die Leistungsbeschreibung dient zum einen dazu, die vom Auftraggeber gewünschte Leistung so genau zu beschreiben, dass er eine Leistung (Produkt/Bau- oder Dienstleistung) erhält, die auf seine Bedürfnisse zugeschnitten ist. Zum anderen sollen alle Anbieter von den gleichen Voraussetzungen ausgehen, damit die Angebote untereinander vergleichbar sind. Im Sinne eines fairen Wettbewerbs müssen den Bietern alle zur Erfüllung des Vertragszwecks notwendigen Informationen gleichermaßen zur Verfügung gestellt werden. Um eine richtige Preisermittlung zu ermöglichen, sollen alle den Preis beeinflussenden Faktoren in den Vergabeunterlagen angegeben werden.

5.3.1.1 Freiwillige Berücksichtigung von Umweltaspekten

Der Auftraggeber hat die Möglichkeit, den Beschaffungsgegenstand im Rahmen der Leistungsbeschreibung durch ökologische Kriterien zu konkretisieren. In diesem Fall haben die Bieter die entsprechenden ökologischen Anforderungen *zwingend* mit der Angebotsabgabe zu erfüllen und nachzuweisen. Dies unterscheidet die Vorgaben in der Leistungsbeschreibung insbesondere von den Zuschlagskriterien. Die Berücksichtigung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterien verschafft demjenigen Bieter, der sie erfüllt, im Rahmen der Angebotswertung einen zusätzlichen Vorteil, ohne dass die Erfüllung dieser Kriterien zwingend notwendig ist, um den Zuschlag zu erhalten.

¹¹⁹ Zur Beschaffung von Ökostrom unter Berücksichtigung der haushalts- und vergaberechtlichen Rahmenbedingungen vgl. Buchmüller/Schnutenhaus (Hrsg. Umweltbundesamt), Arbeitshilfe zur Beschaffung von Ökostrom, 2013.

¹²⁰ § 8 EG Abs. 1 VOL/A.

Die technischen Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung sind in der Leistungsbeschreibung zu formulieren unter Bezugnahme auf

- technische Spezifikationen,
- Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder
- eine Kombination aus beidem.¹²¹

Die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Definition des Auftragsgegenstandes und seiner näheren Beschreibung in der Leistungsbeschreibung wird inzwischen allgemein für zulässig gehalten, sofern die Umwelteigenschaften direkt mit den Eigenschaften des zu beschaffenen Produkts verknüpft sind. Unzulässig sind demgegenüber Anforderungen, die nicht in Zusammenhang mit dem Produkt stehen, wie es beispielsweise Vorgaben sind, die die Unternehmensführung des Auftragnehmers im Allgemeinen betreffen.¹²²

Eine wichtige Flexibilisierung des Vergaberechts wird insbesondere durch die Zulässigkeit von Funktions- und Leistungsanforderungen ermöglicht. Funktions- und Leistungsanforderungen können auch und gerade im Bereich der umweltschutzorientierten Beschaffung verwendet werden, um bestimmte Vorgaben hinsichtlich des zu erreichenden Ziels zu machen, dem Bieter aber hinsichtlich der Erreichung dieses Ziels Spielräume zu eröffnen. Hintergrund der Zulassung von Funktions- und Leistungsanforderungen war die Erkenntnis der Europäischen Kommission, dass die Verpflichtung zu eindeutigen Vorgaben unter Bezugnahme auf klare Normen in der Vergangenheit dazu geführt hatte, dass genormten technischen Lösungen der Vorzug gegeben wurde gegenüber anderen Lösungen und neuen Techniken.¹²³ Mithin erwies sich die Nichtzulassung von Funktions- und Leistungsanforderungen als Hindernis für die Innovationskraft öffentlicher Beschaffung.

In § 8 EG Abs. 5 VOL/A bzw. § 7 Abs. 7 VOB/A wird es ausdrücklich zugelassen, dass Auftraggeber, die Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vorsehen wollen, die Spezifikationen aus Umweltzeichen nutzen dürfen (siehe dazu sogleich im nächsten Abschnitt unter „Umweltzeichen“). Die Vertragsfreiheit der Auftraggeber zur umweltfreundlichen Beschaffung wurde mittlerweile zudem dadurch gestärkt, dass § 8 Nr. 3 Abs. 1 VOL/A 2006 gestrichen wurde, in dem es hieß *„an die Beschaffenheit der Leistung sind ungewöhnliche Anforderungen nur so weit zu stellen, wie es unbedingt notwendig ist.“*

Soweit es nicht durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt ist, darf in der Leistungsbeschreibung nicht auf eine bestimmte Produktion, Herkunft, bestimmte Marken, Patente oder Typen verwiesen werden, wenn dies bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte

¹²¹ § 8 EG Absatz 2 VOL/A.

¹²² Vgl. zur Unzulässigkeit von allgemeinen Anforderungen an das Verhalten oder die Unternehmenspolitik des Auftragnehmers unter Nr. 2 der Anlage zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen des BMWi vom 17.08.2008, Bundesanzeiger Nr. 12 vom 23.01.2008, mit Änderungen vom 18.01.2012 (BAnz S. 286), mit Änderungen vom 16. Januar 2013 (BAnz AT 24.1.2013 B1) S. 12.

¹²³ Begründung des Vorschlags für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über die Koordinierung der Verfahren zur Vergabe öffentlicher Lieferaufträge, Dienstleistungsaufträge und Bauaufträge vom 30.08.2000 KOM (2000) 275, 9 f., Rn. 5.1.

begünstigt oder ausschließt (§ 8 EG Abs. 7, S. 1 VOL/A bzw. § 7 Abs. 8 VOB/A). Gleichwohl dürfen nach § 8 EG Abs. 7, S. 2 VOL/A bzw. § 7 Abs. 8 VOB/A die zuvor genannten Hinweise ausnahmsweise verwendet werden, *„wenn der Auftragsgegenstand nicht hinreichend genau und allgemein verständlich beschrieben werden kann.“* Dann ist diesem Verweis aber hinzuzufügen „oder gleichwertig“.

Zulässig ist es, genaue Anforderungen – auch ökologischer Art – an die ausgeschriebene Leistung zu stellen. Dafür gibt es eine unüberschaubare Vielzahl an Beispielen. So kann der Auftraggeber beispielsweise verlangen, dass ein Produkt aus einem bestimmten Material (z.B. Holz statt Plastik) besteht oder bestimmte Inhaltsstoffe nicht enthält (z. B. bestimmte Chemikalien).

Auch bestimmte Produktionsverfahren dürfen gefordert werden, wenn sie dazu beitragen, das Produkt zu charakterisieren. Dabei kann es sich um sichtbare oder unsichtbare Charakteristika handeln.¹²⁴ So ist von der Europäischen Kommission¹²⁵ wie vom Europäischen Gerichtshof¹²⁶ anerkannt, dass es zulässig ist, Strom aus erneuerbaren Energien auszuschreiben und auch Anforderungen hinsichtlich der genauen Art der Stromproduktion zu stellen, obwohl sich der Strom nicht sichtbar von „konventionellem“ Strom unterscheidet. Seine Charakteristika sind aufgrund der Produktionsweise unterschiedlich. Ebenso verhält es sich mit organisch gewachsenen Lebensmitteln oder dem Ausschluss von Tropenholz, das nicht aus nachhaltiger Bewirtschaftung stammt.

Ein weiterer Aspekt im Rahmen der Erstellung der Leistungsbeschreibung ist die Berücksichtigung von sog. „Lebenszykluskosten“. Der Begriff Lebenszykluskosten ist in den neuen EU-Vergaberichtlinien¹²⁷ erstmals legal definiert worden. Auf die Neuerungen, die sich dadurch ergeben werden, wird in Kapitel 8.1.6 näher eingegangen. Bisher wird darunter meist dasselbe wie unter „Total Cost of Ownership (TCO)“ verstanden, d. h. die Summe aller Kosten, die während der Nutzung eines Produkts anfallen. Dies umfasst Anschaffungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten. Dazu zählen beispielsweise der Energieverbrauch von Geräten, der Wasserverbrauch, der Verbrauch von Hilfs- und Betriebsstoffen (z. B. Tonerkartuschen, Reinigungsmittel, Wasser, Benzinverbrauch) sowie die Aufwendungen zur Entsorgung der Produkte. Diese sind einerseits umweltrelevant, andererseits haben sie auch große Auswirkungen auf die Kosten, die der Auftraggeber zu tragen hat, wenn er das Produkt oder die Dienstleistung verwendet bzw. in Anspruch nimmt. Sie stellen also nicht nur eine Umwelanforderung, sondern gleichzeitig einen ökonomischen Faktor dar.

¹²⁴ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 04.07.2001 KOM (2001) 274 endg., S. 12.

¹²⁵ Interpretierende Mitteilung der Kommission über das auf das öffentliche Auftragswesen anwendbare Gemeinschaftsrecht und die Möglichkeiten zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 04.07.2001 KOM (2001) 274 endg., S. 13.

¹²⁶ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“).

¹²⁷ Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (RL 2014/25/EU, Art. 83) und Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge Richtlinie (RL 2014/24/EU), Art. 68).

Zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten im Rahmen der Leistungsbeschreibung kann beispielsweise gefordert werden, dass Geräte eine bestimmte Mindestlebensdauer haben, einen bestimmten Stromverbrauch nicht überschreiten oder Gebäude so gebaut werden, dass sie bestimmte Standards, etwa im Hinblick auf Wärmeschutz, Raumheizung oder Klimatisierung einhalten. In diesem Fall müssen die Rahmenbedingungen angegeben werden, mit denen gerechnet wird, also beispielsweise der Energiepreis, die Lebensdauer oder der Diskontsatz. Abgefragt werden müssen dann die notwendigen Parameter wie Energie- oder Wasserbedarf.

5.3.1.2 Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten

Teilweise wird die Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte im Rahmen der Leistungsbeschreibung bereits *verbindlich* geregelt:

- Gem. § 4 Abs. 4 f. VgV „sollen“ bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen oder beim Einkauf von Dienstleistungen, bei denen solche Waren, Geräte oder Ausrüstungen zum Einsatz kommen, im Hinblick auf die Energieeffizienz
 - a) das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und
 - b) soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung eingefordert werden.

Wie der Begriff „sollen“ zeigt, sind die genannten Vorgaben bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren bzw. Dienstleistungen bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung grundsätzlich zu beachten, sofern nicht ein begründeter Ausnahmefall vorliegt.¹²⁸ Der Auftraggeber hat bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren bzw. Dienstleistungen daher in der Leistungsbeschreibung entsprechende Mindestanforderungen in Bezug auf die Energieeffizienz festzulegen.

- Gemäß dem gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten¹²⁹ darf die Bundesverwaltung nur Holzprodukte beschaffen, die nachweislich aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung stammen. Der Nachweis kann durch Vorlage eines FSC-, PEFC- oder eines vergleichbaren Zertifikats oder durch Einzelnachweis erbracht werden.
- Eine weitere verbindliche Regelung enthält § 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG).¹³⁰ Danach sind Bundesbehörden insbesondere dazu verpflichtet, bei der Beschaffung zu prüfen, ob und in welchem Umfang Erzeugnisse eingesetzt werden können,

¹²⁸ Die Vorgaben des § 4 ff. VgV gelten erst für die Erstellung der Leistungsbeschreibung, d. h. wenn der Auftraggeber sich für einen bestimmten Auftragsgegenstand entschieden hat. Bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes verbleiben dem Auftraggeber dagegen ein Leistungsbestimmungsrecht und ein Gestaltungsspielraum. So auch Zeiss, NZBau 2012, S. 201, 203.

¹²⁹ Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie, Bundesministerium für Ernährung, Landwirtschaft und Verbraucherschutz, Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und Reaktorsicherheit und Bundesministerium für Verkehr, Bau und Stadtentwicklung, Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten vom 22.12.2010.

¹³⁰ Das Kreislaufwirtschaftsgesetz (BGBl. I S. 212) trat am 01.07.2012 in Kraft. Es löste das bis dahin geltende Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz (KrW-/AbfG) ab.

- die sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit und Wiederverwendbarkeit oder Verwertbarkeit auszeichnen,
- die im Vergleich zu anderen Erzeugnissen weniger oder zu schadstoffärmeren Abfällen führen oder
- die durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling aus Abfällen hergestellt worden sind.¹³¹

5.3.2 Umweltzeichen

Die Verwendung von Umweltzeichen wird in § 8 EG Abs. 5 VOL/A und § 7 EG Abs. 7 VOB/A genau geregelt.¹³² Mit Umweltzeichen sollen eine oder mehrere Umwelteigenschaften eines Produkts oder einer Dienstleistung belegt werden. Beispiele sind das in Deutschland sehr bekannte Umweltzeichen „Blauer Engel“¹³³ oder das Europäische Umweltzeichen.¹³⁴

Kasten 6: Beispiel für umweltbezogene Aspekte, auf deren Basis ein Umweltzeichen vergeben wird

Der Blaue Engel wird nur an Arbeitsplatzcomputer verliehen, die bestimmten Umwelanforderungen genügen. Im Fokus stehen die Vermeidung von Schadstoffen, Emissionen und Abfall und ein möglichst geringer Energiebedarf während der Nutzung sowie die Verwertung gebrauchter Produkte. Hierdurch soll ein Beitrag zur Ressourcenschonung geleistet und Schadstoffeinträge in die Umwelt vermieden werden. Es sollen Geräte mit niedrigem Energiebedarf ausgezeichnet werden, die außerdem geräuscharm arbeiten.

Gefordert ist deshalb z. B., dass die maximal zulässigen Leistungsaufnahmen der Systemeinheiten und der tragbaren Computer in energiesparenden Zuständen vorgegeben werden ebenso wie die zulässigen Aktivierungszeiten dafür, die sich zudem vom Nutzer verringern lassen müssen.

Kriterien, die die Basis von Umweltzeichen bilden, eignen sich in der Regel gut für die umweltfreundliche Beschaffung, denn sie sind oft wissenschaftlich fundiert, mit den verschiedenen Stakeholdern diskutiert und weit verbreitet. Sollen Kriterien aus Umweltzeichen zur Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung verwendet werden, sind die Bestimmungen des § 8 EG Abs. 5 VOL/A und des nur redaktionell abweichenden § 7 EG Abs. 7 S. 1 bis 3 VOB/A 2012 zu beachten. Die Regelungen setzen Artikel 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG um.

§ 8 EG Abs. 5 VOL/A lautet:

“Schreiben die Auftraggeber Umwelteigenschaften in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen vor, so können sie die Spezifikationen verwenden, die in europäischen, multinationalen oder anderen Umweltzeichen definiert sind, wenn
a) sie sich zur Definition der Merkmale des Auftragsgegenstandes eignen,

¹³¹ Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 KrWG.

¹³² Für die VOB ist Art. 23 der Richtlinie 2004/18/EG für Aufträge ober- und unterhalb der Schwellenwerte einheitlich umgesetzt, um einheitliche Leistungsbeschreibungen bei nationalen und EU-weiten Ausschreibungen zu gewährleisten.

¹³³ Siehe: www.blauer-engel.de (so am 15.07.2014).

¹³⁴ Siehe: http://ec.europa.eu/environment/ecolabel/index_en.htm (so am 15.07.2014).

b) die Anforderungen des Umweltzeichens auf der Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden,

c) die Umweltzeichen im Rahmen eines Verfahrens erlassen werden, an dem interessierte Kreise wie staatliche Stellen, Verbraucher, Hersteller, Händler und Umweltorganisationen teilnehmen können und

d) das Umweltzeichen für alle Betroffenen zugänglich und verfügbar ist.

Der Auftraggeber kann in den Vergabeunterlagen angeben, dass bei Waren oder Dienstleistungen, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet sind, vermutet wird, dass sie den in der Leistungs- oder Aufgabenbeschreibung festgelegten technischen Anforderungen genügen. Der Auftraggeber muss jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren."

Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 8 EG Abs. 5 VOL/A ist somit zulässig, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Beschreibung der technischen Spezifikationen¹³⁵ des Auftragsgegenstandes auf die Kriterien eines Umweltzeichens zurückgreift. Dabei sind folgende Voraussetzungen zu beachten:

- Der Auftraggeber darf nur die Kriterien solcher Umweltzeichen verwenden, die nach den hohen Standards des § 8 EG Abs. 5 VOL/A hinreichend geeignet, wissenschaftlich begründet, transparent erarbeitet und allgemein zugänglich sind.
- Die Kriterien des Umweltzeichens, die er für die Beschreibung der Leistung verwenden will, muss der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung im Einzelnen angeben.¹³⁶
- Greift der Auftraggeber für die Beschreibung der technischen Spezifikationen auf die Kriterien eines Umweltzeichens zurück, kann er als *Nachweis* dafür, dass die vom Bieter angebotene Leistung diesen Anforderungen genügt, die Ausstattung der Leistung mit dem entsprechenden Umweltzeichen anerkennen.¹³⁷
- Lässt der Auftraggeber ein Umweltzeichen als Nachweis zu, hat er in den Vergabeunterlagen ausdrücklich auch jedes andere geeignete Beweismittel (z. B. technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen) ebenfalls als Nachweis anzuerkennen (vgl. § 8 EG Abs. 5 S. 3 VOL/A).¹³⁸

Vergaberechtlich *unzulässig* ist es nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Mai 2012 dagegen, zur Beschreibung der Leistung pauschal auf die Anforderungen eines

¹³⁵ Eine Beschreibung der technischen Spezifikationen liegt nach der Rechtsprechung des EuGH nur vor, soweit der Auftraggeber Kriterien aus Gütezeichen verwendet, die „auf die Merkmale der Erzeugnisse selbst, ihre Produktionsprozesse und -methoden, ihre Verpackung oder ihre Verwendung“ abstellen. Soweit durch die Kriterien etwa Bedingungen beschrieben werden, unter denen der Lieferant die Ware vom Erzeuger erworben hat, handelt es sich nach Auffassung des EuGH um Bedingungen für die Auftragsausführung, die allein an den Vorgaben für derartige Bedingungen (Art. 26 der Richtlinie 2004/18) zu messen sind. Vgl. zum Ganzen EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 74 ff.

¹³⁶ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 63 ff.

¹³⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 64.

¹³⁸ Eine Eigenerklärung der Bieter stellt kein geeignetes anderes Beweismittel dar. So auch Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, S. 265, 266.

Umweltzeichens zu verweisen und es dem Bieter selbst zu überlassen, herauszufinden, welches die Spezifikationen im Einzelnen sind. Der Auftraggeber muss sich daher die Mühe machen, die Anforderungen, die das Umweltzeichen aufstellt, und die er übernehmen möchte, in der Leistungsbeschreibung zu benennen. Der Europäische Gerichtshof begründet seine Auffassung wie folgt: Öffentliche Auftraggeber dürfen zur Beschreibung der ausgeschriebenen Leistung nur solche technischen Spezifikationen verwenden, die allen Bietern gleichermaßen zugänglich sind, die so genau gefasst sind, dass sie den Bietern ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln, und die so klar festgelegt sind, dass die Anforderungen des Auftraggebers für alle Bieter ersichtlich sind.¹³⁹ Insbesondere das Klarstellungserfordernis stehe einem pauschalen Verweis auf die Kriterien eines Umweltzeichens entgegen.¹⁴⁰ Zudem sei eine ausdrückliche Angabe der im Einzelnen geforderten Umwelteigenschaften auch schon deshalb erforderlich, *„um es potenziellen Bietern zu ermöglichen, sich auf ein einheitliches und amtliches Dokument des öffentlichen Auftraggebers selbst zu stützen, ohne dass sie also den Zufälligkeiten einer Informationssuche und möglichen im Laufe der Zeit eintretenden Veränderungen der für ein Umweltgütezeichen geltenden Kriterien ausgesetzt sind.“*¹⁴¹

Vergaberechtlich *zulässig* ist es nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hingegen, in der Vergabebekanntmachung oder in der Leistungsbeschreibung auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften für bestimmte technische Spezifikationen zu verweisen, sofern dies praktisch unvermeidbar ist und der Verweis zusammen mit sämtlichen zusätzlichen Angaben erfolgt, die von der Richtlinie verlangt werden. Als Beispiel benannte der Europäische Gerichtshof die Vorgaben zum Vertrieb landwirtschaftlicher Erzeugnisse aus ökologischen Landbau, die sich aus einer EU-Verordnung¹⁴² ergeben.¹⁴³

Festzuhalten ist somit Folgendes: Auch wenn sich aus dem eindeutigen Wortlaut des Artikel 23 Abs. 6 der Richtlinie 2004/18/EG sowie entsprechend auch aus dem Wortlaut des § 8 EG Abs. 5 VOL/A schon bislang ergab, dass Auftraggeber sämtliche technische Spezifikationen ausdrücklich in der Leistungsbeschreibung anzugeben haben, sorgt die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für zusätzliche Rechtsklarheit. Denn zahlreiche öffentliche Auftraggeber haben sich schon aus Kapazitätsgründen in der Vergangenheit bei der Beschreibung der Leistung auf den pauschalen Verweis auf Umweltzeichen (z. B. Blauer Engel) beschränkt. Diese Praxis ist nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nun vorerst ausdrücklich nicht mehr zulässig.

Gerade für kleine Auftraggeber bzw. Beschaffungsstellen bedeutet das Erfordernis, die Umweltanforderungen im Einzelnen in der Leistungsbeschreibung zu benennen, zwar eine gewisse Hürde und einen gewissen Verwaltungsaufwand. Zumindest aber zwingt die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs öffentliche Auftraggeber dazu, sich im

¹³⁹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 62 unter Verweis auf Art. 23 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁴⁰ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 63.

¹⁴¹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 67.

¹⁴² Verordnung Nr. 2092/91.

¹⁴³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 68.

Einzelnen mit der Frage auseinanderzusetzen, welche Umweltanforderungen gestellt werden sollen.

Nach Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinie (Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge, RL 2014/24/EU)¹⁴⁴ in nationales Recht wird die Einbeziehung von Umweltzeichen in Vergabeverfahren zukünftig allerdings erheblich vereinfacht. Nach Artikel 43 Abs. 1 der neuen EU-Vergaberichtlinie dürfen Auftraggeber zukünftig bestimmte „Gütezeichen“¹⁴⁵ (darunter sind u.a. Umweltzeichen und Label zu verstehen) unter bestimmten Voraussetzungen ausdrücklich verlangen. Sie sind in diesem Fall aus Gleichbehandlungsgründen jedoch verpflichtet, alle Gütezeichen als Nachweis zu akzeptieren, „*die bestätigen, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen*“. Legt ein Bieter somit ein anderes als das vom Auftraggeber verlangte Gütezeichen vor, steht der Auftraggeber auch zukünftig vor dem Problem, die Gleichwertigkeit des vom Bieter vorgelegten Gütezeichens zu bewerten.

5.3.3 Nebenangebote

Die in der Leistungsbeschreibung genannten Anforderungen sind grundsätzlich von allen Angeboten zu erfüllen, damit diese vom Auftraggeber überhaupt gewertet werden dürfen. Etwas anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn der Auftraggeber ausdrücklich die Abgabe von Nebenangeboten oder Änderungsvorschlägen zulässt.

Nebenangebote bieten eine gute Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, umweltfreundliche Alternativen bei den Bietern abzufragen.¹⁴⁶ Bieter können z. B. neueste umwelttechnische Varianten anbieten, über die der Auftraggeber unter Umständen noch gar nicht informiert ist. Der Begriff „Nebenangebot“ umfasst dabei jede Abweichung vom geforderten Angebot. Auch Änderungsvorschläge sind als Nebenangebote zu betrachten.

Die Zulassung von Nebenangeboten bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen regelt § 9 EG Abs. 5 VOL/A.¹⁴⁷ Danach ist die Abgabe von Nebenangeboten nur zulässig, wenn

- sie vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen wurden,
- dies in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben ist und
- der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festgelegt hat, die von Nebenangeboten zu erfüllen sind.

Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Abgabe von Nebenangeboten nicht zulässig; eingegangene Nebenangebote dürfen vom Auftraggeber nicht gewertet werden.

¹⁴⁴ Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (RL 2014/24/EU): <http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/P-R/richtlinie-vergabe-oeffentlicher-auftraege,property=pdf,bereich=bmwi2012,sprache=de,rwb=true.pdf> (so am 15.07.2014)

¹⁴⁵ Der Begriff „Gütezeichen“ erscheint missverständlich, da auf nationaler Ebene zwischen Güte- und Umweltzeichen unterschieden wird (vgl. www.ral.de/ (so am 15.07.2014)). Besser wäre der Begriff „Kennzeichnung“ in Anlehnung an den englischen Wortlaut des RL-Entwurfs „label“.

¹⁴⁶ Vgl. auch Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung!, 2011, S. 40.

¹⁴⁷ Dies entspricht dem § 8 Abs. 2 Nr. 3 VOB/A.

In der Praxis führt insbesondere die Pflicht zur Nennung von Mindestanforderungen¹⁴⁸ zu Problemen, weil die Auftraggeber Anforderungen an Nebenangebote formulieren müssen, obwohl sie die Nebenangebote naturgemäß noch nicht kennen. Gerade im Bereich innovativer (Umwelt-)Techniken wird diese Vorgabe als ein Hindernis für Nebenangebote angesehen.

Nach früherer Rechtslage¹⁴⁹ war es Auftraggebern erlaubt, bei einem Nebenangebot oder bei einem Angebot aufgrund funktionaler Leistungsbeschreibung ausnahmsweise mit dem Bieter über notwendige technische Änderungen geringen Umfangs im Rahmen der geforderten Leistung zu verhandeln, wenn dessen Angebot als das wirtschaftlichste gewertet wurde. Nach § 18 EG und § 15 VOL/A besteht diese Möglichkeit nicht mehr.¹⁵⁰

5.4 Eignungskriterien

5.4.1 Vergaberechtliche Vorgaben

Neben Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung selbst kann der Auftraggeber in den Vergabeunterlagen auch Anforderungen an die *Bieter* festlegen, die die Leistung erbringen möchten (Eignungskriterien). Anhand dieser Kriterien wird die Eignung der Bieter zur Erfüllung des jeweils konkret ausgeschriebenen Auftrags überprüft. Die Eignung des Bieters ist zwingend zu überprüfen, bevor sein Angebot überhaupt in die wirtschaftliche Wertung der Angebote einbezogen wird. Entsprechend schreibt § 19 EG Abs. 5 VOL/A vor: *„Bei der Auswahl der Angebote, die für den Zuschlag in Betracht kommen, sind nur Bieter zu berücksichtigen, die die für die Erfüllung der vertraglichen Verpflichtungen erforderliche Eignung besitzen.“*

Gegenstand der Eignungsprüfung sind Fachkunde, Leistungsfähigkeit, Gesetzestreue und Zuverlässigkeit der Bieter (§ 97 Abs. 4 S. 1 GWB). Dazu kann die Vergabestelle unter anderem Nachweise über den Umsatz des Unternehmens, die Ausführung von Leistungen in der Vergangenheit, die Anzahl und Qualifikation der Arbeitnehmer und die technische Ausrüstung sowie über Eintragungen in das Berufsregister verlangen.¹⁵¹ Nach § 7 EG Abs. 1 VOL/A hat der Auftraggeber die Eignung vorrangig durch Eigenerklärungen und Präqualifizierungsnachweise zu überprüfen. Fordert er Eignungsnachweise, muss er dies begründen. Dazu muss der Auftraggeber die von ihm verlangten Nachweise schon in der Bekanntmachung angeben (§ 7 EG Abs. 5 S. 1 VOL/A).

In Bezug auf die Zuverlässigkeit der Bieter sind in § 6 EG VOL/A¹⁵² zwingende und fakultative, d. h. im Ermessen des Auftraggebers stehende, Gründe für den Ausschluss eines Bieters wegen Unzuverlässigkeit genannt. In § 7 EG Abs. 2 und 3 VOL/A finden sich Regelungen dazu, welche Nachweise von den Bietern über ihre finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Abs. 2)

¹⁴⁸ Vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschl. vom 29.03.2006, Az. Verg 77/05: http://www.ibr-online.de/Suche/index.php?zg=9&IE=1&S_GS=1&S_Volltext=Verg+77%2F05 (so am 15.07.2014).

¹⁴⁹ § 24 Nr. 2 Abs. 2 VOL/A 2006.

¹⁵⁰ § 18 EG und § 15 VOL/A lauten: „Im offenen und im nicht offenen Verfahren dürfen die Auftraggeber von den Bietern nur Aufklärungen über das Angebot oder deren Eignung verlangen. Verhandlungen sind unzulässig.“

¹⁵¹ Diese Aufzählung ist nicht abschließend, dies ergibt sich daraus, dass auch andere insbesondere für die Prüfung der Fachkunde geeignete Nachweise verlangt werden können.

¹⁵² Die Vorschrift setzt Art. 45 der Richtlinie 2004/18 EG in deutsches Recht um.

bzw. über ihre fachliche und technische Leistungsfähigkeit verlangen kann (Abs. 3).¹⁵³ Die Aufzählung der zulässigen Nachweise über die fachliche und technische Leistungsfähigkeit eines Bieters in § 7 EG Abs. 3 VOL/A ist dabei im Gegensatz zur Aufzählung über die finanzielle und wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (Abs. 2) abschließend.

Die Eignung der Bewerber oder Bieter für die Ausschreibung von Bauleistungen ist in § 6 EG Abs. 3 ff. VOB/A geregelt.

Für die umweltfreundliche Beschaffung ist insbesondere von Bedeutung, in welchem Umfang Auftraggeber Bieter bei Verstößen gegen Umweltvorschriften die Zuverlässigkeit absprechen dürfen, und welche Vorgaben Auftraggeber in Bezug auf die fachliche und technische Leistungsfähigkeit der Bieter machen dürfen.

5.4.2 Zuverlässigkeit und Verstöße gegen Umweltvorschriften

Ob und inwieweit ein Verstoß gegen Umweltvorschriften im Rahmen der Eignungsprüfung zum Ausschluss eines Angebotes führen kann, wird in der Literatur differenziert bewertet.

Nach einer Auffassung¹⁵⁴ kann gem. § 97 Abs. 4 S. 1 GWB jeder Verstoß gegen ein Gesetz und damit auch jeder Verstoß gegen ein Umweltgesetz zur Nichteignung des Bieters führen, wenn die Vorschrift im Rahmen der gewerblichen Tätigkeit des Bieters hätte beachtet werden müssen.¹⁵⁵ Begründet wird dies mit dem durch den Gesetzgeber im Jahr 2009 in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB neu eingefügten Begriff der Gesetzestreue und der dazugehörigen

Gesetzesbegründung: *„Es geht um alle Regeln, an die sich alle Unternehmen, die eine entsprechende Tätigkeit ausüben, halten müssen.“*¹⁵⁶

Eine andere in der Literatur vertretene Ansicht¹⁵⁷ knüpft primär an § 6 EG Abs. 6 lit. c) VOL/A an, wonach Bieter von der Teilnahme am Wettbewerb ausgeschlossen werden können, *„[...] die nachweislich eine schwere Verfehlung begangen haben, die ihre Zuverlässigkeit als Bewerber in Frage stellt, [...]“*. Danach kann ein Verstoß gegen Umweltvorschriften zum Ausschluss eines Bieters führen, wenn es sich um eine schwere Verfehlung handelt, die die Zuverlässigkeit des Bieters in Frage stellt.¹⁵⁸

Trotz dieser unterschiedlichen Argumentationsansätze unterscheiden sich beide Auffassungen im Ergebnis nur geringfügig. Mit einem Verstoß gegen ein Umweltgesetz ist i.d.R. auch eine schwere Verfehlung gegeben,¹⁵⁹ die, wenn das Gesetz vom Bieter im Rahmen seiner

¹⁵³ Die Vorschriften setzen die Art. 47 und 48 der Richtlinie 2004/18/EG in deutsches Recht um.

¹⁵⁴ Altus/Ley/Wankmüller: Handbuch für die umweltfreundliche Beschaffung, Altus/Ley/Wankmüller (Hrsg.), Heidelberg, September 2013.

¹⁵⁵ Altus/Ley/Wankmüller a.a.O., Teil B 4, S. 5 f.

¹⁵⁶ Änderungsantrag der Fraktionen der CDU/CSU und SPD im Ausschuss für Wirtschaft und Technologie des Deutschen Bundestages, Ausschussdrucksache 16(9)1328 vom 16.12.2008, beschlossen am 19.12.2008, zitiert in Altus/Ley/Wankmüller a.a.O. S. 6.

¹⁵⁷ Dageförde, Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Berlin 2012.

¹⁵⁸ Dageförde, a.a.O., S. 126, Rn. 289.

¹⁵⁹ Als schwere Verfehlungen gelten nach der zweiten Ansicht insbesondere schuldhaft begangene Verstöße gegen strafrechtliche und/oder zivilrechtliche Vorschriften mit erheblichen Auswirkungen, Dageförde, a.a.O., S. 124 f. Rn. 284.

gewerblichen Tätigkeit hätte beachtet werden müssen, auch dessen Zuverlässigkeit in Frage stellt. Vorzugswürdig erscheint es unabhängig davon jedoch, wie die zweite Ansicht, primär auf § 6 EG Abs. 6 lit. c) VOL/A abzustellen, da der nachträglich in § 97 Abs. 4 S. 1 GWB eingefügte Begriff „gesetzestreu“ lediglich klarstellende Wirkung haben sollte¹⁶⁰ und das Merkmal der Gesetzestreue seit jeher bei der Prüfung der Zuverlässigkeit zu berücksichtigen war.¹⁶¹ § 6 EG Abs. 6 lit. c) VOL/A enthält hierzu die untergesetzliche Konkretisierung und ist damit die einschlägige Norm.

5.4.3 Fachliche und technische Leistungsfähigkeit

Relevant werden umweltbezogene Aspekte im Rahmen der Eignungsprüfung auch bei der Frage der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit der Bieter. Insoweit ist zu beachten, dass die Nachweise, die Auftraggeber über die fachliche und technische Leistungsfähigkeit der Bieter verlangen dürfen, in Artikel 48 der Richtlinie 2004/18/EG und entsprechend auch in § 7 EG Abs. 3 VOL/A abschließend aufgeführt sind.

Für die umweltfreundliche Beschaffung relevant ist dabei in erster Linie die Möglichkeit des Auftraggebers, von den Bietern Referenzen über in der Vergangenheit erbrachte Leistungen abzufordern (§ 7 EG Abs. 3 lit. a) VOL/A). So darf der Auftraggeber etwa bei der Beschaffung von Ökostrom eine Referenzliste über die Belieferung vergleichbarer Kunden mit Ökostrom verlangen.

Auftraggeber sind zudem berechtigt, von den Bietern eine Beschreibung der zur Verfügung stehenden *„technischen Ausrüstung, der Maßnahmen des Unternehmens zur Gewährleistung der Qualität sowie der Untersuchungs- und Forschungsmöglichkeiten des Unternehmens“* zu fordern (§ 7 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A).¹⁶² Dies kann auch umweltrelevantes Know-how und Ausrüstung betreffen. Wichtig ist jedoch, dass nur solche Nachweise gefordert werden dürfen, die für die technische Leistungsfähigkeit zur Erbringung der konkret ausgeschriebenen Leistung von Bedeutung sind. Insbesondere der Begriff der *„Qualität“* ist dabei nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Mai 2012 eng und konkret auf den einzelnen Auftrag bezogen zu verstehen. Nicht zulässig ist es etwa, unter dem Stichwort „Qualität“ allgemeine ökologische oder soziale Aktivitäten der Bieter als Eignungskriterien zu berücksichtigen.¹⁶³ Im konkreten Fall hatte die niederländische Provinz Nord-Holland von den Bietern in Angaben darüber verlangt, wie sie *„die Kriterien der Nachhaltigkeit der Einkäufe und des gesellschaftlich verantwortlichen Verhaltens“* einhalten und insbesondere *„zur Verbesserung der Nachhaltigkeit des Kaffeemarkts und zu einer umwelttechnisch, sozial und wirtschaftlich verantwortlichen Kaffeeproduktion“* beitragen.¹⁶⁴ Die Niederlande beriefen sich

¹⁶⁰ So auch Altus/Ley/Wankmüller, a.a.O., S. 6: „[...] Vor dem Hintergrund der Begründung, *„dass der Begriff ‚gesetzestreu‘ klarer macht, was gemeint ist“* wird deutlich, dass die Ergänzung lediglich eine gesetzliche Klarstellung bisher schon geltender Eignungsanforderungen bedeutet. [...]“.

¹⁶¹ Dageförde, a.a.O., S. 126, Rn. 290.

¹⁶² Nach § 7 EG Abs. 3 lit. c) VOL/A dürfen Auftraggeber von den Bietern auch *„Angaben über die technische Leitung oder die technischen Stellen (...)“* verlangen.

¹⁶³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 107 ff.

¹⁶⁴ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 98.

zur Rechtfertigung dieser Anforderung auf Artikel 48 Abs. 2 lit. c) der Richtlinie 2004/18 EG, welcher § 7 EG Abs. 3 lit. b) VOL/A entspricht. Der Europäische Gerichtshof wies dieses Argument unter Verweis darauf zurück, dass *„im Kontext dieses Artikel 48 als technische Qualität der Leistungen oder Lieferungen von vergleichbarer Art wie die der Leistungen oder Lieferungen, die den Gegenstand des fraglichen Auftrags bilden, verstanden werden [muss], da der öffentliche Auftraggeber berechtigt ist, von den Bietern zu verlangen, dass sie ihn darüber informieren, wie sie die Qualität dieser Leistungen oder Lieferungen in dem in diesen Buchstaben b, d und j [des Artikel 48 der Richtlinie 2004/18/EG] vorgesehenen Umfang kontrollieren und garantieren“*. Unabhängig davon genügten die von der Provinz Nord-Holland aufgestellten Eignungskriterien nach Auffassung des Europäischen Gerichtshofs auch nicht dem vergaberechtlichen Grundsatz der Transparenz. Die Kriterien wiesen *„nicht das Maß an Klarheit, Präzision und Eindeutigkeit auf, das alle gebührend informierten und mit der üblichen Sorgfalt handelnden Bieter in die Lage versetzte, sicher und in vollem Umfang zu wissen, welches die Kriterien sind, die diese Anforderungen umfassen“*.¹⁶⁵

Nach § 7 EG Abs. 11 VOL/A (bzw. § 6 EG Abs. 9 VOB/A) darf für Bau- und Dienstleistungsaufträge (nicht für Lieferaufträge!) zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des Bieters zudem das Vorhandensein eines Umweltmanagementsystems im Unternehmen verlangt werden.¹⁶⁶ Vergaberechtlich zulässig ist eine derartige Eignungsanforderung allerdings nur, sofern die Ausführung des ausgeschriebenen Auftrags eine derartige Anforderung rechtfertigt.¹⁶⁷

Als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann eine Zertifizierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS¹⁶⁸ oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen (z. B. dem internationalen privatwirtschaftlichen System DIN EN ISO 14001)¹⁶⁹ verlangt werden. Einzelheiten sind in Artikel 50 der Richtlinie 2004/18/EG geregelt, der durch § 7 EG Abs. 11 VOL/A in deutsches Recht umgesetzt wurde:

„Verlangen bei der Vergabe von Dienstleistungsaufträgen die Auftraggeber als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit, dass die Unternehmen bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllen, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so nehmen sie auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS) oder auf Normen für das Umweltmanagement Bezug, die auf den einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von entsprechenden Stellen zertifiziert sind, die dem europäischen Gemeinschaftsrecht oder europäischen oder internationalen Zertifizierungsnormen entsprechen. Gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Mitgliedsstaaten sind anzuerkennen. Die Auftraggeber

¹⁶⁵ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 110.

¹⁶⁶ Für eine sehr weitgehende Einbeziehbarkeit der EMAS-Zertifizierung sprechen sich Leifer/Mißling aus, ZUR 2004, S. 266; vgl. auch Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, S. 243 ff.

¹⁶⁷ Vgl. Müller-Wrede/Gnittke/Hattig, in: Müller-Wrede, VOL/A Kommentar, 3. Aufl. 2010, § 7 EG, Rn. 99 m.w.N.

¹⁶⁸ Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über die freiwillige Beteiligung von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001 sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (EMAS III) ABl. Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1.

¹⁶⁹ Siehe: www.14001news.de/ (so am 15.07.2014).

erkennen auch andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen an, die von den Unternehmen vorgelegt werden.“

Diese Regelung soll vor allem sicherstellen, dass ausländische – unter Umständen auch außereuropäische – Bieter nicht diskriminiert werden, indem der Nachweis eines Umweltmanagementsystems verlangt wird, an dem sich solche Bieter gar nicht beteiligen können. Dies ist auch Gegenstand des § 7 EG Abs. 11 S. 3 VOL/A:

„Die Auftraggeber erkennen auch andere Nachweise für gleichwertige Umweltmanagementmaßnahmen an, die von Unternehmen vorgelegt werden.“

Selbstverständlich bedeutet es für einen Bieter einen erheblichen Aufwand, nachzuweisen, dass sein Betrieb ohne Umweltmanagementsystem dasselbe Umweltschutzniveau gewährleistet wie der Betrieb eines Konkurrenten, der nach einem Umweltmanagementsystem zertifiziert ist. Eine Eigenerklärung des Bieters wäre jedoch kein ausreichender Nachweis. Dies zeigt schon der eindeutige Wortlaut des § 7 EG Abs. 11 S. 3 VOL/A, der ausdrücklich auf das EMAS-System oder auf andere Normen Bezug nimmt, die den in der Regelung definierten, hohen Standards genügen. Schon aus Gleichbehandlungsgründen dürfen Auftraggeber Eigenerklärungen nicht als Alternative ausreichen lassen.¹⁷⁰

Auch wenn das Eignungskriterium Umweltmanagementsystem somit auf bestimmte Nachweismöglichkeiten beschränkt wurde, ist davon auszugehen, dass die Zertifizierung mehr als in der Vergangenheit Unternehmen Vorteile verschaffen kann – wenn die öffentliche Hand dieses Kriterium in geeigneten Fällen nutzt.¹⁷¹

5.5 Zuschlagskriterien

5.5.1 Wirtschaftlichstes Angebot

Nachdem die Eignungsprüfung abgeschlossen ist, werden die verbleibenden Angebote gewertet. Den Zuschlag erhält das Angebot, das die vorher aufgestellten Zuschlagskriterien am besten erfüllt. § 97 Abs. 5 GWB regelt: *„Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“* Entsprechende Bestimmungen finden sich in den Vergabe- und Vertragsordnungen. So regelt § 21 EG Abs. 1 VOL/A: *„Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände*

¹⁷⁰ Diesbezüglich bietet sich zudem ein Vergleich zur Rechtslage bei der Forderung nach einem Qualitätsmanagementsystem an. Art. 33 der (nicht mehr gültigen) Dienstleistungskordinierungsrichtlinie 92/50/EWG traf dazu die Aussage, dass für den Fall, dass der Auftraggeber zum Nachweis dafür, dass der Dienstleistungserbringer bestimmte Qualitätsanforderungen erfüllt, die Vorlage von Bescheinigungen von unabhängigen Qualitätsstellen verlangt, diese auf Qualitätsnachweisverfahren auf der Grundlage der einschlägigen Normen aus der Serie EN 29 000 und auf Bescheinigungen durch Stellen Bezug nehmen müssen, die nach der Normserie EN 45 000 zertifiziert sind. Um „Konformitätserklärungen“ im Sinne dieser Vorschrift handelt es sich dabei allein in dem Fall, dass nach seinem Satz 2 *„gleichwertige Bescheinigungen von Stellen aus anderen Mitgliedsstaaten [...] anerkannt werden [müssen]“*. Eine Eigenerklärung erfüllt diese Voraussetzungen nicht und stellt daher auch keinen Nachweis der Erfüllung dieser Forderung durch den Bieter dar. Art. 49 der Richtlinie 2004/18/EG spricht zwar nicht mehr von entsprechenden Normen aus der Serie EN 29 000 o. ä., fordert aber weiterhin die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so dass auch nach neuem Recht Eigenerklärungen im Bereich des Qualitätsmanagements für nicht zulässig gehalten werden. Da Art. 50 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 7 EG Abs. 11 S. 1 VOL/A für Umweltmanagement ebenfalls die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangt, dürfte auch hier eine Eigenerklärung nicht ausreichen.

¹⁷¹ Ausführlich zur Frage der Einbeziehung von Umweltmanagementsystemen ins Vergabeverfahren: Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Berlin 2004, S. 243 – 293.

wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“

Auch § 19 EG Abs. 9 VOL/A macht deutlich, dass nicht der Preis allein entscheidend sein soll: *"Bei der Entscheidung über den Zuschlag berücksichtigen die Auftraggeber verschiedene durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte Kriterien, beispielsweise Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebskosten, Lebenszykluskosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe, Lieferzeitpunkt und Lieferungs- oder Ausführungsfrist.“*

Ebenso § 16 Abs. 6 Nr. 3 VOB/A: *"In die engere Wahl kommen nur solche Angebote, die [...]. Unter diesen Angeboten soll der Zuschlag auf das Angebot erteilt werden, das unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte, wie z.B. Qualität, Preis, technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Umwelteigenschaften, Betriebs- und Folgekosten, Rentabilität, Kundendienst und technische Hilfe oder Ausführungsfrist als das wirtschaftlichste erscheint. Der niedrigste Angebotspreis allein ist nicht entscheidend.“*

In Deutschland soll also ausdrücklich einem Angebot der Zuschlag nicht allein deshalb erteilt werden, weil es das billigste ist. Vielmehr soll auf der Basis vorher festgelegter und den Bietern bekannt gegebener Zuschlagskriterien das *wirtschaftlichste* Angebot ausgewählt werden. Unter Wirtschaftlichkeit ist zu verstehen, dass es nicht auf den günstigsten Preis, sondern auf die günstigste Relation zwischen der zu erbringenden Leistung und den dafür einzusetzenden Finanzmitteln ankommt. Der Preis ist dabei ein wesentliches, aber nicht das allein ausschlaggebende Kriterium.

Vielmehr können unterschiedlichste Kriterien herangezogen werden, wie die zitierte Aufzählung in § 19 EG Abs. 9 VOL/A deutlich macht, die unter anderem Umwelteigenschaften nennt. Überholt, wenn auch schon früher unzutreffend, ist damit die Aussage, die Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in das Vergabeverfahren sei nach deutschem Recht unzulässig.

Die Berücksichtigung von Umweltaspekten ist im Rahmen der Zuschlagskriterien nicht nur grundsätzlich zulässig – sie ist mittlerweile sogar teilweise verpflichtend:

- Nach § 4 Abs. 4 und 6b VgV sind öffentliche Auftraggeber dann, wenn energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen Gegenstand einer Lieferleistung oder wesentliche Voraussetzung zur Ausführung einer Dienstleistung sind, *verpflichtet*, im Rahmen der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots die Energieeffizienz „angemessen“ zu berücksichtigen. Bei der Beschaffung der genannten energieverbrauchsrelevanten Leistungen hat der Auftraggeber zwar grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Auswahl der Zuschlagskriterien. Er muss die Energieeffizienz jedoch zumindest als eines von mehreren Zuschlagskriterien berücksichtigen (z. B. durch Wertung der Lebenszykluskosten). Ab wann die Energieeffizienz im Rahmen der Angebotswertung „angemessen“ und damit ausreichend berücksichtigt ist, lässt sich nicht allgemein festlegen. Entscheidend sind die Umstände des Einzelfalls. Dabei kann auch eine Rolle

spielen, ob die Energieeffizienz bereits durch Mindestanforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung berücksichtigt wurde.¹⁷² Nicht zulässig ist in jedem Fall, dass die Energieeffizienz im Rahmen der Angebotswertung gegenüber den übrigen Zuschlagskriterien marginalisiert wird.¹⁷³

- Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sind der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen als Zuschlagskriterien angemessen zu berücksichtigen (vgl. dazu Kapitel 5.5.3.3)

5.5.2 Festlegung der Zuschlagskriterien

Der Auftraggeber hat in den Vergabeunterlagen festzulegen, nach welchen Kriterien er das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs¹⁷⁴ sowie der Richtlinie 2004/18/EG¹⁷⁵ sind dabei nur solche Zuschlagskriterien zulässig, die

- mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
- dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und
- die den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den davon abgeleiteten Grundsätzen, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz sowie die Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb entsprechen.

Jede der genannten Voraussetzungen muss erfüllt sein. Zudem dürfen nur solche Kriterien berücksichtigt werden, die (einschließlich ihrer Gewichtung) in der Vergabebekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen genannt werden.¹⁷⁶

Will der Auftraggeber ökologische Kriterien als Zuschlagskriterien verwenden, ist insbesondere von Interesse, wann ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht (dazu im Folgenden 5.5.3) und welche Anforderungen sich aus den vergaberechtlichen Grundsätzen ergeben (dazu im Folgenden 5.5.4). Sind die vergaberechtlichen Grundsätze gewahrt, ist zugleich sichergestellt, dass dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird.¹⁷⁷ Auf dieses Kriterium wird daher im Folgenden nicht gesondert eingegangen.

¹⁷² Vgl. auch Zeiss, NZBau 2012, S. 201, 204.

¹⁷³ So auch Zeiss, NZBau 2012, S. 201, 204.

¹⁷⁴ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussilinen („Concordia Bus“), Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 31, 32; zuletzt EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 86 ff.

¹⁷⁵ Vgl. Erwägungsgründe 2 und 46 der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁷⁶ Vgl. § 19 EG Abs. 8 VOL/A; § 16 EG Abs. 7 S. 1 VOB/A.

¹⁷⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 87.

5.5.3 Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums ist zunächst, dass dieses mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt. Dies ergibt sich zum einen aus dem Wortlaut von Artikel 53 der Richtlinie 2004/18/EG. Danach kann der Auftraggeber als Zuschlagskriterien „*verschiedene mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende Kriterien*“ verwenden.¹⁷⁸ Die Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen Zuschlagskriterium und Auftragsgegenstand ergibt sich zudem aus den deutschen Vergabe- und Vertragsordnungen, nach denen bei der Zuschlagsentscheidung „*durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigte(n) Kriterien*“ berücksichtigt werden dürfen.¹⁷⁹

Bei der Frage, wann ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand gegeben ist, geht der Europäische Gerichtshof vom Zweck dieser Voraussetzung aus. Die Zuschlagskriterien müssten ermöglichen, „*das Leistungsniveau jedes einzelnen Angebots im Verhältnis zu dem in den technischen Spezifikationen beschriebenen Auftragsgegenstand zu bewerten sowie das Preis-Leistungs-Verhältnis jedes Angebots zu bestimmen*“, wobei das „*wirtschaftlich günstigste Angebot*“, das mit dem „*besten Preis-Leistungs-Verhältnis*“ sei.¹⁸⁰

Ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand ist jedenfalls gegeben, wenn Eigenschaften berücksichtigt werden, die dem ausgeschriebenen Produkt oder der Dienstleistung unmittelbar anhaften. Das ist der Fall, wenn die Zuschlagskriterien beispielsweise die Inhaltsstoffe oder den Energie- oder Kraftstoffverbrauch des Produkts betreffen.

Kasten 7: Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Bewertungskriterien

Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Bewertungskriterien werden vom Umweltbundesamt für verschiedene Produktgruppen bereitgestellt. Sie können auf folgender Internetseite heruntergeladen werden:

<http://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/empfehlungen-fuer-ihre->

¹⁷⁸ Diese Bestimmung ist das Ergebnis des Vermittlungsverfahrens zwischen Rat und Parlament. Ein solches war erforderlich, um eine Einigung zwischen den unterschiedlichen Auffassungen hinsichtlich der einzubeziehenden Umweltauswirkungen zu erreichen. Während die Kommission ursprünglich von einem engen Ansatz ausgegangen war, der nur die Bewertung von Umwelteigenschaften erlaubte, die in einem „*direktem Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand*“ stehen, wollte der Umweltausschuss die Einbeziehung jeglicher Umweltauswirkungen (z.B. auch der Produktion) zulassen. Der Vorschlag des Ausschusses enthielt keine Einschränkungen hinsichtlich der Kriterien und nannte ausdrücklich die Produktionsmethoden. Der Rat versuchte daraufhin, den Richtlinienvorschlag wieder dahingehend einzuschränken, dass der Zuschlag nur auf das „*für den Auftraggeber wirtschaftlichste Angebot*“ erteilt werden dürfe, was alle Kriterien, die sich nicht unmittelbar auf die betriebswirtschaftliche Beurteilung für den Auftraggeber auswirken, ausgeschlossen hätte. Im Ergebnis stellt die im Vermittlungsverfahren gefundene politische Lösung der „*mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängende(n) Kriterien*“ einen Mittelweg dar. Dieser entspricht im Wesentlichen der (recht weiten) bisherigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, namentlich in den Entscheidungen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“, zu der Frage der Zuschlagskriterien.

¹⁷⁹ Auch wenn die Formulierung in den deutschen Vergabe- und Vertragsordnungen auf den ersten Blick größere Spielräume für umweltbezogene Zuschlagskriterien zu geben scheint als die Formulierung der Richtlinie, dürfte dies letztlich nicht der Fall sein. Zwar könnten nach dem reinen Wortlaut (zumindest in der Theorie) auch Kriterien, die nicht unmittelbar mit dem Auftrag zusammenhängen, durch den Auftragsgegenstand gerechtfertigt sein. Zum einen dürften die Differenzen zwischen den beiden gewählten Formulierungen in der Praxis jedoch nicht sehr groß sein. Zum anderen ist zu beachten, dass auch das deutsche Vergaberecht europarechtskonform so auszulegen ist, dass die Ziele der Vergaberechtskoordinierungsrichtlinie zur Geltung kommen. Schon aus diesem Grund können sich aus dem deutschen Recht keine größeren Spielräume ergeben als aus der Richtlinie 2004/18/EG.

¹⁸⁰ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 86 unter Verweis auf Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG.

ausschreibung

Schwieriger ist die Frage eines Zusammenhanges mit dem Auftragsgegenstand dann zu beantworten, wenn als Zuschlagskriterien Umwelteigenschaften berücksichtigt werden sollen, die der ausgeschriebenen Leistung nicht unmittelbar anhaften. Besonders relevant ist dies in Bezug auf

- Produktionsmethoden
- Lebenszykluskosten oder
- externe Kosten.

Auf diese Fälle wird daher im Folgenden näher eingegangen.

5.5.3.1 Produktionsmethoden

Der Auftraggeber darf als Zuschlagskriterien auch solche Kriterien wählen, die die Produktionsphase des Auftragsgegenstandes betreffen (Anforderungen hinsichtlich sogenannter Prozess- und Produktionsmethoden, englisch PPMs).¹⁸¹ Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs ist es *„nicht erforderlich, dass sich ein Zuschlagskriterium auf eine echte innere Eigenschaft eines Erzeugnisses, also ein Element, das materiell Bestandteil von ihm ist, bezieht“*.¹⁸² Nicht erforderlich ist zudem, dass die Kriterien dem Auftraggeber einen (betriebs-)wirtschaftlichen Vorteil bringen.¹⁸³ Unzutreffend ist damit die Auffassung, die Kriterien müssten eine Werterhöhung zur Folge haben, die dem Auftraggeber zugutekommt.¹⁸⁴

Kasten 8: Beispiele für zulässige umweltbezogene Zuschlagskriterien

Der Auftraggeber darf im Rahmen der Angebotswertung berücksichtigen, ob das Holz, aus dem Büromöbel sein sollen, aus „nachweislich legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung“ stammt.

Zulässig ist auch die Berücksichtigung von Eigenschaften, die sich nicht sichtbar im Produkt oder in der Dienstleistung

¹⁸¹ Zur Zulässigkeit von Produktionsmethoden hat sich auch die 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.4.2002 geäußert. In dem Nachprüfungsverfahren ging es um die europaweite Ausschreibung eines Neubaus. In der Vorbemerkung der Ausschreibung hatte die Vergabestelle dargelegt, es dürften nur Materialien verwendet werden, „die hinsichtlich Gewinnung, Transport, Verarbeitung, Nutzung und Entsorgung eine hohe Gesundheits- und Umweltverträglichkeit aufweisen.“ Als Zuschlagskriterium war Ökologie genannt. Die Vergabekammer entschied ausdrücklich, dass die Berücksichtigung des Energieaufwands bei der Herstellung in der Wertung durch das Kriterium der Umweltverträglichkeit bei der Herstellung des Materials gerechtfertigt sei. Vgl. 2. Vergabekammer des Bundes in einem Beschluss vom 30.04.2002, VK 2- 10/02, S. 3, 18.

¹⁸² EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 92 unter Verweis auf seine Entscheidungen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“.

¹⁸³ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussilikenne („Concordia Bus“), Rn. 55, sowie EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 31, 32.

¹⁸⁴ Anders der Beschluss der Vergabekammer Baden-Württemberg, 1 VK 25/03, S. 15: „Hieraus folgt, dass der Auftraggeber nur auftragsbezogene Kriterien zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots heranziehen und nach § 9a VOL/A vorgeben kann. Kriterien, die das umweltpolitische Ziel zum Gegenstand haben, Unternehmen zum Zuschlag zu verhelfen, die umweltgerechte Leistungen anbieten, sind deshalb grundsätzlich unzulässig. Es handelt sich nicht um auftragsbezogene Kriterien, sie fallen unter die Gruppe der vergabefremden Kriterien. Umweltkriterien können ausnahmsweise nur dann als Kriterien zur Angebotswertung herangezogen werden, wenn sie direkt mit der Leistung zusammenhängen, sich auf den Wert der Leistung auswirken und die Werterhöhung unmittelbar dem Auftraggeber zugutekommt.“

niederschlagen. Dazu zählt beispielsweise die Herkunft von zu beschaffendem Strom aus erneuerbaren Energien. Diese Produktionsanforderung hat der Europäische Gerichtshof ausdrücklich in seinem „Wienstrom“-Urteil für zulässig erklärt. Dieses Umweltkriterium durfte auch mit 45 Prozent gewichtet werden.¹⁸⁵

Nicht zulässig sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hingegen Zuschlagskriterien, die sich auf die allgemeine Einkaufspolitik¹⁸⁶ oder ausschließlich auf das allgemeine Umweltverhalten des Bieters beziehen, das von seinen Produkten oder Leistungen unabhängig ist.

Kasten 9: Beispiele für unzulässige Zuschlagskriterien

Nicht auftragsbezogen und damit unzulässig wären etwa der Verzicht auf die Verwendung von Einweggeschirr in der Werkskantine oder die Verwendung von Recyclingpapier in den Büros des Bieters.

Allerdings hat der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung bislang vergleichsweise großzügig einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bejaht. Er erklärte es beispielsweise grundsätzlich für zulässig, die Herkunft eines Produkts aus ökologischer Landwirtschaft oder aus fairem Handel als Zuschlagskriterium zu berücksichtigen.¹⁸⁷ Er folgte damit den Anträgen der Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof. Diese hatte (in Bezug auf soziale Kriterien) ausgeführt, dass es für einen Auftraggeber bei der Ermittlung des Preis-Leistungs-Verhältnisses z. B. durchaus eine Rolle spielen könne, ob die zu liefernde Ware von ihrem Erzeuger zu fairen Bedingungen bezogen wurde oder nicht.¹⁸⁸ Folgt man der Argumentation der Generalanwältin zu sozialen Kriterien, haben Auftraggeber auch bei der Berücksichtigung ökologischer Kriterien im Rahmen der Zuschlagskriterien erhebliche Handlungsspielräume: Nicht nur die Produktionsweise des gelieferten Endprodukts selbst (z. B. umweltfreundliche Erzeugung von Strom – Ökostrom) darf berücksichtigt werden, sondern auch umweltbezogene Aspekte der gesamten Lieferkette in Bezug auf Vorprodukte eines ausgeschriebenen Produkts dürfen in die Wertung einbezogen werden.

Für unzulässig erklärt hat der Europäische Gerichtshof jedoch in seiner „Wienstrom“-Entscheidung ein Zuschlagskriterium, durch das nicht das Leistungsvermögen der Bieter im Hinblick auf den Auftraggeber, sondern im Hinblick auf Dritte bewertet wurde.¹⁸⁹ In der Entscheidung ging es um eine österreichische Ausschreibung eines Rahmenvertrags für die Lieferung von Elektrizität für sämtliche im Bundesland Kärnten gelegenen Verwaltungsdienststellen des Bundes. Zuschlagskriterium war die „Umweltgerechtigkeit der Leistungen gemäß Ausschreibungsunterlagen.“ Bewertet wurde, in welchem Umfang der Bieter – über die angebotene Ökostromlieferung an den Auftraggeber hinaus – Ökostrom an Dritte lieferte. Hier sah der Europäische Gerichtshof keinen Bezug mehr zu der ausgeschriebenen Stromlieferung an den Auftraggeber.

¹⁸⁵ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 40 - 42.

¹⁸⁶ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 90.

¹⁸⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 89 ff.

¹⁸⁸ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 15. Dezember 2011, Rs. C-368/10, Rn. 125.

¹⁸⁹ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 67.

5.5.3.2 Lebenszykluskosten

Die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten als Zuschlagskriterium ist bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen nach dem Wortlaut von § 19 EG Abs. 9 VOL/A¹⁹⁰ ausdrücklich zulässig. Nach § 16 EG Abs. 7 VOB/A sollen u. a. die Betriebs- und Folgekosten bei der Zuschlagserteilung berücksichtigt werden.

Der Begriff Lebenszykluskosten ist bislang nicht legal definiert. Eine Definition findet sich erstmals in Artikel 68 der neuen klassischen EU-Vergaberichtlinie und wird nach Umsetzung der Richtlinie (voraussichtlich ab Frühjahr 2016) auch in Deutschland gelten. Danach umfasst der Begriff der Lebenszykluskosten zukünftig ganz oder teilweise die von öffentlichen Auftraggebern oder anderen Nutzern getragenen Kosten (z. B. Anschaffungskosten, Nutzungskosten, Wartungskosten, Kosten am Ende der Nutzungsdauer) sowie Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der ausgeschriebenen Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann (z. B. Kosten der Emission von Treibhausgasen oder anderen Schadstoffen).

In diesem Kapitel wird zunächst auf die Kosten eingegangen, die von den Auftraggebern und Nutzern getragen werden müssen. Diese werden beispielsweise in der Vergabeverordnung auch als Lebenszykluskosten bezeichnet. Die Einbeziehung externer Kosten ist Gegenstand von Abschnitt 5.5.3.3.

Für manche Auftraggeber besteht aufgrund verwaltungsinterner Vorgaben eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten, die sowohl oberhalb als auch unterhalb der EU-Schwellenwerte gilt:

- Bundesdienststellen sind nach Artikel 1, 2 Abs. 4 der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff)¹⁹¹ bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter¹⁹² Produkte und Dienstleistungen dazu verpflichtet, für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes *„neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Betriebskosten über die Nutzungsdauer – vor allem die Kosten für den Energieverbrauch der zu beschaffenden Geräte – sowie die Abschreibungs- und Entsorgungskosten zu berücksichtigen (Lebenszykluskostenprinzip)“*. Der Zuschlag ist dann auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.
- Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin sind aufgrund der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)¹⁹³ seit 1. Januar 2013

¹⁹⁰ Danach kann der Auftraggeber bei der Zuschlagserteilung neben weiteren Kriterien auch die Lebenszykluskosten berücksichtigen.

¹⁹¹ Die AVV-EnEff gilt bis zum 24.01.2017 (Art. 4 AVV-EnEff).

¹⁹² Der Wortlaut von Art. 1 AVV-EnEff ist insoweit missverständlich, als der Eindruck entstehen könnte, die Ausführungen würden nur für die Beschaffung „energieeffizienter“ Produkte und Dienstleistungen gelten. Das kann jedoch nicht gewollt sein, da dem Ordnungsgeber nicht daran gelegen sein kann, die Beschaffung energieineffizienter Produkte und Dienstleistungen zu privilegieren.

¹⁹³ Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzerfordernungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU): www.stadtentwicklung.berlin.de/service/gesetzestexte/de/beschaffung/ (so am 15.07.2014)

verpflichtet, bei der Beschaffung von mehr als drei identischen strombetriebenen Geräten die Lebenszykluskosten der angebotenen Geräte zu ermitteln und im Rahmen der Angebotswertung neben dem Angebotspreis zu berücksichtigen.

Will der Auftraggeber im Rahmen der Angebotswertung auch die Lebenszykluskosten der angebotenen Leistung berücksichtigen, hat er die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung und der Transparenz zu beachten. Entsprechend hat er in den Vergabeunterlagen genau zu definieren, wie die Lebenszykluskosten ermittelt werden sowie auf welche Weise und mit welcher Gewichtung sie in die Angebotswertung eingehen.

In Bezug auf die *Ermittlung* der Lebenszykluskosten hat der Auftraggeber insbesondere folgende Punkte zu definieren:

- Welche Faktoren fließen in die Berechnung ein (z. B. Stromkosten, etc.)?
- Werden nur tatsächliche Kosten (z. B. Stromkosten) oder auch externe Kosten (z.B. für Schadstoffemissionen) berücksichtigt?
- Wie werden die Kosten für die einzelnen Positionen ermittelt (z. B. Vorgabe eines zur Wertung herangezogenen Referenz-Strompreises in ct/kWh, etc.)?
- Welche Lebensdauer¹⁹⁴ wird für die Ermittlung der Lebenszykluskosten zugrunde gelegt?
- Wird für Zahlungen, die vom Auftraggeber für Verbrauchskosten (z. B. Stromkosten) erst in der Zukunft zu leisten sind, für die Ermittlung der Lebenszykluskosten eine Abzinsung¹⁹⁵ angesetzt (wenn ja: Definition des Diskontierungszinssatzes bzw. des Abzinsungsfaktors)?

Die Vorgaben müssen so klar, eindeutig und sachlich begründet sein, dass sie dem Auftraggeber eine eindeutige und nicht diskriminierende Ermittlung der Lebenszykluskosten ermöglichen.

Klar zu regeln ist zudem, wie und mit welcher *Gewichtung* die Lebenszykluskosten in die Angebotswertung eingehen. Es bestehen unter anderen folgende Möglichkeiten:

- Für jedes Angebot wird zu Wertungszwecken ein fiktiver „Gesamtpreis“ aus Anschaffungskosten (zu zahlen an den Bieter) und Folgekosten (Betriebs- und Verbrauchskosten) über die Lebensdauer gebildet.
- Die Lebenszykluskosten werden in einer Wertungsmatrix mit einer gewissen Gewichtung neben dem Angebotspreis und gegebenenfalls weiteren Zuschlagskriterien berücksichtigt. In diesem Fall ist insbesondere die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien klar zu definieren (z. B. Kriterien für die Vergabe von Wertungspunkten).

¹⁹⁴ Aus Gründen der Gleichbehandlung muss diese Mindest-Lebensdauer zugleich als technische Spezifikation eine zwingende Mindestanforderung an die anzubietende Leistung sein.

¹⁹⁵ Zur Abzinsung von Verbrauchskosten im Rahmen der Lebenszykluskosten vgl. Umweltbundesamt (Hrsg.), Umweltfreundliche Beschaffung, Ökologische & wirtschaftliche Potenziale rechtlich zulässig nutzen, 2008, S. 57 ff.

Kasten 10: Berechnungshilfen zur Ermittlung von Lebenszykluskosten

Auf der Webseite des Umweltbundesamts sind verschiedene Berechnungshilfen zur Ermittlung der Lebenszykluskosten zusammengestellt, die bei der Umsetzung helfen können:

www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten

Die Lebenszykluskosten spiegeln sowohl ökonomische als auch ökologische Aspekte wider, da sie auch die Kosten transparent machen, die Auftraggeber/innen nach Kauf des Produkts zu tragen haben. Die nach der Anschaffung folgenden Kosten können erheblich zu Buche schlagen und sogar über dem Anschaffungspreis liegen. Insbesondere bei Geräten, die in der Nutzungsphase erheblich Energie benötigen (zum Beispiel Fahrzeuge, Informations- und Kommunikationstechnologie, Beleuchtung), ist es ökologisch und ökonomisch sinnvoll, die Lebenszykluskosten (inklusive den Anschaffungskosten) als entscheidendes oder sogar alleiniges Bewertungskriterium heranzuziehen.

Kasten 11: Beispiel für die Ermittlung der Lebenszykluskosten (Auszug auf Ziffer 7.1.1 der Berliner VwVBU)

Nach der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU) haben Berliner Einrichtungen und Unternehmen bei der Beschaffung strombetriebener Geräte die Lebenszykluskosten wie folgt zu berücksichtigen:

Das wirtschaftlichste Angebot ist dasjenige, welches insgesamt die niedrigsten Lebenszykluskosten aufweist.

Der Ermittlung der Lebenszykluskosten sind folgende Faktoren zugrunde zu legen:

- a) Angebotspreis,
- b) die pro Jahr zu erwartenden Stromkosten, die sich als Produkt aus dem für die jährlichen Benutzungsstunden des Gerätes anfallenden Energieverbrauch sowie dem maßgeblichen Strompreis ergeben.

Der Auftraggeber gibt die erwartete Lebensdauer des Produkts, die jährlichen Benutzungsstunden sowie den maßgeblichen Strompreis in der Leistungsbeschreibung vor. Die Angaben zum Stromverbrauch des zu beschaffenden Produkts fragt der Auftraggeber von den Bewerbern und Bietern für das jeweilige Produkt ab. Als Bruttostrompreis sind 22 Cent pro Kilowattstunde (Ct/kWh) und eine jährliche Preissteigerungsrate von 2 Prozent in der Leistungsbeschreibung anzugeben. Die Stromkosten sind abgezinst anzusetzen. Dies erfolgt durch Diskontierung der Kosten mittels eines Diskontierungszinssatzes in Höhe von 4 Prozent. Der Wert dieser zukünftigen Zahlungen wird somit auf einen gegenwärtigen Zeitpunkt bezogen, unter Berücksichtigung von in diesem Zeitraum anfallenden Zinsen. Ausschlaggebend sind die Lebenszykluskosten für die gesamte Lebensdauer, entsprechend müssen die Stromkosten über die gesamte Produktlebensdauer berücksichtigt, diskontiert und anschließend addiert werden. Der Anhang 2 enthält eine Erläuterung zur Berechnung der Lebenszykluskosten. [...]

Zur Berechnung der Lebenszykluskosten für strombetriebene Geräte ist wie folgt vorzugehen:

Die jährlich anfallenden Stromkosten sind aus der jährlichen Nutzungsdauer in Stunden, dem Strombedarf des Produkts und dem Strompreis zu ermitteln. Die Stromkosten sind für jedes Jahr der in der Leistungsbeschreibung angegebenen Lebensdauer zu berechnen. Dabei ist zunächst für jedes Jahr die Preissteigerung von 2 Prozent einzuberechnen und dann mit dem jeweiligen Diskontierungsfaktor zu multiplizieren. Bei einem Diskontierungszins von 4 Prozent gibt es folgende Diskontierungsfaktoren:

Lebensdauer in Jahren	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Abzinsungsfaktor	1	0,96	0,92	0,89	0,85	0,82	0,79	0,76	0,73	0,70

Die diskontierten Betriebskosten der einzelnen Betriebsjahre sowie der Angebotspreis werden addiert. Das Ergebnis sind die gesamten Lebenszykluskosten, die für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots maßgeblich sind, auf welches der Zuschlag zu erteilen ist.

Sonstige Betriebs- und Instandhaltungskosten sowie externe Kosten bleiben aus Vereinfachungsgründen außer Betracht. Im Einzelfall (z. B. bei Aufzugsanlagen) kann der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung jedoch weitere Kostenpositionen wie

Betriebskosten und Instandhaltungskosten bei der Berechnung von Lebenszykluskosten einfließen lassen. Hierzu legt der Auftraggeber entsprechende einheitliche Anforderungen fest.

5.5.3.3 Externe Kosten

Betriebs- und Folgekosten, die mit der Beschaffung eines Produktes verbunden sind, dürfen vom Auftraggeber nach den Vergabe- und Vertragsordnungen ausdrücklich als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Nicht ausdrücklich geregelt war bisher dagegen, ob auch externe Kosten im Rahmen der Zuschlagserteilung gewertet werden dürfen. Externe Kosten sind solche, die nicht von ihrem Verursacher, sondern von der Allgemeinheit getragen werden, z. B. als Folge von Schadstoffemissionen.¹⁹⁶

Ob und wie weit der Wirtschaftlichkeitsgrundsatz die Berücksichtigung volkswirtschaftlicher Einsparungen zulässt, ist umstritten. Wie oben bereits dargestellt, ist es nicht erforderlich, dass die mit den Zuschlagskriterien bewerteten Aspekte des Angebots dem Auftraggeber einen betriebswirtschaftlichen Vorteil bringen. Probleme ergeben sich aber insbesondere angesichts von methodischen Unsicherheiten bei der Quantifizierung oder finanziellen Bewertung externer Kosten.

Unter Zugrundelegung der allgemeinen Kriterien der Zulässigkeit von Zuschlagskriterien kommt man grundsätzlich zu dem Ergebnis, dass eine Einbeziehung externer Kosten immer dann möglich ist, wenn diese im Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, und darüber hinaus auch den Grundsätzen der Transparenz und Objektivität ausreichend Rechnung getragen wird. Letzteres setzt voraus, dass für die Quantifizierung der mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängenden externen Kosten eine anerkannte Methode zur Verfügung steht, die im Rahmen der Vergabeunterlagen klar benannt und geregelt wird.

Ein Beispiel dafür ist die im Bereich der öffentlichen Verkehrsdienste von der Europäischen Kommission erlassene Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge.¹⁹⁷ Der deutsche Gesetzgeber hat die Richtlinie in § 4 Abs. 7 ff. i.V.m. Anlagen 2 und 3 VgV und in § 7 Abs. 5 f. i.V.m. Anhang 4 SektVO in deutsches Recht umgesetzt.¹⁹⁸

Danach sind als Vorgaben in der Leistungsbeschreibung, den technischen Spezifikationen und als Zuschlagskriterien der Energieverbrauch, die CO₂-Emissionen und die Schadstoffemissionen zu berücksichtigen.¹⁹⁹ Dies kann optional auch im Wege der Lebenszykluskostenanalyse

¹⁹⁶ Nach den neuen EU-Vergaberichtlinien zählen auch die externen Kosten zu den Lebenszykluskosten. In diesem Abschnitt wird auf die derzeit geltende Rechtslage eingegangen. In Kapitel 8.1.6 wird der Rechtsrahmen für die Berücksichtigung externer Kosten in der neuen Vergaberichtlinie beschrieben.

¹⁹⁷ Richtlinie 2009/33/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.04.2009 über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge, ABl. der EU L 120 vom 15.05.2009, S. 5.

¹⁹⁸ Die Richtlinie 2009/33/EG war von den Mitgliedstaaten bis zum 04.12.2010 in nationales Recht umzusetzen (Art. 11 Abs. 1). In Deutschland wurde sie durch inhaltlich identische Änderungen der Vergabeverordnung und der Sektorenverordnung umgesetzt, die am 12.05.2011 in Kraft getreten sind (siehe die Verordnung zur Änderung der Vergabeverordnung sowie der Sektorenverordnung vom 09.05.2011, BGBl. I 2011 Nr. 21 vom 11.05.2011, S. 800).

¹⁹⁹ Während die Energiekosten als Lebenszykluskosten beim Auftraggeber anfallen, handelt es sich bei den Kosten der CO₂-Emissionen sowie der Schadstoffemissionen um reine externe Kosten. Ziel der Richtlinie ist es, den Markt

erfolgen. Hierfür wird eine detaillierte Methodik zur finanziellen Bewertung und Berechnung der CO₂-Emissionen sowie der Schadstoffemissionen festgelegt.

Nach § 4 Abs. 7 VgV bzw. § 7 Abs. 5 SektVO müssen öffentliche Auftraggeber „zumindest“ folgende Energie- und Umweltauswirkungen berücksichtigen:

- Energieverbrauch,
- Kohlendioxid-Emissionen,
- Stickoxid-Emissionen,
- Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
- partikelförmige Abgasbestandteile.²⁰⁰

Die Vergabestelle muss den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen berücksichtigen, indem sie

1. in der Leistungsbeschreibung oder in den technischen Spezifikationen nach § 8 EG VOL/A²⁰¹ Vorgaben macht und
2. sie diese als Kriterium angemessen bei der Entscheidung über den Zuschlag nach § 19 EG VOL/A berücksichtigt²⁰².

Die Vergabestellen haben auch die Möglichkeit, Spezifikationen mit höheren Energie- und Umweltleistungen auszuschreiben, als sie im EU-Recht bereits gelten, z.B. bereits erlassene aber noch nicht verbindlich gewordene Euronormen. Ferner ist es möglich, *„alternativen Kraftstoffen wie etwa Wasserstoff, Flüssiggas (LPG), komprimiertem Erdgas (CNG), und Biokraftstoffen den Vorzug zu geben, sofern die Energie- und Umweltauswirkungen während der gesamten Lebensdauer berücksichtigt werden.“*²⁰³

Für den Fall, dass der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen von Straßenfahrzeugen im Rahmen der Zuschlagserteilung finanziell bewertet werden sollen, ist die in Anlage 3 zur VgV bzw. Anlage 4 zur SektVO vorgegebene Berechnungsmethode anzuwenden. Darin werden insbesondere die Daten zur Berechnung der über die Lebensdauer von Straßenverkehrsfahrzeugen anfallenden externen Kosten vorgegeben. Es handelt sich um Angaben über den Energiegehalt von Kraftstoffen, die Emissionskosten im Straßenverkehr sowie die Gesamtkilometerleistung von bestimmten Fahrzeugklassen.²⁰⁴

für saubere und energieeffiziente Fahrzeuge zu fördern, sowie den Beitrag des Verkehrssektors zur Umwelt-, Klima- und Energiepolitik der EU zu verbessern (vgl. Art. 1 Richtlinie 2009/33/EG).

²⁰⁰ Wie die Verwendung des Wortes „zumindest“ aufzeigt, können sowohl nach der Richtlinie als auch nach deren Umsetzung in Deutschland darüber hinaus gehende Vorgaben von den öffentlichen Auftraggebern gemacht werden. Von der Möglichkeit weitere Faktoren in der VgV bzw. SektVO zu benennen, hat der deutsche Gesetzgeber allerdings keinen Gebrauch gemacht und insoweit eine 1:1-Umsetzung vorgenommen.

²⁰¹ Entsprechende Regelung in der SektVO nach § 7 Absätze 5 und 6.

²⁰² Entsprechende Regelung in der SektVO nach § 29 Absatz 2.

²⁰³ Vgl. den 21. und 28. Erwägungsgrund der Richtlinie.

²⁰⁴ Arbeitshilfen zur Berechnung finden sich unter: www.cleanvehicle.eu (so am 15.07.2014).

Existieren solche rechtlich verbindlichen Vorgaben zur Einbeziehung von Energieverbräuchen oder Umweltauswirkungen hingegen nicht, wird eine solche Bewertung von einzelnen Vergabestellen in der Regel kaum zu leisten sein. Die Einbeziehung externer Kosten mag daher zwar rechtlich möglich sein, begegnet in ihrer Umsetzung jedoch praktischen Hürden, die nicht unterschätzt werden sollten.

5.5.4 Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze

Der Auftraggeber hat bei der Auswahl der Zuschlagskriterien nicht nur einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand sicherzustellen, sondern auch die Grundsätze des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie die davon abgeleiteten Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz zu beachten.

5.5.4.1 Eindeutige Festlegung und Gewichtung der Kriterien

Aufgrund der genannten Grundsätze ist der Auftraggeber verpflichtet, die Zuschlagskriterien klar und eindeutig festzulegen und – soweit es ihm möglich ist – auch zu gewichten.

Die gewählten Zuschlagskriterien einschließlich umweltbezogener Aspekte dürfen dem Auftraggeber insbesondere keine unbegrenzte Entscheidungsfreiheit einräumen. Damit soll verhindert werden, dass sich der Auftraggeber durch die Auswahl von Kriterien die Möglichkeit eröffnet, willkürlich zwischen Bietern zu entscheiden und damit das Gleichbehandlungsgebot zu verletzen.

Der Auftraggeber darf nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zudem nur solche Kriterien wählen, deren Erfüllung er auch effektiv nachprüfen kann. Kann er dies nicht bzw. erklärt er, keine Nachprüfung vornehmen zu wollen, verstößt er ebenfalls gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da Transparenz und Objektivität des Vergabeverfahrens nicht gewährleistet sind.²⁰⁵ Unzulässig war es nach dem Wienstrom-Urteil des Europäischen Gerichtshofs daher, dass ein Auftraggeber auf den konkreten Nachweis der Bezugsquelle für die ausgeschriebene Ökostromlieferung verzichtete, weil seiner Meinung nach kein Lieferant garantieren könne, dass der Strom tatsächlich aus erneuerbaren Energien stamme.²⁰⁶

Des Weiteren dürfen Kriterien nicht so gewählt werden, dass unklar bleibt, nach welchen Maßstäben der Auftraggeber entscheiden will, denn damit würde er gegen das Transparenzgebot verstoßen. Aus diesem Grund fordert § 9 EG Abs. 2 VOL/A auch die Gewichtung der vom Auftraggeber gewählten Kriterien. Die Gewichtung kann nach Satz 2 auch durch Angabe einer angemessenen Marge erfolgen. Nach Satz 3 darf sie nur ausnahmsweise „aus nachvollziehbaren Gründen“ unterbleiben. In diesem Fall müssen allerdings die Kriterien in absteigender Reihenfolge genannt werden. Erforderlich ist also vor allem die Nennung und Gewichtung der Umweltaspekte als Zuschlagskriterien.

²⁰⁵ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 51.

²⁰⁶ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 51 ff.

5.5.4.2 Diskriminierungsverbot und Einengung auf einen Bieter

Der öffentliche Auftraggeber darf durch die Auswahl der Zuschlagskriterien Bieter nicht diskriminieren. Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, ob aus Umweltschutzgründen Zuschlagskriterien zulässig sind, die zu einer Einengung des Bieterkreises auf wenige oder einen einzelnen Bieter führen.

Im Urteil „Concordia Bus“ hat der Europäische Gerichtshof 2002 zumindest die *Einengung des Bieterkreises auf wenige Bieter* durch umweltbezogene Zuschlagskriterien für zulässig erklärt.²⁰⁷ In dem zugrunde liegenden Fall hatte die Stadt Helsinki den gesamten innerstädtischen Busverkehr schrittweise öffentlich ausgeschrieben. In der Ausschreibung des Beschaffungsamts der Stadt wurden als Kriterien der Gesamtpreis, die Qualität der Busse und das Qualitäts- und Umweltkonzept des Verkehrsunternehmens genannt. Das Unternehmen HKL erhielt den Zuschlag für das strittige Los 6 aufgrund der Tatsache, dass die Vergabestelle zusätzliche Punkte für die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen der Busse vergeben hatte.²⁰⁸ Das vorliegende Gericht wollte unter anderem wissen, ob es zulässig sei, in der Ausschreibung Kriterien festzulegen, bei denen von vornherein feststeht, dass nur wenige Unternehmen diese erfüllen können. Im Gerichtsverfahren trug die im Vergabeverfahren unterlegene Bieterin, die Firma Concordia Bus, vor, dass ihr Konkurrent HKL der einzige Bieter gewesen sei, der tatsächlich in der Lage gewesen sei, Busse mit den geforderten Normen anzubieten.²⁰⁹ Der Gerichtshof folgte dieser Argumentation nicht. Da die Firma Concordia Bus für ein anderes Los den Zuschlag erhalten hatte, konnte sie offensichtlich die Kriterien ebenfalls erfüllen. Damit gab es nicht nur ein Unternehmen, das die Vorgaben einhalten konnte. Die Tatsache, dass nur wenige Bieter in der Lage waren, die vom Auftraggeber aufgestellten Kriterien zu erfüllen, stellte für den Europäischen Gerichtshof überdies noch keine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes dar. Die Richter kamen zu dem Ergebnis, dass *„der Gleichbehandlungsgrundsatz der Berücksichtigung derartiger Kriterien nicht allein deshalb entgegen [steht], weil das eigene Verkehrsunternehmen des Auftraggebers zu den wenigen Unternehmen zählt, die in der Lage sind, einen Fuhrpark anzubieten, der diesen Kriterien entspricht.“*²¹⁰ Der Gerichtshof stützte dieses Ergebnis nicht auf eine einzelne Bestimmung der Vergaberichtlinien, sondern auf den „Gleichbehandlungsgrundsatz“. Der Gleichbehandlungsgrundsatz *„entspricht“* dem Gerichtshof zufolge *„dem Wesen der Richtlinien auf dem Gebiet der öffentlichen Aufträge, die namentlich die Entwicklung eines echten Wettbewerbs auf den Gebieten fördern sollen, die in ihren jeweiligen Anwendungsbereich fallen, und die Zuschlagskriterien aufstellen, die einen solchen Wettbewerb gewährleisten sollen [...]“*²¹¹

Mit der Frage, ob es vergaberechtlich zulässig ist, durch umweltbezogene Zuschlagskriterien den Kreis der Bieter, die Chancen auf den Zuschlag haben, faktisch *auf ein einziges*

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99; Concordia Bus Finland Oy Ab, früher Stagecoach Finland Oy Ab/Helsingin kaupunki und HKL-Bussiliikenne („Concordia Bus“).

²⁰⁸ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 26.

²⁰⁹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 72.

²¹⁰ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, 2. Leitsatz.

²¹¹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 81.

Unternehmen zu begrenzen, hat sich der Europäische Gerichtshof, soweit ersichtlich, bislang nicht befasst. Zumindest zu der Frage, welche Konsequenzen zu ziehen sind, wenn nach Durchführung der *Eignungsprüfung* nur noch ein Bieter im Verfahren übrig bleibt, nahm der Gerichtshof im Urteil „Fracasso und Leitschutz“ jedoch Stellung.²¹² In diesem Verfahren blieb nach dem Ausscheiden von drei Mitbieter nur ein Bieter übrig. Die Vergabestelle hob die Ausschreibung auf. Vor dem Europäischen Gerichtshof war streitig, ob die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG²¹³ die Vergabestelle verpflichtete, den Zuschlag dem einzigen verbliebenen Bieter zu erteilen. Diese Frage verneinte der Europäische Gerichtshof. Er äußerte sich allerdings nicht ausdrücklich zu der Frage, ob ein solcher Zuschlag auch *unzulässig* gewesen wäre. Allerdings kann man der Argumentation des Gerichtshofs entnehmen, dass er der Auffassung ist, ein Vergabeverfahren, an dem lediglich ein Bieter beteiligt ist, biete keinen hinreichenden Wettbewerb mehr. Der Europäische Gerichtshof stützt diese Ansicht auf den 10. Erwägungsgrund der Richtlinie sowie die Artikel 7 Abs. 2, 18 Abs. 1 und 22 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 93/37/EWG. Diese Bestimmungen betreffen unterschiedliche Aspekte des Vergabeverfahrens. Der Gerichtshof hat aber in allen Bestimmungen den Gesichtspunkt betont, dass die Richtlinie 93/37/EWG *„im Interesse eines echten Wettbewerbs auf dem Gebiet der öffentlichen Bauaufträge die Vergabe der Aufträge so auszugestalten sucht, dass der Auftraggeber in der Lage ist, verschiedene Angebote miteinander zu vergleichen und aufgrund objektiver Kriterien wie der in Artikel 30 Abs. 1 der Richtlinie beispielhaft aufgezählten das günstigste Angebot zu wählen.“*²¹⁴

Daraus könnte man folgern, dass der Europäische Gerichtshof die Auffassung vertritt, dass auch ein Vergabeverfahren, das so gestaltet ist, dass durch die Auswahl der *Zuschlagskriterien* notwendig nur noch ein Unternehmen den Zuschlag erhalten kann, ein wirksamer Wettbewerb nicht mehr gegeben ist. Zwingend ist dieser Schluss jedoch – zumindest in dieser Allgemeinheit – aus zwei Gründen nicht.

Zum einen unterscheidet sich der Effekt von Eignungs- und Zuschlagskriterien auf den Wettbewerb erheblich. Eignungskriterien²¹⁵ legen eine Mindesthürde fest, die jeder Bieter zu überspringen hat, damit sein Angebot überhaupt wirtschaftlich gewertet wird. Definiert der Auftraggeber so hohe Anforderungen an die Eignung der Bieter, dass nur noch ein Bieter diese Anforderungen erfüllen kann, beschränkt er den Bieterkreis auf einen Bieter. Ein Wettbewerb um den Auftrag findet nicht mehr statt. Zuschlagskriterien haben dagegen keine derart absolute Wirkung. Auch die Angebote solcher Bieter, die bei bestimmten Zuschlagskriterien (z. B. Umweltkriterien) im Nachteil sind, da sie die geforderten Anforderungen nicht erfüllen, verbleiben in der Angebotswertung. Zumindest in einem gewissen Umfang haben diese Bieter

²¹² EuGH, Urteil 16.09.1999, Rs. C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA und Leitschutz Handels- und Montage GmbH/Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, Slg. 1999, I-5697 („Fracasso und Leitschutz“).

²¹³ RL 93/37/EWG vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 199/54 vom 09.08.1993.

²¹⁴ EuGH, Urteil 16.09.1999 Rs. C-27/98, Metalmeccanica Fracasso SpA und Leitschutz Handels- und Montage GmbH/Amt der Salzburger Landesregierung für den Bundesminister für wirtschaftliche Angelegenheiten, Slg. 1999, I-5697 („Fracasso und Leitschutz“), Rn. 33.

²¹⁵ Dasselbe gilt für Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand.

die Chance, ihre Nachteile etwa in Bezug auf die Umweltkriterien durch Vorteile bei anderen Zuschlagskriterien (z. B. durch einen niedrigeren Angebotspreis) zu kompensieren. Zumindest dann, wenn die Zuschlagskriterien so gewählt sind, dass auch Bieter, die einzelne, hohe Anforderungen des Auftraggebers nicht erfüllen können, eine realistische Chance auf den Zuschlag haben, besteht noch ein Wettbewerb um den Auftrag.

Zum anderen können Verstöße gegen das europäische Gemeinschaftsrecht unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein. Selbst dann, wenn der Auftraggeber die Zuschlagskriterien so wählt, dass faktisch ein Bieter als einziger von der Festlegung eines Zuschlagskriteriums profitiert und dieser im Fall einer Angebotsangabe zwingend den Zuschlag erhalten muss, muss dies nicht zwingend zu einem Verstoß gegen das Vergaberecht führen. Verstöße gegen die europäischen Grundfreiheiten und die aus diesen abgeleiteten Grundsätzen können nämlich aus Umweltschutzgründen gerechtfertigt sein.²¹⁶ Ob eine Rechtfertigung gegeben ist, etwa weil der Auftraggeber mit der Festlegung der Zuschlagskriterien in zulässiger Weise ökologische Ziele verfolgt, ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen.

Kasten 12: Exkurs: (Un-)Zulässigkeit der regionalen Beschaffung

Häufig wird von Seiten der Politik oder der Kommunen gewünscht, im Rahmen öffentlicher Ausschreibungen Waren oder Erzeugnisse aus regionaler Produktion zu beziehen oder die Bau- oder Dienstleistungen durch ortsansässige Anbieter durchführen zu lassen. So nachvollziehbar dieser Wunsch sein mag, verstößt er doch zumindest grundsätzlich gegen das Diskriminierungsverbot in § 97 Abs. 2 GWB bzw. gegen europäisches Recht (Artikel 12, 28, 43, 49 AEUV²¹⁷) sowie gegen die Vergabe- und Vertragsordnungen.²¹⁸

§ 2 EG Abs. 1, S. 2 VOL/A regelt ausdrücklich das Diskriminierungsverbot: „Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.“

Europarechtlich stellt eine Bevorzugung regionaler Bieter einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Dieses verpflichtet den Auftraggeber zur Nichtdiskriminierung aufgrund der Nationalität und zur Gleichbehandlung aller Teilnehmer des Vergabeverfahrens. Die Vergabestelle darf weder Angebote ausländischer Unternehmen anders behandeln als die Angebote deutscher Bieter noch den Wettbewerb regional oder lokal beschränken. Dieser Grundsatz der Gleichbehandlung gehört zu den Grundprinzipien des nationalen und europäischen Vergaberechts. Seine Anwendung ist nicht beschränkt auf eine Vergabe oberhalb der Schwellenwerte.²¹⁹ Das Diskriminierungsverbot bezieht sich auf alle Phasen des Vergabeverfahrens.

Eine Diskriminierung ist nicht nur gegeben, wenn regionale Produkte (oder Bau- oder Dienstleistungen) beschafft werden sollen. Eine – mittelbare – Diskriminierung kann auch dann vorliegen, wenn beispielsweise in der Ausschreibung vorgegeben wird, dass Bieter mit kurzen Transportwegen bevorzugt werden sollen. Etwas anderes könnte im Einzelfall höchstens dann gelten, wenn sich etwa aufgrund eines aus ökologischen Gründen zulässigen Zuschlagskriteriums (z. B. Carbon Footprint der zu liefernden Ware²²⁰) indirekt Vorteile für regionale Produkte ergeben. In diesem Fall wäre jedoch vor Durchführung der Ausschreibung rechtlich zu prüfen, ob die mit der Auswahl des ökologischen Zuschlagskriteriums verbundene, zumindest mittelbare Diskriminierung nicht regionaler Produkte ausnahmsweise gerechtfertigt ist.²²¹

²¹⁶ Vgl. zu den Voraussetzungen für eine Rechtfertigung von Verstößen gegen europäisches Primärrecht – unter besonderer Berücksichtigung – fairer Beschaffung – Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 2011, S. 23 ff.

²¹⁷ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, 2008: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=OJ:C:2008:115:TOC>, (so am 15.07.2014)

²¹⁸ Siehe dazu Müller-Wrede, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, VergabeR 2005, S. 32 ff.

²¹⁹ Siehe dazu unten Kapitel 6 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“.

²²⁰ Voraussetzung für ein solches Zuschlagskriterium wäre allerdings die wissenschaftlich fundierte, eindeutige, nichtdiskriminierende und nachprüfbare Ermittlung des Carbon Footprint der einzelnen Produkte.

²²¹ Die Ausführungen zur Rechtfertigung der Einengung des Bieterkreises auf einen Bieter gelten entsprechend.

So nachvollziehbar es erscheint, dass Politik und Verwaltung die regionale Produktion fördern möchten, so sollte doch auf eine Förderung durch die öffentliche Auftragsvergabe unbedingt verzichtet werden. Der öffentliche Auftraggeber ist seinerseits nicht gehindert, die Umweltauswirkungen der Produktion in anderer Form einzubeziehen, die keine, auch keine indirekte Diskriminierung darstellt. So können beispielsweise bei der Beschaffung von Lebensmitteln oder der Vergabe von Catering-Dienstleistungen gezielt saisonale Lebensmittel gefordert werden. Oder Auftraggeber können spezifizieren, dass Lebensmittel beschafft werden sollen, die nicht in Gewächshäusern gezogen worden sind.

5.6 Auftragsausführung

Anknüpfungspunkt für die Berücksichtigung ökologischer Kriterien im Vergabeverfahren sind - neben dem Auftragsgegenstand, der Leistungsbeschreibung, den Eignungs- und den Zuschlagskriterien - schließlich auch die zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung. Diese stellen Vertragsbedingungen dar, die vom Bieter bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind.

Die rechtliche Grundlage für die Einführung zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung findet sich in Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG. Danach können öffentliche Auftraggeber derartige Bedingungen vorgeben, sofern sie mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar sind. Nach Artikel 26 S. 2 der Richtlinie 2004/18/EG können die Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags insbesondere soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Die Umsetzung des Artikel 26 S. 2 der Richtlinie 2004/18/EG in deutsches Recht erfolgte im Jahr 2009 durch § 97 Abs. 4 S. 2 GWB. Dieser lautet:

„Für die Auftragsausführung können zusätzliche Anforderungen an Auftragnehmer gestellt werden, die insbesondere soziale, umweltbezogene oder innovative Aspekte betreffen, wenn sie im sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen und sich aus der Leistungsbeschreibung ergeben.“

Bei der Formulierung von Bedingungen für die Auftragsausführung sind somit folgende Voraussetzungen zu beachten:

- Es muss ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestehen.
- Die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts müssen beachtet werden.
- Die Bedingungen müssen sich klar aus der Leistungsbeschreibung ergeben.

In der Praxis können Umweltaspekte bei der Ausführung von Verträgen, die die öffentliche Hand abschließt, in vielerlei Hinsicht eine Rolle spielen:

- Anforderungen an die Lieferung von Waren (z. B. seltenere Lieferungen, außerhalb von Verkehrsstoßzeiten),
- die Rücknahme (und das Recyceln oder die Wiederverwendung) von Produktverpackungen (dies hat den doppelten Vorteil, dass Verpackungsvorgänge vor der Wiederverwendung oder dem Recycling zentralisiert werden und Lieferanten ein Anreiz geboten wird, jede unnötige Verpackung zu vermeiden),
- die Verpflichtung bei wiederkehrenden Lieferungen, regelmäßig über die CO₂-Emissionen aus der Produktlieferung zu berichten und anzugeben, welche Maßnahmen getroffen wurden, um diese Emissionen während der Auftragsdauer zu reduzieren,
- die Recycelbarkeit von Verpackungsmaterial,

- Produktinformationen für die Anwender,
- die Rücknahme von Abfall oder nicht mehr brauchbaren Produkten.

Im Bereich der Bau- oder Dienstleistungen kommen Anforderungen an die Art der Leistungserbringung in Betracht, wie etwa

- den Transport von Produkten und Werkzeugen zum Ort der Auftragsausführung,
- die Verwendung wiederverwendbarer Behälter für den Transport,
- die Schulung der Mitarbeiter des Auftragsnehmers über Umweltaspekte,
- die Anwendung spezifischer Umweltmanagementmaßnahmen, gegebenenfalls nach Maßgabe eines von einer unabhängigen Stelle zertifizierten Systems wie EMAS oder ISO 14001,
- die Minimierung der im Rahmen der Auftragsausführung anfallenden Abfälle, z. B. durch Einbeziehung spezifischer Ziele oder durch Festlegung von Höchstmengen und entsprechenden Sanktions- bzw. Boni-Klauseln,
- die Nutzung von Dosierungshilfen, um sicherzustellen, dass Reinigungsmittel in angemessenen Mengen verwendet werden,
- die effiziente Nutzung von Ressourcen wie Strom und Wasser vor Ort,
- die Beförderung von Produkten und Werkzeugen an den Ort der Auftragsausführung:
 - a) Produktanlieferung in konzentrierter Form mit anschließender Verdünnung vor Ort,
 - b) Verwendung wiederverwendbarer Container oder Verpackungen für den Produkttransport,
 - c) Reduzierung der transportbedingten CO₂-Emissionen oder von Emissionen anderer Treibhausgase.

Umweltbezogene Vertragsklauseln sollten überwacht werden.²²² Dies kann auf verschiedene Weise erfolgen:

- Pflicht des Auftragnehmers zur Erbringung von Konformitätsnachweisen,
- Recht des Auftraggebers, Vor-Ort-Kontrollen durchzuführen,
- Betrauung einer unabhängigen Stelle mit der Konformitätsüberwachung.

Der Vertrag sollte auch angemessene Sanktionen für Verstöße bzw. Boni für eine umweltfreundliche Leistungserbringung vorsehen.²²³

²²² Rechtlich verpflichtend ist eine effektive Kontrolle für öffentliche Auftraggeber – anders als im Rahmen der Prüfung der Erfüllung von Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand, Eignungs- und Zuschlagskriterien jeweils vor Zuschlagserteilung – dagegen nicht. Zu Einzelheiten vgl. Ziekow, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 2011, S. 50 m.w.N.

²²³ So auch die Empfehlung der Europäischen Kommission, Umweltorientierte Beschaffung!, 2011, S. 61 – 64.

Kasten 13: Exkurs: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreue

Im Zusammenhang mit zusätzlichen Bedingungen für die Auftragsausführung soll nicht versäumt werden, auf eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Tariftreuregelung im Berliner Vergabegesetz hinzuweisen. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung Anforderungen, die üblicherweise unter dem Stichwort "vergabefremde Kriterien" oder "Sekundärzwecke" thematisiert werden, ebenfalls grundsätzlich für zulässig erachtet. Insbesondere hebt das Bundesverfassungsgericht hervor, dass der Berliner Gesetzgeber mit der Tariftreuregelung im Berliner Vergabegesetz grundsätzlich verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt.²²⁴

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts können übertragen werden auf die Thematik der zusätzlichen Anforderungen des Auftraggebers, die dieser aus Gründen des Umweltschutzes festlegt. Der Umweltschutz genießt durch Artikel 20a GG ebenso wie das vom BVerfG herangezogene Sozialstaatsprinzip Verfassungsrang. Damit kann davon ausgegangen werden, dass Anforderungen, die an die Eignung der Bieter gestellt werden und die in Bundes- oder Landesgesetzen geregelt sind, regelmäßig zulässig sind.

Kasten 14: Berücksichtigung von Umweltaspekten des Transports

Ein besonderes Problem stellt die Frage dar, ob und wie Umweltauswirkungen, die durch den Transport verursacht werden, in die Vergabeentscheidung einbezogen werden dürfen. Nach ganz einhelliger Auffassung ist es grundsätzlich unzulässig, ortsnah hergestellte Produkte zu bevorzugen (siehe dazu auch oben Exkurs zur (Un-)Zulässigkeit der regionalen Beschaffung). Davon zu unterscheiden ist aber die Frage, ob es zulässig ist, bestimmte Transportmittel zu bevorzugen bzw. in der Ausschreibung bestimmte Transportmittel auszuschließen. Das ist deshalb eine umweltrelevante Frage, weil der Transport von Waren erhebliche Umweltauswirkungen hat.

So benötigten Lkw und Flugzeuge zusammen im Jahr 2011 deutlich mehr Energie als noch im Jahr 1995. Das Verkehrswachstum im Güter- und Personenverkehr kompensierte die technischen Verbesserungen an den Fahr- und Flugzeugen. Nur im Schienenverkehr sanken seit 1995 sowohl der spezifische wie der absolute Energieverbrauch. Auch in Bezug auf die Gesamtemissionen des Straßengüterverkehrs zeigt sich, dass die technisch bedingten Senkungen je Tonnenkilometer aufgrund des gestiegenen Verkehrsaufwands zum Teil wieder ausgeglichen wurden. Bei den CO₂-Emissionen wurde die Einsparung sogar überkompensiert. So erhöhten sich die absoluten CO₂-Emissionen des Straßengüterverkehrs zwischen 1995 und 2010 trotz technischer Verbesserungen um 11 Prozent.

Es hätte also durchaus positive Umweltauswirkungen, wenn man in der öffentlichen Auftragsvergabe beispielweise den Transport auf der Schiene verbindlich machen könnte oder ein Transportmittel wie das Flugzeug ausschließen könnte.

Ob dies vergaberechtlich zulässig ist, wird unterschiedlich beantwortet. Während teilweise die Auffassung vertreten wird, Vorgaben, die sich nicht auf die Länge des Transportwegs, sondern lediglich auf das Transportmittel beziehen, seien unter Diskriminierungsgesichtspunkten unproblematisch, vertritt die Europäische Kommission eine differenzierte Ansicht. In der Interpretierenden Mitteilung von 2001 führt sie aus:

„Hinsichtlich der Frage, ob eine bestimmte umweltfreundliche Transportart für die Auslieferung von Waren gefordert werden darf, ist zu sagen, dass eine solche Forderung so formuliert sein sollte, dass sie für die Leistung oder Ausführung des Auftrages von Belang ist, und dass sie den Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts entsprechen sollte. Ein Auftraggeber kann mithin eine bestimmte Form des Transportes für die zu liefernden Waren vorschreiben, wenn dies bei dem betreffenden Auftrag nicht zu

²²⁴ BVerfGE vom 11.07.2006, 1 BvL 4/00. Das Gericht betont des Weiteren, dass das Ziel, die Arbeitslosigkeit zu bekämpfen, aufgrund des Sozialstaatsprinzips in Art. 20 Abs. 1 GG Verfassungsrang habe. Auf der anderen Seite hat das BVerfG – insoweit durchaus auf einer Linie mit den EU-Vergaberichtlinien – klargestellt, dass die Unternehmen nur solchen Angestellten oder Arbeitern Tariflohn zahlen müssten, die mit der Ausführung des konkreten öffentlichen Auftrags beschäftigt seien. Zudem folge die Verpflichtung aus der eigenen Entscheidung des Unternehmens, sich um den Auftrag zu bewerben. Schließlich widerspreche die Berliner Tariftreuregelung auch nicht § 20 GWB, der es verbietet, dass marktbeherrschende Unternehmen andere Unternehmen behindern oder diskriminieren. Das Bundesverfassungsgericht sieht die Ungleichbehandlung von Unternehmen, die den Tariflohn bezahlen und solchen, die es nicht tun, durch die gesetzliche Regelung des Berliner Vergabegesetzes gerechtfertigt. In einem obiter dictum stellt das Verfassungsgericht überdies fest, dass aus der systematischen Auslegung der Entstehungsgeschichte des § 97 Abs. 4 2. HS GWB wohl folge, dass die „Frage anderer und weitergehender Anforderungen speziell im Vergaberecht geregelt wurde und dass die an dieser Stelle eingefügte Möglichkeit zu deren Festlegung nicht durch § 20 Abs. 1 GWB wieder ausgeschlossen wird, sondern im Hinblick auf gegebenenfalls damit verbundene Behinderungen des Wettbewerbs deren Rechtfertigung dient.“

einer Diskriminierung führt.“

Zum ersten Kriterium des Zusammenhangs mit dem Auftrag kann man annehmen, dass eine Vertragsausführungsvorschrift, die dem Bieter aufgibt, dass das zu beschaffende Produkt nur mit bestimmten Transportmitteln zu transportieren ist, in jedem Fall für die Ausführung des Auftrags von Belang ist. Denn die Bedingung regelt ja einen wichtigen Aspekt der Vertragsausführung, anders als andere Kriterien, die oft als Beispiel für eine nicht mit dem Auftrag zusammenhängende Forderung herangezogen werden, wie dass der Bieter in seinen Büros Umweltpapier verwenden soll. Hinsichtlich des zweiten Kriteriums, demzufolge die Anforderung nicht diskriminierend sein darf, kommt es wohl im Einzelfall darauf an, ob es der Ausschluss bestimmter Transportmittel einzelnen Bietern unmöglich macht, ihre Produkte anzubieten. Wenn man davon ausgehen kann, dass es allen Bieterinnen möglich ist, die zu beschaffenden Produkte auch ohne das ausgeschlossene Transportmittel liefern zu können, handelt es sich nicht um eine diskriminierende Bestimmung. Wenn aber beispielsweise durch den Ausschluss des Transports per Flugzeug bestimmte Bieter in der EU nicht liefern können, weil sie nicht in der Lage sind, das Produkt anders zu transportieren, würde es sich um eine diskriminierende Anforderung handeln, die gegen Primärrecht verstoßen würde. In diesem Fall würde sich die Frage stellen, ob die Diskriminierung aus Gründen des Umweltschutzes ausnahmsweise gerechtfertigt ist.

5.7 Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung

Es ist ein Gebot der Transparenz des Vergabeverfahrens (§ 97 Abs. 1 GWB), dass der öffentliche Auftraggeber die wesentlichen Entscheidungen des Vergabeverfahrens – und damit namentlich auch die Angebotswertung – in den Vergabeakten dokumentiert. Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen der Vergabestelle transparent und sowohl für die Überprüfungsinstanzen (Vergabekammer und Vergabesenat) als auch für die Bieter überprüfbar zu machen. Die Nichterfüllung der in § 20 EG VOB/A bzw. § 24 EG VOL/A, § 12 VOF für die jeweiligen Vergabeverfahren konkretisierten Dokumentationspflicht durch die Vergabestelle stellt eine besonders schwerwiegende Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar. Kommt der öffentliche Auftraggeber seiner Dokumentationspflicht nicht oder nicht ordnungsgemäß nach, kann darauf mit Erfolg ein Vergabenachprüfungsantrag gestützt werden. Dokumentationsmängel führen im Ergebnis dazu, dass das Vergabeverfahren ab dem Zeitpunkt, in dem die Dokumentation unzureichend ist, fehlerbehaftet ist, und dass es in diesem Umfang zu wiederholen ist. Eine ausreichende Dokumentation setzt voraus, dass alle wesentlichen Verfahrensschritte mit ihrem entscheidungserheblichen Inhalten zeitnah dargestellt werden.

Die im Vergabevermerk enthaltenen Angaben und die in ihm mitgeteilten Gründe für getroffene Entscheidungen müssen so detailliert sein, dass sie für einen mit der Sachlage des jeweiligen Vergabeverfahrens vertrauten Leser nachvollziehbar sind. Das gilt insbesondere für die Darlegungen, mit denen die Auswahl des für den Zuschlag vorgesehenen Bieters gerechtfertigt wird. Hierzu müssen die Tatsachenumstände und Überlegungen, welche die in Aussicht genommene Zuschlagsentscheidung tragen, vollständig, wahrheitsgemäß und verständlich mitgeteilt werden. Das bedeutet auch, dass – außer beim offenen Verfahren – die Wahl der Verfahrensart begründet werden muss, dass die gesamte Behandlung der Bieter (Gespräche, Auskünfte, Aufklärungen) und der Angebote (alle Wertungsschritte mit ihren Ergebnissen) nachvollziehbar dargestellt werden müssen. Dazu bedarf es keiner umfassenden Ausführlichkeit, es muss jedoch ohne weitere Erläuterung nachvollziehbar sein, aus welchen Gründen der Auftraggeber sich für ein bestimmtes Angebot entschieden oder einen bestimmten Bieter für ungeeignet gehalten hat. Dies bedeutet weiterhin, dass der Auftraggeber die Prüfung und Wertung aller veröffentlichten Wertungskriterien ausreichend dokumentieren muss. Dies beinhaltet auch eine Darstellung, mit welchem Anteil die genannten Zuschlagskriterien Berücksichtigung finden sollen.

Gerade auch dann, wenn der öffentliche Auftraggeber sich dazu entschließt, Umweltaspekte in das Vergabeverfahren einfließen zu lassen, muss er dies in dem von ihm zu fertigenden Vergabevermerk nachvollziehbar dokumentieren.

Allgemein ist zu empfehlen, dass sich der Auftraggeber bei seiner Darstellung im Vergabevermerk an den jeweiligen rechtlichen Anforderungen für die Einbeziehung des Umweltkriteriums orientiert und diese im Vergabevermerk "abarbeitet". Erfolgt die Berücksichtigung von Umweltaspekten beispielsweise im Rahmen der Angebotswertung, so hat er anzugeben, welches Kriterium er aus welchen Gründen ausgewählt und mit welchem Gewicht versehen hat. Er sollte ferner darstellen, welchen Bezug dieses Kriterium zum Auftragsgegenstand hat. Arbeitet der Auftraggeber mit einer Bewertungsmatrix, so empfiehlt es sich, diese dem Vergabevermerk als Anlage beizufügen.

6 Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte

In der rechtlichen Diskussion in Deutschland nimmt der Bereich der öffentlichen Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte regelmäßig einen breiten Raum ein, auch und gerade wenn es um die Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten geht. Dies entspricht allerdings nicht unbedingt den tatsächlichen Gegebenheiten, stellen doch die Vergaben unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland die weit überwiegende Zahl der öffentlichen Aufträge dar.²²⁵

Deshalb ist nicht recht nachvollziehbar, warum wesentlich weniger darüber diskutiert wird, welche Anforderungen an die öffentliche Auftragsvergabe in Verfahren zu stellen sind, die sich unterhalb der Schwellenwerte abspielen. Die Ursache kann darin liegen, dass für den Bereich unterhalb dieser Schwellenwerte das vergaberechtsspezifische Rechtsschutzinstrument des Nachprüfungsverfahrens nicht zur Verfügung steht, und es demzufolge ungleich weniger Rechtsprechung für diesen Bereich gibt.

Verfahren unterhalb der Schwellenwerte zeichnen sich generell durch erheblich weniger Transparenz aus.²²⁶ In letzter Zeit nehmen allerdings die Anforderungen an die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte aufgrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu. Insbesondere hat der Gerichtshof auf der Basis der Grundfreiheiten präzisiert, dass auch bei „nationalen“ Verfahren bestimmte Mindestanforderungen hinsichtlich Transparenz, Publizität und Diskriminierungsfreiheit gelten, soweit diese eine hinreichende Relevanz für das Funktionieren des Binnenmarktes haben (sog. „Binnenmarktrelevanz“).²²⁷

Eine Binnenmarktrelevanz besteht dann, wenn auch potentielle Bieter aus anderen EU-Mitgliedstaaten Interesse am ausgeschriebenen Auftrag haben können. Die Binnenmarktrelevanz wird dabei weit verstanden. In grenznahen Gebieten kann sie bereits bei sehr geringen Auftragswerten gegeben sein.²²⁸ Nach Auffassung der Europäischen Kommission sind zur Ermittlung der Binnenmarktrelevanz eines Auftrages unter anderem „*der Auftragsgegenstand, der geschätzte Auftragswert, die Besonderheiten des betreffenden Sektors (Größe und Struktur des Marktes, wirtschaftliche Gepflogenheiten usw.) sowie die geografische Lage des Orts der Leistungserbringung zu berücksichtigen*“.²²⁹

Ist eine Binnenmarktrelevanz gegeben, hat der Auftraggeber die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts zu beachten. Dies sind – wie im Zusammenhang mit der Vergabe von Aufträgen oberhalb der Schwellenwerte bereits dargestellt, insbesondere die Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz.

²²⁵ Schneiders, Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.

²²⁶ Dageförde-Reuter, Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, 2004, S. 47.

²²⁷ Sogenannte Binnenmarktrelevanz, siehe Wollenschläger, Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388, 391, der diese im Sinne eines Bagatellvorbehalts interpretiert.

²²⁸ Zu Einzelheiten vgl. Zeiss, Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, 2010, S. 23.

²²⁹ Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, 2006/C 179/02, ABl. EG Nr. C 179/2 vom 01.08.2006, S. 4 f.

Nach dem – vom Gericht der Europäischen Union (EuG) bestätigten²³⁰ – Verständnis der Europäische Kommission²³¹ haben Auftraggeber bei einer Binnenmarktrelevanz auch bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte eine angemessene Bekanntmachung, ein unparteiisches Vergabeverfahren und eine Nachprüfungsmöglichkeit vorzusehen.

Das unterhalb der Schwellenwerte anwendbare deutsche Vergaberecht enthält nur sehr wenige Vorgaben zur Zulässigkeit von umweltbezogenen Aspekten bei der Auftragsvergabe aus. Soweit dieselben Grundsätze anzuwenden sind wie oberhalb der Schwellenwerte, wird jeweils auf die einschlägigen Abschnitte dieses Gutachtens verwiesen. Dies ist jedenfalls, wie dargestellt, immer dann der Fall, wenn es sich um Anforderungen handelt, die sich unmittelbar aus dem europäischen Primärrecht ableiten, d.h. die auf Bestimmungen des AEUV beruhen. Das gilt aber mit der Einschränkung, dass der in Frage stehende öffentliche Auftrag nicht von „*sehr geringfügiger Bedeutung ist*“²³², d.h. keine Binnenmarktrelevanz entfaltet.

Kasten 15: Praxistipp: Beachtung derselben Grundsätze für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte

Auftraggeber sind rechtlich immer auf der sicheren Seite, wenn sie bei Aufträgen unterhalb der Schwellenwerte in Bezug auf die Einbeziehung von Umweltaspekten dieselben Grundsätze beachten wie oberhalb der Schwellenwerte (vgl. Kapitel 5).

6.1 Festlegung des Auftragsgegenstands

Die Auswahl eines umweltfreundlichen Auftragsgegenstands ist auch in Vergabeverfahren möglich, die unterhalb der Schwellenwerte durchgeführt werden. Dabei gilt im Wesentlichen das im Hinblick auf die Auswahl des Vertragsgegenstands bei Vergaben oberhalb der Schwellenwerte Ausgeführte.

Erwähnung fand bereits das Urteil „Dundalk“, in dem eine unterschiedslos anwendbare Anforderung, einer nationalen Norm zu genügen, als Verstoß gegen das europäische Primärrecht gewertet wurde, weil durch das Weglassen des erforderlichen Zusatzes „oder gleichwertiger Art“ sich tatsächlich nur nationale Bieter an dem Verfahren beteiligen konnten. Diese Entscheidung betrifft auch alle Verfahren unterhalb der Schwellenwerte und ist Ausdruck des Diskriminierungsverbots gegenüber ausländischen Bietern, das sich aus den Grundfreiheiten bzw. ggf. nachrangig aus dem allgemeinen Diskriminierungsverbot ergibt.²³³

²³⁰ EuG, Urteil vom 20.05.2010, Rs. T-258/06.

²³¹ Europäische Kommission, Mitteilung zu Auslegungsfragen in Bezug auf das Gemeinschaftsrecht, das für die Vergabe öffentlicher Aufträge gilt, die nicht oder nur teilweise unter die Vergaberichtlinien fallen, 2006/C 179/02, ABl. EG Nr. C 179/2 vom 01.08.2006, S. 6 ff. mit umfangreichen Nachweisen zur Rechtsprechung des EuGH.

²³² EuGH, Urteil vom 21.07.2005, Rs. C-231/03, Consorzio Aziende Metano (Coname)/Comune Acque Cingia de' Botti („Coname“), Rn. 20.

²³³ Der EuGH hat diese Rechtsprechung für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nochmals in den Entscheidung „Vestergaard“ und im Vertragsverletzungsverfahren „Kommission/Frankreich“ bestätigt. Erstere betraf die Vergabe eines dänischen Bauauftrags, in dem Fenster einer dänischen Marke verwendet werden sollten. Der Gerichtshof entschied, dass auch bei Bauaufträgen, die unterhalb der Schwellenwerte liegen, keine bestimmten Produktbezeichnungen ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art“ verwendet werden dürfen. Anderenfalls würde ein Verstoß gegen die Warenverkehrsfreiheit vorliegen. EuGH, Urt. vom 03.12.2001, Rs. C-59/00, Bent Moustén Vestergaard/Spottrup Boligselskab („Vestergaard“). Die Entscheidung „Kommission/Frankreich“ betraf ein französisches Gesetz, nach dem sich öffentliche Auftraggeber bei der Realisierung von Baumaßnahmen eines Beauftragten bedienen konnten. Dieser war unter anderem befugt, die

Das bedeutet im Ergebnis, dass auch bei einer unterschwelligen Vergabe grundsätzlich keine Vorgaben hinsichtlich der Auswahl des Auftragsgegenstands gemacht werden dürfen, die dazu führen, dass (potentielle) ausländische Bieter benachteiligt werden.

6.2 Leistungsbeschreibung

In die Leistungsbeschreibung können auch unterhalb der Schwellenwerte Umweltaspekte aufgenommen werden. Unterhalb der Schwellenwerte richtet sich die Beschreibung der Leistung nach § 7 VOL/A bzw. § 7 VOB/A. Wichtigste Funktion der Leistungsbeschreibung ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Die Leistung soll deshalb so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, dass alle Bieter sie gleich verstehen können. Wie auch oberhalb der Schwellenwerte ist es nur in Ausnahmefällen zulässig, in der Leistungsbeschreibung Produkte einer bestimmten Marke, eines bestimmten Ursprungs oder einer bestimmten Produktion aufzunehmen. Zulässig ist aber, genaue Anforderungen – auch ökologischer Art – an die Ware oder Dienstleistung zu stellen.

Die Verwendung von Umweltzeichen ist in der VOB/A nunmehr in § 7 Abs. 7 geregelt, d.h. bei Bauaufträgen können in Umweltzeichen enthaltene Kriterien gleichermaßen oberhalb wie unterhalb der Schwellenwerte in die Leistungsbeschreibung einfließen. Fraglich ist, ob bei Liefer- und Dienstleistungsaufträgen die Verwendung von Umweltzeichen unterhalb der Schwellenwerte untersagt ist, weil eine entsprechende Regelung in der VOL/A unterhalb der Schwellenwerte fehlt (siehe § 7 VOL/A). Dafür spricht, dass möglicherweise durch die ausdrückliche Regelung in dem VOL/A EG-Paragraph zum Ausdruck gebracht werden sollte, dass unterhalb der Schwellenwerte Umweltzeichen nicht herangezogen werden sollen. Dagegen spricht allerdings, dass damit eine übermäßige Einengung des Auftraggebers erfolgen würde, die nicht gewollt sein kann. Oftmals entsprechen nämlich die den Umweltzeichen zugrundeliegenden Umweltkriterien solchen, die auch Auftraggeber verwenden, die von dem Umweltzeichen keine Kenntnis haben. Dazu zählen beispielsweise der Verzicht auf bestimmte Inhaltsstoffe von Chemikalien, der Stromverbrauch von Geräten usw. Um nicht zu dem Ergebnis zu kommen, dass besonders sinnvolle Umweltkriterien – denn um solche wird es sich regelmäßig bei denen, die in Umweltzeichen enthalten sind, handeln – ausgeschlossen werden, andere aber zulässig sind, wird man davon ausgehen müssen, dass auch bei Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte Umweltzeichen verwendet werden dürfen. Hierfür spricht auch ein Umkehrschluss: Wenn Kriterien aus Umweltzeichen schon unter den strengeren rechtlichen Vorgaben für Vergaben oberhalb der Schwellenwerte verwendet werden dürfen, muss dies erst recht für Vergaben unterhalb der Schwellenwerte gelten.

6.3 Eignungskriterien

Das europäische Diskriminierungsverbot ist nicht nur für die Auswahl des Auftragsgegenstands relevant, sondern betrifft auch die Auswahl der Bieter. Allgemein gilt, dass Bieter gleich

Abnahme des Bauwerks, die Vorbereitung der Wahl des Bauunternehmens und die Festlegung verwaltungsmäßiger Bedingungen, unter denen das Bauwerk erstellt und geplant wurde, zu übernehmen. Nach französischem Recht kamen allerdings als Baubetreuer öffentlicher Auftraggeber nur juristische Personen französischen Rechts in Betracht, die in einer abschließenden Liste aufgezählt waren. Der Gerichtshof kam zu der Entscheidung, dass auch hier Primärrecht anzuwenden ist und sah einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit. EuGH, Urt. vom 20.10.2005, Rs. C-264/03.

behandelt werden müssen. Während der oberhalb der Schwellenwerte geltende § 97 Abs. 2 GWB bestimmt, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet, ergibt sich unterhalb der Schwellenwerte der Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich aus den Vergabe- und Vertragsordnungen. § 2 Abs. 1 S. 2 VOL/A nennt als Grundsatz der Vergabe, dass kein Unternehmen diskriminiert werden darf, § 2 Abs. 2 VOB/A 2012 besagt: *„Bei der Vergabe von Bauleistungen darf kein Unternehmer diskriminiert werden.“* Entsprechend bestimmt § 2 Abs. 1 VOF: *„Dabei darf kein Unternehmen diskriminiert werden.“*

Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte darf gem. § 6 Abs. 5 lit. c VOL/A ein Bieter im Rahmen der Eignungsprüfung ausgeschlossen werden, wenn er nachweislich gegen Umweltvorschriften verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt.²³⁴

6.4 Zuschlagskriterien

Seit der Vergaberechtsreform 2009 enthalten die Vorschriften in der VOL/A und in VOB/A Aussagen zur Einbeziehung von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien (vgl. § 16 Abs. 8 VOL/A und § 16 Abs. 6 VOB/A). Damit können Umwelteigenschaften in der Ausschreibung von Dienstleistungen und Bauleistungen vorgesehen werden und bei der Angebotswertung entsprechend einbezogen werden.

Auch die Berücksichtigung von Lebenszykluskosten wird mittlerweile als Zuschlagskriterium ausdrücklich in § 16 Abs. 8 VOL/A erwähnt.

Die Einbeziehung von Umwelteigenschaften bei der Vergabe unterhalb der Schwellenwerte ist damit ausdrücklich in der VOB/A und der VOL/A vorgesehen. Die Berücksichtigung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterien erfordert unterhalb ebenso wie oberhalb der Schwellenwerte, dass sie ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind.²³⁵ Im Gegensatz zu einer Ausschreibung oberhalb der Schwellenwerte müssen die Kriterien dabei jedoch nicht gewichtet werden.

Eine verbindliche Regelung zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten – die auch unterhalb der EU-Schwellenwerte Anwendung findet – enthält die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Produkte und Dienstleistungen (AVV-EnEff) in Artikel 1, 2 Abs. 4. Danach sind Dienststellen des Bundes dazu verpflichtet, bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes das Lebenszykluskostenprinzip anzuwenden.²³⁶

6.5 Auftragsausführung

Anders als hinsichtlich der übrigen Schritte des Vergabeverfahrens unterscheidet sich die Rechtslage bei den Auftragsausführungsbedingungen unterhalb der Schwellenwerte von derjenigen oberhalb der Schwellenwerte. Dies ergibt sich daraus, dass Artikel 26 der Richtlinie

²³⁴ Siehe zur Regelung oberhalb der EU-Schwellenwerte Abschnitt 5.4.

²³⁵ BayObLG, Beschl. vom 03.07.2002 – Verg 13/02, NZBau 2003, S. 105, 108.

²³⁶ Siehe oben, Abschnitt 5.5.3 „Lebenszykluskosten“.

2004/18/EG mit der Vergaberechtsreform 2009 ins deutsche Recht umgesetzt worden ist (siehe § 97 Abs. 4 GWB). Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 97 Abs. 4 GWB ist deutlich restriktiver als die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu „zusätzlichen“ Anforderungen in der Tariftreue-Entscheidung aus dem Jahr 2006. Wie dargestellt, ist davon auszugehen, dass Anforderungen an Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags regelmäßig zulässig sind, wenn sie dem legitimen Ziel der Verwirklichung des Umweltschutzes dienen.

Die in Artikel 26 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 97 Abs. 4 GWB enthaltene Einschränkung, dass es sich nur um „Bedingungen für die Ausführung des Auftrags“ handeln darf, gilt unterhalb der Schwellenwerte nicht. Allerdings dürfen, wie dargestellt, die umweltbezogenen Bedingungen für die Ausführung des Auftrags nicht dazu führen, dass ausländische Unternehmen diskriminiert werden, weil (bei einer Binnenmarktrelevanz des Auftrags) auch unterhalb der Schwellenwerte die Grundsätze gelten, die sich aus dem europäischen Primärrecht ergeben und die der Europäische Gerichtshof in mittlerweile ständiger Rechtsprechung vertritt. Dabei handelt es sich um die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung und Transparenz, die oben bereits ausführlich diskutiert worden sind.

7 Umweltanforderungen bei Auftragsvergabe in den sog. Sektoren

Durch die Richtlinie 2004/17/EG zur Koordinierung der Zuschlagserteilung durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste erstreckte sich die Reform des europäischen Vergaberechts im Jahr 2004 auch auf die sogenannten Sektorenauftraggeber.²³⁷ Der Begriff der Sektorenauftraggeber wird auf europäischer wie auf nationaler Ebene über die Art der Tätigkeit definiert. Der Sektorenrichtlinie unterfallen Tätigkeiten im Bereich der Versorgung mit Gas, Wasser, Wärme und Elektrizität, Verkehrsleistungen und fakultativ der Postdienste sowie das Aufsuchen und die Förderung von Erdöl, Gas, Kohle und die Bereitstellung von Häfen und Flughäfen.²³⁸ Dies gilt auch für private Auftraggeber, wenn sie ihre Tätigkeit „auf der Grundlage von besonderen oder ausschließlichen Rechten ausüben, die von einer zuständigen Behörde eines Mitgliedsstaats gewährt wurden.“²³⁹ Dabei entsprechen die Möglichkeiten, welche die Sektorenauftraggeber im Bereich der Einbeziehung von Umweltaspekten haben, denen der "klassischen" Richtlinie 2004/18/EG. Die nachfolgende Synopse stellt die Bestimmungen der beiden Richtlinien einander gegenüber.

Kasten 16: Gegenüberstellung der Bestimmungen beider Richtlinien

RL 2004/18/EG ("klassische RL")	RL 2004/17/EG ("Sektoren-RL")
Erwägungsgrund 1 (EuGH-Rechtsprechung zu Umweltkriterien)	Erwägungsgrund 1
Erwägungsgrund 5 und 6 (nachhaltige Entwicklung)	Erwägungsgrund 12
Erwägungsgrund 29 und Artikel 23 (Technische Spezifikationen)	Erwägungsgrund 42 und Artikel 34
Erwägungsgrund 33 und Artikel 26 (Auftragsausführungsbedingungen)	Erwägungsgrund 44 und Artikel 38
Erwägungsgrund 43 und Artikel 45 Abs. 2 (Ausschluss von Teilnehmern)	Artikel 54 Abs. 4 (mit Einschränkung für öffentliche Unternehmen)
RL 2004/18/EG ("klassische RL")	RL 2004/17/EG ("Sektoren-RL")
Erwägungsgrund 44, Artikel 48 Abs. 2 lit. f) und Artikel 50 (Umweltmanagement)	Erwägungsgrund 53 und Artikel 52 Abs. 3
Artikel 53 (Zuschlag)	Artikel 55

Mit der Vergaberechtsreform 2009 wurden die Vorschriften über den Sektorenbereich der VgV a.F. sowie der VOL/A und VOB/A (Abschnitte 3 und 4) in eine neu geschaffene Sektorenverordnung (SektVO)²⁴⁰ aufgenommen. Der Anwendungsbereich der

²³⁷ Zuvor galt die sogenannte Sektorenrichtlinie 93/38/EWG des Rates vom 14.06.1993, geändert durch die Richtlinie 98/4/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 16.02.1998 zur Änderung der Richtlinie 93/38/EWG zur Koordinierung der Auftragsvergabe durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie Telekommunikation, ABl. EU Nr. L 101/1 vom 01.04.1998 und die Sektorenrechtsmittelrichtlinie 92/13/EWG des Rates vom 25.02.1992.

²³⁸ Art. 3 bis 7 der Richtlinie 2004/17/EG.

²³⁹ Art. 2 Abs. 2 lit. b) der Richtlinie 2004/17/EG.

²⁴⁰ Verordnung über die Vergabe von Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung - SektVO) vom 23.09.2009 (BGBl. I S. 3110), zuletzt geändert durch Art. 7 des Gesetzes vom 25.07.2013 (BGBl. I S. 2722).

Sektorenverordnung umfasst die Tätigkeitsbereiche der Trinkwasser- oder Energieversorgung oder des Verkehrs (§ 1 Abs. 1 SektVO).

Seit der Vergaberechtsreform 2009 dürfen Auftraggeber in den Sektoren Trinkwasser- und Energieversorgung oder Verkehr die Vergabeart frei zwischen offenem Verfahren, nicht offenem Verfahren oder Verhandlungsverfahren mit Bekanntmachung wählen (§ 101 Abs. 7 S. 2 GWB, § 6 Abs. 1 SektVO). Ferner wird für nachrangige Dienstleistungen kein förmliches Vergabeverfahren nach der Sektorenverordnung gefordert (§ 4 Abs. 2 i.V.m. Anhang 1 Teil B).

Verbindliche Vorgaben enthält die SektVO für die Beschaffung von Straßenverkehrsfahrzeugen, bei der der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen zu berücksichtigen sind.²⁴¹ Auch müssen Sektorenauftraggeber bei der Beschaffung technischer Geräte und Ausrüstungen oder von Bauleistungen, wenn sie die Lieferung von technischen Geräten und Ausrüstungen umfassen, von den Bietern Angaben zum Energieverbrauch und in geeigneten Fällen eine Analyse minimierter Lebenszykluskosten oder eine vergleichbare Methode zur Gewährleistung der Wirtschaftlichkeit einfordern.²⁴²

Nach § 7 Abs. 9 SektVO dürfen Auftraggeber für die Erstellung der Leistungsbeschreibung die Kriterien aus Umweltzeichen verwenden, sofern diese bestimmten Anforderungen genügen. Insoweit gelten die Ausführungen unter Kapitel 5.3.2 entsprechend.

²⁴¹ Vgl. § 7 Abs. 5 ff. SektVO. Siehe hierzu die Ausführungen zur Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge in Abschnitt 5.5.3.3 „Externe Kosten“.

²⁴² Vgl. § 7 Abs. 4 VgV.

8 Umweltfreundliche Beschaffung nach den Vergaberichtlinien von 2014

Das Europäische Parlament und der Europäische Rat haben im Januar bzw. Februar 2014 insgesamt drei neue Vergaberichtlinien verabschiedet. Die Richtlinien sind am 17. April 2014 in Kraft getreten. Gegenstand dieses Kapitels sind die Neuregelungen dieser Richtlinien, nämlich der

- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (im Folgenden: „klassische Vergaberichtlinie“),²⁴³
- der Richtlinie über die Konzessionsvergabe (im Folgenden: „Konzessionsrichtlinie“)²⁴⁴ sowie
- der Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe durch Marktteilnehmer in den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste (im Folgenden: „Sektorenrichtlinie“)²⁴⁵

mit Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung.

Der Schwerpunkt liegt angesichts der größten praktischen Bedeutung auf den Neuregelungen in der sogenannten klassischen Vergaberichtlinie, die künftig die bisherige Richtlinie 2004/18/EG ersetzt.²⁴⁶

8.1 Klassische Vergaberichtlinie

8.1.1 Allgemeine Hinweise

Die neue klassische Vergaberichtlinie stellt einen Akt des europäischen Sekundärrechts dar, der von den einzelnen Mitgliedstaaten innerhalb der in der Vergaberichtlinie vorgesehenen Frist von grundsätzlich 24 Monaten ab ihrem Inkrafttreten, d. h. bis zum 18. April 2014, in nationales Recht umzusetzen ist.²⁴⁷ Neben der Vergaberichtlinie gilt das EU-Primärrecht und geht den Regelungen der Vergaberichtlinie vor. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum EU-Vergaberecht wird durch die klassische Vergaberichtlinie teilweise verfestigt bzw. weiterentwickelt und gilt – soweit die Richtlinie Änderungen vorsieht – nur eingeschränkt fort.

Wesentliches Merkmal von EU-Richtlinien ist grundsätzlich, dass sie von den Mitgliedstaaten in nationales Recht umzusetzen sind und sie (grundsätzlich) keine unmittelbare Rechtswirkung

²⁴³ Richtlinie 2014/24/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die öffentliche Auftragsvergabe und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/18/EG, ABl. Nr. L 94/65 v. 28.03.2014.

²⁴⁴ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, ABl. Nr. L 94/1 v. 28.03.2014.

²⁴⁵ Richtlinie 2014/25/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und zur Aufhebung der Richtlinie 2004/17/EG, ABl. Nr. L 94/243 v. 28.03.2014. .

²⁴⁶ Die Richtlinie 2004/18/EG wird nach Artikel 91 Unterabsatz 1 der neuen Vergaberichtlinie mit Wirkung zum 18. April 2014 aufgehoben.

²⁴⁷ Vgl. Artikel 90 Absatz 1 der Vergaberichtlinie. Soweit bestimmte Pflichten von den Mitgliedstaaten erst zu einem späteren Zeitpunkt erfüllt bzw. umgesetzt werden müssen, ist dies in der Vergaberichtlinie ausdrücklich angegeben.

entfalten.²⁴⁸ Im Prinzip verbleiben den Mitgliedstaaten daher Spielräume bei der Umsetzung in nationales Recht. Faktisch enthält die neue klassische Vergaberichtlinie jedoch in weiten Teilen derart konkrete Regelungen, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung in nationales Recht kaum Umsetzungsspielräume verbleiben. Soweit die Vergaberichtlinie Umsetzungsspielräume eröffnet, die für die umweltfreundliche Beschaffung von Bedeutung sind, stellen wir diese im Folgenden dar.

Die klassische Vergaberichtlinie gilt nur bei der Beschaffung von Leistungen mit Auftragswerten oberhalb der in Artikel 4 der Vergaberichtlinie genannten Schwellenwerte. Bei niedrigeren Auftragswerten gelten nur das EU-Primärrecht – soweit die Vergabe eine Binnenmarktrelevanz hat – und das nationale Recht. Dennoch entfalten die Neuregelungen der Vergaberichtlinie auch für Auftragsvergaben unterhalb der maßgeblichen Schwellenwerte eine nicht unerhebliche Bedeutung. Für Auftragsvergaben unterhalb der Schwellenwerte kann die Vergaberichtlinie bei möglichen Regelungslücken zumindest ein Orientierungspunkt sein. Das Vergaberegime darf jedenfalls kein strengeres sein als oberhalb der maßgeblichen Schwellenwerte.

8.1.2 Grundsätze für die Auftragsvergabe

Die neue klassische Vergaberichtlinie enthält wesentliche Neuerungen in Bezug auf die Grundsätze der Auftragsvergabe.

In der bislang geltenden Richtlinie 2004/18/EG waren in Artikel 2 die vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der Transparenz und der Verhältnismäßigkeit geregelt, die sich letztlich bereits aus dem EU-Primärrecht ergeben. Diese allgemeinen Grundsätze finden sich nun in Artikel 18 Absatz 1 Unterabsatz 1 der neuen Vergaberichtlinie. Ergänzend wurde in Artikel 18 Absatz 1 Unterabsatz 2 klargestellt, dass ein Vergabeverfahren *„nicht mit der Absicht konzipiert werden [darf], es vom Anwendungsbereich dieser Richtlinie auszunehmen oder den Wettbewerb künstlich einzuschränken“*. Diese Klarstellung ist auch für die umweltfreundliche Beschaffung von Bedeutung. Ausdrücklich unzulässig ist es damit, unter dem Vorwand der Umweltfreundlichkeit letztlich diskriminierende Ziele (z. B. zur Bevorzugung lokaler Bieter) zu verfolgen. Neu ist dieser Regelungsgehalt jedoch nicht.

Die schon bislang geltenden Grundsätze für die Auftragsvergabe oberhalb der Schwellenwerte werden in der neuen klassischen Vergaberichtlinie darüber hinaus erstmals in einer Weise ergänzt, die für die umweltfreundliche Beschaffung von besonderer Bedeutung ist. So heißt es in Artikel 18 Absatz 2 der neuen Vergaberichtlinie:

„Die Mitgliedstaaten treffen geeignete Maßnahmen, um dafür zu sorgen, dass die Wirtschaftsteilnehmer bei der Ausführung öffentlicher Aufträge die geltenden umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Verpflichtungen einhalten, die durch Rechtsvorschriften der Union,

²⁴⁸ Eine unmittelbare Wirkung der Vergaberichtlinie kommt unter bestimmten Voraussetzungen in Betracht, sofern ein Mitgliedstaat die Vergaberichtlinie nicht innerhalb der Umsetzungsfrist in nationales Recht umsetzt. Die Vergaberichtlinie enthält in weiten Teilen sehr konkrete Regelungen, die nach Ablauf der Umsetzungsfrist unmittelbar anwendbar sein könnten und dann dieselbe Rechtswirkung entfalten wie ein nationales Gesetz.

einzelstaatliche Rechtsvorschriften, Tarifverträge oder die im Anhang X aufgeführten internationalen umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Vorschriften festgelegt sind.“

Dabei belässt Artikel 18 Absatz 2 den Mitgliedstaaten in Bezug auf seine Umsetzung gewisse Spielräume. Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, „geeignete Maßnahmen“ zu treffen, um die Einhaltung der genannten Verpflichtungen bei der Auftragsausführung sicherzustellen. Zudem nimmt Artikel 18 Absatz 2 nur die bereits geltenden umweltrechtlichen Verpflichtungen aufgrund europäischen oder nationalen Rechts sowie internationaler Umweltabkommen nach Anhang X der Vergaberichtlinie in Bezug.²⁴⁹

Artikel 18 Absatz 2 führt zu einer erheblichen Aufwertung ökologischer Belange im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe. Systematisch ist die Einhaltung umweltrechtlicher Verpflichtungen nach Artikel 18 Absatz 2 künftig ebenso ein vergaberechtlicher Grundsatz wie die Grundsätze der Nichtdiskriminierung, Gleichbehandlung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit nach Artikel 18 Absatz 1 der Vergaberichtlinie. Die Gleichrangigkeit dieser Grundsätze ist zukünftig bei der Auslegung der EU-Vergaberichtlinie und - nach ihrer Umsetzung - auch des deutschen bzw. mitgliedstaatlichen Rechts zu berücksichtigen. Dies wird auch dadurch unterstrichen, dass die umweltfreundliche Beschaffung nach den Erwägungsgründen der Vergaberichtlinie für die Verwirklichung der Ziele der Strategie „Europa 2020“ für intelligentes, nachhaltiges und integratives Wachstum von erheblicher Bedeutung ist.

Deutschland ist verpflichtet, Artikel 18 Absatz 2 der Vergaberichtlinie in deutsches Recht umzusetzen.

Darüber hinaus sind weitere konkrete Regelungen der Vergaberichtlinie in deutsches Recht umzusetzen, die unter Bezugnahme auf Artikel 18 Absatz 2 in der Vergaberichtlinie angelegt sind:

- Artikel 56 Absatz 1 Unterabsatz 2: Recht des öffentlichen Auftraggebers zu entscheiden, einen Auftrag nicht an den Bieter mit dem wirtschaftlich günstigsten Angebot zu vergeben, wenn er festgestellt hat, dass das Angebot nicht den anwendbaren Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 genügt.
- Artikel 57 Absatz 4 lit. a): Recht des öffentlichen Auftraggebers zum Ausschluss eines Bieters, dem der Auftraggeber auf geeignete Weise Verstöße gegen die geltenden Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen kann (bei entsprechender Umsetzung durch den Mitgliedstaat sogar Pflicht des Auftraggebers zum Ausschluss des Bieters).
- Artikel 69 Absatz 3 Unterabsatz 2 (i.V.m. Absatz 2 lit. d)): Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zur Ablehnung von Angeboten, die ungewöhnlich niedrig sind, weil sie den Anforderungen des Artikel 18 Absatz 2 nicht genügen.

²⁴⁹ Unklar ist, ob Artikel 18 Absatz 2 auch zur Sicherstellung der umweltrechtlichen Verpflichtungen (z. B. aus völkerrechtlichen Abkommen gemäß Anhang X zur Vergaberichtlinie) verpflichtet, wenn z. B. eine Ware in einem Staat hergestellt wird, in dem die entsprechende Pflicht nicht gilt (z. B. weil der Staat das völkerrechtliche Abkommen nicht ratifiziert hat), d. h. ob Artikel 18 Absatz 2 der Vergaberichtlinie eine extraterritoriale Wirkung auch in Bezug auf Drittstaaten entfaltet.

- Artikel 71 Absatz 1 i.V.m. Absatz 6: Gewährleistung der Einhaltung der in Artikel 18 Absatz 2 genannten Verpflichtungen durch Unterauftragnehmer.

8.1.3 Wahl der Verfahrensart

Die Regelungen zur Wahl des Vergabeverfahrens (offenes Verfahren, nichtoffenes Verfahren, Verhandlungsverfahren, wettbewerblicher Dialog) finden sich in den Artikeln 26 ff. der neuen Vergaberichtlinie.

Wesentliche Änderungen mit Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung ergeben sich durch die Novellierung der Vergaberichtlinie nicht. Neu ist lediglich die Einführung einer Verfahrensart „Innovationspartnerschaft“ (Artikel 31), die perspektivisch auch für die Beschaffung ökologisch innovativer Leistungen genutzt werden kann.

8.1.4 Leistungsbeschreibung

Wie schon bislang, sind Auftraggeber auch nach der neuen klassischen Vergaberichtlinie berechtigt, den Beschaffungsgegenstand durch ökologische Kriterien im Rahmen der Leistungsbeschreibung zu konkretisieren. Die Vorgabe von ökologischen Kriterien durch den öffentlichen Auftraggeber wird jedoch durch einige Neuregelungen unterstrichen und vereinfacht. Von Bedeutung sind im Zusammenhang mit der Leistungsbeschreibung insbesondere die Regelungen der Vergaberichtlinie zu

- technischen Spezifikationen (Artikel 42),
- Gütezeichen (Artikel 43) und
- Varianten (Artikel 45).

Gemeinsam ist den Regelungen in den Artikeln 42, 43 und 45 der klassischen Vergaberichtlinie, dass sie den Mitgliedstaaten aufgrund ihrer Regelungsdichte praktisch keine Umsetzungsspielräume überlassen. Die Mitgliedsstaaten können allenfalls noch über die Vorgaben der Vergaberichtlinie hinausgehen, nicht aber hinter ihnen zurück bleiben.

8.1.4.1 Technische Spezifikationen

Nach Artikel 42 Absatz 1 Unterabsatz 1 Satz 1 der klassischen Vergaberichtlinie haben öffentliche Auftraggeber die technischen Spezifikationen der ausgeschriebenen Leistung in den Auftragsunterlagen darzulegen. Zum Begriff der technischen Spezifikationen wird auf Anhang VII Nr. 1 der Vergaberichtlinie verwiesen. Dieser ähnelt weitgehend dem bislang geltenden Anhang VI Nr. 1 der Richtlinie 2004/18/EG. Die Neuregelung wurde allerdings um zwei für die umweltfreundliche Beschaffung relevante Aspekte erweitert. So gehören zu den technischen Anforderungen i.S.d. Anhangs VII Nr. 1 ausdrücklich

- nicht nur - wie bislang - Umwelt-, sondern auch „Klimaleistungstufen“ und
- nicht nur - wie bislang - Produktionsprozesse und -methoden, sondern Produktionsprozesse und -methoden „*in jeder Phase des Lebenszyklus*“ der Bauleistung, Lieferung, oder Dienstleistung.

Insbesondere die ausdrückliche Erweiterung der technischen Spezifikationen auf Produktionsprozesse und -methoden in jeder Phase des Lebenszyklus der ausgeschriebenen

Leistung führt potentiell zu einer Erweiterung der Zulässigkeit einer umweltfreundlichen Beschaffung.

Auch in Artikel 42 Absatz 1 Unterabsatz 2 der klassischen Vergaberichtlinie wird geregelt, dass sich Merkmale zur Beschreibung der Leistung nicht nur auf den Prozess oder die Methode der Produktion, sondern auch *„auf einen spezifischen Prozess eines anderen Lebenszyklus-Stadiums davon beziehen (können), auch wenn derartige Faktoren nicht materielle Bestandteile von ihnen sind, sofern sie in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Zielen verhältnismäßig sind“*. Grundsätzlich können Auftraggeber damit zukünftig ökologische Anforderungen in Bezug auf jedes Lebenszyklus-Stadium stellen, sofern ein Bezug zum Auftragsgegenstand besteht und die Vorgabe verhältnismäßig ist.

Der Begriff des „Lebenszyklus“ ist in der neuen Vergaberichtlinie erstmals definiert. Er umfasst nach Artikel 2 Absatz 1 Nummer 20 *„alle aufeinander folgenden und/oder miteinander verbundenen Stadien, einschließlich der durchzuführenden Forschung und Entwicklung der Produktion, des Handels und der damit verbundenen Bedingungen, des Transports, der Nutzung und Wartung, während der Lebensdauer einer Ware oder eines Bauwerks oder während der Erbringung einer Dienstleistung, angefangen von der Beschaffung der Rohstoffe oder Erzeugung von Ressourcen bis hin zur Entsorgung, Aufräumarbeiten und Beendigung der Dienstleistung oder Nutzung“*.

Diese Definition des „Lebenszyklus“ ist sehr weit. Dies zeigt insbesondere die Einbeziehung des Handels und der mit ihm verbundenen Bedingungen sowie der Beschaffung von Rohstoffen und der Erzeugung von Ressourcen. Der weite Begriff des Lebenszyklus eröffnet Auftraggebern zukünftig voraussichtlich neue Spielräume für die umweltfreundliche Beschaffung, da die Anknüpfungspunkte für Umweltkriterien durch die Vergaberichtlinie ausdrücklich stark erweitert wurden. Zwar wird die Zulässigkeit von technischen Spezifikationen noch dadurch eingegrenzt, dass sie einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen muss. Diese Eingrenzung ist jedoch voraussichtlich weniger restriktiv zu verstehen als in der Vergangenheit, da ein Bezug zum Auftragsgegenstand voraussichtlich schon dann gewährleistet ist, wenn sich die technischen Spezifikationen auf den Lebenszyklus der konkret ausgeschriebenen Leistung beziehen (z. B. Rohstoffbeschaffung für die Herstellung der ausgeschriebenen Ware).²⁵⁰

Die Aufwertung umweltfreundlicher Anforderungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung findet auch darin Ausdruck, dass in der Auflistung möglicher Arten technischer Spezifikationen in Artikel 42 Absatz 3 der Vergaberichtlinie nunmehr als erstes *„Leistungs- oder Funktionsanforderungen, einschließlich Umweltmerkmalen“* genannt werden. Die in der Vergangenheit zuerst genannten technischen Spezifikationen unter Rückgriff auf bestimmte technische Normen werden dagegen nur noch an zweiter Stelle genannt.²⁵¹

²⁵⁰ Schwierigkeiten wird in der Praxis möglicherweise die Abgrenzung von Anforderungen an den Auftragsgegenstand zu Anforderungen an die Auftragsbedingungen bereiten. Anders als in der Vergangenheit dürfte die Abgrenzung jedoch eine deutlich geringere Rolle spielen, da Anforderungen an Produktionsprozesse und -methoden einschließlich der Bezugnahme auf den gesamten Lebenszyklus der ausgeschriebenen Leistung in beiden Fällen umfassend zulässig sind.

²⁵¹ Zur bislang umgekehrten Reihenfolge vgl. Artikel 23 Absatz 3 der Richtlinie 2004/18/EG.

8.1.4.2 Gütezeichen

Der Verweis auf Gütezeichen und deren Kriterien kann die umweltfreundliche Beschaffung für öffentliche Auftraggeber erheblich vereinfachen. Eine praktisch sehr bedeutsame Neuregelung enthält die Vergaberichtlinie daher in Bezug auf die Verwendung sogenannter Gütezeichen in Artikel 43. Der Begriff „Gütezeichen“ wird in Artikel 2 Absatz 1 Nummer 23 der Vergaberichtlinie definiert als *„ein Dokument, ein Zeugnis oder eine Bescheinigung, mit dem bzw. der bestätigt wird, dass ein bestimmtes Bauwerk, eine bestimmte Ware, eine bestimmte Dienstleistung, ein bestimmter Prozess oder ein bestimmtes Verfahren bestimmte Anforderung erfüllt“*. Auch sogenannte Umweltzeichen oder Umweltlabels (z. B. Blauer Engel) können Gütezeichen im genannten Sinne sein.

Gegenwärtige Rechtslage

Nach derzeit geltender Rechtslage, d. h. nach Artikel 23 Absatz 6 der Richtlinie 2004/18/EG sowie den zu ihrer Umsetzung erlassenen Normen²⁵² ist es zulässig, dass ein öffentlicher Auftraggeber bei der Beschreibung der technischen Spezifikationen des Auftragsgegenstandes auf die Kriterien eines Umweltzeichens zurückgreift. Dabei sind folgende Voraussetzungen zu beachten:

- Der Auftraggeber darf nur die Kriterien solcher Umweltzeichen verwenden, die nach den hohen Standards des Artikel 23 Absatz 6 der Richtlinie 2004/18/EG bzw. § 8 EG Abs. 5 VOL/A hinreichend geeignet, wissenschaftlich begründet, transparent erarbeitet und allgemein zugänglich sind.
- Die Kriterien des Umweltzeichens, die er für die Beschreibung der Leistung verwenden will, muss der Auftraggeber in der Leistungsbeschreibung im Einzelnen angeben.²⁵³
- Greift der Auftraggeber für die Beschreibung der technischen Spezifikationen auf die Kriterien eines Umweltzeichens zurück, kann er als *Nachweis* dafür, dass die vom Bieter angebotene Leistung diesen Anforderungen genügt, die Ausstattung der Leistung mit dem entsprechenden Umweltzeichen anerkennen.²⁵⁴
- Lässt der Auftraggeber ein Umweltzeichen als Nachweis zu, hat er in den Vergabeunterlagen ausdrücklich auch jedes andere geeignete Beweismittel (z. B. technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen) ebenfalls als Nachweis anzuerkennen (vgl. § 8 EG Abs. 5 S. 3 VOL/A).

Vergaberechtlich *unzulässig* ist es nach einem Urteil des Europäischen Gerichtshofs vom 10. Mai 2012 dagegen, zur Beschreibung der Leistung pauschal auf die Anforderungen eines Umweltzeichens zu verweisen und es dem Bieter selbst zu überlassen, herauszufinden, welches die Spezifikationen im Einzelnen sind. Der Auftraggeber muss sich daher die Mühe machen, die Anforderungen, die das Umweltzeichen aufstellt, und die er übernehmen möchte, in der Leistungsbeschreibung zu benennen. Vergaberechtlich *zulässig* ist es nach der Rechtsprechung

²⁵² § 8 EG Absatz 5 VOL/A.

²⁵³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Kommission./Niederlande, Rn. 63 ff.

²⁵⁴ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Kommission./Niederlande, Rn. 64.

des Europäischen Gerichtshofs unter bestimmten Voraussetzungen lediglich, in der Vergabebekanntmachung oder in der Leistungsbeschreibung auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften für bestimmte technische Spezifikationen zu verweisen.²⁵⁵

Zukünftige Rechtslage

Angesichts der bislang für die Praxis unbefriedigenden Lösung sind die Neuregelungen der klassischen Vergaberichtlinie zur Verwendung von Gütezeichen von besonderer praktischer Bedeutung:

Gütezeichen als Nachweis

Nach Artikel 43 Absatz 1 der Vergaberichtlinie dürfen Auftraggeber zukünftig bestimmte Gütezeichen nicht mehr nur als Nachweis anerkennen, sondern sie dürfen die Vorlage bestimmter Gütezeichen unter bestimmten Voraussetzungen sogar ausdrücklich verlangen. Dies bringt im Grundsatz eine erhebliche Vereinfachung, gerade für kleinere Beschaffungsstellen, mit sich. Diese können – nach Umsetzung der Vergaberichtlinie in deutsches Recht – ausdrücklich verlangen, dass die Bieter zum Nachweis der Erfüllung von Umweltkriterien bestimmte Gütezeichen vorlegen (z. B. Blauer Engel oder EU Ecolabel).

Allerdings enthält die Vergaberichtlinie zur Gewährleistung eines wirksamen Wettbewerbs einige Einschränkungen, die die öffentlichen Auftraggeber dazu zwingen, sich mit dem von ihnen geforderten Gütezeichen vorab genau zu beschäftigen. Denn Auftraggeber dürfen nur die Vorlage solcher Gütezeichen verlangen, die sämtliche der in Artikel 43 Absatz 1 der klassischen Vergaberichtlinie aufgestellten Bedingungen erfüllen:

- „a) die Gütezeichen-Anforderungen betreffen lediglich Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und für die Bestimmungen der Merkmale (...) geeignet sind, die der Auftragsgegenstand sind;
- b) die Gütezeichen-Anforderungen basieren auf objektiv nachprüfbaren und nicht diskriminierenden Kriterien;
- c) die Gütezeichen werden im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens eingeführt, an dem alle relevanten interessierten Kreise - wie z. B. staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen - teilnehmen können;
- d) die Gütezeichen sind für alle Betroffenen zugänglich;
- e) die Anforderungen an die Gütezeichen werden von einem Dritten festgelegt, auf den der Wirtschaftsteilnehmer, der das Gütezeichen beantragt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben kann.“

Die aufgeführten Bedingungen sind letztlich eine Konkretisierung der vergaberechtlichen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit. Sie entsprechen im Wesentlichen den schon bislang geltenden Voraussetzungen für den Rückgriff auf Umweltzeichen in Vergabeverfahren, die in Artikel 23

²⁵⁵ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Kommission./Niederlande, Rn. 67 f.

Absatz 6 der Richtlinie 2004/18/EG sowie in den deutschen Regelungen der VOL/A und VOB/A aufgeführt sind. Neu ist insoweit - wenn überhaupt - die letztgenannte Anforderung in Bezug auf die neutrale Gütezeichen-Vergabe. Diese Voraussetzung dürfte aber zumindest in Bezug auf die für deutsche Auftraggeber besonders relevanten Umweltzeichen wie dem Blauen Engel und dem EU Ecolabel unproblematisch erfüllt sein.

Zu beachten ist allerdings, dass Auftraggeber nach Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 1 der Vergaberichtlinie nur dann ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis verlangen dürfen, wenn **sämtliche** Voraussetzungen des Gütezeichens mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, für die Bestimmungen der Merkmale des Auftragsgegenstands geeignet sind, und sie auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien basieren. **Erfüllt nur eine der Gütezeichen-Anforderungen diese Voraussetzungen nicht, dürfen Auftraggeber das Gütezeichen nicht als Nachweis verlangen.**

Vor dem Hintergrund, dass öffentliche Auftraggeber nach Artikel 43 Absatz 1 der Vergaberichtlinie nur die Vorlage solcher Gütezeichen verlangen dürfen, die sämtliche der in Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 1 genannten Voraussetzungen erfüllen, wäre es für die Vergabepraxis der öffentlichen Auftraggeber hilfreich, wenn die für die Vergabe von Umweltzeichen zuständigen Stellen bei der Festlegung der Gütezeichen-Anforderungen und des Antragsverfahrens zukünftig von sich aus sicherstellen, dass die vergaberechtlichen Anforderungen des Artikel 43 Absatz 1 der neuen Vergaberichtlinie spätestens ab dem Zeitpunkt, zu dem die Vergaberichtlinie in nationales Recht umgesetzt sein muss, gewahrt sind. In diesem Fall könnten sich öffentliche Auftraggeber unproblematisch auf diese Gütezeichen stützen und sie in den Vergabeunterlagen verlangen.

Alternative Nachweismöglichkeiten

Verlangen öffentliche Auftraggeber die Vorlage eines bestimmten Gütezeichens, sind sie nach Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 3 der Vergaberichtlinie aus Gleichbehandlungsgründen verpflichtet, alle Gütezeichen zu akzeptieren, *„die bestätigen, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen gleichwertige Gütezeichen-Anforderungen erfüllen“*.

Legt ein Bieter ein anderes als das vom Auftraggeber verlangte Gütezeichen vor, steht der Auftraggeber – wie schon bislang – vor dem Problem, die Gleichwertigkeit des vom Bieter vorgelegten Gütezeichens zu bewerten. Eine Vereinfachung könnte es für die Beschaffungspraxis bringen, wenn z. B. öffentliche Einrichtungen Vergleiche von Gütezeichen zur Verfügung stellen würden.

Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 4 der Vergaberichtlinie eröffnet den Bietern aus Gründen der Gleichbehandlung und der Transparenz darüber hinaus eine weitere Nachweismöglichkeit: *„Hatte ein Wirtschaftsteilnehmer aus Gründen, die ihm nicht angelastet werden können, nachweislich keine Möglichkeit, das vom öffentlichen Auftraggeber angegebene oder ein gleichwertiges Gütezeichen innerhalb der einschlägigen Fristen zu erlangen, so muss der öffentliche Auftraggeber andere geeignete Nachweise akzeptieren, zu denen auch ein technisches Dossier des Herstellers gehören kann, sofern der betreffende Wirtschaftsteilnehmer nachweist, dass die von ihm zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen die Anforderungen an die spezifischen Gütezeichen oder die vom öffentlichen Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllen“*. Wichtig ist, dass die Beweislast für die Unmöglichkeit der Vorlage eines Gütezeichens beim Bieter liegt.

Der öffentliche Auftraggeber muss in Fällen, in denen ein Bieter alternative Nachweise vorlegt,

- die Berechtigung des Bieters zur Vorlage alternativer Nachweise und
- die Eignung der vom Bieter vorgelegten Nachweise

prüfen.

Verweis auf technische Spezifikationen von Gütezeichen

Erfüllt ein Gütezeichen die Voraussetzungen des Artikel 43 Absatz 1 Unterabsatz 1 lit. b) bis lit. e) der Vergaberichtlinie, und erfüllt es lediglich die Voraussetzung einer Verbindung mit dem Auftragsgegenstand nicht für alle Gütezeichen-Anforderungen, sind öffentliche Auftraggeber zumindest berechtigt, technische Spezifikationen der ausgeschriebenen Leistung **unter Verweis** auf die Spezifikationen des Gütezeichens (oder Teile davon) festzulegen, die mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen.

Dies kann für öffentliche Auftraggeber ebenfalls eine Vereinfachung bedeuten. Der Auftraggeber ist – anders als bislang nach der Rechtsprechung des EuGH – für die betreffenden technischen Spezifikationen nicht mehr verpflichtet, diese ausdrücklich in die Leistungsbeschreibung aufzunehmen. Er kann stattdessen nur auf die Spezifikationen des Gütezeichens verweisen. Einen solchen Verweis hatte der EuGH im Jahr 2012 nur in Bezug auf Rechts- und Verwaltungsvorschriften für zulässig erklärt, nicht aber in Bezug auf Spezifikationen eines Gütezeichens.²⁵⁶

Auch in Zukunft werden sich öffentliche Auftraggeber aus Transparenzgründen aber zumindest die Mühe machen müssen, auf die genauen technischen Spezifikationen des Gütezeichens zu verweisen, die im Rahmen der Leistungsbeschreibung gelten sollen (z. B. durch Verweis auf bestimmte Abschnitte einer Vergabegrundlage für das Umweltzeichen „Blauer Engel“). Eine Hilfestellung könnten für öffentliche Auftraggeber insoweit Beschaffungshilfen oder Muster-Leistungsbeschreibungen sein, die z. B. vom Umweltbundesamt erstellt werden könnten.

8.1.4.3 Varianten

Öffentliche Auftraggeber haben die Möglichkeit, die Abgabe von sogenannten Nebenangeboten zuzulassen, um bei den Bietern umweltfreundliche Alternativen zur ausgeschriebenen Leistung abzufragen. Die Abgabe von Nebenangeboten ist gegenwärtig nach Artikel 24 der Richtlinie 2004/18/EG und § 9 EG Absatz 5 VOL/A²⁵⁷ nur zulässig, wenn

- sie vom Auftraggeber ausdrücklich zugelassen wurde,
- dies in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben ist und
- der Auftraggeber in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen Mindestanforderungen festgelegt hat, die von Nebenangeboten zu erfüllen sind.

²⁵⁶ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Kommission./Niederlande, Rn. 67 f.

²⁵⁷ Dieser entspricht § 8 Absatz 2 Nummer 3 VOB/A 2012.

Ist eine der genannten Voraussetzungen nicht erfüllt, ist die Abgabe von Nebenangeboten nicht zulässig; eingegangene Nebenangebote dürfen vom Auftraggeber nicht gewertet werden.

Die gegenwärtig geltenden Voraussetzungen gelten im Grundsatz auch zukünftig. Artikel 45 der neuen klassischen Vergaberichtlinie greift die Regelungen des Artikels 24 der Richtlinie 2004/18/EG weitgehend auf. Er enthält allerdings zwei Neuerungen, die auch bei der Abfrage von Nebenangeboten in Bezug auf umweltfreundliche Alternativen von Bedeutung sein können:

- Öffentliche Auftraggeber können zukünftig den Bietern *vorschreiben*, Varianten vorzulegen.
- Die Zuschlagskriterien sind so zu wählen, dass sie sowohl auf Nebenangebote angewandt werden können, die die vom Auftraggeber festgelegten Mindestanforderungen erfüllen, als auch auf übereinstimmende Angebote, die keine Varianten sind.

8.1.5 Eignungskriterien

Öffentliche Auftraggeber legen in den Vergabeunterlagen fest, welche Anforderungen die Bieter zu erfüllen haben, die die ausgeschriebene Leistung erbringen möchten (Eignungskriterien). Anhand dieser Kriterien wird die Eignung der Bieter zur Erfüllung des jeweils konkret ausgeschriebenen Auftrags überprüft.

Auftraggeber sind zukünftig – wie schon bislang – berechtigt, über die Eignungskriterien sicherzustellen, dass ein Bieter über die rechtlichen und finanziellen Kapazitäten sowie die technischen und beruflichen Fähigkeiten zur Ausführung des zu vergebenden Auftrags verfügt. Eine Verbindung der Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand muss dabei jedoch ebenso gegeben sein wie eine Einhaltung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.²⁵⁸

Für die umweltfreundliche Beschaffung ist insbesondere von Bedeutung, ob Auftraggeber Bietern bei Verstößen gegen Umweltvorschriften die Zuverlässigkeit absprechen dürfen, und welche Vorgaben Auftraggeber in Bezug auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter machen dürfen.

8.1.5.1 Ausschluss beim Verstoß gegen Umweltvorschriften

Nach gegenwärtigem Recht dürfen öffentliche Auftraggeber Bieter, die gegen Umweltvorschriften verstoßen haben, unter bestimmten Voraussetzungen vom Vergabeverfahren ausschließen. Rechtsgrundlage sind Artikel 45 Absatz 2 lit. c) und d) der Richtlinie 2004/18/EG.²⁵⁹ Eine Pflicht des öffentlichen Auftraggebers zum Ausschluss von Bietern, die gegen Umweltvorschriften verstoßen haben, gibt es bislang weder in der Richtlinie 2004/18/EG noch im deutschen Recht (in überschießender Umsetzung der Richtlinie 2004/18/EG).

²⁵⁸ Vgl. Artikel 58 der neuen Vergaberichtlinie und Artikel 44 der Richtlinie 2004/18/EG.

²⁵⁹ Im deutschen Recht entweder § 97 Absatz 4 Satz 1 GWB oder § 6 EG Absatz 6 lit. c) VOL/A.

Auch zukünftig sind öffentliche Auftraggeber berechtigt, Bieter, die gegen Umweltvorschriften verstoßen haben, vom Vergabeverfahren auszuschließen. Nach Artikel 57 Absatz 4 lit. a) der neuen Vergaberichtlinie besteht ein Recht zum Ausschluss, wenn der Auftraggeber *„auf geeignete Weise Verstöße gegen geltende Verpflichtungen gemäß Artikel 18 Absatz 2 nachweisen“* kann. Artikel 18 Absatz 2 der neuen Vergaberichtlinie umfasst auch Umweltvorschriften. Die Frage ist, wie der Auftraggeber einen Verstoß auf „geeignete Weise“ nachzuweisen hat. Wie ein systematischer Vergleich mit Artikel 57 Absatz 1 der neuen Vergaberichtlinie zeigt, ist eine rechtskräftige Verurteilung des Bieters nicht erforderlich. Vielmehr ist davon auszugehen, dass dieselben Voraussetzungen gelten, die bislang zum Nachweis einer schweren Verfehlung des Bieters galten. Diese berechtigt nach Artikel 45 Absatz 2 lit. d) der Richtlinie 2004/18/EG²⁶⁰ dann zum Ausschluss eines Bieters, wenn die schwere Verfehlung *„vom öffentlichen Auftraggeber nachweislich festgestellt wurde“*. Änderungen in Bezug auf die Zulässigkeit des Ausschlusses von Bieterinnen wegen Verstößen gegen Umweltvorschriften sind daher nicht zu erwarten.

Eine wesentliche Neuerung enthält die neue Vergaberichtlinie allerdings: So können die Mitgliedsstaaten öffentliche Auftraggeber bei der Umsetzung der Vergaberichtlinie nicht nur berechtigen, sondern *verpflichten*, Bieter beim Verstoß gegen Umweltvorschriften²⁶¹ vom Vergabeverfahren auszuschließen. Von dieser Möglichkeit könnte entsprechend auch Deutschland Gebrauch machen. In diesem Fall würden Umweltkriterien im Rahmen der Eignungsprüfung eine größere Bedeutung erhalten als bislang. Öffentliche Auftraggeber müssten dann sicherstellen, dass die Bieter keine Verstöße gegen Umweltvorschriften begangen haben. Nach Artikel 60 Absatz 2 lit. b) der neuen Vergaberichtlinie wäre der Nachweis, dass kein Verstoß gegen Umweltvorschriften erfolgt ist, durch eine behördliche Bescheinigung oder eine eidesstattliche Erklärung oder sonstige Erklärungen des Bieters zu führen.

8.1.5.2 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Umweltbezogene Aspekte werden im Rahmen der Eignungsprüfung auch bei der Frage der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit der Bieter relevant. Bislang sind die Nachweise, die Auftraggeber über die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter verlangen dürfen, in Artikel 48 der Richtlinie 2004/18/EG²⁶² abschließend aufgeführt.

In Artikel 58 Absatz 4 der neuen Vergaberichtlinie heißt es zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit:

„Im Hinblick auf die technische und berufliche Leistungsfähigkeit können die öffentlichen Auftraggeber Anforderungen stellen, die sicherstellen, dass die Wirtschaftsteilnehmer über die erforderlichen personellen und technischen Ressourcen sowie Erfahrungen verfügen, um den Auftrag in angemessener Qualität ausführen zu können.“

²⁶⁰ § 6 EG Absatz 6 lit. c) VOL/A.

²⁶¹ Dasselbe gilt beim Verstoß gegen andere der in Artikel 57 Absatz 4 der neuen Vergaberichtlinie genannten Tatbestände.

²⁶² Dies gilt entsprechend auch für § 7 EG Absatz 3 VOL/A.

Die öffentlichen Auftraggeber können von den Wirtschaftsteilnehmern insbesondere verlangen, ausreichende Erfahrung durch geeignete Referenzen aus früher ausgeführten Aufträgen nachzuweisen. (...)“

Die Verwendung des Wortes „insbesondere“ in Artikel 58 Absatz 4 Unterabsatz 2 der Vergaberichtlinie könnte bedeuten, dass die Auflistung der Kriterien für die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter – anders als bislang – nicht als abschließend zu verstehen ist. In diesem Fall könnten öffentliche Auftraggeber zukünftig über die in Artikel 58 Absatz 4 Unterabsatz 2 genannten Punkte hinausgehende Anforderungen an die technische und berufliche Leistungsfähigkeit der Bieter festlegen. Dies würde auch in Bezug auf umweltbezogene Eignungskriterien potenziell neue Spielräume schaffen.

Gegen dieses weite Verständnis und die damit verbundenen neuen Spielräume spricht allerdings, dass in Artikel 60 Absatz 4 i.V.m. Anhang XII Teil II der Vergaberichtlinie die Nachweise über die technische Leistungsfähigkeit abschließend aufgeführt sind. Dies zeigt der Wortlaut *„kann wie folgt erbracht werden“*, der vom Wortlaut des Anhang XII Teil I zu Nachweisen über die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit (*„kann in der Regel wie folgt erbracht werden“*) abweicht. Dafür, dass Artikel 60 Absatz 4 i.V.m. Anhang XII Teil II die Nachweise über die technische Leistungsfähigkeit abschließend aufführt, spricht zudem, dass sich in der Auflistung in Anhang XII Teil II im Wesentlichen die Nachweise finden, die bislang in der abschließenden Regelung des Artikel 48 der Richtlinie 2004/18/EG genannt sind.

Selbst wenn man davon ausgeht, dass die Auflistung der Nachweise in Anhang XII Teil II der Vergaberichtlinie abschließend ist, ergeben sich jedoch für die umweltfreundliche Beschaffung relevante Neuerungen:

- Nach Anhang XII Teil II lit. d) können Auftraggeber zukünftig *„eine Angabe des Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystems, das dem Wirtschaftsteilnehmer zur Vertragserfüllung zur Verfügung steht“*, verlangen. Dies ermöglicht Auftraggebern erstmals ausdrücklich, die Einführung eines Lieferkettenmanagement- und -überwachungssystems als Eignungsnachweis zu fordern.
- Nach Anhang XII Teil II lit. g) können Auftraggeber zukünftig – wie schon bislang – die *„Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die der Wirtschaftsteilnehmer während der Auftragsausführung anwenden kann“*, verlangen. Anders als bislang dürfen Auftraggeber diese Angaben jedoch nicht nur für Bau- und Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Lieferaufträge verlangen.²⁶³

Zu beachten ist, dass Eignungskriterien nach der neuen Vergaberichtlinie – wie schon bislang – folgende Voraussetzungen erfüllen müssen:

- Es muss sich um Anforderungen handeln, die sicherstellen, dass die Bieter über die Ressourcen und Erfahrungen in Bezug auf den konkreten Auftrag verfügen.
- Die Grundsätze des Artikel 58 Absatz 1 der Vergaberichtlinie (insbesondere eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand und die Wahrung der Verhältnismäßigkeit) müssen gewahrt sein.

²⁶³ Die bislang in Artikeln 50 i.V.m. 48 Abs. 2 lit. f) der Richtlinie 2004/18/EG geregelte Einschränkung ist entfallen.

- Auch die übrigen vergaberechtlichen Grundsätze des Artikels 18 Absatz 1 müssen eingehalten werden. Dies gilt nach der Rechtsprechung des EuGH insbesondere auch für den Grundsatz der Transparenz.²⁶⁴

8.1.5.3 Normen für Umweltmanagement

Wie schon bislang²⁶⁵ können Auftraggeber auch zukünftig als Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit eines Bieters die Erfüllung von Systemen oder Normen für das Umweltmanagement und in diesem Zusammenhang die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen verlangen. Dies ergibt sich aus Artikel 62 Absatz 2 der neuen Vergaberichtlinie.

Gegenüber der bisherigen Rechtslage sind jedoch folgende Neuerungen zu beachten:

- Anders als bislang ist die Möglichkeit, eine Zertifizierung nach einem Umweltmanagementsystem zu verlangen, nicht mehr auf die Ausschreibung von Bau- und Dienstleistungsaufträgen beschränkt. Auch Lieferleistungen können nach der Systematik der neuen Richtlinie einbezogen werden.²⁶⁶
- Die Registrierung der Umweltmanagementregelungen im Rahmen von Unionsinstrumenten wie der Verordnung (EG) Nummer 1221/2009 ist zukünftig nicht mehr erforderlich.
- Die Neuregelung in der Vergaberichtlinie schließt auch Ökogütezeichen ein, die Umweltmanagementkriterien beinhalten.²⁶⁷
- Nachweise über Umweltmanagementmaßnahmen, die den in Artikel 62 Absatz 2 Unterabsatz 1 der neuen Vergaberichtlinie genannten europäischen oder internationalen Normen nicht genügen, dürfen von öffentlichen Auftraggebern zukünftig nur noch unter engeren Voraussetzungen anerkannt werden als bislang. Nach Artikel 62 Absatz 2 Unterabsatz 2 ist eine Anerkennung nur noch möglich, wenn der Bieter nachweislich keinen Zugang zu den Bescheinigungen hatte oder diese ohne Verschulden innerhalb der einschlägigen Fristen nicht erlangen konnte.

8.1.6 Zuschlagskriterien

Öffentliche Auftraggeber waren schon bislang berechtigt, den Zuschlag auf das wirtschaftlich günstigste Angebot zu erteilen und dabei neben dem Angebotspreis auch Umweltaspekte als Zuschlagskriterien zu berücksichtigen.²⁶⁸ Nach der Rechtsprechung des EuGH sowie der Richtlinie 2004/18/EG sind dabei allerdings nur solche Zuschlagskriterien zulässig, die

- mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,

²⁶⁴ Vgl. EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 110.

²⁶⁵ Artikel 50 der Richtlinie 2004/18/EG.

²⁶⁶ Die bislang geltende Einschränkung ergab sich daraus, dass Artikel 50 der Richtlinie 2004/18/EG auf Artikel 48 Absatz 2 lit. f) der Richtlinie 2004/18/EG galt, der nur auf Bau- und Dienstleistungsaufträge Anwendung fand.

²⁶⁷ Vgl. Erwägungsgrund 88 der neuen Vergaberichtlinie.

²⁶⁸ Vgl. Art. 53 Absatz 1 Richtlinie 2004/18/EG.

- dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen und
- die den Grundsätzen des freien Warenverkehrs, der Niederlassungsfreiheit und der Dienstleistungsfreiheit sowie den davon abgeleiteten Grundsätzen, insbesondere den Grundsätzen der Gleichbehandlung, der Nichtdiskriminierung, der gegenseitigen Anerkennung, der Verhältnismäßigkeit und der Transparenz sowie der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb entsprechen.²⁶⁹

Sofern die genannten Voraussetzungen eingehalten werden, dürfen schon bislang die Umweltauswirkungen der Produktionsmethode, Lebenszykluskosten oder externe Kosten (z. B. für Treibhausgasemissionen) im Rahmen der Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. An detaillierten vergaberechtlichen Regelungen fehlte es insoweit allerdings bislang auf europäischer und auf nationaler (gesetzlicher) Ebene weitgehend.²⁷⁰ Vor diesem Hintergrund bringt die neue klassische Vergaberichtlinie eine erhebliche Klarstellung sowie Rechtssicherheit für die Vergabepraxis und auch eine Aufwertung von Zuschlagskriterien zur umweltfreundlichen Beschaffung.

Zwar gelten die bislang entwickelten Grundsätze der Berücksichtigung von Umweltaspekten im Rahmen der Zuschlagskriterien weiter.²⁷¹ Die Regelungen der Vergaberichtlinie unterscheiden sich in ihrer Struktur und ihrer Detailtiefe jedoch erheblich von den bisherigen Regelungen in Artikel 53 der Richtlinie 2004/18/EG.

So ist der Zuschlag zukünftig auf das „wirtschaftlich günstigste Angebot“ zu erteilen (Artikel 67 Absatz 1 der Vergaberichtlinie). Das wirtschaftlich günstigste Angebot kann der Auftraggeber nach Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 1 dabei wie folgt ermitteln²⁷²:

- Preis-Leistungs-Verhältnis,
- Kostenwirksamkeit (z. B. Lebenszykluskostenrechnung), oder
- niedrigster Preis (sofern der Mitgliedstaat diese Möglichkeit nicht ausschließt).

Im Einzelnen:

8.1.6.1 Preis-Leistungs-Verhältnis

Nach Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Vergaberichtlinie kann die Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots *„das beste Preis-Leistungsverhältnis beinhalten, dass auf der Grundlage von Kriterien – unter Einbeziehung qualitativer, umweltbezogener und/oder sozialer Aspekte – bewertet wird, die mit dem Auftragsgegenstand des betreffenden*

²⁶⁹ Vgl. zuletzt EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Kommission./Niederlande, Rn. 86 ff.

²⁷⁰ Eine Ausnahme bilden insbesondere die Vorgaben zur Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Leistungen sowie von Straßenfahrzeugen.

²⁷¹ Vgl. vor allem Artikel 67 Absatz 4 der neuen Vergaberichtlinie.

²⁷² Der Wortlaut des Artikels 67 Absatz 2 ist unklar formuliert. Im Erwägungsgrund 90 der Vergaberichtlinie wird deutlicher, welche Regelung der Richtlinienggeber treffen wollte: *„Es sollte ausdrücklich festgehalten werden, dass das wirtschaftlich günstigste Angebot auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses ermittelt werden sollte, welches stets eine Preis- oder Kostenkomponente beinhalten sollte. Es sollte ferner klargestellt werden, dass eine solche Bewertung des wirtschaftlich günstigsten Angebots auch allein auf der Grundlage entweder des Preises oder der Kostenwirksamkeit durchgeführt werden könnte.“*

öffentlichen Auftrags in Verbindung stehen. Zu diesen Kriterien kann u. a. Folgendes gehören:
a) (...) umweltbezogene und innovative Eigenschaften und Handel sowie die damit verbundenen Bedingungen“.

In Artikel 67 Absatz 3 der Vergaberichtlinie wird klargestellt, dass Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand schon dann in Verbindung stehen, *„wenn sie sich in irgendeiner Hinsicht und in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium auf die gemäß dem Auftrag zu erbringenden Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen beziehen, einschließlich Faktoren, die zusammenhängen mit (a) dem spezifischen Prozess der Herstellung oder Bereitstellung solcher Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen oder des Handels damit oder (b) einem spezifischen Prozess in Bezug auf ein anderes Lebenszyklus-Stadium, auch wenn derartige Faktoren sich nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstands auswirken.“*

Insoweit sind zwei Dinge festzuhalten:

- Die Auflistung potenzieller Kriterien, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, in Artikel 67 Absatz 3 der Vergaberichtlinie ist nicht abschließend (*„einschließlich Faktoren (...)“*). Dies erweitert den Gegenstand dieser Regelung über seinen reinen Wortlaut hinaus.
- Selbst die Kriterien, die bereits nach dem Wortlaut ausdrücklich in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen, sind sehr weit gefasst und umfassen eine Anknüpfung *„in irgendeiner Hinsicht“* sowie *„in irgendeinem Lebenszyklus-Stadium“*. Auf der Grundlage dieser Neuregelung dürften sich die Möglichkeiten öffentlicher Auftraggeber zur Berücksichtigung umweltfreundlicher Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien – ebenso wie im Rahmen der technischen Spezifikationen – insbesondere durch die Möglichkeit zur Einbeziehung sämtlicher Lebenszyklus-Stadien sowie der gesamten Lieferkette erheblich ausweiten. Bestehende Rechtsunsicherheiten werden durch diese Klarstellung ausgeräumt.

8.1.6.2 Kostenwirksamkeit

Eine weitere wesentliche Neuregelung in der Vergaberichtlinie betrifft die Regelung zur Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots allein aufgrund von Kosten bzw. der Kostenwirksamkeit (Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Vergaberichtlinie).

Insoweit enthält die Vergaberichtlinie insbesondere Regelungen

- zur Lebenszykluskostenrechnung,
- zur Vorgabe von Festpreisen oder Festkosten und
- zur Möglichkeit der Mitgliedstaaten zur Einschränkung des Kostenansatzes.

Lebenszykluskostenrechnung

In Artikel 68 enthält die Vergaberichtlinie erstmals detaillierte Vorgaben zur Lebenszykluskostenrechnung. Eine Lebenszykluskostenrechnung umfasst nach Artikel 68 Absatz 1 der Vergaberichtlinie – soweit relevant – ganz oder teilweise die von öffentlichen Auftraggebern oder anderen Nutzern getragenen Kosten (z. B. Anschaffungskosten,

Nutzungskosten, Wartungskosten, Kosten am Ende der Nutzungsdauer)²⁷³ sowie Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der ausgeschriebenen Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert bestimmt und geprüft werden kann (z. B. Kosten der Emission von Treibhausgasen oder anderen Schadstoffen)²⁷⁴.

In Artikel 68 Absatz 2 enthält die Vergaberichtlinie Vorgaben dazu, welche Anforderungen öffentliche Auftraggeber bei der Nutzung eines Lebenszykluskostenansatzes zu beachten haben. Sie haben insbesondere in den Auftragsunterlagen die von dem Bieter bereitzustellenden Daten und die Methode zur Ermittlung der Lebenszykluskosten zu benennen. Die Methode zur Bewertung externer Umweltkosten muss insbesondere auf nachprüfbaren und nicht diskriminierenden Kriterien beruhen; sie darf nicht bestimmte Wirtschaftsteilnehmer in unzulässiger Weise bevorzugen oder benachteiligen. Die Methode hat zudem für alle interessierten Parteien zugänglich zu sein. Die Daten müssen sich von allen Wirtschaftsteilnehmern mit vertretbarem Aufwand bereitstellen lassen.

Die in Artikel 68 Absatz 2 der Vergaberichtlinie geregelten Standards sind zwar nunmehr erstmals kodifiziert. Sie ergaben sich jedoch schon bislang aus den allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätzen der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit. Sie waren schon bislang von öffentlichen Auftraggebern bei der Ermittlung von Lebenszykluskosten im Rahmen eines Vergabeverfahrens zu beachten.

Festzuhalten ist somit, dass die Regelungen des Artikel 68 Absatz 1 und 2 der neuen klassischen Vergaberichtlinie im Wesentlichen Grundsätze klarstellen und kodifizieren, die schon bislang galten. Die ausdrückliche Regelung führt jedoch zu einer erhöhten Rechtssicherheit und Klarheit.

Hervorzuheben ist darüber hinaus, dass zukünftig gemeinsame Methoden auf Unionsebene für die Berechnung von Lebenszykluskosten für bestimmte Lieferungen oder Dienstleistungen entwickelt werden sollen.²⁷⁵ Sofern gemeinsame Methoden zur Berechnung von Lebenszykluskosten durch einen Rechtsakt der Europäischen Union verbindlich vorgeschrieben werden können, finden diese Methoden nach Artikel 68 Absatz 3 Unterabsatz 1 der neuen Vergaberichtlinie zudem verpflichtend für alle Auftraggeber Anwendung.²⁷⁶

Festpreis oder Festkosten

Nach Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 2 der Vergaberichtlinie kann das Kostenelement „*auch die Form von Festpreisen oder Festkosten annehmen, auf deren Grundlage die Wirtschaftsteilnehmer nur noch mit Blick auf Qualitätskriterien mit einander konkurrieren*“. Dies kann öffentlichen Auftraggebern ebenfalls neuartige Wege zur umweltfreundlichen

²⁷³ Die Aufzählung in Artikel 68 Absatz 1 lit. a) der Vergaberichtlinie ist nicht abschließend.

²⁷⁴ Auch die Aufzählung in Artikel 68 Absatz 1 lit. b) der Vergaberichtlinie ist nicht abschließend.

²⁷⁵ Vgl. Erwägungsgrund 96 der Vergaberichtlinie.

²⁷⁶ Eine Auflistung findet sich in Anhang XIII der Vergaberichtlinie. Die EU-Kommission ist zur Aktualisierung des Anhangs berechtigt.

Beschaffung eröffnen, wenn die Bieter im Rahmen einer Ausschreibung etwa allein mit Blick auf die größtmögliche Umweltqualität ihres Angebots miteinander konkurrieren.

Einschränkung des Kostenansatzes durch Mitgliedsstaaten

Nach Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 3 der neuen Vergaberichtlinie sind Mitgliedsstaaten berechtigt, bei der Umsetzung der Vergaberichtlinie die Möglichkeit, Kosten als einziges Zuschlagskriterium verwenden zu dürfen, auszuschließen oder diese Möglichkeit auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen zu beschränken. Damit soll Mitgliedsstaaten die Möglichkeit gegeben werden, „*eine stärkere Ausrichtung der öffentlichen Auftragsvergabe auf die Qualität zu fördern*“.²⁷⁷

8.1.6.3 Niedrigster Preis

Weiterhin zulässig ist, dass Auftraggeber als Zuschlagskriterium allein den niedrigsten Angebotspreis festlegen.²⁷⁸ Etwas anderes gilt lediglich dann, wenn Mitgliedsstaaten bei der Umsetzung der Vergaberichtlinie ausschließen, dass öffentliche Auftraggeber allein den Preis als einziges Zuschlagskriterium verwenden dürfen, oder sie die Verwendung dieses Zuschlagskriteriums auf bestimmte Kategorien von öffentlichen Auftraggebern oder bestimmte Arten von Aufträgen beschränken. Insoweit gelten die Ausführungen zu Kosten als Zuschlagskriterien entsprechend.

8.1.6.4 Nachweise

In Artikel 67 Absatz 4 der Vergaberichtlinie ist noch einmal ausdrücklich kodifiziert, dass Zuschlagskriterien mit Spezifikationen einhergehen müssen, die eine wirksame Überprüfung der von den Bietern übermittelten Informationen durch den öffentlichen Auftraggeber und damit auch eine sachgerechte Bewertung ermöglichen. Zudem ist ausdrücklich geregelt, dass öffentliche Auftraggeber verpflichtet sind, im Zweifelsfall eine wirksame Überprüfung der Richtigkeit von den Bietern beigebrachten Informationen und Nachweise vorzunehmen.

Diese Grundsätze ergaben sich zwar schon bislang aus der Rechtsprechung des EuGH²⁷⁹, sie wurden nun aber noch einmal ausdrücklich klargestellt. In der Praxis kann die Pflicht öffentlicher Auftraggeber zur Nachprüfung der aufgestellten Zuschlagskriterien eine erhebliche Hürde für die umweltfreundliche Beschaffung bedeuten. Dies gilt insbesondere dann, wenn der Auftraggeber Umwelanforderungen stellt, die sich nicht im Endprodukt wieder finden, z. B. Anforderungen in Bezug auf Produktionsmethoden (z. B. Erzeugung von Strom aus erneuerbaren Energien) oder Anforderungen an einzelne Lebenszyklus-Stadien, die keine unmittelbaren Auswirkungen auf das Endprodukt haben.

²⁷⁷ Vgl. Erwägungsgrund 90 der Vergaberichtlinie.

²⁷⁸ Diese Möglichkeit ergibt sich aus Artikel 67 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Vergaberichtlinie zwar nicht eindeutig, zumindest aber im Umkehrschluss aus Artikel 67 Absatz 5 Unterabsatz 1 der Vergaberichtlinie.

²⁷⁹ EuGH, Urteil vom 04.12.2003 – Rs. C-448/01, Rn. 50 („*Wienstrom*“).

8.1.7 Bedingungen für die Auftragsausführung

Öffentliche Auftraggeber sind nach Artikel 26 Satz 2 der Richtlinie 2004/18/EG schon bislang berechtigt, Bedingungen für die Auftragsausführung vorzuschreiben und dabei umweltbezogene Aspekte zu berücksichtigen. Im deutschen Recht wurde dies durch § 97 Absatz 4 Satz 2 GWB umgesetzt.

Da die neue klassische Vergaberichtlinie die Regelung des Artikel 26 Satz 2 der Richtlinie 2004/18/EG fast wortgleich übernimmt, sind in Bezug auf Bedingungen für die Auftragsausführung keine erheblichen Änderungen des deutschen Rechts sowie der Vergabepaxis erforderlich oder zu erwarten.

8.2 Sektorenrichtlinie

Die Sektorenrichtlinie ist in Bezug auf Regelungen, die für die umweltfreundliche Beschaffung von Bedeutung sind, weitgehend der klassischen Vergaberichtlinie nachgebildet ist, so dass die Ausführungen zur klassischen Vergaberichtlinie auch für die Sektorenrichtlinie von Bedeutung sind.

Regelungen zur umweltfreundlichen Beschaffung finden sich in der Sektorenrichtlinie insbesondere an folgenden Stellen:

Grundsätze bei der Auftragsvergabe: Artikel 36 Absatz 2 der Sektorenrichtlinie (Ausführungen zu Artikel 18 Absatz 2 der klassischen Vergaberichtlinie gelten entsprechend)

Leistungsbeschreibung:

- Artikel 60: Technische Spezifikationen
- Artikel 61: Gütezeichen
- Artikel 64: Varianten.

Die Ausführungen zu den weitgehend wortgleichen Parallelregelungen in der klassischen Vergaberichtlinie dürften überwiegend entsprechend gelten.

Eignung:

- In der Sektorenrichtlinie ist nicht ausdrücklich geregelt, dass ein Bieter wegen Verstößen gegen umweltrechtliche Verpflichtungen ausgeschlossen werden kann. Nur Erwägungsgrund 106 verweist auf den Spielraum der Mitgliedstaaten, dies zu regeln.

Zuschlagskriterien:

- Artikel 82: Zuschlagskriterien
- Artikel 83: Lebenszykluskostenrechnung

Die Ausführungen zur Festlegung der Zuschlagskriterien im Rahmen der klassischen Vergaberichtlinie gelten weitgehend entsprechend.²⁸⁰

²⁸⁰ Eine Ausnahme bildet etwa die Tatsache, dass in der Sektorenrichtlinie nicht vorgesehen ist, dass Festpreise bzw. Festkosten vorgegeben und lediglich ein Wettbewerb um die Qualität des Angebots eröffnet werden kann.

Bedingungen für die Auftragsausführung:

- Artikel 87 (die Ausführungen zur klassischen Vergaberichtlinie gelten entsprechend).

8.3 Konzessionsrichtlinie

Die neue Konzessionsrichtlinie schafft erstmals einen europaweit einheitlichen Rechtsrahmen für die Vergabe von sogenannten Bau- und Dienstleistungskonzessionen. Während zur Vergabe öffentlicher Baukonzessionen schon bisher Regelungen in der Richtlinie 2004/18/EG zu finden waren, erfolgte die Vergabe von Dienstleistungskonzessionen auf Grundlage des EU-Primärrechts und der dazu ergangenen Rechtsprechung des EuGH. Mit Inkrafttreten der neuen Konzessionsrichtlinie werden nun erstmalig auch Dienstleistungskonzessionen, die bislang vom Anwendungsbereich des strengen EU-Kartellvergaberechts ausgenommen waren, einem klaren und europaweit einheitlichen Regelungsregime unterworfen.

8.3.1 Anwendungsbereich und Regelungsgegenstand

Die Konzessionsrichtlinie findet auf die Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen Anwendung, sofern in der Richtlinie nichts anderes geregelt ist²⁸¹ und die Konzessionen die in Artikel 8 festgelegten Auftragswerte überschreiten.²⁸²

Bau- bzw. Dienstleistungskonzessionen im Sinne der Konzessionsrichtlinie sind durch folgende, wesentliche Merkmale gekennzeichnet:²⁸³

- Der Auftraggeber beauftragt einen Wirtschaftsteilnehmer mit der Erbringung einer Bauleistung bzw. er betraut ihn mit der Erbringung/Verwaltung einer Dienstleistung.
- Als Gegenleistung erhält der Wirtschaftsteilnehmer grundsätzlich keine Vergütung durch den Auftraggeber, sondern das Recht zur Nutzung des Bauwerks bzw. zur wirtschaftlichen Verwertung der Dienstleistung (gegebenenfalls zuzüglich einer (Zu-)Zahlung)²⁸⁴.

Kennzeichnend für eine Konzession ist insbesondere, dass der Konzessionsnehmer das Betriebsrisiko für die Nutzung des Bauwerks bzw. die wirtschaftliche Verwertung der Dienstleistung übernimmt. Der Konzessionsnehmer trägt das Risiko der Refinanzierung seiner Investitionen.

Beispiel für eine Baukonzession ist z. B. die Errichtung und der anschließende Betrieb eines Sportstadions oder eines Parkhauses. Beispiele für Dienstleistungskonzessionen sind z. B. die Vermarktung von Werbeflächen im öffentlichen Raum oder die Alttextilentsorgung.

²⁸¹ Ausnahmen sind insbesondere in Artikel 10 ff. der Konzessionsrichtlinie geregelt. Gemäß Artikel 54 der Konzessionsrichtlinie findet diese zudem keine Anwendung auf Konzessionen, die zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Richtlinie bereits ausgeschrieben oder vergeben waren.

²⁸² Konzessionen im Bereich der Wasserwirtschaft sind vorerst von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen, vgl. Erwägungsgrund 40 der Konzessionsrichtlinie.

²⁸³ Die Definitionen zum Begriff der Konzession und des zu übertragenden Betriebsrisikos finden sich in Artikel 5 Absatz 1 lit. a) und b) der Konzessionsrichtlinie.

²⁸⁴ Führt eine staatliche Zuzahlung (z. B. Baukostenzuschuss) dazu, dass der Wirtschaftsteilnehmer das Betriebs- und Refinanzierungsrisiko nicht mehr trägt, liegt keine Konzession, sondern ein Auftrag (z. B. Bauauftrag) vor.

Die Konzessionsrichtlinie enthält erstmals einheitliche Vorgaben, die bei der Vergabe von Bau- und Dienstleistungskonzessionen zu beachten sind. Kern dieser Vorgaben sind die „Allgemeine(n) Grundsätze und Verfahrensgarantien“, die in Titel II (Artikel 30 ff.) der Richtlinie geregelt sind. Diese umfassen Regelungen zu

- allgemeinen Grundsätzen
- Bekanntmachungspflichten
- technischen und funktionellen Anforderungen
- Auswahl und qualitativer Bewertung der Bewerber sowie
- Zuschlagskriterien.

In Titel III (Artikel 42 ff.) der Richtlinie sind zudem Vorgaben für die Durchführung von Konzessionen enthalten.

Die bislang geltende Rechtsprechung des EuGH zu Dienstleistungskonzessionen²⁸⁵ wird durch die neue EU-Konzessionsrichtlinie kodifiziert. Durch klare Definitionen und Vorgaben, z. B. zur Anwendbarkeit der Konzessionsrichtlinie, zur Laufzeit und Änderung von Konzessionsverträgen oder zum Ablauf eines Konzessionsvergabeverfahrens, verfestigt die neue Konzessionsrichtlinie die bisherigen Anforderungen des EuGH. Zum Teil geht sie auch darüber hinaus.²⁸⁶

Die Konzessionsrichtlinie setzt erstmalig einen europaweit einheitlichen Rechtsrahmen für die Konzessionsvergabe und die Auswahl des Konzessionsnehmers. Dabei enthalten die Bestimmungen der Konzessionsrichtlinie – verglichen mit der klassischen Vergaberichtlinie und der Sektorenrichtlinie – jedoch eher allgemeinere und grundsätzliche Regelungen, die den Mitgliedstaaten weitergehende Gestaltungsspielräume überlassen, z. B. hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung eines Konzessionsvergabeverfahrens.²⁸⁷

8.3.2 Aspekte der umweltfreundlichen Beschaffung

Auch wenn die Vorgaben der Konzessionsrichtlinie weniger detailliert sind als die beiden anderen Richtlinien, finden sich gleichwohl Regelungen mit Bedeutung für die umweltfreundliche Beschaffung:²⁸⁸

²⁸⁵ Vgl. u. a. EuGH, Urteil vom 07.12.2000, Rs. C 324/98, Rz. 60 ff. – Teleaustria; Urteil vom 21.06.2005 zur Rechtssache C-231/03 – Coname; Urteil vom 13.10.2005 zur Rechtssache C-458/03 – Parking Brixen; Urteil vom 10. September 2009, Rs. C 206/08 – WAZV Gotha.

²⁸⁶ Z. B. in Bezug auf die Begriffsdefinition zum Übergang des Betriebsrisikos, vgl. Artikel 5 Absatz 1 der Konzessionsrichtlinie, die zwischen Nachfrage und/oder Angebotsrisiko unterscheidet und den Übergang des Risikos an weitere Merkmale knüpft, die der EuGH so bislang nicht herangezogen hat.

²⁸⁷ Dennoch sollte die Einhaltung von umwelt-, sozial- und arbeitsrechtlichen Bestimmungen in den relevanten Phasen des Vergabeverfahrens, d. h. bei der Auswahl der Teilnehmer, die Konzessionsvergabe oder bei der Anwendung der Ausschlusskriterien, überprüft werden, vgl. Erwägungsgrund 58.

²⁸⁸ Die grundsätzliche Zulässigkeit einer umweltfreundlichen Beschaffung wird durch Erwägungsgrund 59 hervorgehoben. Darin heißt es: „Keine Bestimmung dieser Richtlinie soll dem Erlass oder der Durchsetzung von (...) Umweltschutzmaßnahmen (...) entgegenstehen, sofern diese Maßnahmen mit dem AEUV in Verbindung stehen“.

8.3.2.1 Grundsätze für die Konzessionsvergabe

Unter den allgemeinen Grundsätzen für die Konzessionsvergabe findet sich mit Artikel 30 Absatz 3 eine Regelung, die Artikel 18 Absatz 2 der klassischen Vergaberichtlinie wortgleich ist.²⁸⁹ Die Ausführungen zu Artikel 18 Absatz 2 der klassischen Vergaberichtlinie gelten daher entsprechend.

8.3.2.2 Konzessionsunterlagen

Artikel 36 der Konzessionsrichtlinie enthält Regelungen für die technischen und funktionellen Anforderungen, mit denen die Merkmale der ausgeschriebenen Leistung festgelegt werden. Nach Artikel 36 Absatz 1 Unterabsatz 2 können sich Merkmale auf Prozesse zur Erzeugung bzw. zur Erbringung der Dienstleistung beziehen. Sie können ausdrücklich auch „Umwelt- und Klimaleistungsstufen“ umfassen. Sichergestellt sein muss allerdings, dass die Anforderungen mit dem Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen und verhältnismäßig sind.

Auch wenn dies in Artikel 36 der Konzessionsrichtlinie nicht ausdrücklich geregelt ist, ist davon auszugehen, dass bei Einhaltung dieser Voraussetzungen Anforderungen an den gesamten Lebenszyklus der ausgeschriebenen Leistung festgelegt werden dürfen.²⁹⁰

8.3.2.3 Eignungskriterien

Artikel 38 der Richtlinie enthält Regelungen zur Auswahl und qualitativen Bewertung der Bewerber. Insbesondere können nach Artikel 38 Absatz 7 lit. a) Bewerber beim Verstoß gegen Umweltvorschriften ausgeschlossen werden.²⁹¹ Bei entsprechender Umsetzung durch den Mitgliedstaat sind Auftraggeber sogar zum Ausschluss verpflichtet.

8.3.2.4 Zuschlagskriterien

Artikel 41 der Konzessionsrichtlinie enthält einige allgemeine Pflichten für die Festlegung von Zuschlagskriterien. Ebenso wie im Anwendungsbereich der klassischen Vergaberichtlinie müssen Zuschlagskriterien mit dem Auftrags- bzw. Konzessionsgegenstand in Verbindung stehen. Sie dürfen dem Auftraggeber keine uneingeschränkte Wahlfreiheit einräumen.²⁹²

Ausdrücklich klargestellt wird in Artikel 41 Absatz 2 Satz 2 der Konzessionsrichtlinie, dass Zuschlagskriterien ökologische Kriterien enthalten können. In Erwägungsgrund 64 der Richtlinie ist zudem ausgeführt, dass öffentliche Auftraggeber Zuschlagskriterien (oder Bedingungen für die Konzessionsausführung) vorgeben und dabei umweltbezogene Aspekte berücksichtigen können, *„die die gemäß der Konzession zu erbringenden Bau- oder Dienstleistungen in jeder Hinsicht und in jeder Phase ihres Lebenszyklus von der Gewinnung der Rohstoffe für die Ware bis zur Entsorgung des Produkts betreffen“*. Als konkrete Beispiele

²⁸⁹ Zur „angemessenen Einbeziehung“ ökologischer Erfordernisse im Rahmen von Konzessionsverfahren vgl. auch Erwägungsgrund 55 der Konzessionsrichtlinie.

²⁹⁰ Für Zuschlagskriterien und Bedingungen zur Konzessionsausführung ist dies in Erwägungsgrund 64 ausdrücklich klargestellt.

²⁹¹ In Artikel 42 der Konzessionsrichtlinie finden sich Vorgaben zur Einhaltung von Umweltvorschriften durch Unterauftragnehmer.

²⁹² Vgl. Artikel 41 Absatz 2 der Konzessionsrichtlinie.

für solche Bedingungen, die die Ausführung einer Konzession betreffen, werden z. B. die Erbringung von Bau- oder Dienstleistungen unter Zuhilfenahme energieeffizienter Maschinen, die Abfallminimierung oder die Ressourceneffizienz angeführt.²⁹³

8.3.2.5 Bedingungen für die Konzessionsausführung

In Bezug auf Bedingungen für die Konzessionsausführung, d. h. zu Vorgaben für die Gestaltung von Vertragsklauseln für Konzessionsverträge, enthält die Richtlinie keine gesonderten, über die allgemeinen Grundsätze der Gleichbehandlung, Nichtdiskriminierung, Transparenz und Verhältnismäßigkeit hinausgehenden Vorgaben.

Wie die Erwägungsgründe 55 und 64 der Richtlinie zeigen, ist die Einbeziehung ökologischer Aspekte in die Bedingungen für die Konzessionsausführung jedoch unproblematisch zulässig.

²⁹³ Vgl. Erwägungsgrund 64.

9 Zusammenfassung

Öffentliche Auftraggeber haben folgende Möglichkeiten, Umweltaspekte in Vergabeverfahren für Aufträge **oberhalb der Schwellenwerte** einzubeziehen:

1. Bei der **Bedarfsermittlung und der Auswahl des Auftragsgegenstands** hat der öffentliche Auftraggeber die Möglichkeit, von vornherein einen umweltfreundlichen Beschaffungsgegenstand zu wählen. Das europäische Primärrecht gebietet dabei, den Auftragsgegenstand so zu definieren, dass die Produktanforderungen nicht weiter gehen, als es zur Erfüllung der festgelegten Aufgaben des Auftraggebers – zu denen auch der Umweltschutz gehören kann – erforderlich ist. Die Ausschreibung darf nicht auf bestimmte Erzeugnisse eingengt werden, ohne gleichwertige Erzeugnisse ebenfalls zuzulassen.
2. Der öffentliche Auftraggeber kann Umwelanforderungen an das Produkt oder die Bau- bzw. Dienstleistung in die **Leistungsbeschreibung** einbeziehen. Zulässig ist es, bestimmte umweltfreundliche Produktionsverfahren zu fordern, wenn sie dazu beitragen, das Produkt sichtbar oder unsichtbar zu charakterisieren. So kann z.B. bei der Beschaffung von Strom gefordert werden, dass der gelieferte Strom ganz oder zu einem gewissen Anteil aus erneuerbaren Energien stammt. Entsprechend können auch andere Produktionsverfahren dazu beitragen, das Produkt (auch „unsichtbar“) zu charakterisieren. Auch Lebenszykluskosten, z. B. Lebensdauer des Produkts, Verbrauch von Strom und Wasser etc., können in die Leistungsbeschreibung einfließen. Lebenszykluskosten haben neben den Umweltauswirkungen auch unmittelbare wirtschaftliche Auswirkungen.
3. Der öffentliche Auftraggeber darf in seiner Leistungsbeschreibung (nach gegenwärtiger Rechtslage²⁹⁴) nicht fordern, dass ein Produkt oder eine Dienstleistung ein **Umweltzeichen** haben muss. Er kann aber Kriterien, die die Voraussetzung für die Erteilung eines Umweltzeichens bilden, im Rahmen der Leistungsbeschreibung heranziehen, wenn und soweit diese zur Beschreibung des Auftragsgegenstands geeignet sind. Außerdem muss das Umweltzeichen wissenschaftlich fundiert, in einem partizipativen Verfahren erarbeitet und allgemein zugänglich sein. In den Vergabeunterlagen muss neben dem Nachweis durch das Umweltzeichen auch ausdrücklich der Nachweis durch andere geeignete Beweismittel zugelassen werden.
4. **Nebenangebote** sind eine gute Möglichkeit für Auftraggeber, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Bei Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte sind Nebenangebote allerdings nur dann zulässig, wenn der Auftraggeber sie ausdrücklich zugelassen hat. Zudem muss der Auftraggeber in diesem Fall die Mindestanforderungen an die Prüfung und Wertung der von ihm zugelassenen Nebenangebote in den Vergabeunterlagen benennen, was sich in der Praxis als problematisch oder zumindest als Hemmnis für innovative technische Varianten erweisen kann, da der Auftraggeber die Nebenangebote gewissermaßen antizipieren muss, obwohl er in der Regel über ein geringeres technisches Know-how verfügt als die anbietenden Unternehmen.

²⁹⁴ Ein Ausblick auf die neuen EU-Vergaberichtlinien wird in Kapitel 8 dieses Rechtsgutachtens gegeben.

5. Bei der **Eignungsprüfung** darf ein Bieter ausgeschlossen werden, wenn er nachweislich gegen Umweltrecht verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt. Dies ist regelmäßig bei einem Verstoß gegen gesetzliche Umweltvorschriften der Fall, die der Bieter im Rahmen seiner gewerblichen Tätigkeit zu beachten hat. Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann der öffentliche Auftraggeber bei öffentlichen Bau- und Dienstleistungsaufträgen verlangen, dass das Unternehmen bestimmte Normen für das Umweltmanagement erfüllt, wenn diese für die Ausführung des Auftrags wichtig sind. Als Nachweis kann der Auftraggeber eine Zertifizierung nach EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangen. Gleichwertige Nachweise müssen akzeptiert werden.
6. Bei der **Angebotswertung** soll der Zuschlag in Deutschland auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt werden. Als Zuschlagskriterien kommen verschiedene Aspekte in Betracht, zu denen auch Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten gehören können. Alle Zuschlagskriterien müssen in der Ausschreibung genannt und gewichtet werden. Bei der Wertung der Angebote dürfen keine Kriterien, die vorher nicht genannt wurden, herangezogen werden. Umweltbezogene Aspekte sind zulässig, wenn sie in Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand stehen, dem Auftraggeber nicht erlauben, eine willkürliche Auswahl zu treffen, den Bietern bekannt gemacht worden sind und nicht gegen europäisches Primärrecht (insbesondere Diskriminierungsverbot) verstoßen.
7. Eine **Bevorzugung inländischer Bewerber** oder solcher, die in bestimmten Bezirken ansässig sind, ist sowohl nach nationalen Normen als auch nach europäischem Recht unzulässig.
8. Bei der **Ausführung des Auftrags** darf der öffentliche Auftraggeber von den Bietern fordern, dass sie Umweltgesichtspunkte einbeziehen. Es muss sich aber um Bedingungen handeln, die sich gerade auf die Erfüllung des Vertrages bzw. die Auftragsausführung beziehen, d.h. nicht ganz allgemein das (sonstige) Verhalten des Bieters betreffen. Zudem sind die Grundsätze des europäischen Gemeinschaftsrechts zu beachten. Zulässig sind regelmäßig Anforderungen an die Lieferung von Waren und ihre Verpackung, die Rücknahme von Abfall oder die Durchführung von Bau- oder Dienstleistungen sowie die Art der Durchführung oder die Schulung der Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte. Grundsätzlich nicht zulässig hingegen sind Ausführungsklauseln, die Bieter aufgrund von Anforderungen an den Transport von Waren oder Material diskriminieren. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Diskriminierung im Einzelfall aus Gründen des Umweltschutzes ausnahmsweise gerechtfertigt ist.
9. Über die Vergabe muss der öffentliche Auftraggeber einen **Vergabevermerk** erstellen, in dem der Ablauf des gesamten Vergabeverfahrens dokumentiert wird, u.a. damit er später nachweisen kann, dass von umweltbezogene Aspekte nicht missbräuchlich verwendet worden sind.
10. Mit der **Umsetzung der neuen EU-Vergaberichtlinien** in deutsches Recht, die bis zum 18. April 2016 zu erfolgen hat, wird die rechtliche Zulässigkeit der umweltfreundlichen Beschaffung nochmals weiter unterstrichen. Zudem wird die Beschaffungspraxis vereinfacht, indem öffentliche Auftraggeber nach Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien z. B. unter bestimmten Voraussetzungen die Vorlage von Umweltzeichen verlangen dürfen.

11. Auch bei **Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte** ist eine umweltfreundliche Beschaffung rechtlich unproblematisch zulässig.

10 Quellenverzeichnis

Berliner NetzwerkE: www.berliner-netzwerk-e.de

Buchmüller, Christian / Schnutenhaus, Jörn (Hrsg. Umweltbundesamt), Arbeitshilfe zur Beschaffung von Ökostrom, 2013.

Bundesministerium für Wirtschaft und Arbeit, Eckpunkte für eine Verschlinkung des Vergaberechts vom 12. Mai 2004.

Bundesregierung, Beschluss der Bundesregierung über Schwerpunkte zur Vereinfachung des Vergaberechts im bestehenden System vom 28.6.2006.

Bouwer, Maarten / de Jong, Klaas / Jonk, Margo / Berman, Tanya / Bersani, Raffaella / Lusser, Helmut / Nissinen, Ari / Parikka, Katriina / Szuppinger, Péter, Green Public Procurement in Europe 2005 – Status overview, 2005; herunterzuladen unter: www.gpp-europe.net (so am 15.07.2014).

Dageförde, Angela: Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Berlin 2012.

Handbuch für die umweltfreundliche Beschaffung, Altus, Dietmar / Ley, Rudolf / Wankmüller, Michael (Hrsg.), Heidelberg, Stand: September 2013.

Egidy, Stefanie, Das GWB-Vergaberecht nach der Novelle 2009: Flexibel, europarechtskonform und endlich von Dauer?, Die öffentliche Verwaltung (DöV) 2009, S. 835.

Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat, den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss und den Ausschuss der Regionen - Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen vom 16.7.2008, KOM 2008 (400) endgültig.

Europäische Kommission, Umweltorientierte Beschaffung! 2011.

Frenz, Walter, Aktuelle europarechtliche Grenzen des Vergaberechts, NVwZ 2010, S. 609.

Gohlisch, Gunnar (Umweltbundesamt, Dessau): Fahr- und Verkehrsleistung sowie Emissionen des Verkehrs auf Basis der TREMOD-Version 4.17 (Stand der Daten: Februar 2007).

Just, Christoph / Sailer, Daniel, Die neue Vergabeverordnung 2010, NVwZ 2010, S. 937.

Leifer, Christoph / Mißling, Sven, Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR, 2004, S. 266.

Müller, Martin, Elektronische Auktionen und dynamische Beschaffungssysteme, in: Pitschas, Rainer/Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 125.

Müller-Wrede, Malte, Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32.

Niestadt, Marian/Franz Josef Hölzl, Zurück aus der Zukunft? Verfassungsmäßigkeit der Primärrechtsschutzbeschränkung im Vergabeverfahren oberhalb bestimmter Schwellenwerte, Besprechung von BVerfG, Beschluss vom 13.6.2006 – 1 BvR 1160/03, NJW 2006, S. 3680.

Ollmann, Horst, Die kleine Vergaberechtsreform, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht (VergabeR) 2/2008, S. 447.

Prieß, Hans- Joachim/Niested, Marian, Rechtsschutz im Vergaberecht, 2006.

Rechten, Stephan/Junker, Maïke, Das Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts – oder: Nach der Reform ist vor der Reform, NZBau 2009, S. 490.

Rosenkötter, Annette/Plantiko, Calle, Die Befreiung der Sektorentätigkeit vom Vergaberechtsregime, NZBau 2010, S. 78.

Roth, Rudolf, Reform des Vergaberechts – der große Wurf?, Zeitschrift für das gesamte Vergaberecht (VergabeR) 3/2009, S. 404.

Schnieders, Ralf, Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.

Siegel, Thorsten, Lockerung des Nachverhandlungsverbotes?, in: Pitschas, Rainer/Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 171.

Spiegel, Nico, Die Vergabekoordinierungsrichtlinie im Überblick, in: Pitschas, Rainer/Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 9.

Wegener, Bernhard, Umweltschutz in der öffentlichen Auftragsvergabe, NZBau 2010, S. 273.

Wollenschläger, Ferdinand, Vergaberechtsschutz unterhalb der Schwellenwerte nach der Entscheidung des BVerfG vom 13. Juni 2006: Verfassungs- und verwaltungsrechtliche Determinanten, DVBl. 2007, S. 589.

Wollenschläger, Ferdinand, Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388.

Zeiss, Christopher, Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte, Köln 2010

Zeiss, Christopher, Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201.

Ziekow, Jan, Vergabefremde Kriterien nach der Neufassung der Vergaberichtlinien; in: Pitschas, Rainer; Ziekow, Jan (Hrsg.), Vergaberecht im Wandel, Vorträge auf dem 4. Speyerer Wirtschaftsforum vom 29. bis 30. September 2004 an der deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer, Berlin 2006, S. 151.

Ziekow, Jan, Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, 2011

11 Entscheidungsverzeichnis

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 3.07.2002, Verg 13/02; NZBau 2003, S. 105.²⁹⁵

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.07.2006, 1 BVL 4/00

www.bverfg.de/entscheidungen/lb20060711_1bvl000400.html.

EuGH, Urteil vom 10.04.2003, C-20/01 und C-28/01.²⁹⁶

EuGH, Urteil vom 16.09.1999, C-27/98.

EuGH, Urteil vom 24.01.1995, C-359/93.

EuGH, Urteil vom 24.07.2003, C-280/00.

EuGH, Urteil vom 28.10.1999, C-328/96.

EuGH, Urteil vom 21.07.2005, C-231/03.

EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87.

EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03.

EuGH, Urteil vom 11.01.2005, C-26/03.

EuGH, Urteil vom 07.12.2000, C-324/98.

EuGH, Urteil vom 03.12.2001, C-59/00.

EuGH, Urteil vom 04.12.2003, C-448/01.

EuGH, Urteil vom 20.05.2010, T-258/06.

EuGH, Urteil vom 10.05.2012, C 368/10.

LG München I, Beschluss vom 18.04.2012, Az.: 11 O 7897/12.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09.

OLG Düsseldorf Beschluss vom 09.12.2009 – VII Verg 37/09.

OLG Düsseldorf Beschluss vom 14.04.2005 – VII-Verg 93/04.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 04.03.2009 - Verg VII 67/08 – NZBau 2009,334.

OLG München, Beschluss vom 02.03.2009 – Verg 01/09.

OLG Rostock, Beschluss vom 30.05.2005, 17 Verg 4/05.

OLG Schleswig, Beschluss vom 05.04.2005, 6 Verg 1/05, ZfBR 2005, 616.

OLG Schleswig, Beschluss vom 09.01.2005, VK-St 37/04.

Vergabekammer Baden-Württemberg beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.06.2003, 1 VK 25/03.

²⁹⁵ Die Dokumente der Rechtsprechung finden sich im Internet unter www.juris.de

²⁹⁶ Die Urteile des EuGH finden sich im Internet unter <http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=de>

2. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 30.04.2002, VK2-10/02,
<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2002/VK2-10-02.html>.
 3. Vergabekammer des Bundes, Beschluss vom 10.05.2010, VK3-42/10,
<http://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2010/VK3-42-10.html>.
- Vergabekammer Nordbayern, Beschluss vom 02.07.2008 - 21.VK-3194-29/08.
- Vergabekammer Schleswig-Holstein, Beschluss vom 19.01.2005, VK-SH 37/04.