

TEXTE

188/2020

Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

Aktualisierung 2020

TEXTE 188/2020

Ressortforschungsplan des Bundesministerium für
Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit

Forschungskennzahl 3717 3731 50
FB000321/ZW,2

Diese Studie entstand als Teilbericht im Rahmen des Forschungsprojektes „Profilierung der umweltfreundlichen Beschaffung durch Integration des modernisierten Vergaberechts in die Praxis“

Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

Aktualisierung 2020

von

Thomas Schneider
Becker Büttner Held, Berlin

Vanessa Schmidt
Berliner Energieagentur, Berlin

Im Auftrag des Umweltbundesamtes

Impressum

Herausgeber

Umweltbundesamt
Wörlitzer Platz 1
06844 Dessau-Roßlau
Tel: +49 340-2103-0
Fax: +49 340-2103-2285
buergerservice@uba.de
Internet: www.umweltbundesamt.de

 [/umweltbundesamt.de](https://www.facebook.com/umweltbundesamt.de)

 [/umweltbundesamt](https://twitter.com/umweltbundesamt)

Durchführung der Studie:

Becker Büttner Held
Rechtsanwälte Wirtschaftsprüfer Steuerberater
Magazinstraße 15-16
10179 Berlin

Berliner Energieagentur
Französische Str. 23
10117 Berlin

Abschlussdatum:

September 2020

Redaktion:

Fachgebiet III 1.3 Ökodesign, Umweltkennzeichnung, Umweltfreundliche Beschaffung
Dagmar Huth, Lars Johannsen, Grit Körber-Ziegegeist, Johanna Wurbs

Publikationen als pdf:

<http://www.umweltbundesamt.de/publikationen>

ISSN 1862-4804

Dessau-Roßlau, Oktober 2020

Die Verantwortung für den Inhalt dieser Veröffentlichung liegt bei den Autorinnen und Autoren.

Kurzbeschreibung: Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung

Im Jahr 2008 hat das Umweltbundesamt in einem Rechtsgutachten die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2004 in deutsches Recht untersuchen lassen. In den Jahren 2012, 2014, 2017 und 2019 fanden Aktualisierungen des Rechtsgutachtens zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung statt. Mit der letzten Aktualisierung des Rechtsgutachtens 2019 wurden insbesondere die im Rahmen der Gesetzesnovelle 2016/2017 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz, die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung sowie die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) eingeführten Änderungen berücksichtigt.

Mit der jetzigen Aktualisierung finden die Neuregelungen zur umweltfreundlichen Beschaffung im Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), im Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) und in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) Eingang in das Gutachten.

Ziel des Rechtsgutachtens ist es, neben der wissenschaftlichen Analyse, insbesondere auch Praktikern und strategischen Entscheidern in öffentlichen Beschaffungsstellen Handlungsempfehlungen für umweltfreundliche öffentliche Beschaffungen zu geben.

Abstract: Legal opinion on green public procurement

In 2008, the German Environment Agency commissioned a legal opinion on the implementation of the 2004 EU Public Procurement Directives into German law. In 2012, 2014, 2017 and 2019 the legal opinion on green public procurement was updated. The last update of the legal opinion in 2019 took into account in particular the changes introduced in the framework of the amendment of the law in 2016/2017 by the Public Procurement Law Modernisation Act, the Public Procurement Law Modernisation Ordinance and the Subthreshold Awarding Ordinance (UVgO).

With the current update, the new regulations on environmentally friendly procurement in the Circular Economy Act (KrWG), the Climate Change Act (KSG) and the General Administrative Regulation on the Procurement of Energy-Efficient Services (AVV-EnEff) are included in the expert opinion.

The aim of the legal opinion is to provide, in addition to the scientific analysis, in particular practitioners and strategic decision-makers in public procurement bodies with recommendations for action for green public procurement.

Inhaltsverzeichnis

Tabellenverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	10
Zusammenfassung.....	14
Summary	21
1 Vorbemerkung zur Aktualisierung.....	28
2 Zusammenfassung für Praktiker.....	29
2.1 Die Umweltaspekte im Vergabeverfahren	30
2.1.1 Wer ist für die Beschaffung zuständig?	30
2.1.2 Was soll beschafft werden?	30
2.1.3 Sind Beschaffungsregeln anzuwenden und wenn ja, welche?	32
2.1.3.1 Wer ist ausschreibungspflichtig?	32
2.1.3.2 Was ist ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag?	32
2.1.3.3 Werden die EU-Schwellenwerte erreicht?	33
2.1.4 Wie ist das Vergabeverfahren vorzubereiten?	33
2.1.4.1 Einbeziehung von Umweltaspekten in die Leistungsbeschreibung.....	34
2.1.4.2 Berücksichtigung von Umweltaspekten in Nebenangeboten	36
2.1.4.3 Einbeziehung von Umweltaspekten bei der Festlegung von Eignungskriterien	36
2.1.4.4 Einbeziehung von Umweltaspekten bei der Festlegung von Zuschlagskriterien	37
2.1.4.5 Umweltaspekte und Ausführungsbedingungen	39
2.1.5 Was ist bei der Durchführung des Verfahrens zu beachten?	40
2.1.6 Wie wird das Verfahren rechtswirksam abgeschlossen?	40
2.2 Wesentliche Ergebnisse	41
3 Einführung	43
3.1 Bedeutung der umweltfreundlichen Beschaffung.....	43
3.2 Die relevanten Vergaberechtsnormen	47
3.2.1 Völkerrecht	49
3.2.2 Europäische Union.....	49
3.2.2.1 EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU und Rahmenverordnung zur Energieverbrauchskennzeichnung (EU) 2017/1369	50
3.2.2.2 Gebäuderichtlinie 2010/31/EU	50
3.2.3 Deutschland	50
3.2.3.1 Oberschwellenbereich	51
3.2.3.2 Unterschwellenbereich.....	51
3.2.3.3 Überblick über die Vergabevorschriften.....	52

3.2.3.4	Verbindliche Vorgaben zu Umweltaspekten	52
3.2.3.5	Gesetzliche Neuerungen der verbindlichen Vorgaben zu Umweltaspekten.....	53
4	Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte	57
4.1	Bedarfsermittlung und Festlegung des Auftragsgegenstandes	58
4.1.1	Anforderungen nach europäischem Recht	61
4.1.2	Anforderungen nach nationalem Recht	62
4.1.2.1	Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)	64
4.1.2.2	Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG).....	69
4.1.2.3	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)	71
4.1.2.4	Verhältnis der Vorschriften zueinander	73
4.2	Leistungsbeschreibung.....	74
4.2.1	Gütezeichen in der Leistungsbeschreibung und zur Nachweisführung.....	77
4.2.1.1	Gütezeichen im Sinn der VgV.....	77
4.2.1.2	Leistungsbeschreibung durch Gütezeichen	79
4.2.1.3	Nachweisführung durch Bescheinigungen und Gütezeichen	84
4.2.2	Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten	92
4.2.2.1	Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen.....	92
4.2.2.2	Beschaffung von Straßenfahrzeugen.....	93
4.2.2.3	Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten.....	95
4.2.2.4	Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)	95
4.2.2.5	Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG).....	95
4.2.2.6	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)	95
4.2.3	Merkmal „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“	96
4.2.4	Nebenangebote	98
4.3	Auswahl geeigneter Unternehmen.....	98
4.3.1	Vergaberechtliche Vorgaben	98
4.3.2	Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB)	99
4.3.3	Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)	100
4.3.4	Technische und berufliche Leistungsfähigkeit.....	101
4.3.5	Unterauftragnehmer.....	104
4.4	Angebotswertung/Zuschlagskriterien.....	105
4.4.1	Wirtschaftlichstes Angebot.....	105
4.4.2	Festlegung der Zuschlagskriterien	106

4.4.3	Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand.....	107
4.4.3.1	Produktionsmethoden	108
4.4.3.2	Lebenszykluskosten	110
4.4.3.3	Externe Kosten.....	114
4.4.4	Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze	114
4.4.4.1	Eindeutige Festlegung und Gewichtung der Kriterien.....	114
4.4.4.2	Diskriminierungsverbot und Einengung auf ein Unternehmen.....	115
4.4.5	Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten	118
4.4.6	Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen und -systemen im Rahmen der Angebotswertung	119
4.5	Ausführungsbedingungen	120
4.6	Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung	124
5	Umweltaspekte im Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte	126
5.1	Festlegung des Auftragsgegenstandes	126
5.2	Leistungsbeschreibung.....	127
5.2.1	Eindeutige Leistungsbeschreibung (§ 23 UVgO).....	127
5.2.2	Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 24 UVgO)	128
5.3	Auswahl geeigneter Unternehmen.....	128
5.3.1	(Zwingende und fakultative) Ausschlussgründe	129
5.3.2	Fachliche und technische Leistungsfähigkeit (§ 33 UVgO)	129
5.4	Angebotswertung/Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO)	130
5.5	Ausführungsbedingungen (§ 45 UVgO)	131
5.6	Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung	132
6	Quellenverzeichnis	133
7	Entscheidungsverzeichnis.....	136

Tabellenverzeichnis

Tabelle 1:	Überblick über die EU-Schwellenwerte.....	33
Tabelle 2:	Einführung der UVgO in den Bundesländern	51
Tabelle 3:	Überblick über die Vergabevorschriften über- und unterhalb der EU-Schwellenwerte	52
Tabelle 4:	Überblick über verbindliche Vorgaben zu Umweltaspekten....	53

Abkürzungsverzeichnis

Abl. der EG	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abl. der 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 Leistungen
Az.	Aktenzeichen
BAnz.	Bundesanzeiger
BayObLG	Bayerisches Oberstes Landesgericht
BfEE	Bundesstelle für Energieeffizienz
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BHO	Bundeshaushaltsordnung
BMU	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz und nukleare Sicherheit
BMUB	Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, Bau und Reaktorsicherheit
BMWi	Bundesministerium für Wirtschaft und Energie
BRAK	Bundesrechtsanwaltskammer
BverfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CEN	European Committee for Standardization
CEPS	Centre for European Policy Studies
CETA	Comprehensive Economic and Trade Agreement
CNG	Compressed Natural Gas
d. h.	das heißt
DIN	Deutsches Institut für Normung
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
EDL	Energiedienstleistung
EG	Europäische Gemeinschaft
EMAS	Eco-Management and Audit Scheme
endg.	endgültig

engl.	englisch
EnVKG	Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz
EnVKV	Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung
EPBD	Energy Performance of Buildings Directive, Gebäuderichtlinie
EU	Europäische Union
EuG	Europäisches Gericht erster Instanz
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EurUP	Zeitschrift für europäisches Umweltrecht
EWG	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folgende
ff.	fortfolgende
Fn.	Fußnote
FSC	Forest Stewardship Council
gGmbH	gemeinnützige Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GPA	Government Procurement Agreement (Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen)
GPP	Green Public Procurement (umweltfreundliche öffentliche Beschaffung)
GWB	Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (aus dem Jahr 2016)
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
IEKP	Integriertes Energie- und Klimaprogramm
ISO	International Organization for Standardization
i.S.d.	im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
ITDZ	IT-Dienstleistungszentrum Berlin
i.V.m.	in Verbindung mit
KMU	Kleine und mittlere Unternehmen
KonzVgV	Verordnung über die Vergabe von Konzessionen – Konzessionsvergabeverordnung (aus dem Jahr 2016)
KOM	Europäische Kommission
KrW/AbfG	Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz
KrWG	Kreislaufwirtschaftsgesetz
LCC	Lebenszykluskostenrechnung (engl. life cycle costing)
LPG	Liquefied Petroleum Gas
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NEEAP	Nationaler Energieeffizienz-Aktionsplan

n.F.	neue Fassung
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (Zeitschrift)
NZBau	Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht (Zeitschrift)
OLG	Oberlandesgericht
PEFC	Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes
PPM	Prozess- und Produktionsmethoden (process and production methods)
RAL	Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung
Rn.	Randnummer
Rs.	Rechtssache
S.	Seite oder Satz
SektVO	Sektorenverordnung (aus dem Jahr 2016)
SZR	Sonderziehungsrechte
TISA	Trade in Services Agreement
TCO	Total Cost of Ownership
TTIP	Transatlantic Trade and Investment Partnership
u. Ä.	und Ähnliches
UMK	Umweltministerkonferenz (des Bundes und der Länder)
UMS	Umweltmanagementsystem
UVgO	Unterschwellenvergabeordnung
UZ	Umweltzeichen
v.	von oder vom
Verg	Vergabe
VergRModG	Vergaberechtsmodernisierungsgesetz
VergRModVO	Vergaberechtsmodernisierungsverordnung
VergStatVO	Vergabestatistikverordnung
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	vergleiche
VgV	Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge – Vergabeverordnung (aus dem Jahr 2016)
VK	Vergabekammer
VO	Verordnung
VOB	Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (aus dem Jahr 2019)
VOF	Vergabeordnung für freiberufliche Leistungen
VOL	Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (aus dem Jahr 2009)

vgl.	voraussichtlich
VSVgV	Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit
VwVBU	Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (Berlin)
VBIBW	Verwaltungsblätter für Baden-Württemberg (Zeitschrift)
WTO	Welthandelsorganisation (engl. World Trade Organisation)
ZfBR	Zeitschrift für deutsches und internationales Bau- und Vergaberecht (Zeitschrift)
z. B.	zum Beispiel
Ziff.	Ziffer

Zusammenfassung

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

Umweltfreundliche Liefer- und Dienstleistungen schonen das Klima sowie die natürlichen Ressourcen, sie sind schadstoffärmer und verursachen weniger Emissionen umweltschädlicher Stoffe.

Des Weiteren lassen sich durch eine umweltfreundliche Beschaffung langfristig Kosten senken, indem bei der Angebotswertung nicht nur die Anschaffungs-, sondern auch die Folgekosten (sog. Lebenszykluskosten) betrachtet werden. Insbesondere energieeffiziente Geräte, Kraftfahrzeuge mit geringerem Kraftstoffverbrauch oder langlebige Produkte schonen über die gesamte Nutzungsdauer den öffentlichen Geldbeutel.

Die Anschaffung umweltfreundlicher Produkte und Dienstleistungen kann darüber hinaus zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeitenden und Kunden öffentlicher Einrichtungen beitragen, bspw. durch emissionsarme Bodenbeläge in Kindertagesstätten oder lärmarme Computer und Drucker in Büros von Verwaltungen.

Umweltfreundliche Beschaffung trägt auch zur Markteinführung und -diffusion umweltschonender Produkte und Dienstleistungen bei. Nicht selten sind es neuartige Produkte und Dienstleistungen, die einen wichtigen Beitrag zur ökologischen Modernisierung der Wirtschaft leisten und zukunftsfähige Märkte und Arbeitsplätze schaffen können. Die Marktmacht der öffentlichen Hand ist erheblich. Das Beschaffungsvolumen der öffentlichen Hand in Deutschland liegt schätzungsweise bei 500 Milliarden Euro im Jahr.

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass der öffentlichen Verwaltung in Bezug auf „grüne“ Beschaffungen eine Vorbildfunktion für Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen zukommt.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung 2016 mit § 97 Abs. 3 GWB neue Vergabegrundsätze eingeführt, mit denen die Vorbildfunktion praktisch umgesetzt werden soll. Durch die Aufnahme von strategischen Vergabezwecken, wie Aspekte der Qualität und Innovation sowie soziale und ökologische Gesichtspunkte, in § 97 Abs. 3 GWB sind diese im gesamten Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

Umweltaspekte im Vergabeverfahren

Bedarfsermittlung

Bevor die öffentliche Beschaffungsstelle eine Leistung ausschreiben kann, muss sie festlegen, was beschafft werden soll (Bedarfsermittlung). Die Bedarfsermittlung und die sich daraus ergebende Festlegung des Auftragsgegenstandes haben enormen Einfluss auf die Umweltauswirkungen der Beschaffung. Keine spätere Entscheidung während des Beschaffungsprozesses ist in vergleichbarer Weise geeignet, Umweltaspekte in die Beschaffung einzubeziehen. Daher setzen auch die Neuregelungen zur umweltfreundlichen Beschaffung im Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) an dieser Stelle an und beschränken den Entscheidungsspielraum von öffentlichen Beschaffungsstellen auf Bundesebene zugunsten der Berücksichtigung von Umweltbelangen. Die Regelungen verpflichten die öffentlichen Beschaffungsstellen zu prüfen, ob umweltfreundliche Beschaffungsvarianten bestehen. Die Neuregelung im KrWG und im KSG verpflichten die öffentlichen Beschaffungsstellen darüber hinaus sogar, die

umweltfreundlichste Variante zum Auftragsgegenstand zu machen, so dass die Beschaffung anderer Varianten schon nicht mehr zulässig ist.

Den öffentlichen Beschaffungsstellen ist daher unbedingt zu empfehlen, im Stadium der Bedarfsermittlung Umweltaspekte zu berücksichtigen.

Sollte die Bedarfsermittlung ergeben, dass aufgrund der spezifischen Umweltaspekte letztlich nur sehr wenig oder sogar nur ein Unternehmen für die Leistungserbringung in Betracht kommen, kann diese „produktspezifische“ Ausschreibung dennoch gerechtfertigt sein. Die Rechtfertigung ist entsprechend zu dokumentieren. In diesem Sinne ist bereits von der Vergaberechtsprechung positiv anerkannt worden, dass bestimmte energieeffiziente Techniken auch dann definiert werden können, wenn nur ein Unternehmen die Anforderungen erfüllen kann.

Erstellung der Leistungsbeschreibung

Die Beschreibung der Leistung steht in einem engen Zusammenhang zur Bedarfsermittlung. Die Bedarfsermittlung mündet unmittelbar in die Festlegung des Auftragsgegenstandes und damit letztlich in die Leistungsbeschreibung. Sämtliche für die Bedarfsdeckung erforderlichen Umweltaspekte sind daher in der Leistungsbeschreibung durch die öffentliche Beschaffungsstelle niederzulegen. Dabei ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sodass vergleichbare Angebote erwartet werden können. Die Leistung kann von der öffentlichen Beschaffungsstelle insbesondere unter Bezugnahme auf Gütezeichen (wie z. B. dem Blauen Engel) oder in Form von Funktions- oder Leistungsanforderungen beschrieben werden.

Eine eindeutige Leistungsbeschreibung durch einen pauschalen Verweis auf Gütezeichen ist möglich und zulässig. Der öffentliche Auftraggeber hat in diesem Zusammenhang lediglich darauf zu achten, dass die Leistung auch durch den pauschalen Verweis eindeutig und transparent beschrieben wird. Dies ist der Fall, solange sämtliche Merkmale des Gütezeichens für die Leistungserbringung relevant sind. Sofern die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen soll, hat die öffentliche Beschaffungsstelle nur die betreffenden Anforderungen anzugeben. Auch diese teilweise Bezugnahme kann durch einen pauschalen Verweis auf den jeweils relevanten Teil des Gütezeichens erfolgen.

Umweltaspekte können sich dabei zum einen direkt auf die Eigenschaften der ausgeschriebenen Leistung beziehen (wie z. B. der Einsatz oder die Vermeidung bestimmter Inhaltsstoffe oder Materialien). Zum anderen können Umwelteigenschaften in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, die der ausgeschriebenen Leistung nicht unmittelbar anhaften. Hierzu zählen bestimmte umweltfreundliche Produktionsverfahren.

Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zudem auch auf Normen zur Festlegung der technischen Spezifikation der Leistung verweisen. Diese Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei einzelnen Leistungen Umweltaspekte zu beachten sind. So sollen in europaweiten Ausschreibungen bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Liefer- oder Dienstleistungen Anforderungen an die Energieeffizienz gestellt werden (vgl. § 67 VgV). Ebenso müssen die öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen den Energieverbrauch und die Umwelteinwirkungen einbeziehen (vgl. § 68 VgV).

Die Leistungsbeschreibung in Form von Funktions- oder Leistungsanforderungen (bekannter unter der Bezeichnung „funktionale Ausschreibung“) bietet gegenüber konstruktiven Leistungsbeschreibungen (Leistungsverzeichnissen) den Vorteil, dass die Innovationskraft der Unternehmen in die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung einbezogen werden kann. In diesem Fall macht die öffentliche Beschaffungsstelle Vorgaben zum Ziel der Beschaffung, lässt jedoch den Unternehmen hinsichtlich der Erreichung dieses Ziels Spielräume.

Regelmäßig wird die funktionale Ausschreibung kombiniert mit genauen Anforderungen an die Beschaffenheit der ausgeschriebenen Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung). In diesem Fall wird von einer teilfunktionalen Ausschreibung gesprochen.

Sowohl die Bezugnahme auf (ökologische) Gütezeichen als auch die Leistungsbeschreibung in Form von Funktions- und Leistungsanforderungen (funktionale Ausschreibung) bietet den Vorzug, dass ökologische Kriterien mit einem verhältnismäßig geringen Aufwand in einem hohen Maße Eingang in die Leistungserbringungen finden. Besonders praxisrelevant sind dabei Teilverweise auf Gütezeichen und teilfunktionale Ausschreibungen.

Nebenangebote

Nebenangebote sind eine gute Möglichkeit für öffentliche Beschaffungsstellen, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Bei Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte sind Nebenangebote allerdings nur dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber sie ausdrücklich zugelassen hat. Zudem muss der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall die Mindestanforderungen an die Prüfung und Wertung der von ihr zugelassenen Nebenangebote in den Vergabeunterlagen benennen. Dies kann sich in der Praxis als problematisch oder zumindest als Hemmnis für innovative technische Varianten erweisen. Der Grund ist, dass die öffentliche Beschaffungsstelle die Nebenangebote gewissermaßen antizipieren muss, obwohl sie in der Regel über ein geringeres technisches Know-how verfügt als die anbietenden Unternehmen. Daher ist es regelmäßig zweckdienlicher Verhandlungsverfahren zur Einbeziehung der Innovationskraft des Marktes durchzuführen, die es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, innovative Aspekte im Laufe der Verhandlungen zum Auftragsgegenstand zu machen.

Eignungskriterien

Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden, die nicht aufgrund einer besonderen Verfehlung auszuschließen sind. Der öffentliche Auftraggeber hat damit sicherzustellen, dass die richtigen Unternehmen für die Leistungserbringung ausgewählt werden. Hierbei hilft die Festlegung von spezifischen auf Umweltaspekte des Auftragsgegenstandes bezogenen Eignungskriterien.

Zunächst hat der öffentliche Auftraggeber zu prüfen, dass das Unternehmen nicht aufgrund eines Verstoßes gegen umweltrechtliche Verpflichtung bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen werden kann (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Um diese Prüfung wirksam durchführen zu können, ist es empfehlenswert, eine Eigenerklärung von den Unternehmen abzufordern, wonach ein entsprechender Verstoß nicht vorliegt. Der Nachweis kann auch über eine EMAS-Registrierung durch das Unternehmen erfolgen. Beide Varianten sollten in den Vergabeunterlagen dem Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, das die für ihn passende Variante auswählen darf.

Wichtiger Hinweis: Umweltmanagementsysteme (z. B. EMAS, nicht jedoch: Zertifizierung nach ISO 14001) können zum Nachweis, dass das Unternehmen nicht gegen umweltrechtliche Vorschriften verstößt, gefordert werden.

Des Weiteren sind insbesondere die folgenden Eignungskriterien zur Einbeziehung von Umweltaspekten besonders zweckdienlich:

- ▶ Referenzen über erbrachte Leistungen mit Umweltbezug (vgl. § 46 Abs. 1 Nr. 1 VgV),
- ▶ entsprechend ausgebildetes Personal (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 VgV),
- ▶ technische Ausrüstung (§ 46 Abs. 1 Nr. 3 VgV), z. B. emissionsarme Geräte, die bei der Leistungserbringung zum Einsatz kommen,

- spezielle Überwachungssysteme für Lieferketten (§ 46 Abs. 1 Nr. 4 VgV) und
- die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen (§§ 46 Abs. 1 Nr. 7, 49 VgV), wie z. B. EMAS.

Wichtig ist, dass die konkret geforderten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung von Bedeutung sind. Dies ist insbesondere bei Aufträgen der Fall, die unter Umweltgesichtspunkten besonders sensibel sind, wie z. B. Reinigung von Containern mit Abfall unbekannter Herkunft, Entsorgung nicht aufzubereitender Flüssigkeiten. Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann sodann ebenfalls eine EMAS-Registrierung verlangt werden.

Ist der Zusammenhang der ins Auge gefassten Umweltaspekte und der technischen Leistungsfähigkeit nicht unmittelbar erkennbar, ist die Berücksichtigung dieser Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien zu empfehlen.

Wichtiger Hinweis: das Eignungskriterium „Ortsansässigkeit“ (auch: regionale Beschaffung) ist unzulässig, da Wirtschaftsteilnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten benachteiligt werden.

Zuschlagskriterien

Die Berücksichtigung von Umweltaspekten ist explizit im Rahmen der Bewertung von Angeboten vorgesehen. So wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste (nicht zwingend das billigste) Angebot erteilt. Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes können neben dem Preis auch umweltbezogene Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 Abs. 1 GWB). Mit den von der Beschaffungsstelle festzulegenden Zuschlagskriterien wird letztlich die von den Unternehmen angebotene Leistung in Bezug auf ihre Wirtschaftlichkeit bewertet. Wichtig ist daher, dass die Zuschlagskriterien in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen beschrieben werden. Auch bei den Zuschlagskriterien kann pauschal auf Gütezeichen (gesamt oder teilweise) verwiesen werden.

Die umweltbezogenen Zuschlagskriterien können sich zum einen direkt auf die Eigenschaften der ausgeschriebenen Leistung beziehen, Zuschlagskriterien können zum anderen aber auch Umwelteigenschaften berücksichtigen, die der ausgeschriebenen Leistung nicht unmittelbar anhaften. Hierzu zählen Produktionsmethoden, Lebenszykluskosten und externe Kosten.

Lebenszykluskosten

Lebenszykluskosten dürfen bei Beschaffung von Waren und Dienstleistungen berücksichtigt werden. Die Berechnungsmethoden für die Lebenszykluskosten umfassen die Anschaffungskosten, Nutzungskosten, Wartungskosten, Kosten am Ende der Nutzdauer sowie Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen. In den Vergabeunterlagen ist genau zu beschreiben, wie die öffentliche Beschaffungsstelle die Lebenszykluskosten ermittelt, damit die Unternehmen die Chance erhalten, ein dementsprechendes Angebot einzureichen.

Empfehlenswert ist es, in die Ausschreibung ein Berechnungstool einzufügen, mit dessen Hilfe die Angebote schnell und diskriminierungsfrei verglichen werden können. Das Umweltbundesamt stellt ein entsprechendes Tool zur Verfügung:

Ausführungsbedingungen

Die öffentlichen Beschaffungsstellen können schließlich auch im Rahmen der Ausführungsbedingungen ökologische Kriterien zum Gegenstand der Leistungserbringungen machen, z. B. zu Transport, Verpackung oder die Verfügbarkeit von Ersatzteilen. Die Ausführungsbedingungen stellen Vertragsbedingungen dar, die vom Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind. Die Einbeziehung von Umweltaspekten wird vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen (vgl. § 128 Abs. 2 GWB, § 61 VgV).

Verfahrensart

Als letzter Schritt der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ist die Verfahrensart auszuwählen.

Für Liefer- und Dienstleistungen gilt im Oberschwellenbereich (ab Erreichen der EU-Schwellenwerte) neben dem GWB die VgV. Für Bauleistungen gilt die Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen (VOB/A-EU). Sektorenauftraggeber schreiben hingegen sämtliche Leistungen nach der Sektorenverordnung (SektVO) aus. Konzessionen (Verträge in einem Dreiecksverhältnis, bei denen der Konzessionsgeber ein Recht zur Nutzung bzw. Verwertung der Dienst- oder Bauleistungen Dritten gegenüber einräumt) werden hingegen nach der Konzessionsvergabeordnung (KonzVgV) vergeben.

Ob der Vertrag europaweit oder national auszuschreiben ist, richtet sich danach, ob der geschätzte Auftragswert den EU-Schwellenwert erreicht. Derzeit (2020) gilt für die Ausschreibung von Liefer- und Dienstleistungen folgender EU-Schwellenwert: 214.000 Euro (für Bundesbehörden: 139.000 Euro).

Für die Ermittlung des Schwellenwertes ist der Auftragswert zu schätzen. Bei der Schätzung ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen und sind sämtliche Optionen und Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen (vgl. § 3 VgV, § 2 SektVO, § 2 KonzVgV).

Sollten die EU-Schwellenwerte nicht erreicht werden, sind die Leistungen im Unterschwellenbereich nach der UVgO oder teilweise noch der Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (VOL/A) und der VOB/A (1. Abschnitt) auszuschreiben.

Für die Beschaffung von Standardlösungen (auch unter Einbeziehung von Umweltaspekten) ist das offene Verfahren im Oberschwellenbereich bzw. die öffentliche Ausschreibung im Unterschwellenbereich zu empfehlen. Ein Indiz dafür, ob Standardleistungen beschafft werden, kann der pauschale Verweis auf Gütezeichen zum Zwecke der Leistungsbeschreibung sein. Ist die Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend mittels eines Verweises möglich, spricht vieles dafür, dass für die Leistungserbringung keine konzeptionellen Lösungen und damit auch keine Verhandlungen erforderlich sind. Die Leistung kann somit im offenen Verfahren/öffentlicher Ausschreibung vergeben werden.

Demgegenüber empfiehlt sich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bzw. die Verhandlungsvergabe für die Beschaffung von komplexen Leistungen, deren Ausführung innovativer und konzeptioneller Lösungen bedarf. So kann beispielsweise die funktionale Leistungsbeschreibung Spielräume eröffnen, die Verhandlungen erforderlich machen.

Je nach Auftragswert ist die beabsichtige Vergabe europaweit im Supplement zum Europäischen Amtsblatt (online auf Tenders Electronic Daily) oder national zu veröffentlichen. Mit der Auftragsbekanntmachung wird das Verfahren offiziell eingeleitet. Bei der europaweiten Ausschreibung ist zudem die verpflichtend elektronische Verfahrensführung zu beachten.

Die bis zur Schlussfrist eingehenden Teilnahmeanträge bzw. Angebote der Unternehmen sind von der öffentlichen Beschaffungsstelle zunächst auf form- und fristgerechten Eingang zu prüfen. Hieran schließt sich die Prüfung der ordnungsgemäß eingegangenen Unterlagen auf Vollständigkeit, der Unternehmen auf Eignung und der Angebote auf Wirtschaftlichkeit an.

Bei sämtlichen Verfahrensschritten hat die öffentliche Beschaffungsstelle die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze zu beachten, um einen echten, transparenten Wettbewerb um die Aufträge herzustellen, in denen Unternehmen weder willkürlich bevorzugt noch benachteiligt werden.

Des Weiteren ist das gesamte Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform zu dokumentieren.

Zuschlagserteilung

Für die rechtssichere Zuschlagserteilung im Oberschwellenbereich ist es zunächst erforderlich, dass die Unternehmen, deren Angebote nicht bezuschlagt werden sollen, über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert werden (Informationspflicht). Die Unternehmen sind über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihrer Angebote und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot den Zuschlag erhalten soll, zu informieren (vgl. § 134 GWB). Der Zuschlag darf sodann frühestens zehn Kalendertage nach Absendung der Informationsschreiben erteilt werden (Wartefrist). Im Unterschwellenbereich ist eine vergleichbare Informations- und Wartepflicht in der Regel nicht gegeben. Der Zuschlag kann somit nach der Auswertung der Angebote unmittelbar erteilt werden.

Wesentliche Ergebnisse

Der Berücksichtigung von qualitativen, sozialen, umweltbezogenen und/oder innovativen Aspekten in der öffentlichen Beschaffung kommt gemäß § 97 Abs. 3 GWB der Rang von Grundsätzen zu. Öffentliche Beschaffungsstellen dürfen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte Umweltaspekte in der Beschaffung berücksichtigen. Darüber hinaus sind alle öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Waren, Geräten und Ausrüstungen sowie von Straßenfahrzeugen verpflichtet, Umweltaspekte zu berücksichtigen, wenn die Auftragswerte über dem EU-Schwellenwert liegen.

Bundesbehörden sind zudem aufgrund des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG), des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) zur Berücksichtigung von Umweltbelangen verpflichtet.

Die öffentlichen Auftraggeber haben folgende Möglichkeiten, Umweltaspekte in Vergabeverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte einzubeziehen:

1. Bei der Bedarfsermittlung und der Auswahl des Auftragsgegenstandes 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 öffentlichen 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 in seinen Merkmalen 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.
3. Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer (Bau-)Leistung oder Ware gemäß § 31 Abs. 3 VgV pauschal auf Gütezeichen i. S. v. § 34 VgV verweisen, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird. Ferner darf sie zum Nachweis, dass die Anforderungen in der Leistungsbeschreibung (die technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen betreffend) eingehalten sind, verlangen, dass die Produkte mit einem bestimmten Gütezeichen versehen sind. In den Vergabeunterlagen muss sie allerdings auch ausdrücklich den Nachweis durch gleichwertige Gütezeichen zulassen.

4. Nebenangebote sind eine gute Möglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Aufgrund der hohen Anforderungen an Nebenangebote kann die Innovationskraft des Marktes jedoch besser über Verhandlungsverfahren einbezogen werden.
5. Bei der Eignungsprüfung ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB vorliegen. Er kann zudem Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Öffentliche Auftraggeber können nicht nur für Bau- und Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Lieferaufträge zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens ein Umweltmanagementsystem im Unternehmen verlangen (vgl. § 49 VgV), wenn diese für die Ausführung des Auftrags wichtig sind. Als Nachweis kann eine Zertifizierung nach EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangt werden. Gleichwertige Nachweise müssen akzeptiert werden.
6. Bei der Angebotswertung ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 S. 1 GWB). Als Zuschlagskriterien kommen verschiedene Aspekte in Betracht, zu denen auch Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten, z. B. Verbrauch von Strom und Wasser, gehören können. Lebenszykluskosten haben neben den Umweltauswirkungen auch unmittelbare wirtschaftliche Auswirkungen. 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 öffentlichen Auftraggeber nicht erlauben, eine willkürliche Auswahl zu treffen, den Unternehmen bekannt gemacht worden sind und nicht gegen europäisches Primärrecht (insbesondere Diskriminierungsverbot) verstoßen. Ein pauschaler Verweis auf Gütezeichen ist auch bei den Zuschlagskriterien möglich.
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 Unternehmen 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 bietenden Unternehmens 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 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte. Grundsätzlich nicht zulässig hingegen sind Ausführungsklauseln, die bietende Unternehmen aufgrund von Anforderungen an den Transport der Waren oder Materialien diskriminieren. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Diskriminierung im Einzelfall aus Gründen des Umweltschutzes ausnahmsweise gerechtfertigt ist.
9. Das Vergabeverfahren muss der öffentliche Auftraggeber von Beginn an in Textform dokumentieren und einen Vergabevermerk erstellen, in dem der Ablauf des gesamten Vergabeverfahrens dokumentiert wird, unter anderem damit der öffentliche Auftraggeber später nachweisen kann, dass umweltbezogene Aspekte nicht missbräuchlich verwendet worden sind.
10. Auch bei Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte ist eine umweltfreundliche Beschaffung rechtlich unproblematisch zulässig. Durch die neue Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) werden die Anforderungen im Unterschwellenbereich weitestgehend dem Oberschwellenbereich angepasst.

Summary

Green public procurement is a process whereby public authorities seek to procure goods, services and works with a reduced environmental impact throughout their life cycle when compared to goods, services and works with the same primary function that would otherwise be procured.

Green public procurement protects the climate and natural resources, produces fewer pollutants, and causes fewer emissions of environmentally harmful substances.

In addition, green public procurement can reduce costs in the long term by considering not only the purchase costs but also the follow-up costs (so-called life-cycle costs) when evaluating offers. Energy-efficient appliances, vehicles with lower fuel consumption or long-lasting products are easy on the public purse over their entire useful life.

The purchase of environmentally friendly products and services can also help to protect the health of employees and customers of public institutions, for example through low-emission floor coverings in day-care centres or low-noise computers and printers in administrative offices.

Green procurement contributes to the market introduction and diffusion of environmentally friendly products and services. It is often new products and services that make an important contribution to the ecological modernisation of the economy and create sustainable markets and jobs. The market power of public authorities is considerable. The public sector's procurement volume in Germany is estimated at 500 billion euros per year.

In this context, it is also important to note that public administrations can set an example to citizens and businesses in terms of green procurement.

Within the framework of the modernisation of public procurement law in 2016, the legislator introduced new procurement principles in Section 97 (3) of the Act against Restraints of Competition (Competition Act) which are intended to put this exemplary function into practice. By including strategic procurement purposes, such as aspects of quality and innovation as well as social and ecological aspects, in Section 97 (3) of the Competition Act, these must be considered in the entire procurement procedure.

Environmental aspects in the award procedure

Needs assessment

Before the public procurement body can put a service out to tender, it must define what is to be procured (needs assessment). The determination of requirements and the resulting definition of the subject matter of the contract have an enormous influence on the environmental impact of the procurement. No later decision during the procurement process is suitable in a comparable way to include environmental aspects in the procurement. For this reason, the new regulations on environmentally friendly procurement in the Circular Economy Act (KrWG), the Climate Change Act (KSG) and the General Administrative Regulation on the Procurement of Energy-Efficient Services (AVV-EnEff) also start at this point and limit the decision-making scope of public procurement bodies at federal level in favour of taking environmental concerns into account. The regulations oblige public purchasers to check whether environmentally friendly procurement options exist. The new rules in the KrWG and KSG even oblige public procurement bodies to make the most environmentally friendly variant the subject of the contract, so that the procurement of other variants is no longer permissible.

It is therefore strongly recommended that public procurement bodies consider environmental aspects at the stage of determining requirements.

If the determination of requirements shows that due to the specific environmental aspects ultimately only very few or even only one company can be considered for the provision of services, this "product-specific" tender can still be justified. The justification must be documented accordingly. It has already been positively recognised by public procurement law that certain energy-efficient technologies can be defined even if only one company can meet the requirements.

Tender specifications

The tender specifications are closely related to the assessment of needs. The determination of requirements leads directly to the definition of the object of the contract and thus ultimately to the specification of services. All environmental aspects necessary for the satisfaction of requirements must therefore be laid down in the technical specifications by the public procurement agency. The service must be described clearly and exhaustively so that comparable offers can be expected. The public procurement body may describe the service by referring to labels (such as the Blue Angel) or in the form of functional or performance requirements.

It is possible and permissible to set up tender specifications referring to labels. In this context, the contracting authority only must ensure that the service is clearly and transparently described by the label. This is the case if all characteristics of the label are relevant for the service provision. If the service or product is not intended to meet all the requirements of the label, the public procurement body only must specify the relevant requirements. This partial reference can also be made by a reference to the relevant part of the label.

Environmental aspects can, on the one hand, directly relate to the characteristics of the service or product tendered for (such as the use or avoidance of certain ingredients or materials). On the other hand, environmental characteristics which are not directly related to the service tendered for can be considered in the service description. These include certain environmentally friendly production processes.

The public purchaser may also refer to standards to define the technical specification of the service. These references must be accompanied by the words "or equivalent".

Some environmental aspects always must be considered. For example, energy efficiency requirements are to be set in Europe-wide invitations to tender for the procurement of energy-related supplies or services (§ 67 Public Procurement Regulation, VgV). Similarly, public contracting authorities must take energy consumption and environmental impacts into account when procuring road vehicles (§ 68 VgV).

Performance specifications in the form of functional or performance requirements (better known as "functional tendering") offer the advantage over constructive performance specifications (service specifications) that the innovative strength of companies can be included in environmentally friendly public procurement. In this case, the public procurement body states the objective of the procurement but leaves companies room for manoeuvre in achieving this objective.

Regularly, functional tendering is combined with precise requirements regarding the nature of the service to be tendered (constructive specifications). In this case, this is referred to as a partial functional tender.

Both the reference to (ecological) labels and the specification in the form of functional and performance requirements (functional tendering) offer the advantage that ecological criteria are incorporated to a high degree into the service provision with relatively little effort. Partial references to labels and partial functional tenders are particularly relevant in practice.

Variants

Variants are a good way for public procurement bodies to include environmentally friendly variants in the procedure. However, for contracts above the EU thresholds, variants are only allowed if the contracting authority has explicitly allowed them. In addition, in this case, the contracting authority must specify in the tender documents the minimum requirements for the examination and evaluation of the variants it allows. In practice, this can prove problematic or at least an obstacle to innovative technical variants. The reason is that the public procurement body has to some extent to anticipate the variant bids, even though it usually has less technical know-how than the tendering companies. Therefore, negotiated procedures are the best choice to take account of the innovative capacity of the market.

Selection criteria

Public contracts may only be awarded to competent and suitable companies that do not have to be excluded based on misconduct. The public contracting authority must thus ensure that the right companies are selected to provide the services. The definition of specific selection criteria related to the environmental aspects of the subject of the contract helps in this respect.

First of all, the public contracting authority has to check if the company has to be excluded on the grounds of a breach of an obligation under environmental law in the performance of a public contract (cf. Section 124 (1) No. 1 Competition Act). To be able to carry out this examination effectively, it is recommended that the companies make a declaration of their own that no such breach has occurred. Proof can also be provided via an EMAS registration. Both variants should be made available to the company in the tender documents, which may select the variant that suits it best.

Important note: Environmental management systems (e.g. EMAS, but not ISO 14001 certification) can be required to prove that the company does not violate environmental regulations.

Furthermore, the following suitability criteria are particularly useful for the integration of environmental aspects:

- ▶ references on services rendered with environmental relevance (cf. § 46 (1) No. 1 VgV),
- ▶ appropriately trained personnel (§ 46 (1) No. 2 VgV),
- ▶ technical equipment (Article 46 (1) No. 3 VgV), e.g. low-emission devices used in the provision of services,
- ▶ special monitoring systems for supply chains (§ 46 (1) No. 4 VgV), and
- ▶ the indication of environmental management measures (§§ 46 (1) No. 7, 49 VgV), such as EMAS.

The required means of proof for the technical capability must be relevant for the service put out to tender. This is the case for contracts that are sensitive from an environmental point of view, such as cleaning of containers with waste of unknown origin, disposal of liquids that cannot be treated. EMAS registration may then also be required to demonstrate technical capability.

If the link between the environmental aspects envisaged and technical performance is not immediately apparent, it is recommended that these aspects be considered in the award criteria.

Important note: the eligibility criterion "local" (also: regional procurement) is inadmissible as it discriminates against tenderers from other EU Member States.

Award criteria

The consideration of environmental aspects is explicitly provided for in the evaluation of bids. Thus, the contract is awarded to the most economical (not necessarily the cheapest) offer. To determine the most economical offer, environmental aspects can also be considered in addition to the price (Section 127 (1) Competition Act). The award criteria to be defined by the contracting authority are used to evaluate the service offered by the tenderers in terms of its economic efficiency. It is therefore important that the award criteria are described in the contract notice or the tender documents. The award criteria can also make general reference to labels (in whole or in part).

On the one hand, the environmental award criteria can refer directly to the characteristics of the service tendered for, but on the other hand award criteria can also take into account environmental characteristics which are not directly related to the service tendered for. These include production methods, life cycle costs and external costs.

Life cycle costs

Life cycle costs may be considered in the procurement of goods and services. The methods for calculating life-cycle costs include acquisition costs, usage costs, maintenance costs, costs at the end of the useful life and costs arising from the externalities of pollution. The tender documents must describe in detail how the public procurement body determines the life-cycle costs so that companies can submit a tender in line with them.

It is advisable to include a calculation tool in the tender, which will allow for a quick and non-discriminatory comparison of the offers.

Conditions for performance of contracts

Finally, contracting authorities can also make environmental criteria the subject of conditions for performance of contracts, e.g. on transport, packaging, or the availability of spare parts, in the context of the implementation conditions. The conditions must be considered by the company when executing the contract. The inclusion of environmental aspects is expressly provided for by law (cf. Section 128 (2) Competition Act, Section 61 VgV).

Type of procedure

The final step in preparing the award procedure is to select the type of procedure.

In addition to the Competition Act, the VgV applies to supplies and services in the upper threshold area (from reaching the EU thresholds). The tendering and contract regulations for construction services (VOB/A-EU) apply to construction work. Sectoral contracting authorities, on the other hand, invite tenders for all services in accordance with the Sectoral Regulation (SektVO). Concessions (contracts in a triangular relationship in which the grantor grants a right to use or exploit the services or construction work to third parties) are awarded in accordance with the Concession Award Regulation (KonzVgV).

Whether the contract is to be put out to tender on a Europe-wide or national basis depends on whether the estimated value of the contract reaches the EU threshold. Currently (2020) the EU threshold for the tendering of supplies and services is 214,000 euros (for federal authorities: 139,000 euros).

To determine the threshold value, the contract value must be estimated. The estimate must be based on the expected total value of the service without VAT and all options and contract extensions must be considered (cf. § 3 VgV, § 2 SektVO, § 2 KonzVgV).

If the EU thresholds are not reached, the services in the sub-threshold area must be put out to tender in accordance with the UVgO or, in some cases, Award and contract regulations for services (VOL/A) and VOB/A (1st section).

For the procurement of standard solutions (also including environmental aspects), the open above the threshold or public tendering below the threshold is recommended. An indication of whether standard services are being procured can be the reference to labels for the purpose of service description. If the description of services can be made clear and exhaustive by means of a reference, there are many indications that no conceptual solutions and thus no negotiations are required for the provision of services. The service can therefore be awarded in an open procedure/public tender.

On the other hand, the negotiated procedure with a call for competition or the negotiated award of contracts is recommended for the procurement of complex services whose execution requires innovative and conceptual solutions. For example, the functional description of services can open scope for negotiations.

Depending on the value of the contract, the intended award is to be published Europe-wide in the Supplement to the European Official Journal (online on Tenders Electronic Daily) or nationally. The contract notice is the official start of the procedure. In the case of Europe-wide tendering, the obligatory electronic procedure must also be observed.

Requests to participate or tenders from companies received by the closing date must first be examined by the contracting authorities to ensure that they are received in due form and time. This is followed by an examination of the duly received documents for completeness, the companies for suitability and the tenders for economic efficiency.

At all stages of the procedure, the contracting authorities must observe the general principles of public procurement law to ensure genuine, transparent competition for contracts in which tenderers are neither arbitrarily favoured nor disadvantaged.

Furthermore, the entire award procedure must be documented in text form from the outset.

Award of the contract

To ensure that contracts above the threshold are awarded with legal certainty, it is first necessary that the companies whose tenders are not to be awarded are informed of the intended award (information obligation). The companies are to be informed of the reasons for the intended non-consideration of their bids and of the earliest point in time at which the contract will be concluded as well as the name of the company whose bid is to be awarded the contract (cf. Section 134 Competition Act). The contract may then be awarded at the earliest ten calendar days after dispatch of the information letters (waiting period). Below the threshold, there is generally no comparable obligation to provide information and to wait. The contract can therefore be awarded immediately after the evaluation of the bids.

Main results

The consideration of qualitative, social, environmental and/or innovative aspects in public procurement has the status of basic principles according to Section 97 (3) Competition Act. Public contracting authorities may take environmental aspects into account in procurement above and below the EU thresholds. In addition, all public purchasers are obliged to take environmental aspects into account when purchasing energy-related goods, appliances and equipment and road vehicles if the contract values are above the EU threshold.

Contracting authorities have the following possibilities to integrate environmental aspects into procurement procedures for contracts above the thresholds:

1. When determining the requirements and selecting the subject of the contract, the contracting authority has the possibility to choose a green procurement object from the outset. European primary law requires that the subject of the contract be defined in such a way that the product requirements do not go beyond what is necessary to fulfil the defined tasks of the contracting authority, which may include environmental protection. The invitation to tender may not be restricted to certain products without also allowing equivalent products.
2. The contracting authority may include environmental requirements relating to the product or the works or service in the specifications. It is permissible to require certain environmentally friendly production processes if they help to characterize the product visibly or invisibly. For example, when purchasing electricity, it is permissible to require that all or a certain proportion of the electricity supplied be produced from renewable energy sources. Similarly, other production processes can also help to characterise the product (even "invisibly").
3. The public procurement body can refer to labels in the sense of § 34 VgV to determine the technical specifications of a service or product in accordance with § 31 (3) VgV, as long as the service is clearly and transparently described in this way. In addition, it may demand that the products be marked with a specific label to prove that the requirements in the performance specification (concerning the technical specifications, award criteria and conditions of execution) are met. However, it must also explicitly allow proof of compliance with the requirements in the tender documents by means of equivalent labels.
4. Variants are a good way for the contracting authorities to include environmentally friendly variants in the procedure. However, due to the high requirements for variants, the innovative power of the market can be better integrated through negotiation procedures.
5. In the qualitative selection, the contracting authority is obliged to exclude companies from the award procedure if there are compelling reasons for exclusion under Section 123 Competition Act. It may also exclude companies from the award procedure if they have demonstrably infringed applicable obligations under environmental, social, or labour law (cf. Section 124 (1) No. 1 Competition Act). Contracting authorities can require an environmental management system in the company not only for works and service contracts but also for supply contracts to prove the technical capability of the bidding company (cf. Section 49 VgV) if these are important for the execution of the contract. Certification according to EMAS or other European or international standards may be required as proof. Equivalent proofs must be accepted.
6. In the evaluation of tenders, the contract shall be awarded to the most economical tender (Section 127 (1) sentence 1 Competition Act). Various aspects can be considered as award criteria, which may also include environmental characteristics and life cycle costs, e.g. consumption of electricity and water. Life cycle costs have direct economic effects in addition to environmental impacts. All award criteria must be identified and weighted in the call for tender. No criteria not previously mentioned may be used in the evaluation of tenders. Environmental aspects are permissible if they are related to the subject of the contract, do not allow the contracting authority to make an arbitrary selection, have been made known to the companies and do not violate European primary law (in particular the ban on discrimination). A reference to eco-labels is also possible in the award criteria.
7. Preferential treatment of domestic tenderers or those based in certain districts is not permissible under both national standards and European law.

8. The contracting authority may require conditions for performance of contracts to take environmental considerations into account. However, these must be conditions which relate specifically to the performance of the contract, i.e. they must not concern the (other) behaviour of the bidding company in general. In addition, the principles of European Community law must be observed. Regular requirements regarding the delivery of goods and their packaging, the taking back of waste or the execution of works or services as well as the manner of execution or the training of the contractor's employees on environmental aspects are permissible. However, conditions for performance of contracts which discriminate against bidding companies based on requirements for the transport of goods or materials are not permitted. Something else can only apply if the discrimination is exceptionally justified in the individual case for reasons of environmental protection.
9. The contracting authority must document the award procedure in text form from the outset and draw up an documentation in which the course of the entire award procedure is documented, among other things so that the contracting authority can later prove that environment-related aspects have not been misused.
10. Environmentally friendly procurement is legally permissible without any problems for contracts below the EU thresholds. The new sub-threshold awarding regulations (UVgO) bring the requirements in the sub-threshold area largely into line with those in the upper threshold area.

1 Vorbemerkung zur Aktualisierung

Im Jahr 2008¹ hat das Umweltbundesamt in einem Rechtsgutachten die Umsetzung der EU-Vergaberichtlinien aus dem Jahr 2004 in deutsches Recht untersuchen lassen. In den Jahren 2012², 2014³, 2017⁴ und 2019⁵ fanden Aktualisierungen des Rechtsgutachtens zur umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung statt. Mit der letzten Aktualisierung des Rechtsgutachtens 2019 wurden insbesondere die im Rahmen der Gesetzesnovelle 2016/2017 durch das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz⁶, die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung⁷ sowie die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) eingeführten Änderungen berücksichtigt.

Mit der jetzigen Überarbeitung/Aktualisierung finden die Neuregelungen zur umweltfreundlichen Beschaffung im Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), im Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) und in der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) Eingang in das Gutachten.

Ziel des Rechtsgutachtens ist es, neben der wissenschaftlichen Analyse, insbesondere auch Praktikern/Praktikerinnen und strategischen Entscheidern/Entscheiderinnen in öffentlichen Beschaffungsstellen Handlungsempfehlungen für umweltfreundliche öffentliche Beschaffungen zu geben. Deshalb wird zunächst in Abschnitt 2 die umweltfreundliche Beschaffung aus Sicht der ausschreibenden öffentlichen Beschaffungsstellen dargestellt (Zusammenfassung für Praktiker). Im dritten Abschnitt werden relevante Vergaberechtsnormen vorgestellt. Die Abschnitte 4 und 5 beschäftigen sich mit einer fundierten rechtswissenschaftlichen Analyse der Umweltaspekte im Vergabeverfahren (Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte). Dabei liegt der Fokus jeweils auf den Vorschriften zur umweltfreundlichen Beschaffung. Zudem werden Möglichkeiten aufgezeigt, wie Umweltmanagementmaßnahmen und -systeme (UMS) und insbesondere EMAS in der Vergabe verstärkt verwendet werden können.

¹ Dross, Miriam/Dageförde, Angela/Acker, Hendrik (2008): Rechtsgutachten Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungs-Richtlinien.

² Hermann, Andreas (2012): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

³ Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

⁴ Hermann, Andreas (2017): Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

⁵ Hermann, Andreas (2019): Rechtsgutachten umweltfreundliche öffentliche Beschaffung.

⁶ Gesetz zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG) vom 17.02.2016, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 8 vom 23.02.2016.

⁷ Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) vom 12. April 2016, Bundesgesetzblatt Jahrgang 2016 Teil I Nr. 16, vom 14.04.2016.

2 Zusammenfassung für Praktiker

Ziel dieses Abschnitts ist es, den ausschreibenden Stellen Handlungsempfehlungen für umweltfreundliche öffentliche Beschaffung zu geben. Hierfür wird nachfolgend anhand eines prototypischen Beschaffungsvorhabens dargestellt, welche Fragen sich regelmäßig Beschaffende bei der Vorbereitung und Durchführung eines Vergabeverfahrens (im Ober- und Unterschwellenbereich) stellen und wie Umweltschutzaspekte einbezogen werden können bzw. verpflichtend zu berücksichtigen sind.

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

Umweltfreundliche Liefer- und Dienstleistungen schonen das Klima sowie die natürlichen Ressourcen, sie sind schadstoffärmer und verursachen weniger Emissionen umweltschädlicher Stoffe.

Des Weiteren lassen sich durch eine umweltfreundliche Beschaffung langfristig Kosten senken, indem bei der Angebotswertung nicht nur die Anschaffungs-, sondern auch die Folgekosten (sog. Lebenszykluskosten) betrachtet werden. Insbesondere energieeffiziente Geräte, Kraftfahrzeuge mit geringerem Kraftstoffverbrauch oder langlebige Produkte schonen über die gesamte Nutzungsdauer den öffentlichen Geldbeutel.

Die Anschaffung umweltfreundlicher Produkte und Dienstleistungen kann darüber hinaus zum Schutz der Gesundheit der Mitarbeitenden und Kunden öffentlicher Einrichtungen beitragen, bspw. durch emissionsarme Bodenbeläge in Kindertagesstätten oder lärmarme Computer und Drucker in Büros von Verwaltungen.

Umweltfreundliche Beschaffung trägt auch zur Markteinführung und -diffusion umweltschonender Produkte und Dienstleistungen bei. Nicht selten sind es neuartige Produkte und Dienstleistungen, die einen wichtigen Beitrag zur ökologischen Modernisierung der Wirtschaft leisten und zukunftsfähige Märkte und Arbeitsplätze schaffen können. Die Marktmacht der öffentlichen Hand ist erheblich. Das Beschaffungsvolumen der öffentlichen Hand liegt schätzungsweise bei 500 Milliarden Euro im Jahr.⁸

In diesem Zusammenhang sei auch darauf hingewiesen, dass der öffentlichen Verwaltung in Bezug auf „grüne“ Beschaffungen eine Vorbildfunktion für Bürgerinnen und Bürger und Unternehmen zukommt.

Der Gesetzgeber hat im Rahmen der Vergaberechtsmodernisierung 2016 mit § 97 Abs. 3 GWB neue Vergabegrundsätze eingeführt, mit denen die Vorbildfunktion praktisch umgesetzt werden soll. Durch die Aufnahme von strategischen Vergabezwecken, wie Aspekte der Qualität und Innovation sowie soziale und ökologische Gesichtspunkte, in § 97 Abs. 3 GWB sind diese im gesamten Vergabeverfahren zu berücksichtigen.

⁸ BMU: <https://www.bmu.de/themen/wirtschaft-produkte-ressourcen-tourismus/produkte-und-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/>.

2.1 Die Umweltaspekte im Vergabeverfahren

Typischerweise stellen sich dem Praktiker bei der öffentlichen Beschaffung die folgenden Fragen:

1. Wer ist (verwaltungsintern) für die Beschaffung zuständig?
2. Was soll beschafft werden?
3. Sind Beschaffungsregeln anzuwenden und wenn ja, welche (z. B. das förmliche europäische Vergaberecht)?
4. Wie ist ein Vergabeverfahren vorzubereiten?
5. Was ist bei der Durchführung des Verfahrens zu beachten?
6. Wie wird das Verfahren rechtswirksam abgeschlossen?

Die vorgenannten Fragen gliedern das Vergabeverfahren (sowohl im nationalen Unterschwellenbereich als auch im europäischen Oberschwellenbereich) und sollen nachfolgend als Grundstruktur dienen. Dabei werden die Schwerpunkte auf die Einbeziehung von Umweltaspekten innerhalb des jeweiligen Verfahrensschritts gelegt. Dem Praktiker soll damit die Beachtung von Umweltaspekten nahegelegt und erleichtert werden, mit dem Ziel, eine wirtschaftlichere und damit effizientere Beschaffung zu ermöglichen. Um Lesenden dieses Textes die Vertiefung einzelner Aspekte zu erleichtern, verweist die Zusammenfassung an den jeweils einschlägigen Stellen auf die ausführlicheren Untersuchungen im vierten Abschnitt dieses Rechtsgutachtens. Dieser Abschnitt dient damit auch als Kurzexpertise bzw. Zusammenfassung der Abschnitte 4 und 5. Aber auch ohne das Hinzuziehen der weiteren Abschnitte kann die Zusammenfassung für die Vorbereitung und Durchführung einer umweltfreundlichen öffentlichen Beschaffung Verwendung finden.

2.1.1 Wer ist für die Beschaffung zuständig?

Weder die Beschaffungsregeln im Oberschwellenbereich noch im Unterschwellenbereich legen Zuständigkeiten für die Beschaffung fest. Dennoch ist – sofern dies nicht bereits durch Schaffung von zentralen öffentlichen Beschaffungsstellen o. Ä. geschehen ist – eine eindeutige und vor allem dauerhafte Zuständigkeit zu empfehlen. Bei den öffentlichen Beschaffungsstellen bzw. Auftraggebern kann so die notwendige Kompetenz entstehen, um Beschaffungen rechtssicher, effizient und mit ökologischen und wirtschaftlichen Ergebnissen durchzuführen.

In diesem Sinne empfiehlt beispielsweise die „Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt“⁹, über zentrale öffentliche Beschaffungsstellen einzukaufen. Neben der Expertise zur umweltfreundlichen Beschaffung kann somit auch von den geringeren Transaktionskosten von z. B. Sammelbestellungen profitiert werden.

2.1.2 Was soll beschafft werden?¹⁰

Bevor die öffentliche Beschaffungsstelle eine Leistung ausschreiben kann, muss sie festlegen, was beschafft werden soll (Bedarfsermittlung). Die Bedarfsermittlung und die sich daraus ergebende Festlegung des Auftragsgegenstandes haben enormen Einfluss auf die Umweltauswirkungen der Beschaffung. Keine spätere Entscheidung während des Beschaffungsprozesses ist in vergleichbarer Weise geeignet, Umweltaspekte in die Beschaffung einzubeziehen. Daher setzen auch die Neuregelungen zur umweltfreundlichen Beschaffung im Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG) und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) an dieser Stelle an und beschränken den

⁹ Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzanforderungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU) vom 8. Januar 2019.

¹⁰ Siehe hierzu vertiefende Ausführungen in Abschnitt 4.1.

Entscheidungsspielraum von öffentlichen Beschaffungsstellen auf Bundesebene zugunsten der Berücksichtigung von Umweltbelangen. Die Regelungen verpflichten die öffentlichen Beschaffungsstellen zu prüfen, ob umweltfreundliche Beschaffungsvarianten bestehen. Die Neuregelung im KrWG und im KSG verpflichten die öffentlichen Beschaffungsstellen darüber hinaus sogar, die umweltfreundlichste Variante zum Auftragsgegenstand zu machen, so dass die Beschaffung anderer Varianten schon nicht mehr zulässig ist.

Den öffentlichen Beschaffungsstellen ist daher unbedingt zu empfehlen, im Stadium der Bedarfsermittlung Umweltaspekte zu berücksichtigen. Je nach Auftragsgegenstand können diese Erwägungen vielfältig sein. Einige Beispiele:

- ▶ Strom aus konventioneller Erzeugung oder Ökostrom?
- ▶ Gebleichtes oder ungebleichtes (Recycling-)Papier?
- ▶ Weiternutzung vorhandener Produkte unter Einbeziehung von Reparatur- und Wartungsmöglichkeiten oder Neubeschaffung?
- ▶ Mieten (ggf. Umbau, Erweiterungsbau) oder Bauen?

Ebenso sollte auf die Beschaffung bestimmter Produktgruppen (wie Einweggeschirr, Farbmittel auf Schwermetallbasis etc.) verzichtet werden.

In diesem Zusammenhang sei auf das Excel-Tool des Umweltbundesamtes hingewiesen, mit dem bis zu fünf verschiedene Beschaffungsvarianten bewertet werden können. Es beachtet alle wesentlichen Kostenkategorien, wie die Anschaffungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten (Lebenszykluskosten):

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

Als Anregung für die Bedarfsanalyse kann auch der Leitfaden für umweltverträgliche Beschaffung der Freien und Hansestadt Hamburg dienen:

- ▶ <https://www.hamburg.de/umweltvertraegliche-beschaffung/12450152/umweltgerechte-beschaffung-2019/>

Um eine Ungleichbehandlung der an der später auszuschreibenden Leistung interessierten Wirtschaftsteilnehmer zu vermeiden, sollte lediglich darauf geachtet werden, dass die Produkthanforderungen nach europäischen Normen definiert werden (oder die nationale Norm mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ versehen werden). Sollte die Bedarfsermittlung ergeben, dass aufgrund der spezifischen Umweltaspekte letztlich nur sehr wenig oder sogar nur ein Unternehmen für die Leistungserbringung in Betracht kommen, kann diese „produktspezifische“ Ausschreibung dennoch gerechtfertigt sein. Die Rechtfertigung ist entsprechend zu dokumentieren. In diesem Sinne ist bereits von der Vergaberechtsprechung positiv anerkannt worden, dass bestimmte energieeffiziente Techniken auch dann definiert werden können, wenn nur ein Unternehmen die Anforderungen erfüllen kann.¹¹

¹¹ VK Bund, B. v. 10.05.2010 – VK 3-42/10.

2.1.3 Sind Beschaffungsregeln anzuwenden und wenn ja, welche?

Nach der Festlegung des Auftragsgegenstandes hat die öffentliche Beschaffungsstelle zu prüfen, ob der Auftragnehmer für die Erbringung der Leistung in einem förmlichen Vergabeverfahren zu ermitteln ist (Anwendbarkeit des EU- oder Haushaltsvergaberechts). In einem ersten Schritt hat die öffentliche Beschaffungsstelle zunächst die öffentliche Auftraggebereigenschaft festzustellen bzw. zu prüfen, ob die ausschreibende Stelle dem nationalen Haushaltsrecht unterliegt (persönlicher Anwendungsbereich).

2.1.3.1 Wer ist ausschreibungspflichtig?

Die öffentliche Beschaffungsstelle ist grundsätzlich europaweit ausschreibungspflichtig, wenn es sich um einen öffentlichen Auftraggeber (§§ 98, 99 GWB), einen Sektorenauftraggeber (§§ 98, 100 GWB) oder einen Konzessionsgeber (§§ 98, 101 GWB) handelt und der Auftrag die EU-Schwellenwerte erreicht. Öffentliche Auftraggeber bilden dabei die „Grundfigur“ der ausschreibungspflichtigen Stelle. Konzessionsgeber sind öffentliche Auftraggeber und Sektorenauftraggeber, die Konzessionen vergeben. Sektorenauftraggeber sind (öffentliche) Auftraggeber, die eine Sektorentätigkeit (im Bereich Trinkwasser, Elektrizität, Gas, Wärme, Verkehrsleistungen oder Häfen und Flughäfen) ausüben.

Aufgrund ihrer Häufigkeit sollen zwei Konstellationen hervorgehoben werden: die „klassischen“ öffentlichen Auftraggeber (§§ 98, 99 Nr. 1 GWB) und „funktionalen“ öffentlichen Auftraggeber (§§ 98, 99 Nr. 2 GWB). Bei den „klassischen“ öffentlichen Auftraggebern handelt es sich um Gebietskörperschaften (Gemeinden, Länder, Bund). Sog. „funktionale“ öffentliche Auftraggeber zeichnen sich hingegen dadurch aus, dass sie zwar privatrechtlich organisiert sein können, aber im Allgemeininteresse liegende Aufgaben nichtgewerblicher Art (Bäderbetrieb, Abfallbeseitigung, sozialer Wohnungsbau etc.) wahrnehmen und von staatlichen Stellen beherrscht werden.

Sollte der Auftrag den EU-Schwellenwert nicht erreichen, ist die Ausschreibungspflicht nach dem jeweils geltenden Haushaltsrecht zu ermitteln. Bund und Länder sind nach der Bundeshaushaltsordnung bzw. den jeweiligen Landeshaushaltsordnungen ausschreibungspflichtig, die Gemeinden nach den Gemeindehaushaltsordnungen. Etwas komplizierter gestaltet sich im Haushaltsrecht regelmäßig die Prüfung der Ausschreibungspflicht bundes- oder landeseigener bzw. kommunaler Unternehmen. Diese müssen regelmäßig von ihren Gesellschaftern zur Anwendung des Haushaltsrechts gesondert verpflichtet werden, sofern sich die Ausschreibungspflicht nicht bereits aus einem Landesvergabegesetz ergibt.

Fördermittelempfänger haben ebenfalls bei der Vergabe fördermittelfinanzierter Aufträge das Vergaberecht einzuhalten, auch wenn sie keine öffentlichen Auftraggeber sind. Die Einhaltung des Vergaberechts ist wesentlich für eine verwaltungsrechtskonforme Mittelverwendung auf der Zuwendungsebene. Vergaberechtsverstöße des Auftraggebers können daher bei geförderten Projekten zu Rückforderungen von Fördermitteln durch den Fördermittelgeber führen.

2.1.3.2 Was ist ein ausschreibungspflichtiger öffentlicher Auftrag?

Nachdem der Bedarf ermittelt und der Auftragsgegenstand festgelegt ist, kann nun geprüft werden, ob es sich hierbei um einen öffentlichen Auftrag handelt. Öffentliche Aufträge sind entgeltliche Verträge zwischen dem öffentlichen Auftraggeber und Unternehmen zur Beschaffung von Leistungen. Zu differenzieren ist hierbei insbesondere nach Liefer- und Dienstleistungen sowie Bauleistungen. Für Liefer- und Dienstleistungen gilt im Oberschwellenbereich (ab Erreichen der EU-Schwellenwerte) neben dem GWB die VgV; für Bauleistungen gilt die VOB/A-EU. Sektorenauftraggeber schreiben hingegen sämtliche Leistungen nach der Sektorenverordnung (SektVO) aus. Konzessionen (Verträge in einem Dreiecksverhältnis, bei denen der Konzessionsgeber ein Recht zur Nutzung bzw. Verwertung der Dienst- oder Bauleistungen Dritten gegenüber einräumt) werden hingegen nach der KonzVgV vergeben.

Einige Beispiele:

- ▶ Bei der Bestellung von Recyclingpapier handelt es sich um eine Lieferleistung;
- ▶ Die Beschaffung von Strom ist ebenfalls eine Lieferleistung;
- ▶ Die Errichtung eines Verwaltungsgebäudes ist eine Bauleistung;
- ▶ Die Planung für die Errichtung des Verwaltungsgebäudes ist eine Dienstleistung;
- ▶ Die Planung, Errichtung und Betrieb eines Wärmenetzes, bei dem die Gemeinde dem Unternehmer das Recht zur Errichtung einräumt und der Unternehmer von den Grundstückseigentümern vergütet wird, ist eine Konzession.

2.1.3.3 Werden die EU-Schwellenwerte erreicht?

Ob der Vertrag europaweit oder national auszuschreiben ist, richtet sich danach, ob der geschätzte Auftragswert den EU-Schwellenwert erreicht. Derzeit (2020) gelten folgende EU-Schwellenwerte¹²:

Tabelle 1: Überblick über die EU-Schwellenwerte

	Bauleistungen	Liefer- und Dienstleistungen	Konzessionen
Öffentlicher Auftraggeber	5.350.000 €	214.000 €	5.350.000 €
Sektorenauftraggeber	5.350.000 €	428.000 €	5.350.000 €

Für die Ermittlung des Schwellenwertes ist der Auftragswert zu schätzen. Bei der Schätzung ist vom voraussichtlichen Gesamtwert der Leistung ohne Umsatzsteuer auszugehen und sind sämtliche Optionen und Vertragsverlängerungen zu berücksichtigen (vgl. § 3 VgV, § 2 SektVO, § 2 KonzVgV).

Sollten die EU-Schwellenwerte nicht erreicht werden, sind die Leistungen im Unterschwellenbereich nach der UVgO oder teilweise noch der VOL/A und der VOB/A (1. Abschnitt) auszuschreiben. Da Ober- und Unterschwellenbereich zumindest teilweise harmonisiert worden sind, wird nachfolgend nur noch gesondert auf Ober- und Unterschwellenbereich Bezug genommen, sofern für die umweltfreundliche Beschaffung Unterschiede bestehen.

2.1.4 Wie ist das Vergabeverfahren vorzubereiten?¹³

Die Vorbereitung bildet den Schwerpunkt eines jeden Vergabeverfahrens. Die öffentliche Beschaffungsstelle stellt mit den Vergabeunterlagen die Weichen für den späteren Verfahrenslauf. Die während der Vorbereitung getroffenen grundsätzlichen Entscheidungen können später nur noch konkretisiert, nicht aber grundlegend geändert werden. Dementsprechend bildet die Vorbereitung der Vergabe (nach der Bedarfsermittlung) auch den Schwerpunkt für die Einbeziehung der Umweltaspekte in das Vergabeverfahren. Im Rahmen der Erstellung der Vergabeunterlagen finden Umweltaspekte insbesondere Eingang in:

- ▶ die Leistungsbeschreibung,
- ▶ die Festlegung der Eignungskriterien,

¹² Die EU-Schwellenwerte werden in einem zweijährigen Turnus angepasst; nächste Anpassung vsl. zum 01.01.2022.

¹³ Vgl. hierzu die ausführlichen Darstellungen in den Abschnitten 4.2 ff.

- die Festlegung der Zuschlagskriterien und
- die Ausführungsbedingungen.

2.1.4.1 Einbeziehung von Umweltaspekten in die Leistungsbeschreibung¹⁴

Die Beschreibung der Leistung steht in einem engen Zusammenhang zur Bedarfsermittlung. Die Bedarfsermittlung mündet unmittelbar in die Festlegung des Auftragsgegenstandes und damit letztlich in die Leistungsbeschreibung. Sämtliche für die Bedarfsdeckung erforderlichen Umweltaspekte sind daher in der Leistungsbeschreibung durch die öffentliche Beschaffungsstelle niederzulegen. Dabei ist die Leistung eindeutig und erschöpfend zu beschreiben, sodass vergleichbare Angebote erwartet werden können. Die Leistung kann von der öffentlichen Beschaffungsstelle insbesondere unter Bezugnahme auf Gütezeichen (wie z. B. dem Blauen Engel) oder in Form von Funktions- oder Leistungsanforderungen beschrieben werden.

Umweltaspekte können sich dabei zum einen direkt auf die Eigenschaften der ausgeschriebenen Leistung beziehen (wie z. B. der Einsatz oder die Vermeidung bestimmter Inhaltsstoffe oder Materialien). Zum anderen können Umwelteigenschaften in der Leistungsbeschreibung berücksichtigt werden, die der ausgeschriebenen Leistung nicht unmittelbar anhaften. Hierzu zählen bestimmte umweltfreundliche Produktionsverfahren.

Für die konkrete Festlegung ökologischer Produkte gibt es eine unüberschaubare Vielzahl an Beispielen:

- Festlegung auf bestimmte ökologische, nachhaltige Materialien (Holz anstelle von Beton, Plastik etc.),
- Ökostrom,
- Organisch gewachsene Lebensmittel,
- Holz aus nachhaltiger Bewirtschaftung,
- Mindestlebensdauer,
- Verbräuche aller Art (z. B. Kraftstoff, Strom, Wasser) usw.

Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zudem auch auf Normen zur Festlegung der technischen Spezifikation der Leistung verweisen. Diese Verweise sind mit dem Zusatz „oder gleichwertig“ zu versehen.

Der Vollständigkeit halber sei darauf hingewiesen, dass bei einzelnen Leistungen Umweltaspekte zu beachten sind. So sollen in europaweiten Ausschreibungen bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Liefer- oder Dienstleistungen Anforderungen an die Energieeffizienz gestellt werden (vgl. § 67 VgV). Ebenso müssen die öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen den Energieverbrauch und die Umwelteinwirkungen einbeziehen (vgl. § 68 VgV).

Sowohl die Bezugnahme auf (ökologische) Gütezeichen als auch die Leistungsbeschreibung in Form von Funktions- und Leistungsanforderungen (funktionale Ausschreibung) bietet den Vorzug, dass ökologische Kriterien mit einem verhältnismäßig geringen Aufwand in einem hohen Maße Eingang in die Leistungserbringungen finden. Besonders praxisrelevant sind dabei Teilverweise auf Gütezeichen und teilfunktionale Ausschreibungen.

¹⁴ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.2.

2.1.4.1.1 Verweis auf Gütezeichen¹⁵

Wichtiger Hinweis: Eine eindeutige Leistungsbeschreibung durch einen pauschalen Verweis auf Gütezeichen ist möglich und zulässig.

Der öffentliche Auftraggeber hat in diesem Zusammenhang lediglich darauf zu achten, dass die Leistung auch durch den pauschalen Verweis eindeutig und transparent beschrieben wird. Dies ist der Fall, solange sämtliche Merkmale des Gütezeichens für die Leistungserbringung relevant sind. Sofern die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen soll, hat die öffentliche Beschaffungsstelle nur die betreffenden Anforderungen anzugeben. Auch diese teilweise Bezugnahme kann durch einen pauschalen Verweis auf den jeweils relevanten Teil des Gütezeichens erfolgen.

Bei der Leistungsbeschreibung kann dabei insbesondere auf die Vergabekriterien des Umweltzeichens Blauer Engel verwiesen werden:

- ▶ <https://www.blauer-engel.de/de/fuer-unternehmen/vergabekriterien>.

Der Blaue Engel bietet dabei Vergabekriterien für unterschiedliche Produkte in den Branchen

- ▶ Papierprodukte
- ▶ Wasch- und Reinigungsmittel
- ▶ Fahrzeuge und Mobilität
- ▶ Energie und Heizen
- ▶ Verpackung und Entsorgung
- ▶ Einrichtung, Kleidung, Alltagsgegenstände
- ▶ Bauprodukte
- ▶ (Haushalts-)Chemikalien, Reinigung
- ▶ Reinigungsdienstleistungen
- ▶ Elektrogeräte (Haushalt)
- ▶ Informations- und Kommunikationstechnik (IKT)
- ▶ Sonstiges

Das Umweltbundesamt bietet auch Ausschreibungsempfehlungen für verschiedenen Produktgruppen, die auf den Anforderungen des Blauen Engel beruhen und die eine Auswahl der Kriterien sowie die alternative Nachweisführung erleichtern.

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

¹⁵ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.2.1.

Darüber hinaus bietet die „Datenbank Umweltkriterien“ einen Überblick über noch weitere Umweltzeichen, auf welche für die Beschreibung der Leistung zurückgegriffen werden kann, ohne dass diese Umweltzeichen zwingend Gütezeichen im Sinne des § 34 Abs. 2 VgV¹⁶ darstellen:

- <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/datenbank-umweltkriterien>

2.1.4.1.2 (Teil-)funktionale Ausschreibung

Die Leistungsbeschreibung in Form von Funktions- oder Leistungsanforderungen (bekannter unter der Bezeichnung „funktionale Ausschreibung“) bietet gegenüber konstruktiven Leistungsbeschreibungen (Leistungsverzeichnissen) den Vorteil, dass die Innovationskraft der Unternehmen in die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung einbezogen werden kann. In diesem Fall macht die öffentliche Beschaffungsstelle Vorgaben zum Ziel der Beschaffung, lässt jedoch den Unternehmen hinsichtlich der Erreichung dieses Ziels Spielräume.

Regelmäßig wird die funktionale Ausschreibung kombiniert mit genauen Anforderungen an die Beschaffenheit der ausgeschriebenen Leistung (konstruktive Leistungsbeschreibung). In diesem Fall wird von einer teilfunktionalen Ausschreibung gesprochen.

2.1.4.2 Berücksichtigung von Umweltaspekten in Nebenangeboten

Nebenangebote sind eine gute Möglichkeit für öffentliche Beschaffungsstellen, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Bei Auftragswerten oberhalb der EU-Schwellenwerte sind Nebenangebote allerdings nur dann zulässig, wenn der öffentliche Auftraggeber sie ausdrücklich zugelassen hat. Zudem muss der öffentliche Auftraggeber in diesem Fall die Mindestanforderungen an die Prüfung und Wertung der von ihr zugelassenen Nebenangebote in den Vergabeunterlagen benennen. Dies kann sich in der Praxis als problematisch oder zumindest als Hemmnis für innovative technische Varianten erweisen. Der Grund ist, dass die öffentliche Beschaffungsstelle die Nebenangebote gewissermaßen antizipieren muss, obwohl sie in der Regel über ein geringeres technisches Know-how verfügt als die anbietenden Unternehmen. Daher ist es regelmäßig zweckdienlicher Verhandlungsverfahren zur Einbeziehung der Innovationskraft des Marktes durchzuführen, die es den öffentlichen Auftraggebern ermöglichen, innovative Aspekte im Laufe der Verhandlungen zum Auftragsgegenstand zu machen.

2.1.4.3 Einbeziehung von Umweltaspekten bei der Festlegung von Eignungskriterien

Öffentliche Aufträge dürfen nur an fachkundige und leistungsfähige (geeignete) Unternehmen vergeben werden, die nicht aufgrund einer besonderen Verfehlung auszuschließen sind. Der öffentliche Auftraggeber hat damit sicherzustellen, dass die richtigen Unternehmen für die Leistungserbringung ausgewählt werden. Hierbei hilft die Festlegung von spezifischen auf Umweltaspekte des Auftragsgegenstandes bezogenen Eignungskriterien.

Zunächst hat der öffentliche Auftraggeber zu prüfen, dass das Unternehmen nicht aufgrund eines Verstoßes gegen umweltrechtliche Verpflichtung bei der Ausführung eines öffentlichen Auftrags ausgeschlossen werden kann (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Um diese Prüfung wirksam durchführen zu können, ist es empfehlenswert, eine Eigenerklärung von den Unternehmen abzufordern, wonach ein entsprechender Verstoß nicht vorliegt. Der Nachweis kann auch über eine EMAS-Registrierung durch das Unternehmen erfolgen. Beide Varianten sollten in den Vergabeunterlagen dem Unternehmen zur Verfügung gestellt werden, das die für ihn passende Variante auswählen darf.

¹⁶ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.2.1.

Wichtiger Hinweis: Umweltmanagementsysteme (z. B. EMAS, nicht jedoch: Zertifizierung nach ISO 14001) können zum Nachweis, dass das Unternehmen nicht gegen umweltrechtliche Vorschriften verstößt, gefordert werden.¹⁷

Des Weiteren sind insbesondere die folgenden Eignungskriterien zur Einbeziehung von Umweltaspekten besonders zweckdienlich:

- ▶ Referenzen über erbrachte Leistungen mit Umweltbezug (vgl. § 46 Abs. 1 Nr. 1 VgV),
- ▶ entsprechend ausgebildetes Personal (§ 46 Abs. 1 Nr. 2 VgV),
- ▶ technische Ausrüstung (§ 46 Abs. 1 Nr. 3 VgV), z. B. emissionsarme Geräte, die bei der Leistungserbringung zum Einsatz kommen,
- ▶ spezielle Überwachungssysteme für Lieferketten (§ 46 Abs. 1 Nr. 4 VgV) und
- ▶ die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen (§§ 46 Abs. 1 Nr. 7, 49 VgV), wie z. B. EMAS.

Wichtig ist, dass die konkret geforderten Nachweise für die technische Leistungsfähigkeit zur Erbringung der ausgeschriebenen Leistung von Bedeutung sind. Dies ist insbesondere bei Aufträgen der Fall, die unter Umweltgesichtspunkten besonders sensibel sind, wie z. B. Reinigung von Containern mit Abfall unbekannter Herkunft, Entsorgung nicht aufzubereitender Flüssigkeiten. Für den Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit kann sodann ebenfalls eine EMAS-Registrierung verlangt werden.

Ist der Zusammenhang der ins Auge gefassten Umweltaspekte und der technischen Leistungsfähigkeit nicht unmittelbar erkennbar, ist die Berücksichtigung dieser Aspekte im Rahmen der Zuschlagskriterien zu empfehlen.

Wichtiger Hinweis: das Eignungskriterium „Ortsansässigkeit“ (auch: regionale Beschaffung) ist unzulässig, da Wirtschaftsteilnehmer aus anderen EU-Mitgliedstaaten benachteiligt werden.¹⁸

2.1.4.4 Einbeziehung von Umweltaspekten bei der Festlegung von Zuschlagskriterien¹⁹

Die Berücksichtigung von Umweltaspekten ist explizit im Rahmen der Bewertung von Angeboten vorgesehen. So wird der Zuschlag auf das wirtschaftlichste (nicht zwingend das billigste) Angebot erteilt. Zur Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes können neben dem Preis auch umweltbezogene Aspekte berücksichtigt werden (§ 127 Abs. 1 GWB). Mit den von der Beschaffungsstelle festzulegenden Zuschlagskriterien wird letztlich die von den Unternehmen angebotene Leistung in Bezug auf ihre Wirtschaftlichkeit bewertet. Wichtig ist daher, dass die Zuschlagskriterien in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen beschrieben werden. Auch bei den Zuschlagskriterien kann pauschal auf Gütezeichen (gesamt oder teilweise) verwiesen werden.²⁰

¹⁷ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.3.4.

¹⁸ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.4.4.2.

¹⁹ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.4.

²⁰ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.4.2.

Die umweltbezogenen Zuschlagskriterien können sich zum einen direkt auf die Eigenschaften der ausgeschriebenen Leistung beziehen:

- ▶ z. B. Einsatz oder Vermeidung bestimmter Inhaltsstoffe, Materialien (insbesondere bei (teil-) funktionalen Ausschreibungen geeignet),
- ▶ im Übrigen sind in den Empfehlungen des Umweltbundesamtes zur umweltfreundlichen Beschaffung Vorschläge für Bewertungskriterien für verschiedene Produktgruppen enthalten: <http://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/empfehlungen-fuer-ihre-ausschreibung>.

Zuschlagskriterien können zum anderen aber auch Umwelteigenschaften berücksichtigen, die der ausgeschriebenen Leistung nicht unmittelbar anhaften. Hierzu zählen Produktionsmethoden, Lebenszykluskosten und externe Kosten. Einige Beispiele für Zuschlagskriterien, die die Produktionsmethode betreffen:

- ▶ Holz aus nachweislich nachhaltiger Waldbewirtschaftung,
- ▶ Produkte aus ökologischer Landwirtschaft,
- ▶ Strom aus erneuerbaren Energien.

Lebenszykluskosten

Lebenszykluskosten dürfen bei Beschaffung von Waren und Dienstleistungen berücksichtigt werden. Die Berechnungsmethoden für die Lebenszykluskosten umfassen die Anschaffungskosten, Nutzungskosten, Wartungskosten, Kosten am Ende der Nutzdauer sowie Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen. In den Vergabeunterlagen ist genau zu beschreiben, wie die öffentliche Beschaffungsstelle die Lebenszykluskosten ermittelt, damit die Unternehmen die Chance erhalten, ein dementsprechendes Angebot einzureichen. Insbesondere folgende Punkte sind 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 Lebensdauer wird für die Ermittlung der Lebenszykluskosten zugrunde gelegt?
- ▶ Wird für Zahlungen, die von der öffentlichen Beschaffungsstelle für Verbrauchskosten (z. B. Stromkosten) erst in der Zukunft zu leisten sind, für die Ermittlung der Lebenszykluskosten eine Abzinsung angesetzt (wenn ja: Definition des Diskontierungszinssatzes bzw. des Abzinsungsfaktors)?

Empfehlenswert ist es, in die Ausschreibung ein Berechnungstool einzufügen, mit dessen Hilfe die Angebote schnell und diskriminierungsfrei verglichen werden können. Das Umweltbundesamt stellt ein entsprechendes Tool zur Verfügung:

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

Neben den Lebenszykluskosten können auch externe Kosten als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sind gemäß § 68 VgV folgende Energie- und Umweltauswirkungen einzubeziehen:

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

Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen und energieverbrauchsrelevanten Waren sind Umweltaspekte zwingend zu berücksichtigen.

2.1.4.5 Umweltaspekte und Ausführungsbedingungen²¹

Die öffentlichen Beschaffungsstellen können schließlich auch im Rahmen der Ausführungsbedingungen ökologische Kriterien zum Gegenstand der Leistungserbringungen machen. Die Ausführungsbedingungen stellen Vertragsbedingungen dar, die vom Unternehmen bei der Ausführung des Auftrags zu beachten sind. Die Einbeziehung von Umweltaspekten wird vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen (vgl. § 128 Abs. 2 GWB, § 61 VgV). Dabei sind viele Möglichkeiten für die Beachtung von Umweltaspekten denkbar. Einige Beispiele:

- ▶ 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 Recyclbarkeit von Verpackungsmaterial,
- ▶ Produktinformationen für die Anwender,
- ▶ die Rücknahme von Abfall oder nicht mehr brauchbaren Produkten,
- ▶ die Verwendung wiederverwendbarer Behälter für den Transport,
- ▶ die Schulung der Mitarbeitenden des Auftragsnehmers über Umweltaspekte,
- ▶ die Anwendung spezifischer Umweltmanagementmaßnahmen, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, gegebenenfalls nach Maßgabe eines von einer unabhängigen Stelle zertifizierten Systems wie EMAS oder ISO 14001,

²¹ Siehe hierzu die vertiefenden Ausführungen in Abschnitt 4.5.

- ▶ die Minimierung der im Rahmen der Auftragsausführung anfallenden Abfälle, z. B. durch Einbeziehung spezifischer Ziele oder durch Festlegung von Höchstmengen und entsprechenden Sanktions- bzw. Anreiz-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.

Für die Beschreibung der Ausführungsbedingungen sowie deren Nachweis durch die Unternehmen, kann wiederum pauschal auf Gütezeichen verwiesen werden.

2.1.5 Was ist bei der Durchführung des Verfahrens zu beachten?

Als letzter Schritt der Vorbereitung des Vergabeverfahrens ist die Verfahrensart auszuwählen. Für die Beschaffung von Standardlösungen (auch unter Einbeziehung von Umweltaspekten) ist das offene Verfahren im Oberschwellenbereich bzw. die öffentliche Ausschreibung im Unterschwellenbereich zu empfehlen. Ein Indiz dafür, ob Standardleistungen beschafft werden, kann der pauschale Verweis auf Gütezeichen zum Zwecke der Leistungsbeschreibung sein. Ist die Leistungsbeschreibung eindeutig und erschöpfend mittels eines Verweises möglich, spricht vieles dafür, dass für die Leistungserbringung keine konzeptionellen Lösungen und damit auch keine Verhandlungen erforderlich sind. Die Leistung kann somit im offenen Verfahren/öffentlicher Ausschreibung vergeben werden.

Demgegenüber empfiehlt sich das Verhandlungsverfahren mit Teilnahmewettbewerb bzw. die Verhandlungsvergabe für die Beschaffung von komplexen Leistungen, deren Ausführung innovativer und konzeptioneller Lösungen bedarf. So kann beispielsweise die funktionale Leistungsbeschreibung Spielräume eröffnen, die Verhandlungen erforderlich machen.

Je nach Auftragswert ist die beabsichtigte Vergabe europaweit im Supplement zum Europäischen Amtsblatt (online auf Tenders Electronic Daily) oder national zu veröffentlichen. Mit der Auftragsbekanntmachung wird das Verfahren offiziell eingeleitet. Bei der europaweiten Ausschreibung ist zudem die verpflichtend elektronische Verfahrensführung zu beachten.

Die bis zur Schlussfrist eingehenden Teilnahmeanträge bzw. Angebote der Unternehmen sind von der öffentlichen Beschaffungsstelle zunächst auf form- und fristgerechten Eingang zu prüfen. Hieran schließt sich die Prüfung der ordnungsgemäß eingegangenen Unterlagen auf Vollständigkeit, der Unternehmen auf Eignung und der Angebote auf Wirtschaftlichkeit an.

Bei sämtlichen Verfahrensschritten hat die öffentliche Beschaffungsstelle die allgemeinen vergaberechtlichen Grundsätze zu beachten, um einen echten, transparenten Wettbewerb um die Aufträge herzustellen, in denen Unternehmen weder willkürlich bevorzugt noch benachteiligt werden.

Des Weiteren ist das gesamte Vergabeverfahren von Beginn an fortlaufend in Textform zu dokumentieren.

2.1.6 Wie wird das Verfahren rechtswirksam abgeschlossen?

Für die rechtssichere Zuschlagserteilung im Oberschwellenbereich ist es zunächst erforderlich, dass die Unternehmen, deren Angebote nicht bezuschlagt werden sollen, über die beabsichtigte Zuschlagserteilung informiert werden (Informationspflicht). Die Unternehmen sind über die Gründe der vorgesehenen Nichtberücksichtigung ihrer Angebote und über den frühesten Zeitpunkt des Vertragsschlusses sowie über den Namen des Unternehmens, dessen Angebot den Zuschlag erhalten soll, zu informieren (vgl. § 134 GWB). Der Zuschlag darf sodann frühestens zehn

Kalendertage nach Absendung der Informationsschreiben erteilt werden (Wartefrist). Im Unterschwellenbereich ist eine vergleichbare Informations- und Wartepflicht in der Regel nicht gegeben. Der Zuschlag kann somit nach der Auswertung der Angebote unmittelbar erteilt werden.

2.2 Wesentliche Ergebnisse

Der Berücksichtigung von qualitativen, sozialen, umweltbezogenen und/oder innovativen Aspekten in der öffentlichen Beschaffung kommt gemäß § 97 Abs. 3 GWB der Rang von Grundsätzen zu. Öffentliche Beschaffungsstellen dürfen oberhalb und unterhalb der EU-Schwellenwerte Umweltaspekte in der Beschaffung berücksichtigen. Darüber hinaus sind alle öffentlichen Auftraggeber bei der Beschaffung von energieverbrauchsrelevanten Waren, Geräten und Ausrüstungen sowie von Straßenfahrzeugen verpflichtet, Umweltaspekte zu berücksichtigen, wenn die Auftragswerte **über dem EU-Schwellenwert** liegen.

Bundesbehörden sind zudem aufgrund des Kreislaufwirtschaftsgesetzes (KrWG), des Bundes-Klimaschutzgesetzes (KSG) und der Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) zur Berücksichtigung von Umweltbelangen verpflichtet.

Die öffentlichen Auftraggeber haben folgende Möglichkeiten, Umweltaspekte in Vergabeverfahren für Aufträge oberhalb der Schwellenwerte einzubeziehen:

1. Bei der Bedarfsermittlung und der Auswahl des Auftragsgegenstandes 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 öffentlichen 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 in seinen Merkmalen 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.
3. Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer (Bau-)Leistung oder Ware gemäß § 31 Abs. 3 VgV pauschal auf Gütezeichen i. S. v. § 34 VgV verweisen, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird. Ferner darf sie zum Nachweis, dass die Anforderungen in der Leistungsbeschreibung (die technischen Spezifikationen, Zuschlagskriterien und Ausführungsbedingungen betreffend) eingehalten sind, verlangen, dass die Produkte mit einem bestimmten Gütezeichen versehen sind. In den Vergabeunterlagen muss sie allerdings auch ausdrücklich den Nachweis durch gleichwertige Gütezeichen zulassen. Im Ergebnis bringt die ab 2016 gültige Rechtslage den öffentlichen Auftraggebern für die Beschreibung der Anforderungen in der Leistungsbeschreibung und ihrem Nachweis damit erhebliche Erleichterungen.
4. Nebenangebote sind eine gute Möglichkeit für den öffentlichen Auftraggeber, umweltfreundliche Varianten in das Verfahren einzubeziehen. Aufgrund der hohen Anforderungen an Nebenangebote kann die Innovationskraft des Marktes jedoch besser über Verhandlungsverfahren einbezogen werden.

5. Bei der Eignungsprüfung ist der öffentliche Auftraggeber verpflichtet, Unternehmen vom Vergabeverfahren auszuschließen, wenn zwingende Ausschlussgründe nach § 123 GWB vorliegen. Er kann zudem Unternehmen vom Vergabeverfahren ausschließen, wenn sie nachweislich gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen verstoßen haben (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB). Neu ist, dass der öffentliche Auftraggeber nicht nur für Bau- und Dienstleistungsaufträge, sondern auch für Lieferaufträge zum Nachweis der technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens ein Umweltmanagementsystem im Unternehmen verlangen kann (vgl. § 49 VgV), wenn diese für die Ausführung des Auftrags wichtig sind. Als Nachweis kann eine Zertifizierung nach EMAS oder nach anderen europäischen oder internationalen Normen verlangt werden. Gleichwertige Nachweise müssen akzeptiert werden.
6. Bei der Angebotswertung ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (§ 127 Abs. 1 S. 1 GWB). Als Zuschlagskriterien kommen verschiedene Aspekte in Betracht, zu denen auch Umwelteigenschaften und Lebenszykluskosten, z. B. Verbrauch von Strom und Wasser, gehören können. Lebenszykluskosten haben neben den Umweltauswirkungen auch unmittelbare wirtschaftliche Auswirkungen. 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 öffentlichen Auftraggeber nicht erlauben, eine willkürliche Auswahl zu treffen, den Unternehmen bekannt gemacht worden sind und nicht gegen europäisches Primärrecht (insbesondere Diskriminierungsverbot) verstoßen. Ein pauschaler Verweis auf Gütezeichen ist auch bei den Zuschlagskriterien möglich.
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 Unternehmen 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 bietenden Unternehmens 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 Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Auftragnehmers über Umweltaspekte. Grundsätzlich nicht zulässig hingegen sind Ausführungsklauseln, die bietende Unternehmen aufgrund von Anforderungen an den Transport der Waren oder Materialien diskriminieren. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn die Diskriminierung im Einzelfall aus Gründen des Umweltschutzes ausnahmsweise gerechtfertigt ist.
9. Das Vergabeverfahren muss der öffentliche Auftraggeber von Beginn an in Textform dokumentieren und einen Vergabevermerk erstellen, in dem der Ablauf des gesamten Vergabeverfahrens dokumentiert wird, unter anderem damit der öffentliche Auftraggeber später nachweisen kann, dass umweltbezogene Aspekte nicht missbräuchlich verwendet worden sind.
10. Auch bei Auftragswerten unterhalb der EU-Schwellenwerte ist eine umweltfreundliche Beschaffung rechtlich unproblematisch zulässig. Durch die neue Unterschwellenvergabereordnung (UVgO) werden die Anforderungen im Unterschwellenbereich weitestgehend dem Oberschwellenbereich angepasst.

3 Einführung

3.1 Bedeutung der umweltfreundlichen Beschaffung

Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe hat in den vergangenen 15 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 an den 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 insbesondere in folgenden Bereichen zu: Strom- und Wärmeversorgung, Mobilität, Informations- und Kommunikationstechnologie sowie Beleuchtung für Industrie und Kommunen.²²

In ihrer Mitteilung „Umweltorientiertes Öffentliches Beschaffungswesen“ vom 16. Juli 2008²³ 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-Mitgliedstaaten²⁴ konnte das 50 Prozent-Ziel bis zum Jahr 2010 insgesamt nicht erreicht werden.

Die Evaluierung basiert auf einer europaweiten Befragung der öffentlichen Beschaffungsstellen zu zehn für die umweltfreundliche öffentliche Beschaffung relevanten Produktgruppen.²⁵ Als umweltfreundlich galt eine Ausschreibung dann, wenn die auf europäischer Ebene definierten GPP-Kernkriterien²⁶ 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 wi-

²² Konferenzreport - Deutscher Industrie- und Handelskammertag Fachkonferenz „Grüne Beschaffung. Handlungsfelder und politische Rahmenbedingungen“ vom 16.06.2010.

²³ Europäische Kommission (2008): 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, vgl.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0400:FIN:DE:PDF> vom 16.07.2008.

²⁴ Centre for European Policy Studies (CEPS) und College of Europe, „The Uptake of Green Public Procurement in the EU27“, Brüssel, 29.02.2012; vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/studies_en.htm.

²⁵ 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.

²⁶ 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.

der, dass die „grüne“ öffentliche Beschaffung in zahlreichen politischen Dokumenten, wie beispielsweise dem 6.²⁷ und 7. Umweltaktionsprogramm²⁸ genannt wird. Im 7. Umweltaktionsprogramm werden die Mitgliedstaaten und Regionen aufgefordert, weitere Schritte zu unternehmen, damit mindestens 50 Prozent aller öffentlichen Aufträge Umweltverträglichkeitskriterien enthalten.²⁹ Außerdem stellte die EU-Kommission Ende 2019 den Green Deal auf, der einen Fahrplan mit Maßnahmen zur Förderung einer effizienteren Ressourcennutzung durch den Übergang zu einer sauberen und kreislaforientierten Wirtschaft und zur Wiederherstellung der Biodiversität und zur Bekämpfung der Umweltverschmutzung umfasst.³⁰ Mit dem neuen Circular Economy Action Plan der Kommission³¹, der im März 2020 veröffentlicht wurde, wird die nachhaltige öffentliche Beschaffung weiter gestärkt. Es sollen zukünftig verbindliche Mindestkriterien eingeführt sowie das Monitoring verpflichtend ausgestaltet werden. Darüber hinaus empfiehlt die EU-Kommission den Mitgliedstaaten, Aktionspläne für eine umweltfreundliche Beschaffung aufzustellen,³² in denen quantitative Ziele für eine umweltfreundliche Beschaffung festgesetzt werden. Gleichzeitig sollen die Aktionspläne konkrete Ziele im Hinblick auf einzelne Produktgruppen und Organisationen sowie das Training von öffentlichen Auftraggebern vorsehen.³³ Der Empfehlung der Kommission sind inzwischen viele Mitgliedstaaten nachgekommen.³⁴

Die Bundesregierung stand im Jahr 2005 der Aufstellung von Aktionsplänen und der Festlegung von quantitativen Zielen für die umweltfreundliche Beschaffung noch kritisch gegenüber. Dies wurde damit begründet, dass Zielvorgaben für die umweltfreundliche Beschaffung dem vorrangigen Ziel des Vergaberechts, einem wirtschaftlichen Einkauf, entgegenstünden.³⁵ Zwar gibt es auch heute noch keine gesetzlich verbindlichen Ziele für die umweltfreundliche Beschaffung, aber die Bundesregierung hat mit Gesetzesänderungen sowie Maßnahmen und Programmen einen erheblichen Beitrag zum Ausbau der nachhaltigen und umweltfreundlichen Beschaffung in Deutschland geleistet: 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

²⁷ Die umweltfreundliche öffentliche Auftragsvergabe wird erwähnt unter anderem in Art. 3 Ziff. 6 des sechsten Umweltaktionsprogramms (Beschl. Nr. 1600/2002/EG des EP und 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.

²⁸ Beschluss Nr. 1386/2013/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 2013 über ein allgemeines Umweltaktionsprogramm der Union für die Zeit bis 2020 „Gut leben innerhalb der Belastbarkeitsgrenzen unseres Planeten“, Abl. der EU Nr. L 354 vom 28.12.2013, S. 171–200.

²⁹ Siehe Ziffer 38 des 7. Umweltaktionsprogramms.

³⁰ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 11.12.2019, Der europäische Grüne Deal.

³¹ Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament vom 11.03.2020, Ein neuer Aktionsplan für die Kreislaufwirtschaft für ein sauberes und wettbewerbsfähigeres Europa.

³² 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, DG Environment, Guidelines for the Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement (GPP), S. 8.

³³ European Commission, DG Environment, Guidelines for the Member States to set up Action Plans on Green Public Procurement (GPP), S. 8., vgl.: <http://www.parmaecobio.com/ACQUISTI%20-VERDI/Documenti/Rossi/Linee%20Guida%20Piano%20d'Azione%20GPP.pdf>.

³⁴ Vgl.: http://ec.europa.eu/environment/gpp/action_plan_en.htm.

³⁵ Stellungnahme der Bundesregierung zum Entwurf der Europäischen Kommission von Leitlinien zu der Aufstellung von Aktionsplänen der Mitgliedstaaten für Grüne Beschaffung (GPP) vom 21.10.2005.

Maßnahmen, die eine günstige CO₂-Bilanz und eine möglichst große Kosteneffizienz aufweisen, aufgeführt sind.³⁶ In diesem Zusammenhang hat die Bundesregierung eine "Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen" (AVV-EnEff) beschlossen (Maßnahme 24 des IEKP). Am 18. März 2020 beschloss die Bundesregierung eine Neufassung der AVV-EnEff als Teil des Klimaschutzprogramms 2030 der Bundesregierung zur Umsetzung des Klimaschutzplans 2050.³⁷

Ein wichtiges rechtliches Instrument des deutschen Engagements im Bereich der Energieeffizienz ist zudem das Energiedienstleistungsgesetz (EDL-G)³⁸ vom November 2010. Zusammen mit den Maßnahmen des Integrierten Energie- und Klimaprogramms zur Steigerung der Energieeffizienz und der 2010 erfolgten Änderung der Vergabeverordnung dient das Gesetz dazu, die EU-Energiedienstleistungs-Richtlinie vollständig umzusetzen. Danach erstellte und veröffentlichte die Bundesstelle für Energieeffizienz (BfEE) auf Grundlage von § 9 Nr. 13 des Energiedienstleistungsgesetzes Listen mit Energieeffizienzkriterien für technische Spezifikationen verschiedener Produktkategorien als Hilfestellung für öffentliche Beschaffungsstellen. Die Kriterien können im Internet heruntergeladen werden.³⁹

Die Bundesregierung hat im September 2010 zudem das sogenannte Energiekonzept⁴⁰ beschlossen, welches die energiepolitische Ausrichtung Deutschlands bis 2050 beschreibt und insbesondere Maßnahmen zum Ausbau der Erneuerbaren Energien, der Netze und zur Energieeffizienz festlegt. Am 6. Juni 2011 hat die Bundesregierung das dazu gehörende Energiepaket⁴¹ verabschiedet, welches die Maßnahmen des Energiekonzepts ergänzt und ihre Umsetzung beschleunigt.

Der Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung hat im März 2015 im zweiten „Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit“ weitere Ziele für die nachhaltige Beschaffung auf Bundesebene aufgestellt.⁴² 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. Bis 2020 sind möglichst 50 Prozent der Textilien (ausgenommen Sondertextilien) nach ökologischen und sozialen Kriterien zu beschaffen (z. B. nach Kriterien des Umweltzeichens Blauer Engel, dem EU-Umweltzeichen oder Global Organic Textile Standard (GOTS)).

³⁶ Das Integrierte Energie- und Klimaschutzprogramm (IEKP): https://www.bmu.de/fileadmin/bmu-import/files/pdfs/allgemein/application/pdf/hintergrund_meseberg.pdf.

³⁷ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) vom 18. Mai 2020: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvvwbund_18052020_IB3.htm.

³⁸ Gesetz über Energiedienstleistungen und andere Energieeffizienzmaßnahmen vom 4. November 2010 (BGBl. I S. 1483), das zuletzt durch Artikel 2 Abs. 8 des Gesetzes vom 17. Februar 2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist. Herunterzuladen unter: www.gesetze-im-internet.de/edl-g.

³⁹ Siehe die Internetseite: <https://www.bfee-online.de/SharedDocs/Downloads/BfEE/DE/Effizienzpolitik/energieeffizienzkriterien.html>.

⁴⁰ Bundesregierung: Energiekonzept vom September 2010: <https://www.bundesregierung.de/Content/DE/StatistischeSeiten/Breg/Energiekonzept/auftritt.html>.

⁴¹ BMWi: Energiepaket: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/energiekonzept-2010-beschluesse-juni-2011.html>.

⁴² Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung: Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen - Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit - Beschluss vom 30.03.2015, herunterzuladen unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975274/426424/ce303cc4bf64c43e7775dc20f031fb2b/2015-03-30-massnahmenprogramm-nachhaltigkeit-data.pdf?download=1>.

Die Einrichtung der zentralen Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung (KNB)⁴³ basiert auf dem im Jahr 2010 formulierten „Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit“.⁴⁴ Auf dem Themenportal „Umweltfreundliche Beschaffung“ des Umweltbundesamtes („www.beschaffung-info.de“) werden z. B. Beschaffungsleitfäden, Arbeitshilfen, Studien, gute Praxisbeispiele und aktuelle politische und rechtliche Informationen eingestellt.⁴⁵

Auch im „Nationalen Programm für nachhaltigen Konsum“⁴⁶ in der aktuellen Fassung von Januar 2019 wird der öffentlichen Beschaffung eine wichtige Rolle bei der Förderung des nachhaltigen Konsums zugewiesen. So soll der Beratungs- und Informationsbereich zur nachhaltigen Beschaffung weiter gestärkt werden, indem spezielle Schulungsunterlagen und Arbeitshilfen erstellt und angeboten werden.

Zudem wurden Aspekte wie der Ressourcenschutz oder der Schutz der Biodiversität in der öffentlichen Beschaffung gestärkt. Das Ressourceneffizienzprogramm der Bundesregierung aus dem Jahr 2020 (ProgRess III) verfolgt das Ziel, die Beschaffung stärker zur Verbesserung der Ressourceneffizienz zu nutzen.⁴⁷ Die Biodiversität soll bis zum Jahr 2020 im Beschaffungs- und Bauwesen Einzug halten, indem biodiversitätserhaltende Standards eingeführt werden. Dazu sollen die bestehenden Umweltgütesiegel weiterentwickelt werden oder importierte Naturstoffe und -produkte zu 25 Prozent aus natur- und sozialverträglicher Nutzung stammen.⁴⁸

Entgegen der positiven Einschätzung und Rolle 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 besteht aber an der grundsätzlichen Zulässigkeit der Einbeziehung von umweltbezogenen Aspekten in der öffentlichen Auftragsvergabe kein Zweifel mehr, was vor allem auf die Entwicklung des Europarechts auf diesem Gebiet zurückzuführen ist.

Während zunächst mehrere Urteile des Europäischen Gerichtshofs⁴⁹ sowie eine Interpretierende Mitteilung der Kommission⁵⁰ zur Zulässigkeit der umweltfreundlichen Vergabe nach europäischem Recht positiv Stellung nahmen, sind die dort aufgestellten Grundsätze 2004 in die europäischen Vergaberichtlinien⁵¹ eingeflossen und anschließend in § 97 Abs. 3 GWB übernommen worden. Durch die Verankerung von Regelungen, die sich auf Umweltaspekte in den Leistungsanforderungen oder in Auftragsausführungsbedingungen beziehen sowie den Ausschluss von Teilnehmerinnen und Teilnehmern, die Angebotswertung oder auch die Zulässigkeit von

⁴³ Die Internetseite der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung ist abrufbar unter: http://www.nachhaltige-beschaffung.info/DE/Home/home_node.html.

⁴⁴ Staatssekretärsausschuss für nachhaltige Entwicklung: Nachhaltigkeit konkret im Verwaltungshandeln umsetzen - Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit - Beschluss vom 06.12.2010.

⁴⁵ Siehe auf der Internetseite des Umweltbundesamtes unter <http://www.beschaffung-info.de>.

⁴⁶ BMUB: „Nationales Programm für nachhaltigen Konsum“; herunterzuladen unter: <https://www.bmu.de/publikation/nationales-programm-fuer-nachhaltigen-konsum/>.

⁴⁷ BMUB: „Deutsches Ressourceneffizienzprogramm III - Programm zur nachhaltigen Nutzung und zum Schutz der natürlichen Ressourcen“; herunterzuladen unter <https://www.bmu.de/download/deutsches-ressourceneffizienzprogramm-progress-iii/>.

⁴⁸ BMU (2007): Die nationale Strategie zur biologischen Vielfalt vom Bundeskabinett am 7. November 2007 beschlossen, S. 44 ff., herunterzuladen unter: https://www.bmu.de/fileadmin/Daten_BMU/Pool/Broschueren/nationale_strategie_biologische_vielfalt_2015_bf.pdf.

⁴⁹ 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“).

⁵⁰ 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.

⁵¹ 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 vom 30.04.2004, S. 114; zuletzt geändert durch Art. 1 Änderungsrichtlinie 2013/16/EU vom 13.05.2013, Abl. Nr. L 158, S. 184.

Umweltmanagementsystemen betreffen, sind viele bis dahin streitig diskutierte Fragen abschließend rechtlich geklärt worden.

3.2 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 und zur Erfüllung seiner Verwaltungsaufgaben, zu beachten hat.⁵² 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)⁵³

Europäische Union:

- Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)⁵⁴,
- Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge 2014/24/EU⁵⁵,
- Richtlinie über die Vergabe von Aufträgen durch öffentliche Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste (Sektoren-Richtlinie 2014/25/EU)⁵⁶,
- Konzessionsrichtlinie 2014/23/EU⁵⁷,
- Verteidigungsrichtlinie 2009/81/EG⁵⁸,
- Richtlinie 2006/32/EG (Energiedienstleistungen)⁵⁹,
- Richtlinie 2009/33/EG (Fahrzeuge)⁶⁰,

⁵² 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).

⁵³ 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-Mitgliedstaaten gelten, sondern nur für die, die sie gesondert ratifiziert haben; zuletzt geändert durch Beschluss des Rates vom 2. Dezember 2013 über den Abschluss des Protokolls zur Änderung des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen (2014/115/EU), Abl. der EU Nr. L 68 vom 7.3.2014, S. 1.

⁵⁴ 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.

⁵⁵ Richtlinie über die Vergabe öffentlicher Aufträge (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>.

⁵⁶ 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>.

⁵⁷ Richtlinie 2014/23/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Februar 2014 über die Konzessionsvergabe, Abl. der EU Nr. L 94 vom 28.3.2014, S. 1.

⁵⁸ Richtlinie 2009/81/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juli 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. der EU Nr. L 94 vom 20.8.2009, S. 76.

⁵⁹ Richtlinie 2006/32/EG (Energiedienstleistungen): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32006L0032> vom 05.04.2006.

⁶⁰ Richtlinie 2009/33/EG (Fahrzeuge): <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32009L0033> vom 23.04.2009.

- Richtlinie 2010/30/EU (Energieverbrauchskennzeichnung)⁶¹,
- Richtlinie 2010/31/EU (Gebäuderichtlinie, Energy Performance of Buildings Directive (EPBD))⁶²,
- Richtlinie 2012/27/EU (Energieeffizienz)⁶³

Deutschland:

- 4. Teil des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (§§ 97 ff. GWB)⁶⁴,
- Vergabeverordnung (VgV)⁶⁵,
- Sektorenverordnung (SektVO)⁶⁶,
- Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)⁶⁷,
- Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)⁶⁸ sowie für Bauaufträge in diesem Bereich die VOB/A-VS,
- Unterschwellenvergabeordnung (UVgO)⁶⁹,
- Vergabe- und Vertragsordnungen für Bauaufträge (VOB)⁷⁰,
- Vergabe- und Vertragsordnung für Leistungen (1. Abschnitt der VOL/A),
- Haushaltsrechtliche Bestimmungen von Bund, Ländern und Kommunen (z. B. für den Bund: Bundeshaushaltsordnung - BHO⁷¹) und

⁶¹ 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.

⁶² 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.

⁶³ Richtlinie 2012/27/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 zur Energieeffizienz, zur Änderung der Richtlinien 2009/125/EG und 2010/30/EU und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/18/EG und 2006/32/EG (Energieeffizienz), Abl. der EU Nr. L 315 vom 4.11.2012, S. 1: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2012:315:0001:0056:DE:PDF> vom 25.10.2012.

⁶⁴ Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen in der Fassung der Bekanntmachung vom 26. Juni 2013 (BGBl. I S. 1750, 3245), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) geändert worden ist.

⁶⁵ Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung – VgV) in der Fassung der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRMod-VO) vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624) auf Grund der §§ 113 und 114 Abs. 2 S. 4 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, die durch Artikel 1 Nr. 2 des Gesetzes vom 17.02.2016 (BGBl. I S. 203) neu gefasst worden sind.

⁶⁶ Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung (Sektorenverordnung – SektVO) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 657, siehe: https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/sectvo_2016/gesamt.pdf.

⁶⁷ Verordnung über die Vergabe von Konzessionen (Konzessionsvergabeverordnung – KonzVgV) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 683, siehe: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/konzvgv/gesamt.pdf>.

⁶⁸ Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12.07.2012 (BGBl. I S. 1509), die zuletzt durch Artikel 5 der Verordnung vom 12.04.2016 (BGBl. I S. 624) geändert worden ist.

⁶⁹ Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (Unterschwellenvergabeordnung – UVgO), Bundesanzeiger, BAnz AT 07.02.2017 B1; herunterzuladen unter: https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/U/unterschwellenvergabeordnung-uvgo.pdf?__blob=publicationFile&v=6

⁷⁰ Bekanntmachung der Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teil A (VOB/A) – Ausgabe 2016 – Vom 22.06.2016, BAnz AT vom 01.07.2016 B4, S. 1: http://www.bi-medien.de/upload/banz_at_01_07_2016_b4_10401.pdf.

⁷¹ Bundeshaushaltsordnung vom 19.08.1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 14. August 2017 (BGBl. I S. 3122) geändert worden ist.

- Vergabestatistikverordnung (VergStatVO)⁷²
- Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)⁷³
- Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)⁷⁴

3.2.1 Völkerrecht

Völkerrechtlich bildet das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA) von 1994, das in der Welthandelsorganisation WTO abgeschlossen wurde, für die Mitgliedstaaten 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 beispielsweise Umweltsichtspunkte enthält.⁷⁵ Das novellierte GPA ist am 6. April 2014 in Kraft getreten.

3.2.2 Europäische Union

Das Europäische Parlament und der Europäische Rat haben drei Vergaberichtlinien (Vergabekordinierungsrichtlinien) verabschiedet, die am 17. April 2014 in Kraft getreten sind:

- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe (klassische Vergaberichtlinie)
- Richtlinie über die Konzessionsvergabe (Konzessionsrichtlinie)
- Richtlinie über die öffentliche Auftragsvergabe durch Marktteilnehmer in den Bereichen Wasser, Energie, Verkehr und Postdienste (Sektorenrichtlinie)

Sie sind seit 2016 vollständig im deutschen Vergaberecht umgesetzt worden.⁷⁶

Ziele der Novellierung des EU-Vergaberechts waren eine Vereinfachung und Flexibilisierung der Vergabeverfahren, eine Erweiterung der elektronischen Vergabe sowie die Verbesserung des Zugangs für kleine und mittlere Unternehmen (KMU) zu den Vergabeverfahren. Zudem sollten 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 nunmehr gestattet, Gütezeichen direkt einzufordern und auf deren detaillierte technischen Anforderungen zu verweisen, sofern diese den vergaberechtlichen Mindestanforderungen entsprechen.

⁷² Verordnung zur Statistik über die Vergabe öffentlicher Aufträge und Konzessionen (Vergabestatistikverordnung – VergStatVO) vom 12.04.2016, BGBl. I S. 624, 691, siehe: <https://www.gesetze-im-internet.de/bundesrecht/vergstatvo/gesamt.pdf>.

⁷³ Gesetz zur Förderung der Kreislaufwirtschaft und Sicherung der umweltverträglichen Bewirtschaftung von Abfällen) Artikel 1 des Gesetzes vom 24.02.2012 (BGBl. I S. 212), in Kraft getreten am 01.03.2012 bzw. 01.06.2012.

⁷⁴ Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12.12.2019 (BGBl. I S. 2513).

⁷⁵ Decision on the Outcomes of the Negotiations under Article XXIV: 7 of the Agreement on Government Procurement (GPA/113).

⁷⁶ 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 des 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.

Neben den Vergabekoordinierungsrichtlinien sind weitere Richtlinien und eine Verordnung für die umweltfreundliche und energieeffiziente Beschaffung von Bedeutung. Diese werden im Folgenden kurz dargestellt.⁷⁷

3.2.2.1 EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU und Rahmenverordnung zur Energieverbrauchskennzeichnung (EU) 2017/1369

Eine wichtige Rolle für energieeffiziente Beschaffung spielt auch die europaweit einheitliche Energieverbrauchskennzeichnung, die in der EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU zur „Angabe des Verbrauchs an Energie und anderen Ressourcen durch energieverbrauchsrelevante Produkte mittels einheitlicher Etiketten und Produktinformationen“ geregelt wurde. Die Richtlinie betrifft energieverbrauchsrelevante Produkte, d. h. auch solche, die selbst keine Energie benötigen, aber Einfluss auf den Energieverbrauch anderer Produkte oder Systeme ausüben wie z. B. Fenster oder Sanitärarmaturen. In Deutschland wurde die EU-Rahmenrichtlinie 2010/30/EU durch das Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz (EnVKG)⁷⁸ und die Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung (EnVKV)⁷⁹ vom 10. Mai 2012 umgesetzt. Die in der Richtlinie enthaltenen Anforderungen an öffentliche Auftraggeber sind in § 67 VgV in deutsches Recht umgesetzt.

Zum 1. August 2017 trat die EU-Energielabel-Verordnung (Verordnung (EU) 2017/1369) in Kraft. Die neue Regelung führt das Energielabel zurück zu den A-G-Klassen (die A+-Klassen entfallen) und lässt zunächst die Effizienzklasse A frei, damit es Raum für Effizienzverbesserungen gibt. Darüber hinaus wird ab Ende 2020 für alle gelabelten Produkte eine Produktdatenbank⁸⁰ für Konsumenten eingeführt, die einen Produktvergleich vereinfacht.

3.2.2.2 Gebäuderichtlinie 2010/31/EU

In Artikel 9 der EU-Gebäuderichtlinie (sogenannte EPBD-Richtlinie)⁸¹ ist vorgeschrieben, dass nach dem 31. Dezember 2018 neue Gebäude, die von Behörden als Eigentümer genutzt werden, Niedrigstenergiegebäude sein müssen. Die neue, überarbeitete Richtlinie über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden (EU) 2018/844 wurde am 19. Juni 2018 im Amtsblatt der EU (L156) veröffentlicht und trat am 09. Juli 2018 in Kraft. Die Anforderungen sind im Gebäudeenergiegesetz (GEG) von Juli 2020 umgesetzt worden.⁸²

3.2.3 Deutschland

Der nationale Rechtsrahmen in Deutschland ist davon abhängig, ob der Auftragswert der ausgeschriebenen Leistung den jeweils maßgeblichen EU-Schwellenwert übersteigt. Dieser ergibt sich seit dem 1. Januar 2016 aus einer dynamischen Verweisung in § 106 Abs. 2 GWB auf das jeweils geltende EU-Recht.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ Gesetz zur Kennzeichnung von energieverbrauchsrelevanten Produkten, Kraftfahrzeugen und Reifen mit Angaben über den Verbrauch an Energie und an anderen wichtigen Ressourcen (Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz – EnVKG) 10. Mai 2012 (BGBl. I S. 1070), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 10. Dezember 2015 (BGBl. I S. 2194) geändert wurde.

⁷⁹ Verordnung zur Kennzeichnung von energieverbrauchsrelevanten Produkten mit Angaben über den Verbrauch an Energie und an anderen wichtigen Ressourcen (Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung – EnVKV) 30. Oktober 1997 (BGBl. I S. 2616), die durch Artikel 1 der Verordnung vom 8. Juli 2016 (BGBl. I S. 1622) geändert worden ist.

⁸⁰ Produktdatenbank: https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labeling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/product-database_de.

⁸¹ Richtlinie 2010/31/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 19. Mai 2010 über die Gesamtenergieeffizienz von Gebäuden, ABl. (EU) L 153 vom 18.6.2010, S. 13.

⁸² Siehe: <https://www.bundestag.de/dokumente/textarchiv/2020/kw25-de-energieeinsparrecht-698640>.

Mit der Novelle der Vergabeverordnung aus dem Jahr 2016 und der Unterschwellenvergabeordnung aus dem Jahr 2017 werden die Regelungen im Ober- und Unterschwellenbereich weitestgehend vereinheitlicht.

Lediglich für die Vergabe von Bauleistungen ist die VOB/A in der Fassung vom 31. Januar 2019 gemäß § 2 VgV weiterhin anzuwenden (der 1. Abschnitt der VOB/A für nationale Vergabeverfahren und der 2. Abschnitt oberhalb der EU-Schwellenwerte).

3.2.3.1 Oberschwellenbereich

Der 4. Teil des GWB (§§ 97 bis 186) umfasst die wesentlichen Regelungen für den Oberschwellenbereich zur Vergabe von öffentlichen Aufträgen und von Konzessionen. Die Verfahren für den Sektorenbereich und die Vergabe von Konzessionen werden in eigenen Verordnungen, der Sektorenverordnung (SektVO)⁸³ und der Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV)⁸⁴, geregelt. Die Richtlinie 2009/81/EG über die öffentliche Beschaffung in den Bereichen Verteidigung und Sicherheit vom 13. Juli 2009 ist mit der Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV) vom 12. Juli 2012 in deutsches Recht umgesetzt und zuletzt am 25. März 2020 geändert worden.

3.2.3.2 Unterschwellenbereich

Der bislang unterhalb der EU-Schwellenwerte noch geltende Abschnitt 1 der VOL/A wird durch die Verordnung zur Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen unterhalb der EU-Schwellenwerte (UVgO) ersetzt. Zwar wurde die UVgO bereits am 07. Februar 2017 im Bundesanzeiger veröffentlicht, aber als Verfahrensordnung tritt sie erst in Kraft, wenn sie für den Bund sowie für jedes Bundesland einzeln durch sog. "Einführungserlasse" in Kraft gesetzt wird. Bis dahin gilt die VOL/A aus dem Jahr 2009 weiter.

Für den Bund und seine Behörde wurde mit Wirkung zum 02. September 2017 die UVgO für die Vergabe von Liefer- und Dienstleistungen für anwendbar erklärt. In einer großen Zahl von Bundesländern ist die UVgO bereits für anwendbar erklärt worden. Den Stand der Umsetzung von Juli 2020 durch die Bundesländer zeigt die Tabelle:

Tabelle 2: Einführung der UVgO in den Bundesländern

Bundesland	In Kraft seit	Umsetzung geplant
Baden-Württemberg	01.10.2018	
Bayern	01.01.2018	
Berlin	01.04.2020	
Brandenburg	01.01.2019	
Bremen	19.12.2017	
Hamburg	01.10.2017	
Hessen		nicht geplant
Mecklenburg-Vorpommern	01.01.2019	
Niedersachsen	01.01.2020	
Nordrhein-Westfalen	09.06.2018	

⁸³ Siehe Fn. 66.

⁸⁴ Siehe Fn. 67.

Bundesland	In Kraft seit	Umsetzung geplant
Rheinland-Pfalz		voraussichtlich 2020
Saarland	01.03.2018	
Sachsen		frühestens 2020
Sachsen-Anhalt		voraussichtlich 2020
Schleswig-Holstein	01.04.2019	
Thüringen	01.12.2019	

Detaillierte Informationen sind in der Publikation des Umweltbundesamts „Regelungen der Bundesländer auf dem Gebiet der umweltfreundlichen Beschaffung“ von April 2020 erhältlich.⁸⁵

3.2.3.3 Überblick über die Vergabevorschriften

In der Tabelle werden die in Deutschland anzuwendenden Vorschriften über und unter dem Schwellenwert dargestellt.

Tabelle 3: Überblick über die Vergabevorschriften über- und unterhalb der EU-Schwellenwerte

Nationales Vergabeverfahren (Bis zum EU-Schwellenwert)	EU-Vergabeverfahren (Ab EU-Schwellenwert)
EU-Primärrecht (Warenverkehrs- und Dienstleistungsfreiheit, Diskriminierungsverbot, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, Transparenzgebot)	
Haushaltsrechtliche Vorgaben	
	§§ 97 ff. des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)
Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) (1. Abschnitt VOL/A*)	Vergabeverordnung (VgV) Sektorenverordnung (SektVO) Konzessionsvergabeverordnung (KonzVgV) Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit (VSVgV)
1. Abschnitt der VOB/A	2. Abschnitt der VOB/A-EU VOB/A-VS
Verwaltungsvorschriften des Bundes (z. B. AVV-EnEff) und der Länder (z. B. VwVBU, Richtlinien der Länder)	

*Soweit in einem Bundesland die UVgO nicht für anwendbar erklärt wurde.

3.2.3.4 Verbindliche Vorgaben zu Umweltaspekten

In der Tabelle 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. Auf die Umsetzung der Vorschriften wird in dem Abschnitt 3.2.2 eingegangen.

⁸⁵ Umweltbundesamt: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/regelungen-der-bundeslaender-beschaffung-2020>.

Tabelle 4: Überblick über verbindliche Vorgaben zu Umweltaspekten

Vorschrift	Wertgrenze	Anwendung
Energieverbrauchsrelevante Liefer- oder Dienstleistungen (§ 67 VgV)	Über EU-Schwellenwert	Öffentliche Auftraggeber
Straßenfahrzeuge (§ 68 VgV)	Über EU-Schwellenwert	Öffentliche Auftraggeber
Energieverbrauchsrelevante Leistungen (§ 58 SektVO)	Über EU-Schwellenwert	Sektorenauftraggeber
Straßenfahrzeuge (§ 59 SektVO)	Über EU-Schwellenwert	Sektorenauftraggeber
AVV-EnEff	Unter <u>und</u> über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen
Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten	Unter <u>und</u> über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen
§ 45 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)	Unter <u>und</u> über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen
§§ 13 und 15 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)	Unter <u>und</u> über EU-Schwellenwert	Bundesdienststellen

Einen Überblick über landesrechtliche Regelungen auf dem Gebiet der umweltfreundlichen Beschaffung ist auf den Internetseiten des Umweltbundesamtes⁸⁶ und der Kompetenzstelle für nachhaltige Beschaffung⁸⁷ erhältlich. Beispielsweise finden sich dort die Bayrischen Umwelt-richtlinien Öffentliches Auftragswesen⁸⁸, die Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt⁸⁹, sowie in einzelnen Regelungen der Vergabegesetze, Verwaltungsvorschriften und Richtlinien der Länder.

3.2.3.5 Gesetzliche Neuerungen der verbindlichen Vorgaben zu Umweltaspekten

Im Bereich der verbindlichen Vorgaben zu Umweltaspekten gibt es einige relevante Neuerungen, die sich auf die Beschaffung auswirken. Die Regelungen betreffen das Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG), das Klimaschutzgesetz (KSG) und die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff). Die Neuregelungen verpflichten öffentliche Beschaffungsstellen zur umweltfreundlichen Beschaffung. KrWG⁹⁰ und KSG⁹¹ setzen insbesondere bei der Bedarfsermittlung an und führen eine Bevorzugungspflicht für umweltfreundliche Erzeugnisse ein. Diese Pflicht wirkt sich dann auch auf die Leistungsbeschreibung aus. Das KSG

⁸⁶ Regelungen der Bundesländer auf dem Gebiet der umweltfreundlichen Beschaffung (2020): <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/regelungen-der-bundeslaender-beschaffung-2020>.

⁸⁷ Regelungen der Bundesländer auf dem Gebiet der umweltfreundlichen Beschaffung (2020): http://www.nachhaltige-beschaffung.info/DE/DokumentAnzeigen/dokument-anzeigen_node.html?idDocument=2175.

⁸⁸ Richtlinien über die Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten bei der Vergabe öffentlicher Aufträge vom 28. April 2009 (MBL Nr. 6 vom 28.05.2009 S. 163).

⁸⁹ Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzanforderungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU) vom 8. Januar 2019.

⁹⁰ Hierzu ausführlich 3.2.3.5.1.

⁹¹ Hierzu ausführlich 3.2.3.5.2.

sieht außerdem ausdrücklich vor, dass bei der Zuschlagsentscheidung Kriterien mit Umweltschutzbezug in die Bewertung einfließen müssen⁹². Die AVV-EnEff sieht die Beachtung von Umweltschutzaspekten in allen Verfahrensschritten eines Vergabeverfahrens vor.

3.2.3.5.1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)

Das KrWG des Bundes vom 24. Februar 2012 wurde im Zuge der Umsetzung der aktualisierten Abfallrahmenrichtlinie novelliert. Mit der Neuregelung wird die bisherige Prüfpflicht zu einer Bevorzugungspflicht weiterentwickelt.

Bislang sind Bundesbehörden nach § 45 KrWG insbesondere dazu verpflichtet, bei der Beschaffung zu prüfen, **ob und in welchem Umfang** Erzeugnisse eingesetzt werden **können**,

- ▶ 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.⁹³

Nach der Neuregelung des § 45 KrWG hingegen gilt für öffentliche Beschaffungsstellen nunmehr eine grundsätzliche **Bevorzugungspflicht**⁹⁴ für **umweltfreundliche Erzeugnisse**, die

- ▶ in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
- ▶ durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
- ▶ sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder
- ▶ im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.⁹⁵

3.2.3.5.2 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)

Auch aus dem neuen Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)⁹⁶ ergeben sich Änderungen für die Beschaffungspraxis. Das Bundes-KSG wurde als das „Rahmengesetz“ für die deutsche Klimaschutzpolitik des Bundes geschaffen, nachdem einige Bundesländer bereits eigene Klimaschutzgesetze verabschiedet haben. Ziel des Gesetzes ist die Erfüllung der nationalen Klimaschutzziele sowie der Einhaltung der europäischen Zielvorgaben zum Schutz vor den Auswirkungen des weltweiten Klimawandels.⁹⁷ Der Gesetzgeber geht davon aus, dass der öffentlichen Hand dabei eine Vorbildfunktion zukommt. Eine praktische Umsetzung dieser Funktion erfolgt durch § 13 Abs. 2

⁹² Hierzu ausführlich 4.4.5.

⁹³ Vgl. § 45 Abs. 1 Nr. 1 KrWG a.F.

⁹⁴ Hierzu ausführlich 4.1.2.1.

⁹⁵ Vgl. § 45 Abs. 2 KrWG n.F.

⁹⁶ Bundes-Klimaschutzgesetz vom 12. 12.2019 (BGBl. I S. 2513).

⁹⁷ Vgl. § 1 KSG.

KSG, der ein **Berücksichtigungsgebot** bei der Beschaffung vorsieht.⁹⁸ Eine weitere Ausprägung der Vorbildfunktion findet sich in § 15 Abs. 2 KSG, wonach die Klimaneutralität der Bundesverwaltung insbesondere durch die Einsparung von Energie, durch die effiziente Bereitstellung, Umwandlung, Nutzung und Speicherung von Energie sowie durch die effiziente Nutzung erneuerbarer Energien und die Wahl möglichst klimaschonender Verkehrsmittel erreicht werden soll.

Kommen mehrere Möglichkeiten bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung in Frage, dann ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Zweck der Investition solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über die gesamte Nutzungsdauer des Investitionsguts oder Beschaffungsguts zu den geringsten Kosten erreicht werden kann.⁹⁹

3.2.3.5.3 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)

Die Bundesregierung hat außerdem die erstmals 2008 in Kraft getretene und zum Ende 2019 ausgelaufene Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) an die aktuelle Rechtslage angepasst, entfristet und am 26. Mai 2020 im Bundesanzeiger bekanntgemacht. Die AVV-EnEff verpflichtet die Behörden des Bundes, bei der Vergabe öffentlicher Aufträge besondere Kriterien zur Energieeffizienz der zu beschaffenden Leistungen vorzugeben.

Bereits die alte Fassung der AVV-EnEff schrieb vor, dass im Rahmen einer Bedarfsanalyse für die vorgesehene Beschaffung auch der Aspekt des Energieverbrauchs in der Nutzungsphase und der Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung zu prüfen sind (§ 2 Abs. 1 AVV-EnEff a. F.). Soweit möglich und sachgerecht, und sofern ein sachlicher Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand bestand, war im Rahmen der Eignungs- und Zuschlagskriterien sowie für die Ausführungsbedingungen umwelt- und energieeffizienzbezogene Aspekte zu fordern (§ 2 Abs. 2 AVV-EnEff a. F.).

Die Neufassung konkretisiert diese Verpflichtungen weiter, so dass sich für die Dienststellen des Bundes nun im Ober- und Unterschwellenbereich nachfolgende Pflichten ergeben:

- Im Rahmen der Bedarfsanalyse ist zu prüfen, ob die Beschaffung der Leistung erforderlich ist.¹⁰⁰
- Im Rahmen der Leistungsbeschreibung sind insbesondere folgende Anforderungen zu stellen: die *höchste* verfügbare Effizienzklasse im Sinne der EU-Verordnung über die Energieverbrauchskennzeichnung¹⁰¹ oder alternativ das *höchste* erreichbare Leistungsniveau an Energieeffizienz zu beschaffen.
- Die Vorlage des Blauen Engels¹⁰² oder des EU-Umweltzeichens¹⁰³ oder eines gleichwertigen Nachweises, soweit das Umweltzeichen Blauer Engel für die betreffende Leistung nicht vorhanden ist, ist zu verlangen.

⁹⁸ Hierzu ausführlich 4.1.2.2.

⁹⁹ Vgl. § 13 Abs. 2 KSG.

¹⁰⁰ Vgl. § 2 Abs. 1 AVV-EnEff.

¹⁰¹ Siehe: https://europa.eu/youreurope/business/product-requirements/labels-markings/energy-labels/index_de.htm.

¹⁰² Siehe: <https://www.blauer-engel.de>.

¹⁰³ Siehe: <https://www.eu-ecolabel.de/>.

- Eine Lebenszykluskostenberechnung ist im Rahmen der Zuschlagskriterien grundsätzlich vorzugeben.¹⁰⁴

Die AVV-EnEff ist neben § 13 KSG und § 45 KrWG anzuwenden. Darüber hinaus ist das Maßnahmenprogramm Nachhaltigkeit der Bundesregierung zu berücksichtigen.¹⁰⁵

Ebenfalls noch im Jahr 2020 plant die Bundesregierung, eine Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur klimafreundlichen öffentlichen Beschaffung vorzulegen.¹⁰⁶

In den vergangenen Jahren sind die Möglichkeiten zur umweltfreundlichen Beschaffung aufgrund der geschaffenen Gesetzesänderungen damit deutlich gestärkt worden.

¹⁰⁴ Vgl. § 2 Abs. 4 AVV-EnEff.

¹⁰⁵ Vgl. § 2 Abs. 7 AVV-EnEff.

¹⁰⁶ Siehe Maßnahme 3.5.1.6 des Klimaschutzprogramms 2030 der Bundesregierung: <https://www.bundesregierung.de/re-source/blob/975226/1679914/e01d6bd855f09bf05cf7498e06d0a3ff/2019-10-09-klima-massnahmen-data.pdf?download=1>.

4 Umweltaspekte im Vergabeverfahren oberhalb der Schwellenwerte

Im Folgenden wird untersucht, unter welchen Voraussetzungen umweltschutzbezogene Aspekte in den einzelnen Schritten des Vergabeverfahrens nach der Vergabeverordnung einbezogen werden können.

Exkurs: Die Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen und Umweltmanagementsystemen (UMS) in der umweltfreundlichen Beschaffung

Unternehmen, die ein Umweltmanagementsystem betreiben, beschäftigen sich systematisch mit den Auswirkungen ihrer Tätigkeiten, Produkte und Dienstleistungen auf die Umwelt. Die am weitest verbreiteten Umweltmanagementsysteme sind die internationale Umweltmanagement-Norm ISO 14001 und das europäische Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung EMAS (engl. Eco-Management and Audit Scheme).¹⁰⁷ Im Fokus von EMAS steht die messbare und fortlaufende Verbesserung des Umwelt- und Klimaschutz der Unternehmen. Die Fortschritte werden jährlich in einer öffentlich zugänglichen Umwelterklärung berichtet. Die Umwelterklärungen enthalten Informationen zu den wesentlichen Umweltwirkungen der EMAS-Unternehmen, ihrer Produkte und Dienstleistungen sowie ein Maßnahmenprogramm zur Leistungsverbesserung (sog. Umweltprogramm). Die Inhalte der EMAS-Umwelterklärungen werden von einem unabhängigen Umweltgutachter bzw. einer Umweltgutachterin überprüft. Sie genießen daher eine hohe Glaubwürdigkeit und können im Rahmen der öffentlichen Beschaffung als Nachweisdokument gefordert werden. Bei einem UMS nach ISO 14001 sind die messbare Verbesserung der Umweltleistung und die externe Berichterstattung keine Zertifizierungsvoraussetzungen.

Aus Sicht des Vergaberechts dienen Umweltmanagementsysteme wie EMAS in erster Linie dazu, die technische und berufliche Leistungsfähigkeit eines bietenden Unternehmens zur Umsetzung umweltbezogener Maßnahmen bei der Produktherstellung und Erbringung der Dienst- und Bauleistung nachzuweisen. Es geht damit um Eigenschaften, die zuvorderst allgemein die **Eignung des anbietenden Unternehmens** unabhängig von dem im konkreten Auftrag anzuwendenden Umweltmanagementmaßnahmen nachweist.¹⁰⁸ Darüber hinaus können mit erfolgreich abgeschlossenen Maßnahmen des Umweltmanagements, die beispielsweise in einer Umwelterklärung nach EMAS dokumentiert sind, auch die Einhaltung von Anforderungen an die Produktherstellung und Erbringung der Dienst- und Bauleistungen nachgewiesen werden.

Ein sachlicher Bezug zum Auftragsgegenstand ist Voraussetzung für die Berücksichtigung von EMAS im Vergabeverfahren. Dieser ist grundsätzlich umso leichter herzustellen, je relevanter die umweltbezogenen Auswirkungen des Auftragsgegenstands sind. Nimmt eine öffentliche Beschaffungsstelle selbst an EMAS teil, können dadurch entsprechende Anforderungen an Dienst-, Bau- und Lieferaufträge leichter begründet werden. Neben einer möglichen eigenen EMAS-Teilnahme eignen sich auch andere umweltbezogene Grundsätze und Leitlinien, zu denen sich die öffentliche Beschaffungsstelle verpflichtet hat, um den Zusammenhang zum Auftragsgegenstand zu begründen.

¹⁰⁷ 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. der EG Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1.

¹⁰⁸ Stolz, in: Ziekow/ Völlink (2018), Vergaberecht, § 46 VgV Rn. 31.

Exkurs: Nutzung von Rahmenvereinbarungen für umweltfreundliche Ausschreibungen

Ausschreibungen in Form von Rahmenvereinbarungen können genutzt werden, um die umweltfreundliche Beschaffung zu erleichtern. Die Richtlinie 2014/24/EU sieht ausdrücklich vor, dass verschiedene öffentliche Auftraggeber ihren Bedarf bündeln und hierfür gemeinsame Rahmenvereinbarungen ausschreiben können.¹⁰⁹ Der Abschluss von Rahmenvereinbarungen ist entsprechend auch in § 21 VgV 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 Bedarfsträgern den Bedarf zu schätzen und eine entsprechende Vereinbarung abzuschließen. Die einzelnen öffentlichen Bedarfsträger können dann die konkret benötigten Mengen abrufen („Abrufberechtigte“).¹¹⁰

Rahmenvereinbarungen haben unter Umweltgesichtspunkten mehrere Vorteile:

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

4.1 Bedarfsermittlung und Festlegung des Auftragsgegenstandes

Bevor das Vergabeverfahren im engeren Sinne beginnt, muss der öffentliche Auftraggeber zunächst entscheiden, was dieser kaufen oder bauen will bzw. welche Dienstleistung benötigt wird. Dazu muss der tatsächliche Bedarf genau ermittelt werden.

Die Bedarfsermittlung ist der Definition des Auftragsgegenstandes sowie dessen Beschaffung zwar vorgelagert, für die umweltfreundliche Beschaffung hat sie dennoch eine erhebliche Bedeutung. Bereits bei der Bedarfsermittlung müssen Bundesbehörden die Neuerungen im KrWG, bzw. KSG und der AVV-EnEff die Umweltauswirkungen bei der Beschaffung berücksichtigen. Dies beeinflusst die Entscheidung über die zu beschaffende Leistung und die sich daran anschließende Leistungsbeschreibung erheblich.

¹⁰⁹ Vgl. die Erwägungsgründe 60 ff. der Richtlinie 2014/24/EU.

¹¹⁰ Dabei sollte allerdings gewährleistet sein, dass eine bestimmte Mindestmenge abgerufen wird, weil sogenannte „Nullmengen-Verträge“ rechtlichen Bedenken begegnen. Hinzuweisen ist auch auf kartellrechtliche Einschränkungen, die sich gerade dann ergeben können, wenn es sich um Beschaffungsgegenstände handelt, die typischerweise nur von der öffentlichen Hand nachgefragt werden und für die deshalb von vornherein kein großer Markt besteht.

Exkurs: Umweltfreundliche Beschaffung aufgrund der neuen Gesetzeslage auf Bundesebene

Mit der Neuregelung in **§ 45 Abs. 2 KrWG** ist eine Bevorzugungspflicht für umweltfreundliche Erzeugnisse eingeführt worden:

Die Verpflichteten nach Absatz 1 haben [...] bei der Gestaltung von Arbeitsabläufen, bei der Beschaffung oder Verwendung von Material und Gebrauchsgütern, bei Bauvorhaben und sonstigen Aufträgen, ohne damit Rechtsansprüche Dritter zu begründen, Erzeugnissen den Vorzug zu geben, die

1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
3. sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder
4. im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.

§ 13 Abs. 2 KSG führt ebenso eine Prüfpflicht mit Berücksichtigungsgebot bei der Leistungsbestimmung ein:

Der Bund prüft bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung, wie damit jeweils zum Erreichen der Klimaschutzziele nach § 3 beigetragen werden kann.

Kommen mehrere Möglichkeiten bei der Planung, Auswahl und Durchführung von Investitionen und bei der Beschaffung in Frage, dann ist in Abwägung mit anderen relevanten Kriterien mit Bezug zum Zweck der Investition solchen der Vorzug zu geben, mit denen das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über die gesamte Nutzungsdauer des Investitionsguts oder Beschaffungsguts zu den geringsten Kosten erreicht werden kann.

§ 15 Abs. 2 KSG gibt vor, dass die Klimaneutralität der Bundesverwaltung, die gemäß § 15 Abs. 1 KSG klimaneutral organisiert werden soll, insbesondere durch die Einsparung von Energie, durch die effiziente Bereitstellung, Umwandlung, Nutzung und Speicherung von Energie sowie durch die effiziente Nutzung erneuerbarer Energien und die Wahl möglichst klimaschonender Verkehrsmittel erreicht werden soll. **§ 2 Abs. 1 AVV-EnEff** legt den öffentlichen Beschaffungsstellen bei der Leistungsbestimmung eine Prüfpflicht auf:

Im Rahmen der Bedarfsanalyse ist festzustellen, ob die Beschaffung der Leistung erforderlich ist.

Bei Lieferleistungen ist abzuwägen, ob anstelle des Kaufs auch die Reparatur eines vorhandenen Produktes, der Kauf eines gebrauchten Produktes oder die Miete oder das Leasing ein klima- und umweltfreundlicheres Mittel der Beschaffung darstellt.

Darüber hinaus sind im Rahmen der Bedarfsanalyse und bei der Erstellung der Leistungsbeschreibung (§ 121 GWB, § 31 VgV, § 7 EU VOB/A, § 23 UVgO, § 7 VOB/A) der Energieverbrauch während des gesamten Lebenszyklus der Leistung (Herstellung, Nutzung, Recycling und Entsorgung) und der Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung zu prüfen.

Vergleichbare Regelungen gibt es auch in den Ländern. Beispielsweise sind Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin aufgrund der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und

Umwelt (VwVBU)¹¹¹ seit dem 1. Januar 2013 verpflichtet, im Rahmen der Bedarfsermittlung mögliche Alternativen sowie deren Umweltauswirkungen zu prüfen und zu dokumentieren (vgl. Ziffer 5 VwVBU). In Ziffer 4 der VwVBU wurde zudem festgelegt, dass bestimmte Produkte/-gruppen oder Darreichungsformen nicht beschafft werden dürfen (z. B. Einweggeschirr in Kantinen und Mensen, bestimmte Getränke in Einwegverpackungen, Farbmittel auf Schwermetallbasis oder Bauteile aus PVC unter bestimmten Bedingungen).

Eine ähnliche Regelung gibt es im Umweltleitfaden der Stadt Hamburg¹¹², der ebenfalls strenge Vorgaben für die umweltverträgliche Beschaffung aufstellt.

Hat der öffentliche 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. Der öffentliche Auftraggeber hat 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 Auftragsgegenstandes.

Nach Auffassung der Europäischen Kommission wird die Definition des Auftragsgegenstandes noch nicht von den europäischen Vergaberichtlinien erfasst.¹¹³ 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 öffentliche Auftraggeber die Leistungsbeschreibung erstellt. Daher hat der öffentliche Auftraggeber in diesem Stadium der Vorbereitung die Möglichkeit, den Auftragsgegenstand in einem umweltfreundlichen Sinn zu definieren.¹¹⁴

Der öffentliche Auftraggeber ist dabei nicht verpflichtet, seinen Bedarf so auszurichten, dass möglichst alle auf dem Markt agierenden Teilnehmerinnen und Teilnehmer leistungs- und angebotsfähig sind.¹¹⁵ Vielmehr kann der öffentliche Auftraggeber den Auftragsgegenstand auch von vornherein so wählen, dass nur bestimmte Produkte oder Dienstleistungen angeboten werden können, wenn auftrags- und sachbezogene Gründe (z. B. Aspekte des Umweltschutzes) für diese Festlegung sprechen.¹¹⁶ In diesem Fall ist der öffentliche Auftraggeber insbesondere nicht gezwungen, erst Markterforschungen oder Marktanalysen durchzuführen oder zu überprüfen, ob sich sein Ziel auch mit einer produktneutralen oder technikoffenen Ausschreibung erreichen lässt.¹¹⁷ Damit der öffentliche Auftraggeber die sachlichen Gründe für die Entscheidung auch in

¹¹¹ Erste Verwaltungsvorschrift zur Änderung der Verwaltungsvorschrift für die Anwendung von Umweltschutzanforderungen bei der Beschaffung von Liefer-, Bau- und Dienstleistungen (Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt – VwVBU), siehe: <https://www.berlin.de/senuvk/service/gesetzestexte/de/beschaffung/vorschrift.shtml>.

¹¹² Umweltleitfaden der Stadt Hamburg in der Fassung von Mai 2019: <https://www.hamburg.de/umweltvertraegliche-beschaffung/12450152/umweltgerechte-beschaffung-2019/>.

¹¹³ Vgl. Zuletzt: Europäische Kommission (2016b): Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, S. 29. Ferner auch schon in den vorherigen Auflagen, z. B.: Europäische Kommission (2011): Umweltorientierte Beschaffung!, S. 30; Europäische Kommission (2001): 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.

¹¹⁴ Siehe Fn. 113.

¹¹⁵ VK Münster, Beschluss vom 20.04.2005, Az. VK 6/05.

¹¹⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 09.12.2009 – VII-Verg 37/09; OLG München, Beschluss vom 2.3.2009 – Verg 01/09.

¹¹⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.02.2010, VII-Verg 42/09.

einem Streitfall belegen kann, sollten diese sorgfältig in einem Vergabevermerk dokumentiert werden.

Exkurs: EMAS in der Bedarfsermittlung

In der Markterkundung lässt sich in Bezug auf die Umweltfreundlichkeit von Produkten und Dienstleistungen ein Überblick über die vorhandenen Alternativen gewinnen. Will die öffentliche Beschaffungsstelle eine EMAS-Zertifizierung im Vergabeverfahren berücksichtigen, sollte sie in dieser Phase auch prüfen, ob in der entsprechenden Branche oder in der Region Unternehmen an EMAS teilnehmen. Dazu kann sie im EMAS-Register unter www.emas-register.de recherchieren.

Öffentliche Beschaffungsstellen, die selbst EMAS-validiert sind, sollten in ihren Ausschreibungsunterlagen explizit auf das eigene EMAS-Engagement verweisen, um die besondere Bedeutung von Umweltkriterien in der Ausschreibung zu verdeutlichen.

4.1.1 Anforderungen nach europäischem Recht

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

Die Definition des Auftragsgegenstandes 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 und 36 AEUV¹¹⁸), die Dienstleistungsfreiheit (Artikel 56 AEUV) oder das allgemeine Diskriminierungsverbot (Artikel 18 AEUV). Diese sind grundsätzlich unmittelbar neben den Vergaberichtlinien anwendbar.

Die Artikel 34 und 56 AEUV verbieten grundsätzlich¹¹⁹ alle offenen Diskriminierungen von Waren und Dienstleistungen aus anderen Mitgliedstaaten, bei denen der öffentliche Auftraggeber ausdrücklich einheimische Waren oder Dienstleistungen bevorzugt.¹²⁰ 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 Mitgliedstaaten zu behindern.¹²¹ Gerade Umwelanforderungen fallen häufig unter diese unterschiedslos anwendbaren nationalen Vorschriften. Beispiele dafür können sein: das Verbot von Einweggetränkeverpackungen¹²² oder die Festsetzung von Höchstwerten für Abgasemissionen von Fahrzeugen¹²³.

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 Unternehmen bevorzugen können, beschäftigt. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall konnte die Vorgabe in den Vergabeunterlagen, dass eine bestimmte irische Norm einzuhalten sei, nur von einem einzigen irischen Unternehmen erfüllt werden.¹²⁴ Der Europäische Gerichtshof erklärte es für unzulässig, in einer

¹¹⁸ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

¹¹⁹ Eine Diskriminierung kann unter bestimmten Voraussetzungen gerechtfertigt sein, sofern sie nicht willkürlich erfolgt, vgl. Art. 36 AEUV.

¹²⁰ EuGH, Urteil vom 20.03.1990, Rs. C-21/1988, Slg. 1990, I-889 (Du Pont).

¹²¹ Ständige Rechtsprechung seit EuGH, Urt. vom 20.02.1979, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, 662 („Cassis de Dijon“).

¹²² EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 302/86, Slg. 1988, 4607, („Dänische Pfandflaschen“).

¹²³ 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“).

¹²⁴ EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87 (Kommission/Irland), Slg. 1988 I-4929.

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 Unternehmen tatsächlich nicht zum Zug kommen konnten. Der Gerichtshof äußerte sich aber nicht explizit zu der Frage, ob eine Einengung auf nur ein Unternehmen 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.¹²⁵ Ob dies der Fall ist, ist im Einzelfall zu prüfen.

Im Ergebnis bedeutet dies, dass es durchaus zulässig sein kann, dass der öffentliche Auftraggeber seinen Auftragsgegenstand so (eng) definiert, sodass faktisch nur wenige oder sogar nur ein einziges bietendes Unternehmen die (Umwelt-)Anforderungen erfüllen können/kann, wenn und soweit diese Anforderungen zur Erfüllung der von dem öffentlichen Auftraggeber festgelegten Aufgaben erforderlich sind.¹²⁶ Wenn er also beispielsweise für den öffentlichen Nahverkehr Busse beschaffen will, die strenge Grenzwerte einhalten¹²⁷, so könnte er bereits bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes die Einhaltung der Grenzwerte zwingend fordern, indem er „Busse, die die Euronorm VI einhalten“ ausschreibt und nicht allgemein „Busse“. Bestimmte energieeffiziente Techniken können auch dann definiert werden, wenn nur ein Unternehmen die Anforderungen erfüllen kann.¹²⁸ Alle "gleichwertigen" Angebote, die das Ziel, wenn auch mit anderer Technik, erreichen, müssen jedoch ebenfalls zugelassen werden.

4.1.2 Anforderungen nach nationalem Recht

Noch nicht beantwortet ist damit die Frage, ob sich Einschränkungen hinsichtlich der Festlegung des Auftragsgegenstandes auch aus dem nationalen Vergaberecht ergeben können. Die anzutreffende Aussage, das deutsche Vergaberecht verfolge „*allein das Ziel [...], die ökonomische Verwendung der Haushaltsmittel zu sichern, d. h. den Etat zu schützen*“¹²⁹, 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 könnte der in den Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung verankerte Grundsatz sprechen, dass „*in jedem Fall die Grundsätze der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu beachten sind*“¹³⁰. Dagegen spricht

¹²⁵ EuGH, Urteil vom 20.09.1988, Rs. 302/86 (Kommission/Dänemark), Slg. 1998, 4607 (4630).

¹²⁶ So auch: OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.2.2010, VII-Verg 42/09.

¹²⁷ Beispielsweise solche Grenzwerte, die gegenwärtig für die sogenannten Umweltzonen festgeschrieben werden.

¹²⁸ Beschluss der 3. Vergabekammer des Bundes vom 10.05.2010, VK 3-42/10.

¹²⁹ So z. B. Jasper, Ute/Marx, Friedhelm (2020): Einführung zu Beck-Texte Vergaberecht, 23. Auflage 2020, S. XII.

¹³⁰ Ziffer 3 zu § 55 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung vom 14.03.2001 (GMBL 2001, S. 307) in der Fassung des BMF-Rundschreibens vom 25. März 2020 - II A 3 - H 1012-6/19/10001 (GMBL 2020 Nr. 15, S. 290), herunterzuladen unter: http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_02102017_DokNr20110981762.htm.

allerdings, dass bereits bei der Umsetzung der Anfang der 1990er Jahre geschaffenen EU-Vergaberichtlinien davon abgesehen wurde, eine Regelung in deutsches Recht umzusetzen, wonach öffentliche Auftraggeber bei der Angebotswertung ausschließlich das Kriterium des niedrigsten Preises anwenden.¹³¹ Stattdessen soll in Deutschland das „wirtschaftlichste Angebot“ den Zuschlag erhalten.¹³² Ob ein Angebot wirtschaftlich ist, wird danach beurteilt, ob es die von den öffentlichen Auftraggebern in der Bekanntmachung oder den Vergabeunterlagen geforderten Kriterien – die Richtlinie 2014/24/EU nennt in Art. 67 Abs. 2 Buchstabe a) bzw. § 31 Abs. 3 VgV beispielsweise unter anderem Qualität (einschließlich technischer Wert, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit, Design für Alle, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften) sowie das Kostenelement – erfüllt. Daraus ergibt sich, dass der Preis eben nur ein Merkmal unter anderen für die Wertung des Angebots ist. Diese Sichtweise findet sich ausdrücklich beispielsweise auch in der Gesetzesbegründung zu § 13 KSG.¹³³ Was für die Zuschlagserteilung gilt, muss aber erst recht für die Auswahl des Auftragsgegenstandes 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.¹³⁴ 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 der öffentliche Auftraggeber über einen weiten Ermessensspielraum im Hinblick auf die Auswahl des Auftragsgegenstandes. Bei der Grundsatzentscheidung, was beschafft werden soll, spielen viele Faktoren eine Rolle. Er 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 den Gegenstand der Beschaffung verschiedene – auch politische – Vorgaben eine Rolle. Der öffentliche Auftraggeber kann sich somit schon faktisch nicht auf rein fiskalische Erwägungen beschränken. Gerade im Vorfeld einer Beschaffungsentscheidung werden allgemeine Überlegungen besonders wichtig sein.

Beispiel für die Festlegung des Auftragsgegenstandes

Der öffentliche Auftraggeber kann sich von vornherein darauf beschränken, „Ökostrom“ oder „Recyclingpapier“ auszuschreiben. Die Ausschreibung von Ökostrom¹³⁵ 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 beispielsweise festgelegt, welche konkreten Anforde-

¹³¹ Art. 26 Richtlinie 93/36/EWG, Abl. der EG Nr. L 199 vom 09.08.1993, S. 1.

¹³² Vgl. § 127 Abs. 1 GWB; § 58 VgV.

¹³³ BT-Drucks. 19/14337, S. 37.

¹³⁴ Vgl. § 7 BHO.

¹³⁵ Energierechtskanzlei AssmannPeiffer (2017): Beschaffung von Ökostrom - Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung der Lieferung von Ökostrom im offenen Verfahren, herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/beschaffung-von-oekostrom-arbeitshilfe-fuer-eine-0>.

rungen an die Stromproduktion gestellt werden. Bei der Leistungsbeschreibung für den Auftragsgegenstand Recyclingpapier öffentliche Auftraggeber z. B. festlegen, dass das Papier ungebleicht sein muss.

Im Ergebnis schränkt das nationale Vergaberecht die Festlegung des Beschaffungsgegenstands daher nicht dahingehend ein, dass nur bestimmte Varianten ausgeschrieben werden dürfen oder Umweltbelange außer Betracht bleiben müssten. Vielmehr verpflichten nationale Regelungen die öffentlichen Auftraggeber dazu, Umweltschutzbelaenge schon bei der Bedarfsermittlung und Festlegung des Leistungsgegenstandes zu berücksichtigen.

Das ist auch zulässig. Die Regelungen konkretisieren § 97 Abs. 3 GWB, in dem es heißt, dass bei der Vergabe u. a. „*umweltbezogene Aspekte nach Maßgabe dieses Teils berücksichtigt*“ werden. Mit der Formulierung „*nach Maßgabe dieses Teils*“ ist der Teil 4 des GWB gemeint, in dem das Vergaberecht im Wesentlichen geregelt wird. Es ergibt sich aus dem Wortlaut des § 97 Abs. 3 GWB aber keine Bindungswirkung oder Pflicht zur Verortung von Umweltaspekten allein im GWB. Regelungen über „neue“ Umweltaspekte müssen sich lediglich in die bestehende Systematik (Leistungsbeschreibung, Eignungskriterien, Zuschlagskriterien usw.) und Grundsätze des Vergaberechts des GWB einfügen.¹³⁶ Der Bundesgesetzgeber hat vorgesehen, dass die Ausgestaltung der Einbeziehung von konkreten Umweltaspekten in die Beschaffung durch gesetzliche Einzelvorschriften geregelt werden soll, was auch eindeutig durch die Gesetzesbegründung des Vergaberechtsmodernisierungsgesetzes zum Ausdruck kommt. Dort heißt es:

*„Die konkrete Ausgestaltung der Möglichkeiten zur Einbeziehung strategischer Ziele [hierzu gehören auch Umweltaspekte, Anmerkung Unterzeichner] erfolgt **bei den jeweiligen gesetzlichen Einzelvorschriften** sowie in den Rechtsverordnungen, die auf der Grundlage dieses Teils erlassen werden.“*¹³⁷ (Anmerkung und Hervorhebung nur hier)

Im Folgenden werden drei zentrale Rechtsgrundlagen für die umweltfreundliche Beschaffung im KrWG, KSG und der AVV-EnEff dargestellt, die öffentlichen Beschaffungsstellen bei der Leistungsbestimmung beachten müssen.

4.1.2.1 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)

Vor Beginn des Vergabeverfahrens hat die öffentliche Beschaffungsstelle den Beschaffungsbedarf zu ermitteln. Hierbei steht ihr ein Leistungsbestimmungsrecht zu. Das Leistungsbestimmungsrecht ist in Einklang mit vergaberechtlichen Vorgaben auszuüben. Verboten ist beispielsweise die produktbezogene Ausschreibung nach § 31 Abs. 6 VgV. Nach der Rechtsprechung sind auch Konkretisierungen des Leistungsbestimmungsrechts durch andere Gesetze anerkannt, beispielsweise durch Normen des KrWG. Bislang waren öffentliche Auftraggeber nach § 45 KrWG verpflichtet, bei der Bedarfsermittlung zu prüfen, ob umweltfreundliche Erzeugnisse am Markt zur Verfügung stehen. Diese Prüfpflicht wurde mit dem Entwurf der Novelle des KrWG 2020 zu einer Bevorzugungspflicht weiterentwickelt. Das Leistungsbestimmungsrecht der öffentlichen Auftraggeber wurde also zugunsten einer umweltfreundlichen Beschaffung durch die Neufassung von § 45 KrWG weiter konkretisiert. Sie sind verpflichtet, umweltfreundlicheren Produkten bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes den Vorzug zu geben.

¹³⁶ In diesem Sinne Wiedemann in: Kulartz / Kus / Portz / Prieß, Kommentar zum GWB-Vergaberecht, § 97, Rn. 104.

¹³⁷ Gesetzesbegründung zum VergRModG 2016, BT-Drucks. 18/6281, S. 68.

4.1.2.1.1 Adressat der Bevorzugungspflicht: Bund

Adressat der Bevorzugungspflicht sind die Verpflichteten nach § 45 Abs. 2 KrWG, also die Behörden des Bundes¹³⁸ sowie die der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts¹³⁹, Sondervermögen¹⁴⁰ und sonstige Stellen¹⁴¹ (nachfolgend: Bund). Entsprechend § 45 Abs. 3 KrWG wirkt der Bund zudem darauf hin, dass Gesellschaften des privaten Rechts, an denen er beteiligt ist, ebenfalls die Bevorzugungspflicht beachten.

Der Adressatenkreis des § 45 KrWG ist damit deutlich enger als der der vergaberechtlichen Vorschriften im GWB (§§ 98 ff. GWB). Danach sind neben dem Bund auch die Länder, Kommunen und sog. funktionale öffentliche Auftraggeber sowie Sektorenauftraggeber und Konzessionsgeber erfasst. Im Bereich der Kreislaufwirtschaft haben die Bundesländer eigene Gesetze erlassen.¹⁴²

4.1.2.1.2 Regelungsgegenstand

§ 45 Abs. 2 KrWG führt eine Bevorzugungspflicht bei der Beschaffung ein, um dazu beizutragen, die Zwecke des Gesetzes zu erreichen, also die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen. Es besteht dann eine Pflicht zur Bevorzugung von Erzeugnissen, die in besonderer Weise den Zielen der Kreislaufwirtschaft dienen. Darunter versteht § 45 Abs. 2 KrWG Erzeugnisse, die

1. in rohstoffschonenden, energiesparenden, wassersparenden, schadstoffarmen oder abfallarmen Produktionsverfahren hergestellt worden sind,
2. durch Vorbereitung zur Wiederverwendung oder durch Recycling von Abfällen, insbesondere unter Einsatz von Rezyklaten, oder aus nachwachsenden Rohstoffen hergestellt worden sind,
3. sich durch Langlebigkeit, Reparaturfreundlichkeit, Wiederverwendbarkeit und Recyclingfähigkeit auszeichnen oder
4. im Vergleich zu anderen Erzeugnissen zu weniger oder schadstoffärmeren Abfällen führen oder sich besser zur umweltverträglichen Abfallbewirtschaftung eignen.¹⁴³

Umfasst sind alle Stoffe die kein Abfall (mehr) sind, wobei sich § 45 KrWG dabei nicht nur auf gezielt hergestellte Hauptprodukte bezieht, sondern auch auf Nebenprodukte, die die Anforderungen des § 4 KrWG erfüllen, sowie auf Stoffe und Gegenstände, deren Abfalleigenschaften nach den Anforderungen des § 5 KrWG beendet ist.¹⁴⁴ Die einzelnen Umweltaspekte stehen zueinander im Verhältnis der Alternativität („oder“). Es müssen daher nicht alle Anforderungen kumulativ erfüllt werden. Es ist ausreichend, dass die Voraussetzungen einer Nummer vorliegen, damit die Bevorzugungspflicht greift.¹⁴⁵

¹³⁸ Darunter sind sowohl die obersten Bundesbehörden, die sog. Bundesoberbehörden wie auch mittlere und untere Behörden des Bundes zu verstehen. Zu den Behörden des Bundes gehören auch die nicht rechtsfähigen Bundesanstalten.

¹³⁹ Zu den der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts zählen alle Körperschaften, Stiftungen sowie die rechtsfähigen Anstalten des öffentlichen Rechts des Bundes.

¹⁴⁰ Sondervermögen, d.h. rechtlich verselbständigte, zweckgebunden einzusetzende Vermögensmassen, sind überwiegend in den Bereichen Bahn sowie Lastenausgleichfonds des Bundes anzutreffen.

¹⁴¹ Unter die sonstigen Stellen fallen alle übrigen dem Bund zuzurechnenden Einheiten. Diesem Merkmal kommt demgemäß eine Auffangfunktion zu. Zu nennen sind etwa interministerielle Ausschüsse oder Arbeitsgemeinschaften, die sich nicht einer bestimmten Behörde zurechnen lassen.

¹⁴² Siehe hierzu ausführlich 4.1.2.1.3.

¹⁴³ § 45 Abs. 2 KrWG.

¹⁴⁴ Bundesregierung (2020): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der AbfRRL, S. 96.

¹⁴⁵ Ebenda.

4.1.2.1.3 Kreislaufwirtschaftsrecht auf Landesebene

Da § 45 KrWG nur den Bund adressiert, kommt dem Landesabfallrecht einige Relevanz zu. Über den alten § 45 Abs. 1 S. 2 Kreislaufwirtschaftsgesetz gingen die Landesabfallgesetze aller Länder, mit Ausnahme Thüringens, hinaus.

In einigen Bundesländern besteht eine echte Pflicht, bei der Beschaffung umweltfreundliche Erzeugnisse zu bevorzugen.¹⁴⁶ In anderen Bundesländern sind die entsprechenden Normen nicht als Pflicht- sondern als Soll-Vorschrift ausgestaltet, nach der die Länder bei Beschaffungen umweltfreundlichen Erzeugnissen den Vorzug geben sollen.¹⁴⁷

Die Freie und Hansestadt Hamburg geht in ihrem Abfallwirtschaftsgesetz hingegen nicht über eine Prüfpflicht hinaus.¹⁴⁸ In den Abfallwirtschafts- und Vergabegesetzen der anderen Bundesländer finden sich keine spezifischen Regelungen, nach denen die Ziele des Kreislaufwirtschaftsrechts bei der Beschaffung zu berücksichtigen sind.

4.1.2.1.4 Entsorgungsrechtliche Bevorzugungspflicht im vergaberechtlichen Kontext

Die Bevorzugungspflicht der Neuregelung des § 45 KrWG konkretisiert, wie auch schon die vorherige Prüfpflicht, zulässigerweise das Leistungsbestimmungsrecht der öffentlichen Auftraggeber.

Öffentlichen Auftraggebern steht ein weitreichendes Leistungsbestimmungsrecht zu, d. h. sie sind grundsätzlich frei in der Entscheidung, ob und was beschafft werden soll. Es ist jedoch allgemein anerkannt, dass das Leistungsbestimmungsrecht (Bestimmungsfreiheit, ob und was beschafft werden soll) des öffentlichen Auftraggebers und damit auch die Frage, welche Anforderungen an die zu beschaffende Leistung gestellt werden dürfen, vergaberechtlichen Grenzen unterliegen.¹⁴⁹ Hierzu gehören u. a. von der Rechtsprechung herausgebildete Grundsätze, wonach die Bestimmung des Auftragsgegenstandes sachlich gerechtfertigt sein muss und dafür nachvollziehbare, objektive und auftragsbezogene Gründe vorliegen müssen.¹⁵⁰ Die Festlegung muss zudem willkür- und diskriminierungsfrei erfolgen.¹⁵¹ Eine weitere prominente Beschränkung besteht in dem grundsätzlichen Verbot der hersteller- und produktbezogenen Ausschreibung (vgl. § 31 Abs. 6 VgV).

In diesem Sinne ist in der Vergaberechtsprechung auch eine Verengung des Leistungsbestimmungsrechts durch das KrWG bereits anerkannt.¹⁵² Das OLG Düsseldorf hat zudem ausdrücklich entschieden, dass entsorgungsrechtliche Prinzipien bei der Bestimmung des Auftragsgegenstandes, den Bedingungen der Auftragsausführung und den Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sein können.¹⁵³ Insbesondere aber das OLG München hat herausgearbeitet, dass sich die Regeln

¹⁴⁶ Vgl. § 23 Abs. 1 Kreislaufwirtschaft- und Abfallgesetz Berlin, § 2 Landesabfallwirtschaftsgesetz Rheinland-Pfalz, § 2 Abs. 1 S. 1 Hessisches Ausführungsgesetz zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, § 2 Abs. 1 Abfallgesetz des Landes Sachsen-Anhalt, § 2 Abs. 2 S. 1, 2 Bremisches Ausführungsgesetz zum Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz, § 3 Abs. 3 S. 1 Thüringer Gesetz über die Vermeidung, von Minderung, Verwertung und Beseitigung von Abfällen, § 2 Abs. 2 Nr. 2 Abfallwirtschaftsgesetz für Mecklenburg-Vorpommern, § 3 Abs. 2 Nr. 2 Niedersächsisches Abfallgesetz.

¹⁴⁷ So § 2 Abfallwirtschaftsgesetz für das Land Schleswig-Holstein, § 2 Abs. 2 S. 1 S. Saarländisches Abfallgesetz, § 2 Abs. 1 Abfallgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen, § 27 Abs. 2 Brandenburgisches Abfallgesetz.

¹⁴⁸ Siehe: <http://www.landesrecht-hamburg.de/jportal/portal/page/bshaprod.psml?showdoccase=1&doc.id=jlr-AbfWGHA2005rahmen&st=lr>.

¹⁴⁹ Vgl. stellv. für viele: OLG München, Beschl. v. 09.03.2018 – Verg 10/17.

¹⁵⁰ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 07.06.2017 – Verg 53/16; VK Südbayern, Beschl. v. 30.03.2017, Z 3 - 3 - 3194 - 1 - 04 - 02 / 17; Vergabekammer Südbayern, Beschl. v. 27.03.2017, Z3-3-3194-1-03-02/17; VK Westfalen, Beschl. v. 25.11.2016, VK 1 - 42 / 16; VK Bund Beschl. v. 09. Febr. 2016 – VK 1-130/15; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – VII-Verg 10/12.

¹⁵¹ Ebenda.

¹⁵² Vgl. BGH, Beschl. v. 18.06.2012 – X ZB 9/11; VK Westfalen, Beschl. v. 31.01.2017 – VK 1-49/16; Dieckmann, Recht der Abfallwirtschaft 2019, 274, 281.

¹⁵³ OLG Düsseldorf, Beschl. v. 01.08.2012 – Verg 105/11.

des KrWG auf das Leistungsbestimmungsrecht auswirken können und dass der öffentliche Auftraggeber bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes „die grundlegende Konzeption des KrWG“ zu berücksichtigen hat.¹⁵⁴

Die Weiterentwicklung der Prüfpflicht zu einer Bevorzugungspflicht führt dazu, dass öffentlichen Beschaffungsstellen keinen Ermessensspielraum bei der Beachtung von Umweltbelangen im Rahmen der Bedarfsermittlung und Leistungsbestimmung haben.¹⁵⁵ Es steht den öffentlichen Auftraggebern nicht mehr frei, sich für oder gegen ein umweltverträgliches Produkt oder die umweltverträgliche Dienstleistung zu entscheiden, die den Beschaffungsbedarf deckt, sondern *„die Verpflichteten haben (...) Erzeugnissen den Vorzug zu geben“*, die den Anforderungen des § 45 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 bis 4 KrWG entsprechen. Etwaige Abwägungen, die im Rahmen der Prüfpflicht, bei der der Umgang mit dem Ergebnis der Prüfung im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstellen stand, sind dann nicht mehr anzustellen. Es handelt sich hierbei um eine Konkretisierung der unbedingten Pflicht aus Absatz 1, wonach die in § 45 Abs. 1 KrWG genannten Stellen verpflichtet sind, durch ihr Verhalten zur Erfüllung der Pflichten aus § 1 KrWG beizutragen, die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen.

Praktisch ergeben sich dann aus der Neufassung auch Auswirkungen auf die Markterkundung der Beschaffer und Beschafferinnen des Bundes. Nach § 28 Abs. 1 VgV sind solche vorbereitenden Maßnahmen zulässig, wobei aus dem Wortlaut der Vorschrift („darf“) abgeleitet wird, dass es keine Verpflichtung zur Markterkundung gibt.¹⁵⁶ Die Markterkundung dient der ordnungsgemäßen Beschaffung von Leistungen. Nur wenn der öffentliche Auftraggeber einen Überblick über verfügbare Leistungen hat, kann er der Anforderung nachkommen, den Beschaffungsgegenstand aufgrund sachgerechter Erwägungen und willkürfrei zu bestimmen. Um festzustellen zu können, ob eine Bevorzugungspflicht nach § 45 KrWG besteht, muss der öffentliche Auftraggeber aber entweder den relevanten Markt bereits kennen oder sich einen Überblick über den Markt verschaffen. Diese Pflicht bestand auch bislang im Rahmen des § 45 KrWG schon, da auch die Erfüllung der Prüfpflicht voraussetzt, dass die beschaffende Stelle weiß, was momentan angeboten wird. Dies gilt auch unabhängig von spezifisch umweltbezogenen Vorgaben, wenn der Auftraggeber etwa eine Folgeausschreibung für eine bereits zuvor beschaffte Leistung vornimmt. In diesem Fall wird er sich über zwischenzeitlich ggf. geänderte Marktverhältnisse informieren müssen.¹⁵⁷

4.1.2.1.5 Ausnahmen

Die Bevorzugungspflicht gilt dem Wortlaut des § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG nach grundsätzlich. Sie steht auch nicht unter dem Vorbehalt des Möglichen, wie dies etwa die vergleichbare bayrische Regelung im Abfallwirtschaftsgesetz vorsieht.¹⁵⁸ Ausnahmen von der Bevorzugungspflicht sind in § 45 Abs. 2 S. 2 KrWG abschließend definiert. Die Bevorzugungspflicht besteht demnach,

- soweit die Erzeugnisse für den vorgesehenen Verwendungszweck geeignet sind,
- durch ihre Beschaffung oder Verwendung keine unzumutbaren Mehrkosten entstehen, ein ausreichender Wettbewerb gewährleistet wird und

¹⁵⁴ OLG München, Beschl. v. 09.03.2018 – Verg 10/17.

¹⁵⁵ Vgl. Dieckmann, Recht der Abfallwirtschaft 2019, 274, 281.

¹⁵⁶ OLG Düsseldorf Beschl. v. 27.6.2012 – Verg 7/12, BeckRS 2012, 15939; Pünder/Schellenberg, Vergaberecht, VgV § 28 Rn. 3.

¹⁵⁷ Mehltitz, in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Aufl. 2019, VgV § 28 Rn. 13.

¹⁵⁸ Vgl. Art. 2 Abs. 2 Bayrisches Abfallwirtschaftsgesetz.

► keine anderen Rechtsvorschriften entgegenstehen.¹⁵⁹

Damit soll sichergestellt werden, dass die Entscheidung der öffentlichen Beschaffungsstelle sachgerecht ist und die Verwaltung nicht finanziell überfordert. Die Ausnahmetatbestände müssen – wie dies für Ausnahmen im Vergaberecht allgemein anerkannt ist¹⁶⁰ – eng ausgelegt werden.

Das Tatbestandsmerkmal „unzumutbare Mehrkosten“ fügt sich in die vergaberechtliche Regel-Ausnahme-Systematik ein. Der Begriff „unzumutbare Mehrkosten“ taucht regelmäßig in Entscheidungen über eine zusammengefasste Losvergabe auf. In diesem Sinne hat die Vergaberechtsprechung bereits mehrfach entschieden, dass von der Regel der Losvergabe (§ 97 Abs. 4 Satz 2 GWB) ausnahmsweise abgewichen werden darf, wenn die Mehrkosten dem Auftraggeber nicht zuzumuten sind. Insofern kann hinsichtlich dieses Ausnahmetatbestandes auf die bestehende Vergaberechtsprechung zu „unzumutbaren Mehrkosten“ zurückgegriffen werden.¹⁶¹ Die Pflicht zur Bevorzugung nach § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG entfällt also nicht schon, wenn das umweltfreundlichere Erzeugnis teurer ist als die konventionelle Alternative. Die Mehrkosten müssen von erheblichem Gewicht sein, um die Pflicht auszuschließen, was sich schon aus dem Wortlaut ergibt. Zweck des § 45 KrWG (in alter und neuer Fassung) und § 97 Abs. 3 GWB ist die Berücksichtigung von Umweltgesichtspunkten. Zur Erreichung des Zwecks müssen Umwelterwägungen bei der Beschaffung nur zurücktreten, wenn die höheren Kosten aus besonderen Gemeininteressen nicht hingenommen werden können.

§ 45 Abs. 2 S. 3 KrWG stellt für die öffentliche Beschaffungsstelle klar, dass sie nicht von ihrer Prüfpflicht nach § 7 Bundeshaushaltsordnung (BHO)¹⁶² befreit ist. Bei der Wirtschaftlichkeitsprüfung handelt sich dabei aber um eine Vorprüfung, die vor jeder Beschaffung angestellt werden muss. Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Bundeshaushaltsordnung zu § 7 BHO, definiert das Prinzip der Wirtschaftlichkeit als „günstigste Relation zwischen dem verfolgten Zweck und den einzusetzenden Mitteln“. ¹⁶³ Aus § 7 BHO folgt aber nicht, dass die kostengünstigste Option automatisch die wirtschaftlichste ist. Es können bei der Beschaffung also andere als rein fiskalische Erwägungen in die Bewertung der Wirtschaftlichkeit einfließen.¹⁶⁴ Die Beachtung von Umweltaspekten bei der Vergabe zielt gerade auch darauf ab, langfristig wirtschaftliche Beschaffungen zu fördern, indem etwa vorrangig Gegenstände repariert oder Abfälle weiterverwendet werden.

Darüber hinaus normiert § 45 Abs. 2 S. 5 KrWG eine Ausnahme von § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG für verteidigungs- oder sicherheitsspezifische Aufträge, nach der lediglich zu prüfen ist, ob und in welchem Umfang die in § 45 Abs. 2 S. 1 KrWG genannten Erzeugnisse eingesetzt werden können.

¹⁵⁹ Vgl. § 45 Abs. 2 S. 2 KrWG.

¹⁶⁰ Allgemein zum Gebot der engen Auslegung vergaberechtlicher Ausnahmetatbestände EuGH 2.10.2008 – [C-157/06](#), NZBau 2008, 223 Rn. 23 – Kommission/Italienische Republik; EuGH 13.12.2007 – [C-337/06](#), NZBau 2008, 130 Rn. 64 – Rundfunkanstalten.

¹⁶¹ OLG Karlsruhe, Beschl. v. 6. 4. 2011 – 15 Verg 3/11.

¹⁶² Bundeshaushaltsordnung vom 19. August 1969 (BGBl. I S. 1284), die zuletzt durch Artikel 3 des Gesetzes vom 9. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2053) geändert worden ist.

¹⁶³ § 7, Nr. 1 Abs. 2 der Allgemeinen Verwaltungsvorschriften zur Bundeshaushaltsordnung.

¹⁶⁴ Dieckmann, Recht der Abfallwirtschaft 2019, 274, 282.

4.1.2.1.6 Drittschutz

Bei Verletzung der Pflicht aus § 45 Abs. 2 KrWG kann sich ein unterlegener Bieter hierauf in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren berufen.

Aus der Formulierung der Norm, wonach die Bevorzugungspflicht gilt, „ohne Rechte Dritter zu begründen“, könnte zwar geschlossen werden, dass sie keinen Drittschutz entfalten soll. Allerdings dürfte sich schon aus der Gesetzesbegründung zu § 45 KrWG ergeben, dass sich auch Dritte, nämlich die in diesem Bereich tätigen Unternehmen, auf die Norm berufen können:

„die Regelung dient nicht nur dem auf den Umweltschutz und Ressourceneffizienz ausgerichteten Schutzzweck des § 1 KrWG, sondern auch dem Interesse derjenigen Unternehmen, die durch die Herstellung und Vermarktung umweltfreundlicher Erzeugnisse an der Verfolgung der Ziele der Kreislaufwirtschaft mitwirken.“¹⁶⁵

Anders als in vergleichbaren landesrechtlichen Normen¹⁶⁶ wird deutlich, dass § 45 KrWG nicht etwa nur den Zweck hat, eine Vorbildfunktion der öffentlichen Hand für die umweltfreundliche Beschaffung zu begründen.¹⁶⁷ Die Regelung dient ausdrücklich auch dem Schutz der Interessen von Unternehmen und definiert damit einen Adressatenkreis.

Selbst wenn sich ein Drittschutz nicht schon aus der Intention des Gesetzgebers und der Gesetzesbegründung ergibt, folgt er aus dem Vergaberecht. Drittschutz ergibt sich, wenn die Möglichkeit besteht, dass eine Regelung mit (auch) bieterschützendem Charakter verletzt wurde¹⁶⁸, auch ohne einen ausdrücklichen Hinweis auf den Drittschutz in der Norm. Unternehmen haben nach § 97 Abs. 6 GWB einen vergaberechtlichen Anspruch darauf, dass die „Bestimmung über das Vergabeverfahren“ eingehalten werden. Insofern wirkt § 97 Abs. 6 GWB konstitutiv. Zu den Bestimmungen des Vergabeverfahrens gehört auch die ordnungsgemäße Bestimmung des Auftragsgegenstandes¹⁶⁹. § 45 Abs. 2 KrWG setzt dem Leistungsbestimmungsrecht, wie bereits dargestellt, verbindliche Grenzen. Für Normen, die ebenfalls das Leistungsbestimmungsrecht zugunsten von mehr Energieeffizienz einschränken¹⁷⁰, wurde entschieden, dass ihnen (zumindest) durch ihre konkrete Handhabung im Vergabeverfahren ein bieterschützender Charakter zukommt.¹⁷¹

4.1.2.2 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)

Das Bundes-Klimaschutzgesetz trifft in § 13 Abs. 2 eine Regelung, die das Leistungsbestimmungsrecht der öffentlichen Auftraggeber konkretisiert. Im Rahmen der Bedarfsanalyse und Festlegung des Auftragsgegenstands müssen die öffentlichen Beschaffungsstellen bei allen Beschaffungen zunächst prüfen, wie bei der Beschaffung die Klimaschutzziele, insbesondere die Treibhausgas-minderung, erreicht werden können. Diese Pflicht gilt in jedem Einzelfall jeweils bezogen auf eine bestimmte, gegenständliche Produktgruppe. Für die weitere Vorgehensweise führt § 13 Abs. 2 KSG ein Berücksichtigungsgebot für die Beschaffungsvariante ein, mit der das Ziel der Treibhausgas-minderung zu den geringsten Kosten erreicht werden kann. Der Ermes-

¹⁶⁵ Bundesregierung (2020): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der AbfRRL, S. 111.

¹⁶⁶ Vgl. u.a. § 23 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz Berlin; § 2 Abs. 2 Landesabfallgesetz Baden-Württemberg; § 2 Abs. 1 Landesabfallgesetz Nordrhein-Westfalen.

¹⁶⁷ So etwa die Gesetzesbegründung zu § 23 Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetz Berlin, Drs. 13/3770, S. 14, die allein auf die Vorbildfunktion der öffentlichen Hand abstellt.

¹⁶⁸ Horn / Hofmann in: Beck'scher Vergaberechtskommentar, 3. Auflage 2017, GWB § 160 Rn. 29; Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, GWB § 160 Rn. 41.

¹⁶⁹ Fehling in: Pünder / Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 158.

¹⁷⁰ So etwa § 4 Abs. 5 VgV i. V. m. Vorschriften der Energieeffizienz-Richtlinie 2006/32/EG, § 67 Abs. 1 VgV und § 58 Abs. 1 SektVO.

¹⁷¹ Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 01. 08.2012 – Verg 105/11.

sensspielraum, den der öffentliche Auftraggeber üblicherweise im Rahmen der Leistungsbestimmung hat, wird so zulässig beschränkt. Die Entscheidung für ein bestimmtes Beschaffungsgut wird zugunsten der Berücksichtigung umweltbezogener Belange zu einer gebundenen Entscheidung.

4.1.2.2.1 Adressat der Regelung: Bund

Adressat der Regelung ist der Bund nach § 13 Abs. 2 KSG. Darunter fallen alle unter der Aufsicht des Bundes unterstehenden juristischen Personen des öffentlichen Rechts, Sondervermögen und sonstige Stellen.¹⁷²

4.1.2.2.2 Umfang des Bevorzugungsgebots/Regelungsgegenstand

§ 13 Abs. 2 KSG führt eine Prüfpflicht für alle Beschaffungen ein, um dabei zum Erreichen der Klimaschutzziele beizutragen und, bei mehreren Möglichkeiten, ein Berücksichtigungsgebot des Beschaffungsguts, mit dem zu den geringsten Kosten das Ziel der Minderung von Treibhausgasemissionen über die gesamte Nutzungsdauer erreicht werden kann.

- Bei den betreffenden Beschaffungsvorgängen ist das Ziel der Treibhausgasminde- rung in die Beurteilung der möglichen Beschaffungsalternativen einzustellen und einer treibhausgasär- mtere Variante unter Berücksichtigung der weiteren mit der Beschaffung verbundenen Ziele grundsätzlich der Vorzug zu geben.¹⁷³
- Die Verpflichtungen der öffentlichen Beschaffungsstellen setzen dabei bei dem ersten, vor- bereitenden Schritt der Konzeption und Strukturierung eines Vergabeverfahrens an und sind dem eigentlichen Vergabeverfahren vorgelagert.¹⁷⁴ Diese Weichenstellungen wirken sich aber auch auf die weiteren Verfahrensschritte aus.

Das Bevorzugungsgebot ist in jedem Einzelfall zu prüfen und bezieht sich jeweils auf eine be- stimmte Produktgruppe.

Ergänzt wird die Regelung in § 13 Abs. 2 KSG durch § 15 KSG, dessen Ziel die Klimaneutralität der Bundesverwaltung ist. Wie dieses Ziel erreicht werden soll, regelt § 15 Abs. 2 KSG, wonach die Klimaneutralität der Bundesverwaltung insbesondere durch die Einsparung von Energie, durch die effiziente Bereitstellung, Umwandlung, Nutzung und Speicherung von Energie sowie durch die effiziente Nutzung erneuerbarer Energien und die Wahl möglichst klimaschonender Verkehrsmittel erreicht werden soll. Relevant werden diese Vorgaben beispielsweise bei der Be- schaffung von Strom für Einrichtungen (Ökostrom statt konventionellem Strom) oder von Kraft- fahrzeugen (Hybrid- oder Elektrofahrzeuge statt Verbrennern).

4.1.2.2.3 Konkretisierung des Leistungsbestimmungsrechts

Bei § 13 Abs. 2 KSG handelt es sich um eine Konkretisierung des Vergaberechts, insbesondere des Leistungsbestimmungsrechts der öffentlichen Auftraggeber. Für die Beschaffungsstellen des Bundes bedeutet dies, dass ihr Ermessensspielraum bei der Bedarfsanalyse eingeschränkt wird. Es ist grundsätzlich der Leistungsoption der Vorzug zu geben, mit der die Klimaschutzziele des § 3 KSG am besten erreicht werden können.

Die Konkretisierung außerhalb der vergaberechtlichen Gesetze und Verordnungen ist zulässig. Daran ändert sich nichts dadurch, dass dies für das KSG noch nicht ausdrücklich durch die Rechtsprechung entschieden wurde. Bei dem KSG handelt es sich um ein neues Gesetz und es

¹⁷² Vgl. Klinski / Scharlau / von Swieykowski-Trzaska / Keimeyer / Sina, NVwZ 2020, 1, beck-online.

¹⁷³ BT-Drucks. 19/14337, S. 37.

¹⁷⁴ Ebenda.

gab bislang auf Bundesebene keine vergleichbare Regelung. Die Einschränkung des Leistungsbestimmungsrechts erfolgt im KSG jedoch in einer Weise, die mit der Regelungssystematik des KrWG und anderen Rechtsnormen¹⁷⁵ vergleichbar ist. § 13 Abs. 2 KSG führt eine Prüfpflicht und ein Bevorzugungsgebot im Rahmen der Bedarfsermittlung ein. Die alte Gesetzesfassung des § 45 KrWG enthielt eine Prüfpflicht, die mit der Neufassung zu einer Bevorzugungspflicht weiterentwickelt wurde. Beides ist eine zulässige Beschränkung des Leistungsbestimmungsrechts.

4.1.2.2.4 Grenzen

In § 13 Abs. 2 S. 3 KSG regelt das Gesetz, dass Mehraufwendungen bei der Beschaffung nicht außer Verhältnis zur Treibhausgasminderung stehen sollen. Damit wird dem Grundsatz der sparsamen Haushaltsführung Rechnung getragen.¹⁷⁶ Nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ist eine Kosten- und Nutzenbetrachtung für den Klimaschutz anzustellen, denn eine reine Kostenbetrachtung ergäbe in diesem Kontext keinen Sinn.¹⁷⁷ Maßgeblich ist darüber hinaus auch der volkswirtschaftliche Nutzen des Klimaschutzes (mit der Frage: „Welche Kosten werden durch den aktiven Klimaschutz vermieden?“).¹⁷⁸

4.1.2.2.5 Drittschutz

Bei Verletzung der Bevorzugungspflicht aus § 13 Abs. 2 KSG ist es nicht ausgeschlossen, dass sich ein unterlegener Bieter hierauf in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren berufen kann. Der Gesetzgeber ging zwar davon aus, dass § 13 KSG nicht drittschützend und deshalb gegenüber anderen Beteiligten im Vergabefahren auch nicht justiziabel sein soll, also etwa in einem Nachprüfungsverfahren.¹⁷⁹ Aus dem Wortlaut der Norm ergibt sich diese Einschränkung allerdings nicht.

Außerdem ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass sich ein Drittschutz auch ergeben kann, wenn die Norm für sich nicht drittschützend ist, aber der Ermessensspielraum bei der Leistungsbestimmung nicht ordnungsgemäß ausgeübt wurde. Anders als für abfallrechtliche Normen ist über den vergaberechtlichen Drittschutz für das KSG noch nicht entschieden worden, da es sich hierbei um ein neues Gesetz handelt. Allerdings konkretisiert auch § 13 Abs. 2 KSG die allgemeinen Regeln zum Leistungsbestimmungsrecht. Wenn der Auftraggeber also einen Auftragsgegenstand wählt, der so nicht vom KSG gedeckt gewesen ist, hat er den Ermessens- und Beurteilungsspielraum bei der Bestimmung des Auftragsgegenstandes nicht ordnungsgemäß ausgeübt. In der Folge kann Vergabe erfolgreich angefochten werden.

4.1.2.3 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)

4.1.2.3.1 Adressat der Regelung

Die AVV-EnEff richtet sich gemäß § 1 Abs. 1 an die Dienststellen des Bundes bei der Vergabe öffentlicher Aufträge.

4.1.2.3.2 Regelungsgegenstand

Die AVV-EnEff dient der angemessenen Berücksichtigung von Aspekten des Umwelt- und Klimaschutzes bei der öffentlichen Beschaffung des Bundes, insbesondere der Sicherstellung des höchsten Energieeffizienzniveaus der zu beschaffenden Leistung und einheitlichen Anwendung

¹⁷⁵ So sind nach § 97 Abs. 3 GWB Umweltschutzaspekte und nach § 97 Abs. 4 GWB mittelständische Interessen bei der Vergabe zu berücksichtigen. Auch werden öffentliche Auftraggeber verpflichtet, ihre Ausschreibungen möglichst produkt- oder technikoffen zu gestalten, vgl. § 31 Abs. 1 VgV.

¹⁷⁶ BT-Drucks. 19/14337, S. 37.

¹⁷⁷ Klinski / Scharlau / von Swieykowski-Trzaska / Keimeyer / Sina, NVwZ 2020, 1, beck-online.

¹⁷⁸ Ebenda.

¹⁷⁹ BT-Drucks. 19/14337, S. 37.

von § 67 VgV und § 8c EU VOB/A (§ 1 Abs. 2 AVV-EnEff). Nach § 2 Abs. 2 AVV-EnEff sind bei der Beschaffung von Leistungen im Rahmen der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die Energieeffizienz insbesondere folgende Anforderungen zu stellen:

- ▶ soweit vorhanden, die zum Zeitpunkt der Beschaffung höchste und durch auf dem europäischen Markt verfügbare, dem Bedarf entsprechende Produkte erreichte Energieeffizienzklasse im Sinne der Verordnung (EU) 2017/1369 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2017 zur Festlegung eines Rahmens für die Energieverbrauchskennzeichnung und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/30/EU (ABl. L 198 vom 28.7.2017, S.1) und der gemäß Artikel 11 Abs. 4 und 5 und Artikel 16 der Verordnung (EU) 2017/1369 erlassenen Produktverordnungen¹⁸⁰,
- ▶ im Übrigen das höchste und durch auf dem europäischen Markt verfügbare Produkte erreichte Leistungsniveau an Energieeffizienz.

Darüber hinaus ist nach § 2 Abs. 3 AVV-EnEff im Rahmen der Leistungsbeschreibung, soweit vorhanden, möglich und sachgerecht, die Vorlage

- ▶ des Umweltzeichens Blauer Engel (Geschäftsbedingungen und Vergabekriterien abrufbar unter www.blauer-engel.de) oder eines gleichwertigen Nachweises, oder, soweit das Umweltzeichen Blauer Engel für die betreffende Leistung nicht vorhanden ist,
- ▶ des Europäischen Umweltzeichens¹⁸¹

gemäß § 34 VgV oder § 43 UVgO zu verlangen. Auf diese Gütezeichen kann pauschal verwiesen werden. Gleichwertige Gütezeichen sind anzuerkennen.

4.1.2.3.3 Konkretisierung des Vergaberechts

Nach § 2 Abs. 1 AVV-EnEff hat die beschaffende Stelle des Bundes im Rahmen der Bedarfsanalyse den Energieverbrauch während des gesamten Lebenszyklus der Leistung (Herstellung, Nutzung, Recycling und Entsorgung) und den Aspekt der energieeffizientesten Systemlösung zu prüfen. Anders als in § 45 KrWG und § 13 KSG enthält die Vorschrift ihrem Wortlaut nach neben der Prüfpflicht keine Bevorzugungspflicht.

Allerdings muss die Prüfpflicht so verstanden werden, dass im Anschluss für die öffentliche Beschaffungsstelle zumindest Handlungspflichten entstehen, wenn der energieeffizienteste Auftragsgegenstand identifiziert wurde. Denn bei der Annahme einer bloßen Prüfverpflichtung ohne im Einzelfall nachfolgende Berücksichtigung bei der Bestimmung des Auftragsgegenstands bestünde die Gefahr, dass der eigentliche Zweck der Verwaltungsvorschrift, nämlich die Zwecke des § 1 Abs. 2 AVV-EnEff zu erreichen, leerlaufen könnte. Außerdem gibt die Verwaltungsvorschrift selbst für die nächsten Schritte des Vergabeverfahrens in den Absätzen 2 bis 5 notwendige Handlungen vor, die ohne Berücksichtigung eines möglichst energieeffizienten Auftragsgegenstands ihre Wirkung nur bedingt entfalten können.

§ 1 Abs. 3 AVV-EnEff stellt klar, dass vor Einleitung des Verfahrens zur Vergabe eine Wirtschaftlichkeitsuntersuchung nach § 7 BHO durchzuführen ist. Auch im Anwendungsbereich der AVV-EnEff gilt, dass die günstigste Zweck-Mittel-Relation angestrebt werden muss. Berücksichtigt

¹⁸⁰ https://ec.europa.eu/info/energy-climate-change-environment/standards-tools-and-labels/products-labelling-rules-and-requirements/energy-label-and-ecodesign/energy-efficient-products_de.

¹⁸¹ Gemäß der Verordnung (EG) Nr. 66/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25.11.2009 über das EU-Umweltzeichen (ABl. L 27 vom 30.1.2010, S. 1), zuletzt geändert durch Artikel 1 der Verordnung (EU) 2017/1941 vom 24.10.2017 (ABl. Nr. L 275 S. 9); <https://ec.europa.eu/environment/ecolabel/>.

werden muss auch, welche – auch nicht unmittelbar in Geld ausdrückbaren – Kosten und Nutzen sich als Folge der Beschaffung ergeben. Aus den Erläuterungen zu der Verwaltungsvorschrift ergibt sich ausdrücklich, dass trotz Wirtschaftlichkeitsprüfung gerade auch ein Leistungsgegenstand gewählt werden kann, der Energieeffizienzaspekte in besonderem Maße berücksichtigt.¹⁸²

4.1.2.3.4 Drittschutz

Bei Verletzung der Pflichten aus § 2 AVV-EnEff kann sich ein unterlegener Bieter hierauf in einem etwaigen Nachprüfungsverfahren berufen. Nach allgemeiner Ansicht der Rechtsprechung kann eine Regelung im Vergaberecht drittschützend wirken auch ohne, dass sie dem Vergaberecht zugeordnet wird. Es ist in der vergaberechtlichen Rechtsprechung anerkannt, dass sich ein Drittschutz auch ergeben kann, wenn die Norm für sich nicht drittschützend ist, aber der Ermessensspielraum bei der Leistungsbestimmung nicht ordnungsgemäß ausgeübt wurde. Das OLG Düsseldorf entschied dies für Anforderungen an die Energieeffizienz aufgrund von § 67 Abs. 1 VgV bzw. § 58 Abs. 1 SektVO, die zwar für sich genommen nicht drittschützend sein mögen, doch kann ihre konkrete Handhabung etwa in der Leistungsbeschreibung und in den Wertungskriterien den bieterschützenden Gleichbehandlungs- und den Transparenzgrundsatz, ggf. auch den Wettbewerbsgrundsatz berühren.¹⁸³

4.1.2.4 Verhältnis der Vorschriften zueinander

Das Verhältnis der obenstehenden Vorschriften richtet sich zunächst danach, wen diese Vorschriften adressieren. So ist nur der Bund Adressat des KrWG, des KSG und der AVV-EnEff, nicht jedoch die Länder. Für sie gelten die landesrechtlichen Kreislaufwirtschafts- und Abfallgesetze sowie etwaige sonstige Vorschriften des jeweiligen Landes zum Umweltschutz und zur umweltfreundlichen Beschaffung. Die vergaberechtlichen Vorschriften, insbesondere des GWB und die VgV, richten sich demgegenüber an alle öffentlichen Auftraggeber; der Begriff ist also weiter, da er beispielsweise auch Privatunternehmen im öffentlichen Eigentum umfasst.

Die Vorschriften des KrWG, des KSG und der AVV-EnEff sind nebeneinander anwendbar. Ziel dieser Vorschriften ist es, eine umweltfreundliche Beschaffung zu erreichen. Dies ist aber nur möglich, wenn alle Umweltauswirkungen betrachtet werden. Auch wenn in der öffentlichen Diskussion zum Umwelt- und Klimaschutz vor allem die Reduzierung von Treibhausgasen im Mittelpunkt steht, ist dies insbesondere bei Beschaffungsvorgängen nicht der einzige relevante Umweltschutzaspekt.

Besonders deutlich wird dies am Beispiel bei der Beschaffung von Brennstoffen für das Heizen öffentlicher Gebäude. Würde man allein auf die Treibhausgasneutralität eines Brennstoffes abstellen, wäre das Heizen mit Holz besonders umweltfreundlich, da es sich hierbei um einen verhältnismäßig klimaschonenden Brennstoff handelt. Diese Betrachtung greift aber zu kurz, weil damit Aspekte der Energieeffizienz des Brennstoffes und der Immissionen an Luftschadstoffen beim Heizen, die bei Holz erheblich sind, vollkommen außer Betracht bleiben. Auch der Ressourcenschutz ist zu beachten, beispielsweise bei der Anschaffung von neuen, energieeffizienteren Elektrogeräten oder der Abwägung der Nutzung von Streamingplattformen oder E-Books in Schulen. Neue Geräte sind energieeffizienter, jedoch kostet die Herstellung Material und ebenfalls Energie. Bei elektronischen Angeboten wie Streaming und E-Books werden Ressourcen eingespart, jedoch ist der Energiebedarf in Rechenzentren deutlich erhöht.

Deshalb ist bei jedem Beschaffungsvorgang zu prüfen, welche Umweltschutzaspekte bei der Dienstleistung oder dem Produkt relevant sind und zu entscheiden, wie die Beschaffung am um-

¹⁸² Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff): <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/A/avv-eneff.html>.

¹⁸³ OLG Düsseldorf 1.8.2012 – VII Verg 105/11; Fehling in: Pünder/ Schellenberg, Vergaberecht, 3. Aufl. 2019, GWB § 97 Rn. 163.

weltfreundlichsten ausgestaltet werden kann. Es ist dabei auch zu prüfen, welches Gesetz hinsichtlich des Beschaffungsgegenstandes gegebenenfalls speziellere Regelungen trifft. § 2 Abs. 7 AVV-EnEff stellt dieses Verhältnis auch auf formeller Ebene klar.

In diesem Rechtsgutachten sind Hinweise zur Umsetzung der umweltfreundlichen Beschaffung in allen Phasen einer Vergabe enthalten. Hilfestellung für die Entscheidungen bieten außerdem Gütezeichen wie der Blaue Engel¹⁸⁴ oder das EU Ecolabel¹⁸⁵, die nicht nur die Energieeffizienz von Produkten und Dienstleistungen betrachten, sondern auch weitere Umweltaspekte.

4.2 Leistungsbeschreibung

Die öffentliche Beschaffungsstelle hat die Möglichkeit, den Beschaffungsgegenstand im Rahmen der Leistungsbeschreibung durch ökologische Kriterien zu konkretisieren. Soweit für öffentliche Beschaffungsstellen durch das KrWG, KSG oder die AVV-EnEff eine Pflicht zur umweltfreundlichen Beschaffung besteht, wirkt sich diese Verpflichtung auch auf den Verfahrensschritt der Leistungsbeschreibung aus. Die Berücksichtigung ökologischer Kriterien in der Leistungsbeschreibung kann durch Beschreibung einzelner Anforderungen oder durch den Verweis auf Gütezeichen, die wiederum bestimmte ökologische Anforderungen umfassen, erfolgen. In diesem Fall haben die bietenden Unternehmen die entsprechenden 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 Unternehmen, das sie erfüllt, im Rahmen der Angebotswertung einen zusätzlichen Vorteil, ohne dass die Erfüllung dieser Kriterien zwingend notwendig ist, um den Zuschlag zu erhalten.

Die Anforderungen an die ausgeschriebene Leistung sind in der Leistungsbeschreibung gemäß § 31 VgV zu formulieren unter Bezugnahme auf

- Leistungs- oder Funktionsanforderungen¹⁸⁶,
- technische Spezifikationen¹⁸⁷ oder
- einer Kombination aus beidem.

Der öffentliche Auftraggeber muss in der Leistungsbeschreibung die Merkmale des Auftragsgegenstandes nach § 31 Abs. 1 VgV i.V.m. § 121 GWB „so genau fassen, dass diese Merkmale den bietenden Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermitteln und hinreichend vergleichbare Angebote erwarten lassen, die dem öffentlichen Auftraggeber die Erteilung des Zuschlags ermöglicht.“ Die Leistungsbeschreibung hat sowohl vor als auch nach Inkrafttreten

¹⁸⁴ Blauer Engel: <https://www.blauer-engel.de>.

¹⁸⁵ EU Ecolabel: <https://eu-ecolabel.de/fuer-beschaffer/vergabeverfahren>.

¹⁸⁶ Siehe § 31 Abs. 2 Nr. 1 VgV.

¹⁸⁷ Die Leistungs- oder Funktionsanforderungen können auch mittels technischer Spezifikationen nach § 31 Abs. 2 Nr. 2 VgV beschrieben werden. Dazu sind die technischen Spezifikationen unter Bezugnahme auf die in Anlage 1 der VgV definierten technischen Anforderungen in folgender Rangfolge anzugeben:

1. nationale Normen, mit denen europäische Normen umgesetzt werden,
2. Europäische Technische Bewertungen,
3. gemeinsame technische Spezifikationen,
4. internationale Normen und andere technische Bezugssysteme, die von den europäischen Normungsgremien erarbeitet wurden oder,
5. falls solche Normen und Spezifikationen fehlen, nationale Normen, nationale technische Zulassungen oder nationale technische Spezifikationen für die Planung, Berechnung und Ausführung von Bauwerken und den Einsatz von Produkten.

der Richtlinie 2014/24/EU bzw. ihrer Umsetzung in Deutschland den Grundsätzen des Wettbewerbs, der Transparenz und der Gleichbehandlung zu genügen. Sowohl der Gleichheitsgrundsatz als auch die daraus folgende Verpflichtung zur Transparenz gebieten, dass der Gegenstand öffentlicher Aufträge sowie die Kriterien für ihre Vergabe vom Beginn des Verfahrens über die Vergabe dieser Aufträge an klar bestimmt ist. Dazu soll die Leistungsbeschreibung so gefasst werden, dass die bietenden Unternehmen ihre Angebotspreise möglichst sicher und ohne umfangreiche Recherchen kalkulieren können. Insbesondere sollen sich die bietenden Unternehmen darauf verlassen können, dass die Leistung auch in ihren Details richtig beschrieben ist.

Die Berücksichtigung von Umweltkriterien bei der Definition des Auftragsgegenstandes und seiner näheren Erläuterung in der Leistungsbeschreibung ist zulässig, 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. Dies ergibt sich aus § 31 Abs. 3 VgV bzw. § 23 Abs 2 UVgO: „... *sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen...*“.

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 bietenden Unternehmen 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.¹⁸⁸ Mithin erwies sich die Nichtzulassung von Funktions- und Leistungsanforderungen als Hindernis für die Innovationskraft öffentlicher Beschaffung.

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 begünstigt oder ausschließt (gemäß § 31 Abs. 6 S. 1 VgV). Ausnahmsweise dürfen zuvor genannten Hinweise verwendet werden gemäß § 31 Abs. 6 S. 2 VgV), „*wenn der Auftragsgegenstand andernfalls 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 die öffentliche Beschaffungsstelle beispielsweise verlangen, dass ein Produkt aus einem bestimmten Material (z. B. Holz statt Plastik) besteht oder bestimmte Inhaltsstoffe nicht enthält (z. B. bestimmte Chemikalien).

Hervorzuheben ist, dass zur Leistungsbeschreibung auch Anforderungen an die Produktionsmethoden entlang des Lebenszyklus gestellt werden dürfen. So dürfen bestimmte Produktionsverfahren gefordert werden, wenn sie dazu beitragen, das Produkt zu charakterisieren. Dabei kann es sich um sichtbare oder unsichtbare Charakteristika handeln.¹⁸⁹ So ist von der Europäischen

¹⁸⁸ 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.

¹⁸⁹ 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.

Kommission¹⁹⁰ wie vom Europäischen Gerichtshof¹⁹¹ 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 sogenannten „Lebenszykluskosten“. Der Begriff Lebenszykluskosten ist in den neuen EU-Vergaberichtlinien¹⁹² erstmals legal definiert worden. Auf die Neuerungen, die sich dadurch ergeben werden, wird in Abschnitt 4.4.3.2 näher eingegangen. Bisher wird unter den Lebenszykluskosten 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 öffentliche Auftraggeber zu tragen hat, wenn diese das Produkt oder die Dienstleistung verwendet bzw. in Anspruch nimmt. Sie stellen also nicht nur eine Umwelanforderung, sondern gleichzeitig einen ökonomischen Faktor dar.

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.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (UMS) im Rahmen der Leistungsbeschreibung (technische Spezifikationen)

Es ist davon abzuraten ein UMS, wie z. B. EMAS, als technische Spezifikation eines Produktes oder einer Dienstleistung zu fordern.

Hingegen kann die öffentliche Beschaffungsstelle die EMAS-Umwelterklärung als Nachweis für bestimmte umweltbezogene Eigenschaften eines Produktes oder einer Dienstleistung anerkennen. In der Regel wird es sich dabei um den Nachweis für herstellungsbezogene Eigenschaften eines Produktes handeln (umweltfreundliche Herstellungsprozesse), die nach § 31 Abs. 3, S. 2 VgV berücksichtigt werden dürfen. Entsprechendes gilt für Baudienstleistungen gemäß § 7a EU Abs. 1 Nr. 2 VOB/A.

Alle in der Umwelterklärung enthaltenen Aussagen sind durch einen Umweltgutachter bzw. eine Umweltgutachterin bestätigt und öffentlich zugänglich. Den Inhalten einer Umwelterklärung kommt daher eine besondere Qualität zu. Die Erklärung ist als Nachweis durch eine Konformitätsbewertungsstelle i.S.v. § 33 VgV zu verstehen.

¹⁹⁰ Europäische Kommission (2001): 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, Abl. der EG Nr. C 2001, S. 11.

¹⁹¹ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“).

¹⁹² So in Art. 83 der Richtlinie 2014/25/EU über die Vergabe von Aufträgen durch Auftraggeber im Bereich der Wasser-, Energie- und Verkehrsversorgung sowie der Postdienste und Art. 68 der Richtlinie 2014/24/EU über die Vergabe öffentlicher Aufträge.

4.2.1 Gütezeichen in der Leistungsbeschreibung und zur Nachweisführung

Nach der hier vertretenen Auffassung können Gütezeichen zwei unterschiedliche Funktionen im Vergabeverfahren erfüllen. Durch einen pauschalen Verweis¹⁹³ auf Gütezeichen ist zum einen eine eindeutige und erschöpfende Leistungsbeschreibung möglich. Zum anderen können Gütezeichen als Nachweis dafür dienen, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten, Merkmalen entspricht. Die öffentliche Beschaffungsstelle hat lediglich darauf zu achten, dass die Leistung auch durch den pauschalen Verweis eindeutig und transparent beschrieben wird. Dies ist der Fall, solange sämtliche Merkmale des Gütezeichens für die Leistungserbringung relevant sind. Sofern die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens zu entsprechen soll, hat die Beschaffungsstelle die betreffenden Anforderungen anzugeben. Auch diese teilweise Bezugnahme kann durch einen pauschalen Verweis auf den jeweils relevanten Teil erfolgen.

Praxistipp:

Öffentliche Auftraggeber können zur Bestimmung der technischen Spezifikationen einer Leistung oder Ware pauschal auf Gütezeichen i.S.v. § 34 Abs. 2 VgV verweisen, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird.

Das Umweltzeichen Blauer Engel und seine Vergabekriterien erfüllen grundsätzlich die Maßgaben des § 34 Abs. 2 VgV. Um auf entsprechende Vergabekriterien zu verweisen, bietet sich eine Verlinkung zu den Vergabekriterien des zu beschaffenden Produkts an.

Einen Überblick über noch weitere Umweltzeichen bietet die „Datenbank Umweltkriterien“ auf der Internetseite des Umweltbundesamtes¹⁹⁴. In der Datenbank sind für mehr als 70 Produktgruppen Umweltzeichen sowie weitere Informationen zusammengestellt. Die Einhaltung der Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV ist für die Umweltzeichen fallweise zu prüfen.

Ökologische Anforderungen können durch die Bezugnahme auf Gütezeichen damit unmittelbar Inhalt der Leistungsbeschreibung werden.¹⁹⁵

Nachfolgend soll daher zunächst auf den Begriff des Gütezeichens eingegangen werden. Sodann werden die unterschiedlichen Möglichkeiten der eindeutigen und erschöpfenden Leistungsbeschreibung durch den pauschalen Verweis auf Gütezeichen untersucht. Abschließend wird die Nachweisführung der ausschreibungskonformen Leistung anhand von Gütezeichen in den Blick genommen.

4.2.1.1 Gütezeichen im Sinn der VgV

Was unter dem Begriff „Gütezeichen“ im Sinn der VgV zu verstehen ist, wird nicht ausdrücklich in der Vergabeverordnung definiert. Auch die Richtlinie 2014/24/EU enthält keine Definition. Nach allgemeinsprachlicher Definition im Duden handelt es sich bei Gütezeichen um ein auf „*einer Ware angebrachtes Zeichen, durch das die Überprüfung einer Güte bestätigt wird.*“¹⁹⁶ Nach ei-

¹⁹³ Unter pauschalem Verweis wird vom Autor verstanden, dass in der Leistungsbeschreibung (z. B. in der technischen Spezifikation) oder einem Anhang dazu keine detaillierten Umwelteigenschaften des Beschaffungsgegenstandes aufgeführt werden, sondern auf die Vergabekriterien eines Gütezeichens durch Angabe eines Internetlinks verwiesen wird.

¹⁹⁴ Siehe: <https://www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/datenbank-umweltkriterien>.

¹⁹⁵ Burgi (2016), Vergaberecht, § 12 Rn. 26.

¹⁹⁶ Siehe den Eintrag im Duden, herunterzuladen unter: <http://www.duden.de/rechtschreibung/Guetezeichen>. Der Duden verwendet außerdem den synonymen Begriff „Gütesiegel“.

ner wirtschaftlichen Definition handelt es sich um eine „*grafische oder schriftliche Kennzeichnung von Angeboten, die dem Verbraucher eine bestimmte Güte und Qualität signalisieren*“.¹⁹⁷ Nach beiden Definitionen handelt es sich um eine Kennzeichnung, die auf dem Produkt angebracht sein muss. Separate Erklärungen (z. B. in einem Begleitschreiben) oder Bescheinigungen, die nicht auf dem Produkt angebracht sind, fallen danach nicht unter den Begriff „Gütezeichen“. Gütezeichen sind unabhängig von dem Ziel der Güteaussage: Es kann sich um die Güte in Bezug auf die Einhaltung von Umwelt-, Sicherheits- oder Qualitätsstandards handeln oder um soziale Standards, die bei der Herstellung einzuhalten sind.¹⁹⁸ Die begriffliche Eingrenzung der Gütezeichen auf Produkte, ist nach der Richtlinie 2014/24/EU nicht vorgesehen. So erläutert Art. 2 Nr. 24 den Begriff „Gütezeichen-Anforderungen“ als: „*die Anforderungen, die ein Bauwerk, eine Ware, eine Dienstleistung, ein Prozess oder ein Verfahren erfüllen muss, um das betreffende Gütezeichen zu erhalten*.“ Gütezeichen können sich demnach auf Gegenstände oder Dienstleistungen sowie auf Verfahren und Prozesse beziehen. Allerdings ist aufgrund der fünf Anforderungen für Gütezeichen in § 34 Abs. 2 VgV zu schließen, dass nur bestimmte Gütezeichen den Regelungen der VgV unterfallen sollen.

Weiterhin lassen sich Gütezeichen danach unterscheiden, wie die Kriterien erstellt werden und wer die Zeichen vergibt (Zeichengeber). So können die Kriterien und Vergaberegeln für Gütezeichen durch private Normen festgelegt werden, wie z. B. durch das Deutsche Institut für Normung (DIN) oder das RAL Deutsche Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung. Sie können aber auch durch öffentlich-rechtliche Vorschriften geregelt sein, wie z. B. im Fall der Pflichtkennzeichnung des Energieverbrauchs nach dem Energieverbrauchskennzeichnungsgesetz. Ein besonderer Fall bilden dabei die Vergabebedingungen des Blauen Engel, die zwar in staatlicher Verantwortung festgelegt werden, aber nicht aufgrund einer öffentlich-rechtlichen Vorschrift.¹⁹⁹ Die Anforderungen in § 34 Abs. 2 VgV differenzieren nicht danach, ob die Vergabekriterien von privaten oder öffentlich-rechtlichen Stellen festgesetzt werden und/oder vergeben werden, so dass beide Formen anwendbar sind.

Weiteren Aufschluss zum Begriffsverständnis von Umweltzeichen kann die privatrechtliche Normierungsreihe der ISO 14020 „Umweltkennzeichnungen und -deklarationen – allgemeine Grundsätze“²⁰⁰ bringen.²⁰¹ Die ISO unterscheidet zwischen drei Arten von Umweltzeichen²⁰²:

- Typ-I-Umweltzeichen (ISO 14024): Dabei handelt es sich um zertifizierte Umweltzeichen, bei denen die Verantwortung für die Zeichenvergabe bei einer von der Zeichennehmerin/vom Zeichennehmer unabhängigen Stelle liegt. Ziel ist es, besonders umweltverträgliche Produkte innerhalb einer Produktgruppe auszuzeichnen. Umweltzeichen nach dem Typ I der ISO 14024 sind z. B. der „Blaue Engel“, das EU Ecolabel oder das nordische Umweltzeichen „Nordic Swan“.

¹⁹⁷ Siehe den Eintrag in Gabler Wirtschaftslexikon, herunterzuladen unter: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/73534/guetezeichen-v7.html>.

¹⁹⁸ Einen Überblick und Vergleich von Umwelt- und Sozialsiegeln bieten die Seiten „Siegelklarheit“ (herunterzuladen unter: <https://www.siegelklarheit.de/>) und „Kompass Nachhaltigkeit“ (herunterzuladen unter: <http://www.kompass-nachhaltigkeit.de/>). Letzteres ist speziell für Beschaffende entwickelt worden.

¹⁹⁹ Lell, Otmar (2003): Umweltbezogene Produktkennzeichnungen im deutschen, europäischen und internationalen Recht; vgl. auch die allgemeine Rechtsprechung zum „Blauen Engel“: Oberlandesgericht Köln, GRUR 1988, S. 55 und Landgericht Köln GRUR 1988, S. 53.

²⁰⁰ Der englische Normtitel lautet: „Environmental labels and declarations - General principles (ISO 14020:2000); German version EN ISO 14020:2001.“

²⁰¹ Die Normen können käuflich erworben werden, z. B. unter: <https://www.beuth.de/de/norm/din-en-iso-14020/43910597>.

²⁰² Vgl. auch Umweltbundesamt (2019): Umweltfreundliche Beschaffung: Schulungsskript 3 – Einführung in die Verwendung von Produktkriterien aus Umweltzeichen, S. 16 f.; herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundliche-beschaffung-schulungsskript-3>.

- Typ-II-Umweltkennzeichnung (ISO 14021): Im Unterschied zum Typ-I handelt es sich hier um eine selbstdeklarierte Umweltkennzeichnung durch Hersteller oder den Handel. Die Zeichen konzentrieren sich häufig auf eine spezifische ökologische Produkteigenschaft. Die zugrundeliegenden Kennzeichnungskriterien sind nicht notwendigerweise in einem größeren Kreis abgestimmt und eine Zertifizierung durch Dritte findet nicht statt.
- Typ-III-Umweltkennzeichnung (ISO/TR 14025): Diese Produktkennzeichnung soll professionellen Kunden (wie z. B. öffentliche Beschaffungsstellen, Gewerbe oder Handel) einen Überblick über die Umweltauswirkungen eines Produkts entlang seines Lebenswegs geben. Die Vergabekriterien beruhen auf einer Lebenszyklusanalyse mittels Ökobilanz. Ebenso wie bei Typ-I erfolgt die Zeichenvergabe durch eine unabhängige Stelle. Bislang wurden diese Kennzeichen vor allem für Bauprodukte erstellt, siehe z. B. <https://ibu-epd.com/>.

Ob es sich bei den drei Kennzeichnungstypen der ISO um Gütezeichen im Sinn der VgV handelt, ist anhand der Anforderungen in § 34 Abs. 2 VgV zu bewerten. § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV verlangt, dass die Anforderungen an das Gütezeichen von einem Dritten festgelegt werden, auf den der Zeichennehmer keinen maßgeblichen Einfluss ausübt. Da dies bei Selbstdeklarierungen (Typ-II-Kennzeichnungen) in der Regel nicht der Fall ist, sind sie keine Gütezeichen i.S.d. VgV. Dagegen ist bei Umweltzeichen des Typs I davon auszugehen, dass es sich um entsprechende Gütezeichen handelt.

Beim EMAS-Gütesiegel²⁰³ handelt es sich nach hier vertretener Auffassung nicht um ein Gütezeichen im Sinn der VgV. Denn mit dem EMAS-Zertifikat wird der Umweltmanagementprozess in einem Unternehmen bewertet, der der Verbesserung der Umweltleistungen des ganzen Unternehmens dient (vgl. Art. 1 Abs. 2 EMAS-Verordnung²⁰⁴). Es handelt sich bei EMAS demnach nicht um ein spezifisches Gütezeichen für eine Ware oder Leistung, sondern um einen Beleg zur Einhaltung von Normen der Qualitätssicherung und des Umweltmanagements eines Unternehmens insgesamt gemäß § 49 VgV.

Anzumerken ist noch, dass die Verwendung des Begriffs „Gütezeichen“ in der deutschen Regelung zu Missverständnissen führen kann. So ist der Begriff „Gütezeichen“ in Deutschland wettbewerbsrechtlich geschützt und wird seit 1925 von RAL Deutsches Institut für Gütesicherung und Kennzeichnung (RAL) verwendet. Besser wäre es deshalb gewesen den Begriff „Kennzeichnung“ oder „Zeichen“ in Anlehnung an den englischen Wortlaut der Richtlinie 2014/24/EU „label“ zu verwenden. Jedenfalls ist – wie oben ausgeführt – der Begriff „Gütezeichen“ i.S.d. Vergabeverordnung weiter zu verstehen und umfasst sämtliche Gütezeichen.

4.2.1.2 Leistungsbeschreibung durch Gütezeichen

Ob der öffentliche Auftraggeber die Leistungsbeschreibung anhand eines pauschalen Verweises auf ein Gütezeichen vornehmen kann, wird in der Formulierung von § 31 VgV weder explizit zugelassen noch ausgeschlossen. Im Folgenden wird deshalb durch Auslegung der Frage nachgegangen, ob ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV zur Leistungsbeschreibung mit dem geltenden Recht vereinbar ist.

²⁰³ Siehe die Internetseite zu EMAS unter: <https://www.emas.de/ueber-emas>.

²⁰⁴ 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. der EG Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1.

Die nachfolgende detaillierte Auslegung von § 31 VgV i.V.m. § 34 VgV kommt zu dem Ergebnis, dass ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen möglich ist, solange dadurch die Leistung eindeutig und transparent beschrieben wird. Ob es sich um eine pauschale Verweisung (ohne eine abstrakte Beschreibung der Leistung) oder um eine Verweisung zur Konkretisierung der Leistung (konkretisierende Verweisung) handelt, wird bis auf die Ausführungen von Püstow nicht in der Literatur unterschieden. Nach hier vertretener Auffassung sollte auch ein pauschaler Verweis möglich sein. Es ist nicht ersichtlich, warum ein Nachweis in Form eines Gütezeichens erbracht werden kann, aber nicht auf diese verwiesen werden kann. Das Transparenzgebot steht dem nicht entgegen.

4.2.1.2.1 Auslegung nach dem Wortlaut

In § 31 Abs. 1 VgV, der Artikel 42 Abs. 2²⁰⁵ der Richtlinie 2014/24/EU umsetzt, ist der Transparenzgrundsatz und das Diskriminierungsverbot verankert. Öffentliche Auftraggeber können die Merkmale des Auftragsgegenstands in Form von Leistungs- oder Funktionsanforderungen oder einer Beschreibung der zu lösenden Aufgabe definieren. Diese muss so genau wie möglich gefasst sein, damit bietenden Unternehmen ein klares Bild vom Auftragsgegenstand vermittelt wird und hinreichend vergleichbare Angebote zu erwarten sind (§ 31 Abs. 2 VgV). Die Beschreibung der Leistungskriterien durch einen pauschalen Verweis auf ein Gütezeichen ist in § 31 VgV nicht explizit erwähnt. Ein pauschaler Verweis ist aber nach dem Wortlaut auch nicht ausgeschlossen.

4.2.1.2.2 Historische Auslegung

Die VgV alte Fassung enthielt keine dem § 34 VgV neue Fassung vergleichbare Regelung. Vorläuferregelungen befanden sich in § 8 EG Abs. 5 VOL/A²⁰⁶ und § 6 Abs. 5 VOF. Der öffentliche Auftraggeber konnte zur Beschreibung von Umwelteigenschaften in der Leistungsbeschreibung Spezifikationen *verwenden*, die in Umweltzeichen definiert sind. Für den Nachweis wurde vermutet, dass die Angebote, die mit einem Umweltzeichen ausgestattet waren, den in der Leistungsbeschreibung festgelegten technischen Spezifikationen entsprachen. Die Norm war entsprechend der Rechtsprechung des EuGH in der MAX HAVELAAR Entscheidung so auszulegen, dass ein pauschaler Verweis auf das Umweltzeichen zur Beschreibung der Leistung nicht möglich ist.

In den Jahren 2014 bzw. 2016 wurden die Rechtsnormen zur Leistungsbeschreibung (technische Spezifikationen) und Nachweisführung (Gütezeichen) auf europäischer (u. a. Richtlinie 2014/24/EG) und anschließend auf nationaler Ebene mit der VgV novelliert. Mit § 34 VgV wurde Artikel 43 der Richtlinie 2014/24/EU in nationales Recht umgesetzt. Während § 31 VgV, wie die Auslegung nach dem Wortlaut zeigt, die Möglichkeit eines pauschalen Verweises nicht vorsieht,

²⁰⁵ Art. 42 Abs. 2 lautet: „Die technischen Spezifikationen müssen allen Wirtschaftsteilnehmern den gleichen Zugang zum Vergabeverfahren gewähren und dürfen die Öffnung der öffentlichen Beschaffungsmärkte für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindern.“

²⁰⁶ § 8 EG Abs. 5 VOL lautete: „5) 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,
- 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.

Die Auftraggeber können 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. Die Auftraggeber müssen jedes andere geeignete Beweismittel, wie technische Unterlagen des Herstellers oder Prüfberichte anerkannter Stellen, akzeptieren.“

ist die Verwendung von Gütezeichen in den formellen Anforderungen zur Nachweisführung in § 34 VgV explizit geregelt.

Die inhaltliche Formulierung des Wortlauts in § 34 VgV wirft die Frage auf, ob der Gesetzgeber eine weitergehende Regelung anstrebte, die einen pauschalen Verweis zur Beschreibung der Leistung gemäß § 31 VgV ermöglicht. Laut Gesetzesbegründung wird mit § 34 VgV die Möglichkeit der Nachweisführung durch Gütezeichen erstmalig ausdrücklich eingeführt und die sog. "Max-Havelaar-Rechtsprechung"²⁰⁷ des EuGH in Teilen kodifiziert.²⁰⁸ Der vorgenannten Entscheidung lag noch die Regelung zu technischen Spezifikationen in Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18/EG zu Grunde. Der EuGH entschied, dass nach Art. 23 Abs. 6 Unterabsatz 1 alle Einzelmerkmale eines Gütezeichens in der Leistungsbeschreibung aufzuzählen sind.²⁰⁹ Die Verwendung von Gütezeichen sah der EuGH entsprechend Art. 23 Abs. 6 Unterabsatz 2 nur als nachgeordnete Nachweismöglichkeit mit Vermutungswirkung an.²¹⁰ In der nachfolgenden Richtlinie 2014/24/EU hat der europäische Gesetzgeber getrennte Regelungen zu den technischen Spezifikationen in Art. 42 und zur Verwendung von Gütezeichen als Nachweis in Art. 43 geschaffen. In Art. 42 Richtlinie 2014/24/EU wurde die Möglichkeit zu einem pauschalen Verweis nicht explizit aufgenommen. In Art. 43 ist nur der formelle Nachweis durch Gütezeichen geregelt. Das Bild wird jedoch klarer, wenn man den 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU zur Auslegung heranzieht. Danach dürfen öffentliche Auftraggeber bei der Beschreibung von spezifischen umweltbezogenen, sozialen oder anderen Merkmalen einer Bauleistung, Lieferung oder Dienstleistung „auf bestimmte Gütezeichen Bezug nehmen [...], wie etwa europäische Umweltzeichen, (multi)nationale Umweltzeichen oder andere Gütezeichen, [...]“.²¹¹ Nach den europäischen Regelungen ist die Bezugnahme auf Gütezeichen nicht nur für die Nachweisführung nach Art. 43 zulässig, sondern auch für materielle Anforderungen an die technischen Spezifikationen.²¹² Eine „Bezugnahme“ erfordert gerade nicht die Wiedergabe der einzelnen Kriterien im Detail. Allerdings bleibt offen, wie die Bezugnahmen aussehen kann, insbesondere ob ein pauschaler Verweis zulässig ist.

Die historische Auslegung der deutschen Vorschriften ergibt: Um die nachhaltige und innovative Beschaffung zu stärken, hat sich das Kabinett der Bundesregierung eindeutig für die Möglichkeit eines pauschalen Verweises im Rahmen der Leistungsbeschreibung positioniert. *„Auftraggeber sollen bei der Beschreibung der Leistung und bei der Festlegung von Zuschlagskriterien – anders als bisher – unter bestimmten Voraussetzungen pauschal auf Gütezeichen (Labels) verweisen können.“*²¹³ Ebenso äußert sich der Referatsleiter des zuständigen Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie.²¹⁴ Der Gesetzgeber formuliert eine solch eindeutige Zulässigkeit des pauschalen Verweises allerdings in der späteren Regelung und der Gesetzesbegründung nicht;

²⁰⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“.

²⁰⁸ Siehe die BT-Drucksache 18/7318, S. 173: „§ 34 dient der Umsetzung von Artikel 43 der Richtlinie 2014/24/EU. Mit der Richtlinie wird die Möglichkeit der Nachweisführung durch Gütezeichen erstmalig ausdrücklich eingeführt und die sog. "Max-Havelaar.-Rechtsprechung" des EuGH in Teilen kodifiziert. Da der öffentliche Auftraggeber den Wettbewerb durch die zwingende Vorgabe bestimmter Gütezeichen erheblich einschränken kann, knüpft Artikel 43 der Richtlinie 2014/24/EU an deren Verwendung strenge Voraussetzungen. Diese Voraussetzungen sind § 34 nachgebildet.“

²⁰⁹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“, Rn. 63 und 64.

²¹⁰ Vgl. Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 20.

²¹¹ Die englische Fassung von § 43 Richtlinie 2014/24/EU spricht von „to refer to particular labels“, was dem Wortlaut der deutschen Übersetzung entspricht.

²¹² Vgl. Auch Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 20: Der europäische Gesetzgeber habe mit Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU eine Abkehr vom Max-Havelaar-Urteil des EuGH vollzogen.

²¹³ Beschluss des Bundeskabinetts vom 7.1.15 „Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts“, S. 5.

²¹⁴ Solbach, in: Pünder/ Prieß (2015), 142 (144).

er lehnt sie aber auch nicht ab. Damit kann auch nach der VgV ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen zur Beschreibung der Leistung zulässig sein.²¹⁵

4.2.1.2.3 Systematische Auslegung

Die Zulässigkeit von pauschalen Verweisen im Rahmen der Leistungsbeschreibung ist auch mit Hilfe der Einordnung des § 31 VgV in den Gesamtzusammenhang (systematische Auslegung) zu klären. So sind neben den Vorgaben zur materiellen Anforderung in § 31 VgV auch die Regelungen zu den formellen Nachweismöglichkeiten in § 34 VgV („Nachweisführung durch Gütezeichen“) zur Auslegung heranzuziehen. § 34 VgV lautet:

„(1) Als Beleg dafür, dass eine Liefer- oder Dienstleistung bestimmten, in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann der öffentliche Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen nach Maßgabe der Absätze 2 bis 5 verlangen.

(2). [...]

(3). Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der öffentliche Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben.“

Nach § 34 Abs. 1 VgV kann der öffentliche Auftraggeber von den bietenden Unternehmen verlangen, die Erfüllung von Vorgaben der Leistungsbeschreibung nach § 31 VgV durch Vorlage eines Gütezeichens i.S.v. § 34 VgV nachzuweisen. Püstow schließt aus der Zusammenschau von § 31 VgV und § 34 VgV, dass Gütezeichen nicht nur dazu dienen, den formalen Nachweis für die Erfüllung von Vorgaben der Leistungsbeschreibung zu erbringen, sondern auch zur Konkretisierung der Vorgaben in der Leistungsbeschreibung genutzt werden können.²¹⁶ Er begründet dies mit der Pflicht der öffentlichen Auftraggeber, die betreffenden Kriterien eines Gütezeichens anzugeben, wenn nicht alle Kriterien eines Gütezeichens gefordert werden (§ 34 Abs. 3 VgV). Diese Verpflichtung wäre überflüssig, wenn der öffentliche Auftraggeber in jedem Fall verpflichtet ist, alle Anforderungen in der Leistungsbeschreibung im Einzelfall zu konkretisieren.²¹⁷ Ein weiteres Argument sieht Püstow darin, dass die Bedingungen an die zulässige Verwendung von Gütezeichen in § 34 Abs. 2 VgV alleine zu Nachweiszwecken überflüssig wären angesichts der Anforderungen zum Inhalt der Leistungsbeschreibung in § 34 Abs. 3 VgV.²¹⁸

Um ein vollständiges Bild zu ermitteln, ist auch der Gesamtzusammenhang der Rechtsordnung zu betrachten. In § 32 SektVO, § 7a EU Abs. 6 VOB/A, § 24 UVgO finden sich gleichlautende bzw. vergleichbare Normen, die zur Auslegung herangezogen werden können.²¹⁹ Deren Regelungsgehalt innerhalb der jeweiligen Rechtsordnung entspricht dem § 34 VgV. Die Normen zur Leistungsbeschreibung sind dem des § 31 VgV vergleichbar. Die einschlägigen Kommentare zu § 32 SektVO, § 7a EU Abs. 6 VOB/A, § 24 UVgO nehmen keine Stellung zur aufgeworfenen Fragestellung²²⁰ bzw. verweisen auf die Kommentierung zu § 34 VgV.²²¹

Die systematische Zusammenschau des § 31 VgV mit dem § 34 VgV legt die Zulässigkeit eines pauschalen Verweises auf Gütezeichen nahe.

²¹⁵ So auch Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 19. Einen pauschalen Verweis ablehnend: Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 3. Wirner in: Willenbruch/ Wiedekind (2018), Vergaberecht, § 34 VgV Rn.2.

²¹⁶ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 4.

²¹⁷ So auch Evermann in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 19.

²¹⁸ Ebenda.

²¹⁹ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn. 1.

²²⁰ Ley / Wankmüller (2017), § 24 UVgO.

²²¹ Wirner in: Willenbruch / Wiedekind, Vergaberecht, § 34 VgV Rn.2., Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV Rn. 19.

4.2.1.2.4 Teleologische Auslegung

Die Nachweisführung mit Gütezeichen gemäß § 34 VgV soll der Vereinfachung und Beschleunigung des Vergabeverfahrens und damit der Effizienzsteigerung dienen. Diese legt die Zulässigkeit eines pauschalen Verweises auch zum Zweck der Leistungsbeschreibung nahe. Denn damit kann zweifelsohne eine Bau-, Dienst- oder Lieferleistung präzise beschrieben werden, ohne alle Kriterien in der Leistungsbeschreibung aufzuführen. Keineswegs entfällt so aber die vorab geschaltete Prüfung der Leistungskriterien für den konkreten Einzelfall. Der öffentliche Auftraggeber darf wegen des Übermaßverbotes keine unangemessenen hohen Umweltaanforderungen an den Beschaffungsgegenstand stellen. Die umweltbezogenen Einschränkungen müssen mit dem Nutzen des verfolgten Zweckes abgewogen werden und müssen gerechtfertigt sein. Um den Einwand der Missachtung des Übermaßverbotes²²² entgegenzuwirken, muss die öffentliche Beschaffungsstelle in jedem Einzelfall prüfen, ob die Anforderungen eines Gütezeichens an die Ware/Leistung zum Wert der Beschaffung verhältnismäßig sind. Maßgeblich sind zunächst auch strategische Kriterien, insbesondere der Umfang der Beschaffung, die Erfüllbarkeit der Kriterien und die mit dem Gütezeichen zu erwartende Wirtschaftlichkeit des Angebots.

Die Auswahl der Kriterien und deren Gewichtung liegen aber im Ermessen des öffentlichen Auftraggebers. Ob dabei pauschal auf ein Gütezeichen verwiesen wird, oder dessen Kriterien in der Leistungsbeschreibung gelistet werden, spielt letztlich für deren Verhältnismäßigkeit keine entscheidende Rolle. Eine verhältnismäßige Auswahl wird nicht durch einen pauschalen Verweis unverhältnismäßig, sondern bleibt inhaltlich gleich. Es empfiehlt sich aber unbedingt, diese Prüfung ausführlich zu dokumentieren. So kann der öffentliche Auftraggeber nachweisen, dass sie sich mit den Anforderungen auseinandergesetzt hat und so ihr Auswahlermessen ordnungsgemäß ausgeübt hat.

Ein pauschaler Verweis ist nach der teleologischen Auslegung zulässig.

4.2.1.2.5 Gemeinschaftsrechtskonforme Auslegung

Schließlich muss ein pauschaler Verweis auf Gütezeichen mit dem vorrangigen EU-Recht vereinbar sein. Maßstab sind sowohl das Primärrecht als auch das Sekundärrecht.

Das europarechtliche Transparenz- und Gleichbehandlungsgebot verlangt, dass die Anforderungen in der Ausschreibung vorab allgemein verbindlich und öffentlich zugänglich bekannt gegeben werden. Allen Marktteilnehmern müssen dieselben Informationen erhalten bzw. offenstehen. Welche Anforderungen an die Leistungsbeschreibung aus diesen abstrakten Maßstäben folgen, hat der EuGH 2012 – allerdings noch zur Rechtslage vor dem Erlass der Richtlinie 2014/24/EU – in der MAX HAVELAAR-Entscheidung konkretisiert.²²³ Der EuGH forderte, dass der öffentliche Auftraggeber die Kriterien detailliert auflisten muss: *„Im Übrigen ist die dem öffentlichen Auftraggeber auferlegte Verpflichtung, die detaillierten Umwelteigenschaften, die er vorschreiben will, auch dann ausdrücklich anzugeben, wenn er die für ein Umweltzeichen festgelegten Eigenschaften verwendet, nicht nur weit von jedem übermäßigen Formalismus entfernt, sie ist auch unerlässlich, 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.“*

Ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen ist nach dem EuGH nicht möglich, da er nicht dem Transparenzgebot genüge. Denn die technischen Spezifikationen erschließen sich den bietenden Unternehmen nicht aus der Leistungsbeschreibung, sondern diese müssen in den einschlägigen Gütezeichen recherchieren und die Anforderungen dort entnehmen. Im Gegensatz dazu hat der

²²² Halstenberg / Klein (2017), S. 469.

²²³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX HAVELAAR“.

EuGH in der genannten Entscheidung die Verweisungen auf Rechtsnormen in der Leistungsbeschreibung gebilligt. Die Leistungsbeschreibung muss nicht Normvoraussetzungen aufzählen, sondern es kann pauschal auf die Norm im EU-Recht verwiesen werden.²²⁴

In Anbetracht der Billigung von Verweisen innerhalb der Leistungsbeschreibung auf Normen des Unionsrechts und vor dem Hintergrund der digitalen Informationspraxis (siehe auch E-Government) ist die Ablehnung eines pauschalen Verweises auf (private) Gütezeichen aber fragwürdig. Das Argument des EuGH, dass es bei einem pauschalen Verweis auf ein Gütezeichen von den „Zufälligkeiten einer Informationssuche“ abhängt, ob man als Unternehmen die notwendigen Anforderungen finde, ist nicht für alle Gütezeichen überzeugend.²²⁵ Wieso soll es möglich sein auf eine Rechtsnorm zu verweisen, aber nicht auf Kriterien eines Gütezeichens, die den Anforderungen des Art. 23 Abs. 6 Unterabsatz 1 Richtlinie 2004/18/EG (nunmehr Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU bzw. in Deutschland § 34 VgV) genügen? Auch auf Gütezeichen i. S. v. Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU kann im Wege einer statischen Verweisung eindeutig referenziert werden, wie z. B. durch die Bezeichnung einer bestimmten Internetadresse, dem Ausgabedatum und der Fundstelle des Gütezeichens (z. B. einem Internetlink).²²⁶ Dem Gleichbehandlungsgrundsatz und Transparenzgebot wird durch ein solches Vorgehen Rechnung getragen. So werden alle anbietenden Unternehmen auf die für die Ausschreibung referierten Kriterien eines Gütezeichens verwiesen und können sich durch eine Internetrecherche schnell und präzise einen Überblick verschaffen. Es ist nicht ersichtlich, welchen wesentlichen Unterschied es für das Verständnis der Leistungsbeschreibung seitens der anbietenden Unternehmen macht, ob auf die Vergabekriterien von Gütezeichen i.S.v. Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU pauschal verwiesen wird oder ob sämtliche Vergabekriterien des Gütezeichens in die Leistungsbeschreibung übernommen werden. Die Anforderungen in Art. 43 Richtlinie 2014/24/EU (bzw. § 34 Abs. 2 VgV) stellen ja gerade sicher, dass alle Unternehmen die Vergabekriterien einsehen können und sich an der Vergabe des Gütezeichens beteiligen können.

Das Primärrecht der EU steht einem pauschalen Verweis auf Gütezeichen i. S. v. Art 43 Richtlinie 2014/24/EU zur Leistungsbeschreibung nicht entgegen.²²⁷ Auch die sekundärrechtlichen Vergaberichtlinien 2014/24/EU etc. stehen der Verwendung nicht entgegen.

4.2.1.3 Nachweisführung durch Bescheinigungen und Gütezeichen

Ein öffentlicher Auftraggeber kann zum Nachweis, dass die Anforderungen der Leistungsbeschreibung eingehalten sind, verschiedene Nachweise verlangen, wie die Einhaltung von nationalen oder europäischen technischen Normen (z. B. des DIN oder der CEN), der Bescheinigung durch Konformitätsbewertungsstellen (§ 33 VgV) oder durch bestimmte Gütezeichen (vgl. § 34 VgV, § 32 SektVO und § 7a EU Abs. 6 VOB/A). In allen Fällen muss der öffentliche Auftraggeber aber – wie bislang – auch gleichwertige Normen oder Gütezeichen zulassen; am besten durch

²²⁴ Im Fall MAX HAVELAAR ging es auch um die Frage, wie detailliert im Leistungsverzeichnis der Verweis auf Rechtsnormen zu erfolgen hat, welche die Leistung beschreiben. Ausgeschrieben waren Erzeugnisse, die aus ökologischem Landbau stammen sollten. Der EuGH hielt ein Verweis im Leistungsverzeichnis auf das einschlägige Unionsrecht – im Fall die Öko-Landbau-Verordnung Nr. 2092/91 oder einer späteren, diese ersetzende Verordnung – für ausreichend. Eine ausführliche Aufzählung sämtlicher Vorschriften der Öko-Landbau-Verordnung war hingegen nicht notwendig gewesen.

²²⁵ Im Ergebnis ist diese Richtung auch zu finden in: Kompass Nachhaltigkeit, Konformitätsprüfung mit § 34 VgV, S. 1; Thiele, in: Gabriel/Mertens/Prieß/Stein: Vergaberecht, VgV, § 34 Rn. 6; Evermann, in: Müller-Wrede: VgV, UVgO Kommentar, § 34 Rn. 19.

²²⁶ Diese Möglichkeit führen auch Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche Beschaffung, UBA Texte 54/2014, S. 81, an: „durch Verweis auf bestimmte Abschnitte einer Vergabegrundlage für das Umweltzeichen Blauer Engel“.

²²⁷ Anderer Auffassung Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV Rn 4. Püstow hält es weiterhin für notwendig, dass öffentliche Beschaffungsstelle die technischen Spezifikationen so präzise umschreiben, dass sie für ein fachkundiges bietendes Unternehmen ohne Lektüre des Gütezeichens verständlich sind. Hingegen kann für die Konkretisierung der Anforderungen auf Gütezeichen verwiesen werden.

den Zusatz „oder gleichwertig“. Der öffentliche Auftraggeber kann auch für einzelne Leistungsanforderungen unterschiedliche Nachweise zulassen.

Die gesetzlichen Neuerungen zur umweltfreundlichen Beschaffung wirken sich auch auf die Anwendung des § 34 VgV aus. Das Ermessen zur Verwendung kann sich im Anwendungsbereich der AVV-EnEff zur Pflicht verdichten, so dass die öffentlichen Auftraggeber die Vorlage von Gütezeichen in Einzelfällen zu verlangen haben. Auch aus der Gesetzesbegründung²²⁸ zu § 45 KrWG ergibt sich, dass die Regelungen der VgV, also auch § 34 VgV, zur Umsetzung der umweltfreundlichen Beschaffung entsprechend anzuwenden sind. Auch zur Umsetzung der Anforderungen des KSG ist der Verweis auf Gütezeichen im Rahmen der Leistungsbeschreibung ein geeignetes Mittel für die öffentlichen Auftraggeber.

4.2.1.3.1 Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 34 VgV)

Nach dem Wortlaut der Regelung zu Gütezeichen in Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU darf der öffentliche Auftraggeber *„[...] in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Ausführungsbedingungen ein bestimmtes Gütezeichen als Nachweis dafür verlangen, dass die Bauleistungen, Dienstleistungen oder Lieferungen den geforderten Merkmalen entsprechen, [...]“*. § 34 Abs. 1 VgV spricht hingegen von Belegen für *„in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen“*. Dies umfasst die Verwendung von Gütezeichen zum Nachweis von technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder Ausführungsbedingungen als Bestandteile der Leistungsbeschreibung, auch wenn diese in der VgV nicht ausdrücklich erwähnt sind.

Ebenso wie nach der alten Rechtsprechung müssen die Gütezeichen aber bestimmte Voraussetzungen in § 34 Abs. 2 VgV²²⁹ erfüllen. Diese Voraussetzungen decken sich im Wesentlichen mit der Regelung in Art. 23 Abs. 6 Richtlinie 2004/18/EG. Nach der alten Rechtslage musste der öffentliche Auftraggeber die Kriterien des Umweltzeichens, die sie für den Nachweis der Leistung verwenden wollte, im Einzelnen angeben.²³⁰ Mit der Einführung des § 34 VgV wurde eine Erleichterung für die öffentlichen Auftraggeber geschaffen; sie können nun ausdrücklich Gütezeichen als Nachweis verlangen. Verlangt der öffentliche Auftraggeber ein bestimmtes Gütezeichen, muss er gemäß § 34 Abs. 4 VgV auch Gütezeichen akzeptieren, die gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellen, dies gilt insbesondere für Gütezeichen der anderen EU-Mitgliedstaaten.

Der öffentliche Auftraggeber kann statt des gesamten Gütezeichens aber auch nur einzelne Kriterien eines Gütezeichens als Nachweis verlangen (§ 34 Abs. 3 VgV)²³¹. Er hat also ein Wahlrecht.²³² Die Kriterien des Gütezeichens muss der öffentliche Auftraggeber dann konkret benennen und kann nicht pauschal auf das Gütezeichen verweisen. Ferner muss das jeweilige Kriterium selbst die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV erfüllen, d. h. es muss insbesondere mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sein, die Merkmale des Auftragsgegenstandes zu bestimmen. Die Möglichkeit auf einzelne Kriterien eines Gütezeichens zu verweisen, kann der öffentliche Auftraggeber auch dann in Anspruch nehmen, wenn einzelne Kriterien eines Gütezeichens nicht den Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV entsprechen und somit nicht pauschal auf das gesamte Gütezeichen verwiesen werden darf. Diese Option ergibt sich auch aus Art. 43 Abs. 2 Richtlinie 2014/24/EU. Nach dem Absatz 2 darf auf das gesamte Gütezeichen kein

²²⁸ Bundesregierung (2020): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der AbfRRL, BT-Drucks 88/20, S. 110 f.

²²⁹ Siehe auch Art. 43 Abs. 1 Buchstaben a bis e Richtlinie 2014/24/EU.

²³⁰ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX-HAVELAAR“, Rn. 63 ff. Kloepfer, Michael (2015): Das Beschaffungs- und Vergabewesen als Instrument des Umweltschutzes, EurUP 2015, S. 214 (217).

²³¹ § 34 Abs. 3 VgV lautet: *„Für den Fall, dass die Leistung nicht allen Anforderungen des Gütezeichens entsprechen muss, hat der öffentlich Auftraggeber die betreffenden Anforderungen anzugeben.“*

²³² Püstow, in: Ziekow/ Völlink (2018): Vergaberecht, § 34 VgV, Rn. 11; Evermann, in: Müller-Wrede (2017), § 34 VgV, Rn. 48 ff.

Bezug genommen werden, wenn im Gütezeichen Kriterien enthalten sind, die nicht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen.²³³ In diesem Fall kann der öffentliche Auftraggeber auf detaillierten Spezifikationen des Gütezeichens oder gegebenenfalls auf Teile davon verweisen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, die Merkmale des Auftragsgegenstandes zu bestimmen.

4.2.1.3.2 Anforderungen an Gütezeichen

Der § 34 Abs. 2 VgV stellt Anforderungen an Gütezeichen, die zum einen die Kriterien des Gütezeichens betreffen (Nummern 1 und 2 des § 34 Abs. 2 VgV) und zum anderen das Verfahren zur Aufstellung und Vergabe der Gütezeichen beschreiben (Nummern 3 bis 5 des § 34 Abs. 2 VgV). Die Regelung entspricht nicht wörtlich den Anforderungen aus Art. 43 Abs. 1 Richtlinie 2014/24/EU, deckt sich aber inhaltlich weitestgehend damit. Während die Richtlinie die am Verfahren zu beteiligenden interessierten Kreise beispielhaft aufzählt – dazu zählen staatliche Stellen, Verbraucher, Sozialpartner, Hersteller, Händler und Nichtregierungsorganisationen – fehlt diese Aufzählung in der deutschen Vorschrift. Die Bundesregierung hat in § 34 Abs. 2 VgV keine zusätzlichen Anforderungen gegenüber der EU-Richtlinie erlassen. Die Vorgaben des § 34 Abs. 2 VgV decken sich darüber hinaus mit den nach alter Rechtslage geltenden Anforderungen in § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009.²³⁴ Neu ist gegenüber der Regelung in § 8 EG Abs. 5 VOL/A 2009 die Anforderung in § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV, wonach der Zeichennehmer keinen maßgeblichen Einfluss auf die Festlegung der Anforderungen des Gütezeichens ausüben darf. Ferner mussten die Zeichenkriterien nach alter Rechtslage auf der „Grundlage von wissenschaftlich abgesicherten Informationen ausgearbeitet werden“. Nunmehr wird in § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV gefordert, dass sie „auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien“ beruhen. Inhaltlich dürfte deshalb insofern keine neue Anforderung bestehen, als wissenschaftliche Kriterien ohnehin objektiv nachprüfbar sein müssen. Neu ist hingegen, dass die Zeichenkriterien diskriminierungsfrei sein müssen; dies war bislang nur für die Vergabekriterien zwingend vorgeschrieben. Beziehen sich die Vergabekriterien auf einzelne Zeichenkriterien bzw. auf das Gütezeichen insgesamt, ist dieser Schluss jedoch geboten.

Im Folgenden soll anhand von Beispielen aufgezeigt werden, wie die Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV an die Vergabekriterien auszulegen sind:

1. Alle Anforderungen des Gütezeichens sind für die Bestimmung der Merkmale der Leistung geeignet und stehen mit dem Auftragsgegenstand nach § 31 Abs. 3 VgV in Verbindung.

Nach dem Wortlaut der Vorschrift müssen die Anforderungen, die das Gütezeichen an die Leistungsmerkmale stellt, zwei Kriterien erfüllen: Sie müssen geeignet sein, um den Auftragsgegenstand zu beschreiben, und sie müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen nach § 31 Abs. 3 VgV. Daraus folgt, dass Gütezeichen dann nicht als Nachweis für die Einhaltung der Leistungsbeschreibung gefordert werden dürfen, wenn nur eine Anforderung nicht den Anforderungen des § 34 Abs. 2 VgV entspricht.

2. Zum Merkmal „Geeignet zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes“:

Um zu überprüfen, ob die Kriterien des Blauen Engel zur Beschreibung des Auftragsgegenstandes geeignet sind, kann auf die entsprechenden Anforderungen für die technischen Spezifikatio-

²³³ Art. 43 Abs. 2 lautet: „Erfüllt ein Gütezeichen die Bedingungen gemäß Abs. 1 Buchstaben b, c, d und e, schreibt aber gleichzeitig Anforderungen vor, die mit dem Auftragsgegenstand nicht in Verbindung stehen, so verlangen die öffentlichen Beschaffungsstellen nicht das Gütezeichen als solches, sie können aber technische Spezifikationen unter Verweis auf die detaillierten Spezifikationen dieses Gütezeichens oder gegebenenfalls Teile davon festlegen, die mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen und geeignet sind, die Merkmale dieses Auftragsgegenstands zu definieren.“

²³⁴ Vgl. zur alten Rechtslage: Schmidt, Vanessa/Buchmüller, Christian/Falke, Iris/Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche Beschaffung, UBA Texte 54/2014, S. 38 ff.

nen in der Leistungsbeschreibung nach dem Vergaberecht Bezug genommen werden. Das Vergaberecht verlangt, eine „hinreichend genaue und allgemein verständliche“ Beschreibung des Auftragsgegenstandes. Der öffentliche Auftraggeber kann dazu zwischen vier Arten von Leistungsbeschreibungen gemäß § 31 VgV wählen:

- ▶ die einfache Beschreibung der Leistung durch „verkehrsübliche Bezeichnungen“;
- ▶ die funktionale Leistungsbeschreibung, in der Teile der Planung und Konzeption der Leistung auf das bietende Unternehmen übertragen werden;
- ▶ die konstruktive Leistungsbeschreibung, in der der öffentliche Auftraggeber die Realisierung des vorgegebenen Ziels durch wesentliche Merkmale und konstruktive Einzelheiten eingrenzt; sowie
- ▶ Mischformen der vorgenannten Formen.

Verwendet der Blaue Engel eine der vorgenannten vier Formen zur Beschreibung der Anforderung in den Gütezeichen, sind diese auch geeignet im Sinne des § 34 Abs. 2 VgV. Im Fall von allgemein formulierten Anforderungen im Blauen Engel, z. B. zur Gebrauchstauglichkeit, ist von einer einfachen Beschreibung der Leistung durch „verkehrsübliche Bezeichnungen“ auszugehen. So z. B. wenn *„die Verlegeunterlagen [...] den üblichen Qualitätsanforderungen an die Gebrauchstauglichkeit entsprechen [müssen] und hierbei die Anforderungen der entsprechenden Produktnormen zu erfüllen haben. Bezüglich Geh- und Trittschall ist der Stand der Technik zu erfüllen“* (aus DE-UZ 156 für emissionsarme Verlegeunterlagen für Bodenbeläge)²³⁵.

3. Zum Merkmal „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen“:

Nach § 31 Abs. 3 VgV können die Merkmale auch Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen. Sie können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen, auch wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind. Damit können auch Faktoren, die kein materieller Bestandteil der Leistung sind, in der Leistungsbeschreibung gefordert werden, wie z. B. die Einhaltung der Kernübereinkommen der Internationalen Arbeitsorganisation.²³⁶ Nicht in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. allgemeine Ausbildungsquoten, Quotierungen von Führungspositionen zugunsten der Frauenförderung, generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen).²³⁷

Eine Leistungsanforderung steht mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung, wenn sie in einem sachlichen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand steht. Nach dem 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU werden als Beispiel für Anforderungen, die einen Bezug zum Auftragsgegenstand aufweisen: *„[...] die Beschreibung der Ware und ihrer Präsentation, einschließlich Anforderungen an die Verpackung [...]“* genannt. Weitergehende Abgrenzungskriterien sind aber der Gesetzgebung nicht zu entnehmen.

In der Rechtsprechung sind folgende Kriterien aufgestellt worden:

²³⁵ Herunterzuladen unter: <https://www.blauer-engel.de/de/produktwelt/bauen/verlegeunterlagen>.

²³⁶ Vgl. die Begründung der Bundesregierung zu § 31 Abs. 3 im VergRModG.

²³⁷ BT-Drucksache. 16/10117 S. 16/17.

- Der EuGH betont, dass öffentliche Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung einen weiten Ermessensspielraum haben bei „*der Entscheidung über die Kriterien für die Zuschlagserteilung [...], sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen.*“²³⁸ Es liegt demnach in der Entscheidungsbefugnis des öffentlichen Auftraggebers bei einer Leistungsanforderung einen Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand zu begründen.²³⁹
- Im Fall MAX HAVELAAR hat der EuGH als weitere Anforderung an Zuschlagskriterien vorgegeben, dass „*die Festlegung dieser Kriterien [...] insofern vom Auftragsgegenstand ab[hängt], als sie es ermöglichen müssen, 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*“ ist.²⁴⁰ Demnach müssen die Kosten für die Erfüllung eines Kriteriums kalkulierbar sein, um bei jedem Angebot das Preis-Leistungs-Verhältnis berechnen zu können. Finanzielle Zusatzlasten, die sich weder im Leistungsgegenstand niederschlagen noch leistungsbegleitende Elemente enthalten, sind danach unzulässig.²⁴¹
- Gemäß dem Diskriminierungsverbot muss die Anforderung so gestaltet sein, dass der öffentliche Auftraggeber die Angaben des bietenden Unternehmens im Angebot effektiv auf ihre Richtigkeit nachprüfen kann.²⁴²

Aufgrund des weiten Ermessensspielraums, den der öffentliche Auftraggeber hat, um zu bestimmen, welche Anforderungen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen, ist eine pauschale Bewertung der Anforderungen des Blauen Engel nicht möglich. Die Prüfung muss vielmehr für jede einzelne Vergabegrundlage des Blauen Engel bzw. von anderen Gütezeichen erfolgen. Zudem können Anforderungen des Gütezeichens, bei denen zunächst keine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand ersichtlich ist, durch die Zielsetzung eines öffentlichen Auftraggebers doch zu einem solchen Zusammenhang führen.

4. Die Anforderungen des Gütezeichens beruhen auf objektiv nachprüfbaren und nichtdiskriminierenden Kriterien.

Zur Auslegung, inwieweit die Gütezeichen auf nichtdiskriminierenden Kriterien beruhen, kann an die Anforderungen zur Leistungsbeschreibung angeknüpft werden. Nach § 31 Abs. 6 VgV darf in der Leistungsbeschreibung „*nicht auf eine bestimmte Produktion oder Herkunft oder ein besonderes Verfahren, das die Erzeugnisse oder Dienstleistungen eines bestimmten Unternehmens kennzeichnet, oder auf gewerbliche Schutzrechte, Typen oder einen bestimmten Ursprung verwiesen werden, wenn dadurch bestimmte Unternehmen oder bestimmte Produkte begünstigt oder ausgeschlossen werden [...]*“. Entsprechend dürfen solche Anforderungen auch nicht in Gütezeichen gefordert werden, damit die Anforderungen des Gütezeichens nicht diskriminierend sind.

²³⁸ EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“, Rn. 37.

²³⁹ Vgl. OLG Düsseldorf vom 30. Dezember 2010 – VII-Verg 24/10 Rn. 55.

²⁴⁰ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10 „MAX-HAVELAAR“, Rn. 86.

²⁴¹ So OLG Koblenz Beschluss vom 29. November 2012 – 1 Verg 6/12 Ziffer 5 a) der Beschlussbegründung.

²⁴² EuGH, Urteil vom 4.12.2003, Rs. C-448/01, „Wienstrom“, Rn. 72.

Hinterfragt werden kann, ob der öffentliche Auftraggeber bei der Leistungsbeschreibung als Nachweis auf Gütezeichen wie den Blauen Engel verweisen kann, wenn diese auf Herstellererklärungen beruhen.

Der Nachweisführung mit Gütezeichen, in denen Herstellererklärungen verwendet werden, könnte § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV entgegenstehen. Danach müssen die Anforderungen des Gütezeichens auf „objektiv nachprüfbaren Kriterien“ beruhen. Was unter „objektiv nachprüfbaren Kriterien“ zu verstehen ist, wird weder in der Richtlinie noch in der VgV allgemein definiert. Nach allgemeinem Sprachgebrauch ist unter „nachprüfbar“ zu verstehen, dass etwas „zugänglich“, „nachvollziehbar“, „kontrollierbar“ ist.²⁴³ „Objektiv“ erfordert eine neutrale Allgemeingültigkeit des Kriteriums. Ein objektiv nachprüfbares Kriterium erfordert deshalb, dass ein Dritter bei Anwendung des Kriteriums zu einem reproduzierbaren, gleichen Ergebnis kommt. Ein ähnliches Verständnis lässt sich auch aus Art. 68 Abs. 2 Buchstabe a Richtlinie 2014/24/EU bzw. § 59 Abs. 3 Nr. 1 VgV herauslesen. Dort wird im Zusammenhang mit der Methode zur Bewertung von externen Kosten gefordert, dass diese auf objektiv nachprüfbaren Kriterien beruht. Als Ausnahme von dieser Anforderung wird dann im folgenden Satz formuliert: *„Ist die Methode nicht für die wiederholte oder kontinuierliche Anwendung konzipiert worden, so darf sie insbesondere nicht bestimmte Wirtschaftsteilnehmer auf unzulässige Weise bevorzugen oder benachteiligen.“* Aus der Ausnahme lässt sich schließen, dass die objektiven Kriterien sich durch „wiederholte oder kontinuierliche Anwendung“ auszeichnen. Vor diesem Hintergrund können auch Gütezeichen, die auf Herstellererklärungen beruhen, den Anforderungen des § 34 Abs. 2 Nr. 2 VgV genügen, wenn die Angaben in der Herstellererklärung auf objektiv nachprüfbaren Kriterien beruhen. Maßgeblich ist dabei, ob die Angaben des Herstellers von einem Dritten überprüft werden können und zu dem gleichen Ergebnis führen wie in der Herstellererklärung. Die reine Behauptung des Herstellers, dass ein Kriterium eingehalten wird, ohne nachprüfbare Angaben, dürfte deshalb nicht ausreichen. Ob eine Überprüfung tatsächlich stattfindet, ist insofern zweitrangig, sie muss nur möglich sein.

Ferner spricht für die Zulässigkeit einer Herstellererklärung als Anforderung in Gütezeichen auch die systematische Auslegung der Norm. So müssen die öffentlichen Auftraggeber auch *„andere geeignete Belege akzeptieren“* als das geforderte Gütezeichen oder gleichwertige Gütezeichen (gemäß § 34 Abs. 5 VgV).²⁴⁴ Zwar ist die Nachweisführung durch „andere Belege“ an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, aber sie ist grundsätzlich zugelassen, wenn das bietende Unternehmen damit nachweist, dass die zu *„erbringende Leistung die Anforderungen des geforderten Gütezeichens oder die vom öffentlichen Auftraggeber angegebenen spezifischen Anforderungen erfüllt.“* Diese Regelung kann als Verwirklichung des im Vergaberecht geltenden Gleichbehandlungsgrundsatzes verstanden werden, der eine (auch mittelbare) Diskriminierung von Unternehmen, z. B. aus anderen Mitgliedstaaten verhindern will. Eine solche mittelbare Diskriminierung liegt z. B. vor, wenn bietende Unternehmen aus anderen Mitgliedstaaten, die Anforderung in einer Leistungsbeschreibung „Vorgaben nationaler Normen für bei der Auftragserfüllung zu verwendender Produkten“ zwar einhalten können, aber unter größeren Schwierigkeiten als die einheimischen Unternehmen.²⁴⁵ Überträgt man diesen Gedanken auf die Anforderungen an Gütezeichen, so muss in einem Erst-Recht-Schluss auch in Gütezeichen die Herstellererklärung zulässig sein. Denn ansonsten wären Unternehmen, die den Blauen Engel verwenden, gegenüber

²⁴³ Vgl. die Synonyme unter: <http://synonyme.woxikon.de/synonyme/nachpr%C3%BCfbar.php>.

²⁴⁴ Vgl. auch den 74. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU: *„Zum Nachweis der Gleichwertigkeit sollte von den Bietern die Vorlage von Belegen verlangt werden können, deren Korrektheit von Dritten bestätigt wurde. Es sollten jedoch auch andere geeignete Nachweise, wie etwa eine technische Dokumentation des Herstellers, zugelassen sein, wenn der betreffende Wirtschaftsteilnehmer keinen Zugang zu entsprechenden Bescheinigungen oder Prüfberichten oder keine Möglichkeit hat, diese fristgerecht zu beschaffen, sofern er auf diesem Weg nachweist, dass die Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen die in den technischen Spezifikationen, den Zuschlagskriterien oder den Bedingungen für die Auftragsausführung genannten Anforderungen und Kriterien erfüllen.“*

²⁴⁵ EuGH, Slg. 1998, 4929, Rn 19f.; Ziekow/ Völlink (2013): Vergaberecht, § 97 GWB Rn 15.

Unternehmen, die Gütezeichen mit Herstellererklärungen verwenden oder andere Nachweismöglichkeiten nutzen, benachteiligt. So können die Zeichengebühren bei Gütezeichen, die keine Herstellererklärung erlauben, höher liegen als solchen Gütezeichen mit Herstellererklärung oder einer Herstellererklärung als alleiniger Nachweis.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass nach der VgV und der Richtlinie 2014/24/EU auch Gütezeichen als Nachweis für die Leistungserbringung geeignet sind, wenn die Gütezeichen auf Herstellererklärungen aufbauen, die auf objektiv nachprüfbar Kriterien beruhen. Nicht ausreichend ist allerdings eine reine Eigenerklärung, die eine nicht weiter belegte Versicherung des bietenden Unternehmens enthält, dass die angebotene Leistung den geforderten Kriterien des Gütezeichens entspricht.²⁴⁶

5. Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zum Gütezeichen.

Alle betroffenen Unternehmen haben Zugang zu einem Gütezeichen, wenn sie das Gütezeichen für ihr Produkt oder ihre Leistung erwerben können, soweit sie die geforderten Kriterien einhalten. Der Blaue Engel steht prinzipiell allen Herstellern einer Produktgruppe, für die es bestehende Vergabekriterien gibt, offen. Dazu kann der Hersteller zunächst selbst prüfen, ob er die jeweiligen Vergabekriterien einhalten kann. Damit er das jeweilige Gütezeichen erhält, muss er bei der Zeichenvergabestelle, der RAL gGmbH, ein Antrag auf Kennzeichnung mit dem Blauen Engel für das jeweilige Produkt oder die Dienstleistung stellen. Die Anträge können auf Englisch und Deutsch gestellt werden. Die RAL gGmbH prüft anhand der eingereichten Unterlagen, ob der Hersteller die festgelegten Anforderungen einhält und schließt bei positiver Prüfung einen Zeichenbenutzungsvertrag mit dem Unternehmen ab.²⁴⁷ Beim Verfahren zum Erhalt des Blauen Engels sind demnach die Anforderungen an den freien Zugang zum Gütezeichen erfüllt.

6. Das Gütezeichen wurde im Rahmen eines offenen und transparenten Verfahrens entwickelt, an dem alle interessierten Kreise teilnehmen können und die Anforderungen wurden von einem Dritten festgelegt, auf den das Unternehmen, das das Gütezeichen erwirbt, keinen maßgeblichen Einfluss ausüben konnte.

Von Bedeutung ist, dass § 34 VgV und die Richtlinie 2014/24/EU zwischen der „Festlegung der Anforderungen an das Gütezeichen“ und der konkreten Vergabe des Gütezeichens an einen Zeichennehmer unterscheiden. Diese Unterscheidung spielt bei der beispielhaften Prüfung, ob der Blaue Engel den Anforderungen von § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV genügt, eine Rolle.

Die Jury Umweltzeichen, bestehend aus 16 Mitgliedern, diskutiert und beschließt die Vergabekriterien für die jeweiligen Produktgruppen. Diese Vergabekriterien werden vom Umweltbundesamt erarbeitet.²⁴⁸ Die ehrenamtlichen Mitglieder der Jury sind weisungsfrei und unparteiisch, sie gehören verschiedenen relevanten gesellschaftlichen Gruppen an, wie z. B. den Umwelt- und Verbraucherverbänden, dem Handel, der Industrie, der Forschung sowie zwei Landesministerien (jeweils das Bundesland mit dem Vorsitz der Umweltministerkonferenz (UMK) und dessen Vorgänger). Damit ist die Jury als unabhängiger Dritter im Sinn von § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV zu werten. Ferner werden die Vergabekriterien des Blauen Engels in einem offenen und transparenten Verfahren entwickelt, an dem sich alle interessierten Kreise beteiligen können. Nach dem 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU soll das Gütezeichen unter *„Anwendung eines Verfahrens, an dem sich die Akteure – wie Regierungsstellen, Verbraucher, Hersteller, Vertriebsunternehmen und Umweltorganisationen – beteiligen können, definiert und angenommen werden“*. Ferner muss das Gütezeichen *„für alle interessierten Parteien zugänglich und verfügbar“* sein. Die

²⁴⁶ Vgl. die Begründung der Bundesregierung zu § 34 Abs. 5 VgV in der Verordnung zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsverordnung – VergRModVO) in der Fassung des Kabinetts vom 20.1.2016, S. 191.

²⁴⁷ Vgl. <https://www.blauer-engel.de/de/fuer-unternehmen/wie-bekommen-sie-den-blauen-engel/antragstellung>.

²⁴⁸ Siehe die Zusammensetzung und Befugnis der Jury unter: <https://www.blauer-engel.de/de/der-blaue-engel/wer-steckt-dahinter/jury-umweltzeichen>.

Jury, welche die Anforderungen an die jeweiligen Produktgruppen des Blauen Engels bestimmt, setzt sich – wie oben ausgeführt – aus den im 75. Erwägungsgrund genannten Akteuren zusammen. Zudem sind die Anforderungen des Blauen Engel auf der Webseite frei zugänglich.

Die Unternehmen als Zeichennehmer sind in der Jury nicht selbst vertreten und können über die endgültige Festlegung der Anforderungen des Gütezeichens nicht entscheiden. Sie können aber – wie in § 34 Abs. 2 Nr. 3 VgV vorgesehen – als Teil der „interessierten Kreise“ bei der Entwicklung des Gütezeichens mitwirken. Das mit dem Umweltbundesamt eine nationale Behörde an der Festlegung der Anforderungen an den Blauen Engel involviert ist, hat keinen Einfluss auf die Stellung der Jury Umweltzeichen oder des Umweltbundesamtes als unabhängiger Dritter, so der 75. Erwägungsgrund der Richtlinie.²⁴⁹

Hinterfragt werden kann, ob ein konkreter Zeichennehmer (Unternehmen) bei der Vergabe eines Blauen Engel einen maßgeblichen Einfluss hat, da die RAL gGmbH neben dem Blauen Engel auch das RAL-Gütezeichen vergibt. Allerdings unterscheiden sich beide Zeichen schon in der Zielsetzung. Während es den Verbraucherinnen und Verbrauchern ermöglicht werden soll, mit dem Blauen Engel gezielt umweltfreundliche Produkte nachzufragen,²⁵⁰ ist der Zweck der RAL-Gütezeichen, die Qualität von Waren oder Leistungen zu kennzeichnen.²⁵¹ Auch das Vergabeverfahren unterscheidet sich. Der Blaue Engel wird von der RAL gGmbH vergeben, einer Tochter des RAL Instituts. Unternehmen, die ihr Produkt mit dem Blauen Engel kennzeichnen wollen, stellen bei der RAL gGmbH einen Antrag. Die RAL gGmbH prüft die Einhaltung der Anforderungen und die vollständige Erbringung der Nachweise. Dabei holt die RAL gGmbH vom jeweiligen Bundesland des Antragstellers eine Stellungnahme zur Einhaltung umweltrechtlicher Voraussetzungen ein. Sind alle Vergabevoraussetzungen erfüllt, schließt er mit dem Unternehmen einen Zeichenbenutzungsvertrag. Hingegen sind bei dem RAL-Gütezeichen die Unternehmen, die ein bestimmtes RAL-Gütezeichen nutzen, selbst für die Verleihung und Überwachung verantwortlich. Dazu schließen sich die Unternehmen zu einer Gütegemeinschaft zusammen. Aus diesem Grund handelt es sich beim RAL-Gütezeichen nicht um Gütezeichen i.S.v. § 34 VgV. Auch unternehmenseigene Gütezeichen (sog. Typ-II-Gütezeichen gemäß ISO 14021) sind keine Gütezeichen i.S. d. § 34 VgV.

Letztlich ist aber die Frage der „konkreten Vergabe von Gütezeichen“ für die Einhaltung der Vorgaben in § 34 Abs. 2 Nr. 5 VgV nicht relevant, da nach § 34 VgV und der Richtlinie der Dritte nur bei der Festlegung der Vergabeanforderungen unabhängig sein muss; über die Vergabe des Gütezeichens und die Überwachung der Vorgaben trifft die VgV und die Richtlinie 2014/24/EU keine Aussagen.

²⁴⁹ Vgl. den 75. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EG: „Außerdem sollte klargestellt werden, dass bestimmte nationale oder Regierungsstellen oder -organisationen in die Festlegung der Anforderungen an Gütezeichen einbezogen werden können, die im Zusammenhang mit einer Auftragsvergabe durch öffentliche Auftraggeber verwendet werden können, ohne dass diese Stellen oder Organisationen ihren Status als dritte Parteien verlieren.“

²⁵⁰ Vgl. Grundsätze zur Vergabe des Umweltzeichen Blauer Engel, herunterzuladen unter: <https://www.blauer-engel.de/sites/default/files/pages/downloads/unser-zeichen-fuer-die-umwelt/vergabegrundsaeze-blauer-engel-stand-2019.pdf>.

²⁵¹ Vgl. Nr. 1 der Grundsätze für Gütezeichen, herunterzuladen unter: https://www.ral-guetezeichen.de/wp-content/uploads/sites/2/2017/07/grundsaeetze_fuer_guetezeichen_2020-07.pdf.

4.2.1.3.3 Nachweis durch Bescheinigung der Konformitätsbewertungsstelle²⁵² (§ 33 VgV)

Der Nachweis, dass die technischen Anforderungen eingehalten werden, kann durch eine Bescheinigung der Konformitätsbewertungsstelle oder eine von ihr ausgegebene Zertifizierung erfolgen. Verlangt der öffentliche Auftraggeber die Bescheinigung einer bestimmten Konformitätsbewertungsstelle, so muss sie auch Bescheinigungen gleichwertiger anderer Konformitätsbewertungsstellen anerkennen (§ 33 Abs. 1 S. 2 VgV). Der öffentliche Auftraggeber muss auch andere Nachweise, wie z. B. technische Dossiers des Herstellers zulassen (gemäß § 33 Abs. 2 VgV). Voraussetzung dafür ist, dass das bietende Unternehmen:

- ▶ keinen Zugang zu den geforderten Bescheinigungen einer Konformitätsbewertungsstelle oder zu den Nachweisen gleichwertiger Stellen hatte oder
- ▶ es nicht zu vertreten hat, dass das Unternehmen die Nachweise der Konformitätsbewertungsstelle bis zur Abgabefrist für das Angebot nicht einholen konnte.

In beiden vorgenannten Varianten trägt das bietende Unternehmen die Beweislast, d. h. kann es nicht nachweisen, dass seine angebotene Leistung die technischen Anforderungen einhält, ist es vom Vergabeverfahren ausgeschlossen.

4.2.2 Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten

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

4.2.2.1 Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen

Die verbindliche Berücksichtigung umweltbezogener Aspekte gilt nach § 67 VgV bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren, Geräte oder Ausrüstungen oder beim Einkauf von Dienstleistungen, bei denen solche Waren, Geräte oder Ausrüstungen zum Einsatz kommen. Gemäß § 67 Abs. 2 VgV sollen (Soll-Vorschrift) bei diesen Beschaffungsvorgängen in der Leistungsbeschreibung folgende Anforderungen an die Energieeffizienz gestellt werden:

- a) das höchste Leistungsniveau an Energieeffizienz und
- b) soweit vorhanden, die höchste Energieeffizienzklasse im Sinne der Energieverbrauchskennzeichnungsverordnung.

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.²⁵³ Der öffentliche Auftraggeber hat bei der Beschaffung energieverbrauchsrelevanter Waren bzw. Dienstleistungen daher in der Leistungsbeschreibung entsprechende Mindestanforderungen in Bezug auf die Energieeffizienz festzulegen.

²⁵² Eine Konformitätsbewertungsstelle ist eine Stelle, die gemäß Verordnung (EG) Nr. 765/2008 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 09.07.2008 über die Vorschriften für die Akkreditierung und Marktüberwachung im Zusammenhang mit der Vermarktung von Produkten und zur Aufhebung der Verordnung (EWG) Nr. 339/93 des Rates akkreditiert ist und Konformitätsbewertungstätigkeiten durchführt (vgl. § 33 Abs. 3 VgV). Beispiele für Konformitätsbewertungsstellen sind u. a. die Technischen Überwachungsvereine (TÜV) und der Deutsche Kraftfahrzeug-Überwachungsverein (DEKRA).

²⁵³ Die Vorgaben des § 67 ff. VgV gelten erst für die Erstellung der Leistungsbeschreibung, d. h. wenn die öffentliche Beschaffungsstelle sich für einen bestimmten Auftragsgegenstand entschieden hat. Bei der Festlegung des Auftragsgegenstandes verbleiben der Beschaffungsstelle dagegen ein Leistungsbestimmungsrecht und ein Gestaltungsspielraum. So auch Zeiss (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201 (203).

Zudem ist der öffentliche Auftraggeber nach § 67 Abs. 3 VgV verpflichtet (Muss-Vorschrift), in der Leistungsbeschreibung oder an anderer Stelle in den Vergabeunterlagen von den Unternehmen folgende Informationen zu verlangen:

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 unter Buchstabe a) vergleichbaren Methode zur Überprüfung der Wirtschaftlichkeit.

Falls die Angaben klärungsbedürftig sind, dürfen ergänzende Erläuterungen von den Unternehmen gefordert werden (§ 67 Abs. 4 VgV), also beispielsweise die Definition von Betriebszuständen oder Produktdatenblätter.

Konkret bedeutet das, dass bei Ausschreibungen von Liefer- oder Dienstleistungen, in denen energieverbrauchsrelevante Waren, technische Geräte oder Ausrüstungen relevant sind, zumindest Angaben zum Energieverbrauch zu fordern sind. Diese Angaben sind auch bei der Zuschlagserteilung zu berücksichtigen. Dabei bietet sich die Berechnung der Lebenszykluskosten an.

SektVO

In § 58 SektVO ist eine ähnliche Regelung wie in § 67 VgV enthalten. Der Anwendungsbereich des § 58 Abs. 1 SektVO beschränkt sich jedoch auf technische Geräte und Ausrüstungen und bezieht die Anforderungen nicht auf Dienstleistungen. Die Pflicht, das höchste Leistungsniveau bzw. 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.

Nach § 58 Abs. 1 SektVO heißt es: *„Mit der Leistungsbeschreibung sind im Rahmen der technischen Spezifikationen von den Unternehmen 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 bietenden Unternehmen zu fordern.“*

4.2.2.2 Beschaffung von Straßenfahrzeugen

Nach § 68 VgV **müssen** öffentliche Auftraggeber bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen²⁵⁴ den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen einbeziehen. Dazu müssen sie entweder in der Leistungsbeschreibung Vorgaben zu Energieverbrauch und Umweltauswirkungen aufnehmen oder den Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen von Straßenfahrzeugen in den Zuschlagskriterien berücksichtigen.

²⁵⁴ Davon ausgenommen sind nach § 68 Abs. 4 VgV Straßenfahrzeuge, die für den Einsatz im Rahmen des hoheitlichen Auftrags der Streitkräfte, des Katastrophenschutzes, der Feuerwehr und der Polizei des Bundes und der Länder konstruiert und gebaut sind (Einsatzfahrzeuge). Bei der Beschaffung von Einsatzfahrzeugen werden die Anforderungen nach den Absätzen 1 bis 3 berücksichtigt, soweit es der Stand der Technik zulässt und hierdurch die Einsatzfähigkeit der Einsatzfahrzeuge zur Erfüllung des in Satz 1 genannten hoheitlichen Auftrags nicht beeinträchtigt wird.

Zumindest müssen hierbei folgende Faktoren, jeweils bezogen auf die Gesamtkilometerleistung des Straßenfahrzeugs im Sinne der Tabelle 3 der Anlage 2 der VgV, berücksichtigt werden:

1. Energieverbrauch,
2. Kohlendioxid-Emissionen,
3. Emissionen von Stickoxiden,
4. Emissionen von Nichtmethan-Kohlenwasserstoffen und
5. partikelförmige Abgasbestandteile.

Diese Faktoren können als Ausschluss- oder Zuschlagskriterien berücksichtigt werden. Ausschlusskriterien müssen nach einer Marktrecherche des öffentlichen Auftraggebers festgelegt werden. Die öffentlichen Auftraggeber 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.*“²⁵⁵

Werden die Emissionen als Bewertungskriterien herangezogen, sind die Kosten über die Lebensdauer nach den Anlagen 2 und 3 der VgV zu berechnen, die eine detaillierte Methodik zur finanziellen Bewertung und Berechnung der CO₂-Emissionen sowie der Schadstoffemissionen festlegen (siehe Abschnitt 4.4.3.2). 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.

Einsatzfahrzeuge, z. B. von Polizei oder Feuerwehr, sind von der Anwendung des § 68 Abs. 1 bis 3 VgV ausgenommen, es sei denn, der Stand der Technik lässt es zu und die Einsatzfähigkeit wird nicht beeinträchtigt (gemäß § 68 Abs. 4 VgV).

Die Vorschrift beruht auf der von der Europäischen Kommission erlassenen Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge. Diese ist durch die Richtlinie (EU) 2019/1161²⁵⁶ geändert worden, in der die Vorgaben zur Beschaffung gestrichen wurden. Stattdessen sind in Artikel 5 Mindestziele für die öffentliche Auftragsvergabe vorgegeben. Diese Ziele werden ausgedrückt als Mindestprozentsatz sauberer Fahrzeuge an der Gesamtzahl der Straßenfahrzeuge, die innerhalb bestimmter Zeiträume beschafft werden.

SektVO

Die dargestellten Regelungen zu Straßenfahrzeugen finden sich auch in § 59 SektVO. Jedoch sind die Anforderungen weniger streng als in der VgV. So gibt es keine Pflicht zur kumulierenden Berücksichtigung von Energieverbrauch und Umweltauswirkungen in der Leistungsbeschreibung und als Zuschlagskriterium. Bei der Zuschlagserteilung muss die Berücksichtigung nicht angemessen sein. Eine Ausnahmeregelung für Einsatzfahrzeuge ist nicht vorgesehen.

²⁵⁵ Vgl. den 21. und 28. Erwägungsgrund der Richtlinie.

²⁵⁶ Siehe: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/ALL/?uri=CELEX:32019L1161>.

4.2.2.3 Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten

Mit dem Gemeinsamen Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten²⁵⁷ verpflichtet sich die Bundesverwaltung seit dem 17. Januar 2011 nur Holzprodukte aus legaler und nachhaltiger Waldbewirtschaftung zu beschaffen. Die Regelung erfasst nur Holzprodukte mit Frischholzanteil. Darunter fallen Rohholz sowie Halb- und Fertigwaren der Forstwirtschaft und des produzierenden Gewerbes (Be- und Verarbeitung), bei denen Holz allein oder als wesentlichste Werkstoffgruppe in Kombination mit anderen Werkstoffen (z. B. Kunststoffen) verwendet wird; nicht darunter fallen Papier und Papierprodukte.²⁵⁸ Zur Nachweisführung muss die öffentliche Beschaffungsstelle von den anbietenden Unternehmen die Vorlage eines Forest Stewardship Council (FSC 100 %)- oder Programme for the Endorsement of Forest Certification Schemes (PEFC)-Zertifikats, eines vergleichbaren Zertifikats oder Einzelnachweise fordern. Dabei darf die öffentliche Beschaffungsstelle vergleichbare Zertifikate oder Einzelnachweise nur anerkennen, wenn vom bietenden Unternehmen nachgewiesen wird, dass die für das jeweilige Herkunftsland geltenden Kriterien des FSC oder PEFC erfüllt werden.

4.2.2.4 Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)

Der wegen § 45 KrWG bei der Leistungsbestimmung reduzierte Ermessensspielraum wirkt sich mittelbar auch auf die Leistungsbeschreibung aus. Das aufgrund der Neuregelung der Bevorzugungspflicht ausgewählte umweltfreundliche Beschaffungsgut muss im Sinne des Vergaberechts und entsprechend der Zielsetzungen des KrWG ausführlich beschrieben werden. Die öffentliche Beschaffungsstelle muss die Leistung „eindeutig und erschöpfend“ beschreiben.²⁵⁹ Hierbei kann er, wie bereits erörtert, insbesondere auf Umweltzeichen gemäß § 34 VgV verweisen.²⁶⁰

4.2.2.5 Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)

Ebenso wie bei § 45 KrWG beziehen sich die Verpflichtungen für die öffentliche Beschaffungsstelle insbesondere auf den vorbereitenden Prozess des Verfahrens der Bedarfsermittlung und Leistungsbestimmung. Jedoch wirkt diese Pflicht auch auf den Verfahrensschritt der Leistungsbeschreibung fort. Für öffentliche Beschaffungsstellen kann dies bedeuten, dass sich insbesondere der Verweis auf Gütezeichen gemäß § 34 VgV zur Konkretisierung des Leistungsgegenstandes eignet.

4.2.2.6 Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)

Die zentralen Anforderungen hinsichtlich der Beschaffung energieeffizienter Leistungen ergeben sich aus § 2 Abs. 2 AVV-EnEff, der Regelungen zur Leistungsbeschreibung trifft. In der Leistungsbeschreibung bestimmt die öffentliche Beschaffungsstelle die Leistung und kann auch Merkmale des Auftragsgegenstands berücksichtigen werden, die unter anderem Aspekte der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Aspekte betreffen.²⁶¹ Umweltbezogene Anforderungen an den Auftragsgegenstand können sich auch auf den Prozess oder die Methode zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstands einschließlich der Produktions- und Lieferkette beziehen.²⁶² § 2 Abs. 3

²⁵⁷ Der Gemeinsame Erlass der Bundesregierung vom 22.12.2010 kann auf der Internetseite des Bundesministeriums für Ernährung und Landwirtschaft (BMEL) heruntergeladen werden unter: <http://www.bmel.de/DE/Wald-Fischerei/Waldpolitik/texte/HolzbeschaffungErlass.html>.

²⁵⁸ Vgl. die Begleitende Erklärung zur Beschaffung von Holzprodukten vom 2. Dezember 2010.

²⁵⁹ Vgl. § 121 Abs. 1 GWB, § 7 EU Abs. 1 Nr. 1 VOB/A.

²⁶⁰ Vgl. hierzu ausführlich 4.2.1.3.

²⁶¹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff), http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_18052020_IB3.htm.

²⁶² Ebenda.

AVV-EnEff sieht vor, dass die öffentliche Beschaffungsstelle als Nachweise zur Einhaltung der Vorgaben die Vorlage von Gütezeichen verlangen hat. Ein pauschaler Verweis auf ein Gütezeichen ist möglich und erleichtert so den Beschaffungsprozess.

Die Bestimmung der Leistung im Rahmen der Leistungsbeschreibung steht im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle. Aus der Erläuterung zu der Verwaltungsvorschrift ergibt sich aber, dass das Ermessen mit Blick auf die Zweckerreichung reduziert ist: *„Darüber hinaus sollte die Leistung durch den Auftraggeber so beschrieben werden, dass Anbieter möglichst viel Spielraum haben, um energieeffiziente Leistungen anbieten zu können.“*²⁶³

4.2.3 Merkmal „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“

Nach § 97 Abs. 3 GWB und § 31 Abs. 3 VgV kann der öffentliche Auftraggeber auch Kriterien der Qualität und der Innovation sowie soziale und umweltbezogene Kriterien in der Leistungsbeschreibung berücksichtigen, wenn sie mit dem Auftragsgegenstand in Zusammenhang stehen. Dabei sind auch Prozesse oder Methoden zur Herstellung oder Erbringung der Leistung oder für ein anderes Stadium im Lebenszyklus des Auftragsgegenstandes einschließlich der Produktions- und Lieferkette erfasst. Dies gilt auch, wenn derartige Faktoren keine materiellen Bestandteile der Leistung sind, sofern diese Merkmale „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand“ stehen und zu dessen Wert und Beschaffungszielen verhältnismäßig sind.

Allerdings existieren nur wenige konkrete Anhaltspunkte um das Merkmal „in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen“ zu bestimmen:

Dazu zählen auf jeden Fall die Einhaltung der Grundfreiheiten, des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie das Diskriminierungsverbot, die in § 97 Abs. 1 S. 2 GWB und § 127 Abs. 4 GWB geregelt sind.

Generell wird von einem weiten Verständnis des Merkmals ausgegangen, das einen begründeten Sachzusammenhang zum konkreten Auftragsgegenstand für erforderlich und ausreichend hält.²⁶⁴ So haben die öffentlichen Auftraggeber nach ständiger Rechtsprechung einen weiten Ermessensspielraum bei der Bestimmung von Kriterien für die Zuschlagserteilung, sofern diese Kriterien der Ermittlung des wirtschaftlich günstigsten Angebots dienen und dem öffentlichen Auftraggeber bei der Vergabe des Auftrags an einen Bieter keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumen. Die historische Auslegung bestätigt das weite Verständnis des Begriffs. In Art. 23 Abs. 6 der Vorgängerrichtlinie 2004/18/EG war ein Zusammenhang zwischen Zuschlagskriterium und Auftragsgegenstand erforderlich. Die Aufnahme des Kriteriums „Umwelteigenschaften“ als Zuschlagskriterium in § 53 Abs. 1 der Richtlinie 2004/18/EG, war ein Kompromiss zwischen einer Formulierung, die einen direkten Zusammenhang der Umwelteigenschaft mit dem Auftragsgegenstand voraussetzte und einer, die jegliche Umweltauswirkung des Auftragsgegenstandes genügen lassen sollte.²⁶⁵ Nach der Ablösung der Richtlinie durch die Richtlinie 2014/24/EU, welche durch das GWB in nationales Recht umgesetzt wurde, müssen Auftragsgegenstand und Zuschlagskriterium miteinander „in Verbindung“ stehen. Die Neufassung lockert dem Wortsinn nach die Anforderungen an den Sachzusammenhang. Ein „Zusammenhang“ verlangt eine höhere Kohärenz als eine „Verbindung“.

Gemäß dem Diskriminierungsverbot müssen die Umweltkriterien so gestaltet sein, dass die öffentlichen Auftraggeber die Angaben des bietenden Unternehmens im Angebot effektiv auf ihre Richtigkeit nachprüfen können. Ferner müssen die Kosten für die Erfüllung eines Umweltkriteri-

²⁶³ Ebenda.

²⁶⁴ Gesetzesbegründung zum VergRModG 2016, BT-Drucks. 18/6281, S. 112.

²⁶⁵ Dageförde (2012), Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren, Rn. 200.

ums kalkulierbar sein, um bei jedem Angebot das Preis-Leistungs-Verhältnis berechnen zu können. Eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand besteht, z. B. wenn das Kriterium den Prozess der Herstellung oder Bereitstellung einer Ware oder Leistung charakterisiert.²⁶⁶ Ausreichend ist, wenn die Eigenschaft zum Beschaffungsgegenstand in einem beliebigen Stadium seines Lebenszyklus in Konnexität steht.²⁶⁷ Die Qualität der eigentlichen Ware oder Leistung muss dadurch nicht beeinflusst werden, z. B. im Fall einer ressourcenschonenden Produktion oder dem Verzicht auf giftige Chemikalien bei der Herstellung.

Die Verbindung ist in zeitlicher Hinsicht auf die Auftragsdauer zu beschränken. Werden Anforderungen so gestellt, dass das bietende Unternehmen dadurch langfristig und über den Auftragszeitraum hinaus gebunden wird, müssen die Anforderungen zum Auftrag verhältnismäßig sein. Erforderlich sind ein entsprechend langer Auftragszeitraum und eine nicht nur geringfügige Auswirkung des Umweltkriteriums auf den Gesamtcharakter des Angebots.²⁶⁸ Unzulänglich ist es, als Zuschlagskriterium ein dauerhaftes umweltpolitisches oder soziales Engagement des Bieters zu verlangen, das zeitlich oder im Umfang über den Auftragsgegenstand hinausgeht.²⁶⁹ Damit würde das Unternehmen über den Auftrag hinaus zur Einhaltung dieser Aspekte verpflichtet werden. Ein konkreter Auftragsbezug besteht dann nicht mehr, wenn die gesamte Tätigkeit des Unternehmens berücksichtigt werden soll. Dann ist nämlich nicht mehr der Charakter des konkreten Herstellungsprozesses maßgeblich, so dass ein ausreichender Sachzusammenhang nicht anzunehmen ist.²⁷⁰

Eine Aufstellung, welche Bedingungen erfüllt sein müssen, damit eine hinreichend konkrete Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht, ist aufgrund der Vielzahl der Anknüpfungspunkte nur schwer möglich.

Bejaht wurde er für den Umweltaspekt „Transportentfernung“, da davon die Immissionen der Transportfahrzeuge maßgeblich beeinflusst werden.²⁷¹ Grundsätzlich kann davon jedes Lebenszyklusstadien von Herstellung, Bereitstellung bis Entsorgung betroffen sein. Damit können aber auch räumliche Beziehungen indirekt zu Zuschlagskriterien gemacht werden, wenn dieser Faktor beträchtlich ins Gewicht fällt. Anzunehmen dürfte dies bei fahrtintensiven und langfristigen Transport- und Lieferaufträgen sein. Handelt es sich nur um einen einmalige oder kurzweilige Lieferbeziehung, wird die Transportentfernung eher nicht zu berücksichtigen sein. Bei einer einmaligen Herstellung können nur unverhältnismäßige Beschaffungswege negativ berücksichtigt werden.

Nicht in Verbindung mit dem Auftragsgegenstand stehen allgemeine Anforderungen an die Unternehmens- oder Geschäftspolitik ohne konkreten Bezug zum Auftrag (z. B. generelle Anforderungen an die Umweltpolitik des Unternehmens, allgemeine Ausbildungsquoten oder die generelle Beschäftigung von Langzeitarbeitslosen). Eine indirekte Beeinflussung der Unternehmenspolitik des bietenden Unternehmens durch die Vergabe ist aber unschädlich. Gestaltet ein bietendes Unternehmen seine betriebsinternen Abläufe, z. B. seinen Maschinenpark insgesamt um-

²⁶⁶ Vgl. den 97. Erwägungsgrund Richtlinie 2014/24/EU; Voppel, in: Voppel/ Osenbrück/Bubert (2018), VgV, § 58 Rn. 11.

²⁶⁷ Hövelberndt, in: Reidt / Stickler / Glaes (2017), Vergaberecht, § 127 GWB Rn. 83.

²⁶⁸ V. Bechtolsheim, in: Gabriel / Mertens / Prieß / Stein (2017): BeckOK Vergaberecht, GWB, § 127, Rn. 31., Voppel, in: Voppel/ Osenbrück/Bubert (2018), VgV, § 58 Rn. 14 zur Voraussetzung der Einstellung Langzeitarbeitsloser als sozialpolitisches Kriterium bei einem personalintensiven und langfristigen Auftrag des Unternehmens.

²⁶⁹ Opitz, in: Burgi / Dreher (2016): Beck'scher Vergaberechtskommentar, § 127 GWB Rn. 102. EuGH, Urteil vom 10.05.2012 – C-368/10 „MAX HAVELAAR“.

²⁷⁰ Mutschler-Siebert/ Kern in: Gabriel / Krohn / Neun (2017): Handbuch Vergaberecht, § 32 Rn. 40.

²⁷¹ OLG Rostock, Beschluss vom 30.05.2005 – 17 Verg 4/05.

weltfreundlicher, weil es langfristig nur Aufträge öffentlicher Stellen mit energieeffizienten Maschinen ausführen will, stellt dies eine unternehmerische Entscheidung dar, die im Rahmen der öffentlichen Auftragsvergabe nicht schädlich ist.

4.2.4 Nebenangebote

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

Nebenangebote bieten eine gute Möglichkeit für öffentliche Auftraggeber, umweltfreundliche Alternativen bei den Unternehmen abzufragen.²⁷² Bietende Unternehmen können z. B. neueste umwelttechnische Varianten anbieten, über die die öffentliche 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 regelt § 35 VgV (bzw. § 8 EU Abs. 2 Nr. 3 VOB/A). Danach ist die Abgabe von Nebenangeboten nur zulässig, wenn

- ▶ sie von dem öffentlichen Auftraggeber ausdrücklich zugelassen wurden,
- ▶ dies in der Bekanntmachung oder in den Vergabeunterlagen angegeben ist und
- ▶ der öffentliche 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 von den öffentlichen Auftraggebern nicht gewertet werden.

In der Praxis führt insbesondere die Pflicht zur Nennung von Mindestanforderungen²⁷³ zu Problemen, weil die öffentliche Beschaffungsstelle Anforderungen an Nebenangebote formulieren muss, obwohl sie die Nebenangebote naturgemäß noch nicht kennt. Gerade im Bereich innovativer (Umwelt-)Techniken wird diese Vorgabe als ein Hindernis für Nebenangebote angesehen.

4.3 Auswahl geeigneter Unternehmen

Die Anforderungen an die bietenden Unternehmen sind detailliert in den §§ 122 ff. GWB geregelt. Mit der Prüfung der Eignung soll sichergestellt werden, dass nur solche Unternehmen den Zuschlag erhalten, die Recht und Gesetz in der Vergangenheit eingehalten haben und bei denen gesetzestreu Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist. Dies ist zu unterscheiden vom Ausschluss des bietenden Unternehmens aus formalen Mängeln, die in der Vergabeverordnung geregelt sind.

4.3.1 Vergaberechtliche Vorgaben

Öffentliche Auftraggeber müssen die Eignung des Unternehmens zwingend überprüfen, bevor das Angebot überhaupt in die wirtschaftliche Wertung der Angebote einbezogen wird. Entsprechend schreibt § 42 Abs. 1 VgV vor: „Der öffentliche Auftraggeber überprüft die Eignung der Be-

²⁷² Vgl. auch Europäische Kommission (2016b): Umweltorientierte Beschaffung! S. 37.

²⁷³ Vgl. dazu auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 29.03.2006, Az. Verg 77/05, herunterzuladen unter: <http://open-jur.de/u/119046.html>.

werber oder Bieter anhand der nach § 122 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen festgelegten Eignungskriterien und das Nichtvorliegen von Ausschlussgründen nach den §§ 123 und 124 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen [...] und schließt gegebenenfalls Bewerber oder Bieter vom Vergabeverfahren aus.“ Lediglich im offenen Verfahren kann der öffentliche Auftraggeber entscheiden, ob sie die inhaltliche Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durchführt (vgl. § 42 Abs. 3 VgV).

Die Begriffe „Fachkunde“ und „Leistungsfähigkeit“ sind zentrale Bestandteile der Eignungsprüfung und werden vollständig und abschließend durch die drei Kategorien in § 122 Abs. 2 GWB ausgefüllt²⁷⁴:

- ▶ Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung,
- ▶ wirtschaftliche und finanzielle Leistungsfähigkeit und
- ▶ technische und berufliche Leistungsfähigkeit.

Die AVV-EnEff legt in § 2 Abs. 5 für Bundesbehörden fest, wie Umweltaspekte bei der Festlegung der Eignungskriterien zu berücksichtigen sind. Die öffentliche Beschaffungsstelle muss von den Bietern und Bewerbern zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit danach grundsätzlich verlangen, dass der Auftragnehmer bestimmte Normen für das Umwelt- und Energiemanagement erfüllt, sofern diese für die Ausführung des Auftrags relevant sind.²⁷⁵ Relevant sind sie insbesondere dann, wenn während der Auftragsausführung Umweltmanagementmaßnahmen angewandt werden sollen, zum Beispiel bei Transportdienstleistungen, Reinigungsdienstleistungen oder in der Abfallwirtschaft. Geeignete Nachweise sind etwa ein Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung (EMAS)²⁷⁶ oder, soweit Energiemanagementmaßnahmen verlangt werden, die Zertifizierung nach ISO Norm 50001 zu Energiemanagementsystemen.²⁷⁷

4.3.2 Zwingende Ausschlussgründe (§ 123 GWB)

Der öffentliche Auftraggeber muss Unternehmen zwingend vom Vergabeverfahren nach § 123 GWB²⁷⁸ ausschließen, wenn eine Person, die als *„für die Leitung des Unternehmens Verantwortlicher gehandelt hat“*,²⁷⁹ wegen den in § 123 Abs. 1 GWB aufgezählten Straftaten rechtskräftig verurteilt wurde, oder gegen das Unternehmen eine Geldbuße nach § 30 des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten wegen diesen Straftaten rechtskräftig festgesetzt wurde. Ferner ist ein Unternehmen auszuschließen, wenn durch eine rechtskräftige Gerichts- oder bestandskräftige Verwaltungsentscheidung festgestellt wurde, dass das Unternehmen seinen Verpflichtungen zur Zahlung von Steuern, Abgaben oder Beiträgen zur Sozialversicherung nicht nachgekommen ist (§ 123 Abs. 4 Nr. 1 GWB). Das Unternehmen ist auch auszuschließen, wenn die vorgenannten

²⁷⁴ Vgl. die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 123.

²⁷⁵ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff), http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_18052020_IB3.htm.

²⁷⁶ Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (ABl. L 342 vom 22.12.2009, S. 1).

²⁷⁷ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff), http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_18052020_IB3.htm; gleichwertige Nachweise für kleine und mittlere Unternehmen können auch Energieaudits sein, die den Anforderungen nach dem Standard DIN EN 16247-1 genügen.

²⁷⁸ Eine entsprechende Regelung enthält § 6e VOB/A-EU.

²⁷⁹ Das deutsche Strafrecht kennt keine Unternehmensstrafbarkeit, deshalb kann das Unternehmen nur „bestraft“ werden, wenn das Verhalten einer natürlichen Person diesem zugerechnet werden kann. Wann eine Zurechnung erfolgt, ist in § 124 Abs. 3 GWB geregelt.

Ausschlussgründe bis zum Abschluss des Vergabeverfahrens eintreten; also nach der Eignungsprüfung, aber noch vor Erteilung des Zuschlags.²⁸⁰ Bei Kenntniserlangung nach Zuschlagserteilung hat der öffentliche Auftraggeber ein Kündigungsrecht nach § 133 Nr. 2 GWB.

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Umsetzung davon abgesehen, fakultative Ausschlussgründe der Richtlinie 2014/24/EU als zwingende Ausschlussgründe in § 123 GWB auszugestalten.

4.3.3 Fakultative Ausschlussgründe (§ 124 GWB)

Die fakultativen Ausschlussgründe des § 124 GWB²⁸¹ stellen es sowohl in das Ermessen des öffentlichen Auftraggebers, ob er das Vorliegen eines Ausschlussgrundes bejaht, als auch, ob er das bietende Unternehmen im Laufe des Vergabeverfahrens ausschließt, wenn der Ausschlussgrund nachweislich vorliegt.²⁸² Der öffentliche Auftraggeber darf bei Vorliegen der Gründe ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens ausschließen. Der öffentliche Auftraggeber muss dabei aber den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten. So können kleinere Unregelmäßigkeiten nur in Ausnahmefällen zum Ausschluss eines Unternehmens führen; während wiederholte Fälle kleinerer Unregelmäßigkeiten einen Ausschluss rechtfertigen können.

Mit dem § 124 GWB ist insbesondere der Ausschluss aufgrund eines nachweislichen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB) gesetzlich geregelt. Weitere Ausschlussgründe betreffen Interessenkonflikte i.S.v. § 6 VgV (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 5 GWB) und vorbefasste Unternehmen i.S.v. § 7 VgV, d. h. Unternehmen, die den öffentlichen Auftraggeber beraten haben oder auf andere Art und Weise an der Vorbereitung des Vergabeverfahrens beteiligt waren (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 6 GWB).²⁸³ Ferner kann ein Unternehmen ausgeschlossen werden, wenn es eine wesentliche Anforderung bei der Ausführung eines früheren öffentlichen Auftrags oder Konzessionsvertrags erheblich oder fortdauernd mangelhaft erfüllt hat und dies zu einer vorzeitigen Beendigung, zu Schadensersatz oder zu einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt hat (vgl. § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB).

Ist ein zwingender Ausschluss eines Unternehmens nach § 123 GWB nicht möglich, weil z. B. noch keine rechtskräftige Verurteilung vorliegt oder eine Straftat begangen wurde, die nicht in § 123 aufgeführt ist und die Integrität des Unternehmens infrage stellt, kann ein fakultativer Ausschluss nach § 124 Abs. 1 Nr. 3 GWB wegen eines schwerwiegenden beruflichen Fehlverhaltens eines Unternehmens in Betracht kommen. Dies wird durch den Erwägungsgrund 101 der Richtlinie 2014/24/EU klargestellt.²⁸⁴

²⁸⁰ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 126.

²⁸¹ Eine entsprechende Regelung enthält § 6d Abs. 6 VOB/A-EU.

²⁸² Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 128.

²⁸³ Bergmann, Tina/Vetter, Andrea (2016), S. 221 (231).

²⁸⁴ Siehe die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts, S. 130.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (z. B. EMAS) zum Nachweis der Eignung

Nach § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB kann der öffentliche Auftraggeber einen nachgewiesenen Verstoß gegen geltende umwelt-, sozial- und arbeitsrechtliche Verpflichtungen durch das bietende Unternehmen zum Anlass nehmen, ein Unternehmen zu jedem Zeitpunkt des Vergabeverfahrens von der Teilnahme an einem Vergabeverfahren auszuschließen.

Da Umweltmanagementsysteme auch Anforderungen hinsichtlich der Einhaltung umweltrechtlicher Rechtsvorschriften stellen, ist es denkbar, das Vorhandensein eines UMS als Nachweis für das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB zu fordern. Allerdings sind die Anforderungen der UMS an die Unternehmen bzgl. der Einhaltung von Rechtsvorschriften unterschiedlich. Deshalb kann nicht bei allen UMS das Vorhandensein eines UMS als Nachweis für den Ausschluss des fakultativen Ausschlussgrundes in Betracht gezogen werden. Während für die EMAS-Registrierung ein Nachweis der Einhaltung umweltrechtlicher Vorschriften vorliegen muss (vgl. Art. 13 Abs. 2 Buchstabe. c EMAS-III-Verordnung), verlangt eine Zertifizierung nach ISO 14001 nur ein Nachweis über das Vorliegen eines Verfahrens, dass die Einhaltung von Rechtsvorschriften überprüft. Mit einer Zertifizierung nach ISO 14001 ist die Einhaltung der Rechtsvorschriften nicht nachgewiesen.

Ist absehbar, dass der öffentliche Auftraggeber diesen fakultativen Ausschlussgrund überprüfen will, sollte bereits in die Vergabeunterlagen ein Hinweis aufgenommen werden, dass der Nachweis für das Nichtvorliegen des Ausschlussgrundes auch durch eine EMAS-Registrierung erfolgen kann.

4.3.4 Technische und berufliche Leistungsfähigkeit

Relevant werden umweltbezogene Aspekte im Rahmen der Eignungsprüfung auch bei der Frage der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens (§ 46 Abs. 1 VgV).

Werden Anforderungen an die technische- und berufliche Leistungsfähigkeit bei der Beschaffung von Bau-, Dienst- und Lieferleistungen oberhalb des EU-Schwellenwertes gestellt, setzt dies **materiell** voraus, dass eine Verbindung zum Auftragsgegenstand bestehen muss und die Anforderung im Hinblick auf Umfang und Art des Auftrags angemessen ist (Grundsatz der Verhältnismäßigkeit). Angemessen sind Anforderungen dann, wenn mit der Durchführung des Auftrags besondere Gefährdungen mit der Umwelt verbunden sind.²⁸⁵

Eine Verbindung wird insbesondere dann angenommen, wenn der Auftragsgegenstand die Einhaltung bestimmter Umweltstandards voraussetzt oder ein bestimmtes Umweltverhalten verlangt, so z. B. wenn:

- ▶ der Auftrag umweltrelevante Tätigkeiten umfasst, die mehr als die Bedeutung einer Hilfstätigkeit haben und das Gesamtbild der Leistung prägen oder
- ▶ die Herstellung des Produkts bzw. die Erbringung der Dienstleistung mit erhöhten Umweltauswirkungen oder einem erhöhten Gefährdungsniveau für die Umwelt einhergehen.

In **formeller Hinsicht** enthält § 46 Abs. 3 VgV (§ 6a EU Nr. 3 VOB/A) einen abschließenden Katalog von Belegen, die der öffentlichen Auftraggeber zur technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit des Bieterunternehmens fordern darf. Im Hinblick auf einen Umweltbezug sind besonders zu nennen: Referenzen (Nr. 1), entsprechend ausgebildetes Personal (Nr. 2), technische

²⁸⁵ Huber/Wollenschläger, WiVerw 2005, S. 212 (222).

Ressourcen (Nr. 3), spezielle Überwachungssysteme für Lieferketten (Nr. 4) oder die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen (Nr. 7).

Für die umweltfreundliche Beschaffung relevant ist die Möglichkeit des öffentlichen Auftraggebers, von den bietenden Unternehmen Referenzen über die in den letzten drei Jahren erbrachten Leistungen abzufordern (§ 46 Abs. 3 Nr. 1 VgV); im Fall von Bauvergaben gilt ein Fünf-Jahres-Zeitraum (§ 6a EU Nr. 3 Buchstabe a VOB/A). Der öffentliche Auftraggeber kann auch darauf hinweisen, dass sie Referenzen zu Liefer- und Dienstleistungen berücksichtigt, die länger als drei Jahre zurückliegen, wenn dies für die Gewährleistung eines ausreichenden Wettbewerbs erforderlich ist. Entsprechende Verlängerungsmöglichkeit gilt für Referenzen zu Bauaufträgen.

Der öffentliche Auftraggeber ist zudem berechtigt, von den bietenden Unternehmen 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 (§ 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV bzw. für Bauaufträge § 6a EU Nr. 3 Buchstabe c VOB/A). 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 dem MAX HAVELAAR-Urteil des Europäischen Gerichtshofs 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 Unternehmen als Eignungskriterien zu berücksichtigen.²⁸⁶ Im konkreten Fall hatte die niederländische Provinz Nord-Holland von den bietenden Unternehmen 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.²⁸⁷ Die Niederlande beriefen sich zur Rechtfertigung dieser Anforderung auf Artikel 48 Abs. 2 Buchstabe c) der Richtlinie 2004/18/EG, welcher heute § 46 Abs. 3 Nr. 3 VgV entspricht (damals § 7 EG Abs. 3 Buchstabe b) VOL/A). 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“*.²⁸⁸

Zudem können öffentliche Auftraggeber bei umweltrelevanten Bau- und Dienstleistungsaufträgen zum Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit die *„Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet“* verlangen (gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV). Der Wortlaut *„während der Auftragsausführung anwendet“* ist hier verwirrend. Klarer wird es, wenn man sich den Gesetzeszweck von § 46 VgV vor Augen hält. Es geht um den **Nachweis der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit eines**

²⁸⁶ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 107 ff.

²⁸⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 98.

²⁸⁸ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 110.

bietenden Unternehmens, also um **unternehmensbezogene** Maßnahmen.²⁸⁹ Der öffentliche Auftraggeber kann nach § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV also die Angabe von Umweltmanagementmaßnahmen verlangen, die das Unternehmen allgemein anwendet – unabhängig vom konkreten Auftrag. Dazu kann die Angabe von einzelnen Maßnahmen zählen wie z. B. Maßnahmen zur Abfallvermeidung oder Energieeffizienz. Es kann aber auch ein komplettes Umweltmanagementsystem, wie EMAS gefordert werden (§ 49 Abs. 2 VgV).

Diese Regelung ist **auch für Lieferleistungen** anwendbar. So differenziert das Gesetz (§ 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV) nicht zwischen Dienst- und Lieferleistungen und spricht nur von „*Angabe der Umweltmanagementmaßnahmen, die das Unternehmen während der Auftragsausführung anwendet*“. Eine Unterscheidung zwischen Dienst- und Lieferleistungen dürfte auch nur insofern bestehen, als dass je nach Auftragsgegenstand der Begründungsaufwand größer oder kleiner ausfällt. Denn auch bei Lieferleistungen und wenn der Auftragsgegenstand schon hergestellt ist, ist ein Sachbezug zwischen den Anforderungen Umweltmanagementmaßnahmen oder ein UMS anzuwenden und dem Auftragsgegenstand denkbar.

Wird das Vorhandensein eines UMS oder bestimmte Umweltmanagementmaßnahmen verlangt, ist die Verbindung zum Auftragsgegenstand jedenfalls dann gegeben, wenn die Umweltmanagementmaßnahmen während der Auftragsausführung angewendet werden sollen. Dies ist allgemein bei sehr umweltrelevanten Tätigkeiten, bei denen sich die Umweltrelevanz schon aus der Natur der Sache oder aus der Leistungsbeschreibung ergibt, von besonderer Bedeutung und sollte so auch in den Eignungskriterien und/oder dem Vergabevermerk deutlich gemacht werden. So sieht die Beschaffungsanordnung Baden-Württembergs z. B. EMAS bei „Aufträge[n], die] unter Umweltgesichtspunkten besonders sensibel sind (z. B. besondere Transportleistungen, Reinigung von Containern mit Abfall unbekannter Herkunft, Entsorgung nicht aufzubereitender Reinigungsflüssigkeiten)“ als einen möglichen Nachweis der besonderen Eignung vor.²⁹⁰ Dem öffentlichen Auftraggeber kommt hier ebenfalls ein Beurteilungsspielraum zu, so dass eine Dokumentation der Erwägungen erfolgen muss.

Als Nachweis kann eine Registrierung nach dem europäischen Umweltmanagementsystem EMAS²⁹¹ oder eine Zertifizierung nach anderen europäischen oder internationalen Normen (z. B. der internationalen privatwirtschaftlichen Norm DIN EN ISO 14001)²⁹² verlangt werden (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 und 2 VgV bzw. § 6c EU Abs. 2 VOB/A.).²⁹³ Einzelheiten sind in § 49 Abs. 2 S. 1 VgV geregelt:

„Verlangt der öffentliche Auftraggeber als Beleg dafür, dass Bewerber oder Bieter bestimmte Systeme oder Normen des Umweltmanagements erfüllen, die Vorlage von Bescheinigungen unabhängiger Stellen, so bezieht sich der öffentliche Auftraggeber

1. entweder auf das Gemeinschaftssystem für das Umweltmanagement und die Umweltbetriebsprüfung EMAS der Europäischen Union oder,

²⁸⁹ Stolz in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 46 VgV Rn. 31.

²⁹⁰ Ziff. 8.6.3. der Verwaltungsvorschrift der Landesregierung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (VwV Beschaffung) vom 17.3.2015, GABl. 2015, S. 139. Hier erfolgt auch der Hinweis, dass im Rahmen der freihändigen Vergabe gezielt EMAS-registrierte Unternehmen angesprochen werden können.

²⁹¹ 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. der EG Nr. L 342 vom 22.12.2009, S. 1 zuletzt geändert durch Verordnung (EU) 2017/1505 der Kommission vom 28. August 2017 zur Änderung der Anhänge I, II und III der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung (EMAS), Abl. der EU Nr. L 222 vom 29.8.2017, S. 1.

²⁹² Siehe: www.14001news.de/.

²⁹³ Entsprechendes gilt für Baudienstleistungen gemäß § 6c EU Abs. 2 VOB Teil A.

2. auf andere nach Artikel 45 der Verordnung (EG) Nr. 1221/2009 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2009 über die freiwillige Teilnahme von Organisationen an einem Gemeinschaftssystem für Umweltmanagement und Umweltbetriebsprüfung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 761/2001, sowie der Beschlüsse der Kommission 2001/681/EG und 2006/193/EG (ABl. L 342 vom 22.12.2009, S. 1) anerkannte Umweltmanagementsysteme oder

3. auf andere Normen für das Umweltmanagement, die auf den einschlägigen europäischen oder internationalen Normen beruhen und von akkreditierten Stellen zertifiziert sind.“²⁹⁴

Diese Regelung soll vor allem sicherstellen, dass ausländische – unter Umständen auch außereuropäische – Unternehmen nicht diskriminiert werden, indem der Nachweis eines Umweltmanagementsystems verlangt wird, an dem sich solche Unternehmen gar nicht beteiligen können. Dies ist auch Gegenstand des § 49 Abs. 2 S. 2 VgV: „Der öffentliche Auftraggeber erkennt auch gleichwertige Bescheinigungen von Stellen in anderen Staaten an.“

Fordern öffentliche Auftraggeber Umweltmanagementmaßnahmen als Eignungskriterium bei umweltrelevanten Bau-, Dienst- und Lieferleistungsaufträgen, so können sie verlangen, dass Bieterunternehmen dies über die gültige EMAS-Registrierung oder eine andere im Sinne der VgV gleichwertige Zertifizierung nachweisen (§ 49 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 VgV). Sie können auch eine EMAS-Umwelterklärung oder andere Nachweise gemäß § 46 Abs. 3 Nr. 7 VgV zulassen, mit der die Umsetzung der geforderten Umweltmanagementmaßnahme nachgewiesen ist.²⁹⁵

Gleichwertiger Nachweis durch Qualitätsmanagementnormen?

Ein Umweltmanagement in einem Unternehmen kann Bestandteil des Qualitätsmanagements sein, dies ist jedoch nicht zwingend notwendig. Rückschlüsse auf ein Umweltmanagement lassen sich deshalb aus einer Zertifizierung nach einer Qualitätsmanagementnorm nicht ohne weiteres ziehen. So ist ein Umweltmanagement der Teilbereich des Managements einer Organisation, der sich mit den betrieblichen und behördlichen Umweltschutzbelangen der Organisation beschäftigt. Es dient zur Sicherung einer nachhaltigen Umweltverträglichkeit der betrieblichen Produkte und Prozesse einerseits sowie der Verhaltensweisen der Mitarbeiter andererseits. Die Zertifizierung nach der DIN EN ISO 9001:2000 bezieht sich hingegen auf ein Qualitätsmanagement und beschreibt modellhaft das gesamte Qualitätsmanagementsystem einer Organisation.

4.3.5 Unterauftragnehmer

Beabsichtigt ein bietendes Unternehmen, einen Teil des Auftrags von einem Dritten durch Unterauftragsvergabe ausführen zu lassen, ist zwischen einem Dritten als einfachem Unterauftragnehmer und einem Dritten als qualifiziertem Unterauftragnehmer (mit Eignungsnachweis) zu unterscheiden. Ein **einfacher Unterauftragnehmer** übernimmt selbständig Teile der ausgeschriebenen Leistung des Hauptauftragnehmers, steht aber nur in einem Auftragsverhältnis zum

²⁹⁴ Unter Nr. 3 könnten auch Energiemanagementsysteme fallen.

²⁹⁵ Der Auftraggeber hat ein berechtigtes Interesse, die aufwändige Prüfung der Einhaltung der DIN-Normen aus dem Vergabeverfahren „auszulagern“ und stattdessen die Vorlage von bereits im Vorfeld erlangten Prüfungsergebnissen in Form von Zertifikaten zu verlangen, welche durch speziell hierauf ausgerichtete Fachunternehmen, die akkreditierten Zertifizierungsunternehmen, nach entsprechender fachkundiger Prüfung ausgestellt werden. Die Möglichkeit, gleichwertige Nachweise einzureichen, bezieht sich damit nur auf die Norm, auf deren Grundlage das Unternehmen geprüft wurde, nicht auf den Umstand der Zertifizierung selbst. Dieses Ergebnis wird gestützt durch die Regelungen in § 49 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 VgV. Auch dort werden als gleichwertig nur „Bescheinigungen von akkreditierten Stellen aus anderen Staaten“ (so in Abs. 1) bzw. „Bescheinigungen von Stellen in anderen Staaten“ anerkannt. Gleichwertig ist damit nur ein Zertifikat nach einer anderen als der geforderten Norm, wenn diese vergleichbare Standards setzt. Das Fehlen eines Zertifikates ist hingegen nicht gleichwertig mit dem Vorhandensein eines Zertifikates. Es ist auch nicht möglich, einen laufenden Zertifizierungsvorgang als gleichwertig mit dem Vorhandensein eines Zertifikates nach abgeschlossenem Prüfungsvorgang zu betrachten. Solange die Prüfung noch andauert steht deren Ergebnis gerade nicht fest. Siehe 2. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.05.2020, VK 2 - 29 / 20, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2020/VK2-29-20.html>.

Hauptauftragnehmer und nicht zum öffentlichen Auftraggeber.²⁹⁶ Der öffentliche Auftraggeber kann von dem bietenden Unternehmen verlangen, dass es die Unterauftragnehmer benennt. Für den einfachen Unterauftragnehmer nennt das VgV keine allgemeinen Anforderungen über § 36 VgV hinaus.²⁹⁷ Nach § 36 Abs. 1 S. 2 VgV kann der öffentliche Auftraggeber vor Zuschlagserteilung von den in Betracht kommenden bietenden Unternehmen den Nachweis verlangen, dass die erforderlichen Mittel des Unterauftragnehmers zur Verfügung stehen (Verfügbarkeitsnachweis). Dieser Nachweis bezieht sich auf die Verfügbarkeit der erforderlichen Mittel und nicht auf die Leistungsfähigkeit des Unterauftragnehmers.²⁹⁸ Um einen **qualifizierten Unterauftragnehmer** handelt es sich, wenn sich der Hauptauftragnehmer dessen nicht nur zur Leistungserbringung bedient, sondern sich zusätzlich auch auf die Kapazität des Dritten beruft, z. B. dessen technischer und beruflicher Leistungsfähigkeit gemäß §§ 45 und 46. In diesem Fall gelten strengere Anforderungen, so muss er den Dritten mit dem in der Ausschreibung geforderten Eignungsnachweis benennen (gemäß § 36 Abs. 1, S. 3 i.V.m. § 47 VgV).

Die vorgenannten Ausführungen gelten auch für weitere Unterauftragnehmer des bietenden Unternehmens.

4.4 Angebotswertung/Zuschlagskriterien

4.4.1 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. § 127 Abs. 1 S. 1 GWB regelt: „Der Zuschlag wird auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“ Entsprechende Bestimmungen finden sich in § 58 Abs. 1 VgV, der besagt: „Der Zuschlag wird nach Maßgabe des § 127 des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen auf das wirtschaftlichste Angebot erteilt.“ § 58 Abs. 2 VgV macht deutlich, dass nicht der Preis allein entscheidend sein soll: „Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses. Neben dem Preis oder den Kosten können auch qualitative, umweltbezogene oder soziale Zuschlagskriterien berücksichtigt werden, insbesondere: [...]“. Eine inhaltsgleiche Regelung findet sich in § 16d EU Abs. 2 Nr. 1 VOB/A.

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 Unternehmen 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 (vgl. § 58 Abs. 2 VgV). Der Preis ist dabei ein wesentliches, aber nicht das allein ausschlaggebende Kriterium.

Vielmehr können unterschiedlichste Kriterien herangezogen werden, wie die Aufzählung in § 58 Abs. 2 VgV deutlich macht:

„1. die Qualität, einschließlich des technischen Werts, Ästhetik, Zweckmäßigkeit, Zugänglichkeit der Leistung insbesondere für Menschen mit Behinderungen, ihrer Übereinstimmung mit Anforderungen des „Designs für Alle“, soziale, umweltbezogene und innovative Eigenschaften sowie Vertriebs- und Handelsbedingungen,

²⁹⁶ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 36 VgV Rn. 4 ff.

²⁹⁷ Püstow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 36 VgV Rn. 4.

²⁹⁸ Plauth, in: Müller-Wrede: VgV, UVgO Kommentar, § 36 Rn. 37 ff.

2. die Organisation, Qualifikation und Erfahrung des mit der Ausführung des Auftrags betrauten Personals, wenn die Qualität des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann, oder

3. die Verfügbarkeit von Kundendienst und technischer Hilfe sowie Lieferbedingungen wie Liefertermin, Lieferverfahren sowie Liefer- oder Ausführungsfristen.“

Als Zuschlagskriterien sind demnach Umwelteigenschaften der Leistung oder Ware ausdrücklich zugelassen.

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

- Nach § 67 Abs. 2 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 öffentliche Auftraggeber zwar grundsätzlich einen Gestaltungsspielraum in Bezug auf die Auswahl der Zuschlagskriterien. Der öffentliche Auftraggeber 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.²⁹⁹ Nicht zulässig ist in jedem Fall, dass die Energieeffizienz im Rahmen der Angebotswertung gegenüber den übrigen Zuschlagskriterien marginalisiert wird.³⁰⁰
- Bei der Beschaffung von Straßenfahrzeugen sind der Energieverbrauch und die Umweltauswirkungen als Zuschlagskriterien angemessen zu berücksichtigen (vgl. § 68 VgV).

4.4.2 Festlegung der Zuschlagskriterien

Der öffentliche Auftraggeber hat nach § 58 Abs. 3 VgV in den Vergabeunterlagen festzulegen, nach welchen Kriterien er das wirtschaftlichste Angebot ermittelt. Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs³⁰¹ sowie der Richtlinie 2014/24/EU³⁰² sind dabei nur solche Zuschlagskriterien zulässig, die

- mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängen,
- dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit einräumt und

²⁹⁹ Vgl. auch Zeiss, Christopher (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201 (204).

³⁰⁰ So auch Zeiss, Christopher (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201 (204).

³⁰¹ 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“), 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.

³⁰² Vgl. Erwägungsgründe 104 Richtlinie 2014/24/EU.

- 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.

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 (gemäß § 58 Abs. 3 VgV bzw. § 16d EU Abs. 2 Nr. 2 VOB/A).

Will der öffentliche Auftraggeber ökologische Kriterien als Zuschlagskriterien verwenden, ist insbesondere von Interesse, wann ein Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand besteht (dazu im Folgenden 4.4.3) und welche Anforderungen sich aus den vergaberechtlichen Grundsätzen ergeben (dazu im Folgenden 4.4.4). Sind die vergaberechtlichen Grundsätze gewahrt, ist zugleich sichergestellt, dass dem öffentlichen Auftraggeber keine uneingeschränkte Entscheidungsfreiheit eingeräumt wird.³⁰³ Auf dieses Kriterium wird daher im Folgenden nicht gesondert eingegangen.

Der öffentliche Auftraggeber kann vom bietenden Unternehmen verlangen, dass es die Einhaltung von Zuschlagskriterien durch Gütezeichen nachweist. Genauso können Unternehmen in ihren Angeboten darauf verweisen, dass ihr Produkt bzw. ihre Dienstleistung den Anforderungen bestimmter Umweltzeichen entspricht.

4.4.3 Zusammenhang mit dem Auftragsgegenstand

Voraussetzung für die Zulässigkeit eines Zuschlagskriteriums ist zunächst, dass dieses mit dem Auftragsgegenstand zusammenhängt (gemäß § 127 Abs. 3 GWB). Dies ergibt sich aus dem Wortlaut des § 127 Abs. 3 GWB:

„Die Zuschlagskriterien müssen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Diese Verbindung ist auch dann anzunehmen, wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken.“

Eine inhaltsgleiche Regelung findet sich in Art. 67 Abs. 3 der Richtlinie 2014/24/EU.³⁰⁴

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

³⁰³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 87.

³⁰⁴ 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 die Beschaffungsstelle 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.

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.³⁰⁵

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.

Exkurs: Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Zuschlagskriterien

Vorschläge für umweltfreundliche Ausschluss- sowie Zuschlagskriterien 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-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.

4.4.3.1 Produktionsmethoden

Der öffentliche Auftraggeber darf als Zuschlagskriterien auch solche Kriterien wählen, die die Produktionsphase des Auftragsgegenstandes betreffen (Anforderungen hinsichtlich sogenannter Prozess- und Produktionsmethoden, englisch PPMs).³⁰⁶ 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“*.³⁰⁷ Nicht erforderlich ist zudem, dass die Kriterien des öffentlichen Auftraggebers einen (betriebs-) wirtschaftlichen Vorteil bringen.³⁰⁸ Unzutreffend ist damit die Auffassung, die Kriterien müssten eine Werterhöhung zur Folge haben, die dem öffentlichen Auftraggeber zugutekommt.³⁰⁹

³⁰⁵ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 86 unter Verweis auf Erwägungsgrund 46 der Richtlinie 2004/18/EG.

³⁰⁶ 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 der öffentliche Auftraggeber 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.

³⁰⁷ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 92 unter Verweis auf seine Entscheidungen „Concordia Bus“ und „Wienstrom“.

³⁰⁸ 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“), 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.

³⁰⁹ 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*

Exkurs: Beispiele für zulässige umweltbezogene Zuschlagskriterien

Der öffentliche 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 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.³¹⁰

Nicht zulässig sind nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs hingegen Zuschlagskriterien, die sich auf die allgemeine Einkaufspolitik³¹¹ oder ausschließlich auf das allgemeine Umweltverhalten des Unternehmens beziehen, das von seinen Produkten oder Leistungen unabhängig ist.³¹²

Exkurs: Beispiele für unzulässige umweltbezogene 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 bietenden Unternehmens.

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.³¹³ Er folgte damit den Anträgen der Generalanwältin beim Europäischen Gerichtshof. Diese hatte (in Bezug auf soziale Kriterien) ausgeführt, dass es für einen öffentlichen 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.³¹⁴ Folgt man der Argumentation der Generalanwältin zu sozialen Kriterien, haben öffentliche 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 des bietenden Unternehmens im Hinblick auf den öffentlichen Auftraggeber, sondern im Hinblick auf Dritte bewertet

direkt mit der Leistung zusammenhängen, sich auf den Wert der Leistung auswirken und die Werterhöhung unmittelbar dem Auftraggeber zugutekommt.“

³¹⁰ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01, EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 40 – 42.

³¹¹ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 90.

³¹² So wird im 97. Erwägungsgrund der Richtlinie 2014/24/EU darauf hingewiesen, dass keine Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht bei der „allgemeinen Unternehmenspolitik [...], da es sich dabei nicht um einen Faktor handelt, der den konkreten Prozess der Herstellung oder Bereitstellung der beauftragten Bauleistungen, Lieferungen oder Dienstleistungen charakterisiert.“

³¹³ EuGH, Urteil vom 10.05.2012, Rs. C-368/10, Rn. 89 ff.

³¹⁴ Schlussanträge der Generalanwältin Kokott vom 15. Dezember 2011, Rs. C-368/10, Rn. 125.

wurde.³¹⁵ 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 das bietende Unternehmen – über die angebotene Ökostromlieferung an den öffentlichen Auftraggeber hinaus – Ökostrom an Dritte lieferte. Hier sah der Europäische Gerichtshof keinen Bezug mehr zu der ausgeschriebenen Stromlieferung an den öffentlichen Auftraggeber.

4.4.3.2 Lebenszykluskosten

Lebenszykluskosten dürfen als Zuschlagskriterium bei der Beschaffung von Waren und Dienstleistungen nach § 59 VgV berücksichtigt werden. Die Berechnungsmethode für die Lebenszykluskosten kann nach § 59 Abs. 2 VgV umfassen: Die Anschaffungskosten, Nutzungskosten (insbesondere den Verbrauch von Energie und anderen Ressourcen), 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 Abschnitt wird zunächst auf die Kosten eingegangen, die von dem öffentlichen Auftraggeber getragen werden müssen. Die Einbeziehung externer Kosten ist Gegenstand von Abschnitt 4.4.3.3. Für manche öffentlichen Auftraggeber besteht eine Verpflichtung zur Berücksichtigung der Lebenszykluskosten:

- ▶ § 59 VgV stellt bei der Vergabe öffentlicher Aufträge hinsichtlich der umweltbezogenen Aspekte Anforderungen an die öffentlichen Auftraggeber, die zur Erfüllung des Zwecks des KrWG anzuwenden sind, also die Kreislaufwirtschaft zur Schonung der natürlichen Ressourcen zu fördern und den Schutz von Mensch und Umwelt bei der Erzeugung und Bewirtschaftung von Abfällen sicherzustellen.³¹⁶
- ▶ Die Berechnung der Lebenszykluskosten kann auch im Anwendungsbereich des § 13 KSG dazu dienen, das wirtschaftlichste Angebot zu ermitteln, weil Kosten und Einsparungen auf die gesamte Nutzungsdauer zu ermitteln sind.³¹⁷
- ▶ Bundesdienststellen sind nach den Artikeln 1 und 2 Abs. 4 der „Allgemeinen Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen“ (AVV-EnEff) bei der Beschaffung von Dienst-, Liefer- und Bauleistungen verpflichtet, für die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes „neben den Anschaffungskosten die voraussichtlichen Nutzungskosten, insbesondere die Kosten für den Energieverbrauch der zu beschaffenden Leistung, die Wartungskosten und die Kosten am Ende der Nutzungsdauer zu berücksichtigen (Lebenszykluskostenprinzip), es sei denn, eine solche Berücksichtigung ist nicht möglich oder sachgerecht. Die Kosten, die durch externe Effekte der Umweltbelastung entstehen, sind nach Maßgabe des § 59 Abs. 2 Nummer 5 und Abs. 3 VgV zu berücksichtigen“. Der Zuschlag ist dann auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen.

³¹⁵ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 67.

³¹⁶ Bundesregierung (2020): Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der AbfRRL, S. 110 f.

³¹⁷ BT-Drucks. 19/14337, S. 37.

- Einrichtungen und Unternehmen des Landes Berlin sind aufgrund der Berliner Verwaltungsvorschrift Beschaffung und Umwelt (VwVBU)³¹⁸ seit dem 1. Januar 2013 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.
- In Hamburg werden durch den Umweltleitfaden vom Januar 2016 verbindliche Vorgaben zur Berechnung der Lebenszykluskosten gemacht.

Will der öffentliche 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 öffentliche Auftraggeber insbesondere folgende Punkte zu definieren:

- Welche Faktoren fließen in die Berechnung ein (z. B. Stromkosten)?
- 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)?
- Welche Lebensdauer³¹⁹ wird für die Ermittlung der Lebenszykluskosten zugrunde gelegt?
- Wird für Zahlungen, die von dem öffentlichen Auftraggeber für Verbrauchskosten (z. B. Stromkosten) erst in der Zukunft zu leisten sind, für die Ermittlung der Lebenszykluskosten eine Abzinsung³²⁰ angesetzt (wenn ja: Definition des Diskontierungszinssatzes bzw. des Abzinsungsfaktors)?

Die Vorgaben müssen so klar, eindeutig und sachlich begründet sein, dass sie dem öffentlichen Auftraggeber eine eindeutige und nicht diskriminierende Ermittlung der Lebenszykluskosten ermöglicht. Zu diesem Zweck sollte der Ausschreibung ein Berechnungstool beigelegt werden, mit dessen Hilfe die Angebote dann auch schneller verglichen werden können (siehe nachfolgender Exkurs).

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

- Für jedes Angebot wird zu Wertungszwecken ein fiktiver „Gesamtpreis“ aus Anschaffungskosten 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

³¹⁸ Sieh Fn. 111.

³¹⁹ Aus Gründen der Gleichbehandlung muss diese Mindestlebensdauer zugleich als technische Spezifikation eine zwingende Mindestanforderung an die anzubietende Leistung sein.

³²⁰ Zur Abzinsung von Verbrauchskosten im Rahmen der Lebenszykluskosten vgl. Umweltbundesamt (2008): Umweltfreundliche Beschaffung, Ökologische & wirtschaftliche Potenziale rechtlich zulässig nutzen, S. 57 ff.

diesem Fall ist insbesondere die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien klar zu definieren (z. B. Kriterien für die Vergabe von Wertungspunkten).

Die folgende Tabelle gibt einen Überblick über die Möglichkeiten der Bezuschlagung:

Möglichkeiten der Bezuschlagung

Die Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebots erfolgt auf der Grundlage des besten Preis-Leistungs-Verhältnisses (§ 56 Abs. 2 S. 2)

Preis =
Anschaffungskosten

Preis =
Lebenszykluskosten

Preis =
Anschaffungskosten

Leistung =
Umwelt-/Qualitätskriterien

Preis =
Lebenszykluskosten

Leistung =
Umwelt-/Qualitätskriterien

Exkurs: Berechnungshilfen zur Ermittlung von Lebenszykluskosten

Mit dem Excel-Tool des Umweltbundesamtes können bis zu fünf verschiedene Beschaffungsvarianten bewertet werden. Es berücksichtigt alle wesentlichen Kostenkategorien, wie Anschaffungs-, Betriebs- und Entsorgungskosten. Neben einem produktunabhängigen LCC-Tool bietet das Umweltbundesamt auch verschiedene produktspezifische LCC-Tools an, z. B. für Multifunktionsgeräte, Computer und Rechenzentren. Die jährlichen CO₂-Emissionen können ebenfalls in den produktspezifischen LCC-Tools des Umweltbundesamtes ermittelt werden. Die Tools können über die Internetseiten des UBA heruntergeladen werden: www.umweltbundesamt.de/themen/wirtschaft-konsum/umweltfreundliche-beschaffung/berechnung-der-lebenszykluskosten.

Eine praxisnahe Einführung in die Berechnung der Lebenszykluskosten und deren Nutzung im Beschaffungsprozess enthält das Schulungsskript des Umweltbundesamts „Umweltfreundliche Beschaffung, Teil 2“, das ebenfalls auf der Internetseite zur Verfügung steht: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundliche-beschaffung-schulungsskript-2>.

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“). Das Tool ist nur auf Englisch und Spanisch verfügbar: www.smart-spp.eu/index.php?id=7633.

Hilfestellung zur Berechnung der Lebenszykluskosten für verschiedene Produktgruppen geben ferner Excel-Tools der Berliner Energieagentur, die hier heruntergeladen werden können: <https://www.berliner-e-agentur.de/ueber-uns/service>.

Des Weiteren gibt es einen Lebenszyklus-Tool-Picker der Universität der Bundeswehr München und des Kompetenzzentrums innovative Beschaffung, unter: <https://www.koinno-bmwi.de/informationen/toolbox/detail/lebenszyklus-tool-picker-1>.

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

Exkurs: Beispiel für die Ermittlung der Lebenszykluskosten (Auszug aus 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.*

Die öffentliche Beschaffungsstelle gibt die erwartete Lebensdauer des Produkts, die jährlichen Benutzungsstunden sowie den maßgeblichen Strompreis in der Leistungsbeschreibung in den jeweiligen Leistungsblättern im Anhang 1 vor. Die Angaben zum Stromverbrauch des zu beschaffenden Produkts fragt die öffentliche Beschaffungsstelle von den Unternehmen für das jeweilige Produkt ab. Als Bruttostrompreis (Basis 2010) sind 22 Cent pro Kilowattstunde (Ct/kWh) und eine jährliche Preissteigerungsrate von 4 Prozent in der Leistungsbeschreibung anzugeben. Die Stromkosten sind abgezinst anzusetzen. Dies erfolgt durch Diskontierung der Kosten mittels eines Diskontierungszinsatzes in Höhe von 5,5 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 zur VwVBU enthält eine Erläuterung sowie Berechnungshilfen zur Berechnung der Lebenszykluskosten bei verschiedenen Waren und Dienstleistungen.

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 4 Prozent einzuberechnen und dann mit dem jeweiligen Diskontierungsfaktor zu multiplizieren. Bei einem Diskontierungszins von 5,5 Prozent gibt es folgende Diskontierungsfaktoren:

Lebensdauer in Jahren	1	2	3	4	5	6	7	8	9	10
Abzinsungs- faktor	1,00	0,95	0,90	0,85	0,81	0,77	0,73	0,69	0,65	0,62

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 die öffentliche Beschaffungsstelle in der Leistungsbeschreibung jedoch weitere Kostenpositionen wie Betriebskosten und Instandhaltungskosten bei der Berechnung von Lebenszykluskosten einfließen lassen. Hierzu legt die öffentliche Beschaffungsstelle entsprechende einheitliche Anforderungen fest.

4.4.3.3 Externe Kosten

Betriebs- und Folgekosten, die mit der Beschaffung eines Produktes verbunden sind, dürfen von den öffentlichen Auftraggebern ausdrücklich als Zuschlagskriterien berücksichtigt werden (§ 59 Abs. 2 VgV). War es bislang unklar, ob auch externe Kosten im Rahmen der Zuschlagserteilung gewertet werden dürfen, ist dies nun durch die Umsetzung der Richtlinie 2014/24/EU in deutsches Recht in § 59 Abs. 2 Nr. 5 VgV ausdrücklich erlaubt:

„Kosten, die durch die externen Effekte der Umweltbelastung entstehen, die mit der Leistung während ihres Lebenszyklus in Verbindung stehen, sofern ihr Geldwert nach Absatz 3 bestimmt und geprüft werden kann; solche Kosten können Kosten der Emission von Treibhausgasen und anderen Schadstoffen sowie sonstige Kosten für die Eindämmung des Klimawandels umfassen.“

Ein Beispiel für die Berücksichtigung externer Kosten ist die im Bereich der öffentlichen Verkehrsdienste von der Europäischen Kommission erlassene Richtlinie über die Förderung sauberer und energieeffizienter Straßenfahrzeuge. Die Richtlinienvorgaben sind in § 68 VgV sowie in § 59 SektVO in deutsches Recht umgesetzt worden (siehe Abschnitt 4.2.2.2).

Existieren solche rechtlich verbindlichen Vorgaben zur Einbeziehung von Energieverbräuchen oder Umweltauswirkungen hingegen nicht, wird eine solche Bewertung von einzelnen öffentlichen Auftraggebern in der Regel kaum zu leisten sein. Den öffentlichen Auftraggebern sollten deshalb weitere verbindliche Regelungen, z. B. in der Form von Erlassen oder Verwaltungsvorschriften an die Hand gegeben werden (siehe z. B. im Anhang zur VwVBU für die Berechnung der Lebenszykluskosten für Rechenzentren).

4.4.4 Einhaltung der vergaberechtlichen Grundsätze

Der öffentliche 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.

4.4.4.1 Eindeutige Festlegung und Gewichtung der Kriterien

Der öffentliche Auftraggeber ist nach § 58 Abs. 3 S. 1 VgV verpflichtet, in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen die Zuschlagskriterien anzugeben und zu gewichten. Die Gewichtung kann auch mittels einer angemessenen Spanne angegeben werden (§ 58 Abs. 3 S. 2

VgV). Ist eine Gewichtung aus objektiven Gründen nicht möglich, so sind die Zuschlagskriterien in absteigender Rangfolge anzugeben (§ 58 Abs. 3 S. 3 VgV). Erforderlich sind also die Nennung und Gewichtung der Umweltaspekte als Zuschlagskriterien. Hierbei soll nach der einschlägigen Vergaberechtsprechung der Preis als Zuschlagskriterium 30 Prozent der Gesamtwertung nicht unterschreiten.³²¹ Eine Preisgewichtung von lediglich 5 Prozent wird regelmäßig nicht ausreichen.³²² Unproblematisch steht eine Gewichtung von 50 Prozent Preis und 50 Prozent qualitativen oder umweltbezogenen Zuschlagskriterien in einem angemessenen Verhältnis.³²³

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

Der öffentliche 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.³²⁴ Unzulässig war es nach dem „Wienstrom“-Urteil des Europäischen Gerichtshofs daher, dass ein öffentlicher Auftraggeber auf den konkreten Nachweis der Bezugsquelle für die ausgeschriebene Ökostromlieferung verzichtete, weil seiner Meinung nach kein Unternehmen garantieren könne, dass der Strom tatsächlich aus erneuerbaren Energien stamme.³²⁵

4.4.4.2 Diskriminierungsverbot und Einengung auf ein Unternehmen

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

Im Urteil „Concordia Bus“ hat der Europäische Gerichtshof 2002 zumindest die Einengung des Unternehmenskreises auf wenige Unternehmen durch umweltbezogene Zuschlagskriterien für zulässig erklärt.³²⁶ 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 der öffentliche Auftraggeber zusätzliche Punkte für die Verringerung der Stickoxid- und Lärmemissionen der Busse vergeben hatte.³²⁷ Das vorlegende 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 das im Vergabeverfahren unterlegene Unternehmen, die Firma Concordia Bus, vor, dass ihr Konkurrent HKL das einzige Unter-

³²¹ OLG Dresden, Beschluss vom 05.01.2001 – WVerG 11/00; OLG Dresden, Beschluss vom 05.01.2001 – WVerG 12/00.

³²² VK Bund, Beschluss vom 10.06.2005 – VK 2-36/05.

³²³ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21.05.2012 – Verg 3/12.

³²⁴ EuGH, Urteil vom 04.12.2003, Rs. C-448/01; EVN AG et Wienstrom GmbH gegen Republik Österreich („Wienstrom“), Rn. 51.

³²⁵ Siehe Fn. 254.

³²⁶ 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“).

³²⁷ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 26.

nehmen gewesen sei, das tatsächlich in der Lage gewesen sei, Busse mit den geforderten Normen anzubieten.³²⁸ 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 Unternehmen in der Lage waren, die von dem öffentlichen 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.“*³²⁹ 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 [...]“*.³³⁰

Mit der Frage, ob es vergaberechtlich zulässig ist, durch umweltbezogene Zuschlagskriterien den Kreis der Unternehmen, die Chancen auf den Zuschlag haben, faktisch auf ein einziges 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 Unternehmen im Verfahren übrig bleibt, nahm der Gerichtshof im Urteil *„Fracasso und Leitschutz“* jedoch Stellung.³³¹ In diesem Verfahren blieb nach dem Ausscheiden von drei mitbietenden Unternehmen nur ein Unternehmen übrig. Die Vergabestelle hob die Ausschreibung auf. Vor dem Europäischen Gerichtshof war streitig, ob die damals geltende Baukoordinierungsrichtlinie 93/37/EWG³³² die Vergabestelle verpflichtete, den Zuschlag dem einzigen verbliebenen Unternehmen 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 Unternehmen 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.“*³³³

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

³²⁸ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 72.

³²⁹ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, 2. Leitsatz.

³³⁰ EuGH, Urteil vom 17.09.2002, Rs. C-513/99, Rn. 81.

³³¹ 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“).

³³² Richtlinie 93/37/EWG vom 14.06.1993 zur Koordinierung der Vergabe öffentlicher Bauaufträge, ABl. EG Nr. L 199/54 vom 09.08.1993.

³³³ Siehe Fn. 329, Rn. 33.

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. Eignungskriterien³³⁴ legen eine Mindesthürde fest, die jedes Unternehmen zu überspringen hat, damit sein Angebot überhaupt wirtschaftlich gewertet wird. Definiert der öffentliche Auftraggeber so hohe Anforderungen an die Eignung der Unternehmen, dass nur noch ein Unternehmen diese Anforderungen erfüllen kann, beschränkt er den Unternehmenskreis auf ein Unternehmen. Ein Wettbewerb um den Auftrag findet nicht mehr statt. Zuschlagskriterien haben dagegen keine derart absolute Wirkung. Auch die Angebote solcher Unternehmen, 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 Unternehmen 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 Unternehmen, die einzelne, hohe Anforderungen des öffentlichen 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 öffentliche Auftraggeber die Zuschlagskriterien so wählt, dass faktisch ein Unternehmen als einziges 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.³³⁵ Ob eine Rechtfertigung gegeben ist, etwa weil der öffentliche Auftraggeber mit der Festlegung der Zuschlagskriterien in zulässiger Weise ökologische Ziele verfolgt, ist in jedem Einzelfall gesondert zu prüfen.

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 ortansässige Unternehmen 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 AEUV) sowie gegen die Vergabe- und Vertragsordnungen.³³⁶

§ 31 Abs. 1 VgV regelt ausdrücklich das Diskriminierungsverbot: „*die Öffnung des nationalen Beschaffungsmarkts für den Wettbewerb nicht in ungerechtfertigter Weise behindert*“ wird.

Europarechtlich stellt eine pauschale Bevorzugung regionaler Unternehmen einen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot dar. Dieses verpflichtet den öffentlichen Auftraggeber zur Nichtdiskriminierung aufgrund der Nationalität und zur Gleichbehandlung aller Unternehmen, die am Vergabeverfahren teilnehmen. Die Vergabestelle darf weder Angebote ausländischer Unternehmen anders behandeln als die Angebote deutscher Unternehmen 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

³³⁴ Dasselbe gilt für Mindestanforderungen an den Auftragsgegenstand.

³³⁵ Vgl. zu den Voraussetzungen für eine Rechtfertigung von Verstößen gegen europäisches Primärrecht – unter besonderer Berücksichtigung – fairer Beschaffung – Ziekow, Jan (2013): Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, S. 23 ff.

³³⁶ Siehe dazu Müller-Wrede, Malte (2005): Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes?, VergabeR 2005, S. 32 ff.

oberhalb der Schwellenwerte.³³⁷ 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 Unternehmen 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 Ware³³⁸) 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.³³⁹

Der öffentliche Auftraggeber ist 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 der öffentliche Auftraggeber kann spezifizieren, dass Lebensmittel beschafft werden sollen, die nicht in Gewächshäusern gezogen worden sind.

4.4.5 Verpflichtende Berücksichtigung von Umweltaspekten

§ 13 Abs. 3 KSG trifft eine Regelung über die Angebotswertung, also die Prüfung, welches Gebot das wirtschaftlichste Gebot ist. Die Norm gibt vor, dass bei vergleichenden Betrachtungen von Kosten und Einsparungen stets auf die gesamte Nutzungsdauer abzustellen ist, und dass die auf Grund der Maßnahme zu erwartenden volkswirtschaftlichen Kosten für den Klimaschutz zu berücksichtigen sind. Bei der Prüfung der Wirtschaftlichkeit darf also bei für den Klimaschutz bedeutsamen Maßnahmen keine rein betriebswirtschaftliche Betrachtung vorgenommen werden, soweit nicht nur unerhebliche Klimaschutz-Kostenwirkungen an anderer Stelle in der Volkswirtschaft zu erwarten sind.³⁴⁰

Die Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff) regelt in § 2 Abs. 4, dass Aspekte des Umwelt- und Klimaschutzes grundsätzlich auch bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen sind. Die öffentlichen Auftraggeber können im Rahmen der Zuschlagskriterien Gütezeichen (vgl. 4.4.2 vorgeben).

Der Zuschlag ist auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen. Nach § 2 Abs. 4 AVV-EnEff maßgebend sind dabei neben dem Preis oder den Kosten (Lebenszykluskosten) ergänzende Zuschlagskriterien, die sich insbesondere auch auf umwelt-, klimaschutz- und energieeffizienzrelevante Aspekte beziehen können. Der Zuschlag muss also nicht per se auf das Angebot mit dem niedrigsten Preis oder den niedrigsten Kosten erteilt werden, sondern die Zuschlagsentscheidung maßgeblich von der konkreten Ausgestaltung und der Gewichtung aller Zuschlagskriterien abhängt.³⁴¹

³³⁷ Siehe dazu unten Abschnitt 5 „Vergabe unterhalb der Schwellenwerte“.

³³⁸ Voraussetzung für ein solches Zuschlagskriterium wäre allerdings die wissenschaftlich fundierte, eindeutige, nichtdiskriminierende und nachprüfbare Ermittlung des Carbon Footprints der einzelnen Produkte.

³³⁹ Die Ausführungen zur Rechtfertigung der Einengung des Unternehmenskreises auf ein Unternehmen gelten entsprechend.

³⁴⁰ BT-Drucks. 19/14337, S. 37.

³⁴¹ Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff), http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_18052020_IB3.htm.

4.4.6 Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen und -systemen im Rahmen der Angebotswertung

Auch im Rahmen der Angebotswertung können Umweltmanagementmaßnahmen genutzt werden.

Zwar ist das Vorhandensein eines Umweltmanagementsystems als solches nur schwer als Zuschlagskriterium (z. B. „Umweltmanagementsystem“) nutzbar, da durch ein UMS in der Regel keine „messbare“ leistungsbezogene Vorgabe beschrieben wird.³⁴² Sofern öffentliche Beschaffungsstellen eine EMAS-Zertifizierung oder gleichwertige Nachweise als Zuschlagskriterium berücksichtigen wollen, besteht damit ein rechtliches Risiko.

Aber Umweltmanagementmaßnahmen, die sich auf die Art und Weise der Auftragsausführung auswirken, können als Zuschlagskriterien beschrieben werden. Die Ausgestaltung von Umweltmanagementmaßnahmen als Zuschlagskriterien kann z. B. als Alternative zur Forderung eines UMS als Kriterium der technischen und beruflichen Leistungsfähigkeit interessant sein. So, wenn durch die Bedarfsermittlung und Markterkundung, zu vermuten ist, dass nur sehr wenige oder keines der potenziellen Unternehmen über ein UMS verfügt.

Ferner kann der öffentliche Auftraggeber die berufliche Qualifikation des bei der Auftragsausführung eingesetzten Personals nicht nur als Eignungskriterium, sondern auch als Zuschlagskriterium berücksichtigen (vgl. § 58 Abs.2 S. 2 Nr. 2 VgV). Allerdings setzt dies voraus, dass die Qualifikation des eingesetzten Personals erheblichen Einfluss auf das Niveau der Auftragsausführung haben kann. Zu beachten ist, dass der öffentliche Auftraggeber diejenigen beruflichen Qualifikationen, die bereits Gegenstand der Eignungsprüfung waren, nicht nochmal in der Zuschlagswertung heranziehen darf (Verbot der Doppelwertung).

Auch für die Berücksichtigung von umweltbezogenen Zuschlagskriterien gilt, dass eine Verbindung mit dem Auftragsgegenstand bestehen muss. Dies ist auch dann anzunehmen, „wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht, auch wenn sich diese Faktoren nicht auf die materiellen Eigenschaften des Auftragsgegenstandes auswirken“ (§ 127 Abs. 3 GWB).

Als **Nachweis zur Erfüllung umweltbezogener Zuschlagskriterien** können öffentliche Vergabestellen dann u. a. **Umwelterklärungen nach EMAS oder anderer UMS** fordern, sofern in der Umwelterklärung entsprechende Maßnahmen aufgeführt sind.

Beispiel für Baudienstleistung: Emissionsarme Baumaschinen

Bei der Ausschreibung für eine Baudienstleistung kann der Einsatz von besonders geräusch- und emissionsarmen Baumaschinen, bei denen die Werte unter den geltenden Grenzwerten liegen, als Zuschlagskriterium gefordert werden. Zum Nachweis eines entsprechenden Zuschlagskriteriums könnte die Umwelterklärung von anbietenden Unternehmen zugelassen werden. Notwendig ist dann, dass die Umwelterklärung entsprechende Aussagen enthält.

³⁴² Vgl. Schleswig-Holsteinisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 29. April 2010 – 1 Verg 2/08 –, juris.

4.5 Ausführungsbedingungen

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

Die europarechtliche Grundlage für die Einführung zusätzlicher Bedingungen für die Auftragsausführung findet sich in Art. 70 der Richtlinie 2014/24/EU. Dieser ist in Deutschland in § 128 Abs. 2 GWB umgesetzt und lautet: *„(2) Öffentliche Auftraggeber können darüber hinaus besondere Bedingungen für die Ausführung eines Auftrags (Ausführungsbedingungen) festlegen, sofern diese mit dem Auftragsgegenstand entsprechend § 127 Abs. 3 in Verbindung stehen. Die Ausführungsbedingungen müssen sich aus der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen ergeben. Sie können insbesondere wirtschaftliche, innovationsbezogene, umweltbezogene, soziale oder beschäftigungspolitische Belange oder den Schutz der Vertraulichkeit von Informationen umfassen.“*

Bei der Formulierung von Ausführungsbedingungen 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.

Der öffentliche Auftraggeber kann gemäß § 61 VgV als Beleg, dass die angebotene Leistung den geforderten Ausführungsbedingungen gemäß § 128 Abs. 2 GWB entspricht, Nachweise nach §§ 33 und 34 VgV verlangen.

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, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, 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:
 1. Produktanlieferung in konzentrierter Form mit anschließender Verdünnung vor Ort,
 2. Verwendung wiederverwendbarer Container oder Verpackungen für den Produkttransport,
 3. Reduzierung der transportbedingten CO₂-Emissionen oder von Emissionen anderer Treibhausgase.

Umweltbezogene Vertragsklauseln sollten überwacht werden.³⁴³ Dies kann auf verschiedene Weise erfolgen:

- ▶ Pflicht des Auftragnehmers zur Erbringung von Konformitätsnachweisen,
- ▶ Recht des öffentlichen 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.³⁴⁴

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 Tariftreueregelung im Berliner Vergabegesetz hinzuweisen. Das BVerfG hat in dieser Entscheidung Anforderungen, die üblicherweise unter dem Stichwort "vergabefremde Kriterien" oder "Sekundärzwecke" thematisiert wer-

³⁴³ Rechtlich verpflichtend ist eine effektive Kontrolle für die öffentliche Beschaffungsstelle – 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, Jan (2013): Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen, S. 52.

³⁴⁴ So auch die Empfehlung der Europäischen Kommission (2011): Umweltorientierte Beschaffung!, S. 61-64.

den, ebenfalls grundsätzlich für zulässig erachtet. Insbesondere hebt das Bundesverfassungsgericht hervor, dass der Berliner Gesetzgeber mit der Tariftreuerregelung im Berliner Vergabegesetz grundsätzlich verfassungsrechtlich legitime Ziele verfolgt.³⁴⁵

Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts können übertragen werden auf die Thematik der zusätzlichen Anforderungen der öffentlichen Beschaffungsstelle, die diese 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 Unternehmen gestellt werden und die in Bundes- oder Landesgesetzen geregelt sind, regelmäßig zulässig sind.

Exkurs: Die 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 einschlägiger 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 2018 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 als auch 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 2018 trotz technischer Verbesserungen um 22 Prozent.³⁴⁶ Es hätte also durchaus positive Umweltauswirkungen, wenn man in der öffentlichen Auftragsvergabe beispielsweise 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,

³⁴⁵ 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 Tariftreuerregelung 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. Halbsatz 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.“

³⁴⁶ Umweltbundesamt: <https://www.umweltbundesamt.de/daten/verkehr/emissionen-des-verkehrs#strassenguterverkehr>.

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 einer Diskriminierung führt.“

Zum ersten Kriterium des Zusammenhangs mit dem Auftrag kann man annehmen, dass eine Vertragsausführungsvorschrift, die dem Unternehmen 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 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 das Unternehmen 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 Unternehmen unmöglich macht, ihre Produkte anzubieten. Wenn man davon ausgehen kann, dass es allen Unternehmen 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 Unternehmen 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.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementmaßnahmen in den Ausführungsbedingungen

Auch Maßnahmen des Umweltmanagements können durch die öffentliche Vergabestelle als Ausführungsbedingung festgelegt werden. Denkbare Maßnahmen des Umweltmanagements sind beispielsweise die Erfassung von Umweltauswirkungen des Auftrags, die kontinuierliche Verbesserung bestimmter Umweltaspekte, die mit dem Auftrag in Verbindung stehen, insbesondere bei langfristigen Rahmenverträgen, der umweltfreundliche Transport oder Anforderungen an die Umweltkompetenz des eingesetzten Personals.

Neben Bau- und Dienstleistungsaufträgen sind auch Aufträge über Lieferleistungen von noch herzustellenden Waren geeignet, da die Auftragsausführung sich in diesem Fall auch auf den Prozess der Herstellung erstreckt. Dieser kann durch entsprechende Anforderungen konkretisiert werden. Die EMAS-Umwelterklärung, die sich auf den Herstellungszeitraum bezieht, kann als Nachweis gefordert werden, wenn sie Aussagen über entsprechende erfolgreich durchgeführte Maßnahmen enthält. Gleichwertige Bescheinigungen sind durch die öffentliche Beschaffungsstelle anzuerkennen. Für Lieferleistungen bereits hergestellter Ware beschränken sich die Möglichkeiten, eine EMAS-Umwelterklärung oder andere Nachweis zu verlangen, weitgehend auf transportbezogene Vertragsbedingungen.

Wie für alle Ausführungsbedingungen gilt auch für den Nachweis von Umweltmanagementmaßnahmen, dass die öffentliche Beschaffungsstelle deren Einhaltung erst im Nachhinein überprüfen kann. Die bietenden Unternehmen müssen sich im Angebot allerdings zur Einhaltung der Ausführungsbedingungen verpflichten, um nicht vom Vergabeverfahren ausgeschlossen zu werden.³⁴⁷ Den endgültigen Nachweis für die Einhaltung der Umweltmanagementmaßnahmen muss das beauftragte Unternehmen erst mit dem Beginn der Auftragsausführung vorlegen.³⁴⁸

³⁴⁷ Pfohl, in: Müller-Wrede: VgV, UVgO Kommentar, § 61 VgV, Rn. 5.

³⁴⁸ Ziekow, in: Ziekow/ Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 31.

Auch in Ausschreibungen von Lieferaufträgen, die bestimmte Dienst- oder Bauleistungen umfassen (z. B. Installation, Instandhaltung, Standorterschließung), lassen sich Umweltmanagementmaßnahmen als Ausführungsbedingungen integrieren und bei Vorliegen der genannten Voraussetzungen durch die EMAS-Umwelterklärung oder gleichwertige Belege nachweisen.

Schwieriger, jedoch nicht ausgeschlossen, ist es, bei Lieferleistungen auch Umweltmanagementmaßnahmen der Zwischenlieferanten, die nicht Vertragspartei werden, in die Formulierung der Ausführungsbedingungen einzubeziehen.³⁴⁹ Es wird jedoch davon ausgegangen, dass sich diese über die Forderung bestimmter Zertifizierungen erfassen lassen.³⁵⁰

Voraussetzung für die Forderung von Umweltmanagementmaßnahmen oder eines UMS in den Ausführungsbedingungen ist, dass eine Verbindung zum Auftragsgegenstand besteht (siehe §§ 128 Abs. 2, 127 Abs. 3 GWB). Die Anforderungen, die an diese Verbindung gestellt werden, stimmen mit dem bereits Gesagten für die Einbeziehung von umweltbezogenen Kriterien in der Wertungsphase überein.³⁵¹

Dient eine Umweltmanagementmaßnahme oder ein UMS dazu, die umweltfreundliche Erfüllung des Auftrages sicherzustellen (z. B. aufgrund seiner Umweltrelevanz³⁵²), ist die Grenze zur technischen Fachkunde auf Eignungsebene schwierig zu ziehen.³⁵³ Unzulässig ist es über die Auftragsausführung hinaus oder unabhängig von der Auftragsausführung eine Umweltmanagementmaßnahme oder ein UMS zu fordern. In diesem Fall ist der Bezug zum Auftragsgegenstand nicht mehr gegeben, da dies die allgemeine Betriebsorganisation betrifft.³⁵⁴ Denkbar aber rechtlich fragwürdig ist, ob die öffentliche Beschaffungsstelle in den Ausführungsbedingungen die Einrichtung eines UMS für die Durchführung eines konkreten Auftrags fordern kann. Dies ist dann unzulässig, wenn in dem UMS Anforderungen gestellt werden, die keine Verbindung zum Auftragsgegenstand aufweisen. So wenn Anforderungen an die allgemeine Betriebsorganisation gestellt werden, wie die Reduktion von Umweltauswirkungen in Betriebsbereichen, die nicht mit der Herstellung des Auftragsgegenstandes zusammenhängen, z. B. das Abfallmanagement in der Kantine oder der Verwaltung des Unternehmens. Ferner muss die Einrichtung eines UMS dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz genügen gemäß § 97 Abs. 1, S. 2 GWB. D.h. insbesondere, dass die Kosten für die Einführung und Unterhalt eines UMS für den Auftragszeitraum nicht außer Verhältnis zu dem Umfang des Auftragsgegenstand stehen dürfen. Bei umweltrelevanten langfristigen Dienstleistungs- und Lieferaufträgen, Konzessionen oder Bauleistungen mit hohem Auftragsvolumen könnte die Verhältnismäßigkeit gegeben sein.

4.6 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. Der öffentliche Auftraggeber dokumentiert dazu das Vergabeverfahren von Beginn an in Textform nach § 126b BGB (§ 8

³⁴⁹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 25. Vgl. noch zur früheren Rechtslage Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2013): Vergaberecht, § 97 GWB Rn. 148.

³⁵⁰ Ebd.

³⁵¹ Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 23.

³⁵² Mit dem Beispiel der Gesamtemissionen einer bestimmten Baustelle Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 24.

³⁵³ Huber/Wollenschläger, WiVerw 2005, S. 212 (228).

³⁵⁴ Ziekow, in: Ziekow/Völlink (2018): Vergaberecht, § 128 GWB Rn. 23, 24.

Abs. 1 VgV). Die Dokumentation umfasst z. B. die Kommunikation mit Unternehmen und interner Beratungen, die Vorbereitung der Auftragsbekanntmachung und der Vergabeunterlagen, die Öffnung der Angebote, Teilnahmeanträge und Interessensbestätigungen, der Verhandlungen und der Dialoge mit den teilnehmenden Unternehmen sowie der Gründe für Auswahlentscheidungen und den Zuschlag. Die Dokumentation dient dem Ziel, die Entscheidungen des öffentlichen Auftraggebers transparent und sowohl für die Überprüfungsinstanzen (Vergabekammer und Vergabesenat) als auch für die Unternehmen überprüfbar zu machen.

Zudem muss der öffentliche Auftraggeber für jedes Vergabeverfahren ein Vergabevermerk in Textform nach § 126b BGB erstellen (gemäß § 8 Abs. 2 VgV). Der Vermerk kann aber auch erst nach Abschluss des Vergabeverfahrens und Veröffentlichung der Vergabebekanntmachung erstellt werden.³⁵⁵ Der Mindestinhalt für den Vergabevermerk ist in § 8 Abs. 2 VgV vorgeschrieben. 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 Unternehmens 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 die Wahl der Verfahrensart begründet werden muss, dass die gesamte Behandlung der Unternehmen (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 öffentliche Auftraggeber sich für ein bestimmtes Angebot entschieden oder ein bestimmtes Unternehmen für ungeeignet gehalten hat. Dies bedeutet weiterhin, dass der öffentliche 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 sie dies in dem von ihm zu fertigenden Vergabevermerk nachvollziehbar dokumentieren.

Allgemein ist zu empfehlen, dass sich der öffentliche 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 der öffentliche Auftraggeber anzugeben, welches Kriterium aus welchen Gründen ausgewählt und mit welchem Gewicht versehen worden ist. Der öffentliche Auftraggeber sollte ferner darstellen, welchen Bezug dieses Kriterium zum Auftragsgegenstand hat. Arbeitet der öffentliche Auftraggeber mit einer Bewertungsmatrix, so empfiehlt es sich, diese dem Vergabevermerk als Anlage beizufügen.

Die Nichterfüllung der in § 8 VgV konkretisierten Dokumentationspflichten durch den öffentlichen Auftraggeber stellt eine besonders schwerwiegende Verletzung des Transparenzgrundsatzes dar. Kommt der öffentliche Auftraggeber seinen Dokumentationspflichten 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 ihren entscheidungserheblichen Inhalten zeitnah dargestellt werden.

³⁵⁵ BT-Drucksache 18/7318, S. 152.

5 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, stellt doch die Vergabe unterhalb der Schwellenwerte in Deutschland die weit überwiegende Zahl der öffentlichen Aufträge dar.³⁵⁶

Da die Einführung der UVgO für den Bund und viele Bundesländer schon erfolgt ist oder demnächst erfolgen wird, wird in diesem Abschnitt nur noch auf die UVgO abgestellt.³⁵⁷

5.1 Festlegung des Auftragsgegenstandes

Die Auswahl eines umweltfreundlichen Auftragsgegenstandes 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 (siehe Abschnitt 3.2.3).

Bereits im Urteil „Dundalk“ wurde die Geltung des Diskriminierungsverbots gegenüber ausländischen Unternehmen auch für den Unterschwellenbereich festgestellt. In dem Urteil wurde ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot darin gesehen, dass die öffentliche Beschaffungsstelle unterschiedslos von allen Bietern forderte, dass sie einer nationalen Norm genügen sollten ohne den Zusatz „oder gleichwertiger Art“. In der Folge konnten sich nur nationale Unternehmen an dem Verfahren beteiligen.³⁵⁸

Mit der UVgO werden nun auch für den Unterschwellenbereich Vergabegrundsätze ausdrücklich in § 2 UVgO normiert. Der § 2 UVgO ist dem § 97 GWB nachgebildet und regelt für den Unterschwellenbereich die gleichen Grundsätze der Vergabe wie oberhalb der EU-Schwellenwerte. Es sind die Grundsätze der Verhältnismäßigkeit, der Transparenz, der Öffnung des öffentlichen Beschaffungswesens für den Wettbewerb und der Grundsatz der Wirtschaftlichkeit (§ 2 Abs. 1 UVgO) sowie die Grundsätze der Gleichbehandlung und Nichtdiskriminierung (§ 2 Abs. 2 UVgO).

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

Besondere Anforderungen zur Berücksichtigung von Umweltaspekten ergeben sich für Bundesbehörden aus folgenden Vorschriften, die in Abschnitt 3.2.3.5 ausführlich erläutert werden:

³⁵⁶ Schneiders, Ralf (2007): Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.

³⁵⁷ Siehe für Übersicht über den Stand der Umsetzung in 3.2.3.

³⁵⁸ Der EuGH hat diese Rechtsprechung für Vergabeverfahren unterhalb der Schwellenwerte nochmals in der 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 Beschaffungsstellen bei der Realisierung von Baumaßnahmen eines Beauftragten bedienen konnten. Dieser war unter anderem befugt, die 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 Beschaffungsstellen 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.

- Kreislaufwirtschaftsgesetz (KrWG)
- Bundes-Klimaschutzgesetz (KSG)
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)

Die Beschaffungsstellen des Bundes sind im Anwendungsbereich des KrWG und KSG verpflichtet, umweltfreundliche Erzeugnisse schon in der ersten Stufe des Verfahrens, bei der Festlegung des Auftragsgegenstands, zu bevorzugen.

Exkurs: EMAS in der Bedarfsermittlung

Im Unterschwellenbereich besteht zudem die Möglichkeit, dass die öffentliche Beschaffungsstelle Leistungen direkt an ein EMAS-registriertes Unternehmen vergibt. Dieser sogenannte Direktauftrag ist nach § 14 UVgO bei Leistungen bis zu einem Auftragswert von 1.000 Euro (netto) zulässig.

5.2 Leistungsbeschreibung

In die Leistungsbeschreibung können auch unterhalb der Schwellenwerte Umweltaspekte aufgenommen werden. Die Beschreibung der Leistung bei Liefer- und Dienstleistungen richtet sich nach § 23 UVgO und bei Bauleistungen nach § 7 VOB/A.

5.2.1 Eindeutige Leistungsbeschreibung (§ 23 UVgO)

Wichtigste Funktion der Leistungsbeschreibung ist es, die Vergleichbarkeit der Angebote sicherzustellen. Die Leistung soll deshalb so eindeutig und erschöpfend beschrieben werden, dass alle Unternehmen sie gleich verstehen können (siehe § 23 Abs. 1 UVgO, der wortgleich § 122 Abs. 1 GWB entspricht). 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 (§ 23 Abs. 5 UVgO).

Auch weiterhin ist es zulässig, strategische Ziele, wie qualitative, innovative, soziale und umweltbezogene Aspekte im Vergabeverfahren zu verfolgen. Dies ist nun ausdrücklich in § 23 Abs. 2 UVgO geregelt (dieser entspricht § 31 Abs. 3 VgV).

Weitere Anforderungen zur Berücksichtigung von Umweltaspekten ergeben sich für Bundesbehörden aus folgenden Vorschriften, die in Abschnitt 4.2.2 genauer erläutert werden, insbesondere aus dem

- Gemeinsamer Erlass zur Beschaffung von Holzprodukten und
- Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Beschaffung energieeffizienter Leistungen (AVV-EnEff)

Das KrWG und KSG haben keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Erstellung der Leistungsbeschreibung. Die AVV-EnEff gibt den öffentlichen Beschaffungsstellen verpflichtend vor, welche Anforderungen in der Leistungsbeschreibung im Hinblick auf die Energieeffizienz zu stellen sind.³⁵⁹

³⁵⁹ Siehe hierzu ausführlich 4.2.2.6.

5.2.2 Nachweisführung durch Gütezeichen (§ 24 UVgO)

Auch im Bereich der Unterschwellenvergabe sollte die Möglichkeit eröffnet werden, in der Leistungsbeschreibung pauschal auf Gütezeichen zu verweisen. Aufgrund des gleichlautenden Wortlauts der §§ 23, 24 UVgO und der §§ 31, 34 VgV ist eine entsprechende Übernahme des zum Oberschwellenbereich gefundenen Ergebnisses 4.2.1 zu befürworten.

Zum Nachweis, dass die Leistung bestimmten in der Leistungsbeschreibung geforderten Merkmalen entspricht, kann die öffentliche Beschaffungsstelle die Vorlage eines Gütezeichens verlangen. Die Regelung entspricht im Wesentlichen § 34 VgV und regelt nun auch ausdrücklich deren Verwendung im Unterschwellenbereich.³⁶⁰

Hinzuweisen ist aber auf einen wesentlichen Unterschied bei den Anforderungen an das Gütezeichen nach § 24 Abs. 2 Nr. 1 UVgO gegenüber dem Oberschwellenbereich. Während im Oberschwellenbereich alle Anforderungen des Gütezeichens „mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen müssen“, reicht es im Unterschwellenbereich aus, dass die Kriterien des Gütezeichens für die Bestimmung der Merkmale der Leistung (lediglich) geeignet sind.³⁶¹ Nach Auffassung des BMWi sollen dadurch öffentliche Beschaffungsstellen Gütezeichen im Unterschwellenbereich leichter vorgeben können.³⁶² Wie im Oberschwellenbereich muss die Beschaffungsstelle auch gleichwertige Gütezeichen zum Nachweis ausdrücklich zulassen. Die Beweislast, dass ein alternativ vorgelegtes Gütezeichen gleichwertige Anforderungen an die Leistung stellt, trägt das bietende Unternehmen, gemäß § 24 Abs. 4 UVgO.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (z. B. EMAS) in der Leistungsbeschreibung

Die EMAS-Umwelterklärung oder gleichwertige Bescheinigungen können auch im Unterschwellenbereich in der Leistungsbeschreibung zum Nachweis für bestimmte herstellungsbezogene Eigenschaften eines Produktes oder einer Dienstleistung genutzt werden (umweltfreundliche Herstellungsprozesse), die nach § 23 Abs. 2, S. 2 UVgO berücksichtigt werden dürfen.

5.3 Auswahl geeigneter Unternehmen

Das europäische Diskriminierungsverbot ist nicht nur für die Auswahl des Auftragsgegenstandes relevant, sondern betrifft auch die Auswahl der Unternehmen. Allgemein gilt, dass die bietenden Unternehmen gleichbehandelt werden müssen. Im Verfahren oberhalb der Schwellenwerte bestimmt § 97 Abs. 2 GWB bzw. § 31 Abs. 1 VgV, dass die Teilnehmer an einem Vergabeverfahren gleich zu behandeln sind, es sei denn, eine Benachteiligung ist auf Grund des GWB ausdrücklich geboten oder gestattet. Im Verfahren unterhalb der Schwellenwerte ist der Gleichbehandlungsgrundsatz ausdrücklich in § 2 Abs. 2 UVgO genannt.

Wie im Oberschwellenbereich müssen öffentlichen Beschaffungsstellen die Eignung der bietenden Unternehmen im Unterschwellenbereich zwingend überprüfen, bevor die Angebote überhaupt in die wirtschaftliche Wertung der Angebote einbezogen werden (§ 31 Abs. 1 UVgO).

Durch den Verweis auf die §§ 123 und 124 GWB kommen im Unterschwellenbereich die dort genannten fakultativen und zwingenden Ausschlussgründe ebenfalls zur Anwendung. In Abweichung von der grundsätzlichen Prüfungsreihenfolge „Eignungsprüfung vor Angebotsprüfung“

³⁶⁰ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 133.

³⁶¹ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 9.

³⁶² Ebenda. Vgl. auch Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 1345.

kann die öffentliche Beschaffungsstelle im Unterschwellenbereich bei Öffentlichen Ausschreibung – und nur hier - die Angebotsprüfung vor der Eignungsprüfung durchführen (§ 31 Abs. 4 UVgO).³⁶³

5.3.1 (Zwingende und fakultative) Ausschlussgründe

Die Ausschlussgründe in § 31 UVgO entsprechen im Wesentlichen den Regelungen in §§ 124 und 123 GWB (siehe dazu Abschnitte 4.3.2 und 4.3.3).

In Abweichung vom Oberschwellenbereich ist der Ausschlussgrund des Betrugs und des Subventionsbetrugs (§ 123 Abs. 1 Nr. 4 und 5 GWB) nicht nur bei Straftaten, die gegen den Haushalt der Europäischen Union gerichtet sind, anwendbar, sondern bei Straftaten gegen alle öffentlichen Haushalte (vgl. § 31 Abs. 2 S.4 UVgO).³⁶⁴ Auch im Unterschwellenbereich ist der fakultative Ausschluss aufgrund eines nachweislichen Verstoßes gegen geltende umwelt-, sozial- oder arbeitsrechtliche Verpflichtungen möglich (§ 31 Abs. 2, S. 5 UVgO). Für die Anwendung des Ausschlussgrundes des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB ist ebenfalls eine erleichterte Anwendung in der Form vorgesehen, dass die erhebliche oder fortdauernde Schlechterfüllung nicht zwingend zu einer Beendigung des Vertrages, zu Schadensersatz oder einer vergleichbaren Rechtsfolge geführt haben muss.³⁶⁵

5.3.2 Fachliche und technische Leistungsfähigkeit (§ 33 UVgO)

Im Rahmen der Eignungsprüfung können bei der Frage der fachlichen und technischen Leistungsfähigkeit des bietenden Unternehmens umweltbezogene Aspekte eine Rolle spielen. Die in § 33 Abs. 1 UVgO genannten Bezugspunkte für die Eignungskriterien entsprechen denen der §§ 44 bis 46 VgV für den Oberschwellenbereich (siehe dazu Abschnitt 4.3.4).³⁶⁶ Auch im Unterschwellenbereich müssen die Anforderungen an die Unternehmen mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung und zu diesem in einem angemessenen Verhältnis stehen (§ 33 Abs. 1 S. 2 UVgO).

Das in § 33 Abs. 2 UVgO normierte Recht des Auftraggebers, entsprechende Nachweise der Befähigung und Erlaubnis zur Berufsausübung zu verlangen, entspricht dem Rechtsgedanken des § 44 VgV.

Auch unterhalb der EU-Schwellenwerte darf gemäß § 31 Abs. 1 UVgO i.V.m. § 124 Abs. 1 Nr. 1 GWB bzw. § 16 Abs. 2 VOB/A ein bietendes Unternehmen im Rahmen der Eignungsprüfung ausgeschlossen werden, wenn es nachweislich gegen Umweltvorschriften verstoßen hat und es sich dabei um eine schwere Verfehlung handelt, die seine Zuverlässigkeit in Frage stellt.³⁶⁷

Weitere Anforderungen an die Festlegung der Eignungskriterien ergeben sich aus der AVV-EnEff. Sie gibt den öffentlichen Beschaffungsstellen auf Bundesebene verpflichtend vor, bei der Festlegung der Eignungskriterien von den Bietern und Bewerbern zum Nachweis ihrer technischen Leistungsfähigkeit grundsätzlich zu verlangen, dass der Auftragnehmer bestimmte Normen für das Umwelt- und Energiemanagement erfüllt, sofern diese für die Ausführung des Auftrags relevant sind.

³⁶³ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 162.

³⁶⁴ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 160.

³⁶⁵ In Entwurfsfassung der UVgO (UVgO-E) vom 31.8.2016 waren noch die Rechtsfolgen des § 124 Abs. 1 Nr. 7 GWB 2017 auch im Unterschwellenbereich gefordert. Siehe zur Kritik an der hohen Hürde im UVgO-E die Stellungnahme der Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände vom 20.10.2016.

³⁶⁶ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 11.

³⁶⁷ Siehe zur Regelung oberhalb der EU-Schwellenwerte Abschnitt 4.4.

Das KrWG und KSG haben hingegen keine unmittelbaren Auswirkungen auf die Erstellung der Leistungsbeschreibung, wirken sich aber mittelbar dadurch aus, dass ein umweltfreundlicher Auftragsgegenstand ausgewählt wurde und entsprechend beschrieben werden muss.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen und -maßnahmen bei der Eignungsprüfung

Auch im Unterschwellenbereich können Anforderungen an die fachliche und technische Eignung des bietenden Unternehmens durch EMAS gefordert werden (siehe Abschnitt 4.3.4). Allerdings fehlt im Unterschwellenbereich eine dem § 49 Abs. 2 VgV entsprechende Regelung, wonach die öffentliche Beschaffungsstelle zum Nachweis für die Einhaltung von Normen des Umweltmanagements entweder eine EMAS-Registrierung oder andere UMS-Zertifikate verlangen kann. Die öffentlichen Beschaffungsstellen sind damit im Unterschwellenbereich freier in den Anforderungen zum Nachweis eines UMS. In der Regel empfiehlt sich aber eine entsprechende Anwendung des § 49 Abs. 2 VgV. Als Nachweis für die Einhaltung von Umweltmanagementmaßnahmen kann die öffentliche Beschaffungsstelle auch die EMAS-Umwelterklärung zulassen.

5.4 Angebotswertung/Zuschlagskriterien (§ 43 UVgO)

Wie im Oberschwellenbereich ist der Zuschlag auf das wirtschaftlichste Angebot zu erteilen (vgl. § 43 Abs. 1 UVgO). Zur Bestimmung des wirtschaftlichsten Angebots siehe die Ausführungen in Abschnitt 4.4.1.

Die Einbeziehung von Umwelteigenschaften als Zuschlagskriterien ist in § 43 Abs. 2 UVgO und § 16d Abs. 1 Nr. 4 VOB/A ausdrücklich geregelt. Der § 43 UVgO übernimmt dazu die Regelungen des § 58 VgV. Damit können Umwelteigenschaften in der Ausschreibung von Dienstleistungen und Bauleistungen vorgesehen werden und bei der Angebotswertung entsprechend einbezogen werden. Vorausgesetzt wird aber - wie im Oberschwellenbereich -, dass die Zuschlagskriterien mit dem Auftragsgegenstand in Verbindung stehen. Dies wird dann angenommen, „wenn sich ein Zuschlagskriterium auf Prozesse im Zusammenhang mit der Herstellung, Bereitstellung oder Entsorgung der Leistung, auf den Handel mit der Leistung oder auf ein anderes Stadium im Lebenszyklus der Leistung bezieht“ (vgl. § 43 Abs. 3 S. 1 und S. 2 UVgO).

Ebenso wie im Oberschwellenbereich steht es im Ermessen der öffentlichen Beschaffungsstelle, ob sie ein Zuschlagskriterium „Kosten“ auf der Grundlage von Lebenszykluskosten in der Ausschreibung vorgibt. Entscheidet sie sich dafür, muss die Berechnung anhand der Vorgaben in § 59 VgV erfolgen (vgl. § 43 Abs. 4 UVgO).

Die Berücksichtigung von Umweltaspekten als Zuschlagskriterien erfordert, dass diese ausdrücklich in den Ausschreibungsunterlagen aufgeführt sind (§ 43 Abs. 6 S. 1 UVgO).³⁶⁸ Zudem muss die öffentliche Beschaffungsstelle in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nunmehr die Gewichtung der einzelnen Zuschlagskriterien angeben (§ 43 Abs. 6 S. 1 UVgO). Die noch jüngst vom BGH getroffene Entscheidung (Beschluss vom 10. Mai 2016 Az. X ZR 66/15)³⁶⁹ dürfte aufgrund des neuen § 43 Abs. 6 UVgO in den meisten Fällen überholt sein.³⁷⁰ Der BGH entschied – noch zur Rechtslage vor Einführung der UVgO –, dass die öffentliche Beschaffungsstelle bei Vergaben im Unterschwellenbereich die Zuschlagskriterien nicht bekannt-

³⁶⁸ Noch zur alten Rechtslage: BayObLG, Beschl. vom 03.07.2002 – Verg 13/02, NZBau 2003, S. 105 (108).

³⁶⁹ Herunterzuladen unter: <https://openjur.de/u/893202.html> (so am 12.10.2020).

³⁷⁰ Soudry, Daniel, Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2.

geben muss, wenn für die Bieter „auf der Hand“ liegt, welche der im Gesetz genannten Zuschlagskriterien „nach den gesamten Umständen insbesondere nach Art des zu beschaffenden Gegenstands in Betracht kommen“.³⁷¹

Auch zum Nachweis der Zuschlagskriterien kann die öffentliche Beschaffungsstelle von den Unternehmen einen Nachweis durch Gütezeichen fordern, gemäß §§ 43 Abs. 7 i. V. m. 24 UVgO.³⁷²

Nach § 2 Abs. 5 AVV-EnEff sind Aspekte des Umwelt- und Klimaschutzes grundsätzlich auch bei der Festlegung der Zuschlagskriterien zu berücksichtigen. Bei der Zuschlagserteilung ist der Zuschlag auf das unter Berücksichtigung aller Umstände wirtschaftlichste Angebot zu erteilen, wobei hier gemäß § 2 Abs. 4 AVV-EnEff insbesondere auch umwelt-, klimaschutz- und energieeffizienzrelevante Aspekte maßgeblich sein können. Ein besonderes Augenmerk liegt in diesem Zusammenhang auf der Berücksichtigung der Lebenszykluskosten, die verpflichtend bei der Ermittlung des wirtschaftlichsten Angebotes das Lebenszykluskostenprinzip anzuwenden sind.³⁷³

Exkurs: Umweltmanagementmaßnahmen als Zuschlagskriterien und Nachweis

Die Verwendung von Umweltmanagementmaßnahmen als Zuschlagskriterien ist auch im Unterschwellenbereich möglich. Auch hier ist zwischen den materiellen Anforderungen an die Zuschlagskriterien und dem Nachweis durch eine EMAS-Umwelterklärung zu unterscheiden (siehe dazu die Ausführungen oben in Abschnitt 4.4.5).

5.5 Ausführungsbedingungen (§ 45 UVgO)

Nach § 45 Abs. 2 S. 3 UVgO können die Ausführungsbedingungen auch im Unterschwellenbereich umweltbezogene Belange umfassen.³⁷⁴ Ebenso wie im Oberschwellenbereich (siehe Abschnitt 4.5) ist Voraussetzung, dass die Ausführungsbedingungen mit dem Auftragsgegenstand in entsprechender Anwendung des § 127 Abs. 3 GWB in Verbindung stehen (§ 45 Abs. 2 S. 1 UVgO).³⁷⁵ Schreiben die öffentlichen Beschaffungsstellen Ausführungsbedingungen vor, müssen sie diese in der Auftragsbekanntmachung oder den Vergabeunterlagen nennen (§ 45 Abs. 2 S. 2 UVgO).

Die öffentliche Beschaffungsstelle kann zum Nachweis, dass die Ausführungsbedingungen eingehalten werden, von den bietenden Unternehmen die Vorlage von Gütezeichen (bzw. gleichwertigen Gütezeichen) verlangen (§ 45 Abs. 3 UVgO der § 24 UVgO für entsprechend anwendbar erklärt). Die Bescheinigung von Konformitätsbewertungsstellen als Nachweis, kann – im Gegensatz zur Oberschwellenregelung in § 61 VgV – nicht verlangt werden.³⁷⁶

³⁷¹ Soudry, Daniel, Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2.

³⁷² Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 218.

³⁷³ Siehe oben Abschnitt 4.4.3.2 „Lebenszykluskosten“.

³⁷⁴ § 45 Abs. 2 UVgO entspricht dem § 128 Abs. 2 GWB. Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 13.

³⁷⁵ Ley, Rudolf/ Wankmüller, Michael (2017), S. 226 ff.

³⁷⁶ Nach dem klaren Wortlaut von § 45 Abs. 3 UVgO, der § 24 UVgO für entsprechend anwendbar erklärt, sind nur Gütezeichen als Nachweis zugelassen. Hingegen könnten nach der Erläuterung des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte auf S. 13, auch Bescheinigungen der Konformitätsbewertungsstellen i.S.d. § 34 VgV zulässig sein. So sollen den Erläuterungen zu Folge die Regelung des § 45 Abs. 3 UVgO im Wesentlichen dem § 61 VgV entsprechen. Dieser nimmt aber sowohl auf Bescheinigungen der Konformitätsbewertungsstellen (§ 33 VgV) als auch Gütezeichen (§ 34 VgV) Bezug.

Exkurs: Berücksichtigung von Umweltmanagementsystemen (z. B. EMAS) als Ausführungsbedingung

Bei der Auftragsausführung im Unterschwellenbereich können Umweltmanagementsysteme wie EMAS unter den gleichen Voraussetzungen wie im Oberschwellenbereich gefordert werden. So verweist § 45 Abs. 2 UVgO auf § 127 Abs. 3 GWB.

5.6 Dokumentation des Verfahrens und Bedeutung bei umweltfreundlicher Beschaffung

Mit Einführung der UVgO sind die öffentlichen Beschaffungsstellen im Unterschwellenbereich gemäß § 6 Abs. 1 UVgO verpflichtet das Vergabeverfahren von Beginn an in Textform zu dokumentieren. Der § 6 UVgO ist dem § 8 VgV sowie dem § 20 VOL/A nachgebildet. Gegenüber dem Oberschwellenbereich finden sich aber deutliche Vereinfachungen. So muss kein förmlicher Vergabevermerk angefertigt werden, sondern es reicht (lediglich) eine Dokumentation und – wie bisher – sind die einzelnen zu dokumentierenden Daten nicht vorgeschrieben.³⁷⁷ Vom BMWi wird aber die Dokumentation der folgenden Daten empfohlen³⁷⁸:

- ▶ die Gründe für die Anwendung der Beschränkten Ausschreibung ohne Teilnahmewettbewerb und der Verhandlungsvergabe,
- ▶ die Gründe für den Verzicht auf die Vergabe von Teil- und Fachlosen,
- ▶ die Gründe, warum der Gegenstand des Auftrags die Vorlage von Eignungsnachweisen erfordert und ggf. warum in diesen Fällen Nachweise verlangt werden müssen, die über die Eigenenerklärungen hinausgehen,
- ▶ die Namen der berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Auswahl,
- ▶ die Namen der nicht berücksichtigten Bewerber oder Bieter und die Gründe für ihre Ablehnung,
- ▶ den Namen des erfolgreichen Bieters und die Gründe für die Auswahl seines Angebotes,
- ▶ ggf. die Gründe, aus denen die öffentliche Beschaffungsstelle auf die Vergabe eines Auftrags oder einer Rahmenvereinbarung verzichtet hat.

³⁷⁷ Vgl. Die Erläuterungen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie zur Verfahrensordnung für die Vergabe öffentlicher Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte, S. 2.

³⁷⁸ Ebenda.

6 Quellenverzeichnis

Energierechtskanzlei AssmannPeiffer (2017): Beschaffung von Ökostrom - Arbeitshilfe für eine europaweite Ausschreibung der Lieferung von Ökostrom im offenen Verfahren, herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/beschaffung-von-oekostrom-arbeitshilfe-fuer-eine-0>.

Barth, Regine/Fischer, Almuth (2002): Europäisches Vergaberecht und Umweltschutz: Zur Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NVwZ 2002, S. 1184 ff.

Beckmann, Martin (2004), Verfolgung ökologischer Zwecke bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2004, S. 600.

Burgi, Martin, Vergaberecht (2016): Systematische Darstellung für Praxis und Ausbildung, München, 2016.

Burgi, Martin / Dreher, Meinrad (2017): Beck'scher Vergaberechtskommentar, München, 3. Auflage, 2017.

Bergmann, Tina/Vetter, Andrea (2016): Das Vergaberechtsmodernisierungsgesetz und die Vergaberechtsmodernisierungsverordnung, VBIBW vom 1.6.2016, S. 221.

BMWi (2015): Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts vom 7.01.2015; herunterzuladen unter: <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/E/eckpunkte-zur-reform-des-vergaberechts.html>.

BRAK (2016): Stellungnahme Nr. 35/2016 der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) vom Oktober 2016 zum Entwurf des BMWi zur UVgO.

Bundesvereinigung der kommunalen Spitzenverbände (2016): Stellungnahme zum Entwurf einer Unterschwellenvergabeordnung (UVgO), 20.10.2016.

Burgi, Martin (2015): Ökologische und soziale Beschaffung im künftigen Vergaberecht: Kompetenzen, Inhalte, Verhältnismäßigkeit, NZBau 2015, S. 597.

Dageförde, Angela/Dross, Miriam (2005): Reform des europäischen Vergaberechts, Umweltkriterien in den neuen Vergaberichtlinien, NVwZ 2005, S. 19.

Dageförde, Angela (2013): Einführung in das Vergaberecht, 2. Auflage.

Dageförde, Angela (2012): Umweltschutz im öffentlichen Vergabeverfahren.

Dageförde-Reuter, Angela (2004): Umweltschutz durch öffentliche Auftragsvergabe, Dissertation, Berliner Umweltrechtliche Schriften, Berlin 2004.

Dageförde, Angela (2002): Möglichkeiten der Berücksichtigung von Umweltbelangen bei der Vergabe öffentlicher Aufträge, NZBau 2002, S. 597.

Dieckmann, Martin (2019): Abfallarme Beschaffung im Spannungsfeld zwischen Kreislaufwirtschaftsrecht und Vergaberecht, Recht der Abfallwirtschaft 2019, S. 274 ff.

Dross, Miriam/Dageförde, Angela/Acker, Hendrik (2008): Rechtsgutachten Nationale Umsetzung der neuen EU-Beschaffungs-Richtlinien. UBA Texte 41/2008. Dessau-Roßlau. Herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/sites/default/files/medien/publikation/long/3661.pdf>.

Europäische Kommission (2016a): Public Procurement Indicators 2014 DG GROW G4 - Innovative and e-Procurement, February 2, 2016, Brüssel.

Europäische Kommission (2016b): Umweltorientierte Beschaffung! Ein Handbuch für ein umweltorientiertes öffentliches Beschaffungswesen, Brüssel; herunterzuladen unter: http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/handbook_2016_de.pdf.

Europäische Kommission (2011): Umweltorientierte Beschaffung! Brüssel, herunterzuladen unter: http://ec.europa.eu/environment/archives/gpp/buying_green_handbook_2011_de.pdf.

Europäische Kommission (2008): 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 (2001): 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, Abl. der EG Nr. C 2001.

European Commission (2016): Buying green! A handbook on green public procurement, 3. Aufl. 2016.

Gabriel, Marc / Krohn, Wolfram / Neun, Andreas (2017): Handbuch Vergaberecht, Gesamtdarstellung und Kommentierung zu Vergaben nach GWB, VgV, SektVO, VSVgV, KonzVgV, VOB/A, UVgO, VOL/A, VO(EG) 1370, SGB V, AEUV, München, 2. Auflage, 2017.

Gabriel, Marc / Mertens, Susanne / Prieß, Hans-Joachim / Stein, Roland (2017): Beck'scher Online-Kommentar Vergaberecht, 4. Auflage 31.07.2017.

Halstenberg, Michael / Klein, Benjamin (2017): Neues zu den Anforderungen bei der Verwendung von Normen, Zertifikaten und Gütezeichen in Vergabeverfahren, NZBau 2017, S. 469.

Hermann, Andreas (2012): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA Texte 35/2012. Dessau-Roßlau.

Heyne, Karolin (2011): Die Verfolgung von Umweltschutzziele im öffentlichen Beschaffungswesen – eine Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Unionszielbestimmung zum Umweltschutz, ZUR 2011, S. 578.

Huber, Peter/ Wollenschläger, Ferdinand (2005): EMAS und Vergaberecht – Berücksichtigung ökologischer Belange bei öffentlichen Aufträgen, WiVerw 2005, S. 212 ff.

Jasper, Ute/Marx, Friedhelm (2020): Einführung zu Beck-Texte Vergaberecht, 23. Auflage 2020.

Kloepfer, Michael (2015): Das Beschaffungs- und Vergabewesen als Instrument des Umweltschutzes, EurUP 2015, S. 214.

Kompass Nachhaltigkeit: Öffentliche Beschaffung, Konformitätsprüfung mit § 34 Abs.2 Nr.2-5 Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge (Vergabeverordnung - VgV). Herunterzuladen unter https://www.kompass-nachhaltigkeit.de/fileadmin/user_upload/Doks_fuer_Guetezeichen-Finder/Konformitaetspruefung_Guetezeichen_mit_34_Abs.2_VgV_.pdf.

Krönke, Christoph (2016): Das neue Vergaberecht aus verwaltungsrechtlicher Perspektive, NVwZ 2016, S. 568.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Marx, Friedhelm/ Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim: Kommentar zur VgV, Neuwied, 2016.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/ /Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (2016): Kommentar zum GWB-Vergaberecht, Neuwied, 4. Aufl. 2016.

Kulartz, Hans-Peter/Kus, Alexander/Marx, Friedhelm/ Portz, Norbert/Prieß, Hans-Joachim (2014): Kommentar zur VOB/A, Neuwied, 2014.

Kühl, André (2016): Was erwartet uns mit der Unterschwellenvergabeordnung?

Lausen, Irene (2017): Die Unterschwellenvergabeordnung – UVgO, NZBau, 2017, S. 3.

Leifer / Mißling (2004): Die Berücksichtigung von Umweltschutzkriterien im bestehenden und zukünftigen Vergaberecht am Beispiel des europäischen Umweltmanagementsystems EMAS, ZUR 2004, S. 256.

Lell, Otmar (2003): Umweltbezogene Produktkennzeichnungen im deutschen, europäischen und internationalen Recht. Berlin.

- Ley, Rudolf / Wankmüller, Michael (2017): Die Unterschwellenvergabeordnung (UVgO 2017) – Öffentliche Liefer- und Dienstleistungsaufträge unterhalb der EU-Schwellenwerte (vormals VOL/A Abschnitt I), Bonn/Koblenz, 2017.
- Müller-Wrede, Malte (2017): VgV/UVgO einschließlich VergStatVO, Köln, 2017.
- Müller-Wrede, Malte (2005): Örtliche Präsenz, Ortsnähe und Ortsansässigkeit als Wertungskriterien – eine Verletzung des Diskriminierungsverbotes? VergabeR 2005, S. 32.
- Pünder, Hermann / Schellenberg, Martin (2019). Vergaberecht, Baden-Baden, 3. Auflage, 2019.
- Reidt, Olaf / Stickler, Thomas / Glaß, Heike (2017): Vergaberecht Kommentar, Köln, 4. Auflage, 2017.
- Scharlau, Jan / v. Swieykowski-Trzaska, Lilly / Keimeyer, Friedhelm / Klinski, Stefan / Sina, Stephan, Das Bundes-Klimaschutzgesetz, NVwZ 2020, 1 ff.
- Schmidt, Vanessa / Buchmüller, Christian / Falke, Iris / Schnutenhaus, Jörn (2014): Rechtsgutachten Umweltfreundliche öffentliche Beschaffung, UBA Texte 54/2014. Dessau-Roßlau.
- Schneiders, Ralf (2007): Die kleine Vergabe, DVBl. 2007, S. 287.
- Solbach, Thomas (2015): Eckpunkte zur Reform des Vergaberechts, Beschluss des Bundeskabinetts vom 7. Januar 2015, in: Pünder, Hermann/Prieß, Joachim, Vergaberecht im Umbruch II- Die neuen EU-Vergaberichtlinien und ihre Umsetzung.
- Soudry, Daniel (2017): Der letzte Schliff der UVgO – Rolle rückwärts oder das Beste zum Schluss? Vergabeblog.de vom 9.2.2017, Nr. 29138; herunterzuladen unter <https://www.vergabeblog.de/2017-02-09/der-letzte-schliff-der-uvgo-rolle-rueckwaerts-oder-das-beste-zum-schluss>.
- Soudry, Daniel (2017): Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 1/2, Vergabeblog.de vom 9.2.2017, Nr. 29138; herunterzuladen unter <http://www.vergabeblog.de/2016-12-01/das-wichtigste-zur-neuen-unterschwellenvergabeordnung-uvgo-teil-12>.
- Soudry, Daniel (2017): Das Wichtigste zur neuen Unterschwellenvergabeordnung (UVgO) – Teil 2/2, Vergabeblog.de vom 11.12.2016, Nr. 28201; herunterzuladen unter <https://www.vergabeblog.de/2016-12-11/das-wichtigste-zur-neuen-unterschwellenvergabeordnung-uvgo-teil-22>.
- Trautner, Wolfgang (2016): Vergaberecht – die permanente Reform, NZBau 2016, S. 721.
- Umweltbundesamt (2019): Umweltfreundliche Beschaffung: Schulungsskript 3 – Einführung in die Verwendung von Produktkriterien aus Umweltzeichen; herunterzuladen unter: <https://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundliche-beschaffung-schulungsskript-3>.
- Umweltbundesamt (Hrsg.) (2008): Umweltfreundliche Beschaffung, ökologische & wirtschaftliche Potenziale rechtlich zulässig nutzen. Dessau-Roßlau. Abrufbar unter: <http://www.umweltbundesamt.de/publikationen/umweltfreundliche-beschaffung>.
- Voppel, Reinhard / Osenbrück, Wolf / Bubert, Klaus (2018): VgV Kommentar, München, 4. Auflage, 2018.
- Willenbruch, Klaus / Wiedekind, Kristina (2018): Kompaktcommentar Vergaberecht, Köln, 4. Auflage, 2017.
- Wollenschläger, Ferdinand (2007): Das EU-Vergaberegime für Aufträge unterhalb der Schwellenwerte, NVwZ 2007, S. 388.
- Zeiss, Christopher (2012): Energieeffizienz in der Beschaffungspraxis, NZBau 2012, S. 201.
- Zeiss, Christopher (2010): Sichere Vergabe unterhalb der Schwellenwerte. Köln.
- Ziekow, Jan (2013): Faires Beschaffungswesen in Kommunen und die Kernarbeitsnormen. Bonn, revidierte Neuauflage 2013.
- Ziekow, Jan/ Völlink, Uwe-Carsten (2018): Vergaberecht, Kommentar. 3. Auflage München, 2018.

7 Entscheidungsverzeichnis

Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 3.07.2002, Verg 13/02; NZBau 2003, S. 105.

Bundesgerichtshof, Beschluss vom 10. Mai 2016 Az. X ZR 66/15, herunterzuladen unter: <https://open-jur.de/u/893202.html>.

Bundesgerichtshof, Urteil vom 22.12.2011, Az. VII ZR 67/11.

Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 11.07.2006, 1 BVL 4/00, herunterzuladen unter: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2006/07/ls20060711_1bvl000400.html.

EuGH, Urteil vom 10.05.2012, C 368/10 (Max HAVELAAR)

EuGH, Urteil vom 20.05.2010, T-258/06.

EuGH, Urteil vom 21.07.2005, C-231/03.

EuGH, Urteil vom 13.10.2005, C-458/03.

EuGH, Urteil vom 11.01.2005, C-26/03.

EuGH, Urteil vom 04.12.2003, C-448/01.

EuGH, Urteil vom 10.04.2003, C-20/01 und C-28/01.

EuGH, Urteil vom 24.07.2003, C-280/00.

EuGH, Urteil vom 17.09.2012, C-513/99.

EuGH, Urteil vom 03.12.2001, C-59/00.

EuGH, Urteil vom 07.12.2000, C-324/98.

EuGH, Urteil vom 28.10.1999, C-328/96.

EuGH, Urteil vom 16.09.1999, C-27/98.

EuGH, Urteil vom 24.01.1995, C-359/93.

EuGH, Urteil vom 22.09.1988, Rs. 45/87.

LG München I, Beschluss vom 18.04.2012, Az.: 11 O 7897/12.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.11.2014, VII-Verg 30/14.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012, VII Verg. 82/11.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 07.03.2012, VII Verg. 82/11.

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 04.03.2009, Verg VII 67/08 – NZBau 2009,334.

OLG München, Beschluss vom 02.03.2009, Verg 01/09.

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.04.2005, VII-Verg 93/04.

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.

Verwaltungsgerichtshof Baden-Württemberg, Urteil vom 29. April 2014 – 1 S 1458/12 –

Vergabekammer Baden-Württemberg beim Landesgewerbeamt Baden-Württemberg, Beschluss vom 18.06.2003, 1 VK 25/03.

2. Vergabekammer des Bundes beim Bundeskartellamt, Beschluss vom 28.05.2020, VK 2 – 29 / 20, <https://www.bundeskartellamt.de/SharedDocs/Entscheidung/DE/Entscheidungen/Vergaberecht/2020/VK2-29-20.html>.

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 beim Bundeskartellamt, 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.

